

استصحاب الحال ومدى تأثيره
فى
الفروع الفقهية

اعداد

د / ابراهيم عطيه محمود قنديل
مدرس أصول الفقه
بكلية الشريعة والقانون بدمنهـور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم :

الحمد لله - رب العالمين - له الحمد فى الأولى والآخرة ، وهو العزيز الحكيم ، وأشهد أن لا اله الا الله ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله النبى الأمى الذى بلغ الرسالة وأدى الأمانة وجاهد فى الله حق جهاده ، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه ، ومن ترسم طريقته وسار على منهاجه الى يوم الدين •

وبعد :

فمن المسلم به أن أدلة الأحكام الشرعية تعتبر قلب وعقل هذه الشريعة الغراء وذلك لان الحكم بلا دليل لا أثر له لأنه لا يعدو أن يكون مجرد الاخبار غير الملزم والكلام غير المسلم ولولا الدليل لادعى أقوام من الأحكام ما يتغنون ومن الشرع ما يريدون وقد اجتراً بعض المغرضين على أدلة الشرع محاولة منهم للنيل من تلك الأدلة ، حتى تهتز ثقة الناس بها ، فكان لابد من اليقظة التامة والصحوة الواعية من رجال الدين وعلماء الشريعة للدفاع عن شريعتهم والزود عنها لاطهار مدى فضلها فى الوضوح أخذا بأيدي الناس الى حيث السلامة فى الدنيا والبراءة يوم العرض على الله عز وجل •

ولعل الناظر فى أدلة الأحكام الشرعية باعتبارها المصادر الرسمية والمهمة لهذه الأحكام يجد أن هذه الأدلة : قسمان : أدلة متفق عليها وهى أربعة : الكتاب الكريم والسنة المطهرة والاجماع والقياس ولا عبرة بخلاف من خالف فى الاجماع أو القياس كالنظام والخوارج وبعض الشيعة والمعتزلة وداود الظاهرى • أى أنه لا وزن لهذا الخلاف رغم وجوده فى مقابلة ما عليه الجمهور بالنسبة لهذين الدليلين •

وهناك أدلة أخرى مختلف فيها : أى أنها مدارك للأحكام الشرعية -
أيضا^(١) - غير أن المجتهدين قد اختلفوا بشأنها^(٢) وهذه الأدلة
تالمصالح المرسلة والاستصحاب وقول الصحابي والأخذ بالأقل والعرف
والاستحسان وغيرها من باقى الأدلة المختلف فيها .

هذا فضلا عن أن بعضهم اعتبر فى الاستصحاب الحكم العقلى
والبعض الآخر قد اعتبر الحكم الشرعى^(٣) .

وهذه بعض من نماذج ما قاله علماء الأصول بشأن تعريف
الاستصحاب اصطلاحا ، نذكرها ونحاول التعليق عليها ، والربط بينها .

فقد عرفه حجة الاسلام الفزالى^(٤) :

بأنه « عبارة عن التمسك بدليل عقلى أو شرعى وليس راجعا الى
عدم العلم بالدليل »^(٥) .

وقريب منه :

ما ذكره العلامة تاج الدين ابن السبكي^(٦) - بعد أن قسم

(١) فكل دليل من هذه الأدلة - عند من يأخذ به - يعد مدركا من
مدارك الأحكام الشرعية مع غيره من باقى الأدلة المتفق عليها .
(٢) راجع : الابهاج : للامام السبكي وابنه ٨١/٣ ، ٨٢ ،
(٣) راجع : كشف الاسرار على اصول البزدى للبخارى ٢٧٧/٣
(٤) هو : الامام محمد بن محمد الفزالى الطوسى الشافعى حجة
الاسلام أبو حامد المولود سنة ٤٥٠ هـ وله التصانيف العديدة منها
« المستصفى » و « المتخول » فى أصول الفقه وله فى الفقه : الوسيط ،
والوجيز ، والخلاصة فضلا عن احياء علوم الدين وتوفى رحمه الله
سنة ٥٠٥ هـ .

راجع : شذرات الذهب ١٠/٤ ، وفيات الاعيان ٣٥٣/٣ وطبقات
الاصوليين ٨/٢

(٥) راجع : المستصفى ١٢٨/٢

(٦) هو : تاج الدين عبد الوهاب بن على السبكي الشافعى صاحب
التصانيف القيمة وله فى أصول الفقه : جمع الجوامع ، والابهاج شرح
المنهاج وغيرهما وتوفى رحمه الله سنة ٧٧١ هـ . راجع : طبقات
الاصوليين ١٨٤/٢ ، ١٨٥

الاستصحاب وضرب له الأمثلة - عرفه بأنه « هو ثبوت أمر في الثاني لثبوته في الأول لعدم وجودان ما يصلح أن يكون مغيرا بعد البحث التام » (٧) .

ولعلنا نلاحظ :

أن تعريف ابن السبكي هذا يوافق ما انتهى اليه حجة الاسلام الغزالي من ضرورة استنفاد الباحث طاقته في البحث عن دليل يمكن أن يكون قد غير الحكم الثابت في الزمن السابق الى حكم آخر ، ولهذا فاذا استنفذ المجتهد طاقته فلم يجد ذلك المغير فلا مناص من أن يستصحاب الحكم الى زمن الحال والمستقبل .

وقد قسم بعض العلماء - كالبيضاوي وابن السبكي والاسنوي وغيرهم - هذه الأدلة المختلف فيها الى نوعين : أدلة مقبولة ، وأخرى مردودة .

فقد ذكر الاسنوي في شرحه لمنهاج البيضاوي : أنه لما فرغ - أي البيضاوي من الكتب الأربعة المعقودة للأدلة الأربعة المتفق عليها شرع في كتاب آخر لبيان الأدلة المختلف فيها وجعله مشتملا على باين : الأول : في المقبول منها ، والثاني : في المردود . فاما المقبول فسته : الأول : الأصل في الأشياء النافعة هو الاباحة - وفي الأشياء الضارة هو الحرمة وذكر ان الثاني منها هو الاستصحاب ، وذكر ان المردودة منها دليان هما : الاستحسان وقول الصحابي (٨) .

غير أن البعض الآخر قد خالف هذا الصنيع كما هو منهج الامام الرازي ومن تبعه كالامام القرافي والتبريزي وغيرهما : حيث جمع بين كافة الأدلة المختلف فيها وعرض لها جميعا - معا - وذلك من غير أن

(٧) راجع : الابهاج شرح الامام السبكي وابنه على منهاج البيضاوي

٨٥/٣ طبعة الكليات الأزهرية .

(٨) راجع : نهاية السؤل ٣٥٢/٤ - ٤٣١ .

يقسمها الى مقبولة ومردودة كما هو صنيع القاضى ناصر الدين البيضاوى
ومن معه^(٩) .

ولعل ما صنعه الامام الرازى أوضح مسلكا وأسلم منهجا، وذلك
لأن فرض المسألة أن هذه الأدلة مختلف فيها بين العلماء فمن يأخذ
هذه الأدلة كالاستصحاب - مثلا - حيث فعل الشافعية يخالفه ويرده
الآخرون كجمهور الحنفية - مثلا - فهو مقبول عند الشافعية فى حين
أنه مردود عند الحنفية وعلى العكس من ذلك بالنسبة للاستحسان الذى
يعتبره الحنفية ويرده الشافعية .

فاعتبار القبول عند البعض غير مسلم عند الآخرين وهكذا بالنسبة
لاعتبار الرد لأحد الأدلة المختلف فيها حيث يعتبر مقبولا عند البعض الآخر
وهكذا مما يجعل أساس القبول والرد هو من وجهة نظر المجتهد بشأن
تلك الأدلة المختلف فيها لا من حيث ذات هذه الأدلة ، فما يرجح فيه
جانب القبول عند بعض المجتهدين، يعمل به ويترك ما يرجح بشأنه -
لديه - جانب الرد وهكذا مما يؤكد أنها جملة أدلة مختلف فيها وتدرس
على هذا الأساس وذلك على نحو ما صنع الامام فخر الدين الرازى
ومن معه .

هذا :

وقد استخرت الله سبحانه وتعالى - فى الكتابة فى أحد هذه الأدلة
المختلف فيها حيث كثر بشأنها الجدل وكانت ماثرا لحديث الناس خاصة
من يريدون الطعن على الشريعة الغراء .

وهذا الدليل الذى اخترته هو « استصحاب الحال » محاولة منى
للوقوف على هويته واطهار مدى تأثيره فى الفروع الفقهية وذلك لما لهذا
الدليل من أهمية عظمى فى اثراء الفقه الاسلامى .

(٩) راجع : شرح الاسنوى على المنهاج ٣/١٣٨ وآلبهاج شرح المنهاج
٣/١٢٧ والمحصول للامام الرازى ج ٢ ص ١٣١ وتنقيح المحصول للتبريزى
لوحه ١٦١ .

فلاستصحاب يجعل الفقهاء فى سعة ويخلصهم من مواقف الحيرة ويفتح لهم طرقا يصدرن بها الفتوى فى يسر وينفذون منها الى الفصل فى القضايا فى سرعة ، فضلا عما فيه من الدلالة على سماحة الاسلام وأنه دين الفطرة الذى لا يشعر من تشرف بالانتساب اليه بخرج فيما شرع لهم من أحكام (١٠) .

ولهذا :

كان فى الاستصحاب الدلالة على سماحة الشريعة الاسلامية ومرونتها وانها لم تقف بالناس عند نصوص محدودة لا يتجاوزونها .

كما أن أهمية الاستصحاب قد بلغت الذورة ، وذلك بسبب دخوله فى كثير من مسائل الفقه وبناء قواعد كثيرة عليه ، وبسبب هذه الأهمية قد توسع فى الأخذ به خاصة من قل توسعه فى الاستدلال بالرأى بخلاف من توسع فى الرأى كالحنفية فان استدلالهم بالاستصحاب قليل (١١) . وان كان المتأخرون من الحنفية يقولون بحجية الاستصحاب فى الدفع - أى النفى - دون الاثبات - وذلك على نحو ما سيرد ان شاء الله .

ورغم أن الاستصحاب ليس دليلا مستقلا مثبتا لحكم جديد بل هو كاشف عن بقاء الحكم السابق الثابت بدليله عندما يغلب على ظن المجتهد عدم وجود المغير له ، رغم هذا : فان عناية علماء الأصول بأفراده بالبحث لمعرفة مواضع اعتباره بالاتفاق ومواضع الخلاف فيه لشهادة جديدة على تفرد الفقه الاسلامى بسميزات قل ان توجد فى غيره من القوانين الوضعية .

(١٠) راجع : اصول الفقه للاستاذ الدكتور / زكى الدين شمعان ص ٢٠٥ .

(١١) وذلك بمعنى أنهم قد أخذوا بالاستصحاب فى بعض الفروع الفقهية وذلك على نحو ما سيرد عند الحديث عن الفروع الفقهية التى اثر فيها الاستصحاب كل هذا رغم أنهم يردون الاستصحاب كدليل ومدرك من مدارك الأحكام الشرعية .

وقد كان لدراسة العلماء وبحثهم لأحكام الاستصحاب والقاء الضوء عليه وتمحيص مبادئه وكشف ملامحه أهمية عظمى وفوائد كثيرة وقد انعكس هذا في ضبط الفروع الفقهية ونظمها نظماً يتفق مع عظمة الاسلام وروعة أحكام الشريعة وقد ظهر هذا في المبادئ التي أخذها الفقهاء من الاستصحاب ومن أشهرها :

— أن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره •

— أن الأصل في الانسان براءة الذمة •

— أن اليقين لا يزول بالشك •

— ان كل شيء لم يقم الدليل المعين على حكمه فهو على الاباحة الأصلية •

وقد عمل فقهاء القوانين الوضعية بسوجب أحكام الاستصحاب من غير أن يتعرضوا له بالبحث في قواعده فمثلاً : لديهم مبدأ : أن المتهم بريء الى أن تثبت ادائته عملاً بأحكام قانون العقوبات : مبنى على استصحاب البراءة الأصلية •

ولديهم كذلك مبدأ :

أن الحيازة في المنقول سند الملكية عملاً بأحكام القانون المدني مبنى على استصحاب حال وضع اليد الظاهر في اثبات الملكية الذي لم يوجد ما يغيره •

وغير ذلك الكثير من الأحكام والمبادئ التي بنوها على قواعد الاستصحاب •

ومن أجل اظهار الأهمية البالغة لاستصحاب الحال ومدى تأثيره في الحكم على المسائل المختلفة بين الناس اهتم العلماء بدراسته والكشف عن مبادئه وذلك بتوضيح معالمه وبيان هويته •

وفى هذا يقول فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف :

« والحق أن استصحاب الحكم الذى دل عليه دليل واعتباره قائما الى أن يطرأ دليل آخر يقتضى خلافه هو ما تقضى به الفطرة السليمة وتأييده تصرفات الناس وأعمالهم وكل نص شرعى دل على حكم يعتبر حكمه قائما الى أن يطرأ ما ينسخه وكل عقد أو تصرف ترتب عليه حكم ثابتا الى أن يطرأ ما يغيره » (١٢) •

وقد ذكر الامام الرازى أهمية الاستصحاب حيث قال ما نصه :

« واعلم أن القول « باستصحاب الحال » أمر لا بد منه فى الدين والشرع والعرف » •

أما فى الدين :

فلا أنه لا يتم الدين الا بالاعتراف بالنبوة ولا سبيل اليه الا بواسطة المعجزة ولا معنى للمعجزة الا بفعل خارق للعادة ولا يحصل فعل خارق للعادة الا عند تقرر العادة ولا معنى للعادة الا ان العلم بوقوعه على وجه مخصوص فى الحال يقتضى اعتقاد أنه لو وقع لما وقع الا على ذلك الوجه وهذا عين الاستصحاب •

واما فى الشرع :

فلانا اذا عرفنا أن المشرع تعبدنا بالاجماع أو القياس أو بحكم من الأحكام فلا يمكننا العمل به الا اذا علمنا أو ظننا عدم طريان النسخ •

فان علمنا — ذلك — بلفظ آخر افتقرنا فيه الى اعتقاد عدم النسخ — أيضا — فان كان ذلك بلفظ آخر — أيضا — تسلسل الى غير النهاية وهو محال فلا بد وأن ينتهى آخر الأمر الى التمسك بالاستصحاب وهو أن علمنا بشبوته فى الحال يقتضى ظن وجوده فى الزمان الثانى •

(١٢) راجع : مصادر التشريع الاسلامى للشيخ خلاف ص ١٥٤ •

وأيضا :

فالفقهاء بأسرهم على كثرة اختلافهم اتفقوا على أنا متى تيقنا حصول شيء وشككنا في حدوث المزيل أخذنا بالمتيقن وهذا عين الاستصحاب لأنهم رجحوا بقاء الباقي على حدوث الحادث .

واما العرف :

فلان من خرج من داره وترك أولاده فيها على حالة مخصوصة كان اعتقاده لبقائهم على تلك الحالة التي تركهم عليها راجحا على اعتقاده لتغير تلك الحالة ومن غاب عن بلده فانه يكتب الى أختابه وأصدقائه عادة في الأمور التي كانت موجودة حال حضوره وما ذلك الا لأن اعتقاده في بقاء تلك الأمور راجح على اعتقاده في تغييرها بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ومعاملات الخلق مبنى على القول بالاستصحاب (١٣) .

وبعد أن اتضح - لنا - أهمية الاستصحاب كدليل من أدلة الأحكام الشرعية فلا بد من اظهار هويته وتحقيق صورته وأشكاله وما هو محل نزاع منها والوقوف على آراء العلماء بشأن حجية الاستصحاب ومدى العمل به ، وانعكاس ذلك الخلاف على الفروع الفقهية المختلفة وسنعالج هذه النقاط في الفصول الآتية :

الفصل الأول : في التعريفات بالاستصحاب .

الفصل الثاني : في صور الاستصحاب ويشتمل على تسميد وتقسيم

وخمسة مباحث هي :

المبحث الأول : استصحاب العدم الأصلي .

المبحث الثاني : استصحاب دليل الشرع حتى يرد التغيير .

المبحث الثالث : استصحاب حال الاجماع في محل الخلاف .

المبحث الرابع : الاستصحاب المقلوب .

المبحث الخامس : تحقيق الخلاف بشأن صور الاستصحاب .

(١٣) راج : المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٦٣ - ١٦٥ .

أما الفصل الثالث : ففي حجية الاستصحاب وتحقيق القول في ذلك وفيه مباحث ثلاثة :

- المبحث الأول : في تحقيق الخلاف بشأن حجية الاستصحاب
 - المبحث الثاني : في أدلة المذاهب : وفيه مطالب ثلاثة :
 - المطلب الأول : في أدلة المذهب الأول :
 - المطلب الثاني : في أدلة المذهب الثاني *
 - المطلب الثالث : في أدلة المذهب الثالث *
 - المبحث الثالث : في الترجيح والاختيار *
- والفصل الرابع والأخير : ففي أثر الخلاف في حجية الاستصحاب على الفروع الفقهية وفيه مسائل :

- المسألة الأولى : حكم الوضوء ما خرج من غير السيلين *
 - المسألة الثانية : حكم الصلح على الإنكار *
 - المسألة الثالثة : حكم ارث المفقود *
 - المسألة الرابعة : حكم الشفعة للشريك *
 - المسألة الخامسة : الحكم على المدعى عليه بنكوله *
 - المسألة السادسة : وصف الطلاق الواقع بالايلاء *
 - المسألة السابعة : حكم ما اذا ادعى رجلان عينا في يد ثالث *
 - المسألة الثامنة : حكم الدية في الشعور الخمسة *
 - المسألة التاسعة : تأثير أكل الكلب المعلم من فريسته مرة واحدة *
 - المسألة العاشرة : حكم استسقاء العبد *
 - المسألة الحادية عشر : التدبير المطلق وأثره على البيع *
- ثم انتهت البحث ببيان لأهم المراجع والفهرست العام للبحث والله أسأل أن يتقبل عملي هذا وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينقضي به في الدنيا وأن يجعله سندا لى يوم العرض عليه أنه سميع قريب مجيب الدعاء رب العرش العظيم *

الباحث

د / ابراهيم عطية محمود قنديل
مدرس أصول الفقه
بكلية الشريعة والقانون - بدمنهور

الفصل الأول

((تعريف الاستصحاب))

الاستصحاب لغة :

استفعال : وهو أصل لطلب الفعل : كالاستسقاء لطلب السقى :
والاستفهام لطلب الفهم •

وقد جاء في المصباح المنير « أن الاستصحاب لغة : طلب الصحة :
يقال : استصحبه اذا دعاه الى الصحة ولازمه ، فكل شيء لازم شيئا
آخر فقد استصحبه ، فتقول استصحبت الكتاب حملته ، واستصحبت
الحال اذا تمسكت بما كان ثابتا كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة
غير مفارقة » (١) •

فالاستصحاب : من الصحة ، وهي الملازمة والملاينة وطلب الصحة ،
وعدم المفارقة : يقال : استصحبه لازمه ولائنه ودعاه الى الصحة ،
وجعله في صحبته (٢) •

وبناء على هذا :

فالاستصحاب : لطلب الصحة فما في الماضي : يطلب في الحال ،
وما في الحال يطلب صحبته في الاستقبال حتى يدل دليل على رفعه •

ومن هنا :

يستصحب المستدل الحكم الثابت للمحل في الزمن السابق ويجعله
ثابتا للمحل في الزمن الحاضر لزمن استدلاله •

(١) راجع : المصباح المنير للفيومي ١/٥٤ مادة « صحب » .
(٢) راجع : الصحاح للجوهري ٢/١٦٢ والقاموس المحيط ١/٩١ .

والاستصحاب : اصطلاحاً :

قد تعددت عبارات الأصوليين بشأن وضع تعريف محدد للاستصحاب كدليل من الأدلة الشرعية .

غير أن الملاحظ أنه رغم هذا التعدد والتشعب في عبارات تلك التعريفات إلا أنها تؤدي في النهاية إلى معنى متقارب بحيث تضيق مومح ذلك الخلاف ، كما أدخل شرطاً في التعريف وهو البحث عن الدليل المغير ، أو من حذف ذلك الشرط واعتبره شرطاً خارجاً عن الماهية أي عن حقيقة الاستصحاب .

فرفه : أبو الحسين البصرى (٣) من المعتزلة في كتابه المعتمد :

بأنه : « هو أن يكون حكم ثابت في حالة من الحالات ثم تتغير الحالة فيستصحب الانسان ذلك بعينه مع الحالة المتغيرة » (٤) .

وتجدر الإشارة بأن هذا التعريف قد فاتته ما تقرر لدى الغزالي وابن السبكي وغيرهما من أن الاستصحاب لا بد فيه من العلم بعدم وجود ما يغير الحكم عما كان عليه ، وهذا من ضروريات الكشف عن ماهية الاستصحاب لأنه ليس مجرد سحب حكم سابق واعطائه للمحل في زمن حال - مطلقاً - استصحاباً ، بل إذا لم يوجد ما يغيره يقينا أو ظناً وذلك يعد البحث والتحرى واستفراغ الوسع في الطلب للوقوف على ما يصلح للتغيير ، فإن لم يوجد ذلك المغير فلا مانع من سحب ذلك الحكم في الزمن الحال .

(٣) هو : أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصرى المعتزلى متكلم أصولى وهو من أئمة المعتزلة كتب في علم الكلام وغيره وله في أصول الفقه « المعتمد » وتوفى في بغداد سنة ٤٣٦ هـ راجع : شذرات الذهب ٢٥٦/٣ وفيات الأعيان ٢٧٩/٢ والفتح المبين ٢٣٧/١ والاعلام ١٦١/٧ .
(٤) راجع : المعتمد ٢٨٤/٢ .

وقد عرفه العلامة جمال الدين الاسنوى (٥) :

بأنه : « عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول لعدم ما يصلح للتغيير » (٦) ••

وهذا التعريف رغم اشتراطه عدم وجود ما يصلح للتغيير الا أنه قريب مما ذكره أبو الحسين البصرى حيث لم يشترط البحث والتحرى في الطلب عن وجود ما يصلح للتغيير فلم يتعرض لتيقن الحكم بناء على تيقن عدم ما يغيره فضلا عن أنه لم يتعرض - كذلك - لظن بقاء الحكم بناء على ظن عدم ما يغيره (٧) •

وقريب من هذا التعريف :

ما ذكره ابن القيم الجوزية (٨) - في كتابه اعلام الموقعين - حيث عرف الاستصحاب بأنه « هو استدامة اثبات ما كان ثابتا أو نفي ما كان منفيًا » (٩) •

وهكذا نجد ابن القيم - رحمه الله تعالى - لم يذكر في التعريف ضرورة بذل الباحث جهده في البحث عما يكون قد غير الحكم من الأدلة رغم أننا نجد عبارته في التعريف شاملة لاستدامة الحكم نفيًا أو اثباتًا •

(٥) هو : العلامة : عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر بن علي ابن ابراهيم جمال الدين أبو محمد القرشي الشافعي المولود في بلدة اسنا سنة ٧٠١ هـ وله مصنفات عديدة من أشهرها « نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول للبيضاوى » وتوفى رحمه الله بمصر سنة ٧٧٢ هـ راجع : شذرات الذهب ٢٢٣/٦ والفتح المبين ١٩٣/٢ والاعلام ١١٩/٤ •

(٦) راجع : شرح الاسنوى على المنهاج مع البدخشى ١٣١/٣ •

(٧) راجع : الاستصحاب للأستاذ الدكتور/ سعيد مصلحى ص ١٠ •

(٨) هو : العلامة محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى الدمشقى أبو عبد الله شمس الدين من اعلام الاسلام وأحد كبار العلماء ولد بدمشق وتوفى بها وله مصنفات عديدة منها اعلام الموقعين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية وغيرها وتوفى رحمه الله سنة ٧٥١ هـ • راجع : الاعلام ٥٦/٦ والدور الكامنة ٤٠٠١٣ والبداية والنهاية

٢٣٤/١٤ •

(٩) راجع : اعلام الموقعين لابن القيم ٣٢٩/١ •

ولهذا : جاءت عبارة الشوكاني^(١) في كتابه ارشاد الفحول -
شاملة للأميرين معا : بيان أن الاستصحاب كما يكون في الاثبات يكون
في النفي ، وكما يكون لحكم عقلي يكون كذلك لحكم شرعي : مع ضرورة
الوقوف على ما لم يصلح لتغيير ذلك الحكم .

فقال - رحمه الله تعالى - « استصحاب الحال لأمر وجودي أو
عدمي عقلي أو شرعي . ومعناه : أن ما ثبت في الزمان الماضي فالأصل
بقاؤه في الزمن المستقبل مأخوذ من المصاحبة وهو بقاء ذلك الأمر
ما لم يوجد ما يغيره فيقال : الحكم الفلاني قد كان فيما مضى ولم يظن
عدمه فهو مضمون البقاء »^(١١) .

ومن الحنفية عرفه انكماش بن الهمام^(١٢) :

بأنه : « هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه » .
أي أن الحكم الظني ببقاء أمر تحقق سابقا سواء كان اثباتا أو نفيًا
عقليا أو شرعيا لا مانع من استصحابه الى الزمن الحاضر طالما أنه لم
يظن عدمه^(١٣) .

فعبارة ابن الهمام هذه عامة شاملة ولم يصرح فيها بما صرح به
غيره بل نجد أنه عمم القول بما يتسع لكل ما اشترطه غيره .

(١٠) هو : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني الصنعاني
الفقيه المحدث الأصولي صاحب المؤلفات القيمة النادرة منها فتح القدير
في التفسير وارشاد الفحول في الأصول ونيل الأوطار في الحديث وتوفي
رحمه الله تعالى سنة ١٢٥٠ هـ .

راجع : الفتح المبين ٣/١٤٥ .

(١١) راجع : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٧ مطبعة الحلبي .

(١٢) هو : كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد
الشهير بابن الهمام المولود بالاسكندرية سنة ٧٩٠ هـ وهو من علماء الحنفية
ومن مؤلفاته فتح القدير في شرح الهداية في فقه الحنفية والتحرير في
أصول الفقه وتوفي بالقاهرة سنة ٨٦١ هـ . راجع : الفوائد البهية ص ١٨٠
والاعلام ٧/١٣٤ ، ١٣٥ والفتح المبين ٢/٣٩ .

(١٣) راجع : التقرير والتحجير على التحرير ٣/٢٩٠ المطبعة الأميرية

وتيسير التحرير ٤/١٧٦ الحلبي .

وبعد :

فمن خلال النظر في هذه التعريفات يتقرر لدينا أنها متقاربة من حيث المعنى - غالباً - حيث أنها تدور حول معنى يكاد يكون واحداً وهو : الحكم باستمرار وجود ما ثبت وجوده حتى يدل دليل على ذهابه ، والحكم باستمرار عدم ما لم يثبت وجوده حتى يقوم الدليل على وجوده •

وذلك بمعنى :

أن كل أمر علم وجوده ثم حصل الشك في عدمه فإنه يحكم ببقائه بطريق الاستصحاب لذلك الوجود حتى يقوم دليل على تغيير الحال ، وكل أمر علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده فإنه يحكم بعدمه بطريق الاستصحاب لذلك العدم إلى أن يقوم دليل على تغيير الحال (١٤) •

ولهذا :

لو قيل : ان الاستصحاب اصطلاحاً : « هو استدامة اثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منقياً - لما كان ذلك بعيداً » (١٥) •

أو أنه : الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له أو منقياً عنه لعدم قيام الدليل على خلافه بعد بذل الجهد في البحث عن هذا الدليل •

وعلى أية حال :

فإن هذا يعني أنه إذا ثبت حكم في الماضي ولم يطرأ ما ينفيه فحكم ببقائه في الحال بناء على ذلك الثبوت السابق وكذلك إذا ثبت نفي شيء في زمن مضى ولم يطرأ ما يثبتته فيحكم باستمرار نفيه في الحال بناء على وضعه في الزمن الأول •

(١٤) راجع : شرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٢٨٦ وشرح العنيد

٢/٢٨٤ ونزهة الخاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر ٢/١٨٩ •

(١٥) راجع : الاستصحاب د / سعيد مصلحي ص ١٤ وأصول الفقه

د / مصطفى شلبي ٣٣٧١١ •

هذا :

وتيسر للفائدة نلقى الضوء على بعض الأمثلة للاستصحاب في حالة الاثبات وفي حالة النفي ، كما أنه من الضروري - هنا - أن نشير الى الاستصحاب لأمر عقلي أو حسي ، والاستصحاب لحكم شرعي وذلك من خلال ما يأتي :

مثال الاستصحاب في الاثبات :

من تزوج فتاة على أنها بكر : ثم ادعى بعد الدخول أنه وجدها ثيباً لم تقبل دعواه الا بيينة وذلك لأن البكارة صفة أصلية ثابتة من حين نشأتها فستصحب تلك البكارة الى حين الدخول حتى تقوم البيينة على عدمها .

ومن هذا : ما لو ثبتت الملكية في عين بدليل يدل على حدوثها كسواء أو ميراث أو هبة أو وصية فانها تستمر حتى يوجد دليل على نقل تلك الملكية للغير فلا يكفي مثلاً احتمال البيع .

ومنه :

استدلال الشافعية على أن الخارج من غير السبيلين غير ناقض للوضوء بأن الشخص قبل خروج هذا الخارج النجس منه كان متوضئاً بالاتفاق ولم يطرأ عليه ما يوجب نقض وضوئه وذلك لأن الموجب للنقض هو الخارج من السبيلين ، فبقى على ما كان عليه قبل الخروج من غير السبيلين استصحاباً للحال (١٦) .

ومثال الاستصحاب في النفي :

من استأجر انساناً للبناء مثلاً ثم ادعى ذلك المؤجر بأن المستأجر لا يحسن البناء فان دعواه تقبل الا اذا أقام المستأجر بيينة تثبت خلاف هذه الدعوى وذلك لان الأصل في الانسان أنه لا يحسن البناء حتى

(١٦) راجع : أصول الفقه لأستاذنا الشيخ زهير ٧٧/٤ ج ه وأصول الفقه لأستاذنا الدكتور / نحمد محمود فرغلي ص ١٣ - ١٥ .

يتعلمه فاذا حصل نزاع على ذلك يحكم بعدم معرفة البناء استصحابا للأصل الا اذا اقام العامل بينة تثبت اجادته للبناء (١٧) .

ومنه : ما اذا كان لشخص شريك في التجارة وكان هو القائم بشئونها ثم ادعى أن المال لم ينتج عنه ربح فان دعواه هذه تقبل استصحابا للأصل الذي هو عدم الربح الا اذا ثبت الربح بينة .

وعلى هذا : فكل ما علم وجوده وحصل الشك في عدمه يحكم ببقائه استصحابا لذلك الوجود السابق حتى يقوم دليل بغير ذلك - وكل أمر علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده حكم باستمرار عدمه استصحابا لذلك العدم حتى يقوم دليل على تغيير الحال . فالأول اثبات والثاني نفي .

هذا : وتجدر الإشارة الى أن الاستصحاب لأمر عقلي أو حسي حجة عند جمهور الحنفية والمتكلمين وذلك لأجل حصول الظن بأن ما علم وقوعه على حالة لم يتغير عنها وهذا لا يستدل به على حكم شرعي ولكن يستدل به على نفي العدم الأصلي .

كما أن الاستصحاب لحكم شرعي كاستصحاب الطهارة السابقة على الرعاف وهو الدم الساقط من الأنف حتى يدل دليل على النقص هذا الاستصحاب حجة عند جمهور الشافعية وبعض الحنفية ويستدل به على نفي العدم الأصلي فهو حجة في ثبوت الأحكام الشرعية . ولنا عود في تفصيل ذلك عند الحديث عن صور الاستصحاب (١٨) .

