

حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية " دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي "

دكتور

جمال عبد الستار عبد الله

مدرس الشريعة الإسلامية كلية الحقوق جامعة بنها

مقدمة

- أسأل الله التوفيق -

الحمد لله رب العالمين ، وأصلي وأسلم علي سيد الأولين والآخرين محمد بن عبد الله وعلي آله وأصحابه والتابعين إلي يوم الدين وبعد :

فقد استقرت الانظمة الجنائية الوضعية علي وجوب الوقوف عند حدود النصوص القانونية المكتوبة ، بل التصريح القطعي بامتناع القياس في العقوبات لمصادمته مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ الفصل بين السلطات . هذا في حين تتميز أحكام الشريعة الإسلامية بالمرونة التي تقتضي الاحتجاج في العقوبات بالنص الشرعي ، إما بدلالة لفظه لغة ، أو بدلالة علته المعقولة قياساً ، دون أن يكون في ذلك مصادمة لمبدأ الشرعية الجنائية أو خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات .

لذا أردت إبراز موقف الشريعة الإسلامية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات مقارنة بالقانون الوضعي في هذا البحث الذي جاء بعنوان : " حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي " . وقد رتبته في مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة .

أما المقدمة : ففي التعريف بموضوع البحث وخطته ومنهجه .

وأما التمهيد : ففي حقيقة القياس وحجيته في الشريعة الإسلامية .

وأما الفصل الأول : ففي موقف العلماء من حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدره .

المبحث الثالث : الترجيح وتحقيق نوع الخلاف .

وأما الفصل الثاني : ففي أثر الاختلاف في حجية القياس في العقوبات المقدره في الفقه الإسلامي .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : عقوبة اللواط .

المبحث الثاني : عقوبة الردء في الحرابة .

المبحث الثالث : مدي وجوب القصاص في القتل بمتقل .

المبحث الرابع : مدي وجوب الكفارة علي المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً .

المبحث الخامس : مدي وجوب الكفارة في القتل العمد .

المبحث السادس : دلالة الفروع الفقهية علي حقيقة موقف الجمهور والسادة الحنفية من العمل

بالقياس في العقوبات المقدره .

وأما الفصل الثالث : ففي مبدأ الشرعية الجنائية ومدي منافاته للاحتجاج بالقياس

في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

وفيه مبحثان :

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

المبحث الثاني : مدي منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

منهج البحث :

- ١- قمت بتحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات ، وبيان سببه .
 - ٢- حررت نسبة المذاهب إلي أصحابها وتوثيقها بأدلتها من مصادرها المعتمدة مع بيان وجه الدلالة منها ثم مناقشتها لترجيح ما قوي دليله منها .
 - ٣- ذكرت نماذج لأهم الفروع الفقهية التي توضح أثر الخلاف في قضية البحث في الفقه الإسلامي ، وذلك بعرض أقوال الفقه وادلتها في كل فرع فقهي مع مناقشتها وبيان الرأي الراجح منها ، ثم تخريج الخلاف الفقهي علي الخلاف الأصولي ، ثم بيان وجه دلالة تلك الفروع علي حقيقة موقف العلماء من العمل بحجية القياس في العقوبات .
 - ٤- وضحت موقف القانون الوضعي من قضية البحث مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية .
 - ٥- اعتنيت بعزو الآيات القرآنية الكريمة إلي مواضعها من السور ، وتخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها المعتمدة .
- والله العلي العظيم أسأل أن يمدني بعونه وتوفيقه إنه ولي ذلك والقادر عليه .
- (وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ)
- سورة هود (٨٨) .

تمهيد

حقيقة القياس وحجته في التشريع الإسلامي

تقديم وتقسيم :

لما كان موضوع البحث خاصاً بجزئية دقيقة من دقائق القياس اقتضي المقام التمهيد لهذه الفكرة ببيان الحقيقة الشرعية للقياس وذلك بتعريفه وبيان أركانه وشروطه ، ثم بيان موقف العلماء من حجته في استنباط الأحكام الشرعية ، وذلك في ثلاثة مطالب علي النحو التالي :

المطلب الأول : تعريف القياس .

المطلب الثاني : أركان القياس وشروطه .

المطلب الثالث : حجة القياس .

المطلب الأول

تعريف القياس

أولاً : القياس في اللغة : مصدر قاس أو قاييس . ويطلق علي معنيين :

الأول : التقدير ، ومنه قولهم قست الأرض أو القماش أو غيرهما بالذراع أو المتر أو نحوهما أي قدرتها به .

الثاني : المساواة ، ومنه قولهم فلان لا يقاس بفلان ، أي لا يساويه في الصفات .^١

وهذان المعنيان مناسبان للمعنى الاصطلاحي للقياس عند علماء أصول الفقه ؛ وذلك لأن القائس يقوم بتقدير الواقعة المطلوب التوصل إلي حكمها بواقعة أخرى معلوم حكمها بالنص أو الإجماع عند اشتراكهما في العلة ، وهذه حقيقة القياس الأصولي الآتي بيانها .

ثانياً : القياس في اصطلاح علماء أصول الفقه :

تباينت عبارات العلماء في تعريف القياس بسبب تباين وجهة نظرهم في كون القياس دليلاً شرعياً مستقلاً بذاته ، أو كونه عملاً من أعمال المجتهد ، فمن عده دليلاً شرعياً مستقلاً بذاته مع قطع النظر عن المجتهد وعمله به عرفه بالمساواة ونحوها ، ومن ذلك تعريف ابن الحاجب حيث

^١ - ينظر : مادة (مادة قاس وقاييس) في لسان العرب لابن منظور ٦ / ١٨٦ ط / دار صادر بيروت ط / الثالثة

١٤١٤ هـ ، مختار الصحاح للرازي ٣ / ٩٦٧ ط / مكتبة لبنان ١٩٨٧ م ، المعجم الوجيز صادر عن مجمع

اللغة العربية العربية بمصر ص ٥٢٢

ط / وزارة التربية والتعليم ٢٠٠٦ م .

قال فيه :

" مساواة فرع الأصل في علة حكمه " ^١

ومن 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 . " ^٢

والتحقيق : أنه لا تعارض بين الوجهتين ، لأننا إن اعتبرنا القياس دليلاً مستقلاً فهو مفتقر إلى إعمال المجتهد فكره فيه حتي يكشف عن المساواة المتحققة بين الواقعة المسكوت عنها والواقعة المنصوص علي حكمها .

وإن اعتبرناه عملاً من أعمال المجتهد ، فلا مانع أن ينصبه الشارع دليلاً علي الأحكام الشرعية ، مثلما نصب الإجماع وهو من عمل المجتهدين دليلاً شرعياً ^٣.

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

^١- مختصر ابن الحاجب بشرح العضد ٢ / ٢٠٤ ط مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

^٢- منهاج البيضاوي بشرح الإبهاج للسبكي ٣ / ٦ ط مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

^٣ ينظر : نشر البنود علي مراقي السعود للشنقيطي ٢ / ٦٥ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / ثانية ١٤٢٦هـ -

٢٠٠٦م ، حاشية العطار علي جمع الجوامع ٢ / ٢٤٠ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٣٠هـ - ١٩٩٩م .

ومن ثم يكون القياس مظهراً للحكم الشرعي في الواقعة غير المنصوص علي حكمها وكاشفاً عن المساواة الثابتة من الشارع الحكيم ابتداءً بينها وبين الواقعة المنصوص علي حكمها .^١

وبناءً علي ذلك : تتلشى حقيقة الخلاف في كون القياس دليلاً شرعياً مستقلاً أو عملاً من أعمال المجتهد ، ويظهر بجلاء كونه خلاف جهة واعتبار، ولكل اصطلاح يناسبه ولا مشاحة في الاصطلاح كما هو معلوم .

وعلي أية حال فإن الاشتغال بتعداد تعريفات المتقدمين للقياس وتفنيد ما ورد عليها من مناقشات إغراق للقاريء في حدود واصطلاحات مجهدة للذهن بلا كبير فائدة ، وهذا مسلك العلماء المحدثين حيث ضبطوا حقيقة القياس بعبارات معاصرة تفيد في مجموعها كون القياس عبارة عن : إلحاق حادثة لا نص علي حكمها أو إجماع بحادثة أخرى ورد حكمها بنص أو إجماع لاشتراكهما في علة هذا الحكم .^٢

^١ قال عبد العزيز البخاري الحنفي : " جميع الأحكام ثابتة مشروعة قبل الاجتهاد حقيقة بعضها بظواهر النصوص وبعضها بمعانيها الخفية ، إلا أن البعض كان خفياً فظهر بالاجتهاد ، لا أنه يثبت بالاجتهاد ، فإن القياس مظهر للحكم لا مثبت له . " كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣ / ٢٦٠ ط / الفاروق الحديثة . القاهرة ط ثانية ١٤١٦هـ -

١٩٩٥م ، وينظر في معناه حاشية العطار علي جمع الجوامع ٢ / ٢٤٠

^٢ ينظر : علم أصول الفقه لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٢ ط مكتبة الدعوة الاسلامية دت ، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٠٠ ط / دار الفكر العربي القاهرة ٢٠٠٦ م ، أصول الفقه للدكتور / زكي الدين شعبان ص ١٠٧ مطبعة دار التأليف القاهرة ١٩٦٤ - ١٩٦٥م .

وإيضاحاً لذلك بالمثال أقول :

إذا عرض على المجتهد واقعة لم يقف علي حكمها في نصوص الكتاب ولا السنة ولا مواطن الإجماع ثم وجد واقعة أخرى ورد حكمها في أحد تلك الأدلة وأدرك علة ذلك الحكم وفضن إلي وجودها في الواقعة الأولى غلب علي ظنه تعديّة الحكم إليها ومساواة الواقعتين فيه .

مثال ذلك :

أن الشارع قد قضى بحرمان القاتل من الميراث ، ودليل ذلك قوله (صلى الله عليه وسلم) (لا يرث القاتل)^١ وقد أدرك المجتهدون أن علة هذا الحكم - وهو حرمان القاتل من الميراث - إنما هي العدوان علي حياة مورثه بقصد استعجال الإرث قبل أوّانه ، فرد الشارع عليه قصده وعاقبه بحرمانه منه .

فإذا عرض علي المجتهد حادثة عدوان بالقتل من الموصي له علي الموصي وأراد التعرف علي حكمها بطريق القياس ، فسيذكر بفطنته وجود علة حكم حرمان الوارث القاتل من الإرث في تلك الحادثة ، وحينئذ لا بد أن يحكم بمساواة الحادثتين في الحكم ، وهو الحرمان مما يستحقه من التركة ميراثاً أو وصية لاشتراكهما في علة واحدة ، وهي : العدوان علي حياة المورث أو الموصي استعجالاً للشيء قبل أوّانه.^٢

^١ رواه البيهقي في سننه الكبرى ك القسمه ، باب لا يرث القاتل ٨ / ١٣٢ ، تج / محمد عبد القادر عطا ط / مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

^٢ ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٣ ط مرجع سابق ، د / زكي الدين شعبان ص ١٠٩ مرجع سابق .

وبناءً على ما تقدم : يثبت كون القياس الدليل الشرعي المختص ببيان أحكام الفروع التي لا نص فيها ولا إجماع بإلحاقها بالأصول المنصوصة أو المجمع عليها بواسطة الاجتهاد في إدراك علل الأحكام والتعرف على مدى اشتراك الفروع مع الأصول في تلك العلة ليلحق كل فرع بأصله .^١
فهو إذن مفزع المجتهد وملاذه للوصول إلي حكم الشرع الذي لا تخلو عنه واقعة .^٢

^١ ينظر : البحر المحيط للزركشي ٧ / ١٨ ط / دار الكتبي القاهرة ط / الثالثة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٥ م ، إرشاد الفحول للشوكاني ٢/٤٥٧٩ نج د / شعبان محمد اسماعيل ط / دار السلام القاهرة ط / ثانية ٢٠٠٦ م ، تسهيل الوصول إلي علم الأصول للشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوي هي ١٧٩ ط / مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٤١ هـ
^٢ ينظر : نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول للشيخ عيسى منون ص ٦ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٢ م .

المطلب الثاني

أركان القياس وشروطه

الفرع الأول

أركان القياس

يقصد بأركان القياس : أجزاءه المكونة لحقيقته الذهنية المحققة لهويته الخارجية^١ . وهي أربعة :

الأول : الأصل ، ويطلق عليه المقيس عليه . وهو: محل الحكم المشبه به ، أو الواقعة التي ثبت حكمها بنص أو إجماع .

ومثاله : قتل الوارث مورثه من حيث كونه مانعاً للإرث .

الثاني : حكم الأصل ، وهو : حكم الشرع الثابت للأصل بالنص أو الإجماع .

ومثاله : حرمان الوارث القاتل من الإرث ، أو مانعية القتل للإرث .

الثالث : الفرع ، ويطلق عليه المقيس وهو: محل الحكم المشبه ، أو الواقعة التي لا نص فيها ولا إجماع ويراد التوصل لحكمها بالقياس علي الأصل .

ومثاله : قتل الموصى له للموصي من حيث كونه مانعاً من الوصية .

الرابع : العلة ، وهي: الوصف الجامع بين الأصل والفرع أو وجه الشبه بينهما .

مثاله : العدوان علي الغير (المورث أو الموصي) بقصد استعجال الحق المقرر شرعاً (ميراثاً أو وصية) في تركته .

