



المستشار

أينما وجدت الثقة

تأسست عام 2006

الأصلي

حجية القياس



سنتر المستشار (حقوق بنها)



01277776870



السنتر : بعد نفق امام كلية الحقوق (برج سما 1)

المكتبه : امام بوابه كلية حقوق(آخر السور)

د. جمال عبد الناصر د. حسن ابو الفتوح

حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية

س/ اكتب بحثاً في حجية القياس وحقيقته في التشريع الإسلامي ؟

حقيقة القياس وحجيته في التشريع الإسلامي

المطلب الأول: تعريف القياس

أولاً: القياس في اللغة:

مصدر قاس أو قايس، وبطريق على معنيين:

ال الأول (التقدير) ← منه قولهم قست الأرض أو القماش أو غيرهما بالذراع أو المتر أو نحوهما، أي قدرتها به.

ال الثاني (المساواة) ← منه قولهم فلان لا يقاس بفلان، أي لا يساويه في الصفات.

هذان المعانيان مناسبان للمعنى الاصطلاحي للقياس عند علماء أصول الفقه؛ وذلك لأن القائس يقوم بتقدير الواقعه المطلوب التوصل إلى حكمها بواقعه أخرى معلوم حكمها بالنص أو الإجماع عند اشتراكهما في العلة، وهذه حقيقة القياس الأصولي .

ثانياً: القياس في اصطلاح علماء أصول الفقه:

تبينت عبارات العلماء في تعريف القياس بسبب تباين وجهة نظرهم في كون القياس دليلاً شرعاً مستقلاً بذاته، أو كونه عملاً من أعمال المجتهد، فمن عده دليلاً شرعاً مستقلاً بذاته مع قطع النظر عن المجتهد وعمله به عرفه بالمساواة ونحوها، ومن ذلك **تعريف ابن الحاجب حيث قال فيه**: "مساواة فرع الأصل في علة حكمه".

من عد القياس عملاً يقوم به المجتهد عرفه بالإثبات ونحوه، ومن ذلك **تعريف القاضي البيضاوي**، حيث قال فيه: "إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت".

التحقيق ← أنه لا تعارض بين الوجهتين، لأننا إن اعتبرنا القياس دليلاً مستقلاً فهو مفتقر إلى إعمال المجتهد فكره فيه حتى يكشف عن المساواة المتحققه بين الواقعه المسكوت عنها والواقعه المنصوص على حكمها.

إن اعتبرناه عملاً من أعمال المجتهد، فلا مانع أن ينصبه الشارع دليلاً على الأحكام الشرعية، مثلما نصب الإجماع - وهو من عمل المجتهددين - دليلاً شرعاً.

يضاف إلى ذلك: أن الاتفاق حاصل بين الجميع على أن الشارع الحكيم إنما هو المثبت للأحكام حقيقة إما بظواهر النصوص أو بمعانيها الخفية التي تظهر بالاجتهاد.

من ثم يكون القياس مظهراً للحكم الشرعي في الواقعه غير المنصوص على حكمها وكاشفاً عن المساواة الثابتة من الشارع الحكيم ابتداءً بينها وبين الواقعه المنصوص على حكمها.

بناء على ذلك ← تتلاشى حقيقة الخلاف في كون القياس دليلاً شرعاً مستقلاً أو عملاً من أعمال المجتهد.

على أية حال ← فإن الاشتغال بتعدد تعاريفات المتقدمين للقياس وتفنيد ما ورد عليها من مناقشات إغراق القارئ في حدود وأصطلاحات مجده للذهن بلا كبير فائدة، وهذا **مسلك العلماء المحدثين**، حيث ضبطواحقيقة القياس بعبارات معاصرة تفييد في مجموعها كون القياس عبارة عن: إلحاقي حادثة لا نص على حكمها أو إجماع بحادثة أخرى ورد حكمها بنص أو إجماع لاشتراكهما في علة هذا الحكم.

إيضاً **لذلك بالمثال أقول** ← إذا عرض على المجتهد واقعة لم يقف على حكمها في نصوص الكتاب ولا السنة ولا مواطن الإجماع، ثم وجد واقعة أخرى ورد حكمها في أحد تلك الأدلة، وأدرك علة ذلك الحكم، وفطن وجودها في الواقعية الأولى، غالب على ظنه تعدية الحكم إليها ومساواة الواقعتين فيه.

مثال ذلك ← أن الشارع قد قضى بحرمان القاتل من الميراث

دليل ذلك ← قوله ﷺ (لا يرث القاتل)، وقد أدرك المجتهدون أن علة هذا الحكم - وهو حرمان القاتل من الميراث - إنما هي العدوان على حياة مورثه بقصد استعجال الإرث قبل أوانه، فرد الشارع عليه قصده وعاقبه بحرمانه منه.

إذا عرض على المجتهد حادثة عدوان بالقتل من الموصى له على الموصى، وأراد التعرف على حكمها بطريق القياس، فسيدرك بفطنته وجود علة حكم حرمان الوارث القاتل من الإرث في تلك الحادثة، وحينئذ لابد أن يحكم بمساواة الحادثتين في الحكم، وهو الحرمان مما يستحقه من التركة ميراثاً أو وصية لاشتراكهما في علة واحدة، وهي: العدوان على حياة المورث أو الموصى استعجالاً للشيء قبل أوانه.

بناء على ما تقدم ← يثبت كون القياس الدليل الشرعي المختص ببيان أحكام الفروع التي لا نص فيها ولا إجماع، بالحاقها بالأصول المنصوصة أو المجمع عليها بواسطة الاجتهاد في إدراك علل الأحكام والتعرف على مدى اشتراك الفروع مع الأصول في تلك العلل ليتحقق كل فرع بأصله.

المطلب الثاني: أركان القياس وشروطه

الفرع الأول: أركان القياس

يقصد بأركان القياس ← أجزاء المكونة لحقيقة الذهنية المحققة لهويته الخارجية، وهي أربعة: **الأول (الأصل)** ← يطلق عليه المقيس عليه. وهو: محل الحكم المشبه به، أو الواقعية التي ثبت حكمها بنص أو إجماع.

مثال ذلك ← قتل الوارث مورثه من حيث كونه مانعاً للإرث.

الثاني (حكم الأصل) ← وهو: حكم الشرع الثابت للأصل بالنص أو الإجماع.

مثال ذلك ← حرمان الوارث القاتل من الإرث، أو مانعية القتل للإرث.

الثالث (الفرع) ← يطلق عليه المقيس. وهو: محل الحكم المشبه، أو الواقعية التي لا نص فيها ولا إجماع ويراد التوصل لحكمها بالقياس على الأصل.

مثال ذلك ← قتل الموصى له للموصى من حيث كونه مانعاً من الوصية.

الرابع (العلة) ← الوصف الجامع بين الأصل والفرع، أو وجه الشبه بينهما.

مثال ذلك ← العدوان على الغير (المورث أو الموصى) بقصد استعجال الحق المقرر شرعاً (ميراثاً أو وصية) في تركته.

حكم الفرع الثابت بالقياس ← مثل حرمان الموصى له القاتل من الوصية فهو ثمرة القياس، فلا يكون ركناً فيه؛ لما هو معلوم أن ثمرة الشيء خارجة عن أركانه.

الفرع الثاني: شروط القياس

يقصد بشروط القياس → الشروط اللازم توافرها في كل ركن من أركانه.

أولاً: شروط حكم الأصل:

جمع كثير من العلماء تحت هذا العنوان بين شروط الأصل وشروط حكم الأصل؛ وذلك لقوة ارتباطهما وشدة الصلة بينهما، ومن أهم تلك الشروط ما يأتي:

١) أن يكون حكم الأصل حكماً شرعاً عملياً:

عليه → لا يصح القياس على حكم شرعي اعتقادى باتفاق؛ وذلك لأن القياس حجة ظنية ومبني الاعتقادات على الجزم واليقين.

٢) أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص من القرآن أو السنة، وكذا الإجماع في قول جمهور العلماء:

عليه → لا يصح القياس على حكم ثبت بالقياس عند الجمهور.

٣) أن يكون حكم الأصل ثابتاً غير منسوخ:

لأن نسخه يستلزم إهدار الشارع لعلته وهي ركن القياس.

٤) ألا يكون حكم الأصل مختصاً به لا يتعداه إلى غيره:

كقبول شهادة الصحابي خزيمة بن ثابت فيما لا تقبل فيه شهادة الواحد، حيث دل قوله (من شهد له خزيمة فهو حسنه). على أن هذا الحكم خاص به، ومن ثم لا يجوز قياس غيره عليه.

٥) أن يكون حكم الأصل معقول المعنى :

أي مما يتمكن العقل البشري من إدراك علته التي شرع لأجلها؛ وذلك لأن مناط القياس التعرف على علة حكم الأصل وجودها في الفرع، فإذا لم يدرك العقل ذلك امتنع القياس لانتفاء علته.

عليه → لا يصح القياس في الأحكام المبنية على التبعد المحسض، ولا التقديرات كأعداد ركعات الصلوات ومقدار الزكوات، ونحو ذلك مما يتعدى على العقل إدراك علته.

٦) ألا يكون دليلاً حكم الأصل شاملًا لحكم الفرع:

إذ لو كان كذلك انتفت الحاجة إلى القياس لشمول الدليل لحكم الأصل والفرع معاً، ومن ثم يكون جعل أحدهما أصلاً والآخر فرعاً تحكماً أو ترجيحاً بغير مرجح، وهو باطل قطعاً.

ثانياً: شروط الفرع: شرط في الفرع عدة شروط من أهمها ما يأتي:

١) ألا يكون حكم الفرع ثابتاً بالنص:

لأنه إن كان القياس مخالفًا للنص كان باطلًا لمصادمته النص، وذلك كقياس البنت على الابن في التساوي في الميراث لعلة تساويهما في درجة القرابة، وإن كان القياس موافقاً للنص كان حكم الفرع ثابتاً بالنص، فلا فائدة من القياس حينئذ عند أكثر العلماء، وإن أجازه بعضهم من باب تعاوض الأدلة على الحكم الواحد. هذا ويأخذ الإجماع حكم النص في جميع ما ذكر.

٢) أن توجد علة حكم الأصل في الفرع

على سبيل القطع أو على سبيل الظن؛ وذلك لأن مناط تعدي الحكم من الأصل للفرع تعد العلة فيه.

٣) أن يكون الفرع مساوياً للأصل في علة الحكم:

ذلك لأن جوهر القياس المساواة بين الأصل والفرع في الحكم عند تساويهما في العلة، فإذا انتفت المساواة بينهما في العلة امتنعت المساواة بينهما في الحكم، ويوصف القياس حينئذ بأنه قياس مع الفارق.

ثالثاً: شروط العلة: يشترط في العلة عدة شروط من أهمها ما يأتي:

١) أن تكون وصفاً ظاهراً:

أي واضحًا يمكن إدراكه والوقوف عليه حتى يتمكن المجتهد من بناء الحكم عليه، لذا لا يصح التعليل بالوصف الخفي كالترابي بين المتعاقدين لنقل الملك، حيث لا يمكن إدراكه لكونه أمراً خفياً لا يطلع عليه أحد، لذا أقام الشارع الإيجاب والقبول مقامه.

٢) أن تكون وصفاً منضبطاً:

أي أمراً محدداً لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة؛ لأنه لو كانت العلة غير منضبطة امتنع على المجتهد إعمال القياس لعدم تحقق المساواة بين الأصل والفرع.

٣) أن تكون وصفاً مناسباً لتشريع الحكم:

بأن يكون بناء الحكم عليها مظنة تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، فالإسكار في الخمر علة التحرير، وذلك ل المناسبة مقصد الشارع في حفظ العقل من الزوال أو الفساد.

٤) أن تكون وصفاً متعدياً من الأصل إلى الفرع:

أي غير قاصر على الأصل، وذلك لأن مبني القياس على المساواة بين الأصل والفرع في العلة، فإذا كانت العلة قاصرة على الأصل لم تتحقق المساواة فيمتنع القياس، وذلك كتعليق إباحة الفطر للمسافر بالسفر، فإن السفر علة قاصرة على المسافر لا تتعدها إلى غيره من أهل الأعمال الشاقة.

المطلب الثالث: حجية القياس

تعريف وتقسيم

يقصد بحجية القياس ← كونه دليلاً شرعياً نصبه الشارع للمجتهد ليستنبط منه الحكم الشرعي عند فقد النص والإجماع.

هذا ولما كانت قضية حجية القياس في العقوبات- وهي صلب البحث- محل خلاف بين القائلين بحجية القياس، بل اعتمد الفريق القائل بحجية القياس فيها على عموم الأدلة المثبتة لحجية القياس في الأمور الشرعية عامة، لزم الحديث عن حجية القياس عامة بالقدر اللازم لفهم حجيته في العقوبات، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تحريم محل النزاع بين العلماء في حجية القياس

أولاً: انفق العلماء على حجية القياس في أطواطه التالية:

١) الأمور الدنيوية، وذلك كالأغذية والأدوية

نحوها ← كقياس غذاء على غذاء آخر في نفعه للبدن، وكذا دواء على آخر في حصول الشفاء بتناوله. ومعنى حجية القياس فيها: أنه حجة صناعية اقتضتها صناعة الغذاء والطب في ثبوت النفع أو الضرر عند تناول شيء منها لا كونه حجة شرعية، حيث لا يعمل بالقياس في هذه الأمور لطلب حكم شرعي.

٢) القياس الصادر من الرسول :

مثاله ← ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة أتت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، فقال ﷺ: (رأيت لو كان عليها دين أكنت تقضيه؟) قالت: نعم. قال ﷺ: (فدين الله أحق بالقضاء). فقد قاس النبي ﷺ دين الله تعالى على دين العبد في وجوب القضاء.

٣) القياس المنصوص على عنته:

مثال → قوله في الهرة: (إنها ليست بنجس إنها من الطوافين عليكم والطوافات). فقد علل النبي طهارة الهرة بكثرة حركتها وصعوبة التحرز منها، فيقاس عليها في ذلك الفارة ونحوها مما يشق التحرز منه لكتلة حركته بالبيت. ويلحق به القياس المجمع على عنته، ومثاله: نهي النبي عن قضاء القاضي وهو غضبان.

قد اتفق أهل العلم على أن علة هذا النهي ليست الغضب بخصوصه، بل كل ما في معناه من عوارض وأسباب وأحوال تشوش ذهن القاضي وتشغله عن استيفاء النظر والفهم لما ينظره من دعاوى وخصومات.

لذا قال العلامة ابن القيم في التأكيد على هذا المعنى: " فمن قصر النهي على الغضب وحده دون الهم المزعج والخوف المقلق والجوع والظماء الشديد وشغل القلب المانع من الفهم فقد قل فقهه وفهمه.

ثانياً: اختلاف العلماء في حجية القياس في الأمور الشرعية عدا الصدور المذكورة في محل الإنفاق

قد توسع علماء أصول الفقه المتقدمون في تعداد المذاهب في المسألة إلا أن المحققين من المعاصرین قرروا- وبحق- أن مذاهب المتقدمين على تعددتها ترجع جميعها في الواقع الأمر إلى مذهبين فقط.

الفرع الثاني: المذاهب وأدلتها في حجية القياس

أولاً: المذاهب في حجية القياس:

قرر المحققون من العلماء المعاصرين- أن مذاهب المتقدمين على تعددتها ترجع في الواقع الأمر إلى المذهبين التاليين:

المذهب الأول → أن القياس حجة شرعية ودليل شرعي تستنبط منه الأحكام الشرعية العملية عند فقد النص والإجماع. وإليه ذهب جمهور العلماء، بل نقل العلامة ابن القيم عن الإمام المزني من الشافعية قوله أن: "الفقهاء من عصر رسول الله إلى يومنا استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام من أمر دينهم، فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها".

المذهب الثاني → أن القياس ليس بحجية شرعية، ولا يصلح دليلاً شرعياً تستنبط منه الأحكام الشرعية. وإليه ذهب المعتزلة والظاهريه وبعض فرق الشيعة. واصطلح على تسميتهم ببنفافة القياس، بل باللغ ابن حزم الظاهري في إنكار القياس إلى حد قوله: "وهذا هو قولنا الذي ندين الله به ونسأله عز وجل أن يثبتنا فيه ويحيطنا عليه بمنه ورحمته".

ثانياً: أدلة المذاهب في حجية القياس:

س/ وضح أدلة العلماء في حجية القياس؟

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور العلماء على حجية القياس بأدلة عديدة من أهمها ما يأتي:

أولاً: القرآن الكريم:

آيات عديدة تفيد حجية القياس منها:

١. قوله تعالى: (فَاعْتَبِرُوا يَا أَوْلَى الْأَبْصَارِ). وجه الدلالة: أن الله عز وجل قد أمرنا بالاعتبار، وهو العبور والمجاوزة والانتقال من وضع لاخر وذلك هو معنى القياس، لكونه مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع، فيكون القياس مأموراً به، ومعلوم أن الأمر المجرد عن القرآن للوجوب، فيكون القياس حجة شرعية يجب العمل بها.

٢. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَوْلَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ). وجه الدلالة: أن الله تعالى قد أمرنا برد المتنازع فيه إلى نصوص القرآن والسنة بالاجتهاد في استنباط الحكم منها، ولا شك أن من وجوه الاجتهاد قياس مالا نص فيه على ما هو منصوص عليه.

أحاديث كثيرة منها ما يأتي:

١. ما روى أن النبي ﷺ لما بعث معاذ بن جبل رضي الله عنه قاضياً إلى اليمن قال له: (كيف تقضي إذا عرض لك القضاء؟) قال: بكتاب الله، قال ﷺ (فإن لم تجد؟) قال: بسنة رسول الله، قال ﷺ (فإن لم تجد؟) قال: أجتهدرأبي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ على صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسوله).

وجه الدلالة ← أن النبي ﷺ قد أقر معاذ بن جبل رضي الله عنه على الاجتهاد برأيه فيما لم يجد فيه نصاً يبين حكمه من القرآن والسنة، ولا شك أن القياس نوع من الاجتهاد ومسلك من مسالكه، فيكون القياس حجة شرعية، وهو المدعى. ولا يقال : إن هذا الحديث خبر آحاد فلا يصلح للاحتجاج به، لأنه قد اشتهر وتلقته الأمة بالقبول فصلح بذلك للاحتجاج.

٢. ما روى أن امرأة من جهينة سالت النبي ﷺ: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت فأفأحج عنها؟، قال ﷺ: (نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيتها؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء).

وجه الدلالة ← أن النبي ﷺ قد عمل بالقياس في هذه الواقعة، حيث قاس دين الله تعالى على دين الآدمي في وجوب القضاء، ومعلوم أن أدنى درجات فعله ﷺ لشيء جوازه ومشروعيته- ما لم يثبت كونه من خصوصياته ﷺ، فيكون القياس حجة شرعية لعمل النبي ﷺ به.

