قاعدة الاستصحاب الأصولية وتطبيقاتها في قانون الأسرة البحريني (زوجة المفقود أنموذجاً)

دكتور/ أحمد عبد الرحمن العسيري
الأستاذ المساعد في كلية البحرين للمعلمين
جامعة البحرين

الملخص:

تتناول هذه البحث موضوع الاستصحاب بحسب علماء الشريعة الإسلامية وأثرها في المسائل المتعلقة بالشريعة الإسلامية شخص مفقود .ويتعلق محتواه بالاستصحاب بشكل غير مباشر مصدر الأحكام الخاصة بالمفقود في قانون الأسرة البحريني واستدلالاً من الأدلة الفقهية الخلافية المعتمدة في استنباط الأحكام الإسلامية من قبل علماء الشريعة الإسلامية في مجال الفقه، وخاصة في المسائل المتعلقة بالأسرة، تهدف هذه الدراسة إلى إبراز مكانة الاستصحاب في قانون الأسرة البحريني من خلال تبني المشرع لبعض أحكام المسائل التي نص عليها أهل العلم الذين اتخذوها دليلا شرعيا، واستخدامها، وتطبيقها في قانون الأسرة مثل قضية تركة المفقود التي ينظمها القانون البحريني. ومن ثم يحدد البحث مدى فاعلية هذه الأدلة على المستوى القانوني بشكل عام ويضع الأحكام الخاصة بالمفقود في القانون البحريني ..

الكلمات المفتاحية: استصحاب؛ تقنين الأسرة؛ الفقه الإسلامي؛ شخص مفقود؛ قرار قضائي؛ زوجة المفقود.

Abstract:

This article addresses the topic of Istishab according to Islamic law scholars and its impact on issues relating to the missing person. Its content relates to Istishab as an indirect source of provisions on the missing person in BAHRAINI family law and as evidence from controversial doctrinal evidence adopted to derive Islamic provisions by Islamic sharia scholars in the area of jurisprudence, particularly in matters relatingto the family, This study aims to highlight the status of Istishab in BAHRAINI Family Law through the legislator adoption of some of the issues' provisions provided byscholars who have taken it as legal evidence, using it, and applying it in the Family Law such as the legacy of the missing person issue regulated by theBAHRAINI law.Thus, the research identifies the effectiveness of this evidence at the legal level in general and draws up provisions on the missing person in particular.

Keywords:Istishab; Family codification;Islamic jurisprudence ؛missing person ; judicial decision;wife of missing person

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيد الأولين والآخرين، الرحمة المرسلة إلى العالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعه وسار على هديه إلى يوم الدين.

وبعد:

إن من فضل الله تعالى على عباده ولطفه بهم، أن شرع لهم من الأحكام ما به صلاحهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة، وإن من أهم العلوم هو علم أصول الفقه الذي حكم العلماء بقطعية كليتها؛ لأن الأصل لا يكون أصلا حتى تشهد له كليات الشريعة، ولذا تجد العلماء يؤكدون على أهمية أصول الفقه ومعرفة مباحثه عمومًا، وأنه لا يحق لباحث في الشرع أو متصدِّر للفتيا أن يكون جاهلًا بأصول الفقه، وقال شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله هذا المعنى فيقول: "لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية تُردُّ إليها الجزئيات؛ ليتكلَّم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت؟ وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات، فيتولد فساد عظيم [(١)].

وهذا الشاطبي –رحمه الله– بعد أن قرر أهمية أصول الفقه وميزته العلمية في علوم المسلمين ختم حديثه بقوله: "فإذا تقرَّر هذا فلا يؤخذ (العلم) إلا ممن تحقق به، وهذا أيضا واضح في نفسه، وهو أيضا متفق عليه بين العقلاء؛ إذ من شروطهم في العالم بأي علم اتفق أن يكون عارفا بأصوله، وما ينبني عليه ذلك العلم، قادرا على التعبير عن مقصوده فيه، عارفا بما يلزم عنه، قائمًا على دفع الشبه الواردة عليه فيه"[(٢)].

والناظر في أحكام الشريعة الإسلامية، يجد حرصها على تحقيق المصالح ودرء المفاسد، والمحافظة على الأنفس والحقوق والأموال في توازن دقيق ينظم أمور الناس وكل ما يواجههم في حياتهم اليومية ومعاملاتهم من مشاكل وقضايا.

وذلك لما لهذا الأمر من أهمية عظمى في المجتمع الدولة المسلمة ومن هذه الأدلة دليل الاستصحاب ، فالاستصحاب يجعل الفقهاء في سعة ويخلصهم من مواقف الحيرة ويفتح لهم طرقا يصدرون بها الفتوى في يسر وينفذون منها إلى الفصل في القضايا في سرعة، فضلا عما فيه من الدلالة على سماحة الإسلام وأنه دين الفطرة الذي لا يشعر من تشرف بالانتساب إليه بحرج فيما شرع لهم من أحكام [(٣)].

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ١٩/ ٢٠٣.

(٢) انظر: الشاطبي، الموافقات ١/١٤٦.

(٣) انظر: أصول الفقه، للأستاذ الدكتور/ زكي الدين شعبان ص٢٠٥.

وقد عمل فقهاء القوانين الوضعية بموجب أحكام الاستصحاب من وكان التطبيق له في شتى المجالات ومن ذلك **مبدأ:** " الحيازة في منقول " هو مبني على استصحاب حال وضع اليد الظاهر في إثبات الملكية الذي لم يوجد ما يغيره. وغير ذلك الكثير من الأحكام والمبادئ التي بنوها على قواعد الاستصحاب.

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

وفي هذا يقول فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: "والحق أن استصحاب الحكم الذي دل عليه دليل واعتباره قائماً إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضي خلافه هو مما تقضي به الفطرة السليمة وتؤيده تصرفات الناس وأعمالهم وكل نص شرعي دل على حكم يعتبر حكمه قائماً إلى أن يطرأ ما ينسخه وكل عقد أو تصرف ترتب عليه حكم ثابتاً إلى أن يطرأ ما يغيره"(١).

ولتسليط الضوء على النقاط المتقدمة ومعرفة موقف المقنن البحريني من دليل الاستصحاب ومدى تأثر قوانين الأحوال الشخصية العربية وبالأخص قانون الأحوال الشخصية بوجهات الفقه الإسلامي اخترنا البحث في هذا الموضوع وخصوصا في موضوع زوجة المفقود.

ويمكن الوقوف على مكانة الاستصحاب بين الأدلة من خلال ما أورده الزركشي في "البحر المحيط" إذ يقول نقلا عن الخوارزمي في "الكافي" وهو آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب، ثم في السنة، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده فيأخذ حكمها في استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان في ثبوته فالأصل عدم ثبوته"(٢).

ثم قال الزركشي: "وهو حجة يفزع إليها المجتهد إذا لم يجد في الحادثة حجة خاصة، وبه قال الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية والظاهرية"(٣).

وقال السرخسي: حالة المفقود واتخذها مثالًا لتطبيق هذا المذهب فقال: "ففي المفقود الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه في ماله على ما كان ولا

(١) انظر: مصادر التشريع الإسلامي، للشيخ خلاف ص١٥٤.
(٢) انظر: البحر المحيط: ٤/٧.
(٣) انظر: البحر المحيط: ٦/٧.

تكون حجة في إثبات الملك له ابتداء في مال قريبه إذا مات ففي الأولى دفع إرث الغير من المفقود وفي الثانية لا يثبت إرثه من غيره"[١].

وقد وجدت العلامة ابن السبكي يذكر هذا المذهب فقد ورد في الإبهاج قوله: "وهو المعمول به عند الحنفية كما صرح به أصحابهم في كتبهم أنه لا يصلح حجة على الغير ولكن لإبداء العذر والدفع ولذلك قالوا: حياة المفقود تصلح حجة لإبقاء ملكه لا في إثبات الملك لا في مورثه"[٢].

وهكذا: أوضح ابن القيم هذا بقوله: "ومعنى ذلك أن الاستصحاب يصلح لأن يدفع به من ادعى تغيير الحال لا لإبقاء الأمر على ما كان فإن بقاء ما كان إنما هو مستند إلى موجبه لا إلى عدم المغير فإذا لم نجد دليلًا نافيًا ولا مثبتًا أمسكنا لا نثبت الحكم ولا ننفيه بل"ندفع بالاستصحاب دعوى من أثبته [٣].

وبهذه النصوص نجد ان الفقهاء أخذو بقاعدة الاستصحاب في أحكام المفقود، وسوف ندرس ما قام به المقنن البحريني في قانون الأسرة من الأخذ بقاعدة الاستصحاب في أحكام المفقود ومدى حضور هذه القاعدة في ذلك.

أهمية هذه الدراسة وأهدافها:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في الأمور الآتية:

١) أهمية الاستصحاب وحجيته وأنواعه ومذاهب العلماء فيه.

٢) التعلق المباشر لهذه الدراسة بشريحة كبيرة من الناس في هذا العصر الذي انتشرت فيه ظاهرة الهجرة والسفر للعمل أو الدراسة، وكثر فيه نشوب الحروب واندلاع الفتن الداخلية والخارجية. تقنين الفقه الإسلامي في المحاكم الشرعية والحاجة إلى هذا المبحث وبيان قواعد الاستصحاب فيه.

٣) وتتضح أهمية البحث ــ إضافة لما سبق ــ من خلال إظهاره ما لهذه القاعدة الأصولية من أهمية كبيرة في بيان ما يتوقف عليه حياة الإنسان في مختلف حالاته، سواء أكان حاضراً أم غائباً، وبيانه للمكانة الرفيعة التي يتمتع الإنسان بها من خلال حمايته، والمحافظة على حقوقه وأمواله وعدم الاعتداء عليه وإن كان غائباً، بل إن مكانته السامية تتجلى بشكل أوضح من خلال تقدير حياته وإن كان مفقوداً وانقطعت أخباره، مما يحفظ عليه حقوقه وأمواله.

(١) انظر: أصول السرخسي: ٢/٢٢٤.
(٢) انظر: الإبهاج شرح المنهاج: ٣/٢٦٦.
(٣) إعلام الموقعين: ١/٣٤٠- ٣٤٢.

أما أهداف هذه الدراسة: فإن هذه الدراسة تهدف إلى:

١) بيان قاعدة الاستصحاب وأهميتها وحجيتها والعمل بها .

٢) بيان أحكام زوجة المفقود وإظهار أثر ذلك على أحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بها.

٣) بيان الأحكام الخاصة بزوجة المفقود، وما يترتب على عودته بعد الحكم بموته.

الدراسات السابقة:

إن تنزيل القواعد الأصولية وتوظيف تطبيقاتها على الفروع مجال خصب للباحثين، وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية، وثمة دراسات وكتابات حديثة تناولت هذه المسائل، غير أن هذا البحث يتميز عما سبقه من دراسات، أنه تعرض لقانون الأحوال الشخصية في مملكة البحرين، وما قام به المقنن البحريني في هذه المسألة في الأخذ بالاستصحاب وقواعده.

ولذلك فإن هذا البحث كان بحمد الله وتوفيقه جديداً، من خلال دراسة الاستصحاب وتطبيقاته على أحكام زوجة المفقود، ومن جهة الموضوع، من خلال طريقة العرض واستقصاء.

ويمكن تقسيم الدراسات السابقة الى قسمين قسم يتعلق بالاستصحاب وقسم يتعلق بأحكام المفقود في الفقه الإسلامي

هناك الكثير من الدراسات التي اطلعت عليها والتي تناولت أحكام الاستصحاب على وجه الاستقلال، وهي كثيرة جداً، وإن كانت بعض البحوث والدراسات المعاصرة في موضوع الاستصحاب قد تناولت بعض أحكامه الفقهية عرضا بذكر الأمثلة ، ومن أهم هذه الدراسات ما يأتي:

١- استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية./ أ.د إبراهيم قنديل[١].