^١ ينظر : شرح العضد علي مختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٠٨

أما حكم الفرع الثابت بالقياس مثل حرمان الموصي له القاتل من الوصية فهو ثمرة القياس ، فلا يكون ركناً فيه لما هو معلوم أن ثمرة الشيء خارجة عن أركانه .^١

الفرع الثاني

شروط القياس

يقصد بشروط القياس : الشروط اللازم توافرها في كل ركن من أركانه .^٢
وقد آثرت الإشارة إلي أهم تلك الشروط بإيجاز ، حيث يحصل بهذا القدر المقصود من التمهيد لقضية البحث .
وسوف أبين تلك الشروط مضافة إلى كل ركن من أركان القياس على النحو التالي :

^١ ينظر: منتهى السؤل في علم الأصول للأمدى ص٣٣٩ ومابعدهما ط/دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٢ م ، شرح العضد ٢/٢٠٨ ، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٤/١٤ تح د/ محمد الزحيلي و د / نزيه حماد ط/ مكتبة العبيكان بالرياض ط /١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، تسهيل الوصول ص ١٨٧ ، نبراس العقول ص ١١٧ ومابعدهما .

^٢ ينظر: تسهيل الوصول ص ١٩٠.

أولاً : شروط حكم الأصل :^١

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

- ١- أن يكون حكم الأصل حكماً شرعياً عملياً ، وعليه : لا يصح القياس علي حكم شرعي اعتقادي باتفاق ؛ وذلك لأن القياس حجة ظنية ومبنى الاعتقادات علي الجزم واليقين .
- ٢- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص من القرآن أو السنة ، وكذا الإجماع في قول جمهور العلماء ، وعليه : لا يصح القياس علي 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 إلي غيره ، كقبول شهادة الصحابي خزيمة بن ثابت فيما لا تقبل فيه شهادة الواحد ، حيث دل قوله (عليه وسلم) (من شهد له خزيمة فهو حسبه)^١ . علي أن هذا الحكم خاص به ، ومن ثم لا يجوز قياس غيره عليه .

^١ ينظر في استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : المستصفي للغزالي ٣٤٧/٢ ومعه فواتح الرحموت ط / مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط / الثالثة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، منتهى السؤل ص ٣٢٩ ، شرح العضد ٢٠٨/٢ ، الإبهاج ١٦٧/٣ ومابعداها ، تقريب الوصول لعلم الاصول لابن جزري ص ١٢٣ تح د/عبدالله الجبوري ط / دار النفائس الأردن ط / أولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م ، شرح المحلي على جمع الجوامع بحاشية البناني ٣٢٨/٢ ، فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ١٤/٣ ومابعداها /مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ ، البحر المحيط ١٠٤/٧ ومابعداها ، شرح الكوكب المنير ١٧/٤ ومابعداها ، فواتح الرحموت ٢/٢٥٠ ، إرشاد الفحول ٦٠٠/٢ ، تسهيل الوصول ص ١٩٠ ، د/زكي الدين شعبان ص ١٢١ ومابعداها مرجع سابق .

٥- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى ، أي مما يتمكن العقل البشري من إدراك علته التي شرع لأجلها ؛ وذلك لأن مناط القياس التعرف علي علة حكم الأصل ووجودها في الفرع ، فإذا لم يدرك العقل ذلك امتنع القياس لانقضاء علته.

وعليه : لا يصح القياس في الأحكام المبنية علي التعبد المحض ، ولا التقديرات كأعداد ركعات الصلوات ومقادير الزكوات ، ونحو ذلك مما يتعذر على العقل إدراك علته .

٦- ألا يكون دليل حكم الأصل شاملاً لحكم الفرع ، إذ لو كان كذلك انتفت الحاجة إلي القياس لشمول الدليل لحكم الأصل والفرع معاً ، ومن ثم يكون جعل أحدهما أصلاً والآخر فرعاً تحكماً أو ترجيحاً بغير مرجح ، وهو باطل قطعاً .

^١ رواه الحاكم في المستدرک ك البيوع ٢/٢٢٢تح / مصطفى عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤١١هـ - ١٩٩٠م .

ثانياً : شروط الفرع :^١

يشترط في الفرع عدة شروط من أهمها ما يلي :

- ١- ألا يكون حكم الفرع ثابتاً بالنص ؛ لأنه إن كان القياس مخالفاً للنص كان باطلاً لمصادمته النص ، وذلك كقياس البننت 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 ، وجوزه بعضهم من باب تعاضد الأدلة على الحكم الواحد . وهذا ويأخذ الإجماع حكم النص في جميع ما ذكر .
- ٢- أن توجد علة حكم الأصل في الفرع إما علي سبيل القطع أو علي سبيل الظن ؛ وذلك لأن مناط تعدي الحكم من الأصل للفرع تعد العلة فيه .
- ٣- أن يكون الفرع مساوياً للأصل في علة الحكم ؛ وذلك 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 .

^١ ينظر في استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : شرح العضد ٢/٢٣٢ ، الإبهاج ٣/١٧٥ ، جمع الجوامع وشرح المحلي بحاشية البناني ٢/٣٤١ وما بعدها ، شرح الكوكب المنير ٤/١٠٥-١١١ ، تسهيل الوصول ص ١٤٩ ، د / ذكي الدين شعبان ص ١٢٨ مرجع سابق ، أصول الفقه الإسلامي د / محمد سلام مذكور ص ١٥٣ ط / دار النهضة العربية القاهرة ط / أولي ١٩٧٦ م .

ثالثاً : شروط العلة^١

يشترط في العلة عدة شروط من أهمها ما يلي :

- ١- أن تكون وصفاً ظاهراً ، أي واضحاً يمكن إدراكه والوقوف عليه حتي يتمكن المجتهد من بناء الحكم عليه ، لذا لا يصح التعليل بالوصف الخفي كالتراضي 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 أعمال 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 للتحريم ، وذلك لمناسبته مقصد الشارع في حفظ العقل من الزوال أو الفساد .
 - ٤- أن تكون وصفاً متعدياً من الأصل إلي الفرع ، أي غير قاصر علي الأصل ، وذلك لأن مبنى القياس علي المساواة بين الأصل والفرع في العلة ، فإذا كانت العلة قاصرة على الأصل لم تتحقق المساواة فيمتنع القياس ، وذلك كتعليل إباحة الفطر للمسافر بالسفر ، فإن السفر علة قاصرة علي المسافر لا تتعداه إلى غيره من أهل الأعمال الشاقة .
- وبعد هذا العرض الموجز لحقيقة القياس وأركانه والشروط اللازم توفرها في كل ركن منها ينتقل البحث في المطلوب التالي إلي الحديث عن حجية القياس .

^١ ينظر في استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : المستصفي ٣٤٨/٢ ، الإحكام للأمدى ٣٢٣/٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٠٤ هـ ، شرح العضد ١٢٩/٢ ، جمع الجوامع والمطلي بحاشية البنانى ٣٨٥/٢ ، شرح الكوكب المنير ٥١/٤ وما بعدها ، فواتح الرحموت ٢٨٩/٢ ، إرشاد الفحول ٦٠٧/٢ ، تسهيل الوصول ص ١٩٥ ، د/ زكي الدين شعبان ص ١٤١ مرجع سابق .

المطلب الثالث

حجية القياس

تمهيد وتقسيم :

يقصد بحجية القياس : كونه دليلاً شرعياً نصبه الشارع للمجتهد ليستتبط منه الحكم الشرعي عند فقد النص والإجماع .^١

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

الفرع الأول : تحرير محل النزاع بين العلماء في حجية القياس .

الفرع الثاني : المذاهب وأدلتها في حجية القياس .

^١ ينظر نبراس العقول ص ٥٢٥ .

الفرع الأول

تحرير محل النزاع بين العلماء في حجبة القياس .

أولاً : اتفق العلماء علي حجبة القياس في المواطن التالية :

١- الأمور الدنيوية ، وذلك كالأغذية والأدوية ونحوها ، كقياس غذاء علي غذاء آخر في نفعه للبدن ، وكذا دواء علي آخر في حصول الشفاء بتناوله .
ومعني حجبة القياس فيها : أنه حجة صناعية اقتضتها صناعة الغذاء والطب في ثبوت النفع أو الضرر عند تناول شئ منها لا كونه حجة شرعية ، حيث لا يعمل بالقياس في هذه الأمور لطلب حكم شرعي .^١

٢- القياس الصادر من الرسول (صلى الله عليه وسلم) . ومثاله : ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة أتت إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقالت : إن أمي ماتت وعليها صوم شهر ، فقال (صلى الله عليه وسلم) : (أرأيت لو كان عليها دين أكننت تقضيه ؟) قالت : نعم . قال (صلى الله عليه وسلم) : (فدين الله أحق بالقضاء) .^٢

٣- فقد قاس النبي (صلى الله عليه وسلم) دين الله تعالى علي دين العبد في وجوب القضاء .^٣

^١ ينظر : المحصول للإمام الرازي ٢ / ٢٠ تح د / طه العلواني ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / الثالثة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م جمع الجوامع والمحلي بحاشية البنانى ٢ / ٣١١ ، شرح الكوكب المنير ٤ / ٢١٨ ، إرشاد الفحول ٢ / ٥٨١ ، نبراس العقول ص٤٧ ، تسهيل الوصول ص ١٨٠ .

^٢ رواه مسلم في ك الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميث ٢ / ٨٠٤ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

^٣ ينظر : البحر المحيط ٧ / ١٩ ، تسهيل الوصول ص ٨٠ .

٤- القياس المنصوص علي علة . ومثاله : قوله (صلى الله عليه وسلم) في الهرة :
 (إنها ليست بنجس إنها من الطوافين عليكم والطوافات) .^١
 فقد علل النبي (صلى الله عليه وسلم) طهارة الهرة بكثرة حركتها وصعوبة التحرز منها ، فيقاس عليها
 في ذلك الفأرة ونحوها مما يشق التحرز منه لكثرة حركته بالبيت .^٢ ويلحق به القياس
 المجمع علي علة ، ومثاله : نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن قضاء القاضي وهو غضبان .^٣
 فقد اتفق أهل العلم علي 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 .^٤

لذا قال العلامة ابن القيم في التأكيد علي هذا المعنى: " فمن قصر النهي على الغضب وحده دون
 الهم المزعج والخوف المقلق والجوع والظم الشديد وشغل القلب المانع من الفهم فقد قل فقعه
 وفهمه . " .^٥

^١ رواه أبو داود في ك الطهارة ، باب سؤر الهرة ١٩/١ تح / محمد محي الدين عبد الحميد ط / دار الفكر بيروت د
 ت ، والترمذي في أبواب الطهارة ، باب ما جاء في سؤر الهرة وقال : " هذا حديث حسن صحيح " ١٥٤/١ تح /
 أحمد محمد شاكر وآخرون ط / دار أحياء التراث العربي بيروت د ت .

^٢ ينظر : البحر المحيط ٧ / ٢٠ نبراس العقول ص ٥١ ، تسهيل الوصول ص ١٨١ .

^٣ روى البخاري في ك الأحكام ، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان قوله (صلى الله عليه وسلم) " لا يقضين حكم بين
 اثنين وهو غضبان " ٢٦١٦/٦ تح / د/ مصطفى ديب البغا ط / دار ابن كثير بيروت ط / الثالثة د ت .

^٤ ينظر : العدة للقاضي أبي يعلى ١٤٣٠/٥ تح د / أحمد المبارك ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٤١٦ هـ -
 ١٩٩٦ م ، تسهيل الوصول ص ١٨١ .

^٥ إعلام الموقعين ١ / ١٧٥ تح / عصام الدين الصباطي ط / دار الحديث القاهرة ط ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م .

ثانياً : اختلف العلماء في حجية القياس في الأمور الشرعية عدا الصور المذكورة في محل الاتفاق ، وقد توسع علماء أصول الفقه المتقدمون في تعداد المذاهب في المسألة إلا أن المحققين من المعاصرين قرروا - وبحق - أن مذاهب المتقدمين علي تعددها ترجع جميعها في واقع الأمر إلي مذهبين فقط .^١ وهما محل البحث في الفرع التالي .

^١ ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٤ مرجع سابق د / زكي الدين شعبان ص ١١١ مرجع سابق ، تذكير الناس بما يحتاجون إليه من القياس لأستاذي الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي ص ٤٥ ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٩٩٥ م .

الفرع الثاني

المذاهب وأدلتها في جبية القياس

أولاً : المذاهب في حجية القياس :

قرر المحققون من العلماء المعاصرين - كما أشرت قبل قليل - أن مذاهب المتقدمين علي تعددها ترجع في واقع الأمر إلي المذهبيين 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 (صلى الله عليه وسلم) إلي يومنا وهلم جرًا استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام من أمر دينهم ، فلا يجوز لأحد إنكار القياس ، لأنه التشبيه بالأموال والتمثيل عليها . " ^١

المذهب الثاني : أن القياس ليس بحجة شرعية ، ولا يصلح دليلاً شرعياً تستنبط منه الأحكام الشرعية وإليه ذهب النظام من المعتزلة والظاهرية وبعض فرق الشيعة . واصطلح علي تسميتهم ببنفاة القياس ^٢ ، بل بالغ ابن حزم الظاهري في إنكار القياس إلي حد قوله : " وهذا هو قولنا الذي ندين الله به وتساله ﷺ أن يثبتنا فيه ويميتنا عليه بمنه ورحمته " . ^٣

^١ إعلام الموقعين ١ / ١٦٤

^٢ ينظر : التبصرة للشيرازي ص ٢٥٠ ، منتهي السؤل ص ٣٣٨ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٢٩ ط / دار الفكر بيروت ط / ٢٠٠٤م ، شرح العضد . / ٢٤٨ ، شرح المحلي علي جمع الجوامع بحاشية اللبناني ٢ / ٣١١ ، ٣١٩ ، شرح الكوكب المنير ٤ / ٢١٥ ، فواتح الرحموت ٢ / ٣١١ ، تسهيل الوصول ص ١٨٩ فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٤ مرجع سابق ، د / زكي الدين شعبان ص ١١١ مرجع سابق .

