

القياس في مسائل التجريم والجزاء

"نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام"

Analogy in Criminal and Penal Matters

"A look at the reality of analogy and its role in devising rules"

د. مصطفى إبراهيم العربي خالـد⁽¹⁾

أستاذ مشارك بقسم القانون الجنائي بكلية القانون

جامعة المرقب - الخمس (ليبيا)

mialarabi@elmergib.edu.ly

تاريخ النشر
05 أبريل 2020

تاريخ القبول:
26 مارس 2020

تاريخ الارسال:
23 مارس 2020

الملخص:

تبحث هذه الورقة في موضوع القياس باعتباره طريقاً من طرق معرفة الأحكام، وتحاول الإجابة عن هذا التساؤل، وهو إلى أي مدى يمكن القول بإعمال القياس في مسائل التجريم والجزاء في الحالات التي يُفضل فيها المشرع معالجة الوقائع الضارة بمصالح المجتمع؟ وقد استهدفت الورقة تحقيق بعض الأهداف، من أهمها: إبراز دور القياس في مسائل التجريم والجزاء في الشريعة الإسلامية والتقنيات الوضعية والحاجة إليه. وقد تطلبت معالجة الموضوع تقسيمه إلى مطلبين، خُصص الأول لتحديد مفهوم القياس، وبيان حجتيه في استنباط الأحكام عموماً، وخُصص الآخر لبحث مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التجريم والجزاء. وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج في ختام البحث، تمثل أبرزها في الإشارة إلى الحاجة إلى إعمال القياس في مسائل التجريم والجزاء؛ بالنظر إلى تسارع الأحداث وبطء المعالجة التشريعية لأكثرها. ولهذا أوصى بضرورة منح القاضي مساحة من الحرية في إعمال القياس في القضايا التي تُشكل فيها أنماط السلوك اعتداءً على حقوق الأفراد وحياتهم، دون تلك الأنماط التي تشكل اعتداءً على الحقوق المتعلقة بأنظمة الحكم؛ منعاً للاستبداد أو التحكم.

الكلمات المفتاحية: القياس - الاجتهاد - الرأي - التفسير الموسع - الحدود والقصاص - الجرائم

التعزيرية.

Abstract:

This paper examines the topic of analogy as one of the ways to know the rules, and it tried to answer this question, "To what extent can we say the work of analogy in criminalization and penal matters in cases where the legislator does not overlook the facts that harm the interests of society? The paper is divided into two sections, the first was devoted to clarify the concept of analogy, and explaining its authenticity in eliciting rules in general, and the other was devoted to examining the permissibility of analogy in matters of criminalization and punishment. The researcher reached a set of results at the conclusion, the most prominent was indicating to the need to implement analogy in criminal and penal matters, given the acceleration of events and the slow legislative treatment of most of them. That is why he recommended that the judge should be given a space of freedom to perform analogy in cases in which patterns of behavior constitute an attack on the rights and freedoms of individuals, without those patterns that constitute an attack on the rights of regimes or governments, in order to prevent tyranny or control.

key words: A nalogy - Diligence - Opinion - Expanded Interpretation - Hudud and Qisas - Taazir Crimes.

⁽¹⁾ المؤلف المرسل: د. مصطفى إبراهيم العربي خالـد - Email: mustafakhaled68@gmail.com

مقدمة:

الحمد لله وكفى، وسلاماً على عباده الذين اصطفى، وبعد؛ فإن الله قد خلق الإنسان وكرمه على سائر مخلوقاته بالعقل، وحتى يكون هذا العقل مناط الفهم والتكليف فطره على التسوية في الحكم بين المتماثلين وإنكار التفريق بينهما، والتفريق في الحكم بين المختلفين وإنكار الجمع بينهما، وجعل من بين أساليب الإرشاد إلى ذاته وأحكامه أسلوب ضرب المثل في القرآن التي تتضمن تشبيه الشيء بنظيره والتسوية بينهما في الحكم⁽¹⁾، وفي هذا يقول المولى - عز وجل - ﴿وَتِلْكَ الْأَمْثَالُ لَضَرِبِهَا لِلنَّاسِ ۖ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالِمُونَ﴾ [سورة العنكبوت، الآية 43]. ويجسد ابن قيم الجوزية هذه الحقيقة فيقول: "وقد فطر الله - سبحانه - عباده على أن حكم التظهير حكم نظيره، وحكم الشيء حكم مثله، وعلى إنكار التفريق بين المتماثلين، وعلى إنكار الجمع بين المختلفين، والعقل والميزان الذي أنزله الله شرعاً وقدرأً يأبى ذلك"⁽²⁾. وهو بذلك يشير إلى أهمية أعمال القياس في استنباط الأحكام.

ويقول الشافعي - رحمه الله - في ذلك أيضاً: "كل ما نزل بمسلم، ففيه حكم لازم، وعليه إذا كان بعينه أثباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق بالاجتهاد، والاجتهاد هو القياس"⁽³⁾. فالحكم الشرعي في نظره يُعرف إما بالنص، وهو ما عبّر عنه بقوله: "الحق فيه بعينه"، وإما بتحرير معاني النص ومقاصده والإلحاق به، وذلك هو القياس⁽⁴⁾.

وقد ورد الكثير من الآيات الكريمة في القرآن الكريم تحت على أعمال العقل لاستنباط الحكم، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ ۖ وَكَوَرُودُهُ إِلَى الرَّسُولِ وَالْأُولَى الْأَمْرُ مِنْهُمْ لَعَلَّهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۖ وَكُونُوا فَعْلًا لِّلَّهِ عَلَيْهِ وَرَحْمَتُهُ لَتَأْتِعُنَّ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية 83]؛ أي لو ردوا ذلك الأمر إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - وإلى أهل العلم والفقه ولم يحدثوا به ويفشوه حتى يكون الرسول - صلى الله عليه وسلم - هو الذي يحدث به ويفشيه، أو أولوا الأمر منهم وهم أهل العلم؛ لعلمه الذين يستنبطونه منهم؛ أي يستخرجونه؛ أي تعلموا ما ينبغي أن يفشى وما ينبغي أن يكتم⁽⁵⁾. تلك إشارات إلى أهمية القياس في استنباط الأحكام، وهي دافع قوي للباحث في كشف اللثام عما وقع بشأنه من خلاف في فقه الشريعة الإسلامية وفقه القانون الوضعي.

أهمية البحث:

يتعلق هذا البحث بمسألة مهمة من مسائل التجريم والجزاء، ألا وهي مسألة تحقيق التوازن بين المحافظة على حقوق الأفراد وحرّياتهم؛ التزاماً بمبدأ المشروعية الجنائية، والمحافظة على حقوق المجتمع في ملاحقة المذنبين وإنزال الجزاء الرادع بهم، ومدى إمكانية

إعمال تلك الملاحقة في الحالات التي تشكل فيها بعض الأفعال خطراً حقيقياً على تلك حقوق (حقوق المجتمع)، رغم عدم وجود نص يقرّر جزاءً محدداً على تلك الأفعال.

ولهذا يفترض أن يُبذل المزيد من الجهود لبحث هذا المسألة وتبسيط الضوء عليها، وهو ما ابتغاه الباحث في هذه الورقة.

الدراسات السابقة حول الموضوع:

إضافة إلى ما تشكّله كتب ومصادر الفقه الإسلامي حول موضوع القياس وجزئياته من دخر ينهل منه كل من يريد التبحر في بحث هذا الموضوع، فهناك بعض المحاولات الجادة والمتخصصة حول دراسة بعض جزئياته من الناحية القانونية، والتي استفاد منها الباحث في إنجاز هذا العمل. ومن ذلك يذكر:

• د. هاشم محمد أحمد، م. م. محمد ذياب سطات، دور العرف والقياس في التكييف القانوني للوقائع الإجرامية، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، س3، ع2، ج1، 2018م. وقد كان من بين أهداف هذا البحث توضيح دور العرف والقياس في مجال القواعد الجنائية الإيجابية المتمثلة في التجريم والعقاب، والسلبية المتمثلة في الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية.

• المستشار سالم رمضان الموسوي، القياس في القانون الجنائي، تعليق على قرار قضائي، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية. وفيه أشار الباحث إلى حكم من أحكام القضاء العالي العراقي الفريد حول إعمال القضاء للقياس في مسائل التجريم والجزاء.

• صالحة ناصر محمد عسيري، إثبات الحدود والكفارات والرخص بالقياس، رسالة ماجستير، جامعة الملك خالد، السعودية، 2010م. وقد استهدفت الباحثة من خلال دراستها هذه بيان آراء العلماء حول جواز جريان القياس في الحدود والكفارات والرخص، وتوضيح الرأي الرائج الذي تؤيده الأدلة، مع ذكر الأمثلة والآثار المترتبة على إثبات الحدود والكفارات والرخص بالقياس.

ولعل من بين ما اختلفت فيه الدراسة التي يجريها الباحث عن هذه الدراسات هو محاولة معالجة الموضوع بشكل أشمل وأعمق؛ للوصول إلى إبراز دور القياس في مسائل التجريم والجزاء في الشريعة الإسلامية والتقنين الوضعي، ومدى إمكانية اللجوء إليه لسد الفراغ التشريعي في النصوص المتعلقة بتلك المسائل، مع التركيز على التقنين الليبي باعتباره من التقنيات التي تحاول بشكل جدي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الحدود والقصاص، عن طريق إصدار تشريعات خاصة تستهدف تقنين الأحكام العامة وبعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالحدود والقصاص في الفقه الإسلامي، والإحالة في شأن الأحكام التفصيلية

القياس في مسائل التّجريم والجزاء: نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام

الأخرى إلى المذاهب الفقهيّة المعتبرة؛ ليطبّق القضاء المشهور من أيسر آرائها في المسائل التي أغفل المشرّع معالجتها في تلك التّقنيات.

إشكاليّة البحث:

لا شكّ في أن ممّا هو مُقرّر أن مسألة التّجريم والجزاء محكومة بمبادئ شهيرة، تهدف في الأساس إلى المحافظة على حقوق الأفراد وحرّياتهم ضدّ تعسف السّلطات الثلاث في الدولة، وعلى رأس هذه المبادئ مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنصّ، ذلك المبدأ الذي قرّرتّه الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً، وأكّدت عليه التشريعات المختلفة بنصوص صدّرت بها دساتيرها وقوانينها الجنائيّة الأساسيّة؛ إبرازاً لأهمّيّته في المحافظة على تلك الحقوق والحرّيات. ولا شكّ أيضاً أن من مفترضات تطبيق هذا المبدأ أن يلتزم القاضي بالنصوص الجنائيّة المحدّدة مسبقاً من قبل المشرّع؛ فلا يجرّم فعلاً ولا يستحدث عقاباً على فعلٍ إلاّ إذا وُجد نصّ يُجرّم ويُعاقب على هذا الفعل قبل حدوثه.

هذه حقيقة لا أحد ينكر أهمّيّتها وشهرتها، غير أن هناك حقيقة أخرى لا تقلّ في أهمّيّتها وشهرتها عنها، وهي لا تنفكّ تلاحق المشرّع مهما أفلح وأسرع في إصدار النّصوص لمواجهة الظّواهر الإجرامية؛ ألا وهي حقيقة أن النصوص متناهيّة والأحداث غير متناهيّة.

ولهذا يُطرح التّساؤل حول مدى إمكانيّة اللّجوء إلى القياس لسدّ ما يعتري ساحة مكافحة الإجرام من قصور؛ بسبب تسارع وتلاحق الأحداث المشابهة في علّة التّجريم لما نصّ على حكمه منها ولم يُنصّ على غيره بسبب خلوّ الذّهن من تصوّر حدوثه. فالى أيّ مدى يمكن القول بإعمال القياس في مثل هذه الحالات؛ للمحافظة على حقوق المجتمع؟

تساؤلات البحث:

من الأسئلة التي يمكن أن تُطرح حول موضوع القياس، والتي تحاول هذه الدّراسة إيجاد إجابة عنها:

- ما هي حقيقة القياس؟ وما أنواعه؟ وما شروطه؟
- ما الفرق بين القياس والاجتهاد، والقياس والرأي؟
- هل هناك اختلاف فعلاً بين القياس وبين ما اصطلاح الفقه بتسميته بالتفسير الموسّع أو الغائي؟
- هل بالإمكان إعمال القياس في الحدود والقصاص والتّعازير في الشريعة الإسلاميّة والتّقنيات الوضعيّة؟

أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلال هذه الدّراسة إلى تحقيق بعض الغايات، لعلّ من أهمّها:

- إبراز دور القياس في تكملة النقص الذي قد يعتري نصوص التجريم والجزاء في بعض الأحيان من الناحية التشريعية.
- إبراز دور القضاء في تكريس العمل بالقياس.
- الإسهام في تسليط الضوء على الجانب المخفي لموضوع القياس؛ باعتباره من الموضوعات التي تُدرّس على عجل ضمن مقررات كليات القانون دون أن تنال حظها الوافر من البحث والتدقيق، لا سيما وأنه من الموضوعات القانونية ذات الصبغة المزدوجة التي تجمع بين موقف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء من قضية اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء.

منهج البحث:

سيعتمد الباحث المنهج التحليلي النقدي في خوض غمار هذا الموضوع؛ باعتباره يقوم على تحليل الآراء والنصوص وتقييمها.

خطة البحث:

ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مطلبين، يُخصّص الأول لتحديد مفهوم القياس، وبيان حجّيته في استنباط الأحكام عموماً، ويُخصّص الآخر لبحث مدى جواز العمل به في مسائل التجريم والجزاء.

المطلب الأول: مفهوم القياس وحجّيته في استنباط الأحكام عموماً

سيُقسّم هذا المطلب إلى فرعين، يُخصّص أولهما لتحديد مفهوم القياس، ويُخصّص الآخر لبيان حجّيته في استنباط الأحكام عموماً.

الفرع الأول: مفهوم القياس

يقتضي تحديد مفهوم القياس تعريفه وبيان أقسامه وتمييزه عن غيره. وعلى هذا فإنّ هذا الفرع سيُقسّم إلى ثلاث فقرات، تُخصّص الأولى لتعريف القياس، وتُخصّص الثانية لبيان أقسامه، وتُخصّص الأخيرة لتمييزه عن غيره من المصطلحات.

أولاً - تعريف القياس:

يُعرّف القياس لغةً بأنه التقدير؛ فيُقال: قاس الشيء بقيسه قياساً وقياساً، واقتاسه وقيّسه إذا قدره على مثله⁽⁶⁾.

ويُعرّف اصطلاحاً بأنه: "تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلّة"⁽⁷⁾، ويُعرّف أيضاً بأنه: "إلحاق معلوم بمعلوم في حكمه؛ مساواة الأول للثاني في علّة الحكم"⁽⁸⁾، ويُعرّف كذلك بأنه: "قول

مُؤَوَّلٌ عن قضايا إذا سلمت لزم عنها لذاتها قولٌ آخر، نحو: العالم متغيِّرٌ، وكلّ متغيِّرٍ حادثٌ، فإنه قولٌ مركَّبٌ من قضيتين إذا سلمتا لزم عنهما لذاتهما: العالم حادثٌ⁽⁹⁾.

ولا تخرج التعريفات في فقه القانون لمصطلح القياس عن هذه التعريفات؛ فهو في نظر فقهاء القانون أيضاً: "إلحاق واقعة غير منصوص على حكمها بواقعة أخرى منصوص على حكمها؛ لاشتراك الواقعتين في علّة الحكم؛ إذ الحكم يتبع علّته وجوداً وعدمًا"⁽¹⁰⁾.

ومن هذه التعريفات جميعاً يُمكن استنباط أركان القياس، وهي أربعة: الأصل وهو المقيس عليه، والفرع وهو المقيس؛ أي المراد إلحاقه بالأصل في الحكم، والحكم وهو الوصف المراد من القياس، والعلّة وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع⁽¹¹⁾. وتتجلى هذه الأركان - على سبيل المثال - في قوله تعالى: ﴿وَرَبُّكَ الْغَنِيُّ ذُو الرَّحْمَةِ إِنْ يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَسْتَخْلِفْ مِنْ بَعْدِكُمْ مَا يَشَاءُ كَمَا أَتَشَأْكُمْ مِنْ ذُرِّيَّةٍ قَوْمٍ آخَرِينَ﴾. [سورة الأنعام، الآية 133]، في الأصل وهو من كان من قبل، والفرع وهم المخاطبون بهذه الآية، وعلّة الحكم وهي عموم مشيئة الله وكما لها، والحكم وهو المتمثل في إذهاب المولى للمُخاطَبين بالآية وإتيانه بغيرهم⁽¹²⁾.

ثانياً - أقسام القياس:

ينقسم القياس إلى أنواع متعدّدة، وذلك بالنظر إلى اعتبارات عدّة؛ لعلّ من أبرزها: تقسيمه إلى جليّ وخفيّ بالنظر إلى قوّته وضعفه، وتقسيمه إلى قياس علّة وقياس دلالة وقياس شبه بالنظر إلى علّته⁽¹³⁾، وتقسيمه إلى قطعيّ وظنيّ بالنظر إلى إدراك المجتهد لعلّة الحكم من عدمه.