ثالثاً: الإجماع:

إنه قد نقل عن كثير من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم القول بالقياس بل العمل به في وقائع كثيرة، واشتهر ذلك بينهم دون نكير فكان ذلك إجماعاً على حجية العمل بالقياس، ومن تلك الواقع ما يأتي:

١. قياسهم خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه الخلافة العظمى لل المسلمين على الإمامة الصغرى، حيث استخلفه النبي ﷺ إماماً للمسلمين في الصلاة في مرض موته ﷺ، وقد بينوا أساس هذا القياس بقولهم: رضييه رسول الله ﷺ لدينا أفالنا نرضاه لدينا.

٢. كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه. ومما جاء فيه: "الفهم الفهم فيما ادللي إليك مما ورد عليك مما ليس في القرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبها بالحق".

من الجدير بالذكر هنا: أن الإجماع يعد أقوى الأدلة التي اعتمد عليها جمهور العلماء في إثبات حجية القياس، وهذا ما صرحت به كثير منهم. قال إمام الحرمين الجويني: "مستند وجوب العمل بالقياس الإجماع".

رابعاً: المعقول:

وجوه عديدة، أظهرها ما يأتي:

١. أن المجتهد إذا ظن كون حكم الأصل معللاً بعل وظهرت له في الفرع حصل لديه ظن بتعدية هذا الحكم إلى الفرع، ووهم بعدم ذلك، فيتعين عليه طرح الوهم؛ لأنه مرجوح، والعمل بمقتضى الظن؛ لأنه الراجح، وهذا عين وجوب العمل بالقياس.

٢. أن الضرورة داعية إلى وجوب العمل بالقياس؛ لأنه لو لم يجب العمل به لعجزت نصوص الشرع وهي متناهية عن الوفاء بأحكام الواقع والحوادث غير المتناهية، لكن ذلك باطل قطعاً للاتفاق على أن للشارع حكماً في أي واقعة، فيلزم العمل بالقياس ضرورة وفاء الشريعة الإسلامية- وهي خاتمة الشرائع- بأحكام أفعال المكلفين.

س/ اكتب في أدلة نفاه القياس والرد عليها؟

أدلة المذهب الثاني:

١) استدل نفاه القياس بأدلة عديدة من أهمها ما يأتي:

أولاً : القرآن الكريم:

آيات عديدة، منها:

١. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدِيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ). وجه الاستدلال: قالوا إن القول بالقياس تقديم بين يدي الله ورسوله؛ لأنه قول بغير القرآن والسنة فيكون ممنوعاً للنبي عنه في الآية الكريمة.

٢) **أجيب عن ذلك** → بأن القول بحجية القياس ليس تقديمًا بين يدي الله ورسوله، وإنما هو عمل بمقتضى القرآن والسنة؛ حيث أوجبت نصوصهما العمل به على ما تقدم بيانه في أدلة الجمهور.

٢. قوله تعالى: (مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ). وقوله تعالى: (وَلَا رَطْبٌ وَلَا يَابِسٌ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ). وقوله تعالى: (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ). وجه الاستدلال: قالوا إن الآيات الكريمة صريحة الدلالة على أن القرآن الكريم قد اشتمل على بيان الأحكام الشرعية كافة، وهذا يستلزم الاستغناء به عن القياس.

٣) **أجيب عن ذلك** → بأن القرآن الكريم قد اشتمل على بيان جميع الأحكام الشرعية إما بدلالة ألفاظه من غير واسطة، أو بواسطة الاستنباط، أو دلالته على حجية السنة والإجماع، وقد دلا على حجية القياس، فيكون العمل بالقياس عملاً بالقرآن.

٣. قوله تعالى: (إِنَّ الظُّنُونَ لَا يُعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً). وجه الاستدلال: قالوا إن القياس قائم على الظن، أي ظن المجتهد علة حكم الأصل ووجودها في الفرع، فلو كان القياس حجة لأغنى من الحق شيئاً، وهو منافق للأية الكريمة.

٤) **أجيب عن ذلك** → بأن استدلالكم بالأية حجة عليكم؛ لأن نفيكم حجية القياس من قبيل الظن، حيث لا يوجد دليل قاطع على فساد الاحتجاج بالقياس. **ويضاف إلى ذلك**: أن الظن غير المعتبر شرعاً إنما يكون في العقائد والأصول؛ إذ لا يكتفي فيها إلا بالقطع واليقين، أما الفروع أو الأحكام العملية- وحجية القياس منها- فالظن فيها كافٍ باتفاق.

ثانياً : السنة:

٥) أحاديث كثيرة، منها: قوله ﷺ (تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب، ثم تعمل برهة سنة رسول الله، ثم تعامل بالرأي، فإذا عملوا بالرأي فقد ضلوا وأضلوا).

٦) **وجه الاستدلال** → قالوا إن العمل بالقياس ضلال فيكون غير مشروع، وإذا كان كذلك لم يكن حجة.

﴿أجيب عن ذلك﴾ بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج لضعف سنته، ولو سلمنا بصحته فهو معارض بالأحاديث التي استدل بها الجمورو على حجية القياس، فيحمل على القياس الفاسد جمعاً بين الأدلة.

ثالثاً: الإجماع:

﴿حيث نقل عن بعض الصحابة ذم العمل بالقياس، ولم يظهر من الباقيين إنكار، فكان إجماعاً على إنكار العمل بالقياس﴾.

﴿أجيب عن ذلك﴾ بأن هذا الإجماع معارض بالإجماع على حجية القياس، بل قد اشتهر عن الصحابة الذين نقلتم إنكار العمل بالقياس عنهم الاحتجاج به، فيجب الجمع بين النقلين بأن يحمل ما نقل عنهم من إنكار على القياس الفاسد الفاقد لشروطه، لأن الجمع بين الأدلة أولى من إهدار أحدها.

رابعاً: المعمول:

﴿قالوا إن القياس مبني على الجمع بين المتماثلين في الحكم، ومدار أحكام الشريعة على الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين، حيث أوجبت الشريعة قطع يد سارق القليل إذا بلغ نصاب القطع دون غاصب الكثير، وأوجبت الحد على القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر، فيكون العمل بالقياس ممتنعاً في الشريعة لما ذكر﴾.

وأجيب عن ذلك:

﴿بأن ما ذكرتم من كون مدار الشريعة على الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين محض كذبٍ وافتراء؛ وذلك لأنه يستلزم كون جميع أحكام الشريعة غير معقوله المعنى، وهو أمر ظاهر فساده﴾.

﴿لو سلمنا أن ما ذكروه من صور غير معقول المعنى فهو قليل نادر، إذ الغالب في الأحكام الشرعية أنها معقوله المعنى، ومن ثم يجوز جريان القياس فيها عند استيفاء شروطه﴾.

المذهب الراجح:

﴿يظهر جلياً من عرض الخلاف وأداته رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء من حجية القياس؛ لقوة أدلةتهم وضعف أدلة نفاة القياس﴾.

﴿يضاف إلى ذلك﴾ أن الاحتجاج بالقياس منهج السلف الصالح من الصحابة والتابعين انعقد عليه إجماعهم واعتمدوه في اجتهاداتهم أزمنة عديدة قبل ظهور نفاة القياس.

﴿رحم الله العلامة ابن القيم حيث وصف العمل بالقياس بأنه: "فطرة فطر الله عليها الناس"﴾.

﴿هذا غير أن جمهور العلماء القائلين بحجية القياس قد اختلفوا فيما بينهم في حجيته في العقوبات وتلك قضية البحث التي انعقد لأجلها ويهدف إلى بيانها من جميع جوانبها﴾.

الفصل الأول: خلاف العلماء في حجية القياس في

العقوبات في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم

ما كانت العقوبة عبارة عن جزاء مقرر شرعاً زجراً عن ارتكاب محظور شرعى، كانت منقسمة باعتبار تقديرها شرعاً وعدمه إلى قسمين:

الأول → عقوبة مقدرة شرعاً وهي: الحد والقصاص والكافرة.

الثاني → عقوبة غير مقدرة شرعاً وهي: التعزير.

المبحث الأول: تحرير محل الخلاف وسببه في حجية

القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم

يقصد بحجية القياس في العقوبات: مدى كون القياس حجة شرعية يستند إليها المجتهد أو القاضي في تقرير عقوبة معينة لجريمة لا نص فيها ولا إجماع قياساً على جريمة أخرى ثبتت عقوبتها بنص أو إجماع عند اشتراك الجريمتين في علة واحدة.

مثال ذلك ما يلي:

1. أن الشارع الحكيم قد نص على عقوبة الزنا، وهي الرجم للمحسن والجلد لغير المحسن، فهل يمكن تقرير تلك العقوبة لجريمة اللواط قياساً على الزنا لاشتراهما في علة واحدة، وهي: إبلاج فرج محرم في فرج آخر محرم شرعاً؟

2. أن الشارع الحكيم قد أوجب عقوبة الكفارة في القتل الخطأ نصاً، فهل تتقرر في القتل العمد قياساً، بجامع كون القتل في النوعين بغير حق ومحظوراً شرعاً؟

إن الجواب عن ذلك محل تفصيل وخلاف بين العلماء، ولما كان مستقراً في منهجهية بحث الخلاف العلمي في أي مسألة ضرورة تحرير محل النزاع فيها ببيان محل الاتفاق ومحل الخلاف، ثم عرض الخلاف في المسألة وبيان سببه، تعين علينا اتباع هذا المنهج في تناول خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات، وذلك من خلال المطلبيين التاليين:

المطلب الأول: تحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات

أولاً: محل الإنفاق:

- ﴿ اتفق العلماء على حجية القياس في عقوبة التعزير، ويقصد به: التأديب على جنائية وقعت على حق الله تعالى أو حق آدمي ليس فيها حد أو كفارة ولا قصراً أو دية. ﴾
- ﴿ عقوبة مقررة شرعاً على كل معصية لم ينص الشارع في الكتاب أو السنة على عقوبتها، ك مباشرة الأجنبية دون جماع، والقذف بغير الزنا، والغش في المعاملات، وشهادة الزور، ونحو ذلك مما فيه مخالفة للشرع ومناقضة لمقاصده وقواعد العامة. ﴾
- ﴿ لما كانت هذه الأفعال مما تتغير بتغير الأزمنة وتختلف باختلاف الأحوال والأمكنة، سلك الشارع في تقدير عقوبتها مسلكاً كلياً عاماً يناسب كمال الشريعة وعمومها لكل زمان ومكان، ففوض أمر تقديرها إلى الحاكم أو من ينوبه بما يحقق الردع ويدفع المفاسد ويحفظ المصالح. ﴾
- ﴿ لا شك أن القياس من مسالك الاجتهد، بل هو أهم أبوابه التي يمكن للحاكم أو نائبه استعماله في التوصل إلى تحرير عقوبة التعزير في تلك الأفعال المحظورة شرعاً. ﴾
- ﴿ إذا عرض عليه إحداها اجتهد في إلحاها بما يشبهها في الأذى والإفساد إذا تحقق الردع بتلك العقوبة، مستهدياً في ذلك بهدي الشارع الحكيم وإرشاده إلى بعض عقوبات الجرائم التعزيرية في القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة، وعمل السلف رضوان الله عليهم. ﴾
- ﴿ لذا قال الإمام محمد أبو زهرة - رحمه الله -: "وعلى ذلك يكون ثبوت التعزير بالقياس أمراً لا محل للنزاع فيه". ﴾

ثانياً: محل الدلال:

- ﴿ اختلف العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة وهي: الحدود والكافارات، ولم تصرح كتب المتقدمين - فيما بحثت - بذكر القصاص في محل الخلاف مع الحدود والكافارات. لكن أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس في العقوبات تشير إلى دخول القصاص في محل الخلاف، حيث قال صدر الشريعة: "ولا يثبت ذا بالقياس، أي ما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص لا يثبت بالقياس". ﴾
- ﴿ لذا صرخ فضيلة الإمام أبو زهرة بدخوله في محل الخلاف قائلاً: "هل تثبت الحدود والقصاص بالقياس؟ لقد قال بعضهم إنها تثبت بالقياس، وقال بعض الفقهاء إن الحدود والقصاص والكافارات لا تثبت بالقياس. ﴾
- ﴿ بناء على ذلك ← أرى دخول القصاص في محل الخلاف؛ وذلك لكونه عقوبة مقدرة، ومبني أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة على أن التقديرات غير معقوله المعنى؛ لذا يمتنع فيها القياس عندهم. ﴾
- ﴿ يؤيد ذلك أيضاً خلاف الفقهاء في وجوب القصاص في القتل بمثقل قياساً على القتل بمحدد، كما سيتبين في الآثار الفقهية المبنية على الخلاف الأصولي في المسألة. ﴾
- ﴿ هذا وينحصر خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة في القولين التاليين: ﴾
- ﴿ القول الأول: حجية القياس في العقوبات المقدرة → وإليه ذهب جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة. وسيطلق البحث عليهم: المثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة. ﴾
- ﴿ القول الثاني: عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة → وإليه ذهب السادة الحنفية. وسيطلق البحث عليهم: الناففين لحجية القياس في العقوبات المقدرة. ﴾

المطلب الثاني: سبب الخلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة

يرجع منشأ الخلاف بين الجمهور والسادة الحنفية في الاحتجاج بالقياس في الحدود والكافارات والقصاص إلى السببين التاليين:

السبب الأول: مدى تعلق العلة، أو (المعنى) في الحدود والكافارات والقصاص.

بعبة أخرى: خلافهم في إمكان إدراك العلة فيها عقلاً، ذلك لأن مدار القياس على كون الحكم الشرعي في الأصل معمول العلة أو المعنى، حتى يتمكن المجتهد من إدراك علته وبناء الحكم عليها في الفرع.

يرى جمهور العلماء أنه لا توجد جملة من الأحكام الشرعية غير معللة، بل ينبغي أن تستقر كل مسألة منها على حدة، فإن أمكن إدراك معنى ملحوظ للشاعر فيها كانت معللة ويصح فيها القياس، وإن لم يمكن ذلك لم تكن معللة ولا يصح فيها القياس، سواء كانت من الحدود والكافارات والقصاص أو غيرها من أبواب الأحكام الشرعية.

إذا تعلق المجتهد علة وجوب حد الزنا كان له قياس اللواط عليه في وجوب الحد، وإذا تعلق علة وجوب الكفارة في القتل الخطأ كان له قياس العمد عليه في وجوب الكفاره، وإذا تعلق علة وجوب القصاص في القتل بمحدد كان له قياس القتل بمثقل عليه في وجوب القصاص...، وهكذا شأن أي حكم شرعي أدرك العقل علته، فليس في الحدود والكافارات والقصاص ما يمنع إجراء القياس فيها عند تعلق معناها.

هذا في حين رأى السادة الحنفية عدم تعلق العلة، أو (المعنى) في تلك العقوبات ← وذلك لاشتمالها على تقديرات لا يدرك العقل معناها، لذا يمتنع فيها القياس ضرورة كونها غير معمولة العلة.

قال أبو الحسن البصري ← والخلاف بين الناس: هل في الشريعة جملة من المسائل يعلم أنه لا يجوز أن تدل دلالة على علة أحکامها، فيمتنع استعمال القياس فيها في الجملة، أو ليس كذلك، بل ينبغي أن يستقرئ مسألة مسألة، فأصحاب أبي حنيفة يقولون: قد علمنا ذلك في جملة من المسائل وهي التي ذكروها، وغيرهم لا يحكم بذلك في أكثر هذه المسائل على سبيل الجملة، بل يستقرؤون مسألة مسألة.

السبب الثاني: خلاف الجمهور والسادة الحنفية في دلالة النص:

هل هي دلالة لفظية من قبيل دلالة النص الشرعي على الحكم بمعناه لغة، أو دلالة قياسية من قبيل دلالة النص الشرعي على الحكم بمعناه الشرعي اجتهاداً واستنباطاً. وبيان ذلك: أن دلالة النص تعد- عند الحنفية- أحد طرق استنباط الحكم الشرعي من النصوص، ويقصد بها: دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق أو المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكتهما في علة واحدة تفهم بمجرد العلم باللغة دون حاجة إلى الاجتهاد والرأي. ويطلق عليها الجمهور: مفهوم الموافقة؛ لكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق.

❖ تنقسم دلالة النص عند السادة الحنفية إلى قسمين:

القسم الأول: دلالة ضرورية أو قطعية:

ما كانت العلة فيها جلية معلومة في المنصوص عليه والمسكوت عنه على سبيل القطع. لذا كانت محل اتفاق بين العلماء في إدراكتها، وذلك كدلالة قوله تعالى: (فلا تقل لهما أَفِ) على تحريم إيذاء الوالدين بالسب والضرب ونحوهما؛ إذ إن علة تحريم التأليف المفهومة لغة الإيذاء، وهي متحققة في السب والضرب ونحوهما قطعاً.

القسم الثاني: دلالة نظرية أو ظنية :

﴿ ما كانت العلة فيها غير جلية، بل خفية في المنصوص عليه أو المskوت عنه، لذا كانت محل خلاف بين العلماء في إدراكتها. وذلك كلامه قوله تعالى: (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلد) على وجوب حد الزنا على من عمل عمل قوم لوط عند الصاحبين من الحنفية والإمام الشافعي. ﴾

﴿ هذا ولما كانت العلة اللغوية في الدلالة الظنية خفية كانت مفتقرة إلى نوع من النظر والاجتهاد في تعينها في المنصوص عليه، وتحققها في المskوت عنه، ومن ثم كان هذا النوع محل خلاف بينهم في كون الحكم الثابت به مستندًا إلى النص بمعناه اللغوي أي دلالة النص، أو مستندًا إلى الاجتهاد في العلة الشرعية للنص، وهو عين القياس. ﴾

﴿ ذهب الجمهور وبعض الحنفية إلى أن هذه الدلالة من قبيل القياس ﹤ لأن العلة فيها ليست مدركة باللغة لخفايتها، بل مدركة بالاجتهاد، بدليل اختلاف الأئمة فيها، ومنهم الإمام الشافعي وهو من الماهرين المبرزين في اللغة. وعليه: يكون الحكم الثابت بها مستندًا إلى القياس لا النص. ﴾

﴿ ذهب عامة السادة الحنفية إلى أن هذه الدلالة ليست من قبيل القياس ﹤ بل هي من دلالة النص؛ لأن مبنها على العلة التي يتضمنها النص لغة، حتى وإن احتاجت إلى نوع من النظر في إدراكتها. ﴾

﴿ عليه ﹤ يكون الحكم الثابت بها مستندًا إلى معنى النص لغة، ومن ثم لا يمتنع الاحتجاج بها في العقوبات المقدرة، أي الحدود والكافارات والقصاص. ﴾

﴿ قد قدم السادة الحنفية فروعًا فقهية عديدة بنوا الحكم فيها على ذلك الأصل، بينما عد الجمهور ذلك النوع من الاستدلال قياساً، واحتجوا به في تلك العقوبات. ﴾

﴿ لكن الجدير بالذكر هنا ﹤ أن جميع الحنفية متذمرون على الاحتجاج بتلك الدلالة في العقوبات المقدرة حتى من قال منهم إنها من قبيل القياس، حيث أنزلوها منزلة القياس المنصوص على علته من جهة كون الحكم الثابت بها مستندًا إلى النص. ﴾

﴿ قال عبد العزيز البخاري: "وسمعت عن شيخي قدس الله روحه وهو كان أعلى كعباً من أن يجازف أو يتكلم من غير تحقيق أنها- أي الحدود والكافارات والقصاص- تثبت بمثل هذا القياس عندهم- أي الحنفية- كما تثبت بالقياس الذي علته منصوصة. ﴾

الخلاصة

أن للسادة الحنفية فروعًا فقهية من الحدود والكافارات، مثل إلحاقي اللواط بالزنا في الحد، وإلحاقي الفطر بالأكل والشرب عمداً في نهار رمضان بالجماع عمداً في وجوب الكفارة، وإلحاقي القتل بمثقل بالقتل بمحدد في وجوب القصاص، ونحوها مما اعتبروا استدلالهم على هذا الإلحاقي من قبيل دلالة النص. هذا في حين اعتبره الجمهور قياساً بحقيقة ومفهومه.