^٣ الإحكام في أصول الأحكام ٧ / ٣٧٠ ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ٤٠٤ هـ .

ثانياً : أدلة المذاهب في حجبة القياس :

أدلة المذهب الأول :

استدل جمهور العلماء علي حجبة القياس بأدلة عديدة منها ما يلي :

أولاً : القرآن الكريم : آيات عديدة تفيد حجبة القياس منها :

١- قوله تعالى (فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ) .^١

وجه الدلالة : أن الله عز وجل قد أمرنا بالاعتبار ، وهو العبور والمجازة والانتقال من وضع لآخر وذلك هو معني القياس ، لكونه مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع ، فيكون القياس مأموراً به ، ومعلوم أن الأمر المجرد عن القرائن للوجوب ، فيكون القياس حجة شرعية يجب العمل بها .
٢

٢- قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) .^٣

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 ما لا نص فيه علي ما هو منصوص عليه .^٤


^١ سورة الحشر (٢) .


^٢ ينظر : المحصول ٢٦/٥ ، نهاية الوصول في دراية الأصول لصفي الدين الهندي ٣٠٧٨/٧ تح د / صالح بن سليمان اليوسف ، د/ سعد بن سالم السويح ط / مكتبة نزار مصطفى الباز بمكة المكرمة والرياض ط / ثانية ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٧م ، الإبهاج ١٢/٣ .

^٣ سورة النساء (٥٩) .

^٤ ينظر : الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ٢٨/٤ ، فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٤، ٥٥ مرجع سابق

ثانياً : السنة النبوية المطهرة : أحاديث كثيرة منها :

١- ما روي أن النبي (صلى الله عليه وسلم) لما بعث معاذ بن جبل  ضياً إلي اليمن قال له : (كيف تقضي إذا عرض لك القضاء ؟) قال : بكتاب الله ، قال (صلى الله عليه وسلم) (فإن لم تجد ؟) قال : بسنة رسول الله ، قال (صلى الله عليه وسلم) (فإن لم تجد ؟) قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، فضر برسول الله (صلى الله عليه وسلم) علي صـدره وقـال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسوله) .^١

وجه الدلالة : أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد أقر معاذ بن جبل  علي 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 خير أحاد فلا يصلح للاحتجاج به ، لأنه قد اشتهر وتلقته الأمة بالقبول فصلح بذلك للاحتجاج .^٢

^١ رواه أبو داود في ك الأفضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ٣/٣٠٣ ، والترمذي في ك الأحكام ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي ، وقال : " وهذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل " ، والدارمي في باب الفتيا وما فيه من الشدة ٧٢/١ تح / فواز أحمد ، خالد السبع ط / دار الكتاب العربي بيروت ط / أولي ١٤٠٧ هـ

^٢ ينظر : التبصرة للشيرازي ص ٢٥٠ ، فواتح الرحموت ٢/٣١٣ ، إرشاد الفحول ٢/٥٩٠ ، ٥٩١ ، نبراس العقول ص ٧٩ ، تسهيل الوصول ص ١٨٣ .

٢- ما روي أن امرأة من جهينة سألت النبي (صلى الله عليه وسلم) : إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتي ماتت أفأحج عنها ؟ ، قال (صلى الله عليه وسلم) (نعم حجي عنها ، أرأيت لو كان علي أمك دين أكننت قاضيته ؟

أفضوا الله فانه أحق بالوفاء)^١.

وجه الدلالة : أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد عمل بالقياس في هذه الواقعة ، حيث قاس دين الله تعالى علي دين الأدمي في وجوب القضاء ، ومعلوم أن أدنى درجات فعله (صلى الله عليه وسلم) لشيء جوازه ومشروعيته ، ما لم يثبت كونه من خصوصياته (صلى الله عليه وسلم) ، فيكون القياس حجة شرعية لعمل النبي (صلى الله عليه وسلم) به .
٢ .

ثالثاً الإجماع :

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

١- قياسهم خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه الخلافة العظمى للمسلمين علي الإمامة الصغرى ، حيث استخلفه النبي (صلى الله عليه وسلم) إماماً للمسلمين في الصلاة في مرض موته (صلى الله عليه وسلم) ، وقد بينوا أساس هذا القياس بقولهم : رضيه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لدينا أفلا ترضاه لديانا .

٢- كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في القضاء إلي أبي موسى الأشعري رضي الله عنه .
ومما جاء فيه : " الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم

^١ رواه البخاري في ك الحج ، باب الحج والنذر عن الميت ٦٥٦/٢ .

^٢ ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٦ ، ٥٧ مرجع سابق .

قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق .

١ "

ومن الجدير بالذكر هنا : أن الإجماع يعد أقوى الأدلة التي اعتمد عليها جمهور العلماء في إثبات حجية القياس ، وهذا ما صرح به كثير منهم ^٢ .

قال إمام الحرمين الجويني : " مستند وجوب العمل بالقياس الإجماع " . ^٣

رابعاً : المعقول :

وجوه عديدة أظهرها ما يلي :

١- أن المجتهد إذا ظن كون حكم الأصل معللاً بعلّة وظهرت له في الفرع حصل لديه ظن بتعدية هذا الحكم إلى الفرع ، ووهم بعدم ذلك ، فيتعين عليه طرح الوهم ؛ لأنه مرجوح ، والعمل يمتنضى الظن ؛ لأنه الراجح ، وهذا عين وجوب العمل بالقياس ^٤ .

٢- أن الضرورة داعية إلي وجوب العمل بالقياس ؛ لأنه لو لم يجب العمل به لعجزت نصوص الشرع وهي متناهية عن الوفاء بأحكام الوقائع والحوادث غير المتناهية ، لكن ذلك باطل قطعاً

^١ ينظر : إعلام الموقعين ١/٧٦ .

^٢ ينظر : التبصرة للشيرازي ص ٢٥١ ، المحصول ٥/٥٣ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٠٨ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣/٢٨٠ ، فواتح الرحموت ٢/٣١٣ ، نبراس العقول ص ٩٣ ، تسهيل الوصول ١٨٣ ، فضيلة الإمام محمد أبي زهرة ص ٢٠٤ ، مرجع سابق .

^٣ البرهان ٢ فقرة ٧٠٨ تح د / عبد العظيم الديب ط / دار الوفاء بالمنصورة ط / أولي ١٤٠٢ هـ - ١٩٩٢ م .

^٤ ينظر : الإبهاج ٣ / ١٧ ، نبراس العقول ص ١١٥ .

للاتفاق علي أن للشارع حكماً في أي واقعة ، فيلزم العمل بالقياس ضرورة وفاء الشريعة الإسلامية - وهي خاتمة الشرائع - بأحكام أفعال المكلفين^١.

أدلة المذهب الثاني :

استدل نفاة القياس علي مدعاهم بأدلة عديدة منها ما يلي :

أولاً : القرآن الكريم : آيات عديدة منها :

١- قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ) .^٢

وجه الاستدلال : قالوا إن القول بالقياس تقديم بين يدي الله ورسوله ؛ لأنه قول بغير القرآن والسنة فيكون ممنوعاً للنهي عنه في الآية الكريمة .^٣

وأجيب عن ذلك : بأن القول بحجية القياس ليس تقديماً بين يدي الله ورسوله ، وإنما هو عمل بمقتضى القرآن والسنة ؛ حيث أوجبت نصوصهما العمل به علي ما تقدم بيانه في أدلة الجمهور .^٤

٢- قوله تعالى (مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ) .^٥ ، وقوله تعالى (وَلَا رَطْبٍ وَلَا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ)^١ ، وقوله تعالى (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَيِّبَاتًا لِكُلِّ شَيْءٍ) .^٢

^١ ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٨ مرجع سابق د / زكي الدين شعبان ص ١١٧ مرجع سابق .

^٢ سورة الحجرات (١) .

^٣ ينظر : المعتمد ٢/٢٢٩ ، المحصول ٥/٣ ، الإبهاج ٣ / ١٨ .

^٤ ينظر : الإبهاج ٣ / ١٩

^٥ سورة الأنعام (٣٨)

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

وأجيب عن ذلك : بأن القرآن الكريم قد اشتمل علي بيان جميع الأحكام الشرعية إما بدلالة ألفاظه من غير واسطة ، أو بواسطة الاستنباط ، أو دلالاته علي حجية السنة والإجماع ، وقد دلا علي حجية القياس ، فيكون العمل بالقياس عملاً بالقرآن .^٤

٣- قوله تعالى (إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا) .^٥

وجه الاستدلال : قالوا إن القياس قائم علي الظن ، أي ظن المجتهد علة حكم الأصل ووجودها في الفرع ، فلو كان القياس حجة لأغنى من الحق شيئاً ، وهو مناقض للآية الكريمة .^٦

وأجيب عن ذلك : بأن استدلالكم بالآية حجة عليكم ؛ لأن نفيكم حجية القياس من قبيل الظن ، حيث لا يوجد دليل قاطع علي فساد الاحتجاج بالقياس .

ويضاف إلي ذلك: أن الظن غير المعنبر شرعاً إنما يكون في العقائد والأصول ؛ إذ لا يكفي فيها إلا بالقطع واليقين، أما الفروع أو الأحكام العملية - وحجية القياس منها - فالظن فيها كافٍ باتفاق .^١

^١ سورة الأنعام (٥٩) .

^٢ سورة النحل (٨٩)

^٣ المحصول ١٠٣/٥ ، نهاية الوصول ٣١٣٨/٧ ، الإبهاج ١٨/٣

^٤ ينظر : تسهيل الوصول ص ١٨٤ ، ١٨٥

^٥ سورة النجم (٢٨)

^٦ ينظر : نهاية الوصول ٣١٣٨/٧ .


ثانياً السنة : أحاديث كثيرة منها قوله (صلى الله عليه وسلم) (تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب ثم تعمل برهة بسنة رسول الله ثم تعمل بالرأي فإذا عملوا بالرأي فقد ضلوا وأضلوا) .^٢

وجه الاستدلال : قالوا إن العمل بالقياس ضلال فيكون غير مشروع ، وإذا كان كذلك لم يكن حجة .^٣
وأجيب عن ذلك: بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج لضعف سنده، ولو سلمنا بصحته فهو معارض بالأحاديث التي استدلت بها الجمهور علي حجية القياس ، فيحمل علي القياس الفاسد جمعاً بين الأدلة^٤

ثالثاً الإجماع : حيث نقل عن بعض الصحابة ذم العمل بالقياس ، ولم يظهر من الباقيين إنكار فكان إجماعاً علي إنكار العمل بالقياس .^٥

وأجيب عن ذلك : بأن هذا الإجماع معارض بالإجماع علي حجية القياس ، بل قد اشتهر عن الصحابة الذين نقلتم إنكار العمل بالقياس عنهم الإحتجاج به ، فيجب الجمع بين النقلين بأن يحمل ما

^١ ينظر : الإبهاج ١/٣

^٢ رواه أبو يعلي في مسنده من حديث أبي هريرة  ٢٤٠/١٠ تح / حسين سليم ط / دار المأمون للتراث دمشق ط / أولي ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، وغي سنده عثمان بن عبد الرحمن الأزهرى وهو متفق علي ضعفه .

ينظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي ١/١٧٩ ط / دار الريان للتراث القاهرة ١٤٠٧هـ

^٣ ينظر : نبراس العقول ص ١٥٥ .

^٤ ينظر : التبصرة ص ٢٥٥ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٥٥ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣/١٢٨ ، نبراس العقول ص ١٦٠ وما بعدها.

^٥ ينظر : نهاية الوصول ٧ / ٣١٤٠ .

نقل عنهم من إنكار على القياس الفاسد الفاقد لشروطه ، لأن الجمع بين الأدلة أولى من إهدار أحدها .^١

رابعاً : المعقول : قالوا إن القياس مبنٍ على الجمع بين المتماثلين في الحكم ، ومدار أحكام الشريعة علي الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين ، حيث أوجبت الشريعة قطع يد سارق القليل إذا بلغ نصاب القطع دون غاصب الكثير ، وأوجبت الحد علي القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر ، فيكون العمل بالقياس ممتنعاً في الشريعة لما ذكر .^٢

وأجيب عن ذلك : بأن ما ذكرتم من كون مدار الشريعة علي الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين محض كذبٍ وافتراء ؛ وذلك لأنه يستلزم كون جميع أحكام الشريعة غير معقولة المعنى ، وهو أمر ظاهر فساده .

ولو سلمنا أن ما ذكروه من صور غير معقول المعنى فهو قليل نادر ، إذ الغالب في الأحكام الشرعية أنها معقولة المعنى ، ومن ثم يجوز جريان القياس فيها عند استيفاء شروطه .^٣

المذهب الراجح :

يظهر جلياً من عرض الخلاف وأدلته رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء من حجية القياس ؛ لقوة أدلتهم وضعف أدلة نفاة القياس .