وعموما : فقد ذكر الشوكاني - في ارشاد الفحول - نقلا عن كتاب الكافي - « ان الاستصحاب هو آخر مدار الفتوى فان المفتي

(١٧) راجع : أصول الفقه ا. د. زكريا البرديسي ص ٣٢٨ والادلة المختلف فيها ا. د. محمد السعيد عبد ربه ص ٦
(١٨) راجع : الابهاج ٣/١٨١ - ١٨٣ واصول الفقه لاستاذنا الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ١٣ - ١٥

إذا سئل عن حادثة بطلب حكمها من الكتاب ثم في السنة ثم في الاجماع ثم في القياس فان لم يجد فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والاثبات فان كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه ، وان كان التردد في ثبوته فالأصل عدمه « (١٩) •

أي أن الاستصحاب لا يثبت حكما جديدا كغيره من الأدلة ولكنه يفيد استدامة الحكم السابق الثابت بدليله ، وذلك بمعنى أنه ليس دليلا فقهيًا ولا مصدرا للاستنباط على وجه الاستقلال ولكنه أعمال لدليل قائم وقرار لأحكام ثابتة لم يحصل تغيير فيها ، وإذا كان الأمر كذلك فهو لا يثبت حكما جديدا وكل ما هنالك أنه يستمر به الحكم الثابت بدليل دل عليه بناء على وجود سببه ولهذا نرى العلماء يقولون ان الاستصحاب ججة لبقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن (٢٠) •

ولهذا كان الاستصحاب آخر الأدلة التي يلجأ اليها المجتهد وذلك بحسب نظرته الى تلك الأدلة الشرعية ومدى الأخذ ببعضها دون البعض الآخر •

فمن يقصر الأدلة على الكتاب والسنة والاجماع يعمل بالاستصحاب في كل ما لم يجد فيه نصا ولا اجماعا فتكون دائرة الاستصحاب لديه أوسع من الحال عند من يعمل بالقياس •

— ومن يأخذ بالقياس لا يلجأ الى الاستصحاب الا اذا لم يجد قياسا ولهذا تضيق — عنده — دائرة الاستصحاب على عكس الفريق الأول (٢١) •

(١٩) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٤٤

(٢٠) راجع : الأدلة المختلف فيها لأستاذنا الدكتور / محمد السعيد

عبد ربه ص ٣٤

(٢١) راجع : أصول الفقه د / مصطفى شلبي ١/٣٣٨

ومن الجدير بالذكر - هنا - أن العلامة ابن حزم الظاهري (٢٢) من العلماء الذين يقصرون الأدلة على النص ولهذا فهو يمنع استصحاب الحكم الثابت بالاجماع والقياس .

وذلك على نحو ما سيتضح - لنا - عند الحديث عن صور وأشكال الاستصحاب وحكم كل منها . فقد ذكر - رحمه الله - تعالى - في كتابه الاحكام فى أصول الاحكام .

أنه : « اذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة فى أمر ما على حكم ما ثم ادعى مدع أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل من أجل أنه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله أو لتبدل زمانه أو لتبدل مكانه فعلى مدعى انتقال الحكم من أجل ذلك أن يأتى ببرهان من نص قرآن أو سنة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل » .

فقد جعل ابن حزم الاستصحاب مقصوراً على الحكم الثابت عن طريق النص من القرآن الكريم ومن السنة المظهرة فقط ، وما كان دليلاً غير النص بان كان ثابتاً بالاجماع أو القياس فلا يدخل - عنده - فى الاستصحاب ولعل مرد هذا الاتجاه هو موقف ابن حزم من الاجماع والقياس .

ولهذا نراه يعرف الاستصحاب بأن : « بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص حتى يقوم الدليل منها على التغيير » (٢٣) .



(٢٢) هو : على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المولود سنة ٣٨٤ هـ كان زاهداً فى الملك وأنصرف الى العلم والتأليف حتى صار عالم الأندلس فى عصره وأحد أئمة الاسلام وله تصانيف عديدة منها « الاجماع » و « الأحكام فى أصول الاحكام » وتوفى رحمه الله سنة ٤٥٦ هـ .

راجع : طبقات الأصوليين ٢٥٥/١ والاعلام ٦٥٤/٢
(٢٣) راجع : الاحكام فى أصول الاحكام للعلامة ابن حزم الظاهري

=

الفصل الثاني

« صور الاستصحاب »

تمهيد وتقسيم :

يتخذ استصحاب الحال أشكالا متنوعة بحيث تعددت صورته وتنوع الى أنواع مختلفة . والجدير بالذكر - هنا - أن العلماء قد اختلفوا في عد ووصف هذه الصور المعتيرة الاستصحاب الحال ، وموضع الخلاف منها .

=

٥/٥ ، ٦ وابن حزم لاستاذنا الشيخ أبي زهرة ص ٣٧٣ هذا : والظاهرية ومعهم ابن حزم - موقف بالنسبة لكل من الاجماع والقياس .

أما بالنسبة للاجماع : فهم يرون أن الاجماع اللازم يختص بعصر الصحابة فقط أما اجماع من بعدهم فليس بحجة وذلك لأن الاجماع لا يكون الا عن توقيف من رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهؤلاء هم الذين شهدوا ذلك دون غيرهم فضلا عن ثناء الرسول - صلى الله عليه وسلم - عليهم .

هذا وتجدر الاشارة الى أن حقيقة الاجماع - عند الظاهرية - كما قررها ابن حزم نفسه غير حقيقته عند الجمهور وذلك لا يعتبر عندهم دليلا مقيرا للنصوص بل هو اتفاق على ما يثبت من الدين بالضرورة بحيث لا يشك فيه أحد من أهل الاسلام كالشهادة ووجوب الصلاة والصيام في شهر رمضان وغير ذلك .

راجع : الأحكام لابن حزم ١٤٩/٤ ، وكشف الأسرار ٢٤١/٣ ، وحاشية الأزميري على المرأة ٢٤٠/٣ وارشاد الفحول ص ٨١ ، ٨٢ وبالنسبة للقياس : يرى العلامة ابن حزم الظاهري : أن القياس حائز عقلا ولكن لم يرد في الشرع ما يدل على وجوب العمل بالقياس . راجع : الأحكام لابن حزم ٧٨٠/٢ - ٧٨٦ ، والمستصفي ٦٤/٢ ، واعلام الموقعين ٥٣/١ - ٦٠ ، وأصول السرخسي ١١٩/٢ ، وروضة الناظر وجنة المناظر ٢٤٠/٢ ، وارشاد الفحول ص ١٧٥

فقد ذكر بعض العلماء أن الاستصحاب خمسة أنواع ، وذلك على نحو ما ذكره الشوكاني في كتابه ارشاد الفحول نقلا عن العلامة الزركشى^(١) من قوله : « لا بد من تنقيح موضع الخلاف فان أكثر الناس يطلقه ويشتبه عليه موضع النزاع فنقول : للاستصحاب صور :

الأولى : استصحاب ما دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان القول المقتضى له وشغل الذمة عند جريان اتلاف أو التزام ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح .

الثانية : استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكاليف حتى يدل دليل شرعى على تغييره كنفى صلاة سادسة ، قال القاضي أبو الطيب^(٢) . وهذا حجة بالاجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع .

الثالثة : استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة^(٣) . وذلك كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المترتبة عليها حتى يوجد دليل شرعى يدل على التكليف . أى أن هذا النوع مجرد حكم عقلي يدل على بقاء الأمور على ما كانت عليه حتى يرد حكم الشرع .

(١) هو : العلامة محمد بن بهادر عبد الله التركي الأصل الشيخ بدر الدين الزركشى المولود سنة ٧٤٥ هـ أخذ عن الآسنوى والبلقينى وغيرهما وتولى قضاء الشام وعنى بالفقه والحديث وله مؤلفات عديدة منها « البحر المحيط » فى أصول الفقه وتوفى سنة ٧٩٤ بالقاهرة .

راجع : الدرر الكامنة لابن حجر العسقلانى ١٧٠/٤

(٢) هو : الامام القاضى أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمرو الطبرى البغدادى الفقيه الشافعى برع فى الفقه والأصول وولى القضاء والتدريس والفتوى وله « شرح مختصر المزنى » وغيره وتوفى رحمه الله سنة ٤٨٠ هـ .

راجع : طبقات الفقهاء ص ١٠٦

(٣) هم : فرقة شذت عن أهل السنة بأراء منها : نفى الصفات ، وأن العبد يخلق أفعال نفسه ورأسهم وأصل بن عطاء الفزال خالف الحسن البصرى فى القدر وفى المنزلة بين المنزلتين وأنضم اليه عمرو بن عبيد فطرد هما فقبل لهم المعتزلة . راج : الفرق بين الفرق ص ١٥

فاذا ادعى شخص على آخر دينا : فعليه اقامة الدليل على أن ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين فاذا لم يستطع اثباته كانت ذمة المدعى عليه بريئة لأن الأصل هو البراءة حتى يثبت المدعى دينه^(٤) .

الرابعة : استصحاب الدليل مع احتمال المعارض اما تخصيصا ان كان الدليل ظاهرا أو نسخا ان كان الدليل نصا ، فهذا أمر معمول به اجماعا وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبتته جمهور الأصوليين ومنعه المحققون منهم أمام الحرمين في البرهان^(٥) وابن السمعاني^(٦) في القواطع لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب .

الخامسة : الحكم الثابت بالاجماع في محل النزاع^(٧) .

وهكذا اعتبر هؤلاء العلماء أن الاستصحاب يتنوع الى أنواع خمسة والبعض الآخر ذكر ان الاستصحاب له خمسة أنواع - أيضا - الا أنهم اعتبروا استصحاب حكم الاباحة الأصلية للأشياء والتي لم يرد بتحريمها دليل شرعي ، واستصحاب العدم الأصلي للمعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية ، أى اتقاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود

(٤) راجع : الاحكام للامدى ١٣٩/٢ والابهاج ١٢١/٢ وروضة الناظر وجنة المناظر ٢٩٢/١

(٥) هو : العلامة عبد الملك أيوب محمد بن عبد الله بن يوسف الجويني أحد الأئمة الاعلام برع في جميع الفنون والعلوم شافعي المذهب قال ابن السبكي عنه « كان أعلم أهل الأرض بالكلام والفقه والأصول وله كتاب البرهان وغيره وتوفى رحمه الله سنة ٤٧٨ هـ .

راجع : شذرات الذهب ٢٥٨/٢ والنجوم الزاهرة ١٣١/٥ والاعلام ٣٠٦/٤ وفيات الأعيان ١٥٤/١

(٦) هو : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار بن الفضل بن الربيع بن سلمة بن عبد الله المروزي الشافعي المولود سنة ٤٢٦ هـ وله في الأصول القواطع وتوفى سنة ٤٧٩ هـ . راجع الاعلام ٢٤٣/٨ وطبقات الشافعية ٢١/٤

(٧) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٣٨

الشرع ، واعتبروا هذين النوعين نوعا واحدا لان الاباحة الأصلية يشملها استصحاب العدم الأصلي ، وزادوا الخامس وهو الاستصحاب المقلوب - أى استصحاب الحال فى الماضى^(٨) ، فكانت الصور عندهم هكذا :

- ١ - استصحاب البراءة الأصلية •
- ٢ - استصحاب النص حتى يرد التغيير والعموم حتى يرد التخصيص •
- ٣ - استصحاب الوصف الثابت شرعا حتى يرد ما يعيره •
- ٤ - استصحاب حال الاجماع فى محل الخلاف •
- ٥ - استصحاب الحال فى الماضى (الاستصحاب المقلوب)^(٩) •

وقد وجدنا البعض الآخر من العلماء كالامام الغزالى : قد عد أنواع الاستصحاب أربعة أنواع وهى الأربعة الأول فيما سبه ذكره على نحو ما ورد فى ارشاد الفحول ، غير أنه خالف فى حجية - استصحاب الحكم الثابت بالاجماع فى محل النزاع ، وذكر انه لا حجة فيه خلافا لبعض الفقهاء ، كما أنه لم يعتبر الاستصحاب المقلوب الذى ذكره ابن السبكي^(١٠) •

وقد جعل بعض المحدثين أنواع الاستصحاب ثلاثة : هى استصحاب حكم الأصل بالبراءة الأصلية ، واستصحاب العموم الى أن يرد المخصص ، واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه ، وذكروا أنه لا خلاف بين العلماء فى هذه الأنواع الثلاثة الا من حيث اللفظ فقط^(١١) •

(٨) راجع : المستصفى ٢٢١/١ والابهاج ١٨١/٣ والمسودة ص ٤٨٨ والاحكام للامدى ١٨١/٣ وشرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٤/٢
(٩) راجع : أصول الفقه د / وهبة الزحيلي ٨٦٦/٢ ، ٨٦٧
(١٠) راجع : المستصفى ٢٢٣/١ ، ٢٢٤ والابهاج ١٨٣/٣
(١١) راجع : أصول الفقه للشيخ / محمد الخضرى ص ٣٥٤ - ٣٥٦

وذكر بعض العلماء أن الاستصحاب نوعان فقط : الأول :
استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية عند عدم الدليل على خلافه ،
والثاني : استصحاب حكم شرعي ثبت بالدليل ولم يقم دليل على
تغييره ، وقالوا ان الصورتين محل خلاف بين الأصوليين (١٢) .

وقد اعتبر بعض العلماء استصحاب حكم مستفاد من العموم الى
أن يرد ما يخصه أو استصحاب حكم من النص الى أن يرد ما ينسخه
واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه : اعتبروا هذين النوعين
صورة واحدة .

في حين أن البعض الآخر قد عد هذا صورتين من صور
الاستصحاب (١٣) .

ولكل ما سبق :

رأيت أن اعتمد منهجا معتدلا في الحديث عن صور الاستصحاب
وأشكاله المختلفة وذلك على نحو يوفق بين الآراء السابقة ويحقق القصد
في مسألة حجية استصحاب الحال ومدى انعكاس ذلك على الفروع
الفقهية - فكانت صور وأشكال الاستصحاب هكذا .

- ١ - استصحاب العدم الأصلي .
- ٢ - استصحاب النص حتى يرد التغيير .
- ٣ - استصحاب حال الاجماع في محل الخلاف .
- ٤ - استصحاب الحال في الماضي (الاستصحاب المقلوب) .

وسنحاول - ان شاء الله - تعالى - لقاء الضوء على كل من هذه
الصور في المباحث الآتية :

(١٢) راجع : أصول التشريع الاسلامي للشيخ / على حسب الله
ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .
(١٣) راجع : المستصفي ٢٢١/١ والابهاج ١٨١/٣ وارشاد الفحول
ص ٣٣٨ وأصول الفقه د/ زكي الدين شعبان ص ١٣٦

المبحث الأول

« استصحاب العدم الأصلي »

هذا وقد أطلق عليه بعض العلماء استصحاب الحكم الأصلي للأشياء
والبعض الآخر أطلق عليه استصحاب العدم أو استصحاب البراءة
الأصلية .

وقد أطلق ابن القيم الجوزية على هذا النوع من الاستصحاب
« استصحاب براءة العدم الأصلي » (١) .

ولهذا :

فقد جعل بعض العلماء كل واحد منها نوعا مستقلا في حين أن
البعض الآخر قد دمج هذه الأنواع في صورة واحدة وذلك لأنها كلها
تسميات لا تخرج عن معنى متقارب وهو استصحاب ما لم يرد بشأنه
نص يخرج عن حيز البراءة الى مجال التكليف الشرعي للعباد . فنطاق
هذا النوع من الاستصحاب هو براءة الذمة من التكليف الشرعية حتى
يقوم الدليل على التكليف بها فاذا لم يقم فانها لا تجب على الانسان (٢) .
وقد جاء في المسودة قول العلامة ابن تيمية (٣) : « مسألة :

(١) راجع : اعلام الموقعين ٣٢٩/١

(٢) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد

أبو المكارم ص ٢٢

(٣) هو : أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن

عبد الله بن أبي القاسم الدمشقي تقي الدين بن تيمية الامام الحافظ .

شيخ الاسلام المولود في حران سنة ٦٦١ هـ كان داعية في الدين

عالما في التفسير والأصول فصيح اللسان ناظر العلماء وافتى ودرس

وهو دون العشرين ومن مؤلفاته : الفتاوى ومنهاج السنة وغيرها وتوفي

سنة ٧٢٨ هـ .

راجع : تذكرة الحفاظ ١٤٩٦/٢ والاعلام ١٤٠/١ وذيل طبقات

الحنابلة ٢/٣٨٧

استصحاب أصل براءة الذمة من الواجبات حتى يوجد الموجب الشرعي دليلاً صحيحاً وله مأخذان : أحدهما أن عدم الدليل على أن الله ما أوجبه علينا لأن الإيجاب من غيره دليل محال . والثاني : البقاء على حكم العقل المقتضى لبراءة الذمة « (٤) أي أن الأصل براءة الذمة حتى يكون هناك دليل يدل على عكس ذلك لأن العقلاء يحكمون به لذا فإنهم يحكمون على من أقر بالدين بانشغال ذمته بذلك الدين حتى يقام الدليل على أدائه ويلزمون مدعى الدين بالبيينة ويمرئون ذمة المدعى عليه حتى تقوم تلك البيينة .

ومن أمثلة ذلك :

إذا أوجب الشرع صيام رمضان بقى شوال وغيره من الشهور على البراءة الأصلية أي عدم وجود صوم واحد منها .

وكذلك إذا أوجب الشرع على القادر زكاة أو حجا بقى العاجز على ما كان عليه من عدم الوجوب . ومن أمثله كذلك : عدم ثبوت الحقوق بين الرجل والمرأة حتى يوجد عقد الزواج . وهكذا كل عقد يجري بين الناس لتبادل السلع والمنافع إذا لم نجد في الشرع ما يدل على حرمة يكون مباحاً (٥) .

فاذا ادعى زيد على عمرو ديناً ولم يستطع اثباته اعتبرت ذمته أي أن المدعى عليه برىء حتى يثبت زيد دينه عليه (٦) .

وقد سمي ابن القيم هذا النوع من الاستصحاب : براءة العدم الأصلي وهذا يعني أن العمل بالأصل في الأشياء : مقتضاه إن كل ما يوجد في الكون من حيوان أو جماد أو نبات ولم يرد في الشرع

(٤) راجع : المسودة ص ٤٨٨

(٥) راجع : أصول الفقه للشيخ / محمد أبي زهرة ص ٢٣٥ ، ٢٣٦

(٦) راجع : أصول التشريع الإسلامي : للشيخ / علي حسب الله

ما يقتضى النهى عن تناوله واستعماله يكون مأذونا فيه ، فإذا سئل الفقيه عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى عمل من الأعمال ولم يجد دليلا شرعيا يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ولم يقيم دليل على تغييره (٧) .

وقد جاء فى المستصفى : قول حجة الاسلام الغزالى :

« اعلم أن الأحكام السعوية لا تدرك بالعقل لكن دل العقل على براءة الذمة عن الواجبات وسقوط الحرج عن الخلق فى الحركات والسكنات قبل بعثه الرسل عليهم الصلاة والسلام - وتأييدهم بالمعجزات وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ونحن على استصحاب ذلك الى أن يرد السمع » (٨) .

وقال الآمدى فى كتابه الاحكام :

« ان العقلاء وأهل العرف اذا تحققوا من وجود شىء أو عدمه وله أحكام خاصة به فانهم يسوغون القضاء والحكم بها فى المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم حتى أنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة ، وانفاذ الودائع اليه ويشهدون فى الحالة الراهنة ، بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك » (٩) .

وعلى هذا :

فالأصل براءة الذمة حتى نجد دليلا يدل على عكس ذلك لأن العقل يحكم ببراءة الذمة حتى يوجد دليل يدل على شغلها بدين أو بغيره فانه حينئذ يحكم بانشغالها .

وفى هذا الشأن جاء قول العلامة ابن حزم الظاهرى : « وكذلك

(٧) راجع : الاستصحاب د/ سعيد مصيلحي ص ١٨

(٨) راجع : المستصفى ٢١٨/١

(٩) راجع : الاحكام للآمدى ١٨١/٣

نقول : لمن ادعى أن فلانا قد حل دمه برودة أو زنا عهدناه برئيا من ذلك فهو على السلامة حتى يصح الدليل على ما ندعيه ، وكذلك تقول لمن ادعى أن فلانا : العدل قد فسق أو أن فلانا الفاسق قد عدل ، أو أن الحي قد مات أو أن فلانة قد تزوجها فلان ، أو أن فلانا قد طلق امرأته ، أو أن فلانا قد زال ملكه عما كان يملك ، أو أن فلانا قد ملك ما لم يكن بملكه - وهكذا كل شيء على ما كنا عليه حتى يثبت خلافه» (١٠) .

وهذا النوع من الاستصحاب هو الذى ينصرف اليه اسم الاستصحاب عند الاطلاق وهو المعروف بالبراءة الأصلية والاباحة العقلية (١١) .

وقد دل القرآن الكريم على اعتبار هذا النوع من الاستصحاب فى آيات كثير منها قوله تعالى - « فمن جاءه موعظة من ربه فاتته فله ما سلف » (١٢) .

أى أنه لما نزل تحريم الربا خافوا من الأحوال المكتسبة من الربا قبل التحريم فبينت الآية الكريمة أن ما اكتسبوه من الربا قبل التحريم على البراءة الأصلية حلال لهم ولا حرج عليهم فيه (١٣) .

هذا :

ولعله من الضرورى - هنا - أن نشير فى عجالة الى رأى العلماء بشأن حكم الأفعال التى تصدر عن المكلفين بعد البعثة ، وهل الأصل فيها الاباحة أولا ؟ وذلك لما لهذه الجزئية من صلة واضحة وارتباط منحوظ باستصحاب الحال - خاصة هذا النوع الذى نحن بصدد الحديث عنه وهو استصحاب البراءة الأصلية ، أو العدم الأصلية .

(١٠) راجع : الاحكام فى اصول الاحكام لابن حزم ٧٧٢/٣

(١١) راجع : اللمع للشيرازى ص ٦٦ وشرح المحلى على جمع

الجوامع ٢٨٤/٢

(١٢) سورة البقرة : الآية ٢٧٥

(١٣) راجع : اصول الفقه للشنقيطى ص ١٩٠

ومن الجدير بالذكر أن فحور محل النزاع فى هذه المسألة حيث
أن القول يختلف قبل البعثة عما بعدها .

فقيل البعثة :

أى قبل الشرع لا حكم ، أى لا علم لنا لا بالأحكام لأن الحال قبل
ورود الشرع لا اطلاع لنا على ما فيه من أحكام اذ لا طريق الى هذه
الأحكام بعد بعثة الرسل - عليهم السلام - وعلى هذا توقف
الأشعرية^(١٤) فى أنه لا حكم قبل البعثة والمراد بالتوقف عدم العلم
بالحكم وليس المراد به أنه لا حكم لهذه الأشياء ، كما أنه ليس المراد
التردد فى وجود الحكم وعدمه^(١٥) .

أما بعد البعثة :

فقد اختلف العلماء فى الأصل فى حكم الأفعال ، وهل الأصل فى
المنافع الاذن أولا ؟ وهل الأصل فى المضار المنع أولا ؟ وذلك بحسب
المذاهب الآتية :

المذهب الأول :

يرى أن الأصل فى الأشياء النافعة الاذن والاباحة وفى المضار
المنع والحرمة وهذا ما اختاره البيضاوى^(١٦) وكثير من الأشاعرة وهو

(١٤) هم : اصحاب أبى الحسن على بن اسماعيل الأشعرى المنتسب
الى أبى موسى الأشعرى زعيم مذهبهم المناصر للسنة المدافع عنها
الذاهب الى أن ما ورد به السمع من الأخبار عن الأمور الغائبة يجب
اجراؤها على ظاهرها والايان بها كما جاءت .

راجع : الفتح المبين ١٧٤/١

(١٥) راجع : نهاية السؤل وحاشية سلم الوصول ١٥٧/٤ والابهاج

١٢٧/٣ وأصول الفقه للشيخ / زهير ١٧٤/٤

(١٦) هو : عبد الله بن عمر بن محمد ناصر الدين البيضاوى القاضى
الفقيه المفسر الاصولى ومن مؤلفاته « أنوار التنزيل وأسرار التأويل »
ومنهاج الوصول الى علم الاصول وغيرها وتوفى رحمه الله سنة ٦٨٥ هـ .
راجع : البداية والنهاية ٣٠٩/١٣ والاعلام ٢٤٨/٤ .

مختار الامام فخر الدين الرازي (١٧) *

المذهب الثاني :

يرى أن الأصل في الأشياء هو الحرمة مطلقا أى سواء ما كان منها نافعا أو ما كان ضارا ، والى هذا ذهب معتزلة بغداد (١٨) وبعض أصحاب الحديث *

وحجتهم فى هذا :

أن الحكم على ما لم يرد به نص من الشارع على حكمه يعتبر حكما على شىء لم يحكم الله عليه فهو يشبه تصرف الانسان فى ملك غيره وهو ممنوع لأن الذى يملك تشريع الأحكام انما هو الله سبحانه وتعالى فاذا أبخنا ما لم يرد فيه نص فقد تصرفنا فى ذلك الشرع بدون اذنه وهذا لا يجوز اذ الأصل فى الأشياء الحظر وليس الاباحة (١٩) *

المذهب الثالث :

يرى أن الأصل فى الأشياء الحل والاباحة مطلقا حتى يرد الشارع مغيرا أو مقرررا والى هذا ذهب جمهور المعتزلة وبعض الشافعية * وقد استند هؤلاء على الأدلة النقلية التى ثبتت اباحة ما لم يرد عن الشارع فيه حكم ما لم يكن ضارا بنفسه أو بغيره وهو أمر فطرى تقبله العقول السليمة بحيث أنه يحظى لديها بالقبول (٢٠) *

(١٧) هو : محمد بن عمر بن الحسن فخر الدين الرازي التميمي البكرى المولود سنة ٥٤٤ هـ وهو الامام الفقيه الأصولى المفسر وله مؤلفات متعددة منها مفاتيح الفيب فى التفسير والمحصول فى الأصول وغير ذلك وتوفى رحمه الله سنة ٦٠٦ هـ . راجع : وفيات الأعيان ١/٢٧٤ والبداية والنهاية ١٣/٥٥ والاعلام ٧/٢٠٣

(١٨) هم : فرقة من المعتزلة أسسها ابن المعتز بن عباد الذى رحل الى بغداد وهو من تلاميذ واصل بن عطاء وكان مذهبهم بالبصرة نظريا ولما انتقلوا الى بغداد أصبح عمليا ومن أشهر معتزلة بغداد أبو القاسم الكعبى وجعفر بن مبشر وجعفر بن حرب وغيرهم راجع : الفرق بين الفرق ص ١٨٢

(١٩) راجع : أصول الفقه د/ الطيب الخضرى ص ٨٩

(٢٠) راجع : نهاية السؤل ٤/٣٥٨ والابهاج ٣/١٣٧ وأصول الشيخ/

زهير ٤/١٧٥

ولعل هذا المذهب موافق في شقه الأول للمذهب الأول، وقريب منه بالنسبة للشق الثاني، وهو جانب المضار وذلك لانهم يقررون أن الاباحة مشروطة بكون الشيء غير ضار بنفسه أو بغيره وأن اباحته على هذا الحال أمر فطري لأن الانتفاع المترتب على الأشياء التي لم ينص على تحريمها إذا كان خاليا من المفسدة عادة فإن العقل يدعو إليه والترع يؤيد هذا بقوله - تعالى - « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » (٢١) •

ولهذا فالراجع :

أن الأصل في الأشياء النافعة هو الاذن والاباحة وأن الأصل في الأشياء الضارة هو المنع والحرمة وهذا ما تقرر في المذهب الأول الذي قال به الجمهور واختاره عامة العلماء كالتقاضي ناصر الدين البيضاوي، وفخر الدين الرازي وغيرهما (٢٢) •

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على الشق الأول وهو المنافع وأن حكسها هو الاباحة استدلوا بأدلة كثيرة •

منها :

قوله - تعالى - « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » (٢٣) •

فهذه الآية دلت صراحة على اباحة الأشياء وجواز الانتفاع بها حتى يرد الدليل على تلاف ذلك فإن كلمة « ما » عامة تشمل جميع الأشياء « واللام » تفيد الاختصاص وعلى هذا فإن الآية تكون عامة ودالة على اباحة الانتفاع بالأشياء حتى يرد الدليل على تحريمها (٢٤) •

(٢١) سورة الانعام الآية ٣٢

(٢٢) راجع : المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٢١

(٢٣) سورة البقرة الآية ٢٩

(٢٤) راجع شرح الاسنوى على المنهاج ١٢٦/٣ ، ١٢٧ والمستصفي

ومنها :

قوله - تعالى - « الله الذي سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعا منه ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (٢٥) .

ففى هذا القول الكريم الدلالة على أن تسخير هذه المخلوقات من الله سبحانه خاص بعباده ، وأن هذا محظور عليهم لأنه محل امتنان من الله سبحانه فلو كان محظورا لما كان مسخرا وبالتالي لم يكن مباحا للعباد .

وعلى هذا :

فإن الدلالة فى الآيتين واضحة على جواز الاتفاف بجميع الأشياء التى لم يرد الشرع بتحريمها ولم يقم الدليل على المنع منها بخصوصها (٢٦) .

وبالنسبة للشق الثانى وهو أن الأصل فى الأشياء الضارة المنع والحرمة فقد استدل أصحاب هذا المذهب بقوله - صلى الله عليه وسلم - « لا ضرر ولا ضرار » (٢٧) .

فالضرر فى الحديث عام لأنه فكرة فى سياق النفى ، والنفى هنا يراد به النهى فالمقصود من الحديث النهى عن الضرر ابتداء أو مقابلة الضرر بما هو أكثر منه فى الجزاء ، فالضرر ابتداء الفعل وهو الحاق مفسدة بالغير مطلقا ، والضرار الجزاء على الضرر وهو الحاق الضرر بالغير على وجه المقابلة أى كل منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل ، وليس المقصود نفي ذات الضرر أو ذات الضرار

(٢٥) سورة الجاثية الآيتان ١٢ ، ١٣

(٢٦) راجع : الاستصحاب د/ سعيد مصيلحى ص ١٨

(٢٧) الحديث : رواه ابن ماجه والدارقطنى وغيرهما مسندا وهو حديث حسن وأخرجه مالك فى الموطأ مرسلا وله طرق يقوى بعضها بعضا . راجع : الفتح الكبير ٣/٣٤٦ وفيض القدير ٦/٤٣١ وسبيل السلام ٣/٨٤ وسنن ابن ماجه ٢/٧٨٤ والأبعين النووية ص ١١١

لأنهما واقعان بالفعل والواقع لا يرتفع ، فالحديث أفاد النهي عن كل ما فيه ضرر بالنفس أو اضرار بالغير^(٢٨) ، ومعلوم أن حقيقة النهي تفيد التحريم فكان الحديث دالا على أن كل ما فيه ضرر أو اضرار يكون محرما .

وعلى هذا :

فالحديث مخصص لعموم الآيتين السابقتين حيث أباحنا ما في الأرض للناس على وجه العموم^(٢٩) .

وبعد :

فهذا النوع من استصحاب الحال لم يخالف فيه أحد من الأصوليين غير أن بعضهم قد خالف فقط في تسميته استصحابا^(٣٠) .

فقد قال العلامة ابن السبكي - رحمه الله - « والجمهور على العمل بهذا وادعى بعضهم فيه الاتفاق »^(٣١) .

وقال - في جمع الجوامع - أيضا - : « وقال علماءنا استصحاب

(٢٨) جاء في الإبهاج قول ابن السبكي : « الضرر ألم القلب كذا قاله الأصوليون واستدلوا عليه بأن الضرر يسمى ضارا وكذا تفويت المنفعة والشتم والاستخفاف فجعل اللفظ اسما للمشترك بين هذه الأمور وهو ألم القلب دفعا للاشتراك » راجع : الإبهاج ١٧٨/٣
(٢٩) ثار الخلاف بين العلماء بشأن دلالة العام على أفراده فذهب الجمهور وبعض الحنفية كابى منصور الماتريدي الى أن دلالة العام على جميع أفراده ظنية فيفيد وجوب العمل دون الاعتقاد وهذا هو الراجح عند مشايخ سمرقند ويترتب على هذا جواز تخصيص العام ابتداء بالدليل الظني كخير الواحد والقياس .