س/ اكتب في أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة؟

المبحث الثاني :

أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة

المطلب الأول: أدلة الجمهرة (المثبتين لحجية القياس في

العقوبات المقدرة) ومناقشتها

استدل جمهور العلماء على حجية القياس في العقوبات المقدرة بعدة أدلة من أهمها ما يأتي:

الدليل الأول: عموم الأدلة الشرعية من القرآن الكريم، والسنّة النبوية المطهورة على حجية القياس:

حيث يفيد إطلاق العمل بالقياس في جميع الأحكام الشرعية دون تفرقة بين باب وباب ما لم يمنع من ذلك مانع، ولا مانع من العمل به في تلك العقوبات، فيكون القياس فيها حجة متى عقلت علتها.

نوقش ذلك → بأننا نسلم بمقتضى عموم الأدلة على حجية القياس فيما هو مستوفٍ لشروطه، وتلك العقوبات غير مستوفٍ لها لعدم تعقل علتها.

أجيب عنه → بأننا لا نحتاج بالقياس إلا في الأحكام التي تعقل علتها، وقد تعقلناها في مثل إلحاق اللواط بالزنا في الحد، وإلحاق القتل العمد بالخطأ في الكفارة، وإلحاق المثقل بالمحدد في القصاص، ونحو ذلك من المواطن، فصح لنا الاحتجاج فيها بالقياس لاستيفائه شروطه.

الدليل الثاني: أن الصحابة- رضوان الله تعالى عليهم - قد احتذوا بالقياس في تلك العقوبات:

حيث تشاوروا في حد الشرب، فقال الإمام علي رضي الله عنه: "إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذي وإذا هذي افترى عليه حد الافتداء". فأقام - رضي الله عنه - الشرب مقام القذف بجامع الافتداء، ولم ينكر عليه أحد عمله بالقياس في عقوبة الحد فكان ذلك إجماعاً على حجية القياس فيه.

نوقش ذلك من وجهين:

الوجه الأول → أن حد الشرب وهو الجلد ثمانين جلدة لم يثبت بالقياس، بل بالإجماع المزيل لشبهة القياس، فلا يلزم من ذلك جواز الاحتجاج بالقياس في عقوبة الحد مطلقاً.

أجيب عنه → بأن الصحابة- رضوان الله تعالى عليهم - قد استندوا في إجماعهم على جعل حد الشرب ثمانين بالقياس، فلا يكون مزال الشبهة أصلاً، لما هو معلوم أن الشبهة إنما تزول بعد انعقاد الإجماع، فيثبت بذلك أن الشبهة في القياس غير مانعة من الاحتجاج به في عقوبة الحد.

الوجه الثاني → أن الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم - لم يجمعوا على كون القياس طريق وجوب حد الشرب ثمانين، وإنما أجمعوا على وجوب الحكم ذاته وهو جلد الشارب ثمانين لاجتماع أدلة سمعية عليه، حيث روي أن النبي ﷺ ضرب شارب الخمر بالجريدة والنعال، كما روي أنه ضربه أربعون رجلاً كل رجل بنعليه ضربتين.

قد تحري الصحابة في اجتهادهم موافقة أمر النبي ﷺ فجعلوا الحد ثمانين، وليس ذلك بقياس بل هو اجتهاد وتحري لمعنى التوقيف. ويمكن أن يجاب عنه: بأن قول الإمام علي - رضي الله عنه - صريح في إلحاق الشرب بالقذف بجامع الافتداء، وهو عين القياس، ولم ينكر من أحد فكان إجماعاً على جعل الحد ثمانين بالقياس.

الدلـيلـ الثـالـثـ:ـ أـنـ الـانـفـاقـ حـاـصـلـ بـيـنـ الـجـمـهـورـ وـالـحـقـيقـةـ عـلـىـ ثـبـوـتـ تـلـكـ العـقـوبـاتـ بـخـبـرـ الوـاحـدـ:

﴿ تـبـتـ أـيـضاـ بـالـقـيـاسـ،ـ بـجـامـعـ إـفـادـةـ الدـلـيـلـيـنـ -ـ خـبـرـ الوـاحـدـ وـالـقـيـاسـ-ـلـلـظـنـ.﴾

المطلب الثاني: أدلة السادة الحنفية (النافيـنـ لـحجـيـةـ الـقـيـاسـ)

فيـ العـقـوبـاتـ اـمـقـدـرـةـ)ـ وـمـنـاقـشـتـهـاـ

﴿ استـدـلـ السـادـةـ الـحنـفـيـةـ عـلـىـ دـمـرـيـةـ الـقـيـاسـ فـيـ العـقـوبـاتـ المـقـدـرـةـ بـعـدـ أـدـلـةـ،ـ مـنـ أـهـمـهـاـ مـاـ يـأـتـيـ:﴾

الـدـلـيلـ الـأـولـ:ـ أـنـ الـعـقـوبـاتـ غـيرـ اـطـقـرـةـ لـيـسـتـ مـسـنـوـفـيـةـ لـشـرـائـطـ الـقـيـاسـ،ـ وـذـلـكـ

الـشـمـالـهـ عـلـىـ تـقـدـيرـاتـ لـاـ مـكـنـ نـعـقـلـ عـلـيـهـاـ:

﴿ لـذـاـ يـمـتـنـعـ فـيـهـ الـقـيـاسـ ضـرـورـةـ كـوـنـهـ غـيرـ مـعـقـولـةـ،ـ لـمـاـ هـوـ مـعـلـومـ مـنـ اـبـتـنـاءـ الـقـيـاسـ عـلـىـ تـعـقـلـ الـعـلـةـ.﴾

﴿ أـجـيبـ عـنـهـ ﴾ بـأـنـاـ نـسـلـمـ لـكـمـ أـنـ التـقـدـيرـاتـ الـمـنـطـوـيـةـ عـلـيـهـاـ تـلـكـ العـقـوبـاتـ غـيرـ مـعـقـولـةـ الـعـلـةـ،ـ لـذـاـ يـمـتـنـعـ الـقـيـاسـ فـيـ التـقـدـيرـاتـ بـاـتـفـاقـ،ـ لـكـنـ لـاـ نـسـلـمـ لـكـمـ أـنـ دـمـرـيـةـ الـتـقـدـيرـاتـ يـسـتـلـزـمـ دـمـرـيـةـ الـعـقـوبـاتـ ذـاـتـهـاـ حـتـىـ يـمـتـنـعـ فـيـهـ الـقـيـاســ كـمـاـ قـرـرـتـمـ؛ـ إـذـ لـيـسـ فـيـ تـشـرـيعـ تـلـكـ العـقـوبـاتـ خـصـوصـيـةـ تـمـنـعـ الـاحـتـجاجـ فـيـهـ بـالـقـيـاسـ.﴾

﴿ قـالـ الـإـمـامـ السـبـكـيـ ﴾ وـاعـلـمـ أـنـ نـفـسـ مـقـادـيرـ الـحـدـودـ وـالـكـفـارـاتـ لـاـ يـفـهـمـ فـيـهـ مـعـنـيـ،ـ فـكـيـفـ يـصـحـ الـقـيـاسـ فـيـهـ؟ـ وـهـذـاـ بـخـالـفـ أـصـلـ الـحـدـودـ،ـ فـنـحـنـ نـمـنـعـ الـقـيـاسـ حـيـثـ لـاـ يـعـقـلـ الـمـعـنـيـ،ـ وـذـلـكـ فـيـ مـقـادـيرـ الـحـدـودـ وـالـكـفـارـاتـ لـاـ أـصـلـهـاـ.﴾

﴿ أـصـلـ تـلـكـ العـقـوبـاتـ،ـ أـيـ وـجـوبـهاـ شـرـعـاـ لـيـسـ فـيـهـ مـاـ يـمـنـعـ إـجـراءـ الـقـيـاسـ فـيـهـ إـذـ أـدـرـكـ الـمـجـتـهـدـ بـعـقـلـهـ فـيـهـ مـعـنـيـ وـجـوبـ الـقـصـاصــ وـهـوـ حـفـظـ النـفـســ مـنـاسـبـ لـوـجـوبـهـ فـيـ الصـورـتـيـنـ،ـ فـكـانـ الـحـكـمـ مـعـقـولـ الـعـلـةـ وـصـحـ لـنـاـ فـيـهـ الـقـيـاسـ.﴾

١. قـيـاسـ القـتـلـ بـالـمـثـقـلـ عـلـىـ القـتـلـ بـالـمـحـدـدـ فـيـ وـجـوبـ الـقـصـاصـ بـجـامـعـ الـقـتـلـ عـمـدـاـ وـعـدـوـانـاـ؛ـ إـذـ إـنـ مـعـنـيـ وـجـوبـ الـقـصـاصــ وـهـوـ حـفـظـ النـفـســ مـنـاسـبـ لـوـجـوبـهـ فـيـ الصـورـتـيـنـ،ـ فـكـانـ الـحـكـمـ مـعـقـولـ الـعـلـةـ وـصـحـ لـنـاـ فـيـهـ الـقـيـاسـ.

٢. قـيـاسـ الـلـوـاطـ عـلـىـ الزـنـاـ بـجـامـعـ إـيـلاـجـ فـرـجـ مـحـرـمـ فـيـ فـرـجـ مـحـرـمـ دـونـ مـلـكـ أـوـ شـبـهـ مـلـكـ،ـ وـلـاـ شـكـ أـنـ هـذـاـ الـمـعـنـيـ مـنـاسـبـ لـوـجـوبـ الـحـدـ صـيـانـةـ لـمـقـصـدـ الشـارـعـ فـيـ حـفـظـ الـفـروـجـ.

٣. قـيـاسـ القـتـلـ الـعـمـدـ عـلـىـ الـخـطـأـ فـيـ وـجـوبـ الـكـفـارـةـ بـجـامـعـ الـقـتـلـ بـغـيـرـ حـقـ؛ـ إـذـ إـنـ مـعـنـيـ وـجـوبـ الـكـفـارـةــ الـزـجـرـ وـالـتـكـفـيرـ عـنـ مـعـصـيـةـ الـقـتـلـ،ـ وـهـوـ مـنـاسـبـ لـلـعـمـدـ،ـ بـلـ هـوـ فـيـهـ أـوـلـىـ مـنـ الـخـطـأـ لـعـدـمـ الـعـذـرـ.

﴿ مـدارـ الـقـوـلـ بـجـريـانـ الـقـيـاسـ فـيـ تـلـكـ الـمـوـاضـعـ وـنـحـوـهـاـ عـلـىـ تـعـقـلـ مـعـنـاهـاـ،ـ وـقـدـ حـصـلـ فـيـ نـظـرـ الـجـمـهـورـ،ـ لـذـاـ اـعـمـلـواـ فـيـهـ الـقـيـاســ وـهـمـ لـاـ يـنـكـرـونـ أـنـ مـاـ لـاـ تـعـقـلـ عـلـتـهـ مـنـ هـذـهـ العـقـوبـاتـ لـاـ يـصـحـ فـيـهـ الـقـيـاســ كـمـاـ هـوـ الشـأـنـ فـيـ سـائـرـ الـأـحـكـامـ الـشـرـعـيـةـ.﴾

الدليل الثاني: أن القياس دليل ظني، فيحتمل الخطأ:

ذلك شبهة فيه تمنع تنصيبه دليلاً وحججة شرعية في العقوبات المقدرة لعظمتها وخطورتها، لقوله تعالى: "إدرعوا الحدود بالشبهات".

أجيب عنه ← بأن القول بكون ظنية القياس شبهةً مانعةً من الاحتجاج به في تلك العقوبات منقوص بخبر الواحد والشهادة، بل وظواهر النصوص الشرعية، فهي جميعاً لا تفيد إلا الظن ومع ذلك تثبت بها الحدود والكافرات والقصاص باتفاق.

إن سلمنا عدم النقض بخبر الواحد ونحوه مما يفيد الظن ويحتمل الخطأ، فإن وجوب العمل بالقياس لما
كان معلوماً بأدلة قطعية لم يحتمل أن يكون ذلك خطئاً.

法官 قال ابن السمعاني: "ثم المعتمد من الجواب: هو أن وجوب العمل بالقياس حجة بالدلائل القطعية".

الدليل الثالث: أن الشارع الحكيم قد قصد بشرع العقوبات امقداره - الحدود والكافران والقصاص.

تحقيق الزجر والردع ومحفوظ الأثام، واستئثار بعض المقادير التي يحصل على ذلك اتفاقاً به:

د فيمتنع إدراها عقلاً بالرأي، ومن ثم يمتنع جريان القياس فيها ضرورة كونها غير معقوله المعنى.

أجيب عنه → بأننا لا نقول بضرورة جريان القياس في جميع تلك العقوبات، بل فيما يدرك العقل فيه معنى مناسب لتعليق الحكم به وبنائه عليه في الفرع فقط، وقد أدركنا ذلك في عقوبات عدة وأجرينا القياس بناء عليه، كما في الأمثلة المتقدمة.

يضاف إلى ذلك → أنه لو صح هذا الدليل للسادة الحنفية على امتناع القياس في الحدود والكافارات والقصاص لصح دليلاً على نفي القياس جملةً فيسائر الأحكام الشرعية، حيث قال نفاة القياس: إن الأحكام شرعت لمصالح العباد، ولا يعلمها إلا الله تعالى، فلما لم يصح دليلاً على نفي القياس بالكلية لم يصح هنا دليلاً على امتناع القياس في محل النزاع.

الدليل الرابع: إن مدار القناس في الأحكام الشرعية على الجمعة بين اثنين وأربعين، وذلك العقوبات

مشروعٌ على خلاف هذا الأصل، فدل ذلك على أنها موضوعة شرعاً على مناقاة القناس.

من أمثلة ذلك ← أن الشارع أوجب قطع يد السارق في السرقة، ولم يوجبه في مكاتبة الأعداء مع فداحتها وعظم جرمها عن السرقة، فدل ذلك على امتناع القياس فيها لمنافاتها له بأصل وضعها الشرعي.

أجيب عنه → بأن التماطل الذي عليه مدار القياس يعني كون حكم الأصل معللاً بعلة يمكن بناء الحكم عليه في الفرع، وذلك منعدم في الصورة المذكورة ونحوها، لذا امتنع فيها القياس.

بيان ذلك → أن الشارع قد أوجب القطع في السرقة دون مكاتبة الأعداء لكثره وقوع السرقة من أراذل الناس، فاحتاج الأمر إلى الردع بعقوبة القطع حفظاً للأموال، بخلاف مكاتبة الأعداء حيث لا يكثر وقوعها لما في دين المسلم وطبعه من الواقع عن ارتكابها، فاختلت عن السرقة من هذه الجهة، ومن ثم لم يصح القياس لانعدام المماثلة.

الخلاصة → أن ما ذكرتم لا يصلاح دليلاً على منع جريان القياس في هذه الصورة ونظائرها؛ لأننا لا نقول إلا بجريانه فيما تدرك علته فقط سواء أكان من العقوبات محل النزاع أم من سائر الأحكام الشرعية.

س/ اكتب في الترجيح وتحقيق نوع الخلاف في حجية القياس في العقوبات؟

المبحث الثالث: الترجيح وتحقيق نوع الخلاف

المطلب الأول: الترجيح بين القولين

يظهر لنا- والله تعالى أعلم بالصواب- من عرض أدلةهم القولين ومناقشتها رجحان قول جمهور العلماء بحجية القياس في العقوبات المقدرة، اقتناعاً بقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة، وضعف أدلة السادة الحنفية وعدم انتهاضها أمام المناقشة.

نضف البحث الأسانيد التفصيلية الآتية:

أولاً: أن عموم الأدلة الشرعية على حجية القياس في جميع الأحكام الشرعية عند سنفائها شرطه بعد أقوى دليل للجمهور على حجية القياس في العقوبات المقدمة:

ذلك أنها من جملة الأحكام الشرعية فتكون داخلة في عموم تلك الأدلة ما لم يمنع من ذلك مانع، ولم يقدم السادة الحنفية دليلاً شافياً سالماً من المعارضة على استثناء تلك العقوبات من جملة الأحكام الشرعية التي يجري فيها القياس.

لما كانت القاعدة الأصولية توجب بقاء العام على عمومه حتى يرد ما يخصه، كانت العقوبات المقدمة داخلة في عموم الأدلة على حجية القياس. خاصة أن أدلة السادة الحنفية لا تنتهي مانعاً من العمل بالقياس في تلك العقوبات.

ثانياً: أن السادة الحقيقة قد شيدوا قولهم منع القياس في العقوبات اطقدره - على أساس قولهم باطلاق عدم تعقل العلة في العقوبات اطقدره بناء على تقديرها، إذ جعلوا التقدير في العقوبة مانعاً من تعقل معناها.

الأسس يظهر ونهـ- وبوضوحــ أـمـام دـقـة تـفـرقـة الجـمـهـور بـيـن مـقـدـار العـقوـبـة وـأـصـلـاهـ، فـالـمـقـدـار لـا يـعـقـلـ معـناـهـ بـاتـفـاقـ، لـذـا يـمـتـنـعـ فـيـهـ الـقـيـاسـ. أـمـا أـصـلـ العـقوـبـةـ فـيـمـكـنـ تـعـقـلـ معـناـهـ، وـمـنـ ثـمـ لـا يـمـتـنـعـ فـيـهـ الـقـيـاسـ.

