

بسم الله الرحمن الرحيم

الاستصحاب عند الأصوليين

وائره في الفقه الاسلامي

د/ على حسين على عبد النبي

المدرس بقسم أصول الفقه

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم حمدا كثيرا علي ما أوليتنا من نعم، ونصلي ونسلم تسليمًا كثيرا علي رسلك المصطفين الأخيار، ونخص رسولنا ومصطفانا محمد بن عبد الله خاتم المرسلين المبعوث رحمة للعالمين بيزيد من الصلاة والتسليم صل اللهم وسلم عليه وعلي آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلي يوم الدين.

وبعد: فقد قامت شريعة الاسلام علي قواعد مضبوطة مرنة قابلة للتطبيق في كل حين مهما اختلفت الأزمان، وتنوعت البيئات، طبقتها الفقهاء باجتهادهم علي ما جد في أزمانهم من أحداث، ولم تقف بهم عند هذا الحد، بل طاعتهم إلي عالم الفرض والتقدير، ففرضوا المسائل وقدروا لها الأحكام علي ضوء تلك القواعد، فتجمع لنا من خلال ذلك تراثنا هائلا لا يعد له أي تراث تشويهي آخر، وهو - بحمد الله - لا يزال وسيظل صالحا للتطبيق إلي أن تقوم الساعة رغم طعن الطاغية وافتراء الحاقدين الذين رموه بالجمود وعدم التطور مرة، وأنه غير مستقل بذاته مرة أخرى، قد كشف لنا الزمن أمرهم، وأهان لنا حقيقتهم ومكرهم بأنهم إما حاقد عليه أو جاهل به، ولن يفلحوا في معارلاتهم مهما بذلوا «إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون» (١)، «وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون» (٢).

ولا شك أن مستقي هذا التراث الهائل منه ما هو متفق علي حجيته كالكتاب والسنة عند كافة العلماء والاجماع والقياس عند الجمهور، ومنه ما هو مختلف في حجيته كالاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسله وقول الصحابي وشرع من قبلنا وغير ذلك.

ومن هنا: فإن البحث في هذا النوع (المختلف في حجيته)، له أهمية قصوي لتوقف علي حقيقة الأمر، ولما فيه من التيسير علي المكلفين خاصة إذا لم يجد الاجتهاد حكما للواقعة المعروضة في الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس، مع

(١) الآية رقم ٩ من سورة الحجر.
(٢) الآية رقم ٢٣٧ من سورة الشعراء.

المقدمة الإسلامية وصحة البرهان

أولاً: المجالات: أ- البرهان المنطقي

١- الوجوه

٢- بيان النظرية

٣- الشباب الأبيض

٤- نظرية الأركان

المقدمة الإسلامية وصحة البرهان

أولاً: مشكلة التلويح

ثانياً: مشكلة التصدير

ثالثاً: مشكلة التلويح

المبحث الخامس: صياغة البرهان عند الأصوليين

١- قطع الأشجار

٢- تخریق النمل

٣- قتل البواب

٤- تطهير الأبار

٥- الأمن والبيئة

إشادات

ملحق المراجع

الفهرس

تشعب وتعدد الوقائع في كل زمن وكل عصر.

لهذا كان لا بد من البحث والدراسة المستفيضة لهذا النوع من الأدلة حتى يمكن الوقوف على حجيتها وتطبيقها علي ما يجد من وقائع.

وقد اخترت دليلاً من الأدلة المختلف في حجيتها وهو: «الاستصحاب»، ليكون محلاً لهذا البحث، لما لهذا الدليل من أهمية عظمي في إيجاد الحكم الشرعي لكثير من الوقائع مما يؤكد علي مرونة الشريعة وشمولها لكل ما يستجد من الوقائع والحوادث إلي أن يرث الله الأرض ومن عليها.

مقدمة

في أهمية الاستصحاب ومدى الحاجة إليه

لأنك أنه يشترط في المجتهد أن يعرف أدلة الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ويعرف التكليف بها أي أن يعرف أنها أدلة شرعية يجب التمسك بها في نظر العامة، ويشترط أيضاً في المقابل أن يعرف أن العدم الأصلي أي استصحابه حجة تربية يجب التمسك به في براءة الذمة من التكليف، فليس التكليف بنفس الدليل العقلي كما هو ظاهر الشرط المذكور (وهو أن استصحاب العدم الأصلي حجة شرعية) ولا هو بالتمسك به، ولا معني للتمسك به إلا استصحابه في النازلة التي يطلب حكمها، فهو الحجة والدليل الذي يعمل بمقتضاه إلي أن يصرف عنه دليل شرعي من أدلة العترة، وحينئذ يكون هذا الدليل العقلي، وهو أن العدم الأصلي حجة عند فقد أدلة العترة كالدليل السمعي موضع نظر المجتهد، ولكن لا ليثبت به حكماً تكليفياً لم يكن صادراً عن دليل من الأدلة المعتمدة، ولا لينفي حكماً كان عند، وإنما التمسك به يكون لبرائة الذمة من التكليف وعدم شغلها بشيء. بناء علي هذه القاعدة.

ولذلك قال العلماء: «إن الاستصحاب آخر مدار الفتوي فإن المفتي إذا ٣١٨ مثل من حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والاثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته»^(١)، ومعني هذا أن الاستصحاب هو آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له من مسائل، وهو الحكم علي الشيء بما كان ثابتاً له مادام لم يتم دليل بغيره.

والواضح أن هذا طريق في الاستدلال قد فطر عليه الناس، وساروا عليه في جميع تصرفاتهم وأحكامهم، فمن عرف إنساناً حياً حكم بحياته، ونهى تصرفاته علي

١ البحر المحيط للتركشي ١٤/٨، ارشاد الفحول من ٢٠٨، بلوغ السؤل في مدخل علم الأصول للشيخ حسين مطرف من ١٦٥.

بقاء هذه الحياة حتي يقوم الدليل علي وفاته، ومن عرف أن فلاته زوجة فلان شهد بالزوجية مادام لم يقم له دليل علي انتهائها، وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتي يقوم الدليل علي عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتي يقوم الدليل علي وجوده (١).

ومن هنا تتضح أهمية الاستصحاب ومدى الحاجة اليه في كونه كاشفا عن بقاء الحكم السابق (وجودا أو عدما) الثابت بدليله عندما يغلب علي ظن المجتهد عدم وجود المغير له، ولذلك فإن عناية علماء الأصول بهذا الدليل وافراة بالبحث لمعرفة مواضع اعتباره ومواضع الخلاف فيه لدليل كاف وشهادة واضحة علي أهمية هذا الدليل واعتباره حجة في استدامة إثبات الأحكام أو نفيها، كما أن في الأخذ به إثراء الفقه الإسلامي لكثرة الفروع الفقهية والمتشعبة علي الأخذ به وما بني عليه من مسائل وقواعد فقهية تلقاها العلماء بالقبول كما سنوضحه فيما بعد إن شاء الله.

فالاستصحاب يجعل الفقهاء في سعة، ويخلصهم من مواقف الحيرة، ويفتح لهم طرقا يصدرن بها الفتوي في يسر، وينفذون منها إلي الفصل في القضاء في سرعة، فضلا عما فيه من الدلالة علي سماحة الإسلام ومرونته، وأنه لا يقف بالناس عند نصوص معينة لا يتجاوزونها، وأنه دين الفطرة الذي لا يشعر المستظلمون بلوانه بخرج فيما شرع لهم من أحكام (٢).

ومن أجل إظهار الأهمية البالغة لهذا الدليل (الاستصحاب) ومدى تأثيره في الحكم علي المسائل المختلفة بين الناس، اهتم العلماء والباحثين بدراسته والكشف عن حقائقه ومبادئه، وذلك بتوضيح معالمه وبيان هويته، وإليك بعض ما قاله العلماء في هذا الشأن.

(١) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٦٢.

(٢) أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ٢٠٥.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الله القرطبي، من كبار المفسرين نشأ بقرطبة ثم رحل إلي الشرق واستقر بمينة ابن خضيب بمصر وتوفي بها سنة (٦٧١هـ).
(شذرات الذهب ٣٣٥/٥ - ومعجم المؤلفين ٢٣٩/٨).

يقول القرطبي (٣): «القول بالاستصحاب لازم لكل أحد، لأنه أصل تنبني عليه النبوة والشرعة، فإنا إن لم نقل باستمرار تلك الأدلة لم يحصل العلم بشيء من تلك الأمور» (١).

ويقول الأمدي (٢): «إن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه، وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم حتي إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا قبل ذلك بمدد متطاولة وانفاذ الودائع إليه، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين علي من أقر به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل بقاء ما كان علي ما كان لما ساغ لهم ذلك» (٣).

ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: «والحق أن استصحاب الحكم الذي دل عليه دليل واعتباره قائما إلي أن يطرأ دليل آخر يقتضي خلافه هو ما تقتضي به الفطرة السليمة، وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم، وكل نص شرعي دل علي حكم يعتبر حكمه قائما إلي أن يطرأ ما ينسخه، وكل عقد أو تصرف ترتب عليه حكم يظل ثابتا إلي أن يطرأ ما يغيره» (٤).

وأخيراً أختتم الكلام عن الحديث عن أهمية الاستصحاب والحاجة إليه بما قاله الإمام الرازي (٥) في هذا الشأن حيث قال ما نصه:

«واعلم أن القول باستصحاب الحال أمر لا بد منه في الدين والشرع والعرف».

«والأفي الدين: فلأنه لا يتم الدين إلا بالاعتراف بالنبوة ولا سبيل إليه إلا

(١) البحر المحيط للزركشي ٢٤/٨.

(٢) هو: أبو الحسن علي بن أبي علي محمد بن سالم التعلبي الأمدي، أصولي باحث، صنف في شتى العلوم، فحسد به بعض الناس ونسبوه إلي فساد العقيدة، من مؤلفاته الأحكام في أصول الفقه، توفي سنة ٦٣١ هـ (طبقات الشافعية ٣٠٦/٨ البداية والنهاية ١٣/١٤٠).

(٣) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ١٧٣/٤.

(٤) علم أصول الفقه للشيخ خلاف ص ٩١ - ٩٢.

(٥) هو: الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن القرشي الطبري الأصل الرازي المولد من تصانيفه المعصوم والمعالم في أصول الفقه وغيرهما - توفي سنة ٦٠٦ هـ.

(معجم المؤلفين ٧٩/١١).

بواسطة المعجزة، ولا معني للمعجزة إلا بفعل خارق للعادة، ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا عند تقرر العادة، ولا معني للعادة إلا أن العلم بوقوعه علي وجه مخصص في الحال يقتضي اعتقاد أنه لو وقع لما وقع إلا علي ذلك الوجه، وهذا عين الاستصحاب.

ثانياً في الشرع: فلأنا إذا عرفنا أن المشرع تعبدنا بالاجماع أو القياس أو بحكم من الأحكام فلا يمكننا العمل به إلا إذا علمنا أو ظننا عدم طريان الناسخ.

فإن علمنا ذلك بلفظ آخر افتقرنا فيه إلي اعتقاد عدم النسخ - أيضاً - فإن كان ذلك بلفظ آخر تسلسل الي غير النهاية وهو محال، فلا بد وأن ينتهي آخر الأمر إلي التمسك بالاستصحاب، وهو أن علمنا بثبوتها في الحال يقتضي ظن وجوده في الزمان الثاني.

وأيضاً: فالفقهاء بأسرهم علي كثرة اختلافهم اتفقوا علي أن متي تبيننا حصول شيء وشككنا في حدوث المزيل أخذنا بالمتيقن، وهذا عين الاستصحاب، لأنهم رجحوا بقاء الباقي علي حدوث الحادث.

ثالثاً في العرف: فلأن من خرج من داره وترك أولاده فيها علي حالة مخصصة كان اعتقاده لبقائهم علي تلك الحالة التي تركهم عليها راجحاً علي اعتقاده لتغير تلك الحالة، ومن غاب عن بلده فإنه يكتب إلي أحبائه وأصدقائه عادة في الأمور التي كانت موجودة حال حضوره، وما ذاك إلا لأن اعتقاده في بقاء تلك الأمور راجح علي اعتقاده تغيرها بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح العالم ومعاملات الخلق مبني علي القول بالاستصحاب^(١).

وبعد أن اتضحت لنا أهمية الاستصحاب باعتباره دليلاً من الأدلة الشرعية علي النحو السابق، وكنت قد عقدت العزم علي أن أكتب بحثاً في أصول الفقه فهديني الله - سبحانه وتعالى - أن أكتب في «الاستصحاب عند الأصوليين وأثره في الفقه الإسلامي»

وسوف أعالج هذا الموضوع - بعون الله وتوفيقه - في خمسة فصول:

الفصل الأول: في تعريف الاستصحاب ويشتمل علي تمهيد وأربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الاستصحاب في اللغة

المبحث الثاني: في تعريف الاستصحاب في الاصطلاح.

المبحث الثالث: في المقارنة بين التعاريف الواردة في الاستصحاب.

المبحث الرابع: في ذكر أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب.

الفصل الثاني: في أنواع الاستصحاب وصوره ويشتمل علي تمهيد وتقسيم ومبحثين:

المبحث الأول: في استصحاب الحال الأصلي ويشتمل علي خمسة مطالب:

المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي.

المطلب الثاني: استصحاب ما دل العقل أو الشرع علي ثبوته ودوامه لوجود

سببه.

المطلب الثالث: استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتي يثبت خلافه.

المطلب الرابع: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض.

المطلب الخامس: استصحاب الحكم الثابت بالاجماع في محل الخلاف.

المبحث الثاني: في الاستصحاب المقلوب.

الفصل الثالث: في أقوال العلماء ومذاهبهم في حجية الاستصحاب، ويشتمل هذا

الفصل علي أربعة مباحث:

المبحث الأول: في موقع الاستصحاب بين الأدلة الأخرى.

المبحث الثاني: في تحرير محل النزاع في حجية الاستصحاب.

المبحث الثالث: أقوال ومذاهب العلماء في حجية الاستصحاب

المبحث الرابع: أدلة المذاهب والترجيح بينها ويتضمن هذا المبحث خمسة مطالب:

المطلب الأول: أدلة المذهب الأول.

المطلب الثاني: أدلة المذهب الثاني.

المطلب الثالث: أدلة المذهب الثالث.

المطلب الرابع: أدلة المذهب الرابع.

المطلب الخامس: الترجيح.

ثم عرجت علي هذا الفصل بخاتمة في كون الاستصحاب لا يثبت حكما جديدا.

الفصل الرابع: أثر استصحاب الحال في فروع الفقه الإسلامي.

قد يتضمن هذا الفصل عشر مباحث:

المبحث الأول: في الصلح علي الانتكار.

المبحث الثاني: في ميراث المفقود.

المبحث الثالث: مطالبة الشفيع بالبيننة علي ثبوت الملك.

المبحث الرابع: حكم الوضوء مما يخرج من الجسد من غير السبيلين.

المبحث الخامس: الطلاق الواقع بالإيلاء.

المبحث السادس: الإفطار استنادا إلي الشك في غروب الشمس.

المبحث السابع: التسحر استنادا إلي الشك في طلوع الفجر.

المبحث الثامن: أكل الصيد المعلم من فريسته.

المبحث التاسع: نكول المدعي عليه عن اليمين.

المبحث العاشر: الجناية علي الشعور الخمسة.

الفصل الخامس: القواعد الفقهية المبينة علي الاستصحاب.

ثم انهيت البحث ببيان لأهم المراجع التي اعتمدت عليها، ثم قمت بعمل فهرس عام للموضوعات التي تناولها البحث، والله أسأل أن يتقبل عملي هذا وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به إن شاء الله إنه سميع مجيب.

المباحث

د/ علي حسين علي عبد الله

الفصل الأول

في تعريف الاستصحاب

لهيود:

يعتبر الاستصحاب من الأدلة المختلف فيها والمقبولة منها حيث ذكر الإمام البيضاوي ذلك في الكتاب الخامس فقال: «الكتاب الخامس في دلائل اختلاف فيها وفيه بابان الأول في المقبولة منها وهي ستة: الأول: الأصل في المنافع الإباحة... الثاني الاستصحاب حجة خلافا للحنفية والمتكلمين^(١)....»

وسن أتناول في هذا الفصل أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الاستصحاب في اللغة.

المبحث الثاني: في تعريف الاستصحاب في الاصطلاح.

المبحث الثالث: في المقارنتين التعريف الواردة في الاستصحاب.

المبحث الرابع: في أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب.

المبحث الأول

أول تعريف الاستصحاب لغة:

الاستصحاب في اللغة مأخوذ من المصاحبة، وهي الملازمة وعدم المفارقة، يقال: استصحبه وصحبه لازمه، واستصحب الكتاب حملته صحبتي، واستصحب الحال إذا سكت بما كان ثابتا كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة وغير مفارقة وكل شيء لازم لثابتا فقد استصحبه، والسين والتاء فيه للطلب^(٢).

وفي التعريفات: الاستصحاب: عبارة عن إبقاء ما كان لانعدام المغير، أو هو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء علي الزمان الأول^(٣).

(١) معراج المنهاج ٢٢١/٢ وما بعدها.

(٢) الصحاح المنير ٤٥٤/١، مختار الصحاح ص ٣٥٦، المعجم الوسيط ٥٥٦/١ مادة صحب.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ١٧.

وسمي هذا النوع بالاستصحاب: لأن المستدل يجعل الحكم الثابت في الماضي مصاحبا للحال أو يجعل الحال مصاحبا لذلك الحكم، فالمستدل يستصحب الحكم الثابت للمحل في الزمن الماضي ويجعله ثابتا للمحل في الزمن الحاضر لزمن استدلاله^(١).

المبحث الثاني

ثانياً: تعريف الاستصحاب في الاصطلاح.

اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاستصحاب وتنوعت بشأن وضع تعريف واضح ومحدد للاستصحاب باعتباره دليلاً من أدلة الشرع المقبولة، واليك بعضاً من هذه التعريفات:

١- عرفه الإمام الغزالي^(٢) بأنه: عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي وليس راجعاً إلي عدم العلم بالدليل بل إلي دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب^(٣).

٢- وعرفه ابن جزى الغرناطي المالكي^(٤) بأنه: بقاء الأمر والحال والاستقبال علي ما كان عليه في الماضي وهو معني قولهم: الأصل بقاء ما كان علي ما كان حتي يدل الدليل علي خلاف ذلك^(٥).

وقريب منه ما ذكره الإمام الزركشي^(٦) في البحر حيث قال ما نصه «استصحاب

(١) كشف الأسرار علي أصول البيزدوي ٣/٣٧٧، أصول الفقه للشيخ زكريا البرديسي ص ٣٣٤.

(٢) هو: محمد بن محمد الغزالي الطوسي الشافعي حجة الإسلام أبو حامد المولود سنة ٤٥٠ هـ له مؤلفات عديدة في الفقه والأصول في شتى العلوم منها: المستصفي والمنحول في الأصول والوسيط في اللغة وأحياء علوم الدين وغيرها كثير توفي سنة ٥٠٥ هـ.

(٣) المستصفي ١/٢٢٣، معجم المؤلفين ١١/٢٦٦.

(٤) هو: محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، كتبه أبو القاسم، ولد سنة ٦٩٣ هـ ونشأ بقرطبة على العلم، وأخذ عن كبار العلماء له مؤلفات كثيرة منها: تقريب الوصول إلي علم الأصول والأثر السنية في الكلمات السنية وغيرها كثير توفي سنة (٧٤١ هـ) شهيد في موقعة طريف، انظر التلخيص المبين ٢/١٥٤.

(٥) تقريب الوصول إلي علم الأصول ص ١٤٦.

(٦) هو العلامة محمد بن بهادر عبد الله التركي الأصل، الشيخ بدر الدين الزركشي المولود سنة ١١٤٥ هـ.

الحال لأمر وجودي أو عدمي، عقلي أو شرعي، ومعناه أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، وهو معني قولهم: الأصل بقاء ما كان علي ما كان حتي يوجد المزيل^(١).

٣- وعرفه صاحب كتاب طلعت الشمس بأنه: عبارة عن إبقاء ما كان علي أصوله التي كان عليها من وجود أو عدم أو نحو ذلك ما لم يرد دليل ينقله عن حكم أصله إلي حكم آخر فنقول: الأصل إبقاء ما نفاه العقل كوجوب صوم رجب علي حاله الأول حتي يقوم الدليل بوجوب صيامه، وكذا نقول: إن الأصل إبقاء العموم علي عمومه وإبقاء النص علي حاله حتي يرد المخصص للعموم أو الناسخ للمنصوص، وهكذا في كل شيء علم وجوده أو نفيه من شرع أو عقل أو حسن، فإن الأصل بقاءه علي حاله الذي علم عليه حتي يقوم الدليل علي انتقاله^(٢).

٤- وعرفه الامام البخاري^(٣): بعدة تعريفات أذكر منها: الاستصحاب هو: التمسك بالحكم الثابت في حال البقاء لعدم الدليل المغير، وقال هو: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء علي أنه كان ثابتاً في الزمان الأول.

وقال: هو عبارة عن الحكم ببقاء حكم ثابت بدليل غير متعرض لبقائه ولا لزواله محتمل للزوال بدليله لكنه التمس عليه حاله.

وقال: هو الحكم ببقاء الحكم الثابت للجهل بالدليل المغير لا للعلم بالدليل المبني، ثم قال الامام البخاري عقب ذكره هذه التعريفات: «وهذه العبارات تؤدي معني واحداً في التحقيق^(٤)، وهو جعل الحكم الثابت في الزمن الأول مصاحباً للزمن الثاني مادام لم يقم ما يغيره.

== تولى القضاء بالشام/ عني بالفقه والأصول، له مؤلفات عديدة منها: البحر المحيط في الأصول توفي سنة ٧٩٤ هـ بالقاهرة (شذرات الذهب ٦/٣٣٥، والفتح المبين ٢/٢١٧).

(١) البحر المحيط ٨/١٣.

(٢) شرح طلعت الشمس للشيخ أبي محمد عبد الله بن حميد السامي ٢/١٧٩.

(٣) هو: عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الفقيه الحنفي الأصولي المعروف بعلاء الدين من تصانيفه: التحقيق علي المنتخب وشرح أصول البيزدوي المسمى (كشف الأسرار) وغير ذلك توفي سنة ٧٣٠ هـ.

(٤) الفرائد البهية ١/٩٤ - معجم المؤلفين ٥/٢٤٢.

(٥) كشف الأسرار علي أصول البيزدوي ٣/٣٧٧.

المبحث الثالث

مقارنة بين التعاريف السابقة للاستصحاب

أقول باديء ذي بدء: إن الناظر في التعريفات السابقة جميعها يجد أنه لا وجه للمقارنة بينها، فهي تدور في فلك واحد، وحول معني واحد وهو: أن الحكم الثابت في الماضي يحكم باستمراره حتى يقوم دليل علي ذهابه، والحكم باستمرار عدم مالم يثبت وجوده حتى يقوم دليل علي وجوده.

ومعني ذلك: أن العلم بكون الشيء معدوماً أو موجوداً يقتضي ظن بقاءه علي تلك الحالة في الماضي والمستقبل، فما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل مالم يوجد ما يغيره، فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى ولم يظن عدمه وكل ما كان فيما مضى ولم يظن عدمه، فهو مظنون البقاء^(١).

فكل أمر علم وجوده ثم حصل الشك في عدمه حكم ببقائه بطريق الاستصحاب لذلك الوجود حتى يقوم دليل علي تغيير الحال.

وكل أمر علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده حكم باستمرار عدمه بطريق الانصاح لذلك العدم إلي أن يقوم دليل علي تغيير الحال^(٢).

ولكن يلاحظ أنه رغم التعدد والتشعب في عبارات الأصوليين في تعريف الاستصحاب وأنها تؤدي في النهاية إلي معني متقارب، فإن من يدقق النظر في بعض التعريفات يجد أنه قد أدخل شرطاً في التعريف وهو البحث عن الدليل المزيل أو المغير للإمام الغزالي، ويعتبر هذا الشرط الذي ذكره من ضروريات الكشف عن ماهية الاستصحاب، لأنه ليس مجرد سحب حكم سابق وإعطائه للمحل في زمن حال - مطلقاً - استصحاباً، بل إذا لم يوجد ما يغيره يقينا أو ظناً، وذلك بعد البحث التحري واستفراغ الوسع في الطلب للوقوف علي ما يصلح للتغيير، فإن لم يوجد تغير فلا مانع من إعطاء ذلك الحكم في الزمن الحال.

(١) البحر المحيط للزركشي ١٣/٨، إرشاد الفحول للشركاني ص ٢٠٨.

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٣٤.

٥- وعرفه من العلماء المحدثين الشيخ خلاف بأنه: الحكم علي الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتي يقوم دليل علي تغيير تلك الحال، أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتي يقوم دليل علي تغييره^(١).

وعرفه الشيخ زكريا البرديسي بأنه: جعل الحكم الثابت في الزمان الماضي مستمراً إلي الزمان الحاضر حتي يقوم الدليل علي التغيير، فهو إبقاء ما كان علي ما كان عليه^(٢).

وأخيراً قال الشيخ الخضري يطلق لفظ الاستصحاب علي ثلاث معان^(٣):

الأول: استصحاب حكم العقل بالبراهة الأصلية قبل الشرع.

الثاني: استصحاب العموم إلي أن يرد تخصيص، واستصحاب النص إلي أن يرد نسخ.

الثالث: استصحاب حكم دل الشرع علي ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان العنف الذي يوجبه، وكشفل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام.

ويلاحظ علي هذا التعريف الأخير ذكره لأنواع الاستصحاب، وليس تعريفاً للاستصحاب الشرعي بالمعني الاصطلاحي وهذا ما جعل الإمام الخضري يقول في نهاية حديثه عن الاستصحاب فهو في الحقيقة مردود إلي ما به ثبت الأصل باستمراره وليس راجعاً إلي عدم العلم بالدليل، بل إلي دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب^(٤).

(١) علم أصول الفقه للشيخ خلاف ص ٩١.

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٣٤.

(٣) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ص ٣٥٦.

(٤) هذا ويوجد تعاريف أخرى كثيرة للاستصحاب لا تخرج في مضمونها وعباراتها عن التعاريف المذكورة، فلا داعي للتطوير والتكرار.

- وأيضاً - فإن من يدقق النظر في تعريف الزركشي يجد أنه عبارته شاملة للإثبات والنفي وذلك لأن الاستصحاب كما يكون في الإثبات يكون في النفي، وكما يكون لحكم عقلي يكون كذلك لحكم شرعي، ولكن لا بد من ضرورة الوقوف على ما لم يصلح لتغيير الحكم.

وأيضاً - فإنه - يلاحظ علي تعريف الشيخ الخضري ذكره لأنواع الاستصحاب كما سبق، وبالرغم من ذلك فإنه لا يوجد فرق كبير بين هذه التعاريف وغيرها، فإن من حذف مثل هذا الشرط ولم يذكره عمم القول في عبارته بما يتسع لكل ما اشترطه غيره وذلك كبقية التعاريف.

وخلاصة القول: إنه إذا ثبت حكم في الزمن الماضي، ولم يطرأ ما ينفيه، فإنه يحكم ببقائه في الحال بناء على ذلك الثبوت السابق.

وكذلك إذا ثبت نفي شيء في الزمن الماضي، ولم يطرأ ما يشبته، فإنه يحكم باستمرار نفيه في الحال بناء على حاله في الزمن الأول.

المبحث الرابع

أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب

ذكرت أن الاستصحاب كما يكون في الإثبات يكون في النفي، وكما يكون لحكم عقلي يكون كذلك لحكم شرعي، وإليك بعض الأمثلة التي توضح ذلك:

أولاً: مثال الاستصحاب في الإثبات:

أ- استدلال الشافعية على أن الشيء الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء ولا يبطل الصلاة، استصحاباً لما قبل الخروج بأن الشخص قد كان متوضئاً قبل خروج هذا الخارج، فيبقي على ما كان عليه من الطهارة بعد خروجه، فلم يطرأ عليه ما يوجب نقض الوضوء، لأن الموجب لنقض الوضوء هو الخارج من السبيلين، فيبقي ما كان على ما كان عليه قبل الخروج، استصحاباً للحال التي كان عليها، إذ ليس هناك دليل على تغيير الحال^(١).

(١) نهاية السؤل للسؤل ١٣١/٣ مختصر المنتهي مع شرح العبد ٢٨٥/٢.

(ب)- إذا تزوج شخص فتاة علي أنها بكر، ثم ادعى بعد الدخول بها أنه وردها ثيباً لم تقبل دعواه إلا ببينه، لأن البكارة صفة أصلية ثابتة من حين نشأتها، نستصحب إلي حين الدخول حتى تقوم البينة على عدمها.

(ج)- لو اشتري شخص شيئاً بشرط سلامته من العيب، فجاء ليرده واختلف مع البائع في وجود العيب عند البائع وعدم وجوده، فالقول قول البائع لتمسكه بالصفة الأصلية وهي السلامة، وعلي المشتري الإثبات.

(د)- لو ثبتت الملكية في عين بدليل يدل على حدوثها كسواء أو ميراث أو هبة أو وصية، فإنها تستمر حتى يوجد دليل يدل على نقل الملكية للغير، ولا يكفي احتمال البيع^(١).

ثانياً: مثال الاستصحاب في النفي:

(أ) من الأمور المسلم بها أن السمع دل على خمس صلوات، فتبقي السادسة غير واجبة لا بالتصريح من الشارع بنفيها، فإن لفظه قاصر على إيجاب الخمسة، لكن كان وجوبها منتفياً إذ لا مثبت للوجوب، فيبقي على النفي الأصلي.

وكذا إذا أوجب الشارع صوم شهر رمضان فقط بقي صوم شهر شوال على النفي الأصلي وإذا أوجب الزكاة على القادر الذي يملك النصاب، بقي غير القادر على ما كان عليه من النفي الأصلي^(٢)، وهكذا.

(ب)- إذا اشتري إنسان حيواناً على أنه يحسن الصيادة، ثم ادعى أنه وجد غير متعلم لها قبلت دعواه هذه إلا إذا قامت البينة على خلافها، لأن الأصل في الحيوان عدم معرفة الصيادة، حتى يدرب عليها، فإذا حصل النزاع فيها استصحب الأصل حتى يقوم الدليل على ثبوتها.

(١) أصول الفقه للشيخ زكريا البرديسي ص ٢٣٤، أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ١٩٩، بحوث في الأدلة المختلف فيها لاساتذنا الدكتور/ محمد السعيد عبد ربه ص ٦.