وذلك كله خلافا لما عليه جمهور الحنفية من أن دلالة العام على جميع أفراده دلالة قطعية إذا لم يكن قد خص منه البعض فإن كان قد خص منه البعض ، فإن دلالته على ما تبقى ظنية وعلى هذا فإنه لا يجوز تخصيص العام ابتداء بالظن كخير الواحد أو القياس . راجع : التلويح على التوضيح ٣٨/١ ، وفوائح الرحموت ٢٦٦/١ والاحكام للامدى ١٠٢/٢

العدم الأصلي وهو نفى ما نفاه العقل ولم يثبتته الشرع كوجوب صوم

• رجب حجة جزماً (٣٢)

وهكذا نجد أن الامام الشوكاني قد ذكر أنه حجة عند القائلين بأنه

• لا حكم قبل الشرع (٣٣)

غير أن العلامة ابن القيم ذكر أن الناس قد نازعوا في هذا النوع

• من الاستصحاب (٣٤)

هذا :

ولضعف الخلاف في العمل بهذا النوع فقد ذهب بعض العلماء

• كما حكاه ابن السبكي في الابهاج - الى الاتفاق عليه (٣٥)

* * *

(٣٣) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٣٨

(٣٤) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٣٩

(٣٥) راجع : المستصفى ١/٢١٩ - ٢٢١ والابهاج ٣/١٨١ وارشاد

الفحول ص ٢٣٨

المبحث الثاني

((استصحاب دليل الشرع حتى يرد التفسير))

أى استصحاب النص وهو الذى دل الشرع على ثبوته ودوامه حتى يرد ما يغيره من تخصيص أو نسخ ، فالعموم يستصحب الى أن يرد ما يخصه وكذلك ما استفيد من النص يستصحب حتى يرد ما يخصه . فالمجتهد ينظر فى الأدلة قبل المبادرة بالعمل بالعام بالقدر الذى يحصل معه الظن بأن هذا العام ليس هناك ما يخصه أو أن هذا النص ليس هناك ما ينسخه وذلك احتياطا لأمر نفسه لئلا يحتاج الى نقض ما قضا^(١) .

ولهذا قال الامام الشوكانى - رحمه الله - « استصحاب الدليل مع احتمال المعارض اما تخصيصا ان كان الدليل ظاهرا أو نسخا ان كان الدليل نصا فهذا أمر معمول به اجماعا »^(٢) .

وذلك لانه من المقرر أن العام يبقى على عمومه حتى يرد ما يخصه وكذلك النص يعمل به الى أن يرد ما ينسخه ، فكما أن العقل دليل البراءة الأصلية حتى يرد الدليل السمعى فكذلك العام حتى يرد المخصص والنص حتى يرد الناسخ .

هـ.هـ. :

وقد أطلق البعض هذا على النوع : استصحاب دليل الشرع وذلك لأن العام أو النص قبل التخصيص أو النسخ قد أوجد حكما دل عليه

(١) راجع : الابهاج ١٦٩/٣ وروضة الناظر وجنة المناظر ٢٩١/١ والمدخل الى مذهب الامام أحمد ص ١٣٤ وأصول الشنقيطى ص ١٩١
(٢) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ . والابهاج ١٦٩/٣

الشرع ، ومثلوا له - أى لاستصحاب العموم الى أن يرد تخصيص واستصحاب النص الى أن يرد نسخ واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته - مثلوا له بالملك الثابت عند جريان العقد الذى يوجبه وثبوت الحل بين الزوجين عند جريان للعقد الذى يفيدده ، أى أن الملك اذا ثبت بسبب شرعى من أسباب له كالشراء أو الارث فهما طال الزمن اعتبر هذا الملك قائماً حتى يقوم الدليل على انتفائه بسبب طارىء ، وكذلك اذا تزوج شخص فاننا نحكم ببقاء الزوجية الى أن يقوم الدليل على حصول الفرقة (٣) .

ومثله كذلك شغل الذمة بالاتلاف والالتزام فاذا استدان شخص مالا حكماً بشغل ذمته واعتبرنا هذا الشغل ثابتاً حتى يقوم الدليل على الإبراء وكذلك الحكم بتكرار اللزوم اذا تكررت الأسباب كتكرار شهر رمضان ، وأوقات الصلوات فلاستصحاب اذن عبارة عن التمسك بدليل عقلى أو شرعى وليس راجعاً الى عدم الدليل بل الى دليل ظنى مع انتفاء المعير أو العلم به (٤) .

أى أن الحكم المستصحب - هنا - قد ثبت بدليل شرعى من عام أو نص حتى يرد التخصيص أو النسخ بخلاف الحكم المستصحب فى صورة استصحاب العدم الأسمى لأنه قد يكون ذلك الحكم ثابتاً بالبراءة الأصلية أو بالأصل فى الأشياء وهو الإباحة ، وهذان المصدران لا يثبتان الحكم هما من دلالة العقل وليس من دلالة الشرع (٥) .

وهذا النوع من الاستصحاب - أى استصحاب دليل الشرع حتى يرد المعير - وهو التمسك بدليل شرعى لم يظهر له ناقل - أى استصحاب كل حكم ثابت كالملك حتى يوجد ما يزيله كالبيع والهبة (٦) .

(٣) راجع : أصول الفقه د/ زكى الدين شعبان ص ١٣٦

(٤) راجع : المستصفى ٢٢١/١ وروضة الناظر ٣٩١/١ ، ٣٩٢

(٥) راجع : نزهة الخاطر فى شرح روضة الناظر لابن بدران

٣٩٢ ، ٣٩١/٢

(٦) راجع : المرجع السابق ٣٩١/١ والمستصفى ٢٢١/١

وفي هذا يقول حجة الاسلام الغزالي :

« الثابت استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه كالمملك عند جريان العقد المملك ، وكشغل الذمة عند جريان اتلاف أو التزام فإن هذا وإن كان حكماً أصلياً فهو حكم شرعي دل الشرع على ثبوته ودوامه جميعاً ولولا دلالة الشرع على دوامه إلى حصول براءة الذمة لما جاز استصحابه (٧) . »

فالاستصحاب ليس بحجة إلا مما دل الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير كما دل على البراءة العقلية وعلى الشغل السمعي وعلى الملك الشرعي .

ومن هذا القبيل الحكم بتكرار الأحكام عند تكرار أسبابها كشهود رمضان ونفقات الأقارب عند ميسس الحاجات وأوقات الصلوات لأنه لما عرف جملة الشريعة قصد الشارع إلى نصبها أسباباً واجب استصحابها ما لم يمنع منه مانع (٨) .

ومنه - أيضاً - إذا توضحاً شخص نم شك في حدثه هل أحدث أولاً ؟ فإنا نحكم ببقاء وضوئه ييقين لأنه إذا غلب على الظن انتفاء الدليل الناقل عن هذا الحكم إلى غيره غلب على الظن بقاء الحكم على ما كان عليه (٩) .

وهذا النوع من الاستصحاب المستخلص منه قاعدتان مهمتان من قواعد الفقه الكلية :

الأولى : قاعدة اليقين لا يزول بالشك .
والثانية : قاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه (١٠) .

(٧) راجع : المستصفي ٢٢١/١

(٨) راجع : الإبهاج ١٦٩/٣

(٩) راجع : أصول السرخسي ٢٢٢/٢ واعلام الموقعين ٣٢٩/١

(١٠) راجع : أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص ٢٠٨

هذا :

وقد ذكر العلامة ابن السبكي ان استصحاب العام حتى يرد
المخصص أو استصحاب النص حتى يرد الناسخ أو استصحاب الحكم
الذي دل الشرع على ثبوته ودوامه محل نزاع بين العلماء (١١) .

ولو أذ البعض الآخر قد ادعى فيه الاجماع فقد جاء في شرح
المحلى (١٢) على جمع الجوامع « واستصحاب العموم أو النص الى أن
يُرد المغير من مخصص أو ناسخ حجة جزما فيعمل به الى وروده » (١٣) .

* * *

(١١) راجع : الابهاج ١٨١/٣ - ١٨٣ وجاع الجوامع ٢٨١/٢
(١) هو : محمد بن أحمد بن ابراهيم المحلى الشافعى الملقب
بجلال الدين المحلى المولود بالقاهرة سنة ٧٩١ هـ الفقيه الأصولى المتكلم
النحوى المنطقى المفسر ومن أشهر مؤلفاته « تفسير القرآن الذى أتمه
جلال الدين السيوطى وشرح المنهاج فى فقه الشافعية ، والبدر الطالع
فى شرح جمع الجوامع فى الأصول وتوفى سنة ٨٦٤ هـ راجع : الفتح
المبين ٤٠٠/٣ والاعلام ٢٣١/٦
(١٣) راجع : شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨١/٢ ، ٢٨٢

المبحث الثالث

« استصحاب حال الاجماع فى محل الخلاف »

وصورة هذا النوع من أنواع الاستصحاب : هى أن يجمع أهل الاجماع على حكم فى حالة من الأحوال ثم تتغير صفة المجمع عليه ويحصل الاختلاف فيه . فهل يبقى الاجماع (١) الأول حجة فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال أو لا (٢) ؟

ومثاله : اجماع الفقهاء على صحة صلاة المتييم عند فقد الماء فإذا أتم ذلك المتييم الصلاة قبل رؤية الماء صحت الصلاة ، أما اذا رأى الماء أثناء الصلاة : فهل تبطل الصلاة ويستأنفها بالوضوء أو لا (٣) ؟

(١) الاجماع : لغة العزم المؤكدة : يقال أجمع فلان على كذا اذا عزم عليه ، وقيل : الاتفاق : يقال أجمع القوم على كذا اذا اتفقوا عليه ، والاجماع بالمعنى الأول يتصور من واحد بخلاف المعنى الثانى حيث لا يتصور الا من اثنين فصاعداً .

راجع : المصباح المنير ١٥٠/١ ومختار الصحاح ص ١١٠ ، ١١١ .
واصطلاحاً : عرفه ابن السبكي بانه « اتفاق مجتهدى الأمة بعد وفاة محمد ﷺ فى عصر على أى أمر كان » .

وعرفه حجة الاسلام الفزالى بانه « اتفاق أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور الدينية » .

وعرفه البيضاوى بانه : « اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور » راجع : جمع الجوامع ١٧٦/٢ ، شرح الاسنوى على المنهاج ٢٧٣/٣ والمستصطفى ١٧٣/١ والأحكام للأمدى ١٤١/١ .
(٢) راجع : نزهة خاطر شرح روضة الناظر ٣٩٢/١ .
(٣) راجع : معنى المحتاج شرح المنهاج ١٠١/١ وفتح القدير ٩٢/١ .

فقد قال الامامان : مالك^(٤) والشافعي^(٥) - رحمهما الله تعالى :
لا تبطل الصلاة وانما يتمها ذلك المصلى وذلك لأن الاجماع منعقد على
صحتها قبل رؤية الماء فيستصحب حال الاجماع الى أن يرد دليل
على أن رؤية الماء مبطله وذلك لأن الدليل الدال على صحة الشروع
في الصلاة دال على دوامه الى أن يقوم دليل الانقطاع^(٦) .

ويرى الامام الأعظم أبو حنيفة النعمان^(٧) - رحمه الله - أن صلاة
المتيمم الذي رأى الماء أثناء صلاته باطلة ، وأنه لا اعتبار بهذا الاجماع
على صحة صلاته قبل رؤية الماء وذلك لأن الاجماع انعقد حالة العدم
لا حالة الوجود ، وقال : ومن أراد الحاق العدم بالوجود فعليه الدليل^(٨) .

(٤) هو : الامام المجتهد القدوة امام دار الهجرة مالك بن أنس بن
أبي عامر بن الحارث أبو عبد الله وأليه ينسب المالكية وهو كالشمس في
وسط النهار عال القدر ظاهر الفضل وتوفى رحمه الله سنة ١٧٩ هـ .
راجع : الاعلام ١٢٨/٦ وتذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ .

(٥) هو : الامام الفنى عن التعريف محمد بن ادريس بن عثمان بن
شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب لازم
امام دار الهجرة حتى توفى سنة ١٧٩ ورحل هو الى العراق ثم الى
الحجاز ومصر وتوفى رحمه الله سنة ٢٠٤ هـ .
راجع : طبقات الشافعية ١٠٠/١ ووفيات الأعيان ٢١٤/٢ .

(٦) راجع : المهذب للشيرازى ٣٧/١ ونهاية المحتاج للرملى ٢٨٧/١
واعلام الموقعين ٣٤١/١ .

(٧) هو : النعمان بن ثابت بن زوطى الامام الأعظم ينسب اليه مذهب
الحنفية المواد سنة ٨٠ هـ بالكوفة فارسى الأصل عربى المولد أحد الأئمة
الأربعة الفقيه المجتهد وقد ادرك عددا من الصحابة وتوفى رحمه الله
سنة ١٥٠ هـ .

راجع : طبقات الاصوليين ١٠١/١ ووفيات الأعيان ٤٠٥/٥
والاعلام ٤/٩ .

(٨) راجع : الهداية مع العناية وفتح القدير ٩٢/١ .

ومتأله كذلك :

قول الظاهرية بجواز بيع أم الولد^(٩) ، لأن الاجماع انعقد على جواز بيع هذه الجارية قبل أن يستولدها سيدها فتلد ولدا له فيظل هذا الاجماع مستمرا حكمه بعد الاستيلاد وذلك بمقتضى استصحاب الحال لأن الولادة لم تنزل هذا الاجماع^(١٠) .

ومثل له سيف الدين الآمدي^(١١) : بمسألة الخارج نجس من غير السبيلين^(١٢) فإذا تطهر انسان ثم خرج منه خارج نجس من غير السبيلين فهو بعد الخروج متطهر ثم لو صلى فصلاته صحيحة وذلك لأن الاجماع منعقد على هذين الحكمين طهارته وصحة صلاته قبل خروج هذا الخارج ، والمعروف أن الأصل في كل شيء يتحقق دوامه كما يرى القائلون بحجية الاستصحاب الى أن يوجد المعارض النافي والأصل عدمه فمن ادعاه فعليه الدليل^(١٣) .

وبعد :

فهذه آراء العلماء في استصحاب حكم الاجماع في محل الخلاف حيث حقق العلامة ابن القيم - رحمه الله - نزاع العلماء حول هذا النوع

(٩) أم الولد : الأم في اللغة أصل الشئ ، وأم الولد عبارة عن كل من ولد لها ولد وهي في استعمال الفقهاء خاصة بالأمة التي ولدت من سيدها الحر .

وعرفها الشيخ الدرديري بقوله : هي التي حملت من وطء مالكتها .

راجع : الشرح الكبير للدرديري وحاشية الدسوقي ٤/٤٧ .

(١٠) راجع : أصول الفقه الاسلامي د/وهبة الزحيلي ٢/٨٦٥ .

(١١) هو : سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن

سالم الآمدي الفقيه الأصولي المولود سنة ٥٥١ هـ وله مؤلفات متعددة

منها في أصول الفقه كتاب الأحكام في أصول الأحكام وله كذلك منتهى

السؤل وتوفى رحمه الله سنة ٦٣١ هـ .

راجع : الاعلام ٥/١٥٣ والفتح المبين ٢/٥٨ .

(١٢) سيرد الحديث عن هذه المسألة تفصيلا عند كلامنا عن أثر

الاستصحاب في الفروع الفقيه .

(١٣) راجع : الأحكام للآمدي ٤/١٨٥ ، ١٨٦ .

من الاستصحاب فقد ذكر أن الاستصحاب على ثلاثة أقسام : وعرض
لنوع الثالث حيث قال : ان النوع الثالث هو : استصحاب حكم
الاجماع في محل النزاع . فقال : المزني^(١٤) والصيرفي^(١٥) وابن شاقلا^(١٦)
وابن حامد^(١٧) : هو حجة^(١٨) وقال ابن حامد في أحد قوليه والقاضي
أبو يعلى^(١٩) وابن عقيل^(٢٠) ،

(١٤) هو : اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق
أبو ابراهيم المزني الشافعي ناصر المذهب الشافعي ولد سنة ١٧٥ هـ
وحدث عن الشافعي وغيره ومن مصنفاته « الجامع الكبير » « والجامع
التصغير » « والمختصر » وغيرها وتوفي رحمه الله سنة ٢٦٤ هـ راجع :
طبقات الشافعية الكبرى ٢٣٨/١ .

(١٥) هو : محمد بن عبد الله الصيرفي أحد المتكلمين ومن فقهاء
الشافعية قال عنه أبو بكر القفال كان من أعلم الناس بالأصول بعد الامام
الشافعي المولود ببغداد والمتوفى بها سنة ٣٣٠ هـ راجع : الاعلام ٩٦/٧
وطبقات الشافعية ١٦٩/٢ .

(١٦) هو : ابراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان بن شاقلا
أبو اسحاق البزار جليل القدر حسن الرواية عظيم الكلام في الأصول
والفروع يكثر الاصحاب من الاعتماد عليه وأُنقل عنه ولد سنة ٣١٥ هـ
وتوفي سنة ٣٦٩ هـ في بغداد . راجع : طبقات الحنابلة ١٣٨/٢ ، ١٣٩ .

(١٧) هو : الحسن بن حامد بن علي بن مروان أبو عبد الله البغدادي
أمام الحنابلة في زمانه ومن تلاميذه القاضي أبو يعلى وله مصنفات عديدة :
منها شرح الخرقى وشرح أصول الدين وأصول الفقه وتوفي رحمه الله
سنة ٤٠٣ هـ راجع : البداية والنهاية ٣٤٩/١١ وطبقات الحنابلة ١٧١/٢
(١٨) راجع : اعلام الموقعين ٣٤١/١ - ٣٤٤ .

(١٩) هو : القاضي محمد بن الحسين بن خلف بن أحمد بن الغراء
أبو يعلى شيخ الحنابلة في وقته المولود سنة ٣٨٠ هـ وله ثروة عظيمة
في الأصول والفروع وجعل الله من ذريته أئمة علم وهدى وتوفي رحمه الله
سنة ٤٥٨ هـ راجع : طبقات الحنابلة ٩٣/٢ ، ٩٤ وذيل طبقات الحنابلة
٢٢٦/١ والبداية والنهاية ٩٤/١٢ .

(٢٠) هو : أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد شيخ الحنابلة في
زمانه ببغداد المولود سنة ٤٣١ هـ تفقه على القاضي أبي يعلى وكان عظيم
الشهرة ومن أشهر مصنفاته « الفنون » و « الواضح » في أصول الفقه
وتوفي رحمه الله تعالى سنة ٥١٣ هـ .

راجع : طبقات الحنابلة ٢٥٩/٢ وذيل طبقات الحنابلة ٩٤٢/١ .

وأبو الخطاب^(٢١) وابن الزاغوني^(٢٢) ليس بحجة ثم أوضح حجج كل فريق^(٢٣) .

ومن خلال ما سبق يتضح - لنا - أن العلماء قد اختلفوا بشأن حجية هذا النوع من الاستصحاب ، وهذه خلاصة ما ذهبوا إليه .

المذهب الأول :

ويرى أن استصحاب حكم الاجماع في محل الخلاف ليس بحجة ، والى هذا ذهب الحنفية والحنابلة وجمهور المالكية والغزالي والشيرازي^(٢٤) وغيرهم^(٢٥) .

فقد أفرد الغزالي لهذا النوع من الاستصحاب مسألة برأسها فقال :
« مسألة : لا حجة في استصحاب الاجماع في محل الخلاف خلافا لبعض العلماء »^(٢٦) وهكذا فعل سيف الدين الأمدى فقال : « اختلفوا

(٢١) هو : محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني البغدادي أحد أئمة المذهب الحنبلي المولود ببغداد سنة ٤٣٢ هـ وتفقه على القاضي أبي يعلى ومن مصنفاته « التمهيد في أصول الفقه » « والهداية » في الفقه وتوفي ببغداد سنة ٥١٠ هـ . راجع : الاعلام ١٧٨/٦ وطبقات الحنابلة ٢٥٨/٢ والبدآية والنهاية ١٢/١٨٠ وذيّل طبقات الحنابلة ١١٦/١ (٢٢) هو : علي بن عبيد الله بن نصر بن السري وكنيته أبو الحسن ويعرف بأبن الزاغوني الفقيه الحنبلي الأصولي المحدث الواعظ ولد سنة ٤٥٥ هـ وصنف في علوم في الفقه « ألقناع » و « الواضح » « والخلاف الكبير » وفي أصول الفقه « غرر البيان » وتوفي سنة ٥٢٧ هـ راجع : الفتح المبين ٢٣/٢ .

(٢٣) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٤١ - ٣٤٤ .

(٢٤) هو : أبو اسحاق الشيرازي أبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله فقيه أصولي شافعي أديب مؤرخ ولد قرب شيراز سنة ٣٩٣ هـ ونشأ بها ورحل الى بغداد في طلب العلم ومن مصنفاته المذهب في الفقه واللمع والتبصرة في الأصول وتوفي رحمه الله سنة ٤٧٦ هـ . راجع : الفتح المبين ١/٢٥٥ وفيات الأعيان ١/٢٩ .

(٢٥) راجع : اعلام الموقعين ١/٢٤١ والمستصفي ١/٢٢٨ واللمع للشيرازي ص ٦٧ والأحكام للأمدى ٤/١٨٥ ، ١٨٦ والتلويح ٢/١٠١ وروضة الناظر ١/٢٩٢ ، ٢٩٣ والمدخل الى مذهب الامام أحمد ص ١٣٤ .
(٢٦) راجع : المستصفي ١/٢٢٣ ، ٢٢٤ .

في جواز استصحاب حكم الاجماع في محل الخلاف فنفاه جماعة من
الأصوليين كالغزالي وغيره وأثبتته آخرون» (٢٧) .

وأنصار هذا المذهب يقررون أنه لا يجوز الاستدلال بمجرد
الاستصحاب بل ان اقتضى القياس أو غيره الحاقه بما قبله الحق به
والا فلا ، وذلك لأن انعقاد الاجماع هذا على صفة لا يستلزم الاجماع
على صفة أو حال أخرى وانعقاد الاجماع هذا انما كان على الصفة التي
كانت قبل محل النزاع وهو صحة الصلاة - مثلا - قبل رؤية الماء
في الصلاة فأما بعد الرؤية فلا اجماع فليس - هنا - استصحاب -
كما قال ابن القيم وذلك لأن شرط الاستصحاب بقاء الحال على الصفة
التي كانت وقت الحكم فان هذه هي التي تعد مناطه فاذا تغيرت الصفة
فقد زالت الحال أو تغير مرجب الحكم فيكون الأمر خاضعا لحكم
آخر (٢٨) .

المذهب الثاني :

ويرى أن استصحاب حكم الاجماع في محل الخلاف حجة ، والى
هذا ذهب الامام الشافعي وأبو ثور (٢٩) وداود الظاهري (٣٠) وهو اختيار

(٢٧) راجع : الأحكام نلامدى ٤/١٨٥ ، ١٨٦ .

(٢٨) راجع : المستصفي ١/٢٢٤ والمعتد ٢/٨٨٤ .

(٢٩) هو : ابراهيم بن خالد أبو اليمان الكعبي الفقيه البغدادي
كان من أصحاب الرأي المولود سنة ٢٤٦ هـ وقد تبع الامام الشافعي بعد
قدومه الى العراق وله مصنفات تجمع بين الحديث والفقه وتوفى رحمه
الله سنة ٣٤٠ هـ . راجع : وفيات الأعيان ١/٥ .

(٣٠) هو : أبو سليمان داود بن خلف فقيه أهل الظاهر المولود
سنة ٢٠٠ هـ وعاش في بغداد وانتهت اليه رئاسة العلم فيها وكان شافعيًا
ثم زغيمًا لأهل الظاهر وله مصنفات عديدة منها « ابطال القياس » وتوفى
سنة ٢٧٠ هـ .

راجع : طبقات الشافعية ٢/٢٨٤ ووفيات الأعيان ٢/٢٦ .

الأمدي وابن الحاجب^(٣١) والشوكاني وابن شاقلا وابن حامد وابن القطان^(٣٢)
وغيرهم^(٣٣) .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي :

ان الحكم اذا كان قد ثبت بالاجماع فقط وقد زال هذا الاجماع
فقد زال الحكم بزواله فلو ثبت الحكم بعد ذلك لكان ثابتا بلا دليل
عليه وهذا ممنوع فالاستصحاب - هنا - لا يحتج به لأن الاجماع
كان قائما حالة فقد الماء على صحة الصلاة بالتيسم لكن بشرط ألا تتغير
حالة فقدان الماء بحالة وجود هذا الماء لأن الحالة التي انعقد عليها
الاجماع كانت حالة عدم وهذه حالة وجود^(٣٤) .

ونوقش هذا :

بأن الاجماع ليس هو العلة في الثبوت ولا يعتبر سببا للحكم
في الواقع ونفس الأمر حتى يلزم من زوال العلة زوال المعلول أو من

-
- (٣١) هو : العلامة جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر
المالكي بن الحاجب صاحب التصانيف المشهورة مثل : المنتهى والمختصر
في أصول الفقه وغيرهما وتوفي رحمه الله سنة ٤٤٦ هـ .
راجع : البداية والنهاية ١٣/١٧٦ ووفيات الأعيان ٢/٤١٣ .
- (٣٢) هو : أحمد بن محمد بن القطان ، أبو الحسين من أئمة
الشافعية قال عنه الشيرازي وهو آخر من عرفناه من أصحاب أبي العباس
ابن سريج ، ودرس ببغداد واخذ عنه العلماء وله مصنفات كثيرة وتوفي
رحمه الله سنة ٣٥٩ هـ . راجع : طبقات الشيرازي ص ٩٢ ووفيات
الأعيان ١/٥٣ وتاريخ بغداد ٤/٣٦٥ وشذرات الذهب ٣/٢٨ .
- (٣٣) راجع : اعلام الموقعين ١/٢٤١ والمستصفي ١/٢٢٨ وارشاد
الفحول ص ٢٠٩ وابن حنبل للشيخ أبو زهرة ص ٢٩٥ واللمع ص ٦٧
والإبهاج ٣/١١١ والأحكام ٤/١٨٥ ، ١٨٦ وروضة الناظر ١/١٩٢ ، ٢٩٣
وشرح المحلى على جمع الجوامع ٢/٢٩٠ ، ٢٩١ .
- (٣٤) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ / الدكتور / عبد الحميد
أبو المكارم ص ٢٦ .

زوال السبب زوال الحكم وذلك لأن الحكم كان ثابتاً وعلمنا بالاجتماع ذلك الثبوت وهذا يدلنا على أن الحكم مستند على نص أو ما فى معنى النص ، فلا يلزم على انتفاء الاجتماع انتفاء الحكم بل يجوز أن يكون باقياً ويجوز أن يكون منتفياً لكن لما كان الأصل بقاءه فان البقاء يترجح على النفى لأن البقاء لا يفتقر الى سبب لا يجاءه بل يفتقر الى سبب ثبوته واما النفى فيفتقر الى ما يزيل الحكم الأول والى ما يحدث الحكم الثانى والى ما ينفيه فكان ما يفتقر اليه أكثر مما يفتقر اليه البقاء فيكون البقاء أولى من التغيير (٣٥) .

واستدل أصحاب المذهب الثانى :

وهم القائلون بحجية استصحاب حكم الاجتماع فى محل الخلاف بقولهم أن تبدل حال المحل المجمع على حكمه أولاً : كتبدل زمانه ومكانه وشخصه وتبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع استصحاب ما يثبت له قبل التبدل فكذلك تبدل وصفه وحاله لا يمنع الاستصحاب حتى يقوم دليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف الحادث ناقلاً للحكم مثبتاً لصفه كما جعل تخليل الخمر ناقلاً للحكم بتحريمها .

وعلى هذا فلا يبقى التمسك بالاستصحاب صحيحاً واما مجرد النزاع فانه لا يوجب سقوط حكم الاجتماع والنزاع فى رؤية المتيمم للماء فى الصلاة لا يوجب رفع ما كان ثابتاً من الطهارة المبيحة للصلاة فلا يقبل قول المعترض أنه قد زال حكم الاستصحاب بالنزاع الحادث فان النزاع لا يرفع ما يثبت من الحكم للمعترض رفعه الا أن يقيم الدليل على أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلاً على ثقل الحكم ، وحينئذ فيكون معارضاً فى الدليل لا قادحاً فى الاستصحاب (٣٦) .

(٣٥) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٤٢ .

(٣٦) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٤٣ ، ٣٤٤ وجمع الجوامع وشرحه

المعنى ٢/٣٥٠ .

ولعل الراجع في هذا الخلاف :

هو ما ذهب اليه الامام الشافعي - رحمه الله تعالى - ومن معه من أن استصحاب حكم الاجماع في محل النزاع حجة وذلك لقنوة ما استدل به ودفع ما استدل به غيره *

هذا : فضلا عن أن القول بحجية هذا النوع من الاستصحاب فيه التيسير على المكلفين خاصة وأنه يحقق التمسك بالبقاء على الأصل الذي لا يجب الانتقال عنه الا بالدليل يصلح للنقل فمن ادعاه أتى به^(٢٧) *

ومما يؤكد هذا الرجحان :

ما قرره الشوكاني - في ارشاد الفحول - حيث قال : « والقول الثاني : يعنى جعله حجة هو الراجع لان التمسك بالاستصحاب باق على الأصل قائم في مقام المنع فلا يجب عليه الانتقال عنه الا بدليل يصلح لذلك فمن ادعاه جاء به »^(٢٨) *

(٢٧) راجع : الأدلة المختلف ص ٢٩ والاستصحاب د / سعيد مصيلحي ص ٦٨ .
(٢٨) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ واعلام الموقعين ١/٣٤١ - ٣٤٤ .

المبحث الرابع

الاستصحاب المقلوب

وهو عبارة عن استصحاب الحال في الماضي ، وذلك كما اذا وقع البحث في أن هذا المكيا ل - مثلا - هل كان على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيقول القائل نعم اذ الأصل موافقة الماضي للحال ، وكما اذا رأيت زيدا جالسا في مكان وشككت هل كان جالسا فيه أمس ؟ فيقضى بأنه كان جالسا فيه أمس استصحابا مقلوبا (١) .

وهذا النوع من الاستصحاب ذكره العلامة ابن السبكي حيث قال : ان الطريق في اثبات الحكم به يعود الى الاستصحاب المعروف وذلك لأنه لا طريق له الا قولك لو لم يكن جالسا أمس لكان الاستصحاب بأنه غير جالس الآن فدل على أنه كان جالسا أمس (٢) .

ثم قال ابن السبكي : وقد قال به الأصحاب في صورة واحدة وهي ما اذا اشترى شيئا وادعاه مدع وأخذه منه بحجة مطلقة ، فانه أطلق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع له على البائع بل لو باع المشتري أو وهب وأنزع المال من المشتري منه كان للمشتري الأول الرجوع - أيضا - وهذا استصحاب للحال في الماضي .

وكذا قال الأصحاب فيما اذا وجدنا ركازا مدفونا في الأرض ولم نعرف هل هو من دفين الجاهلية أو الاسلام فالمنقول أنه ليس بركاز وفيه وجه أنه ركاز لان الموضع يشهد له وعلى هذا فقد استصحبنا مقلوبا لأننا استدللنا بوجه أنه في الاسلام على أنه موجود قبل ذلك (٣) .

(١) راجع : حاشية البناني على شرح المحلى ٢٥٠/٢ .

(٢) راجع : الابهاج شرح المنهاج ١٧٠/٣ .

(٣) راجع : شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٥٠/٢ .

وحاصل الاستصحاب المقلوب : أن ثبوته الآن علامة على ثبوته فى

الماضى اذ لو لم يكن ثابتا فيه لاختلف الحالان والأصل توافقهما^(٤) .
فالاستصحاب المقلوب :

عبارة عن ثبوت أمر فى الزمان السابق بناء على ثبوته فى الزمن
الحاضر حتى يثبت خلافه وقد اعتمد المالكية هذا النوع من الاستصحاب
فى الوقت الذى لا يعرف بعد البحث أصل مصرفه وشروط واقفه
فاذا كان الحاضر يصرف على نمط معين حكم باستصحاب هذه الحالة
فى الماضى حتى يثبت خلافها^(٥) .

