

لقد ختم الطالب بنصحيح الاقطار

الدكتور المشرف / محمد شعبان حسين

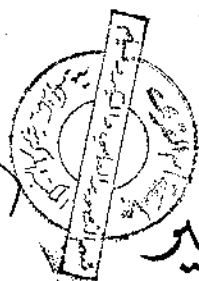
محمدا
الطالب / المحضر علي ادريس
الحسين

المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه وأصوله

الاستصحاب

وأشاره

في الفروع الفقهية



رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير

في الفقه وأصوله

١٦٧



إعداد الطالب

المحضر علي ادريس

إشراف الدكتور

محمد شعبان حسين

١٠٠٢/٥٢

١٤٠٣ / ١٤٠٤ هـ

١٩٨٣ / ١٩٨٤ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الشكر

امثالاً لقول الله تعالى : (لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ)^(١)
فانى أتوجه بجزيل الشكر ، وعاطر الثناء ، للقاءمين على أمر هذه الجامعة
وعلى رأسهم معالى الدكتور / راشد الراجح مدير الجامعة ، وللقاءمين على
أمر كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، وعلى رأسهم الدكتور / على عباس
الحكمي عميد هذه الكلية ، لاتاحتهم الفرصة لى ولزملاى لتلقى العلم فى
هذا البلد الأمين .

كما أخص بالشكر والعرفان أستاذى الفاضل سعادة الدكتور /
محمد شعبان حسين ، لتفضله بالقبول بالإشراف على هذه الرسالة ، ثم
لمتابعته لهذا البحث منذ أن كان فكرة ، حتى اكتمل واستوى على سوقه .
فلقد استفدت من توجيهاته السديدة ، وارشاداته القيمة ، وعلمه الثرى ،
مازلل لى صعب هذا البحث ، وكنت لاأكتفى بساعات الاشراف الرسمية
وحدها ، بل أقابله فى أى وقت شئت للاستشارة أو التوجيه ، فأجد منه
صدراً رحباً ، فجزاه الله عنا وعن العلم وطلابه خير الجزاء ، وبارك الله فى عمره
وأمدّه بقوة من عنده ، إنه سميع الدعاء .

كما أتوجه بالشكر الجزيل لكل من أبدى لى نصحا ، أو أشار لى
بفكرة ، أو أعاننى على مستعصب من أساتذتى الأفاضل وإخوانى
الطلاب .

والله أسأل أن يسد الخُطأ ويوفق الى ما يحب ويرضى
، إنه نعم المولى ونعم النصير ، ، ،

المقدمة

المقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونعوذ
بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ،
ومن يضل فلا هادي له .

وأشهد أن لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدا
عبده ورسوله . بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، فهدى من
الضلال ، وبصر من العمى . صلوات الله وسلامه عليه ، وعلى آله وصحبه
والتابعين .

وبعد :

فان الله سبحانه وتعالى لم يخلق الخلق عبثا ، ولم يتركهم سدى ، بل
أرسل إليهم الرسل ، وشرع لهم الشرائع ، وحد لهم الحدود ، ليهتدوا
الى الطريق القويم ، ويسلكوا الصراط المستقيم .

ولقد ختم الله سبحانه الشرائع بهذه الشريعة الخاتمة ، وختم الرسل
برسولنا الكريم ، صلوات الله وسلامه عليه .

ولما كانت هذه الشريعة هي الخاتمة ، اقتضت حكمته تعالى ، أن تكون
كاملة شاملة ، صالحة لكل زمان ومكان ، حتى يرث الله الأرض ومن عليها .
ولذلك جاءت تحمل في طياتها أصولا للتشريع تتسم بالمرونة والشمول
لتستوعب كل مستجدات العصور .

وهذه الأصول هي التي انصب عليها بحث الأصوليين ، فتناولوا

أقسامها ، وحجيتها ، ودالاتها على الأحكام . . . الخ

ثم إن الدراسة العملية لهذه الأصول : هي التي تتناول بجانب القواعد الأصولية الكلية ، ما يتفرع عن هذه القواعد من أحكام فقهية ؛ لأن هذه هي الثمرة من دراسة علم أصول الفقه . ولهذا اتجهت معظم الدراسات الأصولية الحديثة إلى الدراسات التطبيقية التي تعنى بتخريج الفروع على الأصول .

ولقد كان من المواد التي تعنى بتخريج الفروع على الأصول ، والتي كانت تدرس بالسنة المنهجية بشعبة أصول الفقه : مادة أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء . ولقد وجدت في نفسي تجاوبا مع هذه المادة أثناء دراستي لها بالسنة المنهجية ، مما جعلني أفكر في اختيار موضوع أستطيع أن أطبق فيه الفروع الفقهية على القواعد الأصولية . ولما لم أجد بحثا مستقلا استوفى الاستصحاب ، وتناوله من كل جوانبه : اخترت هذا الموضوع ليكون الموضوع الأصولي الذي أطبق عليه الفروع الفقهية .

ولقد اخترت هذا الأصل دون غيره من الأصول الأخرى المختلف فيها : لأنه يعتبر من الأصول المهمة التي لا غنى عنها خاصة في هذا العصر ، لأنه أمر ضروري للحياة الاجتماعية ، فعليه مدار معاملات الناس ، وأخذهم وعطائهم ، وبيعهم وشراءهم .

وإن من مسأله : أن كل أمر ثبت يبقى على ما كان عليه حتى يثبت مساويه .

فهو بهذا المعنى يرفع النزاع عن كثير من الأمور التي حصل النزاع فسي حكمها هل هي مباحة أم محظورة ؟ فيثبت فيها حكم الإباحة ببناء أعلى أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل الحظر .

وبه كذلك يرتفع الشك عن كل أمر حصل الشك في بقاءه بعد ثبوته ، أو حصل الشك في حرمة بعد حله ، أو في حله بعد حرمة ، فيجعله على أصله الذي كان عليه ، بناء أعلى أن اليقين لا يزال بالشك .

وبواسطته يُرفع الشك عن كل أمر حصل الشك في التكليف به ، أو شغل الذمة به ، فيثبت عدم التكليف به ، بناء أعلى أن الأصل براءة الذمة من التكليف الشرعية ، والحقوق المالية ، وغيرها ، حتى يوجد ما يثبت ذلك .

كما أنه يفتح للفقهاء أبواباً واسعة ، لإصدار فتاويهم في سهولة ويسر .

لهذا كله استخرت الله تعالى وأقبلت على هذا الموضوع ، متوكلاً عليه مع علمي بالمشاق التي ستواجهني في البحث ، خاصة وأن معظم مسائل النزاع فيه غير محررة ، وأن معظم الكتب الأصولية قديمها وحديثها لم تتعرض له إلا في صفحات معدودة .

ولقد تناول هذا الأصل الدكتور (مصطفى ديب البقاء) في كتابه :
أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي (١) ضمن الأدلة المختلف فيها .

(١) هذا الكتاب رسالة دكتوراة نال به صاحبه درجة الدكتوراة في أصول الفقه بمرتبة الشرف الأولى من جامعة الأزهر الشريف بالقاهرة .

ولقد عني في بحثه هذا بالآثار المترتبة عليه ، أكثر من دراسة هذا الأصل دراسة أصولية شاملة ، كما أنه لم يتناول القواعد الفقهية التي بنيت عليه ، وذلك لأن عنوان بحثه : (أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي) - لذلك كان كل جهده منصبا على الآثار الفقهية ، مع التعرض بإيجاز للقواعد الأصولية .

كما تناول هذا الأصل بشيء من التطبيق أيضا الدكتور (مصطفى سعيد الخن) في كتابه : أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء (١)

ولقد تناول كذلك هذا الأصل من الناحية الأصولية بإيجاز ، مع ذكر بعض الأمثلة التطبيقية عليه ، وذلك لأن موضوع بحثه هو الأصول المتفق عليها . فكان تناوله لهذا الأصل مع بعض الأصول المختلف فيها كتتممة لبحثه .

ولقد أردت أن يكون بحثي هذا أشمل من هذين البحثين ، مع علمي بأنني لم أبلغ ما بلغوه ، في هذا المجال . فأردته أن يكون بحثا يجمع بين الأصول والفقه ، وأن أتناول بجانب الفروع الفقهية الجزئية القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب .

(١) وهو رسالة دكتوراة نال به صاحبه درجة الدكتوراة في أصول الفقه من جامعة الأزهر الشريف بالقاهرة .

منهج البحث :

لقد وضعت لنفسى منهجا للبحث حاولت الالتزام به فى معالجتي لموضوعاته
وكانت طريقتى فى عرض المواضيع :

أن أقدم بين يدي كل باب أو فصل ، مقدمة أو تمهيداً كمدخل للموضوع
المراد بحثه .

وإن كان فى المسألة المراد بحثها أقوالٌ كثيرة فإننى أذكر صورة المسألة
ثم أذكر أقوال الأئمة فيها ، وإن كان محل النزاع غير محرر فيها حررته ، ثم
أذكر الأقوال وأدلتها ، ثم أناقشها مناقشة هادئة ، وأوازن بينها ،
ثم أرجح ما أرى أنه الأرجح دليلاً .

ولقد ألزمت نفسى ألا أذكر الأقوال إلا من كتب المذاهب المعتمدة ، وألا
أذكر قولاً لمذهب إلا من كتب المذهب نفسه وكذلك فعلت فى الأئمة .
أما إذا لم أوفق فى الحصول على الدليل من كتب المذهب المعتمدة
ووجدته فى غير الكتب المعتمدة ، أوفى غير كتب المذهب فإننى أشير إلى ذلك .

كما أنى ألزمت نفسى بالرجوع إلى المصادر الأساسية فى الأصول والفقه
ولا أرجع للمصادر الحديثة إلا نادراً ، وذلك فى الحالات التى أجد فيها
أن المصدر الحديث فصل المسألة المراد بحثها .

كما أنى التزمت عند تطبيق الفروع على الأصول - بالنقل من الكتب المعتمدة
وعدم الاكتفاء بما يذكره الذين عنوا بتطبيق الفروع على الأصول ، وذلك للتأكد
من صحة نسبة الأقوال إلى المذاهب المنسوبة اليها .

كما أتى التزم عند تطبيق الفرع على الأصل أن أذكر أقوال المذاهب في المسألة المراد بحثها ، ثم أتى بنقول من كل مذهب توافق الأقوال التي نسبتها إليه ، وغالبا ما أقدم قول المذهب الذي استدل بالاستصحاب كما فعلت ذلك غالبا في الأدلة .

كما أتى نادرا ما أتعرض لرأى أحد من غير المذاهب الأربعة .
ولقد خرجت الآيسات والأحاديث التي استشهدت بها ، وترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب هذه الرسالة ، واتبعت في ترجمتهم المنهج التالي :

أذكر اسم العلم ثلاثيا ، ثم أعقبه بكنيته ، ولقبه ، إن كان له لقب ، أو كنية ، ثم أذكر شيوخه ، وتلاميذه ، وأهم مؤلفاته ، ثم أذكر تاريخ وفاته .
كما أتى وضعت فهارس للكليات القرآنية الكريمة ، والأحاديث النبوية الشريفة ، والأعلام ، والمراجع ، والموضوعات .

خطة البحث :-

لقد اتبعت المنهج الذي تقدم ذكره ، فبدأت متوكلا على الله في الكتابة في هذا الموضوع ، فجعلت عنوان بحثي :

الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهية

وجعلت خطة البحث مكونة من : مقدمة ، وتمهيد ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة
أما المقدمة : فقد ذكرت فيها : أهمية الموضوع ، وسبب اختياري له ، ومنهجي في البحث .

وأما التمهيد : فذكرت فيه تعريفا موجزا للأدلة المتفق عليها والمختلف فيها .

أما الباب الأول : ففي تعريف الاستصحاب وأنواعه ، وقد جعلته في فصلين :

الفصل الأول : في تعريف الاستصحاب ، فذكرت فيه تعريف

الاستصحاب لغة واصطلاحاً ، مع الموازنة بين

التعريفات التي ذكرها العلماء .

الفصل الثاني : في أنواع الاستصحاب : ولقد رجحت أنها

ستة أنواع هي :

١- استصحاب حكم الإباحة عند عدم الدليل على خلافه .

٢- استصحاب العدم الأصلي .

٣- استصحاب الدليل مع احتمال المعارض
تخصيماً أو نسخاً .

٤- استصحاب الحكم الشرعي الذي دل الشرع
على ثبوته ودوامه لوجود سببه .

٥- الاستصحاب المقلوب .

٦- استصحاب الإجماع في محل النزاع .

ولقد عرفت كل نوع من هذه الأنواع ، وذكرت

بعض الأمثلة لكل منها ، وأدلة كل نوع .

أما الباب الثاني : ففي حجية الاستصحاب :

ولما كانت أنواع الاستصحاب المتقدمة كلها معتبرة عند

المثبتين لحجية الاستصحاب ما عدا استصحاب الإجماع

في محل النزاع ، جعلت هذا الباب في فصلين :

الفصل الأول : في حجية الأنواع المعتبرة عند المثبتين لحجية الاستصحاب .

فذكرت مذاهب العلماء فيها ، مع أدلتهم ، ومناقشتها ، وترجيح ما رأيت أنه الأرجح دليلا .

الفصل الثاني : في حجية استصحاب الاجماع في محل النزاع

فتعرضت لمذاهب العلماء فيه ، وأدلتهم مع مناقشتها ، وترجيح ما ظهر لي أنه الأرجح دليلا .

أما الباب الثالث : ففي أثر الاستصحاب في الفروع الفقهية وفيه فصلان :

الفصل الأول : في بيان القواعد الفقهية الناتجة عن القول

بالاستصحاب ، وتعرضت فيه أولا : لقاعدة اليقين لا يزول بالشك باعتبارها القاعدة التي تفرعت عنها القواعد الأخرى ، ثم تعرضت للقواعد المتدرجة تحت هذه القاعدة ، معرّفا لها ، موضحا علاقتها بالاستصحاب ، مع ذكر بعض الأمثلة المندرجة تحتها ، ثم ختمت هذا الفصل بموضوع له علاقة وثيقة بقاعدة اليقين لا يزول بالشك ، وهو موضوع الأصل والظاهر . فتعرضت للقواعد التي وضعها العلماء لترجيح الظاهر على الأصل ، والأصل على الظاهر عند تعارضهما . كما تعرضت أيضا لقواعد ترجيح أحد الأصلين على الآخر عند تعارضهما .

الفصل الثاني : في بعض المسائل الفقهية المتفرعة عن القول

بالاستصحاب : فاخترت أربع عشرة مسألة من أبواب الفقه المختلفة ، تناولت أثر الاختلاف في الاحتجاج بالاستصحاب فيها .

أما الخاتمة : فقد تعرضت فيها بإيجاز لأهم النتائج التي توصل إليها
البحث .

وبعد :

فإني لا أدعي لنفسي عصمة من خطأ فان العصمة لله ثم رسوله .
(وما أُبْرِئُ نَفْسِي إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ) (١) وحسبي أنني حاولت قدر
استطاعتي أن أخرج هذا الموضوع في صورة أحسن من ناحية الجمع والترتيب
مع التوصل لنتائج كانت هي الغاية من بحثي له .

فإن كنت قد أصبت الذي قصدت فالفضل لله وحده ، وإن كنت قد
أخطأت فأسأل الله المغفرة ، والرضوان ، وأن يرزقني الحق حقا ويرزقني
اتباعه ، ويريني الباطل باطلا ويرزقني اجتنابه .

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

(سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد

لله رب العالمين .) (٢)

(١) سورة يوسف آية ٥٣

(٢) سورة الصافات آية ١٨٠ - ١٨٢

التفسير ...

تعريف موجز بمصادر
الأحكام الشرعية .

تمهيد

تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية

لقد تعددت العلوم التي تساعد على فهم الشريعة ، ومعرفة أحكام الله تعالى من مصادرها ، التي هي : كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وما يتفرع عنهما من أدلة .

ومن أهم هذه العلوم : أصول الفقه .

إنّ هو القواعد التي يتوصل بها إلى معرفة الأحكام الشرعية العقلية المكتسبة من أدلتها التفصيلية .

فهو في حقيقته دراسة لأدلة الفقه المتفق عليها ، والمختلف فيها .

فالأدلة المتفق عليها هي :

الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس (١)

وأهم الأدلة المختلف فيها هي :

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف ، وقول الصحابي ، وإجماع

أهل المدينة ، وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع ، والاستصحاب .

ولقد تناول علماء الأصول بالدراسة والتحصيل هذه الأصول . فمنهم

الذي نحى الاطناب ، ومنهم الذي نحى الإيجاز .

(١) خالف الظاهرية في القياس فقالوا ليس بحجة إلا أن جمهور
العلماء من السلف والخلف على أنه حجة .

وليس مهمتي في هذا التمهيد أن أتناول هذه الأصول
بالدراسة التفصيلية ؛ لأنَّ مثل هذه الدراسة ليس مجالها ههنا
التمهيد . فهي تحتاج لكتب مستقلة . وإنما المقصود من هذا التمهيد
التعريف بهذه الأصول كمدخل لموضوع الرسالة .

والله المستعان .

التعريف بالأدلة الموثقة عليها

١- التعريف بالكتاب :

هو : ما نقل إلينا بين دفتي المصحف على الأحرف السبعة
المشهورة نقلاً متواتراً . (١)
ولقد تعرّض الأصوليون لمباحث كثيرة تتعلق بهسذا
الأصل من حيث اللفظ والمعنى .