(٢) المستصحب للقرظي ٣١٧/١، البحر المحيط ١٨/٨، روضة الناظر وشرحها ٣٨٩/١.

(ج) - إذا كان لشخص شريك في التجارة وكان هو القائم بشئونها، فادعي أن المال لم ينتج عنه ربح، قبلت دعواه استصحاباً للأصل الذي هو عدم الربح إلا أن يثبت الربح ببينة.

(د) - إذا استأجر إنسان آخر للبناء ثم ادعي المؤجر أن المستأجر لا يحسن البناء قبلت دعواه، لأن الأصل في الإنسان أنه لا يحسن البناء حتى يتعلمه، فإذا حصل نزاع علي ذلك حكم بعدم معرفة البناء استصحاباً للأصل إلا إذا أقام العامل بينة تثبت إجادته للبناء^(١)، والأمثلة علي ذلك كثيرة.

ثالثاً: مثال استصحاب الحكم العقلي:

وذلك كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات حتى يقوم دليل شرعي علي التغيير، فإذا ادعي شخص علي أخذ ديناً، فعليه إقامة الدليل علي أن ذمة المدين مشغولة بهذا الدين، فإذا لم يستطع إثباته كانت ذمة المدعي عليه بريئة، لأن الأصل براءة الذمة حتى يثبت خلاف ذلك.

ويلاحظ أن هذا النوع مجرد حكم عقلي^(٢) يدل علي بقاء الأشياء علي ما كانت عليه حتى يرد دليل الشرع.

قال ابن كج: ^(٣): «إنه صحيح لا يختلف أهل العلم فيه، لأنه قد ثبت عندنا أن حجة العقل دليل، فإذا لم نجد سمعنا علمنا أن الله لا يهملنا، وأنه أراد بنا ما في العقل فصرنا إليه»^(٤).

(١) أصول الفقه للشيخ زكريا البرديسي ص ٢٣٤، أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ١٩٩، بحث في الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور/ محمد السعيد عبد ربه ص ٧.

(٢) وإنما كان هذا النوع مجرد حكم عقلي خلافاً للمعتزلة الذين يرون أن العقل حكم وفي بعض الآتياء أن يرد الدليل السمعي - وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات، البحر المحيط ١٩/٨.

(٣) هو: القاضي أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كج - والكج في اللغة: اسم للجص وهو لفظ فارسي يعرب - أحد أركان المذهب الشافعي، وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب مات مقتولاً سنة (١٠١٠هـ).

(٤) البحر المحيط للزركشي ١٨/٨.

أبعاً: مثال استصحاب الحكم الشرعي:

(أ) - لو أسلم إليه في لحم، فأتاه المسلم إليه بلحم، فقال المسلم هو لحم ميتة، أو ذكاة مجوسي، فالقول قول القابض، لأن الأصل تحريم ذلك، فإن الحيوان إن كان محرماً بقي التحريم ما لم يعلم زواله.

(ب) - لو اشتري صاعاً من ماء يثر فيه قلتان^(١)، ثم قال المشتري أردته بالعيب فإن فأرة وقعت فيها، فالقول قول الدافع وهو البائع، لأن الأصل طهارة الماء.

(ج) - وكذلك استصحاب حكم الطهارة وحكم الحدث، واستصحاب بقاء النكاح وبقاء الملك وشغل الذمة مما تشتغل به حتى يثبت خلاف ذلك.

والحاصل: أن هذه مجرد أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب ومعناه، فإن الصورة سون تنضج أكثر حقيقة وحكما عند الحديث عن صور الاستصحاب.

(١) القلة: أناء للعرب كالجرة، وقلة كل شيء أعلاه والجمع قُلل، والقلتان خمس قرب فإن كان الماء دون القلتين ووقعت فيه نجاسة صار نجساً تغير ام لا، المصباح المنير ٧٠٦/٢، مختار الصحاح ص ٥٤٩.

الفصل الثاني

أنواع الاستصحاب

تمهيد وتقسيم:

إذا نظرنا إلي الاستصحاب في الواقع وفي حقيقة الأمر نجد أنه يتنوع إلي نوعين:

النوع الأول: ثبت أمر في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير وهذا النوع من الاستصحاب له عدة صور.

النوع الثاني: ثبت أمر في الزمان الأول، لثبوته في الزمان الثاني، وهذا النوع له صورة واحدة، وتسمى هذه الصورة بالاستصحاب المقلوب.

وهذا الطريق الذي سلكته في تحديد أنواع الاستصحاب يخالف كثيرا من كتبنا في هذا الموضوع، فإن معظم من تناول هذا الموضوع يؤكد أن للاستصحاب صوراً خمس أو ثلاث ثم في النهاية يتحدث عن الاستصحاب المقلوب أو يذكره علي أنه صورة من صور الاستصحاب، ولكن حقيقة الاستصحاب المقلوب (النوع الثاني) تخالف حقيقة الاستصحاب في النوع الأول، فإننا في النوع الأول نستصحب أمراً في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول، وفي النوع الثاني نستصحب أمراً في الزمان الأول لثبوته في الزمان الثاني، فكيف يعد من صور الاستصحاب، وما يؤيد ما ذهب إليه، أن الإمام الزركشي في كتابه البحر المحيط عد صور الاستصحاب، ثم قال: الصورة السادسة، وذكر الاستصحاب المقلوب ثم علق علي هذه الصورة فقال «وهذه الصورة تصلح أن تكون قسماً لما سبق»^(١)، والمعلوم أن قسيم الشيء ليس قسماً منه وإنما هو غيره.

وبعد هذا التوضيح البسيط إليك بيان كل نوع علي حدة وذلك في مبحثين:

المبحث الأول

الاستصحاب الأصلي

تمهيد وتقسيم:

وهذا هو أحد نوعي الاستصحاب وهو عبارة عن ثبوت أمر في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير

وقد عبرت عن هذا النوع بالاستصحاب الأصلي لأن البعض من العلماء كالامام الغزالي وغيره لم يعتبر الاستصحاب المقلوب، فلم يذكره ضمن صور الاستصحاب، ولعل ذلك بسبب ضعفه، وأن العمل به إنما يقع في جزئية أو جزئيات قليلة كما يستضح عند الحديث عنه - وقد يكون لها من الأدلة ما يقدم علي ذلك الاستصحاب المقلوب^(١).

صور الاستصحاب الأصلي: يتخذ هذا النوع صوراً متعددة تبعاً لاختلاف العلماء في عد وصف هذه الصور فقد ذكر ابن القيم^(٢) أن الاستصحاب ثلاثة أقسام:

١- استصحاب البراءة الأصلية.

٢- استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتي يثبت خلافه.

٣- استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع^(٣).

وذكر بعض العلماء كالامام الغزالي أن الاستصحاب يطلق علي أربعة أوجه:

أولها: استصحاب البراءة الأصلية:

لأن الأحكام السمعية لا تدرك إلا بالعقل، والعقل يدل علي براءة الذمة عن الواجبات، وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم

(١) راجع المستصفي للغزالي ٢١٩/١ وما بعدها.

(٢) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي أبو عبد الله شمس الدين، من أعلام الإسلام، ولد بدمشق وتوفي فيها، له مصنفات عديدة في شتى الفنون منها: أعلام الموقعين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية والروح وغيرها كثير، توفي سنة (٥١١هـ)، (البداية والنهاية ٢٣٤/١٤، الفتح المبين ١٦٨/٢).

(٣) أعلام الموقعين ٢٩٤/١.

(١) البحر المحيط للزركشي ٢٤/٨، إرشاد الفحول ص ٢٠٨.

السلام، وتأييدهم بالمعجزات، وانتفاء الأحكام بدليل العقل قبل ورود السمع، ونحن علي استصحاب ذلك إلي أن يرد السمع، فإذا جاء نبي أو رسول، وأوجب علي الناس بناء علي الوحي من الله خمس صلوات في اليوم واللييلة، فبقي الصلاة السادسة غير واجبة علي الناس لا بتصريح النبي بنفيتها، ولكن كان وجوبها منتفياً، إذ لا مثبت للوجوب فبقي علي النفي الأصلي، لأن نطقه بالإيجاب قاصر علي الخمس صلوات، فبقي علي النفي في حق الصلاة السادسة، وكأن الدليل السمعي لم يرد بذلك.

ثانيها: استصحاب العموم إلي أن يرد دليل يدل علي التخصيص؛ وكذلك استصحاب اعمال النص إلي أن يرد دليل يدل علي نسخ حكمه.

ثالثها: استصحاب حكم دل الشرع علي ثبوته ودوامه؛ وذلك كالملك عند جريان العقد المملك، وشغل الذمة بالضمان عند وجود الإتلاف للأموال، فمن اشترى داراً أو ورثها، وعلم بذلك شخص آخر، فإن ملكية هذا الشخص المشتري تبقى ثابتة في نظر الآخر ويسعه أن يشهد عليها استصحاباً للأصل، فإن هذا وإن لم يكن حكماً أصلياً فهو حكم شرعي دل الشرع علي ثبوته، ودوامه جميعاً، ولولا دلالة الشرع علي دوامه إلي حصول براءة الذمة لما جاز استصحابه، فالاستصحاب ليس بحجة إلا فيما دل الدليل علي ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير، كما دل علي البراءة العقل وعلي الشغل السمعي وعلي الملك الشرعي....»

رابعها: استصحاب الإجماع في محل الخلاف؛ قال وهو غير صحيح...» (١١).

وذكر بعض آخر من العلماء أن للاستصحاب خمس صور، وذلك علي نحو ما ذكره الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول نقلاً عن الزركشي قوله لا بد من تنقيح موضع الخلاف، فإن أكثر الناس يطلقه ويشتهبه عليهم موضع النزاع فتقول للاستصحاب صور: أحداها: استصحاب ما دل العقل والشرع علي ثبوته ودوامه كالملك عند جريان القول المقتضي له وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المتكوحة بعد تقرير النكاح.

(١١) راجع المستصفي ٢١٨/١ وما بعدها بتصرف.

ثانيها: استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية، كبرائة الذمة من التكليف حتي يدل دليل شرعي علي تغييره كنفى صلاة سادسة.

ثالثها: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة (١)، فإن عندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلي أن يرد الدليل السمعي، وهذا لا خلاف بين أهل السنة (٢) في أنه لا يجوز العمل به، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات.

رابعها: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً، أو نسخاً إن كان الدليل نصاً، فهذا أمر معمول به إجماعاً، وقد اختلف في نسبة هذا النوع بالاستصحاب، وذلك بناء علي أن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب.

خامسها: الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع (٣).

وهكذا نجد أن للاستصحاب صوراً عديدة، ليست كلها موضع اتفاق العلماء، بل منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ومن هنا اختلفت وجهة نظر الفقهاء في عد بعضها ضمن صور الاستصحاب دون البعض الآخر.

وبناء علي ما سبق فسوف أسير في عد صور الاستصحاب والحديث عنها بشكل يوفق بين الآراء السابقة، ويحقق القصد في مسألة حجية الاستصحاب، ومدى ارتباط هذه الصور بقواعد الفقه الإسلامي وما يترتب عليها من فروع فقهية، وذلك علي النحو التالي:

(١) المعتزلة: فرقة شذت عن أهل السنة بأراء منها: نفي الصفات، وأن العبد يخلق أفعال نفسه، ورأسهم وأصل بن عطاء، وخالف الحسن البصري في القدر وفي المنزلة بين المنزلتين، وانضم إليه عمرو بن عبيد، فطردهما الحسن من مجلسه، فاعتزلاه إلي سارية من سواري المسجد بالبصرة، فقيل لهما: المعتزلة، (اللعل والنحل للشهرستاني ٦٨/١٢، الفرق بين الفرق ص ٢٠).

(٢) أهل السنة: هم فريقي الرأي والحديث، وفقهاء هذين الفريقين ومحدثوهم متفقون علي مقالة واحدة في توحيد الصانع وصفاته، وفي أبواب النبوة والإمامة وفي أحكام العقبي، وإنما يختلفون في الحلال والحرام من فروع الأحكام، وليس فيما اختلفوا فيه تفسيق ولا تضليل، وهم الفرقة الناجية (الفرق بين الفرق ص ٢٦).

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٠٩.

١- استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي.

٢- استصحاب ما دل العقل أو الشرع علي ثبوته ودوامه لوجود سببه.

٣- استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتي يثبت خلافه.

٤- استصحاب الدليل مع احتمال المعارض.

٥- استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف.

هذا: وسوف أتناول كل صورة من هذه الصور في مطلب مستقل، والله الموفق

المطلب الأول

استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي

وعني هذا النوع: انتفاء ما استند العقل في نفيه إلي الأصل ولم يثبت الشرع كوجوب صوم رجب أو شعبان ووجوب صلاة سادسة، فإن الاستصحاب يقضي بعدم وجوب كل ذلك، لأن الأصل فيها العدم وعدم الوجوب، ولا يكون وجوبها الا بدليل، فالعقل يدل عليه بطريق الاستصحاب إلي أن يرد السمع الناقل عنه، فنفي العقل له مأخوذ من بنائه علي عدمه الأصلي لا أنه يقضي فيه بالنفي لقيح فيه، ويظهر أنه لا يلزم من نفي العقل له أن يكون محالاً، لأن نفي العقل للشيء أعم من أن يتصور وجوده أولاً^(١).

فقد جاء في المسودة: «أن مسألة استصحاب أصل براءة الذمة من الواجبات حتي يوجد الموجب الشرعي دليلاً صحيحاً وله مأخذان: أحدهما: أن عدم الدليل علي أن الله ما أوجبه علينا، لأن الإيجاب من غيره دليل محال، والثاني: البقاء علي حكم العقل المقتضي لبراءة الذمة^(٢)».

والأمثلة علي هذا النوع كثيرة، لأن استصحاب البراءة الأصلية أمر مقرر وثابت

(١) حاشية البناني علي شرح الجلال المحلي وتقرير الشيخ عبد الرحمن الشربيني علي الشرح المذكور ٣٤٨/٢.

(٢) المسودة لآل تيمية ص ٤٨٨ ط دار الكتب العربية.

والأحكام السمعية لا تدرك بالعقل، والعقل يدل علي براءة الذمة من الواجبات، وسقوط المخرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم السلام وتأييدهم بالمعجزات، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ونحن علي انصحاب ذلك إلي أن يرد السمع، فإن جاء رسول وأوجب خمس صلوات فتبقي الصلاة السادسة غير واجبة لا بتصريح الشارع بنفيها، ولكن عدم وجوبها كان بانصحاب البراءة الأصلية، لأن قطع الرسول بالإيجاب كان قاصراً علي الصلوات الخمس نفي حكم الصلاة السادسة علي استصحاب النفي الأصلي، أو البراءة الأصلية، لأن السمع لم يرد بها وكذلك إذا أوجب الشارع عبادة في وقت، وأديت فيه، بئيت الذمة بعد انقضاء الوقت علي البراءة الأصلية غير مشغولة بشيء، وإذا أوجب الزكاة علي القادر بقي العاجز علي البراءة الأصلية لا يجب عليه منها شيء.

وإذا ادعي شخص علي آخر ديناً، ولم يقم بينة بقي المدعي عليه بريئاً من هذا الدين استصحاباً للبراءة الأصلية^(١).

والحاصل: أن النظر في الأحكام يكون إما في إثباتها، وإما في نفيها، فأما الإثبات فالعقل قاصر عن الدلالة عليه^(٢).

وأما في النفي: فالعقل قد دل عليه إلي أن يرد السمع بالمعني الناقل من النفي الأصلي فانتفض العقل دليلاً علي أحد الشطرين^(٣) وهو النفي^(٤).

حكم هذا النوع: يعد هذا النوع من الاستصحاب حجة بالاجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع وهو أهل السنة^(٥)، وإليك بعض النصوص الواردة في هذا الشأن:

(١) السنن ص ٣١٧/١، وما بعدها، روضة الناظر ٣٨٩/١، البحر المحيط ١٨/٨، أصول الفقه لعباس حمادة ص ٢٥٩.

(٢) وإنما كان العقل قاصراً عن الدلالة عليه، لأن العقل لا يدل علي ثبوت الحكم الشرعي بناء علي ان العقل هاد ومرشد لا مشرع وموجب.

(٣) المراد بالشطرين إما نفي الحكم المذكور أو إثباته، لأن معني الاستصحاب أن يكون الحكم موجوداً لوجود الشيء، أو عدمه مصاحباً لاعتقادنا أو لقلوبنا وأذهاننا، نزهة الخاطر العاطر ٣٨٩/١.

(٤) للراجع السابقة.

(٥) وذلك خلافاً للمعتزلة الذين يرون أن العقل حكم في بعض الاشياء.. إلي أن يرد الدليل السمي وهذا =

١- ما ذكره الشوكاني نقلاً عن أبي الطيب^(١) قوله (وهذا النوع من الاستصحاب حجة بالإجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع)^(٢).

٢- قال الجلال المحلي^(٣): «استصحاب العدم الأصلي وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبت الشرع كوجوب صوم رجب حجة جزماً»^(٤).

٣- قال ابن كج في أول كتابه في الأصول: (إنه صحيح لا يختلف أهل العلم فيه، لأنه قد ثبت عندنا أن حجة العقل دليل، فإذا لم نجد سمعاً علمنا أن الله لا يهملنا، وأنه أراد بنا ما في العقل فصرنا إليه)^(٥).

المطلب الثاني

استصحاب ما دل العقل والشرع علي ثبوته ودوامه لوجود سببه

هذا هو النوع الثاني من أنواع الاستصحاب التي عددناها، ويعني: استمرار حكم ما دل الشرع علي ثبوته ودوامه لوجود سببه كالمملك عند جريان العقد المملك له، فمتمي تم عقد البيع مثلاً ثبتت الملكية للمشتري، ولا يجوز رفع هذه الملكية إلا بدليل جديد يعتمد علي مسوغ لرفع هذه الملكية.

وكذلك دوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح، فمتمي تم عقد الزواج حل نكاح المرأة، ولا يرفع هذا الحل بعد ذلك إلا بطاريء جديد.

= لا خلاف بين أهل السنة أنه لا يجوز العمل به، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات.
(١) هو: طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر وكنيته أبو الطيب، القاضي الفقيه الأصولي الشافعي، شرح مختصر المزني، وصنف في الخلاف والأصول والفقه والجدل وتوفي سنة (٤٤٥٠هـ) ودفن ببغداد...
(الفتح المبين ١/ ٢٥٠)

(٢) ارشاد الفحول ص ٢٠٩، البحر المحيط ١٨/٨.
(٣) هو: محمد بن أحمد بن إبراهيم المحلي الشافعي الملقب بجلال الدين، فقيه، أصولي متكلم نحوي مشهور من مؤلفاته: شرح جمع الجوامع في الأصول، وشرح المنهاج في الفقه، وكتاب في الجهاد وغيرها توفي سنة (٨٦٤هـ) .. (الفتح المبين ٣/ ٤٠).

(٤) شرح الجلال المحلي علي متن جمع الجوامع للشيخ عبد الوهاب السبكي ٢/ ٣٤٨.
(٥) البحر المحيط ١٨/٨

وكذلك شغل الذمة بالضمان مثلاً عند وجود الإلتاف، فمتمي شغلت الذمة بشيء فإنها تظل مشغولة به إلي أن يقوم دليل علي براءتها.

فهذه الأمثلة وغيرها مما يشابهها قائمة علي حكم شرعي ثابت، ولا بد من إعمال هذا الحكم، فهو وإن لم يكن حكماً أصلياً، فهو حكم شرعي دل الشرع علي ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير.

ومن هذا القبيل: الحكم بتكرار اللزوم والوجوب إذا تكررت أسبابها كتكرار شهر رمضان وأوقات الصلاة ونفقات الأقارب عند تكرار الحاجات، إذ فهم انتصاب هذه المعاني أسباباً لهذه الأحكام من أدلة الشرع.

وهكذا: كل حكم دل الشرع علي ثبوته عند وجوب سببه الذي يترتب عليه، فإنه يعتبر باقياً حتي يقوم الدليل علي زواله، ولولا أن الشرع دل علي دوامه إلي أن يوجد السبب المزيل والمبيريء لما زال انتصابه^(١).

الحكم في هذا النوع: هذا النوع من الاستصحاب لا خلاف في وجوب العمل به إلي أن يثبت دليل معارض له^(٢)، وسواء كان ذلك في الدفع أو الرفع.

أما الدفع ففيما لو ادعي شيئاً وشهدت البينة بأنه كان ملكاً للمدعي بشرائه له، فإنه يعمل باستصحاب ملكه، ويعطي ما ادعاه.

وأما الرفع ففيما لو أتلّف إنسان شيئاً، وشهدت بينة بأنه كان ملكاً لزيد، فإنه يعمل باستصحاب ملكه، ويثبت له البدل في مال المتلف، فإن ذلك يعتبر رفع لما ثبت له من عدم استحقاقه في مال غيره شيئاً.

وهذان الحكمان يقول بهما الشافعية والحنفية، إلا أن المعمول به عند الحنفية دليل الملك وهو الشراء، وعند الشافعية الاستصحاب.

ويلاحظ علي هذا النوع: أن الحكم فيه لا يكون ثابتاً بالاستصحاب بقدر ما هو

(١) المستصفي ١/ ٢٢٢، روضة الناظر وشرحها ١/ ٣٩١، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٠٥، شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع ٢/ ٣٤٨، البحر المحيط ١٨/٨.
(٢) البحر المحيط ١٨/٨، حاشية البتاني ٢/ ٣٤٩.

ثابت بالدليل السابق الموجود، فإدخاله في باب الاستصحاب من باب التأكيد والتوسع في الاطلاق^(١).

وعلي هذا النوع من الاستصحاب بنيت المادة (١٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها: «تكفي الشهادة بالدين وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين، وكذا الشهادة بالعين».

والمادة (١٨١) ونصها «تكفي الشهادة بالوصية أو الإيضاء، وإن لم يصرح بإصرار الموصي إلي وقت الوفاة»^(٢).

ومعني ذلك أنه متى شهد الشهود بأن فلانا أوصي لفلان، ثبتت الوصية لفلان وإن لم يصرح الشهود بإصرار الموصي علي الوصية، وذلك استصحاباً للأصل، أي جعل الوصية في الماضي مستمرة إلي الحاضر، لأنه لم يبق دليل علي الإلغاء.

المطلب الثالث

استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتي يثبت خلافه

وعني هذا النوع: استمرار الوصف المثبت للحكم الشرعي إن ثبت مرتبطاً بأمر ثابت فإنه يستمر حتي يقوم الدليل علي خلافه، ومن أمثلة هذا النوع:

١- استصحاب الطهارة، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيضت الصلاة، فيستصحب هذا الحكم حتي يثبت خلافه، ذلك بوجود ناقض من نواقض الوضوء، أو غلبة الظن بوجود ناقض.

ب- استصحاب الحياة بالنسبة للمفقود، فإنها وصف يحكم باستمرارها ثابتة له حتي يقوم الدليل علي خلاف ذلك.

ج- استصحاب حكم الكفالة، فإنها وصف شرعي يستمر ثابتاً للكفيل حتي يؤدي الدين أو يؤديه الأصيل، أو يبرئه المدين من الكفالة.

(١) الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور/ خليفة با بكر حسين ص ٦١.

(٢) أصول الفقه للبرديسي ص ٣٣٦، أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ٢٠٢.

والحكم في هذا النوع: ذكر العلامة ابن القيم حكم هذا النوع فقال: «استصحاب الوصف المثبت للحكم حتي يثبت خلافه، وهو حجة كاستصحاب حكم الطهارة وحكم الحدث واستصحاب بقاء النكاح وبقاء الملك وشغل الذمة به حتي يثبت خلاف ذلك...».

ثم قال: ولم يتنازع الفقهاء في هذا النوع، وإنما تنازعوا في بعض أحكامه...، وذلك لأن مثالين علي هذا أنقلهما يتصرف.

المثال الأول: إذا كان الرجل متوضئاً، وذلك وصف ثابت يستمر علي ثبوته حتي يثبت نقبضه بيقين أو غلبة ظن، فإذا شك في أنه أحدث أم لا، فهل تجوز له الصلاة مع هذا الشك أو لا تجوز؟.

ففي هذا المثال تعارض أصلان: أحدهما: بقاء وصف الوضوء بالاستصحاب ولا يزوله الشك.

والثاني: أن الذمة مشغولة بفرضية الصلاة، وبحكم الاستصحاب لا تبرأ الذمة إلا إذا أدبت الصلاة علي وجهها بوضوء ثابت ثبوتاً قطعياً لا شك فيه، والوضوء القائم موضع شك، والشك في الطهارة يفقد شرط الصلاة.

وتجاذب هذين الأصلين رجح الإمام مالك الأصل الثاني، فأوجب وضوءاً جديداً للصلاة، وغير مالك قرر أن الصلاة تجوز لأن الوضوء، لم يزل.

فإن قيل: لا نخرجه من الطهارة بالشك.

قال مالك: ونحن لا ندخله في الصلاة بالشك.

المثال الثاني: إذا طلق رجل امرأته وشك أطلقها ثلاثاً أو واحدة، فهل تقع ثلاثاً أو واحدة.

ففي هذا المثال تعارض أيضاً أصلان: أحدهما: بقاء الحل حتي يثبت المغير، وقد حصل الشك في ثبوت المغير وهو الطلاق، فلا يزول الحل.

والثاني: أن الطلاق إذا وقع ثبت بيقين، والشك كان في ثبوت الرجعة به أولاً، والرجعة لا تثبت بالشك.

وبتجاذب هذين الأصلين قال مالك: إن الطلاق يقع ثلاثاً، لأنه تيقن طلاقاً، وقال الجمهور: يقع واحدة، فإن النكاح متيقن فلا يزول بالشك، ولم يعارض يقين النكاح إلا شك محض، فلا يزول به.

فإن قيل: هو متيقن للتحريم بالطلاق، شك في الحل بالرجعة، فكان جانب التحريم أقوى.

قال الفتوحى^(٢) في شرح الكوكب المنير: «وتارة يكون الاستصحاب بحكم الدليل الشرعي كاستصحاب حكم العموم والإجماع إلي أن يظهر دليل ناقل عن حكم الدليل المستصحب، فيجب المصير إليه، كالبينة الدالة علي شغل الذمة، وتخصيص العموم، ونحو ذلك، والمعنى: إذا كان حكماً موجوداً، وهو يحتمل أن يتغير، فالأصل بقاءه ونفي ما يغيره»^(٣).

أجيب: أن الطلقة الرجعية ليست بمحرمة، وله أن يخلو بها، ولها أن تنزله وتتعرض له، وله أن يطأها، والوطء رجعة عند الجمهور، وهي زوجته في جميع الأحكام إلا في القسم خاصة، فالرجعة ليست إلا استدامة للعقد الثابت وإبقاء له وهي تستمد حكمها منه، وليس من الطلاق المشكوك فيه.

فكل حكم ثبت وجوبه بدليل عام أو مطلق، لا يتعرض للزوال وعلي المجتهد طلب الدليل المغير يقدر ما في وسعه من تخصيص أو نسخ، فإن لم يظفر به بقي الحكم علي عمومه أو إطلاقه لأن دليل ثبوته الحكم غير دليل بقاءه، لأنه لو كان دليل البقاء دليل الثبوت لما جاز النسخ، فإن النسخ يرفع البقاء والدوام.

ولو سلم أن الطلقة الرجعية محرمة، فقولكم: إنه متيقن للتحريم إن أردتم به التحريم المطلق فإنه غير متيقن.

وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب، فأثبتته جمهور الأصوليين، ومنعه المحققون منهم امام الحرمين في (البرهان) وابن السمعاني في (القواطع) لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب^(٤)، وذلك لأن ثبوت بقاء العموم علي حاله، وكون النص محكماً راجعاً إلي طبيعة النص نفسه وليس وليد عامل خارجي.

وإن أردتم به مطلق التحريم لم يستلزم أن يكون بثلاث، فإن مطلق التحريم أعم من أن يكون بواحدة أو يكون بثلاث، ولا يلزم من ثبوت الأعم ثبوت الأخص^(١).

يقول الشيخ أبو زهرة: «وإن قول الجمهور في هذه القضية أسلم، فإن الحل في النكاح متيقن، فلا يزول إلا بيقين ولا يزول بالشك»^(٢).

المطلب الرابع

استصحاب الدليل مع احتمال المعارض

الحكم في هذا النوع: يعتبر الاستصحاب في هذا النوع حجة يثبت بها الحكم، ويلزم بها الخصم وإن كان غرضهم أن الحججة هو العام والنص، فإن الاستصحاب لا يثبت حكماً ولا يلزم خصماً، فإن غايته استمرار العمل بالعام والنص حتي يرد الدليل

ويعني هذا النوع: أنه إذا ورد نص عام، فإن مقتضى هذا العموم يستمر استصحاباً للحال إلي أن يرد نص مخصص له، وإذا جاء نص فإن هذا النص يعتبر محكماً فيما ورد فيه بطريق استصحاب الحال إلي أن يرد الناسخ له.

(١) المستصفي ٢٢١/١ - ٢٢٢، البحر المحيط ١٩/٨، قواطع الأدلة للسمعاني ٣٥/٢.
(٢) هو: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المصري، الشهير بابن النجار فقيه، قاض، ولد سنة (٨٩٨هـ)، وله مؤلفات كثيرة في الفقه والأصول، توفي سنة (٩٧٢هـ).
(٣) شرح الكوكب المنير ٤/٤ - ٤/٤.
(٤) البحر المحيط للزركشي ١٩/٨.

(١) راجع هذا المطلب: أعلام الموقعين ٢٩٥/١ - ٢٩٦، وحاشية البناني علي جمع الجوامع ٢/٢٤٨ - ويبحث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين لاسأذنا الدكتور/ محمد السعيد علي عبد ربه ص ١٠ - ١٢.

(٢) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٣٩ دار الفكر العربي.

المخصص أو الناسخ وقد خالف البعض في حجية هذا النوع، وإليك بعض النصوص الواردة في هذا الشأن:

أ- قال الإمام الزركشي: «استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، إما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً، أو نسخاً إن كان الدليل نصاً، فهذا أمر معمول به إجماعاً»^(١)، ويمثل هذا قال الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول^(٢).

ب- وقال الجلال المحلي في شرحه علي جمع الجوامع: «واستصحاب العموم أو النص إلي ورود المغير من تخصص أو ناسخ حجة جزماً فيعمل به إلي وروده»^(٣).