أ- القياس الجليّ والقياس الخفيّ:

القياس الجليّ هو ما علّم من غير معاناً وفكر⁽¹⁴⁾، أو هو ما قُطع فيه بنفي الفارق المؤثّر أو كانت العلّة فيه منصوصاً أو مجمعاً عليها⁽¹⁵⁾. وعُرف أيضاً بأنه: "القياس الذي تكون فيه العلّة في الحالة غير المنصوص عليها موجودةً بدرجة أكبر أو بصورة أوضح ممّا هي عليه في الحالة المنصوص عليها"⁽¹⁶⁾. والخفيّ ما لا يُعلم إلا بإعمال فكر⁽¹⁷⁾، أو هو ما لم يُقطع فيه بنفي الفارق ولم تكن علّته منصوصاً أو مجمعاً عليها⁽¹⁸⁾.

ومن أمثلة الأول قياس إحراق مال اليتيم وإغراقه على أكله في الحرمة الثابتة في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [سورة النساء، الآية 10]⁽¹⁹⁾، وقياس تحريم ضرب وشم الوالدين على تحريم التأفيف لهما الثابت في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ﴾ [سورة الإسراء، الآية 23]⁽²⁰⁾؛ فتحريم أكل مال اليتامى والتأفيف للوالدين أمورٌ معلومةٌ بالبديهة، وتحريم إحراق وإغراق أموال اليتامى وضرب الوالدين وشمهما أمورٌ معلومةٌ قياساً دون عناء.

ومن أمثلة الثاني قياس القتل بالمثل (كالأحجار والعصي) على القتل بالمحدد (ما يقطع ويدخل في البدن، كالسيف والرمح والخنجر) في وجوب القصاص⁽²¹⁾.

ومن صور القياس الجلي ما يُعرف بقياس الأولى أو المضموم الأولي، وهو ما كان المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق⁽²²⁾. ومن أمثلته في الفقه الإسلامي ما ذكر أعلاه، ومن أمثلته في فقه القانون تطبيق النص الخاص بالقتل حفظاً للعرض وهو نص المادة 375 عقوبات ليبي على ما هو دون القتل العمد، كالضرب المفضي للموت، إذا قصد الضارب - عند مضاجأته بمشاهدته إحدى المذكورات في النص (الزوجة أو البنت أو الأخت أو الأم) في حالة التلبس بالزنى أو الجماع غير المشروع - مجرد الضرب أو الجرح ولكن الفعل أفضى للموت؛ إذ التخفيف هنا أولى من التخفيف في الحالة التي يكون فيها قصد الجاني هو القتل العمد وليس مجرد الضرب⁽²³⁾.

ب- قياس العلة وقياس الدلالة وقياس الشبه:

قياس العلة هو ما صرح فيه بها؛ أي بالعلة⁽²⁴⁾، أو هو أن يُردّ الفرع إلى الأصل بالعلة التي علّق الحكم عليها في الشرع⁽²⁵⁾، أو هو أن يُحمل الفرع على الأصل بالعلة التي علّق الحكم عليها، ويُسمى أيضاً قياس المعنى⁽²⁶⁾؛ لأن كلمة "معنى" تستعمل للإشارة إلى العلة أو سبب الحكم الشرعي؛ إذ حيث ما وُجد السبب وُجد الحكم، فهي تحمل معنى العلة أو السبب⁽²⁷⁾.

ومن أمثلة هذا القياس: قياس التبيذ على الخمر في الحرمة بجامع الإسكار⁽²⁸⁾، وما ورد في قوله تعالى: ﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكْذِبِينَ﴾ [سورة آل عمران، الآية 137]؛ أي قد كان من قبل المخاطبين بأحكام هذه الآية أمم أمثالهم، فلينظروا إلى عواقبهم السيئة وليعلموا أن سبب هذه العواقب هو ما كان من تكذيبهم بآيات الله ورسوله، وهم الأصل وهؤلاء هم الفرع، والعلة الجامعة بين الفريقين هي التكذيب، والحكم هو الهلاك⁽²⁹⁾.

والقياس الجلي والقياس الخفي هما في نظر الفقه نوعان من هذا القياس؛ أي قياس العلة، والجلي هو ما عرفت علته قطعاً إما بنص أو إجماع؛ فهي التي تُعرف من غير إعمال فكر لوضوحها وجلانها على ما ذكر سابقاً، والخفي ما عرفت علته باستنباط؛ أي بإعمال فكر⁽³⁰⁾. وقد مثل الباحث لكليهما سابقاً فلا داعي لزيادة ضرب الأمثلة هنا.

وقياس الدلالة هو ما يكون الجامع فيه بين الفرع (المقيس) والأصل (المقيس عليه) لا العلة نفسها، وإنما الملازم لها. وهذا الملازم إما أن يكون وصفاً لها، وإما أن يكون أثراً من آثارها أو حكماً من أحكامها؛ أي أن الجامع بينها هو دليل العلة، لا العلة نفسها⁽³¹⁾.

ومن أمثلة الملازم للعلة حينما يكون وصفاً لها الرائحة المشتدّة من الخمر والتبيذ؛ فهي لازمة للإسكار الذي هو العلة في تحريم الخمر؛ فيأخذ التبيذ حكمها؛ لأن الوصف الملازم لعلة

التحريم في الخمر ملازمٌ للتبذير أيضاً⁽³²⁾. ومن أمثلة الملازم للعلّة حينما يكون أثراً من آثارها قياس القتل بالثقل على القتل بالمحدد في وجوب القصاص؛ بجامع الإثم في النوعين؛ لأن الإثم أثر العلّة التي هي القتل العمد بغير حق⁽³³⁾، ومن أمثلة الملازم للعلّة حينما يكون حكماً من أحكامها قياس قطع الجماعة بالواحد على قتلهم بالواحد؛ بجامع اشتراكهما في وجوب الدية على الجميع؛ إذ هذا الجامع ملازمٌ للعلّة في الأصل، وهي القتل العمد⁽³⁴⁾.

وقياس الشبه هو أن يُحمل فرعٌ على أصلٍ لا بجامع العلّة أو دلالتها، وإنما بضربٍ من ضروب الشبه بينهما يُظنُّ معه أنه يحتوي على علّةٍ جامعةٍ بينهما للحكم من غير أن يُوقف عليها⁽³⁵⁾. وعُرف أيضاً بأنه إلحاق فرعٍ بأصلٍ لكثرة إشباهه للأصل في الأوصاف من غير أن يُعتقد أن الأوصاف التي شابه الفرع بها الأصل علّةٌ حكم الأصل⁽³⁶⁾. وقيل إنه؛ أي قياس الشبه هو أن يتردّد الفرع بين أصلين متنافيين، فيُلحق بأكثرهما شَبهاً به⁽³⁷⁾.

ومن أمثلته تردّد حكم ضمان العبد المقتول بين الإنسان الحر؛ لكونه آدمياً مثله، وبين البهيمة؛ لكونه مالاً مثلاً، ولأنه أكثر شَبهاً بالمال منه بالحر؛ لكونه يُباع ويُشترى ويُورث فيُلحق به؛ أي بالمال فتُضمن قيمته وإن زادت على دية الحر⁽³⁸⁾.

واختلف الفقهاء في مدى جواز الاستناد إلى هذا النوع من القياس في استنباط الأحكام، فذهب بعضهم إلى الجواز، وذهب بعضهم إلى المنع؛ لأنه ليس بعلّة عند الله تعالى، ولا دليلاً على العلّة؛ فلا يجوز تعليق الحكم عليه⁽³⁹⁾.

ويشير جانبٌ من الفقه إلى أن هذا النوع من القياس لم يحكّه المولى - عز وجل - إلا عن المبطلين، من ذلك قوله - تعالى - إخباراً عن إخوة يوسف أنهم قالوا لما وجدوا صواع الملك في رحل أخيه: ﴿إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ﴾ [سورة يوسف، الآية 77]؛ فهم لم يجمعوا بين الفرع والأصل بعلّةٍ ولا بدليلٍ علّةٍ، وإنما ألحقوه به بمجرد الشبه بين يوسف وأخيه؛ ولهذا إذ سرق يوسف من قبل - بزعمهم - فكذلك يسرق أخوه هذا⁽⁴⁰⁾. وهذا قياسٌ مذمومٌ فاسدٌ؛ لأن الجمع فيه كان بالشبه الفارغ وبالقياس بالصورة المجردة عن العلّة المُقتضية للتساوي⁽⁴¹⁾. ولهذا السبب - ربّما - منع الفريق المشار إليه الاستناد إلى قياس الشبه لاستنباط الأحكام إضافةً إلى السبب المذكور آنفاً.

وقبل أن نختم الحديث عن هذا النوع من التقسيم للقياس لا بدّ أن نشير إلى أن هناك من الفقه من يتبنّى تقسيماً آخر له قريباً من هذا، فهم يقسمونه إلى قياس دلاليٍّ وقياس علّيٍّ وقياسٍ في معنى الأصل، والأخير هو الذي لم يُصرّح فيه بالعلّة ولا بما يدلّ عليها، وإنما جُمع فيه بين الأصل والفرع بنفي الفارق بينهما، كقياس صبّ البول في الماء على التبول فيه في المنع؛ فالجامع بين الأمرين هو عدم الفارق بين الأصل والفرع في مقصود المنع، وهو تقذير الماء

وتنجيسه، ومثاله أيضاً إلحاق الضرب بالتأفيف⁽⁴²⁾. ولهذا يُسمّونه بالقياس الجليّ أو بمفهوم الموافقة⁽⁴³⁾.

ج- القياس القطعيّ والقياس الظنّي؛

القياس القطعيّ يتوقّف على مقدّمتين أو شرطين؛ أولهما العلم بعلّة الحكم والآخر العلم بحصول مثل هذه العلّة في الفرع، فإن علمهما المجتهد علم ثبوت الحكم في الفرع، كقياس تحريم الضرب على تحريم التأفيف، فهذا من الأقيسة القطعية؛ لأننا نعلم جميعاً أنّ علّة تحريم التأفيف هي الأذى، ونعلم أيضاً أنّ العلّة ذاتها مُتحقّقة في الضرب⁽⁴⁴⁾.

والقياس الظنّيّ هو الذي تكون فيه إحدى المقدّمتين أو كليهما مظنونة، كقياس السّفرجل على البرّ في الرّبا؛ فالحكم بأنّ علّة تحريم الرّبا في البرّ هي الطّعم ليس مقطوعاً بها؛ لجواز أن تكون العلّة هي الكيل أو القوت⁽⁴⁵⁾.

ثالثاً - تمييز القياس عن غيره من المصطلحات؛

باعتبار أنّ القياس من أعمال الفكر فهناك مصطلحات هي نتاج عمل الفكر أيضاً، ويحتاج الأمر إلى تمييز بعضها عن القياس وتوضيح العلاقة بين بعضها وبين القياس، وهذه المصطلحات هي الاجتهاد والرّأي، وما يُطلق عليه في فقه القانون بالتفسير الموسّع أو الغائيّ.

أ- القياس والاجتهاد؛

ورد في كتاب الرّسالة للإمام الشافعي - رحمه الله - أن القياس والاجتهاد بمعنئ واحد؛ حيث قال: "كلّ ما نزل بمسلم، ففيه حكم لازم، وعليه إذا كان بعينه اتّباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدّلالة على سبيل الحقّ بالاجتهاد، والاجتهاد هو القياس"⁽⁴⁶⁾.

ولكنّ الاجتهاد أعمّ من القياس؛ إذ قد يكون الاجتهاد بالقياس وقد يكون بغيره؛ أي بالنّظر في العموميّات ودقائق الألفاظ وسائر طرق الأدلّة من غير القياس، ثمّ إنّ الاجتهاد لا يُطلق إلّا عن جهد النّفس واستفراغ الوُسع، ولا يُنبئ هذا عن خصوصيّ معنى القياس؛ إذ القياس قد يكون جليّاً لا يحتاج إلى استفراغ الجهد وبذل الوُسع⁽⁴⁷⁾.

وربّما كان قصد الإمام الشافعيّ المُبالغة بالتعبير بالأهمّ عن الكلّ؛ إذ القياس أهمّ مباحث الاجتهاد؛ فيكون تعبير الشافعيّ كقوله - صَلَّى الله عليه وسلّم - : "الحجّ عرفه"⁽⁴⁸⁾.

ب- القياس والرّأي؛

الرّأي لغةً؛ الاعتقاد⁽⁴⁹⁾. واصطلاحاً؛ "الإصابة في التّديب والاجتهاد واستنباط حكم النّازلة من التّصوص على طريق فقهاء الصّحابة والتّابعين؛ برّد النّظير إلى النّظير في الكتاب والسّنّة والإجماع"⁽⁵⁰⁾، وقيل هو: "اعتقاد النّفس أحد النّقيضين عن غلبة ظنّ"⁽⁵¹⁾، وقيل أيضاً هو: "استخراج حُسن العقاب"⁽⁵²⁾، وقيل كذلك هو: "إجالة الخاطر في المقدّمات التي يُرجى منها

إنتاج المطلوب⁽⁵³⁾.

ونظراً للتقارب بين القياس والرأي في المعنى الاصطلاحي فقد جرى عند البعض تسمية أصحاب القياس بأصحاب الرأي؛ وهم يعنون بذلك أن أصحاب القياس يأخذون برأيهم فيما يُشكل من الحديث أو ما لم يأت فيه حديث ولا أثر⁽⁵⁴⁾.

والحقيقة أن الرأي على ضربين: رأي محض لا يستند إلى دليل؛ وهذا مذموم لا يُعول عليه، وليس هو المقصود من التعريفات السابقة، ورأي غير مذموم وهو الذي يستند إلى النظر في أدلة الشرع من نص أو إجماع أو استدلال أو استحسان أو قياس أو غير ذلك، والقياس هو اعتبار غير المنصوص عليه بالمنصوص عليه؛ لاتحاد العلة، وعلى هذا فالرأي أعم من القياس والأخير أخص منه⁽⁵⁵⁾؛ إذ القياس أحد الأدلة التي يستند إليها الرأي ولا يختلط به.

ج- القياس والتفسير الموسع أو الغائي:

التفسير عملية ذهنية تجري على أصول المنطق، وغايته الإحاطة بمضمون القاعدة القانونية⁽⁵⁶⁾. وهو يكون موسعاً أو غائياً - في رأي الفقه - حينما يتضح للمفسر أن المضمون اللغوي لألفاظ النص جاء قاصراً - في ظاهره - عن الإحاطة بحقيقة المراد من هذا النص، فيعمد إلى مد نطاقه ليشمل أموراً أو وقائع يبدو للوهلة الأولى أنه لا يتناولها، ويُقال في هذه الحالة: إن المشرع أراد أكثر مما قال⁽⁵⁷⁾.

والتفسير الموسع بهذا المعنى لا يختلط - عند الفقه - بالقياس؛ إذ الحكم الذي يتوصل إليه عن طريق هذا التفسير هو حكم القانون المباشر في الواقعة ذاتها، على عكس الأمر في القياس؛ إذ فيه لا يجد المفسر حكماً في نصوص القانون يُعالج الواقعة مباشرة، وإنما يستعيرها حكماً ورد في شأن واقعة أخرى تتحد معها في العلة⁽⁵⁸⁾، وبمعنى آخر يقول جانب من الفقه: إن النص الذي سيُطبق على الواقعة موجود في التفسير الموسع ويمد المفسر حكمه إلى هذه الواقعة، على عكس الأمر في حالة القياس فالنص غير موجود أصلاً⁽⁵⁹⁾.

ولهذا فمن المسلم به فقهاً أن القياس محظور في مسائل التجريم والجزاء؛ لمخالفته مبدأ المشروعية، إلا أن يكون في مصلحة المتهم، فهو في هذه الحالة فقط مباح في تلك المسائل⁽⁶⁰⁾.

ويعتقد الباحث أن العلاقة بين القياس وما يُسمى بالتفسير الموسع تعريها ضبابية، فإذا أمعنا النظر في جوهر نوعي التفسير قد لا نجد فرقاً بينهما ببرر حظر التفسير بالقياس وإجازة نظيره؛ إذ سيتبين أن الجوهر واحد وإن اختلفت التسمية. ولتوضيح ذلك من المفيد طرح التساؤل الآتي: هل المقصود من عدم وجود النص في التفسير بطريق القياس ذلك النص الذي سيُطبق على الواقعة غير المنصوص على حكمها، أو النص الذي سيُطبق على الواقعة المقصودة أصلاً به؛ أي بالنص؟

لا شك أن الإجابة عن هذا السؤال ستكون الأولى؛ أي أن النص المفقود هو النص الذي سينطبق على الواقعة غير المقصودة، وهذا أمر منطقي، ولأفلم نعد بحاجة للحديث بالكليّة عن نوعي التفسير (التفسير بطريق القياس والتفسير الموسّع أو الغائي) في أعمال النص؛ لأن الواقعة منصوص على حكمها فلا مبرر للاجتهاد واستفراغ الجهد.

وإذا اتفقنا على ذلك فالنتيجة لا محالة هي تلاشي الفرق المزعوم بين القياس والتفسير الموسّع؛ لأن النص المفقود في باب القياس مفقود أيضاً في باب التفسير الموسّع؛ لأننا في كل الأحوال نبحث عن مدى انطباق النص الموجود على الواقعة التي بين أيدينا، والتي لم يتناولها هذا النص بوضوح كما تناول الواقعة المقصودة أصلاً به، وديدنا في ذلك هو دائماً البحث عن العلة أو الغاية من التجريم في النص ومحاولة إيجادها في الواقعة المعروضة، فإذا وجدناها طبقاً للنص الذي بين أيدينا عليها؛ لاتحاد العلة كما نقول دائماً، وإذا لم نجدها امتنعنا عن تطبيقه عليها؛ لاختلاف تلك العلة. ولهذا يصبح الفارق بين القياس وما يُسمى بالتفسير الموسّع منعداً أو شبه منعدم؛ فالجوهر في الحالتين واحد وإن اختلفت التسمية كما تمت الإشارة⁽⁶¹⁾.