ولعلك تلاحظ ضعف هذا النوع من الاستصحاب ولهذا لم يكن
محل اتفاق حتى قال ابن السبكي نفسه ولهذا قال الأصحاب أى
الشافعية به فى صورة واحدة^(٦) .

أى أنه محل خلاف حتى عند الشافعية الذين اشتهر عنهم العمل
بالاستصحاب .

وقد رأينا البعض لم يعتبر الاستصحاب المقلوب كالامام الغزالي
فلم يذكره ضمن صور الاستصحاب ولعل ذلك بسبب ضعفه وأن العمل
به انما يقع فى جزئية أو جزئيات قليلة وربما كان لها من الأدلة ما يقدم
على ذلك الاستصحاب المقلوب^(٧) .

(٤) راجع : تقرير المشريين على جمع الجوامع بحاشية البناني

٢٥٠/٢ .

(٥) راجع : أصول الفقه د / وهبة الزحيلي ٨٦٦/٢ .

(٦) راجع : الأبهج شرح المنهاج ١٧٠/٣ .

(٧) راجع : المستصفي ٢٢١/١ ، ٢٢٢ .

المبحث الخامس

تحقيق الخلاف بشأن صور الاستصحاب

من الجدير بالبحث والتحقيق - بعد عرض صور الاستصحاب - أن نحرر محل النزاع في الاستصحاب ، وهل جميع صوره محل خلاف بين العلماء ؟ أم أن الخلاف قائم بينهم بشأن بعض هذه الصور دون البعض الآخر ؟

وقد حصر العلامة ابن القيم الخلاف في نوعين فقط من الاستصحاب وهما : استصحاب حكم الاجماع في محل النزاع ، واستصحاب العدم الأصلي المسى بالبراءة الأصلية .

وقال عن هذا النوع : أنه المراد غالبا عند الاطلاق أى في حالة اطلاق الاستدلال بالاستصحاب .

وقال : انه لا خلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل والشرع على ثبوته وكذلك لا خلاف في وجوب العمل باستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعى حتى يثبت خلافه وان تنازع الفقهاء في بعض أحكامه (١) .

في حين أنه قد ورد تحرير محل النزاع في هذا الشأن - في شرح جمع الجوامع على هذا النحو : « أنه لا خلاف في استصحاب العدم الأصلي - وهو نفى ما تفاه العقل ولم يثبت الشرع وانما الخلاف في استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه كثبوت الملك بالشرء .

(١) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٤١ - ٣٤٤ .

وهكذا : نجد أن استصحاب العدم الأصلي أو استصحاب الحكم الأصلي للأشياء وهو ما يعبر عنه بعض العلماء باستصحاب البراءة الأصلية أو كما سماه ابن القيم : استصحاب براءة العدم الأصلي : نجد أنه محل خلاف كذلك بين العلماء فقد جزم ابن السبكي - على نحو ما سبق - بحججته فقال : « قال علماؤنا استصحاب العدم الأصلي وهو نفى ما نفاه العقل ولم يثبتته الشرع كوجوب صوم رجب حجة جزما » .

في حين أن العلامة ابن القيم خالف الجزم الذي ادعاه ابن السبكي فقال في اعلام الموقعين : « فقد تنازع الناس فيه فقالت طائفة من الفقهاء والمتكلمين أنه يصح للدفع لا للإبقاء » (٢) .

هذا : فضلا عن أن الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب العدم في الماضي والذي ذكره ابن اسبكي في الابهاج وفي جمع الجوامع - لا يمكن أن يكون محل اتفاق بين العلماء حتى لدى الشافعية الذين اشتهروا بالأخذ بالاستصحاب (٣) .

وقد جعل البعض محل النزاع هو استصحاب العام حتى يرد المخصص أو النص حتى يرد الناسخ أو استصحاب الحكم الذي دل الشرع على ثبوته ودوامه وما عدا هذا متفق عليه ، وهذا ما تقرر لدى العلامة ابن السبكي ، ولعله يقصد أن ما عدا هذا متفق عليه عند الشافعية خاصة والا فالخلاف ثابت كذلك في استصحاب العدم الأصلي (٤) .

(٢) راجع : الابهاج ١٨٢/٢ ، ١٨٣ وشرح البدخش على المنهاج . ١٢٩/٢ .

(٣) راجع : شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨١/٢ و اعلام الموقعين . ٣٣٩/١ .

(٤) راجع : الابهاج ١٨١/٣ - ١٨٣ والاستصحاب د / سعيد مصيلحي ص ٣٧ .

وبعد : فالذى يترجح - لدينا - أن الخلاف يشمل جميع أنواع الاستصحاب وان كان هذا الخلاف يقوى فى بعض الصور ويضعف فى صور أخرى ، ويتأكد هذا من خلال النظر فى آراء الأصوليين المختلفة فيما يتعلق بكل نوع وما يدل عليه الخلاف فى الفروع الفقهية المتنوعة .

فمثلا : اذا كان الرجل متوضئا وذلك وصف ثابت يستمر على ثبوته حتى يثبت نقيضه بيقين أو غلبة ظن فاذا شك فى أنه أحدث : أتجوز به الصلاة مع هذا الشك لم لا يجوز ؟

يرى الامام مالك - رحمه الله - أنه لا تجوز الصلاة حتى يتوضأ وضوءا جديدا وذلك لانه قد تعارض - هنا - أصلان :

الأول : بقاء وصف الوضوء بالاستصحاب والا يزيله الشك .

والثانى : ان الذمة مشغولة بفرضية الصلاة وبحكم الاستصحاب لا تبرأ الا اذا أدت الصلاة على وجهها بوضوء ثابت ثبوتا قطعيا لا شك فيه والوضوء القائم موضع شك وان الشك فى الطهارة يفقد شرط الصلاة .

وقد رجح الامام مالك الأصل الثانى فأوجب وضوءا جديدا للصلاة فى حين أن غيره قد قرر أن الصلاة تجوز لان الوضوء لم يزل (٥) .

وهناك مثال آخر :

تتأكد منه على أن الخلاف قائم بين العلماء بشأن جميع صور الاستصحاب . ويتضح هذا فى حالة ما اذا طلق الرجل زوجته وشك أطلقها ثلاثا أو واحدة ؟ فقال : جمهور الفقهاء ان الطلاق يقع واحدة . قال الامام مالك يقع ثلاثا وذلك لأنه قد تنازع المسألة أصلان :

(٥) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ١٢ .

الأول : بقاء الحل حتى يثبت المغير وقد حصل شك في ثبوت المغير
وهو الطلاق فلا يزول الحل •

والثاني : ان الطلاق اذا وقع ثبت بيقين وقد كان الشك في أنه
هل تثبت رجعة أم لا ؟ والرجعة لا تثبت بالشك •

والراجع :

هو رأى الجمهور وذلك لأن الحل فى النكاح متيقن فلا يزول
الا بيقين ، ولا يزول بالشك ولا يقال ان الأصل فى التحريم بالطلاق
وقد شكنا فى الحل لا يقال ذلك لأن التحريم قد زال بنكاح متيقن
وقد حصل فيما يرفعه (٦) •

(٦) راجع : أصول الفقه لاستاذنا الشيخ / محمد أبو زهرة ص ٣٠١ •

الفصل الثالث

حجية الاستصحاب

المبحث الأول

تحقيق الخلاف بشأن الحجية

ثار الخلاف بين العلماء بشأن حجية الاستصحاب ومدى العمل به كدليل^(١) من أدلة الأحكام الشرعية وقد تبلور هذا الخلاف في المذاهب الآتية :

المذهب الأول :

ويرى أن الاستصحاب حجة مطلقا - أى سواء كان ذلك الاستصحاب لأمر وجودى أم عدمى عقلى أم شرعى^(٢) وإلى هذا ذهب الجمهور - ومنهم الامام الشافعى وأصحابه كالزنى والصيرفى وحجة الاسلام الغزالى ، وهو قول الحنابلة والمالكية^(٣) كما انه اختيار الامام فخر الدين الرازى ، وسيف الدين الآمدى *

(١) الدليل : لفة : هو المرشد وما به الارشاد .

وفى الاصطلاح : ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه الى

مطلوب خيرى .

راجع : التعريفات للجرجانى ص ٩٣ وتسهيل الوصول للمحلولى

ص ١٢ .

(٢) وقد تقدم التمثيل لهذه الأنواع عند حديثنا عن تعريف

الاستصحاب .

(٣) راجع : مختصر ابن الحاجب ٢/٢١٧ والابهاج ٣/١١١ وشرح

المطلى على جمع الجوامع مع حاشية البنانى ٢/٣٤٨ ، ٣٤٩ وارشاد

الفحول ص ٢٣٧ وروضة الناظر وجنة المناظر وشرحها نزهة الخاطر

٢/٣٨٩ .

فقد جاء فى المحصول :

« المختار - عندنا - أنه حجة وهو قول المزنى والصيرفى من فقهاءنا
خلافًا للجمهور من الحنفية والمتكلمين » (٤) .

وفى هذا يقول الأمدى :

« وذهب جماعة من أصحاب الشافعى كالمزنى والصيرفى والغزالى
وغيرهم من المحققين الى صحة الاحتجاج به » (٥) .

كما أن هذا القول بحجية الاستصحاب مطلقا ذهب اليه - أيضا -
بعض الحنفية كما أنه مذهب الشعية والظاهرية .

فقد جاء فى مسلم الثبوت : « الاستصحاب حجة عند الشافعية
وطائفة من الحنفية منهم : أبو منصور (٦) مطلقا » (٧) .

وورد فى ارشاد الفحول :

قول العلامة الشوكانى : « واختلفوا هل هو حجة عند عدم الدليل :
أقوال . الأول : أنه حجة وبه قالت الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية
والظاهرية سواء كان فى النفى أم الاثبات » (٨) .

(٤) راجع : المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٤٨ .

(٥) راجع : الأحكام للأمدى ١٧٢/٤ .

(٦) هو : محمد بن محمد بن محمود - أبو منصور الماتريدى امام
علماء الكلام برع فى كافة العلوم وصنف التصانيف المفيدة التى جاءت فى
غاية الأحكام والتحقيق حيث جمع الأصول والفروع ومنها كتاب الجدل فى
الأصول « وتوفى رحمه الله سنة ٢٣٣ هـ .

راجع : الاعلام ٩٦٨/٣ وطبقات الأصوليين ١٩٣/١ .

(٧) راجع : مسلم الثبوت بشرح فواتح الرحموت ٣٥٩/٢ .

(٨) راجع : ارشاد الفحول ص ٢٣٧ و/حكام لابن حزم الظاهرى
٥٩٠/٥ والمدخل الى مذهب أحمد بن حنبل ص ١٣٢ وأصول الفقه
د / زكى الدين شعبان ص ١٣٤ .

المذهب الثاني :

ويرى ان الاستصحاب ليس بحجة مطلقة : لا لاثبات أمر لم يكن ولا ابقاء ما كان على ما كان ، والى هذا ذهب جمهور الحنفية وبعض المتكلمين كأبي الحسين البصرى وقال بهذا أبو الخطاب الحنبلى (٩) .

وهذا المذهب هو اختيار الكمال بن الهمام ، وصاحب (١٠) مسلم الثبوت (١١) .

وقد قالت الحنفية : بل الحجة الدليل الأصلى كالعقل والعام والنص والسبب أما الاستصحاب فلا يثبت حكما ولا يلزم خصما « (١٢) .

المذهب الثالث :

ويرى ان الاستصحاب حجة فى الدفع فقط ولا يصلح لأن يكون حجة فى الاثبات - وذلك بسعنى ان استصحاب براءة الذمة الأصلية ليس حجة لبرأتها حقا بل لدفع دعوى من يدعى شغلها حتى يثبت دعواه واستصحاب الملكية الثابتة بعقد سابق ليس حجة لبقاء الملكية بل لدفع دعوى من يدعى زوالها حتى يثبت دعواه بالبيننة .

(٩) راجع : الاحكام للامدى ١٧٢/٤ والمعتمد لابی الحسين البصرى ٨٨٤/٢ وكشف الاسرار على اصول البزدوى ٣٧٨/٣ وأصول السرحى ٢٨٥/٢ وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٨٤/٢ وشرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٥/٢ وشرح الاسنوى على المنهاج ١٣١/٣ وروضة الناظر وجنة المناظر ٣٨٩/٢ واعلام الموقعين ٣٣٩/١ .

(١٠) هو : العلامة محب الدين بن عبد الشكور البهارى الهندى القاضى الحنفى برع فى الفقه والأصول وغيرهما من العلوم ومن أشهر مؤلفاته « مسلم الثبوت فى أصول الفقه » وتوفى رحمه الله تعالى سنة ١١١٩ هـ . راجع : الفتح المبين ١٢٢/٣ والاعلام ١٦٩/٦ .

(١١) راجع : التقرير والتحبير ٢٩٠/٢ ومسلم الثبوت بشرح فواتح الرحموت ٣٥٩/٢ .

(١٢) راجع : أصول السرخسى ٢٢٥/٢ وكشف الاسرار على أصول الزدوى ٣٧٨/٣ وحاشية البنانى ٢٢٥/٢ .

والى هذا : ذهب الجمهور من متأخري الحنفية ومنهم : القاضى
أبو زيد الدبوسى^(١٣) ، وفخر الاسلام البزدوى^(١٤) ، وشمس الأئمة
السرخس^(١٥) وغيرهم^(١٦) .

فقد جاء فى أصول العلامة البزدوى :

« وعندنا هذا لا يكون حجة للإيجاب لكنها حجة دافعة »^(١٧) .
فهؤلاء يرون ان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات حكم مبتدأ
ولا للالزام على الخصم بوجه ولكن يصلح للدفع فيجب العمل فى حق
نفسه لا فى حق غيره^(١٨) .

أى ان الاستصحاب يصلح لدفع ما ليس بثابت لا لاثباته فهو يصلح

(١٣) هو : عبد الله بن عمر بن عيسى القاضى أبو زيد الدبوس من
كبار فقهاء الحنفية وكان مناظراً قوى الحججة ويعتبر من أوائل من وضع
علم الخلاف وأبرزهم الى الوجود ومن مؤلفاته « تأسيس النظر » « وتقويم
الأدلة » وتوفى رحمه الله سنة ٤٣٠ هـ . راجع : الفوائد البهية ص ١٠٩
ووفيات الأعيان ٤٨/٣ وطبقات الأصوليين ٢٣٦/١ .

(١٤) هو : أبو الحسن فخر الاسلام على بن محمد بن الحسين بن
عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد البزدوى الفقيه بما وراء النهر
صاحب الطريقة على مذهب أبى حفيضة وله كتاب المبسوط وشرح الجامع
الكبير وشرح الجامع الصغير وكتابه المشهور فى أصول الفقه وتوفى رحمه
الله سنة ٤٨٢ هـ ودفن بسمرقند .

راجع : تاج التراجم فى طبقات الحنفية ص ٤١ والفوائد البهية
ص ١٢٤ والاعلام ١٤٨/٥ .

(١٥) هو : شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل قاض
من كبار الحنفية مجتهد من أهل سرخس فى خراسان وله مؤلفاته العديدة
منها المبسوط فى الفقه وله أصوله المشهورة وتوفى سنة ٤٨٣ هـ وقيل
سنة ٥٠٠ هـ .

راجع : الفوائد البهية ص ١٥٨ ، ١٥٩ والاعلام ٢٠٨/٦ وتاج
التراجم ص ٥٢ .

(١٦) راجع : أصول السرخسى ٢٢٤/٢ والتلويح على التوضيح
١٠١/٢ ومسلم الثبوت ٢٠٩/٢ وكشف الأسرار ٣٧٨/٣ .

(١٧) راجع : أصول البزدوى ٣٧٨/٣ .

(١٨) راجع : حاشية الازميرى على المرأة ٢٦٦/٢ .

لأن يدفع به من ادعى تغير الحال لابقاء الأمر على ما كان أى ان الاستصحاب لا يثبت به الا الحقوق السلبية بمعنى أنه حجة لبقاء الحقوق المقررة الثابتة من قبل وليس بسبب موجب لحق مكتسب فلا يثبت حكماً جديداً وإنما يستمر به حكم العقل بالاباحة الأصلية أو البراءة ، أو ببقاء حكم على ما كان انما يستند الى موجب الحكم لا الى عدم المغير ولهذا قالوا : ان الاستصحاب حجة لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن (١٩) .

وقد تقرر هذا الرأى فى معظم كتب أصول الحنفية ومنها ما قرره صدر الشريعة (٢٠) بقوله : « فصل فى الحجج الفاسدة : الاستصحاب حجة عند الشافعى - رحمه الله - فى كل شئ يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك فى بقاءه ، وعندنا حجة للدفع لا للاثبات » (٢١) .

وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى : حالة المفقود واتخذها مثالا لتطبيق هذا المذهب فقال : « ففى المفقود الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة فى ابقاء ملكه فى ماله على ما كان ولا تكون حجة فى اثبات الملك له ابتداء فى مال قريبه اذا مات ففى الأولى دفع ارث الغير من المفقود وفى الثانية لا يثبت ارثه من غيره » (٢٢) .

وقد وجدت العلامة ابن السبكى يذكر هذا المذهب فقد ورد فى الابهاج قوله : « وهو المعمول به عند الحنفية كما صرح به أصحابهم فى

(١٩) راجع : أصول الفقه د / وهبة الزحيلي ٢/ ٨٦٧ ، ٨٦٨ .

(٢٠) هو : صدر الشريعة الأصغر عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة محمود بن صدر الشريعة الأكبر أحمد المحبوبي البخارى من علماء الحكمة وأصول الفقه والدين فهو فقيه أصولى جدلى محدث مفسر متكلم منطقي وله مؤلفات عديدة منها : التنقيح فى أصول الفقه وشرحه التوضيح وشرح الوقاية فى الفقه الحنفى وتوفى رحمه الله سنة ٧٤٧ هـ .

راجع : تاج التراجم ص ٤٠ والعوائد البهية ص ١٠٩ والاعلام ٤/ ٣٥٤

(٢١) راجع : التوضيح لصدر الشريعة مع حاشية التلويح ٢/ ١٠١ .

(٢٢) راجع : أصول السرخسى ٢/ ٢٢٤ .

كتبهم أنه لا يصلح حجة على الغير ولكن لا بداء العذر والدفع ولذلك قالوا : حياة المفقود تصلح حجة لابقاء ملكه لا فى اثبات الملك له فى مورثه « (٢٣) .

وهكذا : أوضح ابن القيم هذا بقوله : « ومعنى ذلك ان الاستصحاب يصلح لأن يدفع به من ادعى تغيير الحال لا لابقاء الأمر على ما كان فان بقاء ما كان انما هو مستند الى موجبه لا الى عدم المغير فاذا لم نجد دليلا نافيا ولا مثبتا امسكنا لا ثبت الحكم ولا تنفيه بل ندفع بالاستصحاب دعوى من اثبته » (٢٤) .

وبعد : فقد انحصرت الآراء فى حجية الاستصحاب فى ثلاثة مذاهب ما بين قائل بالحجية مطلقا وقائل بعدم الحجية مطلقا .

ومن توسط القول بين المذهبين مقررا ان الاستصحاب حجة فى الدفع فقط دون الاثبات . وسنعرض فيما يلى أدلة كل مذهب والمناقشة الواردة بشأن كل منها والتحليل والتعقيب عليها حتى يسكننا - بعد ذلك - الترجيح لما نختاره فى هذه المسألة .

* * *

(٢٣) راجع : الابهاج شرح المنهاج ٢٦٦/٣ .
(٢٤) راجع : اعلام الموقعين ١/٣٤٠ - ٣٤٢ .

المبحث الثاني

أدلة المذاهب

المطلب الأول

أدلة المذهب الأول

استدل أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقا - في الاثبات والنفي بأدلة كثيرة : من الكتاب والسنة والاجماع والمعقول والاستقراء وذلك على النحو الآتي :

فمن الكتاب

استدلوا بقوله : - تعالى - : « قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم بطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به » (١) .

ففي هذه الآية الكريمة تقرير الاحتجاج بعدم الدليل على الحكم استصحابا له وذلك لأن النافي متمسك بالعدم والعدم غير محتاج الى الدليل فينعدم الحكم لعدم دليبه (٢) .

ومن السنة :

استدلوا باحاديث متعددة تدل على استدامة الحكم لعدم المغير أى أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى ينيقن خلاف ذلك وان هذا عين الاستصحاب : ومن هذه الأحاديث :

(١) سورة : الانعام الآية ١٤٥ .

(٢) راجع : الأحكام للامدى ١٧٢/٤ وشرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني ٣٤٨/٢ وارشاد الفحول ص ٢٣٧ وتخريج الفروع للزنجاني ص ١٧٢ والأدلة المتخلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ١٦ .

(أ) ما روى عن أبي سعيد الخدرى^(٢) - رضى الله عنه - أنه قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : « إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى ثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم »^(٤) .

ففى هذا الحديث : أمر الرسول صلى الله عليه وسلم - لمن شك فى عدد الركعات أن يطرح الشك ويبنى على اليقين وهو الأقل وذلك لأنه المتيقن وإن الأصل عدم الزيادة حتى يحدث اليقين ولا أثر للشك الطارىء وهذا عين العمل بالاستصحاب^(٥) .

(ب) وبما روى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال : « إن الشيطان يأتى أحدكم فيقول أحدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا »^(٦) .

ففى حكم الرسول - صلى الله عليه وسلم - باستدامة الوضوء عقد الاشتباه أى أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ، وأنه لا أثر للشك الطارىء فمن حصل له ظن أو شك بأنه قد

(٢) هو : سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة الخزرجى الأنصارى الخدرى من علماء الصحابة وحفاظها الكثيرين خرج مع النبى - صلى الله عليه وسلم - فى غزوة بنى المصطلق وعمره خمسة عشر عاما وتوفى رحمه الله سنة ٧٤ هـ .

راجع : الاستيعاب ٤/١٦٧١ والاصابة القسم الثالث ص ١٧٧ .
(٤) الحديث : أخرجه الامام مسلم عن أبى سعيد الخدرى وله طرق مختلفة راجع : صحيح مسلم ١/٤٠٠ وموطأ الامام مالك ١/٢٩٢ وسنن أبى داود ١/٢٣٥ .

(٥) راجع : الأدلة المختلف فيها د / محمد السعيد عبد ربه ص ١٧ .
(٦) الحديث : رواه عبادة بن تميم عن عمه وهكذا أخرجه البخارى بهذا المعنى عنه وأخرجه البزار عن ابن عباس رضى الله عنهما راجع : صحيح البخارى بحاشية السندى ١/٢٨ وسنن أبى داود ١/٢٩ والجامع الصغير ١/٨١ .

أحدث وهو على يقين من طهارته لم يضره ذلك حتى يحصل له اليقين وهذا هو عين العمل بالاستصحاب^(٧) .

ومن الاجماع :

استدل أنصار هذا المذهب بالاجماع وذلك من طرق مختلفة منها :
(أ) ان الاجماع منعقد على أن الانسان لو شك في وجود الطهارة ابتداء لا تجوز له الصلاة ولو شك في بقائها جازت له الصلاة ولو لم يكن الأصل في كل متحققا دوامه للزم أما جواز الصلاة في الصورة الأولى أو عدم جواز الصلاة في الصورة الثانية ، وهذا خلاف الاجماع^(٨) .

(ب) ان الاجماع منعقد كذلك على أن الشك في النكاح ابتداء يوجب حرمة الوطء فيمن شك في العقد عليها - وان الشك في حصول الطلاق مع سبق العقد لا يوجب حرمة الوطء فيمن شك في طلاقها وليس هناك من فرق بينهما الا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهي عدم العقد ، والثاني : قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك - أيضا - وهي العقد عليها فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء للزم أن يكون الحكم فيهما واحدا وهو حرمة الوطء أو إباحته وهو باطل بالاجماع^(٩) .

وخلاصة هذا :

ان الاجماع قائم على اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع مثل بقاء الوضوء والحدث وطهارة الماء والزوجية والملك وغيرها فيما ثبت

(٧) راجع : كشف الأسرار للبخارى ٣/٣٧٩ وسبل السلام للسنفاني ١٠٧/١ .

(٨) راجع : كشف الأسرار ٣/٢٧٩ والأحكام للآمدي ٤/١٧٢ ، ١٧٣ والادلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ١٧

(٩) راجع : كشف الأسرار ٣/٢٧٩ ونهاية السؤل ٤/٣٥٢ والادلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٣ .

منها ووقع الشك فى بقاءها فانه يحكم ببقائها بالاتفاق وهو عمل بالاستصحاب .

ونوقش هذا :

بان الاتفاق على الحكم بالبقاء فى تلك الفروع ليس راجعا الى مجرد الاستصحاب بل لأن الشارع أوجب بأسبابها أحكاما ممتدة من جواز الصلاة بالوضوء وعدم جوازها بالحدث وحل التمتع بالزوجة والاتفاق بالملك الى ظهور ما ينقضها شرعا فالحكم ببقائها لعدم وجود ما يناقضها لا لمجرد الاستصحاب حتى يلزم تعميم العسل به فى كل ما قيل عنه أنه استصحاب^(١٠) .

كما نوقش :

بانا لا نسلم انعقاد الاجماع على الفرق فى الحكم بين الصورتين وذلك لأن مذهب الامام مالك وجماعة من الفقهاء انما هو التسوية بين الصورتين فى عدم الصحة^(١١) .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بما ذكره « ابن القيم » وقول الجمهور فى هذه المسألة أصح فان النكاح متيقن فلا يزول بالشك ولم يعارض يقين النكاح الا شك محض فلا يزول به وليس هذا نظير الدخول فى الصلاة بالطهارة التى لا شك فى انتقاضها فان الأصل هناك شغل الذمة وقد وقع الشك فى فراغها ولا يقال هنا ان الأصل التحريم بالطلاق وقد شككنا فى الحال فان التحريم قد زال بنكاح متيقن وقد حصل الشك فيما يرفعه فهو نظير ما لو دخل فى الصلاة بوضوء متيقن ثم شك فى زواله .

(١٠) راجع : اصول الفقه للأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى
٣٤١/١ ، ٣٤٢ .
(١١) راجع : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ١٢٠/١ - ١٢٣
وجواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٢١/١ .

فإن قيل :

هو متيقن للتحريم بالطلاق شك في الحل بالرجعة فكان جانب التحريم أقوى .

أجيب عن هذا : بأن الرجعية ليست بمحرمة وله أن يخلو بها ولها أن تتزين له وتعرض له وله أن يطأها والوطء رجعة عند الجمهور (١٢) .

ومن المعقول :

استدل القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا بالعقل وذلك من وجوه متعددة منها :

(أ) أن العقلاء وأهل العرف اذا تحققوا وجود الشيء أو عدمه وله أحكام خاصة فانهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم حتى أنهم يجوزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بسدد متظولة وافتقار الودائع اليه ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساع لهم ذلك (١٣) .

أى ان الحكم اذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعا ولا ظنا يبقى بذلك الدليل لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حالة ولم يظن طرو معارض يزيله فانه يلزم ظن بقاءه (١٤) .

(ب) أن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير وذلك لأن الباقي لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ومقارنة ذلك الباقي له كان وجودا أو عدما .

(١٢) راجع : الاحكام للامدى ٣/١٨٢ ، ١٨٤ واعلام الموقعين ٣٤٠/١ ، ٣٤١ .

(١٣) راجع : كشف الأسرار ٣/٣٧٧ .

(١٤) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ١٩ .

وأما التغيير فمتوقف على ثلاثة أمور : وجود الزمان المستقبل وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما (١٥) .

(ج) أن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - هي ثابتة في حقنا ونحن مكلفون بها وطريق اثباتها بالنسبة إلينا هو الاستمرار وبقاء ما كان على ما كان فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا لجواز أن تكون قد نسخت ولكان احتمال النسخ مساويا لاحتمال البقاء ويكون ثبوتها - حينئذ - ترجيحا - بلا مرجح (١٦) .

(د) أن الحكم إذا ثبت شرعا فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدينية ولا تتغير المصلحة في زمان قريب وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به فانظاهر عدمه وهذا نوع اجتهاد ، وإذا كان البقاء ثابتا باجتهاد مثله بلا ترجيح ويكون حجة على الخصم (١٧) .

وذلك كمن تعلق بقياس صحيح فانكر خصمه وعارض بقياس لا رجحان له على الأول يجب أن يكون المتكسر محجوجا به لأن ذلك حكم قد ثبت بقاؤه بالاجتهاد فلا يزول الا بدليل بترجح على الأول وان كان أوجب شبهة في الأول (١٨) .

وهذا معنى قول الفقهاء : ان ما مضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد

(١٥) راجع : الأحكام للامدى ١٧٣/٤ ، ١٧٤ .

(١٦) راجع : الابهاج شرح المنهاج ١٨٤/٣ ، ١٨٥ وأصول الشيخ /

محمد أبو النور زهير ١٧٨/٤ ، ١٧٩ .

(١٧) راجع : شرح الاسنوى على المنهاج ١٣١/٣ ، ١٣٢ .

(١٨) راجع : كشف الأسرار ٣٧٩/٣ وشرح العضد ٣٨٥/٢ .

مثله الا ترى أن الحكم المطلق فى حال حياة النبى - صلى الله عليه وسلم - كان محتملا للنسخ ثم هو ثابت فى حق من كان بعيدا عنه فى وجوب العسل به والالزام به على الغير ودعوة الناس فى ذلك فعرّفنا أنه حجة (١٩) .

(هـ) أن البداهة : تؤيد ذلك لأنه ليس لأحد أن يدعى أن فلاّذا مباح الدم لارتداده الا اذا قام الدليل على رده اذ الأصل حرمة دمه وعدم رده كما أنه ليس لأحد أن يدعى أن الحاكم العادل قد فسق الا اذا قام الدليل على فسقه لأن العدل اذا ثبت صار صفة مستمرة تأخذ حكمها حتى يثبت نقيضها وهو الفسق .

كذلك اذا ثبت أن رجلا معيناً تزوج بامرأة معينة فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتى يثبت الطلاق وهكذا (٢٠) .

(و) أن جاحدى الرسل ونفاة النبوات لا يكلفون دليلا على النفى بل اقامة الدليل على صحة النبوة على الأبياء ولو لم يكن عدم الدليل حجة للنافى استصحابا لطولبوا بالدليل (٢١) .

ومن الاستقراء :

استدلوا كذلك بان استقراء (٢٢) وتتبع الأحكام الشرعية يؤكد أنها

(١٩) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٣٤ .
(٢٠) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / السعيد عبد ربه ص ١٨ .

(٢١) راجع : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٧٢ .
(٢٢) الاستقراء : عبارة عن تتبع أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر كلى يشملها ، وينتوع الاستقراء الى نوعان : استقراء تام وهو عبارة عن تتبع جميع الجزئيات ليحكم بحكمها على أمر كلى يشملها ، أو هو عبارة عن اثبات حكم كلى فى ماهية لاجل ثبوته فى كل جزئياتها كما لو تتبعنا كل حيوان فوجدناه يتحرك وهذا النوع من الاستقراء حجة بالاتفاق .
والنوع الثانى : الاستقراء الناقص وهو عبارة عن تتبع اغلب الجزئيات

=

تبقى على ما قام الدليل عليه حتى يقوم دليل على التغيير فالغيب مثلا حلال
ينبت حله ويستمر الا اذا تغيرت صفته فتخمر وكذلك التمر وعصير القصب
كل هذا حلال ويستمر على الحل الا اذا تغيرت صفته فتخمرت أو صارت
بيذا مسكرا فانها تكون حراما لثبوت ذلك التغيير *

وكذلك كل ما ثبت تحريمه فانه يستمر على التحريم الى أن يقوم
دليل على الاباحة كحالة الاضطرار بالنسبة للميتة أو بتغيير الصفة التي
كان عليها التحريم كأن يتحول الخمر الى خل * وهكذا فكل مقررات
الشرع الاسلامي تؤيد الاستصحاب * بمعنى أن ما جاء به الشرع
الاسلامي من أحكام مختلفة تؤكد العمل باستصحاب الحال *

المطلب الثاني

أدلة المذهب الثاني

استدل أنصار المذهب الثاني وهم القائلون بأن الاستصحاب ليس
بحجة مطلقا بأدلة متعددة منها :

١- أن الاستصحاب يؤدي الى التعارض في الأدلة وذلك لأن من
استصحاب حكما من صحة فعل أو سقوط فرض كان لخصمه أن يستصحاب
خلافه في مقابلته كما لو قيل : أن المتيمم اذا رأى الماء قبل صلاته
وجب عليه الوضوء فكذلك اذا رآه بعد دخوله في الصلاة باستصحاب
ذلك الوجوب فان للخصم أن يعارض بان الاجماع قد انعقد على صحة
شروعه في الصلاة وانعقاد الاحرام وقد وقع الاشتباه في بقاءه بعد رؤية

ليحكم بحكمها على أمر كلي يشملها أو هو عبارة عن اثبات حكم كلي في
المساهية لثبوتها في أغلب جزئياتها . وهذا النوع يفيد الظن وذلك لاحتمال
وجرأ جزئي ليس مماثلا للجزئيات المستقرة في حكمها . ولهذا ثار الخلاف
بشأن حجية هذا النوع من الاستقراء .