ج- وفي مستصفي الغزالي: «أما العموم فهو دليل عند القائلين به، وأما النص فهو دليل علي دوام الحكم بشرط أن لا يرد نسخ»^(٤).

د- ومن نازع في حجية هذا النوع ما ذكره العلامة ابن السبكي: «واستصحاب العام حتي يرد المخصص، واستصحاب النص حتي يرد الناسخ محل نزاع بين العلماء»^(٥).

المطلب الخامس

استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف

وعني هذا النوع: بأن يتفق علي حكم في حالة، ثم تتغير صفة المجمع عليه، ويختلف المجمعون فيه، فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال^(٦).

ومثاله: إجماع الفقهاء علي صحة الصلاة عند فقد الماء بالتيمم، إذا استمر علي ذلك ولم ير ماء، أما إذا رأي الماء في أثناء الصلاة، فهل تبطل الصلاة

(١) البحر المحيط للزركشي ١٩/٨.

(٢) إرشاد الفحول ص ٢٠٩.

(٣) شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع ٣٤٨/٢.

(٤) المستصفي للغزالي ٢٢١/١.

(٥) الإبهاج ١٦٩/٣ - ١٧٠، غاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري ص ١٣٨.

(٦) شرح الكوكب المنير ٤٠٦/٤، البحر المحيط ٢٠/٨، روضة الناظر وشرحها ٣٩٢/١، شرح طلعت الشمس ١٨٠/٢ - ١٨١، شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع ٣٥٠/٢، إرشاد الفحول ص ٢٠٩، فواضع الأدلة السمعاني ٣٥/٢.

بالوضوء أولاً؟ اختلف الفقهاء في ذلك علي فريقين:

الفريق الأول: وهم المحتجون باستصحاب الإجماع ومنهم الإمامان مالك^(١) والشافعي^(٢)، قالوا: لا تبطل الصلاة وإنما يتمها ذلك المصلي، وسندهم في ذلك ما يأتي:

أ- أن الإجماع منعقد علي أنه قبل رؤية الماء، متطهر، والأصل البقاء علي الطهارة حتي يثبت معارض والأصل عدم المعارض.

ب- أن الإجماع منعقد علي صحة الصلاة قبل رؤية الماء، فيستصحب حال الإجماع إلي أن يدل دليل علي أن رؤية الماء مبطله، لأن الدليل الدال علي صحة الشروع في الصلاة دال علي دوامه إلي أن يقوم دليل علي الانقطاع.

ج- أن صحة التيمم مقطوع بها، وبطلانه برؤية الماء مشكوك فيه، واليقين لا يبطل بالشك، كما إذا تيقنا صحة النكاح ثم شككنا في حصول الطلاق لم يؤثر ذلك الشك، بل يستصحب الحال، فكذا هنا، لأن الداخل في الصلاة دخل فيها مع تيقن صحتها، فلا ينتقل إلي بطلانها إلا بدليل آخر ولا دليل^(٣).

الفريق الثاني: ومنهم الامام أبو حنيفة^(٤) - رحمه الله - قالوا: إن صلاة التيمم الذي رأي الماء أثناء صلاته باطلة، ولا اعتبار بالإجماع المنعقد علي صحة الصلاة قبل رؤية الماء، وذلك لما يأتي:

(١) هو: الإمام المجتهد إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن أبي عامر بن الحارث أبو عبد الله وإليه ينسب المالكية، عال القدر، ظاهر الفضل وصاحب مذهب، توفي سنة ١٧٩هـ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص ٥٢ - ٥٥ ط المطبعة السلفية، الفتح المبين ١١٧/١.

(٢) هو الإمام محمد بن إدريس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن هاشم بن عبد المطلب، لازم إمام دار الهجرة، حتي توفي سنة ١٧٩هـ ثم رحل الي العراق ومنها إلي الحجاز ومصر، توفي بها رحمه الله سنة ٢٠٤هـ، (وفيات الأعيان ٣/٣٠٥ - تذكرة الحفاظ ١/٣٦١).

(٣) المعونة علي مذهب الإمام ١٤٨/١، تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري ص ١٣، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٣، تخرج الفروع علي الأصول للزنجاني ص ٧٣ - ٧٤، بداية المجتهد لابن رشد ٧٣/١.

(٤) هو: النعمان بن ثابت بن النعمان بن المرزبان، إمام وفقهه، نسب إليه المذهب المشهور، توفي في بغداد سنة (١٥٠هـ). (الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ١/٤٣٩، شذرات الذهب ١/٢٢٧).

أ- أن الإجماع انعقد في حال عدم الماء لا في حال الوجود، فهو مختلف فيه في حال الوجود، والخلاف يصاد الإجماع، فلا يجتمعان، ومن أراد إلحاق العدم بالوجود فعليه الدليل.

ب- أن النفي الأصلي الدال على عدم الحكم لا يبقى مع الدليل السمعي الناقل عن حكم النافي، لكونه يصاده^(١).

ومثاله أيضا: قول الظاهرية^(٢) بجواز بيع أم الولد^(٣)، لأن الإجماع انعقد على جواز بيع هذه الجارية قبل الاستيلاء، فيظل هذا الإجماع مستمر الحكم بعد الاستيلاء بمقتضى استصحاب الحال، لأن الولادة لم تنزل هذا الإجماع^(٤).

الحكم في هذا النوع: هذا النوع من الاستصحاب هو محل خلاف العلماء، وقد حقق هذا الخلاف الإمام الزركشي في كتابه البحر المحيط فقال: «وهذا النوع هو محل الخلاف كما قاله في القواطع» وكذا فرض أئمتنا الأصوليون الخلاف، فذهب الأكثرون منهم القاضي، والشيخ أبو إسحاق الشيرازي وابن الصباغ والغزالي إلى أنه ليس حجة، وهو قول جمهور أهل الحق من الطوائف، وقال الماوردي والرواني في كتاب القضاء: إنه قول الشافعي وجمهور العلماء، فلا يجوز الاستدلال بمجرد الاستصحاب، بل إن اقتضى القياس أو غيره إلحاقه بما قبل الصفة ألحق به، وإلا فلا، وقال ابن السمعاني: إنه الصحيح من المذهب قال: وذهب أبو ثور وداود الظاهري إلى الاحتجاج به، ونقله ابن السمعاني عن المزني وابن سريج والصبيري وابن خيران،

(١) شرح فتح القدير مع الهداية ٩٢/١، بداية المجتهد لابن رشد ٧٣/١، روضة الناظر وشرحها ٢٩٣/١، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٣، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٧٣ - ٧٤.

(٢) الظاهرية: جماعة ينتحلون مذهب داود بن علي بن خلف الأصبهاني المتوفى سنة (٢٧٠هـ) وخلاصة مذهبهم: الأخذ بظاهر نصوص الكتاب والسنة ورفض التأويل والقياس والرأي، وقالوا: لا يجوز الحكم على شيء إلا بنص من كتاب أو سنة أو إجماع جميع العلماء (الفتح المبين ١/١٦٨).

(٣) أم الولد: هي الأمة التي حملت من وطئ سيدها فقد ثبت لها حرمة تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبته وغير ذلك سواء وضعته كاملا أو نصفه أو علقه أو دما إذا علم أنه حمله فتصير بذلك أم ولد (المعونة ٣/١٤٨٩، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٠٤).

(٤) البحر المحيط للزركشي ٢٠/٨، والمحلي لابن حزم ٤٧/٩، والأدلة المختلفة فيها عند الأصوليين للدكتور/ خليفة بابكر حسين ص ٦٢.

وكمال الاستاذ أبو منصور عن أبي الحسين بن القطان، قال واختاره الأمدي وابن الحاجب.

قال سليم الرازي في التقريب: إنه الذي ذهب إليه شيوخ أصحابنا فيستصحب حكم الإجماع حتى يدل الدليل على ارتفاعه^(١).

ومن خلال النص السابق يتضح لنا أن العلماء انقسموا بشأن حجية هذا النوع من الاستصحاب إلى فريقين:

الفريق الأول: وهو مذهب جمهور العلماء منهم أبو إسحاق الشيرازي وابن الصباغ والغزالي، وهو قول الشافعي كما نقله عنه الماوردي والرواني وهو قول جمهور أهل الحق من الطوائف ويرى أنصار هذا المذهب: أن استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف ليس بحجة.

الفريق الثاني: وإليه ذهب أبو ثور وداود الظاهري، وابن سريج والصبيري وابن خيران واختاره الأمدي وابن الحاجب.

ويرى أنصار هذا المذهب أن استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف حجة.

الأدلة

استدل أنصار الفريق الأول على عدم حجية استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف بما يأتي:

١- أن القول به يؤدي إلى التكافؤ في الأدلة، لأنه ما من أحد يستصحب حالة الإجماع في شيء إلا ولخصمه أن يستصحب حالة الإجماع في مقابله، كأن يقول الاستدل في مسألة التيمم، قيل: اجمعوا على أن رؤية الماء في غير الصلاة تبطل نيمه فكذا في الصلاة، وتغير الأحوال^(٢) لا عبرة به.

ونوقش هذا: يمنع التكافؤ وإن تعارض لأن موضع الخلاف غير موضع الإجماع

(١) البحر المحيط ٢٠/٨، إرشاد الفحول ص ٢٠٩.

(٢) البحر المحيط للزركشي ٢١/٨.

فلا يجوز الاحتجاج بالإجماع من غير علة، ولأن المستصحب للحال ليس معه في موضع الخلاف دليل من جهة العقل ولا من جهة الشرع.

٢- أن شرط الاستصحاب بقاء الحال علي الصفة التي كانت وقت الحكم، واستصحاب الإجماع يوجب الحكم حيث لا يوجد صفة تغييره، فإذا تغيرت الصفة لبد من أن يتغير الحكم، وهنا تغيرت الصفة وقت انعقاد الإجماع فلا يوجب الحكم لأن محل الوفاق غير محل الخلاف، وبيانه: أن الدليل إن كان هو الاجماع فهو محال في محل الخلاف، وإن كان غيره فلا مستند إلا الاجماع الذي يزعم أنه يستصحب.

ونوقش هذا: بأن الاجماع ليس هو العلة في الثبوت ولا يعتبر سببا للحكم في الواقع ونفس الامر حتي يلزم من زوال العلة زوال المعلول أو من زوال السبب زوال الحكم، وذلك لأن الحكم كان ثابتا وعلمنا بالإجماع ذلك الثبوت، وهذا يدلنا علي أن الحكم مستند إلي نص أو ما في معني النص، فلا يلزم علي انتفاء الاجماع انتفاء الحكم بل يجوز أن يكون باقيا، ويجوز أن يكون منتفيا لكن لما كان الأصل بقاءه، فإن البقاء يترجع علي النفي، لأن البقاء لا يفتقر إلي سبب لإيجاده، بل يفتقر إلي سبب ثبوته وأما النفي فيفتقر إلي ما يزيل الحكم الأول والي ما يحدث الحكم الثاني والي ما ينتفيه فكان ما يفتقر إليه أكثر مما يفتقر إليه البقاء، فيكون البقاء اولي من التغير (١).

٣- ان الحكم الثابت قبل الخلاف بالإجماع حاصل في كل متحقق دوامه فيكون هذا الحكم دائم الثبوت وهو المطلوب، فلا يكون حجة.

ونوقش هذا: بأن الأصل في كل متحقق دوامه ما لم يوجد ما ينأفبه، ومن المعلوم ان الخلاف الحادث ينأفي الإجماع الأول، فلا يبقى الحكم مجمعا عليه وهو المطلوب (٢).

واستدل أنصار الفريق الثاني علي حجية حكم الاستصحاب في محل الخلاف

(١) اعلام الموقعين ١/٢٩٧، شرح الجلال المحلي وحاشية البناني ٢/٣٥٠، نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر ١/٣٩٤، قواطع الادلة ٢/٣٥٠.

(٢) نزهة الخاطر ١/٣٩٣.

أقول:

أن تبدل حال المحل المجمع علي حكمه أولا: كتبدل زمانه ومكانه وشخصه، بهذا هذه الأمور وتغييرها لا يمنع استصحاب ما ثبت له قبل التبدل، فكذلك تبدل وصفه وحاله لا يمنع الاستصحاب حتي يقوم دليل علي أن الشارع جعل ذلك الوصف الحادث ناقلا للحكم مثبتا لضده كما جعل الدباغ ناقلا لحكم نجاسة الجلد وتخلييل غير ناقلا للحكم بتحريمها.

وعليه: فلا يبقى التمسك بالاستصحاب صحيحا، وأما مجرد النزاع فإنه لا يوجب سقوط استصحاب حكم الإجماع والنزاع في رؤية الماء في الصلاة بالنسبة للتمسك فلا يوجب رفع ما كان ثابتا من الطهارة المبيحة للصلاة.

ويرتب علي ذلك: أنه لا يقبل قول المعترض: إنه قد زال حكم الاستصحاب بالنزاع الحادث، فإن النزاع لا يرفع ما ثبت من الحكم، وليس للمعترض رفعه إلا أن يهزم دليلا علي أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلا علي نقل الحكم وحينئذ يكون الخصم معارضا في الدليل لا قادحا في الاستصحاب (٣).

الراجع من هذا الخلاف: وهذا الدليل ذكره ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين، وأنه من القوة والدفع لما يقوله الخصم ما يجعلنا نميل إلي ترجيحه علي غيره، فضلا عن أن القول بحجية هذا النوع من الاستصحاب فيه من التيسير علي المكلفين الذي هو مقصد أساسي من مقاصد الشريعة خاصة وأنه يوجب التمسك بالبقاء علي الأصل الذي لا يصح الانتقال عنه إلا بدليل يصلح للنقل، فمن ادعاه أتى به.

ومن ذهب إلي هذا الرجحان من العلماء الإمام الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول حيث قال: «والقول الثاني: يعني جعله حجة هو الراجع لأن المتمسك بالاستصحاب باق علي الأصل قائم في مقام المنع، فلا يجب عليه الانتقال عنه إلا بدليل يصلح لذلك فمن ادعاه جاء به» (٢).

(١) اعلام الموقعين ١/٢٩٨ - ٢٩٩.

(٢) إرشاد الفحول ص ٢٠٩.

المبحث الثاني

النوع الثاني الاستصحاب المقلوب

ذكرت فيما سبق أن هذا النوع قسيما لما سبق من صور الاستصحاب، وليس قسما منه فالاستصحاب يأتي علي وجهين:

الأول: ثبوت أمر في الزمان الثاني لثبوته في الزمان الأول لفقدان ما يصلح للتغيير، وهذا النوع يشمل الصور الخمس السابقة للاستصحاب.

الثاني: ثبوت أمر في الزمان الأول لثبوته في الزمان الثاني ويسمى بالاستصحاب المقلوب.

وعلي هذا يعرف الاستصحاب المقلوب بأنه: عبارة عن استصحاب الحاضر للماضي أو ثبوت الأمر في الزمان الأول لثبوته في الزمان الثاني لعدم وجود المغير أو حتى يثبت خلاف ذلك^(١).

أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب المقلوب:

١- إذا وقع النظر في أن زيدا هل كان موجودا أمس في مكان كذا، ووجدنا موجودا فيه اليوم، فيقال: نعم، ويقضي بأنه كان جالسا فيه أمس، إذا الأصل موافقة الماضي للحال، وذلك عن طريق الاستصحاب المقلوب.

٢- إذا وقع البحث في أن هذا المكيال - مثلا - هل كان علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم، فيقال: نعم إذ الأصل موافقة الماضي للحال.

٣- إذا اختلف الغاصب والمالك، فالصحيح تصديق المالك، فقد استصحبا مقلوبا وهذا الحدوث فيما مضى استصحابا للحاضر، ويمكن خلافه.

٤- إذا وجدنا ركازا ولم ندر هل هو إسلامي أو جاهلي بحكم بأنه جاهلي علي وجه، لأننا استدللنا بوجوده في الإسلام علي أنه كان موجودا قبل ذلك.

(١) البحر المحيط للزركشي ٢٤/٨، شرح الجلال المحلي ومعه حاشية البناني ٢٥٠/٢، غاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري ص ١٣٩، نشر البنود علي مراقي السعود ٢٥٤/٢.

٥- استصحاب حكم الصوم علي من نوي في النقل قبل الزوال، وكذا الثواب علي الوضوء جميعه إذا نوي عند غسل الوجه.

ونظائر هذه الأمثلة كثير، فكل ما ثبت الآن فهو علامة علي ثبوته في الماضي، إذ لو لم يكن ثابتا فيه لاختلف الحالان والأصل توافقهما^(١).

حجية الاستصحاب المقلوب:

استدل القائلون بالاستصحاب المقلوب، وذلك لرجوعه في المعني إلي الاستصحاب المستقيم بقولهم:

لو لم يكن الثابت اليوم ثابتا أمس لكان غير ثابت أمس، إذ لا واسطة بين الثبوت وعدمه، فيقتضي استصحاب أمس الخالي عن الثبوت فيه بأنه اليوم غير ثابت، وليس كذلك، لأنه مفروض الثبوت اليوم، فدل ذلك علي أنه ثابت أمس أيضا وهو المطلوب.

وأیضا قالوا: إذا ثبت استعمال اللفظ في مدعي بعينه فتدعي أنه كان استعمالا قبل ذلك، لأنه لو كان الوضع غيره فيما سبق لزم أن يكون قد تغير إلي هذا الوضع والأصل عدم تغيره^(٢).

ومما يؤيد هذا النوع من الاستصحاب ما ذكره العلامة ابن دقيق العيد^(٣) حيث قال: «وهذا الكلام ظريف وتصرف غريب - يقصد الاستصحاب المقلوب - قد يتبادر إلي إنكاره، ويقال: الأصل استقرار الواقع في الزمن الماضي إلي هذا الزمن، أما ان يقال الأصل انعطاف الواقع في هذا الزمان علي الزمان الماضي فلا.

وجوابه أن يقال: هذا الوضع ثابت، فإن كان هو الذي وقع في الزمان الماضي فهو المطلوب وإن لم يكن فالواقع في الزمن الماضي هل مستمر إلي الزمن الحال، فيعود

(١) تقرير الشربيني علي جمع الجوامع ٢٥٠/٢، الإبهاج ١٧٠/٣.

(٢) غاية الوصول ص ١٣٩، البحر المحيط للزركشي ٢٥٠/٨، الإبهاج ١٧٠/٣.

(٣) هو: شيخ الإسلام تقي الدين محمد بن علي بن وهب القشيري المصري ابن دقيق العيد له اليد الطولي في الفقه والأصول والحديث وعلومه، ولد سنة ٦٢٥هـ، وله مؤلفات منها: الإمام وشرحه، توفي سنة ٧٠٧هـ (طبقات الشافعية لابن السبكي ٢٠٧/٩، شذرات الذهب ٥٠٦/٦).

الأمر إلي أن الأصل استصحاب الحال في الزمان الماضي»^(١).

وقد اعتمد المالكية هذا النوع من الاستصحاب وقالوا: إذا كان الحاضر يصرح علي نفي معين حكم باستصحاب هذه الحالة في الماضي حتي يثبت خلافها^(٢).

وبعد: فهذا خلاصة ما قاله العلماء في الاستصحاب المقلوب، ولكن يلاحظ علي هذا النوع، أنه وإن كان طريفاً في الحجاج إلا أنه طريق جدل لا جدل، والجدل طريق في التحقيق سالك علي محج مضيق، ولذلك نجد أن معظم مؤلفوا الأصول قد بدأ حديثاً لم يذكروا هذا النوع من الاستصحاب.

يقول الزركشي: «وهذا القسم لم يتعرض له الأصوليون إنما ذكره بعض الجدلبيين من المتأخرين»^(٣).

الفصل الثالث

في أقوال العلماء

ومذاهبهم في حجية الاستصحاب

ثار الخلاف والجدل بين العلماء بشأن حجية الاستصحاب، وهل هو دليل يعمل به كغيره من الأدلة الشرعية أولاً:

وحتى تتضح هوة الخلاف بين العلماء في هذه الحجية، سوف أتناول (يعون الله زينفه - في هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: موقع الاستصحاب بين الأدلة الأخرى.

المبحث الثاني: تحرير محل النزاع في حجية الاستصحاب.

المبحث الثالث: أقوال ومذاهب العلماء في حجية الاستصحاب.

المبحث الرابع: أدلة المذاهب والترجيح بينهما.

المبحث الأول

موقع الاستصحاب بين الأدلة الأخرى

يقول العلماء: إن الاستصحاب هو آخر مدار الفتوي، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته^(١).

وفهم من هذا النص: أن الاستصحاب هو آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له من مسائل، بحكم أنه ابقاء لما هو قائم، فإذا سئل المجتهد عن حكم مسألة يطلب حكمها من الأدلة المعتبرة في الكتاب ثم في السنة ثم الإجماع والقياس وأدلة الاجتهاد الأخرى، فإذا لم يجد لها حكماً في تلك الأدلة يرجع بعد

(١) البحر المحيط ٢٥/٨.

(٢) أصول الفقه للدكتور/ وهبة الزحيلي ٨٦٦/٢.

(٣) البحر المحيط ٢٥/٨.

البحث والطلب إلى دليل الاستصحاب، والذي يقضي بالحكم علي الشيء بما كان ثابتاً له ما لم يتم دليل يغيره.

المبحث الثاني

تحرير محل النزاع في حجية الاستصحاب

عند الحديث عن تحرير النزاع في حجية الاستصحاب وتحديد مسأله أقول: لا خلاف بين الأصوليين في عدم جواز العمل بالاستصحاب إذا كان قبل التأمل والاجتهاد في طلب الدليل المغير.

ولا خلاف - أيضاً - في وجوب العمل بالاستصحاب إذا ثبت العلم بقبنا بعدم وجود الدليل المغير، وذلك يكون عن طريقين:

الأول: طريق الخبر عن صاحب الوحي بأن الحكم ثابت لا يتغير، فإذا كان هناك حكم للشارع في مسألة بدليل يدل عليها، وكان هذا الدليل الشرعي الذي أثبت وجود الحكم الشرعي يدل علي بقاء هذا الحكم يكون ثابتاً دائماً وأبداً بمقتضى هذا الدليل المذكور مثل قوله تعالى في شأن من طبقت عليهم عقوبة القذف «ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً»^(١) وقوله صلى الله عليه وسلم «الجهاد ماض الي يوم القيامة»^(٢).

الثاني: طريق الحس فيما يعرف به، لحصول العلم بالبقاء حينئذ.

ولا خلاف - أيضاً - إذا كان الدليل الشرعي المثبت للحكم الشرعي في مسألة دالاً علي بقاء الحكم باستمراره إلي أن يوجد ما يرفعه ويزيله بقي الحكم كذلك إلي أن يوجد ما يرفعه وذلك مثل الزوجية الثابتة بعقد الزواج الصحيح شرعاً، والملكية الثابتة بعقد الملك الصحيح - لأن كلا من عقد الزواج وعقد البيع لا يكون مؤقتاً، فيوجب كل

(١) من الآية رقم ٤ من سورة النور.

(٢) رواه أبو داود في سنته ولفظه عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ثلاثة من أصل الإيمان: الكف عن قال لا إله إلا الله، ولا تكفره بذنوب ولا تخرجه من الإسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثني الله إلي أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار». كتاب الجهاد باب الغزو مع أئمة الجور حديث رقم ٢٥٣٢. وانظر نصب الراية للزبيلي ٣٧٧/٣ كتاب السير.

منهما بحسب وضع الشارع أحكاماً ممتدة ومستمرة إلي أن يوجد ما يزيلها، فبقاء أحكامها مستند إلي تحققها مع عدم ظهور ما يزيلها^(١).

ولذلك ذكرت سابقاً أن إدخال مثل هذا النوع في الاستصحاب من باب التوسع في الإطلاق.

ولا خلاف - أيضاً - إذا كان الدليل الشرعي الموجب للحكم الشرعي دالاً علي بقاءه واستمراره مدة محدودة معينة، فإن الحكم يبقى ويستمر بمقتضى هذا الدليل حتي تنتهي مدته المحدودة المعينة، ولا يبقى بعد انتهائها، وذلك مثل عقد الإجارة مثلاً، فإنها بطبيعتها، وبحسب وضع الشارع لها مؤقتة بمدة معلوم معينة، فيستمر حكمها قائماً خلال تلك المدة، وينتهي بانتهائها.

فما سبق ذكره من مسائل ليس محلاً للاستصحاب، كما أنها ليست محل خلاف ونزاع بين العلماء، وإنما الخلاف بينهم في العمل بالاستصحاب وعدم العمل به هو: إذا دل الدليل الشرعي علي الثبوت في مسألة في الزمن الماضي، ولم يدل هذا الدليل الذي أثبت الحكم، ولا دليل آخر من قبل الشارع علي بقاءه واستمراره، ويبحث الاجتهاد بقدر وسعه عن الدليل الذي يغير الحكم أو يزيله، فلم يهتد إليه ولم يظفر به، فهل يحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره بطريق الاستصحاب أولاً يحكم بذلك، لأن الاستصحاب ليس بحجة شرعية.

وفي هذا يقول النسفي^(٢) «وإنما الخلاف في استصحاب حكم الحال لعدم دليل مغير بطريق النظر والاجتهاد ويقدر الوسع مع احتمال قيام الدليل من حيث لا يشعر»^(٣).

(١) راجع: كشف الأسرار للنسفي ٢٦٩/٢، تيسير التحرير ١٧٧/٤ - ١٧٨، أصول الأحكام الإسلامية ص ٢٧ - ٢٧١، كشف الأسرار للتجاري ٣٧٧/٤.

(٢) هو: عبد الله بن أحمد بن محمود - حافظ الدين النسفي - فقيه حنفي له مصنفات مفيدة في التفسير والأصول - توفي سنة (٧١٠هـ) وفي سنة الوفاة خلاف - (الفوائد البهية ص ١٠١، ١٠٢).

(٣) كشف الأسرار للنسفي ٢٦٩/٢.

ويقول الكمال بن الهمام^(١): «واعلم أن مدار الخلاف في كون الاستصحاب حجة أولا علي أن سبق الوجود مع عدم ظن الانتفاء، هل هو دليل البقاء أولا»^(٢)؛

المبحث الثالث

أقوال ومذاهب العلماء في حجية الاستصحاب

اتضح مما سبق أن محل خلاف العلماء في كون الاستصحاب حجة أولا، إفا يتحقق إذا ثبت حكم بدليل شرعي في الزمن الماضي - ولم يوجد ما يغيره بعد بحث المجتهد وطلبه لهذا الدليل المغير، فهل نحكم ببقاء هذا الحكم واستمراره بطريق الاستصحاب، اختلف العلماء في هذا الشأن، وقد تبلور هذا الخلاف إلى أربعة مذاهب:

المذهب الأول: ويرى أنصار هذا المذهب أن الاستصحاب حجة مطلقا سواء كان ذلك في الدفع أم في الإثبات، وسواء كان الاستصحاب لأمر وجودي أم مدعي، علي أم شرعي^(٣)، وإلي هذا ذهب الجمهور المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية والظاهرية وطائفة من الحنفية كأبي منصور الماتريدي واختاره صاحب الميزان^(٤).

وفي هذا يقول الإمام الزركشي في البحر المحيط: «هو حجة يفزع إليها المجتهد إذا لم يجد في الحادثة حجة خاصة، وبه قال الحنابلة المالكية وأكثر الشافعية والظاهرية، سواء كان في النفي أم في الإثبات»^(٥).

ويقول الآمدي في الأحكام: «وذهب جماعة من أصحاب الشافعي كالزني والصيرفي والغزالي وغيرهم من المحققين إلى صحة الاحتجاج به وهو المختار، وسواء

(١) هو: الكمال بن الهمام بن سعد الدين الفقيه الحنفي الأصولي المشهور بابن الهمام ولد بالاسكندرية سنة (٧٩٠هـ) برع في المعقول والمنقول فكان حجة في الفقه وأصوله (الفتح المبين ٣/٣٦٠).

(٢) تيسير التحرير ٤/١٧٨.

(٣) سبق التمثيل لهذه الأنواع عند الحديث عن تعريف الاستصحاب.

(٤) المحصول ٢/٥٤٩، شرح الكوكب المنير ٤/٤٠٣، الأحكام للآمدي ٤/١٧٢، معراج المنهاج ٢/٢٢٥، البحر المحيط ٨/١٦، تيسير التحرير ٤/١٧٧، شرح طلعت الشمس ٢/١٨١، شرح الجلال المحلي ومعها حاشية البناني ٢/٣٤٧ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٠٨، تقريب الوصول إلى علم الأصول ص ١٤٦.

(٥) البحر المحيط ٨/١٦.

كان ذلك الاستصحاب لأمر وجودي أم عدم عقلي أم شرعي....»^(١).

ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري^(٢): «.. فقال جماعة من أصحاب الشافعي مثل المزني والصيرفي وابن شريح وابن خيران أنه حجة ملزمة متبعة في الشرعيات، وإليه مال الشيخ أبو منصور رحمه الله - وتابعه في ذلك جماعة من مشايخ سمرقند، وهو اختيار صاحب الميزان»^(٣)، وأصحاب هذا المذهب: يرون أن العمل به واجب علي كل مكلف إذا لم يجد دليلا فوقه من الكتاب والسنة، ولا يجوز تركه بالقياس قبل الترجيح^(٤).

المذهب الثاني: ويرى أنصار هذا المذهب أن الاستصحاب ليس بحجة أصلا، لا لإبقاء ما كان علي ما كان ولا لإثبات أمر لم يكن.

ونقل هذا المذهب عن أكثر الحنفية والمتكلمين وبعض أصحاب الشافعي وأبو الحسين البصري من المعتزلة وأبو الخطاب من الحنابلة^(٥).

وهذا المذهب هو اختيار الكمال بن الهمام، وصاحب مسلم الثبوت^(٦)، فقد جاء في التحرير: «والوجه أن يقال: ليس الاستصحاب حجة أصلا كما قال الكثير»^(٧)، وجاء في مسلم الثبوت: «ونفاه كثير ومنهم المتكلمون مطلقا في الإثبات والدفع وهو المختار»^(٨)، وقد قالت الحنفية: «بل الحجة الدليل الأصلي كالعقل والعام والنص

(١) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤/١٧٢.

(٢) سبق ترجمته.

(٣) كشف الأسرار للبخاري ٣/٣٧٧.

(٤) المرجع السابق، الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ١٤٣.

