الفصل التاسع

أحكام الجرائم والجنايات بحق المسنين

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام الجناية بحق المسنين .

المبحث الثاني : أحكام الحدود بحق المسنين .

الفصل التاسع

أحكام الجرائم والجنايات بحق المسنين

تمهيد في التعريف بالجريمة والجناية والعلاقة بينهما ، وأنواع العقوبة الشرعية ـ تقسيم (تحديد نطاق البحث).

(١) تعريف الجريمة وأحوالها :

الجريمة في اللغة : مأخوذة من جرم بمعنى قطع وكسب ، والجرم ـ بفتح الجيم وسكون الراء ـ القطع ، وشجرة جريمة أي مقطوعة ، وجرم النخل والتمر يجرمه جرمًا وجرامًا ، واجترمه : صرمه ، فهو جارم . وجَرَم وأجرم : أذنب ، والجُرم ـ بالضم ـ الذنب كالجريمة[١] .

والجريمة في اصطلاح الفقهاء : تطلق على كل محظور شرعي زجر الله تعالى عنه بحد أو تعزير[٢] .

والجرائم مفاسد حقيقية ، وربما يبدو في الظاهر أنها مصالح ، وعلى التسليم بذلك فإن الشريعة الإسلامية نهت عنها لا لكونها مصالح بل لإفضائها إلى المفاسد ، فالسرقة وشرب الخمر والامتناع عن إخراج الزكاة ، كل ذلك ونحوه قد يبدو عليه مصلحة للأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشرع لإفضائها إلى المفاسد .

والعقوبات الشرعية زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما نهى وترك ما أمر ؛ لما في الطبع من مغالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة ،

---

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : جرم .

(٢) هذا التعريف ذكره الإمام الماوردي في أول الباب التاسع عشر من الأحكام السلطانية (ص ٢١٩)، ونقله بحرفه الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي (٦٦/١) .

فجعل الله تعالى من عقوباته في الدنيا زواجر تردع أصحاب الجهالة حيث يخافون من ألم العقوبة ونكال الفضيحة في ذات الوقت . ولا يمنع أن تكون العقوبات الشرعية فوق كونها زواجر من أن تكون جوابر ؛ لأن العهد في رحمة الله تعالى التي تبدو لنا أنه لا يجمع على عبده عقوبتين في ذنب واحد .

هذا ، ويختلف حكم الجريمة باختلاف أحوالها ، وهي ـ كما ذكر الإمام الماوردي ـ لا تخلو من حالين :

الأولى : حال التهمة ، قبل ثبوت الجريمة وصحتها ، وفي هذه الحال يجب الاستبراء بما تقتضيه السياسة الدينية .

الثانية : حال ثبوت الجريمة وصحتها ، وفي هذه الحال يجب استيفاء العقوبة بما توجبه الأحكام الشرعية [1].

(٢) تعريف الجناية وأقسامها

الجناية في اللغة : الذنب والجُرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة ، وهي مصدر جنى الذنب يجنيه جناية ، أي جره إليه ، وأخرج أحمد والترمذي وابن ماجه عن عمرو بن الأحوص ، أن النبي ﷺ قال : « لا يجني جانٍ إلا على نفسه »[2]، أي لا يطالب الشخص بجناية غيره من أقاربه وأباعده ، فإذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها الآخر ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ (فاطر:١٨) .

والجنايات جمع جناية ، وجمعت وإن كانت مصدراً لاختلاف أنواعها ، فإنها قد تكون في النفس ، وقد تكون في الأطراف ، وتكون عمداً وتكون خطأ[3].

والجناية في اصطلاح الفقهاء : تطلق في الجملة على : كل فعل عدوان على النفس أو ما دونها .

---

(١) الأحكام السلطانية ـ المرجع السابق .

(٢) سنن ابن ماجه (٨٩٠/٢) رقم (٢٦٦٩)، (١٠١٥/٢) رقم (٣٠٥٥) ، سنن الترمذي (٤٦١/٤) رقم (٢١٥٩) ، وقال : حديث حسن صحيح . مسند الإمام أحمد (٤٦٥/٢٥) رقم (١٦٠٦٤) .

(٣) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : جني ، مجمع الأنهر (٦١٤/٢) .

هذا ، وقد اختلفت عبارة الفقهاء في تعريف الجناية شرعًا ، فقال الحنفية : إنها كل فعل محرم حل بالنفوس والأطراف[١].

وقال المالكية : إنها إتلاف مكلف غير حربي نفس إنسان معصوم أو عضوه أو اتصالاً بجسمه أو معنى قائمًا به[٢].

وقال الشافعية : إنها الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة[٣].

وقال بعضهم : المراد بالجنايات الجناية على الأبدان[٤].

وقال الحنابلة : إنها كل فعل عدوان على نفس أو مال[٥].

والمتأمل في تلك التعريفات يلحظ تخصيص الحنفية والمالكية وبعض الشافعية الجناية للاعتداء على النفس أو ما دونها . أما تعريف كل من الشافعية والحنابلة فيشمل كل عدوان يوجب العقاب ، ولعلهم نظروا إلى المعنى اللغوي .

ولذلك رأيت ابن جزي المالكي يذكر أنواع الجنايات الموجبة للعقوبة ويحصرها في ثلاث عشرة هي : القتل ، والجرح ، والزنى ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ، والبغي ، والحرابة ، والردة ، والزندقة ، وسب الله تعالى وسب الأنبياء ، وعمل السحر ، وترك الصلاة والصيام[٦].

وقول ابن جزي : هذه أنواع الجنايات الموجبة للعقوبة يدل على أنه يقصد المعنى اللغوي للجنايات .

وكذلك رأيت ابن رشد : يقسم الجنايات التي لها حدود شرعية إلى أربعة أقسام : جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وتسمى قتلاً وجرحًا ، وجنايات على

---

(١) تكملة شرح فتح القدير (نتائج الأفكار) (٨/٢٤٤) مجمع الأنهر (٢/٦١٤) .

(٢) حاشية العدوي على هامش شرح الخرشي (٨/٣) .

(٣) ذكر هذا التعريف الأستاذ المرحوم محمد نجيب المطيعي في تكملة المجموع (١٧/١٨٥) ، وهذا التعريف الذي ذكره المطيعي منقول بحرفه من لسان العرب المرجع السابق .

(٤) مغني المحتاج (٤/٢) .

(٥) المغني (٧/٦٣٥) .

(٦) القوانين الفقهية (ص ٢٢٦) .

الفروج وتسمى زنى ومسافحة ، وجنايات على الأموال وتسمى حرابة وبغيًا وسرقة وغصبًا ، وجنايات على الأعراض وتسمى قذفًا .

ثم قال : أما الجنايات التي يكون التعدي واقعًا فيها على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، فهذه لا يوجد فيها حد في الشريعة الإسلامية إلا في الخمر[1] .

غير أن جميع الفقهاء مع اختلاف مذاهبهم ترجموا لأبواب القتل والاعتداء على النفس أو ما دونها بكتاب الجنايات أو الجراحات أو الدماء لغلبة وقوعها بها ، مما يدل على أن اصطلاحهم للجنايات ينصرف إلى كل اعتداء على النفس أو ما دونها ، ولذلك رأيت ابن قدامة الحنبلي الذي عرف الجناية : بأنها كل عدوان على النفس أو المال ، يقول : لكنها ـ أي الجناية ـ في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان ، وسموا الجنايات على الأموال غصبًا ونهبًا وسرقة وخيانة وإتلافًا[2] .

ويقول الكاساني الحنفي : الجناية في الأصل نوعان : جناية على البهائم والجمادات ، وجناية على الآدمي ، أما الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضًا غصب وإتلاف ، ويدرس ذلك في كتاب الغصب . وهذا الكتاب ـ يعني كتاب الجنايات ـ وضع لبيان حكم الجناية على الآدمي خاصة[3] .

وتنقسم الجناية بالمعنى الاصطلاحي الخاص ، الذي سبق ذكره ، إلى ثلاثة أقسام هي[4]:

---

(١) بداية المجتهد (٢/٢٩٤) .

(٢) المغني (٧/٦٣٥)، وعند الظاهرية : لم يضع ابن حزم تعريفًا للجناية ، وإنما ترجم للباب بقوله : كتاب الدماء والقصاص والديات ، ويصدره بقوله : لا ذنب بعد الشرك بالله تعالى أعظم من شيئين ، أحدهما تعمد ترك صلاة فرض حتى يخرج وقتها ، والثاني : قتل مؤمن أو مؤمنة عمدًا بغير حق . المحلى (١٠/٣٤٢) .

(٣) بدائع الصنائع (٧/٢٣٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٧/٢٣٣) .

القسم الأول : الجناية على النفس بالقتل الذي هو الموت ، ويندرج تحت هذا القسم كل أنواع القتل بغير حق من قبل الغير ؛ ليخرج قتل الإنسان نفسه ويسمى انتحارًا ، وقتل المنفذ للقود ويسمى الجلاد .

القسم الثاني : الجناية على ما دون النفس بالقطع أو بالجرح أو بالإتلاف أو بالضرب ، ويندرج في هذا القسم كل أنواع الاعتداء على ما دون النفس ، أي مع بقاء الحياة المستقرة .

القسم الثالث : الجناية على الجنين ، ويسمى الإجهاض ، وجعلوا ذلك قسمًا مستقلاً لكون الجنين نفسًا من وجه دون وجه ، فهو نفس من حيث إنه مخلوق آدمي ، وغير نفس من حيث إنه لم يخرج إلى الدنيا ؛ ليأخذ أحكامها .

وكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة إما أن يكون عمدًا وإما أن يكون خطأ ، وهذا بالإجماع ، وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وجود قسم ثالث وهو شبه العمد الذي يتعمد فيه الاعتداء دون قصد القتل فيحدث ، وخالف في ذلك المالكية والظاهرية لعدم الواسطة بين العمد والخطأ [1] .

(٣) العلاقة بين الجريمة وبين الجناية

مما سبق يتضح أن الجريمة والجناية من حيث اللغة يتفقان في كونهما ذنبًا يستحق فاعله العقاب ، حتى عرفت الجناية بأنها الجُرم .

أما من الناحية الاصطلاحية فقد رأينا بعض الفقهاء ـ كابن جزي ، وابن رشد ، وابن قدامة وغيرهم ـ يرون الجمع بين الجريمة والجناية في معنى اللغة ، وهذا ما ذهب إليه بعض المفكرين الإسلاميين المعاصرين ، حيث يقول : وإذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون البعض الآخر أمكننا أن نقول : إن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة [2] .

---

(١) تبيين الحقائق (٩٧/٦) ، مجمع الأنهر (٦١٥/٢) ، شرح الخرشي (٥/٨) ، القوانين الفقهية (ص ٢٢٦) ، مواهب الجليل (٢٤٠/٦) ، روضة الطالبين (١٢٣/٩) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٧) ، مغنى المحتاج (٣/٤) ، المغني (٦٣٧/٧) ، الإقناع (١٦٣/٤) ، المحلى (٣٤٣/١٠)

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة (٦٧/١) .

أما جمهور الفقهاء فيرى التفريق بين الجناية وبين الجريمة ، ويقولون : إن الجناية نوع من أنواع الجريمة يكون محلها نفس الإنسان المعصوم أو بدنه ، أما الجريمة فهي أعم من ذلك ، حيث تشتمل كل فعل محظور سواء أكان محله النفس أم البدن أم المال أم العرض أم غير ذلك .

والعقوبة الناشئة عن ثبوت الجناية : القصاص أو الدية ، أما العقوبة المترتبة على الجريمة فمتعددة ، منها القصاص أو الدية إن كانت الجريمة اعتداء على النفس وما دونها ، ومنها الحدود إن كانت الجريمة اعتداء من نوع خاص على الأعراض والأموال والدين ، ومنها التعزير إن كانت الجريمة اعتداء لا يدخل تحت النوعين السابقين (القصاص والحدود) .

وعلى كل حال فإن ما جرى عليه العمل في كتب الفقهاء هو تخصيص الاعتداء على النفس وما دونها بباب ترجم أكثرهم له بباب أو كتاب الجنايات وترجم بعضهم له بالدماء ، وترجم بعضهم له بالجراحات ، وهذا يجعل التمييز بين الجريمة وبين الجناية واضحًا ، حيث تختص الجناية بالقتل أو ما دونه بغير حق .

(٤) أنواع العقوبات الشرعية

تنقسم العقوبات الشرعية إلى نوعين في الجملة [١] :

الفرع الأول : الحد [٢] ، وهو كل عقوبة مقدرة شرعًا ، وتنحصر في الاعتداء على إحدى الكليات الخمس : الدين (وشرع له حد الردة) ، والنفس (وشرع لها القصاص) ، والنسل (وشرع له حد الزنى وحد القذف) ، والعقل (وشرع له حد الخمر) ، والمال (وشرع له حد السرقة و المحاربة) .

---

(١) شرح فتح القدير (٤/٢١٢) ، قواعد الأحكام (٢/١٩٤) ، الأحكام السلطانية (ص ٢٢١ ، ٢٣٦) .

(٢) أصل الحد : ما يحجز به بين شيئين فيمنع اختلاطهما ، سميت هذه العقوبات حدودًا لكونها تمنع عن المعاودة ، ويطلق الحد على التقدير ، وهذه الحدود مقدرة من الشارع . لسان العرب ، مادة : حدد .

الفرع الثاني : التعزير[1]، وهو كل عقوبة أمر بها الشرع ولم يقدرها ، وإنما ترك أمر تقديرها لولي الأمر ومن ينيبه بحسب ما يراه مناسبًا لنوع الجريمة وحال المجرم ، كعقوق الوالدين والغش والاحتكار وشهادة الزور والرشوة .

هذا ، ويتفق التعزير مع الحد في وجهين ويختلف عنه في سبعة أوجه .

أما الوجهان اللذان يتفقان فيهما ، فهما :

الأول : أنهما عقوبتان شرعيتان ، تستندان في إقامتهما إلى دليل شرعي .

الثاني : أنهما شرعا على سبيل الزجر والتنكيل .

وأما أوجه الفرق بين الحد وبين التعزير ، فهي :

الأول : أن عقوبة الحد مقدرة ، وعقوبة التعزير غير مقدرة .

الثاني : أن عقوبة الحد ثابتة لا تتغير باختلاف الناس ، وعقوبة التعزير تتفاوت باختلاف الناس وجسامة الجريمة .

الثالث : أن الحد لا تجوز فيه الشفاعة ولا يسقط بعد ثبوته ، والتعزير بخلاف ذلك .

الرابع : أن الحد لا يتجزأ بحال ، والتعزير يمكن تجزئته .

الخامس : أن ما قد يترتب على الحد من التلف هدر لا ضمان فيه ، أما التعزير فمختلف فيه ، حيث ذهب الشافعية وبعض أهل العلم بوجوب الضمان إن حدث تلف بالتعزير ، وخالف في ذلك الجمهور[2].

---

(١) التعزير في اللغة من العزر ، وهو الضرب والمنع واللوم ، وهو من أسماء الأضداد ، فهو بمعنى التقوية والنصرة إلا أن المراد به هنا هو ضرب ما دون الحد . لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : عزر .

(٢) يرى الحنفية والمالكية والحنابلة : أنه لا ضمان على الحاكم بسراية عقوبة التعزير ؛ لأنها سراية حكم مشروع . وقال الشافعية : فيها الضمان لما روي عن عمر أنه أرسل إلى امرأة حامل ففزعت، فتحرك ولدها فأخذها المخاض فألقت غلامًا جنينًا ، فأتي عمر بذلك فأرسل إلى المهاجرين ، فقالوا : ما نرى عليك شيئًا إنما أنت معلم ومؤدب . وسكت الإمام علي فقال عمر : ==

السادس : أن الحد لا ينفذ إلا بيد الحاكم أو نائبه ، أما التعزير فيستوي فيه الحاكم وغيره .

السابع : أن الحد لا يثبت إلا بالإقرار أو البينة ؛ لأنه يدرأ بالشبهات ، أما التعزير فيمكن أن يثبت بالقرائن ونحوها[1].

(٥) تحديد نطاق البحث ـ تقسيم

الحديث في الجنايات حديث طويل متشعب ، غير أننا سنكتفي بذكر المسائل ذات الصلة المباشرة بالمسنين لضرورة تخصص البحث ، وعلى ذلك فسوف أتكلم عن أحكام الجناية بحق المسنين ، وأحكام الحدود بحق المسنين ، وذلك في مبحثين .

= = ما تقول أنت يا أبا الحسن ؟ قال : أقول : إن كانوا قاربوك في الهوى فقد أثموا ، وإن كان هذا جهد رأيهم فقد أخطئوا ، وأرى عليك الدية يا أمير المؤمنين . قال : صدقت ، اذهب فاقسمها على قومك . السنن الكبرى (١٢٣/٦)، وانظر في فقه المذاهب : حاشية ابن عابدين (١٨٣/٣ ، ١٨٩)، درر الحكام وحاشية الشرنبلالي (٩٥/٢) ، جواهر الإكليل (٢٩٦/٢) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤) ، الأحكام السلطانية للماوردي (ص٢٢٦) ، الجلال المحلي مع القليوبي (٢٠٩/٤) ، كشاف القناع (٥٢٢/٥) .

(١) انظر أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحدود وبين التعزيز في : شرح فتح القدير (٢١٢/٤) ، تبيين الحقائق (٢١١/٣) ، قواعد الأحكام (١٩٤/٢) ، الأحكام السلطانية (ص ٢٣٠) ، إعلام الموقعين (١٣٨/٢) ، السياسة الشرعية (ص ١١٢) .

المبحث الأول

أحكام الجناية بحق المسنين

أتكلم في هذا المبحث عن القصاص من المسنين ، وحكم الجناية على أعضائهم المتلفة بحكم الهرم ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول
القصاص من المسنين

أتكلم في هذا المطلب عن التعريف بالقصاص وحكمه التكليفي ، ثم أبين إمكانيته في الأطراف بحق المسنين ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول
التعريف بالقصاص وحكمه التكليفي

(١) القصاص في اللغة : مطلق المساواة أو التتبع ، ومنه قص أثره بمعنى تتبعه ، ومنه قصص السابقين بمعنى أخبارهم . وفيه معنى القطع ؛ لأن القصاص يقطع ما بين القاتل وبين أولياء المقتول من خلاف وشقاق ، ثم غلب استعماله في كل ما يفيد معنى المماثلة . والقصاص ، والقصاصاء ـ بكسر القاف وضمها ـ القود ، وهو القتل بالقتل ، أو الجرح بالجرح ، أو القطع بالقطع [١].

---

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، مادة : قصص .

والقصاص في اصطلاح الفقهاء : هو المماثلة بين الجريمة والعقوبة ، أي مجازاة الجاني بمثل فعله ، وهو القتل أو القطع أو الجرح[1].

والقصاص عند الفقهاء هو القود ، ولعله إنما سمي بذلك ؛ لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء إلى القتل بعد توثيقه ، فسمي القتل قودًا بذلك[2].

(٢) **وقد أجمع الفقهاء على أن القصاص لا يجب إلا بالعمد**[3]، وقد دلت عليه الآيات والأحاديث كما دل عليه المعقول .