ذلك هو تعريف القياس وبيات أهم تقسيماته وتمييزه عن غيره من المصطلحات، وننتقل الآن لبيان حجّيته في استنباط الأحكام.

الفرع الثاني: حجّية القياس في استنباط الأحكام عموماً

اختلف الفقهاء في حجّية العمل بالقياس في استنباط الأحكام عموماً؛ فذهب الجمهور إلى أنه حجة، وخالفهم في ذلك أهل الظاهر والشيعة والمعتزلة. فهو عندهم ليس بطريق لاستنباط الأحكام، بل إن الشرع - في زعمهم - قد منعه⁽⁶²⁾. وفيما يلي عرض لوجهة نظر الجمهور في المسألة مع عرض لحجج المخالفين فيها.

أولاً - حجّية القياس عند الجمهور:

اتفقت كلمة الأئمة من الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء على أن القياس أصل من أصول الدين، وطريق لمعرفة الأحكام، ودليل من أدلتها من جهة الشرع⁽⁶³⁾. وفيه قال الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - : "لا يستغني أحد عن القياس"⁽⁶⁴⁾. واستدل الجمهور في ذلك بالقرآن والسنة والإجماع والعقل. غير أن قولهم بأن القياس حجة في استنباط الأحكام لا يعني أن يلجأ إليه مطلقاً دون قيد أو شرط، وإنما لابد من الالتزام بجملة من الشروط أو الضوابط التي من شأنها أن تنأى به عن الجيد عن أصول الاجتهاد في استنباط الأحكام، ولتجعله أقرب إلى إصابة الحق من الزيغ عنه.

وفيما يلي عرض لأدلة الجمهور في القول بحجّية القياس، وبيان لبعض شروط العمل به

عندهم.

أ- أدلة الجمهور في القول بحجية القياس:

استند الجمهور - كما سبقت الإشارة - للقول بحجية القياس في استنباط الأحكام إلى أدلة من القرآن والسنة والإجماع والعقل، فأما الأدلة من القرآن فقد ورد الكثير من الآيات التي تدل على وجوب العمل بالقياس، من ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ ۚ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا ۚ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا ۚ وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ ۚ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾ [سورة الحشر، الآية 2]؛ أي قيسوا أنفسكم بيهود بني النضير الذين ذكرهم الله في الآية وبين ما حاق بهم من العذاب حين كفروا، واعلموا أنه سينزل بكم ما نزل بهم من العذاب إن فعلتم مثلهم؛ لأنكم أناس مثلهم، وهذا يدل على أن سنة الله في الكون أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها، وما القياس إلا سير على السنن الإلهي، وترتيب للمسبب على سببه، وهذا ما يدل عليه قول المولى - عز وجل - ﴿فَاعْتَبِرُوا﴾؛ إذ من معاني الاعتبار رد الشيء إلى نظيره والانتقال والمجاورة⁽⁶⁵⁾.

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِمَّا قَتَلْتُمْ مِنَ النَّعَمِ﴾ [سورة المائدة، الآية 95]، فهذا تمثيل الشيء بعده ومثله وشبهه ونظيره، وهو نفس القياس عند الفقهاء⁽⁶⁶⁾.

وأما الأدلة من السنة النبوية المظهرة فقد استند الجمهور إلى خبر معاذ بن جبل المشهور لما بعثه رسول الله - ﷺ - إلى اليمن؛ حيث روي عن الحارث بن عمرو أخي المغيرة بن شعبة، عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ أن رسول الله - ﷺ - سأله قائلاً: "كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله - ﷺ - قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله - ﷺ - صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله"⁽⁶⁷⁾.

والمراد من قول معاذ "أجتهد رأيي" هو الاجتهاد في رد القضية من طريق القياس إلى معنى الكتاب والسنة، وليس الرأي الذي قد يبرز له لهوى في نفسه أو لخطر يخطر بباله من غير أصل من الكتاب أو السنة، وفي هذا إثبات القياس وإيجاب الحكم به كما يشير إلى ذلك الفقه⁽⁶⁸⁾.

كما استند الجمهور أيضاً إلى ما روي عن رسول الله - ﷺ - أنه قال: "إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر"⁽⁶⁹⁾. والاجتهاد هو القياس على قول الإمام الشافعي⁽⁷⁰⁾، وإن لم يكن كذلك فالقياس من جملة الاجتهاد⁽⁷¹⁾.

واحتجوا أيضاً بما روي عنه - ﷺ - أنه قال لعبد الله بن مسعود حين بعثه قاضياً: "اقض بالكتاب والسنة إذا وجدتهما، فإن لم تجد الحكم فيهما اجتهد رأيك"⁽⁷²⁾، والاجتهاد هو

القياس أو من جملته القياس كما أشير.

واستدلوا كذلك بحديث المرأة الخنعمية التي سألت الرسول - صلى الله عليه وسلم - عام حجة الوداع عن جواز حجها عن أبيها الذي أدركه الحج ولم يستطع؛ إذ روي عن عبد الله بن عباس عن الفضل بن عباس: "أن امرأة من خنعم قالت: يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الله في الحج، وهو شيخ كبير لا يستطيع أن يستوي على ظهر البعير، قال: حُجِّي عنه"⁽⁷³⁾. وقد استنبط الفقه من هذا الحديث أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - شرع لأئمة القياس؛ لأنه قاس دين الله وهو الحج على دين العبد من حيث القضاء، فكما دين العبد واجب القضاء فكذلك دين الله، بل دين الله أحق في الوفاء⁽⁷⁴⁾.

وأما الإجماع فإنه مُستفاد من أقوال الصحابة ومنهجهم في استنباط الأحكام فيما لم يرد به نص من الكتاب أو السنة وعدم الإنكار عليهم في ذلك⁽⁷⁵⁾. ومما يذكر من ذلك في هذا الشأن ما قاله عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لأبي موسى الأشعري في رسالته المشهورة له حين ولّاه على البصرة: "ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قاييس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق"⁽⁷⁶⁾، وكذلك قول أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - حين سئل عن الكلاية: "إني سأقول فيها برأيي، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان"⁽⁷⁷⁾، ولما أختلف عمر - رضي الله عنه - قال: إني لأستحيي الله أن أرد شيئاً قاله أبو بكر⁽⁷⁸⁾، والرأي المقصود في قول أبي بكر - رضي الله عنه - هو القياس؛ لأنه يقابل النص، ولتسمية أصحاب القياس بأصحاب الرأي، وجعله مقابلاً لأصحاب الحديث⁽⁷⁹⁾.

وأما الدليل من العقل فالعمل بالقياس واجب لاستنباط الحكم في بعض الحالات؛ لأن الوقائع غير متناهية والتنصيص غير ممكن والوحي منقطع والتكليف باقٍ، فلا بد من طريق لاستنباط الحكم، وهذا الطريق هو القياس⁽⁸⁰⁾.

وفي هذا يقول بعض الفقه: "جميع الأحكام على مراتبها معلومة بالنص، لكن بعضها يُعلم بظاهر وبعضها يُعلم باستنباط وهو القياس، ولو لزم ألا يثبت حكم إلا بنص لبطل أكثر الأحكام المُستدل عليها بضحوى الخطاب ودليله"⁽⁸¹⁾. وهذا يذكرنا بقول الإمام الشافعي - رحمه الله - المُشار إليه سابقاً في شأن الحاجة إلى القياس؛ حيث يقول: "كل ما نزل بمسلم، ففيه حكم لازم، وعليه إذا كان بعينه أثباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق بالاجتهاد، والاجتهاد هو القياس"⁽⁸²⁾.

ويقول الإمام الشاطبي في الموافقات: "الوقائع في الوجود لا تنحصر؛ فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك أحتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره؛ فلا بد من حدوث

وقائع لا تكون منصوفاً على حكمها، ولا يوجد للأوليين فيها اجتهاد، وعند ذلك فإما أن يُترك الناس فيها مع أهوائهم، أو يُنظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضاً اتباع للهوى، وذلك كله فساد؛ فلا يكون بُد من التوقف لا إلى غاية، وهو معنى تعطيل التكليف لزوماً، وهو مؤدً إلى تكليف ما لا يطاق، فإذا لا بد من الاجتهاد في كل زمان؛ لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان⁽⁸³⁾. انتهى كلامه.

ثم إن العمل بالقياس مركز في فطر الناس، ولهذا فهمت الأمة من قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [سورة النساء، الآية 10] تحريم جميع وجوه الانتفاع بأموال اليتامى، من مال بمعناه الحقيقي أو ما في حكمه من اللباس أو المركوب أو السكنى أو غير ذلك، وفهمت أيضاً تحريم جميع أنواع الأذى للوالدين من تأفيف وغيره من قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ﴾ [سورة الإسراء، الآية 23]، ولا يخالف هذا الفهم إلا الأحق الجاهل، وإن أصر على رأيه فهو مكابر للعقل والفهم السليم والفطرة، زياداً على جهله وحماقته⁽⁸⁴⁾.

ذلك بعض من أدلة الجمهور للاستدلال على حجية القياس والعمل به في استنباط الأحكام عموماً، ولم يبق إلا أن نشير إلى بعض شروط العمل به عندهم.

ب- شروط العمل بالقياس في استنباط الأحكام عند الجمهور:

اشتراط الفقهاء للعمل بالقياس جملة من الشروط؛ حتى يكون طريقاً منضبطاً من طرق استنباط الأحكام، وهذه الشروط في عمومها ترتد إلى أركان القياس، وقد بسط الفقه الحديث فيها شرحاً وإسهاباً، ويختار الباحث منها ما يراه كافياً لخدمة أغراض هذا البحث، ويذكر منها الشروط الآتية:

1- أن يكون حكم الأصل ثابتاً في الأصل وبطريق سمعي شرعي⁽⁸⁵⁾؛ فإن لم يُشرع في المسألة حكم ابتداءً أو شرع ونسخ لم يصح بناء الفرع عليه⁽⁸⁶⁾، وإن لم يكن حكم الأصل شرعياً؛ بأن لم يثبت بطريق سمعي شرعي وإنما ثبت بطريق عقلي أو لغوي لم يجز؛ لأن المطلوب إثبات حكم شرعي للمساواة في علته ولا يتصور ذلك إلا بذلك⁽⁸⁷⁾؛ فلو قيل مثلاً هذا شرابٌ مُشتدٌ فيوجب حدَّ الشرب كما يجب الإسكار أو كما يُسمى خمرًا، كان باطلاً؛ لأن القياس لا يجري في اللغة ولا في العقلية من الصفات والأفعال⁽⁸⁸⁾.

ويُستثنى من ذلك ما إذا كان القياس لغوياً ويُتوصل به إلى حكم شرعي، كإطلاق لفظ السارق على النّشّاش والزّاني على اللّوطي؛ لإثبات القطع والجلد أو الرّجم؛ إذ ذلك يُعتبر داخلاً في الحكم الشرعي عند من يقول بذلك⁽⁸⁹⁾.

2- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بنص من الكتاب أو السنة أو إجماع؛ فإن كان ثابتاً بقياس فبي

المسألة خلافًا، والجمهور على منعه⁽⁹⁰⁾. وحُجّة الجمهور أن العلة الجامعة بين القياسين إما أن تتحد وإما أن تختلف، فإن اتحدت كان ذكر الأصل الثاني تطويلاً بلا فائدة؛ فيُستغنى عنه بقياس الفرع الثاني على الأصل الأول مباشرة، وإن اختلف لم ينعقد القياس الثاني أصلاً؛ لعدم اشتراك الأصل والفرع في علة الحكم⁽⁹¹⁾.

3- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى؛ أي مُعللاً بحكمة أو علة مقصودة للشارع من شرع الحكم، من تحصيل مصلحة أو تكميلها أو دفع مفسد أو تقليلها⁽⁹²⁾. ولهذا فإن ما لا يُعقل معناه ولا تُدرك عِلته كأعداد الصلوات وركعات كل صلاة وعدد السّعي والطّواف لا يجوز القياس عليه⁽⁹³⁾.

وفي هذا الشأن يعتقد الباحث أن نصوص التقنيات الوضعية المتعلقة بمسائل الشّجر والجزاء كلّها معقولة المعنى؛ لخلوها من الجانب التّعدي؛ باعتبارها من صنع البشر وليست من تنزيل الحكيم الخبير؛ إذ هي لم تصدر إلا لتنظيم المسائل الحياتية المتعلقة بالمسائل الدنيوية للبشر.

4- ألا يكون الأصل معدولاً به عن سنن القياس؛ إذ الخارج عن القياس لا يُقاسُ عليه غيره؛ وقد بين الإمام الغزالي المقصود بالمعدول به عن سنن القياس وحصره في أربعة معان، ما يهتأ منها إطلاق هذه العبارة على ما أُستثنى من قاعدة عامة وخُصص بالحكم على خلاف القاعدة⁽⁹⁴⁾؛ لأنّه فهم ثبوت الحكم في المسألة في محله على وجه الخصوص، وإذا قسنا على هذا الحكم المُستثنى نكون بذلك قد أبطلنا الخصوص في هذا الحكم المعلوم بالنّص، ولا سبيل إلى إبطال النّص بالقياس⁽⁹⁵⁾.

ومن أمثلة ذلك تخصيص النّبي - صلى الله عليه وسلم - خزيمة بن ثابت في موضوع الشّهادَة بقبول شهادته منفرداً؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "من شهد له خزيمة أو شهد عليه فهو حسبه"؛ فهذا الحكم لا يثبت لغيره؛ حيث لا تُقبل الشّهادَة إلا إذا كانت من اثنين⁽⁹⁶⁾.

ويُلاحظ أن هذا الشرط هو الأصل في القاعدة الشهيرة المعمول بها في فقه القانون والتي تقضي بأن الاستثناء لا يُقاسُ عليه ولا يتوسّع في تفسيره.

5- ألا يكون الفرع منصوباً على حكمه؛ إذ لا قياس مع وجود النّص؛ وفي هذا يقول الإمام أحمد: "ما تصنع بالقياس وفي الحديث ما يغنيك"⁽⁹⁷⁾. ومثال ذلك قول من أحل الرّبا أسوً بالبيع في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، الآية 275]، ففي الآية دلالة على بطلان هذا النوع من القياس؛ لأنّه يخالف حكماً مخصوصاً بالفرع؛ فقد جعل الله الدليل على بطلان قياسهم إحلال البيع وتحريم الرّبا⁽⁹⁸⁾.

6- أن تكون علة الأصل موجودة في الفرع؛ لأنّ تعدية الحكم فرع تعدّي العلة، فإن لم توجد

القياس في مسائل التَّجْزِيعِ والجزاء: نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام

بطل القياس⁽⁹⁹⁾. وهذا يفترض ابتداءً أن تكون علّة الحكم مُتَعَدِّيةً وليست قاصرةً، وإلاّ بطل القياس على رأي جانبٍ من الفقه⁽¹⁰⁰⁾؛ لأنّ العلّة الشرعيّة أمارَةٌ، فلا بدّ أن تكون كاشفةً عن شيءٍ، والعلّة القاصرة لا تكشف عن شيءٍ من الأحكام؛ لهذا لا تكون علّة⁽¹⁰¹⁾.

هذه بعض الشروط أو الضوابط التي قال بها الفقه لصحة إعمال القياس، والتي ينبغي أن يتحرّرها مجري القياس؛ حتّى يكون الحكم المُستنبط أقرب إلى مُراد الشارع وأدعى إلى بثّ الطمأنينة في النّفس على أن الشارع أراد شمول المسكوت عنه بالحكم المنطوق به في المسألة المُشابهة.

ثانياً - حُجج المخالفين لرأي الجمهور في القول بحجّية القياس:

ذهب المخالفون لرأي الجمهور في العمل بالقياس إلى القول بإبطال العمل به في الدّين جملةً، ولعلّ أشدهم خصومةً في ذلك هم أهل الظاهر؛ إذ القول عندهم أنّه لا يجوز البتّة الحكم في شيءٍ من الأشياء إلاّ بنصٍّ من الكتاب أو بنصّ كلام النّبيّ - صلى الله عليه وسلم - أو بما صحّ عنه من فعلٍ أو إقرارٍ، أو بناءً على إجماع علماء الأُمَّة كلّها⁽¹⁰²⁾. بل إنهم أعجبوا برأيهم ووصفوا الجمهور بحذّاق أصحاب القياس تهكّماً؛ حيث قالوا: "هذا قول حذّاق أصحاب القياس، وهم جميع أصحاب الشّافعي وطوائف من الحنفيّين والمالكيّين"⁽¹⁰³⁾، بل ووصفوا قولهم وأدلتهم بالخبط والتّخليط، وهذا قولهم: "وهذا كلامٌ لا يُعقل، وهو أشبه بكلام الممرورين منه بكلام غيرهم، وكلّه خبطٌ وتخليط"⁽¹⁰⁴⁾.