(٥) البحر المحيط ٨/١٤، كشف الأسرار علي أصول البزدوي ٣/٣٧٨، كشف الأسرار للنسفي ٢/٢٦٩، روضة الناظر وشرحها ١/٣٨٩، شرح التلويح علي التوضيح ٢/١٠١، شرح طلعت الشمس ٢/١٧٩، غاية الوصول للشيخ زكريا الانصاري ص ١٣٨، إرشاد الفحول ص ٢٠٨، فواتح الرحموت ٢/٣٥٩، حاشية نسمات الأسحار ص ٢٢٠.

(٦) هو العلامة محب الدين بن عيد الشكور البهاري الهندي القاضي الحنفي برع في الفقه والأصول وغيرهما من العلوم، من أشهر مؤلفاته «مسلم الثبوت في أصول الفقه» توفي رحمه الله سنة ١١١٩هـ (الاعلام ٦/١٦٩، ومعجم المؤلفين ٨/١٧٩).

(٧) تيسير التحرير ٤/١٧٧.

(٨) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢/٣٥٩.

والسبب وأما الاستصحاب فلا يثبت حكماً ولا يلزم خصماً»^(١).

ويعلمون ذلك: بأن الثبوت في الزمان الأول يفترق إلى الدليل فكذلك في الزمان الثاني^(٢).

المذهب الثالث: ويرى أنصار هذا المذهب أن الاستصحاب لا يصلح أن يكون حجة (الإثبات أمر مبتدأ ولا للإلزام علي الخصم بوجه، فهو حجة للدفع لا للإثبات، أي أن الاستصحاب يصلح دليلاً دارناً يمنع خروج الملك من صاحبه، ولا يصلح دليلاً لإدخال الشيء في ملكه، فإن حياة المفقود لما كان الظاهر بقاؤها صلح حجة لإبقاء ما كان حتى لا يورث ماله، لأن ملكه لما كان ثابتاً، فيتمسك به حتى يقوم دليل الموت، ولا يصلح لإثبات أمر لم يكن حتى لا يرث من أبيه، لأن ملكه لم يكن له فيبقي علي ما كان ولا يثبت له.

وكذا لو أوصي إنسان لآخر بوصية ثم مات الموصي، فطالب الموصي له من تحت يده التركة بما أوصي له به، فقال من تحت يده التركة، أقم الدليل علي أن الموصي مات مصراً علي وصيته فمن حق الموصي له أن يقول: أقم أنت الدليل علي أن الموصي رجع عن وصيته، وأما أنا فتمسك بإيجاب الموصي، وأنت توافقني علي ذلك، فأنا متمسك بالاستصحاب بعد ذلك حتي موته، فمن ادعي رجوعه فعليه الدليل، وهذا معني قولهم: الاستصحاب يصلح حجة لإبقاء ما كان علي ما كان لا لإثبات أمر لم يكن.

وقال بهذا المذهب: أكثر متأخري الحنفية كالقاضي أبي زيد الدبوسي^(٣) والسرخسي والبزدوي وصدر الشريعة أبي اليسر^(٤) ومتابعيهم^(٥).

(١) كشف الأسرار علي أصول البزدوي ٣/٣٧٨، أصول السرخسي ٢/٢٢٤، حاشية البناي ٢/٣٤٨.

(٢) البحر المحيط للزركشي ٨/١٤.

(٣) هو: عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، الفقيه الحنفي، والدبوس نسبة إلى قرية من أعمال بخاري، له كتاب الأسرار وكتاب التقديم للأدلة وغير ذلك، توفي ببخاري سنة (٥٤٣٠هـ) الجواهر الضبية ٢/٤٩٩، البداية والنهاية ١٢/٤٦.

(٤) هو: محمد بن محمد بن الحسن بن عبد الكريم، صدر الإسلام البزدوي، أخ فخر الإسلام، كان عالماً فقيهاً، ولي القضاء بسمرقند، سمي أبو اليسر ليسر مؤلفاته توفي ببخاري (٥٤٩٣هـ) (الفوائد البهية ص ١٨٨).

(٥) كشف الأسرار علي أصول البزدوي ٤/٣٧٨، كشف الأسرار للنسفي ٢/٢٦٩ التوضيح وشرحه ١٠/١٢، تيسير التحرير ٤/١٧٧، حاشية نسيمات الأسحار ص ٢٢٠، شرح طلعت الشمس ٢/١٧٩.

يقول الإمام البزدوي في أصوله: «وعندنا هذا لا يكون حجة لإيجاب لكنها حجة دافعة»^(١)، ويقول صاحب مسلم الثبوت: «وعند القاضي الإمام أبي زيد والإمام نسس الأئمة والإمام فخر الإسلام - رحمهم الله - حجة للدفع فقط»^(٢).

ويقول الإمام الزركشي: «إنه رأي الاستصحاب - يصلح للدفع لا للرفع، وهو المنقول عن أكثر الحنفية ويعبرون عن هذا بأن استصحاب الحال صالح لبقاء ما كان علي ما كان حالة عدم الدليل لا لإثبات أمر لم يكن»^(٣).

المذهب الرابع: واختاره القاضي^(٤) في كتابه (التقرير والارشاد) أن الاستصحاب حجة علي المجتهد فيما بينه وبين الله تعالي، فإنه لم يكلف إلا أقصى الداخل في مقدوره علي العادة، فإذا فعل ذلك ولم يجد دليلاً آخر يبقي الوجوب، ولكن لا يكون حجة علي غيره في مجلس المناظرة^(٥).

وبعد: فهذا خلاصة ما قاله العلماء في حجية الاستصحاب، وهي تدور بين قائل بالحجبة مطلقاً والنافي للحجبة مطلقاً وبين من توسط بين المذهبين فأخذ به في الدفع دون الإثبات.

(١) أصول البزدوي بهامش كشف الأسرار ٤/٣٧٨.

(٢) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢/٣٥٩.

(٣) البحر المحيط للزركشي ٨/١٦٦.

(٤) هو: محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر القاضي أبو بكر الباقلائي، ولد بالبصرة وسكن بغداد، وانتهت إليه رئاسة مذهب الأشاعرة، صنف التقريب والارشاد واعاز القرآن وغيرها توفي سنة (٥٤٠٣هـ)، شذرات الذهب ٣/١٦٨، الفتح المبين ١/٢٣٣.

(٥) البحر المحيط للزركشي ٨/١٦٦، الابهاج ٣/١٧١، التلخيص في أصول الفقه للإمام الجرنبي ٣/١٣٠.

المبحث الرابع

ادلة مذاهب العلماء في حجية الاستصحاب

وقد اشتمل هذا المبحث علي خمسة مطالب:

المطلب الاول

ادلة المذهب الاول

استدل أصحاب المذهب الأول، وهم القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقا في الإثبات والنفي بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول والاستقراء وقواعد الشرع وذلك علي النحو الآتي:

(ولا الكتاب:

استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: «قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما علي طعام يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم» (١).

وجه الاستدلال من الآية الكريمة: أن الآية تدل علي أن عدم تحريم غير ما ذكر، كان لعدم وجود دليل علي تحريم غير ما حرمه الله تعالى في الآية، فكان احتجاجا بعدم الدليل علي الحكم استصحابا له، ذلك لأن النافي متمسك بالعدم والعدم غير محتاج الي الدليل فينعدم الحكم لعدم دليله (٢).

ثانيا: السنة:

استدل القائلون بالحجية مطلقا من السنة بما يأتي:

١- ما رواه البخاري عن سعيد بن المسيب عن عباد بن قميم عن عمه أنه شكأ إلي رسول الله - صلي الله عليه وسلم - الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في

(١) الآية رقم ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٢) قواطع الأدلة للسمعاني ٤٣/٢.

الصلاة فقال: «لا ينتفل (١) أو لا ينصرف حتي يسمع صوتا أو يجد ريحا» (٢).

وجه الاستدلال من الحديث: أن الشارع حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه، لأن الأصل بقاء المتطهر علي طهارته، والاشتباه في النافي، فلم يأمره صلي الله عليه وسلم - بإعادة الوضوء مع الشك في الحدث، وهو عين الاستصحاب (٣).

وقد نوقش هذا من قبل الناقين: بأن الحكم ببقاء الوضوء لم يكن عن طريق الاستصحاب بل لأن الوضوء وغيره من الفروع المماثلة أوجب الشارع فيها أحكاماً مبنية إلي ظهور ما ينقضها فإبقاء الوضوء مثلا للشك فيه، كان من نص الشارع علي بقاءه، ولم يثبت بالاستصحاب (٤).

ورده هذا: بأن الوضوء وما يماثله لا يصح توقيته صريحا بأن يقول توضأت إلي كذا، وإذا كان كذلك، كان إبقاؤه بدليل، فكان حجة علي الغير وإن احتمل السقوط بوجود المناقض.

٢- ما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله - صلي الله عليه وسلم - «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلي ثلاثا أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن علي ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم» (٥).

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي - صلي الله عليه وسلم - أمر من شك في عدد الركعات أن يطرح الشك، ويبني علي اليقين وهو الأقل، لأنه المتيقن، والأصل علم الزيادة، وأنه لا أثر للشك الطاريء، وهذا هو عين العمل بالاستصحاب.

وقد نوقش هذا الدليل بأنه منقوض بمسائل منها: أنه إذا شك ما سح الخف في انقضاء مدة المسح، فلا يجوز له المسح، وإن كان الأصل بقاء المدة.

(١) ينتفل يقال: انتفل: التوي وانصرف، والفتل ما يكون مفتولا من ورق الشجر غير منبسط، المعجم الوسيط ٦٩٨/٢، مختار الصحاح ص ٤٩٠.

(٢) أخرجه البخاري بحاشية السندي ٣٨/١ كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتي يستيقن.

(٣) كشف الأسرار علي أصول البيهقي ٣٧٩/٣، قواطع الأدلة ٣٦٢/٢.

(٤) كشف الأسرار للنسفي ٢٧٢/٢.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ١١٦/٣، باب من شك في صلاته، النسائي في سننه ٣٧/٣ باب اتمام المصلي علي ما ذكر إذا شك، وقال ابن المنذر: حديث أبي سعيد أصح حديث في الباب.

ومنها: أنه إذا بال حيوان في ماء كثير، ثم وجد الماء متغيراً ولم يعلم أنغير بالبول أم بغيره فإنه يحكم بنجاسته، وإن كان الأصل عدم تغيره بالبول.

وأجيب: بأن مدة السماح تعارض فيها أصلاً، الأصل الذي ذكره المعترض، وغسل الرجلين الذي هو عزيمة، فرجح العلماء الاستصحاب في العزيمة^(١) علي الاستصحاب في الرخصة^(٢).

وبأن مسألة بول الحيوان في الماء الكثير إنما هي من باب تعارض الأصل والظاهر الذي قدم فيه الظاهر لاستناده إلي سبب معين^(٣).

ثالثاً الإجماع: استدلل القائلون بحجية الاستصحاب بالإجماع، قالوا: إن الإجماع منعقد علي وجوب العمل بما هو متيقن، والأمثلة علي ذلك كثيرة منها:

أ- أن الإجماع منعقد علي أن الإنسان لو شك في وجوب الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه للزم أما جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم الجواز في الصورة الثانية وهو خلاف الإجماع^(٤).

ب- أن الإجماع قائم علي اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع مثل بقاء الملكية والزوجية، والوضوء والحدث - كما سبق في المثال السابق - فيما إذا ثبت ذلك ووقع الشك في بقائه، فإنه يحكم بالبقاء، وهذا هو الاستصحاب.

وقد نوقش هذا الدليل: بأن الفروع المذكورة ليست مبنية علي الاستصحاب، لأن

(١) العزيمة في اللغة التصد المؤكد، وفي الاصطلاح: الحكم الثابت من غير مخالفة دليل شرعي، والمحكم الثابت يتناول الواجبات والمندوبات والمحرمات والمكروهات فالعزيمة واقعة في هذه الأمور، روضة الناظر وشرحها ١٧١/١ - ١٧٤.

(٢) الرخصة في اللغة: السهولة واليسر ومنه رخصة السعر إذا تراجع وسهل الشراء وفي الاصطلاح: ما ثبت علي خلاف دليل شرعي لمعارض راجح وذلك كبيع العربا المخصوص من المزبنة المنهي عنها، المرجع السابق.

(٣) الموجز في أصول الفقه ص ٢٦٥.

(٤) الأحكام للآمدي ١٧٢/٤، ومعرج المنهاج ٢٢٥/٢، شرح الكوكب المنير ٤٠٣/٤، البحر المحيط ١١٧/٨، شرح طلعت الشمس ١٨١/٢، أصول الفقه لعباس حماده ص ٢٦١.

البيع والنكاح والوضوء وغيرها من الفروع أوجب الشارع فيها أحكاماً من الوضوء والحدث والزوجية والملك وغير ذلك ممتدة إلي ظهور الناقض، فكأن الشارع قال: أوجب العمل بموجب هذه الأحكام عند وجود أسبابها ثابتة مستمرة إلي ظهور نوافذها شرعاً.

وعلي هذا: يكون بقاء هذه الأحكام أيضاً منصوصاً عليه كأصل ثبوتها، فلا حاجة إلي التمسك بالاستصحاب^(١).

وأجيب عن ذلك من وجهين الوجه الأول: أنه يلزم من رجحان الطهارة في صورة الشك في بقائها صحة الصلاة تحصيلاً لمصلحة الصلاة مع ظن الطهارة، ويلزم من رجحان الحدث في صورة الشك في ابتداء الطهارة امتناع صحة الصلاة، زجراً له عن التقرب الي الله تعالي والوقوف بين يديه مع ظن الحدث، فإنه قبيح شرعاً وعقلاً ولذلك نهى عنه، فلو لم يكن الاستصحاب والاستمرار مقتضي الدليل في كل متحقق دوامه واستمراره لكان الاستمرار في هاتين الصورتين علي خلاف حكم الأعم الأغلب، وهو علي خلاف الأصل^(٢).

الوجه الثاني: بما ذكره ابن القيم قال: وقول الجمهور في هذه المسألة أصح فإن النكاح متيقن، فلا يزول بالشك، ولم يعارض يقين النكاح إلا شك محض فلا يزول به^(٣)، وكذا الحكم في سائر الفروع.

(بالعالمقول):

أ- جري العمل علي أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم، حتي إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة،

(١) تيسير التحرير ١٧٧/٤ - ١٧٨، كشف الأسرار علي أصول البيزودي ٣٨١/٣، كشف الأسرار للنسفي ٢٧٢/٢، شرح التلويح علي التوضيح ٣٠١/٢.

(٢) الأحكام للآمدي ١٧٩/٤ - ١٨٠.

(٣) اعلام المرقعين ٢٩٦/١.

وإنفاذ الودائع إليه، وكذا تراسل العقلاء مع أهلهم وأصدقائهم إرسال الهدايا والودائع إليهم، اعتمادا على استصحاب حياتهم المظنونة عندهم، ولولا أن ظنهم يفيد بقاء حياة من يرسلونهم، لكان ذلك سفها وعبثا، لكن العرف أقر تلك التصرفات، فكان ذلك دليلا على بقاء الحكم السابق الذي لم يظن عدمه^(١).

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

وأما التغيير فمتوقف على ثلاثة أمور:

١- وجود الزمان المستقبل ٢- مقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان

٣- تبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود.

ولا يخفي أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على هذين الأمرين وثالث غيرهما^(٣).

ج- أن الحكم إذا ثبت بدليل من دلائل الشرع - لا يجب استدامة الدليل بقاء الحكم، بل يبقى الحكم ويدم إلي أن يقوم الدليل على قاطع يقطعه ومسقط يسقطه، فإذا لم يقم الدليل على سقوطه بقي ثابتا على ما كان من قبل، ومن ادعى سقوطه فعليه الدليل.

يؤيد ذلك: من ادعى النبوة وأقام المعجزة على ثبوت نبوته، فإن تجدد إنكار منكر لثبوتها لا يجب عليه إقامة المعجز ثانيا، بل النبوة على ثباتها بالدليل الذي أقامه من قبل فيستمر الثبوت ولا يلتفت إلي قول المنكر، ولا حجة عليه في هذه الحالة إلا من جهة استصحاب الحال.

وإذا عرفنا فراغ ذمة إنسان بحكم أن الأصل فراغ ذمته، فلو ادعى عليه إنسان حقا فإن القول قول المنكر، لأن الأصل فراغ ذمته، وكذلك إذا ثبت الملك لإنسان فإنا نعه

(١) الاحكام للأمدى ١٧٣/٤، أصول الفقه لعباس حماده ص ٢٦٢.

(٢) المرجع السابق.

منافع يكون القول قول من في يده باستصحاب الحال، فدل ذلك على أن الاستصحاب دجة في الأحكام معمول بها، وهو المطلوب^(١).

د- أن ثبوت الأحكام التي كانت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم - في زماننا متوقف على ظن بقاء ما كان على ما كان، فلو لم يكن الاستصحاب موجبا لفلبه ظن بقاءها لم يجزم بثبوتها، ولكن الاتفاق على الجزم بذلك، وما ذلك إلا لأن الاستصحاب حجة^(٢).

ه- أنه لو لم يكن اعتقاد البقاء راجحا على اعتقاد التغيير لما فهمنا من كلام أحد شينا لأنه لما كان اعتقاد بقاء هذه الألفاظ على أوضاعها المتقدمة مساويا لاعتقاد تغييرها عن تلك الأوضاع، بقي الذهن مترددا بين الطرفين، فوجب أن لا يحصل فهم البتة، ولولا أن جانب البقاء راجح على جانب التغيير لكان هذا ترجيحا من غير مرجح وهو باطل^(٣).

و- أن الشيء حال بقاءه غني عن المؤثر، إذ لو حصل له مؤثر، لكان تأثيره أما أن يكون في شيء صدق عليه أنه كان قبل ذلك، فحينئذ يكون تأثير ذلك المؤثر في تحصيل الحاصل وهو محال.

وإن كان تأثيره في شيء سبق عليه أنه ما كان موجودا قبل ذلك، فحينئذ يكون تأثيره في الحادث لا في الباقي.

وأما الشيء حال حدوثه، فإنه يفتقر إلي المؤثر، لأننا بهذه المقدمات اثبتنا القول بالصانع، ولا شك أن الغني عن المؤثر راجح الوجود، لأنه لو لم يكن راجحا لكان إما مساريا أو مرجوحا، وعلي التقديرين يفتقر إلي المرجح.

وتوضيح ذلك: أنه يلزم أن الغني عن المؤثر مفتقرا إليه وهو محال، وأما الحادث فإنه ليس براجح الوجود إذ لو كان راجحا لكان رجحانه في نفسه يغنيه عن المؤثر، فحينئذ يصير المفتقر إلي المؤثر غنيا عن المؤثر وهو محال.

(١) قواطع الأدلة للسمعاني ٣٧/٢.

(٢) نهاية السؤل ٣٦٧/٤، معراج المنهاج ٢٢٦/٢.

(٣) العالم في أصول الفقه ص ١٨٣ - ١٨٤.

فثبت بذلك أن الباقي راجح والحادث مرجوح في نفسه، والراجح في نفسه يجب أن يكون راجحا في الظن الصادق، فثبت أن البقاء علي ما كان أرجح في الظن الصادق من التغيير عما كان وهو الاستصحاب^(١).

وخلاصة هذه الأدلة من المعقول: أن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعا ولا ظنا، يبقى بذلك الدليل، لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حالة ولم يظن طرور معارض يزيله، فإنه يلزم ظن بقاءه^(٢).

٥- الاستقراء

وبيان ذلك: أن استقراء^(٣) وتتبع الأحكام الشرعية يؤكد أنها تبقى علي ما قام الدليل عليه حتى يقوم دليل علي التغيير، فالعنب مثلا حلال يثبت حله ويستمر إلا إذا تغيرت صفته فتخمر، وكذلك التمر وعصير القصب وغيرهما كل هذا حلال، ويستمر علي الحل إلا إذا تغيرت صفته فتخمرت، فإنها تكون حراما لثبوت ذلك التغيير.

وكذلك كل ما ثبت تحريمه، فإنه يستمر علي التحريم إلي أن يقوم دليل علي الإباحة، كحالة الاضطرار بالنسبة للميتة، أو بتغيير الصفة التي كان عليها التحريم كأن يتحول الخمر إلي خل، وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامي تؤيد الاستصحاب.

(١) المحصول ٥٤٩/٢ وما بعدها، المعالم في أصول الفقه ص ١٨٣.

(٢) كشف الأسرار علي أصول البيدوي ٣٧٩/٣.

(٣) الاستقراء: عبارة عن تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها علي أمر يشمل تلك الجزئيات، وينقسم إلي تارة وناقص، فالاستقراء التام: إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي علي الاستفراق مثاله: كل صلاة فإما أن تكون مفروضة أو نافلة، وأيهما كان فلا بد وأن تكون مع الطهارة، فكل صلاة لابد وأن تكون مع طهارة.

والحكم في هذا النوع: أنه يفيد القطع، وذلك لأن الحكم إذا ثبت لكل فرد من أفراد شيء علي التفصيل، فهو لا محالة ثابت لكل أفراد علي الإجمال، والاستقراء الناقص: وهو عبارة عن إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته من غير احتياج إلي جامع. ومثاله: التمساح يحرك الفك الأعلى عند الضغ فإنه بذلك يخالف سائر الحيوانات في تحريكها الفك الأسفل.

والحكم في هذا النوع: اختلف فيه، والأصح أنه يفيد الظن الغالب، ولا يفيد القطع لاحتمال تخلف بعض الجزئيات عن الحكم - كما في المثال السابق، انظر: البحر المحيط للزركشي ٦/٨ - ٧. جمع الجوامع بحاشية البناني ٣٤٥/٢، شرح الكوكب المنير ٤/٤١٧، شرح طلعت الشمس ٢/١٨٣، قواعد الرصود شرح مسلم الثبوت ٢/٣٥٩.

ببني أن ما جاء به الشرع الإسلامي من أحكام مختلفة تؤكد العمل باستصحاب الحال^(١).

الاجتهاد:

وبيان ذلك: أن الحكم متي ثبت شرعا، فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدينية، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد، فمتي طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به، فالظاهر عدمه، وكان الحكم بالباقي يضرب اجتهاد منه، فيكون حجة^(٢).

٧- قواعد الشرع:

احتجوا أيضا بقواعد الشرع منها:

أ- أن قواعد الشرع دالة علي استصحاب الحال، فمن قال لا إله إلا الله، محمد رسول الله حرم دمه وماله مدة حياته، ولو لم يسمع منه نطق بالتشهد بعدها أبدا حتى يصح ارتداده، وهو معني الاستصحاب.

ب- الحكم في الأشياء الطاهرة ببقاء طهارتها حتي يصح تنجيسها.

ج- الحكم في الأشياء المحرمة ببقائها علي حرمتها حتي يصح تحليلها بوجه شرعي، ففي هذه الأحوال وغيرها كثير اعتبر الشارع استصحاب الحال، وهو معني كونه حجة^(٣).

٧- وأخيرا فإن البداهة تقضي باستصحاب الحال، فإننا إذا خرجنا من الدار -

مثلا - فإن اعتقاد بقاءها علي ما كانت عليه يكون راجحا علي اعتقاد تغييرها عما كانت عليه، وبدل ذلك علي كون اعتقاد البقاء راجحا، وإذا ثبت أن رجلا معيننا تزوج امرأة معينة فالبداهة توجب الحكم بالزوجية حتي يثبت الطلاق وهكذا^(٤).

(١) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٣٥.

(٢) كشف الأسرار علي أصول البيدوي ٣/٣٧٦، وكشف الأسرار للنسفي ٢/٢٧١، والبحر المحيط للزركشي ١٥/٨.

(٣) شرح طلعت الشمس ٢/١٨٠.

(٤) المعالم في أصول الفقه ص ١٨٣، وتخرج الفروع علي الأصول للزنجاني ص ١٧٢، وأصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٣٥.

المطلب الثاني

أدلة المذهب الثاني

وأصحاب هذا المذهب وهم: أكثر الحنفية، والمتكلمين وبعض أصحاب الشافعي، وأبو الحسين البصري من المعتزلة وأبو الخطاب من الحنابلة القائلون بأن الاستصحاب ليس بحجة مطلقا، وقد استدلوا علي مذهبهم بأدلة عقلية متعددة منها:

الدليل الأول: أن الاحتجاج باستصحاب الحال يؤدي إلي التعارض والتكافؤ في الأدلة، فإن من استصحب حكما من صحة فعل له أو سقوط فرض كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته كما لو قيل: إن المتيمم إذا رأى الماء قبل الصلاة وجب عليه التوضي، فكذلك إذا رأى بعد دخوله في الصلاة باستصحاب ذلك الوجوب، فإن للخصم أن يعارض ذلك بأن الإجماع قد انعقد علي صحة شروعه في الصلاة، وانعقاد الإحرام، وقد وقع الاشتباه في بقاءه بعد رؤية الماء في الصلاة، فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب، وما أدى إلي هذا التعارض يكون باطلا^(١).

ونوقش هذا: يمنع التكافؤ وذلك لأن موضع الخلاف غير موضع الإجماع - فلا يجوز الاحتجاج بالإجماع من غير علة، - وأيضا - لأن المستصحب للحال ليس معه في موضع الخلاف دليل من جهة العقل ولا من جهة الشرع^(٢).

الدليل الثاني: أن ثبوت الحكم في الزمان الثاني يفتقر إلي دليل، وثبوت الحكم بلا دليل باطل، وبناء علي ذلك يكون الاستصحاب باطلا ولا يكون حجة، وهو المطلوب.

بيان ذلك: أن موجب الوجود ليس موجب البقاء، فإن البقاء استمرار الوجود وصفته، وعلة الموصوف لا يجب أن يكون علة لصفته، فوجود الدليل الذي دل علي الحكم ابتداء لا يلزم منه بالضرورة أن يدل علي استمرار هذا الحكم وبقائه في الزمان الثاني، لأن وجود الشيء ابتداء وبقائه في الزمان الثاني أمران متغايران، ولا تلازم

(١) قواطع الأدلة للسعدي ٣٨/٢، كشف الأسرار للخازني ٣٧٩/٣ - ٣٨٠.

(٢) شرح الكوكب المنير ٤٧/٤، الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ١٤٠.

بينهما، فموجب الوجود ليس موجب البقاء، وحيث ثبت أن البقاء لا دليل عليه كان القول ببقائه قولاً بغير دليل، فلا عبرة به.

قال الكمال بن الهمام: «وليس عندنا إلا العلم بوجود الموجب للوجود، فلو كان يلزم كون موجب الوجود موجب البقاء، كان ذلك دليلاً علي البقاء، وحيث لم يلزم لم يكن للبقاء دليل»^(١).

ورد هذا الدليل: بأن الحكم في الزمان الثاني ثبت بواسطة استصحاب الزمان الأول، فهو إثبات له بالدليل، والقول بأن الاستصحاب ليس حجة ودليلاً هو عين المتنازع فيه، فلا يقبل^(٢).

الدليل الثالث: أن الاحتجاج بالاستصحاب مبني علي أن الأصل في كل شيء دوامه واستمراره، فلو كان الأصل في كل شيء استمراره لكان حدوث جميع الحوادث علي خلاف الدليل المقتضي لاستمرار عدمها وهو خلاف الأصل.

ورد هذا: بأن الحوادث إنما خالفنا فيها الأصل، لوجود السبب الموجب للحدوث، ونفي حكم الدليل مع وجوده لمعارض أولي من إخراجها عن الدلالة، وإبطاله بالكلية مع ظهور دلالاته^(٣).

الدليل الرابع: أنه لو كان الأصل في كل شيء بقاءه واستمراره، لكانت بينة النفي لاعتزادها بهذا الأصل أولي من بينة الإثبات، واللازم باطل، فبطلت حجية الاستصحاب أما الملازمة: فلأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية، فيكون الظن الحاصل بها أقوى.

وأما وجه بطلان اللازم: فلأن البينة لا تعتبر من النافي، وهو المدعي عليه، وتقبل من المثبت باتفاق.

ورد هذا: بعدم تسليم كون بينة النفي مؤيدة باستصحاب الحال، لأنه لا يأتي التأييد إلا إذا حصل الظن بما شهدت به كلتا البينتين، بينة المثبت وبينة النافي، ثم

(١) تيسير التحرير ١٧٧/٤، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٣٥٩/٢.

(٢) تيسير التحرير ١٧٧/٤.

(٣) الاحكام للأمدى ١٧٧/٤.

تأيد إحداهما بعد ذلك بالاستصحاب، وكل هذا غير متحقق هنا، لأن الظن لم يحصل إلا ببينة المثبت دون بينة النافي.

وأما انحصار الظن في بينة المثبت، لأنها هي المعتبرة شرعا دون بينة النافي بدليل حديث البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال: (كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختمنا إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال: (شاهداك أو يمينه)^(١).

وبدليل حديث البيهقي باسناد صحيح أن النبي - صلي الله عليه وسلم - قال: (البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر)^(٢).

وبناء علي هذا: فإن هذا الاستدلال فيه خروج عن محل النزاع، لأن فيه عملا بالاستصحاب في حكم مناقض لما ثبت بالنص^(٣).

الدليل الخامس: أن استمرار العدم في مقام الدفع، لثبوت أمر طاريء علي ما تحقق وجوده، إنما هو أمر مبني علي ظاهر الحال، وهو إبقاء ما كان علي ما كان، فإن العقل إذا تردد بين بقاء الشيء وزواله، ولم يكن عنده ما يدل علي الزوال، كان الراجح من الاحتمالين عنده البقاء، ومع هذا الاحتمال لا يثبت كونه دليلا.

ورد هذا: بأن الحكم بالبقاء أمر ضروري لتصرفات العقلاء، إذ لولاه لما صدرت عنهم، وذلك كإرسال الرسل والكتب والهدايا من بلد إلي بلد الي غير ذلك، ولولا الحكم الظني ببقاء المرسل اليه، لأدي إلي منعها، فثبت أن البقاء هو الراجح، وهو المطلوب^(٤).

(١) ولفظه: «عن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختمنا إلي رسول الله - صلي الله عليه وسلم - فقال: «شاهداك أو يمينه» فقلت: أنه إذن يحلف ولا يبالي فقال: (من حلف علي يمين يقتطع به مال أمريء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان).

الشوكاني في نيل الأوطار وقال: متفق عليه ٣٠٢/٨ باب استحلال المنكر إذا لم تكن بينة.
(٢) لم يخرجها أحد من أصحاب الكتب الستة سوى الترمذي يلفظ (البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه)، حديث رقم ١٣٤١ باب ما جاء في أن البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه.