^١ ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٠ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٥٥ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٨١/٣ ، نبراس العقول ص ١٥٦ .

^٢ ينظر : الإبهاج ٢٢/٣ وما بعدها ، نبراس العقول ص ١٦٠ وما بعدها .

^٣ ينظر : المرجعان السابقان : ذات الموضوع

ويضاف إلى ذلك : أن الاحتجاج بالقياس بمنهج السلف الصالح من الصحابة والتابعين انعقد عليه إجماعهم واعتمده في اجتهاداتهم أزمنة عديدة قبل ظهور نفاة القياس .

ورحم الله العلامة ابن القيم حيث وصف العمل بالقياس بأنه : " فطرة فطر الله عليها الناس. " ^١ 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 في الفصول التالية .

^١ إعلام الموقعين ١ / ١٧٤

الفصل الأول

خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

لما كانت العقوبة عبارة عن جزاء مقرر شرعاً زجراً عن ارتكاب محظور شرعي¹ ، كانت منقسمة باعتبار تقديرها شرعاً وعدمه إلي قسمين :

الأول :عقوبة مقدرة شرعاً : وهي الحد والقصاص والكفارة .

والثاني :عقوبة غير مقدرة شرعاً : وهي التعزير .

فهل يجوز الاحتجاج بالقياس في جميع تلك العقوبات أولاً ؟ هذا ما يجيب عنه البحث تفصيلاً من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

¹ هذا التعريف مستخلص من تعريف الإمام الماوردي للجريمة حيث قال : " الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير." الأحكام السلطانية والولايات الدينية ص ٢٤٨ ط / المكتبة التوفيقية القاهرة دت .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة .

المبحث الثالث : الترجيح وتحقيق نوع الخلاف .

المبحث الأول

تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات

في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

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

مثال ذلك ما يلي :

١- أن الشارع الحكيم قد نص علي عقوبة الزنا وهي الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن، فهل يمكن تقرير تلك العقوبة لجريمة اللواط قياساً علي الزنا لاشتراكهما في علة واحدة وهي إيلاج فرج محرم في فرج آخر محرم شرعاً ؟

٢- أن الشارع الحكيم قد أوجب عقوبة الكفارة في القتل الخطأ نصاً ، فهل تنقرر في القتل العمد قياساً بجامع كون القتل في النوعين بغير حق ومحظور شرعاً ؟

هذا ومن الثابت في منهجية بحث الخلاف العلمي في أي مسألة : ضرورة تحرير محل النزاع فيها ببيان محل الاتفاق ومحل الخلاف ، ثم عرض الخلاف في المسألة وبيان سببه . وهذا ما سيعرضه البحث من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول : تحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات .

المطلب الثاني : سبب الخلاف في حجية القياس في العقوبات .

المطلب الأول

تحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات

أولاً محل الاتفاق:

اتفق العلماء على حجية القياس في عقوبة التعزير^١ ، ويقصد به : التأديب على جنائية وقعت على حق الله تعالى أو حق آدمي ليس فيها حد أو كفارة ولا قصاص أو دية^٢ . فهو عقوبة مقررة شرعاً على كل معصية لم ينص الشارع في الكتاب أو السنة على عقوبتها ، كمباشرة الأجنبيه دون جماع ، والقذف بغير الزنا ، والغش في المعاملات ، وشهادة الزور ، ونحو ذلك مما فيه مخالفة للشرع ومناقضة لمقاصده وقواعده العامة.

ولما 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 المفساد ويحفظ المصالح^١ .

^١ ينظر : أصول الفقه لفضيلة الإمام محمد أبي زهرة ص ٢٣٥ ، الجريمة والعقوبة (الجريمة) لفضيلته ص ١٦٦ ط / دار الفكر العربي القاهرة ١٩٩٨ .

^٢ ينظر في هذا المعنى: المغني لابن قدامة ٤٦٧/١٢ ط / دار الحديث القاهرة ط/اولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

ولا شك أن القياس من مسالك الاجتهاد ، بل وأهم أبوابه التي يمكن للحاكم أو نائبه استعماله في التوصل إلى تقرير عقوبه التعزير في تلك الأفعال المحظورة شرعاً ، فإذا عرض عليه إحداها اجتهد في إلحاقها بما يشبهها في الاذى والإفساد إذا تحقق الردع بتلك العقوبة ، مستهدياً في ذلك بهدي الشارع الحكيم وإرشاده إلي بعض عقوبات الجرائم التعزيرية في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وعمل السلف رضوان الله عليهم . لذا قال الإمام محمد أبو زهرة - رحمه الله - : "على ذلك يكون ثبوت التعزير بالقياس أمراً لا محل للنزاع فيه . " ٣

ثانياً محل الخلاف:

اختلف العلماء في حجة القياس في العقوبات المقدرة ، وهي : الحدود ٤ ، والكفارات ١ ، ولم تصرح كتب المتقدمين - فيما بحثت - بذكر القصاص ٢

١ ينظر في هذا المعنى: شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٤٥/٥ دار الفكر بيروت د ت ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣٨٤/٤ ط / دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي القاهرة د ت ، مغني المحتاج للشربيني ٥٤٨/٥ ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت .
٢ ومن ذلك إرشاد الشارع الحكيم إلى عقوبة الهجر تعزيراً للمرأة الناشز في قوله تعالى " فَعِظُوهُنَّ وَأَمْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ " النساء (٣٤) ، كما أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) الصحابة بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه في غزوة تبوك فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى " وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَن لَّا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا ۗ إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ " التوبة (١١٨) ، كما عاقب سيدنا عمر بن الخطاب -رضى الله عنه - بها بعض الناس . ينظر التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي للاستاذ عبدالقادر عودة ٦٠٧/١ ط مكتبة دار التراث القاهرة ط / ٢٠٠٥ م .
٣ أصول الفقه لفضيلته ص ٢٣٥ .

٤ الحدود في اللغة : جمع حد ، وهو الحاجز بين الشيئين ، ومنتهى الشيء ، وطرفه الحاد ، والمنع من الشيء أو الأمر به ، مختار الصحاح مادة (حدد) والمعجم الوجيز مادة (حدد) . وفي الشرع : عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى . فيخرج منه التعزير لكونه غير مقدر شرعاً ، والقصاص لكونه واجباً حقا للعبد حيث يجري فيه العفو والصلح ، وسميت الحدود بذلك ؛ لأنها تمنع من ارتكاب ما يوجبها ، وهي : الزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقه ،

في محل الخلاف مع الحدود والكفارات . لكن أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس في العقوبات تشير إلى دخول القصاص في محل الخلاف ، حيث قال صدر الشريعة ولا يثبت ذا بالقياس ، أي ما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص لا يثبت بالقياس " ٣ ، لذا صرح فضيلة الامام أبو زهرة

والحرابة ، والردة ، والبغي . ينظر : بدائع الصنائع للكاساني ٥/٤٨٦ ط/ دار أحياء التراث العربي بيروت ط/ الثالثة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨ .

^١ الكفارات في اللغة : جمع كفارة وهي مأخوذة من الكفر أي الستر والتغطية ، فهي اسم للخصلة التي يكفر بها ، وسميت بذلك لأنها تكفر الذنوب ، أي تسترها وتمحوها . لسان العرب والمصباح المنير مادة (كفر) الجريمة ص ١٦٦-١٦٧ . وفي الشرع : اسم لمال أو صوم وجب بسبب من حلف أو قتل أو أفتار أو جماع في نهار رمضان عمداً . حاشية البيجرمي على الخطيب ٤/٦ ط/ دار الفكر بيروت ط/ ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م .

وهي من حقوق الله تعالى الخالصة ، ويجتمع فيها معنى العبادة ، حيث تؤدي بما هو عبادة كالصوم والإطعام ، ويؤديها المكلف اختياراً ، ومعنى العقوبة ، حيث لا تجب إلا بسبب مخالفة شرعية ، لذا لا تجب على الصبي والمجنون لعدم التكليف .

^٢ القصاص في اللغة : أن يوقع على الجاني مثل ما جنى . المعجم الوجيز مادة (قص) . وفي الشرع : مجازاة الجاني بمثل فعله . ينظر: التشريع الجنائي الاسلامي ٢/١٠٠ .

ويتقرر القصاص عقوبة لجرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو الجرح ، وينقسم الى قسمين : الاول: قصاص صورة ومعنى وهو أن ينزل بالجاني من العقوبة الحادثة مثل جنائته ، وهو الأصل في القصاص . والثاني: قصاص معنى فقط وهو دية النفس أو أحد الأعضاء وأرش الجروح . ولا يصار إليه إلا عند تعذر القصاص صورة ومعنى أو عند سقوطه بالشبهة أو لعدم استيفاء شروطه المقررة أو لنزول المجني عليه أو وليه عنه إلى الدية . ينظر : الجريمة للإمام محمد أبي زهرة ص ٧٨ .

^٣ التوضيح بصدر الشريعة ١/٢٥٥ ، ط / دار الكتب العلمية بيروت ط/ اولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م

بدخوله في محل الخلاف قائلاً: "هل تثبت الحدود والقصاص بالقياس؟ لقد قال بعضهم إنها تثبت بالقياس، وقال بعض الفقهاء إن الحدود والقصاص والكفارات لا تثبت بالقياس." ^١

وعليه: أرى دخول القصاص في محل الخلاف؛ وذلك لكونه عقوبة مقدرة، ومبنى أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة على أن التقديرات غير معقولة المعنى لذا يمتنع فيها القياس عندهم.

ويؤيد ذلك أيضا: خلاف الفقهاء في وجوب القصاص في القتل بمقتل قياساً على القتل بمحدد، كما سنبين في الآثار الفقهية المبنية على الخلاف الأصولي في المسألة.

وهذا وينحصر خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة في القولين التاليين:

القول الاول:

حجية القياس في العقوبات المقدرة. واليه ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة. ^٢ وسيطلق البحث عليهم: المثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة.

القول الثاني:

^١ ينظر: تسهيل الوصول ص ٢٧٩، ٢٨٠.

^٢ ينظر: التبصرة للشيرازي ٢٦٠، التلخيص لإمام الحرمين ٢٩١/٣، المحصول ٣٤٩/٥، شرح تنقيح الفصول ص ٣٢٤، نهاية الوصول ٣٢٢/٧، شرح العضد ٢٥٤/٢، قواطع الأدلة ١٠٧/٢، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ٤٠٢/٤، البحر المحيط ٦٧/٧، إجابة السائل ص ١٧٦.

عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة . واليه ذهب السادة الحنفية .^١ وسيطلق البحث عليهم :
النافقين لحجية القياس في العقوبات المقدرة.

^١ واستثنى السادة الحنفية القياس المنصوص العلة ، لكونه في منزلة النص ، فالمنع خاص بالقياس ذي العلة المستنبطة ، أي التي يتوقف إدراكها على الرأي والاجتهاد . ينظر: أصول الجصاص ١٠٥/٤ ط / وزارة الاوقاف الكويتية ط ثانية ١٤١٤ هـ / ١٤٩٤ م ، أصول السرخسي ٢٥٤/١ ومابعدها ، التوضيح لصدر الشريعة ٢٥٥/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٧٤/١ ، ٢١٢/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢ ، ٤١٠/١ التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣٢٠/٢ ط / دار الفكر بيروت ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م ، تسهيل الوصول ص ٢٢٦ .

المطلب الثاني

سبب الخلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة

يرجع منشأ الخلاف بين الجمهور والسادة الحنفية في الاحتجاج بالقياس في الحدود والكفارات والقصاص الى السببين التاليين :

السبب الاول:

مدى تعقل العلة ، أو (المعنى) في الحدود والكفارات والقصاص .^١
وبعبارة اخرى: خلافهم في إمكان إدراك العلة فيها عقلاً ؛ ذلك لأن مدار القياس على كون الحكم الشرعي في الأصل معقول العلة او المعنى ، حتى يتمكن المجتهد من إدراك علته وبناء الحكم عليها في الفرع .
فيرى جمهور العلماء أنه لا توجد جملة من الأحكام الشرعية غير معللة ، بل ينبغي أن تستقرأ كل مسألة منها على حدة ، فإن أمكن إدراك معنى ملحوظ للشارع فيها كانت معللة ويصح فيها القياس ،

^١ قال فضيلة الشيخ محمد حسنين مخلوف - رحمه الله - : " والخلاف فيها راجع إلى الخلاف في العلة التي يبني عليها القياس هل هي معقولة في هذه الامور أو لا ؟ " بلوغ السؤل ي مدخل علم الأصول ص ١٥٣ ط / مصطفى الحلبي القاهرة ط / ثانيه ١٩٩٦ م .