وقد استندوا في إثبات مخالفتهم إلى جملةٍ من الآيات، منها: قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي﴾ [سورة المائدة، الآية 3]، وقوله: ﴿مَا فَطَرْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [سورة الأنعام، الآية 38]، وقوله: ﴿تَشْبِيْهُ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [سورة النحل، الآية 44]، وقوله: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾ [سورة النحل، الآية 89]، وإلى قول الرّسول - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع: "اللّهم هل بلغت؟ قالوا: نعم، قال: اللّهم اشهد"⁽¹⁰⁵⁾.

ووجه استدلالهم من هذه الآيات وهذا الحديث أنّه ليس شيءٌ اُختلف فيه إلاّ وهو في القرآن، فصحّ بنصّ القرآن أنّه لا شيء من الدّين وجميع أحكامه إلاّ وقد نصّ عليه. فلا حاجة بأحدٍ إلى القياس⁽¹⁰⁶⁾.

واحتجّوا من العقل أيضاً بالقول بأنّ الشارع قد فرّق بين التّماتلات وجمع بين المُختلفات، وأثبت أحكاماً لا مجال للعقل فيها، وهذا كلّ يدلّ على منافاة القياس على إبداء المعنى، وعلى إلحاق صورته بصوره أخرى تماثلها في ذلك المعنى، وعلى التّفريق بين المُختلفات. والمثال على ذلك أنّ الشارع قد فرّق بين الأزمنة في الشّرف؛ فضّل مثلاً ليلة القدر والأشهر الحُرّم على غيرها، وفرّق كذلك بين الأمكنة؛ إذ فضّل مكّة والمدينة على سائر المُدن، وفرّق كذلك بين بعض العبادات

في الحكم إذا اقترن أداؤها بظرف أو حالة مخصوصة، فرخص في قصر الصلاة الرباعية دون غيرها، وجمع بين المختلفات كجمعه بين الماء والثراب في جواز الطهارة بهما، رغم أن الماء يُنظف والثراب يشوه⁽¹⁰⁷⁾.

وقد رد الجمهور على كل اعتراضات هذه الطائفة، واعتبروها ضرباً من الجحود واستئصالاً لأصل من أصول الشرع هو القياس، وادعاءً لأمر محال، غايته التلبيس بذكر بعض آي القرآن⁽¹⁰⁸⁾.

فالقرآن قد دلّ على جميع الأحكام فعلاً وبيّنها، ولكن إما بتمهيد طريق الاعتبار، وإما بالدلالة على الإجماع والسنة، وقد ثبت القياس بالإجماع والسنة، فيكون القرآن قد بيّنه أيضاً، وإلا فآين في القرآن مسألة ميراث الجدّ والجدّة والعول، وتحريم الزوج لزوجته؛ بقوله: "أنت علي حرام" كونه يُعتبر ظاهراً أو طلاقاً، وفي كلّ هذه المسائل حكمٌ لله شرعي⁽¹⁰⁹⁾.

وفي هذا يقول الإمام القرطبي: "قوله تعالى: ﴿مَا فَطَرْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾؛ أي في اللوح المحفوظ، فإنه أثبت فيه ما يقع من الحوادث. وقيل: أي في القرآن؛ أي ما تركنا شيئاً من أمر الدين إلا وقد دللنا عليه في القرآن؛ إما دلالةً مبيّنةً مشروحةً، وإما مُجملةً يتلقّى بيانها من الرسول عليه الصلاة والسلام، أو من الإجماع، أو من القياس الذي ثبت بنص الكتاب"⁽¹¹⁰⁾. ثم هم حرّموا القياس وليس في كتاب الله بيان تحريمه⁽¹¹¹⁾.

وأما حجّتهم من العقل فقد اعتبرها الجمهور ضرباً من ضروب قصور النظر الذي يُنبئ عن قلة الفهم والتفقه في أصول وطرق استنباط الأحكام؛ إذ الشارع حينما يفرّق أو يجمع إنّما يفرّق لفارقٍ ويجمع لجامعٍ اقتضاه مناط الحكم وعلته، والتشابه الظاهري قد يخفي الاختلاف في الأساس والعلّة، والتخالف الظاهري قد يخفي الاتفاق في أساس الحكم وعلته، ولا يبين ذلك إلا للباحث المتأمل المتدبّر؛ فلا يصحّ عقلاً أن نحكم لسفيه مثلاً بما حكمنا به لرشيدٍ لمجرد التشابه بينهما في الإنسانية، إذ هناك علّةٌ أوجبت التّغاير في الحكم بين الاثنين⁽¹¹²⁾. والمتّبع للأحكام الشرعية يجدها تشتمل على التسوية بين المتماثلين والحاق النّظير بنظيره واعتبار الشّيء بمثله، وتشتمل كذلك على التّفريق بين المختلفين وعدم التسوية بينهما في الحكم، والشرعية مُنزّهة عن أن تنهى عن شيءٍ لمفسدٍ أو ضررٍ فيه، ثمّ تبيح في المقابل ما يشتمل على تلك المفسدة أو الضرر أو أزيد منهما، أو تبيح شيئاً لحاجةٍ أو مصلحةٍ خاصّةٍ بالمكلفين، ثمّ تُحرّم ما هم أحوج إليه منه أو ما هو في إباحته لمصلحتهم أظهر، ومن توهم ذلك فما عرف الشريعة حق المعرفة ولا قدرها حق قدرها⁽¹¹³⁾.

ذلك هو رأي الجمهور في حُجّة القياس وأدلّتهم وشروطهم ورأي المخالفين وحُججهم، وننتقل الآن لبحث مدى جوار العمل بالقياس في مسائل التّجريم والجزاء.

المطلب الثاني: مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التَّجْريم والجزاء

يقتضي بحث هذه المسألة تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يُخصَّص الأول لبحث مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التَّجْريم والجزاء في الشريعة الإسلامية، ويُخصَّص الآخر لبحث مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التَّجْريم والجزاء في التقنين الوضعي.

الفرع الأول: مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التَّجْريم والجزاء في الشريعة الإسلامية

تنقسم الجرائم من حيث خطورتها إلى جرائم حدود وقصاص وجرائم تعازير، ولبحث مدى جواز الاستناد إلى القياس في هذه الجرائم، ينبغي تقسيم هذه الفرع إلى فقرتين، تُخصَّص أولاهما لبحث المسألة في جرائم الحدود والقصاص، وتُخصَّص الأخرى لبحث المسألة في جرائم التعازير.

أولاً - مدى جواز الاستناد إلى القياس في جرائم الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية:

اختلف الفقه حول هذا الأمر، فذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى القول بأن القياس جائز في إثبات الحدود والكفارات والرُّخص والتَّقديرَات وسائر الشرعيَّات إذا وُجدت شرائط القياس فيها⁽¹¹⁴⁾.

ومثاله في الحدود قياس اللواط على الزَّنا في إيجاب الحد؛ بجامع إيلاج فرج في فرج مشتهى طبعاً محرماً شرعاً، وقياس التَّبَاش على السَّارِق في إيجاب القطع؛ بجامع أخذ مال الغير خفية من حرز مثله⁽¹¹⁵⁾. ومن أمثلته كذلك ما نُقل عن الإمام أحمد - رحمه الله - قوله في التَّصراني إذا زنى وهو مُحْصَن يُرْجَم؛ لأنَّه زان بعد إحصان⁽¹¹⁶⁾.

ومثاله في القصاص قياس قتل الجماعة بالواحد؛ إذ القتل سبب القصاص، والشرع إنَّما أوجب القتل على القاتل، والشريك إن لم يكن قاتلاً على الكمال، إلَّا أنَّه أُقتَص منه كالقاتل لأجل الزجر وعصمة الدماء، وهذا المعنى يقتضي إلحاق المُشارك بالْمُنْفَرِد⁽¹¹⁷⁾.

وحُجَّتْهم في جواز إثبات الحدود والقصاص بالقياس:

1- عُموم الأدلَّة الواردة في شأن حُجِّيَّة القياس؛ حيث جاءت عامَّة دون قيد؛ أي غير مُختَصَّة بنوع من الأحكام. ولو كان القياس في الحدود مُمتنعاً لَتَمَّ استثنائُه فيها والتَّفصيل في ذلك لمُظَنَّة الحاجة إليها، وتأخير البيان عن وقت الحاجة غير مُتَصَوِّر؛ لأنَّه تكليف بما لا يطاق⁽¹¹⁸⁾.

2- أنَّ الحدود أحكامٌ شرعيةٌ عَقَلَتْ عللها؛ فجاز فيها القياس⁽¹¹⁹⁾.

3- ما رُوي أنَّ الصَّحابة اجتهدوا في حدِّ شارِب الخمر؛ إذ قال عليُّ بن طالب - رضي الله عنه - أراه ثمانين؛ لأنَّه إذا شرب سكر، وإذا هذى افترى، وحدَّ المُفترى ثمانون. فهذا قياس في الحدود، ولم يُنكَر عليه فصار إجماعاً⁽¹²⁰⁾.

4- ومما يمكن أن يستند إليه الجمهور أيضاً اجتهد الصحابة كذلك في قضية المرأة اليمنية التي اتفقت مع خليلها وآخرين على قتل ربيبها في غيبة زوجها؛ حيث ارتاب عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فيما يقضي به في شأنهم، فقال له علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - : "يا أمير المؤمنين أرايت لو أن نقرأ اشرتروا في سرقة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً، أكنت قاطعهم؟ قال: نعم، قال: فذلك" (121).

5- أن القياس كخبر الواحد في إفادة الظن؛ فكما يعمل بخبر الواحد في استنباط الحكم يعمل كذلك بالقياس (122).

وذهب الأحناف إلى القول بعدم جريان القياس فيما ذكر خلافاً لمذهب الجمهور (123)، وحجّتهم في ذلك أن الحدود وغيرها مما أشير إليه أمورٌ مُقدَّرة لا يهتدي العقل إلى فهم المعنى الموجب لتقديرها، كالمائة والثمانين؛ إذ لا تُعقل العلّة فيها، والقياس فرع تعقل العلّة (124)؛ ولهذا هم منعوا قياس اللواط على الزنا، ونبش القبور على السرقة (125)، لا سيما وأن الجامع بين النباش والسارق مفقود؛ لتخلف شرط الحرز في نبش القبور؛ إذ الأخيرة ليست بحرز (126). ثم إن القياس يفيد الظن، والظن يداخله احتمال الخطأ فيكون شبهة، ولهذا لا يصح أن يثبت به حد؛ إذ الحدود تُدفع بالشبهات؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "إدروا الحدود بالشبهات" (127).

وقد ردّ الجمهور كلّ اعتراضات الأحناف على رأيهم، فأجابوا بأننا لا نوجب القياس في كلّ حدٍّ أو كفارة أو ما أشبههما، وإنما نوجب القياس فيما علم معناه وأدركت علته فيما ذكر وغيره. فإذا علم المعنى وجب القياس، كقياس القتل بالمثل على القتل بالحدّ، وقياس النباش على السارق واللواط على الزاني؛ إذ الحكمة في كلّ هذا معلومة، وأما ما لا يعلم فيه المعنى فلا خلاف فيه كما في غير الحدود والكفارات، ولا مدخل لخصوصيتها في امتناع القياس (128).

ثم إن اعتراضهم بالاستناد إلى قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : "إدروا الحدود بالشبهات" غير مُسلم؛ لأن المقصود بالشبهة الدارئة للحدّ هو الشبهة في تحقّق السبب وليس مُطلق الشبهة؛ فالأمور به في الحديث هو الاحتيال في مسألة ثبوت الحدّ؛ لكيلا يثبت باستقصاء السؤال عن الشهود وعدم طلب المشهود عليه ونحو ذلك، وليس إسقاط ما هو ثابت من الشرع بشبهة في دليله، غير مانعة عن وجوب العمل، ولو كان المقصود مُطلق الشبهة لما وجب الحدّ بالدلائل الظنيّة، كأخبار الآحاد والعام والمخصوص (129).

وفوق ذلك هم ناقضوا مذهبهم في القول بعدم جريان القياس في الحدود؛ إذ هم أوجبوا الحدّ على الردء في قطع الطريق بالقياس على الردء في الغنيمة (130). بل إن الإمام الشافعي تتبّع مذهب الأحناف في باب القياس فذكر أن لهم مناقضات فيه؛ ففي الحدود مثلاً لاحظ أنّهم

قاسوا فيها وأكثروا حتى عدوها إلى الاستحسان، ومن قبيل ذلك أنهم أوجبوا حد الرّنا على شخصٍ شهد عليه أربعةٌ بأنه زنى بامرأه رغم اختلاف رواياتهم، وهذا خلاف العقل، ولئن يُعمل فيه بما يوافق العقل؛ أي بالقياس لكان أولى⁽¹³¹⁾.

تلك هي آراء الفقهاء في مدى جواز العمل بالقياس في جرائم الحدود والقصاص، وننتقل الآن لبيان رأيهم في مدى جواز الاستناد إليه في جرائم التعازير.

ثانياً - مدى جواز الاستناد إلى القياس في الجرائم التعزيرية في الشريعة الإسلامية:

تختلف التعازير عن الحدود والقصاص في أنها عقوبات غير مقدرة على جرائم غير محدّدة، فهي متروكة لولي الأمر؛ باعتبارها مرتبطة بما يجد في المجتمع من أحداثٍ نتيجةً لتغير الزمان والمكان وتغير الظروف والأحوال، ولهذا متروكة لولي الأمر مسألة تحديدّها واختيار الجزاء المناسب لمواجهتها.

وقد يفوض ولي الأمر هذه المسألة للقاضي المجتهد أو لجماعة من القضاة المجتهدين⁽¹³²⁾؛ ليختاروا من الجزاءات ما يناسب المواجهة؛ حفاظاً على مصالح المجتمع من الاعتداء عليها أو تعريضها للخطر.

ولهؤلاء أن يستعملوا القياس ما وسعهم الاجتهاد أن يقيسوا لبلوغ تلك الغاية، فيقيسوا الجرائم بعضها على بعض والعقوبات كذلك؛ ليتحقّق العدل وتستقيم أحوال الناس⁽¹³³⁾، دون تحكّم أو تسلطٍ أو ميلٍ لأهواء شخصيّة أو طائفية. وشريطة التأكّد من أن الأفعال التي يبغون العقاب عليها ممّا يدخل في باب المعاصي، أو يندرج ضمن ما يمسّ بمصالح الجماعة أو الأفراد⁽¹³⁴⁾.

وممّا يدلّ على ذلك ما ورد في كتاب عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري - المشار إليه سابقاً - عندما ولّاه على البصرة وقوله له: "ثمّ الفهم الضمّ فيما أدلي إليك ممّا ليس في قرآن ولا سنة، ثمّ قاييس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال والأشباه، ثمّ اعمد إلى أحبّها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحقّ".

وهذا المنهج في التجريم والجزاء كان سائداً في عهود سابقة للدولة الإسلامية عندما كان كمّ الأحداث قليلاً مقارنةً بما عليه الحال الآن، ولما كان عليه القضاء في تلك العهود من الخشية والورع والفقه، ولكنّه الآن أصبح منهجاً شبه مهجور في الدول الإسلامية؛ بفعل تطوّر وسائل الحياة وتشعب المصالح الذي صاحبه تزاخم تلك الأحداث والوقائع وتنوعها، وهو ما اضطر معه ولادة الأمر إلى أن يسوّ من النظم والقوانين الموحد والمتفرقة ما يشتمل على تجريم كافة الأفعال التي يرون ضرورتها تقرير جزاء جنائي رادع على ارتكابها، وعدم تفويض القاضي - من حيث المبدأ - بتجريم أيّ فعل أو تقرير أيّة عقوبة، اللهمّ إلّا توقيع الجزاء المقرّر مسبقاً على

الفعل المُتَظَرَف، مع السَّماح له باستعمال سلطته التَّقديرية في اختيار الجزاء المناسب لظروف كلِّ حالة وظروف كلِّ مُذنب، وتفضيذه جزئياً - على ما سترى لاحقاً - باستعمال القياس في التَّجريم أو توقيع الجزاء.

الفرع الثاني: مدى جواز العمل بالقياس في مسائل التَّجريم والجزاء في التَّقنين الوضعي

يقتضي بحث هذه المسألة تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث فقرات، تُخصَّص الأولى لبيان موقف الفقه القانوني من المسألة، وتخصَّص الأخيرتان لبيان موقف التَّقنين والقضاء منها.

أولاً - موقف الفقه القانوني من مدى جواز اللجوء إلى القياس في مسائل التَّجريم والجزاء:

يكاد يُجمع فقهاء وشرّاح القانون - كما تَمَّت الإشارة مُسبقاً عند الحديث عن العلاقة بين التفسير المُوسَّع والقياس - على أمرين فيما يتعلَّق بمسألة اللجوء إلى القياس في مواد التَّجريم والجزاء، الأمر الأول هو جواز اللجوء إلى القياس إذا كان في مصلحة المُتَّهم، كالقياس على أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو العقاب، والآخر هو حظر القياس إذا كان في غير مصلحة المُتَّهم، كأن تكون نتيجة القياس هي إضافة عقوباتٍ جديدة أو أوصافٍ تجريمية لم يكن يستوعبها نصٌّ معيَّن، ولو كانت علّة التَّجريم أو العقاب واحدة⁽¹³⁵⁾.