راجع : المستصفي ٥١/١ وشرح الاسنوى على المنهاج ١٣٢/٣
وعاشية البناني على جمع الجوامع ٢٨٣/٢ .

الماء في الصلاة فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب وما أدى الى هذا التعارض يكون باطلاً (٢٣) .

ونوقش هذا :

بان حقيقة الأمر ليس فيها التعارض الذي زعمتموه وذلك لأن المتيمم اذا رأى الماء قبل الصلاة وجب عليه الوضوء لأن شرط التيمم عدم وجود الماء لقوله - تعالى - : « فلم تجدوا ماء فتيمموا » (٢٤) .

هذا والمعروف أن الشرط اذا فقد فقد المشروط وقد فقد الشرط بوجود الماء فبطل التيمم الذي هو المشروط وذلك لأن التيمم بدل عن الوضوء ولا يجمع بين البديل والمبدل منه .

ولهذا بقيت الجزئية الثانية في المسألة وهي اذا ما رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة : فهل يستصحب الحكم وهو وجوب الوضوء فيخرج من صلاته ليتوضأ ؟ أو أنه يبني على ما سلف من الطهارة التي سوغت له الاحرام بالتيمم فيكون مستصحباً لحكم الطهارة ؟

فيرى الامام الشافعى :

- رحمه الله - جواز مضيئه في صلاته واتمامها فيقول - رضى الله عنه - : « واذا تيمم فدخل في المكتوبة ثم رأى الماء لم يكن عليه أن يقطع الصلاة وكان له أن يتيممها » (٢٥) .

وذلك لأن الاجماع قد انعقد على صحة صلاته حالة الشروع والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه الا أن يقوم دليل الانقطاع (٢٦) .

(٢٣) راجع : كشف الاسرار ٣/٣٧٩ ، ٣٨٠ .

(٢٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٢٥) راجع : الام ١/٤١ .

(٢٦) راجع : المهذب للشيرازي ١/٣٧ نهاية المحتاج للمرملی ١/٢٨٧ .

ويرى المزمى من أصحابه :

أن وجود الماء ينقض طهر المتيمم فى الصلاة وغيرها (٢٧) .
فالتعارض الذى تسك به الخصم نشأ من مثل هذا الكلام لكن
هذا التعارض الظاهرى يرفع اذا حملنا قطع الصلاة عند رؤية الماء
على الصلاة المندوبة والصلاة التى لا يسقط قضاؤها بالتيمم كان يصلى
بمكان يغلب فيه وجود الماء اذ لا فائدة من الاشتغال بها لأنه لا بد من
اعادتها ، وفى المقابل تحمى عدم قطع الصلاة ، ووجوب اتمامها على الصلاة
المفروضة وللدليل آخر (٢٨) - أيضا - أقوى من الاستصحاب هو قوله
- تعالى - : « ولا تبطلوا أعمالكم » (٢٩) .

٢ - أن الأحكام الشرعية من الحل والحرم والطهارة ونحوها
لا تثبت الا بأدلة شرعية ينصبها الشارع والمعروف أن أدلة الشرع منحصرة
فى النص والاجماع والقياس - اتفاقا - والاستصحاب ليس منها
فلا يجوز الاستدلال به فى الشرعيات (٣٠) .

وقد جاء فى كشف الأسرار :

« وتسك من لم يجعله حجة أصلا بأن المستصحب ليس له دليل
عقلى ولا شرعى على ثبوت الحكم فى موضع الخلاف فان العقل لا يدل
على بقاء الحكم الشرعى بعد ثبوته وكذا دلائل الشرع : الكتاب والسنة
والاجماع والقياس اذا لم يدل شىء منها على بقاء الحكم بعد الثبوت

-
- (٢٧) راجع : مختصر المزمى ٣١/١ ومغنى المحتاج ١٠٢/١ .
والى مثل هذا ذهب الامام أبو حنيفة - رحمه الله - وقال :
ولا اعتبار بالاجماع على صحة صلاته قبل رؤية الماء فان الاجماع انعقد
حالة عدم لا حالة الوجود ومن اراد الحاق عدم الوجود فعليه الدليل .
راجع : تخرىج الفروع الأصول للزنجانى ص ٧٤ والهداية مع العناية
وفتح القدير ٩٢/١ .
(٢٨) راجع : أصول السرخسى ٢٥/٢ .
(٢٩) سورة محمد : الآية ٣٣ .
(٣٠) راجع : شرح البدخش على المنهاج ١٣١/٣ ومسلم الثبوت

٢٥٩/٢

٢٩٨

فكان العمل بالاستصحاب عملاً بلا دليل وكيف يجعل حجة لابقاء ما كان على ما كان والابقاء لا يضاف الى الدليل الموجب بل حكمه الثبوت لا غير» (٣١) .

ونوقش هذا :

بأن ما ذكرتموه من وجوب دليل منصوب من جهة الشارع انما يصح في اثبات الحكم ابتداءً وأما في الحكم ببقائه فممنوع اذ يكفي فيه الاستصحاب .

ولو سلم ضرورة وجود دليل منصوب من الشارع في حالتى الاثبات والابقاء جميعاً فلا نسلم أن الدليل منحصر فيما قلتم به من الأدلة (النص والاجماع والقياس) : بل هناك دليل آخر هو الاستصحاب فانه عين محل النزاع (٣٢) .

٣ - ان الاحتجاج بالاستصحاب مبنى على أن الأصل في كل شيء دوامه واستمراره فلو كان الأصل في كل شيء استمراره لكان حدوث جميع الحوادث على خلاف الدليل المقتضى لاستمرار عدمها وهو خلاف الأصل (٣٣) .

ونوقش هذا :

بأن هناك فرقا بين الحوادث وغيرها وذلك لوجود السبب لحدوث الحوادث ونفى حكم الدليل مع وجوده لمعارض أولى من اخراجه الدلالة وابطاله بالكلية مع ظهور دلالاته (٣٤) .

(٣١) راجع : كشف الاسرار ٣/٣٧٩ .

(٣٢) راجع : شرح العضد على مختصر المنتهى ٢/٢٨٥ .

(٣٣) راجع : الاحكام الامدى ٤/١٧٢ .

(٣٤) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد

أبو المكارم ص ٣٧ .

٤ - أن القياس جائز ، وجوازه يستلزم ظن بقاء الأصل لأن القياس رافع لحكم الأصل اتفاقا بدليل أنه يثبت أحكاما لولاه لكانت باقية على نفيها ، وعلى هذا فلا يحصل الظن ببقاء حكم الأصل الا عند انتفاء قياس يرفعه ولا سبيل الى الحكم بذلك الانتفاء لعدم تناهي الأصول التي يمكن القياس عليها فمن أين للعقلاء الاحاطة بنفيها فالحكم بانتفائه مع الجواز تحكم وعلى هذا ينتفى ظن بقاء الحكم^(٣٥) .

ونوقش هذا :

بأن الفرض فيما بحث فيه العالم عن الأصول ولم يجد أصلا يشهد له يرفع حكم الأصل ولا شك أن انتفاء القياس الراجع - حينئذ - هو المظنون ومجرد الاحتمال لا يضر^(٣٦) .

* * *

المطلب الثالث

أدلة المذهب الثالث

استدل القائلون بان الاستصحاب حجة للدفع فقط وليس بحجة للاثبات بما يأتي : أن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل عليه والمعروف جيدا أن ثبوت الحكم بلا دليل باطل فالاستصحاب باطل في حالة الاثبات وليس بحجة^(٣٧) ، وذكروا أن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل عليه وذلك من وجهين^(٣٨) .

(٣٥) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ١٩ .

(٣٦) راجع : شرح العضد ٢/٢٨٥ ، ٢٨٦ .

(٣٧) راجع : الابهاج ٣/٢٦٦ وكشف الأسرار ٣/٢٧٨ ومسلم

الشبوت ٢/٢٠٩ .

(٣٨) راجع : التلويح على التوضيح ٢/١٠١ وحاشية الأزميري على

المراة ٢/٢٦٦ .

الأول :

أن العقل لا يدل على بقاء الحكم الشرعى بعد ثبوته وكذلك دلائل الكتاب والسنة والاجماع والقياس لم يدل شيء منها على بقاء الحكم بعد الثبوت^(٣٩) .

ونوقش هذا :

يعدم التسليم بأن العقل أو الشرع لم يدل على بقاء الحكم الشرعى بعد ثبوته فقد ثبت أن الأحكام الشرعية تبقى على ما قام الدليل عليه حتى يقوم دليل على التغيير وقد تأكد هذا من خلال استقراء تلك الأحكام الشرعية فمثلا الأشياء القذرة تأكلها طيور البيت وما تأكله تلك الطيور يدخل فى تكوين أجزائها من لحم وغيره والمعروف أن حكم تلك القاذورات ولحم الميتة الذى تنبش فيه الطيور باق على حالة الحرمة والمنع طالما لم يتغير اسمه أما اذا تغير فالحكم يتغير تبعاً لتغير الاسم حيث تنتفى الحرمة وتصبح الدجاجات مباحة رغم أكلها لتلك الأشياء على النحو السابق بيانه .

وكذلك الشأن بالنسبة للأبذة المسكرة فانها محرمة الا اذا تغير هذا الوصف فتحولت الى خل فقد زال اسم الخمرية عنها وبالتالي يزول الحكم الذى ارتبط بذلك الاسم ويأتى حكم جديد تبعاً للوصف الجديد^(٤٠) . . . وهكذا .

الثانى :

ان الدليل انما دل على ثبوت الحكم فى الزمن الأول فقط ولا يلزم

(٣٩) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ٢٠ والاستصحاب للأستاذ الدكتور / سعيد مصيلحي ص ٩٥ .
(٤٠) راجع : الاستصحاب للأستاذ الدكتور / سعيد مصيلحي ص ٥٦ .

من ثبوت الحكم فى الزمن الأول ثبوته فى الزمن الثانى لأن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء^(٤١) .

أى أن الدليل المثبت والموجب للحكم فى الشرع لا يوجب بقاءه وذلك لأن حكمه الاثبات والمعروف أن البقاء غير الثبوت فلا يثبت البقاء لأن حكمه الوجود لا غير يعنى أنه لما كان الایجاد علة للوجود لا للبقاء لم يثبت به البقاء حتى صح الافناء بعد الایجاد ولو كان الایجاد موجبا للبقاء كما كان موجبا للوجود لما تصور الافناء بعد الایجاد لاستحالة الفناء مع المبقى كما لم يتصور الزوال حالة الثبوت لاستحالة الجمع بين الوجود والعدم^(٤٢) .

ونوقش هذا :

يقول المثبتين لحجية الاستصحاب مطلقا لا نسلم لكم أن الدليل انما دل على ثبوت الحكم فقط ولم يدل على بقاءه فى الزمن الثانى والبرهان على ذلك صحة النقل عن كل واحد من أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد أتانا بهذا الدين .

وذكر أنه آخر الأنبياء والمرسلين وأن دينه هذا لكل حى ولكل من يولد الى يوم القيامة فى جميع الأرض فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان أو المكان أو لتغير الأحوال وان ما ثبت فهو ثابت أبدا فى كل زمان ومكان

(٤١) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ٢٠ .

(٤١) راجع : كشف الأسرار ٣/٣٨٠ وحاشية الرهاوى ص ٧٧٧/٢ - ٧٧٩ .

وفى كل الأحوال والالزم أن نقيم الدليل على الأحكام فى كل وقت وحين
بناء على أن الدلالة قد ثبتت بالنص فى الزمن الأول وليس هناك ما يبقياها
فى الزمن الثانى (٤٣) .

فالحق أن البقاء هو استمرار للوجود وعدم زواله أى ليس معنى
زائدا على وجود الشئ حقيقة بل اعتبارا (٤٤) .

* * *

(٤٣) راجع : الاحكام لابن حزم ٦٠٥/٥ .
(٤٤) راجع : حاشية الرهاوى ٧٩٧/٢ .

المبحث الثالث

« الترجيح »

بعد عرض آراء العلماء في حجية الاستصحاب ومن خلال مناقشة أدلة كل فريق وامعان النظر فيها نخلص الى أن الراجح هو مذهب الجمهور القائل بان الاستصحاب حجة مطلقا وذلك لقوة أدلته وسلامتها عن المعارضة خاصة وأنها قد تنوعت مداركها وتعددت مصادرها فهي من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة والاجماع والعقل والاستقراء وذلك بعكس ما استند اليه خصومهم .

هذا فضلا عن أن الأخذ بالاستصحاب مما تقضى به الفطرة السليمة وتأييده تصرفات الناس وأعمالهم ، أى أن البداهة تؤيد حجية الاستصحاب لأنه ليس لأحد أن يدعى أن فلانا مباح الدم لارتداده الا اذا قام الدليل على رذته اذ الأصل حرمة دمه أو أن فلانا العدل ففسق الا اذا قام الدليل على فسقه لأن العدل اذا ثبت صار صفة مستمرة تأخذ حكمها حتى يثبت تقيضها وهو الفسق واذا ثبت أن فلانا حى لا يحكم بموته الا اذا قام الدليل على وفاته واذا ثبت أن فلانا مالك لعين فلا تزول الملكية الا بدليل ، وكذلك اذا ثبت أن فلانا زوج لامرأة فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتى يثبت الطلاق .

وعلى هذا : فالبداهة تحكم بالاستصحاب وأن مقررات النقول من ناحية وجود الأشياء ووجود أوصاف الأشياء والأشخاص تسير على الحكم باستصحاب الحال . فالطالب ثبت له صفة طلب العلم اذا دخل كلية ويستمر ذلك الوصف بالاستصحاب حتى يقوم الدليل على خلافه ليس فى حاجة لأن يثبت ذلك فى كل عام وكل شهر مثلا (١) .

كما أن الاستصحاب لا بد منه فى الدين والشرع والعرف وذلك على

(١) راجع : المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٣١ - ١٣٥ .

نحو ما ذكرت من تصور الامام الرازي للاستصحاب وذلك عند الحديث
عن مقدمة هذا البحث .
ومما يؤيد هذا الترجيح :

كذلك : أنه لا معنى للمعجزات الا باستصحاب الحال للعادات والتي
تأتي المعجزة بخرقها ولا معنى للمعاملات والصلوات بين الناس الا على
استصحاب الأحوال التي كانت المفارقة عليها فلا معنى للتعبد بالشرع
ولا يسكن العمل به الا اذا علمنا أنه غلب على الظن أنه لم يطرأ على
تعبدنا نسخ أو رفع وهذا هو الاستصحاب .

كما أن الأمة متفقة مع كثرة الفقهاء على أنه متى تيقن حصول شيء
وشككنا في حصول المزيل أخذنا بما هو متيقن لنا وهذا عين
الاستصحاب (٢) .

ويضاف الى هذا أن القول بالاستصحاب واعتماده حجة في
استخلاص الأحكام الشرعية يجعل الفقهاء في سعة ويخلصهم من مواقف
الحيرة ويرفع عنهم الحرج ويفتح لهم طرقاً متعددة يصدرون بها الفتوى
في يسر وينفذون منها الى الفصل في القضايا في سرعة .

كما أن القول بالاستصحاب وأنه حجة شرعية فيه الدلالة على سماحة
الاسلام وأنه دين الفطرة الذي لا يشعر المستظلون به بحرج فيما شرع
لهم من أحكام (٣) .

هذا وقد سبقني كثير من علماء الأصول وأساتذنا الاعلام الى
هذا الترجيح .

فقد قال الامام سيف الدين الآمدي - بعد ذكر المذهب القائل
بحجية الاستصحاب مطلقاً : « قال : وهو المختار سواء كان ذلك
الاستصحاب لأمر وجودي أم عدمي أم عقلي أم شرعي وذلك لأن ما تحقق
وجوده أو عدمه في حالة من الأحوال فإنه يستلزم ظن بقائه والظن حجة
متبعة في الشرعيات » (٤) .

(٢) راجع : المحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٣١ - ١٣٥ .

(٣) راجع : اصول الفقه للأستاذ الدكتور / زكي الدين شعبان

ص ٢٠٥ . ق

(٤) راجع : الأحكام للآمدي ١٧٢/٤ .

الفصل الرابع

أثر الخلاف فى حجية الاستصحاب على

الفروع الفقهية

بالرجوع الى كتب الفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبها ومن خلال مطالعة المسائل المختلفة نجد أن النزاع فى الأخذ باستصحاب الحال كدليل شرعى يسكن الاستناد اليه فى استنباط الأحكام الشرعية لتلك المسائل ولكننا نجد أن الخلاف المذكور سابقا قد أثر تأثيراً واضحاً فى الفروع الفقهية المختلفة ، وذلك بمعنى أن اختلاف العلماء فى كون الاستصحاب حجة مطلقاً - فى النفى والاثبات - أو أنه لا يصلح لأن يكون حجة الا فى النفى فقط قد نشأ عنه خلاف آخر فى عدد كبير من الفروع الفقهية .

وسيتضح - لنا - من خلال عرض بعض الفروع - فى المسائل التالية - مدى انعكاس الآراء السابق بيانها بشأن حجية الاستصحاب واعتباره دليلاً شرعياً من عدمه على الفروع الفقهية التى نعتمدها أمثلة لتطبيق الخلاف فى حجية استصحاب الحال .

وسنرى أن البعض - كالشافعية ومن معهم - قد احتج به بينما نجد أن البعض الآخر - كالحنفية ومن معهم - لم يحتج به وذلك لدليل آخر أقوى منه قد ثبت عنده أو لأن الاستصحاب لا يكون دليلاً شرعياً الا حيث لا يوجد دليل على خلافه فاذا قام الدليل على خلافه - حتى عند القائلين به - فانهم يتركونه ويعملون بذلك - على نحو ما أوضحنا فيما سبق بيانه من أن الاستصحاب هو آخر مدار الفتوى أى أنه آخر الأدلة الشرعية التى يلجأ اليها المجتهد لمعرفة الحكم الشرعى فى الوقائع المعروضة عليه مع مستجدات الحياة وذلك تحقيقاً لصلاح الشريعة الغراء الملاحقة

لتلك الأحداث والمستجدات بالأحكام التي تدير لنا السبيل وتعضنا
من الزل .

وفى المسائل الآتية تتعرض بالذكر لبعض الفروع الفقهية التي تأثرت
بالتزاع فى حجية الاستصحاب حتى تقف من خلالها - على التطبيق
العملى لهذا النزاع .

المسألة الأولى

حكم الوضوء مما خرج من غير السبيلين

ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن الوضوء مما خرج من النجاسات من
البدن وكان خروجه من غير السبيلين ، وهذه آراؤهم فى المسألة .

المذهب الأول :

ويرى أنه لا ينقض الوضوء بشىء مما يخرج من غير السبيلين قل
ذلك الخارج أو كثر ، وسواء فى ذلك الدم ، والقيء ، والقلس (١)
حتى ولو كان ذلك الخارج من الفم أو من غيره من البدن طالما كان
من غير السبيلين .

والى هذا رأى ذهب الامامان مالك والشافعى - رحمهما الله -
تعالى - (٢) .

(١) القلس : لفة : هو القذف بالطعام وغيره ، وقيل : ما يخرج الى
الفم من الطعام والشراب ، وهو ان يبلى الطعام الى الحلق ملء الحلق
أو دونه ثم يرجع الى الجوف وجمعه اقلاس . راجع : لسان العرب
٣٧١٩/٥

واصطلاحاً : ما تقذفه المعدة أو يقذفه من فمها وقد يكون معه طعام
وهو كالقيء فى التفصيل أى من حيث الطهارة فان تغير ولو بالحموضة
فنجس وقيل بطهارته ولو لم يقذفها . راجع : سبل السلام ١/١٠١
(٢) راجع : حاشية الدسوقي الشرح الكبير ١/١٣٣ وبداية
النجس وقيل بطهارته ولو لم يقذفها . راجع : سبل السلام ١/١٠١

المذهب الثاني :

ويرى أن ما يخرج من البدن من النجاسة ينقض الوضوء حتى ولو كان خروجه من غير السبيلين وذلك اذا ما جاوز الخارج مكانه •
والى هذا ذهب الامام الأعظم أبو حنيفة النعمان - رحمه الله -
تعالى (٣) •

المذهب الثالث :

ويرى أن الخارج النجس من غير السبيلين كدم الفصد والحجامة وما يخرج من الجروح ينقض الوضوء الكثير منه دون القليل • والى هذا ذهب الامام أحمد بن حنبل - رحمه الله - تعالى (٤) •

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول :

بالتسنية :

بما روى باسناد صحيح « أن رجلين من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حرس المسلمين في غزوة ذات الرقاع فقام أحدهما يصلى فرماه رجل من الكفار بسهم فنزل وصلى ودمه يجرى وعلم النبي - صلى الله عليه وسلم - به ولم ينكره » (٥) •
ويؤكد هذا ما جاء في المجموع من قول الامام النووي (٦) :

(٣) راجع : الهداية ٢٤/١ ، ٢٥ وبدائع الصنائع للكاساني ٢٤/١

(٤) راجع : المفنى لابن قدامة ١٣٥/١

(٥) الحديث : رواه أبو داود باسناد حسن راجع : سنن

أبي داود ٥٠/١

(٦) هو : شيخ الاسلام ناصر السنة محى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة الحازمي النووي العالم الحافظ الفقيه الشافعي ولد سنة ٦٣١ هـ وحفظ القرآن والفقه والأصول وتوفى سنة ٦٧٦ هـ •

راجع : البداية والنهاية ٢٧٨/١٢ ومرآة الجنان ٨٤/٤

« ومذهبنا أن لا ينقض الوضوء بخروج شيء من غير السيلين كدم الفصد والحجامة والقيء والرعاف سواء قل ذلك أم كثر »^(٧) .

وبالاستصحاب :

أى ان أصحاب هذا الرأى استدلووا على ما ذهبوا اليه باستصحاب الحال ، ومفاد هذا الاستصحاب هو أن الشخص قبل خروج هذا الخارج النجس منه كان متوضئاً بالاجماع ولم يطرأ عليه ما يوجب نقض وضوءه وذلك لأن الموجب للنقض انما هو الخارج من السيلين ، واذا كان الأمر كذلك فيبقى الشخص على ما كان عليه قبل الخروج وذلك استصحاباً للحال^(٨) .

وقد اعتبر هذا المثال كنموذج لاستصحاب الحال على نحو ما ورد فى شرح « جمع الجوامع » مثاله الخارج النجس من غير السيلين لا ينقض الوضوء عندنا استصحاباً لما قبل الخروج^(٩) .

وقد جاء فى الموطأ عن الامام مالك : « انه لا يتوضأ من رعاف لأنه دم قيح يسيل من الجسد » وقد سئل الامام مالك هل : فى القيء وضوء ؟ فقال : لا ، ولكن ليتضمنض من ذلك ، وليغسل فاه ، وليس عليه وضوء^(١٠) .

فقد أخذ الامام مالك بالاستصحاب كذلك وذلك بمعنى أن المكلف كان قبل خروج هذا النجس على طهارة بوضوء صحيح فتسحب هذه الحالة الى ما بعد خروج هذا النجس ولا يجوز قياس الخارج النجس من غير السيلين على الخارج النجس من السيلين والذي ورد به النص

(٧) راجع : المجموع للإمام النووي ٥٨/٢

(٨) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد

سبد ربه ص ٢٧

(٩) راجع : شرح المحلى على جمع الجوامع بحاشية البناني ٣٢/١

(١٠) راجع : الموطأ للإمام مالك ٣٢/١

وأنه مما ينقض الوضوء كما فى قوله - تعالى - : « أو جاء أحد منكم من الغائط » (١١) وذلك لأن ما ورد فى النص غير معقول العلة فلا يقاس عليه (١٢) .

واستدل المذهب الثانى :

بما روى عن أم المؤمنين عائشة (١٣) - رضى الله عنها - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « من قاء أو رعف فى صلاته فليتنصرف وليتوضأ وليبين على صلاته ما لم يتكلم » (١٤) .

وقد جاء فى بدائع الصنائع : أن الحديث حجة على الشافعى فى فصلين - فى وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السيلين ، وفى جواز البناء عما سبق الحدث فى الصلاة (١٥) .

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث :

بأنه ضعيف وذلك بسبب ما ضعفه به الامام أحمد بن حنبل وغيره (١٦) ، هذا فضلا عن أن الأصل عدم النقص فيستصحب هذا الأصل .

(١١) سورة المائدة : الآية ٦

(١٢) راجع : معنى المحتاج شرح المنهاج ٣٢/١ طبعة الحلبي .

(١٣) هى : عائشة بنت أبى بكر الصديق - رضى الله عنهما ولدت

بعد البعثة بأربع سنين أو خمس وقد تزوجها النبى - صلى الله عليه

وسلم وهى بنت ست وقيل سبع والراجح أنها كانت بنت تسع سنين

حين دخل بها وتوفيت رحمها الله سنة ٥٨ هـ راجع : تذكرة الحفاظ ٢٧/١

وطبقات ابن سعد ٥٨/٨ وشذرات الذهب ٦١/١

(١٤) الحديث : رواه ابن ماجه والدارقطنى وروى كذلك عن

أبن جريج عن أبيه عنه - صلى الله عليه وسلم - مرسلا . راجع : سنن

أبن ماجه ١٨٥/١ ونيل الأوطار ٢٢٢/١

(١٥) راجع : بدائع الصنائع للكاسانى ٢٤١/

(١٦) راجع : سبل السلام ١٠١/١

واستدلوا كذلك :

بقوله - صلى الله عليه وسلم - : « الوضوء من كل دم سائل » (١٧)
فهذا الحديث يدل على وجوب الوضوء من كل دم سائل جاوز مكانه
وهو كسابقه فيه الدلالة على أن الخارج النجس من غير السيلين ينقض
الوضوء - غير أنهم قد قيدوا الاطلاق الوارد في الحديث الأول - هنا
- باشتراط السيلان وتجاوز المكان (١٨) ، وحجتهم في ذلك أن الخروج
انما يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير (١٩) .

وأيدوا هذا بالحديث « ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء
إلا أن يكون سائلا » (٢٠) .

ونوقش استدلالهم بهذا الحديث :

بانه ليس فيه دلالة على قولهم بسبب ضعفه لأن فيه راويين مجهولين
وعلى ذلك فليس فيه استدلال على ما ذهبتم اليه (٢١) .

واستدل الحنابلة :

بحديث أبي الدرداء أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال فتوضأ
فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان : « صدق
أبا الدرداء صببت له وضوء » (٢٢) .

(١٧) الحديث : أخرجه الدارقطني من حديث تميم الداري راجع :

نيل الأوطار ١/ ٢٢٢ ، ٢٢٣

(١٨) راجع : الهداية ١/ ٢٧ ، ٢٨

(١٩) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد

عبد ربه ص ٢٨

(٢٠) الحديث : أخرجه الدارقطني من رواية تميم الداري وفي سنده

مجهولان .

راجع : سنن الدارقطني ١/ ١٥٧ ، ١٥٨ كما أنه أخرج من رواية

أبي هريرة وفي سنده ثلاث رجال قال عنهم ضعفاء .

(٢١) راجع : الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد

أبو المكارم ص ٤٠

(٢٢) الحديث : مروى عن معدان بن طلحة عن أبي الدرداء وقال

الترمذي حسن صحيح . راجع : سنن الترمذي ١/ ٥٨

فقد دل هذا الحديث على وجوب الوضوء على من قاء وقد أكد
راوي الحديث بأن سأل ثوبان الذي كان شاهداً معانينا لما حصل من
النبي - صلى الله عليه وسلم - (٢٣) .

واستدلوا كذلك بحديث ابن جريج عن أبيه قال : قال رسول الله
- صلى الله عليه وسلم - : « إذا قلس أحدكم فليتوضأ » (٢٤) .

نورقش هذا :

بأن ما استدلتتم به من أحاديث لا يقوى على معارضة الأحاديث التي
ذكرناه سابقاً بسبب الضعف المؤثر فيها (٢٥) .

واستدلوا كذلك :

يعمل الصحابة - رضی الله عنهم حيث قال بهذا وعمل به جمع كبير
منهم كابن عباس (٢٦) ، وابن عمر (٢٧) - رضی الله عنهم - ولم يعرف لهم
مخالفة في عصرهم فكان إجماعاً (٢٨) .

(٢٣) راجع : المغنى لابن قدامة ١٣٦/١

(٢٤) الحديث : رواه ابن جريج عن أبيه وقال وحدثني ابن أبي مليكة
عن عائشة - رضی الله عنها عن النبي - صلى الله عليه وسلم مثل ذلك
وقد أخرجه الدارقطني .

راجع : سنن الدارقطني ١٥٣/١

(٢٥) راجع : الاستصحاب للأستاذ الدكتور / سعيد مصلحي ص ٩٣

(٢٦) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي أبو عباس
الهاشمي بحر التفسير وجد الأمة ولد قبل الهجرة بثلاث سنين وتوفي
بالمطائف سنة ٦٨ هـ . .

راجع : شذرات الذهب ٧٥/١ ومفتاح السعادة ١٣/٢ والاعلام

٢٢٨/٤

(٢٧) هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب بن أمير المؤمنين رضی الله
عنهما أسلم صغيراً بمكة وروى عن خاتنك كثيرة وكان رحمه الله من اعلام
الصحابة الفقهاء وتوفي بمكة سنة ٧٣ هـ - راجع : سبل السلام ٦٤/١
والاعلام ٢٤٦/٤ وشذرات الذهب ٨١/١ ومفتاح السعادة ٧١/٢

(٢٨) راجع : المغنى لابن قدامة ١٣٥/١ ، ١٣٦

فقد أخذوا عمل الصحابة دليلاً لهم حيث توضع عدد كثير منهم من الرعاف والقيء كأبي هريرة (٢٩) حين أدخل يده في أنفه فرغفتوضاً، وكذا ابن عمر حين عصر بثرة فتوضاً، وابن أبي أوفى حين عصر دماً فتوضاً وكان ذلك الخارج كثيراً *

هذا :

وتجدر ملاحظة ان نقض الوضوء - عند الحنابلة - مقيد بالكثير دون القليل وذلك عملاً بقوله - صلى الله عليه وسلم - « ليس الوضوء من القطرة والقطرتين » *

والمسئل :

الراجح هو رأى الشافعية والمالكية من عدم نقض الوضوء بسبب الخارج النجس من غير السيلين - وذلك استصحاباً لحال البراءة الأصلية ولا يمكن القول بأن الدم أو القيء ناقض للوضوء الا بدليل قوى يمكن به اخراج هذه الأمور من الأصل فيها وهو عدم نهوضها للنقض *

هذا فضلاً عن أن الحنابلة ومن معهم : لم يمكنهم الرد على تمسك الشافعية ومن معهم بحديث « لا وضوء الا من صوت أو ريح » الذى رواه أحمد والترمذى وصححه كما رواه البيهقى وابن ماجه من حديث أبى هريرة ، وذلك لأن هذا الحديث ثابت واتفق الشيخان على اخراج معناه من حديث عبد الله بن زيد « كما أنهم لم يقدموا لنا رداً بشأن حديث عماد بن بشر الذى أصيب فى صلاته بسهم فاستمر فى صلاته (٣٠) » *

(٢٩) هو : الصحابى الجليل عبد الرحمن بن صخر بن عامر كان من الكثيرين فى رواية الحديث لتفرغه لذلك وقد فضله ابن عمر عن نفسه فى الحفظ والرواية وتوفى رحمه الله سنة ٥٧ هـ أو سنة ٥٩ هـ .