١- **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ (البقرة:١٧٨). وقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ (المائدة:٤٥) . وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه ، كما هو مذهب الجمهور .

٢- **وأما دليل السنة** فأحاديث كثيرة أذكر منها ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يُودى وإما أن يقاد»[4]. وما أخرجاه أيضًا عن أنس بن مالك ، أن الرُّبَيِّع بنت النضر ـ عمته ـ كسرت ثَنِيَّة جارية ، فعرضوا عليهم الأَرْش فأبوا ، فأتوا النبي فأمر بالقصاص ، فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله ، أتكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها . فقال النبي ﷺ : «كتاب الله القصاص». قال : فرضي القوم فعفوا ، فقال رسول الله ﷺ : «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره»[5].

---

(١) التعريفات للجرجاني (ص ٢٢٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٠٩/٧) ، المغني (٦٨٣/٧) .

(٣) المغني (٦٤٧/٧) .

(٤) صحيح البخاري (٨٥٧/٢) رقم(٢٣٠٢) ، (٢٥٢٢/٦) رقم (٦٤٨٦) ، صحيح مسلم (٩٨٨/٢) رقم (١٣٥٥) .

(٥) صحيح البخاري (٩٦١/٢) رقم (٢٥٥٦) ، (١٦٣٦/٤) رقم (٤٢٣٠) ، صحيح مسلم (١٣٠٢/٣) رقم (١٦٧٥) .

٣- **وأما دليل المعقول** فهو أنه لو لم يشرع القصاص لأدى إلى انتشار الفوضى والظلم ، حيث جبلت النفوس على الظلم ، مما يترتب عليه اعتداء القوي على الضعيف ، فتتوالد الأحقاد والرغبة في الثأر ، فكان من الحكمة أن يشرع القصاص ؛ درءًا للفتنة والفساد[١] .

(٣) **وقد اختلف الفقهاء في كيفية وجوب القصاص بجناية العمد** ، هل يجب عينًا أو أن الواجب هو أحد أمرين من غير تعيين : القصاص أو الدية ، وللولي الخيار ؟ مذهبان للفقهاء :

المذهب الأول : يرى أن القصاص هو الواجب عينًا بالعمد .

وإليه ذهب الحنفية والمشهور عند المالكية وهو أحد القولين عند الشافعية وإحدى الروايتين عند الحنابلة ، وإليه ذهب زيد بن علي والثوري والأوزاعي وجماعة[٢] .

وحجتهم : من الكتاب والسنة والمعقول .

١- **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾ (البقرة:١٧٨). حيث جعل القصاص عين حق المجني عليه ، وهذا يفيد تعين القصاص .

وأجيب عن ذلك : بأن الاقتصار في الآية على بعض ما يجب لا يدل على أنه لا يجب غيره مما قام الدليل على وجوبه[٣] . ثم إن الأمر بالقصاص في القتل العمد يدل بطريق المفهوم على عدم جواز غيره ، والحنفية لا يقولون بالمفهوم .

٢- **وأما دليل السنة** فمنه ما أخرجه الشيخان عن أنس بن مالك ، أن الربيع بنت النضر ـ عمته ـ كسرت ثنية جارية فقال ﷺ : « كتاب الله القصاص »[٤] . فلم

---

(١) مجمع الأنهر (٦١٦/٢) ، المهذب (١٧٢/٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٢٤١/٧) ، شرح معاني الآثار (١٧٩/٣) ، مجمع الأنهر (٦١٥/٢) ، القوانين الفقهية (ص٢٢٧) ، تفسير القرطبي (٦٣٠/١) ، بداية المجتهد (٤٠١/٢) ، نهاية المحتاج (٣٠٩/٧) ، المغني (٧٥٢/٧) ، شرح منتهى الإرادات (٢٤١/٢) ، سبل السلام (١١٩٨/٣) .

(٣) سبل السلام ، المرجع السابق .

(٤) سبق تخريجه قريبًا .

يخير النبي ﷺ بين القصاص وبين الدية ، وإنما قضى بالقصاص عينًا ، فثبت أنه الواجب .

ويجاب عن ذلك : بنفس الجواب عن الاستدلال من الآية لكريمة ، وهو أن ذكر بعض الواجب لا يمنع مشروعية غيره ، ولكن النبي ﷺ لم يذكره ؛ لأن الحق في الخيار لولي الدم ، وقد طالبوا به ورفضوا الأرش أولاً .

٣- **وأما دليل المعقول** فهو أن ضمان العدوان الوارد في حق العبد مقيد بالمثل وهو القصاص ، والقتل الثاني مثل القتل الأول ؛ لأنه يسد مسده ، وأخذ المال لا ينوب مناب القتل فلا يكون مثلاً له .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأنه اجتهاد في مقابلة النص فلا يقبل ، وسيأتي في دليل المذهب الثاني ما يدل على مشروعية الدية مع القصاص في العمد .

المذهب الثاني : يرى أن الواجب في العمد أحد شيئين على التخيير لولي الدم : القصاص أو الدية .

وهذا هو القول الثاني عند المالكية والشافعية والإمام أحمد ، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري وأصحابه وأبو ثور ، وبه قال الهادوية [1] .

وحجتهم : من الكتاب والسنة والمعقول .

١- **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾(البقرة:١٧٨). فقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ ﴾ أي ترك له دمه ورضي بالدية ، وقوله : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ أي فعلى صاحب الدم اتباع بمعروف في المطالبة بالدية ، وعلى القاتل ﴿ أَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ أي من غير مماطلة وتأخير عن الوقت .

اعترض الحنفية على هذا الدليل : بأن المراد من قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ هو الولي لا القاتل ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ ﴾ والقاتل معفو عنه لا معفو له ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ومعلوم

---

(١) المراجع السابقة في المذهب الأول ، وانظر للظاهرية : المحلى (١٠ ٣٦٠) وما بعدها .

أن القاتل لا يتبع أحدًا بل هو المتبع ، وإنما الذي يتبع هو الولي ، فمن بذل له وأعطى له من أخيه شيء بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف . وقيل : الآية الكريمة نزلت في الصلح عن دم ، وقيل : نزلت في دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فللباقين أن يتبعوا بالمعروف في نصيبهم . فلا يصح الاحتجاج بهذه الآية مع الاحتمال في معناها[1] .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن القاتل يعفى له حيث منح الحياة بعدم القصاص منه ، كما أن القاتل هو الذي يتبع ولي الدم لطلب العفو منه ، وقد كان أولاً متبوعًا عندما جنى جنايته ، فتبعه ولي الدم حتى أوصله لولي لأمر ، فأصبح بعد ذلك تابعًا لولي الدم يطلب العفو .

٢- **وأما دليل السنة** فمنه ما أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والدارقطني عن أبي شريح الكعبي ، أن رسول الله ﷺ قال : «ألا ، إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقله ، فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا العقل ، أو يقتلوا»[2].

وفي رواية للدارقطني : «فمن قتل بعد فأولياء القتيل بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل»[3]. وهذا واضح الدلالة .

اعترض على هذا الدليل : بأن المراد من الحديث أن ولي القتيل مخير بشرط أن يرضى الجاني أن يغرم الدية ، وفي هذا التأويل جمع بين الدليلين .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأنه تأويل بغير دليل ولا تقتضيه الضرورة .

٣- **وأما دليل المعقول** فمن ثلاثة أوجه :

الوجه الاول : أن الجاني إنما تلزمه الدية بغير رضاه ؛ لأنه فرض عليه إحياء نفسه ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ (النساء:٢٩). وقوله : ﴿ وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ﴾ (البقرة:١٩٥).

---

(١) بدائع الصنائع (٢٤١/٧) .

(٢) مسند الإمام أحمد (١٣٧/٤٥) رقم (٢٧١٦٠) ، سنن أبي داود (١٧٢/٤) رقم (٤٥٠٤) ، سنن الترمذي (٢١/٤) رقم (١٤٠٦) ، سنن الدارقطني (٩٥/٣) رقم (٥٤) .

(٣) سنن الدارقطني (٩٦/٣) رقم (٥٥) من حديث ابن أبي ذئب .

الوجه الثاني : أن ضمان القتل يجب حقًا للمقتول ، والمقتول لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال ؛ لأنه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ، وكان ينبغي أن لا يشرع القصاص أصلاً إلا أنه شرع لحكمة الزجر ، وكان ينبغي أن يجمع بينهما كما في شرب الخمر للذمي ، إلا أنه تعذر الجمع ؛ لأن الدية بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية قال تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ (المائدة:٤٥). والباء تستعمل في الإبدال ، فتؤدي إلى الجمع بين البدلين ، وهذا لا يجوز ، فخير بينهما .

الوجه الثالث : أن الدية أحد بدلي النفس ، فكانت بدلاً عنها لا عن بدلها كالقصاص .

والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وذكر أدلتهم ومناقشتها : هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلون بأن الواجب في القتل العمد القصاص أو الدية على التخيير للولي ، وذلك لظهور أدلتهم وضعف أدلة المخالفين .

الفرع الثاني
إمكانية القصاص في الأطراف بحق المسنين

(١) لا خلاف بين الفقهاء في وجوب القصاص في النفس بحق المسنين عند استيفاء شروط وجوبه ؛ لأن ما يتحقق به هو زهوق الروح ، وهو لا يختلف .

وإنما جرى الخلاف بين الفقهاء في وجوب القصاص في الأطراف بحق المسنين ونحوهم من الضعاف الذين يخشى عليهم من سراية القطع على سائر الأعضاء غير المطلوبة في القصاص .