وتبرير ذلك أن القياس الذي في مصلحة المُتَّهم لا يمسّ بمبدأ الشريعة، وبالتالي لا ضرر على حقوق الأفراد وحرّياتهم إذا لجأ القاضي إلى البحث عن العلّة من وراء تقرير النصّ لسبب الإباحة أو موانع المسؤولية أو العقاب ومدّ حالة التَّخفيف المُقرَّرة فيه إلى وقائع لم يتناولها هذا النصّ بالتحديد⁽¹³⁶⁾، وهذا على عكس الأمر في حالة القياس في غير مصلحة المُتَّهم؛ حيث يمسّ القياس في هذه الحالة بالمبدأ المُشار إليه⁽¹³⁷⁾.

وهذا بالإضافة إلى ما قد يُسفر عنه اللجوء إلى القياس الذي في غير مصلحة المُتَّهم من مفاجآتٍ للأفراد؛ إذ هم دائماً على غير علم بما يُمكن أن يُقرَّر بصفةٍ غير مباشرةٍ بموجب القياس⁽¹³⁸⁾. زد على ذلك أن اللجوء إلى القياس المحظور - في نظر الفقه - فيه تعارضٌ مع ضرورات السياسة الجنائية التي تقتضي أن يكون الأفراد على علم مُسبقٍ بالسلوكيات المحظورة والجزاءات المُقرَّرة لها؛ حتّى يرتدعوا وينخفض معدل بروز الظواهر الإجرامية؛ إذ ليس الهدف من التَّجريم والجزاء عقاب الأفراد في حدّ ذاته، وإنّما الهدف هو حثُّهم على الامتناع عن ارتكاب ما يضرّ بمصالح المُجتمع، وهم لن يمتنعوا عن ذلك إلا إذا كان ما يضرّ بتلك المصالح قد حدّد مسبقاً⁽¹³⁹⁾.

ومع ذلك فلا تتصوّر انعدام الدّعوات باللجوء إلى القياس بالكلية في ظلّ تزايد حجم الإجرام المُستحدث، الذي لم تعمل بعض التشريعات الوضعية على مواجهته بنصوص خاصة أو تُحطّ بجميع تفاصيله، في الوقت الذي ينطوي فيه هذا الإجرام على خطرٍ حقيقيٍّ يهدّد مصالح

المجتمع. فهناك من يدعو إلى إعطاء القضاء حريةً أوسع في إجراء القياس على الخصوص التقليدية لمواجهة هذا النوع من الإجرام، في الحالة التي تكون فيها علّة التجريم واحدة⁽¹⁴⁰⁾.

تلك هي وجهة نظر فقهاء وشرّاح القانون حول مدى إمكانية اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء، والحقيقة أنّه مع وجهة الحُجج التي ساقها جمهور الفقه للقول بعدم جواز ذلك، إلّا أنّه مع وجود بعض الاعتبارات التي يتمثل أبرزها في عدم تنامي الوقائع وحصرتها وبُطء المعالجة التشريعية لها، وأمام حقيقة أن القياس مركّز في فطر الناس - كما يشير إلى ذلك جانب من الفقه الإسلامي - وأنّ الناس كما يعلمون بالفطرة تحريم بعض الأفعال أو الأقوال؛ لضررها على المصالح يعلمون كذلك بالفطرة ذاتها أنّ ما تشابه معها في علّة التحريم مُحَرَّم هو الآخر، كعلمهم بتحريم ما هو غير التآفيف للوالدين من تحريم التآفيف لهما؛ لذات العلّة، وكعلمهم أنّ القتل كما هو مُحَرَّم بالآلة الحادة مُحَرَّم بأيّة وسيلة، وكعلمهم كذلك بأنّ الخمر والمُخدرات إنّما حُرِّمت لكونها تُذهب العقل فكلّ ما يؤدي إلى ذلك مُحَرَّم أيضاً، أمام كلّ هذه الاعتبارات يبدو أنّه لا مفرّ من فتح باب اللجوء إلى القياس أمام القاضي في مسائل التجريم والجزاء؛ حفاظاً على حقوق الأفراد وحرّياتهم والتي يُزعم أنّ مبدأ الشرعية يحميها في الوقت ذاته يحظر القياس.

وعلى كلّ حال فإنّ وجهة نظر الباحث لا تخلو من فائده كذلك بالنسبة للمشرّع؛ إذ من شأن ذلك أن يكفيه عنت الملاحظة المستمرة لما يُستجد من أنماط إجرامية، وتعديل نصوص القوانين الجنائية الخاصة بمكافحة بعض الظواهر الإجرامية الضارة بمصالح المجتمع تعديلاً مضطرباً متناسباً مع اضطراب المستجد من تلك الأنماط، وهو ما ينوء بحمله كثيراً، ولعلّ في قوانين تجريم تعاطي المُخدرات والتعامل فيها دليل على ذلك؛ إذ يلجأ المشرعون فيها - تحت اعتبارات مبدأ الشرعية - إلى تسمية كلّ مُخدر باسمه من خلال جداول يلحقونها بهذه القوانين⁽¹⁴¹⁾، ولا يستطيع القضاء أن يوقعوا على مُتعاطي المواد غير المذكورة بتلك الجداول العقوبات المنصوص عليها بتلك القوانين، ولو كانت هذه المواد التي أخذها هذا المُتعاطي أشدّ أثراً على شعوره وإرادته من تلك التي حدّدت بتلك الجداول.

وكان يكفي المشرعين في مثل هذه الفروض أن يقولوا مثلاً: يُعاقب بعقوبة كذا كلّ من أخذ - عن علم وإرادته - مادّة أيّاً كان نوعها إذا أدّت إلى إفقاده قوّة الشّعور والإرادة، ليتركوا للقضاء مُستعينين في ذلك بأهل الخبرة بتحديد ما إذا كانت المادّة التي أخذها المُتهم عن علم وإرادته من شأنها أن تفقد الشّعور والإرادة؛ فيحكموا بالإدانة، أو ليس من شأنها ذلك فيحكموا بالبراءة. ومع هذا نقول إنّ فتح باب القياس أمام القاضي لا يكون على إطلاقه، وإنّما يكون ذلك فقط في الجرائم الماسة بحقوق الأفراد وحرّياتهم دون تلك التي تمسّ بأنظمة الحكم في الدولة؛

منعاً للتحكم والاستبداد.

ثانياً - موقف التقنين من مدى إمكانية اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء:

رغم التخوف الذي ينتاب الفقه من اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء إلا أن المتنبع لنصوص التقنين سيجد تطبيقات تشريعية واضحة تشير إلى أن المشرع لجأ إلى القياس في تلك المسائل. ولجؤوه هذا إما أن كان بطريق مباشر؛ أي بتجريم أفعال معينة عن طريق إلحاقها بنصوص تجريبية مسبقة؛ لاتحاد العلة، وإما بطريق تفويض القاضي في ذلك.

أ- التجريم والجزاء التشريعي المباشر بطريق القياس:

هناك العديد من النصوص الجنائية التي تفصح بشكل جلي عن إلحاق المشرع بعض الوقائع غير المنصوص على حكمها بوقائع أخرى مجرمة مسبقاً؛ لاتحاد العلة. وهذه النصوص وردت في تشريعات الحدود ووردت كذلك في نصوص قانون العقوبات العام.

ومن أمثلة الأولى في التقنين الجنائي الليبي إلحاق اللواط بالزنا المجرم بموجب أحكام القانون رقم 70 لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات؛ حيث أضاف المشرع إلى نص المادة الأولى من القانون المذكور فقره أخرى ألحق بموجبها اللواط بالزنا في جميع أحكامه، وذلك بموجب التعديل الذي أجراه على هذا القانون سنة 2016م، حيث قال: "وتطبق على اللواط كافة أحكام الزنا الواردة في هذا القانون"⁽¹⁴²⁾.

فهذا النص يشير بشكل واضح إلى تأثر المشرع الليبي بمذهب الجمهور في قياس اللواط على الزنا في إيجاب الحد؛ بسبب اتحاد علة التحريم في كلا الفعلين، وهي إيلاج فرج في فرج مشتبه طبعاً محرماً شرعاً.

ومن أمثلتها أيضاً في التقنين الليبي ذاته معاقبة من يشرب خمرًا بالجلد ثمانين جلدة حداً، وذلك بموجب التعديل الذي أجراه المشرع الليبي سنة 2016م على نص المادة الرابعة من القانون رقم 4 لسنة 1994م بشأن تحريم الخمر؛ حيث قال: "يعاقب كل مسلم عاقل بالغ قاصد ارتكاب الفعل إذا شرب خمرًا خالصة أو مخلوطة عن علم واختيار بالجلد ثمانين جلدة حداً"⁽¹⁴³⁾. وهذا النص ينبئ كذلك على أن المشرع الليبي قد أقر الجلد وبالمرات المذكورة قياساً على الافتراء، ومتأثراً في ذلك برأي الصحابة - رضوان الله عليهم - في المسألة.

ومن أمثلة الثانية إلحاق المشرع الليبي للطاقة الكهربائية بالمنقولات المعاقب على سرقتها بالحبس بموجب الفقرة الأولى من المادة 444 عقوبات ليبي؛ حيث قال: "ويُعد من الأموال المنقولة في حكم قانون العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية"؛ فالعلوم أن الطاقة الكهربائية تفتقد لصفة المادية التي تعتبر إحدى خصائص المنقول المجرم منذ سنة 1953م بموجب أحكام قانون العقوبات، ولكن لأن الجامع بينهما صفتا

القياس في مسائل التجريم والجزاء: نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام

المالية والاحترام فقد قرّر المشرّع إلحاقها به في الحكم وهو حظر سرقتها والعقاب على ذلك بالحبس.

ب- التجريم والجزاء بطريق تفويض القاضي اللجوء إلى القياس؛

كذلك الأمر هنا فالمنتبّع لنصوص قانون العقوبات سيجد الكثير من هذه النصوص تفصح وبشكل واضح عن تفويض المشرّع القاضي بأن يلحق بعض الوقائع غير المنصوص على حكمها بتلك المنصوص على تجريمها إذا التمس اشتراك العلة بين الصنفين.

وهذه النصوص قد تتعلّق بمسائل التجريم والجزاء في تشريعات الحدود وقد تتعلّق بمسائل التجريم والجزاء في قانون العقوبات العام. ومن أمثلة الأولى نصوص الإحالة في تشريعات الحدود والقصاص؛ حيث تحيل تلك النصوص القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية؛ ليسدّ النقص أو يفسّر الغموض الذي قد يعترى تلك التشريعات⁽¹⁴⁴⁾. وهذه النصوص وإن كانت تشترط على القاضي أن يكون الرأى الذي بدا له في المسألة مشهوراً وأيسر للمُتهم، إلاّ أنّه قد لا يجد بداً من تطبيقه وإن كان في غير مصلحة المُتهم، وذلك في الحالة التي يكون فيها هذا الرأى محل اتفاق بين المذاهب المُعتبرة؛ ليسدّ الفراغ التشريعي في المسألة.

وما يعرضه الباحث هنا ليس من ضرباً من ضروب الافتراض، ولكنّه من باب مُحاكاة الواقع الذي يُفصح عن كثرة الوقائع وعدم تناهيهما، والتي من الصعب إن لم يكن من المُستحيل الإحاطة بها في كلّ تقنين، ويُفصح كذلك عمّا يقابها من معالجات في بحور الفقه الإسلاميّ الرّاخرة بالأراء والحلول؛ فلا يمكن الجزم بعدم وجود الحلول المُتفق عليها فقهاً لمعالجة الوقائع المسكوت عنها تقنياً، والتي قد تكون في غير مصلحة المُتهم.

ولعلّ من الأمثلة الواضحة على ذلك سكوت المشرّع عن بيان حكم الطّرار⁽¹⁴⁵⁾ في قانون حدّي السرقة والحرابة رقم 13 لسنة 1425م وتعديلاته، وذلك في الحالة التي يُدخل فيها هذا الطّرار يده إلى الجيب أو الكمّ ليسرق ما فيه دون أن يشقّه؛ فتطبيق نصّ الإحالة في القانون المُشار إليه يقتضي إلحاق هذا الطّرار بالسارق قياساً عليه؛ تطبيقاً لرأى الجمهور في المسألة؛ حيث اتّفقت كلمتهم على أنّه يُقطع أسوً بالسارق؛ لأنّه أخذ مال غيره خفيةً من حرزه⁽¹⁴⁶⁾.

ومربط الفرس هنا أن القاضي، وتطبيقاً لنصّ الإحالة المُشار إليه، سيجتهد ليطبّق على الطّرار - وما أكثر هذا الصّنف في عصرنا - الحكم المنصوص عليه للسارق وهو القطع؛ استناداً إلى القياس الذي اعتمد عليه أئمة المذاهب الإسلاميّة لاستنباط الحكم في هذه المسألة.

هذا عن التمثيل لتفويض المشرّع القاضي اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء المتعلّقة بالحدود والقصاص، أمّا عن تفويضه إيّاه اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم

والجزاء المتعلقة بقانون العقوبات العام فصوّره كثيراً ولا تقع تحت حصري، ولعل من أبرزها نصوص ما يُسمّى بنماذج التجريم المفتوحة، ومثالها نصّ المادة 205¹ عقوبات ليبي التي تجرم كلّ إهانةٍ علانيةٍ للأمة الليبية أو العلم الوطني أو شعار الدولة، وتقرّر العقاب على ذلك بالسّجن مدّة لا تزيد على ثلاث سنوات⁽¹⁴⁷⁾.

فهذا النصّ وإن بدا واضحاً ظاهرياً من حيث التجريم والجزاء إلا أنّ إمعان النظر في عباراته يكشف عن غموضه من حيث التجريم، فالقاضي هنا بحاجة ماسّة لتحديد ما يُعتبر من الأفعال والأقوال والكتابة إهانةً لهذه الأمة أو علمها أو شعار دولتها؛ وهو لن يستطيع تطبيق النصّ على كثير من الأفعال إلاّ بالبحث عن علّة التجريم؛ ليعرف ما يُمكن أن يشكّل الإهانة المقصودة بالنصّ من عدمه.

ومثال ذلك أيضاً نصّ المادة 500 عقوبات ليبي التي تجرم عرض الأشياء المنافية للحياء والالتجار فيها، وتقرّر العقاب عليها بالغرامة التي تتراوح بين الجُنيه والعشرة جُنِيات؛ حيث عدّد المشرّع الليبي أنماطاً من السلوك التي تشكّل هذه الجريمة. وترك أيضاً للقاضي سلطةً في أن يلحق بها أي شيء آخر منافٍ للحياء، إذا اتّحدت علّة التجريم وهي خدش الحياء العام، وانطبقت شروط النصّ؛ حيث قال: "كلّ من عرض على مرأى من الجمهور أو عرض للبيع أو زرع في محلّ عامّ أو مفتوح للجمهور محرّراتٍ أو رسوماً أو أي شيء آخر مُنافٍ للحياء، يُعاقب بغرامة تتراوح بين جُنيه وعشرة جُنِيات".

ومن صور تفويض المشرّع القاضي اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء المتعلقة بقانون العقوبات العام أيضاً تلك النصوص التي يُحدّد فيها المشرّع الأنماط الإجرامية بالنصّ على سبيل المثال، ثمّ يُردف ذلك بعبارةٍ عامّةٍ يترك من خلالها للقاضي سلطةً تقديريةً في إدخال وقائع أخرى تتشابه مع المذكورة بالنصّ في علّة التجريم، ومثالها نصّ المادة 174 عقوبات ليبي التي تُعاقب بالسّجن وبغرامةٍ تتراوح بين خمسمائة دينارٍ وألف دينارٍ كلّ من أذاع أسراراً تتعلّق بالدفاع عن البلاد أو ما في حكم هذه الأسرار؛ حيث يجري فحوى هذا النصّ على النحو الآتي: "يُعاقب بالسّجن وبغرامةٍ تتراوح بين خمسمائة دينارٍ وألف دينارٍ كلّ من أذاع بأية وسيلةٍ كانت أسراراً تتعلّق بالدفاع عن البلاد أو ما في حكمها؛" فالبعبارة الأخيرة تسمح للقاضي بأن يقيس على الأسرار المتعلقة بالدفاع عن البلاد كلّ أسرارٍ تتوافر فيها علّة التجريم المذكورة بالنصّ، وهي تعلّقها بالدفاع عن البلاد. ففي كلّ هذه النصوص وما أشبهها يترك المشرّع - أمام استحالة الحصر - للقاضي سلطةً تقديريةً في أن يلحق بما ذُكر بالنصّ من أمثلة لأنماط السلوك المُجرّمة أنماطاً أخرى إذا اتّحدت علّة التجريم، ووسيلة القاضي في ذلك هي القياس.