وإن لم يمكن ذلك لم تكن معللة ولا يصح فيها القياس ، سواء كانت من الحدود والكفارات والقصاص أو غيرها من أبواب الأحكام الشرعية .^١

فإذا تعقل المجتهد علة وجوب حد الزنا كان له قياس اللواط عليه في وجوب الحد ، وإذا تعقل علة وجوب الكفارة في القتل الخطأ كان له قياس العمد عليه في وجوب الكفارة ، وإذا تعقل علة وجوب القصاص في القتل بمحدد كان له قياس القتل بمتقل عليه في وجوب القصاص... وهكذا شأن أي حكم شرعي أدرك العقل علته ، فليس في الحدود والكفارات والقصاص ما يمنع إجراء القياس فيها عند تعقل معناها .^٢

هذا في حين رأى السادة الحنفية عدم تعقل العلة ، أو (المعنى) في تلك العقوبات ؛ وذلك لاشتغالها على تقديرات لا يدرك العقل معناها ، لذا يمتنع فيها القياس ضرورة كونها غير معقولة العلة .^٣

قال أبو الحسين البصري : " والخلاف بين الناس: هل في الشريعة جملة من المسائل يعلم أنه لا يجوز أن تدل دلالة على علة احكامها ، فيمتنع استعمال القياس فيها في الجملة ، أو ليس كذلك ، بل ينبغي أن يستفريء مسألة مسألة ، فأصحاب أبي حنيفة يقولون: قد علمنا ذلك في جملة من المسائل

^١ قال السبكي : " وجماع القول عندنا : أن كل حكم يجوز أن يستنبط منه معنى مخيل من كتاب أونص سنة أو إجماع فانه يعلل ، وما لا يصح فيه فلا يعلل سواء كان من الحدود أو الكفارات أو غيرها . " رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ٤/٤٠٩ .

^٢ ينظر رفع الحاجب ٤/٤٠٩ قواطع الأدلة ٢/١٠٩ ، ١١٠ ، الإبهاج ٣/٣٢ ، شرح العضد ٢/٣٥٥ ، إجابة السائل ص ١٧٦ .

^٣ ينظر: قواطع الأدلة ٢/١٠٧ ، فواتح الرحموت ٢/٤٢٠ التقرير والتجبير ٢/٣٢٠ ، تسهيل الوصول ص ٢٢٦ ، حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٢٤٤ .

وهي التي ذكروها ، وغيرهم لا يحكم بذلك في أكثر هذه المسائل على سبيل الجملة ، بل يستقرؤون مسالة مسالة .^١

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.^٢

ويبان 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 لاشتراكهما في علة واحدة تفهم بمجرد العلم باللغة دون حاجة إلى الاجتهاد والرأي .^٣

ويطلق عليها الجمهور: مفهوم الموافقة ؛ لكون المسكوت عنه موافقا في الحكم للمنطوق.^٤ وتنقسم دلالة النص عند السادة الحنفية إلى قسمين :

الأول : دلالة ضرورية أو قطعية ، وهي : ما كانت العلة فيها جلية معلومة في المنصوص عليه والمسكوت عنه على سبيل القطع ، لذا كانت محل اتفاق بين العلماء في إدراكها ، وذلك كدلالة قوله تعالى " فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَمْرًا " ^١

^١ المعتمد ٢/٢٦٥ ، وينظر في ذات المعنى : المحصول ٥/٣٤٩.

^٢ ينظر : بلوغ السؤل للشيخ مخلوف ص ١٥٣ .

^٣ ينظر : التوضيح لصدر الشريعة ١/٢٤٥ ، فتح الغفار لابن نجيم ٢/٤٥ ، إفاضة الأنوار وحاشية نسمات الأسرار عليه ص ١٠١ ط / دار الكتب العربية مصطفى وعيسى الحلبي القاهرة د ت ، تسهيل الوصول ص ١٠٣ ، الوسيط في أصول فقه الحنفية لفضيلة الدكتور / أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٣ مطبعة دار التأليف القاهرة د ت .

^٤ ينظر : شرح العضد ٢/١٧١ جمع الجوامع وشرح المحلي بحاشية البناني ١/٣٨٣ ، شرح الكوكب المنير ٣/٤٨١.

على تحريم إيذاء الوالدين بالسب والضرب ونحوهما ، إذ أن علة تحريم التأفيف المفهومة لغة الإيذاء ، وهي متحققة في السب والضرب ونحوهما قطعاً .^٢

والثاني : دلالة نظرية أو ظنية ، وهي : ما كانت العلة فيها غير جلية ، بل خفية في المنصوص عليه أو المسكوت عنه ، لذا كانت محل خلاف بين العلماء في إدراكها . وذلك كدلالة قوله تعالى " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ " ^٣ على وجوب حد الزنا على من عمل عمل قوم لوط عند صاحبين من الحنفية والإمام الشافعي .^٤

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

فذهب الجمهور وبعض الحنفية إلى أن هذه الدلالة من قبيل القياس ، لأن العلة فيها ليست مدركة باللغة لخبائثها ، بل مدركة بالاجتهاد ، بدليل اختلاف الأئمة فيها - ومنهم - الإمام الشافعي وهو من الماهرين المبرزين في اللغة .

وعليه : يكون الحكم الثابت بها مستنداً إلى القياس لا النص .

وذهب عامة السادة الحنفية إلى أن هذه الدلالة ليست من قبيل القياس ، بل هي من دلالة النص ؛ لأن مبنائها على العلة التي يتضمنها النص لغة حتى وإن احتاجت إلى نوع من النظر في إدراكها .

^١ سورة الاسراء (٢٣)

^٢ ينظر : كشف الأسرار ١/٧٣ ، دكتور أحمد فهمي أبوسنة ص ١٠٣ مرجع سابق .

^٣ سورة النور (٢) .

^٤ ينظر : د / أحمد فهمي أبوسنة ص ١٠٣ ، ١٠٤ مرجع سابق ،

وعليه: يكون الحكم الثابت بها مستنداً إلى معنى النص لغة^١ ، ومن ثم لا يمتنع الاحتجاج بها في العقوبات المقدرة ، أي الحدود والكفارات والقصاص . وقد قدم السادة الحنفية فروعاً فقهية عديدة بنوا الحكم فيها على ذلك الأصل ، بينما عد الجمهور ذلك النوع من الاستدلال قياساً ، واحتجوا به في تلك العقوبات .

لكن الجدير بالذكر أن جميع الحنفية متفقون 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 مستنداً إلى النص .^٢

قال عبدالعزيز البخاري : " وسمعت عن شيخي قدس الله روحه وهو كان أعلى كعباً من أن يجازف أو يتكلم من غير تحقيق أنها - أي الحدود والكفارات والقصاص - تثبت بمثل هذا القياس عندهم - أي الحنفية - كما تثبت بالقياس الذي علته منصوصة ."^٣

والخلاصة : أن للسادة الحنفية فروعاً فقهية من الحدود والكفارات مثل إلحاق اللواط بالزنا في الحد ، وإلحاق الفطر بالاكل والشرب عمداً في نهار رمضان بالجماع عمداً في وجوب الكفارة ، وإلحاق القتل

^١ ينظر : كشف الأسرار عن أصول اليزدوي ٧٣/١ ، ٧٤ ، التوضيح ٢٥٥/١ ، التلويح ٢٥٦/١ ، إفاضة الأنوار وحاشية نسيمات الأسرار عليه ص ١٠١ ، ١٠٢ ، فتح الغفار ٤٦/٢ ، مباحث أصولية في تقسيمات الألفاظ لأستاذي الدكتور / محمد عبدالعاطي - رحمه الله - ص ٣٧٦ ط/ دار الحديث القاهرة ٢٠٠٧ .

^٢ ينظر: شرح نور الأنوار على المنار للميوهي ٣٨٦/١ مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي ط/ دار الكتب العلمية بيروت دت ، فواتح الرحموت ٤١٠/١ ، حاشية نسيمات الأسرار ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

^٣ كشف الأسرار عن أصول اليزدوي ٧٤/١ .

بمتقل بالقتل بمحدد في وجوب القصاص ، ونحوها مما اعتبروا استدلالهم على هذا الإلحاق من قبيل دلالة النص .

هذا في حين اعتبره الجمهور قياساً بحقيقته ومفهومه.

وسياتي تحقيق هذا الخلاف هل هو لفظي أو معنوي؟ في المبحث الثالث من هذا الفصل .

المبحث الثاني

أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة

المطلب الأول

أدلة الجمهور (المثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة ومنافستها)

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

الدليل الأول :

عموم الأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على حجية القياس ، حيث يفيد إطلاق العمل بالقياس في جميع الأحكام الشرعية دون تفرقة بين باب و باب مالم يمنع من ذلك مانع ، ولامانع من العمل به في تلك العقوبات ، فيكون القياس فيها حجة متى عقلت علتها .^١ ونوقش ذلك : بأننا نسلم بمقتضى عموم الأدلة على حجية القياس فيما هو مستوفٍ لشروطه ، وتلك العقوبات غير مستوفيةٍ لها لعدم تعقل علتها .^٢

^١ ينظر : قواطع الأدلة ١٠٩/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٠/٧ ، شرح العنود ٣٥٤/٢ ، رفع الحاجب ٤٠٦/٤

^٢ ينظر : التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢ .

وأجيب عنه : بأننا لا نحتج بالقياس إلا في الأحكام التي تعقل علتها ، وقد تعقلناها في مثل إلحاق اللواط بالزنا في الحد ، وإلحاق القتل العمد بالخطأ في الكفارة ، وإلحاق المنقل بالمحدد في القصاص ، ونحو ذلك من المواطن ، فصح لنا الاحتجاج فيها بالقياس لاستيفائها شروطه .^١

الدليل الثاني:

أن الصحابة -رضوان الله تعالى عليهم- قد احتجوا بالقياس في تلك لعقوبات ، حيث تشاوروا في حد الشرب ، فقال الإمام علي عليه السلام " إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فأرى عليه حد الافتراء " .^٢

فأقام - عليه السلام - الشرب مقام القذف بجامع الافتراء ، ولم ينكر عليه أحد عمله بالقياس في عقوبة الحد فكان ذلك إجماعاً على حجية القياس فيه .^٣

ونوقش ذلك من وجهين:

الوجه الاول: 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 .^٤

^١ ينظر : قواطع الأدلة ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

^٢ أخرجه الحاكم في ك الحدود ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ٤١٧/٤ ، والبيهقي في ك الأشربة والحد فيها ، باب ما جاء في عدد حد الخمر ٣٢٠/٨ .


^٣ ينظر : شرح العضد ٢٥٤/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٠/٧ ، الابهاج ٣٣/٣ .

^٤ ينظر : مسلم الثبوت ٣٨١/٢ .

وأجيب 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 ، فثبتت بذلك أن الشبهة في القياس غير مانعة من الاحتجاج به في عقوبة الحد. ^١

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 (صلى الله عليه وسلم) ضرب شارب الخمر بالجريد والنعال ^٢ ، كما روي أنه ضربه أربعون رجلاً كل رجلٍ بنعليه ضربتين ^٣ .

وقد تحرى الصحابة في اجتهادهم موافقة أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) فجعلوا الحد ثمانين ، وليس ذلك بقياس بل هو اجتهاد وتحرر لمعنى التوقيف ^٤ .

ويمكن أن يجاب عنه: بأن قول الإمام علي -  - صريح في إلحاق الشرب بالقذف بجامع الافتراء ، وهو عين القياس ، ولم ينكر من أحد فكان إجماعاً على جعل الحد ثمانين بالقياس .

الدليل الثالث :

أن الاتفاق حاصل بين الجمهور والحنفية على ثبوت تلك العقوبات بخبر الواحد ، فثبتت أيضاً بالقياس، بجامع إفادة الدليلين - خبر الواحد والقياس - للظن. ^٥

^١ ينظر: المرجع السابق ٣٨١/٢ .

^٢ رواه الحاكم في ك الحدود ٤١٥/٤ .

^٣ رواه الترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في حد السكون عن أبي سعيد الحضري ولفظه : " أن رسول الله (ﷺ) ضرب الحد بنعلين أربعين " وقال " حديث حسن " ٤٧ / ٤

^٤ ينظر: التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، مسلم الثبوت ٣١٨/٢ .

^٥ ينظر: العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى الحنبلي ٤١١/٤ ط / دار العزة للنشر طرابعة ٢٠١١ ، رفع الحاجب ٤٠٧/٤ .

قال الإمام الشيرازي: " القياس في معنى خبر الواحد ، ألا ترى أن كل واحد منها يقتضي الحكم من طريق الظن ، ويجوز السهو والخطأ في كل واحد منهما ، وإذا جاز إثبات هذه الأحكام بخبر الواحد جاز إثباتها بالقياس .^١

المطلب الثاني

أدلة السادة الحنفية النافين لحجية القياس في العقوبات المقدرة ومناقشتها

استدل السادة الحنفية على عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة بعدة أدلة من أهمها ما يأتي:

الدليل الاول :

أن العقوبات غير المقدرة ليست مستوفية لشرائط القياس ، وذلك لاشتمالها على تقديرات لايمكن تعقل علتها ، لذا يمتنع فيها القياس ضرورة كونها غير معقولة ، لما هو معلوم من ابتناء القياس على تعقل العلة .^٢

وأجيب عنه: بأننا نسلم لكم أن التقديرات المنطوية عليها تلك العقوبات غير معقولة العلة ، لذا يمتنع القياس في التقديرات باتفاق. لكن لا نسلم لكم أن عدم تعقل التقديرات يستلزم عدم تعقل أصل

^١ التبصرة ص ٢٦٠.

^٢ ينظر: أصول الجصاص ١٠٦/٤ ، التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢.

العقوبات ذاتها حتى يمتنع فيها القياس - كما قررتم- ؛ إذ ليس في تشريع تلك العقوبات خصوصية تمنع الاحتجاج فيها بالقياس.