(٢) وقد ذهب ابن حزم الظاهري إلى القول بأن : القصاص واجب في كل ما كان بعمد من جرح أو كسر ، لإيجاب القرآن ذلك في كل تعدٍ ، وفي كل حرمة ، وفي كل عقوبة ، وفي كل سيئة ، كما ورد ذلك في السنة الثابتة[1] .

---

(١) المحلى (١٠/٤٠٣) .

(٣) وذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أنه يشترط لوجوب القصاص في الأطراف إمكانه من غير حيف ، ومن ثم قالوا : لا يجب القصاص إلا إذا كان من مفصل ، فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه [١] ؛ استدلالاً بما أخرجه ابن ماجه والبزار والبيهقي عن نِمْران بن جارية عن أبيه ، أن رجلاً ضرب على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل ، فاستعدى عليه النبي ﷺ ، فأمر له بالدية ، قال : إني أريد القصاص ، فقال النبي ﷺ : « خذ الدية بارك الله لك فيها » . ولم يقض له بالقصاص[٢].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث : أن النبي ﷺ لم يقتص من الساعد ؛ خوفًا من الحيف في تنفيذ القصاص .

ويدل على ذلك أيضًا ما أورده الزيلعي عن النبي ﷺ قال : « لا قصاص في عظم »[٣]. والمعنى في هذا النفي عدم الوثوق بالمماثلة وخشية الحيف .

وقال الشافعية : إن الجناية لو وقعت بعد المفصل يجوز للمجني عليه طلب القصاص من المفصل قبل موضع الجناية ؛ وليس من موضعها خشية الحيف ، وله حكومة للباقي[٤].

(٤) ومن هذا الباب اتفق الفقهاء على أن المقتص لو تعمد التعدي بالحيف ضمن ، ولكنهم اختلفوا في حكم تضمينه بالسراية التي تفضي إلى موت المقتص منه

---

(١) مجمع الأنهر (٦٢٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٥٤/٣) ، بدائع الصنائع (٣٠٨/٧) ، شرح الزرقاني (١٩/٨) ، جواهر الإكليل (٢٦٠/٢) ، بداية المجتهد (٤٠٧/٢) ، روضة الطالبين (١٨١/٩) ، نهاية المحتاج (٢٨٤/٧) ، المغني (٧٠٧/٧) ، كشاف القناع (٥٤٨/٥) .

(٢) سنن ابن ماجه (٨٨٠/٢) رقم (٢٦٣٦) ، وقال البوصيري في الزوائد : في إسناده دَهْثم بن قُرَّان اليمامي ، ضعفه أبو داود . مسند البزار (٢٥١/٩، ٢٥٢) رقم (٣٧٩٢) ، السنن الكبرى (٦٥/٨).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية وقال : غريب ، وذكر في ذلك أحاديث موقوفة على عبد الله بن عمر وابن مسعود . نصب الراية (٣٥٠/٤) .

وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على ابن عباس ـ المصنف (٣٩٤/٥) رقم (٢٧٣٠٣) ، وفي مصنف عبد الرزاق (٤٦٠/٩) رقم (١٨٠١٨) عن معمر عن رجل عن عكرمة مرفوعًا : « لا قود في الشلل ولا في الكسر وفيه العقل »، وهو مرسل .

(٤) روضة الطالبين (١٨٣/٩) .

أو وقوع ضرر بعضو آخر منه بسبب القصاص دون تعدٍّ ، وذلك على مذهبين :

المذهب الأول : يرى وجوب الضمان : وهو قول أبي حنيفة ، وبه قال عطاء والثوري وابن أبي ليلى وعثمان البتي وعمرو بن دينار وطاوس وابن شهاب الزهري والشعبي وابن شبرمة والحكم وحماد ، وروي عن ابن مسعود[1] .

وحجتهم : أن الله تعالى إنما أوجب على القاطع والجارح والكاسر والفاقئ والضارب القود مما فعلوا فقط ولم يوجب عليهم قتلاً ، فالمقتص منه إنما أبيح عضوه أو بشرته ولم يبح دمه ، فصح أنه إن مات من ذلك فإنه مقتول خطأ ففيه الدية .

وأجاب عن ذلك ابن حزم فقال : إن القصاص الذي أمر الله تعالى بأخذه لا يخلو من أحد وجهين :

الأول : أن يكون مما يمات من مثله كقطع اليد أو شق الرأس أو كسر الفخذ ، فهذا شرع فيه القصاص لذات الغرض الذي يخشى منه وهو الموت ؛ لأنه قد تعدى بما قد يمات من مثله فوجب أن يتعدى عليه بما قد يمات من مثله ، والوجه الذي مات منه أمرنا الله تعالى أن نتعمد فيه فإذ ذلك كذلك فليس عدوانًا ، وإذ ليس عدوانًا عليه فلا قود ولا دية .

الثاني : أن يكون مما لا يمات من مثله غالبًا كالضرب واللطم فوافق منيته عند القصاص ، فإنما مات بأجله ولم يمت مما عمل به فلا قود ولا دية[2] .

المذهب الثاني : يرى عدم وجوب الضمان بالسراية ، وإليه ذهب جمهور الفقهاء قال به أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة

---

(١) حاشية ابن عابدين (٥/٣٦٢) ، مجمع الأنهر (٢/٦٣١) ، البناية في شرح الهداية مع شرح فتح القدير (١٠/١٠٤) ، المحلى (١١/٢١ ، ٢٢) .

(٢) المحلى (١١/٢٣ ، ٢٤) .

والظاهرية ، وروي عن أبى بكر وعمر وعلي ، وبه قال يحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة[1].

وحجتهم : أن القصاص مأمور به والاحتراز عن السراية ليس في وسعه ، ومن فعل ما أمر به فقد أحسن ، وإذ أحسن فقد قال الله تعالى : ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ (التوبة:٩١). وإذ لا سبيل عليه فلا غرامة تلحقه ، قالوا : ولا يمكن تقييد القصاص في الأطراف بسلامة العاقبة لما فيه من سد باب استيفاء الحق بالقصاص .

وقد أخرج عبد الرزاق وابن حزم ، عن ابن المسيب قال : قال عمر بن الخطاب في الرجل يموت في القصاص : قتله كتاب الله تعالى بالحق لا دية له [2].

كما أخرج عبد الرزاق وابن حزم ، عن علي بن أبى طالب ، قال : ما كنت لأقيم على رجل حدًّا فيموت ، فأجد في نفسي منه شيئًا إلا صاحب الخمر لو مات وديته ، وذلك أن النبي ﷺ لم يسنه [3].

والمختار في نظري بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها : هو ما ذهب إليه أبو حنيفة من وجوب الضمان بالسراية في قصاص الأطراف ؛ لأن القصاص مما يدرأ بالشبهة ، ولأن الله تعالى نهى ولي الدم عن الإسراف فقال : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ (الإسراء:٣٣). والنهي عن الإسراف في قصاص النفس نهي عن الإسراف في قصاص الأطراف .

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٣٨/٤) ، بداية المجتهد (٤٠٨/٢) ، المهذب (١٨٧/٢) ، الجلال المحلي مع القليوبي وعميرة (١٢٥/٤) ، روضة الطالبين (١٦٩/٤) ، كشاف القناع (٥٢٢/٥) ، المحلى (٢١/١١ ، ٢٢) .

(٢) المحلى (٢٢/١١) ، مصنف عبد الرزاق (٤٥٦/٩) رقم (١٨٠٠٢) ، وذكره ابن أبي شيبة من قول الحسن البصري ، وروى عن عمر قوله : من مات بقصاص بكتاب الله فلا دية له . المصنف لابن أبي شيبة (٤٢٧/٥) رقم (٢٧٦٦٧ ، ٢٧٦٦٨) .

(٣) المحلى (٢٢/١١) ، مصنف عبد الرزاق (٤٥٧/٩) رقم (١٨٠٠٦) ، هذا ، وقد روى ابن أبي شيبة عن علي قال مثل قول عمر : من مات بقصاص بكتاب الله فلا دية له . (٤٢٧/٥) رقم (٢٧٦٦٦) .

المطلب الثاني

الجناية على أعضاء المسنين عديمة الفائدة بحكم الهرم

الأصل الذي ذكره الفقهاء هو أن ما وجب فيه القصاص من الأعضاء ، إنما يجب فيه القصاص وإن اختلف العضوان في الصغر والكبر ، والطول والقصر ، والصحة والمرض ؛ لأنا لو اعتبرنا المساواة في هذه المعاني سقط القصاص في الأعضاء ؛ لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان في هذه الصفات فسقط اعتبارها[1] .

وقد ورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات ، ومن ذلك ذكر المسنين الطاعنين ، حيث اختلف الفقهاء في الواجب بالجناية على ذكر المسنين الذين لا يأتون النساء بحكم الهرم ، وفي حكمه ذكر الصبي والعنين ، وأتكلم هنا عن حكم الجناية على ذكر الفحل ، ثم أبين حكم الجناية على ذكر الهَرِم ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول

حكم الجناية على ذكر الفحل

اختلف الفقهاء فيما يجب بالجناية العمدية على ذكر الفحل ، على مذهبين :

المذهب الأول : يرى عدم القصاص في قطع ذكر الفحل ولو من أصله ، وإنما تجب الدية ، أما قطع الحشفة فقط فيجري فيها القصاص ، وهو المشهور عن أبي حنيفة ، وذهب إليه بعضهم[2] .

وحجتهم : من السنة والمعقول .

(١) **أما دليل السنة** فما رواه ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن طاوس ، أن عنده كتابًا عن النبي ﷺ : « إذا قطع الذكر ففيه مائة ناقة ، قد انقطعت شهوته وذهب نسله »[3] . حيث جعل النبي ﷺ الواجب في قطع الذكر الدية ولم يوجب القصاص .

---

(١) المهذب (١٨٢/٢) .