ولا يُمكن القول بأن القاضي في هذه الأمثلة وأشباهها إنّما يستعمل ما يُسمّى بالتفسير

الموسع أو الغائي ولا يستعمل القياس؛ ذلك أن فكره التفسير الموسع لا وجود لها أساساً في نظر الباحث كما تمت الإشارة إلى ذلك مسبقاً، فكل ما يراه الفقه أو يضربه من أمثلة لهذا النوع من التفسير إنما هي أمثلة للقياس في حقيقة الأمر. إذ في كل الأحوال هناك نصٌ يجرّم واقعةً معينةً ويُعاقب عليها، وهناك واقعةً أخرى تضرّ بمصالح المجتمع ويبحث القاضي في إمكانية مدّ حكم ذلك النصّ ليطبقه عليها، مُسترشداً في ذلك بعلّة التجريم؛ بحث إذا اتّحدت طبق ذلك النصّ قياساً عليه، وإذا اختلفت استبعدته. فالجواهر إذا في القياس وفي التفسير الموسع واحدٌ وإن اختلفت التسمية⁽¹⁴⁸⁾.

ثالثاً - موقف القضاء من مدى جواز اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء:

أمام ازدحام الوقائع وكثرتها وتسارع حصولها وخطورتها على مصالح المجتمع، وما قابل ذلك من بُطءٍ في سنّ التشريعات أو تعديلها بما يكفل إقرار الحماية الجنائية لتلك المصالح في مواجهة تلك الوقائع؛ فلم يجد القضاء بُدّاً من تجاوز آراء الفقه وتخوفاته حول استخدام القياس؛ من أجل بسط الحماية الجنائية لتلك المصالح بتطويع نصوص جنائية تقليدية لم يكن في ذهن واضعيها إقرار الحماية لمواجهة هذه الأنماط.

فها هي محكمة استئناف بابل الاتحادية العراقية بصفتها التمييزية تلحق واقعة اختلاس النّظر إلى مَنْ بداخل المنزل بواقعة انتهاك حرمة المسكن المعاقب عليها بنصّ المادة 428 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م⁽¹⁴⁹⁾؛ بجامع انتهاك حرمة هذا المسكن في كلا الأمرين. وقد جاء في حيثيات حكمها قولها: "فوطئ حرمة المسكن بالعين نتيجة النّظر إليها بوقاحةٍ وسوء أخلاقٍ لا يختلف مطلقاً عن وطئها بالقدم ودخولها بدون إذن صاحبها، ما دامت الغاية المرجوة منها واحداً في كلا الحالتين، ألا وهي انتهاك حرمة مسكن الآخرين والسعي بتصميم إلى تحقيق ذلك"⁽¹⁵⁰⁾. فهي لم تتردّد في اللّجوء إلى القياس لسدّ فراغ تشريعيّ في المنظومة الجزائية العراقية - وهو حال المنظومات الجزائية الأخرى - متعلّق بحماية حقّ مهمّ من حقوق الأفراد، ألا وهو الحقّ في احترام حرمة المسكن المتفرّع عن الحقّ في الخصوصية⁽¹⁵¹⁾. وبهذا تكون قد انهينا الحديث عمّا يُمكن أن يُطرح من جزئيات في موضوع القياس، وننتقل الآن لعرض ما يمكن إبداءه من نتائج وتوصيات.

خاتمة:

بعد هذا العرض لدور القياس في مسائل التجريم والجزاء في الفقه الإسلامي والثّقنين الوضعي، يُمكن إبداء النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً - النتائج:

1. القياس أصلٌ من الأصول الشريعة الإسلامية ودليلٌ من أدلّة استنباط الأحكام فيها.

2. لا فرق بين القياس المحظور في نظر الفقه والتفسير الغائي الجائز بحذر في استنباط الأحكام؛ فكلاهما بمعنى واحد وإن اختلفت التسمية؛ إذ في كليهما يحاول القاضي مدح حكم مُقرر بنص لواقعة معينة إلى واقعة أخرى مجهولة تشبه معها في علة التجريم.
3. القياس حجة كذلك في استنباط الأحكام في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالحدود والقصاص والتعازير، إذا توافرت شرائطه.
4. للقياس دور كذلك من الناحية التشريعية في مسائل التجريم والجزاء في التقنيات الوضعية؛ حيث لوحظ أن المشرع كثيراً ما يلجأ إليه؛ ليلحق واقعة مُستحدثة بأخرى منصوص على حكمها؛ لاشتراكهما في علة التجريم.
5. للقياس دور أيضاً في مسائل التجريم والجزاء من الناحية القضائية؛ حيث يضطر القضاء أحياناً للجوء إلى القياس لحماية المصالح الاجتماعية وسد الفراغ التشريعي الذي تعاني منه التقنيات الوضعية لتقرير الحماية لهذه المصالح في مثل هذه الحالات.

ثانياً - التوميات:

أمام الحُجج العقلية التي ساقها الجمهور للتدليل على الحاجة إلى أعمال القياس في استنباط الأحكام، والتي من أهمها أن الوقائع في الوجود لا تنحصر، وضررها على المصالح لا ينحسر، وملاحقتها تشريعياً قد يبدو متعذراً؛ لسرعة التلاحق والمباغثة، وبالنظر إلى أن القياس مركز في فطر الناس؛ إذ كما يعلمون أن التأفيف في حق الوالدين مُحرم من قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفًّا﴾ يعلمون بالضرورة تحريم جميع أنواع الأذى لهما من ضرب وغيره، وكما يعلمون أن الزنا مُحرم شرعاً وتقنياً لاعتدائه على فرج محرم، يعلمون كذلك أن اللواط لا يقل عنه شناعةً وفحشاً، وكما يعلمون أن سرقة أموال الغير بأخذها من حرز مثلها أو باختلاسها من غير حرز مجرمٌ شرعاً وتقنياً، يعلمون كذلك أن تحويلها من حسابٍ مصريٍّ إلى حسابٍ آخر بالضبط على زرٍّ مُحرم كذلك؛ لتحقيق العلة في كلا الفرضين، وهي تحريم الاستيلاء على مال الغير بغير وجه حق. ولهذا تتساءل: من منّا تسمح له الفطرة السليمة بإباحة الاعتداء على حقوق الغير أو حقوق المجتمع بأي شكل من الأشكال، نُص على تجريم ذلك أو لم يُنص؟

أمام كل هذه الاعتبارات يرى الباحث أنه ربما في إعادة النظر في القول بعدم إمكانية اللجوء إلى القياس في مسائل التجريم والجزاء والسماح للقاضي بالاستناد إليه لسد الفراغ التشريعي فرصة لتدارك ما يمكن أن يلحق بالمجتمع من أضرار نتيجة لارتكاب أنماط سلوكية ضارّة لم يرد النص بتجريمها بالتحديد، وفرصة أيضاً لبلوغ مستوى أعلى من الردع؛ فكلمة علم الكافة أن هذا السلوك تاباه الفطرة السليمة وترفضه الأخلاق السوية وإن لم يُنص على تجريمه بنصٍ محدّد كلما ارتدعوا عن إتيانه؛ لأنهم يعلمون أن النصوص المشابهة له في التجريم

تكفي لتطبيق عليهم إذا ارتكبه؛ لا اتحاد العلة.

والتخوف الذي يبيده الفقه من استبداد الحاكم أو القاضي إذا فُتح باب القياس في مسائل التجريم أمام الأخير وإن كان له ما يبرره، إلا أن ما يمكن أن يُحاط به القياس من شروط وضمانات كفيلاً - في تصور الباحث - بتبديد تلك المخاوف. ولعل من أهم هذه الشروط والضمانات أن يكون القياس قطعياً جلياً، غير معدول به عن سنن القياس، والعلّة فيه واضحة متعدية لا قاصرة، وأن يقتصر اللجوء إليه على سد الفراغ أو تكملة النصوص المتعلقة بمسائل التجريم والجزاء التي تحمي حقوق الأفراد دون تلك التي تحمي حقوق أنظمة الحكم بشئى صورها، كالنصوص المتعلقة بالجرائم التي تُرتكب ضد شخصية الدولة أو الأمة أو ما أشبه ذلك؛ حيث يقترح الباحث حظر اللجوء إلى القياس بشأنها، وهو ما يتطلب من السلطة التشريعية تحديدها مسبقاً تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة؛ منعاً للتحكم أو الاستبداد.

تلك هي وجهة نظر الباحث حول موضوع القياس في مسائل التجريم والجزاء، وهي اجتهداً قابلٌ للتسليم وقابلٌ للنقد والرفض، وفي كل الأحوال فيه إشارة وتنبية إلى أهمية القياس في الشريعة الإسلامية والتقنيات الوضعية.

قائمة بأهم المراجع

أولاً: مراجع الفقه الإسلامي؛

أ- كتب التعريفات؛

- التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجدي البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م.
- تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي، د. عبد الله معصر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2007م.
- التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرؤوف بن المناوي، تحقيق: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط1، 1990م.
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر.
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر.

ب- كتب التفسير وكتب الأحاديث؛

- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، خرّج الأحاديث: أحمد بن شعبان بن أحمد، محمد بن عبادي بن عبد الحليم، مكتبة الصفا، ط1، 2005م، ج6.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1979م، ج8.
- جامع الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1999م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1992م، ج3.

- سُنَن الدَّارِ قُطْنِي، عليُّ بنُ عُمَرَ الدَّارِ قُطْنِي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 2001م، ج3.
 - السُّنَن الكُبْرَى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن عليّ البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر، عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط3، 2003م.
 - صحيح مسلم بشرح الثَّوَوِي، محيي الدِّين أبو زكريّا يحيى بن شرف الثَّوَوِي، دار الثَّقَوِي، بدون مكان نشر، بدون تاريخ نشر.
 - عون المعبود على شرح سنن أبي داود، أبو عبد الرحمن شرف الحقّ العظيم آبادي، تحقيق: أبو عبد الله النّعمان الأثري، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2005م.
 - فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالعزيز بن باز ومحمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصر، الفجالة، مصر، ط1، 2001م.
 - المُستدرك على الصّحّاحين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النّيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط2، 2002م، ج2.
 - مُسند ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبس شيبة، تحقيق: عادل بن يوسف الغزاوي، أحمد فريد المزيدي، دار الوطن، السّعوديّة، ط1، 1997م، ج1.
 - مُسند الدّارميّ المعروف بسُنَن الدّارميّ، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدّارميّ، تحقيق: حسين سليم أسد الدّارميّ، دار المغني للنشر والتّوزيع، السّعوديّة، ط1، 2000م، ج1.
 - المُصنّف، أبو بكر عبد الرزّاق بن همام الصّنعانيّ، دار التّأصيل، القاهرة، مصر، ط1، 2015م، ج8.
- ج- كُتُب الفقه الإسلاميّ:**
- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، علي بن عبد الكافي السّبيكي، وابنه تاج الدّين عبد الوهاب بن عليّ السّبيكي، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1995م، ج3.
 - إثبات الحدود والكفّارات والرّخص بالقياس، صالحة ناصر محمد عسيري، "رسالة ماجستير"، جامعة الملك خالد، السّعوديّة، 2010م.
 - الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد عليّ بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان، 1983م، ج7.
 - إرشاد الفُحول إلى تحقيق علم الأصول، محمد بن عليّ الشّوكاني، تحقيق: أبي حفص سامي بن العربيّ الأثريّ، دار الفضيلة للنشر والتّوزيع، الرّياض، السّعوديّة، ط1، 2000م.
 - أصول الشّاشيّ، أبو عليّ الشّاشيّ، وبهامشه عمدة الحواشي، لمحمد فيض الحسن الكنكوهي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982م.
 - إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، ابن قيم الجوزيّة، تقديم وتعليق: أبو عبيد مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السّعوديّة، ط1، 2002م، ج2.
 - إمتاع العقول بروضه الأصول، عبد القادر بن شيبة الحمد، بدون اسم ناشر، الرّياض، السّعوديّة، ط3، 2014م.
 - الآيات البيّنات على شرح جمع الجوامع للإمام جلال الدّين محمد بن أحمد المحلّي، تأليف أحمد بن القاسم العبّاديّ الشّافعيّ، تحقيق: زكريّا عميرات، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط2، 2012م، ج4.
 - البحر المحيط في أصول الفقه، الرّزكشي، تحقيق: د. عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،

- الكويت، ط2، 1992م، ج5.
- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، بدون اسم ناشر ولا مكان نشر، ط1، 1399هـ (1979م).
- بغية المشتاق في شرح اللُّمع لأبي إسحاق، محمد ياسين الفاداني، تحقيق أحمد درويش، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2، 2011م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، تحقيق: قاسم محمد الثوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000م، مج12.
- التمهيد في أصول الفقه، محفوظ بن أحمد بن الحسين أبو الخطاب الكلوزاني الحنبلي، تحقيق: د. محمد بن علي بن إبراهيم، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط1، 1985م، ج3.
- تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير لابن همام الإسكندري، شرح: محمد أمين المعروف بأمير باد شاه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بدون تاريخ نشر، ج4.
- تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمقول "المختصر"، كمال الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بابن إمام الكاملية، تحقيق: عبد الفتاح أحمد قطب الدخميسي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، 2002م، ج5.
- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهره، دار الفكر العربي، مصر، 1998م، ج1.
- حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات، محمد بن أحمد البهوتي الشهير بالخلوتي، تحقيق: محمد بن عبد الله بن صالح اللحيان، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، ط1، 2011م، مج6.
- حاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1971م.
- حاشية العطار على جمع الجوامع، محمد علي بن حسين المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ج2.
- الذخيرة، شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م، ج12.
- الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط1، 1938م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، الإمام النووي، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991م، ج10.
- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تقديم: د. شعبن محمد إسماعيل، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط1، 1998م، ج2.
- شرح الفضل على مختصر المنتهى الأصولي، لأبي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب المالكي، تأليف: القاضي عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، تحقيق: فادي نصيف وطارق يحيى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م.
- شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ج5.
- شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام الحنفي، تأليف: علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ج5.
- شرح مختصر الروضة، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي، تحقيق: عبد الله

- بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ط 2، 1998م، ج 3.
- الضروري في أصول الفقه أو مختصر المستصفي، أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994م.
- الفائق في أصول الفقه، صفي الدين محمد بن عبد الرحيم بن محمد الأرموي الهندي الشافعي، تحقيق: محمود نزار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2005م، ج 2.
- الفقه المالكي وأدلتها، الحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط 1، 2009م، ج 7.
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مُحَبَّ الله بن عبد الشكور البهاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2002م، ج 2.
- الفوائد الستية في شرح الألفية، الحافظ البرماوي شمس الدين محمد بن عبد الدائم، تحقيق: عبد الله رمضان موسى، مكتبة التوعية الإسلامية للتحقيق والنشر والبحث العلمي، الجزيرة، مصر، ط 1، 2015م.
- القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، د. محمد معاذ مصطفى الخن، تقديم: د. مصطفى سعيد الخن، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، ط 1، 2007م.
- قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، د. صفوان بن عدنان داوودي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، بدون تاريخ نشر.
- القياس لدى محمد بن إدريس الشافعي، سماته ومكانته، سعيد البوسكلاوي، بحث مُقدَّم إلى ندوة "العقل الإسلامي العربي وآلياته النظرية"، التي أقيمت بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة الرباط، المغرب، يومي: 15 - 16 / 2 / 2008م.
- كتاب الحاصل من المحصول في أصول الفقه، تاج الدين أبو عبد الله محمد بن الحسين الأرموي، تحقيق: د. عبد السلام محمود أبو ناجي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 1994م، مج 1.
- كتاب الفقيه والمتفقه، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، تحقيق: أبو عبد الرحمن، عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 1996م، مج 1.
- المحصول في علم الأصول، الحسين بن رشيق المالكي، تحقيق: محمد غزالي عمر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية، ط 1، 2001م، ج 2.
- مذكره أصول الفقه على روضة الناظر، محمد الأمين محمد مختار الشنقيطي، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 2005م.
- المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المستصفي، د. عبد الرحمن السديس، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2005م.
- المستصفي من علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: د. أحمد زكي حماد، (نشر مشترك): العالمية للنشر والترجمة والتدريب، القاهرة، مصر، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1، بدون تاريخ نشر، ص 531. بغية المشتاق في شرح اللمع لأبي إسحاق.
- المسودة في أصول الفقه، مجد الدين أبو البركات بن الخضر، شهاب الدين أبو الحسن بن عبد السلام، تقي الدين أبو العباس بن عبد الحليم، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1964م.
- المعونة في الجدل، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، المعروف بالشيرازي، تحقيق: د. علي بن عبدالعزيز العميريني، مركز المخطوطات والتراث، الكويت، ط 1، 1987م.

- المُقنع والشرح الكبير مع الإنصاف، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ط1، 1996م، ج 26.
 - المُهذب في علم أصول الفقه المُقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد التَّملة، مكتبة الرِّشيد، الرياض، السعودية، ط1، 1999م، مج 1، ص1923.
 - المُوافقات، أبو إسحاق الشَّاطبي، تحقيق: أبو عُبَيْدُ مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عَفَّان، السعودية، ط 1، 1997م، مج 5.
 - نظرات في أصول الفقه، أ. د. عُمر سليمان عبد الله الأشقر، دار الثَّقائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 3، 2015م.
 - نهاية السؤل في شرح مناهج الأصول، ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي، تأليف: جمال الدن عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي، عالم الكتب، الرياض، السعودية، بدون تاريخ نشر، ج 4.
 - نوازل السَّرقة وأحكامها الفقهية، هُدد بن بادي المُرشدي، دار كتوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1، 2013م.
- ثانياً - مراجع الفقه القانوني:**
- أحمد لطفي السَّيد مرعي، الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة والثقة العامة في النظام الجزائي السعودي، دار الكتاب الجامعي، السعودية، 2016م، ج 1.
 - د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، بدون تاريخ نشر.
 - د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 3، 1997م.
 - د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبعة الجامعية، مصر، 1998م.
 - د. محمد الرَّاقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، ط 3، 2002م.
 - د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، الأحكام العامة، مطابع عصر الجماهير، ليبيا، ط 3، 2000م، ج 1.
 - د. محمود نجيب حُسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 6، 1989م.
 - د. هاشم محمد أحمد، م. م. محمد ذياب سظام، دور العُرف والقياس في التَّكْييف القانوني للوقائع الإجرامية، دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، س3، ع2، ج 1، 2018م.
 - سالم رمضان الموسوي، القياس في القانون الجنائي، تعليق على حُكم محكمة استئناف بابل بصفتها التَّمييزية، المُرَقَّم بـ (445/456 ت/ جزائية/ 2012م). جلسة: 30/10/2012م.