٢- حجية الاستصحاب عند الأصوليين / د. نادية محمود سليم صديق ، [٢].

٣- الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال) الدكتور: أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي[٣].

(١) قنديل، أ.د/ إبراهيم. (١٩٩٤). استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مجلة البحوث الفقهية والقانونية، المجلد ٩، العدد ٩، ١٩٩٤، ٢٢٤-٣٦٤.

(٢) صديق، نادية محمود سليم. ٢٠٢٠. حجية الاستصحاب عند الأصوليين. مجلة الآداب و العلوم الإنسانية،مج. ٩٠، ع. ١، ص ٣٠١-٣٣٥.

(٣) الضويحي، أحمد بن عبدالله بن محمد. (٢٠٠٧). الإستصحاب المقلوب: تحكيم الحال. مجلة العلوم الشرعية والعربية، ع١ ، ٩٠ - ١٦٩.

وهناك بعض الدراسات التي تناولت قانون الأحوال الأسرة ة البحريني [1]، ولكن هذه الدراسات لم اجد من بحث هذه المسألة على هذه الصفة الأصولية ولعل هذا البحث يفتح باب جديد في البحوث الأصولية في قانون الأسرة البحريني.

وقد استفدت من جميع البحوث السابقة والفضل لهم في فتح آفاق جديدة لدراسة قانون الأسرة البحريني من الناحية الأصولية .

منهج البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي، إضافة إلى المنهج الاستنتاجي في العديد من المواضع، وقمت بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين، وخاتمة.

المبحث الأول: الاستصحاب مفهومه وأنواعه وحجيته، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.

المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب وصوره.

المطلب الثالث: حجية الاستصحاب.

المبحث الثاني: أثر الاستصحاب على مسائل المفقود وتطبيقاته في قانون الأسرة البحريني (زوجة المفقود)، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : تعريف المفقود.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حكم زوجة المفقود.

المطلب الثالث: حكم نفقة المعتدة " زوجة المفقود".

المطلب الرابع: مواد قانون الاسرة البحريني الموحد ووجه التفريع على دليل الاستصحاب.

الخاتمة وأهم النتائج

ثم أنهيت البحث ببيان لأهم المراجع والفهرست العام للبحث والله أسأل أن يتقبل عملي هذا وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن ينقضي به في الدنيا وأن يجعله سنداً لي يوم العرض عليه أنه سميع قريب مجيب الدعاء رب العرش العظيم.

هذا وأسال الله سبحانه أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يرزقنا السداد في القول والعمل، إنه سميع مجيب، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين.

---

(١) انظر: بخيت، أحمد محمد أحمد. (٢٠١٦). قراءة نقدية في تقنين أحكام الفقه وصياغتها تطبيقا على مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني – الشق السني. مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع٣١، ج٢ ، ٦٧٦ – ٧٧٤.

المبحث الأول: الاستصحاب مفهومه وأنواعه وحجيته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب

أولاً: تعريفه في اللغة:

الاستصحاب مصدر من الفعل الثلاثي "صحب".وهو استفعال؛ وهو أصل لطلب الفعل: كالاستسقاء لطلب السقي، والاستفهام لطلب الفهم. قال ابن فارس (ت٣٩٥هـ):- "الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقاربته، ومن ذلك الصاحب". والسين والتاء تدلان على الطلب، ومن ذلك قولهم: "استصحب الرجل" أي دعاه إلى الصحبة ولازمه. وكل شيء لاءم شيئاً فقد استصحبه[١] .

وقد جاء في المصباح المنير "أن الاستصحاب لغة: طلب الصحبة، يقال: استصحبه إذا دعاه إلى الصحبة ولازمه، فكل شيء لازم شيئا آخر فقد استصحبه، فتقول استصحبت الكتاب حملته، ومن هنا قيل استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً، كأنك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة واستصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتا كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة"[٢].

فالاستصحاب: من الصحبة، وهي الملاينة وطلب الصحبة، وعدم المفارقة: يقال: استصحبه لازمه ولاينه ودعاه إلى الصحبة، وجعله في صحبته [٣].

ومما سبق يتضح أن الاستصحاب لغة : طلب الصحبة ، وهي الملازمة وعدم المفارقة .

ثانياً: تعريفه في الاصطلاح:_الاستصحاب هو أحد الأدلة المختلف فيها، ويعبر عنه أكثر علماء الأصول وخصوصاً المتقدمين منهم بـ "استصحاب الحال" [٤]

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

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

---

(١) معجم مقاييس اللغة ٥٦٣، مادة: "صحب".

(٢) انظر: المصباح المنير للفيومي ٤٥٤/١ مادة "صحب".

(٣) انظر: الصحاح للجوهري ١٦٢/٢ والقاموس المحيط ٩١/١.

(٤) انظر: البرهان ١٦٤/٢، والتلخيص ١٢٧/٣، والإحكام لابن حزم ٥/٥، وقواطع الأدلة ٣٥/٢، وتقويم الأدلة ٤٠٠، والعدة ١٢٦٢/٤، وأصول السرخسي ٢٢٣/٢ والمحصول ١٤٨/٦ وروضة الناظر ١٥٥/١، والتمهيد لأبي الخطاب ٢٥١/٤، وشرح مختصر الروضة ١٤٧/٣، والبحر المحيط ٤٢٧/٤، والإحكام للآمدي ١٢٧/٤.

فعرفه: أبو الحسين البصري [١] من المعتزلة في كتابه المعتمد:

بأنه: "اعلم أن استصحاب الحال هو أن يكون حكم ثابت في حالة من الحالات ثم تتغير الحالة فيستصحب الإنسان ذلك الحكم بعينه مع الحالة المتغيرة ويقول: من ادعى تغير الحكم، فعليه إقامة الدليل"[٢].

وعرفه الغزالي (ت٥٠٥هـ) في كتابه المستصفى حيث قال: "الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب".

وعرفه الامام القرافي: "إن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال "[٣]

وقال الكمال بن الهمام [٤]: بأنه: "هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه".[٥]

أي أن الحكم الظني ببقاء أمر تحقق سابقاً سواء كان إثباتاً أو نفياً عقلياً أو شرعياً لا مانع من اسصحابه إلى الزمن الحاضر طالما أنه لم يظن عدمه [٦].ومعناه عند الأكثرين: "الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناءً على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول" . أو بعبارة أخرى: "أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال" [٧].

المطلب الثاني: أنواع الاستصحاب وصوره

يتخذ استصحاب الحال أشكالا متنوعة بحيث تعددت صور وتنوع إلى أنوع مختلفة، وقد ذكر بعض العلماء أن الاستصحاب نوعان فقط: الأول: استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية عند عدم الدليل على خلافه، والثاني: استصحاب حكم شرعي ثبت بالدليل ولم يقم دليل على تغييره، وقالوا أن الصورتين محل خلاف بين الأصوليين [٨].

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

---

(١) هو: أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي متكلم أصولي وهو من أئمة المعتزلة كتب في علم الكلام وغيره وله في أصول الفقه "المعتمد" وتوفى في بغداد سنة ٤٣٦هـ انظر: شذرات الذهب ٢٥٦/٣ وفيات الأعيان ٢٧٩/٢، والفتح المبين، ٢٣٧/١، والإعلام ١٦١/٧.

(٢) انظر: المعتمد ٣٢٥/٢.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول:٣٥١/١.

(٤) هو: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الشهير بابن الهمام المولود بالإسكندرية سنة ٧٩٠هـ وهو من علماء الحنفية ومن مؤلفاته فتح القدير في شرح الهداية في فقه الحنفية والتحرير في أصول الفقه وتوفي بالقاهرة سنة ٨٦١ هـ. انظر: الفوائد البهية ص١٨٠، والأعلام ١٣٤/٧، ١٣٥، والفتح المبين ٣٩/٢.

(٥) انظر: التحرير :٢٩٠/١.

(٦) انظر: التقرير والتحبير على التحرير ٢٩٠/٣ المطبعة الأميرية، وتيسير التحرير ١٧٦/٤ الحلبي.

(٧) انظر: شرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٦/٢وشرح العضد ٢٨٤/٢، ونزهة الخاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر ١٨٩/٢

(٨) انظر: أصول التشريع الإسلامي للشيخ/ علي حسب الله ص٢٠٧، ٢٠٨.

في حين أن البعض الآخر قد عد هذا صورتين من صور الاستصحاب [١].

يقول الزركشي (ت٧٩٤هـ) –وهو يعدد صور الاستصحاب–: "السادسة وتصلح أن تكون قسيماً لما سبق: استصحاب الحاضر في الماضي وهو المقلوب، فإن القسم الأول ثبوت أمر في الثاني لثبوته في الأول لفقدان ما يصلح للتغيير، وهذا القسم في ثبوته في الأول لثبوته في الثاني، كما إذا وقع النظر في أن زيداً هل كان موجوداً أمس في مكان كذا، ووجدناه موجوداً فيه اليوم؟ فيقال: نعم، إذ الأصل موافقة الماضي للحال..... فنقول: إذا ثبت استعمال اللفظ في هذا المدعى فندعي أنه كان مستعملاً قبل ذلك، لأنه لو كان الوضع غيره فيما سبق لزم أن يكون قد تغير إلى هذا الوضع، والأصل عدم تغيره"[٢].

وهكذا اعتبر هؤلاء العلماء أن الاستصحاب يتنوع إلى أنواع خمسة والبعض الآخر ذكر أن الاستصحاب له خمسة أنواع –أيضا– إلا أنهم اعتبروا استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء والتي لم يرد بتحريمها دليل شرعي، واستصحاب العدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية، أي انتفاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود الشرع، واعتبروا هذين النوعين نوعاً واحداً لأن الإباحة الأصلية يشملها استصحاب العدم الأصلي، وزادوا الخامس وهو الاستصحاب المقلوب –أي استصحاب الحال في الماضي[٣].

وقد وجدنا البعض الآخر من العلماء كالإمام الغزالي: قد عد أنواع الاستصحاب أربعة أنواع وهي الأربعة الأولى فيما سبه ذكره على نحو ما ورد في إرشاد الفحول، غير أنه خالف في حجية –استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع، وذكر أنه لا حجة فيه خلافاً لبعض الفقهاء، كما أنه لم يعتبر الاستصحاب المقلوب الذي ذكره ابن السبكي [٤].

وقد جعل بعض المحدثين أنواع الاستصحاب ثلاثة: هي استصحاب حكم الأصل بالبراءة الأصلية، واستصحاب العموم إلى أن يرد المخصص، واستصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، وذكروا أنه لا خلاف بين العلماء في هذه الأنواع الثلاثة إلا من حيث اللفظ فقط [٥].

(١) انظر: المستصفى ٢٢١/١، والإبهاج ١٨١/٣، وإرشاد الفحول ص٣٣٨.
(٢) البحر المحيط ٣٣٥/٤.
(٣) انظر: المستصفى ٢٢١/١، والإبهاج ١٨١/٣، والمسودة ص٤٨٨، والأحكام للآمدي ١٨١/٣، وشرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٤/٢.
(٤) انظر: المستصفى ٢٢٣/١، ٢٢٤، والإبهاج ١٨٣/٣.
(٥) انظر: أصول الفقه للشيخ/ محمد الخضري ص٣٥٤– ٣٥٦.