(٢) الاختيار (٣٠/٥) ، مجمع الأنهر (٦٢٦/٢) ، بدائع الصنائع (٣٠٨/٧) ، حاشية ابن عابدين (٥٣٦/٥) .

(٣) المحلى (٤٥٠/١٠) ، مصنف عبد الرزاق (٣٧٢/٩) رقم (١٧٦٣٦) ، باب دية الذكر .

أجاب عن ذلك ابن حزم فقال : هذا منقطع ، وإن صححوه فإنه يلزم به أن الدية لا تجب في ذكر العقيم ولا في ذكر الشيخ الكبير ، وهم لا يقولون بهذا[1].

(٢) **وأما دليل المعقول** : فهو أنه عضو ينقبض وينبسط فلا تتحقق فيه المثلية ، وهذا يحول دون إمكانية القصاص . أما الحشفة فيجري فيها القصاص ؛ لأن موضع القطع معلوم فصار كالمفصل .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن انقباض العضو وانبساطه لا يحول دون إمكان القصاص ، وإذ أمكنكم القصاص في الحشفة أمكنكم القصاص في العضو .

المذهب الثاني : يرى وجوب القصاص في قطع ذكر الفحل عمدًا ، كما يجري القصاص في الحشفة .

وهو رواية عن أبي حنيفة ، وقول أبي يوسف ، وجزم به بعضهم ، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، وروي عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وزيد وطاوس[2].

وحجتهم : من الكتاب والمعقول .

(١) **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ (المائدة:٤٥). وحيث بين الله تعالى المماثلة في تلك الأعضاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، ثم أجمل فقال: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ فيجب القصاص في كل الجروح التي يمكن استيفاء القصاص منها .

(٢) **وأما دليل المعقول** فقالوا : إن الذكر له حد ينتهي إليه ، الأمر الذي يمكن معه إقامة القصاص دون حيف ، فوجب فيه القصاص كالأنف والأذن .

---

(١) المحلى (١٠/٤٥٠) .

(٢) الشرح الصغير (٤/٣٥٥ ، ٣٨٨) ، شرح الزرقاني (٨/١٧) ، المهذب (٢/١٨٢) ، روضة الطالبين (٩/١٩٥) ، كشاف القناع (٥/٥٥٢) ، المغني (٧/٧١٤) ، المحلى (١٠/٤٤٩ ، ٤٥٠) .

والمختار في نظري: هو ما ذهب إليه الجمهور من وجوب القصاص في جناية العمد على عضو الذكر؛ لقوة حجتهم، ومراعاة لصورة العضو. وحتى لا يتعدى أحد على أحد في ذلك.

الفرع الثاني
حكم الجناية على ذكر المسن الهرم

اختلف الفقهاء القائلون بوجوب القصاص في جناية العمد على ذكر الفحل فيما لو كان الجاني فحلاً والمجني عليه شيخًا كبيرًا، وفي حكمه (الخصي) والعنين الذي لا يأتي النساء، وذلك على مذهبين:

المذهب الأول: يرى وجوب القصاص أو الدية كاملة من الفحل في جناية العمد على ذكر المسنين ونحوهم. وهو مذهب الشافعية، ووجه للحنابلة، وإليه ذهب الظاهرية[1].

وحجتهم: تحقق المثلية في الصورة، فهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان.

المذهب الثاني: يرى عدم وجوب القصاص من الفحل في جناية العمد على ذكر المسنين ونحوهم، وهو مذهب الحنفية والمالكية والمشهور عند الحنابلة، وبه قال عطاء وقتادة[2].

---

(1) المهذب (٢/١٨٢)، روضة الطالبين (٩/١٩٥)، المغني (٧/٧١٤)، كشاف القناع (٥/٥٥٢)، المحلى (١٠/٤٤٩، ٤٥١).

(2) الاختيار (٥/٣٠)، بدائع الصنائع (٧/٣٠٨)، مجمع الأنهر (٢/٦٢٦)، الشرح الصغير (٤/٣٥٥، ٣٨٨)، جواهر الإكليل (٢/٢٦٨)، التاج والإكليل (٦/٢٦١)، شرح الزرقاني (٨/١٧)، المغني (٧/٧١٤)، (٨/٣٣)، كشاف القناع (٥/٥٥٢)، المحلى (١٠/٤٥٠).

وحجتهم : أنه لا منفعة في ذكر الخصي أو العنين أو الهرم ؛ لأنه لا يكاد يقدر على الوطء ، فكان كالأشل ، ولعدم تحقق المماثلة الذي هو شرط وجوب القصاص ، ثم اختلف هؤلاء في الواجب بعد سقوط القصاص في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : أن الواجب دية كاملة . وهو قول عن الإمام مالك ، وإليه ذهب الحنابلة في رواية ، وبه قال عطاء وطاوس .

وحجتهم : ما أخرجه النسائي وابن حبان عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ، أن رسول الله ﷺ ، كتب لأهل اليمن كتابًا فيه الفرائض والسنن والديات ، وبعث به مع عمرو بن حزم ، وفيه « وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية »[1]. وهذا عام في كل عضو ، وقد روى ابن حزم عن عطاء ، قال : في الحشفة الدية إذا أصيبت . فقيل له : فإن استؤصل الذكر ؟ قال : فالدية . قيل له : فذكر الذي لا يأتي النساء ؟ قال : مثل ما في ذكر الذي يأتي النساء . قيل له : الكبير الذي ذهب ذلك منه ؟ قال : أليس يوفي نذره ، يعني ديته[2].

القول الثاني : أن الواجب حكومة وليست الدية . وهو مذهب الحنفية ، والقول الثاني عند المالكية ، ورواية عن الإمام أحمد ، وبه قال قتادة .

وحجتهم : أن منفعة الذكر في الإنزال والإحبال والجماع ، وقد عدم ذلك على وجه الكمال فلم تكمل الدية ، وإذا لم تجب الدية كاملة كان الواجب بعضها حكومة .

---

(١) سنن النسائي (٥٧/٨) رقم (٤٨٥٣) ، صحيح ابن حبان (٥٠٧/١٤) رقم (٦٥٥٩) ، ونقل ابن حجر تصحيحه عن جماعة من العلماء . تلخيص الحبير (١٧/٤) .

(٢) المحلى (٤٥٠/١٠) مصنف ابن أبي شيبة (٣٨١/٥) رقم ٢٧١٥٣ ، مصنف عبد الرزاق (٣٧٢/٩) رقم (١٧٦٣٧) ، باب دية الذكر .

وقد روى ابن حزم عن قتادة ، أنه سئل عن ذكر الذي لا يأتي النساء؟ فقال : دية ذكر الذي يأتي النساء[1].

وروى ابن حزم ـ أيضًا ـ عن عمر رضي الله عنه أيضًا أنه قضى في ذكر الخصي يستأصل بثلث الدية [2] .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه الإمام مالك في قول ، والحنابلة في رواية من وجوب الدية كاملة دون القصاص إذا كان المجني عليه شيخًا كبيرًا وكان الجاني فحلاً ؛ لشبهة عدم المماثلة ، فإن عضو الذكورة عند الشيخ الكبير صورة وليس كحقيقة الفحل ، ولكن يشترط التأكد من انعدام قدرة المسن على الإيلاج ، وإلا فالواجب القصاص كما ذهب إلى ذلك الشافعية .

* * *

(١) المحلى (١٠/٤٥٠) ، مصنف عبد الرزاق (٩/٣٧٣) رقم (١٧٦٤٢) ، باب دية الذكر .
(٢) المحلى (١٠/٤٥٠) .

المبحث الثاني

أحكام الحدود بحق المسنين

أتكلم في هذا المبحث عن صفة جلد المسنين في الحدود ، وشبهة انعدام الإنجاب في إسقاط حد الزنى ، وذلك في مطلبين :

المطلب الأول
صفة جلد المسنين في الحدود

أتكلم في إشارة سريعة عن الحدود التي توجب الجلد ، ثم أبين صفة جلد المسنين ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول
الحدود التي توجب الجلد

يثبت الجلد حدًّا في ثلاث جرائم هي : الزنى والقذف وشرب الخمر ، وكلها من الكبائر ويجب بثبوتها الحد جلدًا في الجملة .

أما دليل كونها من الكبائر فمنه ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « اجتنبوا السبع الموبقات » . قالوا : يا رسول الله ، وما هن ؟ قال : « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات »[1] .

---

(١) صحيح البخاري (١٠١٧/٣) رقم (٢٦١٥) ، (٢٥١٥/٦) رقم (٦٤٦٥) ، صحيح مسلم (٩٢/١) رقم (٨٩) .

وأخرج الشيخان عن عبد الله بن مسعود، قال: سألت رسول الله ﷺ: أي الذنوب عند الله أكبر؟ قال: «أن تجعل لله نداً وهو خلقك». قلت: ثم أي؟ قال: «أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك». قلت: ثم أي؟ قال: «أن تزاني حليلة جارك»[1].

وأخرج الشيخان عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشرب وهو مؤمن، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينتهب نهبة يرفع الناس إليه فيها أبصارهم حين ينتهبها وهو مؤمن»[2].

وأما دليل وجوب الجلد في هذه الحدود بعد ثبوتها فحسب التفصيل الآتي:

(أ) أما الزنى الذي هو من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله تعالى وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، فقد ثبت الجلد فيه لغير المحصن والرجم للمحصن من الكتاب والسنة.