الهوامش:

- (1) إعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، أين قيِّم الجزئية، تقديم وتعليق: أبو عُبَيْدُ المشهور بابن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 2002م، ج 2، ص 248.
- (2) إعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، ج 2، ص 330.

- (3) الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط 1، 1938م، ص 477.
- (4) نظرات في أصول الفقه، أ. د. عمر سليمان عبد الله الأشقر، دار التفاسير للنشر والتوزيع، الأردن، ط 3، 2015، ص 77.
- (5) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، ط 1، 2005م، ج 5، ص 219.
- (6) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 6، 2008م، مج 11، ص 234.
- (7) التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 179.
- (8) التوقيف على مهمات التعاريف، عبد الرؤوف بن المناوي، تحقيق: د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط 1، 1990م، ص 278.
- (9) التوقيف على مهمات التعاريف، ص 278.
- (10) راجع على سبيل المثال: د. محمد الرزقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار الكتاب الجديد، بيروت، لبنان، ط 3، 2002م، ص 46.
- (11) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، السعودية، دار ابن الجوزي، ط 1، 1996م، ص 186.
- (12) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 2، ص 256.
- (13) راجع: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 187.
- (14) البحر المحیط في أصول الفقه، الزركشي، تحقيق: د. عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1992م، ج 5، ص 36.
- (15) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 186.
- (16) د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبعة الجامعية، مصر، 1998م، ص 14.
- (17) البحر المحیط في أصول الفقه، ج 5، ص 36.
- (18) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 187.
- (19) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 187.
- (20) البحر المحیط في أصول الفقه، ج 5، ص 36.
- (21) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 187.
- (22) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص 456.
- (23) راجع في هذا المعنى: د. عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 13، 14.
- (24) تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير لابن همام الإسكندري، شرح: محمد أمين المعروف بأمير باد شاه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بدون تاريخ نشر، ج 4، ص 77.
- (25) بغية المشتاق في شرح اللع لأبي إسحاق، محمد ياسين الفاداني، تحقيق أحمد درويش، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط 2، 2011م، ص 303.
- (26) البحر المحیط في أصول الفقه، ج 5، ص 36.

- (27) القياس لدى محمد بن إدريس الشافعي، سماته ومكانته، سعيد البوسكلاوي، بحثٌ مُقدِّمٌ إلى ندوة "العقل الإسلامي العربي وآلياته النظرية"، التي أقيمت بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة الريّاط، المغرب، يومي: 15 - 16 / 2 / 2008م، ص 17.
- (28) المُهذَّب في علم أصول الفقه المُقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد التَّملة، مكتبة الرِّشيد، الريّاض، السَّعودية، ط1، 1999م، مج1، ص 1923.
- (29) إعلام المُوقَّعين عن ربِّ العالمين، ج2، ص 252.
- (30) بُغية المُشتاق في شرح اللُّمع لأبي إسحاق، ص 302. البحر المحيط في أصول الفقه، ج5، ص 36.
- (31) تيسير التَّحرير شرح كتاب التَّحرير، ج4، ص 77. الفوائد السَّنية في شرح الألفية، الحافظ البرماوي شمس الدِّين محمد بن عبد الدَّائم، تحقيق: عبد الله رمضان موسى، مكتبة التَّوعية الإسلامية للتحقيق والنَّشر والبحث العلمي، الجيزة، مصر، ط1، 2015م، ص 2080.
- (32) روضة النَّاظِر وجَنَّة المناظر في أصول الفقه، موفَّق الدِّين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تقديم: د. شعبتن محمد إسماعيل، المكتبة المكيَّة، مكَّة المُكرَّمة، ط1، 1998م، ج2، ص 246.
- (33) الفوائد السَّنية في شرح الألفية، ص 2081. روضة النَّاظِر وجَنَّة المناظر في أصول الفقه، ج2، ص 246. المُهذَّب في علم أصول الفقه المُقارن، ص 1923.
- (34) روضة النَّاظِر وجَنَّة المناظر في أصول الفقه، ج2، ص 246. الفوائد السَّنية في شرح الألفية، ص 2081.
- (35) الضَّروري في أصول الفقه أو مُختصر المُستصَفى، أبو الوليد محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: جمال الدِّين العلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، ص 128. بُغية المُشتاق في شرح اللُّمع، ص 307.
- (36) إرشاد الفُحول إلى تحقيق علم الأصول، محمد بن علي الشُّوكاني، تحقيق: أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة للنَّشر والتَّوزيع، الريّاض، السَّعودية، ط1، 2000م، ص 910.
- (37) راجع: كتاب الحاصل من المحصول في أصول الفقه، تاج الدِّين أبو عبد الله محمد بن الحُسين الأرموي، تحقيق: د. عبد السلام محمود أبو ناجي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، 1994م، مج1، ص 894.
- (38) إمتاع العقول بروضة الأصول، عبد القادر بن شيبه الحمد، د.ن، الريّاض، السَّعودية، ط3، 2014م، ص 122.
- (39) راجع: بُغية المُشتاق في شرح اللُّمع لأبي إسحاق، ص 309.
- (40) إعلام المُوقَّعين عن ربِّ العالمين، ج2، ص 269.
- (41) إعلام المُوقَّعين عن ربِّ العالمين، ج2، ص 269.
- (42) المُهذَّب في علم أصول الفقه المُقارن، مج1، ص 1923. معالم أصول الفقه عند أهل السُّنَّة والجماعة، ص 188.
- (43) تيسير التَّحرير شرح على كتاب التَّحرير لابن همام الإسكندري، ج4، ص 76. معالم أصول الفقه عند أهل السُّنَّة والجماعة، ص 188.
- (44) نهاية السُّؤل في شرح منهاج الأصول، ناصر الدِّين عبد الله بن عمر البيضاوي، تأليف: جمال الدِّين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي، عالم الكُتب، الريّاض، السَّعودية، بدون تاريخ نشر، ج4، ص 27. الآيات البيِّنات على شرح جمع الجوامع للإمام جلال الدِّين محمد بن أحمد المحلِّي، تأليف أحمد بن القاسم العبَّادي الشافعي، تحقيق: زكريَّا عميرات، دار الكُتب العلميَّة، بيروت، لبنان، ط2، 2012م، ج4، ص 34.
- (45) نهاية السُّؤل في شرح منهاج الأصول، ص 27. الآيات البيِّنات على شرح جمع الجوامع للإمام جلال الدِّين محمد بن أحمد المحلِّي، ج4، ص 34.

(46) الرسالة، ص 477.

(47) المُستصفى من علم الأصول، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزاليّ تحقيق: د. أحمد زكي حمّاد، (نشرٌ مشتركٌ): العالمية للنشر والترجمة والتدريب، القاهرة، مصر، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، بدون تاريخ نشر، نظراتٌ في أصول الفقه، ص 527.

(48) نظراتٌ في أصول الفقه، ص 79.

(49) لسان العرب، مج6، ص 67.

(50) التعريفات الفقهية، ص 101.

(51) التوقيف على مهمات التعاريف، ص 173.

(52) مُعجم المُصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر، ج2، ص 109.

(53) مُعجم المُصطلحات والألفاظ الفقهية، ص 109.

(54) لسان العرب، مج6، ص 67.

(55) شرح مُختصر الروضة، نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطويعي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ط2، 1998م، ج3، ص 288.

(56) د. عوض محمد عوض، ص 8.

(57) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط3، 1997م، ص 230.

(58) راجع: د. عوض محمد عوض، ص 10.

(59) راجع: د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي، الأحكام العامة، مطابع عصر الجماهير، ليبيا، ط3، 2000م، ج1، ص 47.

(60) أنظر: د. محمود نجيب حُسنِي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط6، 1989م، ص 92 وما بعدها. د. عوض محمد عوض، مرجعٌ سبق ذكره، ص 10 وما بعدها. د. محمد رمضان باره، ص 47. د. محمد الرّازقي، مرجعٌ سبق ذكره، ص 49.

(61) ولهذا نلمس التّخوّف الواضح من الفقه حول إعمال ما يُسمّى بالتفسير الموسّع؛ إذ لا تفصل بينه وبين القياس - في نظرهم - إلاّ خطوَةٌ يسيرةٌ ولا يتجسّد الفرق بينهما إلاّ في خيط رفيعٍ للغاية، ولا ينصحون بإعماله إلاّ من قبل ذي الخبرة الطويلة والملكة القانونيّة السّديدة. راجع: د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 55.

(62) المُستصفى من علم الأصول، ص 531. بُغية المشتاق في شرح اللّمع لأبي إسحاق، ص 297.

(63) إرشاد الفُحول إلى تحقيق علم الأصول، ص 843. بُغية المشتاق في شرح اللّمع لأبي إسحاق، ص 296. المُعونة في الجدل، أبو إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الفيروزآبادي، المعروف بالشّيرازي، تحقيق: د. علي بن عبدالعزيز العميريني، مركز المخطوطات والتراث، الكويت، ط1، 1987م، ص 90.

(64) التمهيد في أصول الفقه، محفّوظ بن أحمد بن الحسين أبو الخطّاب الكلّوذانيّ الحنبليّ، تحقيق: د. محمد بن عليّ بن إبراهيم، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدّة، السعودية، ط1، 1985م، ج3، ص 365.

(65) نظرات في أصول الفقه، ص 110. راجع أيضاً في المعنى ذاته: أصول الشاشي، أبو علي الشاشي، وبهامشه عمدة الحواشي، لمحمد فيض الحسن الكنكوهي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982م، ص 309. كتاب الحاصل من المحصول في أصول الفقه، ص 833. إمتاع العقول بروضة الأصول، ص 115 وما بعدها.

(66) قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، د. صفوان بن عدنان داوودي، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، بدون تاريخ نشر، ص 755.

(67) كتاب الفقيه والمتفقه، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، تحقيق: أبو عبد الرحمن، عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1996م، مج1، ص 470. الفائق في أصول الفقه، ص في الدين محمد بن عبد الرحيم بن محمد الأرموي الهندي الشافعي، تحقيق: محمود نزار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2005م ج 2، ص 229. والحديث رواه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1992م، ج3، ص 302. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، حديث رقم 20339، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003م، ج10، ص 195. وإسناده ضعيف، فقد قال عنه الترمذي: "ليس إسناده عندي بمثصل". جامع الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم 1327، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1999م، ص 321 وما بعدها. وقد يقال أيضاً أنه روي عن أناس من أهل حمص لم يسموا فهم مجاهيل. راجع: كتاب الفقيه والمتفقه، مج1، ص 472. ولكن رد على ذلك بأن قول الحارث بن عمرو عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ يدل على شهره الحديث وكثرة روايته، وقد عرف فضل معاذ وزهده، والظاهر من حال أصحابه الدين والثقة والزهد والصلاح، إضافة إلى أن أهل العلم قد تقبلوا هذا الحديث واحتجوا به وغنوا عن طلب الإسناد له. كتاب الفقيه والمتفقه، مج1، ص 472 وما بعدها.

(68) عون المعبود على شرح سنن أبي داود، أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم آبادي، تحقيق: أبو عبد الله النعمان الأثري، كتاب القضاء، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، دار ابن حزم، بيروت، 2005م، ص 1628.

(69) كتاب الفقيه والمتفقه، مج1، ص 472. والحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم 1716. دار الثقوى، بدون مكان نشر، بدوت تاريخ نشر، ج12، ص 2148.

(70) الرسالة، ص 477.

(71) كتاب الفقيه والمتفقه، مج1، ص 475، 476.

(72) حاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1971م، ص 141.

(73) نظرات في أصول الفقه، ص 112. والحديث رواه الترمذي وصححه في الجامع، كتاب الحج، باب ما جاء في الحج عن الشيخ الكبير والميت، حديث رقم 928، ص 227. وروى البخاري بنحوه في كتاب جزاء الصيد، باب الحج عمّن لا يستطيع الثبوت على الراحلة، حديث رقم 1854. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالعزيز بن باز ومحمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصر، الضجالة، مصر، ط1، 2001م، ج4، ص 95. وبنحوه أيضاً في الباب الذي يليه وهو باب حج المرأة عن الرجل، حديث رقم 1855، ج4، ص 95. وقال الترمذي: "فسألت محمداً (يعني البخاري) عن هذه الروايات، فقال: أصح شيء في هذا الباب ما روى ابن عباس عن الفضل بن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم"، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج4، ص 95. جامع الترمذي، ص 227.

(74) نظرات في أصول الفقه، ص 112.

- (75) كتاب الحاصل من المحصول في أصول الفقه، ص 840. أصول الشاشي، ص 310.
- (76) كتاب الحاصل من المحصول في أصول الفقه، ص 840. والحديث أخرجه الدار قطني في السنن، كتاب في الأفضية والأحكام، باب كتاب عمر إلى أبي موسى، حديث رقم 15/4391، سنن الدار قطني، علي بن عمر الدار قطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 2001م، ج3، ص 447. والبيهقي في السنن، كتاب الشهادات، باب شهادة النساء لا رجل معهن في الولادة، حديث رقم 20537، ج10، ص 253. وصححه الألباني في الإرواء، حديث رقم 2619. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1979م، ج8، ص 241.
- (77) الفائق في أصول الفقه، ج 2، ص 234. والحديث رواه الدارمي في المسند الجامع، كتاب الفرائض، باب الكلالة، حديث رقم 3016. مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2000م، ج1، ص 1944. والبيهقي في السنن، كتاب الفرائض، باب حجب الأخوة والأخوات من قبل الأم بالأب والجد والولد وولد الابن، حديث رقم 12263، ج 6، ص 366.
- (78) رواه الدارمي في المسند الجامع، كتاب الفرائض، باب الكلالة، حديث رقم 3015، ج1، ص 1944. والبيهقي في السنن، الحديث السابق.
- (79) الفائق في أصول الفقه، ج2، ص 234.
- (80) الفائق في أصول الفقه، ج2، ص 226.
- (81) البحر المحیط في أصول الفقه، ج5، ص 13.
- (82) الرسالة، ص 477.
- (83) الموافقات، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عثان، السعودية، ط1، 1997م، ج5، ص 38، 39.
- (84) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، ص 384. وما بعدها.
- (85) المستصفى من علم الأصول، ص 606. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص 864.
- (86) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص 864.
- (87) شرح العنود على مختصر المنتهى الأصولي، لأبي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر، المعروف بابن الحاجب المالكي، تأليف: القاضي عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، تحقيق: فادي نصيف وطارق يحيى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000م، ص 291.
- (88) شرح العنود على مختصر المنتهى الأصولي، ص 291.
- (89) راجع: المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ص 1975. وللاطلاع على رأي المخالف راجع: المستصفى من علم الأصول، ص 613.
- (90) المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المستصفى، د. عبد الرحمن السديس، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2005م، ص 923. شرح العنود على مختصر المنتهى الأصولي، ص 291. المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ص 1991.
- (91) إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، ص 865.
- (92) شرح العنود على مختصر المنتهى الأصولي، ص 295. المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ص 1977.