راجع : الاصابة ٣١٦/٤

(٢٠) راجع : تخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص ٨١

المسألة الثانية

« الصلح على الإنكار »

من المعلوم أن الاتفاق حاصل بين العلماء على جواز الصلح على غير الإنكار وإنما النزاع وقع بينهم بشأن الصلح على الإنكار ، وقد عرض الكاساني العنفي الخلاف في هذه المسألة محرراً محل النزاع فقال : « الصلح في الأصل أنواع ثلاثة : صلح عن اقرار المدعى عليه ، و صلح عن انكاره و صلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه واما أن يكون بين المدعى والأجنبي المتوسط ، فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الأنواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى : المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي - رحمه الله : المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير » (١) .

ففي هذه المسألة مذهبان :

المذهب الأول :

ويرى أن الصلح على الإنكار جائز ، والى هذا ذهب الجمهور « مالك وأبو حنيفة والامام أحمد - رحمهم الله - تعالى - » (٢) .

فقد جاء في بداية المجتهد : « وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أن يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل أن يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصلحه فيها بدنانير مؤجلة فهذا يجوز عند مالك وأصحابه » (٣) .

(١) راجع : بدائع الصنائع للكاساني ٤٠/٦ طبعه دار الكتاب العربي . والام ١٩٦/٣
(٢) راجع : فتح القدير ٢٤/٧ والمغنى لابن قدامة ٣٥٧/٤ وكشف الحقائق ١٢٨/٢
(٣) راجع : بداية المجتهد ٢٦٤/٢ والامام مالك للشيخ أبي زهرة ص ٣٦٢

فالامام مالك - رضى الله عنه - يذهب الى أن الصلح جائز ولو كان في حالة الانكار لأن الأدلة الدالة على الصلح عامة وليست بمخصصة لأنواع الصلح، ولأن الصلح يحدث بعد دعوى صحيحة تمكن المدعى عليه من دفع هذه الدعوى فإذا لم يكن لديه ما يدفع به هذه الدعوى حينئذ يكون هناك دليل على صحة هذه الدعوى كالاقرار أو ما الى ذلك من وسائل الاثبات، وبهذا يكون الصلح صحيحاً «(٤)» .

وقد عرض ابن قدامة المقدس الحنبلي (٥) هذا الخلاف : فقال : « الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لأنه عوض عما لم يثبت له فلم تصح المعارضة كما لو باع مال غيره ولأنه عقد على معاوضة خلا من العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف » (٦) .

المذهب الثاني :

ويرى أن الصلح مع الانكار باطل وذلك لأن الله سبحانه وتعالى - خلق الذم بريئة عن الحقوق فثبتت براءة ذمة المنكر بخلق الله عز وجل ولم يقم الدليل على شغل ذمته فلا يجوز شغلها بالدين فلا يصح الصلح (٧) ، والى هذا ذهب الامام الشافعي وابن أبي ليلى

(٤) راجع : الادلة المختلف فيها للاستاذ الدكتور / عبد الحميد

أبو المكارم ص ٥٠

(٥) هو : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر

ابن عبد الله المقدسي الدمشقي الحنبلي الموفق ولد سنة ٥٤١ هـ كان حجة في المذهب الحنبلي وقد برع وافتى وناظر وله في أصول الفقه روضة الناظر وجنة المناظر ، والمقنع في الفقه وتوفى سنة ٦٢٠ هـ .

راجع : الفتح المبين ٥٢/٢

(٦) راجع : المفنى لابن قدامة ٩/٥ ربدائع الصنائع ٤٠/٦

(٧) راجع : تخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص ١٧٣

والعترة^(٨) وقد جاء في كتاب الأم أنه « إذا ادعى الرجل على الرجل الدعوى في العبد أو غيره أو ادعى عليه جناية عمداً أو خطأ فصالحه مما ادعى من هذا كله أو من بعضه على شيء فقبضه منه فإن كان الصلح والمدعى عليه يقر فالصلح جائز بما يجوز به البيع كان الصلح نقداً أو نسيئة وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل وهما على أصل حقهما ويرجع المدعى على دعواه والمعطى بما أعطى »^(٩) .

فكان الإمام الشافعي - رحمه الله - تعالى - يقرر قاعدة مهمة في هذا الشأن وهي أن أصل الصلح بمنزلة البيع فما جاز في البيع جاز في الصلح وما لم يجز في البيع لم يجز في الصلح^(١٠) .

الأدلة

استئmel الجمهور بما يأتي :

من الكتاب :

بقوله - تعالى - « والصلح خير »^(١١) .

فإنه سبحانه وتعالى قد وصف جنس الصلح بالخيرية وهذا يدل على أن الصلح بكافة أنواعه جائز وذلك بظاهر نص هذه الآية إلا ما خص بدليل آخر لأن المعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية .

(٨) العترة : هم أهل البيت وقد اشتهر هذا الاطوق على فاطمة بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وزوجها على بن أبي طالب وولدهما الحسن والحسين رضي الله عنهم أجمعين . راجع : حاشية الأزميري على المرأة ٢/٢٦١ والتقرير والتجيب ٣/٩٨ وشرح الأسنوي على المناهج ٢/٢٩٠

(٩) راجع : الأم ٣/١٩٦ ، ١٩٧

(١٠) راجع : مفني المحتاج ٣/٩٧١ ، ١٨٠ والمهذب الشيرازي

٣٣٣/١

(١١) سورة النساء : لآية ١٢٨

ومن السنة :

بعموم قوله - صلى الله عليه وسلم - « كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » (١٢) .

حيث قالوا : ان الصلح مع الانكار يدخل في هذا العموم وتأولوا قوله « أحل حراما » فقالوا أى لعينه كالخمر ، كما تأولوا قوله « حرم حلالا » أى لعينه كالصلح على أن لا يظأ الضرة » (١٣) .

ومن الاجماع :

فقد روى عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه قال : « ردوا الخصوم حتى يسطعوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » فقد أمر المؤمنون برد الخصوم الى الصلح مطلقا سواء كان الصلح على الاقرار أم على الانكار وكان ذلك بمحض من الصحابة - رضى الله عنهم - ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا .

ومن المعقول :

أنه لا يلزم من براءة الذمة قبل الدعوى براءتها بعدها وما دامت الذمة لم تثبت براءتها بعد الدعوى فالصلح فى هذه الحالة يجوز لأن المدعى يأخذ عوضا عن حقه فى زعمه - وهذا مشروع - والمدعى عليه يدفعه لتسقط الخصومة وتقطع المنازعة ويدفع اليمين عن نفسه وهذا مشروع - أيضا - اذ المال حماية ووقاية للأنفس (١٤) .

(١٢) الحديث : رواه ابو داود وابن ماجه والترمذى من حديث عمرو بن عوف وزاد الترمذى « والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أجل حراما » وقال : حديث حسن صحيح .
راجع : سنن الترمذى ١٢٥/٤ ونيل الاوطار ٣٨٦/٥
(١٣) راجع : الادلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ٣٠
(١٤) راجع : الهداية ٢٤/٣ وبداية المجتهد ٢٩٠/٢ والمفنى ٣٥٧/٤

هذا : فضلا عن أن عدم الدليل ليس بحجة لبقاء ما ثبت بالدليل
فيجوز شغل ذمته بالدين فيصح الصلح^(١٥) .

كما أن حكمة مشروعية الصلح انما هي قطع المنازعة بين المتخاصمين
ولا يتنافى قطع النزاع بينهما في حال الصلح على الاقرار لأن الاقرار
مسألة لا نزاع فيها وانما المنازعة بين المتخاصمين في حال الصلح على
الانكار وهي الحال التي تتطلب الصلح^(١٦) .

واستدل الشافعية ومن معهم :

على ما ذهبوا اليه من بطلان الصلح على الانكار بما يأتي :

من الكتاب :

بقوله - تعالى - « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »^(١٧)
والصلح على الانكار باطل لأنه من أكل أموال الناس بالباطل من غير
عوض لأن المدعى ان كان كاذبا فقد استحل المدعى عليه ماله وهذا حرام
وان كان صادقا فقد حرم على نفسه ماله في قوله - صلى الله عليه
وسلم - « صلحا أحل حراما أو حرم حلالا »^(١٨) .

ويؤكد هذا :

ما ذكره ابن عباس - رضى الله عنهما - حيث قال بشأن تفسيره
للآية السابقة « هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه بينة
فيجحد المال ويخاصم الى الحكام وهو يعرف أن الحق عليه وهو
يعلم أنه آثم آكل للحرام »^(١٩) .

(١٥) راجع : تخريج الفروع ص ١٧٤

(١٦) راجع : بدائع الصنائع ٤٠/٦ وسبل السلام للصنعاني ٥٩/٣

(١٧) سورة البقرة الآية ١٨٨

(١٨) راجع : مفسر المحتاج شرح المنهاج ١٨٠/٢

(١٩) راجع : تفسير ابن كثير ٢٢٤/١ ، ٢٢٥

وقد قال - صلى الله عليه وسلم - « انما أنا بشر وانما يأتينى الخصم فلعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضى له : فمن قضيت له بحق مسلم فانما هي قطعة من النار فليحملها أو ليذرها » (٢٠) .

فدلت الآية والحديث على أن حكم الحاكم لا يغير الشيء فى الواقع ونفس الأمر : وعلى هذا فلا يحل فى نفس الأمر حراما هو حرام أو يحرم حلالا هو حلال ، وانما هو ملزم بالظاهر فقط فان طابق الواقع فى نفس الأمر فيها ونعمت والا فللحاكم أجره وعلى المحتال وزره (٢١) .

ومن السنة :

بقوله - صلى الله عليه وسلم - « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » (٢٢) .

فهذا الحديث فيه المنع من الصلح على الانكار لأن هذا النوع من الصلح داخل ضمن أنواع الصلح الذى أحل حراما وذلك لأن المدعى ما كان له أن يأخذ من مال المدعى عليه لولا هذا الصلح الذى أحل هذا المال الحرام .

ومن المعقول :

ان الشخص المدعى عليه منكر ، والأصل براءة الذمة من الحقوق وذلك لأنها خلقت فارغة عن حق الغير فوجب استصحاب هذه الحالة

(٢٠) الحديث : أخرجه الامام الشافعى والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم : راجع : الام ١٢٨/٥ وصحيح البخارى ١٥١/١٣ وحسنه أبو داود ٣٥٨/٣ والنسائى الحديث رقم ٥٤٠٣

(٢١) راجع : تفسير ابن كثير ٢٢٥/١

(٢٢) الحديث : من رواية عمرو بن عوف وقد أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقد زاد الترمذى « والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » وقال هذا حديث حسن صحيح .
راجع : نيل الأوطار ٢٨٦/٥

حتى يظهر خلافها وما دام لم يقم دليل على شغل ذمته فلا يجوز شغلها بالدين والا كان أخذ الغير شيئا منه بدون وجه حق والمعروف ان هذا باطل لأنه حرام وعلى هذا فان الصلح يقع باطلا (٢٣) .

وهكذا نلاحظ أن الشافعي رحمه الله قد استدل على دعواه بشأن بطلان الصلح على الانكار بالاستصحاب حيث قرر استصحاب حال براءة الذمة على ما هو الأصل من خلق الله سبحانه وتعالى للذمة على البراءة ، ومنها ذمة المنكر فلا يجوز شغلها بالدين لأن الأصل براءتها .

وقد أجاب الحنفية على دليل الشافعية بقولهم :

ان البراءة الأصلية دافعة للدعوى وليست حجة على المدعى بل صارت دعوى المدعى معارضا للانكار على السواء فانه خبر محتمل - أيضا - فكما لا يكون خبر المدعى حجة على المدعى عليه فكذلك خبر المدعى عليه لا يكون حجة على المدعى في ابطال دعواه (٢٤) .

وبعد :

فان الناظر في أدلة الفريقين - في هذه المسألة - يجد أن كلامها لا يخلو من المناقشة عليه وان كانت النفس تميل الى ترجيح رأى الجمهور من جواز الصلح على الانكار غير أن الذى يعيننا - هنا - هو بيان وجه ارتباط هذه المسألة بالأصل الذى نحن بصده وهو استصحاب الحال ومدى حجيته فى الفروع الفقهية ، وبالرجوع الى آراء العلماء فى حجية الاستصحاب نجد أن الذين أنكروا هذه الحجية للاستصحاب - على نحو ما سبق بيانه - قالوا - هنا - بصحة الصلح على الانكار وذلك لأن عدم الدليل على شغل الذمة ليس بدليل وذلك بسبب عدم أخذهم بالاستصحاب فجاز شغل ذمة المدعى عليه بالدين فيصح الصلح على الانكار عندهم .

(٢٣) راجع : المهذب للشيرازى ٣٣٣/١ ومغنى المحتاج ١٧٩/٣ ، ١٨٠

(٢٤) راجع : المغنى لابن قدامة ٣٠٧/٤

وذلك بملاحظة أن الحنابلة وهم يأخذون بالاستصحاب كثيرا
والمالكية وهم يعملون بالاستصحاب فى بعض الأحيان قد انضموا -
هنا - الى الحنفية الذين لا يأخذون بالاستصحاب فقال المالكية
والحنابلة بجواز الصلح على الانكار وذلك لأمر آخرى يمكن أن تكون
قد عارضت الاستصحاب وكانت جديرة بالاعتبار عندهم وذلك كله
خلافاً لمن أخذوا بالاستصحاب حيث قالوا - هنا - باستصحاب
ما كان بين المدعى والمدعى عليه قبل الصلح وهو براءة ذمة المدعى عليه
الى ما بعد الصلح حيث لم يقيم دليل على شغلها فتظل برئية ولهذا
قالوا ببطلان الصلح على الانكار .

* * *

المسألة الثالثة

أرث المفقود

المفقود :

هو من غاب عن بلده بحيث لم يعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره أى أنه انقطع بحيث لم نعلم حياته من موته ، وهذا المفقود ثار الخلاف بين العلماء بشأن ارثه من غيره أو ارث غيره منه : أى أنه هل يعتبر حيا فلا توزع تركته وإذا مات أحد ممن يرثهم احتفظ له بنصيبه ؟ أو أنه يعتبر كالميت فتوزع تركته على وارثيه ، وإذا مات أحد ممن يرثهم فلا يحتفظ بنصيب (١) ؟

وهذه مذاهبهم فى المسألة :

المذهب الأول :

ويرى أن المفقود يعتبر حيا فى حق نفسه فلا يرثه أحد فى حين أنه يرث من غيره • والى هذا ذهب الجمهور ومنهم الامامان الشافعى ومالك رحمهما الله ومن وافقهما • فالمفقود - عندهم - يتلقى حقوقا ايجابية من غيره فيرث من غيره ويحتفظ له بنصيبه وتثبت له الوصايا استصحابا لحياته وتظل الحقوق التى كانت قبل فقده على ملكيته وهذا هو الجانب السلبى فهم يحكمون ببقاء حياته مدة فقده الى أن يثبت موته لأن الأصل حياته فيستصحب هذا الأصل حتى تظهر حالة خلافه فهو يرث ولا يورث •

وهذا يعنى أنه يجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على وفاته فلا يورث ماله ولا تتزوج زوجته بل تستمر على ذمته ولا تؤخذ وديعته من مودعه ، وكذا يعتبر حيا فى حق غيره

(١) راجع : أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية د/ سعيد الخن

أى بالنسبة لبقية الورثة فيعامل فى مواجهتهم بالأسوأ وذلك بمعنى أن من يسقط ويحجب بوجود المفقود لا يعطى شيئاً حتى يتبين حاله ومن ينقص منهم حقه بحياته قدر فيه حياته أو موته قدر فيه موته ومن لا يختلف نصيبه سهماً أعطيه وأما هو فلا يحكم له بشيء من الميراث ولكن توقف حصته منه حتى تثبت حياته أو موته فإن ثبتت حياته أعطى نصيبه والا أعيد توزيع نصيبه على مستحقيه من الورثة^(٢) .

المذهب الثانى :

ويرى أن المفقود يعتبر حياً فى حق نفسه فلا توزع تركته بل تستمر على حكم ملكه الى أن تتحقق وفاته أو يحكم القاضى بموته أو بمضى زمن التعمير وهو مائة وعشرون عاماً من يوم مولده .

وأما فى حق غيره فيعتبر ميتاً بحيث أنه اذا مات من يرثه فلا يحتفظ له بنصيب ولا يعتد به فى توزيع التركة على ورثته وإلى هذا ذهب الامام أبو حنيفة النعمان - رحمه الله - وأصحابه^(٣) .

فهم يرون أن المفقود تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حى حقيقة وتجرى عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة^(٤) .

المذهب الثالث :

ويرى أن المفقود يعتبر حياً فى حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنين من غيابه فاذا مضت هذه المدة اعتبر ميتاً فى حق نفسه وحق غيره فتوزع تركته ولا يرث أحداً ممن يرثهم ، وإلى هذا ذهب الامام

(٢) راجع : مفنى المحتاج ٢٦/٢ وكشاف القناع ٣٩٣/٤ وبداية المجتهد ٥٢/٢ والمغنى مع الشرح الكبير ٢٠٧/٧ وحاشية ابن عابدين ٣٣١/٢ وشرح الدرديرى ٤٧٧/٤

(٣) راجع : الهداية ١٨٢/٢ وكشاف القناع ٣٩٣/٤ وفتح القدير

٤٤٤/٤

(٤) راجع : بدائع الصنائع ١٩٦/٦

أحمد بن حنبل - رحمه الله - حيث نراه يفرق بين الغائب في حالة الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذى يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر خبره قسم ماله .

وذلك على العكس في حالة الغائب الذى لم يغلب عليه الهلاك كالمسافر لتجارة أو طلب العلم فهذا فيه روايتان - عند الحضابلة - أحدهما أنه لا يقسم ماله حتى يتيقن موته أو بمضى عليه مدة لا يعيش في مثلها ومرد التقدير الى الحاكم ، والثانية : أن ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد^(٥) .

الأدلة

استدل اصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا اليه :

بأن الأصل حياة المفقود فيستصحب هذا الأصل حتى يظهر خلافه وعلى هذا فلا يورث الا ييقن واذا ثبت أنه لا يورث استصحابا لحياته ثبت توريثه من مورثه اذا مات وذلك لأن الاستصحاب حجة - عند هؤلاء - فى الاثبات كما هو حجة فى الدفع .

وقد جاء فى كتاب الأم : قول الامام الشافعى - رحمه الله - : « وكان معقولا عن الله عز وجل ثم عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم ر ثم فى لسان العرب وقول عوام أهل العلم - عندنا - ان أمر الا يكون موروثا أبدا حتى يموت فاذا مات كان مورثا وان الأحياء خلاف الموتى فمن ورث حيا دخل عليه - والله أعلم - خلاف حكم الله عز وجل وحكم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلنا والناس معنا بهذا لم يختلف فى جملته وقلنا به فى المفقود وقلنا لا بقسم

(٥) راجع : المفنى لان قدامه ٢٨٩/٦

ماله حتى يعلم بيقين وفاته ، وقضى عمر^(٦) وعثمان^(٧) في امرأة بأن تبرص أربع سنين ثم تعدت أربعة أشهر وعشرا وقد يفرق بين الرجل والمرأة بالعجز عن اصابتها وتفرق نحن بالعجز عن نفقتها وهاتان سببا ضرر والمفقود قد يكون سبب ضررا أشد من ذلك فصاب البعض القضاء في المفقود وفيه قول عمر وعثمان ما وصفنا^(٨) .

كما أننا وجدنا الشيخ أبا اسحاق الشيرازي - في كتابه المهذب - يؤكد ما ذهب اليه الشافعية في هذا الشأن حيث قال : « واذا أسر رجل فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضى زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي الى أن يتبين أمره »^(٩) .

واستدل الحنفية على ما ذهبوا اليه :

من اعتبار المفقود حيا في حق نفسه وميتا في حق غيره - استدلووا كذلك بالاستصحاب - بملاحظة ما استقروا عليه بالنسبة

(٦) هو : أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمير المؤمنين صاحب الفتوحات ولد سنة ٤٠ هـ قبل الهجرة كان من أشرف قريش في الجاهلية أسلم قبل الهجرة بخمس سنين وشهد المشاهد وبويع بالخلافة ونوفى سنة ٢٣ هـ حيث قتل غدرا على يد أبي لؤلؤة القروزي .
راجع : الاعلام ٢٠٣/٥ والاستصحاب ٤٥٨/٢ والاصابة ٥١٨/٢ وطبقات ابن سعد ٢٦٥/٣

(٧) هو : أبو عمر والاموي ثالث الخلفاء الراشدين الذي بذل ماله في تعزيز الاسلام ولد سنة ٤٧ هـ قبل الهجرة بمكة وكان وجيها في قريش ميسرا الحال وقتل ظلما سنة ٣٥ هـ . راجع : الفتح المبين ٥٨/١ والاصابة ٤٦٢/٢ واسد الغابة ٣٧٦/٣ والاستيعاب ٦٩/٣ والبداية والنهاية ١٩٨/٧

(٨) راجع : الام ٥٢٤/٤ ومفنى المحتاج ٢٦/٣ ، ٢٧ وشرح الدرديري ٤٧٧/٤

(٩) راجع : المهذب للشيرازي ٢٥/٢

للاستصحاب حيث قالوا انه لا يصلح حجة فى اثبات الحقوق وانما هو حجة - عندهم - فى الدفع فقط وذلك على نحو ما تقرر لدينا - فى تحقيق الخلاف فى حجية استصحاب الحال (١٠) *

وعلى هذا : فاستصحاب حياة المفقود يفيد - فقط - فى دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ومن فراق زوجته ولا يفيد فى انتقال ملكية الغير له * فالمفقود - عند الحنفية - حى فى حق نفسه ميت فى حق غيره فلا يورث ولا يرث من غيره ولا يحتفظ له بنصيب ولا يعتد به فى توزيع التركة على ورثة المتوفى فالاستصحاب عندهم حجة للدفع الاستحقاق حتى لا يورث ماله ولا يصلح سببا للاستحقاق فلو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال الموت (١١) *

وقد جاء فى بدائع الصنائع :

عن المفقود - « وتجرى عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن » (١٢) *

وقد وجدت شمس الأئمة السرخسى الحنفى يؤكد هذا فى أصوله حيث قال : « فى المفقود الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة فى ابقاء ملكه فى ماله على ما كان ولا تكون حجة فى اثبات الملك له ابتداء فى مال قريبه اذا مات فى الأولى دفع ارث الغير من المفقود وفى الثانية لا يثبت ارثه من غيره » (١٣) *

واستدل الحنابلة :

على ما ذهبوا اليه من اعتبار المفقود ميتا مطلقا فى حق نفسه وحق

(١٠) راجع : فتح القدير ٤/٤٤٦ وحاشية ابن عابدين ٤/٢٩٣

(١١) راجع : فتح القدير ٤/٤٤٦

(١٢) راجع : بدائع الصنائع ٦/١٩٦

(١٣) راجع : أصول السرخسى ٢/٢٢٤

غيره بعد مضي أربع سنوات بالقياس - حيث قاسوا هذه الحالة على حالة التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنوات والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين التفريق وأيدوا هذا القياس بقولهم : إن الظاهر هلاكه فأشبهه ما لو مضت مدة لا يعيش الي مثلها (١٤) .

هذا :

وتجدر الإشارة الي أن كلا من الشافعية والحنفية - هنا - قد سار على أصله في الاستصحاب أى أنه قد تقرر أصل كل منهما ورأيه في حجية الاستصحاب بالنسبة لحالة المفقود .

ولعل : الراجع : هو المذهب الأول لقوة أدلته ولأنه قائم على ما ترجح - لدينا - من أن الاستصحاب حجة مطلقا - فى النفي والاثبات - معا .

* * *

(١٤) راجع : المفنى لابن قدامة ٢٨٩/٦

المسألة الرابعة

الشفعة للشريك

الشفعة هي :

انتقال حصة شريك الى شريك كانت قد انتقلت الى أجنبي بمثل العوض المسمى وهي مأخوذة من الشفع بمعنى الزوج لأن صاحبها يشفع ماله بها^(١) .

والمعروف أن مناط الشفعة - عند الشافعية - هو اتصال الملكية بجميع أجزائها^(٢) وهو الاختلاط . والحكمة المرعية فيه - سوء المداخلة والمخالطة ولزوم مؤونة القسمة ثم ضيق الدار عند جريان القسمة إذ الغالب اتحاد المرافق في الدار الواحدة كمصعد السطح وبالوعة الدار وما يجرى مجراه فهذه أنواع من الضرر فيما يتأبد ولا سبيل الى دفعها الا بالسلطان .

وذهب الامام أبو حنيفة - رحمه الله - الى أن السبب الموجب لثبوته : أصل اتصال الملكية ، والحكم المرعية في ثبوته : مطلق دفع الضرر الحاصل بسوء المعاشرة والصحبة والتعدى في حدود الملك ولهذا فان الشفعة - عند الحنفية - توزع على عدد الرؤوس بالسوية وذلك لأن مناط الاستحقاق هو أصل الاتصال وقد تساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق^(٣) .

وذلك خلافا للشافعية حيث أن الشفعة عندهم توزع على قدر الانصباء وذلك لأن مناط الاستحقاق - عندهم - هو الاتصال بجميع الأجزاء واتصال كل جزء من أجزاء ملكه سبب لأخذ ما يتصل به فمن ازدادت أجزاء ملكه ازداد ما يتصل به من الشقص^(٤) .

(١) راجع : نيل الأوطار ٣٣٠/٥

(٢) راجع : الام للامام الشافعي ٢٣٢/٢

(٣) راجع : المبسوط للسرخسي ٩٧/١٤

(٤) راجع : مفني المحتاج ٣٠٥/٢

هذا : وقد اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك المخالط فيما لا ينقسم ، أما الشريك المقاسم والجار فقد تار بشأنهما الخلاف وهناك مذهبان في هذا الخلاف .

المذهب الأول :

ويرى أنه لا شفعة للشريك المقاسم ولا للجار والى هذا جمهور العلماء (الشافعية والمالكية والحنابلة) وهو مذهب الأوزاعي^(٥) كما أن هذا القول ينسب كذلك الى الامام على بن أبي طالب^(٦) كرم الله وجهه ، وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وسعيد بن المسيب^(٧) وعمر بن عبد العزيز^(٨) - رضى الله عنهم أجمعين .

ثقفد جاء فى معنى المحتاج :

« ولا شفعة الا لشريك فى رقبة العقار فلا تثبت للجار »^(٩)

(٥) هو : مكحول بن عبد الله الدمشقى أحد الأئمة التابعين فقيه زمانه وله باع فى الفقه والأصول وتوفى رحمه الله سنة ١١٢ هـ .
راجع : تذكرة الحفاظ ١٠٧/١ وشذرات الذهب ١٨٦/١ ووفيات الأعيان ٢٨٠/٥

(٦) هو : على بن أبى طالب بن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم وزوج ابنته فاطمة الزهراء أسلم صغيرا فى حجر النبى - صلى الله عليه وسلم ولم يعبد صنما وشهد المشاهد كلها وبارز يوم أحد فقتل ابن بارزة وقتل عمرو بن ود يوم الخندق وهو الذى بات على فراش الرسول يوم الهجرة وتوفى سنة ٤٠ هـ وكان قتله رضى الله عنه على يد عبد الرحمن بن ملجم . راجع البداية ٢٢٣/٧ والاصابة ٥٦٤/٤ وأسد الغابة ١٦/٤

(٧) هو : امام التابعين وعلم من اعلام الاسلام سعيد بن المسيب سزم بن أبى وهب بن عمر بن عابدين بن عمران بن مخزوم القرشى أحد اعلام الفقه والحديث وتوفى رحمه الله سنة ٩٤ هـ . راجع : البداية ٩٩/٩ وتقريب التهذيب ٣٠٥/١

(٨) هو : أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموى القرشى ويكنى بأبى حفص وكان معروفا بالعلم والفتيا برع فى حديث رسول الله وضرب بصلاحه المثل وتوفى سنة ١٠٢ هـ . راجع : الفتح المبين ٩٤/١

(٩) راجع : معنى المحتاج ٢٩٧/٢

ومثله ورد في الشرح الكبير :
« وجار لا شفعة له وإن تطرقا أى اتفعا بطريق الدار التي
بيعت » (١٠) .

وذكر ابن قدامة الحنبلي أنه :
لا تثبت الشفعة الا بشروط أربعة احدها أن يكون الملك مشاعا
غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له (١١) .

هذا :

وتجدر الاشارة الى أن فقهاء الشافعية مع تقريرهم أن الشفعة
لا تثبت للجار لا يرون نقض حكم القاضى اذا قضى بالشفعة للجار
وذلك لأن هذا من المسائل الاجتهادية عندهم ، وقد تأكد هذا فيما ورد
في كتاب « مغنى المحتاج شرح المنهاج » ولو قضى بالشفعة للجار حنفى
لم ينقض حكمه ولو كان القضاء بها لشافعى كنظائره من المسائل
الاجتهادية (١٢) .

المذهب الثانى :

ويرى أن الشفعة تكون للشريك المقاسم اذا لم يوجد الخليط
فاذا لم يجد المقاسم ثبت للجار . والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة
وأصحابه والثورى (١٣) وابن أبى ليلى (١٤) فهم يرتبون استحقاق الشفعة
هكذا : فأولى الناس بالشفعة هو الشريك الذى لم يقاسم ، ثم الشريك
المقاسم ثم الجار الملاصق .

(١٠) راجع : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٧٤/٣ طبعة الحلبي .

(١١) راجع : المغنى لابن قدامة : ٣٣٠/٥

(١٢) راجع : مغنى المحتاج ٢٩٦/٢

(١٣) هو : سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى أبو عبد الله

الثورى الكوفى ولد سنة ٧٧ هـ وهو أحد الأئمة الأعلام من التابعين كان
أماما من أئمة المسلمين وعلماء من أعلام الدين وتوفى سنة ١٦١ هـ .

راجع : تهذيب التهذيب ١١١/٤ وفيات الأعيان ٣٨٦/٤

(١٤) راجع : بداية المجتهد ١٨١/٢ - ١٨٣ وشرح القدورى ص ١٧٢

الأدلة

استدل الجمهور بما يأتي :

من السنة : بحديث جابر بن عبد الله^(١٥) - رضى الله عنهما - قال : « قضى النبي - صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(١٦) » وبحديث جابر - أيضا - قال « قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة^(١٧) أو حائظ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذوا ان شاء ترك فاذا باع ولم يؤذنه فهو أحق^(١٨) » .

فهذان الحديثان صريحان فى أنه لا شفعة للجار بل الشفعة للشريك الذى لم يستطع القسمة واذا كانت لا تجوز للشريك الذى يمكنه قسمة ماله وتمييزه عن مال شريكه الذى باع فانها تكون غير جائزة من باب أولى للجار .