يقول فضيلة الإمام محمد أبو زهرة - رحمه الله:-

القدر هو الأمر الذي لا يرد فيه القياس، ولكن موضع التقدير لم يرد فيه القياس اللهم إذا قلنا: إن هذه العقوبة تعبدية ليست معقوله المعنى. ولكن الحقيقة غير ذلك، بل هي عقوبة معقوله المعنى، وإذا كانت معقوله المعنى في ارتباطها بموضوعها من حيث إنها علاج لداء معين، وهي حاسمة لمادته في المجتمع أو على الأقل مخففة لوبيلاته فيه، فلماذا لا تكون صالحة لعلاج ما يشبهه من الأدواء، وله كل مظاهره؟

٤٩ فإذا كان الجلد مائة عقوبة رادعة للزنا، فلماذا لا يكون عقوبة رادعة للعلاقة الشاذة بين رجل ورجل؟ وللعلاقة الشاذة بين رجل وأنثى؟

إننا لا نعتقد أن ذلك ينال التقدير في شيء، ولكنه يعمم العقاب في كل موضوع يكون مشابهًا للموضوع الذي كان فيه العقاب؛ لأن الحد حكم، وهو معلم ليس حكماً تعبدياً، فيصح أن يتعدى موضوعه إلى ما يشبهه في معناه.

كون الحدود حقا لله تعالى لا يقتضي أن تكون في أصل شرعيتها تعبدية، بل إنها كانت لتطهير المجتمع من الرجس، وما كانت تسميتها حدوداً إلا لكونها لتطهير المجتمع من الرجس، وما كانت تسميتها حدوداً إلا لكونها حق المجتمع وليس العقوبات لحق شخص. وإن كونها حقا للمجتمع يجعلها معقوله المعنى أكثر من غيرها.

ثالثاً: أن السادة الحنفية قد ناقضوا أصلهم اطئهم في العقوبات اطئهم:

حيث نقل كثير من العلماء عن الإمام الشافعي -رحمه الله- أنه ذكر مناقضة السادة الحنفية لأصلهم في فروع فقهية عديدة، ومنها: إيجاب الكفاررة على المفطر عمداً بالأكل والشرب قياساً على المفطر عمداً بالجماع.

كما نقل بعض الجمهور عن أئمة المذهب الحنفي فروعاً فقهية أخرى تثبت إعمالهم للقياس في العقوبات المقدرة، ومن ذلك: ووجوب القصاص في القتل بمثقل قياساً على القتل بمحدد، ووجوب حد الزنا على الائط قياساً على الزاني.

قال الإمام جمال الدين الإسنوي بعد نقل بعض هذه الفروع: "واعتذر السادة الحنفية عن هذه الأمور بما لا ينفعهم، فإن حقيقة القياس قد وجدت في هذه الأشياء".

بل ما كان دفع السادة الحنفية لتلك المناقضة إلا القول بثبوت تلك الأحكام بطريق دلالة النص لا القياس.

يقول الإمام السرخسي: "فأوجبنا حد قطاع الطريق على الرداء بدلاله النص .. وقال أبو يوسف ومحمد رحهما الله- يجب الحد في اللواطة على الفاعل والمفعول به بدلاله نص الزنا..".

هنا يثور السؤال التالي ← هل يقبل دفع السادة الحنفية ببناء الحكم بوجوب العقوبة في تلك الفروع على دلالة النص كطريق مغایر للقياس، أم أن استدلالهم بدلاله النص لا يخرج عن كونه تطبيقاً عملياً للاحتجاج بحقيقة القياس ومفهومه في العقوبات المقدرة، ومن ثم يؤول الخلاف إلى العبارة والاصطلاح؟

المطلب الثاني: تحقيق نوع الخلاف

الأصل العام عند السادة الحنفية منع الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة، لكن أورد الجمهور فروعاً فقهية تعكر عليهم صفو أصلهم، بل تنقضه، وذلك لوجود حقيقة القياس ومفهومه في استدلال السادة الحنفية على الحكم في تلك الفروع.

قد دفع السادة الحنفية ذلك النقض بقولهم: إن ووجوب العقوبة في تلك الفروع قد بنى على دلالة النص لا القياس.

البحث الآن بصدق تحقيق هذا الدفع، فأقول- مستعيناً بالله تعالى:-

إن السادة الحنفية يقصدون بدلاله النص: دلالة النص الشرعي على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لعلة مدركة لغة لا اجتهاداً ورأياً.

معيار مغايرة دلالة النص عن القياس عندهم إنما هو طريق إدراك العلة أو المعنى الجامع بين المنصوص عليه والمسكوت عنه، فهو في دلالة النص فهم اللغة والعلم بدللات ألفاظ النص الشرعي لغة، بينما طريق إدراكاتها في القياس الرأي والاجتهاد في المعنى الشرعي للنص.

قد صرخ السادة الحنفية ببناء الحكم بوجوب العقوبة المقدرة في تلك الفروع على دلالة النص، ومن ثم لا يرون انتقادهم المانع من الاحتجاج بالقياس في العقوبات؛ وذلك لأن مبني دلالة النص على المعنى الذي تتضمنه عبارة النص الشرعي ونظمه مدرك لغة، فكان المعنى مضافاً إلى النص الشرعي، بخلاف القياس فهو مبن على الاجتهاد في المعنى الشرعي للنص، لذا صح الاحتجاج في تلك العقوبات بدلاله النص ولم يصح الاحتجاج فيها بالقياس.

يؤكد صدر الشريعة على ذلك قائلاً: "والثابت بدلاله النص كالثابت بالعبارة والإشارة إلا عند التعارض، وهو فوق القياس؛ لأن المعنى في القياس مدرك رأياً لا لغة، بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندري بالشبهات ولا يثبت هذا بالقياس، أي ما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص".

يناقش البحث استدلال السادة الحنفية بدلاله النص على وجوب العقوبة في تلك الفروع قائلاً: إن معيار تغاير دلالة النص عن القياس- وهو كون العلة فيها مدركة باللغة- منعدم في تلك الفروع.

دليل انعدامه ← احتمام الخلاف بين كبار الأئمة في تحديد العلة، ومن بينهم الإمام الشافعي- وهو من - حيث اجتهد كل إمام في إدراك العلة، بل أتى بأدلة تدعم اجتهاده وتؤيد رأيه، ولا شك أن ذلك الخلاف المحتمم في إدراك العلة يخرج استدلال السادة الحنفية بها عن نطاق دلالة النص إلى القياس، حيث إن العلة مدركة في تلك الفروع اجتهاداً ورأياً.

الدلالة ← إن العلة في دلالة النص قد تكون خفية، بحيث تحتاج في معرفتها إلى نوع نظر.
ذلك لأن هذا الخفاء يجعلها علة ظنية لا تدرك إلا بالاجتهاد، ومن ثم تكون علة قياسية، ويكون بناء الحكم عليها في المسكوت عنه قياساً لا دلالة نص، وإنما الذي يصلح بعد ذلك فيصلاً فارقاً بين دلالة النص والقياس.

لعل هذا ما دعا بعض الحنفية أن يعبر على استحياء عن عدم ارتضائه الدفع ببناء الحكم بالعقوبة في تلك الفروع على دلالة النص، حيث قال صاحب شرح نور الأنوار على المنار بعد ذكر خلاف الإمام الشافعي للحنفية في علة الكفاراة في الفطر بالجماع عمداً: "إن عد أمثل هذه الأحكام في الدلالة لا يحسن؛ لأن الشافعي - رحمة الله - لم يعرف هذا - يعني المعنى أو العلة - مع أنه من أهل اللسان، فكان ينبغي أن يعد في القياس".

فضيلة الدكتور /أحمد فهمي أبو سنة رحمة الله - حيث قال: "وبعض أمثلة الدلالة التي قدمنا كوجوب الحد بعمل قوم لوط والقصاص بالقتل بالمثلق في ثبوته بالدلالة كلام، والظاهر أن علته ثابتة بالاجتهاد لا باللغة لتركيبها من اعتبارات نظرية لا يدركها إلا أهل الفقه".

التفتازاني بأن الفروع الفقهية التي قرر السادة الحنفية بناء الحكم بالعقوبة فيها على دلالة النص إنما هي من القياس؛ لأن علتها لم تفهم لغة بل رأياً واجتهاداً، غاية الأمر أن السادة الحنفية قد ادعوا - على حد تعبيره- استناد اجتهادهم إلى دلالة النص، تخلصاً من الطعن بها في أصلهم المانع من القياس في العقوبات المقدرة.

بناء على ما تقدم → يكون السادة الحنفية قد تقضوا أصلهم وخالفوا قولهم في الأصول بمنع القياس في العقوبات المقدرة، حيث احتجوا في مجال التطبيق الفقهي - بالقياس في تلك العقوبات لكن باصطلاح دلالة النص، ومن ثم أرى خلافهم مع الجمهور في المسألة خالفاً لفظياً مرددة إلى الاصطلاح والتسمية.

الفصل الثاني: أثر الاختلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة في الفقه الإسلامي

الد جمهور العلماء قرروا الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة، وأن السادة الحنفية وإن منعوا ذلك في أصولهم إلا أنهم قد ناقضوا قاعدتهم في بعض الفروع الفقهية، حيث بنوا الحكم فيها بوجوب العقوبة على القياس لكن وفق اصطلاح آخر هو "دلالة النص"، وقد كان لهذا الاختلاف العلمي في الأصول أثر كبير في فروع الفقه الإسلامي، ظهر في اختلاف الحكم الفقهي بين الفقهاء تبعاً للخلاف الأصولي.

**س/ اكتب في اثنين فقط من الفروع الفقهية التي توضح اثر الاختلاف في حججه
القياس في العقوبات المقدمة في الفقه الاسلامي؟**

المبحث الأول: عقوبة اللواث

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد باللواء ← إدخال الحشمة في دبر ذكر.
من الفواحش والكبائر، وقد أجمع العلماء على تحريمه استناداً للنصوص الشرعية الواردة بتحريمه ولعن فاعله، لكنهم اختلفوا في عقوبته على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عقوبة اللواط القتل رجماً للفاعل واطفاعه به مطلقاً:

د أي سواء كان محصناً أو غير محصن. وإليه ذهب المالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية.

استدلوا على ذلك بقوله ﷺ: (من وجدتموه يعمل عمل قومٍ لوط فاقتلو الفاعل والمفعول به).

أجيب عنه بأن الأمر بقتل الفاعل والمفعول به ليس نصاً في العقوبة، بل هو مؤول بالقتل سياسة من الحاكم، أو بالقتل لمن استحل فعله.

يمكن الرد على هذا الجواب ← بأن هذا تأويل لظاهر النص بغير دليل فيكون مردوّاً.

الفَوْلُ الثَّانِي: عَقُوبَةُ الْلَّوَاطِ كَحْدِ الزَّنَا، أَيْ رِجْمُ الْمَحْصُنِ وَحَلَادُ غَيْرِ الْمَحْصُنِ.

إِلَيْهِ ذَهَبَ الصَّاحِبَانَ (أَبُو يُوسُفْ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ) مِنَ الْحَنْفِيَّةِ، وَالشَّافِعِيَّةِ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْحَنَابِلَةِ فِي رِوَايَةِ ثَانِيَّةٍ.

❖ استدلوا على ذلك بما يأتي:

١- أن **اللَّوَاطَ نُوْعٌ مِنَ الزَّنَا** ← لأنَّه إِيَّالَاجُ فِرْجٌ مُحَرَّمٌ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَوْلُهُ: (إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ)، فَيَكُونُ اللَّوَاطُ دَاخِلًا فِي عِمَومِ النَّصُوصِ الشَّرِيعَيَّةِ المُقرَّرَةِ لِحَدِّ الزَّنَا وَبِأَخْذِ حُكْمِهِ، وَهُوَ الرِّجْمُ لِلْمَحْصُنِ وَالْجَلْدُ لِغَيْرِ الْمَحْصُنِ.

٢- **أَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ** ← بِأَنَّ النَّصُوصَ الشَّرِيعَيَّةِ الْوَارِدَةِ بِقَتْلِ الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ بِهِ مُخَصَّصَةٌ لِعِمَومِ نَصُوصِ الزَّنَا.

٣- **قِيَاسُ الْلَّوَاطِ عَلَى الزَّنَا بِجَامِعِ كُوْنِهِمَا إِيَّالَاجُ فِرْجٌ مُحَرَّمٌ لَا مَلِكٌ فِيهِ وَلَا شَبَهَةُ مَلِكٍ** ← فَيَكُونُ الْلَّوَاطُ زَنًا مُوجَبًا لِلْحَدِّ كَالْإِيَّالَاجِ فِي فِرْجِ الْمَرْأَةِ.

٤- **أَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ** ← بِأَنَّ هَذِهِ الْقِيَاسَ فَاسِدٌ الْاعْتِبَارِ؛ لِمَصَادِمَتِهِ النَّصُوصُ الشَّرِيعَيَّةُ الْوَارِدَةُ بِقَتْلِ الْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ بِهِ.

٥- **هَذَا وَيَجْدُرُ التَّنْوِيَّةِ إِلَى** ← أَنَّ الصَّاحِبِيْنَ قَدْ أَلْحَقُوا الْلَّوَاطَ بِالْزَّنَا فِي الْحُكْمِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لَا بِالْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ السَّادَةَ الْحَنْفِيَّةَ يَمْنَعُونَ الْقِيَاسَ فِي الْحَدِودِ.

❖ وجه استدلالهما بدلالة النص:

٦- أَنَّهُ يَفْهَمُ لِغَةَ مِنَ النَّصُوصِ الشَّرِيعَيَّةِ الْمُوجَبَةِ لِحَدِّ الزَّنَا كَوْنِ عَلْتَهُ قَضَاءُ الشَّهُوَةِ بِسَفْحِ الْمَاءِ فِي مَحْلِ مُحَرَّمٍ مُشْتَهَىٰ، وَهَذِهِ الْعُلَةُ مُتَحَقِّقةٌ فِي الْلَّوَاطِ، **بَلْ هِيَ أَقْوَى وَأَشَدُ فِيهِ مِنَ الزَّنَا مِنْ جَهَتَيْنِ**:

الأُولَى ← أَنَّ سَفْحَ الْمَاءِ فِي الْلَّوَاطِ إِهْدَارٌ لِلنَّسْلِ بِالْكُلِّيَّةِ، لِعدَمِ صَلَاحِيَّةِ الْمَحْلِ - أَيِ الدِّبْرِ - لِهِ أَصْلًاً.

الثَّانِيَّةُ ← أَنَّ حِرْمَةَ مَحْلِ الْلَّوَاطِ أَبْلَغَ وَأَشَدَّ مِنْ حِرْمَةِ الزَّنَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَزُولُ أَبْدًا وَلَا تَنْكَشِفُ بِأَيِّ سَبِّبٍ مُبِيِّحٍ، بَيْنَمَا يُمْكِنُ زَوَالُ حِرْمَةِ مَحْلِ الزَّنَا وَانْكَشَافُهَا بِسَبِّبٍ مُبِيِّحٍ وَهُوَ الزَّوْاجُ.

٧- **أَجِيبُ عَنْ ذَلِكَ** ← بِأَنَّا لَا نُسْلِمُ أَنَّ عَلَةَ وجوبِ حدِّ الزَّنَا مُجَرَّدَ قَضَاءِ الشَّهُوَةِ بِسَفْحِ الْمَاءِ فِي مَحْلِ مُحَرَّمٍ فَقَطْ - كَمَا قَرَرَ الصَّاحِبَانِ - حَتَّى يَقَالُ بِشَبُوتِ حَدِّ الزَّنَا فِي الْلَّوَاطِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ لِتَوَافُرِ عَلْتَهُ فِيهِ؛ لِأَنَّ عَلَةَ وجوبِ حدِّ الزَّنَا - كَمَا قَرَرَ الْإِمامُ أَبُو حَنِيفَةَ - إِنَّمَا هِيَ قَضَاءُ الشَّهُوَةِ بِسَفْحِ الْمَاءِ فِي مَحْلِ مُحَرَّمٍ عَلَى وَجْهِ يُؤْدِي إِلَى إِهْلَاكِ النَّسْلِ حَكْمًا وَإِفْسَادِ الْفَرَاشِ وَاشْتِبَاهِ النَّسْبِ، وَهِيَ غَيْرُ مُتَحَقِّقةٍ فِي الْلَّوَاطِ.

إِهْلَاكُ النَّسْلِ حَكْمًا:

٨- فَلَأَنَّ وَلَدَ الزَّنَا يَضِيعُ فِي الْحَيَاةِ لِعدَمِ ثَبُوتِ نَسْبِهِ لِلْزَانِيِّ، فَيَفْقَدُ بِذَلِكَ النَّفَقَةَ وَالتَّرْبِيَّةَ فَكَانَ هَالِكًا حَكْمًا. وَهَذَا الْمَعْنَى غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي الْلَّوَاطِ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ مُجَرَّد سَفْحِ الْمَاءِ فِي غَيْرِ مَحْلِ النَّسْلِ، وَهُوَ قَدْ يَبْاحُ فِي صُورَةِ الْعَزْلِ عَنِ الْزَوْجَةِ بِإِذْنِهَا.

إِفْسَادُ الْفَرَاشِ وَاشْتِبَاهُ النَّسْبِ:

٩- فَلَأَنَّ الزَّنَا بِزَوْجَةِ الغَيْرِ يَوْجِبُ الْلَّعَانَ وَالْفَرَقَةَ وَاشْتِبَاهَ النَّسْبِ، وَهَذَا الْمَعْنَى أَيْضًا غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ فِي الْلَّوَاطِ، حِيثُ لَا يَتَصَوَّرُ كَوْنُ الرَّجُلِ فَرَاشًاً.

١٠- فَلَا يَتَبَقَّى مِنْ مَعْنَى عَلَةِ الزَّنَا فِي الْلَّوَاطِ سُوَى مُجَرَّدِ قَضَاءِ الشَّهُوَةِ بِسَفْحِ الْمَاءِ فِي مَحْلِ مُحَرَّمٍ، عَلَى أَنَّ الشَّهُوَةَ فِي الزَّنَا أَقْوَى لِوُجُودِ دَوَاعِيْهَا الْفَطَرِيَّةِ مِنْ جَانِبِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، وَسَفْحِ الْمَاءِ فِي الزَّنَا أَشَدُ ضَرَرًا عَلَى النَّسْلِ - كَمَا تَبَيَّنَ - فَكَانَ الزَّنَا أَحَوْجُ إِلَى الزَّجْرِ عَنْهُ بِالْحَدِّ. وَإِذَا ثَبَّتَ نَقْصَانُ الْلَّوَاطِ عَنِ الزَّنَا فِي عَلَةِ وجوبِ الْحَدِّ امْتَنَعَ ثَبُوتُ حَدِّ الزَّنَا فِيهِ بِدَلَالَةِ النَّصِّ.