١- **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى: ﴿**ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ**﴾ (النور:٢). وهذا الجلد لغير المحصن، أما المحصن فحده في الزنى الرجم حتى الموت؛ لما أخرجه مالك عن عمر بن الخطاب، قال: إن الله بعث محمداً بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان مما أنزل: آية الرجم، فقرأناها وعقلناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ، ورجمنا بعده، فأخشى إن طال الزمان أن يقول قائل: والله ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، والرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف. والذي نفسي بيده

---

(١) صحيح البخاري (٤/١٦٢٦) رقم (٤٢٠٧)، (٥/٢٢٣٦) رقم (٥٦٥٥)، صحيح مسلم (١/٩٠) رقم (٨٦).

(٢) صحيح البخاري (٢/٨٧٥) رقم (٢٣٤٣)، (٥/٢١٢٠) رقم (٥٢٥٦). صحيح مسلم (١/٧٦) رقم (٥٧).

لولا أن يقول الناس : زاد عمر بن الخطاب في كتاب الله لكتبتها : الشيخ والشيخة إذا زانيا فارجموهما البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم[1].

٢- **وأما دليل السنة** فمنه ما أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت ، أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني ، خذوا عني ، وقد جعل الله لهن سبيلاً : البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم »[2].

(ب) وأما القذف الذي هو من الكبائر أيضًا ، فقد دل على وجوب الجلد فيه الكتاب والسنة .

١- **أما دليل الكتاب** فمنه قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ (النور:٤) .

٢- **أما دليل السنة** فمنه ما أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشَرِيك ابن سَحْمَاء ، فقال النبي ﷺ : « البينة أو حد في ظهرك ». فقال : يا رسول الله ، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة ؟ فجعل يقول : « البينة وإلا حد في ظهرك ». ثم ذكر حديث اللعان[3].

(ج) وأما شرب الخمر الذي هو من الكبائر أيضًا ، فقد ثبت حده بالسنة فيما أخرجه مسلم عن أنس بن مالك : أن النبي ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين ، قال : وفعله أبو بكر ، فلما كان عمر استشار الناس ، فقال عبد الرحمن بن عوف : أخف الحدود ثمانون ، فأمر به عمر[4].

---

(١) موطأ مالك (٨٢٤/٢) رقم (١٥٠٦) ، ورواه البخاري ومسلم مختصرًا دون أن يذكرا قوله : « والذي نفسي بيده » حتى آخر الحديث . صحيح البخاري (٢٥٠٤/٦) رقم (٦٤٤٢)، صحيح مسلم (١٣١٧/٣) رقم (١٦٩١).

(٢) صحيح مسلم (١٣١٦/٣) .

(٣) صحيح البخاري (٩٤٩/٢) رقم (٢٥٢٦) ، (١٧٧٢/٤) رقم (٤٤٧٠) .

(٤) صحيح مسلم (١٣٣٠/٣) رقم (١٧٠٦) .

الفرع الثاني
صفة جلد المسنين

اتفق الفقهاء على أن المقصود بحد الجلد إحداث الإيلام وليس الإماتة ، ولذلك اتفقوا على أن الصحيح يجلد بسوط معتدل ليس خفيفًا لا يؤلم ولا غليظًا يجرح .

وإذا كان المجلود ضعيفًا بالخلقة لا يحتمل السياط ـ كما لو كان شيخًا هرمًا أو عجوزًا ـ جاز عند الجمهور تأخيره لتجنب الحر والبرد الشديدين ، وذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم التأخير ، ولكنهم اتفقوا مع الجمهور في سقوط الجلد بالسوط إن خشي عليه الموت ، وإنما يجلد بالأثاكيل أو العثاكيل [1] .

والإثكال من النخل ـ بكسر الهمزة وإسكان الثاء ـ والأثكول ـ بضم الهمزة ـ والعثكال ـ بكسر العين ـ والعثكول ـ بضم العين ـ هو العرجون الذي فيه أغصان الشماريخ التي عليها البسر والرطب ، قال أهل اللغة : وهو بمنزلة العنقود من العنب ، واتفقوا على كسر همزة الإثكال ، وعلى أنه مفرد وجمعه أثاكيل ، كشمراخ وشماريخ ، ومفتاح ومفاتيح ، والعثكال أفصح من الإثكال [2].

ويدل على أن جلد المسنين ونحوهم من الضعاف بالأثاكيل أو العثاكيل : القرآن الكريم والسنة المطهرة والمعقول .

(١) **أما القرآن الكريم** فمنه قوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (البقرة:٢٨٦). قال ابن حزم : وهذه الآية توجب ألا يجلد أحد إلا على حسب طاقته من الألم ، وهي نص جلي في ذلك لا يجوز مخالفته .

---

(١) انظر في فقه المذاهب : حاشية ابن عابدين (١٤٧/٣ ، ١٧٨)، (٣٧٤/٥) مجمع الأنهر (٥٨٨/١)، حاشية الزرقاني (٨٤/٨ ، ١١٤) ، بداية المجتهد (٤٣٨/٢) ، المهذب (٢٧١/٢) روضة الطالبين (١٧٢/١٠) ، أسنى المطالب (١٣٣/٤) ، المغني (١٧٢/٨ ، ٣١٣) ، كشاف القناع (٨٢/٦) ، المحلى (١٧٤/١١ ، ١٧٥) .

(٢) وقال ابن السكيت : يقال : شمراخ وشمروخ ، وعثكال وعثكول ، وإثكال وأثكول . تحرير ألفاظ التنبيه للنووي (ص ٣٢٥) .

(٢) **أما دليل السنة** فمنه ما رواه ابن حزم عن سهل بن سعد ، قال : إن رسول الله ﷺ أتي برجل قد زنى فأمر به فجرد ، فإذا رجل مقعد حمش الساقين ، فقال رسول الله ﷺ : « ما يبقى الضرب من هذا شيئًا ». فدعا بأثاكيل فيها مائة شمروخ ، فضربه بها ضربة واحدة[١].

وروى ابن حزم من طريق البغوي عن ابن عباس ، قال : مر رسول الله ﷺ بامرأة لا تقدر أن تمتنع ممن أرادها ، فقال رسول الله ﷺ : « ممن »؟ قالت : من فلان ، فذكرت رجلاً ضعيفًا أضعف منها ، فبعث إليه رسول الله ﷺ فجيء به فسأله عن ذلك فأقر مرارًا ، فقال له رسول الله ﷺ : « خذوا أثاكيل مائة فاضربوه بها مرة واحدة »[٢].

كما روى ابن حزم عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف ، قال جيء رسول الله ﷺ ، بجارية وهي حبلى ، فسألها ممن حملك؟ فقالت : من فلان المقعد ، فجيء بفلان ، فإذا رجل حمش الجسد ضرير ، فقال : « والله ما يبقي الضرب من هذا شيئًا ». فأمر بأثاكيل مائة فجمعت فضرب بها ضربة واحدة . قال : وهي شماريخ النخل التي يكون فيها العروق[٣].

---

(١) المحلى (١١/١٧٥) ، وقال ابن حزم : حديث سهل بن سعد صالح تقوم به الحجة . كما أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤/٣١١) رقم (٧٣٠٠) ، قال الهيثمي : حديث سهل بن سعد الساعدي بلفظ : « أن رسول الله ﷺ أتي بشيخ أحبن مصفر قد ظهرت عروقه ، قد زنى بامرأة فضربه رسول الله ﷺ بضغث فيه مائة شمراخ » . قال الهيثمي : رواه النسائي باختصار ، ورواه الطبراني وفيه أبو بكر بن أبي سبرة ، وهو متروك . مجمع الزوائد (٦/٢٥٢)، المعجم الكبير (٦/١٥٢) رقم (٥٨٢٠) . وروى أبو أمامة أن النبي ﷺ أتي برجل قد زنى فسأله فاعترف فأمر به فجرد فإذا هو حمش الخلق مقعد ، فقال : « ما يبقى الضرب من هذا شيئًا ». فدعا بأثكول فيه مائة شمراخ فضربه به ضربة واحدة . قال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات . مجمع الزوائد (٦/٢٥٢) ، المعجم الأوسط (١/٢٠٦) رقم (٦٦٠).

(٢) المحلى (١١/١٧٤) ، وأخرجه الدارقطني بألفاظ قريبة جدًا من حديث أبي أمامة ـ سنن الدارقطني (٣/٩٩ ، ١٠٠).

(٣) المحلى (١١/١٧٥) ، كما أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٤/٣١١) رقم (٧٣٠١) ، والدارقطني في سننه (٣/١٠٠).

(٣) **وأما دليل المعقول** فيقول ابن حزم : بضرورة العقل ندري أن ابن نيف وثلاثين قوي الجسم مضبَّر الخَلقْ يحمل من الضرب من قوته ما لا يحمله الشيخ ابن ثمانين ، وكذلك يؤلم الشيخ الكبير من الجلد ما لا يؤلم ابن الثلاثين الشاب القوي ، بل لا يكاد يحس إلا حسًا لطيفًا ، وأن الذي يؤلم الشاب القوي لو قوبل به الشيخ الهرم لقتله ، هذا أمر لا يدفعه إلا مدافع للحس والمشاهدة[١] .

(١) المحلى (١١/١٧٦) ومضبَّر الخلق : موثق الخلق . اللسان ، مادة : ضبر .

المطلب الثاني
شبهة انعدام الإنجاب في إسقاط حد الزنى

أتكلم في هذا المطلب عن الأصل في سقوط الحدود بالشبهات ، ثم أبين شبهة انعدام الإنجاب في زنى المسنين ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول : الأصل في سقوط الحدود بالشبهات .

الفرع الثاني : شبهة انعدام الإنجاب في زنى المسنين .

الفرع الأول
الأصل في سقوط الحدود بالشبهات

الشبهة في اللغة : هي الالتباس ، يقال : اشتبه عليه الأمر أي اختلط ، واشتبه في المسألة أي شك في صحتها[1].

والشبهة في اصطلاح الفقهاء : هي ما لم يتيقن كونه حرامًا أو حلالاً [2].