وأخرجه البيهقي بهذا اللفظ باسناد صحيح البيهقي ٢٥٣/١٠، وسبل السلام ١٧٤/٤.
(٣) الإحكام للأمدني ١٧٧/٤، شرح طلعت الشمس ١٨١/٢ - ١٨٢، الموجز في أصول الفقه ص ٢٦٥-٢٦٦.

(٤) تفسير التحرير ١٧٧/٤، فوائح الرحمون شرح مسلم الثبوت ٣٦٠/٢.

الدليل السادس: أن القياس جائز، وجوازه يستلزم ظن بقاء الأصل، لأن القياس رافع لحكم الأصل اتفاقا، بدليل أنه يثبت أحكاما لولاه لكانت باقية علي نفيها، وعلي هذا فلا يحصل الظن ببقاء حكم الأصل إلا عند انتفاء قياس يرفعه، ولا سبيل إلي الحكم بذلك الانتفاء، لعدم تناهي الأصول التي يمكن القياس عليها، فمن أين للعقلاء الإحاطة بنفيها، فالحكم بانتفائه مع الجواز تحكّم، وعلي هذا ينتفي ظن بقاء الحكم.

ورد هذا: بأن الفرض فيما بحث فيه العالم عن الأصول، ولم يجد أصلا يشهد برفع حكم الأصل، ولا شك أن انتفاء القياس الراجع - حينئذ - هو المظنون، ومجرد الاحتمال لا يضر^(١).

المطلب الثالث

أدلة المذهب الثالث

وأصحاب هذا المذهب: هم متأخروا الحنفية كالقاضي أبي زيد الدبوسي والسرخسي والبزدوي القائلون: بأن الاستصحاب يصلح حجة للدفع فقط، ولا يصلح حجة للإثبات وقد استدلووا لمذهبهم بما يأتي:

١- أن وجود الشيء ليس بعلة لبقائه، بل يبقى لعدم ما يزيله كالمملك في باب البيع، والحل في باب النكاح، وعلي هذا فمن أراد إثبات إدامة الحالة الماضية في المستقبل لثبوته في الماضي، وثبوته لا يوجب بقاءه كان محتجا بلا دليل.

يؤيد ذلك: أن الثابت لا يزول إلا بدليل بالإجماع، فإن كان الاختلاف في الزوال اختلافًا في دليله، فالذي يدعي الزوال يدعي دليلا، والآخر ينكره، فلا يكون إنكاره حجة علي غيره، كما أن دعوي هذا لا يكون دليلا عليه، فثبت أن مستصحب الحال منسب بإنكار الدليل بلا دليل^(٢).

(١) شرح العضد علي مختصر المنتهي لابن الحاجب ٢٨٥/٢ - ٢٨٦، بحوث في الأدلة المختلف فيها للاستاذ الدكتور/ محمد السعيد علي عبد ربه ص ٢٢.

(٢) كشف الأسرار ٣٨١/٣، وقواطع الأدلة ٣٨/٢.

ورد هذا: بأن الاحتجاج بالأخيار والنصوص صحيح، وثبوت النص حجة لا توجب البقاء، فلا يمنع الانتساح بنص آخر، ومع ذلك بقي الحكم، فكان ذلك دليلاً على العمل بالاستصحاب^(١).

٢- أن الدليل الموجب للحكم السابق، لا يدل علي تحقق البقاء من هذا الدليل، ولهذا كان الاستصحاب حجة للدفع أي النفي، وأما الإثبات فهو محتاج إلي دليل آخر يثبت به وببقية، إذ بقاء الشيء غير وجوده، فقد يكون الشيء موجب لوجود شيء دون استمراره، ولهذا فحكم المفقود متغير عن أنصار هذا المذهب، لأنهم يعتبرون الاستصحاب حجة في الدفع، فيحكمون بحياته، فلا تحل إجارته ولا تنفذ وصيته أي أن اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع يمنع أن تزول عنه الحقوق التي كانت ثابتة له بالحكم الأصلي قبل فقده.

وأما الإثبات فلا يعتبرون الاستصحاب فيه، فلا يحقق الاستصحاب للمفقود حقوقاً جديدة، فلا يحكمون بتوريث المفقود من قريبه الميت، لأن الإرث من باب الإثبات وحياة المفقود غير معلومة بيقين، فلا يرث قريبه^(٢).

ورد هذا: بأن بقاء الموجود في الحقيقة ثابت بإبقاء الله تعالى إياه إلي زمان وجود المزيل لأن حجية الاستصحاب موقوته علي كون موجب الوجود موجب البقاء، لأن حاصله - الاستصحاب - إبقاء ما قد تحقق لموجب علي ما كان، وليس عندنا إلا العلم بوجود الموجب للوجود، ولما كان موجب الوجود موجباً للبقاء كان ذلك دليلاً علي البقاء، فإن استمرار العدم في مقام الدفع لثبوت أمر طاريء إنما هو أمر مبني علي ظاهر الحال، وهو إبقاء ما كان علي ما كان، فإن العقل إذا تردد بين بقاء الشيء وزواله، ولم يكن عنده ما يدل علي الزوال كان الراجح من الاحتمالين عنده البقاء وهو المطلوب^(٣).

(١) قواطع الأدلة للسمعاني ٣٨/٢.

(٢) شرح التلويح ١٠٢/٢، أصول البيزدوي بهامش كشف الأسرار ٣٨٠/٣، وتيسير التحرير ١٧٧/٤، وأصول الفقه لعباس حماده ص ٢٦٣.

(٣) تيسير التحرير ١٧٧/٤.

ولو سلم بأنه لم يحصل العلم بالبقاء، فقد حصل الظن الغالب به بالاجتهاد في طلب المزيل وعدم الظفر به، والدليل الظني حجة في الشرع كاليقين، فيصح الالتزام به علي الغير كما يصح بالقياس^(١).

يقول الشيخ الرهاوي: «فالحق أن البقاء هو استمرار للوجود وعدم زواله، أي ليس معني زائدا علي وجود الشيء حقيقة بل اعتباراً»^(٢).

المطلب الرابع

أدلة المذهب الرابع

استدل القاضي علي أن الاستصحاب حجة علي المجتهد فيما بينه وبين الله تعالى وليس حجة علي غيره في مجلس المناظرة بما يأتي:

أولاً: أن المجتهد لم يكلف إلا ببذل أقصى ما في مقدوره وسعه من النظر علي العادة، فإذا علم بتحقيق شيء، ولم يجد دليلاً ينفيه غلب علي ظنه بقاء ما تحقق أولاً، والعمل بالظن واجب، فكان حجة علي المجتهد فيما بينه وبين الله تعالى.

ثانياً: واستدل علي أن الاستصحاب ليس حجة في باب المناظرة: بأن المتأمل مهما بالغ في النظر، فللخصم أن يقول: قام الدليل عندي بخلافه، لأنه جائز بالاتفاق نفاوت الناس في العلم بالأدلة، ويجوز أن يعلم خصمه دليلاً لم يبلغه ومن ادعي أنه علم كل شيء لا يناظر ويكون متعنناً جاهلاً.

وبالتأمل والاجتهاد لا يبلغ المرء درجة يعلم لها يقيناً أنه لم يخف عليه شيء من الأدلة، بل يبقى احتمال خفاء بعض الأدلة عليه قائماً، ومع هذا الاحتمال لا يمكن أن يحتج به علي غيره^(٣).

ونوقش هذا الدليل: بأن قبول الدليل أثناء المناظرة غير موقوف علي قطع

(١) كشف الأسرار ٣٨١/٣، شرح التلويح ١٠٢/٢.

(٢) حاشية الرهاوي ص ٧٩٧.

(٣) التلخيص في أصول الفقه ١٣٠/٣، والبحر المحيط ١٦/٨، والابهاج في شرح المنهاج ١٧١/٣، أصول السرخسي ٢٢٤/٢، ٢٢٥.

المستدل به، بل يكفي فيه الظن، وحينئذ ينتزل الظن منزلة العلم في حق العمل، لأنه ظن استند إلي بحث واجتهاد.

فإذا أقام خصمه دليلاً علي وجود المنافي للبقاء وجب علي المستدل حينئذ أن يحكم بانقطاع استمرار الحكم، وليس هذا مما نحن فيه.

أما إذا لم يقم الخصم دليلاً علي وجود المنافي للبقاء، بل استند إلي مجرد الاحتمال فإنه يكون مكابراً، والحجة في قول غيره^(١).

المطلب الخامس

الترجيح

هذه هي آراء العلماء ومذاهبهم في حجية الاستصحاب تم - بحمد الله وتوفيقه - عرضها ومناقشتها، ومن خلال ذكر أدلة كل فريق وإمعان النظر فيها يتبين لنا بوضوح أن الراجح الذي أميل إليه هو مذهب الجمهور القائل: بأن الاستصحاب حجة مطلقاً في الدفع والإثبات، لأن الأدلة التي استند إليها المخالفون لا تقوي علي معارضة ما استند إليه الجمهور، فإن الأدلة المعقولة لا تقوي علي معارضة ما ثبت بالكتاب والسنة المطهرة والإجماع والعقل وقواعد الشرع والاستقراء، هذا فضلاً علي أن البدهة تحكم بالاستصحاب وأن مقررات النقول من ناحية وجود الأشياء ووجود أوصاف الأشياء والأشخاص تسير علي الحكم باستصحاب الحال فالطالب - مثلاً - تثبت له صفة طلب العلم إذا دخل كلية، ويستمر ذلك الوصف بالاستصحاب حتي يقوم الدليل علي خلافه، وليس في حاجة إلي أن يثبت ذلك في كل عام وكل شهر مثلاً، وإذا خرجنا من دار فإن اعتقاد بقاءها علي ما كانت عليه يكون راجحاً علي اعتقاد تغييرها وهذا هو عين الاستصحاب^(٢)، كما أن الفقهاء بأسرهم علي كثرة اختلافهم اتفقوا علي أنا متي تيقنا حصول شيء وشككنا في حدوث المزيل، أخذنا بالمتيقن، وهذا عين الاستصحاب، لأنهم رجحوا بقاء الباقي علي حدوث الحادث^(٣).

(١) المراجع السابقة.

(٢) المعالم في أصول الفقه ص ١٨٣ - ١٨٤ وبحوث في أصول الفقه للأستاذ الدكتور/ محمد السعيد عبد ربه ص ١٨.

(٣) المحصول ٥٥٩/٢.

يضاف إلي ذلك: أن الاستصحاب مجال خصب للمجتهدين، يجعل الفقهاء في سعة ويخلصهم من مواقف الحيرة، ويرفع عنهم الحرج ويفتح لهم طرقاً متعددة يصدرون بها الفتوي في يسر وينفذون منها إلي الفصل في القضايا في سرعة، كما أن القول بالاستصحاب وإنه حجة شرعية فيه الدلالة علي سماحة الإسلام، وأنه دين الفطرة الذي لا يشعر المستظنون به بحرج فيما شرع لهم من أحكام^(١).

وأخيراً: فإن الاستصحاب له اعتبار في بعض القوانين الوضعية، والمبديء التشريعية، إذ أن القول: «بأن المتهم بريء حتي تثبت إدانته» مبني علي استصحاب البراءة الأصلية، والقول بأن: «الحيازة في المنقول سند الملكية، استصحاب لوضع اليد الثابت الذي لم يجد ما يغيره^(٢)».

هذا وقد سبقني إلي ترجيح ما ذهبت إليه كثير من علماء الأصول وأساتذتنا الأعلام^(٣) نفعنا الله بعلمهم، آمين.

(١) أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ٢٠٥.

(٢) أصول الفقه لعباس حمادة ص ٢٦٤ - ٢٦٥.

(٣) المحصول للرازي ٥٥٨/٢ - ٥٥٩، والإحكام للآمدي ١٧٢/٤، وعلم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٢، وبحوث في الأدلة المختلف فيها لأستاذنا الدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٢٢، وبعد هذا الترجيح لرأي الجمهور فقد قال الإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني في كتابه إجابة السائل شرح بغية الأمل ص ٢١٨ ما نصه: «والتحقيق عندي أنه إن أريد بالاستصحاب أنه دليل، فرسم الدليل هو: ما يمكن بصحيح النظر فيه التوصل الي مطلوب خبري، واستصحاب الدليل أي التمسك به حتي يأتي ما يرفعه لا يصدق عليه رسم الدليل».

وإن أريد العمل باستصحاب الدليل، فلا ريب أن العمل به متعين لا يجوز خلافه حتي يأتي رافعه، وهو الحق، وما وقع من النزاع والجدال إنما كان عن غفلة عن حقيقة الدليل» فتأمل.

خاتمة

في بيان كون الاستصحاب

لا يثبت حكماً جديداً

يقول العلماء: إن الاستصحاب آخر مدار الفتوي، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع ثم في القياس، فإن لم يجد يأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته (١).

والواضح من كلام العلماء هذا: أن الاستصحاب مهما قيل في تعريفه وذكر أنواعه ومدي حجية كل نوع، فإنه آخر أمر يلجأ إليه المجتهد عند النظر في الحادثة أو الأمر الذي يريد معرفة حكمة، فهو آخر الأدلة التي يفزع إليها المجتهد لمعرفة الحكم الشرعي في الوقائع التي تعرض له، وذلك بعد النظر في الحادثة والبحث عن دليل خاص بها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، فإن وجد الدليل الخاص بالحادثة في واحد منها عمل به، وإن لم يجد لجأ المجتهد إلى العمل بالاستصحاب.

وبناء علي ما سبق: فالاستصحاب لا يثبت حكماً جديداً، ولكن يستمر به الحكم الثابت بدليله الدال عليه كالإباحة الأصلية أو العدم الأصلي، أو حكم الشرع بشي، بناء علي وجود سببه، فالاستصحاب يصلح حجة لإبقاء ما كان علي ما كان لا لإثبات أمر لم يكن كما صرح بذلك العلماء (٢).

ومن هنا أستطيع أن أقول: إن الاستصحاب ليس دليلاً مستقلاً ولكنه حكم الدليل الأصلي الذي لم يثبت عن المجتهد ما يدل علي وجود غيره أو وجود ما غيره فلو عارضه دليل آخر قدم عليه، والله أعلم.

(١) إرشاد الفحول ص ٢٠٨.

(٢) أصول الفقه لزكي الدين شعبان ص ٢٠٣، أصول الفقه لعباس حماده ص ٢٦٤.

الفصل الرابع

أثر استصحاب الحال في فروع الفقه الإسلامي

ترتب علي اختلاف الأصوليين في حجية الاستصحاب ما بين قائل بالحجية مطلقاً في النفي والإثبات، والنافي للحجية مطلقاً ومن أخذ به في النفي دون الإثبات آثاراً كثيرة في فروع الفقه الإسلامي، وسيوضح من خلال العرض لبعض هذه الفروع مدي انعكاس آراء العلماء السابق بيانها بشأن حجية الاستصحاب واعتباره دليلاً شرعياً يمكن الاستناد إليه في استنباط الأحكام الشرعية من عدمه علي الفروع الفقهية التي تعتبر أمثلة تطبيقية علي الخلاف في حجية الاستصحاب، وساقصر الكلام علي عشر فروع لما لها من صلة وثيقة بالاستصحاب وسوف أخصص لكل فرع بحث مستقل والله الموفق.

البحث الأول: الصلح علي الإنكار.

البحث الثاني: ميراث المفقود.

البحث الثالث: مطالبة الشفيع بالبيننة علي ثبوت الملك.

البحث الرابع: حكم الوضوء مما يخرج من الجسد من غير السبيلين.

البحث الخامس: الطلاق الواقع بالإيلاء.

البحث السادس: الإفطار استناداً إلي الشك في غروب الشمس.

البحث السابع: التسحر استناداً إلي الشك في طلوع الفجر.

البحث الثامن: أكل الصيد المعلم من فريسته.

البحث التاسع: نكول المدعي عليه عن اليمين.

البحث العاشر: الجنابة علي الشعور الخمسة.

المبحث الأول

الصلح علي الإنكار

من المقرر والثابت عند العلماء أن الصلح^(١) علي غير الإنكار جائز^(٢) وإنما الخلاف بينهم واقع بشأن الصلح علي الإنكار.

وقد أوضح صاحب الهداية الحنفي أن الصلح علي ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار و صلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعي عليه ولا ينكر و صلح مع إنكار^(٣).

وكل نوع من ذلك لا يخلو إما أن يكون بين المدعي والمدعي عليه، وإما أن يكون بين المدعي والأجنبي المتوسط، فإن كان بين المدعي والمدعي عليه فكل واحد من الأنواع الثلاثة مشروع عند الحنفية والمالكية والحنابلة^(٤)، وقال الشافعي - رحمه الله - المشروع هو الصلح عن إقرار لا غير وهو قول الظاهرية^(٥).

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الخلاف واقع بين العلماء في الصلح علي الإنكار، وحاصل الخلاف ينحصر في مذهبين:

المذهب الأول: ويرى أنصار هذا المذهب أن الصلح علي الإنكار جائز، واليه ذهب الجمهور مالك وأبو حنيفة وأحمد وغيرهم.

فقد جاء في بداية المجتهد: «واختلفوا في جواره، علي الإنكار، فقال مالك وأبو حنيفة: يجوز علي الإنكار»^(٦).

(١) الصلح في اللغة ضد الفساد وبابه دخل، والصلاح بالكسر مصدر المصالحة والاسم: الصلح يذكر ربه، مختار الصحاح ص ٣٦٧، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله: انتقال عين حق أو دعوي بمعرض لربع نزاع، أو خوف وقوعه (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٧٩/٥).

(٢) قوانين الأحكام الشرعية (ابن جزى ص ٣٥٤).

(٣) الهداية ١٩٢/٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاتاني ٤٠/٦، والمعونة علي مذهب مالك ١١٩١/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٠، وكشف الأسرار علي أصول البزدوي ٣٧٨/٣، وتيسير التحرير ١٧٨/٤، والهداية ١١٢/٣، والتلويح والتوضيح ١٠٢/٢، وسبل السلام ٧٧/٣.

(٥) مغني المحتاج ٣٧٩/٢ - ١٨٠، وروضة الطالبين ١٩٨/٤، والمحلي لابن حزم ٤٠٩/٨.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد ٢٦٣/٢ - ٢٦٤.

وقد استدلل الجمهور لمذهبهم بما يأتي:

١- الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: «والصلح خير»^(١).

وجه الاستدلال من الآية: أن الله سبحانه وتعالى وصف جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل.

٢- السنة:

استدلوا بعموم قوله - صلي الله عليه وسلم - : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً^(٢).

وجه الاستدلال من الحديث: أن الصلح مع الإنكار يدخل في هذا العموم، وتأولوا قوله (أحل حراماً) أي لعينه كالخمر كما تأولوا قوله (أو حرم حلالاً) أي لعينه كالصلح عن أن لا يطأ الضرة^(٣).

٣- الإجماع:

فقد روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال: (ردوا الخصوم حتي يسطحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن)^(٤).

فقد أمر رضي الله عنه - برد الخصوم إلي الصلح مطلقاً، وكان ذلك بمحض من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً^(٥)، كما روي في ذلك عن عثمان وابن مسعود ولا مخالف لهما^(٦).

(١) من الآية رقم ١٢٨ من سورة النساء.

(٢) أخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام باب في الصلح ٧٨٨/٢، والترمذي في الأحكام باب ما ذكر من رسول الله - صلي الله عليه وسلم - في الصلح بين الناس، وقال: حسن صحيح حديث رقم ١٣٥٢.

(٣) المعونة ١١٩١/٢، والهداية ١٩٢/٣.

(٤) قول سيدنا عمر رضي الله عنه - أخرجه البيهقي في كتاب الصلح باب ما جاء في التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح علي الإنكار ٦٦/٦.

(٥) المعونة ١١٩١/٢.

(٦) بدائع الصنائع للكاتاني ٤٠/٦.

٤- المحقول:

١- أن المدعي عليه لا يخلو أن يكون محققا في إنكاره أو مبطلا، فإن كان مبطلا فقد أحسن إذ لم يحلف علي باطل ودفع الحق، وإن كان محققا فقد دفع عن نفسه شر المدعي ونزه نفسه عن اليمين التي تثقل علي أهل المروءات والدين.

٢- أنه يجوز أخذ الاعتياض عما ادعاه في زعمه، لأنه لا يلزم من براءة الذمة قبل الدعوي براءتها بعدها، لأن البراءة دافعة للدعوي وليست حجة علي المدعي وما دامت الذمة لم تثبت براءتها بعد الدعوي فهي مشغولة بالدين، فالصلح يجوز لدفع الخصومة وقطع المنازعة.

٣- أن قول المدعي معتبر في حقه دون خصمه، وإنكار خصمه ليس بمعتبر في حق المدعي، فكانا سواء في أنهما ليسا بحجتين في حق كل واحد منهما، فجزوا الصلح في حق المدعي اعتياضا عن حقه، وفي حق المنكر افتداء ليمينه وقطعا للخصومة عنه، لأن خبر كل واحد منهم حجة في حق نفسه، فلو لم يجز الصلح لكان قول المنكر حجة علي المدعي^(١).

٤- أن الصلح شرع للحاجة إلي قطع المنازعة والخصومة، والحاجة إلي قطعها في التحقيق يكون عند الإنكار، لأن الإقرار مسالمة ومساعدة، والإنكار منازعة ومشاحنة فكان أولى بالجواز.

المذهب الثاني:

ويري أنصار هذا المذهب أن الصلح علي الإنكار لا يجوز وإليه ذهب الشافعي والظاهرية.

فقد جاء في المحلي: «لا يحل الصلح البتة علي الإنكار...»^(٢).

(١) كشف الأسرار للبخاري ٣/٣٧٨، وكشف الأسرار للنسفي ٢/٢٧٠، وشرح التلويح علي التوضيح ٢/١٠٢، وتيسير التحرير ٤/١٧٨، وقواطع الأدلة للسمعاني ٢/٤٣، والمعونة ٢/١١٩٢.

(٢) المحلي لابن حزم ٨/٤٠٩، روضة الطالبين ٤/١٩٨، ومعني المحتاج ٢/٣٧٩، وكشف الأسرار للبخاري ٣/٣٧٨، والبحر المحيط ٨/٣٥، وقواطع الأدلة ٢/٤٢، وشرح التلويح ٢/١٠٢، وتخريج الفرع علي الأصول للزنجاني ص ٨٠.

واستدل الشافعي ومن معه علي عدم صحة الصلح علي الإنكار بما يأتي:

١- الكتاب:

استدلوا بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»^(١).

وجه الاستدلال من الآية: أن الصلح علي الإنكار من أكل أموال الناس بالباطل من غير عوض، لأن المدعي إن كان كاذبا فقد استحل المدعي عليه ماله، وإن كان صادقا فقد حرم علي نفسه ماله، وكلاهما حرام لقوله صلي الله عليه وسلم «إلا صلحا أهل حراما أو حرم حلالا».

٢- السنة:

استدلوا بقوله - صلي الله عليه وسلم - «لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيبة من نفسه»^(٢).

وجه الاستدلال من الحديث: أن الرسول - صلي الله عليه وسلم - نفي الإحلال عن مال الغير إلا إذا كان بطيب منه، والصلح لا يطيب به مال الخصم مع إنكار الصالح، لأنه يدعي عليه عينا أو دينا، فيصلح ببعض العين أو الدين مع إنكار خصمه، فإن الباقي لا يطيب له بل يجب عليه تسليمه.

ويجاب عن هذا الاستدلال: بأن الرضا بالصلح مشعر بطيبة النفس، فلا يكون أكل المال به من أكل أموال الناس بالباطل، وعقد الصلح بالرضا صار في حكم عقد المعاوضة فيحل له ما بقي^(٣).

٢- الاستصحاب:

وجهه: أن الإنسان قبل الصلح منكر، والأصل براءة الذمة عن الحقوق، لأن الذمة خلقها الله فارغة، والشغل لا يكون إلا بعارض، والتمسك بهذا الأصل وهو

(١) من الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٢) رواه العجلوني في كشف الخفاء ٢/٣٧٠، ولفظه «لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب نفسه».

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٩٤، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٥٥، سبل السلام ٣/٧٧.

المبحث الثاني

ميراث المفقود

المفقود هو: من غاب عن وطنه وطالت غيبته وخبره وجهل حاله فلا يدري أحي هو أو ميت^(١)، وقد اختلف العلماء فيه من حيث اعتباره حيا، فلا توزع تركته ولا يرثه أحد، ويرث هو غيره، ولا تطلق زوجته أم يعتبر ميتا فتوزع تركته ولا يرث ويرثه غيره وتطلق زوجته.

وللعلماء في هذه المسألة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب الإمام مالك والشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى أن المفقود تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل علي وفاته أو يمضي من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله أبدا، وعلي هذا فلا يرث ماله ولا تنزوج إمرأته، بل تستمر علي ذمته ولا تؤخذ وديعته من مودعه وتظل الحقوق التي كانت قبل فقده علي ملكيته، وهو بهذا يعتبر حيا في حق نفسه.

وأما في حق غيره، فهو يعتبر كذلك حتى يقوم الدليل علي وفاته، فيعامل في مواجهمهم بالأسوأ، بمعنى أن من يحجب بوجود المفقود لا يعطي شيئا حتى يتبين حاله، ومن ينقص منهم حقه بحياته قدر فيه حياته، أو ينقص إن قدر موته قدر موته وهكذا، وأما هو فلا يحكم له بشيء من الميراث وإنما توقف حصته حتى يتبين حياته أو موته، فإن ثبتت حياته أعطي نصيبه وإلا أعيد توزيع نصيبه علي مستحقيه من الورثة^(٢).

يقول الماوردي في كتابه الحاوي الكبير: «ولو مات المفقود ميت يرثه المفقود، ووجب أن يوقف من توكته ميراث المفقود حتى يتبين أمره، فإن بان حيا كان له وارثا، وإن بان موته من قبل رد علي الباقيين من الورثة، وكذا لو أشكل حاله»^(٣).

(١) التحفة الخيرية علي الفوائد المنشورية ص ٢٠٦، والمعونة ٢/٨٢٠.

(٢) تحفة الطلاب للشيخ زكريا الانصاري ص ٩٢، والفوائد المنشورية ص ٢٠٨، والمعونة ٢/٨٢٠، وشرح التلويح ٢/٢٠٢، وكشف الأسرار للنسفي ٢/٢٧٠، وتيسير التحرير ٤/١٧٨، شرح طلعت الشمس ٢/١٨٠، وبداية المجتهد ٢/٥٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢٢٨.

(٣) الحاوي الكبير للإمام الماوردي ١٠/٢٤٩ - ٢٥٠.

البراءة، كما يدفع الدعوي عن المدعي عليه، يتعدي إلي المدعي في إبطال دعواه، وصار كأنه أقام بينة علي أن ذمته فارغة عن حق الغير، فلا صلح علي الإنكار^(١).

وقد أجيب عن هذا الدليل من قبل الحنفية فقالوا: إن البراءة الأصلية دافعة للدعوي، وليست حجة علي المدعي بل صار دعوي المدعي أن المدعي به حقي وملكي معارضا لإنكار المنكر علي السواء، فإنه خبر محتمل أيضا، فكما لا يكون خبر المدعي حجة علي المدعي عليه في إلزام التسليم إليه لكونه محتملا، فكذلك خبر المدعي عليه لا يكون حجة علي المدعي في إبطال دعواه^(٢).

الترجيح:

وبعد فإن الناظر في أدلة الفريقين - في هذه المسألة - يجد أن كل فريق له أدلته ووجهه وإن كانت هذه الأدلة لم تسلم من المناقشة.

والحق الذي تميل إليه النفس في هذه المسألة التفصيل فيقال: إن كان المدعي يعلم أن له حقا عند خصمه، جاز له قبض ما صولح عليه، وإن كان خصمه منكرا، وإن كان يدعي باطلا فإنه يحرم عليه الدعوي وأخذ ما صولح به.

والمدعي عليه إن كان عنده حق يعلمه وإنما ينكر لغرض وجب عليه تسليم ما صولح به عليه، وإن كان يعلم أنه ليس عنده حق جاز له إعطاء جزء من ماله في دفع شجار غريم وأذيته، وحرم علي المدعي أخذه^(٣).

وبهذا تجتمع الأدلة، فلا يقال الصلح علي الإنكار لا يصح مطلقا، ولا أنه يصح مطلقا بل يفصل فيه، والله أعلم.

(١) البحر المحيط ٨/٣٥، وقواطع الأدلة ٢/٤٢ - ٤٣، وتيسير التحرير ٤/١٧٨، شرح التلويح ٢/١٠٢.

(٢) كشف الأسرار علي أصول اليزدي ٣/٣٧٨.

(٣) سبل السلام للصنعاني ٣/٧٧ - ٧٨.

وقد استدلو علي ما ذهبوا إليه بالاستصحاب وبيانه: أن الأصل حياة المفقود، لأن المفقود قبل فقدته كان حيا، فيستصحب هذا الأصل حتي يقوم دليل علي خلافه، وعلي هذا فتثبت للمفقود صفة الأحياء، فلا يورث إلا بيقين، ويرث هو من مات من أقاربه، لأن الاستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع^(١).

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلي أن المفقود يعتبر حيا في حق نفسه، فلا تزوج امرأته، ولا يقسم ماله، ولا تفسخ إجارته، لأن ملكه كان ثابتا في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره، وغيبوته لا توجب الفرقة، والموت محتمل، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال.

وأما في حق غيره فإنه يعتبر ميتا لا يرث من مات من أقاربه حال غيبته وفقدته وقد احتجوا لمذهبهم - أيضا - بالاستصحاب وبيانه: أن الإرث من باب الإثبات واستصحاب حياة المفقود يمنع أن تزول عنه الحقوق التي كانت ثابتة له بالحكم الأصلي قبل فقدته، إذ اليقين لا يزول بالشك، فتجري عليه أحكام الأحياء فيما كان ثابتا له، لأن الحكم ببقاء هذه الأحكام بناء علي استصحاب الحال، وأنه يصلح حجة للدفع فقط، وأما الإثبات فلا يعتبرون الاستصحاب فيه، ولهذا لا يحقق الاستصحاب للمفقود حقوقا جديدة، فلا يحكمون بتوريث المفقود من قريبه الميت، لأن الإرث من باب الإثبات، والاستصحاب لا يصلح حجة فيه^(٢).

يقول الكمال بن الهمام: «فيرث المفقود من مات ممن يرثه في غيبته عنده أي الشافعي لا غيرهم أي الحنفية، لأن الإرث من باب الإثبات، وحياته بالاستصحاب لا توجب استحقاقه، ولا يورث لأن عدم الررث دفع لاستحقاق الإرث فيثبت الاستصحاب»^(٣).