قال السبكي : " واعلم أن نفس مقادير الحدود والكفارات لا يفهم فيها معنى ، فكيف يصح القياس فيها؟، وهذا بخلاف أصل الحدود ، فنحن نمنع القياس حيث لا يعقل المعنى ، وذلك في مقادير الحدود والكفارات لا أصلها ."^١

فأصل تلك العقوبات، أي وجوبها شرعاً ليس فيه ما يمنع إجراء القياس فيها إذا أدرك المجتهد بعقله فيها معنى يصلح علة موجبة للحكم في الفرع .

وقد أدركنا ذلك المعنى وتعلمناه في مواطن عدة فصح لنا إجراء القياس في تلك العقوبات .^٢ ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١- قياس القتل بالمتقل على القتل بمحدد في وجوب القصاص بجامع القتل عمداً وعدواناً ، إذ إن معنى وجوب القصاص _ وهو حفظ النفس _ مناسب لوجوبه فيهما ، فكان الحكم معقول العلة وصح لنا فيه القياس .

٢- قياس اللواط على الزنا بجامع إيلاج فرج محرم في فرج محرم دون ملك أو شبهة ملك ، ولا شك أن هذا المعنى مناسب لوجوب الحد صيانة لمقصد الشارع في حفظ الفروج .

^١ رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ٤/٤١٠ .

^٢ ينظر: قواطع الأدلة ٢/ ١١٠ ، شرح العضد ٢/٣٥٥ ، نهاية الوصول ٧/٣٢٢٣ .

٣- قياس القتل العمد على الخطأ في وجوب الكفارة بجامع القتل بغير حق ، إذ إن معنى وجوب الكفارة الزجر والتكفير عن معصية القتل ، وهو مناسب للعمد بل هو فيه أولى من الخطأ لعدم العذر .

فمدار القول بجريان القياس في تلك المواضع ونحوها على تعقل معناها ، وقد حصل في نظر الجمهور ، لذا أعملوا فيها القياس ، وهم لا ينكرون أن ما لا تعقل علتة من هذه العقوبات لا يصح فيه القياس كما هو الشأن في سائر الأحكام الشرعية.^١

الدليل الثاني :

أن القياس دليل ظني ، فيحتمل الخطأ ، وذلك شبهة فيه تمنع تنصيبه دليلاً وحجة شرعية في العقوبات المقدرة لعظمتها وخطورتها^٢ ، لقوله (عليه وسلم) " إدرعوا الحدود بالشبهات " ^٣

وأجيب عنه: بأن القول بكون ظنية القياس شبهة مانعة من الاحتجاج به في تلك العقوبات منقوض بخبر الواحد والشهادة ، بل وظواهر النصوص الشرعية ، فهي جميعاً لا تفيد إلا الظن ومع ذلك تثبت بها الحدود والكفارات والقصاص باتفاق .^٤

^١ ينظر: قواطع الأدلة ١١٠/٢، شرح العضد ٣٥٥/٢، إجابة السائل ص ١٧٦ ، حاشية العطار ٢٤٤/٢ .

^٢ ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢١/٢ ، شرح إفاضة الأنوار مع حاشية نسيمات الاسحار ص ١٠٢ ، التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ومسلم الثبوت ٣١٧/٢ .

^٣ يرد هذا الحديث في كتب الفقه وأصوله بهذا اللفظ ، وأصله في كتب السنة : (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله) رواه الحاكم في ك الحدود ، وقال : (هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه) ، ٤٢٦/٤ ، والترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في درء الحد ٣٣/٤ .

^٤ ينظر : التبصرة للشبراوي ص ٢٦١ ، التلخيص لإمام الحرمين ٢٩٢/٢ ، قواطع الأدلة ٢٠٩/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٣/٧ ، شرح العضد ٣٥٥/٢ ، رفع الحاجب ٤٠٨/٤ .

وإن سلمنا عدم النقص بخبر الواحد ونحوه مما يفيد الظن ويحتمل الخطأ ، فإن وجوب العمل بالقياس لما كان معلوماً بأدلة قطعية لم يحتمل أن يكون ذلك خطأً .^١

قال ابن السمعاني : "ثم المعتمد من الجواب : هو أن وجوب العمل بالقياس حجة بالدلائل القطعية "^٢.

الدليل الثالث :

أن الشارع الحكيم قد قصد بتشريع العقوبات المقدرة (الحدود والكفارات والقصاص) تحقيق الزجر والردع ومحو الآثام ، واستأثر بعلم المقادير التي يحصل عندها ذلك المقصود ، فيمتنع إدراكها عقلاً بالرأي ، ومن ثم يمتنع جريان القياس فيها ضرورة كونها غير معقولة المعنى.^٣

وأجيب عنه: بأننا لا نقول بضرورة جريان القياس في جميع تلك العقوبات ، بل فيما يدرك العقل فيه معنى مناسب لتعليل الحكم به وبنائه عليه في الفرع فقط ، وقد أدرکنا ذلك في عقوبات عدة وأجرينا القياس بناءً عليه ، كما في الأمثلة المتقدمة.^٤

ويضاف إلى ذلك : أنه لو صح هذا الدليل للسادة الحنفية على امتناع القياس في الحدود والكفارات والقصاص لصح دليلاً على نفي القياس جملةً في سائر الأحكام الشرعية، حيث قال نفاة القياس : إن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، ولا يعلمها إلا الله تعالى . فلما لم يصح دليلاً على

^١ ينظر: الوصول إلى الأصول لابن برهان ٢/٢٥٢ ، د/ عبدالحميد أبو زنيد ط / مكتبة المعارف بالرياض ط/أولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

^٢ قواطع الأدلة ٢/٢٠٩ ، وينظر في معناه الوصول إلى الأصول ٢/٢٥٢

^٣ ينظر: قواطع الأدلة ٢/١٠٩ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢/٢٢٠ .

^٤ ينظر: قواطع الأدلة ٢/١٠٩ ، شرح العضد ٢/٣٥٥ .

نفي القياس بالكلية

لم يصح هنا دليلاً على امتناع القياس في محل النزاع.^١

الدليل الرابع :^٢

إن مدار القياس في الأحكام الشرعية على الجمع بين التماثلات ، وتلك العقوبات مشروعة على خلاف هذا الأصل ، فدل ذلك على أنها موضوعة شرعاً على منافاة القياس.

ومن 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.^٣

وأجيب عنه: بأن التماثل الذي عليه مدار القياس يعني كون حكم الأصل معللاً بعلّة يمكن بناء الحكم عليها في الفرع ، وذلك منعدم في الصورة المذكورة ونحوها ، لذا امتنع فيها القياس.

وبيان ذلك: أن الشارع قد أوجب القطع في السرقة دون مكاتبة الأعداء لكثرة 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 الوازع عن ارتكابها ، فاختلفت عن السرقة من هذه الجهة، ومن ثم لم يصح القياس لانعدام المماثلة .^٤

^١ ينظر : التنصرة ص ٢٦١ ، روضة الناظر لابن قدامة ص ٣٣٨ ط/ جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ط / ثانية ٥١٣٩٩ .

^٢ يجدر التنبيه إلى أنه قد ورد هذا الدليل وغيره في كتب الجمهور منسوبة إلى السادة الحنفية على قولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة ، لكن لم أعثر على هذه الأدلة في كتب السادة الحنفية - حسب ما طالعت منها- لذا اقتصرنا على هذا الدليل فقط كنموذج من تلك الأدلة . ينظر الوصول إلى الأصول لابن برهان ٢/٢٥٣ ، نهاية الوصول ٧/٣٢٢٣ .

^٣ ينظر: الوصول إلى الأصول ٢/٢٥٣ ، نهاية الوصول ٧/٣٢٢٣ .

^٤ ينظر: الوصول إلى الأصول ٢/٢٥٣ ، نهاية الوصول ٥/٣٠٦٨ .

والخلاصة : أن ماذكرتم لا يصلح 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^١.

وإلى هنا ينتهي الحديث عن أدلة الخلاف في المسألة ، وينتقل البحث فيما يلي الى الترجيح وتحقيق نوع الخلاف بين الفريقين.

البحث الثالث

الترجيح وتحقيق نوع الخلاف

تمهيد وتقسيم:

^١ ينظر: الوصول إلى الأصول ٢٠٣/٢.

بعد عرض أقوال العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة وعرض أدلة كل قول ومناقشتها يقدم البحث القول الراجح وسند ترجيحه ، ثم يقدم تحقيقاً علمياً لطبيعة هذا الخلاف من حيث كونه حقيقياً أو لفظياً في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: الترجيح بين القولين .

المطلب الثاني: تحقيق نوع الخلاف .

المطلب الأول

الترجيح بين القولين

يظهر لي - والله تعالى أعلم بالصواب - من عرض أدلة 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.

ويضيف البحث الأسانيد التفصيلية الآتية:

أولاً : إن عموم الأدلة الشرعية على حجية القياس في جميع الأحكام الشرعية عند استيفائها شروطه يعد أقوى دليل للجمهور على حجية القياس في العقوبات المقدرة ؛ ذلك أنها من جملة الأحكام الشرعية فتكون داخلة في عموم تلك الأدلة مالم 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.

ولما كانت القاعدة الأصولية توجب بقاء العام على عمومته حتى يرد ما يخصه كانت العقوبات المقدرة داخلة في عموم الأدلة على حجية القياس . خاصة أن أدلة السادة الحنفية لا تنتهض مانعاً من العمل بالقياس في تلك العقوبات .

ثانياً : أن السادة الحنفية قد شيدوا قولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة - على ما تقدم إيضاحه في سبب الخلاف - على أساس قولهم بإطلاق عدم تعقل العلة في العقوبات المقدرة بناءً على تقديرها ، إذ جعلوا التقدير في العقوبة مانعاً من تعقل معناها.

وهو أساس يظهر وهنه- وبوضوح - أمام دقة تفرقة الجمهور بين مقدار العقوبة وأصلها ، فالمقدار لا يعقل معناه باتفاق ، لذا يمتنع فيه القياس. أما أصل العقوبة فيمكن تعقل معناه ، ومن ثم لا يمتنع فيه القياس.

يقول فضيلة الإمام محمد أبو زهرة -رحمه الله - " التقدير هو الأمر الذي لا يرد فيه القياس ، ولكن موضوع التقدير لم يرد فيه القياس اللهم إذا قلنا : إن هذه العقوبة تعبدية ليست معقولة المعنى

ولكن الحقيقة غير ذلك ، بل هي عقوبة معقولة المعنى، وإذا كانت معقولة المعنى في ارتباطها بموضوعها من حيث إنها علاج لداء معين ، وهي حاسمة لمادته في المجتمع أو على الأقل مخففة لويلاته فيه ، فلماذا لا تكون صالحة لعلاج ما يشبهه من الأدواء ، وله كل مظاهره؟

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

إننا لا نعتقد أن ذلك ينال التقدير في شيء ، ولكنه يعمم العقاب في كل موضوع يكون مشابهاً للموضوع الذي كان فيه العقاب ؛ لأن الحد حكم وهو معلل ليس حكماً تعدياً ، فيصح أن يتعدى موضوعه إلى ما يشبهه في معناه . وكون الحدود حقاً 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 وليست العقوبات لحق شخص . وإن كونها حقاً للمجتمع يجعلها معقولة المعنى أكثر من غيرها. ^١

^١ الجريمة ص ١٦٨ .

ثالثاً: أن السادة الحنفية قد ناقضوا أصلهم المانع للقياس في العقوبات المقدرة ، حيث نقل كثير من العلماء عن الإمام الشافعي - رحمه الله - أنه ذكر مناقضة الحنفية لأصلهم في فروع فقهية عديدة ، ومنها : إيجاب الكفارة على المفطر عمداً بالأكل والشرب قياساً على المفطر عمداً بالجماع.^١

كما نقل بعض الجمهور عن أئمة المذهب الحنفي فروعاً فقهية أخرى تثبت إعمالهم للقياس في العقوبات المقدرة ، ومن ذلك : وجوب الحد على الردء في الحرابة قياساً على استحقاؤه الغنيمة ، ووجوب القصاص في القتل بمتقل قياساً على القتل بمحدد، ووجوب حد الزنا على اللائط قياساً على الزانى.^٢

قال الإمام الإستوي بعد نقل بعض هذه الفروع : " واعتذرت الحنفية عن هذه الأمور بما لا ينفعهم ، فإن حقيقة القياس قد وجدت في هذه الأشياء."^٣

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

قال الإمام السرخسي: "فاوجبنا حد قطاع الطرق على الردء بدلالة النص ... وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يجب الحد في اللواط على الفاعل والمفعول به بدلالة نص الزنا ..".^٤ وهنا يثور السؤال التالي : هل يقبل دفع السادة الحنفية ببناء الحكم بوجوب العقوبة في تلك الفروع على دلالة النص كطريق مغاير للقياس ، أم أن استدلالهم بدلالة النص لا يخرج عن كونه

^١ ينظر: البرهان لإمام الحرمين ٢/فقرة (٨٧٠)، المحصول ٥/٣٥٠، نهاية الوصول ٧/٣٢٢٤.

^٢ ينظر: التبصرة للشيرازي ص ٢٦٠، التمهيد للإسنوي ص ١٤١، التلويح على التوضيح للفتازاني ١/٢٥٧.

^٣ التمهيد ص ١٤١.

^٤ أصول السرخسي ١/٢٥٥ وينظر في معناه : التوضيح لصدر الشريعة ١/٢٤٩-٢٥٦، كشف الأسرار عن أصول البيهقي ١/٢٢١، ٢٢٠، نبراس العقول ص ١٣٣.