- (93) المَهْدَب في علم أصول الفقه المُقَارَن، ص 1977.
- (94) المُسْتَصْفَى من علم الأصول، ص 608.
- (95) المُسْتَصْفَى من علم الأصول، ص 608.
- (96) إرشاد الفُحُول إلى تحقيق علم الأصول، ص 868. شرح العُضْد على مُختصر المُنتهى الأصولي، ص 292. والحديث أخرجه وصَحَّحه الحاكم في المُستدرك، كتاب البيوع، حديث رقم 2188، و 2187. المُستدرك على الصَّحَّاحين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2002م، ج2، ص 22. وابن أبي شيبه في المُسند، حديث رقم 19. مُسند ابن أبي شيبه، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبس شيبه، تحقيق: عادل بن يوسف الغزاوي، أحمد فريد المزيدي، دار الوطن، السعودية، ط1، 1997م، ج1، ص 37.
- (97) قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، ص 764.
- (98) قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، ص 764.
- (99) المُسْتَصْفَى من علم الأصول، ص 612.
- (100) راجع: قواعد أصول الفقه وتطبيقاتها، ص 808.
- (101) راجع: المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المُسْتَصْفَى، ص 971. والعلّة المتعدية هي التي تتعدى محل النّص إلى غيره، والعلّة القاصرة هي التي لا تُجد في غير محل النّص. المسائل الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية التي خالف فيها ابن قدامة في الروضة الغزالي في المُسْتَصْفَى، ص 952.
- (102) راجع: الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد عليّ بن أحمد بن سعيّد بن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، 1983م، مج7، ص 55.
- (103) الإحكام في أصول الأحكام، مج7، ص 53.
- (104) الإحكام في أصول الأحكام، مج7، ص 53.
- (105) الإحكام في أصول الأحكام، مج7، ص 3. روضة الناظر وجنة المناظر، ج2، ص 175.
- (106) الإحكام في أصول الأحكام، مج7، ص 3.
- (107) نظرات في أصول الفقه، ص 99.
- (108) البُرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، بدون اسم ناشر ولا مكان نشر، ط1، 1399هـ (1979م)، ص 759 وما بعدها.
- (109) المُسْتَصْفَى من علم الأصول، ص 551، 552. روضة الناظر وجنة المناظر، ج2، ص 177.
- (110) الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص 314.
- (111) المُسْتَصْفَى من علم الأصول، ص 552.
- (112) نظرات في أصول الفقه، ص 100.
- (113) نظرات في أصول الفقه، ص 101.
- (114) نهاية السؤل في شرح منهج الأصول، ص 35. تيسير الوصول إلى منهج الأصول من المنقول والمعقول "المختصر"، كمال الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بابن إمام الكاملية، تحقيق: عبد الفتاح أحمد قُطْب الدّخيمسي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، 2002م، ج5، ص 223. بُغية المشتاق في

- شرح اللّمع، ص 300. بُاب المحصول في علم الأصول، الحُسَيْن بن رَشِيق المالكِي، تحقيق: محمد غزالي عُمَر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية، ط1، 2001م، ج2، ص 673. المُسَوِّد في أصول الفقه، مجد الدّين أبو البركات بن الخضر، شهاب الدّين أبو المحاسن بن عبد السلام، تَقْي الدّين أبو العبّاس بن عبد الحليم، تحقيق: محمد محيي الدّين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1964م، ص 398.
- (115) مُذَكَّرُ أصول الفقه على روضة النّاظر، محمد الأمين محمد مختار الشنقيطي، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار علم الفوائد للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2005م، ص 441. المعونة في الجدل، ص 94.
- (116) المُسَوِّد في أصول الفقه، ص 399.
- (117) المُستصفى من علم الأصول، ص 617.
- (118) القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، د. محمد مُعَاذ مصطفى الخن، تقديم: د. مصطفى سعيد الخن، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، ط1، 2007م، ص 203. تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول "المختصر"، ص 224.
- (119) مُذَكَّرُ أصول الفقه على روضة النّاظر، ص 439.
- (120) الإيهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي، علي بن عبد الكافي السبكي، وابنه تاج الدّين عبد الوهاب بن علي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995م، ج3، ص30.
- (121) المُصَنَّف، أبو بكر عبد الرزّاق بن همام الصنعاني، كتاب العقول، باب النّفر يقتلون الرّجل، الخبر رقم 19168، دار النَّاصِل، القاهرة، مصر، ط1، 2015م، مج8، ص 135. والخبر قد رُوِيَ بصياغات مُتعدّدَةٍ. راجع في المصدر ذاته: الأخبار ذات الأرقام: 19159، 19167، 19170.
- (122) راجع: القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، ص 203. بُغْيَةُ المُشْتاق في شرح اللّمع، ص 301.
- (123) فواتح الرّحموت بشرح مُسلم الثبوت، مُحَبِّ الله بن عبد الشكور البهاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عُمَر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002م، ج2، ص 370.
- (124) فواتح الرّحموت بشرح مُسلم الثبوت، ج2، ص 370. الإيهاج في شرح المنهاج، ج3، ص 30.
- (125) البحر المحييط في أصول الفقه، ج5، ص 53.
- (126) نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، ج4، ص 38.
- (127) المُهَذَّب في علم أصول الفقه المُقارن، ص 1932.
- (128) راجع: تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول "المختصر"، ج5، ص 226.
- (129) فواتح الرّحموت بشرح مُسلم الثبوت، ج2، ص 370.
- (130) المعونة في الجدل، ص 94. والحقيقة أنّ مسألة إيقاع حدّ الحراية على الرّدء (وهو المُساعد والمُغِيث لصاحبه إذا احتاج إليه) والطلّيع (وهو الذي يكشف حال القافلة للمُحاربين؛ ليأتوا إليها ويقطعوا عليها الطّريق) أسوؤُ بالمُحارب خلافيّة، فذهب الحنابلة والمالكيّة والأحناف إلى القول بإيقاع الحدّ عليهما كما يوقّع على المُباشِر "ردءُ وطلّيعُ كمباشِرٍ"؛ استناداً إلى أنّ جوهر الحراية يقتضي مشاركة الكل، وقياساً على استحقات كلّ منهم لسهمة في الغنيمة؛ فكما سيأخذ كلّ منهم حصّته في الغنيمة كذلك استحقّق العقاب بالحدّ المُقرّر للحراية. وقد خالفهم في ذلك الشافعيّة؛ إذ حدّ الحراية عندهم لا يجب إلّا على من باشر أخذ المال أو القتل، وأمّا من حضر فكثّر العدد وهَيَّب وكان ردءاً لهم أو طليعة فلا يجب عليه قطع ولا قتل، وإنّما يُعزّر ويُحبس، ودليلهم قوله - صلى الله عليه وسلم - : لا يحلّ دم امرئٍ مُسلمٍ إلّا بإحدى ثلاث: كُفْرٌ بعد إيمان، أو زنا بعد إحسان، أو قتل نفسٍ بغير حقٍّ، والرّدء

والطَّلَب لم يقوم بأحدها فلم يجز قتل أيٍّ منهما. راجع: حاشية الخَلُوتِي على مُنتهى الإِرادات، محمد بن أحمد البهوتِي الشَّهير بالخَلُوتِي، تحقيق: محمد بن عبد الله بن صالح اللِّحيدان، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، ط1، 2011م، مج6، ص 318. الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، مؤسَّسة المعارف، بيروت، لبنان، ط1، 2009م، ج7، ص 369. شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السَّيَاسِي السَّكندري كمال الدين ابن الهمام الحنفي، تأليف: علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: عبد الرزَّاق غالب المهدي، دار الكُتب العلميَّة، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ج5، ص 411. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، تحقيق: قاسم محمد الثوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000م، مج12، ص 503. (131) حاشية العطار على جمع الجوامع، محمد علي بن حسين المالكي، دار الكُتب العلميَّة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ج2، ص 244. البحر المحيط في أصول الفقه، ج5، ص 53.

(132) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهره، دار الفكر العربي، مصر، 1998م، ج1 (الجريمة)، ص 218.

(133) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ج1 (الجريمة)، ص 218.

(134) أحمد لطفي السيد مرعي، الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة والثقة العامة في النظام الجزائري السعودي، دار الكتاب الجامعي، السعودية، 2016م، ج1، ص 55.

(135) راجع على سبيل المثال: د. عوض محمد عوض، مرجع سبق ذكره، ص 10 وما بعدها. د. محمود نجيب حسني، مرجع سبق ذكره، ص 92 وما بعدها. د. محمد رمضان باره، مرجع سبق ذكره، ص 47. د. محمد الرَّاظي، مرجع سبق ذكره، ص 49.

(136) ومن التطبيقات القضائية التي تؤيد ذلك: اعتبار المحكمة العليا الليبية الأفعال المشكَّلة لجرائم النَّجوى والسُّخْرية والتَّنايز بالألقاب والهمز واللمز المنصوص عليها بموجب القانون رقم 8 لسنة 1994م بشأن حماية المُجتمع من الظواهر التي حرَّمها القرآن الكريم، من جرائم الشكوى: قياساً على جريمتي السَّبِّ والتَّشهير؛ لاشتراكها جميعاً في علَّة التَّجْريم وهي حماية وصون الشرف من المساس به وفق مقصود الشارع، حيث قالت: "حيث إن القانون رقم 8 لسنة 1994م بشأن حماية المُجتمع من الظواهر التي حرَّمها القرآن الكريم نصَّ في مادَّته الثَّانية (... كما يُعاقب بالعقوبات الواردة في المادَّتين 438، 439 من قانون العقوبات كل من ارتكب أحد الأفعال الأخرى المنصوص عليها في المادَّة الأولى من هذا القانون). ومفاد هذا النَّص أن المشرع... جعل الجريمة الناشئة عن أفعال النَّجوى أو السُّخْرية أو التَّنايز بالألقاب أو اللمز من الجُنْح، وأحال في بيان عقوبتها إلى العقوبات المنصوص عليها في المادَّتين 438، 439 عقوبات "السَّبِّ والتَّشهير"، ورأى أن جميع الأفعال المُكوِّنة للجرائم المُبيَّنة في الفقرة الثَّانية من المادَّة الأولى من القانون رقم 8 لسنة 1994م المشار إليه، وكذلك الأفعال المُكوِّنة لجريمتي السَّبِّ والتَّشهير تشترك جميعاً في علَّة التَّجْريم، وهي حماية وصون المساس بالشرف وفق مقصوده في هذا السياق، وهو مجموعة الشُّروط التي تعتمد عليها قيم الإنسان ومكانته الاجتماعيَّة سواءً المعنويَّة منها أو الماديَّة، وطالما أن تلك الأفعال المنصوص على تجريمها والعقاب عليها قد تماثلت وتشابهت واتَّحدت علَّة تجريمها، كما وحَّد الشارع بينها في العقوبة - على نحو ما سلف بيانه - فإن التفسير المنطقيُّ لمراد المشرع والقياس الجائز الذي لا يتعارض مع مبدأ شرعيَّة الجرائم والعقوبات ويصبُّ في مصلحة المُتهم، خاصَّةً بالنسبة للقواعد المُعفية كالتي تُقرَّر سبب إباحة أو مانع مسؤوليَّة أو مانع عقوبة، فكلُّ ذلك يستدعي أن تأخذ جرائم النَّجوى والسُّخْرية والتَّنايز بالألقاب والهمز واللمز الحُكم المقرَّر لجريمتي السَّبِّ والتَّشهير، ليس في العقاب فحسب بل في نفس السَّياسة الجنائيَّة التي ارتآها المشرع من حيث توقَّف جريمتي السَّبِّ

والتشهير على شكوى الطرف المتضرر وفقاً لحكم المادة 441 عقوبات". راجع: قرار المحكمة العليا الليبية في الطعن الجنائي رقم 1881/57ق بشأن رفع التعارض بين مبادئ صادرته تطبيقاً للقانون رقم 8 لسنة 1423 (1994م) بشأن حماية المجتمع من الظواهر التي حرّمها القرآن الكريم، جلسة 28/12/2016م. والقرار منشور على موقع المحكمة العليا على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <https://supremecourt.gov.ly/appeal-type> تاريخ الزيارة: 21/3/2020م.

(137) د. محمد رمضان باره، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(138) د. محمد الرّازقي، المرجع السابق، ص 48.

(139) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(140) د. هاشم محمد أحمد، م. م. محمد ذياب سظام، دور العرف والقياس في التكيف القانوني للوقائع الإجرامية، دراسة تأسيسية تحليلية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، س3، ع2، ج1، 2018م، ص 145.

(141) راجع على سبيل المثال نصّ المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية الليبي؛ حيث تنص على تحديد المواد المخدرة والمؤثرات العقلية عن طريق الإحالة إلى الجداول المرفقة بالقانون، والتي سمى المشرع الليبي من خلالها كل مخدر ومؤثر عقلي باسمه، وقد جرى نصّ هذه المادة على النحو الآتي: "في تطبيق أحكام هذا القانون: (أ) يُقصد بالمواد المخدرة المواد المبيّنة في الجدول رقم (1). (ب) ويُقصد بالمؤثرات العقلية المواد المبيّنة في الجدول الملحق رقم (2)".

(142) أُجري هذا التعديل بموجب القانون رقم 22 لسنة 2016م بتعديل أحكام القانون رقم 70 لسنة 1973م في شأن إقامة حدّ الرّثا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات. والقانون منشور بالجريدة الرسمية الليبية، ع4، س5، 2016م، ص 144.

(143) أُجري هذا التعديل بموجب القانون رقم 21 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم 4 لسنة 1423م (1994م) في شأن تحريم الخمر. والقانون منشور بالجريدة الرسمية الليبية، ع4، س5، 2016م، ص 242.

(144) ومن هذه النصوص نذكر نصّ المادة 20 مكرّر من قانون حدّي السرقة والحرابة رقم 13 لسنة 1425م (1996م) المضافة بالقانون رقم 12 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون المذكور؛ حيث يجري فحواه على أن: "يُطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نصّ في هذا القانون بالنسبة لجريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حدّاً...". الجريدة الرسمية الليبية، ع4، س5، 2016م، ص 221. وهو على كلّ حال تطبيقاً للحكم العام الوارد بالمادة 12 من قانون العقوبات الليبي المعدلة بموجب نصّ المادة الثانية من القانون رقم 20 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات، والمنشور بالجريدة الرسمية الليبية، ع4، س5، 2016م، ص 240. والذي يجري فحواه على النحو الآتي: "إذا خضعت إحدى المسائل لعدّة قوانين جنائية أو لأحكام متعدّدة من قانون جنائي واحد، فإن القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين العامة أو الأحكام العامة من القانون، إلّا إذا نصّ على خلاف ذلك، وفي كلّ الأحوال تُفسّر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة".

(145) الطّرار هو الذي يطرّ ثياب النّاس؛ أي يشقّها عن أموالهم ليأخذها. تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي، د. عبد الله معصر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2007م، ص 88. وقد أوجز جانباً من الفقه الفرق بين الطّرار والسّارق في أمرين؛ أولهما: أن السّارق يسارق عين حافظ المال في حال نومه وغفلته عن الحفظ؛ أمّا الطّرار فهو يسارق عين المتنبّه في حال إقباله على الحفظ، وثانيهما: أن الطّرار إنّما يسرق من جيب الإنسان أو كمّه أو

نحوه بصفةٍ مخصوصةٍ؛ فكان أخص من السارق من هذا الوجه. نوازل السرقة وأحكامها الفقهية. د. فهد بن بادي المُرشد، دار كتوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 2013م، ص 144. ولم يختلف الفقهاء في حكمه في الحالة التي يدخل فيها يده الجيب أو الكم فيأخذ ما فيه؛ حيث اتفقوا - كما تمت الإشارة بالمتن - على القول بقطعه قياساً على السارق، وأنما اختلفوا في الحالة التي يشق فيها الجيب أو الكم ليخرج ما فيه ويأخذه؛ فذهب الجمهور إلى القول بقطعه قياساً على السارق أيضاً، وذهب أبو حنيفة إلى القول بخلاف ذلك؛ لجُج من بينها أنه لم ينتهك الحرز. راجع ما سبقت الإشارة إليه من مراجع في المسألة، وفي تحرير محل النزاع راجع: إثبات الحدود والكفارات والرخص بالقياس، ص الحة ناصر محمد عسيري، "رسالة ماجستير"، جامعة الملك خالد، السعودية، 2010م، ص 193.

(146) روضة الطالبين وعمدة المفتين، الإمام النووي، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991م، ج10، ص 123. شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ج5، ص 377. المقتنع والشرح الكبير مع الإنصاف، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ط1، 1996م، ج26، ص 472. الأخيرة، شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد بو خيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، ج12، ص 163.

(147) يجري نص هذه المادة على النحو الآتي: "كل من أهان علانية الأمة الليبية أو العلم الوطني أو شعار الدولة يُعاقب بالسجن مدّة لا تزيد على ثلاث سنوات".

(148) ولهذا نلمس التحوّفات الواضحة من الفقه حول إعمال ما يُسمّى بالتفسير الموسّع؛ إذ لا تفصل بينه وبين القياس - في نظرهم - إلاّ خطأً يسيراً ولا يتجسّد الفرق بينهما إلاّ في خيط رفيع للغاية، ولا ينصحون بإعماله إلاّ من قبل ذي الخبرة الطويلة والملكة القانونية السديدة. راجع: د. أحمد عوض بلال، مرجع سبق ذكره، ص 55.

(149) يجري نص هذه المادة على النحو الآتي: "1- يُعاقب بالحبس مدّة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين: أ - من دخل محلاً مسكوناً أو معداً للسكنى أو أحد ملحقاته وكان ذلك بدون رضا صاحبه وفي غير الأحوال التي يرخّص فيها القانون بذلك. ب - من وجد في محلّ ممّا ذكر متخفياً عن أعين من له حقّ في إخراجه منه. ج - من دخل محلاً ممّا ذكر بوجه مشروع وبقي فيه على غير إرادته من له الحقّ في إخراجه منه".

(150) محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية، الحكم المرقّم ب: (445/456/ت/ جزائية/2012م). جلسة: 30/10/2012م. أشار إليه المستشار سالم رمضان الموسوي في مقاله الموسوم بالقياس في القانون الجنائي، تعليق على قرار قضائي، والبحث منشور على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو: <https://www.mohamah.net/law> تاريخ الزيارة: 5/3/2020م.

(151) ينتقد جانب من الفقه الحكم المشار إليه ويعتبره حكماً غير موفق؛ لمخالفته القاعدة في العمل بالقياس وحظره في مسائل التجريم والعقاب لمساسه بمبدأ المشروعية. راجع مقال المستشار سالم رمضان الموسوي السابق الإشارة إليه.