وذكر بعض العلماء أن الاستصحاب نوعان فقط: الأول: استصحاب حكم العقل بالبراءة الأصلية عند عدم الدليل على خلافه، والثاني: استصحاب حكم شرعي ثبت بالدليل ولم يقم دليل على تغييره، وقالوا أن الصورتين محل خلاف بين الأصوليين [١].

وسوف نذكر بعض الأمثلة التي أوردها العلماء لصور للاستصحاب:

منها: استصحاب ما دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه: كالملك عند جريان القول المقتضى له وشغل الذمة عند جريان اتلاف أو التزام ودوام الحل في المنكوحة بعد تقدير النكاح ، وهذا النوع لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض [٢].

ومنها: استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية : كبراءة الذمة من التكاليف حتى يدل دليل شرعي على تغيره كنفي صلاة سادسة، قال القاضي أبو الطيب [٣] وهذا حجة بالإجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع[٤].

ومنها: استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة [٥] ومثاله: استصحاب إباحة ما دل العقل على حسنه كالربا ونحوه حتى يرد الدليل السمعي بتحريمه، واستصحاب تحريم ما دل العقل على قبحه حتى يرد الدليل السمعي بإباحته.

وهو مبني على قولهم بان للعقل حكماً في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي، وهذا النوع لا يجوز العمل به بإجماع أهل السنة، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات[٦].

وأيضاً: كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المترتبة عليها حتى يوجد دليل شرعي يدل على التكليف. أي أن هذا النوع مجرد حكم عقلي يدل على بقاء الأمور على ما كانت عليه حتى يرد حكم الشرع.

فإذا ادعى شخص على آخر ديناً: فعليه إقامة الدليل على أن ذمة المدعي عليه مشغول بهذا الدين فإذا لم يستطع إثباته كانت ذمة المدعي عليه بريئة لأن الأصل هو البراءة حتى يثبت المدعي دينه [٧].

ومنها: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض أما تخصيصاً إن كان الدليل ظاهراً أو نسخاً أن كان الدليل نصًا، فهذا أمر معمول به إجماعا وقد اختلف في تسمية هذا

---

(١) انظر: أصول التشريع الإسلامي للشيخ/ علي حسب الله ص٢٠٧، ٢٠٨.

(٢) انظر: قنديل، إبراهيم. استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مرجع سابق: ص٥٠

(٣) هو: الإمام القاضي أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمرو الطبري البغدادي الفقيه الشافعي برع في الفقه والأصول وولي القضاء والتدريس والفتوى وله "شرح مختصر المزني" وغيره وتوفى رحمه الله سنة ٤٨٠هـ. انظر: طبقات الفقهاء ص١٠٦.

(٤) انظر: شرح المحلي على جمع الجوامع ٢٨١/٢، وإعلام الموقعين ٣٣٩/١.

(٥) فرقة معروفة: ورأسهم واصل بن عطاء ، خالف الحسن البصري في القدر وفي المنزلة بين المنزلتين وانظم إليه عمرو بن عبيد فطردهما فقيل لهم المعتزلة. انظر: الفرق بين الفرق ص١٥.

(٦) انظر: الأحكام للآمدي ١٣٩/٣، والإبهاج ١٢١/٣، وروضة الناظر وجنة المناظر ٢٩٢/١

(٧) انظر: قنديل، إبراهيم. استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مرجع سابق: ص٦٥

النوع بالاستصحاب فأثبته جمهور الأصوليين ومنعه، غير أن علماء الأصول قد اختلفوا في تسمية هذا النوع استصحاباً؛ فذهب الجمهور إلى أنه يعد من قبيل الاستصحاب ، وذهب جمع من علماء الأصول منهم أمام الحرمين في البرهان، والكيا الهراس، وابن السمعاني في كتابه قواطع الأدلة إلى أن هذا النوع من الاستدلال لا يسمى استصحاباً، وذلك لأن الحكم فيه ثابت بدلالة اللفظ، وليس بالاستصحاب.

والخلاف بين الفريقين لفظي كما قرر ذلك إمام الحرمين.لأن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب(١).

ومنها: استصحاب الأصل المتيقن من الوجوب أو الحل أو الحظر وعدم تركه بالشك، وعدم الخروج عنه إلا بدليل: وقد مثل له إمام الحرمين بمن استيقن الطهارة وشك في الحدث، فالحكم استصحاب الطهارة، ومثل له غيره بما إذا اشترى إنسان صاعاً من ماء بئر فيه قلتان، ثم قال المشتري: أرده بالعيب فإن فأرة وقعت فيها، فالقول قول الدافع "البائع" لأن الأصل طهارة الماء، قال إمام الحرمين: "ونحن نقول فيه: قول الفقيه يستصحب يقين الطهارة فيه تجوز"(٢).

ومنها: استصحاب الحاضر في الماضي، ويسمى: "الاستصحاب المقلوب":

سمي هذا النوع من الاستصحاب بالمقلوب اعتبارا بالمعنى اللغوي لهذه الكلمة، حيث تقدم فيما مضى أن القلب في اللغة تحويل الشيء من جهة إلى أخري، وبما أن الاستصحاب في الأصل هو الحكم بثبوت أمر في الحاضر لثبوته في الماضي، وهذا النوع يقتضي عكس ذلك، فلذا سمي استصحاباً مقلوباً، وجعل في مقابل كافة أنواع استصحاب الحال الأخرى، أن المراد به: "ثبوت أمر في الأول لثبوته في الثاني، لفقدان ما يصلح للتغيير"(٣).

المطلب الثالث: حجية الاستصحاب:

من الجدير بالبحث والتحقيق –بعد عرض صور الاستصحاب– أن نحرر محل النزاع في الاستصحاب، وهل جميع صوره محل خلاف بين العلماء؟ أم أن الخلاف قائم بينهم بشأن بعض هذه الصور دون البعض الآخر؟ وقد جعل البعض محل النزاع هو استصحاب العام حتى يرد المخصص أو النص حتى يرد الناسخ أو استصحاب الحكم الذي دل الشرع على ثبوته ودوامه وما عدا هذا متفق عليه، وهذا ما تقرر لدى العلامة

(١) انظر: الأحكام للآمدي ١٣٩/٣، والإبهاج ١٢١/٣ وروضة الناظر وجنة المناظر، ٢٩٢/١، قنديل، إبراهيم. استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مرجع سابق: ص٥٠

(٢) راجع: البرهان ١٩٨/١، المستصفى ٢٢٣/١، والإبهاج ١٨٣/٣.

(٣) وهو اختيار ابن السبكي في كتابه: جمع الجوامع٢٣٤/٣، والزركشي في كتبه البحر المحيط ١٢٣/٣ .

ابن السبكي، ولعله يقصد أن ما عدا هذا متفق عليه عند الشافعية خاصة وإلا فالخلاف ثابت كذلك في استصحاب العدم الأصلي [١].

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

وقال عن هذا النوع: أنه المراد غالبا عند الإطلاق أي في حالة إطلاق الاستدلال بالاستصحاب.

وقال: أنه لا خلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل والشرع على ثبوته وكذلك لا خلاف في وجوب العمل باستصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه [٢].

في حين أنه قد ورد تحرير محل النزاع في هذا الشأن –في شرح جمع الجوامع على هذا النحو: "أنه لا خلاف في استصحاب العدم الأصلي –وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبته الشرع وإنما الخلاف في استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه كثبوت الملك بالشراء.

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

في حين أن العلامة ابن القيم خالف الجزم الذي ادعاه ابن السبكي فقال في اعلام الموقعين: "فقد تنازع الناس فيه فقالت طائفة من الفقهاء والمتكلمين أنه يصح للدفع لا للإبقاء" [٣].

هذا: فضلا عن أن الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحال في الماضي والذي ذكره ابن السبكي في الإبهاج وفي جمع الجوامع –لا يمكن أن يكون محل اتفاق بين العلماء حتى لدى الشافعية الذين اشتهروا بالأخذ بالاستصحاب[٤].

(١) انظر: الإبهاج ٣/١٨١– ١٨٣، والاستصحاب د/ سعيد مصيلحي ص٣٧.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١/٣٤١– ٣٤٤.

(٣) انظر: الإبهاج ٣/١٨٢، ١٨٣، وشرح البدخشي على المنهاج ٣/١٢٩.

(٤) انظر: شرح المحلي على جمع الجوامع ٢/٢٨١، وإعلام الموقعين ١/٣٣٩.

فتعد هذه المسالة من المسائل المشكلة في أصول الفقه، فقد اختلفت وجهات نظر علماء الأصول في طرحها، وجرى تناولها في بحوث ودراسات مستقلة، وقد استفدت منها كلها اثناء كتابة هذا البحث ، غير أني سأحاول في هذه الصفحات القليلة أن أعرض الخلاف فيها باختصار.

– منشأ الخلاف في المسألة:

– أشار الكمال ابن الهمام ، إلى سبب الخلاف في هذه المسألة، فقال: "واعلم أن مدار الخلاف على أن سبق الوجود مع عدم ظن الانتفاء هل هو دليل البقاء، فقالوا [يعني القائلين بالحجية]: نعم فليس الحكم به بلا دليل، والحنفية: لا إذا لابد في الدليل من جهة يستلزم بها، وهي منتفية فتفرعت الخلافيات".

– وذهب أبو منصور البغدادي، وهو ممن يرى أن الخلاف فيها حقيقي– إلى أن هذه المسألة مبنية على الخلاف في حكم الأشياء قبل ورود الشرع، فمن زعم أنها مباحة استصحب الحال في كل ما رآه مباحاً فلا يحظره إلا بدليل، ومن زعم أنها محرمة لم يستصحب شيئاً .

أولاً: تحرير محل النزاع في المسالة:

١) اتفق علماء الأصول على أنه لابد من استفراغ الجهد في طلب الدليل، وأنه لا يجوز للمجتهد العمل بالاستصحاب إلا بعد عدم وجدانه . واتفقوا على أنه إذا ثبت حكم متعلق بدليل، ولم يتبدل مورد الحكم، فليس هذا من مواقع الاستصحاب، وذلك لأن الحكم معتضد بدليل، وهو مستدام، فدام الحكم بدوامه.

٢) واتفقوا على جواز التمسك بدليل العقل المبقي على النفي الأصلي، وهو المسمى بـ: استصحاب البراءة الأصلية، أو استصحاب براءة الذمة، وذلك لأن الأصل في جميع الأحكام الشرعية إنما هو العدم وبقاء ما كان على ما كان، وذلك كعدم وجوب صلاة سادسة، وعدم وجوب صيام شهر شوال.

٣) واتفقوا على جواز استصحاب حكم الحال مع العلم يقيناً بانعدام الدليل المغير، وذلك بطريق الخبر عمن ينزل عليه الوحي، أو بطريق الحس إذا كان الشيء مما يعرف به.

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

المذهب الأول: يرى أن الاستصحاب حجة مطلقاً –أي سواء كان ذلك الاستصحاب لأمر وجودي أم عدمي عقلي أم شرعي[٢] وإلى هذا ذهب الجمهور– ومنهم الإمام الشافعي وأصحابه كالمزني والصيرفي وحجة الإسلام الغزالي، وهو قول الحنابلة والمالكية [٣] كما أنه اختيار الإمام فخر الدين الرازي، وسيف الدين الآمدي.

فقد جاء في المحصول: "المختار –عندنا– أنه حجة وهو قول المزني والصيرفي من فقهائنا خلافاً للجمهور من الحنفية والمتكلمين"[٤].

وفي هذا يقول الآمدي:"وذهب جماعة من أصحاب الشافعية كالمزني والصيرفي والغزالي وغيرهم من المحققين إلى صحة الاحتجاج به"[٥].