تطبيقاً عملياً للاحتجاج بحقيقة القياس ومفهومه في العقوبات المقدرة ، ومن ثم يتول الخلاف إلى العبارة والاصطلاح؟

هذا ما يجب البحث عنه في المطلب التالي .

المطلب الثاني

تحقيق نوع الخلاف

لقد خلص البحث إلى أن الأصل العام عند السادة الحنفية منع الإحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة، لكن أورد عليهم الجمهور فروعاً فقهية تعكر عليهم صفو أصلهم، بل تنقضه بوجود حقيقة القياس ومفهومه في استدلال السادة الحنفية في تلك الفروع.

وقد دفع السادة الحنفية ذلك النقص بقولهم : إن وجوب العقوبة في تلك الفروع قد بني على دلالة النص لا القياس .

والبحث الآن بصدد تحقيق هذا الدفع ، فأقول مستعيناً بالله تعالى:

إن السادة الحنفية يقصدون بدلالة النص: دلالة النص الشرعي على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لعله مدركة لغة لا اجتهاداً ورأياً^١

فمعيار مغايرة دلالة النص عن القياس عندهم طريق إدراك العلة أو المعنى الجامع بين المنصوص عليه والمسكوت عنه، فهو في دلالة النص فهم اللغة والعلم بدلالات ألفاظ النص الشرعي لغة، بينما طريق إدراكها في القياس الرأي والاجتهاد في المعنى الشرعي للنص.

^١ ينظر: التوضيح ١/٢٤٥، إفاضة الأنوار ص ١٠١.

وقد صرح السادة الحنفية ببناء الحكم بوجود العقوبة المقدره في تلك الفروع على دلالة النص^١، ومن ثم لا يرون انتقاض أصلهم المانع من الإحتجاج بالقياس في العقوبات؛ وذلك لأن مبنى دلالة النص على المعنى الذي تتضمنه عبارة النص الشرعي ونظمه لغةً، فكان المعنى مضافاً إلى النص الشرعي، بخلاف القياس فهو مبنٍ على الاجتهاد في المعنى الشرعي للنص، لذا صح الاحتجاج في تلك العقوبات بدلالة النص ولم يصح الاحتجاج فيها بالقياس.

قال صدر الشريعة: "والثابت بدلالة النص كالثابت بالعبارة والإشارة إلا عند التعارض، وهو فوق القياس؛ لان المعنى في القياس مدرك رأياً لا لغةً، بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندريء بالشبهات ولا يثبت ذا بالقياس، أي ما يندريء بالشبهات كالحدود والقصاص"^٢

ويناقش البحث استدلال السادة الحنفية بدلالة 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.

ودليل انعدامه: احتدام الخلاف بين كبار الأئمة في تحديد العلة، ومن بينهم الإمام الشافعي - وهو من هو في علوم اللغة- حيث اجتهد كل إمام في إدارك العلة، بل أتى بأدلة تدعم اجتهاده وتؤيد رأيه، ولا شك أن ذلك الخلاف المحتدم في إدارك العلة يخرج استدلال السادة الحنفية عن نطاق دلالة النص إلى القياس حيث العلة مدركة فيها اجتهاداً ورأياً.^٣

^١ ينظر: أصول السرخسي ٢٥٥/١، التوضيح ٢٥٦/١، ٢٤٩، كشف الأسرار عن أصول البيهقي ٢٢١/١، ٢٢٠، ٢٢١، إفاضة الأنوار ص ١٠١، ١٠٢، التلويح على التوضيح ٢٥٦/١.

^٢ التوضيح ٢٥٥/١.

^٣ ينظر: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي د/ فتحي الدريني ص ٢٦٥، ٢٦٦ ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط ثانية ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م.

ولا يقال : إن العلة في دلالة النص قد تكون خفية ، بحيث تحتاج في معرفتها إلى نوع نظر^١؛ 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، والا فما الذى يصلح بعد ذلك فيصلاً فارقاً بين دلالة النص والقياس .^٢

ولعل هذا ما دعى 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 الكفارة في الفطر بالجماع عمداً : " إن عد أمثال هذه الأحكام في الدلالة لا يحسن ؛ لأن الشافعي - رحمه الله - لم يعرف هذا - يعني المعنى أو العلة - مع أنه من أهل اللسان، فكان ينبغي أن يعد في القياس ."^٣

وهذا ما صرح به بعض العلماء المعاصرين ، ومنهم : فضيلة الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة - رحمه الله - حيث قال : " وبعض أمثلة الدلالة التي قدمنا كوجوب الحد بعمل قوم لوط والقصاص بالقتل بالمتقل في ثبوته بالدلالة كلام ، والظاهر أن علته ثابتة بالاجتهاد لا باللغة لتركيبتها من اعتبارات نظرية لا يدركها إلا أهل الفقه ."^٤

ويجدر بالبحث اختتام هذا التحقيق بما يقوض دفع السادة الحنفية السابق ، حيث صرح العلامة سعد الدين التفتازاني بأن الفروع الفقهية التي قرر السادة الحنفية بناء الحكم بالعقوبة فيها على

^١ ينظر : كشف الأسرار عن أصول البيهقي ٧٣/١.

^٢ ينظر : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ص ٢٦٦ .

^٣ نور الأنوار ١/٣٩٠ ، ٣٩١ . وينظر معه : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي د/محمد اديب صالح ١/٥٣١ ط / المكتب الإسلامي بيروت ط رابعة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

^٤ الوسيط في أصول فقه الحنفية ص ١٠٩ ، ١١٠ ، وينظر معه د/شوكت العدوى ص ٧٥ هامش (١) مرجع سابق ، د/ محمد عبدالعاطى ص ٣٧٧ مرجع سابق.

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.

فيقول -رحمه الله- " واعلم أنه -يقصد صدر الشريعة - قد تابع القوم في إيراد الأمثلة المذكورة لدلالة النص ، وفي بعضها نظر كوجوب الحد باللواطة ، والقصاص بالمتقل ؛ لأن المعني الموجب ليس مما يفهم لغة بل رأياً ، فهو من قبيل القياس ، إلا أن القياس لما لم يكن مثبتاً للحدود والقصاص ادعوا فيه دلالة النص " .^١

وبناءً على ما تقدم : يكون السادة الحنفية قد تفضوا 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 خلافاً لفظياً مرده إلي الاصطلاح والتسمية ، وسوف يزداد القارئ قناعة بهذه النتيجة من خلال دراسة الفروع الفقهية المبنية على الخلاف الأصولي في المسألة وذلك في الفصل التالي من البحث .

^١ التلويح ٢٥٦/١ .

الفصل الثاني

أثر الاختلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة في الفقه الإسلامي

خلص البحث - فيما تقدم - إلى أن جمهور العلماء قرر الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة ، وأن السادة الحنفية وإن امنعوا ذلك في أصولهم إلا أنهم قد ناقضوا قاعدتهم في بعض الفروع الفقهية ، حيث بنوا الحكم فيها بوجود العقوبة على القياس لكن وفق اصلاح 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 .

لذا سيعرض البحث أهم الفروع الفقهية التي توضح أثر الخلاف ، وذلك ببيان أقوال الفقهاء وأدلتها في كل فرع فقهي مع الترجيح الفقهي ، ثم التعقيب بتخريج الفرع الفقهي على الخلاف بما يوضح أثر الخلاف الأصولي في الفقه الإسلامي، وذلك كله من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : عقوبة اللواط .

المبحث الثاني : عقوبة الردء في الحرابة .

المبحث الثالث : مدى وجوب القصاص في القتل بمثقل .

المبحث الرابع : مدى وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً .

المبحث الخامس : مدى وجوب الكفارة في القتل العمد .

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

المبحث الأول

عقوبة اللواط

المطلب الأول

أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد باللواط : إدخال الحشفة في دبر ذكر. ^١

وهو من الفواحش والكبائر، وقد أجمع العلماء على تحريمه استناداً للنصوص الشرعية الواردة بتحريمه ولعن فاعله ^٢ ، لكنهم اختلفوا في عقوبته على ثلاثة أقوال : القول الاول: عقوبة اللواط القتل رجماً للفاعل والمفعول به مطلقاً ، أي سواء كان محصناً أو غير محصن . واليه ذهب المالكية ، والشافعية في قول ، والحنابلة في رواية ^٣ .

^١ الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣١٤/٤ .

^٢ ينظر : المغني لابن قدامة ٢٠١٩/١٢ ، نيل الأوطار ٢٨٧/٧ ط / رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية د ت .

^٣ هذا وللشافعية أوجه أخرى في كيفية القتل بغير الرجم: أصحها : القتل بالسيف ، والثاني : أن يهدم عليه جدار أو يلقي من شاهق حتى يموت ، أخذاً من عذاب قوم لوط عليه السلام . ينظر: روضة الطالبين ٣١٥/٧ ، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني ص ٧٠٨ ط / المكتبة التوفيقية بالقاهرة . وينظر معهما : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣٢٠/٤ ، مغني المحتاج ٤٥٧/٥ ، المغني لابن قدامة ٢١٩\١٢ ، منار السبيل لابن ضويان ٢٧٢\٢ ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١ م .

واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به)^١.

وأجيب عنه : بأن الأمر بقتل الفاعل والمفعول به ليس نصاً في العقوبة ، بل هو مؤول بالقتل سياسة من الحاكم ، أو بالقتل لمن استحل فعله .^٢

ويمكن الرد على هذا الجواب : بأن هذا تأويل لظاهر النص بغير دليل فيكون مردوداً .

القول الثاني: عقوبة اللواط كحد الزنا ، أي رجم المحصن وجلد غير المحصن . واليه ذهب الصحابان (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، والحنابلة في رواية ثانية .^٣

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

١- أن اللواط نوع من الزنا ، لأنه إيلاج فرج محرم في فرج محرم ، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان)^٤ ، فيكون اللواط داخلاً في عموم النصوص الشرعية المقررة لحد الزنا وبأخذ حكمه ، وهو الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن .^٥

وأجيب عن ذلك : بأن النصوص الشرعية الواردة بقتل الفاعل والمفعول به مخصصة لعموم نصوص الزنا .^٦

^١ رواه أبو داود في ك الحدود ، باب في من عمل عمل قوم لوط ١٥٨/٤ ، والترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي ٥٧٤ ، وابن ماجة في ك الحدود ، باب من عمل عمل قوم لوط ٨٥٦ /٢ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار الفكر بيروت د ت ، والحاكم في ك الحدود ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ٣٩٥/٤ " .

^٢ ينظر : الهداية والعناية بهامش شرح فتح القدير ٢٦٣/٥ .

^٣ ينظر : الهداية والعناية ٢٦٢/٥ ، بدائع الصنائع ٤٨٧/٥ ، روضة الطالبين ٣١٥/٧ ، مغني المحتاج ٤٥٧/٥ ، المغني لابن قدامة ٢٢٠/١٢ ، منار السبيل ٢٧٢/٢ .

^٤ رواه البيهقي في سننه الكبرى ك الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي ٢٣٣/٨ ،

^٥ ينظر : المغني لابن قدامة ٢٢٠ /١٢ ، نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

^٦ ينظر : نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

٢- قياس اللواط على الزنا بجامع كونهما إيلاج فرج محرم في فرج محرم لا ملك فيه ولا شبهة ملك، فيكون اللواط زناً موجباً للحد كالإيلاج في فرج المرأة .^١

وأجيب عن ذلك : بأن هذا القياس فاسد الاعتبار؛ لمصادمته النص الشرعي الوارد بقتل الفاعل والمفعول به .^٢

هذا ويجدر التنويه إلي : أن الصاحبين قد ألحقا اللواط بالزنا في الحكم بدلالة النص لا بالقياس ؛ لأن السادة الحنفية يمنعون القياس في الحدود .

قال الكاساني : " فورود النص بإيجاب الحد هناك - أي الزنا - يكون وروداً ههنا - أي اللواط - دلالة . " .^٣

وجه استدلالهما بدلالة النص: أنه يفهم لغة من النصوص الشرعية الموجبة لحد الزنا كون علته قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم مشتهى ، وهذه العلة متحققة في اللواط ، بل هي أقوى وأشد فيه من الزنا من جهتين :

الأولى : أن سفح الماء في اللواط إهدار للنسل بالكلية ، لعدم صلاحية المحل _ أي الدبر _ له أصلاً.

والثانية : أن حرمة محل اللواط أبلغ وأشد من حرمة الزنا ؛ لأنها لا تزول أبداً ولا تنكشف بأي سبب مبيح ، بينما يمكن زوال حرمة محل الزنا وانكشافها بسبب مبيح وهو الزواج .^١

^١ ينظر المغني لابن قدامة ٢٢٠/١٢ شرح منتهي الإيرادات ٢١٢/٤ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م ، نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

^٢ ينظر : نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

^٣ بدائع الصنائع ٥ / ٤٨٧ .

وأجيب عن ذلك : بأننا لا نسلم أن علة وجوب حد الزنا مجرد قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم فقط - كما قرر الصحابان - حتى يقال بثبوت حد الزنا في اللواط بدلالة النص لتوافر علته فيه ؛ لأن علة وجوب حد الزنا - كما قرر الإمام أبو حنيفة - إنما هي قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم على وجه يؤدي إلى إهلاك النسل حكماً وإفساد الفراش واشتباه النسب ، وهي غير متحققة في اللواط .