٢- التعريف بالسنة :

هى : ما صدر عن النّبىّ صلى الله عليه وسلّم من الأقوال ،
والأفعال ، والتقاريرات . (٢)

٣- التعريف بالإجماع :-

هو : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم
فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع . (٣)

(١) انظر المستصفى من علم الأصول لمحمد بن محمد الغزالي (دار صادر)

١٠٧/١

(٢) انظر نهاية السؤل شرح منهاج الوصول لجمال الدين عبد الرحيم
الإسنوى (مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر) ١٦٣/١ ، والتوضيح
لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (مكتبة ومطبعة محمد على صبيح
وأولاده بمصر) ٢/٢

(٣) انظر الأحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين الآمدى (دار الكتب
العلمية بيروت لبنان ١٤٠٠-١٩٨٠) ٢٨/١-٢٨٢ وشرح
مختصر بن الحاجب لعبد الدين الإيجى ، مراجعة وتصحيح
شعبان محمد اسماعيل ، (مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣ هـ -

١٩٧٣ م) ٢٩/٢

٤- التعريف بالقياس :

هو : إثبات مثل حكم معلوم ، في معلوم آخر ، لاشتراكهما في
علة الحكم عند الشئ .

أو : مساواة فرع لأصل في علة حكمه . (١)

وتناولوا تحته أركانه وما يتعلق بها من مباحث .

التعريف بالأدلة المختلف فيها

١- التعريف بالاستحسان :

هو : العدول عما حكم به في نظائر مسألة ، إلى خلافه ،
لوجه أقوى منه . (٢)

٢- التعريف بالمصالح المرسلة :

هي : (ما سكنت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتبارها
ولا بالغاء . (٣)

أو : كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع ، دون أن يكون لها
شاهد بالاعتبار ، أو الالغاء . (٤)

(١) نهاية السؤل ٣/ ٣

(٢) شرح تنقيح الفصول في اختصارات المحصول ، أحمد بن إدريس القرافي
تحقيق طه عبد الرؤوف سعد (مكتبة الكليات الأزهرية - دار الفكر للطباعة
والنشر ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣) ص ٤٥١

(٣) الاعتصام ، لأبي إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي (المكتبة التجارية
الكبرى) ١١٤/ ٢

(٤) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي - د . مصطفى
ديب البغا (دار الإمام البخاري) (دمشق - حلبوني) ص ٣٥

٣- التعريف بالعرف :

هو: غلبة معنى من المعاني على الناس. (١)

٤- التعريف بمذهب الصحابي :

هو: ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد الصحابة من فتوى ، أو قضاء

أو حادثة شرعية . لم يرد فيها نص من كتاب ، أو سنة

ولم ينعقد عليها اجماع . (٢)

٥- التعريف باجماع أهل المدينة :

هو : مانقله أهل المدينة من سنن نقلاً مستمراً عن زمن النبي صلى

الله عليه وسلم ، أو ما كان رأياً واستدلالاً لهم . (٣)

٦- التعريف بشرع من قبلنا :

هو : ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع التي كانوا مكلفين بها

على أنها شرع الله عز وجل ، وما يبينه لهم رسلهم عليهم

الصلاة والسلام . (٤)

(١) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨

(٢) أثر الأدلة المختلف فيها ص ٣٣٩

(٣) انظر عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين

للدكتور احمد محمد نور سيف (دار الاعتصام ط/١ - ١٣٩٧ -

١٩٧٧م) ص ٣١٢

(٤) أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٣٢

٧- التعريف بسدِّ الذرائع :

والذرائع : ما يكون طريقاً لمحرم أو لمحلل .

أو: كلَّ فعل مأذون فيه بالأصل ولكن طرأ عليه ما جعله يؤدي إلى

المفسدة كثيراً لا غالباً . (١)

ومعنى سدِّ الذرائع (حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له) (٢)

٨- التعريف بالاستصحاب :-

وهو موضوع البحث الذي سنقف عنده فنتناوله بالدراسة التفصيلية

الشاملة .

(١) انظر الموافقات في أصول الشريعة لأبي اسحق ابراهيم بن موسى الشاطبي - تحقيق عبد الله دراز (مصر : المكتبة التجارية الكبرى)

١٩٨/٤ - ٢٠٠

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٨

البَابُ الْأَوَّلُ

تعريفُ الاستِصْحَابِ وأنواعه

البَابُ الْأَوَّلُ تعريف الاستصحاب وأنواعه

تقدّم في المبحث التمهيدي تعريف موجز لمصادر التشريع
الاسلامي المتفق عليها ، والمختلف فيها .

ولقد ذكرت أن من ضمن الأصول المختلف فيها الاستصحاب .
وهذا الأصل هو الذي سأتناول تعريفه في هذا الباب إن
شاء الله ثم أذكر الأنواع المتدرجة تحته وذلك في فصلين :

الفصل الأول :

في تعريف الاستصحاب

الفصل الثاني :-

في أنواع الاستصحاب

والله المستعان

الفصل الأول

تعريف الدكتور صاحب

الفصل الأول - تعريف الاستصحاب

الاستصحاب في اللغة : طلب المصاحبة أو الصحبة .
يقال : استصحب الكتاب وغيره .

ومن هنا قيل : استصحبته الحال . إذا تمسكت بما كان ثابتاً .
لأنك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة . (١)
جاء في مادة (صحب) :-

صحب : الصاد ، والحاء ، والباء ، أصلٌ يدلُّ على مقارنة الشيء
ومقارنته ، ومن ذلك المصاحب . (٢)

وصحبه ، وصاحبه : عاشره .

والصَّاحِب : المعاشر .

واستصحب الرجل : دعاه إلى الصحبة ، ولازمه .

وكلُّ شيءٍ لازم شيئاً فقد استصحبه . (٣)

قال الشاعر :
إِنَّ لَكَ الْفَضْلَ عَلَى صُحْبِيَّتِي
وَالْمِسْكَ قَدْ يَسْتَصْحِبُ الرَّامِكَا (٤)

(١) انظر أحمد بن محمد بن علي المقرئ ، المصباح المنير في غريب

الشرح الكبير (مصر : مصطفى البابي الحلبي) ٣٥٧/١

(٢) انظر أبي الحسين أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة : تحقيق

محمد عبد السلام هارون . (مصر : شركة مصطفى البابي الحلبي ط ٢/

٣٩٠ هـ - ١٩٧٠) ٣٣٥/٣

(٣) انظر أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب .

(بيروت - دار صادر) ٥١٩/١ ، ومجد الدين محمد بن يعقوب

الفيروزبادي ، القاموس المحيط (بيروت : دار الجيل) ٩٥/١ ،

والمصباح المنير ٣٥٧/١

(٤) الرامك : نوع من الطيب رديء خسيس - انظر لسان العرب ٥٤٠/١

أما في الاصطلاح : فقد عُرِّفَ بعدة تعريفات أهمها ما يلي :

١- عرّفه الفزالي (١) بأنه : (عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل . بل إلى دليل مع العلم بانتقاء المفسر ، أو مع ظن انتقاء الغير ، عند بذل الجهد في البحث والطلب .) (٢)

شرح التعريف :

قوله (التمسك بدليل عقلي) : المقصود به أن المستدل يتمسك بالبراءة الأصلية لأنَّ العقل يدلُّ على براءة الذمة من التكليف حتى يقوم الدليل على التكليف .

والعقل لا يثبت حكماً شرعياً . وإنما يدلُّ على النفي حتَّى يأتي

الدليل المثبت للأحكام .

(١) هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الملقب بحجة الاسلام ، كنيته أبو حامد ولد عام ٤٥٠ هـ شافعي المذهب ، أصولي ، فقيه ، متصوف ، تلقى العلم عن أحمد بن محمد الرازكاني والامام أبي نصر الاسماعيلي ، وتلقى الأصول عن إمام الحرمين الجويني . له مصنفات عدة في التصوف والفلسفة ، والفقه والأصول ، له فسي الفقه : البسيط والوجيز والوسيط ، وفي الأصول المستقصى فسي علم الأصول ، والمنحول في تعليقات علم الأصول والمكون في علم الأصول ، وشفاء الغليل . توفي عام ٥٠٥ هـ انظر ترجمته فسي وفيات الأعيان لأحمد بن خلكان (المطبعة الأميرية ببولاق) ١/ ٨٦ هـ وطبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن السبكي ١/ ١ (مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ١٣٨٨ هـ) تحقيق عبد الفتاح محمد ومحمود محمد الطناحي ، ١٩١/٦

(٢) المستقصى في علم الاصول ٢٢٣/١

قوله : (أو شرعى) : معناه التمسك بالدليل الشرعى الذى كان ثابتاً حتى يأتى ما يخالفه ، وذلك كالتمسك بالدليل الشرعى الذى كان ثابتاً حتى يرد ناسخ إن كان الدليل ظاهراً ، أو بالعموم حتى يأتى ما يخصصه إن كان الدليل عاماً ، والتمسك بالحكم الشرعى الذى دلّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه حتى يأتى ما يغيره ، وذلك : كدوام الملك عند جريان العقد حتى يوجد سبب نقل الملك أو زواله .

قوله : (وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل) : معناه : أن المستدل بالاستصحاب لا يحتج بعدم علمه بالدليل ، لأنّ عدم العلم بالدليل ليس بحجة . لأنّ عدم العلم بالشئ لا يدلّ على عدم وجوده .

قوله (بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المفسر) : معناه : أن الاستدلال بالاستصحاب لا يكون إلّا بعد القطع بعدم وجود المفسر . قوله (أو مع ظن انتفاء المفسر) : معناه : أن الاستدلال بالاستصحاب لا يكون كذلك الا بعد غلبة الظن بانتفاء المفسر .

وذلك بعد أن يبحث المجتهد فى مدارك الأدلة ثم لا يجد دليلاً على زوال الحكم وانتفائه . فحينئذ يحكم ببقاء الحكم على ما كان عليه لأنّ الظن حجة فى الأحكام الشرعية .

قوله : (عند بذل الجهد والطلب) : يعنى : أن الظن لا ينزل منزلة العلم إلّا بعد أن يجتهد المجتهد ويغلب على ظنه عدم الدليل . لأنّ الظن لا ينزل منزلة العلم فى حقّ العمل إلّا إذا استند إلى بحث

واجتهاد ، وهذا غاية الواجب على المجتهد . (١)

وقد ذكر الغزالي هذه المعاني مفصلة مع ما تشتمل عليه من أنواع الاستصحاب ، ثم ذكر بعد ذلك التعريف المتقدم ، وسيأتي تفصيل ما ذكره الغزالي عند الكلام عن أنواع الاستصحاب .

٢ - وعرفه الكمال ابن الهمام (٢) بقوله : (هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه .) (٣)

شرح التعريف :

قوله : (الحكم ببقاء أمر تحقق) : أن يحكم ببقاء الأمر الذي تحقق ثبوته في الماضي .

(١) انظر المصدر نفسه ٢١٧/١ - ٢٢٣

(٢) هو : عبد الواحد بن عبد الحميد ولد عام ٧٩٠ هـ ، حنفي المذهب ، تلقى العلم عن أعلام من رجال العلم والفقه منهم جمال الدين الأسكندري ، ومحمد البساطي المالكي ، والعز ابن عبد السلام وغيرهم ، تتلمذ عليه بدر الدين العراقي المالكي ، وشرف الدين المناوي الشافعي ، وجمال الدين بن هشام المصري ، له التحرير في أصول الفقه ، وفتح القدير وزاد المسير في الفقه الحنفي ، وكتاب المسامرة في التوحيد ، ورسالة في النحو توفي عام ٨١٦ هـ ، انظر ترجمته في الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، لمحمد عبد الحى اللكنوي " مطبعة السعادة ط ١٣٢٤/١

هـ) ص ١٨٠

(٣) التحرير في أصول الفقه لابن الهمام مطبوع مع شرحه تيسير التحرير (مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م) ١٨٦/٤

ومعنى (ولم يظن عدمه) : أى لم يظن عدم هذا الأمر بعد أن
تحقق لعدم ما يدل على ذلك ، لعدم ، فيحكم ببقاء هذا الأمر
بناءً على وجوده السابق . (١)

٣- وعرفه ابن تيمية^(٢) فقال : (هو البقاء على الأصل فيما لم يعلم ثبوته
وانتفاؤه بالشرع .) (٣)

وهذا يعنى : أن معنى الاستصحاب هو : البقاء على الأصل من
ثبوت^{الأمر} أو نفيه ، ما دام أنه لا يعلم وجود المغير له .

(١) انظر تيسير التحرير ١٨٦/٤

(٢) هو : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن الخضر الحرانسى
الدمشقى بن تيمية يلقب بتقى الدين ويكنى بأبى العباس ولد
عام ٦٦١ هـ تلقى الأصول على والده ، وسمع من الشيخ شمس الدين
ابن أبى قدامة ، والمجد بن عساكر ، وابن عبد القوى ، وغيرهم
تلمذ عليه شمس الدين الذهبى ، وأبو حيان النحوى ، وابن قيم
الجوزية وغيرهم . له مؤلفات كثيرة وقيمة ، فى الأصول والفروع وله
مناظرات ومجادلات مع الفرق والطوائف وأهم هذه المؤلفات : اقتضاء
الصراط المستقيم ، والإيمان ، والعبودية ، والفرقان بين أولياء
الرحمن وأولياء الشيطان ، ولقد جمعت له الفتاوى والرسائل فى
مجموعة ضخمة تعرف باسم مجموعة الفتاوى جمعها عبد الرحمن النجدى
وابنه محمد . توفي عام ٧٢٨ هـ - انظر ترجمته فى شذرات الذهب
فى أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلى (منشورات دار الآفاق
الجديدة بيروت) ٨٠/٦ وتذكرة الحفاظ لشمس الدين الذهبى
بيروت : دار إحياء التراث العربى (١٤٩٦/٤ - ١٤٩٧)

(٣) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية - جمع وترتيب عبد الرحمن بن
محمد النجدى وابنه محمد (بيروت مطابع دار العروبة للطباعة
والنشر) ٣٤٢/١١

٤- وعرفه ابن القيم^(١) بتعريف مقارب لتعريف شيخه فقال :

هو : (استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أو نفي ما كان منقياً .) (٢)

ومعنى هذا التعريف : أَنَّ الاستصحاب معناه بقاء الحكم نفيًا

أو إثباتًا حتَّى يقوم دليل على تغير الحال من الإثبات إلى النفي .

إِنَّ كان الحكم ثابتاً ، ومن النفي إلى الإثبات إِنَّ كان الحكم منقياً .

وهذه الاستدامة لا تحتاج إلى دليل بل تستمر الحال حتَّى

يقوم دليل مغير لكل من الوجود أو العدم .

٥- وعرفه الإسكندر^(٣) بقوله : (الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ،

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين المعروف بابن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١ هـ بدمشق ونشأ بها ، تلقى العلم على أبي بكر عبد الدائم ، وابن الشيرازي ، وشيخ الاسلام بن تيمية له مؤلفات كثيرة أهمها : أعلام الموقعين عن رب العالمين ، وحادي الأرواح إلى بلاد الأفراح ، وزاد المعاد في هدى خير العباد وغيرها . توفي عام ٧٥١ هـ . انظر ترجمته في شذرات الذهب ٦/ ١٦٨-١٦٩ وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي (عيسى البابي الحلبي وشركاه ط/ ١/ ١٢٨٤ - ١٩٦٤ م) ٦٢/ ١-٦٣

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (بيروت - دار الفكر ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م) ١/ ٣٣٩

(٣) هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر يلقب بجمال الدين ويكنى بأبي محمد ولد بأسنا في مصر ٧٠٤ هـ ، تفقه على الزنكوانسي ، والسنباطي ، والسبكي وغيرهم ، وتلمذ عليه جمال بن ظهيرة والحافظ أبو الفضل العراقي له المبهات على الروضة في الفقه ، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول للبيضاوي ، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول توفي ٧٧٢ هـ انظر ترجمته في شذرات الذهب ٦/ ٢٢٣-٢٢٤ ، وبغية الوعاة ٢/ ٩٢

بناءً على ثبوته في الزمان الأول (١) وقال رحمه الله : (ومعناه أن
المناظر يطلب الآن صحة ما مضى (٢))

وهذا التعريف الذي ذكره الأسنوي غير دقيق بل هو تعريف ناقص
لأنه يلزم من هذا التعريف أن يكون معنى الاستصحاب ثبوت الأمر
في الزمان الثاني بناءً على ثبوته في الزمان الأول سواء لم يوجد ما
يزيل الحكم ، أم وجد . وهذا غير صحيح لأن الأمر الثابت في
الزمان الأول ، لا يصح استصحابه في الزمان الثاني إذا وجد ما
يزيله . ولهذا استدرك علماء الشافعية هذه الاطلاق فقيدها
والتعريف .

قال صاحب شرح جمع الجوامع (٣) في تعريفه : (ثبوت أمر في
الزمن الثاني ، لثبوته في الأول ، لفقدان ما يصلح للتغير —

(١) نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للأسنوي ٣/ ١٣١

(٢) المصدر نفسه والصفحة نفسها

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي يلقب
بجلال الدين ولد عام ٧٩١ هـ فقيه ، أصولي ، متكلم ، نحوي ،
مستنطقي ، أخذ العلم عن البدر محمود الاقسرائي والبرهـان
البيجوري ، والعلاء البخاري ، له شرح جمع الجوامع في الأصول
وتفسير القرآن الكريم وقف فيه عند أول سورة الكهف وأتمه جلال
الدين السيوطي ويعرف بتفسير الجلالين . توفي عام ٨٦٤ هـ
انظر شذرات الذهب ٧/ ٤٦ - ٤٧ ، الفتح المبين في طبقات
الأصوليين لعبد الله مصطفى المراغي (بيروت : دار الكتب العلمية
ط/ ٢ ، ١٣٩٤ - ١٩٧٤) ٣/ ٤٠

الأول إلى الثاني (١)

فهذا القيد وهو قوله : (لفقده ما يصلح للتغير من الأول إلى الثاني) هو الذي يجعل التعريف مستقيماً .