الرأي الثالث: للإمام أحمد حيث فرق بين من يرجي رجوعه ومن لا يرجي

(١) المراجع السابقة.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٩٢، وبدائع الصنائع للكاساني ١٩٦/٦، شرح التلويح علي التوضيح

٢/٢٠٢، وكشف الأسرار للنسفي ٢/٢٧٠، وشرح طلعت الشمس ٢/١٨٠.

(٣) تيسير التحرير ٤/١٧٨.

رجوعه.

أ- إن كان المفقود يرجي رجوعه بأن كان الغالب علي سفره السلامة كما إذا سافر للتجارة أو نزهة فيوقف ماله، وينتظر به تمام تسعين سنة يوم فقد أو يمضي عليه مدة لا يعيش إلي مثلها أبدا ومرد التقدير إلي الحاكم.

ب- وإن كان المفقود لا يرجي رجوعه بأن كان الغالب علي سفره الهلاك كما إذا كان في سفينة فانكسرت في البحر، أو قاتلوا عدوا ولم يعلم هل هو بمن نجا أو خرج من بين أهله ففقد، فإذا مضى أربع سنين قسم ماله بين ورثته.

وبناء علي ذلك: فإن المفقود يعتبر حيا في حق نفسه وفي حق غيره مدة أربع سنوات فإذا انقضت اعتبر ميتا في حق نفسه وحق غيره، فتوزع تركته، ولا يرث هو من مات من أقاربه^(١).

وقد استدل الإمام أحمد لمذهبه من اعتبار المفقود ميتا مطلقا في حق نفسه وحق غيره بعد مضي أربع سنوات بالقياس.

وروجه: أنهم قاسوا هذه الحالة علي حالة التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنين، والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين الحكم بالتفريق، وأبدوا هذا القياس بقولهم: إن الظاهر هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش إلي مثلها^(٢).

سبب الخلاف في ميراث المفقود:

والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتي يدل الدليل علي غير ذلك. أما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة، فيثبت لها الحيار كما في هذين^(٣).

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢١، ومنار البيل ٢/٨٧، والفوائد الشنشرية علي الرجبية ص ٢٠٩.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٣٢١، ومنار السبيل في شرح الدليل ٢/٨٧.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٥٢.

المبحث الثالث

مطالبة الشفيع^(١) بالبينة علي ثبوت الملك

إذا أنكر المشتري الملك المشفوع به للشفيع كما في الشقص^(٢) إذا بيع من الدار وطلب الشريك الشفعة من المشتري، فأنكر المشتري أن يكون ما في يد الشفيع من الدار ملك الشفيع، بأن قال يدك ليست بيد ملك بل كانت يد إجارة أو إعارة، وأنكر الطالب أن تكون يده يد إجارة أو إعارة، فهل يطالب الشفيع بالبينة علي ثبوت ملك المشفوع منه أولا:

وللعلماء في هذه المسألة رأيان بناء علي اختلافهم في القول بالاستصحاب وعدمه:

الرأي الأول: أن القول قول الشفيع ولا حاجة إلي إقامة البينة علي ثبوت الملك وإليه ذهب الامام الشافعي وزفر^(٣) من الحنفية^(٤).

الرأي الثاني: أن الشفيع يطالب بإقامة البينة علي ثبوت ملك المشفوع منه لتثبت له الشفعة وإليه ذهب الحنفية^(٥).

وجهة نظر الشافعية:

١- أن الشفيع متمسك بالأصل، فإن وضع يده علي المشفوع منه دليل علي ملكه له باعتبار الظاهر، والأصل بقاء الملك، فالشفيع مستصحب للأصل، والتمسك بالأصل يصلح للدفع والالتزام جميعا، وعلي هذا فلا يطالب بالبينة علي ثبوت ملك

(١) الشفعة في اللغة: مشتقة من الشفع وهو الزوج، لأنها ضم جزء إلي جزء، فيصير به شفعا وفي الاصطلاح: عرفها ابن عرفة بقوله: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بشمته (مواهب الجليل ٣١٠/٥، والمصباح المنير ٤٣٢/١، والشفيع هو: كل من يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة.

(٢) الشقص: الجزء من الشيء والتصيب.
٣- زفر هو: زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العبدي ولد سنة (١١٠هـ) أكره علي تولية القضاء من أجل أصحاب أبي حنيفة، توفي سنة (١٥٨هـ)، (الطبقات الكبرى لابن سعد ٢٨٧/٦، والفتح المبين ١١١/١).

(٤) البحر المحيط للزركشي ٣٦٨/٨، وكشف الأسرار للبخاري ٣٧٨/٣، وحاشية نسمات الأسفار ص ٢٢١.
(٥) بدائع الصنائع ١٤/٥، كشف الأسرار للبخاري ٣٧٨/٣، ونسمات الأسفار ص ٢٢١، وتيسير التحرير ١٧٨/٤، وكشف الأسرار للنسفي ٢٧٠/٢، والبحر المحيط للزركشي ٣٦٨/٨.

الشفوع منه لتثبت له الشفعة.

يؤيد ذلك: أن من رأي شيتا في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك، فدل ذلك علي أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر، فكان الملك ثابتا للشفيع ظاهرا.

٢- أن الملك كان ثابتا للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت، وما ثبت يفي إلي أن يوجد المزيل.

وجهة نظر الحنفية:

١- أن التمسك بالأصل لا يصلح ملزما للشفيع، فوجب عليه البينة، لأن الشفعة فرع ثبوت ملك المشفوع منه، وسبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاؤه وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للإلزام علي الغير، والحاجة ههنا إلي الزام المشتري، فلا يظهر الملك في حقه.

٢- أن الثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع فقط لا في حق الاستحقاق علي الغير والحاجة ههنا إلي الاستحقاق في حق المشتري، فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد، لأن اليد دليل الملك ظاهرا، والظاهر للدفع لا للإلزام^(١).

وما تقدم يتضح قوة رأي الشافعية، لأن فيه عمل بالاستصحاب في الدفع والالتزام جميعا مما يجعل الاستصحاب دليلا شرعيا يحتج به عند عدم وجود المغير.

المبحث الرابع

حكم الوضوء مما يخرج من الجسد من غير السبيلين

اختلف الفقهاء بشأن النجاسات التي تخرج من البدن من غير السبيلين كالدّم والقيح والصديد وكل نجس خرج من غير القبل والدبر، هل ينتقض الوضوء بسببها أو لا، وإليك آراء الفقهاء في هذه المسألة:

الرأي الأول: أن الخارج النجس من غير السبيلين ليس يناقض قل ذلك الخارج أو كثر وسواء في ذلك الدم والقيح والقلس^(٢) حتي ولو كان ذلك الخارج من الفم أو غيره

(١) المراجع السابقة.

(٢) القلس: وهو ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه وليس بقيء فإن عاد فهو القيء (سبل السلام ١٥٠/٦).

طالما كان من غير السبيلين^(١).

وإلي هذا الرأي ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي وجماعة من الصحابة والتابعين، يدلنا علي ذلك ما جاء في كتاب المعونة علي مذهب مالك: «ولا وضوء مما يخرج من غير السبيلين من قيء أو رعاف أو غيره لأنه خارج من غير المخرج المعتاد للحدث فأشبهه الدود الخارج من الجرح»^(٢).

وما جاء في كتاب الحاوي الكبير في الفقه الشافعي: «وما خرج من البدن من غير السبيلين لا ينقض الوضوء سواء كان طاهرا كالدموع والبصاق، أو كان نجسا كالقيء ودم الحجاماة والفساد والرعاف، وإنما عليه غسل ما ظهر من النجاسة علي بدنه، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وابن عباس، ومن التابعين: ابن المسيب والقاسم بن محمد، ومن الفقهاء مالك وربيعة وأبو ثور»^(٣).

أدلة هذا الرأي:

استدل أنصار هذا الرأي علي أن الخارج النجس من غير السبيلين ليس بناقض بما يأتي:

١- السنة:

أ- ما رواه أبو هريرة أن النبي - صلي الله عليه وسلم - قال: «لا وضوء إلا من حدث، والحدث أن يَفْسُو أو يَضْرِبُ»^(٤).

فقد اقتضي ظاهر هذا الحديث انتفاء الوضوء عما سوي الحدث إلا بدليل.

(١) ويستثنى من ذلك حالتين ينقض فيهما الوضوء عندهما: الأولي: ما يخرج من ثقبية تحت المعدة بشرط أن يكون المخرج المعتاد منسدا عارضا لا خلقيا، فإنه ينقض الوضوء مطلقا، الثانية: الفم إذا انقطع الخروج من المخرج وصار ببول أو يتغوط من فمه فإنه ينقض عند المالكية، والحالة الثالثة عند الشافعية: خروج المعدة والباسور فإنه ينقض الوضوء مطلقا سواء عادت بنفسها أم أعاده بيده.

(٢) المعونة علي مذهب مالك ١/١٥٧.

(٣) الحاوي الكبير للمارودي ١/٢٤٤ - ٢٤٥.

(٤) الترمذي باب جاء في الوضوء من الريح رقم ٧٤، وابن ماجه باب لا وضوء إلا من حدث ١٧٢/١ رقم ٥١٥، وقال ابو عيسى: حديث حسن صحيح.

ب- عن أنس - رضي الله عنه - قال: احتجم رسول الله - صلي الله عليه وسلم - فصلي ولم يتوضأ ولم يزد علي غسل محاجمه»^(١).

وجه الدلالة: أن هذا الحديث نص في عدم الوضوء من الحجامه وهو دم.

ج- روي ثوبان^(٢) قال: جاء رسول الله - صلي الله عليه وسلم - فسكبت عليه وضوءاً وقلت: يا رسول الله أمن هذا وضوء قال: «لو كان منه وضوء لوجدته في كتاب الله تعالي»^(٣).

٢- القياس: ووجهه: أنه خارج من غير مخرج الحدث المعتاد، فوجب ألا ينقض الوضوء قياسا علي الدود الخارج من المخرج، ولأنها طهارة حكمية تتعلق بالخارج من مخرج الحدث فوجب أن ينتفي عن الخارج من غير مخرج الحدث كالغسل^(٤).

٣- الاستصحاب: ووجهه: أن الشيء الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء استصحابا لما قبل الخروج بأن الشخص قد كان متوضئا قبل خروج هذا الخارج، فيبقي علي ما كان عليه من الطهارة بعد خروجه، فلم يطرأ عليه ما يوجب نقض الوضوء، لأن الموجب لنقض الوضوء هو الخارج من السبيلين، فبقي ما كان علي من كان عليه قبل الخروج، استصحابا للحال التي كان عليها، إذ ليس هناك دليل علي تغيير الحال^(٥).

الراي الثاني: أن الخارج النجس من غير السبيلين ينقض الوضوء إذا خرج من باطن البدن الي ظاهره بحيث يتجاوز موضع خروجه إلا القيء حتي يملا الفم.

وإلي هذا الرأي ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه.

فقد جاء في البدائع: «وأما بيان ما ينقض الوضوء فالحدث وهو نوعان حقيقي

(١) البيهقي في سننه ١/٤١، والدارقطني ١/١٥٧، وضعفه.

(٢) هر: ثوبان بن جندب مولي رسول الله صلي الله عليه وسلم - أبو عبد الله، من أهل السراة والسراة: مكان بين مكة واليمن، أصابه سبأ، فاشتره - صلي الله عليه وسلم - فأعتقه، لازم رسول الله - صلي الله عليه وسلم - في السفر والحضر إلي أن توفي عليه الصلاة والسلام فانتقل إلي الشام ومنها الي حمص وتوفي بها سنة ٥٤هـ، الاستيعاب ١/٢١٨.

(٣) البيهقي ١/١٤٤.

(٤) الحاوي الكبير للإمام المارودي ١/٢٤٧.

(٥) نهاية السؤل للاسنوي ٣/١٣١، ومختصر المنتهي مع شرح المعضد ٢/٢٨٥.

وحكمي، أما الحقيقي فهو خروج النجس من الأدمي الحي سواء كان من السبيلين الدبر والذكر أو فرج المرأة أو من غير السبيلين كالجرح والقرح والدم من الأنف والقيح والرعار والقيء...» (١).

أدلة هذا الرأي:

استدل الحنفية علي أن الخارج النجس من غير السبيلين ينتقض الوضوء بما يأتي:

١- السنة:

أ- ما روي ابن جريج عن عبد الله بن أبي ملكية عن عائشة رضي الله عنها أن النبي - صلي الله عليه وسلم - قال: «من قاء أو فلس فلينصرف وليتوضأ وليبن علي صلاته ما لم يتكلم» (٢).

وجه الدلالة: أن هذا الحديث يستفاد منه أمرين: الأول: وجوب الوضوء بخروج النجس من غير السبيلين، الثاني: جواز البناء عند سبق الحدث في الصلاة (٣).

ب- ما روي عن تميم الداري عن النبي - صلي الله عليه وسلم - قال: الوضوء من كل دم سائل ثلاثاً (٤).

وجه الدلالة: أن هذا الحديث نص في وجوب الوضوء من كل دم سائل جاوز مكانه.

٢- القياس: ووجهه: ١- أن ما خرج من غير السبيلين نجاسة خرجت إلي محل يلزمه حكم التطهير فوجب أن تنتقض الوضوء كالخارج من السبيلين.

٢- أن ما ينتقض الوضوء إنما هو خارج من البدن كما أن ما يبطل الصوم يكون

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٤/١.

(٢) البيهقي ١٤٢/١ من طريق هشام بن عمار عن اسماعيل ابن عياش عن ابن جريج وقال: حديث ابن جريج عن ابن أبي ملكية الذي يروي عن اسماعيل ابن عياش فليس بشيء. وأخرجه الدارقطني مرسلًا مرفوعًا وموصولًا ١٥٣/١ - ١٥٤.

(٣) بدائع الصنائع ٢٤/١.

(٤) حديث تميم الداري أخرجه الدارقطني ١٥٧/١ عن يزيد بن خالد عن يزيد بن محمد عن عمر بن عبد العزيز عن تميم وعمر لم يسمع من تميم ولا رآه، ويزيد بن خالد ويزيد بن محمد مجهولان.

بداخل إلي البدن، فلما لم يقع الفرق فيما يكون به الفطر بين وصوله من سبيل معتاد وغير معتاد وجب ألا يقع الفرق فيما ينتقض الوضوء من خروجه من سبيل معتاد وغير معتاد (١).

وقد نوقشت أدلة الحنفية السابقة بما يأتي:

١- أن حديث ابن جريج عن عبد الله بن أبي ملكية قال عنه عبد الرحمن بن أبي حاكم: هو مرسل لأن ابن أبي ملكية يرويه عن النبي - صلي الله عليه وسلم - والمرسل عندنا لا حجة فيه، علي أنا نحمله علي أمرين: إما علي الوضوء استحباباً وإما علي غسل ما أصاب الفم من ذلك لأن القلس، وهو الريق الحامض يخرج من الحلق ولا يوجب الوضوء وفاقاً.

٢- وأما حديث «الوضوء من كل دم سائل» فالراوي يزيد بن خالد وهو مجهول، وعمر بن عبد العزيز لم يلق تميماً الداري، فصار منقطعاً يحمل علي غسل الموضع.

٣- وأما الجواب عن قياسهم علي ما خرج من السبيلين، فمنتقض بالقيء إذا لم بلأفم ثم المعني في السبيلين: أنه لما كان الصوت والريح الخارج منهما ناقضاً للوضوء كان غيره كذلك، ولما كان الصوت والريح من غير السبيلين لا ينتقضان الوضوء كان غيرهما كذلك.

٤- وأما الجواب عن استدلالهم بالفطر في الصوم بالداخل من معتاد وغير معتاد فهو استدلال بالعكس، ولا نقول به، ثم المعني فيه: أنه لما أفطر بقليله أفطر بكثيره ولما لم ينتقض الوضوء بقليله لم ينتقض بكثيره (٢).

الرأي الثالث: أن الخارج النجس من غير السبيلين من سائر البدن غير القبيل والدبر كدم الفصد والحجامة ينتقض الوضوء بشرط أن يكون كثيراً بخلاف القليل فإنه لا ينتقض، والكثرة والقلّة تعتبر في حق كل إنسان بحسب حاله من قوة وضعف ونحافة وغيرها.

(١) بدائع الصنائع ٢٤/١. والحاوي للماوردي ٢٤٦/١. وبداية المجتهد ٣٥/١.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٢٤٨/١.

والى هذا الرأي ذهب الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله تعالى:

فقد جاء في المغني لابن قدامة ما نصه: «وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيلين ينقسم إلي قسمين: طاهر ونجس، فالطاهر لا ينقض الوضوء علي حال ما، والنجس ينقض الوضوء في الجملة رواية واحدة، قال: وإنما ينقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير»^(١).

أدلة هذا الرأي:

استدل الحنابلة علي نقض الوضوء بالخارج من غير السبيلين إذا كان كثيراً بما يأتي:

١- ما روي عن معدان بن أبي طلحة عن أبي الدرداء أن النبي - صلي الله عليه وسلم - قاء فتوضأ قال: فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان: صدق أنا صببت له وضوءه»^(٢).

فقد دل هذا الحديث علي وجوب الوضوء من القيء، وقد أكد راوي الحديث بأن سأل ثوبان الذي كان شاعداً عياناً.

٢- ما رواه أبو هريرة مرفوعاً قوله - صلي الله عليه وسلم - «ليس في القطرة ولا في القطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون دماً سائلاً»^(٣).

فقد دل هذا الحديث علي وجوب الوضوء من الكثير الفاحش وليس من القليل النادر.

وقد نوقش الحديث الأول: بأن المراد بالوضوء غسل اليدين.

ورد هذا: بأن الوضوء من الحقائق الشرعية، وهو فيها لغسل أعضاء الوضوء، وغسل بعضها مجازاً، فلا يصار إليه إلا بعلاقة وقرينة.

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/١ - ١٨٥.

(٢) رواه الشوكاني في نيل الأوطار ١٨٨/١ باب الوضوء من الخارج النجس من غير السبيلين وقال رواه أحمد والترمذي وقال: هو أصح شيء في هذا الباب.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ١٥٧/١.

أجابوا: أن القرينة أنه استقاء بيده كما ثبت في بعض الألفاظ والعلاقة ظاهرة.

ونوقش الحديث الثاني: بأن فيه الفضل بن عطية وهو متروك، قال الحافظ، وإسناده ضعيف جداً^(١).

الترجيح

ولعل الراجح الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية من عدم نقض الوضوء بالخارج النجس من غير السبيلين لقوة أدلتهم وذلك استصحاباً لحال البراءة الأصلية التي كانت قبل هذا الخارج.

المبحث الخامس

الطلاق الواقع بالإيلاء

الإيلاء في اللغة: الحلف يقال: آلى يولي إيلاء وإلية، أي حلف^(٢) ومنه قوله تعالى «ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة»^(٣) أي ولا يحلف^(٤).

وفي الشرع: الحلف بيمين يلزم بالحنث فيها حكم علي ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر حرة كانت أو أمة مسلمة كانت أو كتابية^(٥).

وعرف ابن عرفة الإيلاء بقوله: حلف زوج علي ترك وطء زوجته بوجب خيارها في طلاقه^(٦).

واليمين في الإيلاء أن يحلف بالله أو بصفة من صفات ذاته أو بنذر صلاة أو حج أو صوم أو مشي أو صدقة وغير ذلك.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ١٩١/١.

(٢) مختار الصحاح ص ٢٣.

(٣) من الآية رقم ٢٢ من سورة النور.

(٤) تفسير ابن كثير ٢٧٥/٣.

(٥) المعونة علي مذهب مالك ٨٨٢/٢.

(٦) مواهب الجليل ١٠٦/٤.

وألفاظه: صريح مثل قوله: لا أقربك، لا أجامعك، لا أطوك، لا أغتسل منك من جنابة، وهذا النوع لا يحتاج إلي نية.

وكناية: مثل قوله: لا آتيك، لا أغشاك، لا أبيت معك علي فراش، لا أضاجعك وهذا النوع لا بد فيه من النية.

وبناء علي ذلك: إذا قال الرجل لزوجته: والله لأقربك أو لا أقربك أربعة أشهر فهو مولد، والأصل فيه قوله تعالي «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر»^(١) فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان، وإلا لما كان للتنصيص علي الأربعة فائدة^(٢).

ومن المقرر المعلوم في الفقه الإسلامي أن الطلاق الذي لا يكون بالإيلاء إما أن تكون المرأة به بائنة إما بينونة صغري، وإما بينونة كبرى كما هو معروف في كتب الفقه.

وأما الطلاق الذي يترتب علي الإيلاء فقد اختلف الفقهاء فيه، هل هو طلاق رجعي أو طلاق بائن، وصورة المسألة: أن يحلف رجل علي أن يتمتع عن وطء زوجته أربعة أشهر فأكثر فإنه يكون مولياً، فإن فاء إلي أمر الله أي رجع واعطي كل ذي حق حقه لزمته كفارة يمين، لأنه حلف ثم حنث ولا يطالب بالفينة قبل مضي الأربعة أشهر عند الجمهور.

فإن مضت هذه الأربعة أشهر ولم يطأ الرجل زوجته من غير مانع بالزوجة بخير المولي بين الفينة بأن يولج المولي حشعته أو قدرها من مقطوعها بقبل المرأة والتكفير لليمين، أو الطلاق للمحلوف عليها، فإن أبي طلق عليه الحاكم، وهذا عند الجمهور^(٣) خلافا للحنفية الذين يرون أنه إذا مضت المدة من غير فيء بانت منه بتطليقه^(٤).

(١) من الآية رقم ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٢) المعونة ٨٨٢/٢، والاختيار للموصلي ١٠٧/٣، وكفاية الطالب الرياني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ٤٣٥/١، وبدائع الصنائع ١٦٢/٣، والاقناع ٩٠/٣.

(٣) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٩١/٣، والمعونة ٨٨٢/٢، ونيل الأوطار للشوكاني ٢٥٨/٦، وسبل السلام ٢٤٣/٣، وكفاية الطالب الرياني ٤٣٦/٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٦/٣.

وبعد هذه المقدمة نعود إلي مسألتنا وهي: هل الطلاق الواقع بعد الإيلاء يكون رجعيًا أو بائناً واليك آراء الفقهاء في هذا الشأن.

الإري الأول: ويرى أن الطلاق الواقع بعد الإيلاء، يكون رجعيًا سواء طلق هو من نفسه أم طلق عليه الحاكم عند امتناعه، وإلي هذا ذهب جمهور الفقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة^(١) وجماعة من التابعين منهم: سعد بن المسيب وربيعة ومكحول والزهري والأوزاعي.

قال الماوردي: «فإذا تقرر أن المستحق فيه - أي الإيسلاء - طلقة واحدة فارتفع الزوج باختياره أو الحاكم عند امتناعه فهي طلقة رجعية»^(٢).

وجاء في الفقه المالكي في هذا الشأن «والطلاق في الإيلاء رجعي...»^(٣).

وفي الفقه الحنبلي جاء في المغني: «والطلاق الواجب علي المولي رجعي سواء أرفعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم»^(٤).

أدلة هذا الرأي:

استدل الجمهور علي ما ذهبوا إليه من أن الطلاق الواقع بعد الإيلاء يكون رجعيًا بما يأتي:

الدليل الأول: قوله تعالي «ويعولتھن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً»^(٥)، وجه الاستدلال من الآية: أن هذا النص عام في كل زوج فيكون المولي له الحق في رد زوجته، لأن العام يحمل علي عمومه حتي يرد ما يخصه ولا مخصص.

الدليل الثاني: الاستصحاب وبيانه: أن الأصل في الطلاق إذا وقع علي الزوجة

(١) هذا للإمام أحمد رواية أخرى في المسألة ومضمونها: أن المولي إن طلق من تلقاء نفسه كان الطلاق رجعيًا، وإن طلق عليه الحاكم وقع الطلاق بائناً فقد جاء في المغني: «المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً»، المغني لابن قدامة ٣٣١/٧.

(٢) الحارثي للإمام الماوردي ٢٤٩/١٣.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٣١/٧.

(٥) سورة البقرة من الآية رقم ٢٢٨.

وكانت مدخولا بها، ولم يكن الطلاق علي مال، ولا طلقة ثالثة أنه يكون طلاقا رجعيا، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل، ولا دليل علي أن الطلاق - هنا - بسبب الإيلاء يكون بائنا، فيقع رجعيا، وذلك أن كل طلاق وقع في الشرع فهو بسبب الأصل رجعي إلي أن يدل الدليل علي أنه بائن^(١).

الدليل الثالث: أن استحقاق الرجعة في الطلاق كاستحقاق الولاء في العتق، فلما استحق الولاء في واجب العتق وتطوعه، وجب أن يستحق الرجعة في واجب الطلاق وتطوعه^(٢).

الراي الثاني: أن الطلاق الواقع بسبب الإيلاء يكون بائنا وإلي هذا ذهب الامام أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور.

فقد جاء في البدائع: «و أما صفته فقد قال أصحابنا أن الواقع بعد مضي المدة من غير فيء طلاق بائن»^(٣).

أدلة الراي الثاني:

استدل الحنفية علي ما ذهبوا إليه من أن الطلاق الواقع بالإيلاء يكون بائنا بما يأتي:

الدليل الأول: إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - فإنه روي عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت أنهم قالوا: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة.

ونوقش هذا: بأن إجماع الصحابة محمول علي أنه فعل خاص بهم، ولا حجة إلا في قول الله وقول رسوله - صلي الله عليه وسلم - أو الإجماع الصحيح والقياس وسائر الأدلة الشرعية.

ورد هذا: أن قول الصحابة وفعلهم حجة، ولا معني لحملكم فعل الصحابة علي

(١) المعونة ٨٨٦/٢، بداية المجتهد ١٠٢/٢، وسبل السلام ٢٤٤/٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٢٤٩/١٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٧/٣، وبداية المجتهد ١٠٢/٢، وسبل السلام ٤٤/٣، الهداية ١١/٢.

أنه اجتهاد خاصة ببعضهم^(١).

الدليل الثاني: أن القصد بالطلاق رفع الإضرار، والطلاق الرجعي لا يرتفع به الإضرار لأنه قد يراجع بعده، فيعود الإضرار، فافتضي أن يكون بائنا ليرتفع به الإضرار.

ونوقش هذا: أن رفع الإضرار قد يرتفع بالطلاق الرجعي، إلا أنه إن لم يراجع تعجل رفع الضرر وإن راجع تأخر رفع الضرر، وهو في الحالين رافع للضرر^(٥).

الدليل الثالث: أن ما أوقعه الحاكم من الفرقة لا يملك فيها الرجعة، كالفسخ بالعتة والعيوب، والإعسار بالنفقة.

ونوقش هذا: بأن الفسخ لا يملك الزوج فيه الرجعة، فلذلك يقع بائنا، والطلاق ليس كذلك^(٣).

التزجيج:

واري أن ما ذهب اليه الجمهور من أن الطلاق بسبب الإيلاء يكون رجعيا بسبب نوة أدلتهم، فضلا ن تمسكهم بما هو الأصل استصحابا للحال.

- وأيضا - فإن كثيرا من التابعين ذهبوا إلي أن الطلاق يكون رجعيا، ولو كان هناك إجماع كما ذهب الحنفية لما ساع لبعض التابعين مخالفة أئمتهم.

وأخيرا، فإنه طلاق مجرد صادف اعتدادا قبل استيفاء العدد، فوجب أن يكون رجعيا، والله أعلم.

(١) للمراجع السابقة.

(٢) الحاوي الكبير ٢٤٩/١٣ - والمعونة ٨٨٦/٢.

(٣) للمراجع السابقة.

المبحث السادس

الإفطار استناداً إلي الشك في غروب الشمس

لا خلاف في أن الصائم يجب عليه أن يتحري ويجتهد في معرفة غروب الشمس من عدمه، فإذا تيقن واحداً منهما، فالأمر ظاهر إما بالإمساك أو الفطر، وإن لم يقطع بواحد منهما ولكن شك في غروب الشمس، فهل يجوز له الإقدام علي الإفطار استناداً إلي هذا الشك أو لا بد من اليقين.

أقول: ذهب عامة الفقهاء علي أنه لا يجوز له الفطر في هذه الحال، لأنه تعارض عنده احتمال الغروب واحتمال عدمه، فإذا أكل أو شرب فسد صومه، لأن النهار متيقن والغروب مشكوك فيه، والعمل يكون بالمتيقن، فالأصل بقاء النهار^(١).

ويناد علي هذا: إذا تبين له بعد الإفطار أنه أفطر قبل غروب الشمس، فالأمر ظاهر ولا خلاف في أنه يجب عليه القضاء.

وكذلك الحال إذا بقي علي شكه ولم يتبين له غروب الشمس أو عدم غروبها وقت إفطاره فعليه القضاء، لأن الأصل بقاء النهار، وهذا هو عين العمل بالاستصحاب وما يؤيد ذلك ما جاء في الفقه الشافعي: قال الماوردي في كتابه الحاروي: «فأما إن أفطر شاكاً في الغروب، ولم يبن له اليقين، فعليه الإعادة، لأن الأصل بقاء النهار وثبوت التحريم»^(٢).

وفي الفقه الحنبلي قال صاحب المغني: «وإن أكل شاكاً في غروب الشمس ولم يتبين فعليه القضاء، لأن الأصل بقاء النهار»^(٣).

وجاء في الفقه الحنبلي أيضاً: «وإن أكل شاكاً في غروب الشمس فعليه القضاء، وهذا إجماع»^(٤).

(١) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص ١٢٦، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب الإمام أحمد للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي ٣ / ٣١ ط دار إحياء التراث العربي
(٢) الحاروي للماوردي ٣ / ٢٧٦
٣١ - مكي لابن قدامة ٣ / ١٣٧
(٤) الإيضاح في معرفة الراجح من الخلاف ٣ / ٣١

وفي الفقه المالكي جاء في المعونة: «ولو صلي المغرب وعنده أن الشمس قد غربت، ولم تكن غربت لزمه القضاء، وكذلك إذا أفطر وعنده أنها قد غربت، ويان له إنها لم تغرب»^(١).

وفي الفقه الحنفي جاء في الهداية: «ولو شك في غروب الشمس لا يحل هل الفطر، لأن الأصل هو النهار ولو أكل فعليه القضاء عملاً بالأصل...»^(٢).