كما أن هذا القول بحجية الاستصحاب مطلقاً ذهب إليه –أيضاً– بعض الحنفية كما أنه مذهب الشيعة والظاهرية. فقد جاء في مسلم الثبوت: "الاستصحاب حجة عند الشافعية وطائفة من الحنفية منهم: أبو منصور[٦] مطلقاً"[٧].

وورد في إرشاد الفحول: قول العلامة الشوكاني: "واختلفوا هل هو حجة عند عدم الدليل: أقوال. الأول: أنه حجة وبه قال الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية والظاهرية سواء كان في النفي أم الإثبات [٨].

المذهب الثاني: يرى إن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً: لا لإثبات أمر لم يكن ولا إبقاء ما كان على ما كان، وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية وبعض المتكلمين كأبي الحسين البصري وقال بهذا أبو الخطاب الحنبلي[٩]، وهذا المذهب هو اختيار الكمال بن الهمام، وصاحب [١٠] مسلم الثبوت [١١].

---

(١) الدليل: لغة: هو المرشد وما به الإرشاد، وفي الاصطلاح: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري.
انظر: التعريفات للجرجاني ص٩٣

(٢) قنديل، إبراهيم. استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مرجع سابق: ص٤٥

(٣) انظر: مختصر ابن الحاجب ٢١٧/٢، والإبهاج ١١١/٣، وشرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني ٣٤٨/٢، ٣٤٩ وإرشاد الفحول ص٢٣٧، وروضة الناظر وشرحها نزهة الخاطر ٣٨٩/٢.

(٤) انظر: المحصول ج٢ ق٣ ص١٤٨.

(٥) انظر: الأحكام للآمدي ١٧٢/٤.

(٦) هو: محمد بن محمد بن محمود –أبو منصور الماتريدي إمام علماء الكلام برع في كافة العلوم وصنف التصانيف المفيدة التي جاءت في غاية الأحكام والتحقيق حيث جمع الأصول والفروع ومنها كتاب الجدل في الأصول" وتوفي رحمه الله سنة ٣٣٣هـ..انظر: الإعلام ٩٦٨/٣، وطبقات الأصوليين ١٩٣/١.

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

(٨) انظر: إرشاد الفحول ص٢٣٧، والأحكام لابن حزم الظاهري ٥٩٠/٥، والمدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل ص١٣٢، وأصول الفقه د/ زكي الدين شعبان ص١٣٤.

(٩) انظر: الأحكام للآمدي ١٧٢/٤، والمعتمد لأبي الحسين البصري ٨٨٤/٢، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ٣٧٨/٣، وأصول السرخسي ٢٨٥/٢، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢٨٤/٢، وشرح المحلى على جمع الجوامع ٢٨٥/٢، وشرح الأسنوي على المنهاج ١٣١/٣، وروضة الناظر وجنة المناظر ٣٨٩/٢، وإعلام الموقعين ٣٣٩/١.

(١٠) هو: العلامة محب الدين بن عبد الشكور البهارى الهندي القاضي الحنفي برع في الفقه والأصول وغيرهما من العلوم ومن أشهر مؤلفاته "مسلم الثبوت في أصول الفقه" وتوفي رحمه الله تعالى سنة ١١١٩هـ. انظر: الفتح المبين ١٢٢/٣، الإعلام ١٦٩/٦.

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

وقد قالت الحنفية: بل الحجة الدليل الأصلي كالعقل والعام والنص والسبب أما الاستصحاب فلا يثبت حكما ولا يلزم خصماً"[١].

المذهب الثالث: يرى أن الاستصحاب حجة في الدفع فقط ولا يصلح لأن يكون حجة في الإثبات –وذلك بمعنى أن استصحاب براءة الذمة الأصلية ليس حجة لبراءتها حقاً بل لدفع دعوى من يدعي شغلها حتى يثبت دعواه واستصحاب الملكية الثابتة بعقد سابق ليس حجة لبقاء الملكية بل لدفع دعوى من يدعى زوالها حتى يثبت دعواه بالبينة، وإلى هذا: ذهب الجمهور من متأخري الحنفية ومنهم: القاضي أبو زيد الدبوسي [٢]، وفخر الإسلام البزدوي [٣]، وشمس الأئمة السرخسي [٤] وغيرهم[٥].

فقد جاء في أصول العلامة البزدوي: "وعندنا هذا لا يكون حجة للإيجاب لكنها حجة دافعة"[٦].

فهؤلاء يرون أن الاستصحاب لا يصلح حجة لإثبات حكم مبتدأ ولا للإلزام على الخصم بوجه ولكن يصلح للدفع فيجب العمل في حق نفسه لا في حق غيره [٧].

أي أن الاستصحاب يصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته فهو يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال لإبقاء الأمر على ما كان أي إن الاستصحاب لا يثبت به إلا الحقوق السلبية بمعنى أنه حجة لبقاء الحقوق المقررة الثابتة من قبل وليس بسبب موجب لحق مكتسب فلا يثبت حكماً جديداً وإنما يستمر به حكم العقل بالإباحة الأصلية أو البراءة، أو ببقاء حكم على ما كان إنما يستند إلى موجب الحكم لا إلى عدم المغير ولهذا قالوا: إن الاستصحاب حجة لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن [٨].

وقد تقرر هذا الرأي في معظم كتب أصول الحنفية ومنها ما قرره صدر الشريعة [٩] بقوله: "فصل في الحجج الفاسدة: الاستصحاب حجة عند الشافعي –رحمه

---

(١) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٥، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ٣/٣٧٨، وحاشية البناني ٢/٢٢٥.

(٢) هو: عبد الله بن عمر بن عيسى القاضي أبو زيد الدبوس من كبار فقهاء الحنفية وكان مناظرا قوي الحجة ويعتبر من أوائل من وضع علم الخلاف وأبرزهم إلى الوجود ومن مؤلفاته "تأسيس النظر" "وتقويم الأدلة" وتوفى رحمه الله سنة ٤٣٠هـ. انظر: الفوائد البهية ص١٠٩، ووفيات الأعيان ٣/٤٨، وطبقات الأصوليين ١/٢٣٦.

(٣) هو: أبو الحسن فخر الإسلام على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد البزدوي الفقيه بما وراء النهر صاحب الطريقة على مذهب أبي حنيفة وله كتاب المبسوط وشرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغير وكتابه المشهور في أصول الفقه وتوفى رحمه الله سنة ٤٨٢هـ ودفن بسمرقند. انظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية ص٤١، والفوائد البهية ص١٢٤، والإعلام ٥/١٤٨.

(٤) هو: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل قاضي من كبار الحنفية مجتهد من أهل سرخس في خراسان وله مؤلفاته العديدة منها المبسوط في الفقه وله أصوله المشهورة وتوفى سنة ٤٨٣هـ وقيل سنة ٥٠٠هـ. انظر: الفوائد البهية ص١٥٨، ١٥٩، والإعلام ٦/٢٠٨، وتاج التراجم ص٥٢.

(٥) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٤، والتلويح على التوضيح ٢/١٠١، ومسلم الثبوت ٢/٢٠٩، وكشف الأسرار ٣/٣٧٨.

(٦) انظر: أصول البزدوي ٣/٣٧٨.

(٧) انظر:حاشية الأزميري على المرآة ٢/٢٦٦.

(٨) انظر: قنديل، إبراهيم. استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية. مرجع سابق: ص٤٥.

(٩) هو: صدر الشريعة الأصغر عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة محمود بن صدر الشريعة الأكبر أحمد المحبوبي البخاري من علماء الحكمة وأصول الفقه والدين فهو فقيه أصولي جدلي محدث مفسر متكلم منطقي وله مؤلفات عديدة منها: التنقيح في أصول الفقه وشرحه التوضيح وشرح الوقاية في الفقه الحنفي وتوفى رحمه الله سنة ٧٤٧هـ. انظر :تاج التراجم ص٤٠، والعوائد البهية ص١٠٩، والإعلام ٤/٣٥٤.

الله– في كل شيء يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقائه، وعندنا حجة للدفع لا للإثبات"[1].

وبعد: فقد انحصرت الآراء في حجية الاستصحاب في ثلاثة مذاهب ما بين قائل بالحجية مطلقاً وقائل بعدم الحجية مطلقاً، ومن توسط القول بين المذهبين مقرراً أن الاستصحاب حجة في الدفع فقط دون الإثبات.

المبحث الثاني: أثر الاستصحاب على مسائل المفقود وتطبيقاته في قانون الأسرة البحريني (زوجة المفقود)

بنى الفقهاء على دليل الإستصحاب مسائل المفقود وأحكامه، فاعتبروا كل شخص لم يظهر، وجهلت حياته أو موته حياً استصحاباً لأصل الحياة، فالأصل في الشخص أنه حي مادام لم يوجد ما يؤكد وفاته حقيقة ، واستندوا إلى دليل الإستصحاب كمصدر لمعرفة الأحكام التي يمكن أن تطبق على كل من يحمل هذه الصفة، وأيضاً وضعوا قواعد وشروطاً لاستصحاب الوفاة وإصدار الحكم القضائي المناسب لكل حالة.

وسوف نستعرض هذه المسائل من خلال قانون الأسرة البحريني، وأقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة، ومدى تطبيقه لدليل الاستصحاب، ومراعاة حال المكلفين في ذلك.

المطلب الأول: تعريف المفقود

أولاً: تعريف المفقود لغة: وهو اسم مفعول من فقد الشيء إذا ضاع منه، فهو مشتق من فقد الشيء يفقده وفقداناً و فقوداً، يقال: فقد الشيء إذا عدمه، فهو مقيد ومفقود، والفاقد من النساء التي مات زوجها أو ولدها ،وافتقده وتفقده وطلبه عن غيبته وكذلك الافتقاد[2].

ثانياً: تعريف المفقود اصطلاحاً: لم يتفق الفقهاء على تعريف محدد للمفقود، من فقد فلا يعلم مكانه أو غاب عن أهله ونقطع خبره، فلا يعرفون حياته من موته. وهو بهذا المعنى يشمل كل من خرج من بيته ولم يعد وانقطعت أخباره، أي في غيبة ظاهرها السلامة، أو ظاهرها عدم السلامة كما يشمل من فقد بين الصفوف في المعركة، أو انكسرت به سفينة وغرق بعض أصحابه، ولا يعرف أهله هل غرق معهم أم لا[3].

(١) انظر: التوضيح لصدر الشريعة مع حاشية التلويح ١٠١/٢.

(٢) ابن منظور – لسان العرب – ٣/ ٣٣٧، المعجم الوسيط: ٢/ ٦٩٦.

(٣) المغني١٣٠ /٨ ، روضة الطالبين:٤٠٠ /٨ ، المهذب في فقه الإمام الشافعي:١٤٦ /٢ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:١٩٦ /٦ شرح فتح القدير: ٥/ ٣٦٨، الاختيار لتعليل المختار – عبد الله بن محمود بن مودود – الموصلي الحنفي – ج ٣/٣٧ ، تحفة الفقهاء – محمد بن احمد السمرقندي – ج ٩٣٤/ ٣. شمس الدين السرخسي – المبسوط . ج١١ – ص ٣.

ثالثاً: ما يخرج من التعريف:

يخرج من التعريف كل من الأسير إذا كان معلوم مكان الأسر ومعلوم الحياة، فإن خبره لم ينقطع، كما يخرج به المحبوس الذي لم يعرف مكان حبسه وان عرفت الجهة التي حبسته وعرف أنه محبوس عندهم، كما يخرج به الغائب في مكان مجهول مع تيقن حياته.