وقد قرر الامام الشافعى - رضى الله عنه - الفارق بين الشريك غير المقاسم الذى ثبتت له الشفعة حيث يكون له حق الشركة فى مال شريكه الذى لم يقاسمه وبين الجار الملاصق والشريك المقاسم حيث لم يثبت لهما حق الشفعة وذلك لعدم وجود ضرر يلحق احدهما . فقال رحمه الله - تعالى : « لا شفعة فيما قسم اتباعا لسنة رسول الله -

(١٥) هو : الصحابى الجليل جابر بن عبد الله بن عمرو بن حازم ابن كعب بن سلمة الأنصارى السلمى شهد العقبة وبدرا وهو من اعلام الصحابة الاعلام ولد سنة ١٦ هـ قبل الهجرة وتوفى سنة ٧٠ ، أو ٧٧ هـ .
راجع : الاصابة ٤٤٣/١ والاعلام ٩٢/٢

(١٦) الحديث : رواه البخارى عن جابر راجع : صحيح البخارى بحاشية السندى ٣٣/٣

(١٧) المربعة : والرابع بفتح الراء وسكون الباء هى الدار والمسكن ومطلق الأرض وأصله المنزل الذى كانوا يرتعون فيه . راجع : شرح النووى على صحيح مسلم ٤٥/١١

(١٨) الحديث : رواه مسلم عن جابر : راجع : صحيح مسلم بشرح النووى ٤٥/١١ ، ٤٦

صلى الله عليه وسلم - فعلمتنا أن الدار اذا كانت مشاعة بين رجلين فباع احدهما نصيبه منها فليس يملك احدهما شيئاً وان قل الا ولصاحبه منه فاذا دخل المشتري الشريك للبائع • هذا الرجل كان الشريك أحق به منه بالثمن الذى ابتاع المشتري فاذا قسم الشريكان فباع احدهما نصيبه باع نصيباً لاحظ في شئ منه لجاره وان كانت طريقتهما واحدة لأن الطريق غير البيع» (١٩) •

واستدلوا كذلك بالاستصحاب :

فقالوا : ان الأصل أنه لا ينتقل ملك شخص الى آخر الا برضاه فيعمل بهذا الأصل استصحاباً للحال الا أن يدل دليل على خلاف ذلك والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل فى الشريك الذى لم يقاسم فيبقى ماعداه على الأصل فلا تثبت الشفعة لغيره (٢٠) •

ولهذا :

قال العلامة ابن قدامة : « لأن الشفعة تثبت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت » (٢١) •

وكذلك جاء فى بداية المجتهد :

« وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وان من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وان كانت الآثار متعارضة فى هذا الباب بالنسبة للشريك القاسم والجار فوجب أن يرجع بشأنهما ما شهدت له الأصول » (٢٢) •

(١٩) راجع : الام للامام الشافعى ١٣٢/٢

(٢٠) راجع : الأدلة المختلفة فيها للأستاذ الدكتور / عبد الحميد

أبو المكارم ص ٤٧

(٢١) راجع : المفتى لابن قدامة ٣٣٥/٥

(٢٢) راجع : بداية المجتهد ٢٥٢/٢

واستدلوا كذلك بعمل أهل المدينة :

فبالإضافة الى ما سبق من السنة والاستصحاب استدلال المالكية بعمل أهل المدينة فقد جاء في كتاب الموطأ قول الامام - مالك - حدثنا يحيى عن مالك عن سعيد بن المسيب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف « (٢٣) » ان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركة فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه » .
وقال الامام مالك بعد ذكر هذه الرواية وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها - عندنا (٢٤) .

واستدل الحنفية :

من السنة :

بما روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « الجار أحق بسقيه » (٢٥) .

وبحديث جابر بن عبد الله - « جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض » (٢٦) .

(٢٣) هو : أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني قيل أسمه عبد الله وقيل اسماعيل كان ثقة فقيها كثير الحديث أمه تماضر بنت الاصبع الكلبية وتوفى سنة ٩٤ هـ .
راجع : تهذيب التهذيب ١١٥/١٢ والطبقات الكبرى لابن سعد ١٥٥/٥

(٢٤) راجع : الشرح الكبير ٤٧٤/٣ وموطأ الامام مالك مع شرح تنوير الحوالك للامام السيوطي ١٠٣/٢

(٢٥) الحديث : من رواية - أبي رافع وأخرجه أبو داود والنسائي والامام أحمد وابن ماجه وغيرهم : راجع : نصب الراية للزيلعي ١٧٢/٤ وسنن أبي داود ٢٨٦/٢ وصحيح البخاري بحاشية السندي ٣٢/٢
(٢٦) الحديث : من رواية سارة عن الحسن عن قتادة وأخرجه أبو داود وغيره : راجع : صحيح البخاري بحاشية السندي ٣١/٢ وسنن أبي داود ٢٨٦/٣ وصحيح مسلم ٢٢٩/٢ ونيل الأوطار ٣٣٤/٥

وبحديثه - أيضا - « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » (٢٧) .
فقد دلت هذه الأحاديث على ثبوت الحق في الشفعة للشريك
عموما وللجار (٢٨) .

واستدلوا من المعقول :

بقولهم : ان ملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار
فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعارضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وذلك لأن الشفعة اذا كانت قد شرعت للشريك غير المقاسم فيما لا ينقسم
من عقار ونحوه لدفع ضرر القسمة باتفاق وكان هذا المعنى موجودا
في الجار وجب أن يلحق به (٢٩) .

ونوقش هذا :

بأن قياس الجار المخلف فيه على الشريك المخالط على الشيوع
المتفق عليه قياس مع الفارق وذلك لأن وجود الضرر في الشركة أعظم
منه في الجوار .

وبعد :

فالذي يترجح - هنا - هو رأى الجمهور وذلك لأن الأدلة النقلية
عندهم وعند خصومهم وان كانت صحيحة يحتج بها الا أنها متعارضة
مما يحتم علينا التمسك بما هو أصل في المسألة وهو عدم
استحقاق الغير ملك غيره الا برضاه فاذا ورد الشرع باستثناء الشريك
على الشيوع بقى ما عداه على حكمه الأول عملا بالاستصحاب .

(٢٧) الحديث : رواه أبو داود وغيره . راجع : سنن أبي داود
٢٨٦/٢ وصحيح البخارى بحاشية السندى ٣٢/٢ وسنن النسائى
٣٢٠/٧ والترمذى ٦٥٠/٢
(٢٨) راجع : الهداية ٤٠٧/٧
(٢٩) راجع : بداية المجتهد ١٨٢/٢ ، ١٨٣

هنا :

وتجدر الإشارة الى أن هناك جزئية مهمة تتعلق بهذه المسألة وهي :
حكم مطالبة الشفيع باقامة البينة على ثبوت الملك في حالة ما لو أنكر
المشترى ثبوت الملك المشفوع منه ؟

فيرى الشافعية :

أن الشفيع لا يطالب باقامة البينة وذلك لأن وضع اليد دليل على
الملك ، والأصل بقاء الملك فالشفيع مستصحب للأصل فلا يطالب
بالبينة (٣٠) .

ويرى الحنفية :

أن الشفيع مطالب بالبينة وذلك عملاً بأصلهم من عدم الأخذ
بالاستصحاب هذا فضلاً عن أن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات
الاستحقاق (٣١) .

(٣٠) راجع : اثر الاختلاف د/ سعيد الخن ص ٥٤٩

(٣١) راجع : الهداية ٢٨/٤

المسألة الخامسة

الحكم على المدعى عليه بنكواه عن اليمين

تعنى هذه المسألة أن المدعى عليه إذا طوّل باليمين فنكل ولم يحلف فهل ثبت عليه الدعوى بمجرد النكول والرفض ؟

ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن الاجابة عن هذا السؤال وذلك تبعاً لاختلافهم فى الأخذ باستصحاب الحال من عدمه وهذه آراؤهم - فى مسألة النكول عن اليمين وأثره على المدعى عليه .

المذهب الأول :

ويرى أنه لا حكم على المدعى بمجرد نكوله بل بعرض اليمين عليه وتسمى هذه اليمين باليمين المرذودة وذلك لأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر^(١) .

فاذا لم يكن للمدعى بينة على ما يدعيه تطلب اليمين من المدعى عليه فاذا رفض أن يحلف اليمين طلبنا الحلف من المدعى حيث أن الأصل أننا لا نحكم الا بالدليل المفيد لليقين أو بدليل يفيد الظن القوى الذى يقارب اليقين فاذا لم نجد الدليل أخذنا باستصحاب البراءة الأصلية .

وقد جاء فى كتاب الأم للإمام الشافعى - رضى الله عنه - « ولا يقوم النكول مقام اقرار فى شىء حتى يكون معه يمين المدعى »^(٢) .

والى مثل هذا ذهب الامام مالك وفقهاء الحجاز وطائفة من العراقيين^(٣) .

(١) عملاً بقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والحديث : رواه البخارى ومسلم راجع : صحيح البخارى ١٩١/٤ وصحيح مسلم ١٤٣/١١
(٢) راجع : الأم ٣٤/٧
(٣) راجع : بداية المجتهد ٣١٩/٢

المذهب الثاني :

ويرى أنه يقضى للمدعى عند نكول المدعى عليه ، والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة النعمان وأصحابه وجمهور الكوفيين (٤) .

الأدلة

استدل الشافعي ومن معه :

بأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد بدأ بالأنصارين فى القامة (٥) - فلما لم يحلفوا رد الأيمان على اليهود (٦) .

وقد جاء فى كتاب الأُم :

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن تحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا لا : فتحلف اليهود (٧) .

ففى هذه الدلالة على أن المدعى عليه اذ نكل عن اليمين ترد للمدعى ولا نحكم بمجرد النكول من المدعى عليه عن اليمين .

واستدل أبو حنيفة ومن معه :

يقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر الا فى القامة » (٨) .

(٤) راجع : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٨٠ وفتح القدير ١٥٥/٦

(٥) القسامة : من القسم أى اليمين يقال تقاسموا أى تحالفوا واصطلاحاً هى أن يحلف أولياء المقتول خمسين يمينا أنه مات من ضربه ، رصفتها أن يحلف أولياء الدم فمسين يمينا فى المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أن هذا قتله فيجب بها القصاص فى العمد والدية فى الخطأ . راجع : لسان العرب ٣٦٢٨/٥ وبداية المجتهد ٥٥٢/٤ وارشاد السالك ١٤٨/٣ وحاشية الدسوقي ٢٤١/٤

(٦) راجع : معنى المحتاج ٤٧٧/٤

(٧) راجع : صحيح مسلم باب القسامة رقم ١٦٦٩

(٨) الحديث : رواه الدارقطنى وابن عبد البر والبيهقى من حديث مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب وقال البخارى ان جريج لم يسمع من ابن شعيب .

فهذا الحديث صريح في أن اليمين على من أنكر وهو المدعى عليه
فاذا نكل فانه يقضى للمدعى بما يدعيه قبله وذلك تنزيلا للامتناع عن
الحجة مقام نفى الحجة بناء على القرائن المطروحة شرعا في اثبات
الحقوق ونفيها .

السلف :

فضلا عن أنه لما كانت الشهادة لاثبات الدعوى واليمين لابطالها
وجب أن تحقق الدعوى على المدعى عليه عند نكوله عن اليمين أما رد
اليمين الى المدعى فهو خلاف النص لأن اليمين قد نص على أنها دلالة
المدعى عليه (٩) .

ولعل الراجع :

هو ما ذهب اليه الامام الشافعي - رحمه الله تعالى - وذلك لقوة
أدلة فضلا عن ما رواه الشافعي نفسه عن الامام مالك أن رجلا من
بنى ليث بن سعد أجر فرسا فوطىه أصبع رجل من جهيمة فنزى فيها
فمات فقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - للذين ادعى عليهم تحلفون
خمسین يمينا ما مات منها فأبوا وتخرجوا من الايمان فقال للآخرين
احلفوا أتم (١٠) .

فهذا يقوى ويعضد دليل الشافعية على فرض تساوى ما استدلل
به كل فريق منهما مع ملاحظة أن دليل الحنفية يشويه الضعف وذلك
لأنه مروى عن ابن عبد البر والبيهقي من حديث مسلم بن خالد عن
ابن جريج عن عمرو بن شعيب « وقد قال البخارى ان ابن جريج لم
يسمع من عمرو بن شعيب وقال الحافظ في التلخيص وهو ضعيف (١١) .

راجع : صحيح البخارى بحاشية السندى ١٩١/٤ وصحيح مسلم
بشرح النووي ١٤٢/١١ ونيل الأوطار ٤٨/٥
(٩) راجع : الأم ٣٤/٧ ونيل الأوطار ٤٤/٧
(١٠) راجع : الأم ٣٤/٧ ، ٣٥
(١١) راجع : نيل الأوطار ٤٨/٥ وفتح القدير ١٥٥/٦ والأشباه
والنظائر للسيوطى ص ٥٢

المسألة السادسة

وصف الطلاق الواقع بالايلاء

الايلاء :

لغة : الحلف على الامتناع عن الشيء مطلقا فالايلاء بمعنى الحلف من باب الأفعال أصله ائلاء بكسر الهمزة الأولى وسكون الثانية قلبت الثانية ياء لوقوعها ساكنة بعد كسره .

وشرعا : هو حلف مكلف يتصور وقوعه على عدم وطء زوجته فوق شهرين للعبد وضعفهما للححر ، وسواء آكأت اليمين صريحة في منع الوطاء أم مستتزمة لذلك (١) .

ويسمى الزوج الحالف - هنا - « موليا » قال - تعالى -
« للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » (٢) والمعلوم - جيدا - أن الطلاق الذي لا يكون بالايلاء اما أن تكون المرأة به بائنة بينونة صغرى أم بينونة كبرى وذلك بحسب الأحوال على نحو ما تقرر في كتب الفقه .

غير أن الخلاف قائم بين الفقهاء بشأن حكم ووصف الطلاق الذي ترتب على الايلاء . وهل هو طلاق رجعي أو أنه طلاق بائن سواء قلنا أن الحاكم هو الذي يطلق على الزوج على مذهب الشافعية أم قلنا بأن المرأة تبين مباشرة من زوجها كما هو مذهب الحنفية (٣) .

(١) راجع : سلفه السالك للتساوي ٧١٥/١ وحاشية الدسوقي

٤٢٦/١ ، ٤٢٧

(٢) سورة البقرة الآيتان ٢٢٦ ، ٢٢٧

(٣) راجع : بداية المجتهد ١٠١/٢ والمنذرى لابن قدامة ٥٦٢/٧ والمهذب

للشيرازي ١١٠/١ والام ٢٥٧/١

وصورة هذه المسألة :

ما اذا حلف رجل على أن يمتنع من وطء زوجته أربعة أشهر فصاعدا فانه يكون موليا فان فاء الى أمر الله وأعطى كل ذى حق حقه لزمته كفارة يسين لأنه حلف ثم حث وان مضت تلك المدة ولم يظاً هذا الرجل زوجته بانت منه بتطبيقه - عند الحنفية - خلافا للشافعية الذين يرون أنه ان مضت المدة من غير فيء يخير الزوج بين الفيء مع كفارة اليمين وبين الطلاق فان هو أبى أن يفعل واحدة من الخصلتين طلق عليه الحاكم .

وبعد هذا التمهيد للمسألة :

فهذه آراء العلماء فى محل النزاع - هنا - وهو بيان وصف الطلاق الواقع بعد الايلاء .

المذهب الأول :

ويرى أن الطلاق الواقع بعد الايلاء رجعى سواء طلق هو من نفسه أم طلق عليه الحاكم عند امتناعه عن ايقاع الطلاق والى هذا ذهب الامامان مالك والشافعى - رحمهما الله وقد وافقهما على هذا الامام أحمد بن حنبل .

وان كان للامام أحمد - فى المسألة - رواية أخرى : مضمونها أنه : ان طلق المولى كان الطلاق رجعيا وان طلق عليه الحاكم وقع الطلاق بائنا فقد ذكر ابن قدامه الحنبلى هذا بقوله : « والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أم طلق عليه الحاكم » الى أن قال : « عن أحمد رواية أخرى أن فرقة الحاكم تكون بائنا »^(٤) فانحابلة على الرواية الأولى موافقون للشافعية والمالكية وعلى الثانية موافقون للحنفية على ما سيرد - عندهم - حالا .

(٤) راجع : المبنى لابن قدامة ٤٢/٨

غير أن الرواية الأولى - عند الحنابلة هي الراجعة على نحو ما تقرر
في كتاب المغنى لابن قدامة وهم بهذا موافقون للمالكية والشافعية من
القول برجعية الطلاق الواقع بعد الايلاء *

المذهب الثانى :

ويرى أن الطلاق بسبب الايلاء يقع بائنا والى هذا ذهب الامام
أبو حنيفة وأصحابه فقد جاء فى بداية المبتدى « وان لم يقربها حتى
مضت مدة أربعة أشهر بانت منه بتطبيقه » (٥) *

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول :

على ما ذهبوا اليه بالاستصحاب حيث قالوا : ان الأصل فى الطلاق
اذا وقع على الزوجة وكانت مدخولا بها ولم يكن الطلاق بعوض ولها
طلقة ثالثة أن يكون رجعيا ولا يعدل عن هذا الأصل الا بدليل
ولا دليل - هنا - على أن الطلاق بسبب الايلاء بائن فيقع رجعيا *

وعلى هذا :

فالطلاق الواقع حال الايلاء طلاق رجعى استصحابا للأصل ومما يؤكد
هذا ما جاء فى المغنى « أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض
ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق فى غير الايلاء » (٦) *

ولهذا :

فكل طلاق وقع بالشرع فهو بسبب الأصل رجعى ألى أن يدل الدليل
على أنه بائن (٧) *

(٥) راجع : بداية المبتدى ١٠١/٢ ، ١٠٢ ،

(٦) راجع : المغنى ٥٦٢/٧ - ٥٦٤

(٧) راجع : بداية المجتهد ١٠١/٢

وقد ذكر الامام الشافعي :

ما يقرر ذلك فقال : « وإذا أوقف المولى تطلق واحدة أو امتنع من
النساء بلا عشر فطلق عليه الحاكم واحدة فالتطبيقة تطليقة يملك فيها الزوج
الرجعة في العنة » (٨) .

واستدل الامام أبو حنيفة - رضى الله عنه - ومن وافقه بالدليل
العقلى :

فقالوا : ان الزوج قد ظلمها بسنح حقها وهو الوطاء في المدة فجازاه
الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة .

هذا فضلا عن أن المقصود من ايقاع الطلاق هو تخليص الزوجة
من ضرر التعليق وهذا لا يحصل بالطلاق الرجعى الذى يقرر للزوج
أجبارها على الرجعة ومعاودة الايلاء وهكذا . ولهذا قلنا : بان الطلاق
يقع باننا تحقيقا للمراد من الطلاق الذى ترفع به الضرر الحاصل قبل
الزوجة بالايلاء الذى انتهت مدته من غير فىء من الزوج الحالف .

ونوقش هذا الاستدلال من قبل الجمهور :

بأن قولكم فى الدليل العقلى :

« ان المراد هو تخليص المرأة من ضرر التعليق » مبنى على النظر
الى مصلحة لا شك فيه غير أنه مغاير بالنظر الى الأصل وهو أن الأصل
فى الطلاق أن يكون رجعيا (٩) .

واستدل الحنفية - كذلك - بفعل الصحابة - رضوان الله عليهم -
وقد قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة وهى أحق بنفسها وفى لفظ :
فهى تطليقة بآئنة .

(٨) راجع : الأم ٢٥٧/٢

(٩) راجع : بداية المجتهد ١٠١/٢

ولهذا تقرر في كتاب الهداية : « أنه المأثور عن عثمان وعلى وزيد
ابن ثابت^(١٠) وكفى بهم قلوبهم » •

ونوقش هذا :

بأن فعل الصحابة محمول على اجتهاد خاص بهم ولا حجة الا في
قول الله وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وفعله واجماع الأمة
أو القياس الصحيح الى آخر أدلة الأحكام الشرعية •

ودفع هذا بأن قول الصحابة وفعلهم حجة ولا معنى لحكمكم فصل
الصحابة عامة على اجتهاد خاص ببعضهم^(١١) •

ولعل الراجع :

هو أن الطلاق بسبب الايلاء يعتبر رجعيا وذلك على نحو ما ذهب
اليه الامام الشافعي ومن معه لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة فضلا
عن تمسكهم بها هو الأصل استصحابا للحال • مع امكانهم ابطال دليل
الحنفية ومناقشة كل جزئية فيه على نحو ما سبق بيانه^(١٢) •



(١٠) هو : زيد بن ثابت بن الضحالك بن زيد بن بوزان بن عمرو بن
عوف بن مالك بن النجار الأنصاري الخزرجي أبو سعيد وشهد المشاهد
كلها مع الرسول - صلى الله عليه وسلم - وتوفي سنة ٤٢ هـ . راجع :
الاصابة ٥٩٤/٢

(١١) راجع : الهداية ١٠١/٢ - ١٠٣

(١٢) راجع : المهذب للسمراسي ١١٠/١ والمغنى لابن قدامة ٥٤٣/١

المسألة السابعة

حكم ما اذا دعى رجلان عينا فى يد ثالث

صورة هذه المسألة :

ما اذا ادعى اثنان دارا أو أى عين أخرى وهى فى يد الثالث ادعى
كل منهما أنها مملوكة له وأقام كل منهما البينة على ما ذهب اليه ، وصاحب
اليد منكر لها ويدعى ملكيته لها فمن يملكها منهم : هل يملكها واضع
اليد عملا بوضع اليد ؟ أو يملكها المدعيان بالمناصفة ؟ أو نذهب الى
المرجح لبينة كل منهما ؟
ثار الخلاف بين العلاء بشأن الاجابة عن هذه الأسئلة وذلك
على النحو الآتى :

الذهب الأول :

ويرى ان البينة - هنا - متعارضة مع بينة أخرى وبسبب هذا
التعارض تساقطنا وصار كل من المدعين لا بينة له ويحكم باستقرار
العين المتنازع عليها فى يد الثالث عملا باستصحاب الحال حتى يتبين حكم
تلك العين بدليل آخر كأن يقوى أحد الخصوم دعواه بسند آخر والى
منها ذهب الامام الشافعى - رحمه الله - تعالى - على الصحيح عنده
وان كان مقابل الصحيح هو الاقراع بين المتنازعين (١) .

وقد قال بهذا - كذلك - الامام أحمد بن حنبل - فقد جاء فى
كتاب المغنى لابن قدامة : « واذا كان فى يد رجل دار فادعاها نفسان
قال أحدهما : أجرتها وقال الآخر هى دارى أعرتها ، أو قال هى دارى
ورثتها من أبى أو قال هى دارى ولم يذكر شيئا آخر فانكرهما صاحب
اليد وقال هى دارى فالقول قوله مع يمينه وان كان لاحدهما بينة حكم له
بها وان أقام كل منهما بما ادعاه بينة تعارضا وكان على ما ذكرنا
فيما مضى » (٢) .

(١) راجع : مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤/٤٨٠

(٢) راجع : المغنى لابن قدامة ١/٢٤٥ - ٢٤٧

المذهب الثانى :

ويرى أنه يعمل بالبينتين فتنزع العين من يد الثالث وتقسم بين صاحب البينتين بالسوية والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة النعمان - رحمه الله تعالى - (٣) .

وقد جاء فى كتاب الهداية :

« واذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل منهما يزعم انها له واقاما البينة قضى بها بينهما » (٤) .

الأدلة

استدل الشافعية على مذهبهم :

بالاستصحاب : حيث قالوا لما كانت البينتان متعارضتين فانهما يتساقطان وصار الأمر كأنه لا بينة لدينا فى مسألة النزاع ويرجع الى الأصل قبل الادعاء وتقر الدار بيد الثالث تسكاً باستصحاب الحال قبل الدعوى .

وقد جاء فى كتاب معنى المحتاج :

« وعلى هذا لا بينة وصار الى التحالف فيحلف لكل منهما يمينا » (٥) .

وقد استدلووا على مقابل الصحيح - فى هذا المذهب - وهو القائل بالاقراع بين المتداعين : ان احدى البينتين كاذبة يقينا وذلك لاستحالة اجتماع ملكية شخصين ملكية كلية لعين معينة فى وقت واحد وقد تعذر التمييز بين الصادقة منهما والكاذبة الا أن عدم التمييز لا يبرر اهدار كل من البينتين بل يقرع بينهما لأن القرعة مشروعة » .

(٣) راجع : تبين الحقائق ٣١٥/٤ وكشف الحقائق ١١٣/٢

(٤) راجع : الهداية ٢١/٢

(٥) راجع : معنى المحتاج ٤٨٠/٤

وقد أقرع النبي - صلى الله عليه وسلم - فيما رواه سعيد بن المسيب^(٦) أن رجلين تنازعا على أمة بين يديه - صلى الله عليه وسلم - وأقاما البيعة فأقرع بينهما وقال : « اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته »^(٧) .

وقد ناقش الحنفية هذا الاستدلال : بقولهم : أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار^(٨) .

واستدل الحنفية : بما روى من حديث أبي موسى الأشعري^(٩) - رضي الله عنه - « أن رجلين اختصما الى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ناقة وأقام كل منهما بيعة فقضى بها بينهما نصفين »^(١٠) .

فالحنفية : على أصلهم من عدم العمل بالاستصحاب ولهذا يذهبون الى عدم جعل وضع اليد من الثالث دليلا على الملكية في حالة تعارض البيعتان من الآخرين .

هذا وقد تقرر في فقه الحنفية أنه لو برهن خارجان على شيء قضى لهما - يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية^(١١) .

(٦) سبقت الترجمة له .

(٧) الحديث : مروى عن سعيد بن المسيب وعن عبد الله بن عمر وغيرهما بهذا اللفظ وبالفاظ أخرى قريبة منه : راجع : سنن الترمذى ٤٠/٣ ونيل الأوطار ٤/١٤٥ .

(٨) راجع : الهداية ٢٢/٣ وشرح القدورى ص ٣٨٧ .

(٩) هو : الصحابي الجليل عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري من بنى الأشعر بن قحطان ولد باليمن سنة ٢١ قبل الهجرة وهو أحد الحكمين بين علي ومعاوية وشهد المشاهد كلها وتوفي رحمه الله سنة ٤٤ هـ . راجع : الاصابة ٢١١/٤ وطبقات ابن سعد ١٠٥/٤ .

(١٠) الحديث : رواه أبو داود في سننه ٣١٠/٣ وراجع : نيل الأوطار ٨/٣٣ .

(١١) راجع : تبين الحقائق ٣١٥/٤ وحاشيته ابن عابدين ٥٧١/٥ .

ولعل الراجح : هو التفرقة بين ما اذا ادعى الثالث ملكيته للعين الواضع يده عليها ، وبين ما اذا اعترف من يضع يده عليها أنها ليست ملكا له حيث أننا نعمل بالاستصحاب في الحالة الأولى ونقول بأن العين تفر في يده وتتساقط البيتان •

وفي الحالة الثانية : والتي اعترف فيها واضع اليد بعدم ملكيته للعين محل النزاع نقول : انه مما لا شك فيه أن البيتين تتساقطا وتقرع بينهما على اليدين فمتى خرجت القرعة لأحدهما حلف واستحق العين المتنازع عليها ويكون اليسير بشابة ترجيح لاحدى البيتين على الأخرى •
ولعل هذا فيه محاولة التوفيق بين الصحيح ومقابله عند الشافعية (١٢) •

(١٢) راجع : مفنى المحتاج ٤/١٨٠ •

المسألة الثامنة

الدية في الشعور الخمسة

الدية :

- هي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو ما دونها^(١) .

والشعور الخمسة :

- هي شعر الرأس ، واللحية ، والحاجب ، والأهداب ، والشاربين^(٢) .
- وقد ثار الخلاف بين العلماء بشأن قيمة الدية في حالة اعتداء انسان على آخر فأثلف أحد هذه الشعور الخمسة وذلك على مذهبين :

المذهب الأول :

- ويرى أن الدية لا تكمل في الشعور الخمس فيها حكومة^(٣) عدل .
- والى هذا ذهب الامام الشافعي^(٤) .

(١) راجع : معنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٤ .

(٢) راجع : تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٧ .

(٣) الحكومة في اللفظة : الحكم بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل وأصل الحكومة رد الرجل عند الظلم ومنه سميت حكمة اللجام لأنها ترد الدابة والحكومة في ارش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة ان يجرح الانسان في موضع في بدنه مما يبقى شينه ولا يبطل العضو فارشه ان يقول الحاكم هذا المجروح لو كان عبدا غير مشيين بهذه الجراحة كانت قيمته ألف درهم وهو مع هذا الشين قيمته تسعمائة درهم فقد نقصه الشين عشر قيمته فيجب على الجراح عشر ديته في الحر لأن المجروح حر وهذا هو معنى قول الفقهاء فان لم يكن فيه شين مقدر فحكومة وعلى هذا يراد بالحكومة : الاجتهاد وأعمال الفكر فيما يستحق المجنى عليه من الجاني فيحكم به القاضي .

راجع : لسان العرب ٩٠١/٢ - ٩٠٤ ومعنى المحتاج ٥٣/٤ والمحلى

لابن حزم ٤٢٣/١٠ .

(٤) راجع : المهذب للشيرازي ٢٠٨/٢ .

وبلاحظ أن الحكومة :

هى جزء من الدية وذلك بنسبة نقص الجناية من قيمة المجنى عليه لو كان رقيقا على الأصح ، وقيل بل نسبة الى عضو الجناية •

ففى الأصح لو جرح الجانى يد المجنى عليه فيقال كم قيمة المجنى عليه لو كان رقيقا فيقال مائة فيقال كم قيمته الآن ؟ فيقال تسعون فالفرق بينهما عشرة ونسبة العشرة الى المائة العشر ففى هذه الحالة يجب عشر الدية وهو عشر من الابل اذا كان المجنى عليه حرا ذكرا مسلما •

وعلى مقابل الأصح :

ان الحكومة تنسب الى دية اليد فيجب عشر دية اليد وهو خمس من الابل (٥) •

المذهب الثانى :

ويرى ان فى كل واحد من هذه الشعور الخمس دية كاملة اذا فسد المنبت لأنه فات به الكمال فيجب فيه دية كاملة كما فى الاذن ومارن الأنف • والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة وأصحابه (٦) •

الأدلة

استدل الامام الشافعى ومن معه :

بالاستصحاب

ومفاده : أن الأصل أن لا يجب كمال الدية باتلاف البعض غير أن الشرع علق كل الدية باتلاف الطرف لأنه تفويت منفعة الجنس فيصير الشخص كالهالك فى حق ملك المنفعة والشعور ليست من هذا القبيل فبقى على الأصل وهو امتناع كمال الدية (٧) •

(٥) راجع : معنى المحتاج ٧٧/٤ •

(٦) راجع : شرح القدرى ص ٣٣٠ وكشف الحقائق ٢/٢٨٢ •

(٧) راجع : الأم ٧٢/٦ وتخرىج الفروع ص ١٧٧ •

وقد أيد هذا الرأي العلامة أبو اسحاق الشيرازي في كتابه المهذب حيث قال : « ولا يجب في اتلاف الشعور غير الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فلم يجب فيه غير الحكومة كاتلاف العين واليد الشلاء » (٨) .

واستدل أبو حنيفة ومن معه :

بأن الشعر للرجال والنساء جمال كامل وكذا اللحية للرجل ، والبدهي أن تفويت الجمال على الكمال يوجب الدية كاملة وذلك قياسا على مارن الأثف والاذن الشاخصة لأن الجامع بينهما هو اظهار شرف الآدمي وكرامته بل أن شرف الآدمي في الجمال أعلى من شرفه في المنافع وحيث كان تفويت المنافع مما يوجب الدية كان تفويت الجمال على الكمال موجبا لها من باب أولى (٩) .

هذا فضلا عن الامام على بن أبي طالب كرم الله وجهه قد قضى في الشعر بالدية الكاملة كما أنه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية (١٠) .

ولعل الراجح : هنا - هو ما ذهب اليه الامام الشافعي من قوله بوجوب الحكومة في اتلاف الشعور الخمسة - عملا بأصلهم في الأخذ باستصحاب الحال . كما أن مذهب الشافعية يتعضد بالقياس على العين المعصوبة أو اليد الشلاء وكوفهم قد حكموا للمجنى عليه بحكومة فان هذا يخفف ما قد يخشى منه بسبب ضياع المظهر الجمالي للمجنى عليه في حين أن الحنفية قد استندوا على العقل المحض وقول فردي لسيدنا على - كرم الله وجهه - ، وأن صح فهو اجتهاد لا يقوى في مواجهة اثبات الدية وهي عقوبة مالية يتحرى الاسلام الورع في أسبابها (١١) .