وبناءً على هذا القيد فإن الحكم في الزمان الثاني لا يتحقق إذا وجد ما يصلح لتغير الحكم الذي كان ثابتاً في الزمان الأول فإنَّه حينئذ لا يمكن اثباته في الزمان الثاني .

والمقصود بالزمان الثاني : الزمن الحاضر الذي حصل النزاع فسي بقاء الحكم فيه .

والمقصود بالزمان الأول : الزمان الذي ثبت فيه الحكم .
فيحكم - من يستدل بالاستصحاب - ببقاء الحكم في الزمان الحاضر بناءً على ثبوته في الزمن الأول . - وهو زمن الثبوت - ما دام أنه لا يوجد ما يصلح لتغير الحكم .

قال عضد الدين الأيجي (٢) موضحاً هذا المعنى :

(١) شرح جمع الجوامع لجلال الدين المحلي مطبوع مع حاشية البناني عليه وتقرير شيخ الاسلام عبدالرحمن الشربيني (بيروت : دار الفكر) ٣٥٠ / ٢ وانظر ، محمد بن يحيى بن الشيخ أمان ، نزعة المشتاق شرح اللمع لابن اسحق الشيرازي (مكة المكرمة : المكتبة العلمية)

١٣٧١ - ١٩٥١ (م) ٧٦٣

(٢) هو : عبد الرحمن بن عبد الغفار الأيجي يلقب بعضد الدين ، شافعي المذهب ، أصولي ، منطقي ، متكلم ، أخذ عن الشيخ تاج الدين الهنكي ، وأخذ عنه شمس الدين الكرمانى ، والتفتازانى والضياء القرني . له شرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين ، ومختصر المواقف توفي عام : ٧٥٦ هـ انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ٣٠٣ / ٧ - ٣٠٤ ، وبغية الوعاة ٧٥ / ٢ - ٧٦

(إِنَّ الْحُكْمَ الْفُلَانِي قَدْ كَانَ ، وَلَمْ يَظُنْ عَدَمَهُ ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مَظْنُونُ الْبَقَاءِ) (١) وَبِالنَّظَرِ إِلَى هَذِهِ التَّعْرِيفَاتِ يَتَّضِحُ أَنَّهَا كُلُّهَا تَدْوِرُ حَوْلَ حَدٍّ وَضَحَهُ الدَّكْتُورُ : (بِدْرَانُ أَبُو الْعَيْنِينَ) حَيْثُ قَالَ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ تَعْرِيفَ الْأَسْتِصْحَابِ :-

(وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ : إِذَا دَلَّ دَلِيلٌ عَلَى ثُبُوتِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ فِي حَادِثَةٍ وَلَمْ يَكُنْ هَذَا الدَّلِيلُ مُفِيداً بَقَاءَ الْحُكْمِ وَاسْتِمْرَارِهِ ، وَلَمْ يَوْجَدْ دَلِيلٌ آخَرٌ يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ وَاسْتِمْرَارِهِ ، وَبَحْثُ الْمُجْتَهِدِ بِقَدْرِ وَسْعِهِ عَنْ دَلِيلٍ آخَرَ يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ وَاسْتِمْرَارِهِ ، وَلَمْ يَظْفَرْ بِهِ ، فَإِنَّ الْحُكْمَ الثَّابِتَ بِالدَّلِيلِ وَاسْتِمْرَارِهِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ دَلِيلٌ آخَرُ يَكُونُ ثَابِتاً بِالْأَسْتِصْحَابِ) (١)

مناقشة هذه التعاريف :-

إِنَّ هَذِهِ التَّعْرِيفَاتِ لَمْ تَسْلَمْ مِنَ النِّقْدِ فَقَدْ وَجَّهَتْ إِلَيْهَا اعْتِرَاضَاتٌ مِنْ قِبَلِ الْمُتَكْرِمِينَ لِحُجِّيَةِ الْأَسْتِصْحَابِ ، وَقُوِلَتْ هَذِهِ الِاعْتِرَاضَاتُ كَذَلِكَ بِالرَّدِّ مِنْ قِبَلِ الْمُثَبِّتِينَ لِحُجِّيَّتِهِ ، فَكَانَ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ هَذِهِ الِاعْتِرَاضَاتِ ، وَالرَّدِّ عَلَيْهَا قَبْلَ التَّعَرُّضِ لِمَذَاهِبِ الْعُلَمَاءِ فِي حُجِّيَةِ الْأَسْتِصْحَابِ .

وَمِنْ هَذِهِ الِاعْتِرَاضَاتِ :

١- مَا ذَكَرَهُ الْكَمَالُ بْنُ الْهَمَامِ حَيْثُ رَدَّ الْأَسْتِصْحَابَ إِلَى الدَّلِيلِ الْأَوَّلِ الَّذِي ثَبَتَ بِهِ الْحُكْمُ .

(١) انظر د . بدران أبو العينين ، أصول الفقه الاسلامي (الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية) ص ٢١٧

قال رحمه الله : (رد الاستصحاب الى ما به ثبت الأصل المحكوم

باستمراره) (١)

أى لو كان الاستصحاب معناه البقاء على الحكم الذى كان ثابتاً ،
لكان هذا البقاء مردوداً إلى الدليل الذى ثبت به الأصل ، لا إلى
الاستصحاب .

وهذا الاعتراض نفسه ذكره صاحب التقريرات على شرح جامع

الجوامع (٢) نقلاً عن ابن السبكي (٣) فقال :

(والمختار عندنا منع تسميته بالاستصحاب ، فإن في اطلاق هذا
الاسم ايهام أن الحكم مستند إلى الاستصحاب وليس هو مستنداً إلا إلى
الدليل القائم الذى استصحبناه ، وهو صاحب لنا وقت الحكم .

(١) تيسير التحرير ١٨٦/٤

(٢) هو الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الشربيني الشافعى
الأصولى أخذ العلم عن كبار علماء الأزهر فى مصر وترقى فى الأزهر
حتى تولى مشيخته عام ١٣٢٢ هـ ، له مؤلفات كثيرة منها : فيض
الفتاح على حواشى شرح تلخيص المفتاح ، وتقرير على شرح جامع
الجوامع وحاشية البهجة فى الفقه ، توفى عام ١٣٢٦ هـ انظر ترجمته
فى الأعلام ، لخير الدين الزركلى (مطبعة كوستاتسوماسى وشركاه ،
١٣٢٦ هـ - ١٩٥٧ م) ١١٠/٤ ، والفتح المبين ١٦١/٣

(٣) هو : عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى السبكي تاج الدين ولد
بالقاهرة عام ٧٢٧ هـ تلقى العلم عن والده والحافظ المدنى والذهبي
وشمس الدين بن النقيب ، له رفع الحاجب شرح به مختصر ابن
الحاجب فى الأصول ، وجمع الجوامع ، وأكمل كتاب الابتهاج
لوالده توفى عام ٧٧١ هـ انظر شذرات الذهب ٢٢١/٦ - ٢٢٢ ،
والفتح المبين ١٨٤/٢ - ١٨٥

فلا استصحاب فعلنا ، والقاضى هو الدليل المستصحب . وكذلك
من يستصحب حال الاجمال بعد طريان الخلاف ، لا يرى الاستناد
إلا إلى الاجماع . فإن الاستصحاب بنفسه ليس بدليل . (١)

إلا أن اعتراض ابن الهمام ، وما نقله الشريينى عن ابن السبكى
يمكن أن يكون مقبولا لو كان الدليل الأول دَلَّ على الثبوت والبقاء
معا .

ولكن الواقع أن الدليل الأول دَلَّ على ثبوت الحكم فى الزمان
الأول . أما بقاءه فى الزمان الثانى فإنه لم يدل عليه دليل نفياً ولا
اثباتاً ، وإنما توصل إليه المجتهد ببحث واجتهاد . (٢)

٢- واعترض على عبارة (التمسك بدليل عقلى) التى ذكرها الغزالى
فى تعريفه : بأن هذا القول موافق لقول المعتزلة الذين يشتبـهون
الأحكام بالعقل .

إلا أن الغزالى ردَّ هذا الاعتراض ، وبين أن المقصود من
هذه العبارة : أن العقل يدلُّ على النفى لا على الاثبات ؛ لأنَّ العقل
يدلُّ على نفى الحكم إلى أن يرد الدليل السمعى الذى ينقل هذا
النفى الى الوجود .

قال (رحمه الله) : (النظر فى الأحكام إما أن يكون فى اثباتها أو فى
نفىها .

(١) تقرير شيخ الاسلام عبد الرحمن الشريينى على شرح جمع الجوامع

٣٤٧/٢

(٢) انظر البخارى وعلاء الدين بن عبد الرحمن بن أحمد ، كشف الأسرار
عن أصول البزدوى (بيروت دار الكتاب العربى ١٣٩٤-١٩٧٤م) ٣/٣٧٧

أما اثباتها : فالعقل قاصر عن الدلالة عليه .
وأما نفيها : فالعقل قد دلَّ عليه إلى أن يرد الدليل السمعى
بالمعنى الناقل من النفى الأسمى (١)

٣- اعترض على قول الغزالي بالنفى الأسمى (٢) لأنَّ النفى الأسمى لا
يكون صالحاً للاستدلال بعد بعثة الرسل ووضع الشرع .
فبعد بعثة الرسل لا يعلم نفى السمع ، فلا يكون انتفاء الحكم
معلوماً .

وهذا القول مبنى على عدم العلم بورود السمع ، وعدم العلم لا
يكون حجة ، لأنَّ عدم العلم لا يدلُّ على عدم الوجود . رد الغزالي
على هذا الاعتراض بقوله :-

(قلنا انتفاء الدليل السمعى قد يعلم ، وقد يظن ، فإننا
نعلم أنه لا دليل على وجوب صوم شوال ، ولا على وجوب صلاة
سادسة ، إذ نعلم أنه لو كان لنقل ، وانتشر ، ولما خفى على جميع
الأمم ، وهذا علم بعدم الدليل ، وليس هو عدم العلم بالدليل .
فإنَّ عدم العلم بالدليل ليس بحجة على المجتهد . (٢)

وبهذا يكون الاستدلال بالنفى بعد بعثة الرسل صحيحاً ، وأنه
ليس من قبيل الاستدلال بعدم العلم بالدليل . بل من قبيل العلم
بعدم الدليل ، أو الظن بعدم الدليل ولا خلاف في أنَّ الظن

(١) الغزالي ، المستصفى ، ٢١٩/١

(٢) المصدر نفسه ص ٢١٩ - ٢٢٠

ينزل منزلة العلم في الفروع إذا كان الظن مستندا إلى بحث واجتهاد .

٤- واعترض على قول الغزالي بنفي وجود الحكم عند العلم بعدم الدليل لأنَّ الحكم يمكن أن يكون واجبا ولا دليل عليه فليس هذا بمستحيل . ويمكن كذلك أن يكون عليه دليل ولم يبلغنا .

ردَّ الغزالي هذا الاعتراض بقوله :

(قلنا : أما إيجاب ما لا دليل عليه فمحال . لأنَّه تكليف بما لا

يطاق . ولذلك نفينا الأحكام قبل ورود السمع .

وأما إنَّ كان عليه دليل ولم يبلغنا ، فليس دليلا في حقنا ، إذ

لا تكليف علينا إلَّا فيما بلغنا . (١)

٥- اعترض على هذا القول بأنَّه يلزم منه أنَّ العاصي يقدر أن ينفي كل ما لم يبلغه دليله .

ردَّ الغزالي هذا الاعتراض فقال :-

(قلنا إنَّما يجوز للباحث ، والمجتهد المطلع على مدارك الأدلة

القادر على الاستقصاء ، كالذي يقدر على التردد في بيته لطلب

متاع إذا فتش ، وبالح أملكه أنَّ يقطع بنفي المتاع ، أو يدعى غلبة

الظن . أما الأعمى الذي يعرف البيت ، ولا يبصر ما فيه فليس له

أن يدعى نفي المتاع من البيت (٢)

وبهذا يسلم تعريف الغزالي من كلِّ الاعتراضات التي وجهت إليه .

أما التعريفات الأخرى فقد وجهت إليها بعض الاعتراضات وقولت
بالرد من قبل أصحابها أيضا ، ومن هذه الاعتراضات الاعتراض على
تعريف الاستصحاب بأنه : (الحكم بالثبوت في الزمان الثاني) لأنَّ
الحكم بالثبوت في الزمان الثاني هو فعل المجتهد ، وهو علة توجب
الاستصحاب لا نفس الاستصحاب . لأنَّ الاستصحاب هو الدليل
الذي يثبت به الحكم .

ورد هذا الاعتراض :-

بأنَّ هذا التعريف فيه تسامح ، حيث أطلق العلة وأراد المعلول
وهذا وإن كان مجازاً وهو لا يدخل في التعريفات ، إلا أنَّ مثله
محتمل لوجود القرينة ، وهي : العرف والاصطلاح . على أنَّ هذا
ليس بتعريف حقيقي ، بل تعريف اصطلاحى واستعمال المجاز
في التعريفات الاصطلاحية غير مضرٍّ ، لأنَّ السلف لم يلتزموا ببيان
الحقائق في التعريفات لعدم احتياجهم لذلك . وإنما التزموا ببيان
الضوابط التي يحتاج إليها في الفقه ، فلذلك لم يبالوا بذلك ، بخلاف
أهل المنطق فإنهم التزموا في التعريفات ببيان الحقائق ، فيكون
المجاز في التعريف مضرّاً بالنسبة لهم . (١)

(١) انظر شرح المنار في الأصول لعبد اللطيف بن عبد العزيز
بن ملك تصحيح أحمد رفعت بن عثمان حلى وآخرين (المطبعة

وهذه التعريفات المتقدمة كلها في تعريف استصحاب الماضي في الحاضر . وهناك نوع آخر وهو : استصحاب الحاضر في الماضي ، وهو : ثبوت أمر في الزمان الأول ، لثبوته في الزمان الثاني ، لفقد ما يصلح للتغير . (١)

وهذا النوع لا تشمله التعريفات السابقة ، وهو كما يتضح من تعريفه مقلوب النوع الأول ، الذي تقدّمت تعريفاته أي ، استصحاب الماضي في الحاضر ، ولهذا سمي بالاستصحاب المقلوب . وهذا النوع احتج به جمهور الأئمة من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

وسياق الكلام عن هذا النوع بالتفصيل عند التعرض لأنواع الاستصحاب إن شاء الله تعالى .

الجمع بين هذه التعريفات ، وبيان الأنواع المندرجة تحتها والخارجة عنها مع ذكر بعض الأمثلة لها :-

إذا كان الاستصحاب في اللغة هو طلب المصاحبة ، أو الصحبة والصحبة : هي مقارنة الشيء ، ومقارنته ، كان لا بُدَّ للمعنى الاصطلاحي أن يكون راجعاً إلى هذا المعنى ، اللُّفوى . وهو المقاربة والملازمة كما هو الشأن في التعريفات الاصطلاحية .

(١) انظر شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٢ / ٣٥٠ ، ونشر البنود على مراقى السعود لعبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطسى ، (المغرب مطبعة فضالة المحمدية ، نشر وزارة الأوقاف والمؤسسات الاسلامية) ٢٦١ / ٢

والتعريف الاصطلاحي هنا راجع إلى المعنى اللغوي ، لأن مرجع الاستصحاب في الاصطلاح إلى ملازمة الحكم الشرعي للمحكوم فيه الذي هو فعل المكلف . وذلك كما في ملازمة الطهارة للشخص المتوضئ الذي شك في الحدث ، وكما في ملازمة الحل للزوجة التي شك الزوج في طلاقها حتى يعلم خلافه . فالملازمة معنى لغوي في كلمة الاستصحاب .

يقول الأسنوي (إن السين فيه للطلب على القاعدة . ومعناه : أن للمناظر يطلب الآن صحة ما مضى ، كاستدلال الشافعية على أن الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء بأن ذلك الشخص كان على الوضوء قبل خروجه اجماعاً فيبقى على ما كان عليه .) (١)

ولذلك كانت كل التعاريف الاصطلاحية التي ذكرها الأصوليون للاستصحاب تدور حول هذا المعنى ، وإن اختلفت في ألفاظها . ويتضح من خلال ألفاظها أن الاستصحاب ما سمي استصحاباً إلا لأن المستدل يجعل الحكم الثابت في الماضي مصاحباً للحال ، أو يجعل الحال مصاحباً لذلك الحكم . ولذلك نجد علماء

(١) نهاية السؤل للأسنوي ١٣١/٣ ، وانظر موسوعة الفقه الاسلامي (إصدار المجلس الأعلى للشئون الاسلامية . القاهرة) ١٢/٧

الدين البخارى (١) بعد أن ذكر هذه التعاريف المتقدمة خلص إلى أنها كلها تؤدي إلى معنى واحد . قال (رحمه الله) : (وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد فى التحقيق) (٢)

وعلى هذا يكون مجال الاستصحاب هو : الحكم الثابت بدليل مطلق عما يقيد بقاءه ، أو زواله ، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل ، أو الدال على البقاء والاستمرار ، بقدر وسعة فلم يظفر بذلك .
فهنا يستصحب المجتهد هذا الحكم الذى كان ثابتاً فى الماضى . (٣)
وبهذا تتحدد أنواع الاستصحاب المعتبرة ، وغير المعتبرة .
فالأنواع المعتبرة والداخلية تحت هذه التعريفات هى : -
أولاً : استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه .
ثانياً : استصحاب البراءة الأصلية ، أو العدم الأسمى .
ثالثاً : استصحاب الدليل الشرعى مع احتمال المعارض وهو : التخصيص
إن كان الدليل عاماً ، والنسخ إن كان الدليل ظاهراً .
رابعاً : استصحاب الحكم الشرعى الذى دلَّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه .

(١) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ، يلقب بعلاء الدين ، حنفى المذهب ، أصولى فقيه ، تفقه على عمه المايمرغى ، وحافظ الدين الكبير ، وأخذ عنه جلال الدين عمر بن عمر الجيازى ، وغيره ، له كشف الأسرار فى شرح أصول البزدوى وغاية التحقيق على أصول الأخسيكنى ، توفى عام ٧٤٠ هـ ، انظر الفوائد البهية ص ٩٤ ، والفتح المبين ١٣٦/٢

(٢) كشف الأسرار ٣ / ٣٧٧

(٣) انظر المصدر نفسه والصفحة نفسها

والأنواع غير المعتبرة والخارجة عن هذه التعريفات هي :

أولاً : استصحاب الحكم العقلي وهو كل حكم عرف وجوبه أو حسنه أو قبحه بالعقل وهذا مردود عند أهل السنة .

ثانياً : استصحاب الحكم الشرعي الذي ثبت تأييده ، واستمراره ، نصاً ، وذلك كعدم قبول شهادة من قذف المحصنات المؤمنات بالزنا . كما في قوله تعالى: (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) (١)

ثالثاً : استصحاب كل حكم ثبت توقيته بوقت محدد، إذ لا اختلاف في أنه غير موجود بعد انقضاء مدته ووقته . وذلك كالأجارة فإنها بحسب وضع الشارع لها مؤقتة بمدة محددة يتفق عليها المتعاقدان، فيستمر حكمها ما بقيت المدة، ولا استصحاب لحكمها بعد انقضاء المدة .

رابعاً : استصحاب حكم ثبت مطلقاً ، وبقي بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم واجب العمل به لقيام دليل البقاء ، وعدم وجود الدليل المزيل قطعاً .

خامساً : استصحاب حكم ثبت بدليل مطلق عما يفيد الزوال ، أو البقاء ليس . بحجة قبل طلب الدليل المغير لا في حق المجتهد ، ولا في حق غيره أيضاً ، لأن جهله بالدليل المزيل بسبب تقصير منه فلا يكون حجة لا في حق غيره ، ولا في حق غيره ، إذا كان متمكناً من الطلب. (٢)

(١) سورة النور الآية ٤

(٢) انظر كشف الأسرار ٣٧٧/٣

وهناك نوع آخر من أنواع الاستصحاب وهو : استصحاب الاجماع
فى محل النزاع وهذا النوع مختلف فيه حتّى بين من يستبسل
بالاستصحاب مطلقاً . فمنهم من أثبتة واعتبر الاستدلال به صحيحاً ،
مثل الاستدلال بغيره من الأنواع المتقدمة ، فيكون على هذا داخلا
فى التعريف ، ومنهم من اعتبره خارجاً عن معنى الاستصحاب فلا يحتج
به . وسأتى تفصيل ذلك عند الكلام عن هذا النوع إن شاء الله . (١)

الأشلة :

بناءً على ما سبق من تعريف الاستصحاب ، وما يندرج تحت هذا
التعريف من أنواع ، يتضح أنّ الاستصحاب تندرج تحته قواعد منضبطة
وتحت كلّ قاعدة من هذه القواعد فروع كثيرة .

١- فإذا كان الأصل فى شىء الاباحة كالأطعمة مثلاً ، كانت هذه
الاباحة باقية حتّى يقوم الدليل الدال على التحريم .

وإذا كان الأصل فى أمر التحريم ، كالعشرة بين الرجل والمرأة
الأجنبية استمرت هذه الحرمة حتّى يوجد دليل يبيح هذه الهامسة
وهو الزواج مثلاً . (٢)

٢- وكل أمر علم وجوده ، ثمّ حصل الشك فى عدمه ، حكم ببقاءه
بطريق الاستصحاب ، لذلك الوجود .

(١) انظر ص ١١٠ من هذه الرسالة قاربها

(٢) انظر أصول الفقه لمحمد أبوزهرة (دار الفكر العربى) ص ٢٩٦

والتدريب . (٢)

ونظائر هذه الأمثلة من القواعد والفروع كثيرة والمقصود هنا تثبيت ما ذكر وإيضاحه بهذه الأمثلة، أما التعرض لهذه الأمثلة بالتفصيل وكيفية بنائها على الاستصحاب بأنواعه: فسيأتي ذكره في الباب الثالث إن شاء الله .

-
- (١) انظر المصدر نفسه والصفحة نفسها ومحمد زكريا البرد يسي
أصول الفقه (دار النهضة العربية الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ
١٩٧٤م) - ص ٣٣٤ . ودكتور عبد الكريم زيدان الوجيز في أصول
الفقه (بغداد دار العربية للطباعة ، الطبعة السادسة
١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م) ص ٢٦٨

الفصل الثاني

أنواع الكتب

الفصل الثاني

أنواع الاستصحاب

تقدّم الكلام في الفصل الأوّل من هذا الباب ، عن تعريف الاستصحاب لغةً واصطلاحاً ، مع ذكر أنواع الاستصحاب المندرجة تحت هذا التعريف بإيجاز .

وفي هذا الفصل أتناول إن شاء الله تعالى أنواع الاستصحاب معرّفاً بها ، ذاكراً بعض الأمثلة المبينة لها ، والأدلة الدالة عليها ، ولا اتعرض لهذا هب العلماء في الاحتجاج بها ، لأنّ ذلك موضعه الباب الثاني بمشيئة الله تعالى .

فأنواع الاستصحاب هي :

- ١- استصحاب حكم الاباحة ، عند عدم الدليل على خلافه .
- ٢- استصحاب العدم الأصلي أو البراءة الأصلية .
- ٣- استصحاب العموم حتّى يرد المخصص ، والنص حتّى يرد الناسخ .
- ٤- استصحاب الحكم الشرعي الذي دلّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه
- ٥- الاستصحاب المقلوب
- ٦- استصحاب الاجماع في محل النزاع .

النوع الأول :

استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه :

وهو الحكم باباحة شئ بناء على عدم وجود ما يدل على حرمة، لأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل دليل شرعي على حرمتها كما هو المقرر عند جمهور الأصوليين . (١) ومن الأصوليين من يدرج هذا النوع تحت استصحاب العدم الأصلي وهذا مسلك معظمهم . (٢)

ومنهم من لم يتعرض له أصلاً . إلا أن اعتباره نوعاً مستقلاً من أنواع

الاستصحاب هو الأصح ، لأن الإباحة هي الحكم الأصلي لموجودات

الكون، وإنما يحرم ما يحرم منها بدليل يدل على حرمتها .

والاستصحاب هو استمرار هذا الأصل ما دام أنه لم يرد ما يغيره

والفرق بين هذا النوع واستصحاب العدم الأصلي :-

أن استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه ، استصحاب لاباحة شرعية ، لأنه عبارة عن : الحكم باباحة شئ بناء على عدم وجود

(١) يرى جمهور الأصوليين أن الأصل في الأشياء الاباحة ، ويرى بعضهم أن الأصل فيها الحظر ، ويرى بعضهم أن الأصل فيها الوقف ، انظر تفصيل هذا الموضوع في الفصل الأول من الباب الثالث ص ١٦١ - ١٨٢

(٢) انظر المسودة في أصول الفقه لآل تيمية - تحقيق محي الدين عبد الحميد . (مصر : مطبعة المدني) ص ٤٨٥ - ٤٨٦ ، وروضة الناظر وجنة المناظر ، ٢١ ود . صالح بن عبد العزيز آل منصور أصول الفقه وابن تيمية (مصر : دار النصر للطباعة والنشر) ٢ / ٤٤٣ -

ما يدل على حرمة . وهذا لا يكون إلا بعد ورود الشرع وإن لا حكم قبل الشرع كما هو المقرر عند جمهور الأصوليين ؛ لأنَّ العقل لا يثبت حكماً شرعياً .

أما استصحاب العدم الأصلي : فهو استصحاب لنفي الواجبات أو التكاليف ؛ لأنَّ الأصل عدم وجود ذلك حتَّى يدلَّ الدليل عليه . وهذا يكون قبل الشرع ، وبعد الشرع ، عن طريق العقل ، فالعقل لا يثبت حكماً إلاَّ أنه ينفي وجود الأحكام السمعية في حقنا قبل بعثة الرُّسل ، فإذا جاء الرسول وكلفنا بشيء كان ما عداه على حكم البراءة الأصلية .

قال صاحب نشر البنود على مراقى السعود : (١)

(الفرق بين القول بأصالة الإباحة ، والقول بأصالة العدم الأصلي :

أنَّ الإباحة على أصالة العدم عقلية ، وعلى القول الآخر شرعية .) (٢)

(١) هو : عبد الله بن إبراهيم العلوي ، الشنقيطي ، تلقى العلم على يد والده الذي كان من رجال العلم والتصوف في عصره ، وعلى المختار الكنتي ، والفاضل اليعقوبي ، والحاج أحمد خليفة العلوي ، والشيخ البناني والشيخ التاودي ، وأخذ عنه جمع غفير من علماء الصحراء المغربية وطلابها ، وعلماء أجلاء من شنقيط والسنغال وغيرها له نشر البنود على مراقى السعود في أصول فقه المالكية توفي عام ١٢٣٣ انظر ترجمته في كتابه نشر البنود على مراقى السعود

(٢) نشر البنود على مراقى السعود ٢ / ٥٩ وانظر المسودة لآل تيمية

ص ٤٨٩

ومذكرة أصول الفقه لمحمد الأمين الشنقيطي (المكتبة السلفية

بالمدينة المنورة ،) ص ١٨ ، ١٥٩ - ١٦٠

وبناءً على هذا فإنَّ كلَّ شيءٍ لم يرد فيه دليل يعطيه حكماً غير
الاباحة الأصلية ، فهو على اباحته بطريق الاستصحاب ، فيجعل الحكم
الثابت في الماضي ، مستمراً في الزمان الحاضر ، لأنَّه لم يقم دليل يدلُّ
على التغير .

الأمثلة :

- ١- كلُّ طعام أو شراب ليس في الشرع ما يدلُّ على أنَّ حكمه الحرمة ،
فهو مباح ، وذلك إذا كانت آثاره طيبة ، أو غلبت منافعه على مضاره .
- ٢- كلُّ عقد يجري بين النَّاس لتبادل المنافع ، أو السلع مباح ما لم
يوجد في الشرع ما يدلُّ على حرمة ويقال عنه حينئذ أنَّه مباح استصحاباً
للاباحة الأصلية .

فإذا سئل فقيه عن حكم الانتفاع بحيوان ، أو جماد أو سئل عن
عقد من العقود ، أو تصرف من التصرّفات ، ولم يجد نصّاً على حكمه
في القرآن ، أو السنة ، ولا دليلاً شرعياً يدلُّ على حكمه كالاجماع أو
القياس مثلاً ، حكم باباحته بناءً على أنَّ الأصل في الأشياء الاباحة (١)

الأدلة :-

لقد ورد كثير من الأدلة الشرعية ، من الكتاب والسنة ، على اعتبار
هذا النوع وأنَّ الأصل في الأشياء الاباحة .

(١) انظر المسودة ص ٤٨٥ ، ود . عبد الكريم زيدان ، الوجيز فـ ١
أصول الفقه ص ٢٦٨ - ٢٦٩ ومحمد زكريا البرديسي ، أصول
الفقه ص ٣٣٥

أولاً : أدلة ذلك من الكتاب :

أ - قوله تعالى : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا) (١)
 ووجه الدلالة من هذه الآية : أَنَّ اللام في قوله تعالى (خَلَقَ
 لَكُمْ) تدلُّ على الاختصاص بجهة الانتفاع (٢)

قال الأسنوي : (ووجه الدلالة: أَنَّ الباري تعالى أخبر أَنَّ جميع
 المخلوقات الأرضية للعباد ، لأنَّ (ما) موضوعة للعموم . لا سيما
 وقد أَكَّدَتْ بقوله جميعاً .

واللَّام في (لَكُمْ) تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين
 ألا ترى أَنَّك إذا قلت : (الثوب لزيد) فَإِنَّ معناه : أَنَّهُ مختصٌّ
 بنفسه ، فحينئذ يلزم من ذلك : أَنَّ يكون الانتفاع بجميع المخلوقات
 مأذوناً فيه شرعاً ، وهو المدعى (٣)

وإذا كان الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً، كان استصحاب
 هذه الاباحة هو الذي يُرَجَّحُ بقاءها في كلِّ شيء حصل خلاف فيه
 هبل هو على ابحاثه الأصلية أو تغيُّر حكمه، ما دام أَنَّهُ لم يرد دليل
 شرعي يدلُّ على تغييره .

ب - ونظير هذا قوله تعالى : (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ
 لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ) (٤)

(١) البقرة ٢٩

(٢) انظر فخر الدين الرازي المحصول في علم أصول الفقه دراسة
 وتحقيق د . طه جابر فياض (الناشر جامعة الامام محمد بن سعود

الاسلامية ط ١ / ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م) ج ٢٥٢ / ١٣١

(٣) نهاية السؤل ٢٨ / ٣ ، وانظر المحصول ج ٢ ق ١٣٩ / ٢

(٤) الأعراف الآية ٣٢

قال الأسنوى فى توجيه الاحتجاج بهذه الآية :

(ووجه الدلالة : أنَّ هذا الاستفهام ليس على حقيقته ، بل هو للإنكار فحينئذ يكون البارى تعالى قد أنكر تحريم الزينة التى يختص بنا الانتفاع بها لمقتضى اللام كما تقدّم . (١) وانكار التحريم يقتضى انتفاء التحريم ، ولأنَّه يجوز الانكار . وإذا انتفت الحرمة تعيّن انتفاء الإباحة . (٢)

وإذا دلَّ هذا الانكار على انتفاء الحرمة ، وثبتت بموجبه الإباحة وجب استصحاب هذه الإباحة فى كل الزينة التى أخرجها الله لعباده ما لم يأت ما يغير هذا الحكم .

ثانياً : السنة :

ما روى فى الصحيحين عن سعد بن أبى وقاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن أعظم المسلمين فى المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم ، فحرم من أجل مسأله .) (٤)

(١) تقدّم ذلك فى توجيه الاحتجاج بقوله تعالى : (هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُمْ مَا فى الأَرْضِ جَمِيعاً) فقد ذهب إلى أنها تفيد الاختصاص بحجة الانتفاع فهكذا هنا .

(٢) نهاية السؤل ٣/ ١٢٧ - ١٢٨

(٣) هو : سعد بن أبى وقاص مالك بن أهيب بن عبد مناف القرشى ولد عام ٢٣ ق . هـ صحابى جليل من أوائل الناس اسلاماً ، شهد بدراً ومعظم الوقائع ، فتح العراق ومداين كسرى وظل والياً على الكوفة فى خلافة عمرو شطراً من ولاية عثمان ، له فى كتب الحديث ٢٧١ حديثاً انظر ترجمته فى الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى (مكتبة الشئى ببغداد) ٢/ ٣٣ - ٣٤ وتذكرة الحفاظ للذهبي ١ / ٢٢٣ - ٢٢٤ وتهذيب تاريخ دمشق لابن عساكر (بيروت دار المسيرة ط / ٢ ١٣٩٩ - ١٩٧٩ م) ٦ / ٩٥

(٤) متفق عليه رواه الامام مسلم بن الحجاج فى صحيحه - تحقيق محمد

قال ابن تيمية بعد أن ذكر هذا الحديث : (دلّ ذلك : على
أنّ الأشياء لا تحرّم إلاّ بتحرّم خاص بقوله (لم تحرّم) . ودلّ أنّ
التحرّم قد يكون لأجل المسألة، فبين ذلك أنّها بدون ذلك ليست
محرمّة ، وهو المقصود . (١)

وإذا كانت كل الأشياء لا تحرّم إلاّ بتحرّم خاص ، ودلّ ذلك على
عدم حرمتها ، وجب استصحاب هذا الأصل في كلّ شيء حصل النزاع
في حرمة ، ولم يدلّ دليل على تحرّمه .

فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب العربية ١٣٧٤ هـ
١٩٥٥ م) كتاب الفضائل ، باب توقيفه صلى الله عليه وسلم ، وترك
اكتار سؤاله ، ١٨٣١/٤ حديث رقم ١٣٢-١٣٣ ورواه البخاري
محمد بن اسماعيل في صحيحه : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي
(نشر وتوزيع إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد
 بالرياض ، السعودية) كتاب الاعتصام بالسنة ، بيان ما يكسره
من كسرة السؤالات ٢٦٤/١٣ حديث رقم ١/٢٨٩ ورواه
أحمد في مسنده (بيروت المكتب الاسلامي ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م)
١٧٦/١

(١) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٥٣٧/٢١

النوع الثاني : استصحاب العدم الأصلي

تعريفه : هو: (نفى ما نفاه العقل ، ولم يثبت به الشرع) (١) أو (انتفاء الأحكام السَّمْعِيَّة في حقنا قبل بعثة الرسل .) (٢) والمراد : الحكم ببراءة ذمة المكلف من التكاليف الشرعية ، والحقوق المالية ، حتَّى يدلَّ الدليل على شغلها .