فكان هؤلاء لهم أحكام خاصة عند أهل الفقه ولا يدخلون في أحكام المفقود. ولكن مدار البحث هنا فيمن انقطع خبره وغلب على الظن هلاكه. وقد بين ابن عابدين المقصود بالمفقود في هذا البحث فقال (فالمراد إنما هو على الجهل بمكانه، لذلك عرفوه بأنه غائب لم يدر أحي هو فيتوقع، أم ميت أودع اللحد البلقع) (١).

هذا المفقود له أحكام كثيرة في الفقه الإسلامي فهذا المفقود الذي لا تعرف زوجته متى يعود إليها، أو ربما ليس له عودة أبداً، فما الحل في هذا الحال هل تبقى تنتظر عودنه وهي على عصمته، أم تفارق وتتزوج من غيره، وإذا حكمنا عليها بالانتظار فإلى متى، هل نقول لها أنها ابتليت فلتصبر على الرغم من الضرر الواقع بها من جراء مغيب الزوج وعدم السماح لها بالزواج من غيره . (٢).

وأيضاً هذا المفقود إذا حكمنا بوفاته فما حكم ارثه من غيره أو أرث غيره منه: أي أنه هل يعتبر حياً فلا توزع تركته وإذا مات أحد من يرثهم احتفظ له بنصيبه؟ أو أنه يعتبر كالميت فتوزع تركته على وارثيه، وإذا مات أحد ممن يرثهم فلا يحتفظ بنصيب(٣)؟

هذه المسائل وغيرها كثير بحثها فقهاؤنا رحمهم الله في كتب الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام المفقود عند بعض الفقهاء:

ذهب المذهب المالكي إلى أن المفقود خمسة أقسام هي النحو التالي:

أولاً: مفقود في بلاد المسلمين في غير زمن وباء، فإذا، رفعت زوجته أمرها للقاضي أو لجماعة المسلمين عند عدم وجود القاضي، وكتب القاضي أو من يمثل جماعة المسلمين كتابا بصفة وصنعة المفقود واسمه، إلى البلد الذي يظن أنه خرج إليه، ولم يحصل على جواب أو خبر عنه، أمهلها أربعة أعوام ثم طلقها عليه، واعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام.

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٣/ ٣٢٨

(٢) المعجم الوسيط: ٢/ ٦٩٦

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٤٨ /٤ :١٥٣، حاشية العدوي على شرح الخرشي ١٤٩ /٤ ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية د/ سعيد الخن ص٥٤٨.

ثانياً: المفقود في بلاد الإسلام زمن الوباء، كمن رحل إلى بلد فيه طاعون حمل حاله على الموت، أي يحكم بموته بعد ذهاب الوباء دون إمهال أو مدة.

ثالثاً: مفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام، فإن شهد أنه قد حضر صف القتال فإن زوجته تعتد ويحكم بموته من يوم التقاء الصفين وقيل من يوم انفصال الصفين والأولى أرجح في المذهب.

رابعاً: المفقود في أرض الشرك وزوجته تعامل في الحكم كزوجة الأسير.

خامساً: المفقود في المقاتلة بين المسلمين والكفار، فمن كان ضمن هذه الفئة فإن السلطان وجب عليه البحث عنه فإن كان غالب الظن بموته حكم السلطان بذلك.

المطلب الثاني: هل يعتبر المفقود حي أم يلحق بالميت؟

اختلف الفقهاء في حكم المفقود هل يعتبر حياً أم يلحق بالميت على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يرى أن المفقود يعتبر حياً في حق نفسه له كامل الحقوق والواجبات سواء ما تعلق بالزوجة والنفقة والإرث فلا يرثه أحد في حين أنه يرث من غيره.

وإلى هذا ذهب الجمهور ومنهم الإمامان الشافعي ومالك رحمهما الله ومن وافقهما. فالمفقود –عندهم– يتلقى حقوقا ايجابية من غيره فيرث من غيره ويحتفظ له بنصيبه وتثبت له الوصايا استصحاباً لحياته وتظل الحقوق التي كانت قبل فقده على ملكيته، فهم يحكمون ببقاء حياته مدة فقده إلى أن يثبت موته لأن الأصل حياته فيستصحب هذا الأصل حق تظهر حالة خلافه فهو يرث ولا يورث.

وهذا يعني أنه يجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على وفاته فلا يورث ماله ولا تتزوج زوجته بل تستمر على ذمته ولا تؤخذ وديعته من مودعه، وكذا يعتبر حياً في حق غيره أي بالنسبة لبقية الورثة وذلك بمعنى أن من يسقط ويحجب بوجود المفقود لا يعطي شيئاً حتى يتبين حاله ومن ينقص منهم حقه بحياته قدر فيه حياته أو موته قدر فيه موته ومن لا يختلف نصيبه سهما أعطيه وأما هو فلا يحكم له بشيء من الميراث ولكن توقف حصته منه حتى تثبت حياته أو موته فإن ثبتت حياته أعطى نصيبه وإلا أعيد توزيع نصيبه على مستحقيه من الورثة [1].

(١) ذكر الإمام النووي انه وردت عن الإمام الشافعي في زوجة المفقود روايتان: الأولى موافقة لمذهب مذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله بأن لا يفرق بين المفقود وزوجته الرواية الثانية: فقد وافق فيه الإمام الشافعي الإمام مالك رحمهما الله تعالى في أن زوجة المفقود تتربص بنفسها أربع سنين من وقت غياب زوجها وانقطاع خبره ثم بعد ذلك فإن لها أن تعتد عدة الوفاة وتنكح غيره بعد انقضاء العدة، وهذا رأي الشافعي في القديم. راجع: روضة الطالبين ٨٠٠/٨ مغني المحتاج ٢٦/٢، وكشاف القناع ٣٩٣/٤، وبداية المجتهد ٥٢/٢، والمغني مع الشرح الكبير ٢٠٧/٧ وحاشية ابن عابدين ٣٣١/٣، وشرح الدردير ٤٧٧/٤.

المذهب الثاني: يرى أن المفقود يعتبر حياً في حق نفسه فلا توزع تركته بل تستمر على حكم ملكه إلى أن تتحقق وفاته أو يحكم القاضي بموته أو بمضي زمن التعمير وهو مائة وعشرون عاما من يوم مولده.

وأما في حق غيره فيعتبر ميتا بحيث أنه إذا مات من يرثه فلا يحتفظ له بنصيب ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثته وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة النعمان –رحمه الله– وأصحابه (١).

فهم يرون أن المفقود يجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة (٢).

المذهب الثالث: يرى أن المفقود يعتبر حياً في حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنين من غيابه فإذا مضت هذه المدة اعتبر ميتاً في حق نفسه وحق غيره ، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد بن حنبل –رحمه الله تعالى– حيث نراه يفرق بين غيبة وغيبة وقالوا إن غياب الرجل عن امرأته لم يخل حالتين

الحالة الأولى: من كانت غيبته غير منقطعة فهو غائب في حقيقة الأمر ولكن يصل كتابه ويعلم مكان وجوده وتجرى عودته فهذا باتفاق أهل العلم وإجماعهم لا يجوز لزوجته أن تنكح غيره وليس داخلا في مفهوم المفقود ولا هو في محل البحث والنزاع.

الحالة الثانية: المفقود المنقطع خبره الغير معلوم المكان وهذا قسمه الحنابلة إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان ظاهر غيبته السلامة كمن كان سفره في غير مظنة مهلكة له مثل المسافر في تجارة لا خطر فيها أو المسافر في طلب العلم أو زيارة أو صلة رحم في بلد آخر أو حج أو عمرة.

أما هذا الصنف من المفقودين لا تزول الزوجية بينه وبين زوجته حتى يثبت موته قطعياً. وقد روي عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى أنه كان يحكم بموته إذا قد أن عمره بلغ التسعين سنة، العلة عند الإمام أحمد في ذلك لأن الناس لا يعيشون أكثر من ذلك غالباً.

(١) انظر: الهداية ١٨٢/٢، وكشاف القناع ٣٩٣/٤، وفتح القدير ٤٤٤/٤.
(٢) انظر: بداية الصنائع ١٩٦/٦.

إلا أن ما عليه المذهب هو القول بعدم زوال الزوجية إلا إذا ثبت ذلك بأمر قاطع يدل عليه

القسم الثاني: أن يكون الغائب هنا ظاهر غيبته الهلاك كالذي يخرج إلى مهلكة مثل الخارج إلى فلاة يغلب الهلاك على الخارجين إلى مثلها أو كالذي يفقد بين صفي القتال عند نشوبه فإن المفقود هنا غالب على غيبته الهلاك وكذلك الذي تنكسر فيه سفينة ببحر فالغالب هنا الغرق والهلاك أو المفقود في صحراء فغلبة الظن هنا الهلاك لانقطاع الماء والطعام فيها عادة.

فالظاهر من مذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن تتربص زوجة المفقود في هذه الحالات السابقة بنفسها أربع سنين ثم تعتد بعد ذلك عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم تحل بعد ذلك للأزواج.

ففرق بين الغائب في حالة الهلاك وهو من يفقد في مهلكه كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر خبره قسم ماله.

وذلك على العكس في حالة الغائب الذي لم يغلب عليه الهلاك كالمسافر لتجارة أو طلب العلم فهذا فيه روايتان –عند الحنابلة– أحداهما أنه لا يقسم ماله حتى بتيقن موته أو بمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها ومرد التقدير إلى الحاكم، والثانية: أن ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد ، فالظاهر من مذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن تتربص زوجة المفقود في هذه الحالات السابقة بنفسها أربع سنين ثم تعتد بعد ذلك عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم تحل بعد ذلك للأزواج [1].

الأدلـــة:

أدلة أصحاب المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه: بأن الأصل حياة المفقود فيستصحب هذا الأصل حتى يظهر خلافه، وذلك لأن الاستصحاب حجة –عند هؤلاء– في الإثبات كما هو حجة في الدفع.

وقد جاء في كتاب الأم: قول الإمام الشافعي –رحمه الله–: "وكان معقولاً عن الله عز وجل ثم عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– ثم في لسان العرب وقول عوام أهل العلم –عندنا– إن أمراً لا يكون موروثا أبدا حتى يموت فإذا مات كان مورثا وإن الأحياء خلاف الموتى فمن ورث حيا دخل عليه –والله أعلم– خلاف حكم الله عز وجل وحكم

(١) انظر: المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦.

رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فقلنا والناس معنا بهذا لم يختلف في جملته وقلنا به في المفقود وقلنا لا بقسم ماله حتى يعلم بيقين وفاته، وقضى عمر وعثمان في امرأة بأن تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا وقد يفرق بين الرجل والمرأة بالعجز عن إصابتها ونفرق نحن بالعجز عن نفقتها وهاتان سببا ضرر والمفقود قد يكون سبب ضرراً أشد من ذلك فصاب البعض القضاء في المفقود وفيه قول عمر وعثمان ما وصفنا" (١).

كما أننا وجدنا الشيخ أبا إسحاق الشيرازي –في كتابه المهذب– يؤكد ما ذهب إليه الشافعية في هذا الشأن حيث قال: "وإذا أسر رجل فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره" (٢).

واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه: من اعتبار المفقود حيا في حق نفسه وميتا في حق غيره –استدلوا كذلك بالاستصحاب– بملاحظة ما استقروا عليه بالنسبة للاستصحاب حيث قالوا أنه لا يصلح حجة في إثبات الحقوق وإنما هو حجة –عندهم– في الدفع فقط وذلك على نحو ما تقرر لدينا – في تحقيق الخلاف في حجية استصحاب الحال (٣).