١١- قَالَ الْكَاسَانِيُّ "فَلَمْ يَكُنْ أَيُّ الْلَّوَاطِ - فِي مَعْنَى الزَّنَا، فَوْرُودُ النَّصِّ هُنَاكَ لَيْسَ وَرُوَدًا هُنَاكَ".

الفول الثالث: عقوبة اللواط التعزير لما يراه الحاكم مناسباً للزجرا ولو بالقتل من اعتاده:

إليه ذهب الإمام أبو حنيفة.

استدل عليه → بأن اللواط مغایر للزنا؛ لأن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة، لذا يقال: لاط فلان وما زنا، كما يقال: زنا فلان وما لاط. واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني، فلو كان اللواط زنا أو في معناه لأوجب الصحابة فيه حد الزنا، لكنهم اجتهدوا في عقوبته وخالفوا فيها بين التحرير والإلقاء من شاهق ونحو ذلك، ومعلوم أن الاجتهداد في قدر العقوبة دليل على كونها تعزيرية؛ حيث لا مجال للاجتهداد في الحدود؛ لأنها لا تعرف إلا بالتوقيف.

أجيب عن ذلك → بأن القول بالتعزير معارض بالنص الوارد بعقوبة القتل، وعارض أيضاً بعموم النصوص والقياس الموجبين لحد الزنا، ومعلوم أنه لا يصار إلى التعزير إلا عند فقد العقوبة المنصوصة.

الترجح الفقهي → يظهر لنا من عرض أقوال الفقهاء وأدلتها ومناقشتها - والله أعلم - رجحان القول الأول بوجوب قتل الفاعل والمفعول به رجماً للمحسن وغير المحسن، لقوة دليله من جهة، وسلامته من المعارضة من جهة أخرى.

يضاف إلى ذلك → أن القول بثبوت حد الزنا في اللواط بالقياس يخالف النص الشرعي، فيكون قياساً باطلأ.

يؤيد ذلك → أن الله عز وجل قد عذب قوم لوط بالرجم، فينبغي أن يعاقب مرتكب هذه الفاحشة بمثل عقوبتهم في الشدة والشناعة زجراً له على فسقه وتمرده على الفطرة.

المطلب الثاني: تخرج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يظهر من عرض الخلاف الفقهي في عقوبة اللواط وثيق صلت وارتباطه بالخلاف الأصولي بين الجمهور والحنفية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة من الأوجه الآتية:

الوجه الأول: أن أصحاب القول الأول الذين ذهبوا إلى تجريع عقوبة القتل للفاعل والمفعول به:

هم من الجمهور القائلين بحجية القياس في العقوبات المقدرة - لم يخالفوا أصلهم ذلك، حيث لم يمنعوا قياس اللواط على الزنا لأنه غير جائز في تلك العقوبات، بل إنهم تركوا القياس لوجود نص في المسألة، وهو حديث (اقتلوا الفاعل والمفعول به).

كان حكمهم الفقهي بتقرير عقوبة القتل مستنداً إلى هذا النص، ومن ثم كان قياس اللواط على الزنا في اجتهدادهم فاسد الاعتبار لمصادمته النص، وليس لعدم جواز الاحتجاج بالقياس في عقوبة الحد.

الوجه الثاني: أن أصحاب القول الثاني الذين ذهبوا إلى تجريع حد الزنا في اللواط

قد اختلفت مسالكهم في الاستدلال على ذلك الحكم الفقهي بالقياس تبعاً لاختلافهم في حجيته في العقوبات المقدرة وذلك على النحو التالي:

الشافعية في الأظهر والحنابلة في روایة - وهم من الجمهور القائلين بحجية القياس في تلك العقوبات - استدلوا - بعد عموم نصوص الزنا - بقياس اللواط على الزنا، فكان حكمهم الفقهي بذلك مستنداً إلى القياس وموافقاً لأصلهم في الاحتجاج به في عقوبة الحد.

الصحابيان من الحنفية - المانعون لحجية القياس في العقوبات المقدرة - فاستدلا بدلالة النص على إلحاق اللواط بالزنا في الحد، فانتهوا إلى نفس الحكم الفقهي للشافعية والحنابلة لكن بطريق آخر غير القياس وهو دلالة النص.

مناقشة استدلال الصاحبين بدلالة النص:

من المعلوم أن أصول السادة الحنفية في منهجية الاستدلال بدلالة النص تقتضي تطبيقاً على هذا الفرع الفقهي وجود حالة منصوص على حكمها وهي هنا الزنا، ووجود حالة مسكونة عنها وهي هنا اللواط تكون مساوية للحالة المنصوصة في العلة التي تدرك بمجرد معرفة اللغة دون اجتهاد وتأمل.

بناء على ذلك: قرر الصاحبان مساواة اللواط للزنا في علة وجوب الحد، وهي قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم، فحكموا بوجوب حد الزنا في اللواط استناداً إلى دلالة النص لا القياس.

يمكن مناقشة ذلك بما يأتي:

١. أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يدركو علة وجوب الزنا مع معرفتهم باللغة → بل هم العرب الخلص أهل اللسان والسلبية السليمة وأصحاب المدارك الفقهية القوية، فلو كانت العلة لغوية لأدركوها وألحقو اللواط بالزنا واستغنوا بالنص عن الاجتهاد، لكن لم يرد عنهم شيء من ذلك بل اختلفوا في حكم اللواط، فكان ذلك دليلاً قاطعاً على أن العلة ليست لغوية بل اجتهادية.

٢. أن الإمام أبي حنيفة شيخ الصالحين قد خالفهما في تحديد علة وجوب حد الزنا → حيث رأى أنها قضاء الشهوة بسفح الماء على وجه يؤدي إلى إهلاك النسل حكماً وإفساد الفراش واحتباذه، ولو كانت العلة لغوية لاتفق كبار أئمة الفقه في إدراكها وتحديدها، لكن اختلافهم فيها دليل آخر على كونها علة اجتهادية.

إذا ثبتت كون العلة اجتهادية لم يكن الاستدلال بها على هذا الحكم من دلالة النص؛ لافتقادها أحد مقوماتها الأساسية في أصول السادة الحنفية - وهو كونها تدرك باللغة لا بالاجتهاد والرأي - بل يكون استدلالاً بحقيقة القياس وعملاً بمفهومه في عقوبة الحد؛ حيث أحقا اللواط بالزنا في وجوب الحد لعلة اجتهادية كانت مثار خلاف بين الصالحين في هذا الفرع الفقهي خروجاً من السادة الحنفية عن قاعدتهم الأصولية القاضية بمنع القياس في العقوبات المقدرة.

الوجه الثالث: أما القول الثالث في المسألة - وهو للإمام أبي حنيفة:

قد تأول النص الوارد بقتل الفاعل والمفعول به بحمله على القتل سياسة أو لمستحل الفعل، فقرر فيه التعزيز؛ لكون مبناه على الاجتهاد في تقدير العقوبة بما يحقق المصلحة المقصودة شرعاً ولا مجال للاجتهاد في الحدود لأنها توقيفية؛ لذا لم يلحق اللواط بالزنا بطريق القياس.

لم يلحق اللواط بالزنا بدلالة النص - كالصالحين -؛ لأنه لا يراه زنا ولا في معنى الزنا، ولولا ذلك لألحقه به بدلالة النص.

من ثم أرى أن حكمه الفقهي بوجوب التعزيز في اللواط وإن ظهر موافقاً لأصله المانع للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة إلا أنه ليس كذلك حقيقة؛ إذ لو تحقق شرط دلالة النص في نظره لأوجب في اللواط حد الزنا كالصالحين.

المبحث الثاني: عقوبة الرد في الحرابة

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد بالحرابة أو قطع الطريق → الخروج لأخذ مال أو لقتل أو إرعياب مكافحة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث.

يقصد بالردة هنا → المساهم في تلك الجريمة بطريق المساعدة بإعانته قطاع الطريق أو تكثير جمعهم أو مراقبة الطريق أو حفظ الأموال أو نحو ذلك من وجوه المساعدة، فلا يباشر قطع الطريق بأخذ مال أو قتل نفس.

قد اتفق الفقهاء على وجوب حد الحرابة على المباشر لها، لكنهم اختلفوا في وجوب الحد على الردة كالمباشر على قولهين:

الفول الأول: وجوب حد الحرابة على الردة كالمباشر

إليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة. وبناء عليه: يثبت حكم القتل في الجماعة إذا قتل أحدهم وكان الباقيون رداءً له كما لو باشروا جميعاً القتل.

أدلة هذا القول: استدل أصحابه على وجوب حد الحرابة على الردة كالمباشر بالقياس من وجوهين:

الأول: قياس الردة في الحرابة على الردة في الجهاد → بجامع حصول المぬعة والمعاضدة والمناصرة في كل بين المباشر والردة، فكما يستوي الردة والمباشر من المجاهدين في استحقاق الغنيمة فكذا الردة والمباشر من المحاربين يستويان في حد الحرابة.

الثاني: قياس الردة في الحرابة على الردة في السرقة → بجامع حصول الجريمة في كل بفعلهما، فكما يجب قطع الردة في السرقة يجب حد الحرابة على الردة.

الفول الثاني: عدم وجوب حد الحرابة على الردة، بل تكفي فيه بالتعزير:

إليه ذهب الشافعية في الأصح. وبناء عليه: لا يثبت حكم القتل إلا لمن باشر القتل فقط دون رده، ولا يثبت حكم قطع الأيدي والأرجل إلا لمن أخذ المال فقط دون رده، وهكذا..

أدلة هذا القول: استدل أصحابه على عدم وجوب حد الحرابة على الردة بالقياس على الزنا

جامع كون الحرابة والزنا معصية تستوجب الحد، فكما لا يقام حد الزنا على المعين؛ لأنه لم يباشر الجريمة، فكذا الردة في الحرابة.

أجيب عنه ← بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمعاضدة والمناصرة، فلا تحصل من المباشر إلا بقوة الردة بخلاف الزنا.

الترجيح الفقهي ← يظهر لنا من عرض الخلاف الفقهي وأداته رجحان قول الجمهور بكون حكم الردة حكم المباشر في وجوب حد الحرابة، وذلك لقوة أداته وضعف دليل القول الآخر.

يضاف إلى ذلك ← أن لفعل الردة عظيم الأثر في قيام الركن المادي لجريمة الحرابة، وأن يمنع وصول الغوث إلى مسرح الجريمة، فهو إذا مساهم بالمساعدة، فلو لم يلحق بالمتضرر في وجوب الحد لكن ذلك ذريعة إلى شيوع تلك الجريمة التي هي أعظم خطراً على المجتمع من سائر جرائم الحدود والقصاص، لما يتربت عليها من ضياع النفس والقال المقصود حفظهما شرعاً، وشيوع الخوف في المجتمع، بل اضطراب الحياة في شتى نواحيها، وذلك منافٍ لمقصد الشارع الحكيم من الحدود عامة ومن حد الحرابة خاصة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "وهذا- أي قول الجمهور- هو المتأثر عن الخلفاء الراشدين، فإن عمر بن الخطاب قتل ربيئة المحاربين، والربيئة: هو الناظر الذي يجلس على مكان عال ينظر فيه لهم من يجيء؛ وأن المباشر إنما تمكن من فعله بقوة الردة ومعوقته، والطائفة إذا انتصر بعضها ببعض حتى صاروا ممتنعين فهم مشتركون في الثواب والعقوب كالمجاهدين".

المطلب الثاني: تخرج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج هذا الفرع الفقهي على قول جمهور الفقهاء بإلتحق الردة بالمباشر في وجوب حد الحرابة، وليس بغريب أن يستدل غير الحنفية منهم على ذلك بالقياس؛ لأن أصولهم غير مانعة من جريان القياس في العقوبات المقدرة ومنها الحدود، بل الغرابة في استدلال السادة الحنفية على ذلك الحكم بالقياس وقد منعوه في أصولهم.

لكنهم دفعوا تلك المناقضة فعملوا إلتحق الردة بالمباشر في الحد بدلاله النص لا القياس، فقرروا أن النص الشرعي يقد ورد بإيجاب الحد على المحارب، وهو المباشر لعلة المحاربة. ومعناها لغة: قهر العدو والتخييف على وجه ينقطع به الطريق وهذا المعنى يتحقق في الردة فكان مباشراً للمحاربة فيجب عليه حد الحرابة بدلاله النص.

يمكن دفع جوابهم: بأن قولكم يا يجاب حد الحرابة على الردة بدلالة النص لا بالقياس إنما يقبل لو كانت العلة فيها لغوية مدركةً بمفرد فهم اللغة، كما قررتم في منهجية الاستدلال بدلالة النص، وهي ليست كذلك؛ إذ لو كانت لغوية لوافقهم الشافعية في إدراكتها وبناء الحكم عليها، لكنهم لم يروا تحققها في جانب الردة كالمباشر، لذا اكتفوا بعقوبة التعزير، ولا جدال أن ذلك الخلاف يخرج علة المحاربة عن كونها لغوية ويجعلها علة اجتهاادية.

من ثم يكون بناء السادة الحنفية للحكم عليها من قبيل القياس لا دلالة النص، وبذلك يكون هذا الفرع كسابقه من الفروع الفقهية التي ناقض السادة الحنفية فيه أصلهم القاضي بمنع القياس في العقوبات المقدرة؛ حيث أعملوا القياس في عقوبة حد الحرابة بحقيقة ومفهومه لكن باصطلاح دلالة النص، وليس ما قالوه من باب دلالة النص بل من باب القياس على ما تم بيانه.

المبحث الثالث: مدى وجوب القصاص في القتل بمثقل

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتها

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب القصاص في القتل بمحدد، وهو: ما يقطع ويجرح بدخوله في البدن كالسيف والسكين والرمم ونحوها.

لكنهم اختلفوا في وجوب القصاص في القتل بمثقل ← وهو: ما لا يقطع ولا يدخل في البدن كالحجر الكبير والعصا الغليظة ونحوهما.

حاصل خلافهم في ذلك قوله:

القول الأول: يجب القصاص في القتل بمثقل.

إليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصحابيين من الحنفية.

استدلوا على قولهم بما يأتي:

١. عموم النصوص الشرعية الموجبة للقصاص في القتل بمحدد ← ومنها: قوله تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا** عَلِمْتُمُ الْقِصَاصَ فِي الْقَتْلِ). وقوله تعالى: **(مَنْ قَاتَلَ مَخْلُومًا فَقَدْ بَعَثَنَا لَوْلَاهُ سَلَطَانًا)**. والمثقل كالحجر الكبير والعصا الغليظة يقتل غالباً، فكان القتل به عمداً يتناوله هذا العموم.

٢. ما روى عن أنس بن مالك رضي الله عنه (أن يهودياً رجم رأس جاريه بين حجرين، فقيل لها: من فعل بك هذا؟ فلان أو فلان حتى سمي اليهودي فأومأته برأسها فجيء به فاعترف، فأمر به النبي ﷺ فرض رأسه بين حجرين). فهو نص في وجوب القصاص في القتل بمثقل.

٣. قياس المثقل على المحدد في وجوب القصاص بالقتل به ← بجامع كونهما مما يقتل غالباً.

٤. أن الضرب بمثقل مهلك عادةً ← لذا لا يستعمل إلا في القتل، واستعماله فيه دليلقصد كاستعمال المحدد، فإذا انضم إليه أصل القصد كان القتل به عمداً محضاً فيجب فيه القصاص.

٥. وأخيراً دلالة النص - وهو للصحابيين من الحنفية ← وتقريره: أن القتل بمثقل يلحق القتل بمحدد في وجوب القصاص بدلالة النص الشرعي لا القياس، وهو قوله ﷺ "لا قود إلا بالسيف".

يفيد بعباراته أن القصاص لا يجب إلا في القتل بالسيف. وعلة ذلك: أن النفس لا تطيق احتماله ويحصل به الهلاك، وهي متحققة في القتل بمثقل، بل هي فيه أقوى وأظهر، من حيث إن المثقل يزهق الروح بنفسه، أما المحدد كالسيف ونحوه فيزهق الروح بواسطة الجرح، ومعلوم أن ما يعمل القتل بنفسه أبلغ مما يعمله بواسطة، وعليه: يكون القتل بمثقل أولى بوجوب القصاص من القتل بمحدد.

يمكن أن يجاب عن ذلك ← بأنه لا نسلم لكم ثبوتاً وجوب القصاص في القتل بمثقل بدلالة النص، إذ يلزم أن تكون العلة فيها مفهومة لغةً لا اجتهاadiaً ورأياً، بحيث لا تكون محلـاً للخلاف، وهي ليست كذلك، حيث وقع الخلاف في تعينها بين الصاحبين وشيخهما الإمام أبي حنيفة،

الدَّسْتُرُ شَار قد قرر كون العلة في وجوب القصاص في القتل بالسيف → الجرح الذي ينقض بنية الآدمي ظاهراً بتخريب الجسد وباطناً بإزهاق الروح. وهي غير متحققة في القتل بمثقل؛ لأنَّه ينقض الباطن فقط دون الظاهر، وعليه تكون العلة قاصرة في المثقل، فلا يجب القصاص في القتل به لانعدام المماثلة بينهما؛ لأنَّ القصاص إفساد لظاهر البنية وباطنها معاً.

القول الثاني: لا يجب القصاص في القتل بمثقل، بل يجب فيه دية شبه العمد:

إليه ذهب الإمام أبو حنيفة.

استدل عليه بما يأتي:

(١) قوله ﷺ: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل».

وجه الدلالة ← أن النبي ﷺ جعل قتل السوط والعصا والحجر مطلقاً شبه عمد، فلم يفرق بين كونها صغيرة أو كبيرة وأوجب فيه أديمة دون القصاص.

أجيب عنه ← بأنه محمول على المثقل الصغير؛ لأنه لا يقتل غالباً حيث قرن النبي ﷺ الحجر بالعصا والسوط، فدل على أنه أراد ما يشبههما وهو الصغير، وذلك جمعاً بينه وبين أدلة الجمهور المفيضة لوجوب القصاص في القتل بمثقل.

(٢) أن المثقل غير معد للقتل:

القتل بالآلة غير معدة له دليل عدم القصد، لما هو معلوم أن تحصيل الفعل إنما يكون بأئته المعدة له، لذا كان في القتل بمثقل شبهة مانعة من العمدية، فلا يجب فيه القصاص.

أجيب عن ذلك ← بأنه لا نسلم بأن المثقل غير معد للقتل، بل هو معد له لما تقدم في أدلة الجمهور من كون الضرب بالمثقل لا يستعمل إلا في القتل لكونه مهلكاً في العادة، لذا كان استعماله في القتل دليلاً على القصد واستعمال السيف، وعليه: يخلص القتل به عن الشبهة ويتمحض عمداً فيجب فيه القصاص.