فاستصحاب العدم الأصلي يرجع إلى عدم التكليف بالحكم الذي لم يرد به نصٌّ شرعي ، فإذا ورد فيه نصٌّ شرعي كان التكليف به على الوجه الذي حدَّده الشرع . (٣)

الأمثلة :

١- إذا ادَّعى أحدُ الشركاء أنَّ رأس المال لم يجلب ربحاً ، وأنكرَ الشريك الآخر ذلك ، ورفع الأمر إلى القاضي ، صدَّق القاضي الشريك المدَّعى في دعواه ، استصحاباً للعدم الأصلي ، وهو عدم الربح ، اللهم إلاَّ إذا أقام الشريك المنكر البينة التي تثبت الربح ، فحينئذ لا يلتفت إلى دعوى المدَّعى ، لأنَّ ما كان يبقَى على ما كان عليه ، إذ لم يوجد ما يغيِّره ، فإذا قام دليلٌ شرعيٌّ على التَّغيير وجب العمل بمقتضاه .
والبينة دليل شرعي على تغير الحكم فيعمل بمقتضاها

(١) الجلال المحلي ، شرح جمع الجوامع ٢ / ٣٤٨

(٢) نشر البنود ٢ / ٢٥٩

(٣) انظر المستصفى من علم الأصول ١ / ٢١٧ - ٢١٩ ، وارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٨

٢- إذا ادعى شخص على آخر ديناً ، فعليه إقامة الدليل على أن
ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين ، لأن الأصل براءة الذمة ،
فإذا لم يستطع إثباته كانت ذمة المدعى عليه بسريئة منه ، لأن الأصل
هو البراءة ما لم يدل الدليل على خلافها .

٣- قبل ورود الشرع كانت ذمة الإنسان غير مشغولة بشيء من التكليف
كالصلاة ، والصوم ، وغيرهما ، فإذا جاء الشرع وفرض من الصلوات
خمسة ، في اليوم والليلة ، وألزمنا بصوم رمضان كل عام ، كان ذلك واجباً
بوجوب الشرع ، وبقيت الذمة على أصل البراءة الأصلية من وجوب
صلاة سادسة أو صيام شهر آخر . (١)

الأدلة : لقد دل على اعتبار هذا النوع من أنواع الاستصحاب
الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

أولاً : الكتاب :- فمن آيات التي تدل على اعتبار هذا النوع
قوله تعالى (فَمِنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ
...) الآية (٣) ووجه الدلالة من هذه الآية : أنهم كانوا قبل
نزل آيات تحريم الربا ، يتعاملون بالربا ، فلما نزل تحريمه خافوا من

(١) انظر الفزالي المستصفى من علم الأصول ١/ ٢١٧-٢١٩ ومحمد
زكريا البردي ، أصول الفقه ص ٣٣٥ ود . صالح محمد
عبد العزيز آل منصور أصول الفقه وابن تيمية ٢/ ٤٤٤-٤٤٦

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥

أكل الأموال الحاصلة منه بأيديهم قبل التحريم ، فأنزل الله هذه الآية ليبين لهم أنَّ ما بأيديهم من أموال على حكم البراءة الأصلية قبل نزول التحريم ، فلا مؤاخذه عليه .

وهذا فيه دلالة واضحة على اعتبار استحباب البراءة الأصلية .
ومن ذلك أيضاً قوله تعالى (وَلَا تَتَكَبَّوْا مَا نَكَحَّ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ . .) الآية (١) .

وقوله تعالى : (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ .) (٢) فقولته تعالى (إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) في الموضعين ، استثناء منقطع .

أى لكن ما قد سلف قبل التحريم فهو على حكم البراءة الأصلية فهو عفو .

وهذا يدل أيضاً على اعتبار استحباب البراءة الأصلية ، (٣)

ثانياً السنة : ويدل على اعتبار هذا النوع من السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه) (٤)

(١) النساء الآية ٢٢

(٢) النساء الآية ٢٣

(٣) انظر محمد الأمين الشنقيطى ، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر ص ١٨-١٩

(٤) رواه البخارى بهذا اللفظ فى الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ، ١٤٥/٥ فى الترجمة ، وفى حديث رقم ٢٥١٤ وفى الشهاذ أن ٢٤٧/٥ ، فى الترجمة ، وفى تفسير سورة آل عمران باب ان الذين يشترون بعهد الله . . . الآية ٢١٣/٨ حديث رقم ٤٥٥١ ، ورواه مسلم فى الأقضية ١٣٣٦/٣ حديث رقم ١٠٠٠

وذلك لأن المدعى يخالف الأصل فيما يدعيه وهو براءة ذمة المدعى عليه .

وعلى هذا فكل من يدعى عليه يدين ، أو حق ، يستطيع أن يتمسك بهذا الأصل ، الذي يثبت براءة ذمته من هذا الحق ، أو الدين ، وعلى من يدعى خلاف ذلك إقامة الدليل على ما يدعيه . (١)

ثالثاً : الدليل العقلي : وهو دليل العقل على نفى الحكم قبل ورود السمع ، وذلك لأن العقل قد دلّ على نفى الحكم ، وسقوط الحرج عن الخلف في الحركات ، والسككات ، قبل ورود السمع ، فإذا لم يأت دليل يدلّ على وجوب حكم ما ، ظلّ الحال على ما كان عليه من البراءة الأصلية ، ومن يدعى تغيره فعليه الدليل .

قال الإمام الغزالي : (أعلم أنّ الأحكام السَّمْعِيَّة لا تدرك بالعقل لكن دلّ العقل على براءة الذمة عن الواجبات ، وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسككات ، قبل بعثة الرسل عليهم السلام وتأبيد هم بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ، فإذا ورد نبي وأوجب خمس صلوات ، فبقى الصّلاة السادسة غير واجبة ، لا بتصريح النبيّ بنفيها ، ولكن كان وجوبها منتفياً ، إذ لا مثبت للوجوب فبقى على النفي الأصلي ، لأن نطقه

(١) انظر د . حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي

(مكتبة المتنبى ط ثانية ١٩٧٩م) ص ٢٢٦

بالإيجاب قاصر على الخمسة ، فبقى على النفي في حق السادسة
وكأنَّ السمع لم يرد .

وكذلك إذا أوجب صوم رمضان ، يبقى شوال على النفي الأصلي .
وإذا أوجب عبادة في وقت ، بقيت الذمة بعد انقضاء الوقت على
البراءة الأصلية .

وإذا أوجب على القادر ، بقي العاجز على ما كان عليه ، فاذن
النظر في الأحكام إما في اثباتها ، أو في نفيها ، أما اثباتها :
فالعقل قاصر عن الدلالة عليه ، وأما نفيها : فالعقل قد دلَّ عليه
إلى أن يرد الدليل السمعي بالمعنى الناقل من النفي الأصلي . (١)

(١) الامام الغزالي ، المستصفى ١/ ٢١٧-٢١٩ وانظر المصدر
نفسه ص ٢٤٢ والمسودة في أصول الفقه لآل تيمية ص ٤٨٨-٤٨٩

النوع الثالث :

استصحاب الدليل مع احتمال المعارض تخصيصاً أو نسخاً .

وهذا النوع يتفرع إلى فرعين :-

الفرع الأول : استصحاب العموم حتى يأتي مخصص .

الفرع الثاني : استصحاب النص حتى يأتي ناسخ .

الفرع الأول : استصحاب العموم حتى يأتي مخصص :-

ومعناه : أنه إذا ورد نص عام فإنه يشمل جميع الأفراد الداخلة

تحتة ؛ لأن هذا حكم العام عند جمهور العلماء . فإذا ورد النزاع

في مسألة ، أو فرد من هذه الأفراد ، هل هو على حكم العام

أو خرج بالتخصيص ؟ فإذا بحث المجتهد ، ولم يجد دليلاً يدل على

التخصيص ، استصحاب حكم العام في هذا الفرد المتنازع فيه ، ويكون

على مدعى التخصيص إقامة الدليل على أن هذا الفرد المتنازع فيه قد

خرج من حكم العام بالتخصيص . (١)

(١) انظر الغزالي ، المستصفى ٢٢١/١ ز ، وانظر الزنجاني ، تخریج
الفروع على الأصول . تحقيق دكتور محمد ادیب صالح (مؤسسة
الرسالة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م) ص ٣٤٨ وتاج الدين بن السبكي
تكملة الابهاج في شرح المنهاج (مطبعة التوفيق الادبية) ٣/ ١١٠
- ١١١ وارشاد الفحول للشوكاني ص ٣٣٨

الأشكال :

١- مَثَلُ الْغَزَالِي لِهَذَا النَّوعِ بِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لَا صِيَامَ لِمَنْ

لَمْ يَبْيِثَ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ) (١)

فَقَالَ : قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَبْيِثَ الصِّيَامَ مِنَ

اللَّيْلِ) شَامِلٌ بِصِيغَتِهِ صَوْمَ رَمَضَانَ ، مَعَ خِلَافِ الْخَصْمِ فِيهِ . فَيَقُولُ

أَسْلَمَ شَمُولُ الصِّيغَةِ ، لَكِنِّي اخْصَصُهُ بِدَلِيلٍ فَعَلِيَّةِ الدَّلِيلِ (٢)

وَمَعْنَى هَذَا : أَنَّ قَوْلَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يَبْيِثَ

الصِّيَامَ . .) الْحَدِيثُ شَامِلٌ بِصِيغَتِهِ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الصَّوْمِ ، سَوَاءٌ أَكَانَ

صَوْمَ رَمَضَانَ أَمْ غَيْرَهُ ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ فَرْضًا أَمْ نَفْلًا ، فَيَجِبُ أَنْ يَسْتَصْحَبَ

هَذَا الْعَمُومُ بِنَاءً عَلَى هَذَا فِي كُلِّ نَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الصَّيَامِ . فَلَا يَدُّ لِكُلِّ

صَوْمٍ مِنْ تَبْيِثِ نِيَّتِهِ مِنَ اللَّيْلِ بِمَا فِي ذَلِكَ صَوْمَ رَمَضَانَ .

فَإِذَا زَعَمَ أَحَدٌ تَخْصِيسَ صَوْمِ رَمَضَانَ فَعَلِيَّةِ الدَّلِيلِ . وَإِذَا لَمْ يُقِمْ

دَلِيلًا عَلَى تَخْصِيسِ صَوْمِ رَمَضَانَ ، كَانَ صَوْمُهُ دَاخِلًا فِي عَمُومِ الصَّوْمِ ،

فَيَجِبُ فِيهِ تَبْيِثُ النِّيَّةِ مِنَ اللَّيْلِ اسْتِصْحَابًا لِلْعَمُومِ .

(١) رَوَاهُ النَّسَائِيُّ فِي سَنَنِهِ ^{فِيهِ إِسْلَامٌ} إِذَا لَمْ يَجْمَعْ مِنَ اللَّيْلِ هَلْ يَصُومُ ذَلِكَ

الْيَوْمَ مِنَ التَّطَوُّعِ : بِالْأَفَاضِ مُخْتَلِفَةٍ أَقْرَبُهَا لِهَذَا اللَّفْظِ لَا صِيَامَ لِمَنْ

لَمْ يَجْمَعْ الصِّيَامَ قَبْلَ الْفَجْرِ . انْظُرْ سَنَنُ النَّسَائِيِّ بِشَرْحِ جَلَالِ الدِّينِ

السِّيُوطِيِّ وَحَاشِيَةِ السَّنَدِيِّ عَلَيْهِ ، لِأَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَحْمَدَ بْنِ شُعَيْبٍ

النَّسَائِيِّ ١٩٦/٤ - ١٩٨

٢- معظم مسائل السرقة عند الشافعية مبنية على هذا الأصل .

قال الزنجاني^(١) في هذا الأصل : (وعليه بنى الشافعي ، رضى الله عنه ^(٢)) معظم مسائل السرقة . والخصم يدعى في كل مسألة منها قيام شبهة مخصصة لا تقوى على دفع العموم (٣) ، ومثل لهذا بعدة أمثلة منها :

أنَّ القطع يتعلق بسرقة ما أصله على الاباحه عند الشافعي رضى الله عنه ، كالخطب ، والحشيش ، والمعادن ، تسكاً بعموم قوله تعالى : (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (٤)

(١) هو محمود بن أحمد بن محمود ، أبو المناقب الزنجاني ، يلقب بشهاب الدين ، شافعي المذهب ، متفوق في الفقه وأصوله ، والتفسير ، والحدیث وعلومه ، له تخریج الفروع على الأصول ، توفي سنة ٦٥٦ هـ ، انظر طبقات الشافعية لابن السبكي ٣٦٨/٨ والفتح المبين ٧٠/٢

(٢) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، الإمام المعروف ولید عام ١٥٠ هـ تتلمذ على مسلم بن خالد الزنجي ، والإمام مالك ، ووکیع بن الجراح وغيرهم ، وتتللمذ علیه أحمد بن خالد الخلال ، وأحمد بن حنبل ، وأحمد بن محمد الصيرفي وغيرهم ، له الأم ، والرسالة ، وأحكام القرآن ، وإبطال الاستحسان ، وغير ذلك ، توفي عام ٤٠٤ هـ انظر طبقات الشافعية ٧١/٢ ، ووفیات الأعیان ص ٥٦٥ - ٥٦٨

(٣) تخریج الفروع على الاصول ، للزنجاني ص ٣٤٨

(٤) المائدة : الآية ٣٨

فعموم الآية يقتضي وجوب القطع في كل ما يُسَمَّى آخذه سارقاً ،
فكل من يطلق عليه اسم السَّارِق مقطوع بحكم العموم . إلا ما استثناه
الدليل وعلى مدعى الاستثناء إقامة الدليل على أن هذا الحكم قد
استثنى مسن أصل العام .

ومنها: أنه يجب القطع على الزوج بسرقة مال زوجته ، استصحاباً
للعوم الوارد في الآية المتقدمة . (١)

الفرع الثاني : استصحاب النص حتى يأتى ناسخ :

ومعنى هذا: أن الحكم إذا لم يدل دليل على تأييده واستمراره ،
ولم يدل دليل كذلك على نسخه ، فإن الاستصحاب يدل على دوامه ،
واستمراره وعدم نسخه ، ولولا هذا لتطرق احتمال النسخ لكل
حكم ثابت ولم يدل دليل على دوامه واستمراره . (٢) فالنص دليل على
دوام الحكم بشرط أن لا يرد نسخ ، كما دل العقل على البراءة الأصلية
بشرط أن لا يرد سمع (٣) .

وأشلة هذا النوع : جميع الأحكام الشرعية التي ثبتت بدليل ولم
يُرد دليل يدل على نسخها أو بقائها .

(١) انظر الزنجاني ، المصدر السابق ، ص ٣٤٨-٣٥٠

(٢) انظر أبو محمد ابن حزم على بن أحمد بن سعيد الأحكام في
أصول الأحكام (منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت ، ط ١) ،

١٤٠٠/١٩٨٠م ٣/٥

(٣) انظر الفزالي ، المستصفي ١/٢٢١-٢٢٢ ، وابن السبكي ،

تكملة الإبهاج ١١٠-١١١

النوع الرابع :- استصحاب الحكم الشرعى الذى دلَّ الشرع على ثبوته

ودوامه لوجود سببه

وهو الحكم الشرعى الذى ثبت بدليل ، ولم يقدِّم دليل على تغييره فيحكم ببقائه لوجود السبب.

ويسميه بعضهم : استصحاب الحكم الماضى لوجود سببه ، ويسميه بعضهم استصحاب الوصف الثابت للحكم الشرعى . (١) وهذه كلها أسماء متقاربة فى المعنى ، وإن اختلفت ألفاظها ، ويدخل تحت هذا النوع كل الأحكام التى ربطها الشارع بأسباب بناها عليها ، فمتى وقع العلم بتحقيق السبب ترتب عليه الحكم واستمر حتى يقوم دليل على انتفائه . (٢)

الأمثلة :

- ١- إذا صحَّ عقد البيع ولزم أنبنى عليه ثبوت الملك فى المبيع مباشرة ، فيظل هذا الملك باقياً ما دام أن سببه قائم .
- ٢- إذا أُلِف شخص شيئاً ، تظلَّ ذمته مشغولة ببذل هذا المتلف ، أو بعثله ، حتى يؤدى ما عليه .
- ٣- إذا ملك شخص عقاراً ، بسبب الإرث مثلاً ، يظلَّ ملكه لهذا العقار الموروث قائماً حتى يوجد ما يزيله من بيع ونحوه ، فإذا لم يوجد دليل

(١) انظر أعلام الموقعين ٣٣٩/١ ، وأصول مذهب الامام أحمد بن حنبل ، دراسة أصولية مقارنة د . عبد الله بن عبد المحسن التركسى ، (مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م) ص ٣٤٧

(٢) انظر الغزالي المستصفى ٢٢٢/١ ، وتكملة الابهاج ١١١/٣ ، وأعلام الموقعين ٣٣٩/١ وارشاد الفحول ص ٣٣٨

ما ينقل الملك ظلَّ هذا الملك قائماً وثابتاً بطريق الاستصحاب .
فالاستصحاب يفيد: أنَّ هذا الملك الماضي قائمٌ ، ومستمرٌ ، حَسَّتِي
يثبت ما يغيره .

٤- تزوج شخص امرأة ، وكان الزواج بعقد صحيح ، فيحكم ببقاء
الزوجية بينهما ، واستمرارها ، حتَّى يوجده ما يفصم عرى الزوجية .