وعلى هذا: فاستصحاب حياة المفقود يفيد –فقط– في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ومن فراق زوجته ولا يفيده في انتقال ملكية الغير له. فالمفقود – عند الحنفية– حي في حق نفسه ميت في حق غيره فلا يورث ولا يرث من غيره ولا يحتفظ له بنصيب ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثة المتوفى فالاستصحاب عندهم حجة لدفع الاستحقاق حتى لا يورث ماله ولا يصلح سببا للاستحقاق فلو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال الموت (٤).

وقد جاء في بدائع الصنائع: عن المفقود "وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن"(٥).

وهذا شمس الأئمة السرخسي الحنفي يؤكد هذا في أصوله حيث قال: "ففي المفقود الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه في ماله على ما كان ولا

(١) انظر: الأم ٥٢٤/٤ ومغني المحتاج ٢٦/٣، ٢٧ وشرح الدردير ٤٧٧/٤.
(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٢٥/٢.
(٣) انظر: فتح القدير ٤٤٦/٤ وحاشية ابن عابدين ٢٩٣/٤.
(٤) انظر: فتح القدير ٤٤٦/٤.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٩٦/٦.

تكون حجة في إثبات الملك له ابتداء في مال قريبه إذا مات ففي الأولى دفع ارث الغير من المفقود وفي الثانية لا يثبت ارثه من غيره"[(١)].

واستدل الحنابلة: على ما ذهبوا إليه من اعتبار المفقود ميتاً مطلقاً في حق نفسه وحق غيره بعد مضي أربع سنوات بالقياس –حيث قاسوا هذه الحالة على حالة التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنوات والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين التفريق وأيدوا هذا القياس بقولهم: أن الظاهر هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش إلى مثلها [(٢)].

هـــذا: وتجدر الإشارة إلى أن كلا من الشافعية والحنفية –هنا– قد سار على أصله في الاستصحاب أي أنه قد تقرر أصل كل منهما ورأيه في حجية الاستصحاب بالنسبة لحالة المفقود.

ولعل: الراجح: هو المذهب الأول لقوة أدلته ولأنه قائم على ما ترجح –لدينا– من أن الاستصحاب حجة مطلقا– في النفي والإثبات– معا.

المطلب الرابع: مواد قانون الأسرة البحريني الموحد"زوجة المفقود" ووجه التفريع على دليل الاستصحاب

ينص قانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون الأسرة الجريدة الرسمية ملحق العدد ٣٣٢٣– الخميس ٢٠ – يوليو– ٢٠١٧م ، تعرض هذا القانون الموحد الجديد إلى أحكام المفقود في بعض جزئياته [(٣)]، وهي :

جاء في المطلب الرابع: التطليق للغياب والفقدان من المادة (١٠٧) الى المادة (١١٠).ونص واحد في الفصل السادس : آثار الفرقة بين الزوجين مادة رقم(١١٩)ج–.

وسوف نستعرض هذه القوانين ونعلق عليها ونرى ما استدل به المقنن البحريني من قاعدة الاستصحاب الأصولية:

أولاً: حق التطليق:

مادة (١٠٧) للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته دون عذر مدة سنة، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك

(١) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامه ٦/٣٨٩.

(٣) قانون الأسرة الموحد بصيغة PDF:

https://www.bahrain.bh/wps/wcm/connect/٩٠f٣٢f٥٦-f١a١-٤a٤٦-٨a٩d-١٦cc٩c٤c١b٤٢/%D٩%٨٢%D٨%A٧%D٩%٨٦%D٩%٨٨%D٩%٨٦+%D٨%A٧%D٩%٨٤%D٨%A٣%D٨%B٣%D٨%B١%D٨%A٩.pdf?MOD-AJPERES&CVID-oAVfksR

إلا بعد إنذار الزوج إما بالإقامة مع زوجته ، وإما نقلها إليه وإما طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة.

مادة (١٠٨)

١- وفقاً للفقه السني لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته ولا يعرف موطنه ولا محل إقامته، طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد البحث والتحري عنه ،ومضي أربع سنوات من ثبوت الفقد أو الغياب.

التعليق: هاتان المادتان (١٠٧)و(١٠٨) من قانون الأسرة البحريني ذكرت سبب طلب الزوجة للطلاق بأنه "بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته دون عذر مدة سنة"

ونلاحظ أن تقسيم الحنابلة هو مرجع تلك التقسيمات المذكورة وهو الأساس الذي تبنى عليه احكام المفقود، وقسم الحنابلة المفقود إلى قسمين كما ذكرنا في المبحث السابق:

أ.مفقود في ظروف ظاهرها السلامة . ب.مفقود في ظروف ظاهرها الهلاك.

فمن حق الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها المفقود، وللقاضي أن يجيبها لذلك وفقاً للضرر الحاصل عليها بسبب فقده ، استصحاباً في أن لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أو لخشية الفتنة وفي هذه الحالة لا يسري الحكم لها على بقية زوجاته لأنه حكم توفر سببه وهو عدم الإنفاق أو خوف الفتنة أوهما معاً، والتطليق للغيبة – وهي صورة من صور الضرر للزوجة ومبناه على قول عند المالكية(١).والراجح عند الحنابلة(٢).

فالمقنن البحريني أقر القول بالتفريق للغيبة وجاء في كتاب التعليق على قانون الأحوال الشخصية (٣)، ما نصه : وفي ضوء ما تقدم فإن شروط التطليق لغيبة الزوج – غيبة قريبة – هي:

– أن يغيب الزوج سنة فأكثر – أن تكون الغيبة خارج البحرين –أن تكون الغيبة بلا عذر.

– أن تكون الزوجة مدخولا بها . – أن ينذر القاضي الزوج .

ولا يمنع من التطليق للغيبة أن يكون للزوج مال يمكن استيفاء النفقة منه . فإن التطليق للغيبة مبناه على الضرر.

(١) انظر: المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦، حاشية الدسوقي ٢٨٣/٢.

(٢) انظر: الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٤٠٨/٢١، المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦.

(٣) انظر :التعليق على قانون أحكام الأسرة البحريني (القسم الأول) إعداد أ.د. أحمد بخيت الغزالي ، د. ياسر المحميد ،ط١، معهد الدراسات القضائية والقانونية . مملكة البحرين

وأيضاً: يكون التفريق بعد البحث عنه والتحري بكافة الوسائل المتاحة ويجب أن يكون تكلفة البحث على الدولة لا على زوجة المفقود كما هو عند المالكية.

وجه التفريع على الاستصحاب: من حق الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها المفقود، وللقاضي أن يجيبها لذلك وفقاً للضرر الحاصل عليها بسبب فقده، استصحاباً للحال في أن لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أو لخشية الفتنة وفي هذه الحالة لا يسري الحكم لها على بقية زوجاته لأنه حكم توفر سببه وهو عدم الإنفاق أو خوف الفتنة أوهما معاً.

وأيضاً: يكون التفريق بعد البحث عنه والتحري بكافة الوسائل المتاحة ويجب أن يكون تكلفة البحث على الدولة لا على زوجة المفقود كما هو عند المالكية.

ولكن يأخذ على المقنن البحرين: أنه لم يذكر ما يتعلق بمدة البحث وما يترتب عليه من أحكام وقد ذكره الفقهاء : يعد المفقود أثناء فقده حياً في نفسه ميتاً في حق غيره فلا يرثه أحد من أقاربه ولا يرث أحداً من ورثته ويوقف نصيبه من تركه مورثه حتى يتبين أمره.

ثانياً: الحكم بموت المفقود:

أ- مادة (١٠٩)

أ- يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك إذا دلت القرائن على هلاكه بما يطمئن منها على وفاته.

ب- إذا صدر حكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صيرورة الحكم نهائياً.

وجاء في مادة (١٢٣) من الفصل السادس آثار الفرقة بين الزوجين المطلب الأول : العدة عدة غير المتوفى عنها زوجه

د- تعتد المحكوم بموت زوجها المفقود عدة الوفاة مع مراعاة حكم المادة (١٠٨) من هذا القانون.

وجاء في مادة (١٢٤) في جميع الأحوال لا تزيد العدة على سنة واحدة.

التعليق:

هذه المواد من قانون الأسرة البحريني ذكرت حكم المفقود ومتى يحكم بموته ، وعدة الزوجة وكم مدتها.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يشترط مضيها للحكم بموت المفقود فالحنفية يشترطون موت الأقران أو مضي سبعون سنة وحدها الشافعي وأحمد بتسعين سنة وقال مالك ورواية عند أحمد وعند الشافعي في القديم من مذهبه: أنها تتربص أربع سنين ثم وأربعة أشهر وعشراً عدة الوفاة بالنسبة للمفقود في ظروف ظاهرها الهلاك ثم تحل للأزواج[1] ، و الفرقة الناجمة عن الحكم بموت المفقود هي فرقة وفاة، تعتد الزوجة بعدها بعِّدة الوفاة أربعة أشهر وعشر أو بوضع الحمل إن كانت حاملا عند الجمهور.

وهو ما أخذه المقنن البحريني هنا. ثم ذكر المقنن البحريني أنه: في جميع الأحوال لا تزيد العدة على سنة واحدة. أخذاً للمصلحة في عدم عضل المرأة بالمدة الطويلة جداً.

وجه تفريع على الاستصحاب:

يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك باستصحاب الحال إذا دلت القرائن على هلاكه بما يطمئن منها على وفاته فتكون حجة في ذلك وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن . ولذا بنينا عليه استصحابا لهلاكه.

تعقيب:

والظاهر أن تلك الأقوال مبنية على الاجتهاد لا على الدليل والأولى عدم تحديد مدة معينة للحكم بموته وتفويض أمر تقدير المدة إلى القاضي يجتهد فيها حسب ظروف الفقد وحالاته المختلفة ، ويعتمد على القرائن التي رافقت حالة الفقدان ، فإذا انقضت المدة التي حددها القاضي بعد البحث عنه بمختلف الوسائل ، ولم يظهر خبره حكم القاضي بموته ويكون تاريخ الحكم بموته هو يوم الموت الحكمي له ويترتب عليه التفريق بينه وبين زوجته وتقسيم ماله على ورثته لا فرق في ذلك بين حكم المال وحكم الزوجة .

ملاحظة : المقنن البحرين لم يذكر ما يتعلق بنفقة زوجة المفقود وقد ذكر الفقهاء تستحق زوجة المفقود النفقة على زوجها بالتسليم الكامل لنفسها دخل بها أم لم يدخل لأنها محتبسه لحقه ،فإذا تزوجت بغيره سقطت نفقتها ، وهي لها كذلك في مدة الانتظار المضروبة من القاضي قبل الحكم بموته لأن زوجيتها قائمة حتى يصدر الحكم بموته [2].

(١) انظر: المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦.

(٢) انظر: الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٤٠٨/٢١، المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦، حاشية الدسوقي ٢٨٣/٢.

ثالثاً: رجوع المفقود بعد الحكم بوفاته:

مادة (١١٠) وفقاً للفقه السني إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، إن كان الثاني غير عالم بحياة الأول.

التعليق: المقنن البحرين ذكر هذه المسألة: إذا عاد المفقود حياً بعد الحكم بموته فإن زوجته ترجع إليه في الحالات الآتية:

١) إذا عاد المفقود وزوجته لم تتزوج.

٢) إذا عاد المفقود وقد تزوجت زوجته قبل مضي العدة.

٣) إذا تزوجت زوجته ودخل بها الثاني عالماً بحياة المفقود عند المالكية [١].