الترجح الفقهي ← يظهر لنا من عرض الأقوال الفقهية وأدلة رجحان قول جمهور الفقهاء بوجوب القصاص في القتل بمثقل، وذلك لقوة أداته وضعف أدلة القول الآخر.

يضاف إلى ذلك ← أن الأدلة الشرعية على وجوب القصاص في القتل العمد قد جاءت عامة مطلقة دون تخصيص أو تفرقة بين محدد ومثقل، فيكون القول بعدم وجوب القصاص في القتل بمثقل تخصيصاً لعمومها وتقييداً لإطلاقها دون دليل فلا يقبل.

كما أن قول الجمهور بوجوب القصاص في القتل بمثقل يتواافق مع مقصود الشارع من القصاص، حيث شرع صيانة للأنفس من الإهدار، والقتل بمثقل مساوٍ للقتل بمحدد في إتلافها، فيجب فيه القصاص سداً للذرية وصيانةً لمقصد الشارع في حفظ النفس.

المطلب الثاني : تخریج الفرع الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج هذا الفرع الفقهي على قول جمهور الفقهاء بوجوب القصاص في القتل بمثقل من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: أن جمهور الفقهاء عدا الصالحين قد اسندوا :

بعد النصوص - على وجوب القصاص في القتل بمثقل **بالقياس على القتل بمحدد**، بجامع حصول القتل بهما غالباً، ولا شك أن استدلالهم بالقياس على هذا الحكم الفقهي يأتي منسجماً مع أصولهم، حيث أجازوا جريان القياس في العقوبات المقدرة ومنها القصاص.

الوجه الثاني: أن الصالحين من الخلفية قد وافقوا الجمهور في الحكم الفقهي:

لكنهم خالفاً الجمهور في الاستدلال عليه بالقياس، حيث صرحت كتب السادة الحنفية بأنَّهما أحلاقاً القتل بمثقل بالقتل بمحدد **بطريق دلالة النص لا القياس**، لأنَّ القصاص عقوبة مقدرة فيمتنع فيها القياس.

يلاحظ اختلاف الإمام أبي حنيفة مع صاحبيه في إدراك علة الحالة المنصوص عليها ، وأمام اختلاف أئمة المذهب الحنفي - وهم كبار أئمة الفقه الإسلامي - في إدراك تلك العلة يتعين القول بأنَّها ليست لغوية كما تقتضيها قواعدهم في الاستدلال بدلالة النص، وإنما هي اجتهادية تفتقر في إدراكتها إلى الاجتهاد والتأمل.

بناء على ذلك يكون استدلال الصاحبين عبارة عن قياس القتل بمثقل على القتل بمحدد في وجوب القصاص، إلا أنه لما كان السادة الحنفية يمنعون القياس في عقوبة القصاص باعتباره من العقوبات المقدرة قرروا أن ذلك استدلاً بدلالة النص تخلصاً من الطعن عليهم بمخالفة أصلهم المانع للقياس في العقوبات المقدرة.

هذا ما صرّح به العلامة سعد الدين التفتازاني، حيث قال في هذا الفرع ونظائره: "... لأن المعنى الموجب ليس مما يفهم لغة بل رأياً فهو من قبيل القياس، إلا أن القياس لما لم يكن مثبتاً للحد والقصاص ادعوا فيه دلالة النص". وبهذا يتعارض هذا الفرع مع سابقيه في الدلالة على عمل السادة الحنفية بحقيقة القياس في العقوبات المقدرة لكن باصطلاح دلالة النص.

المبحث الرابع: مدى وجوب الكفارة على المفترى رمضان بالأكل والشرب عمداً

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتها

اتفق عامة أهل العلم على وجوب الكفارة على من أفتر في رمضان متعمداً بالجماع في الفرج، لكنهم اختلفوا في وجوبها على من أفتر في رمضان بالأكل والشرب عمداً على قولين:

القول الأول: وجوب الكفارة على اتفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً، والله ذهب الحنفية والمالكية.

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة، من أهمها ما يأتي:

(١) ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه: "أن رجلاً أفتر في رمضان فأمره النبي ﷺ أن يكفر بعتر رقبة".

وجه الدلالة → أن النبي ﷺ قد أوجب الكفارة على المفترى غير عذر في رمضان مطلقاً، حيث لم يسأله عمما أفتر به من جماع أو تناول طعام أو شراب، فدل ذلك على عدم اختلاف الحكم به، فيكون سبب وجوب الكفارة مطلقاً الفطر عمداً بغير عذر.

(٢) قوله ﷺ: "من أفتر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر".

وجه الدلالة → أن النبي ﷺ قد أوجب كفارة الظهور على المفترى في رمضان عمداً، دون بيان لما أفتر به من جماع أو غيره، فدل ذلك على أن سبب وجوب الكفارة مطلقاً الفطر عمداً بغض النظر عن كونه بجماع أو أكل وشرب.

وأجيب عن الاستدلال ببعض الحديثين:

بان سبب وجوب الكفارة قد ورد فيهما مطلقاً وقد ورد مقيداً في حديث الأعرابي بخصوص الفطر بالجماع، فيحمل المطلق على المقييد جمعاً بين الأدلة. وعليه: لا تجب الكفارة إلا بالفتر بالجماع عمداً.

١. **قياس الفطر بالأكل والشرب عمداً على الفطر بالجماع عمداً في وجوب الكفارة** → بجماع إفساد الصوم عمداً وانتهاك حرمته دون سبب مبيح.

أجيب عن ذلك → بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الحاجة إلى الزجر عن الجماع أمس، والحكمة في التعدي به أكد، لذا يجب به حد الزنا إذا كان في فرج محروم بلا شبهة، كما يختص الجماع بإفساد الإحرام بنسك الحج والعمرة دون سائر المحظورات، وإفساد صوم الرجل والمرأة كذلك في الغالب بخلاف الأكل والشرب.

٢. **أخيراً اختصر السادة الحنفية بالاستدلال بدلالة النص الموجب للكفارة بالجماع عمداً** وهو ما روى أن أعرابياً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله هلكت. قال: "ما لك؟" قال: وقعت على امرأة وأنها صائم. قال: "هل تجد رقبة تعتقها؟" قال: لا، قال: "هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟" قال: لا، قال: "هل تجد إطعام ستين مسكيناً؟" قال: لا، فمكث النبي ﷺ فيبينما نحن على ذلك أتي بعرق فيه تمر، فقال "أين السائل؟" فقال أنا، فقال: "خذ هذا فتصدق به" فقال الرجل: أعلى أفق مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتنيها أهل بيتي أفق من أعلى بيتي، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنفابه ثم قال: "أطعمه أهلك".

❖ تقرير استدلالهم بدلالة نص هذا الحديث الشريف:

أنه يفيد بعبارته وجوب الكفارة على المفتر بالجماع عمداً، وعلة وجوبها- المفهومة لغةً- الجنائية على الصوم بتفويت ركته، وهو الإمساك عن المفترات من الطعام والشراب والجماع، وهذه العلة متحققة في الفطر بالأكل والشرب عمداً، فيلحق بالجماع في وجوب الكفارة بدلالة النص.

بل رأى السادة الحنفية أن الفطر بالأكل والشرب عمداً أولى بوجوب الكفارة من الفطر بالجماع، وذلك لشدة الحاجة إلى الطعام والشراب وقوة الرغبة فيهما خاصة بالنهار بخلاف الجماع، لذا كان الفطر بهما أحوج إلى الزجر من الفطر بالجماع.

أجيب عن ذلك ← بأنه لا نسلم لكم أن علة وجوب الكفارة في الفطر بالجماع الجنائية على الصوم بتفويت ركته حتى يدخل فيها الفطر بالأكل والشرب عمداً كما قررت، لأننا نرى أنها الجنائية على الصوم بالجماع خاصة؛ لأنها مورد النص، والأكل والشرب عمداً ليس في معنى الجماع حتى تجب به الكفارة.

بل إن شهوة الفرج أشد هيجاناً، والصبر عليها أشق على المرء بخلاف شهوة البطن، لذا كان الفطر بالجماع أدعى إلى الزجر، ولا يلحق به الأكل والشرب عمداً؛ لأنه دونه في معناه، فيكون دونه في استدعاء الزجر بالكفارة.

الفول الثاني: عدم وجوب الكفارة على امتنان بالأكل والشرب عمداً وإليه ذهب الشافعية والحنابلة.

واسندوا على ذلك بعدة أدلة من أهمها ما يأتي:

١. **إن الأصل عدم وجوب الكفارة إلا فيما ورد به الشرع نصاً أو إجماعاً** ← وإنما ورد النص في الجماع عمداً، ولا يمكن قياس الأكل والشرب عليه؛ لأنهما ليسا في معنى الجماع، لكونه أغفل في انتهاء حرم الصوم، فكان إلى الزجر أحوج، ولا يلزم من وجوب الكفارة في الأعلى وجوبها في الأدنى.

قال ابن قدامة: "ولا يصح قياسه- أي الفطر بالأكل والشرب عمداً- على الجماع؛ لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكم في التعدي به أكد، ولهذا يجب به الحد إذا كان محراً، ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته، ووجوب البدنة، وأنه في الغالب يفسد صوم اثنين بخلاف غيره".

٢. **"أنه أفتر بغير جماع فلم توجب الكفارة كبلغ الحصة أو التراب أو كالردة عند مالك"** ← لأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع.

الترجح الفقهي:

يظهر لنا من عرض أقوال الفقهاء وأدلتها في المسألة رجحان قول الشافعية والحنابلة بعدم وجوب الكفارة على المفتر في رمضان بالأكل والشرب عمداً لقوة أدلتها- وضعف أدلة الحنفية والمالكية- رغم تعددتها - أمام المناقضة.

المطلب الثاني: تخرج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج الخلاف الفقهي في هذا الفرع على الخلاف الأصولي في حجية القياس في العقوبات المقدرة من الوجهين التاليين:
الوجه الأول: أن السادة الحنفية والمالكية قد اتفقا على إلحاق الفطر بالأكل والشرب عمداً بالفتر بالجماع عمداً في وجوب الكفارة، غير أن هذا الإلحاق يعد قياساً عند المالكية.

من ثم يكون قولهم بوجوب الكفارة في الفطر بالأكل والشرب عمداً قياساً على الفطر بالجماع موافقاً لأصلهم القاضي بجواز القياس في العقوبات المقدرة، بينما يعد هذا الإلحاق عند السادة الحنفية من قبيل دلالة النص لا القياس؛ لأن أصولهم تمنع القياس في العقوبات المقدرة. لكن خلاف الشافعية والحنابلة معهم في العلة يجعلها اجتهادية لا لغوية، ومن ثم يكون إلحاق الأكل والشرب بالجماع فيها قياساً لا دلالة نص. وبهذا يناقض السادة الحنفية أصولهم المانعة للقياس في العقوبات المقدرة، حيث وجدت حقيقة القياس في استدلالهم بدلالة النص.

الوجه الثاني: أن الشافعية والحنابلة لم يوجبوا الكفارة في الفطر بالأكل والشرب عمداً.

حيث لا نص ولا إجماع يفيدان وجوبها، بل ولا قياس أيضاً، حيث لم يصح في نظرهم -قياس الأكل والشرب على الجماع؛ لأنهما ليس في معناه.

عليه ← يكون منعهم لقياس هنا مستنداً إلى انعدام حقيقته وهي المساواة والمماثلة بين الأصل وهو الجماع والفرع وهو الأكل والشرب، لا لكون القياس ممنوعاً في العقوبات المقدرة، إذ لو تحقق المساواة لصح القياس عندهم، فليس في اجتهادهم ما يناقض أصولهم القاضية بجواز القياس في العقوبات المقدرة.

المبحث الخامس: مدى وجوب الكفارة في القتل العمد

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتها

اتفق الفقهاء على وجوب الكفارة في القتل شبه العمد والخطأ وما أجري مجرى الخطأ، لكنهم اختلفوا في وجوبها في القتل العمد على قولين:

القول الأول: عدم وجوب الكفارة في القتل العمد.

إليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في مشهور المذهب.

❖ استدلوا على ذلك بأدلة عديدة من أهمها ما يأتي:

١. قوله تعالى: **(وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّكْثُرًا فَتَحْرِيرُ رَقْبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ)**، مع قوله تعالى: **(وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)**.

وجه الدلالة ← أن الله تعالى قد أوجب في الآية الأولى الكفارة في القتل الخطأ، ثم نص في الآية الثانية على جزاء العمد وهو جهنم دون طلب الكفارة، فدل مفهوم الآيتين معاً على عدم وجوب الكفارة في العمد، إذ لو كانت واجبة لنص عليها في مقام البيان لكن سكت عنها، ومعلوم أن السكوت في مقام الحاجة إلى البيان بيان.

٢. أن القتل العمد فعل يوجب القتل قصاصاً، فلا تجب فيه الكفارة كزنا المحسن.

٣. إن معنى الكفارة غير مناسب للقتل العمد فلا يصح تعلقها به ← وذلك لأنها حق دائم بين العقوبة والعبادة، إذ تشبه العقوبة من جهة كونها جزاء عن ارتكاب محظوظ، وتشبه العبادة من جهة كونها تؤدي بما هو عبادة كالصوم ونحوه، لذا لزم أن يكون سببها دائرياً بين الحظر والإباحة، حتى يتعلق معنى العقوبة بوصف الحظر ويتعلق معنى العبادة بوصف الإباحة.

ذلك متتحقق ومتواافق في القتل الخطأ دون العمد، حيث إن الخطأ يعني الحظر من جهة التفريط وعدم التثبت حتى هلكت نفس معصومة، كما فيه معنى الإباحة من جهة عدم القصد إلى إهلاك النفس، لذا كان صغيرة تمحوه الكفارة. بينما العمد كبيرة محضره ومحظوظ خالص من شبهة الإباحة، فلا يصلح سبباً للكفارة، لما فيها من معنى العبادة.

٤. أن في قتل العمد وعيدها محكماً، فلا يمكن القول بارتفاع المأثم فيه بالكفارة مع شدة الوعيد عليه بنص قطعي لا شبهة فيه، ومن ثم يكون ادعاء الكفارة فيه تحكم بلا دليل، وهو باطل قطعاً، فيبطل ما أدى إليه ولا تجب فيه الكفارة.

٥. وأخيراً اختص السادة الحنفية بهذا الدليل، فقالوا: إن الكفارة من العقوبات المقدرة فيجب الوقوف بها عند النصوص، وقد وردت بوجوبها في الخطأ فقط، ويمتنع قياس العمد عليه لامتناع القياس في الكفارة كعقوبة مقدرة.

القول الثاني: وجوب الكفارة في القتل العمد.

إليه ذهب الشافعية والحنابلة في رواية.

❖ استدلوا على ذلك بأدلة عديدة، من أهمها ما يأتي:

١- ما روي عن وائلة بن الأسعق رضي الله عنه قال أتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد أوجب القتل، فقال "أعتقا عنك رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار".

وجه الدلالة ← أن النبي ﷺ قد أوجب الكفارة في قتل يستوجب النار، ولا يستوجبها إلا القتل العمد.

أجيب عن ذلك ← بأننا لا نسلم أن القتل الذي أوجب النبي ﷺ فيه الكفارة كان عمداً، حيث لا دليل على ذلك، إذ يحتمل أن يكون شبهه عمداً أو خطأ، وإن سلمنا كونه عمداً فالأمر بالكفارة فيه ليس على سبيل الوجوب بل على سبيل التبرع، بدليل أن المأمور بالعتق غير القاتل.

↑ على أية حال فالحديث الشريف لا يقوى على معارضة قوله تعالى: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ): لأنه يفيد بإشارته كون المذكور كل الجزاء، فلو وجبت الكفارة في العمدة بهذا الحديث لكان المذكور في الآية بعض الجزاء وهو خلف.

٢- قياس القتل العمدة على الخطأ، وقد وجبت الكفارة في الخطأ مع وجود العذر النافي للإثم، فتجب في العمدة بالأولوية لكونه أعظم إثماً وأكبر جرماً، وحاجة القاتل إلى تكفير ذنبه أعظم.

أجيب عن ذلك:

↑ بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الخطأ دون العمدة في الإثم، ولا يلزم من وجوب الكفارة في الخطأ وهو أدنى في الإثم وجوبها في العمدة؛ لأنه أعظم إثماً من أن يكفر عنه.

فإن قيل: إن العمدة لاحق بالخطأ بطريق دلالة النص. قلنا: إن هذا استدلال غير صحيح؛ لأن علة إيجاب الكفارة في الخطأ التكفير عن التقصير وترك التحرز عن القتل فناسبه الكفارة بثواب ما فيها من العبادة وما فيها من الزجر عن وقوع القتل، لكون الخطأ دائراً بين الحظر والإباحة. وهذا المعنى غير متحقق في العمدة؛ لكونه كبيرة محبضة فلا يصلح سبباً لوجوب الكفارة لعدم صلاحيته لعلتها لكون ذنبه مما لا يستر بها.

الترجح الفقهي:

↑ يظهر لنا من عرض أقوال الفقهاء وأدلتها رجحان قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب الكفارة في القتل العمد، وذلك لقوة أداته وضعف أدلة القول الآخر.

↑ لكن يجدر القول: بأنه لما كان القتل العمد من أعظم المآثم، بل وأحد الكبائر المتوعد عليه ببعض العقوبة الأخرى فلا أقل من ندب الكفارة واستجابتها للقاتل إذا عفي عنه- كما قرر السادة المالكيـةـ رجاء لغفوه تعالى وغفرانه.

المطلب الثاني: تخرج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

↑ يتخرج خلاف الفقهاء في وجوب الكفارة في القتل العمد على خلاف الأصوليين في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: أن جمهور الفقهاء قد اختلفت مذاهبهم في الاستدلال بالقياس على وجوب الكفارة في القتل العمد بناءً على اختلافهم في حواجز الاحتجاج به في الكفارة لعقوبة مقدرة على النحو التالي:

أولاً: منع السادة الحنفية قياس القتل العمد على الخطأ في وجوب الكفارة.

↑ ذلك موافق- في الصورة - لمنعهم الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة.

لكن تجدر الملاحظة ← أنهم منعوا أيضاً إلحاق العمد بالخطأ في وجوب الكفارة بطريق دلالة النص، وعللوا ذلك: بعدم صلاحيـةـ العمـدةـ لـعـلـةـ وجـوبـ الكـفـارـةـ.

↑ من ثم يمكن القول: بأن منعهم إلحاق العمد بالخطأ ليس لخصوص منعهم القياس في العقوبات المقدرة، بل لعدم إمكان هذا الإلحاق بطريق دلالة النص، فلو تحققت في نظرهم علة الكفارة في العمد لألحقوه بالخطأ في وجوب الكفارة بدلالـةـ النـصـ الـتـيـ لاـ تـعـدـ أـنـ تـكـوـنـ هـنـاـ.ـ معـ اـخـتـلـافـ الـعـلـمـاءـ فـيـ عـلـتـهـاـ سـوـىـ قـيـاسـاـ بـحـقـيقـةـ وـمـفـهـومـهـ.