٥- إذا توضأ شخصٌ ، ثُمَّ شكَّ في انتقاض وضوئه ، بقى على وضوئه ولم
يلتفت إلى الشكِّ الحاصل بالاستصحاب لما ثبت من قبله ، لأنَّه تيقن الوضوء
وشكَّ في الناقض له ، فيستصحب حكم الطَّهارة السابقة لوجود سببها ،
مع الشكِّ في حصول السَّبب الناقض لها . (١)

٦- ومن أمثلة هذا النوع أيضاً تكرُّر اللزوم ، والوجوب ، بتكرُّر الأسباب
كتكرُّر وجوب صوم شهر رمضان ، ووجوب الصَّلاة إذا حلَّ وقتها ووجوب
النفقات عند تكرُّر الحاجة إليها . وهكذا .

فإنَّ مثل هذه المعاني ، والأسباب ، منصوبة لهذه الأحكام بأدلة
الشرع ، إمَّا بمجرد العموم عند القائلين به ، أو بالعموم وبجملة من
القرائن عند الجميع ، وتلك القرائن إمارات عرف حملة الشريعة قصد
الشارع إلى نصبها أسباباً إذا لم يمنع مانع .

ولولا دلالة الدليل على كونها أسباباً لما جاز استصحابها (٢)

(١) انظر المستصفى ، ٢٢٢/١ ، اعلام الموقعين ، ٣٣٩/١ ، ونشر
البنود ، ٢٦٠/٢ ، وأصول الفقه ، لمحمد زكريا البرديسي ، ص
٣٣٥ - ٣٣٦ ، وأصول الفقه لبد ران أبو العينين ص ٢١٩

(٢) انظر المستصفى ، ١٢٢/١

الأدلة :

لَقَدْ دَلَّتْ عَلَى اعتبار هذا النوع نصوصٌ من السُّنَّةِ كثيرةً فمنها :
 أولاً : ما جاء عن عباد بن تميم (١) عن عمه (٢) أَنَّهُ شكا إلى رسول الله
 صَلَّى الله عليه وسلم : الرَّجُلُ يَخِيلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ ؟
 فقال : لا يَنْفَتِلْ ، وَأَوَّلًا يَنْصَرِفْ لِحَتِّي يَسْمَعُ صَوْتًا أَوْ يَجِدُ رِيحًا (٣)

(١) هو عباد بن تميم بن غزلة الأنصاري الخزرجي ، اختلف فيه هل
 له صحبة أم لا والراجح أَنَّهُ تابعي ، روى عن أبيه ، وعن عمه عبد الله
 بن زيد ، وعويمر بن أسعد ، وأبي سعيد الخدري ، وروى عنه
 الزهري ، وعمر بن يحيى المازني ، ويحيى بن سعد الأنصاري ،
 وغيرهم ، وثقه العجلي ، والنسائي ، وحديثه في الصحيحين
 انظر ترجمته في : الاصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني
 ٢٦٤/٢

(٢) هو عبد الله بن زيد بن عاصم بن كعب بن عمرو الأنصاري المازني
 أبو عبد الله ، صحابي جليل ، اختلف في شهوده بدرًا ، شهد
 أحداً وغيرها ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : حديث الوضوء
 الذي رواه عنه ابن أخيه عباد ، وروى غير هذا الحديث أجاديث
 أخرى ، وروى عنه ابن أخيه عباد ، ويحيى بن عمار ، وواسع بن
 حيان وغيرهم ، انظر ترجمته في : الاصابة ٢/٣١٢-٣١٣ ، والاستيعاب
 في معرفة الأصحاب لابن عبد البر النمرى (مكتبة نهضة مصر
 ومطبعتها بالفجالة) ٣/٩١٣-٩١٤ ، وتسميه في التهذيب
 لابن حجر العسقلاني (بيروت : دار صادر تصوير عن طبعة
 ١٣٢٦هـ) ٥/٢٢٤-٢٢٦

(٣) انظر تخريج هذا الحديث في : صحيح البخاري ، كتاب الوضوء ، باب من لم ير
 الوضوء ، إلا من المخرجين ١/٢٨٣ حديث رقم ١٧٧ ، وكتاب البيوع ،
 باب من لم ير الوسواس ونحوها من الشبهات ٤/٢٩٤ ، حديث
 رقم ٢٠٥٦ ، وانظر صحيح مسلم كتاب الحيض ، باب الدليل
 على أن من يتيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلّي
 بطهارته ١/٢٧٦ ، حديث رقم ٩٨-٩٩ ، وانظر سنن أبي داود
 سليمان بن الأشعث أصداد وتعليق عزت الدعاس : (نشر وتوزيع
 محمد علي السيد سوريا ط١/٧) كتاب الطهارة ، باب إذا شك

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ بَقَاءَ الْمُتَطَهِّرِ عَلَى طَهَارَتِهِ ، لَمْ يَأْمُرْ الشَّارِعُ بِالْوُضُوءِ مَعَ الشَّكِّ فِي الْحَدَثِ بَلْ يَسْتَمِرُّ عَلَى طَهَارَتِهِ ، حَتَّى يَحْدُثَ مَا يَنْقُضُهَا يَقِينًا ؛ لِقِيَامِ سَبَبِ الطَّهَارَةِ وَهُوَ الْوُضُوءُ .

ثَانِيًا : قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (إِذَا سَهَا أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ وَاحِدَةً صَلَّى أَوْ ثَنَتَيْنِ فَيَبِينُ عَلَى وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَدْرِ ثَنَتَيْنِ صَلَّى أَوْ ثَلَاثًا فَيَبِينُ عَلَى ثَنَتَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ يَدْرِ ثَلَاثًا صَلَّى أَوْ أَرْبَعًا فَلْيَبِينْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَسْلَمَ .) (١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ بَقَاءَ الصَّلَاةِ فِي ذِمَّةِ الْمَكْلُوفِ ، أَمَرَ الشَّارِعُ الشَّاكَّ فِيهَا أَنْ يَبْنِيَ عَلَى الْيَقِينِ ، وَيَطْرَحَ الشَّكَّ ، وَلَا يَعْتَدِ بِمَا يَشْكُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُمْ السَّبَبُ الَّذِي بِهِ تَبَرَأَ ذِمَّتُهُ مِنْ هَذَا الشُّكُوكِ فِيهِ ، فَيَسْتَصْحَبُ مَا تَيَقَّنُ أَنْ ذِمَّتَهُ قَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ .

فِي الْحَدِيثِ ١٢٢/١ حَدِيثُ رَقْمِ ١٧٦-١٧٧ ، وَسَنَنُ التِّرْمِذِيِّ ، لِمُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى التِّرْمِذِيِّ - تَحْقِيقُ وَشَرَحَ أَحْمَدُ مُحَمَّدُ شَاكِرٌ ، (مُصْطَفَى الْبَابِ الْحَلَبِيِّ وَشُرَكَاهُ ط / ١ / ١٣٥٦ هـ) ١٩٣٧ م) كِتَابُ الطَّهَارَةِ بَابُ مَا جَاءَ فِي الْوُضُوءِ مِنَ الرِّيحِ ١٠٩/١ ، حَدِيثُ رَقْمِ ٦٧٤ وَأَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ ٣٣٠/٢ ، ٤١٤ ، ٤٠ ، ١٢/٣ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٩٦ ، ٤٠ ، ٣٩ ، ٤٠ .

(١) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الطَّهَارَةِ ، بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجْلِ يَصْلِي فِي شَكٍّ فِي الزِّيَادَةِ ، أَوِ النِّقْصَانِ ، ٢٤٥/٢ ، حَدِيثُ رَقْمِ ٣١٨ ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ الْإِسْنَادُ .

ثالثاً : ما روى عن عدى بن حاتم (١) رضى الله عنه أنه سأل النّبيّ
صلّى الله عليه وسلّم : فَقَالَ : (أرسل كلبى فأجد مع كلبى كلباً قد
أخذ . لا أدرى أيّهما أخذ؟ قال : فَلَا تَأْكُل . فَإِنَّمَا سَمِعْتَهُ عَلَى كَلْبِكَ
وَلَمْ تَسْمَعْ عَلَى غَيْرِهِ) (٢)

وقال رضى الله عنه : (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلّم
عن الصيد . قال : إِذَا رَمَيْتَ سَهْمَكَ فَانْكَرِ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ
وَجَدْتَهُ قَدْ قَتَلَ فَكُلْ ، إِلَّا أَنْ تَجِدَهُ قَدْ وَقَعَ فِي مَاءٍ ، فَإِنَّكَ لَا تَسْجُدُ
لِلْمَاءِ قَتْلَهُ أَمْ سَهْمَكَ؟) (٣)

(١) هو عدى بن حاتم بن عبد الله بن سعد الحشرج الطائع ،
صحابى جليل ، أسلم سنة ٩ هـ وأبلى بلاءً حسناً فى حروب الردة
شهد فتح العراق ، ثم سكن الكوفة ، وشهد الجمل وصفين
والنهروان مع على رضى الله عنه روى ١٦ حديثاً ، توفي عام ٦٨ هـ
وقيل ٦٧ هـ وقيل ١٩ انظر ترجمته فى الاستيعاب ٣/١٠٥٧ -
١٠٥٩ ، والاصابة ٣/٤٦٨-٤٦٩

(٢) متفق عليه رواه مسلم فى كتاب الصيد بالكلاب المعلقة ، ٣/١٥٣١
حديث رقم ٥ ، والبخارى فى الوضوء ، باب الماء الذى يغسل
به شعر الانسان ، ١/٢٧٩ ، حديث رقم ١٧٥ ، وكتاب
الذبائح والصيد ، باب الصيد اذا غاب عنه يومين أو ثلاثة
٩/٦١٢ ، حديث رقم ٤٥٨٦ وأبو داود فى الصيد ، باب الصيد
٣/٣٦٨ الأحاديث من ٢٨٤٧-٢٨٥٥

(٣) متفق عليه رواه مسلم فى كتاب الصيد والذبائح ، باب الصيد
بالكلاب المعلقة ، ٣/١٥٣١ حديث رقم ٧ والبخارى فى الذبائح
والصيد ، باب الصيد اذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ، ٩/٦١٠
حديث رقم ٥٤٨٤

ووجه الدلالة من هذين الحديثين: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ فـُـي
الذَّبَائِح ، أَوَّالُ الصَّيْدِ ، التَّحْرِيمِ ، وَشَكَّكْنَا فِي الشَّرْطِ الْمُبِيحِ ، بَقِيَ
الصَّيْدُ عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، حَتَّى يَوْجَدَ مَا يَغَيِّرُ ذَلِكَ . وَهَكَذَا فِي كُلِّ
أَمْرٍ رَتَبَ عَلَى سَبَبِهِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى بِنَاءً عَلَى قِيَامِ سَبَبِهِ ، مَا دَامَ أَنَّهُ لَمْ
يَوْجَدَ مَا يَزِيلُهُ . (١)

(١) انظر أعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٣٣٩-٣٤٠

النَّوعُ الْخَامِسُ : الاستصحاب المقلوب

وَيُسَمَّى بِعَظْمِ الْأُصُولِيِّينَ : اسْتِصْحَابَ الْحَالِ فِي الْمَاضِي .
وهو ثبوت أمر في الزَّمان الأول لثبوته في الزَّمان الثاني بفقد ما
يصلح للتغير (١)

قال الجلال المحلي : (أما ثبوته - أي الأمر الأول - لثبوته
في الثاني فمقلوب . كان يقال في الحكايات الموجودة الآن ، كان على
عهد رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم ، باستصحاب الحال في الماضي) (٢)

الأثلة :

١- لو غصب شخص عبداً أو أمةً ، ثم وُجِدَ عنده أعورا ، فقال سيده كان
سليم العين وأنكر الغاصب وقال بل غصبته أعورا ، صدق الغاصب
استصحاباً للحال في الماضي (٣)

٢- إذا وجد ركاز مدفون في الأرض ، ولم يعلم أهو من دفين الجاهلية
أو الاسلام ، فإنه يحكم عليه بأنه ركاز "استصحاباً للحال في الماضي ،
على أحد الوجهين عند الشافعية .

قال ابن السبكي : (وقال الأصحاب فيما إذا وجدنا ركازاً مدفوناً
ولم يعرف هل هو من دفين الجاهلية أو الاسلام ، فالمنقول عن نضر
أنه ليس بركاز وفيه وجه : أنه ركاز لأنَّ الموضع يشهد له ، وعلى هذا

(١) انظر شرح جمع الجوامع ١/ ٣٥٠ ونشر البنود ٢/ ٢٦١

(٢) شرح جمع الجوامع ٢/ ٣٥٠

(٣) انظر السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه
والنظائر (بيروت دار الكتب العلمية ط ١/ ١٣٩٩ هـ -
١٩٧٩ م) ص ٧٦

الوجه فقد استصحبنا مقلوباً؛ لأننا استدللنا بوجه أنه في الإسلام على أنه كان موجوداً قبل ذلك (١)

٣- إذا وجدنا وفقاً يصرف على حال معينة ، وجهل أصل مصرفه فإنه يجرى على الحال التي وجد عليها؛ استصحاباً للحال في الماضي . وذلك لأن صرفه على هذا الحال يدل على أنه كان عليها في الماضي .

قال صاحب نشر البنود : (إن من أشلة الاستصحاب المقلوب: ما لبعض القرويين والأندلسيين من أهل مذهبنا من أن الحبس إذا جهل أصل مصرفه ، ووجد في حالة فإنه يجرى عليها ، ورأوا أن اجراءه على هذه الحالة دليل على أنه كان كذلك في الأصل) (٢)

(١) تكملة الإبهاج لابن السبكي ١١١/٣

(٢) نشر البنود ٢٦١/٢

الأدلة :

والدليل على اعتبار هذا النوع : أَنَّ الأصل: توافق الحال

للماضى .

فإذا وجدنا شيئاً على حال، دلَّ ذلك على أَنَّهُ كان على الحال

هذه فى الماضى ، إذ لو لم يكن ثابتاً فيه لاختلف الحالان والأصل

توافقهما .

قَالَ الْجَلَالُ الْمَحَلَّى : (وَقَدْ يُقَالُ فِيهِ - أَى فِي اسْتِصْحَابِ

المقلوب - ليظهر الاستدلال به : لو لم يكن الثابت اليوم ، ثابتاً

أمس ، لكان غير ثابتٍ أمس - إذا لا واسطة بين

الثبوت وعدمه - فيفضى استصحاب أمس الخالى عن الثبوت فيه ، بأنَّه

غير ثابت الآن ، وليس كذلك لِأَنَّهُ مفروض الثبوت الآن فدَلَّ ذلك على

أَنَّهُ ثابت أمس . (١)

قال الشربيني : (وحاصله أن ثبوته الآن علامة على ثبوته فى

الماضى . إذ لو لم يكن ثابتاً لاختلف الحالان والأصل توافقهما) (٢)

(١) شرح جمع الجوامع ٢ / ٣٥٠ - ٣٥١

(٢) تقرير الشربيني على جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٣٥٠

النوع السادس :

استصحاب الاجماع في محل النزاع

وهو: (أَنْ يَكُونَ حكم ثابت في حالة من الحالات ، ثم تتغير الحالة ، فيستصحب الإنسان ذلك الحكم بعينه مع الحالة المتغيرة ، ويقول : من ادعى تغيير الحكم فعليه إقامة الدليل . (١)

وقال الشوكاني (٢) هو: أَنْ يَتَّفَقَ على حكم في حالة ثم تتغير صفة المجمع عليه ، فيختلفون فيه ، فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال (٣) ومن خلال هذين التعريفين ، يتضح أَنَّ صورة هذا النوع هي :
أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ مسألة مجمع على حكمها ، فتتغير صفتها ، فيحصل النزاع في هذه الصفة ، هل تغير حكم الاجماع السابق ، أم لا ؟ فيستصحب من يقول بعدم تغير الحكم السابق - الاجماع السابق في هذه الصورة التي تغيرت صفتها ، لعدم تأثير هذه الصفة في تغيير حكم الاجماع السابق في نظره .

(١) المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري تحقيق محمد حميد الله بالتعاون مع أحمد بكير وحسن حنفى : (المعهد العلمى الفرنسى للدراسات العربية ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م) ٢/ ٨٨٤

(٢) هو محمد بن على بن محمد الشوكاني ولد عام ١١٣٢ هـ كان زيدا المذهب ثم خلع عن نفسه ثوب التقليد وادعى الاجتهاد تتلمذ على والده وعبد الرحمن بن قاسم المدائني وأحمد بن عامر الحدائى ، وغيرهم ، له نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمجد الدين بن تيمية ، وارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول وغيرها توفي عام ١٢٥٠ هـ انظر خير الدين الزركلى ، الاعلام (دار العلم للملايين بيروت ط ٥/ ١٩٨٠) ٦/ ٢٩٨

(٣) ارشاد الفحول ص ٢٣٨

وهذا النوع محلُّ اختلاف بين الثبتين لحجية الاستصحاب، فمنهم من أثبتته، ومنهم من نفيه، وسيأتى الكلام عن مذاهب العلماء فى حجيته بالتفصيل فى الفصل الثانى من الباب الثانى بمشيئة الله تعالى . (١)

الأثلية :

١- تيمم شخص ، وشرع فى صلاته ، ثم رأى الماء فى أثناء الصَّلاة يمضى فى صلاته ولا يقطعها لوجود الماء ، وصلاته صحيحة عند من يحتج بهذا النوع، استصحاباً للاجماع المنعقد على صحة صلاته بعد الشروع فيها، وقيل رؤية الماء .

٢- تطهر شخص ثم خرج منه خارج نجس من غير السبيلين، لم ينتقض وضوؤه بهذا الخارج فى نظر من يحتج بهذا النوع، استصحاباً لحكم الاجماع السابق لخروج هذا الخارج .