٤) وتفوت عليه في حالة واحدة: أن تتزوج بعد مضي العدة ودخل بها الثاني أو دخل بها الثاني عالماً بحياة الأول عند المالكية[٢].

وجه تفريع على الاستصحاب:

يحكم إذا جاء المفقود، أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، إن كان الثاني غير عالم بحياة الأول.استصحاباً للحال فهو رجع الحكم على أصله وهو الحياة فستحق كل الحقوق الثابتة له لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان.

تعقيب: رغم ما يتمتع به قانون الأسرة البحريني من مرونة في المسائل الفقهية ومراعاة القواعد العامة والأصول الفقهية المعتبرة في الأخذ بما يتناسب مع الحياة المعاصرة إلا انه لم يستوعب مسائل كثيرة نذكر منها:

-أن أموال المفقود قبل الحكم بموته تدار من قبل وكيل يعينه القاضي إذا لم يكن للمفقود وكيل عينه قبل فقده ويشترط في الوكيل ما يشترط في الوصي وتنتهي وكالته بعزله أو فقده أو خيانته وحدوث جنون أو سفه أو ما شابه ذلك يمنعه من التمتع بأهليته الكاملة أو بظهور موت المفقود أو حياته.

- إنَّ تصرف القاضي أو الوكيل المعين في مال المفقود مقيد في حدود حفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع وبما يحقق مصلحة المفقود وعليه أن يختار من التصرفات ما هو أصلح لصاحب المال فإن استطاع حفظ المال بالإيداع أو الإجارة فليس له أن يبيع فإن تعين البيع طريقاً للحفظ جاز.

(١) انظر: حاشية الدسوقي، ٢٨٣/٢.

(٢) انظر: المغني لابن قدامه ٣٨٩/٦، حاشية الدسوقي ٢٨٣/٢.

–المقنن البحرين لم يذكر ما يتعلق بورثة المفقود وقد ذكرها الفقهاء: ورثة المفقود هم الورثة الأحياء ساعة موته أو ساعة صدور الحكم القضائي بموته ، فإذا مات أحد الورثة قبل موت المفقود أو قبل الحكم بموته ولو بلحظة فلا حق له في تركة المفقود لانتفاء شرط الميراث وهو تحقق حياة الوارث عند موت المورث.

–المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بمسألة وصية الغير للمفقود وقد ذكر الفقهاء ذلك: حكم وصية الغير للمفقود حكم إرثه من الغير فإذا أوصى المفقود لغيره تنفذ وصيته عند الحكم بموته شريطة عدم ثبوت رجوع المفقود عن وصيته ولا يستحق الموصى له الموصى به إلا إذا كان حياً عند الحكم بموت المفقود(الموصي) فإذا توفي الموصى له قبل الحكم بموت المفقود بطلت الوصية.

–المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق ميراث المفقود وقد ذكرها الفقهاء: بناءً على حجية الإستصحاب اختلف الفقهاء بصدد ميراث المفقود من الغير والوصية له على اتجاهين:

الأول: قال بعدم توريث المفقود من مورثه الذي مات أثناء فقده لأن الإستصحاب يصلح حجة البقاء ما كان على ما كان ولا يصلح حجة لاكتساب ما لم يكن وهو مذهب الأحناف.

الثاني: قال بتوريثه لأن الإستصحاب يصلح حجة في الدفع والإثبات وهو مذهب الجمهور.

ومع اختلافهم هذا إلا أنهم اتفقوا على وقف نصيب المفقود من الميراث والوصية حتى يتبين أمره لأن حياته مشكوك فيها وقت موت المورث والموصى ولا ميراث مع الشك.

–المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بمسألة أثر عودة المفقود على أمواله وقد ذكرها الفقهاء: اختلف الفقهاء في أُثر عودة المفقود على أمواله على رأيين:

الأول: يذهب إلى أنه يسترد أمواله التي وجدها بعينها بيد الورثة ولا يرجع عليهم بالضمان لما هلك أو استهلك من قبلهم، وهذا رأي الجمهور وأخذ به القانون اليمني وبعض القوانين العربية.

الثاني: يذهب إلى أنه يأخذ ما وجده من أمواله بيد الورثة عيناً ويرجع عليهم بالضمان لما استهلك منها بمثله إن كان مثلياً وبقيمة إن كان قيمياً.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

من خلال هذه الدراسة خرجت بنتائج مهمة أبرزها ما يأتي:

١. الاستصحاب في لغة العرب: طلب المصاحبة واستمرارها، وهو استفعال من الصحبة وهي الملازمة؛ ومن هنا يقال: استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتًا، كأنك جعلت تلك الحالةَ الماضيةَ مصاحبةً لك غير مفارقة.

٢. الاستصحاب في الاصطلاح؛ فعرف بتعريفات كثيرة جدًّا؛ منها: استدامة إثبات ما كان ثابتًا أو نفي ما كان منفيًّا ، ومنها: بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره.

٣. أنواع الاستصحاب عند الأصوليين: النوع الأول: استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء، والنوع الثاني: استصحاب البراءة الأصلية أو ما يعرف باستصحاب العدم الأصلي، والنوع الثالث: استصحاب الحكم الذي دل الدليل الشرعي على ثبوته ودوامه ولم يقم دليل على تغييره، والنوع الرابع: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض، وهذا المعارض إما أن يكون تخصيصًا؛ إن كان الدليل عامًّا، أو نسخًا إن كان الدليل نصًّا، والنوع الخامس: استصحاب حال الإجماع.

٤. حجية الاستصحاب وخلاف العلماء فيه:

قال الحنفية ومن وافقهم: الاستصحاب حجة . والاستصحاب عند غير الحنفية وهم القائلون بحجية الاستصحاب دفعًا وإثباتًا وهم المالكية والشافعية والحنابلة.

٥. تعتبر الغيبة الأساس العلمي والعملي الذي تبنى عليه احكام الغائب والمفقود وتنقسم الى غيبة منقطعة وغيبه غير منقطعة فالغيبة المنقطعة هي التي يكون فيها الشخص الغائب مجهول الحياة والممات وقد يكون مجهول المكان وتسمى "مفقوداً"

٦. المفقود: هو الغائب الذي انقطع خبره وخفى أثره فلم تعلم حياته ولا موته ولا عبره بمعرفة مكانه أو الجهل به.

٧. المفقود إذا علمت حياته ومكانه فهو غائب وإذا جهلت حياته وعرف مكانه أو جهلت حياته ومكانه فهو "مفقود".

٨. ويلحق بهذا السجين عند جمهور الفقهاء إذا انقطع خبره وجهلت حياته وتعذر الكشف عنه في حين يرى المالكية أن السجين إذا أمكن الكشف عنه فهو مفقود وإن تعذر فلا يعد مفقوداً.

٩. اعتبر الحنفية والشافعية المفقود قسماً واحداً في حين قسم المالكية المفاقيد إلى أربعة أقسام هي:
أ.مفقود في أرض الإسلام.
ب.مفقود في أرض العدو.
جـ.مفقود في صف المسلمين في قتال العدو.
د.مفقود في الفتن بين المسلمين بعضهم وبعض.

١٠.ذكر المقنن البحريني: أن من حق الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها المفقود وللقاضي أن يجيبها لذلك وفقاً للضرر الحاصل عليها بسبب فقده ، كما أن لها حق طلب التفريق لعدم الإنفاق أو لخشية الفتنة وفي هذه الحالة لا يسري الحكم لها على بقية زوجاته لأنه حكم توفر سببه وهو عدم الإنفاق أو خوف الفتنة أوهما معاً.

١١.ذكر المقنن البحريني: أن التفريق بعد البحث عنه والتحري بكافة الوسائل المتاحة كما هو عند المالكية.

١٢.ذكر المقنن البحريني: أن الفرقة الناجمة عن الحكم بموت المفقود هي فرقة وفاة تعتد الزوجة بعدها بعِّدة الوفاة أربعة أشَهر وعشر أو بوضع الحمل إن كانت حاملا عند الجمهور خلافاً للفقه الجعفري القائلين بمضي أبعد الأجلين العدة أو وضع الحمل.وبذلك تستحق الزوجة المهر كاملاً وليس لها النفقة في العدة إلا أن تكون حاملاً ولها السكنى عند جمهور الفقهاء.

١٣.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بأموال المفقود قبل الحكم بموته تدار من قبل وكيل يعينه القاضي إذا لم يكن للمفقود وكيل عينه قبل فقده ويشترط في الوكيل ما يشترط في الوصي وتنتهي وكالته بعزله أو فقده أو خيانته وحدوث جنون أو سفه أو ما شابه ذلك يمنعه من التمتع بأهليته الكاملة أو بظهور موت المفقود أو حياته.

١٤.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بمال المفقود وقد ذكر الفقهاء : إنَّ تصرف القاضي أو الوكيل المعين في مال المفقود مقيد في حدود حفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع وبما يحقق مصلحة المفقود وعليه أن يختار من التصرفات ما هو أصلح لصاحب المال فإن استطاع حفظ المال بالإيداع أو الإجارة فليس له أن يبيع فإن تعين البيع طريقاً للحفظ جاز.

١٥.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بنفقة زوجة المفقود وقد ذكر الفقهاء تستحق زوجة المفقود النفقة على زوجها بالتسليم الكامل لنفسها دخل بها أم لم يدخل لأنها محتبسه لحقه ،فإذا تزوجت بغيره سقطت نفقتها ، وهي لها كذلك في مدة الانتظار المضروبة من القاضي قبل الحكم بموته لأن زوجيتها قائمة حتى يصدر الحكم بموته .

١٦.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بمدة البحث وما يترتب عليه من أحكام وقد ذكره الفقهاء : يعد المفقود أثناء فقده حياً في نفسه ميتاً في حق غيره فلا يرثه أحد من أقاربه ولا يرث أحداً من ورثته ويوقف نصيبه من تركه مورثه حتى يتبين أمره.

١٧.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بورثة المفقود وقد ذكرها الفقهاء: ورثة المفقود هم الورثة الأحياء ساعة موته أو ساعة صدور الحكم القضائي بموته ، فإذا مات أحد الورثة قبل موت المفقود أو قبل الحكم بموته ولو بلحظة فلا حق له في تركة المفقود لانتفاء شرط الميراث وهو تحقق حياة الوارث عند موت المورث .

١٨.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق بمسألة وصية الغير للمفقود وقد ذكر الفقهاء ذلك : حكم وصية الغير للمفقود حكم إرثه من الغير فإذا أوصى المفقود لغيره تنفذ وصيته عند الحكم بموته شريطة عدم ثبوت رجوع المفقود عن وصيته ولا يستحق الموصى له الموصى به إلا إذا كان حياً عند الحكم بموت المفقود(الموصي) فإذا توفي الموصى له قبل الحكم بموت المفقود بطلت الوصية.

١٩.المقنن البحريني لم يذكر ما يتعلق ميراث المفقود وقد ذكرها الفقهاء: بناءً على حجية الاستصحاب اختلف الفقهاء بصدد ميراث المفقود من الغير والوصية له على اتجاهين:

الأول: قال بعدم توريث المفقود من مورثه الذي مات أثناء فقده لأن الاستصحاب يصلح حجة البقاء ما كان على ما كان ولا يصلح حجة لاكتساب ما لم يكن وهو مذهب الأحناف.

الثاني: قال بتوريثه لأن الاستصحاب يصلح حجة في الدفع والإثبات وهو مذهب الجمهور.

ومع اختلافهم هذا إلا أنهم اتفقوا على وقف نصيب المفقود من الميراث والوصية حتى يتبين أمره لأن حياته مشكوك فيها وقت موت المورث والموصى ولا ميراث مع الشك.