أما إذا تبين له أن الشمس كانت قد غربت وقت أن أقدم علي الإفطار، فجمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة علي أن صيامه صحيح، لأن العبرة بالواقع ونفس الأمر، ووقت إفطاره كان اليوم قد انتهى والشمس قد غربت فلا شيء عليه، ويرى بعض الفقهاء: «أن صومه فاسد وعليه القضاء، لأنه حال إفطاره لم يتبين ما أمره الله به»^(٣) في قوله تعالى: «ثم أمروا الصيام إلي الليل»^(٤).

وبلاحظ في هذا النوع: أن الأخذ بقاعدة الاستصحاب واضح عند كافة الفقهاء لأن عدم الاعتداد بالشك في غروب الشمس معناه أن الأصل بقاء النهار، فالأصل بقاء ما كان علي ما كان حتي يقوم دليل علي تغييره، وهذا هو عين الاستصحاب.

المبحث السابع

التسحر استناداً إلي الشك في طلوع الفجر

جدير بالإنسان المؤمن أن يحتاط لأمر العبادة، وهذا يقتضي منه الإمساك قبل الفجر احتياطاً للصوم، فإذا تيقن واحد منهما - طلوع الفجر أو عدمه - فالأمر ظاهر إما بالإمساك أو الأكل، وإن لم يقطع بواحد منهما، ولكن شك في طلوع الفجر، بحيث تساوي عنده احتمال طلوعه، واحتمال عدم طلوعه، فلا خلاف في أن الأفضل أن يدع المفطرات ولكن إذا أكل مع وجود هذا الشك هل يلزمه القضاء أولاً:

(١) المعونة علي مذهب مالك ١ / ٤٧٢، وقوانين الاحكام الشرعية ص ١٢٦.
(٢) الهداية ١ / ١٣٠، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١ / ٢٤٣.
(٣) المعونة ١ / ٤٧٢، وروضة الطالبين ٢ / ٢٦٤، والمغني ٣ / ١٣٧.
(٤) من الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة علي رأيين:

الراي الأول: ويرى أن المسلم إذا أكل شك في طلوع الفجر، ولم يتبين الأمر، فليس عليه قضاء، وله الأكل حتى يتيقن طلوع الفجر.

وإلي هذا ذهب جمهور العلماء الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي، وهو قول ابن عباس وعطاء - والأوزاعي، وروي عن أبي بكر الصديق وابن عمر رضي الله عنهم أجمعين.

قال الماوردي في كتابه الحاوي: «إذا ثبت أن طلوع الفجر الثاني أول زمان الصيام، فشك في طلوعه، فالأولي له اجتناب الأكل خوفاً من مصادفة زمان الخطر، فإن أكل وهو علي جملة الشك، فهو علي صومه، ولا قضاء عليه ما لم يتحقق طلوعه»^(١).

وفي الفقه الحنبلي جاء في المعني: «ومن أكل شاكا في طلوع الفجر، ولم يتبين له الأمر، فليس عليه قضاء»^(٢).

وفي كتاب الانصاف: «ومن أكل شاكا في طلوع الفجر، فلا قضاء عليه، بعني إذا دام شكه، وهذا بلا نزاع»^(٣).

وفي الفقه الحنفي: «ولو شك في طلوع الفجر، فالأفضل ترك السحور، وروي عن الإمام أنه قال أساء بالأكل مع الشك»^(٤).

الراي الثاني: إذا أكل شاكاً في طلوع الفجر وجب عليه القضاء، وإلي هذا ذهب الإمام مالك.

ومما ورد عن المالكية في هذا ما جاء في كفاية الطالب الرياني: «وإن شك صائم رمضان في طلوع الفجر، فلا يأكل ولا يشرب ولا يجامع، وهذا النهي يحتمل الكراهة

(١) الحاوي للماوردي ٢٧٦/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ١٣٧/٣.

(٣) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب أحمد ٣١٠/٣.

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢٤٢/١ - ٢٤٣، والهداية ١٣٠/١.

والتحريم والمشهور التحريم»^(١).

الأدلة

أدلة الرأي الأول:

استدل اصحاب الرأي القائل: بأن من أكل شاكا في طلوع الفجر، فلا قضاء عليه بما يأتي:

١- قوله تعالى: «وكلوا واشربوا حتي يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر»^(٢).

وجه الاستدلال من الآية: أن الله سبحانه وتعالى مد الأكل إلي غاية التبيين، وقد يكون شاكا قبله، فلو لزمه القضاء لحرم عليه الأكل.

٢- قول ابن عباس رضي الله عنه - «كل ما شككت حتي يتبين لك»^(٣).

٣- الاستصحاب ووجهه: أن الشاك يتساوي عنده احتمال طلوع الفجر واحتمال عدمه، وإذا تساوي الاحتمالان تعارضا، وإذا تعارضا تساقطا، فيرجع إلي الأصل، وهو بقاء الليل، وهذا هو عين الاستصحاب^(٤).

أدلة الراي الثاني:

استدل من قال بوجود القضاء علي من أكل شاكا في طلوع الفجر بما يأتي:

١- أن الأصل بقاء الصوم في ذمته، فلا يسقط بالشك.

٢- أنه أكل شاكا في النهار والليل، فلزمه القضاء كما لو أكل شاكا في غروب الشمس.

٣- أن خطأ الوقت في الصوم مثله في الصلاة، فكما أن المخطيء في وقت الصلاة عليه القضاء فكذا الصوم^(٥).

(١) كفاية الطالب الرياني لرسالة ابن ابي زيد القيرواني ٢٦٧/١.

(٢) من الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة.

(٣) البيهقي ٢٢١/٤ باب من أكل وهو شاك في طلوع الفجر، وانظر روضة الطالبين ٢٦٤/٢.

(٤) المغني لابن قدامة ١٣٧/٣، والحاوي ٢٧٦/٣، والانصاف ٣١٠/٣، ومجمع الأنهر ٢٤٢/١، والهداية ١٣٠/١، وقوانين الأحكام الشرعية ص ١٢٦، والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢.

(٥) كفاية الطالب الرياني لرسالة ابن ابي زيد القيرواني ٢٦٧/١، والمعونة ٤٧٢/٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص ١٢٦.

الترجيح

ولعل الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور في القول بعدم وجوب القضاء علي من أكل شاكاً في طلوع الفجر لقوة دليلهم ولتمسكهم بالاستصحاب الذي يبقو ما كان علي ما كان حتي يقوم ما يغيره.

المبحث الثامن

أكل الصيد المعلم من فريسته

يجوز الصيد بالجوارح كالكلب والفهد بشرط أن يكون الصائد من أهل الذكاة، بأن يكون مسلماً أو كتابياً وأن يكون الجارح معلماً، وأن لا يأكل الجارح من الصيد (١).

وهنا ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن أكل الصيد المعلم من فريسته، وتمحص الخلاف في مذهبين:

المذهب الأول: لجمهور الفقهاء الحنفية والحنابلة في أصح الروايتين والشافعي في الجديد وإسحاق والثوري وغيرهم، قالوا: لا يجوز أن يأكل الجارح من الصيد فإن أكل منه لم يؤكل.

فقد جاء في البدائع: «وأما تعليم الكلب فهو أنه إذا أرسل اتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه علي صاحبه ولم يأكل منه شيئاً، وهذا عند عامة العلماء..... حتي لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل» (٣).

المذهب الثاني: وهو للمالكية، والحنابلة في الرواية الأخرى والشافعي في القديم وابن عمر وسعيد بن مالك وغيرهم، قالوا: إن الصيد يباح لو أكل منه الجارح.

فقد جاء في المعونة علي مذهب مالك: «وليس من شرطه ترك الأكل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي لقوله: «فكلوا مما أمسكن عليكم»، ولم يفرق» (٣).

(١) بداية المجتهد ٤٥٧/١، والمغني ٥٤٣/٨ وبدائع الصنائع ٥٢/٥، والمعونة ٦٨٣/٢، وقوانين الاحكام الشرعية ص ١٨٦.
(٢) بدائع الصنائع ٥٢/٥، وانظر بداية المجتهد ٤٥٧/١، نيل الاوطار ٦٣١/٨، والحاري الكبير للماردي ٩/١٩ - ١٠.
(٣) المعونة علي مذهب مالك ٦٨٣/٢، وانظر بداية المجتهد ٤٥٧/١، نيل الاوطار ١٣١/٨، وقوانين الاحكام الشرعية ص ١٨٨، والحاري الكبير ٩/١٩ - ١٠.

الأدلة

أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن تابعهم علي ما ذهبوا إليه من حرمة الأكل من صيد الكلب المعلم من فريسته بالكتاب و السنة والمعقول.

١- أما الكتاب: فقولته عز وجل « تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم »^(١).

وجه الاستدلال من الآية الكريمة: أن الآية فيها إشارة إلي أن حد تعليم الكلب وما هو في معناه الإمساك علي صاحبه وترك الأكل منه، لأنه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا، فكان هذا إشارة إلي أن التعليم هو أن يمك علينا الصيد ولا يأكل منه، فلو لم يكن ترك الأكل من حد التعليم، وكان ما أكل منه حلالا، لا لا ستوي فيه المعلم وغير المعلم، والممسك علي صاحبه وعلي نفسه، وهذا خلاف مضمون الآية.

٢- وأما السنة: ما روي عن عدي بن حاتم^(٢) رضي الله عنه: سألت رسول الله صلي الله عليه وسلم فقلت: إنا قوم نتصيد بهذه الكلاب، فقال: إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك علي نفسه، وإن خالطها كلب من غيرها فلا تأكل»^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث: أنه يبين أن الرسول صلي الله عليه وسلم قد أباح لعدي بن حاتم أن يأكل من الصيد الذي أمسكه عليه الجارح، وذكر اسم الله عليه بشرط أن لا يأكل الجارح منه شيئا، ومفهومه أنه إذا أكل لا يحل اكله، وقد علل ذلك في الحديث بالخوف من أنه إنما أمسك علي نفسه، والمفروض في المعلم أن يكون مما

(١) من الآية رقم ٤ من سورة المائدة.

(٢) هو: عدي بن حاتم بن عبد الله الطائي، أحد المهاجرين، كان سيديا في قومه، وافر العقل، حاضر

الجواب، توفي رحمه الله بالكوفة سنة (٦٨هـ)، (الاستيعاب ٣/١٠٥٧).

(٣) أخرجه البخاري في باب التصيد صحيح البخاري بحاشية السندي ٣/٣٠٧.

يمسك علينا لا علي نفسه.

وما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: « إذا أكل الكلب من الصيد ليس يعلم »^(١).

٢- وأما المعقول فمن وجهين:

أحدهما: أن أخذ الصيد وقتله مضاف إلي المرسل، وإنما الكلب آلة الأخذ والقتل، وإنما يكون مضافا إليه إذا أمسك لصاحبه لا لنفسه، لأن العمل لنفسه يكون عمله مضافا إليه لا إلي غيره، والإمساك علي صاحبه أن يترك الأكل منه، وهو حد التعليم.

والثاني: أن تعليم الكلب ونحوه إنما هو تبديل لطبعه وقطامه عن العادة للألفة، ولا يتحقق ذلك إلا بإمساك الصيد لصاحبه وترك الأكل منه، لأن الكلب ونحوه من السباع من طباعهم أنهم إذا أخذوا الصيد فإنما يأخذونه لأنفسهم ولا بصيرون علي أن لا يتناولوا منه فإذا أخذ الكلب المعلم الصيد ولم يتناول منه دل ذلك علي أنه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه، فإذا أكل دل علي أنه مازال علي عادته وطبعه، فلا يصلح ذلك دليلا علي تعلمه، فثبت بذلك أن معني التعليم هو أن يمك الصيد علي صاحبه ولا يأكل منه.

أدلة المذهب الثاني:

واستدل المالكية علي ما ذهبوا إليه من جواز الأكل من صيد الكلب المعلم إذا أكل من صيده بالكتاب والسنة والمعقول والاستصحاب.

١- أما الكتاب: فقولته تعالي: « فكلوا مما أمسكن عليكم ».

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى أباح الأكل من صيد الكلب المعلم ولم يفرق بين الجارح إذا أكل من صيده أو لم يأكل، وهذا هو الواضح من النص، فدل ذلك علي جواز الأكل من الصيد إذا أكل منه الجارح.

(١) البيهقي ٩/٢٣٧. وبدائع الصنائع ٥/٥٣.

٢- وأما السنة: ما روي عن أبي ثعلبة الخشني^(١) رضي الله عنه حيث قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وإذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه نكل وإن أكل منه وكل ما ردت عليه يداك»^(٢).

ففي هذا الحديث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالأكل من صيد الكلب، ولو أكل من المصيد وقد أجابوا عن حديث عدي الذي احتج به الجمهور فقالوا: إن حديث عدي يحمل علي أن ذلك في كلب قد اعتاد الأكل فخرج عن التعليم.

وقيل: إنه محمول علي كراهة التنزيه جمعاً بينه وبين حديث أبي ثعلبة الذي يدل علي أصل الحل، وذلك لأن عدياً كان موسراً، فاختار له الرسول صلى الله عليه وسلم الأكل من الصيد الذي لم يأكل منه الكلب، وكان أبو ثعلبة معسراً فأفتاه بأصل الحل.

ونوقش هذا الجواب: بأن هذا الجمع لا يتناسب مع التصريح بالتعليل في الحديث بالخوف من الإمساك علي نفسه، فقد جعل الشارع أكله منه علامة ودليل علي أنه أمسك لنفسه لا لصاحبه، فلا يعدل عن ذلك^(٣).

٣- وأما المعقول: أن الصائد المعلم أداة في تذكية الصيد، فإذا أنفذ عقره مقاتله لم يضره ما طراً بعد ذلك، ولأنه لو يادر بأخذه من فم الكلب عقيب قتله لجاز أكله ولو كان ترك الأكل من شرط التعليم لم يجز ذلك دون أن يتوقف لينظر هل يأكل أو لا.

(١) اختلف في اسمه واسم أبيه كثيراً، فقيل: جرهم، وقيل: جرثوم، وغير ذلك، وكان ممن بايع تحت الشجرة، ضرب له سهم يوم خيبر، أرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم إلي قومه فأسلموا مات في خلافة معاوية، وقيل في خلافة عبد الملك بن مروان سنة ٧٥هـ، الاستيعاب ٤/١٦١٨.

(٢) أبو داود في سننه باب الصيد حديث رقم ٢٨٥٢، ونيل الأوطار ٨/١٣٣، باب ما جاء فيما إذا أكل الكلب من الصيد.

(٣) سبل السلام للصنعاني ٤/١٠٩، ونيل الأوطار للشوكاني ٨/١٣٢.

- وأيضاً - فإنه قتل إذا لم يتعقبه اكل كان ذكاة، فكذلك إن تعقبه كالذبح^(١).

٤- الاستصحاب: ووجهه: أنه مقرر للحل عملاً بالإباحة الثابتة قبل الأكل بئينا، فإن هذا الحل ثابت يقينا علي فرض عدم الأكل، لأن فرض المسألة أن الكلب معلم فيستمر هذا الحل بعد الأكل بناء علي الاستصحاب.

الترجيح ولعل الراجع هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز الأكل من الصيد الذي أكل من الكلب منه شيئاً، وذلك لقوة دليلهم، ولأن حديث عدي مخرج في الصحيحين، بينما حديث أبي ثعلبة مخرج في غيرهما، وفي رجاله من تكلم العلماء فيهم.

وأيضاً - فإن رواية عدي صريحة مقرونة بالتعليل المناسب للتحريم وهو خوف الإمساك علي نفسه، متأيده بأن الأصل في الميتة التحريم، فإذا شككنا في السبب والبيع رجعنا إلي الأصل، ولظاهر القرآن وهو قوله تعالي «فكلوا مما أمسكن عليكم» وهو كان مجرد الإمساك كافياً لما احتجج إلي زيادة (عليكم) أي الآية^(٢).

(١) المعونة ٢/٦٨٣.

(٢) اشترط الجمهور في حل المصيد عدم أكل الجوارح منه، واختلفوا هل المعتبر تكرار ترك الأكل منه، لأنه تعلم علي صنعه، فلا يعتبر فيه التكرار فيكفي تركه الأكل مرة واحدة، وهذا لبعض الحنابلة، وذهب الأحناف إلي أنه يشترط ترك الأكل ثلاث مرات، لأن ما دون الثالث فيه احتمال ترك الأكل لشبع ونحوه، فلا يتميز إلا بالتكرار، فإذا تركه ثلاثاً دل علي أنه صار عادة له وأتم ذلك لأن الثلاثة موضوعة لابتداء الاعتذار كما في قصة سيدنا موسى عليه وعلي نبينا افضل الصلاة وزتم السلام مع العبد الصالح حيث قال له في المرة الثالثة «إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذراً» الكهف من الآية ٧٦.

وحكي عن أبي حنيفة ان التكرار يحصل بمرتين، فإذا امتنع عن الأكل مرتين صار معلماً. وذهب الشافعية والمالكية الي اشتراط ترك الأكل مرة بعد أخرى حتي يصير معلماً في حكم العرف، بأن يقول أهل الخبرة إنه صار معلماً، ولعل هو الراجع لأن المقصود معرفة انضباط التعليم وهو يعرف بتقدير العرف، بدائع الصنائع ٥/٥٣، والمعونة ٢/٦٨٣، والمغني لابن قدامة ٨/٥٤٣.

المبحث التاسع

نكول المدعي عليه عن اليمين

النكول في اللغة مصدر للفعل نكل ونكص ومعناه: نكص وجبن، يقال نكل عن العدد، نكل عن اليمين أي رجع عن عدد قادم أو يمين وحبث عليه أو شهادة أراد أدائها^(١).

والنكول قد يكون حقيقياً، وهو أن يقول: لا أحلف، وقد يكون حكيمياً، وهو أن يمتنع عن اليمين وليس في لسانه آفة تمنعه من النطق أو في أذنه تمنعه من سماع كلام لقاضي^(٢).

وصورة المسألة: إذا نكل المدعي عليه عن اليمين - في قضايا الأموال - ولم يحلف بعد طلب القاضي منه اليمين، فهل تثبت عليه الدعوي بمجرد النكول.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعاً لاختلافهم في الأخذ باستصحاب الحال من عدمه وإليك آراء العلماء في هذا الشأن:

الرأي الأول: إذا نكل المدعي عليه ولم يحلف حكم القاضي عليه بنفس النكول - ولا ترد اليمين علي المدعي، وذلك في دعاوي المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثاً.

وهذا الرأي هو ما قال به أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين واختاره فقهاء الحنابلة، فقد جاء في البدائع: «فالمدعي عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك في دعوي المال يقضي عليه بالمال عندنا، لكن ينبغي للقاضي أن يقول له: إنني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك لجواز أن يكون المدعي عليه ممن لا يري القضاء بالنكول، أو يكون عنده أن القاضي لا يري القضاء بالنكول، أو لحقه حشمة القضاء ومهابة المجلس في المرة الأولى، فكان الاحتياط أن يقول له ذلك، فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً، فإن القاضي يقضي عليه عندنا»^(٣).

(١) المعجم الوسيط ٩٩١/٢، ومختار الصحاح ص ٦٧٩.
(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٥٢/٢، والافتقار في حل ألفاظ أبي شجاع ١٠٢/٤.
(٣) بدائع الصنائع ٢٣٠/٦ وانظر الاختيار ١٥٢/٢، وبداية المجتهد ٤٦٩/٢، والهداية ١٥٧/٣، والانتصاف علي مذهب الإمام أحمد ٢٥٤/١٢، وروضة الطالبين ٤٧/١٢.

الرأي الثاني: إذا نكل المدعي عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول، بل ترد اليمين علي المدعي، فإن حلف حكم له القاضي، فيستحق المدعي به، وإن لم يحلف المدعي صرفها القاضي، وهذا الرأي قال به الإمامان مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين^(١)، فقد جاء في المعونة: «ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين علي المدعي فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له علي المدعي عليه»^(٢).

الأدلة

أولاً: أدلة الرأي الأول:

استدل اصحاب الرأي الأول القائل بأنه: إذا نكل المدعي عليه حكم القاضي بنفس النكول بالأدلة الآتية:

١- قول النبي صلى الله عليه وسلم «واليمين علي المدعي عليه»^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل جنس اليمين علي المدعي عليه، لأنه ذكره بالألف واللام، وذلك ينفي ردها علي المدعي، ولأنه قسم والقسمة تنافي الشركة، كما أنه جعل اليمين محصورة في جانب المدعي عليه، فلا يكون للمدعي يمين.

٢- ما روي أن شريحاً^(٤) قضي علي رجل بالنكول، فقال المدعي عليه أنا أحلف، فقال شريح مضي قضائي وكانت قضاياه لا تخفي علي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم - ولم ينقل أنه أنكروا عليه منكر، فيكون إجماعاً لهم علي جواز

(١) روضة الطالبين ٤٣/١٢، بداية المجتهد ٤٦٩/٢، والمعونة علي مذهب مالك ١٥٤٩/٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٤، والافتقار في حل ألفاظ أبي شجاع ١٠٢/٤، ونيل الأوطار ٣٠٥/٨، والهداية ١٥٧/٣ هذا وهناك رأي ثالث قال به المؤيد: ومفاده: أنه لا يحكم علي المدعي عليه بمجرد النكول، ولكن يحبس حتى يحلف أو يقر ووجهه: أن المدعي عليه وجب عليه أحد أمرين: إما الإقرار وإما الإنكار، فإذا امتنع عن أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه، سبل السلام ١٧٩/٤، والانتصاف ٢٥٤/١٢.

(٢) المعونة علي مذهب مالك ١٥٤٩/٣.

(٣) البيهقي ٢٥٢/١٠ كتاب الدعاوي والبيئات باب البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه.

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم، أبو أمية الكوني القاضي، كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه، ولاءه عمر قضاء الكوفة، فأقره علي كرم الله وجهه، وأقام علي القضاء بها ستين سنة، توفي سنة (٥٧٨هـ) وقيل غير ذلك «تهذيب التهذيب ٣٢٦/٤ لابن حجر العسقلاني ط: دار الفكر العربي»

جواز القضاء بالنكول^(١).

٣- أن النكول يعد بمثابة اعتراف، لأن المدعي عليه يحلف دفعا للضرر عنه وقطعا للخصومه، فكان نكوله له إقرارا أو بذلا فيقضي به.

٤- أنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعي عليه، فيقضي له كما لو أقام البينة^(٢).

ثانيا: أدلة الراي الثاني:

استدل أصحاب الراي الثاني القائل بأنه: لا يقضي بالنكول، بل ترد اليمين علي المدعي، فإن حلف قضي له، وإلا صرفهما بما يأتي:

١- ما رواه الدارقطني من حديث نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلي الله عليه وسلم - رد اليمين علي طالب الحق »^(٣).

٢- ما رواه البيهقي عن علي قال: « اليمين مع الشاهد فإن لم تكن له بينة فاليمين علي المدعي عليه إذا كان قد خالطه، فإن نكل حلف المدعي »^(٤).

ففي هذا الحديث والذي قبله دلالة واضحة علي أن المدعي عليه إذا نكل عن اليمين ترد علي المدعي ولا يحكم القاضي بمجرد النكول من المدعي عليه.

٣- أن الأصول موضوعة علي أنه لا يحكم للمدعي علي سبب واحد، وإنما يحكم بسببين كالشاهدين، أو كشاهدو يمين، أو كشاهدوا مرأتين، أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فإنه سبب واحد، فلا بد أن ينضاف إليه غيره، فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعي.

(١) نصب الراية للزيلعي ١٠١/٤ كتاب الدعوي باب اليمين، وبدائع الصنائع ٢٣٠/٦.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٥٢/٢، وبدائع الصنائع ٢٣٠/٦، وسبل السلام ١٧٩/٤، والهداية ١٥٧/٣.

(٣) رواه الدارقطني ٢١٣/٤، وفي إسناده ضعف، لأن مداره علي محمد بن مسروق عن إسحاق بن الفرات،

ومحمد لا يعرف وإسحاق مختلف فيه، وقال الكاشف: إن إسحاق بن الفرات قاضي مصر ثقة معروف،

سبل السلام ١٧٩/٤.

(٤) البيهقي ١٨٤/١٠ باب النكول ورد اليمين.

٣- أن اليمين في الدعوي يتوجه علي أقوي المتداعيين سببا ولذلك وجبت في لأصل علي المنكر وانتقلت إلي المدعي إذا كان له شاهد، وإذا ثبت ذلك فالمدعي في هذا الموضع أقوي سببا من المنكر، لأن المدعي عليه قد أضعف جنبته بنكوله، فانتقلت اليمين إلي جنبه المدعي^(١).

٥- أن الاستصحاب يؤيد القول برد اليمين إذا نكل المدعي عليه لأن جانبه نوي، وذلك لأن الأصل فراغ ذمته، ومن يدعي خلاف ذلك فعليه الإثبات بالبينة فإذا انعدمت فلم يبق إلا رد اليمين.

ولعل الراجح هو ما ذهب اليه المالكية والشافعية ومن وافقهم، لقوة دليلهم ولثلا يتنزل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مرارا بسبب ادعائهم حقوق لا وجه لهم فيها، كما أن الحكم بمجرد النكول فيه اجحاف بجانب المدعي عليه، لأن الأصل في الانسان براءة ذمته حتي يقوم دليل علي شغلها بشيء كما تقضي بذلك قواعد الاستصحاب.

المبحث العاشر

الجنائية علي الشعور الخمسة

الجنائية في اللغة: اسم لما يجنيه المرء من شر^(٢)، وفي الاصطلاح: هو ما يحدثه الرجل علي نفسه أو غيره حالا أو مآلا^(٣)، أو كل فعل محظور يتضمن ضرا، ويكون نارة علي نفسه، وتارة علي غيره، ويقال: جني علي نفسه وجني علي غيره.

فالجنائية علي الغير تكون علي النفس وعلي الطرف وعلي العرض وعلي المال. والجنائية علي النفس تسمي قتلا أو صلبا أو حرقا، والجنائية علي الطرف تسمي نطعا أو كسرا أو شجا^(٤).

والشعور الخمسة هي: شعر الرأس، واللحية، والأهداب، والحاجب والشاربين^(٥).

(١) المعونة علي مذهب مالك ١٥٤٩/٣.

(٢) الصباح المنير ١٥٤/١، والمعجم الوجيز ١٢٢/١.

(٣) مرآب الجليل ٢٧٧/٦.

(٤) الاختيار للموصلي ٧٢/٤.

(٥) تغريغ الفروع علي الأصول الزنجاني ص ١٧٧، والحاوي ١٠٩/١٦.

وصورة المسألة: إذا اعتدي إنسان علي آخر فأتلف أحد هذه الشعور فما الحكم (١).

اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعا لاختلافهم في الأخذ بالاستصحاب من عدمه، وإليك آراء العلماء في هذا الشأن:

الرأي الأول: ويرى أن من تلف كل واحد من هذه الشعور الخمسة دية (٢) كاملة إذا فسد المنبت، لأنه فات به الكمال، فتجب فيه الدية كاملة كما في الأذنين الشاخصتين وبهذا قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه.

فقد جاء في الاختيار للموصلي: «وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية، وكذلك اللحية والحاجبان والأهداب» (٣).

الرأي الثاني: ويرى أن من تلف كل واحد من هذه الشعور حكومة (٤) عدل، وبهذا قال الإمامان مالك والشافعي.

فقد جاء في المعونة: «وفي الحاجبين حكومة، لأنها زينة فقط بلا منفعة، وكذلك في سائر الشعر كأهداب العين واللحية، لأن الدية لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة» (٥).

(١) ويلاحظ أن كل ما يجب في الشعر إنما يجب إذا فسد المنبت، أما إذا عاد فنبت كما كان لا يجب شيء لعدم الموجب.

(٢) الدية هي: اسم للمال الواجب بجناية علي الحر في نفس أو فيما دونها، الاقناع ١٦٢/٣.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٩٦/٤، والبدائع ٣١٢/٧، والهداية ١٨٠/٤.

(٤) الحكومة: هي الحكمان فأكثر يحكمان بما يجب في هذه الجناية، وهي جزء من الدية نسبتها إلي دية النفس نسبة نقض الجناية من قيمة المجني عليه لو كان رقيقا بصفاته التي هو عليها.

مثاله: لو جرح الجاني يد المجني عليه فيقال: كم قيمة المجني عليه بصفاته التي هو عليها بغير جناية إن كان رقيقا، فإذا قيل مائة، فيقال: كم قيمته بعد الجناية، فإذا قيل تسعون، فالتفاوت العشر، فيجب عشر دية النفس، وهي عشر من الإبل، إذا كان المجني عليه حراً ذكراً مسلماً، لأن الجملة مضونة بالدية فيضمن الأجزاء بجزء منها.

راجع الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١٧٨/٣ - ١٧٩.

(٥) المعونة علي مذهب مالك ١٣٢٩/٣، وانظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٩، والحاربي الكبير ١٠٩/١٦، والهداية ١٨٠/٤، وتخريج الفروع علي الأصول ص ١٧٧.

الآية

أدلة الرأي الأول

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن في تلف كل واحد من الشعور الخمسة دية كاملة بما يأتي:

١- ما روي عن علي - كرم الله وجهه - وزيد بن ثابت - رضي الله عنه - أنهما أوجب في شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت دية كاملة (١).

٢- أن الشعر للرجال والنساء جمال كامل وكذا اللحية للرجال، وتفويت الجمال علي الكمال في حق الحر يوجب كمال الدين كالمارن (٢) والأذن الشاخصة، والجامع بينهما إظهار شرف الأدمي وكرامته وشرفه في الجمال أعلي من شرفه في المنافع، وكما أن تفويت المنافع علي الكمال يوجب كمال الدية فإن تفويت الجمال علي الكمال موجبا لها من باب أولي.

٣- أن من عدم شعر الرأس مثلاً نجده يتكلف في ستره وما ذلك إلا أنه من تمام الجمال وذلك بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال (٣).

ثانياً: أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن في تلف أحد هذه الشعور حكومة بما يأتي:

١- الاستصحاب ووجهه: أن الأصل أنه لا يجب كمال الدية إلا بإتلاف النفس، لأن الدية بدل النفس إلا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين، ونحو ذلك، لأن تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم

(١) هذا الأثر رواه البيهقي ٩٨/٨ باب ما جاء في الحاجبين واللحية والرأس وعلق عليه فقال: قال ابن المنذر: في الشعر يجني عليه فلا ينبت، روي عن علي وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أنها قالا: فيه الدية، قال: ولا يثبت عن علي وزيد ما روي عنهما.