٣- الجارية المملوكة إذا ولدت من سيدها، يجوز بيعها عند الظاهرية، استصحاباً لحكم الاجماع السابق، لأنَّ الاجماع انعقد على صحة هذا البيع قبل الاستيلاء، فيستصحب عند هم حتى يدلَّ الدليل على تغييره (٢)

الأدلة :

الدليل على اعتبار هذا النوع عند من يقول به ، الكتاب ، والقياس والمعقول .

(١) انظر ص ١١٠ من هذا البحث تأليفها

(٢) انظر الاحكام للأمدى ١٨٥/٤-١٨٦ ، وشرح جمع الجوامع ٣٥٠/٢ ، والمستصفى ٢٢٤/١ ، ارشاد الفحول ص ٢٢٨

أَوَّلًا بِ: الكتاب : قوله تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَضَتْ غَزْلَهُمَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنها تنهى عن نقض ما هو ثابت. فهكذا
هنا فإن المتنازع فيه كان ثابتاً قبل النزاع، فلا يصح نقضه بالنزاع.
ثانياً : القياس : إِنَّ مَنْ تَيَقَّنَ الطَّهَارَةَ ، وَشَكَّ فِي الْحَدَثِ ، لَمْ يَتْرِكْ يَقِينَ طَهَارَتِهِ لِلْحَدَثِ الْمَشْكُوكِ فِيهِ ، بَلْ تَسْتَمِرُّ طَهَارَتُهُ مَعَ وَجُودِ الشَّكِّ .

فكذلك هنا فإن الشئ المتنازع فيه ، كان ثابتاً قبل النزاع في
تغيره ، والتغيير مشكوك فيه ، فيجب أن يستصحب هذا الحكم
السابق لأنه يقين فلا يترك للمغير المشكوك فيه . (٢)
ثالثاً : المعقول : إِنَّ الْأَصْلَ فِي كُلِّ مَتَحَقِّقٍ دَوَامُهُ وَاسْتِمْرَارُهُ
إِلَى أَنْ يُوْجِدَ الْمَغْيِرَ وَالْأَصْلَ عَدَمُهُ فَمَنْ ادَّعَى وَجُودَ الْمَغْيِرِ فَعَلَيْهِ
إِقَامَةُ الدَّلِيلِ عَلَى وَجُودِهِ وَإِلَّا ظَلَّ الْأَمْرُ بَاقِيًا عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ . (٣)

(١) النحل آية ٩٤

(٢) انظر ابي اسحق ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز بادي
الشيرازي ، التبصرة في أصول الفقه - شرح وتحقيق محمد
حسن هيتو - (دار الفكر يد مشق ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م) ص

٢٢٧ - ٢٢٨

(٣) انظر الامدي الأحكام ١٨٥/٤ - ١٨٦ ، وإعلام الموقعين ١/٣٤١
وتكملة الابهاج ١١١/٣ ، وشرح جمع الجوامع ٢/٣٥٠ ،
وارشاد الفحول ص ٢٣٨

الباب الثاني

مذاهب العلماء في حجية
الاستصحاب

الباب الثاني مذاهب العلماء في حجية الاستصحاب

تقدم في الفصل الثاني من الباب الأول الكلام عن أنواع الاستصحاب مع ذكر بعض الأدلة الخاصة بهذه الأنواع ، والأمثلة الموضحة لها ، وفي هذا الباب ، أتناول إن شاء الله تعالى مذاهب العلماء في حجية هذه الأنواع ، ذاكراً أدلة هذه المذاهب ، مع مناقشتها ، وترجيح الراجح منها . ولما كانت هذه الأنواع ليست كلها على رتبة واحدة في الاستدلال .

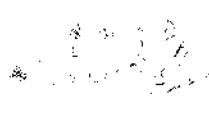
فمنها ما هو متفق عليه عند جمهور المالكية والشافعية ، والحنابلة ، ودون الحنفية . وهي الأنواع المتقدمة ، عند استصحاب الإجماع فسيحل النزاع ، وكان استصحاب الإجماع في محل النزاع محل خلاف بين القائلين بحجية غيره من الأنواع — فمنهم من أثبتته ، ومنهم من نفاها ، وتبعمهم الحنفية في نفيه . جعلت هذا الباب في فصلين .

الفصل الأول — : في مذاهب العلماء في حجية الأنواع المعتبرة عند المشبتهين لحجيته مطلقاً

الفصل الثاني : في مذاهب العلماء في حجية استصحاب الإجماع في محل النزاع .

والله الموفق

الفصل الأول

مذاهب العلماء في حجية أنواع الاستصحاب
المعتبرة عند المتبذئين لحجة 

الفصل الأول

مذاهب العلماء في حجية أنواع الاستصحاب
المعتبرة عند المثبتين لحجيته مطلقا

الاستصحاب بأنواعه المتقدمة ما عدا استصحاب الإجماع في محل النزاع، اشتهر بين الأصوليين بأنه حجة عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، دون الحنفية، فانهم يقولون بعدم حجيته مطلقا، إلا أن ما يطلقه الأصوليون عن الحنفية ليس بدقيق، فكان لا بد من تحرير محل النزاع بين العلماء في حجية هذه الأنواع، مع بيان الأقوال فيه، والتعرض لأدلة هذه الأقوال، ومناقشتها، وترجيح الراجح منها .

وهذا ما سأتناوله في هذا الفصل ان شاء الله حيث أذكر تحرير محل النزاع أولا، ثم أذكر مذاهب العلماء ثانيا، ثم أذكر أدلتهم مناقشا لها، ثم أرجح ما أراه أنه الأرجح دليلا .

والله المستعان

تحرير محل النزاع بين العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب

لا خلاف بين العلماء في أن الأحكام الثابتة في الزمان الأول، تظل ثابتة في الزمان الثاني . والخلاف إنما هو في المثبت لها : هل هو الاستصحاب ، أو الأدلة التي اثبتتها في الزمان الأول ؟

فجمهور العلماء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ومن تبعهم يقولون : بأن الأحكام ثابتة في الزمان الثاني عن طريق الاستصحاب .

وجمهور الحنفية يقولون : بأن الأحكام مستندة إلى أدلتها دون الاستصحاب ، وتبعهم في ذلك بعض العلماء من المالكية ، والشافعية منهم : الأبيارى ^(١) من المالكية ، وابن السبكي ، وابن السمعاني ^(٢)

(١) هو علي بن اسماعيل أبو الحسن الأبيارى ، من الأئمة في المذهب المالكي ، برع في علوم كثيرة خصوصا في الفقه والأصول ، له كتاب سفينة النجاة ، وتكلمة على كتاب مخلوف الذي جمع فيه بين التبصرة والجامع لأبي يونس والتعليقة لأبي اسحق مابدل على قوته في الفقه والأصول . توفي عام ٦١٦ هـ انظر ترجمته في الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون المالكي (دار السترات

بالقاهرة) ١٢١/٢ - ١٢٢

(٢) هو منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد يكنى بابي المظفر ، ويعرف بابن السمعاني ، تفقه على أبيه بمرور ، على مذهب أبي حنيفة ، ثم انتقل إلى مذهب الشافعي ، أخذ عن أبي اسحق الشيرازي ، وابن الصباغ ، له : التفسير والبرهان ، والاصطلاح ، والقواطع في أصول الفقه . توفي عام ٤٨٩ هـ ، انظر البداية والنهاية لعسما الدين بن كثير (بيروت مكتبة المعارف ط/٢ ، ١٩٧٧ م) ١٢/١٥٣-١٥٤

من الشافعية .

أما صلاحية الاستصحاب لإثبات ما لم يكن ثابتاً ، وللزام الخصم بالاستصحاب فجمهور المذاهب على أن الاستصحاب يصلح لذلك .

وجمهور الحنفية يقولون بعدم صلاحية الاستصحاب لذلك . فعلى

هذا ، فمنهم من ذهب إلى أن الاستصحاب حجة دافعة فقط . (١)

ومنهم من ذهب إلى أنه ليس بحجة أصلاً ، ومنهم من ذهب مذاهب

أخرى كما سيأتى . وهذه مذاهبهم بالتفصيل . (٢)

(١) معنى الدفع : أى يصلح . لأن يدفع به من أرمى تغير الحال لإبقاء الأمر على ما كان ، فان بقاءه على ما كان إنما هو مستنداً إلى موجب الحكم لا إلى عدم المغير له ، وبناءً على هذا المذهب فإذا لم يوجد الدليل الذى يدل على الإثبات ، أو النفي ، أمسك المجتهد لا يثبت الحكم ولا ينفيه ، بل يدفع بالاستصحاب دعوى من يثبت الحكم ، وبهذا يكون حال المتمسك بالاستصحاب كحال المعارض مع المستدل : فهو يمتنع الدلالة حتى يثبتها ولا يقيم دليلاً على نفي ما ادعاه .

أما مذهب من يثبت الحكم بالاستصحاب فانه يجعل حال المتمسك بالاستصحاب كحال المعارض مع المستدل ، لانه يسلم دلالة المستدل ثم يقيم دليلاً على نفيها . انظر تفاصيل هذا فى اعلام الموقعين لابن القيم ٣٣٩/١

(٢) ذكرت هنا المذاهب التى أوردها الأصوليون فى كتبهم والتى وقفت على قائلها . أما المذاهب التى لم أقف على قائلها فقد أهملتها .

المذهب الأول :

يرى أكثر العلماء ، وفي مقدمتهم المالكية ، والحنابلة ، والظاهرية :
أن الاستصحاب حجة شرعية ، ويصح الاحتجاج به في الأمر الوجودي
والعدمي ، والشرعي ، والعقلي ، ويصلح كذلك لاثبات أمر لم يكسب ،
كما أنه حجة دافعة .

(١) وقد ذهب إلى هذا الرأي جماعة من أصحاب الشافعي كالزمي
والصيرفي (٢) والغزالي ، وابن سريج (٣) ، وابن خيران (٤) ،

(١) هو اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو المزني ، ويكنى بأبـ
ابراهيم ، ولد بمصر عام ١٧٥ هـ ، تتلمذ على الشافعي ولازمه ،
وتتلمذ عليه ابن خزيمة والطحاوي ، وزكريا الساجي ، وابن صوصا
وابن أبي حاتم وغيرهم ، له المختصر ، والجامع الكبير ، والجامع
الصغير ، وغير ذلك توفي عام ٢٦٤ هـ انظر ترجمته في طبقات
الشافعية للسبكي ٩٣/٢ - ١٠٩ وشذرات الذهب ١٤٨/٢ -
١٤٩ ، ووفيات الأعيان وانباء الزمان لابن خلكان - تحقيق احسان
عباس (دار صادر بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م) ٢١٩/١

(٢) هو محمد بن عبد الله البغدادي ، يكنى بأبي بكر ، ويلقب بالصيرفي
تتلمذ على أحمد بن منصور ، وتفقه على أبي العباس بن سريج
وكان عالما في الأصول والفقه ، تتلمذ عليه محمد بن علي الحلبي
وغيره توفي عام ٣٣٠ هـ انظر ترجمته في وفيات الأعيان ١٩٧/٤ ،
وطبقات الشافعية للسبكي ١٨٦/٣ - ١٨٧ هـ ، وشذرات الذهب
٣٢٥/٢

(٣) هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي القاضي ، أبو العباس ،
الفقيه ، الأصولي ، المتكلم ، شيخ الشافعية في عصره ، صاحب المؤلفات
الحسان ، له تصانيف مع محمد بن داود الظاهري توفي عام ٣٠٦ هـ
انظر ترجمته في شذرات الذهب ١٨١/٣ وفيات الأعيان ٦٦/١ -
٦٧ طبقات الشافعية للسبكي ٢١/٣ - ٢٩

(٤) هو الحسين بن صالح بن خيران ، الشيخ أبو علي الشافعي ، من
كبار فقهاء الشافعية في عصره ، هو أحد أركان المذهب ، كان ورعا فاضلا
متقشفا ، توفي عام ٣٢٠ هـ ، انظر ترجمته في : طبقات الشافعية ٢٧١/٣ -
٢٧٤ وفيات الأعيان ١٣٣/٢ - ١٣٤ هـ . شذرات الذهب ٣٨٧/٢

وأبى منصور الماتريدي (١) ، وتابعه جماعة من مشايخ سمرقند . وهو
اختيار صاحب الميزان أبى بكر محمد السمرقندى (٢)

المذهب الثانى :

يرى المتقدمون من الحنفية ، وبعض الشافعية ، وأبو الحسين
البصرى (٣) ، وجماعة من المتكلمين ، أن الاستصحاب ليس بحجة
أصلاً ، لا لإثبات أمر لم يكن ثابتاً ، ولا لإبقاء ما كان على ما كان .

(١) هو محمد بن محمد بن محمود يكنى بأبى منصور ويلقب بالماتريدي
من أئمة الكلام فى عصره ، واليه ينسب مذهب الماتريديّة فى
العقائد ، تلقى العلم والفقه على أبى بكر أحمد الجوزجاني ، وأبى
نصر الصحاحي وغيرهم ، تفقه عليه اسحق بن محمد السمرقندى
وعبد الكريم بن موسى البزدوى ، له مأخذ الشرائع فى أصول الفقه
وكتاب التوحيد ، وكتاب المقالات ، وغيرها ، توفى عام ٣٣٣ هـ انظر
ترجمته فى الجواهر المضيئة لمحق الدين أبى محمد بن أبى الوفاء
(مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند ط ١/ ٢) ١٣٠-١٣١ ،
والفوائد البهية فى تراجم الحنفية ص ١٩٥

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبى أحمد . . أبوبكر علاء الدين السمرقندى
من شيوخ الحنفية فى عصره ، تفقه على أبى المعين ميمون المكحولى ،
وصدر الاسلام أبى اليسر البزدوى ، وأخذ عنه علاء الدين أبى بكر
صاحب البدائع ، له تحفة الفقهاء وميزان الأصول فى نتائج العقول
فى أصول الفقه توفى عام ٥٥٣ هـ انظر الفوائد البهية ص ١٥٨ ،
والجواهر المضيئة ٣٠/٢ .

(٣) هو محمد بن على بن الطيب البصرى ، يكنى بأبى الحسين ، من
أئمة المعتزلة ، شافعى المذهب ، له تصانيف كثيرة فى الأصول ،
وعلم الكلام ، أهمها المعتمد فى أصول الفقه ، وشرح الأصول
الخمس للمعتزلة فى علم الكلام توفى عام ٤٣٦ هـ انظر ترجمته
فى وفيات الأعيان ٢٧١/٤ ، شذرات الذهب ٢٥٩/٣

المذهب الثالث :

يرى أكثر المتأخرين من الحنفية ، مثل القاضي الإمام أبي زيد^(١)
وصدر الإسلام أبي اليسر^(٢) ، ومتابعيهم : أنه لا يصلح حجة لإثبات
أمر مبتدأ ، ولا للإلزام على الخصم بوجه ، ولكنه يصلح لإبلاء العذر
والدفع . فيجب على المجتهد العمل به في حق نفسه ، ولا يصح لسه
الاحتجاج به .^(٣)

(١) هو عبد الله بن عمر بن عيسى ، القاضي ، يكنى بأبي زيد من أكابر

فقهاء الحنفية في عصره ، تفقه على أبي جعفر الاستروشني وغيره ،
له تأسيس النظر فيما اختلف فيه أبو حنيفة وصاحباؤه ، وتقويم
الأدلة في أصول الفقه ، وغير ذلك ، توفي عام ٤٣٠ هـ انظر
ترجمته في الفوائد البهية ص ١٠٩ ، وفيات الأعيان ٤٨/٣

(٢) هو محمد بن محمد بن عبد الكريم بن موسى ، أبو اليسر صدر
الإسلام البزدي ، من كبار أئمة الحنفية في عصره وانتهت اليه
رئاستهم ، أخذ عن اسماعيل بن عبد الصادق ، وعن بن يعقوب
يوسف السيارى ، وأخذ عنه نجم الدين عمر النسفي ، وعلاء الدين
السمرقنتي ، وابن أخيه الحسن وغيرهم ، توفي عام ٤٩٣ هـ ،
انظر الفوائد البهية ص ١٨٨

(٣) انظر الأحكام في أصول الأحكام للامدي ١٧٢/٤ ، وكشف
الأسرار ٣٣٧/٣-٣٧٨ ، والأحكام في أصول الأحكام لابن حزم
٢/٥-٣ ، وتنقيح الفصول في اختصار المحصول ص ٤٤٧ ،
وارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٧ ، وأعلام الموقعين لابن القيم

المذهب الرابع :

إنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله تعالى ، فإنه لا يكلف إلا بما يدخل تحت مقدوره ، فإذا لم يجد دليلا سواه جاز له التمسك به . وهو قول بعض الحنفية وبعض المتكلمين . (١)

المذهب الخامس :

ذهب بعض الحنفية ، وبعض المتكلمين إلى أن الاستصحاب يصلح للترجيح فقط ، ولا يصح الاحتجاج به مطلقا .
وقد نقل الشيخ أبو اسحق (٢) هذا الرأي عن الشافعي وقال هو الذي يصح عنه . (٣)

(١) انظر ارشاد الفحول ص ٢٣٨

(٢) هو ابراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله أبو اسحق الشيرازي ، الفقيه الشافعي الأصولي ، يلقب بجمال الدين ، ويكنى بأبى اسحق ، ولد عام ٣٩٣ هـ ، تتلمذ على أبي عبد الله البيضاوي وابن رامين ، والجزري ، وأخذ الأصول عن أبي حاتم القزويني تتلمذ عليه أبو النصر الحميدي وأبو بكر بن الخاصة ، له التنبية والمهذب ، كلاهما في فقه الشافعية ، وله في الأصول : اللمع ، والتبصرة ، توفي عام ٤٧٦ هـ انظر ترجمته في وفيات الأعيان ١/ ٣٩-٣١ ، طبقات الشافعية للسبكي ٢١٥/٤-٢٥٦

(٣) انظر البرهان في أصول الفقه لامام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني : تحقيق د . عبد العظيم الديب : (قطر مطابع الدوحة الحديثة) ١١٣٥/٢ ، وارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٨

أدلة المذاهب

أدلة المذهب الأول :

استدل القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا ؛ بالكتاب ،

والسنة ، والعرف ، والمعقول .