ثانياً: التوصيات:

- عالج القانون البحريني للأحوال الشخصية أحكام المفقود معالجه مجمله أغفلت كثيراً من القضايا المتعلقة بالمفقود ونوصي ان يعاد النظر في العديد من المواد المنظمة لأحكام المفقود بشيء من التفصيل والوضوح تفادياً للنقص وترميماً للخلل.

فهرس المصادر والمراجع:

١- **الإبهاج في شرح المنهاج**، شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي ت٧٥٦هـ وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ت٧٧١هـ، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، طبع سنة ١٤٠١هـ.

٢- **الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان**، علاء الدين بن بلبان الفارسي، ت٧٣٩هـ تحقيق/ شعيب الأرناؤوط، الناشر/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٣- **الإحكام لابن حزم**، علي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد ت٤٥٦هـ، الناشر: دار الحديث بالقاهرة، ط١ سنة ١٤٠٤هـ.

٤- **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، أبي الوليد الباجي ت٤٧٤هـ تحقيق: عبد المجيد التركي، الناشر: دار الغرب الإسلامي ط١، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م.

٥- **الأحكام في أصول الأحكام**، علي بن محمد الآمدي ت٦٣١هـ، تحقيق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢هـ.

٦- **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، محمد بن علي الشوكاني ت١٢٥٥هـ، الناشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ط١ سنة ١٣٥٦هـ.

٧- **أصول السرخسي**، أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ت٤٩٠هـ، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ سنة ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.

٨- **أصول الفقه**، محمد رضا بن محمد بن عبد الله المظفر (ت١٩٦٤م)، الناشر/ دار النعمان، النجف، العراق سنة ١٩٦٦م.

٩- **أصول الفقه**، محمد أبو زهرة، الناشر/ دار الفكر العربي بالقاهرة.

١٠- **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ت٧٥١هـ، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: دار الجيل، بيروت.

١١- **البحر الرائق**، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت٩٧٠هـ، الناشر/ دار المعرفة، بيروت.

١٢- **البحر المحيط في أصول الفقه**، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ت٧٩٤هـ، ضبط وتعليق/ د. محمد محمد تامر، الناشر/ دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

١٣- **البرهان في أصول الفقه**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ت٤٧٨هـ، تحقيق: الأستاذ/ سمير مصطفى رباب، الناشر/ دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣هـ.

١٤- **تأسيس النظر**، أبي زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي ت٤٣٥هـ تحقيق/ مصطفى القباني، الناشر/ دار ابن زيدون، ومكتبة الكليات الأزهرية.
١٥- **تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق**، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الناشر/ دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٦- **التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، المشهور بـ: ابن همام الدين الحنفي ت٨٦١هـ، الناشر/ مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، طبع سنة ١٣٥١هـ.
١٧- **تشنيف السامع بجمل الجوامع لتاج الدين السبكي**، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ت٧٩٤هـ، تحقيق/ أبي عمرو الحسيني بن عمر بن عبد الرحيم، الناشر/ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ.
١٨- **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي ت٧٤١هـ، تحقيق: د. محمد المختار الشنقيطي، الناشر: مكتبة ابن تيميه بالقاهرة، ومكتبة العلم بجده. ط١، ١٤١٤هـ.
١٩- **التقرير والتحبير**، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان بن عمر المعروف بابن أمير الحاج ت٨٧٩هـ، الناشر/ دار الفكر، بيروت ط١ سنة ١٩٩٦م.
٢٠- **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، أبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي ت٤٣٠هـ، تحقيق/ خليل محي الدين الميس، الناشر/ دار الكتب العلمية، بيروت ط١ سنة ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٢١- **التلخيص في أصول الفقه**، إمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ت٤٧٨هـ، تحقيق: د. عبد الله النيبالي، وشبير أحمد العمري، الناشر: دار البشائر الإسلامية، ومكتبة دار الباز، ط١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.
٢٢- **التمهيد**، عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي أبي محمد ت٧٧٢هـ، تحقيق/ د.محمد حسن هيتو، الناشر/ مؤسسة الرسالة، بيروت ط١ سنة، ١٤٠٠هـ.
٢٣- **التمهيد في أصول الفقه**. محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني ت٥١٠هـ، تحقيق: د. مفيد محمد أبو عمشة، الناشر: جامعة أم القرى، ط١، سنة ١٤٠٦هـ.
٢٤- **التوضيح مع شرح التلويح**، عبيد الله بن مسعود المعروف بـ: صدر الشريعة ت٧٤٧هـ، الناشر/ مطبعة دار الكتب العربية سنة ١٣٢٥هـ.
٢٥- **تيسير التحرير**، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، الناشر: محمد علي صبيح.

٢٦- **جمع الجوامع**، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ت٧٧١هـ، الناشر/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٤هـ.

٢٧- **حاشية البناني على جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي**، عبد الرحمن بن جاد الله البناني، الناشر/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ.

٢٨- **حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)** تأليف/ محمد أمين، المعروف بـ: ابن عابدين ت ١٢٥٢هـ، الناشر/ دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ.

٢٩- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، محيي الدين النووي، الناشر/ المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية.

٣٠- **روضة الناظر وجنة المناظر**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ت٦٢٠هـ، تحقيق/ د: عبد الكريم النملة، الناشر/ مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الثانية سنة ١٤١٤هـ.

٣١- **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ت٦٨٤هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، القاهرة ط١ سنة ١٣٩٣هـ.

٣٢- **شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير**، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار ت٩٧٢هـ، تحقيق/ د محمد الزحيلي، د.نزيه حماد، الناشر: جامعة الملك عبد العزيز، سنة ١٤٠٠هـ.

٣٣- **شرح مختصر الروضة**، نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: د. عبد الله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، ط١ سنة ١٤١٠هـ.

٣٤- **شرح مراقي السعود على أصول الفقه**، محمد الأمين الجكني الشنقيطي، الناشر/ دار أبو الوفا، سنة ١٣٧٨هـ.

٣٥- **طبقات الشافعية الكبرى**، ابن السبكي ت٧٧١هـ، تحقيق/ عبد الفتاح الحلو ومحمود الطناحي، الناشر/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سنة ١٣٨٣هـ.

٣٦- **العدة في أصول الفقه**، القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي ت٤٥٨هـ، تحقيق: أحمد بن علي سير مباركي، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ.

٣٧- **الغيث الهامع شرح جمع الجوامع**، ولي الدين العراقي، الناشر/ دار الفاروق الحديثة للنشر بالقاهرة، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٣هـ.

-٣٨

٣٩- **فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت**، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ت١١١٩هـ، طبع بهامش كتاب المستصفى للغزالي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٣٢٤هـ.

٤٠- **قاعدة اليقين لا يزول بالشك**، الدكتور: يعقوب عبد الوهاب الباحسين، الناشر/ مكتبة الرشد، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ.

٤١- **القاموس المحيط**، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط٢، ١٣٧١هـ- ١٩٥٢م.

٤٢- **قواطع الأدلة في الأصول**، أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ت٤٨٩هـ، تحقيق: محمد حسن محمد الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ سنة ١٩٩٧.

٤٣- **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق/ د. عمد محمد أحيد الموريتاني، الناشر/ مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٨هـ.

٤٤- **المستصفى من علم الأصول**، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ ومعه كتاب فواتح الرحموت، الناشر/ دار الكتب العلمية ط١، سنة ١٣٢٤هـ.

البحوث المحكمة:

١- -الحجي، مرهون بن زايد بن مرهون. (١٩٩٩). **الاستصحاب عند الأصوليين و تطبيقاته الفقهية : دراسة مقارنة. (أطروحة ماجستير)**. جامعة آل البيت، الأردن https://search.emarefa.net/detail/BIM-٣١٠٦٣٦

٢- صديق، نادية محمود سليم. ٢٠٢١. **حجية الاستصحاب عند الأصوليين و أثرها في الفروع**. مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا،مج. ٢٠٢١، ع. ٣٦، ج. ٢، ص. ١٧٠٦-١٧٤٩.

٣- https://search.emarefa.net/detail/BIM-١٢٥٤١٣٧

٤- السيد، محمد عاشور محمد راضي. ٢٠١٩. **أثر اختلاف الأصوليين في حجية الاستصحاب**. مجلة كلية البنات الأزهرية بطيبة الجديدة-بالأقصر،مج. ٢٠١٩، ع. ٣، ص. ٨٦٤-٩٣٢.

٥- https://search.emarefa.net/detail/BIM-١١٢٦٠٥٢

٦- حماد، أحمد الهادي السعيد. ٢٠١٩. **تحقيق المقال في استصحاب الحال**. مجلة كلية الشريعة و القانون تفهنا الأشراف-دقهلية،مج. ٢١، ع. ٦، ص. ٥١٧٩-٥٢٣٤. https://search.emarefa.net/detail/BIM-١٠١١١١٧

٧- مالك، عبدالحكيم هلال بلقاسم. (٢٠١١). **الاستصحاب: حقيقته واقسامه وحجيته ونوع الخلاف فيه**. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مج ٢٣، ع ٩١ ، ١٠٥ - ١٩٥. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/١٣٧٤٥٩

٨- محمد، السيد أبو المجد عرابي. (٢٠٢١). **دراسة في الاستصحاب: قواعده وتطبيقاته المعاصرة**. مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف، ع٢٣، ج٤ ، ٢٨٣٥ - ٢٨٨٢. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/١١٥٠٣٣٥

٩- بخيت، أحمد محمد أحمد. (٢٠٢١). **الاعتبار المذهبي في قانون الأسرة البحريني:** الصادر بالقانون ١٩ لسنة ٢٠١٧. مجلة الحقوقية، ع٢ ، ٢٩ - ٨٠. مسترجع من **http://search.mandumah.com/Record/١٢٥١٢٦٦**

١٠-بخيت، أحمد محمد أحمد. (٢٠١٦). **قراءة نقدية في تقنين أحكام الفقه وصياغتها تطبيقا على مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني - الشق السني**. مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع٣١، ج٢ ، ٦٧٦ - ٧٧٤. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/٩٤١٢٤٥

١١-بوسعيد، سليمان دعيج حمد، (٢٠١١). قانون أحكام الأسرة البحريني: دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة اليرموك، إربد. مسترجع من : http://search.mandumah.com/Record/٧٣٩٤٠٩

١٢-الرحو، محمد سعيد. (٢٠١٧). **آلية تنفيذ الأحكام الشرعية الصادرة وفق قانون أحكام الأسرة البحريني رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٩: دراسة مقارنة مع بعض تشريعات الدول العربية**. مجلة الحقوق، مج١٤، ع٢ ، ١٤٣ - ٢١١. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/٩٥٢٥٩٣

١٣- اللهبي، يوسف علي محمد، " معالم الاجتهاد في قانون الأسرة البحريني " دراسة فقهية تأصيلية ،**(رسالة ماجستير غير منشورة)** . جامعة قطر ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية : **http://hdl.handle.net/١٠٥٧٦/١١٧٩٨**

١٤-قانون الأسرة الموحد بصيغة PDF:

https://www.bahrain.bh/wps/wcm/connect/٩٠f٣٢f٥٦-f١a١-٤a٤٦-٨a٩d-١٦cc٩c٤c١b٤٢/%D٩%٨٢%D٨%A٧%D٩%٨٦%D٩%٨٨%D٩%٨٦+%D٨%A٧%D٩%٨٤%D٨%A٣%D٨%B٣%D٨%B١%D٨%A٩.pdf?MOD=AJPERES&CVID=o٨VfksR