معنى ذلك → أن قولهم الفقهي لا يخالفـ في الصورةـ أصولهم المانعة من القياس في العقوبات المقدرة بينما يخالفـها في الحقيقة والمعنىـ، حيث إنـهم جعلـوا دلـلة النـص طـريقـاً بدـيـلاً للـقياس في الكـفارـة؛ لأنـها من الأـحكـام التي يـمـنـعـون الـقياسـ فيهاـ. ثم اـجـتـهـدواـ في إـلـحـاقـ العـمـدـ بـالـخـطـأـ فـي وجـوبـ الـكـفـارـةـ بـهـذـاـ الطـرـيقـ، فـتـعـذرـ فـي اـجـتـهـادـهـمـ هـذـاـ إـلـحـاقـ لـعـدـمـ تـحـقـقـ عـلـةـ دـلـلـةـ النـصـ فـيـ العـمـدـ. فـلـوـ أـدـاهـمـ اـجـتـهـادـهـمـ إـلـىـ تـحـقـقـ عـلـةـ الـكـفـارـةـ فـيـ العـمـدـ لـأـوـجـبـواـ فـيـهـ الـكـفـارـةـ إـلـحـاقـاـ لـهـ بـالـخـطـأـ بـدـلـلـةـ النـصـ.

ثانياً: أن السادة المالكية والحنابلة في مشهور المذهب وإن وافقوا السادة الحنفية القول

بعدم وجوب الكفارة في العمد، لكن مستندهم في ذلك مختلف عن الدنفيّة:

حيث إنهم قد منعوا قياس العمد على الخطأ، لوجود فارق بينهما، بأن الخطأ أدنى إثماً بينما العمد أعظم إثماً فلا تناصيه الكفارة.

قال العلامة الدسوقي ← إنما لم تجب الكفارة في العمد ووجبت في الخطأ مع أن مقتضي الظاهر العكس؛ لأنهم رأوا أن العاًم لا تكفيه الكفارة لجنايته؛ لأنها أعظم من أن تکفر.

بناء على ذلك لا يكون منعهم قياس العمد على الخطأ في وجوب الكفارة خروجاً عن أصلهم الم Giz
للاحتجاج بالقياس في الكفارة كعقوبة مقدرة، بل لأنعدام تحقق الممااثلة والمساواة بين الأصل والفرع في اجتهادهم.

الوجه الثاني: أن السادة الشافعية والحنابلة في رواية قد الحقو العمد بالخطأ في الكفارة:

الحكم: سواء قلنا: إن طريقهم في ذلك القياس، أو دلالة النص - كما اعتبره الحنفية- فلا فارق بينهما في النتيجة، إذ مع احتمام الخلاف بين الفقهاء في تحديد علة الكفارة ومدى تتحققها في العمد تكون العلة اجتهادية، ويكون بناء الحكم عليها قياساً. ولا شك أن استدلالهم بالقياس على قولهم الفقهي يتواافق مع أصولهم المجزية للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة.

المبحث السادس: دلالة الفروع الفقهية على حقيقة موقف الجمهور والحنفية من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة

لقد ظهر من دراسة الفروع الفقهية المتقدمة حقيقة موقف كل من الجمهور والحنفية من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة والتي تبرز في النقاط التالية:

**أولاً: نشر الإجتهادات الفقهية لدمهنور العلماء إلى اضطراد قولهم الأصولي
بالاحتياج بالقياس في تلك العقوبات:**

حيث عملوا بالقياس في جانب التطبيق الفقهي فيما ظهر لهم فيه وجه، واتضح ذلك من استدلالهم بالقياس على أقوالهم الفقهية على ما تقدم بيانه في كل فرع فقهي.

الد بينما تركوا العمل بالقياس في بعض المسائل عند عدم ظهور وجه له، وليس في ذلك نقض لأصولهم أو خروج عنها؛ لأنهم إنما تركوا القياس لمانع من صحته، لا لكونه ممنوع الجريان في تلك العقوبات.

٣- من ذلك: وجود نص في المسألة يجعل القياس فيها باطلًا لمصادمته النص، مثل ترك جمهور الفقهاء قياس الامانات على النزاهة مصادمةً - فـ احتمارهم - حديث (اقتادوا الفاعل والمفعول به).

الحكم: **منه أيضاً**: عدم حصول المماطلة- في نظرهم- بين الفرع والأصل في العلة. مثل ترك الشافعية والحنابلة قياس الفطر بالأوكا والش رب عمدأ على الفطر بالجماع عمدأ في وجوب الكفارة.

كان ترك الجمهور للقياس في نحو تلك المواطن مستندًا إلى مسوغٍ يوجبـ في اجتهادهم - فساد القياس، لا منعه لكونه قياساً في عقوبة مقدرة، وهذا يؤكد قول الجمهور في أصولهم بأن الاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات إنما يكون فيما يدرك العقل علته فقط.

قال الإمام الصناعي: فإذا عقل المعنى وجب فيه الحكم بالقياس كما قيس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد، وقطع النباش على قطع السارق، فالعلة والحكم فيه معلومان، وأما ما لا يعلمان فيه فلا يجري فيه القياس. وعليه: يطمئن البحث إلى اضطرار قول جمهور العلماء بالاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة أصلًا وفقهاً.

ثانياً: نشير اجتهادات السادة الحنفية في التطبيق الفقهي إلى مخالفة قواعدهم

الأصولية، حيث عملوا بحقيقة القياس في العقوبات المقدرة.

في سبيل دفع مناقضة ذلك لأصولهم أكدوا في كل مسألة منها على أن استدلالهم ليس من قبيل القياس بل من دلالة النص.

قد أجاب البحث عن دفعهم هذا نظريًا أثناء تحقيق نوع الخلاف في المسألة، وتطبيقاً بمناقشة استدلالهم بدلالة النص في كل مسألة بما يثبت خروج استدلالهم عن نطاقها إلى القياس؛ وذلك لكون العلة فيما اعتبروه دلالة نص غير مفهومة لغة كما اشترطوا في قواعد الاستدلال بها، وإنما هي علة اجتهادية، بدليل اختلاف كبار أئمة الفقه فيها.

هذا ما صرّح به بعض المتقدمين، كالعلامة التفتازاني، وغيره، ثم رجحه كثير من المعاصرین من أساتذة الفقه الحنفي وأصوله.

بل نقل جمهور العلماء عن الإمام الشافعيـ رحمه اللهـ أنه تتبع فقه السادة الحنفية فوجد عدم التزامهم بأصولهم المانع للقياس في تلك العقوبات.

عليه ← يطمئن البحث إلى عمل السادة الحنفية بحقيقة القياس في العقوبات المقدرة على خلاف ما صرّحوا في أصولهم بمنع جريانه فيها.

الخلاصة ← أن اجتهادات الجمهور الفقهية موافقة لقواعدهم الأصولية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة. ولا يقدح في ذلك ترك بعضهم للقياس في بعض المسائل لوجود مانع من صحته أو لعدم استيفاء شروطه.

السادة الحنفية: فقد جاءت اجتهاداتهم الفقهية مخالفة لقواعدهم الأصولية المانعة للقياس في تلك العقوبات، حيث احتجوا بحقيقة القياس ومفهومه فيها لكن بمعنى دلالة النص.

لما كان معلوماً أنه لا مشاحة في الاصطلاح إذا اتحدت الحقيقة والمعنى، انعدمت حقيقة الخلاف بين الجمهور وال宋代 الحنفية في المسألة. وعليه: يصفو للبحث القول: بجواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية دون منازعة حقيقة أو خلاف معنوي في المسألة.

هنا يثير السؤال التالي: هل يتعارض العمل بالقياس في تلك العقوبات مع مبدأ الشرعية الجنائية؟

س/ اكتب في مدي تعارض العمل بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية مع مبدأ الشرعية الجنائية؟

الفصل الثالث: مبدأ الشرعية الجنائية ومدى منافاته للاحتجاج بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

تعريف وتقسيم

لقد خلص البحث إلى اتفاق الفقهاء على الاحتجاج بالقياس في العقوبات غير المقدرة (التعزير)، واحتجاج جمهور العلماء بالقياس في العقوبات المقدرة (الحدود والقصاص والكافارات) أصولاً وفقهاً، وعمل السادة الحنفية بحقيقة القياس فيها لكن وفق اصطلاح دلالة النص وإن صرحوا بمنع الاحتجاج به في أصولهم.

هذا في حين تقرر التقنيات الجنائية الوضعية مبدأ الشرعية الجنائية مرتكزاً أساسياً لقواعد التجريم والعقاب يستلزم منع الاحتجاج فيها بالقياس.

فما حقيقة مبدأ الشرعية في التقنيات الوضعية؟ وهل عرفته الشريعة الإسلامية بنفس مفهومه القانوني أم بمفهوم آخر؟ وما مدى منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات؟

هذا ما يجيب البحث عنه ويوضحه في دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من خلال المباحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن الحديث عن مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي التقديم بتصور مفهومه أولاً في القانون الوضعي؛ وذلك لأنَّه مصطلح حديث النشأة حتى في النظم الوضعية.

مفهوم مبدأ الشرعية وفلسفته:

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية، أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص: كون التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات، أي أنَّ المشرع وحده هو الذي يملك سلطة التجريم والعقاب.

لا يملك القاضي بناء على ذلك المبدأ أن يجرم فعلًا لم يجرمه القانون، ولا أن يقضي بعقوبة غير المنصوص عليها في القانون، وذلك إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يستلزم قصر التقنيين على السلطة التشريعية وحدها، وحصر دور القاضي في تطبيق النص القانوني على الواقع المعروضة، بحيث إذا افتقد النص تعين عليه تبرئة المتهم مهما كان الفعل في نظره ضاراً بالمجتمع أو مخالفًا للأخلاق والعدالة.

لذا وجد مبدأ الشرعية الجنائية مبرراته الفلسفية والواقعية في كونه انعكاساً لمبدأ الفصل بين السلطات، حتى لا تفتئت السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية فتقاسمها مهمة التقنيين، فكان من شأن اعتناقه تثبيت مبدأ الفصل بين السلطات.

هذا بالإضافة إلى كون مبدأ الشرعية الجنائية ضمانة كبرى للحرية الفردية في مجال التجريم والعقاب، وذلك أنه يضع الحدود الفاصلة بين ما هو مشروع وما هو مجرم من الأفعال، بما يبُث الطمأنينة في نفوس الأفراد داخل المجتمع ويحول دون استبداد الحكم وتعسف القضاة في تجريم أي سلوك لم ينص عليه القانون.

فضلاً عن حمايته للمصلحة العامة من جهة إكساب العقوبة أهم خصائصها، من كونها نابعة من إرادة المشرع، حتى تثال قوة الردع في نظر الجميع باعتبارها رد فعل عادل ومشروع للسلوك المجرم.

على الرغم من ذلك فقد تعرض مبدأ الشرعية لعدة انتقادات كان بعضها عاملاً في تطور المبدأ لمسايرة الاتجاهات الجنائية الحديثة في مراعاة مبدأ تفريذ العقاب، وذلك بوضع حد أقصى وأدنى للعقوبة في غالب العقوبات، وتقرير العقوبات التخييرية، ووقف التنفيذ، والإفراج الشرطي، ونحو ذلك من الوسائل المخففة لحدة المبدأ وحرفيته، والتي تمكّن القاضي من مراعاة اعتبار شخص المجرم ودرجة خطورته -لا جسامنة جريمته - في الحكم بالعقوبة الملائمة.

بـهذا أضحت انتقاد مبدأ الشرعية بمجافاته مبدأ تفريذ العقوبة في ذمة التاريخ وكتب المبدأ الاستقرار كركيزة أساسية لقواعد التجريم والعقاب في التشريعات الجنائية الحديثة.

لكن ظل النقد وارداً على مبدأ الشرعية بكونه يصيّب القانون الجنائي بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة بتطور الحياة، ومع تقدير غالب الشرح لأهمية هذا النقد وخطورته لم يكن لهم سبيلاً في دفعه والتخلص منه نهائياً، بل اتجهوا إلى التقليل من خطورته، والحد من آثاره بالوسائل التاليتين:

الأولى: دعوة المQNن الوضعي إلى اليقظة المستمرة والمتابعة الدائمة لتطور السلوك الإجرامي وسرعة الاستجابة لآراء الفقه والقضاء بالنسبة لما يكتشفه من نقص تشريعي لتداركه بالتقنيين.

الثانية: مراعاة المQNن انتقاء ألفاظ واسعة في النص على الجرائم يسمح تفسيرها بتحقيق التوازن بين المحافظة على مبدأ الشرعية الجنائية وبين تمكين القضاء على إزالة العقاب على كثير من الجرائم المستحدثة، حتى لا يصاب القانون الجنائي بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة.

لكنه بالرغم من تطور مبدأ الشرعية في التشريعات الجنائية الحديثة ومحاولة التخفيف من حدته وتلافي الانتقادات الموجهة إليه يظل القانون الجنائي عاجزاً في حالات النقص التشريعي عن تلبية حاجة القضاء إلى إزالة العقاب على مرتكبي الجرائم المستحدثة حتى صدور نص تشريعي، لا سيما أن جانباً كبيراً من الشرح يرى - وبحق - أن المQNن قلماً يبادر بالاستجابة إلى صيغات الفقه والقضاء بسد النقص التشريعي، بل غالباً ما تأتي استجابته متأخرة بسبب ما تمر به من إجراءات.

بعد هذا العرض اللازم لتصور حقيقة مبدأ الشرعية في القانون الوضعي وفلسفته ومراحل تطوره يمكن القول: إن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بأكثر من ألف وأربعين عام إلى تقرير مبدأ الشرعية الجنائية، لكن ليس بمفهومه القانوني الحاد الذي أصاب النصوص بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة في كثير من الأحيان، بل قررته الشريعة الإسلامية بمفهوم أوسع وأشمل جمع بين الضبط والدقة مع المرونة والمسايرة لتطورات الحياة واعتبار تجدد مصالح المجتمع المطلوب حفظها وصيانتها من السلوك الإجرامي، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: مضمون مبدأ الشريعة الجنائية وفلسفته في الشريعة الإسلامية:

لقد قررت الشريعة الإسلامية أصل فكرة مبدأ الشرعية، وهو انتفاء المسؤولية والجزاء في الدنيا والآخرة، بل انتفاء أصل التكليف الشرعي إلا بعد البلاغ والإنذار، إذ إن منطق الشريعة الإسلامية قائم على أنه لا تكليف إلا بوعي ورسالة. وعليه: لا حكم لأفعال العقلاء إلا بعد ورود الشرع، وذلك استناداً للنص والمعقول.

النص ← فآيات كثيرة منها قوله تعالى: (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا)، وقوله تعالى: (وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَّهَا رَسُولًا)، وقوله تعالى: (رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لَئِلَّا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرَّسُولِ). فهذه الآيات القرآنية الكريمة صريحة الدلالة على أن الشارع الحكيم لا يعاقب على أي سلوك إلا بتكليف شرعي يقتضيه.

قال ابن كثير: "إنه تعالى أنزل كتبه وأرسل رسالته بالبشرارة والنذارة وبين ما يحبه ويرضاه مما يكرهه ويأباه لئلا يبقى لمعتذر عذر".

المعنى → فإن العقل السليم قاضٍ قبل ورود الشرع بكون الأصل في ذمة الإنسان البراءة، فتبقى على ذلك الأصل حتى يرد التكليف الشرعي بدليل يفيد شغلها بطلب فعل معين أو تركه.

قال حجة الإسلام الغزالى → "اعلم أن الأحكام السمعية لاتدرك بالعقل، ولكن دل العقل على براءة الذمة من الواجبات وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم السلام وتأييدهم بالمعجزات، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع".

بناء على ما تقدم تكون جميع أفعال المكلفين التي لا ينتظمها تكليف شرعي يقتضي حظرها مباحة على حسب الأصل. بل حتى شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على ذلك قائلاً: "إني لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجيء دليلاً بتجريمه فهو مطلق غير محظوظ، وقد نص على ذلك كثير من تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر ذلك الإجماع يقيناً أو ظناً كاليقين".

ف و تظاهر الحكمة التشريعية من مبدأ الشرعية الجنائية في كونه أهم المبادئ التشريعية المقررة ابتداء من الشارع الحكيم تفضلاً منه وكرماً، إظهاراً وإعلاناً للعدل الإلهي بين الخالق عز وجل وبين عباده قطعاً لمعذرة العصاة المخالفين لتكاليفه.

دلیل ذکر ← قوله ﷺ (ليس أحد أحب إليه المدح من الله عز وجل، من أجل ذلك مدح نفسه، وليس أحد أغير من الله، من أجل ذلك حرم الفواحش، ولا أحد أحب إليه العذر نم الله، من أجل ذلك بعث المبشرين والمنذرين).

هذا في حين تشير فلسفة مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الوضعي إلى عدم تقنيته ابتداءً، بل ظهرت كوسيلة دفاعية حادة في مواجهة تحكم القضاة وتسلطهم- في العصور الوسطى- إعلاء للحرية الفردية حتى ولو على حساب مصلحة الجماعة وفقاً للمذهب الفردي السائد في أوروبا وقتئذ، ولعل ذلك سبب حدة مفهوم مبدأ الشرعية في القانون الوضعي التي أصابت نصوصه بالجمود.

ثانياً: منهج الشريعة الإسلامية في تطبيق مبدأ الشريعة الثانية:

الـسبقت الإشارة إجمالاً إلى أن الشريعة الإسلامية قد قررت مضمون مبدأ الشرعية بمفهوم أوسع وأشمل جمع بين الدقة والمرونة، ويتبين ذلك على التفصيل في جانبي المبدأ - شرعية الجرائم، وشرعية العقوبات- على النحو التالي:

❖ تطبيق المبدأ في جانب شرعية الجرائم:

فإنه لما كانت الشريعة الإسلامية شريعة عامة خالدة لم تكن قانوناً مسطوراً يحدد بنصوص جزئية الأفعال المجرمة - كما هو شأن أغلب التقنيات الوضعية- بل حددت الجرائم بالأوامر والنواهي الشرعية، التي يعلم بعضها بالنص الصريح من القرآن الكريم، والسنّة النبوية المطهرة، وإجماع السلف الصالح. ويظهر ذلك بوضوح في جرائم الحدود والقصاص، ويعلم بعضها الآخر من النصوص دلالة واستنباطاً في ضوء القواعد الكلية للشريعة ومقاصدها العامة، ويظهر ذلك بوضوح في جرائم التعزير.