وقيل : هي ما يشبه الثابت ، وليس في نفس الأمر بثابت[3].

وقد ذهب الظاهرية إلى أن الحدود لا تدرأ بالشبهات ، وإنما العبرة في إقامتها بثبوتها ، والعبرة في سقوطها بعدم ثبوتها[4]. وذهب أكثر أهل العلم منهم فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن الحدود تدرأ بالشبهات في الجملة [5]، ثم اختلفوا في صلاحية بعض الشبهات وعدم صلاحيتها ، واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول .

---

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة : شبه .

(٢) التعريفات للجرجاني (ص ١٦٥) مجمع الأنهر (٥٩٢/١) .

(٣) مجمع الأنهر (٥٩٢/١) .

(٤) قال ابن حزم : وهو مذهبنا ومذهب أصحابنا . المحلى (١٥٣/١١) .

(٥) انظر في فقه المذاهب على سبيل المثال : شرح فتح القدير (٢٤٨/٥) ، مجمع النهر (٥٩٣/١) ، الفروق (١٧٢/٤) ، بداية المجتهد (٤٣٥/٢) ، روضة الطالبين (٩٢/١٠) ، مغني المحتاج (١٤٥/٤) ، كشاف القناع (٩٦/٦) ، الإنصاف (١٨٧/١٠) .

(١) **أما دليل السنة** : فمنه ما أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعًا»[١] . وما أخرجه الترمذي والدارقطني والحاكم والبيهقي عن عائشة ، أن النبي ﷺ قال : «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»[٢] . وأخرج البيهقي عن علي مرفوعًا وموقوفًا : «ادرءوا الحدود بالشبهات»[٣] .

يقول الكمال بن الهمام : هذا الحديث روي بعدة طرق ، منها المرسل ، والمرسل لا يقدح ، ومنها الموقوف والموقوف في هذا له حكم المرفوع ، ثم إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ، ولذا قال بعض الفقهاء : هذا الحديث متفق عليه وتلقته الأمة بالقبول[٤] .

كما يدل على دفع الحدود بالشبهات : ما كان من أمر النبي ﷺ وهو يدفع ماعزًا الذي جاء معترفًا بالزنى ، فقال له ﷺ : «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت». قال : لا يا رسول الله . الحديث أخرجه البخاري[٥] .

---

(١) سنن ابن ماجه (٢/٨٥٠) رقم (٢٥٤٥) ، وأخرجه أبو يعلى . مسند أبي يعلى (١١/٤٩٤) رقم (٦٦١٨) بلفظ : «ادرءوا الحدود ما استطعتم» . قال ابن حجر : إسناده ضعيف . بلوغ المرام مع سبل السلام (٤/١٢٨٧) رقم (١١٤١) ، وضعفه الألباني أيضًا في إرواء الغليل (٨/٢٦) رقم (٢٣٥٦) .

(٢) سنن الترمذي (٤/٣٣) رقم (١٤٢٤)، المستدرك (٤/٤٢٦) رقم (٨١٦٣)، السنن الكبرى للبيهقي (٨/٢٣٨) ، سنن الدارقطني (٣/٨٤) رقم (٨) ، قال ابن حجر : وإسناده ضعيف أيضًا . بلوغ المرام مع سبل السلام (٤/١٢٨٧) رقم (١١٤١) ، تلخيص الحبير (٤/٥٦) .

(٣) السنن الكبرى (٨/٢٣٨) ، من طريقين أحدهما : في سنده المختار بن نافع منكر الحديث ، والثاني : في سنده مجهول . سبل السلام (٤/١٢٨٨) ، كما أخرجه الدارقطني عن علي مرفوعًا (٣/٨٤) رقم (٨) ، وأخرجه السمعاني كما في المقاصد الحسنة للسخاوي (ص ٣٠) عن عمر مرفوعًا بلفظ : «ادرءوا الحدود بالشبهة» .

(٤) شرح فتح القدير (٥/٢٤٩) .

(٥) رواه البخاري عن ابن عباس وتكملته قال : «أنكتها ؟ لا يكني ، قال : نعم . فعند ذلك أمر برجمه . صحيح البخاري (٦/٢٥٠٢) رقم (٦٤٣٨) .

ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كانت بعد صريح الإقرار والاعتراف ، وإنما يقع الاختلاف أحيانًا بين الفقهاء في بعض الشبهات أهي شبهة صالحة للدرء أم لا ؟

(٢) **وأما دليل المعقول** فهو أن الحدود مقدرة من الشرع فلا تلزم إلا بثبوتها بيقين ، والشبهة تضعف من هذا اليقين فلا تجب .

الفرع الثاني
شبهة انعدام اللذة أو الإنجاب في زنى المسنين

لم أجد أحدًا من الفقهاء اعتبر شبهة انعدام اللذة أو الإنجاب مسقطة للحد في الزنى ، بل نصوا على وجوب الحد على كل من الشيخ الهرم والعجوز الشوهاء إذا وقع الإيلاج بشروطه ، غير أنهم تكلموا عن هاتين الشبهتين في المسائل الثلاث التالية :

الأولى : تعريف الزنى وأنه وطء في فرج أنثى مشتهاة .

الثانية : انعدام اللذة في حالة الإكراه .

الثالثة : انعدام اللذة أو الفرج المشتهى والإنجاب في وطء الصغيرة التي لا يوطأ مثالها .

وأحاول فيما يلي إلقاء الضوء على تلك المسائل لأجلي الحقيقة عن هاتين الشبهتين ، وأنه لا علاقة بينهما وبين سقوط الحد في زنى المسنين .

أولاً : تقييد الزنى بأنه وطء في فرج أنثى مشتهاة

يعرف فقهاء الحنفية الزنى بأنه : وطء مكلف في فرج مشتهاة ولو ماضيًا خال عن الملك وشبهته[1] .

---

(١) شرح فتح القدير (٣/٢١٩) ، (٥/٢٤٧) ، حاشية ابن عابدين (٣/٣٢) ، (٤/٥) ، مجمع الأنهر (١/٥٨٥) ، وقال الطحطاوي في بطلان الصلاة بمحاذاة المشتهاة ، قال : يخرج بذلك الصغيرة ويدخل الحرة والأمة والأجنبية والزوجة والعجوز الشوهاء . حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (ص ٢٢٣) .

أما جمهور الفقهاء فلم يقيدوا تعريف الزنى بالمشتهاة ، حيث قال المالكية في تعريفه : ==

قالوا ، وخرج بقيد مشتهاة : الصغيرة والميتة والبهيمة ؛ لأن الطبع لا يشتهيهم . وقولهم في التعريف : ولو ماضيًا : لتدخل المرأة العجوز الشوهاء ، فهي وإن لم تكن مشتهاة في الحال لكنها كانت مشتهاة فيما مضى .

واختلف الفقهاء الحنفيون في السن الذي تشتهي فيه المرأة بعد إجماعهم على أنها إذا بلغت تسع سنين صارت مشتهاة ، وأما قبل ذلك فقيل : إذا بلغت خمسًا ، وقيل : إذا بلغت سبعًا ، والأصح أنها إذا صارت تصلح للجماع دون التقيد بالسن[1] .

قلت : ومما سبق يتضح أن الحنفية الذين قيدوا تعريف الزنى بأنه وطء في فرج مشتهاة نصوا على دخول العجوز الشوهاء بقولهم : (ولو ماضيًا) ، فلا يحتجن أحد بقيد المشتهاة لخروج زنى العجوز من الحد .

وقولهم : خرج بقيد مشتهاة : الصغيرة والميتة ؛ لأن الطبع لا يشتهيهما قاصر على ما ذكروه ـ وإن كان محل نظر ـ ولا يجوز تخريج العجوز على ذلك ؛ لأنها مشتهاة ولو ماضيًا . يقول الكمال بن الهمام : حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة ، ولا يستنكر ذلك في العجوز[2] .

قلت : ويبقى حق المسنين في درء حد الزنى عنهم حال عدم إمكان الإيلاج الموجب للحد بسبب كبر السن ، ولا ينفي هذا وجوب التعزير إن كان له وجه .

==وطء مكلف مسلم فرج ادمي لا ملك له فيه تعمداً . كفاية الطالب الرباني (٤/٤٩) .
وعند الشافعية : إيلاج حشفة أو قدرها من الذكر المتصل الأصلي من الآدمي الواضح ولو أشل وغير منتشر وكان ملفوفًا بفرج أنثى ولو غوراء . مغني المحتاج (٤/١٤٣ ، ١٤٤) .
وعند الحنابلة : الزنى فعل الفاحشة في قبل أو دبر . الروض المربع (٣/٣٠٩) ، كشاف القناع (٦/٨٩) .

(١) شرح فتح القدير (٣/٢٢٢) ، (٤/٣٧٢) ، (٥/٢٧٢) ، حاشية ابن عابدين (٣/٣٧) ، حاشية الطحطاوي (ص ٢٢٣) وقال المالكية : تشتهى البنت من ست سنين . حاشية الدسوقي (١/٤٢٠) .
وقال الحنابلة : التي تشتهى بنت سبع فأكثر . كشاف القناع (٢/١٥٣)

(٢) شرح فتح القدير (٤/٣٨٤) .

ثانيًا : تعليل سراية التحريم بالمصاهرة بوطء الزنى بما يسبب الولد

حيث اختلف فقهاء الحنفية في سراية التحريم بالمصاهرة بوطء الزنى من الصغيرة التي لا يولد لمثلها [1]؛ وذكر بعضهم : أن العلة في سراية التحريم : وجود الوطء الذي يسبب الولد .