-
- (٨) راجع : المهدي للشيرازي ٢/٢٠٧ ، ٢٠٨ .
(٩) راجع : بدائع الصنائع ٧/٢١٢ والمغنى لابن قدامة ٩/٥٩٧ .
(١٠) راجع : المحلى لابن حزم ١٠/٤٢٣ وكشف الحقائق ٢/٢٨٢ .
(١١) راجع : المهذب ٢/٢٠٨ والام ٢/٧٢ وتخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص ٨٢ .

أكل الكلب المعلم من فريسته مرة واحدة

ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن حكم ما إذا أكل الكلب المعلم من صيده مرة واحدة وذلك على النحو الآتي :

المذهب الأول :

ويرى أن الصيد يحرم جميعا وذلك لأن علم الكلب أمر خفى لا يطلع عليه أحد فيعتبر السبب الظاهر المظهر له وهو الامتناع عن الأكل وهذا هو قياس التعليم والاقدام على الأكل مظهر خارجي يستدل منه على عدم تعلم ذلك الكلب فتحرم فريسته لأن الشرع انما أجاز الأكل من فريسة الكلب المعلم فقط والى هذا ذهب الامام أبو حنيفة النعمان - رحمه الله - تعالى (١) .

المذهب الثاني :

ويرى أن الصيد لا يحرم وهذا هو أحد القولين للامام الشافعي - رحمه الله تعالى - وهو يرى كذلك عدم حرمة ما مضى من فرائسه قولاً واحداً وذلك استصحاباً للحل الثابت قبل الأكل فان هذا الحل ثابت يقينا لأن فرض المسألة أن الكلب معلم (٢) .

الأدلة

استدل الحنفية :

على ما ذهبوا اليه من حرمة الأكل من صيد الكلب المعلم اذا أكل مرة واحدة بحديث عدى بن حاتم (٣) الذي رواه عن النبي - صلى الله

(١) راجع : معنى المحتاج شرح المنهاج ٢٧٦/٤ .

(٢) راجع : كشف الحقائق ١٢٨/٢ وشرح القدوري ص ٢٠٦ .

(٣) هو : عدى بن حاتم بن عبد الله الطائي أبو طريف أحد المهاجرين كان سيدياً في قومه وافر العقل حاضر الجواب كريماً فاضلاً وتوفي رحمه الله بالكوفة سنة ٦٨ هـ . راجع : الاستيعاب ١٠٥٧/٣ والاصابة القسم الرابع ص ٤٦٩ .

عليه وسلم - قال : « اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه » (٤) حديث صحيح متفق عليه (٥) .

واستدل الشافعية :

على ما ذهبوا اليه من جواز الأكل من صيد الكلب المعلم اذا أكل من صيده مرة واحدة بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذي قال فيه بشأن صيد الكلب : « اذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه وكل ما ردت عليك يدك » (٦) .

كما أنهم قد استدلوا كذلك بحديث عدى بن حاتم - رضى الله عنه - قال سألت النبي - صلى الله عليه وسلم - قلت : انى أرسل الكلاب المعلمة فتمسك على ما أكل منها ؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : « اذا أرسلت الكلاب المعلمة وذكرت اسم الله - تعالى - عليها فكل مما أمسك عليك » قلت وان قتلن ؟ قال : « وان قتلن ما لم يشركها كلب ليس منها » (٧) .

هذا : فضلا عن تمسك الشافعية بالاستصحاب المقرر للحل عملا بالاباحة الثابتة قبل الأكل يقينا فانه يثبت يقينا بعده (٨) .

وقد ناقش الحنفية هذا الاستدلال بأن الحديث الذى استدل به الشافعية غير صحيح وذلك لأن رجاله فيهم من تكلم العلماء عنه وعلى فرض صحته فانه يحمل على ما اذا أطعمه صاحبه أو أنه أكل منه بعد ما قتله وانصرف عنه (٩) .

(٤) راجع : صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/٧٥ ، ٧٦ وصحيح البخارى بحاشية السندي ١٠٦/٣ .

(٥) راجع : كشف الحقائق ١٢٨/٢ .

(٦) رواه : أبو داود - راجع سنن أبي داود ١٠٨/٣ .

(٧) رواه : أبو داود - راجع سنن أبي داود ١٠٨/٣ ونيل الاوطار

٥٠/٨ .

(٨) راجع : مغنى المحتاج ٢٧٦/٤ .

(٩) راجع : كشف الحقائق ١٢٨/٢ .

هذا ولعل الراجح هو القول الذي تمسك به حرمة الصيد الذي اصطاده الكلب المعلم اذا أكل مرة وأنه لا مجال - هنا - للتمسك باستصحاب الحال على نحو ما استند الشافعية وذلك لأن من شرط الأخذ بالاستصحاب الا يعارض دليلا صحيحا من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس لأنه - كما علمنا - سابقا - آخر مدار الفتوى *

ومما يؤكد هذا :

قول الامام النووي : « وقوله - صلى الله عليه وسلم - « فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه » معناه إن الله - تعالى - قال : « فكلوا مما أمسكن عليكم » (١٠) *

فانما أباحته بشرط أن نعلم أنه أمسك علينا واذا أكل منه لم نعلم أنه أمسك لنا أم لنفسه فلم يوجد شرط اباحته ، والأصل تحريمه » (١١) *



(١٠) سورة المائدة : الآية ٤ .

(١١) راجع : شرح النووي على صحيح مسلم ٧٧/١٣ .

المسألة العاشرة

« استسعاء العبد »

اتفق الفقهاء على أنه إذا ملك شخصان عبداً ثم اعتق (١) أحدهما نصيبه ، فإن هذا الجزء الذي اعتق يصير حراً •
غير أن الخلاف قائم بينهم بالنسبة لنصيب الشريك الذي لم يعتق •

والتحقيق :

في هذا الخصوص - من حيث سريان الحرية إلى ذلك النصيب أو استسعاء العبد يتعلق بحالة الشريك الذي اعتق نصيبه ومدى مقدرته على رد قيمة النصيب الباقي إلى شريكه من عدمه •

فاذا كان الذي اعتق نصيبه موسراً بحيث يمكنه دفع قيمة نصيب شريكه في ذلك العبد على أن يكون ذلك فاضلاً عن قوته وقوت من تلزمه نفقته في يومه وليلته وكافة أدواته الضرورية وأدوات حرفته إن كان حرفياً •

فإن كان موسراً بهذا الشكل فللفقهاء بالنسبة للعبد آراء متعددة من أهمها :

١ - أن العبد يصير كله حراً ويقوم نصيب الشريك الذي لم يعتق بقيمته يوم الاعتاق ويعطى الثمن لمن لم يعتق قياساً على ما لو قتله أحد الشريكين فإن للآخر قيمته يوم التلف •

(١) العتق لغة : خلاف الرق - وهو الحرية ، وشرعاً : خلوص الرقبة من الرق بصيغة ، ويقال للسيد معتق بالكسر ، وللرقيق معتق بالفتح ، أما الصيغة : فنوعان : صريحة : وتكون بلفظ الاعتاق والتحرير وفك الرقبة ، كقول السيد : وهبت لك نفسك أو لا سبيل عليك ، ونحو ذلك فينوي السيد فيما أراد •

راجع : لسان العرب ٢٧٩٨/٤ ، ٢٧٩٩ ، وبلغه السالك ٣/٥٠٠ وحاشية الدسوقي ٣٥٩/٤ •

الى هذا ذهب الامام الشافعي : - رحمه الله - وبه قال الأوزعى
والثوري وأبو يوسف^(٢) ومحمد بن الحسن^(٣) وابن حنبل وبعض
المالكية^(٤) .

٢ - أن العبد لا يعتق طالما أن الشريك الثاني لم يأخذ قيمة نصيبه
من هذا العبد فاذا أخذ نصيبه عتق وهذا هو المشهور عن مذهب
الامام مالك وبه قال أهل الظاهر وهو قول للشافعي^(٥) .

٣ - أن الخيار للشريك الذي لم يعتق ان شاء أمر العبد بالعمل
حتى يوفيه قيمة نصيبه وان شاء اعتق نصيبه وان شاء قوم نصيبه
ورجع على شريكه الذي اعتق أولا : والى هذا ذهب الامام
أبو حنيفة^(٦) .

فهذه آراء الفقهاء في حصة الشريك الذي لم يعتق فيما اعتق شريكه
الشرط الخاص به وذلك في حالة كون المعتق موسرا على نحو ما بينا حالا .
أما اذا كان الشريك الذي اعتق معسرا حال الاعتاق بحيث لا يملك
أن يرد قيمة النصف الآخر لشريكه الذي لم يعتق فقد ثار الخلاف بين
الفقهاء في هذا الشأن وذلك على هذا النحو :

(٢) هو : العلامة يعقوب بن ابراهيم الانصارى المولود سنة ١١٢ هـ
بالكوفة وهو أكبر تلاميذ أبي حنيفة كان فقيها عالما حافظا وهو اول من
سنف الكتب ونشر علمه وتقلد القضاء وتوفى رحمه الله سنة ١٨٢ هـ .
راجع : الاعلام ١٦٦/٣ وطبقات الفقهاء للشيرازى ص ١٢٤ .

(٣) هو : محمد بن الحسين بن مرقد الشيباني المولود سنة ١٣٢ هـ
بواسط ونشأ بالكوفة وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه وعن أبي يوسف
وتولى القضاء وله التصانيف العديدة وتوفى رحمه الله بالرى سنة ١٨٧ هـ .
راجع : الاعلام ٨٨٢/٣ وطبقات الفقهاء ص ١٣٥ ووقيات الأعيان
٣٢٤/٣ .

(٤) راجع : بدائع الصنائع ٧٦/٤ .

(٥) راجع : الام ١٨٣/٧ وسبل السلام ١٤٠/٤ وحاشية الدسوقي

٣٥٩/٤ .

(٦) راجع : الهداية ٥٦/٢ .

المذهب الأول :

ويرى أن العتق ينفذ في نصيب من اعتق فقط ويبقى نصيب الشريك الثاني على ما هو عليه وذلك استصحاباً لما كان عليه الوضع بالنسبة للنصف الذي لم يعتق ويبقى هذا النصف على الرق كما كان ولا يكلف العبد بالسعى والعمل ليكتسب قيمة النصف الذي لم يعتق وإلى هذا ذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد) وبه قال جمهور علماء الحجاز (٧) .

المذهب الثاني :

ويرى أن العبد يستسعى ويعمل حتى يملك قيمة حصة الشريك الذي لم يعتق ، وإلى هذا ذهب الامام أبو حنيفة والأوزعي واسحاق وسائر الكوفيين (٨) .

غير أن هؤلاء اختلفوا فيما بينهم بشأن مدى رجوع العبد بما أدى في سعائه على الشريك الأول المعتق . فيرى أبو حنيفة عدم رجوعه ، ويرى البعض الآخر : أن للعبد الرجوع على الشريك الأول . ويرى الامام زفر (٩) من الحنفية وبعض علماء البصرة التوسط في الأمر وقالوا : أن النصف الذي لم يعتق يقوم ويرده الشريك المعتق لشريكه الذي لم يعتق اذا أيسر (١٠) .

(٧) راجع : مفضى المحتاج ٤/٤٩٥ والام ٧/١٨٣ وتخريج الفروع ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

(٨) راجع : شرح القدوري ص ٣٠٩ وسبل السلام ٤/١٤٠ .
(٩) هو : العلامة زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العنبري الفقيه المولود سنة ١١٠ هـ وهو من أجل أصحاب أبي حنيفة جمع بين العلم والعبادة وزهد ورفض القضاء وتوفى رحمه الله - تعالى - سنة ١٥٨ هـ راجع : الاعلام ١/٣٣٤ وطبقات الفقهاء ص ١٣٥ والعبير للذهبي ١/٢٢٦ وطبقات الأصوليين للمراغي ١/١١١ .
(١٠) راجع : الهداية ٢/٥٥ وسبل السلام ٤/١٤٠ .

الأدلة

استدل الامام الشافعي ومن معه :

على ما ذهبوا اليه من جواز تجزئة الحرية بان يكون نصف العبد حرا والنصف الآخر على الرق مع عدم الاستسعاء على العبد : بما يأتي :

أولا - بالسنة :

حيث روى عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق » (١١) .

ولهذا قال الامام الشافعي - رحمه الله تعالى - : « فأخذنا نحن بهذا الحديث وأبطلنا الاستسعاء وشركنا الرق والحرية في العبد اذا كان المعتق مفلسا » (١٢) .

أى أن أحد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد المشترك وكان المعتق معسرا عتق نصيبه وبقي الباقي على ملك مالكة كما كان ولا يستسعى العبد فى أداء قيمة باقية عند الشافعي - رضى الله عنه - لأنه لم يتحقق منه صنيع يستدعى وجوب الضمان عليه ووجوب القيمة فيما اذا كان الشريك المعتق موسرا ثبت نصا » (١٣) .

واستدلوا ثانيا - بالاستصحاب :

بالاستصحاب : ومفاده أن العبد اذا كان رقيقا كله ثم عتق نصفه فقد بقي النصف الآخر على ما كان عليه من الرق لأن عتق الجزء لا يوجب عتق الكل (١٤) .

(١١) الحديث : أخرجه الامام مسلم فى صحيحه بشرح النووى ١٣٥/١ . وأخرجه الامام الشافعي فى الام ١٨٢/٧ .
(١٢) راجع : الام ١٨٢/٧ وسبل السلام ١٤٠/٤ .
(١٣) راجع : مغنى المحتاج ٤/٤٩٥ وتخريج الفروع للزنجاني ص ١٧٦ .
(١٤) راجع : الام ١٨٢/٧ .

واستدل الامام أبو حنيفة ومن معه :

على ما ذهبوا اليه من القول بالعمل حتى يدخر قيمة الجزء الذي لم يعتق بسددها للشريك الذي لم يعتق لينال حرته كاملة بما يأتي :

أولاً - بالسنة :

استدلوا بحديث أبي هريرة - رضى الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « من اعتق شقصا له فى عبد فخلاصة ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه » (١٥) .
فهذا الحديث صريح فيما ذكره الحنفية واتخذوه رأيا لهم فى المسألة من وجوب استسعاء العبد (١٦) .

غير أن ذكر الاستسعاء فى الحديث قبل أنه مدرج من بعض الرواه حيث قال ابن العربى (١٧) « اتفقوا على أن ذكر الاستسعاء ليس من قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وانه من قول قتادة » (١٨) .

ثانياً - القياس :

استدل الحنفية على مذهبهم بقياس العبد على من وقع ثوبه فى الصبغ فانصبغ فانه يجب على رب الثوب ضمان الصبغ لاحتباس ملكه عنده وان لم يوجد منه جناية فذلك الحال بالنسبة للعبد بخصوص أداء

(١٥) الحديث : أخرجه الامام مسلم : راجع : صحيح مسلم بشرح النووى ١٣٧/١٠ .

(١٦) راجع : الهداية ٥٥/٢ .

(١٧) هو : القاضى أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربى الاشبيلى الامام الحافظ المبتكر من خاتمة علماء الأندلس وحفاظها الجليل القدر رحل الى المشرق مع أبيه سنة ٤٨٥ هـ وصحب أبا حامد الغزالى ولد سنة ٤٦٨ هـ وتوفى ٥٤٢ هـ .

راجع : شجرة الثور الزكية ١٣٦/١ .

(١٨) هو : قتادة بن دعامة السوسى أبو الخطاب الحافظ روى عن أنس والحسن وغيرهما وروى عنه أبو حنيفة والأوزاعى وغيرهما وتوفى سنة ١١٨ هـ .

راجع : النجوم الزاهرة ٢٧٦/١ وشذرات الذهب ١٥٣/١ وتذكرة الحفاظ ١٢٢/١ .

قيمة باقية لأن الاعتاق لا يتجزأ وقد احتبس حق الشريك عنده فتجب عليه السعاية وإن لم يوجد منه صنيع (١٩) .

وبعد :

فقد حاول البعض الجمع بين الدليلين الذين ذكرهما الخصوم - هنا - بأن المراد بالاستسعاء أن العبد يستمر في حصته التي لم تعتق رقيقاً فيسعى في خدمة سيده بقدر ماله فيه من الرق وقد فسر هؤلاء قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - « غير مشقوق عليه » بأن هذا يحصل من جهة سيده المذكور بحيث لا يكلفه من الخدمة فوق حصة الرق (٢٠) .

أى أن الاستسعاء - هنا - اختياري للعبد لأنه لو كان هذا الاستسعاء على سبيل الالتزام والإيجاب بأن يكلف العبد الاكتساب والطلب حتى يحصل على قيمة النصف الذي لم يعتق لحصل له غاية المشقة ويؤكد هذا - قوله - صلى الله عليه وسلم - « غير مشقوق عليه » . ويؤكد هذا ما جاء في نيل الأوطار من صنيع البيهقي (٢١) وهو يصدد الجمع بين الدليلين بأن معناهما أن المورس إذا اعتق حصته لم يسر العتق في حصة شريكه بل تبقى حصة شريكه على حالها وهى الرق ثم يستسعى العبد في عتق نصيبه فيحصل ثمن الجزء لشريك سيده ويدفعه إليه ويعتق وجعلوه في ذلك كالمكاتب (٢٢) .

وعلى أية حال :

فالراجح هو القول بأن استسعاء العبد إذا اعتق أحد الشركاء من ساداته حصته من غير واجب لأن العبد لم يصنع ما يوجب عليه السعى في تحصيل قيمة حصته من لم يعتق اللهم إلا إذا اختار العبد ذلك تعجيلاً في حصوله على الحرية .

(١٩) راجع : بدائع الصنائع ٨٦/٤ نشرح القدورى ص ٣٠٩ .

(٢٠) راجع : سبل السلام ١٤٠/٤ .

(٢١) هو : الامام الحافظ العلامة شيخ خراسان ابو بكر احمد بن

الحسين بن على بن موسى صاحب التصانيف المولود سنة ٣٨٤ ولزم الحاكم وكتب الحديث وحفظه من صباه وبرع وأخذ في الأصول وله : السنن

الكبرى والسنن الصغرى وتوفى رحمه الله سنة ٤٥٨ هـ .

راجع : طبقات الحفاظ ص ٤٢٣ .

(٢٢) راجع : نيل الأوطار ٩٩/٦ .

المسألة الحادية عشرة

التدبير المطلق وأثره على البيع

التدبير (1) المطلق :

هو تعليق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وذلك كقوله أنت حر بعد موتي وله ألفاظ أخرى مثل أنت مدبر ، ودبرتك ، وقد يكون بلفظ التحرير والاعتاق مثل حررتك أو أنت حرا وأعتقتك أو أنت معتق بعد موتي (٢) .

هذا :

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن أثر التدبير المطلق على بيع العبد المدبر وهل هذا يمنع البيع ؟ على معنى أنه إذا قال السيد لعبده أنت حر بعد موتي ، ثم أراد بيعه فهل يصح هذا البيع ؟ في ذلك مذهبان (٣) :

المذهب الأول :

ويرى أن التدبير المطلق لا يمنع صحة البيع ، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي وأصحابه (٤) .

المذهب الثاني :

ويرى أن التدبير المطلق يمنع صحة البيع وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية (٥) .

(١) التدبير لغة : مأخوذ من ادبار الحياة ودبر كل شيء ما وراءه وهو تقيض القبل والجمع ادبار .

ويراد به : أن يعتق الرجل عبده عن دبره أى بعد موته فيقول له : أنت حر بعد موتي والعبد يقال له مدبر . راجع : لسان العرب

١٣١٧ - ١٣٢١ .

(٢) راجع : حاشية الدسوقي ٣٨٠/٤ ومغنى المحتاج ٥٠٩/٤ وبدائع

الصنائع ١١٢/٤ .

(٣) راجع : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٤) راجع : مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٠٩/٤ .

(٥) راجع : سنن الحقائق ٩٨/٣ وشرح القدوري ص ٣١٢ .

الأدلة

استدل الامام الشافعي ومن معه :

بما روى في الصحيحين عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنهما - :
« ان رجلا اعتق غلاما له عن ذبر أى ذبره ولم يكن له مال غيره فباعه
للبي - صلى الله عليه وسلم - بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه اليه »^(٦) .

فالحديث صريح فى صحة بيع العبد المدير وهذا ما نقول به من
أن التدبير لا يمنع من صحة البيع .

واستدل كذلك بالاستصحاب :

ومفاده ان البيع كان جائزا قبل التدبير فيظل على أصله من الجواز
طالما لم يتم الدليل على خلافه وهذا هو الشأن - هنا - فبقى الحكم
على الجواز بقاء لما كان عليه الحال قبل التدبير لعدم ما يصلح للتغيير
وهذا عين الاستصحاب الذى نقول به^(٧) .

ومن المعقول :

ان التدبير تعليق عتق بشرط هو الموت وهذا التعليق لا يمنع
البيع كما هو الحال فى سائر التعليقات .

هذا :

فضلا عن القياس على المدير المقيد الذى قال بجوازه الحنفية كذلك
حتى ولو اعتبرنا التدبير من الوصية فالرجوع عنها جائز وبيع الموصى به
جائز فكذا المدير يجوز بيعه قبل موت السيد^(٨) .

(٦) راجع : صحيح البخارى بحاشية السندى ٨١/٢ وصحيح مسلم

بشرح النووى ١٤١/١١ ونيل الأوطار ١٠٠/٦ .

(٧) راجع : تخريج الفروع للزنجانى ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٨) راجع : معنى المحتاج ٥٠٩/٤ والام ٥٥٠/٧ .

واستدل الحنفية :

من السنة :

بما رواه ابن عمر - رضى الله عنهما - عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « المدبر لا يباع ولا يوهب »^(٩) فهذا نص صريح فى منع بيع العبد المدبر وهذا دليل على أن التدبير يمنع من صحة البيع وهذا ما تقول به^(١٠) .

ونوقش هذا :

بأنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر الذى استدل به الشافعية وعلى فرض التسليم جدلا بتساويهما فانهما يتعارضان فيسقطان ويبقى بيع المدبر على الجواز عملا بالاستصحاب الذى قال به الشافعية .

واستدل الحنفية - كذلك - بالقياس : حيث قاس الحنفية التدبير على الاستيلاء بجامع أن كلا منهما يترتب عليه استحقاق العتق وكما أن الاستيلاء يمنع من صحة البيع فلذلك التدبير^(١١) .

واستدلوا بالمعقول :

فقالوا : ان الحرية لا بد لها من سبب ولا سبب الا قول السيد لعبده أنت حر بعد موتى فلو جعل ذلك سببا للحرية فى الحال لفات غرض السيد فى الخدمة والانتفاع ، ولو جعل السيد سببا للحرية التى لا تثبت الا بعد موت السيد لكان العبد عرضه لرجوع السيد فى تبرعه لظرف طارئ ولا بد من المحافظة على الفرضين معا فكان طريق تحقيق الفرضين

(٩) الحديث : مروى عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - وأخرجه البخارى فى باب العتق . راجع : صحيح البخارى بحاشية السندي ٨١/٢ ، ٨٢ وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١٣٧ .
(١٠) راجع : بدائع الصنائع ٤/١٢٠ والهداية وفتح القدير ٣/٤٣٤ .
(١١) راجع : تبين الحقائق ٣/٩٨ وشرح القدورى ص ٣١٢ .

هو انعقاد في الحال يمنع السيد عن بيع المدبر بعد تدييره وينال العبد
حرية بعد موت السيد (١٢) •

ونوقش هذا :

بانه لا حجة لكم في التمسك بالعقل الا في حدود ما يسمح به
الشرع الحنيف وهذا الذي تمسكتم به عقلا معارض بما قرر المشرع
من مقتضى حديث جابر الذي استند اليه الشافعية •

كما أنه لا معنى لدفعكم ضرر العبد من خوفه من رجوع السيد عن
تدييره لأن الضرر لا يزال بالضرر فضرر العبد لا يرفع باضرار السيد في
حقه في التصرف المحض في ماله بالبيع ونحوه والا كان ذلك حجرا على
المالك فيما ملك بلا سند صحيح من الشرع •

وعلى هذا : فالراجح هو أن التديير المطلق لا يمنع من بيع المدبر
وذلك لقوة أدلة الشافعية وسلامتها عن المعارضة فضلا عن تقويتها
بالاستصحاب الذي يقولون به في حين ان أدلة الحنفية لم تسلم من
المناقشة والاعتراض •

(١٢) راجع : بدائع الصنائع ٤/١٢٠ والهداية وفتح القدير ٣/٤٣٤ •

من مراجع الأصول :

- ١ - الأبهاج في شرح المنهاج : لتقى الدين على بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٧٥٦ هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، طبعة التوفيق الأدبية .
- ٢ - الاحكام في أصول الأحكام : لسيف الدين على بن علي بن محمد الأمدى المتوفى سنة ٦٢١ هـ ، طبعة صبيح ، وطبعة الرياض .
- ٣ - الاحكام في أصول الأحكام : للعلامة الحافظ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، نشر دار الآفاق .
- ٤ - ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول : للعلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، طبعة الحلبي وطبعة صبيح .
- ٥ - الأدلة المختلف فيها : للأستاذ الدكتور/محمد السعيد عبد ربه .
- ٦ - أصول البزدوى : لفخر الاسلام البزدوى بشرح كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ، طبعة دار الكتاب العربي .
- ٧ - أصول السرخسي : لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي شمس الأئمة المتوفى سنة ٤٩٠ هـ ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، طبعة بيروت ودار الكتاب العربي بالقاهرة .
- ٨ - أصول الفقه : لفضيلة الشيخ زكي الدين شعبان ، طبعة دار التأليف .
- ٩ - أصول الفقه : لفضيلة الشيخ محمد أبي زهرة ، طبعة دار الفكر العربي .
- ١٠ - أصول الفقه : لفضيلة الشيخ محمد أبي النور زهير ، طبعة دار التأليف بالقاهرة .

- ١١ - أصول الفقه : للأستاذ الدكتور/محمد زكريا البرديسي ،
 طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ١٢ - أصول الفقه : للأستاذ الدكتور/محمد مصطفى شلبي ،
 طبعة دار النهضة العربية - بيروت - لبنان .
- ١٣ - أصول الفقه : للأستاذ الدكتور/وهبة الزحيلي ، طبعة
 دار الفكر .
- ١٤ - اعلام الموقعين : للعلامة ابن القيم الجوزية شمس الدين
 المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، طبعة دار الجيل .
- ١٥ - تنقيح الفصول : للإمام شهاب الدين القرافي المتوفى
 سنة ٦٨٤ هـ ، طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٦ هـ .
- ١٦ - جمع الجوامع : للإمام ابن السبكي المتوفى سنة ٧٧١ هـ ،
 طبعة الحلبي .
- ١٧ - حاشية الأزميري : للعلامة سليمان بن عبد الله الأزميري
 المتوفى سنة ١١٠٢ هـ وهي حاشية على المرأة .
- ١٨ - حاشية البناني : للعلامة البناني وهي حاشية على جمع
 الجوامع ، طبعة الحلبي وطبعة احياء الكتب العربية .
- ١٩ - حاشية الرهاوي : للشيخ يحيى بن موسى الرهاوي المتوفى
 سنة ٧٧٤ هـ وهي حاشية على المنار وشرحه .
- ٢٠ - روضة الناظر وجنة المناظر : للعلامة ابن قدامة الحنبلي
 بتحقيق الدكتور/عبد العزيز السعيد .
- ٢١ - شرح تنقيح الفصول : للإمام القرافي ، طبعة دار الفكر بمصر .
- ٢٢ - شرح الجلال المعلى : للعلامة الجلال المحلي محمد بن أحمد
 ابن ابراهيم الشافعي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ بحاشية البناني وتقرير الشرييني
 على جمع الجوامع .

- ٢٣ - شرح العضد : للعلامة عضد الدين الأيجي المتوفى سنة ٧٥٦ هـ وهو شرح على مختصر ابن الحاجب ، طبعة المكتبات الأزهرية •
- ٢٤ - كشف الأسرار : لعلاء الدين عبد العزيز البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ ، طبعة دار السعادة بمصر •
- ٢٥ - المستصفي : لحجة الاسلام أبي حامد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ، المطبعة الأميرية •
- ٢٦ - المعتمد : لأبي الحسين البصرى المعتزلى المتوفى سنة ٤٣٦ هـ ، طبعة دمشق سنة ١٩٦٥ م •
- ٢٧ - نهاية السؤل : شرح المنهاج للعلامة جمال الدين الأسنوى ، طبعة صبيح •
- ومن كتب الفقه :
- ١ - الأم : للامام الشافعى القرشى محمد بن ادريس المتوفى سنة ٢٠٥ هـ ، طبع دار الشعب بمصر •
- ٢ - بدائع الصنائع : للامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى ، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت •
- ٣ - بداية المجتهد : للشيخ أبى الوليد بن رشد القرطبى ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية •
- ٤ - حاشية الدسوقى : للشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدرديرى ، طبعة الحلبي •
- ٥ - المجموع : للامام النووى : أبى زكريا محبى الدين المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، طبعة سنة ١٣٥٢ هـ •
- ٦ - المغنى : لابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ، مطبعة الرياض الحديثة •
- ٧ - مغنى المحتاج : وهو شرح المنهاج للخطيب الشريينى الشافعى على منهاج الطالبين ، طبعة الحلبي •

٨ - المهذب : لأبي اسحاق ابراهيم بن محمد الشيرازى المتوفى
سنة ٤٧٦ هـ ، طبعة الحلبي •

٩ - الهداية : للعلامة أبى الحسن المرغينابى المتوفى سنة ٩٥٣ هـ ،
طبعة الحلبي •

ومن كتب الحديث :

١ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام : للعلامة ابن حجر أحمد بن على
العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٦ هـ ، طبعة السلفية سنة ١٣٤٧ هـ •

٢ - سنن ابن ماجة : للعلامة محمد بن يزيد القزوينى المتوفى
سنة ٢٧٣ هـ ، طبعة عيسى الحلبي والمطبعة العلمية سنة ١٣١٣ هـ •

٣ - السنن الكبرى : للعلامة أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى
سنة ٢٧٩ هـ ، طبعة حيدرآباد بالهند سنة ١٣٤٢ هـ •

٤ - سنن الترمذى : للعلامة محمد بن عيسى الترمذى المتوفى
سنة ٢٧٩ هـ ، طبعة المطبعة الأميرية بولاق سنة ١٢٩٦ هـ •

٥ - سنن النسائى : للإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب
المتوفى سنة ٣٠٣ هـ ، طبعة المطبعة المصرية بالأزهر •

٦ - صحيح البخارى : للإمام محمد بن اسماعيل المتوفى سنة
٢٥٦ هـ ، طبعة بولاق سنة ١٣١٤ هـ •

٧ - صحيح مسلم : للإمام مسلم بن الحجاج القشيري المتوفى
سنة ٢٦١ هـ ، طبعة عيسى الحلبي •

٨ - فتح البارى بشرح صحيح البخارى : للإمام الخافظ ابن حجر
العسقلانى ، المطبعة الخيرية سنة ١٣١٩ هـ •

٩ - كشف الخفاء : للعلامة اسماعيل بن محمد جراح العجلونى
المتوفى سنة ١١٦٢ هـ ، طبعة القدس سنة ١٣٥١ هـ •

١٠ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للعلامة نور الدين بن على
أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ .

١١ - معالم السنن : للعلامة أبى سليمان أحمد بن محمود الخطابى
المتوفى سنة ٣٨٨ هـ ، المطبعة العلمية سنة ١٣٥١ هـ .

ومن كتب اللغة :

١ - تاج العرس : للزبيدى : محمد مرتضى الحسينى المتوفى
سنة ١٢٠٥ هـ ، المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٠٧ هـ .

٢ - الصحاح : للجوهرى : اسماعيل بن حماد المتوفى سنة ٣٩٣ هـ -
تحقيق عبد الغفور العطار .

٣ - لسان العربى : لابن منظور : أبى الفضل جمال الدين محمد
ابن مكرم المتوفى سنة ٧١١ هـ ، المطبعة الأميرية بولاق سنة ١٣٠٢ هـ .

٤ - المصباح المنير : لأحمد بن محمد بن على الفيومى المتوفى
سنة ٧٧٠ هـ .

٥ - القاموس المحيط : لمجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازى
المتوفى سنة ٨١٧ هـ .