أما إهلاك النسل حكماً : فلأن ولد الزنا يضيع في الحياة لعدم ثبوت نسبه للزاني ، فيفقد بذلك النفقة والتربية فكان هالكاً حكماً . وهذا المعنى غير متحقق في اللواط ؛ لأن غايته مجرد سفح الماء في غير محل النسل ، وهو قد يباح في صورة العزل عن الزوجة بإذنها . وأما إفساد الفراش واشتباه النسب : فلأن الزنا بزوجة الغير يوجب اللعان والفرقة واشتباه النسب ، وهذا المعنى أيضاً غير متحقق في اللواط ، حيث لا يتصور كون الرجل فراشاً . فلا يتبقى من معاني علة الزنا في اللواط سوى مجرد قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم ، على أن الشهوة في الزنا أقوى لوجود دواعيها الفطرية من جانبي الرجل والمرأة ، وسفح الماء في الزنا أشد ضرراً على النسل - كما تبين - فكان الزنا أحوج إلى الزجر عنه بالحد . وإذا ثبت نقصان اللواط عن الزنا في علة وجوب الحد امتنع ثبوت حد الزنا فيه بدلالة النص .

قال الكاساني " فلم يكن - أي اللواط - في معنى الزنا ، فورود النص هناك ليس وروداً ههنا
٢ .".

^١ ينظر اصول السرخسي ٢٥٥/١ ، كشف الأسرار عن أصول البيهقي ٢٢٩/٢ ، الهداية والعناية ٢٦٣/٥ ، شرح فتح القدير ٢٦٤/٥ .

^٢ بدائع الصنائع ٤٨٨/٥ ، وينظر معه أيضاً : أصول السرخسي ٢٥٥/١ كشف الأسرار عن أصول البيهقي ٢٣٠/٢ ، الهداية والعناية ٢٦٣/٥ .

القول الثالث: عقوبة اللواط التعزير بما يراه الحاكم مناسباً للزجر ولو بالقتل لمن اعتاده . وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة .^١

واستدل عليه : بأن اللواط مغاير للزنا ؛ لأن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة ، لذا يقال : لاط فلان وما زنا ، كما يقال زنا فلان وما لاط . واختلاف الاسماء دليل اختلاف المعاني ، فلو كان اللواط زنا أو في معناه لأوجب الصحابة فيه حد الزنا ، لكنهم اجتهدوا في عقوبته واختلفوا فيها بين التحريق والإلقاء من شأق ونحو ذلك ، ومعلوم أن الاجتهاد في قدر العقوبة دليل على كونها تعزيرية ؛ حيث لا مجال للاجتهاد في الحدود لأنها لا تعرف إلا بالتوقيف .^٢

واجيب عن ذلك : بأن القول بالتعزير معارض بالنص الوارد بعقوبة القتل ، ومعارض أيضاً بعموم النصوص والقياس الموجبين لحد الزنا ، ومعلوم أنه لا يصار إلى التعزير إلا عند فقد العقوبة المنصوصة .^٣

القول الرابع : يظهر من عرض الأقوال وأدلتها ومناقشتها - والله أعلم - رجحان القول الأول بوجوب قتل الفاعل والمفعول به رجماً للمحصن وغير المحصن ، لقوة دليبه من جهة وسلامته من المعارضة من جهة أخرى .

ويضاف إلى ذلك : أن القول بثبوت حد الزنا في اللواط بالقياس يخالف النص الشرعي ، فيكون قياساً باطلاً ، ويؤيد ذلك أن الله " ﷻ " قد عذب قوم لوط بالرجم فينبغي أن يعاقب

^١ ينظر الهداية والعناية/٥/٢٦٣، شرح فتح القدير ٥/٢٦٢

^٢ ينظر : بدائع الصنائع ٥/٤٨٨ ، الهداية والعناية ٥/٢٦٣ ، شرح فتح القدير ٥/٢٦٤ .

^٣ ينظر: ينظر: نيل الاوطار ٧ / ٢٨٨ .

مرتكب هذه الفاحشة يمثل عقوبتهم في الشدة والشناعة زجراً له على فسقه وتمرده على الفطرة .^١

^١ ينظر: المغربي لابن قدامه ٢٢١/١٢، نيل الأوطار ٢٨٨/٧

المطلب الثاني

تخريج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يظهر من عرض الخلاف الفقهي في عقوبة اللواط ارتباطه بالخلاف الأصولي بين الجمهور والحنفية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن أصحاب القول الأول الذين ذهبوا إلى تقرير عقوبة القتل للفاعل والمفعول به - وهم 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) ، فكان حكمهم الفقهي بتقرير عقوبة القتل مستنداً إلى هذا النص ، ومن ثم كان قياس اللواط على الزنا في اجتهادهم فاسد الاعتبار لمصادمته النص ، وليس لعدم جواز الاحتجاج بالقياس في عقوبة الحد .

الوجه الثاني : أن أصحاب القول الثاني الذين ذهبوا إلى تقرير 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 :

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

أما صاحبان من الحنفية - وهم المانعون لحجية القياس في العقوبات المقدرة - فاستدلوا بدلالة النص على إحقاق اللواط بالزنا في الحد ، فانتهوا إلى نفس الحكم الفقهي للشافعية والحنابلة لكن بطريق آخر غير القياس وهو دلالة النص .

مناقشة استدلال صاحبين 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 مسكوت عنها وهي هنا اللواط تكون مساوية للحالة المنصوصة في العلة التي تدرك بمجرد معرفة اللغة دون اجتهاد وتأمل.

وبناءً على ذلك : قرر صاحبان 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 .

ويمكن مناقشة ذلك بما يأتي :

١- أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يدركوا علة وجوب الزنا مع معرفتهم باللغة ، بل هم العرب الخالص أهل اللسان والسليقة السليمة وأصحاب المدارك الفقهية القوية ، فلو كانت العلة لغوية لأدركوها وألحقوا 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 .^١

^١ ينظر في هذا المعنى : مفاتيح الغيب للإمام الرازي ١١٥/٢٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م الباب في علوم الكتاب لابن عادل ٢٧٩/١٤ تح / عادل عبد الموجود وعلي معوض ط / دار الكتب العلمية بيروت ط اولى ١٤١٩ هـ ١٩٨٠ م ، شرح فتح القدير ٢٦٤/٥ .

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

وإذا ثبت 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 ألحق اللواط بالزنا في وجوب الحد لعله اجتهادية كانت مثار خلاف بين الصحابة ثم كبار أئمة الفقه في تحديدها.

ومن ثم يكون اجتهاد الصحابين في هذا الفرع الفقهي خروجاً من السادة الحنفية عن قاعدتهم الأصولية الفاضية بمنع القياس في العقوبات المقدرة.

الوجه الثالث:

أما القول الثالث في المسألة - وهو للإمام أبي حنيفة- فقد 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.

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

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

المبحث الثاني

عقوبة الردء في الحرابة

المطلب الاول

أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد بالحرابة أو قطع الطريق : الخروج لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث .^١

ويقصد بالردء هنا : المساهم في تلك الجريمة بطريق المساعدة بإعانة 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 .^٢

هذا وقد اتفق الفقهاء على وجوب حد الحرابة على المباشر لها^٣ ، لكنهم اختلفوا في وجوب الحد على الردء كالمباشر على قولين:

^١ ينظر مغني المحتاج ٥/٥١٩ .

^٢ ينظر مغني المحتاج ٥/٥٢٢ ، كشاف القناع ٩/٣٠٥٥ .

^٣ اختلف الفقهاء في عقوبة حد الحرابة : فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنها على الترتيب بحسب الجريمة التي يرتكبها المحاربون على التفصيل التالي:

القول الاول : وجوب حد الحرابة على الردء كالمباشر . واليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة .^١

وبناءً عليه : يثبت حكم القتل في الجماعة إذا قتل أحدهم وكان الباقر رداءً له كما لو باشروا جميعاً القتل .^٢

أدلة هذا القول :

استدل أصحابه على وجوب حد الحرابة على الردء كالمباشر بالقياس من وجهين :

الاول : قياس الردء في الحرابة على الردء في الجهاد بجامع حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة في كل بين المباشر والردء ، فكما يستوي الردء والمباشر من المجاهدين في استحقاق الغنيمة فكذا الردء والمباشر من المحاربين يستويان في حد الحرابة .^٣

إن قتلوا فقط قتلوا ، وإن أخذوا المال فقط قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا عند الشافعية والحنابلة ، وعند الحنفية يخير الإمام بين قطع أيديهم وأرجلهم ثم قتلهم أو صلبهم دون قطع في قول الإمام أبي حنيفة ، وقاتلوا فقط في قول الصحابين ، وإن أخافوا السبيل فقط فلم يقتلوا ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض .
وذهب المالكية والظاهرية إلى أن عقوبة الحرابة على التخبير بين العقوبات المنصوص عليها في آية الحرابة ، ويجتهد الإمام أو نائبه في اختيار ما يحقق المصلحة منها ، لكن استثنى المالكية حالة القتل فلا يخير الإمام فيهم بالقطع والنفي ؛ لأن عقوبة القتل شرعاً قصاص فلا يصح العقاب عليه بالقطع أو النفي ، وإنما يخير فقط بين القتل والقتل مع الصلب .
ينظر : بدائع الصنائع ٥١/٦ ، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤٢٢/٥-٤٢٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٥٠/٤ ، شرح كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٣١٩/٢ ط ، دار الفكر بيروت ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م ، روضة الطالبين ٣٦٩/٧-٣٧٠ ، مغني المحتاج ٥٢٠/٥-٥٢٢ ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني ص ٧٢ ط / المكتبة التوفيقية بالقاهرة ، المغني لابن قدامة ٤١١/١٢-٤١٩ ، كشف القناع ٣٠٥٤/٩ .

^١ ينظر : بدائع الصنائع ٤٧/٦ ، الهداية وشرح فتح القدير ٤٢٧/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٥٠/٤ ، شرح كفاية الطالب الرباني ٣١٩/٢ ، المغني لابن قدامة ٤٢٥/١٢ ، كشف القناع ٣٠٥٥/٩ .
^٢ ينظر : المغني لابن قدامة ٤٢٥/١٢ .

^٣ قال ابن قدامة " ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمة ، لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة ، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء . " المغني ٤٢٥/١٢ . وينظر في معناه : الهداية وشرح فتح القدير ٤٢٧/٥ ، كشف القناع ٣٠٥٥/٩ .

الثاني : قياس الردء في الحرابة على الردء في السرقة بجامع حصول الجريمة في كلٍ بفعلهما ،
فكما يجب قطع الردء في السرقة يجب حد الحرابه على الردء .^١

القول الثاني: عدم وجوب حد الحرابة على الردء ، بل يكتفى فيه بالتعزير . وإليه ذهب
الشافعية في الأصح .^٢

وبناءً 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 الردء بالقياس على الزنا
بجامع كون الحرابة والزنا معصية تستوجب الحد ، فكما لا يقام حد الزنا على المعين ؛ لأنه لم
يباشر الجريمة ، فكذا الردء في الحرابة .^٣

وأجيب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمعاضدة والمناصرة ، فلا
تحصل من المباشر إلا بقوة الردء بخلاف الزنا .^٤

الترجيح الفقهي :

^١ قال الكاساني : " لأن القطع يحصل بالكل كما في السرقة ، ولأن هذا من عادة القطاع ، أعني المباشرة من البعض
والإعانة من البعض " بدائع الصنائع ٤٧/٦ .


^٢ قال الإمام النووي : "....، والثاني يغربه بنفيه إلى حيث يرى . قلت الأصح أنه إلى رأي الإمام وما اقتضته
المصلحة . " روضة الطالبين ٣٧١/٧ ، وينظر معه : مغني المحتاج ٤٢٢/٥ .

^٣ ينظر روضة الطالبين ٣٧١/٧ ، الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٤/٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٩٩٤
م .

^٤ ينظر المغني لابن قدامه ٤٢٥/١٢ .

يظهر من عرض الخلاف الفقهي وأدلته رجحان قول الجمهور بكون حكم الردء حكم المباشر في وجوب حد الحرابة ، وذلك لقوة أدلته وضعف دليل القول الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أن لفعل الردء عظيم الأثر في قيام الركن المادي لجريمة الحرابة ، كأن يمنع وصول الغوث إلى مسرح الجريمة ، فهو إذا ساهم بالمساعدة ، فلو لم يلحق بالمباشر في وجوب الحد لكان ذلك ذريعة إلى شيوع تلك الجريمة التي هي أعظم خطراً على المجتمع من سائر جرائم الحدود والقصاص ، لما يترتب عليها من ضياع النفس والمال المقصود حفظهما شرعاً وشيوع الخوف في المجتمع ، بل اضطراب الحياة في شتى نواحيها ، وذلك منافٍ لمقصد الشارع الحكيم من الحدود عامةً ومن حد الحرابة خاصةً.

قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " وهذا - أي قول الجمهور - هو المأثور عن الخلفاء الراشدين ، فإن عمر بن الخطاب قتل ربيثة المحاربين ، والربيثة :  هو الناظر الذي يجلس على مكان عالٍ ينظر فيه لهم من يجيء ؛ ولأن المباشر إنما تمكن من فعله بقوة الردء ومعونته ، والطائفة إذا انتصر بعضها ببعض حتى صاروا ممتنعين فهم مشتركون في الثواب والعقاب كالمجاهدين . " .^١

^١ السياسة الشرعية لابن تيمية ٦٨ ط دار ط / دار المعرفة بيروت . د ت .