فقالوا : إذا زنى بصغيرة لا تشتهى هل تحرم عليه أمها وابنتها ، إذا بلغت ثم تزوجت بآخر وأنجبت منه بنتًا ؟

ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم تحريم أم الصغيرة المزني بها أو ابنتها إن أنجبت بعد كبرها .

وعن أبي يوسف وهو ما ذهب إليه الحنابلة : أن الزاني بالصغيرة التي لا تشتهى يحرم عليه بالمصاهرة أمها وابنتها [2].

وحجة أبي يوسف والحنابلة : القياس على الزنى بالعجوز الشوهاء .

---

(١)أما المشتهاة والكبيرة فلا خلاف عند القائلين بتنسيب ابن الزنى من الزاني ، أن الزنى يؤثر في التحريم بالمصاهرة والدم ، وهذا قول الشعبي والنخعي وإسحاق وروي عن عروة وابن يسار ، وبه قال بعض المالكية ونسبه بعضهم إلى القرطبي ، وهو قول الحسن وابن سيرين إذا أقيم عليه الحد .

وأما الجمهور فقالوا : لا ينسب ابن الزنى من الزاني ثم اختلفوا في تأثيره في التحريم بالمصاهرة والدم على مذهبين :

الأول : يرى تأثير الزنى في التحريم بالمصاهرة والدم ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ، ورواية عن مالك ، ووجه ضعيف للشافعي . **الثاني** : يرى عدم تأثير الزنى في التحريم بالمصاهرة ؛ لأنه هدر ، وهو قول الإمام مالك في الموطأ ، وقال ابن حبيب : إنه رجع عنه وأفتى بالتحريم ، وبه قال الشافعية في المعتمد .

انظر في فقه المذاهب : الفتاوى الهندية (٢٧٤/١) ، مجمع الأنهر (٣٢٦/٢) ، تبيين الحقائق (١٠٦/٢) ، بداية المجتهد (٣٤/٢ ، ٣٥٨) كفاية الطالب الرباني (٦٣/٢) ، المهذب (٤٣/٢) ، المغني (٥٧٦/٦) ، كشاف القناع (٧٢/٥) ، المحلى (١٤٠/١٠ ، ١٤٣) ، وانظر أيضًا : فتح الباري (٤٠/١٢) ، مجموع الفتاوى (١٠/٣٤ ، ١٥) ، (٣٧٣/٣١) .

(٢) شرح فتح القدير (٢١٩/٣) ، البحر الرائق (١٠٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٠/٣) ، كشاف القناع (٧٢/٥) .

اعترض على ذلك بأنه قياس مع الفارق ، ويستفاد ذلك مما ذكره الكمال ابن الهمام في مسألة وجوب النفقة على زوج العجوز الشوهاء ، قال : إن المقصود من النكاح هو الجماع أو دواعيه ، والانتفاع من حيث الدواعي موجود في العجوز الشوهاء بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها ، فإنها لا تكون مشتهاة أصلاً ، فلا تجامع فيما دون الفرج ، حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ، ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة [1].

وحجة أبي حنيفة ومحمد : أن العلة في سراية التحريم أنه وطء يسبب الولد ، وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة ؛ لجواز وقوعه ، كما وقع لزوجتي إبراهيم وزكريا ، عليهم السلام .

قال الكمال بن الهمام : لأبي يوسف أن يقول : الإمكان العقلي ثابت فيهما ، والعادي منتفٍ عنهما فتساويا ، والقصتان على خلاف العادة لا توجبان الثبوت العادي ولا تخرجان العادة عن النفي [2].

قلت : ومن هذا يتضح أن ما ذكره من علة الإنجاب ليس صحيحًا ، والصواب أن هذا لا يعد زنًى موجبًا للحد ، ومن ثم لا يعد وطئًا صحيحًا يرتب أثرًا في التحريم بالمصاهرة ، حيث يرى الحنفية أن المكلف لو زنى بصغيرة غير مشتهاة لم يجب عليه الحد ، يقول صاحب « مجمع الأنهر » : وإن زنى مكلف بصغيرة تجامع مثلها يحد ، فإذا لم تكن تجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد ، كما في « الغاية » [3].

قلت : ومما سبق يتضح خطأ التعبير في الاحتجاج لأبي حنيفة بقولهم : العلة في سراية التحريم أنه وطء يسبب الولد وهو منتفٍ في الصغيرة التي لا تشتهى . وإلا لاستمسك به بعض ذوى الأهواء لإسقاط الحد عن العجوز الشوهاء بل والمستعملين للأجهزة الوقائية من الحمل .

---

(١) شرح فتح القدير (٣٨٤/٤) .

(٢) شرح فتح القدير (٢١٩/٣) ، ونقله عن الفتح في البحر الرائق (١٠٦/٣) .

(٣) مجمع الأنهر (٥٩٦/١) ، كما ذكر الكمال بن الهمام من صور عدم وجوب الحد : وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره . شرح فتح القدير (٢٤٧/٥) .

ثالثًا : انعدام اللذة أو الفرج المشتهى في الزنى بالصغيرة

استعمل فقهاء الحنفية تلك الشبهة في إسقاط الحد بالزنى في الصغيرة التي لا يوطأ مثلها ، ومن الصغير الذي لا يطأ ، وأبين هذين الحكمين فيما يلي :

(١) اختلف الفقهاء في حكم الحد بالزنى من مكلف بصغيرة لا يوطأ مثلها على مذهبين :

المذهب الأول : يرى عدم وجوب الحد على المكلف إذا زنى بصغيرة لا يوطأ مثلها ، وهو مذهب الحنفية والمالكية ، والمذهب عند الحنابلة [١] .

وحجتهم : أن أحد الفاعلين ليس من أهل الحد فيسري حكمه على الآخر .

المذهب الثاني : يرى وجوب الحد على المكلف إذا زنى بصغيرة لا يوطأ مثلها ، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية ، وهو مذهب الشافعية والظاهرية ، ورواية ضعيفة عند الحنابلة [٢] .

وحجتهم : أن المكلف من أهل وجوب الحد ، ووجود العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه .

والمختار في نظري : هو ما ذهب إليه أبو يوسف والشافعية والظاهرية القائلون بوجوب الحد على المكلف إذا زنى بصغيرة لا يوطأ مثلها ؛ لأن هذا إيلاج فيما يطلق عليه فرج لغة ، بل أشد لما فيه من إيذاء الصغيرة .

(٢) واختلف الفقهاء أيضًا في حكم الحد بالزنى من مكلفة طاوعت الصغير الذي لا يشتهي ، وذلك على مذهبين [٣] :

المذهب الأول : يرى عدم وجوب الحد على المرأة التي طاوعت الصغير غير المشتهي ، وهو مذهب الحنفية ورواية عند الحنابلة .

---

(١) شرح فتح القدير (٢٥٧/٥) ، المبسوط (٥٥/٩) ، بدائع الصنائع (٣٤/٧) ، حاشية العدوي (٤١٧/٢) ، مواهب الجليل (٢٩٦/٦) ، حاشية الدسوقي (٣١٤/٤) ، الإنصاف (١٨٧/١٠) .

(٢) المراجع السابقة للحنفية والمالكية والحنابلة ، وانظر للشافعية : مغني المحتاج (١٤٦/٤) ، المهذب (٢٦٧/٢) ، شرح روض الطالب (١٢٨/٤) ، وللظاهرية : المحلى (١٥٣/١١) .

(٣) المراجع السابقة في مسألة زنى المكلف بصغيرة .

وحجتهم من وجهين :

الوجه الأول :أن ذكر الصبي كأصبعه ، وما هو المقصود بالزنى معدوم في آلة الصبي ، فلا يكون فعله بهذه الآلة زنًى [1].

الوجه الثاني :أن فعل الصبي يسمى زنًى لغة ، وليس زنًى شرعًا ؛ لأن الزنى الشرعي هو فعل وجب الكف عنه لخطاب الشرع ، فلا ينفك عن الإثم والحرج ، وفعل الصبي لا يوصف بذلك ، وإذا انعدم الزنى شرعًا في جانبه فكذلك في جانبها [2].

المذهب الثاني :يرى وجوب الحد على المرأة التي طاوعت الصغير غير المشتهي . وهو قول زفر وأبي يوسف في رواية ، وإليه ذهب المالكية والشافعية ، والمذهب عند الحنابلة والظاهرية .

وحجتهم :إمكان الاستمتاع منها ، ولأن سقوط الحد عن أحدهما لا يعني سقوطه عن الآخر ، ولأن زنى المرأة يثبت بطريق التبعية بسبب التمكين طوعًا ، وهذا التمكين يسمى زنى لغة ، وتسمى هي زانية حقيقة لغوية وشرعية ؛ لأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما ، فإذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به ، وتسمى هي واطئة فكانت زانية شرعًا [3].

والمختار في نظري :هو ما ذهب إليه الجمهور من إقامة الحد على المرأة التي طاوعت الصغير غير المشتهي ؛ لنفس العلة في وجوب الحد على المكلف الذي زنى بصغيرة غير مشتهاة .

قلت : والذي يجب التنبيه إليه هو ما قيل من حجة في عدم إقامة الحد على المرأة المكلفة إذا طاوعت صبيًا «لأن ذكر الصبي كأصبعه ، وما هو المقصود بالزنى معدوم في آلة الصبي» ، فمثل هذا يكون ذريعة لذوى الأهواء في درء الحد بزنى العنين أو الشيخ الهرم الذي انقطعت شهوته ، ونعوذ بالله تعالى من ذلك .

---

[1] المبسوط (٩/٥٥) .

[2] المبسوط (٩/٥٥) ، شرح فتح القدير (٥/٢٤٨ ، ٢٧٢) ، حاشية العدوى (٢/٤١٧) .

[3] شرح فتح القدير (٥/٢٤٨) .