ذلك بهذا النهج ينطبق مبدأ الشرعية على الجرائم لا على النسق الجزئي المحصور في دائرة النصوص الوضعية، بل على نسق أعم وأشمل يليق بكمال الشريعة وعمومها ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق على تعدد الأزمنة واختلاف الأمكنة.

❖ تطبيق العبدأ في جانب شرعية العقوبات:

قد اتسم منهج الشريعة الإسلامية بالدقة في تطبيق المبدأ في العقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص، حيث تكفلت النصوص الشرعية بتحديدتها تحديداً دقيقاً، على نحو لا يكون للقاضي فيه أي حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها أو استبدالها بغيرها من العقوبات.

❖ يجر التبيه هنا إلى:

أن الشريعة الإسلامية قد تميزت بأنه في حالي سقوط الحد بشبهة، والعفو عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية بتحويل القاضي سلطة تقديرية في إزال العقاب على المتهم تأديباً وجزراً حفظاً لمصلحة المجتمع، حتى لا يقف القاضي مغلول اليad مضطراً إلى البراءة.

ثم تظهر المرونة والمسايرة لتطور السلوك الإجرامي بشكل أظهر وأتم في تطبيق المبدأ في العقوبات التعزيرية المقررة للمعاصي التي لا حد فيها ولا كفاره، حيث خولت القاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار العقوبة الملائمة لشخص المجرم وظروف ارتكابه الجريمة، لكن هذه السلطة على سعتها ليست تحكمية مطلقة، بل هي مقيدة بقواعد الشريعة ومقادها العامة من جهة، وبما قرره جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة- من جهة أخرى- بأن لا تبلغ العقوبة المحكوم بها مبلغ الحد، وذلك استناداً لقوله (من بلغ حدّاً في غير حد فهو من المعذبين).

بـهذا تنفرد الشريعة الإسلامية بالسبق التشريعي في ترسیخ مبدأ تفرييد العقاب، وتوسيع سلطة القاضي التقديرية في إيقاع العقوبة الملائمة لشخص الجاني وظروفه على نحو أدق وأفضل مما انتهت إليه الاتجاهات الجنائية الحديثة.

بعد هذا العرض الملائم لمقصود البحث لمفهوم مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، يثور التساؤل عن: مدى وجود منافاة بين مبدأ الشرعية الجنائية والاحتياج بالقياس في العقوبات؟

المبحث الثاني: مدى منافاة مبدأ الشرعية الجنائية لل الاحتياج

بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لما كان مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الوضعي قائماً على حصر التجريم والعقاب في النصوص القانونية المكتوبة، كان القياس ممنوعاً بالضرورة في قواعد التجريم والعقاب؛ وذلك لأن القياس في تلك القواعد يعني إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة بغير نص تشريعي، وهو ما ينافي مبدأ الشرعية.

تطبيقاً لذلك ← يمتنع على القاضي قياس أية مادة مخدرة على تلك المواد المدرجة بالجداول المرفقة بقانون مكافحة المخدرات، بل يتعمّن عليه في تلك الحالة تبرئة المتهم بحيازتها أو الاتجار فيها إعمالاً لمبدأ الشرعية؛ حيث يخلو القانون من نص يجرم حيازة تلك المادة أو الاتجار فيها، حتى وإن فاق تأثيرها المخدر المواد المدرجة بالجداول المذكورة.

عليه ← فالمنافاة حاصلة- في القانون الوضعي- بين مبدأ الشرعية الجنائية والقياس في الجرائم والعقوبات، إذ هي نتيجة مباشرة لإعمال مبدأ الشرعية.

هذا في حين تندم المنافاة بين مبدأ الشرعية والقياس في القواعد الجنائية المتعلقة بأسباب الإباحة وامتناع المسؤولية والعقاب، والظروف المخففة، ونحو ذلك من القواعد غير المتعلقة بالتجريم والعقاب؛ إذ لا تعارض بين القياس والغاية المقصودة باحترام مبدأ الشرعية، حيث لا خطر على الحريات الفردية من إجراء القياس في تلك القواعد.

الخلاصة ← أن امتناع القياس في قواعد التجريم والعقاب- في القانون الوضعي- إنما هو ثمرة لضيق مفهوم مبدأ الشرعية وحدته حتى وفق نظرية التفسير الموسع للنصوص الجنائية، إذ تبقى الأفعال غير المنصوص على تجريمها خارجة عن نطاق التجريم والعقاب حتى مع ثبوت ضررها المحقق بمصلحة المجتمع، لذا يمتنع على القاضي إزال العقاب على مرتكبيها احتراماً لمبدأ الشرعية، وإلا كان مفتئتاً بسلطته القضائية على السلطة التشريعية.

لكن لما كان مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية قائماً على وجود تكليف شرعي بحظر الفعل أو الامتناع عنه، يفهم صراحة من النصوص الشرعية، أو استنباطاً من عللها المنضبطة بمقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية لم يكن مبدأ الشرعية محصوراً في دائرة ضيق النصوص الجزئية كما هو الحال في القانون الوضعي، بل يعتمد بجوار النصوص على مصادر شرعية أخرى كالقياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع.

عليه ← فإن مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية لا ينافي الاحتجاج بالقياس في العقوبات، سواء كانت غير مقدرة (التعزير)، أو مقدرة (الحدود والقصاص والكافارات) وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: عدم منافاة مبدأ الشرعية للقياس في العقوبات غير المقدرة:

معلوم أن الأصل التشريعي لجرائم التعزير قاضٍ بتخويل سلطة التجريم والعقاب على المعاشي التي لا حد فيها ولا كفارة إلىولي الأمر أو قاضيه المفوض إليه ذلك، وتستند تلك السلطة إلى التكليف الشرعي الموجه لولي الأمر ونوابه بحفظ مصالح العباد.

لكنها ليست سلطة تحكمية، وإنما هي سلطة اختيار وتقدير قصد بها تمكينولي الأمر وقضاته من تقدير خطورة الجريمة واختيار العلاج المناسب المحقق للمصلحة، لذا كانت مقيدة كل التقيد في نطاق التجريم بأوامر الشرع وقواعد الموجبة لرفع الضرر ونفي الظلم، فليس للقاضي أن يجرم فعلًا إلا بسند من الشرع الحنيف، إما لضرر مؤكد أو غالب ينال المكلفين، أو لأن مصلحة الأمة العليا تستلزم تجريمه. كما تتقييد في نطاق العقوبة بما يناسب حال المجرم وظروفه حين ارتكاب الجريمة، وبألا تبلغ الحد وفقاً لقول الجمهور.

ما كان هذا شأن التعزير كان ثبوته بالقياس محل اتفاق بين أهل العلم ← وذلك لابتنائه على السلطة التقديريه لولي الأمر وقضاته، ولم يكن في الاحتجاج بالقياس هنا منافاة أو تعارض مع مبدأ الشرعية؛ لكون تلك السلطة مستمدّة من الشرع، كاشفة عن حكمه في تلك الجرائم، وإنما يباشرهاولي الأمر أو قضاته بتلك الصفة، لا بصفتهم التنفيذية أو القضائية.

ثانياً: عدم منافاة مبدأ الشرعية للقياس في العقوبات المقدرة:

لقد خلص البحث إلى جواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة عند إدراك علتها وفقاً لقول جمهور العلماء، ووفقاً لاجتهادات السادة الحنفية .

لا منافاة بين مبدأ الشرعية الجنائية والاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات، وذلك للأسباب التالية:

١- إن العمل بالقياس في العقوبات المقدرة لا يعني إنشاء جريمة جديدة أو تقرير عقوبة

بعزل عن النصوص- كعا هو الشأن في القانون الوضعي

ذلك لأن القياس أحد الأدلة الشرعية المتفق على الاحتجاج بها بين جماهير أهل العلم، فيكون العمل به في تلك العقوبات موافقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

يضاف إلى ذلك ← أن القياس سواء نظرنا إليه باعتباره دليلاً شرعاً مستقلاً، أو نظرنا إليه باعتباره فعلًا للمجتهد- لا يعد في جميع الأحوال منشأً للحكم الشرعي في الواقعه غير المنصوص عليها، للاتفاق على أن الشارع الحكيم إنما هو المنشئ لجميع الأحكام الشرعية، سواء ثبت الحكم بالنص أو القياس أو غيرهما، والقياس إنما هو دليل كاشف عن حكم الشارع ومظاهر للمساواة في الحكم بين الواقعتين المنصوصة وغير المنصوصة.

قياس القاضي للواط على الزنا-مثلاً-لا ينشئ جريمة حدية جديدة تسمى جريمة اللواط، كما لا يقرر فيها عقوبة حد الزنا بمعزل عن النص، وإنما هو كاشف عن مساواة اللواط للزنا في التجريم والعقاب.

من ثم يكون ثبوت عقوبة الزنا في اللواط بالقياس مستندًا إلى النص الشرعي الوارد في جريمة الزنا، فهو المنشئ حقيقة لهذا الحكم في الزنا صراحة وفي اللواط قياساً واستنبطاً، وبهذا يكون عمل القاضي بالقياس في تلك العقوبات موافقاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

٢- أن القياس في الشريعة لا يعود أن يكون سوى وسيلة لتفسيير النصوص الشرعية وشرحاً لها

قد صرَّح بهذا بعض العلماء المتقدمين، ومنهم: حجة الإسلام الغزالى مقرراً أن النصوص الشرعية من القرآن والسنة ويلحق بها الإجماع إنما هي الأدلة المتمرة للأحكام الشرعية، والقياس طريق لاستثمار الحكم من معقول ألفاظها.

صرَّح بعض المعاصرین بأن القياس في الجرائم والعقوبات ليس مصدراً تشعرياً مستقلاً عن النصوص، وإنما هو مصدر تفسيري لها يساعد القاضي في تعين الأفعال التي تدخل في نطاق النص، وذلك كإلحاق اللواط بالزنا، وإلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد.

عليه ← يكون الاحتياج بالقياس في تلك العقوبات موافقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، بل منسجماً تماماً الانسجام مع مفهومه؛ حيث لم يخرج العمل به عن نطاق النصوص الشرعية.

٣- أن الاجتهاد من شروط أهلية القضاء في الشريعة الإسلامية، فيكون عمل القاضي الجنائي الإسلامي

بالقياس في العقوبات المقدرة كاشفاً عن حكم الشرع بأحد وسائل الاجتهاد المأمور به شرعاً

حينئذ لا يعد عمله بالقياس افتئاتاً منه كقاضٍ على السلطة التشريعية، ولا خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا على خلاف الحال في النظم الوضعية، ومن ثم كان عمل القاضي الوضعي بالقياس خروجاً منه على مبدأ الشرعية، بل جمعاً منه كقاضٍ بين سلطته القضائية والسلطة التشريعية.

الخلاصة ← أن مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية لا ينافي الاحتياج بالقياس في العقوبات المقدرة؛ لكون القياس وسيلة معتبرة لتفسيير نصوص الشارع كاشفة عن أحکامه، لذا لم يكن استناد القاضي إليه افتئاتاً منه بسلطته القضائية على السلطة التشريعية أو خرقاً منه لمبدأ الفصل بين السلطات على خلاف ما هو مقرر في النظم الوضعية.

لا يقال ← إن التعزير يغنى القاضي عن الحاجة إلى القياس في العقوبات المقدرة.

ذلك لأن في عدول القاضي عن القياس إلى التعزير جموداً على حرفيّة النصوص الشرعية وإهداراً لمعانيها وعللها، وهو أمر مجافٍ لقواعد الشرعية منافٍ لمقاصدها العامة.

يضاف إليه ← أن الزجر كمقصود عام للشارع من تقرير العقوبات إنما يتحقق بشكل أبلغ وأتم في العقوبات المقدرة، لا سيما على قول أكثر العلماء بتقييد مقدار التعزير بالـ يبلغ مبلغ الحد.

١٤ تجدر الاشارة \leftarrow الي قول بعض اساتذة القانون الجنائي بإطلاق منع تفسير النصوص الشرعية الجنائية بالقياس علي غرار منعه في القانون الوضعي لمصادمته مبدأ الشرعية الجنائية مستدلين بقول السادة الحنفية في اصولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة وتأويل اجهادات الفقهاء المتضمنة اعمال القياس في العقوبات بأنها لا تعدو ان تكون سوي تفسيراً للنصوص الشرعية بمقتضى دلالة النص .

١٥ يمكن الجواب عن ذلك بما يأتي \leftarrow ان اطلاق القول بمنع تفسير القياس للنصوص الشرعية الجنائية لمصادمته لمضمون مبدأ الشرعية الجنائية انما هو مؤسس علي تفسير مبدأ الشرعية بما هو مقرر في القانون الوضعي مع تغاير مضمونه في الشريعة الاسلامية عن القانون الوضعي

١٦ يضاف الي ذلك ان اطلاق القول بمنع تفسير النصوص الشرعية للقياس علي غرار منعه في القانون الوضعي يستلزم منع القياس في عقوبة التعزير مع الاتفاق علي جوازه اما تأويلهم عمل الفقهاء بالقياس في العقوبات المقدرة لكونه اعملاً لدلالة النص فليس بجديد اذ سبقهم بذلك السادة الحنفية تخلصاً من الطعن عليهم بإنتقاد اصولهم المانعة من القياس في العقوبات المقدرة وقد خلص البحث من تحقيق ذلك الي خروج تلك الاجتهدات الفقهية عن نطاق العمل بدلالة النص الي العمل بالقياس الاصولي وهذا ما جزم به الكثير من علماء الشريعة المحققين متقدمين ومعاصرين

١٧ أخيراً فإن الشريعة الاسلامية كنظام قانوني مستمد من الوحي الالهي لها من الخصوصية عن الانظمة الوضعية ما يجعلها نظاماً فريداً في قواعده وأحكامه بحيث يمتنع جر احكام الشريعة وقواعدها الي قواعد القانون الوضعي ودليل ذلك ان الخصوصية اقتضت اعتبار كليات الشريعة ومقاصدها العامة مصدرأً للتجريم والعقاب بجوار النصوص الجزئية

١٨ لذا يجدر القول ان منع تفسير النصوص الشرعية الجنائية بالقياس علي غرار منعه في القانون الوضعي مع اختلاف النظامين انما هو لعمق ومرونة احكام الشريعة وقواعدها لتتوافق مع مبدأ الشرعية بمفهومه الوضعي الذي اصاب نصوص القانون الجنائي بالجمود بل العجز من مسايرة تطور الجريمة انتظاراً لصدور التشريع المكتوب

١٩ لا شك ان تلك مقاربة يأبها المنطق نظراً لخصوصية الشريعة الاسلامية وتفرد احكامها وقواعدها التي تستلزم الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة وغير المقدرة دون ان يستلزم ذلك خروجاً عن مضمون مبدأ الشرعية او خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات علي نحو ما سبق ايضاً انه تفصيلاً ضرورة كمال الشريعة ووفائها بأحكام الحوادث علي تجدد الازمنة واختلاف الامكنة حتى يرث الله تعالى الارض ومن عليها .

امتحانات الأعوام السابقة

دور مايو (٢٠٢٠)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين:
السؤال الأول:

- ١- اشرح بالتفصيل ادلة السادة الحنفية الناففين لحجية القياس في العقوبات .
- ٢- اكتب في تحقيق نوع الخلاف بين جمهور العلماء وال宋代 الحنفية في حجية القياس في العقوبات المقدرة .

السؤال الثاني:

٦ من الفروع الفقهية المبنية على الخلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة (مدي وجوب الكفارة في القتل العمد) . اشرح بالتفصيل أقوال الفقهاء وادلتها في ذلك مع بيان تخرير الخلاف الفقهي على الخلاف في اصول الفقه .

دور مايو (٢٠٢١)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب عن السؤالين الآتيين:
السؤال الأول:

- ١) وضح بالتفصيل ادلة جمهور العلماء لمثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة
- ٢) وضح اقوال الفقهاء وادلتها في : مدي وجوب الكفارة على المفترض في رمضان بالأكل والشرب عمداً مع بيان القول الراجح، وتخرير هذا الخلاف الفقهي على خلاف علماء اصول الفقه في حجية القياس في العقوبات المقدرة

السؤال الثاني:

٧ وضح بایجاز مفيد مدي منافاة مبدأ الشرعية الجنائية لحجية القياس في العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية

دور مايو (٢٠٢٢)

دبلوم الشريعة الإسلامية

أجب بالجائز مفيد يدل على عمق الفهم وكمال الاستيعاب بما يأتي
السؤال الأول:

٨ القول الراجح في حجية القياس في العقوبات المقدرة هو قول جمهور العلماء اشرح الاسانيد التفصيلية لترجيحه

السؤال الثاني:

- ١- اكتب بالتفصيل في فرع فقهي واحد فقط من الفروع الفقهية المخرجية على خلاف علماء اصول الفقه في حجية القياس في العقوبات المقدرة وذلك ببيان اقوال الفقهاء فيه وادلتها والقول الراجح فقط
- ٢- يرى بعض الاساتذ اطلاقا القول بمنع تفسير النصوص الشرعية الجنائية على غرار منعه في القانون الوضعي لمصادمته بدأ الشرعية الجنائية . ناقش ذلك

اجب بـما يجيز مفید بـدلن على عمق الفهم وكمال الاستيعاب عن الأسئلة الآتية على النحو التالي:

اولاً: اجب عن السؤال التالي

☒ وضح سبب خلاف علماء اصول الفقه في حجية القياس في العقوبات المقدرة

ثانياً: اجب عن سؤال واحد فقط معايير

١- اكتب في عدم منافاة مبدأ الشرعية الجنائية للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة في الشريعة

الإسلامية ثم وضح كيف تجيز على قول بعض الاساتذة باطلاق منع تفسير النصوص الشرعية

الجنائية في الشريعة على غرار منعه في القانون الوضعي لمصادفته مبدأ الشرعية الجنائية

٢- اختلف الققهاء في وجوب القصاص في القتل بمثقل ووضح اقوال الفقهاء وادلتهم والقول الراجح مع

تخریج هذا الفرع الفقهي على خلاف علماء اصول الفقه في الاحتجاج بالقياس في العقوبات

.المقدرة.

اجب بـما يجيز مفید بـدلن على عمق الفهم وكمال الاستيعاب عما يأتي

اولاً اجب عن السؤال الآتي

☒ وضح سبب الخلاف بين علماء اصول الفقه في حجية القياس في العقوبات والمقدرة مع ذكر دليلين فقط للسادة الحنفية على عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة

ثانياً: اجب عن سؤال واحد فقط من السؤالين الآتيين

١- وضح مدى منافاة مبدأ الشرعية الجنائية للقياس في العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية

٢- اكتب بالتفصيل في فرع فقهي واحد فقط من الفروع الفقهية المخرجية على الخلاف الاصولي في حجية القياس في العقوبات المقدرة مع تخریج الخلاف الفقهى على الخلاف الاصولي