(٢) المارن هو: ما دون قصبه الأنف وهو ما لا يد منه، ويجمع علي موارن، المصباح المنير ٧٨١/٢.

(٣) بدائع الصنائع لكاساني ٣١٢/٧، والهداية ١٨٠/٤، والاختيار ٩٦/٤.

يوجد ذلك في تلف أحد هذه الشعور، فبقي الحكم فيه مردوداً إلى الأصل وهو امتناع كمال الدية.

٢- أن الدية الكاملة لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة.

الآدمي، ولهذا يحلق شعر الرأس ٣٤١٥- أن مثل هذه الشعور زيادة في حق كلة، واللحية بعضها في بعض البلاد، وصار كشعر الصدر والساق^(١).

ولعل هذا هو الراجح لما فيه من العمل بقاعدة الاستصحاب، كما أن ما روي عن علي وزيد رضي الله عنهما لم يثبت عنهما، والله أعلم.

الفصل الخامس

القواعد الفقهية المبينة علي الاستصحاب

يبني علي الاستصحاب الكثير من قواعد الفقه الإسلامي ذات الصلة الوثيقة بموضوع الاستصحاب وذلك لأن الاستصحاب - كما سبق - لا يثبت حكماً جديداً، بل يجعل الحكم الثابت بالدليل باقياً مستمراً، فالعبرة في كل الأحوال بالدليل سواء كان هو الدليل السابق الذي دل علي وجوب الحكم الأصلي أم كان الدليل اللاحق الذي جاء بحكم جديد، والدليل حتماً من كتاب الله تعالى وسنة رسول - صلي الله عليه وسلم - أو إجماع الأمة.

يقول ابن حزم^(١): «إذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما علي حكم، ثم ادعي 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، فعلي مدعي انتقال الحكم من أجل ذلك أن يأتي ببرهان من القرآن أو السنة عن رسول الله - صلي الله عليه وسلم - ثابتة علي أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل، فإن جاء به صح قوله، وإن لم يأت به فهو مبطل فيما ادعي من ذلك، والفرض علي الجميع الثبات علي ما جاء به النص، ما دام يبقى اسم ذلك الشيء المحكوم فيه عليه، لأنه اليقين»^(٢).

وبناء علي ذلك: فإن كل ما يبني علي الاستصحاب من قواعد فقهية، وما يتفرع عليها من فروع، فإن النصوص من كتاب الله وسنة رسوله - صلي الله عليه وسلم - تؤكد مضمونها تأكيداً كبيراً، وذلك لأن مضمون هذه القواعد حفظ الأنفس والأموال والأعراض، والشريعة الإسلامية إنما جاءت لصيانة هذه الأمور، فكل ما يبني علي الاستصحاب من قواعد، فإنما يبني عليه علي وجه اليقين، لتضمنه المحافظة علي

(١) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، أبو محمد، ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة (٣٨٤هـ)، حفظ القرآن، وتلقي العلم علي أكابر العلماء بقرطبة، نشأ شافعي المذهب، ثم انتقل إلي مذهب أهل الظاهر، له مصنفات في كثير من الفنون، توفي سنة (٤٥٦هـ)، (شذرات الذهب ٢٢٩/٣، والفتح المبين ٢٥٥/١).

(٢) الإحكام لابن حزم ٥٩٠/٥ مطبعة العاصمة بالقاهرة.

هذا الأمور (حفظ الأنفس والأموال والأعراض)، وإليك أهم هذه القواعد:

القاعدة الأولى: الأصل براءة الذمة:

وهي البراءة التي خلق الله الإنسان عليها، لأن صيانة الأنفس لما كان تكريماً للنفوس الإنسانية، وحماية لها، واعتداداً بحقوق الإنسان الذي كرمه الله وفضله علي سائر خلقه كانت القاعدة أن هذا الإنسان بريء حتى يثبت العكس.

يقول الإمام السيوطي: «ولذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد، ما لم يعتضد بآخر أو يمين المدعي، ولذا أيضاً كان القول قول المدعي عليه، لموافقته الأصل»^(١).

ومن أمثلة هذه القاعدة: براءة الذمة من التكاليف حتى يقوم الدليل علي التكليف بها، فإذا لم يقم فإنها لا تجب علي الإنسان، وإذا ادعي شخص علي آخر بحق، فعل صاحب الحق أن يقيم الدليل علي ذلك، فإذا لم يقم وتوجهت اليمين علي المدعي عليه فنكل، لا يقضي بمجرد نكوله، لأن الأصل براءة ذمته، وقد سبق بيان هذا الفرع في مبحث مستقل.

ومن تطبيقات هذه القاعدة في مجال المسؤولية الجنائية والمدنية:

أ- في مجال المسؤولية الجنائية القاعدة الشرعية (أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته، بل الأصل أن الإنسان بريء من مجرد التهمة، لأنه مخلوق علي البراءة، وعلي من يدعي غير ذلك أن يثبت أدعاه).

ب- في مجال المسؤولية المدنية، فإن الشريعة حينما صانت الأموال جعلت القاعدة: أن ذمة الإنسان بريئة من التحمل بأي التزام أمام الغير ما لم يقم الدليل المثبت لنشأة الالتزام أو المديونية^(٢).

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣.

(٢) أصول الأحكام الشرعية للاستاذ الدكتور/ يوسف قاسم ص ٢٠٨ - ٢٠٩، أصول الفقه لعباس حادة ص ٢٦٤.

القاعدة الثانية: اليقين لا يزول بالشك:

لما كان اليقين هو الأصل، والشك هو العارض، واليقين هو المعلوم الثابت، والشك هو التردد، فإن الأصل أن يظل اليقين كما هو ثابت مستقر، لا يؤثر فيه الشك أو التردد.

والدليل علي ذلك: ما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلي الله عليه وسلم «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر، كم صلي ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن علي ما استيقن»^(١)، ويندرج تحت هذه القاعدة الكثير من فروع الفقه الإسلامي.

يقول الإمام السيوطي: «اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر»^(٢).

ومن أمثلة هذه القاعدة: من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر، أو نيقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث.

ومن أكل آخر الليل، وشك في طلوع الفجر، صح صومه، لأن الأصل بقاء الليل ومن أكل آخر النهار، وشك في الغروب، بطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار، وقد سبق بيان ذلك في الفصل السابق.

القاعدة الثالثة: الأصل بقاء ما كان علي ما كان حتى يثبت ما يغيره:

وقد تفرع علي هذه القاعدة فروع كثيرة كإرث المفقود الذي سبق بيان الحكم فيه، وكذا ما ثبت أنه حلال لا يوصف بالحرمة إلا إذا تغيرت أوصافه، أو قام دليل علي التغيير وما ثبت أنه حرام يستمر علي تحريمه إلي أن يقوم دليل الإباحة، أو تتغير الصفة التي كان عليها التحريم.

مثال ما ثبت أنه حلال: العنب فإنه حلال ولا تثبت له الحرمة إلا إذا تغيرت

(١) سبق تخريجه.

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥١.

صفتة فتخمر، ومثال ما ثبت أنه حرام: الميتة فهي حرام، وكذا الخمر والخنزير، ولا تثبت الإباحة إلا عند قيام دليل كحالة الاضطرار والمخصصة.

قال تعالى: «إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم» (١).

ومثل ذلك: من اشترى ماءً وادعى نجاسته، ليرده، فالقول قول البائع، لأن الأصل طهارة الماء إذا ادعت الرجعية امتداد الطهر، وعدم انقضاء العدة، صدقت، ولها النفقة لأن الأصل بقاؤها (٢)، وهكذا.

ومن أراد الاستزادة فليرجع إلي الأشباه والنظائر للإمام السيوطي والله أعلم.

القاعدة الرابعة: الأصل في الإيضاح التحريم

لاشك أن الشريعة الإسلامية صانت الأعراض، وحافظت عليها، وحرمت أدنى مساس بها، ومن هنا كانت أهمية هذه القاعدة التي تقول: «الأصل في الأعراض التحريم».

فقد خلق الله الخلق، وفضل بعضهم علي بعض، وكان من حكمته عز وجل: أن كرم بني الإنسان، وفضلهم علي سائر خلقه، ومن مظاهر هذا التكريم أن جعل لإنسان شرفاً لا يهدر، وكرامة لا تمس، فصان عرضه بسيج من الحماية، ووضع في نفس الوقت ضوابط محددة لقضاء حاجاته المشروعة، وإشباع رغباته في إطار من الشرف والعفة والكرامة، فشرع لذلك عقد الزواج.

وبناء علي ذلك: فإن التحريم يبقي قائماً، حتي يطرأ ما يوجب الحل، وهو عقد الزواج الصحيح.

ومن فروع هذه القاعدة أيضاً: - إذا وكل شخص آخر في شراء جارية وصفها، فاشترى الوكيل جارية بالصفة، ومات قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها - لاحتمال أنه اشتراها لنفسه، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً

(١) من الآية رقم ١١٥ من سورة النحل.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥١، وأصول الفقه للشيخ زكريا البرديسي ص ٣٣٨، وأصول الفقه لركي الدين شعبان ص ٢٠٣.

في الحل، ولكن الأصل التحريم حتي يتيقن سبب الحل (١).

القاعدة الخامسة: الأصل في الأشباه الإباحة

المراد من الأصل هنا الدلالة المستمرة، فإذا ورد أمر يراد معرفة حكمه مما لا يوجب العقل لأنه ضروري، ولا يمنع لما فيه ضرر بنفسه أو بغيره (٢) كالأطعمة والأشربة التي لم يرد فيها نص، فالأصل أنها تكون مباحة باستصحاب حكم الإباحة الأصلية، هذا: وقد اختلف الأصوليون في الأشياء التي لم يرد عن الشارع فيها حكم بعد ورود الشرع علي ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن الأصل في الأشياء الإباحة مطلقاً حتي يرد الشرع مقررأ أو مغيراً والي هذا ذهب جمهور المعتزلة وطائفة من فقهاء الحنفية كالكرخي والشافعية والظاهرية (٣).

واستدلوا بما يأتي:

١- الكتاب: قوله تعالى «هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً» (٤)، وقوله تعالى «وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه» (٥).

وجه الاستدلال من الآيتين: أن الله سبحانه وتعالى أخبرهم في معرض الامتنان عليهم، وتذكيرهم بالنعمة أنه خلق لهم ما في الأرض، وسخره لهم، واللام للاختصاص أو الملك إذا صادفت قابلاً له، والخلق قابلون لذلك، وهو في الحقيقة تخصيص من الله سبحانه وتعالى لهم بانتفاعهم به، إذ لا مالك علي الحقيقة إلا الله سبحانه وتعالى، فانتضي ذلك أنهم متي اجتمعوا وما خلق لهم وسخر لهم في الوجود ملكوه، وإذا ملكوه جاز انتفاعهم به، إذ فائدة الملك جواز الانتفاع (٦).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١، وأصول الأحكام الإسلامية للاستاذ الدكتور/ يوسف قاسم ص ٢٠٩-٢١٠.

(٢) فإن كان مما يوجب العقل أو يمنع خرج عن موضع الخلاف، كشف الأسرار ٣١٧/٢.

(٣) قواعد الأدلة للسمرقاني ٤٨/٢، ومعراج المنهاج للجزري ٢٢١/٢، وما بعدها، وارشاد الفحول ص ٢٥١، ٢٥٢، والأشباه والنظائر لسيوطي ص ٦٠، وأصول الفقه لعباس حمادة ص ٢٥٦.

(٤) من الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة.

(٥) من الآية رقم ١٣ من سورة الجاثية.

(٦) روضة الناظر وشرحها ١١٩/١ - ١٢٠.

٢- السنة: ما رواه البخاري عن سعد بن أبي وقاص وأبيه قال: قال رسول الله - صلي الله عليه وسلم - : « إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم، فحرم من أجل مسألته »^(١).

وجه الاستدلال من الحديث: أنه قاطع الدلالة في أن الأصل في الأشياء الحل والتحريم عارض.

٣- المعقول: وبيانه: أن الانتفاع المترتب علي الأشياء التي لم ينص علي تحريمها إذا كان خاليا من المفسدة عادة، فإن العقل يدعو إليه، والشرع يؤكد هذا بقوله « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق »^(٢) فثبت الانتفاع بما لم ينص علي حكمه عملاً باستصحاب الإباحة الأصلية^(٣).

المذهب الثاني: أن الأصل في الأشياء المحظر حتي يرد الشرع مقررأ أو مغيرأ.

وإليه ذهب بعض أصحاب الحديث ومعتزلة بغداد^(٤)، واستدلوا بما يأتي:

١- السنة: قوله . صلي الله عليه وسلم - «دع ما يريبك إلي ما لا يريبك»^(٥).

وجه الاستدلال من الحديث: أن الأشياء التي لم يقم دليل من الشرع علي إباحتها يكون التصرف فيها فيه ريبة وشبهة، وهو منهي عنه بنص الحديث، فيكون التصرف في مثل هذه الأشياء ممنوعاً ومحرمًا، لأن النهي يفيد التحريم.

ويجاب عن ذلك: أن هذا الحديث يحمل علي الأشياء التي يكون فيها مفسدة ومضرة، أما ما لا مفسدة فيه ولا مضرة، فإن التصرف فيه لا يكون ريبة ولا شبهة^(٦).

(١) البخاري بحاشية السندي باب ما يكره من كثرة السؤال ٢٥٨/٤.

(٢) من الآية رقم ٣٢ من سورة الأعراف.

(٣) أصول الفقه لعباس حمادة ص ٢٥٧.

(٤) قواطع الأدلة للسمعاني ٤٨/٢، وإرشاد الفحول ص ٢٥١، والأشياء والنظائر ص ٦٠.

(٥) رواه أبو داود والطيالسي وأحمد وأبو يعلى، وقال الترمذي: حسن صحيح، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، العجلوني في كشف الخفاء ٤٠٦/١.

٢- المعقول: وبيانه: أن الحكم علي ما لم يرد نص من الشارع علي حكمه يعتبر كما علي شيء لم يحكم الله به، فهو يشبه تصرف الإنسان في ملك غيره، وهو نوع، لأن الذي يملك تشريع الأحكام هو الله تعالي، فإذا أبحنا ما لم يرد فيه نص، نفذ تصرفنا في ملك المشرع بدون إذنه، وهذا لا يجوز، فالأصل في الأشياء المحظر لا الإباحة^(١).

ويجاب عن ذلك: بأن الإذن في الشريعة من وجهين:

أحدهما: من طريق اللفظ ومعناه.

والآخر: من طريق الضرورة الداعية إليه، فكل شيء اضطره الله إليه، فقد أذن له فيه، ورفع الحرج عنه، وإذا كان كذلك لم يخل هذا النوع من دليل الإباحة^(٢).

المذهب الثالث: أن الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار الحرمة، وهذا ما رجحه الإمام البيضاوي وكثير من الأشاعرة^(٣).

واستدلوا علي إباحة المنافع بما سبق في قوله تعالي «خلق لكم ما في الأرض جميعاً»^(٤)، واستدلوا علي حرمة المضار بقوله صلي الله عليه وسلم «دع ما يريبك إلي ما لا يريبك»^(٥) وقوله صلي الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٦)، فالضرر ورد في الحديث عام، وهو نكرة في سياق النفي والمقصود من النفي هنا النهي، فالحديث يفيد النهي عن كل ما فيه ضرر بالنفس أو إضرار بالغير^(٧).

(١) قواطع الأدلة ٥٢/٢.

(٢) المرجع السابق ٥٧/٢.

(٣) معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي ٢٢١/٢ وما بعدها، وروضة الناظر ١١٨/١.

(٤) من الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) ابن ماجة في سننه ٧٨٤/٢ رقم ٢٣٤٠ ونصب الراية ٣٨٤/٤، وسبل السلام ١١٠/٢.

(٧) المرجع السابق.

الترجيح:

ولعل الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث، لأنه يتمشي مع المصلحة والعقل ولا يتعارض مع أدلة الشرع، فما دام الشيء نافعا، ولم يقم دليل من الشرع بالخطر، فالأولي أنه يكون مباحا، وكذا إذا كان الشيء ضارا، فالأولي أن يكون محرما..

القاعدة السادسة: لا يؤخذ بالاستصحاب إلا إذا انعدمت الأدلة التي فرقته، فهو آخر دليل ينزع إليه المجتهد لبيان الحكم في الحادثة، فهو كما يقولون آخر مدار الفتوي.

أهم مراجع البحث

الألف

- ١- الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وابنه ط: دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢- الأحكام للآمدي ط: دار الحديث.
- ٣- الإحكام لابن حزم الاندلسي ط: مطبعة العاصمة بالقاهرة.
- ٤- الاختيار لتعليل المختار للإمام عبد الله بن محمود الموصلبي ط: الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.
- ٥- الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور/ خليفة بابكر حسين ط: مكتبة وهبة.
- ٦- إرشاد الفحول للشوكاني ط: دار المعرفة - بيروت.
- ٧- الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر تحقيق/ محمد علي البجاوي مطبعة نهضة مصر.
- ٨- الأشباه والنظائر للسيوطي ط: مصطفى الحلبي.
- ٩- أصول السرخسي ط: دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٠- أصول البزدوي بهامش كشف الاسرار ط: دار الكتاب العربي.
- ١١- أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ط: دار الفكر العربي.
- ١٢- أصول الفقه لزكي الدين شعبان ط: دار التأليف ١٩٦٤م.
- ١٣- أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا البرديسي ط: الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ دار الاتحاد العربي للطباعة.
- ١٤- أصول الفقه للدكتور/ عباس متولي حمادة ط: الطبعة الثانية دار التأليف.
- ١٥- أصول الأحكام الشرعية للدكتور/ يوسف قاسم ط: دار النهضة العربية.

١٦- أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ط: دار الحديث.

١٧- الأعلام لخير الدين الرزكلي ط: الطبعة الثانية.

١٨- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب أحمد للشيخ أبي الحسين علي بن سليمان المرادي صححه: محمد حامد الفقي ط: دار إحياء التراث العربي.

الباء

١- البحر المحيط للإمام الزركشي الطبعة الأولى ١٤١٤هـ دار الكتب.

٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور/ محمد السعيد عبد ربه ط: مطبعة الحسين الجديدة ١٩٧٧م.

٣- البداية والنهاية لابن كثير القرشي ط: دار الفكر.

٤- بدائع الصنائع للكاساني الحنفي ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

٥- بلوغ السؤل في مدخل علم الأصول للشيخ حسنين مخلوف ط: مصطفى الحلبي.

القاء

١- التحفة الخيرية علي الفوائد الشنشورية للإمام إبراهيم الباجوري ط: مصطفى الحلبي.

٢- تحفة الطلاب بشرح متن تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصاري ط: مصطفى الحلبي.

٣- تخریج الفروع علي الأصول للإمام شهاب الدين الزنجاني تحقيق محمد أديب صالح ط: مؤسسة الرسالة.

٤- تذكرة الحفاظ للذهبي ط: دار إحياء التراث العربي.

٥- التعريفات للجرجاني ط: مطبعة البابي الحلبي.

٦- تفسير ابن كثير ط: دار المعرفة للطباعة والنشر.

٧- تقريب الوصول إلي علم الأصول للإمام أبي القاسم بن جزى الغرناطي المالكي ط: الطبعة الأولى ١٤١٥هـ دار الأقيص.

٨- تقرير الشريبي هامش علي جمع الجوامع بحاشية البناني ط: عيسى البابي الحلبي.

٩- التلخيص في أصول الفقه للإمام الجويني ط: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ دار البشائر الإسلامية.

١٠- التلويح علي التوضيح للإمام سعد الدين التفتازاني ط: دار الكتب العلمية بيروت.

١١- التنقيح وشرحه التوضيح كلايهما لصدر الشريعة مطبوع بهامش التلويح.

١٢- تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ط: دار الفكر العربي.

١٣- تيسير التحرير للعلامة محمد أمين ط: دار الكتب العلمية بيروت.

الجيم

١- جمع الجوامع بحاشية البنانين للسبكي ط: فيصل عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٢- الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ عبد القادر القرشي تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلوط: عيسى البابي الحلبي.

الحاء

١- حاشية البناني علي شرح جمع الجوامع ط: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

٢- حاشية الرهاوي علي شرح المنار لشرف لدين يحيى الرهاوي المصري مطبوع مع شرح المنار لابن ملك ط: دار سعادات عثمانية.

٣- حاشية نسيمات الأسحار لابن عابدين الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ ط: مصطفى الحلبي.

٤- الحاوي الكبير للإمام أبي الحسن الماوردي حقه د/ محمود مصطفى وجماعة ط: دار الفكر.

الزراء

- ١- روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي ط: مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ المكتب الإسلامي.
- ٣- رياض الصالحين للإمام النووي ط: مؤسسة جمال - بيروت - لبنان.

السيين

- ١- سبل السلام للصنعاني تحقيق طه عبد الرؤف سعد مطبعة المشهد الحسيني.
- ٢- سنن البيهقي ط: دار الفكر.
- ٣- سنة الترمذي تحقيق وتعليق ابراهيم عطوة عوض.
- ٤- سنن الدارقطني وبذيله التعليق المغني ط: عالم الكتب - بيروت - مكتبة المنبهي.
- ٥- سنن أبي داود راجعه محمد محيي الدين عبد الحميد ط: مصطفى محمد.
- ٦- سنن أبن ماجه: ط: دار الفكر.
- ٧- سنن النسائي ط: دار الريان للتراث.

الشيئين

- ١- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف ط: المطبعة السلفية.
- ٢- شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي ط: منشورات دار الأفاق الجديدة - بيروت.
- ٣- شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع ط: دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي.
- ٤- الشرح الصغير للإمام الدردير ط: الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية - الجهاز المركزي للكتب الجامعية.

- ٥- شرح طلعت الشمس للإمام أبي محمد عبد الله السامي ط: الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ سلطنة عمان.
- ٦- شرح فتح القدير لابن الهمام ط: مصطفى محمد.
- ٧- شرح الكوكب المنير للفتوح الحنبلي ط: مكتبة العبيكان ١٤١٣هـ.

الصاد

- ١- صحيح البخاري بحاشية السندي ط: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي.
- ٢- صحيح الامام مسلم النيسابوري ط: مؤسسة الطباعة لدار التحرير بالقاهرة مصورة من طبعة استانبول المطبوعة سنة ١٣٢٩هـ.

الطاء

- ١- طبقات الشافعية للسبكي ط: دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.

العين

- ١- علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ط: مكتبة الدعوة الإسلامية

الغين

- ١- غاية الوصول شرح لب الأصول للشيخ زكريا الانصاري ط: عيسى البابي الحلبي.

الفاء

- ١- الفتح المبين في طبقات الأصوليين للإمام المراغي ط: الطبعة الأولى مطبعة عبد الحميد حنفي.
- ٢- الفرق بين الفرق للشيخ عبد القاهر البغدادي تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد ط: دار المعرفة.
- ٢- الفهرست لابن النديم ط: المطبعة الرحمانية.

٤- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت للعلامة عبد العلي بن نظام الدين الأنصاري مطبوع مع المستصفي ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

٥- الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات الكنوي ط: دار المعرفة - بيروت.

القاف

١- قواطع الأدلة في الأصول للإمام أبي المظفر السمعاني ط: الطبعة الأولى ١٤١٨هـ،

دار الكتب العلمية - بيروت.

٢- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي ط: عالم الفكر.

الكاف

١- كشف الأسرار علي أصول البزدوي للإمام عبد العزيز البخاري ط: دار الكتاب العربي.

٢- كشف الأسرار للإمام النسفي ط: دار الكتب العلمية.

٣- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني للإمام أبي الحسن علي بن خلف المصري ط: الجهاز المركزي للكتب الجامعية.

٤- كشف الخفاء ومزيل الإلباس للإمام العجلوني ط: مكتبة القدس ١٣٥١هـ.

الميم

١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الله بن محمد بن سليمان ط: دار إحياء التراث العربي.

٢- المحصول في أصول الفقه للإمام فخر الدين الرازي ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

٣- المحلي لابن حزم الأندلسي تحقيق/ محمد خليل هراس ط: مطبعة الامام.

٤- مختار الصحاح لأبي بكر الرازي ط: المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣٥٨هـ.

٥- مختصر المنتهي لابن الحاجب مع شرح العضد ط: مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- المختصر النافع في فقه الإمامية للإمام أبي القاسم جعفر بن الحسن بن الحلبي ط: الطبعة الثانية، مطبعة وزارة الأوقاف.

٧- المستصفي للإمام الغزالي ط: دار الكتب العلمية - بيروت.

٨- مسلم الثبوت لمحّب الله بن عبد الشكور مطبوع مع المستصفي.

٩- المسودة في أصول الفقه لثلاثة من أئمة آل تيمية ط: دار الكتب العربية.

١٠- المصباح المنير للقيرومي ط: المطبعة الأميرية بالقاهرة.

١١- المعجم الوسيط قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرين ط: الطبعة الثالثة - نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

١٢- معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٣- المعجم الوجيز ط: مجمع اللغة العربية سنة ١٤١٦هـ.

١٤- معراج المنهاج لابن الجزري تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل ط: الطبعة الأولى، مطبعة الحسين الإسلامية.

١٥- المعالم في علم أصول الفقه للإمام الرازي ط: دار المعرفة.

١٦- مغني المحتاج للشربيني الخطيب ط: مصطفى الحلبي.

١٧- المغني لابن قدامة المقدس ط: عالم الكتب - بيروت.

١٨- الملل والنحل للشهرستاني تحقيق: محمد بن فتح الله بدران ط: الطبعة الأولى - مطبعة الأزهر.

١٩- منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن محمد بن صديان تحقيق زهير الشاويش ط: الطبعة السادسة ١٤٠٤هـ المكتبة الإسلامي - بيروت.

٢٠- مواهب الجليل للحطاب ط: الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ - دار الفكر.

٢١- المعونة علي مذهب مالك للقاضي عبد الوهاب البغدادي تحقيق خميس عبد الحق ط: دار الفكر.

الفون

- ١- نزهة الخاطر شرح روضة الناظر للشيخ عبد القادر الدمشقي مطبوع مع روضة الناظر ط: مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٢- نشر البنود علي مراقي السعود للإمام العلوي السنقيطي ط: الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ دار الكتب العلمية.
- ٣- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي الحنفي ط: الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ مطبعة دار المأمون بشبرا.
- ٤- نهاية السؤل للإمام الإسئوي ط: محمد علي صبيح.
- ٥- نيل الأوطار للإمام الشوكاني ط: مكتبة الكليات الأزهرية.

الهاء

- ١- الهداية شرح بداية المبتدي للمرغبباني ط: مصطفى الحلبي.

الفهرس

الموضوع

المقدمة: في أهمية الاستصحاب ومدى الحاجة إليه.

٣١٩

الفصل الأول

في تعريف الاستصحاب.

البحث الأول: تعريف الاستصحاب في اللغة.

٣٢٥

البحث الثاني: تعريف الاستصحاب في الاصطلاح.

٣٢٦

البحث الثالث: المقارنة بين التعاريف الواردة في الاستصحاب.

٣٢٩

البحث الرابع: ذكر أمثلة لتوضيح حقيقة الاستصحاب

٣٣٠

الفصل الثاني

انواع الاستصحاب

تهييد وتقسيم

٣٣٤

البحث الأول: الاستصحاب الأصلي.

٣٣٥

المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي.

٣٣٨

المطلب الثاني: استصحاب ما دل العقل أو الشرع علي ثبوته

٣٤٠

ودوامه لوجود سببه.

المطلب الثالث: استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتي

٣٤٢

يثبت خلافه.

المطلب الرابع: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض.

٣٤٤

المطلب الخامس: استصحاب الحكم الثابت بالاجماع في محل

٣٤٦

٣٩٥	المبحث الخامس: الطلاق الواقع بالإيلاء.
٤٠٠	المبحث السادس: الإفطار استناداً إلى الشك في غروب الشمس.
٤٠١	المبحث السابع: التسحير استناداً إلى الشك في طلوع الفجر.
٤٠٥	المبحث الثامن: أكل الصيد المعلم من فريسته.
٤١٠	المبحث التاسع: نكول المدعي عليه عن اليمين.
٤١٣	المبحث العاشر: الجنابة علي الشعور الخمسة.
٤١٧	الفصل الخامس
	القواعد الفقهية المبينة علي الاستصحاب
٤١٨	القاعدة الأولى: الأصل براءة الذمة.
٤١٩	القاعدة الثانية: اليقين لا يزول بالشك.
٤١٩	القاعدة الثالثة: الأصل بقاء ما كان علي ما كان حتي يثبت ما بغيره.
٤٢٠	القاعدة الرابعة: الأصل في الأبضاع التحريم.
٤٢١	القاعدة الخامسة: الأصل في الاشياء الإباحة
٤٢٥	الراجع
٤٣٣	النهرس

٣٥٢	المبحث الثاني: الاستصحاب المقلوب.
٣٥٥	الفصل الثالث
٣٥٥	أقوال العلماء ومذاهبهم في حجية الاستصحاب
	المبحث الأول: موقع الاستصحاب بين الأدلة الأخرى.
٣٥٦	المبحث الثاني: تحرير محل النزاع في حجية الاستصحاب.
٣٥٨	المبحث الثالث: أقوال ومذاهب العلماء في حجية الاستصحاب.
٣٦٢	المبحث الرابع: أدلة مذاهب العلماء في حجية الاستصحاب.
٣٦٢	المطلب الأول: أدلة المذهب الأول.
٣٧٠	المطلب الثاني: أدلة المذهب الثاني.
٣٧٣	المطلب الثالث: أدلة المذهب الثالث.
٣٧٥	المطلب الرابع: أدلة المذهب الرابع.
٣٧٦	المطلب الخامس: الترجيح.
٣٧٨	خاتمة: في بيان كون الاستصحاب لا يثبت حكماً جديداً.
٣٧٩	الفصل الرابع
	أثر استصحاب الحال في فروع الفقه الإسلامي
٣٨٠	المبحث الأول: الصلح علي الإنكار.
٣٨٥	المبحث الثاني: ميراث المفقود.
٣٨٨	المبحث الثالث: مطالبة الشفيع بالبينة علي ثبوت الملك.
٣٨٩	المبحث الرابع: حكم الوضوء مما يخرج من الجسد من غير السبيلين.