أولا : الكتاب :

أ/ قوله تعالى : (وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ
يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما

استغفر لعمه أبي طالب ، واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين (٢)

وأنزل الله تعالى : (مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ) (٣)

ندموا على استغفارهم لهم قبيل التحريم ، فبينت الآية : أن استغفارهم

لهم قبل التحريم كان على البراءة الأصلية ، فلا إثم فيه ، ولا حرج حتى

يبين الله لهم فيه حكما .

وهذا يعني : أن الاستدلال باستصحاب البراءة الأصلية استدلال

صحيح .

ب/ ومثل هذا قوله تعالى : (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ

مَا سَلَفَ . .) الآية (٤)

(١) التوبة آية ١١٥

(٢) هو عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم القرشي ، والد علي رضي الله

عنه ، وعم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكافله ، ومربيه ، وناصره ، ولد

عام ٨٥ هـ ، كان من أبطال بني هاشم ورؤسائهم ، دافع عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم وناصره ولم يسلم حتى مات ، توفي

سنة ٣٠ هـ ، انظر ترجمته في الطبقات الكبرى لابن سعد (دار صادر

بيروت) ١١٢/١ - ١٢٥ والأعلام طبعة كوستانتينوس وشركاه ٣١٥/٤

(٣) التوبة آية ١١٣

(٤) البقرة آية ٢٧٥

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنه لما نزل تحريم الربا، تخرج المسلمون من الانتفاع بالأموال المكتسبة من الربا قبل التحريم ، فبينت الآية أن ما نفعوا من الربا قبل التحريم باق على البراءة الأصلية . فهو حلال لهم ولا حرج فيه . وهذا الحل لأموال الربا قبل التحريم لم يرد فيه نص ، وإنما ثبت استصحابا للبراءة الأصلية . (١)

ثانيا : السنّة :

ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : إذا جاء أحدكم الشيطان فقال إني قد أحدثت فليقل : كذبت . ما لم يجد ريحا بأنفه أو صوتا بأنفه . (٢)

وهذا الحديث يدل على استدامة الوضوء عند الاشتباه في وجود الحدث ، وهذا لا يكون إلا باستصحاب الطهارة الثابتة ، قبل الشك في الحدث الناقض ، وهو عين الاستصحاب . (٣)

(١) انظر مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص ١٨-١٩ و ١٥٩-١٦٠

(٢) رواه أحمد ٥٤/٢ وروى البخاري نحوه في كتاب الوضوء باب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين ٢٨٣/١ حديث رقم ٣٤ ومسلم في الحيض باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك ٣٧٦/١ حديث رقم ٩٨ ، ٩٩

(٣) انظر البخاري ، كشف الاسرار ٣/٣٧٩

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه أكثر العلماء من أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك ، فمتى ما تيقنا حصول شيء ، وشككنا في حدوث المزيل ، أخذنا بالمتيقن ، وهذا عين الاستصحاب ، لأنهم رجحوا بقاء الباقي على حدوث الحادث . (١)

ومن ذلك أن الشخص إذا تيقن الوضوء ثم شك في الحدث ، جاز له أداء الصلاة ولا عبرة بشكه .
ولو تيقن الحدث ، ثم شك في الوضوء ، يحكم بوجود الحدث ، وكذا لو تيقن النكاح ثم شك في الطلاق ، لا يزول النكاح بما حدث من الشك ، ونبقى التي شك في طلاقها زوجة له بناءً على العقد السابق .
ولو شك في حصول الزوجية ابتداءً ، حرم عليه الاستمتاع بمن شك في حصول الزواج بها ، عملاً بالحرمة الثابتة قبل الشك . وأمثلة ذلك في الفروع كثيرة .

وهذا كله مبني على أن الحكم الذي ثبت في الماضي يستصحب ، ويبقى حتى يوجد دليل بغيره . (٢)

(١) انظر المحصول ج ٢ ق ١٦٤/٣

(٢) انظر الفخر الرازي: المحصول في علم اصول الفقه المصدر السابق ج ٢ ق ١٦٤/٣ والبخاري ، كشف الأسرار ١٢٩/٣ ، وانظر شرف الدين ، يحيى بن شرف النووي: المجموع شرح المذهب ، علق عليه وأتمه بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي (توزيع المكتبة العالمية بالفجالة) ٦٦-٦٤/٢ .

قال الآمدى :- (١)

(إن الاجماع منعقد على أن الانسان لو شك فى وجود الطهارة ابتداءً ، لا تجوز له الصلاة . ولو شك فى بقائها ، جازت له الصلاة ، ولو لم يكن الأصل فى كل متحقق دوامه ، للزم اما جواز الصلاة فى الصورة الأولى ، أو عدم الجواز فى الصورة الثانية ، وهو خلاف الاجماع . وانما قلنا ذلك لأنه لو لم يكن الراجح هو الاستصحاب لم يخل اما أن يكون الراجح عدم الاستصحاب ، أو أن الاستصحاب وعدمه سيان . فان كان الأول وهو كون الراجح عدم الاستصحاب فيلزم منه امتناع جواز الصلاة فى الصورة الثانية لظن فوات الطهارة ، وان كان الثانى فلا يخلو اما أن يكون استواء الطرفين مما تجوز معه الصلاة أو لا تجوز . فان كان الأول فيلزم منه جواز الصلاة فى الصورة الأولى . وان كان الثانى ، فيلزم منه عدم جواز الصلاة فى الصورة الثانية وكل ذلك ممتنع) (٢)

وهو الذى ذكره الآمدى فى مسألتى الطهارة والحدث يصلح كذلك لمسألتى الشك فى حصول الزوجية ابتداءً ، وفى الشك فى بقائها .
قال عضد الدين الايجى :

(ولنا أنه لو شك فى حصول الزوجية ابتداءً ، حرم عليه الاستمتاع اجماعاً ، ولو ظن دوام الزوجية ، جاز له الاستمتاع اجماعاً ، ولا فارق بينهما

(١) هو على بن أبى على بن سالم ، يلقب بسيف الدين ، ويكنى بأبى الحسين ، ولد سنة ٥٥١ هـ ، نشأ حنبلياً ثم تحول الى المذهب الشافعى ، ومن أشهر شيوخه أبو القاسم بن فضالان ، وبرع عليه فى علم الخلاف ، له مؤلفات كثيرة منها فى الاصول ، والاحكام فى اصول الاحكام ، ومنتهى السؤل فى علم الاصول ، وفى الكلام : أفكار الأبيكار ، توفى عام ٦٣١ هـ وفيات الاعيان ٣/٢٩٣-٢٩٤ طبقات الشافعية للسبكي ٨/٣٠٦-٣٠٨ شذرات الذهب ٥/١٤٤-١٤٥
(٢) الآمدى الاحكام فى اصول الاحكام ٤/١٧٢-١٧٣

الا استصحاب عدم الزوجية في الأولى ، واستصحاب الزوجية في الثانية ،
فلو لم يعتبر الاستصحاب للزم استواء الحالين في التحريم والجواز ،
وهو باطل لأنه خلاف الا جماع ، فقد علم اجماعهم على اعتبار الاستصحاب
من المسألتين . (١)

ثالثا : العرف :

فقالوا : (ان العقلاء وأهل العرف ، اذا تحققوا من وجود
شيء ، أو عدمه ، وله أحكام خاصة به ، فانهم يسوغون القضاء والحكم بها
في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم ، حتى أنهم يجيزون
مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بحد متطاولة ، وانفاذ الودائع اليه
ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقرب به على تلك الحالة .
ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه لما ساغ لهم ذلك) (٢)
وهذا كله يدل على أن اعتقادهم بقاء تلك الأمور راجح على
اعتقادهم تغييرها .

ولولا أن ظن بقاء تلك الأمور راجح على تغييرها لكان تصرفهم
هذا سفها .

حتى ذهب بعضهم إلى القول : بأن افادة الاستصحاب
ظن البقاء أمر ضروري ، والدليل عليه : تصرفات العقلاء ؛ ولولا ذلك
لما حصل منهم ما تقدم . (٣)

(١) شرح مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٤ وانظر جمال الدين الاسنوي
نهاية السؤل ٣/ ١٣١-١٣٢ وانظر عبد العلي محمد بن نظام
الدين فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (دار صادر ٢/ ٣٥٩-
٣٦٠ مطبوع مع المستصفى للقرآلى
(٢) الآمدى الاحكام فى اصول الاحكام ٤/ ١٧٣ وانظر تيسير التحرير ٤/ ١٧٧
(٣) انظر التلويح على التوضيح ٣/ ٣٦-٣٧ مطبوع مع التوضيح لصد الشريعة

واذا ثبت غلبة الظن في شيء، وجب الحكم به . لأن الظن حجة متبعة في الشرعيات ، فلا مانع من الاستدلال بالاستصحاب ما دام أنه يفيد غلبة الظن . (١)

رابعاً : المعقول :

واستدل القائلون بحجية الاستصحاب بالمعقول أيضاً فقالوا :
أ- ان العلم يتحقق أمر في الحال، اذا لم يظن طرو معارض يزيله ،
فانه يلزم ظن بقاءه في الاستقبال، ولا معنى لكونه حجة الا ذلك ، وهو
المراد بالاستصحاب (٢)

ولقد استدلوا على صحة هذا الدليل بعدة أوجه :

الوجه الاول :

انه لو لم يكن الأصل في كل أمر تحقق ولم يظن طرو ما يزيله هسو
البقاء ، لما تقررت المعجزة أصلاً ؛ لأن المعجزة أمر خارق للعادة .
ولا يحصل الأمر الخارق للعادة الا مع استمرار العادة على ما
هي عليه ، لأنه لو لم يتوقف حصول هذا الأمر على استمرار العادة لجاز
تغيرها ، فلا تكون المعجزة حينئذ خارقة للعادة . واستمرار العادة
متوقف على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . (٣)

(١) انظر الفخر الرازي، المحصول في علم اصول الفقه ج ٢ ق ٣/١٦٤ -
١٦٥ ، والأمدى، الأحكام في اصول الأحكام ١٢٢/٤ وعقد الدين
الإيجي، شرح مختصر ابن الحاجب ٢٨٥/٢

(٢) انظر الفخر الرازي، المصدر السابق ص ١٤٨ ، عقد الدين الإيجي
المصدر السابق ١٨٥/٢

(٣) انظر المحصول في علم اصول الفقه ج ٢ ص ١٦٢ - ١٦٦
وسنن أبي اسود ١٢١/٢ كشف الاسرار ٢٧٩/٢

قال الأسنوى :

(انه لا معنى للعادة، الا أن تكرر وقوع الشيء على وجه مخصوص يقتضى اعتقاد أنه لو وقع لم يقع الا على ذلك الوجه ، فلو كان اعتقاد وقوعه على خلاف ذلك لم تكن المعجزة خارقة للعادة) . (١)

الوجه الثانى :-

لو لم يكن الأصل أن كل ما ثبت فى الزمان الأول على الوجه المذكور، يكون مظنون البقاء فى الزمان الثانى على نفس الحال ، للزم منه أن لا تثبت الأحكام الثابتة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنسبة إلينا لجواز النسخ لها .

لأنه لو لم يحصل الظن ببقائها فى هذا الزمان لكان بقاءؤها مساويا لجواز نسخها ، وحينئذ لا يمكن الجزم بثبوتها ، والاستصحاب هو الذى يرجح بقاءها على نسخها ؛ والا لزم الترجيح من غير مرجح .

الوجه الثالث :

أن يكون الشك فى الطلاق كالشك فى النكاح ، لتساويهما فى عدم حصول الظن بما مضى ، وحينئذ فيلزم أن يباح الوطء فيهما ، أو يحرم فيهما ، وهو باطل باتفاق . بل يباح الوطء للشاك فى الطلاق ، دون الشاك فى النكاح كما تقدم (٢) ، والذى يرجح اباحه الوطء للشاك فى الطلاق دون اباحته للشاك فى النكاح هو الاستصحاب ، والا لزم الترجيح من غير مرجح . (٣)

(١) نهاية السؤل للأسنوى ١٣١/٣

(٢) انظر ص ٦٥-٦٧ من هذا البحث

(٣) انظر الفخر الرازى المحصول فى علم الاصول ج ٢ ق ٣/ ١٦٣-١٦٤ وانظر الأسنوى نهاية السؤل ١٣١/٣-١٣٢ والبخارى كشف الاسرار ٣٧٩/٣

ب) ان ظن البقاء ، أغلب من ظن التغير ، ولذلك كان بقاء ما سبق وجوده راجحا على عدمه . واذا كان راجحا على عدمه ، وجب العمل بالراجح وهو المدعى .

وووجه رجحان البقاء على عدمه من وجهين :

الوجه الاول :

ان الباقي يستغنى عن السبب والشرط الجديدين ، لأن الاحتياج اليهما انما هو لأصل الوجود . والوجود قد حصل لهذا الذي سبق وجوده ، فلا يحتاج اليهما ، والا يلزم من هذا تحصيل الحاصل ، بل يكفيه دواهما .

أما الأمر الجديد وهو : تغير ما سبق وجوده . فانه لا بد لحدوثه من سبب وشرط جديد ، لأنه من الأمور الحادثة ، وما لا يفتر الى السبب والشرط الجديدين ، أرجح من المفتر ، فيكون البقاء أرجح من العدم وهو المدعى .

الوجه الثاني :

ان البقاء لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ، ومقارنة ذلك الباقي للزمان المستقبل وجودا أو عدما .

أما المتغير فمتوقف على ثلاثة أمور هي :

وجود الزمان المستقبل ، وتبدل الوجود بالعدم ، أو العدم بالوجود ، ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان .

ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير ، أغلب مما يتوقف على

تدينك الأمرين وثالث غيرهما . (١)

أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني وهم القائلون بعدم حجية

الاستصحاب مطلقا بالاتي :

، إن ما يوجب الوجود لا يوجب البقاء ، وذلك لأن الثبوت فسي
الزمان الأول يفتقر الى الدليل المثبت ، فكذلك في الزمان الثاني ،
فيكون ثبوت الأمر في الزمان الثاني بلا دليل .

لأن البقاء في الزمان الثاني يجوز أن يكون وأن لا يكون ، فعلى

من يدعى بقاءه في الزمان الثاني اقامة الدليل على بقاءه واستمراره .

قال البخاري : (وتمسك من لم يجعله حجة أصلا ، المستصحب

ليس له دليل عقلي ، ولا شرعي ، على ثبوت الحكم في موضع الخلاف .

فإن العقل لا يدل على تغاير الحكم الشرعي بعد ثبوته ، وكذا دلائل

الشرع الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس ، ولم يدل شيء منها

على بقاء الحكم بعد الثبوت ، فكان العمل بالاستصحاب عملا بلا

دليل .

وكيف يجعل حجة لبقاء ما كان على ما كان ، والبقاء لا يضاف الى

الدليل الموجب ، بل حكمه الثبوت لا غير (٢)

(١) انظر الآمدي ، الاحكام في أصول الأحكام ، ١٧٣/٤ - ١٧٥ ونهاية
السؤل ١٣١/٣ - ١٣٢ ، وكشف الاسرار عن أصول البزدوي ٣٧٩/٣

(٢) انظر كشف الأسرار ٣٧٩/٣

قال صاحب تيسيرا لتحريراً(١) موضحاً هذا الدليل :

(١) ان موجب الوجود ليس موجب بقاءه ، فان البقاء استمرار الوجود وصفته ، وعلّة الموصوف لا يجب أن تكون علّة لصفته . والمراد: نفى لزوم الاتحاد بينهما لا لزوم المغايرة . فلا يرد أنه لم لا يجوز أن يكون علّة الوجود ، علّة البقاء فهذا القدر كاف في التعليل .

لأن حجية الاستصحاب موقوفة على كون موجب الوجود موجب البقاء . لأن حاصله ابقاء ما قد تحقق لموجب على ما كان ، وليس عندنا الا العلم بوجود الموجب فيما سبق ، فلو كان يلزم كون موجب الوجود موجب البقاء ، كان ذلك دليلاً على البقاء وحيث لم يلزم لم يكن للبقاء دليل (٢)

وقد نقل علاء الدين البخاري عن الامام أبي زيد الدبوسي ما يفيد : أن الاحتجاج بالاستصحاب عمل بلا دليل استناداً الى الدليل المتقدم ، وهو أن موجب الوجود ليس موجباً للبقاء .

(١) هو محمد أمين بن محمود البخاري ، المعروف بأمر ياد شاء مفسر وأصولي ، من آثاه تفسير سورة الفتح ، وتيسير التحريير شرح به التحرير في أصول الفقه لابن الهمام ، وفصل الخطاب في التصوف ، توفي عام ٩٨٧ هـ . انظر ترجمته في معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (مكتبة لبنان ودار احياء التراث العربي بيروت) ٨٠/٩

(٢) تيسير التحرير ١٧٧/٤ وانظر الأشباه والنظائر لزين الدين بن نجيم : تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل : (مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ١٣٧٧ هـ - ١٩٦٨ م) ص ٧٤ وكشف الأسرار ٣/٣٨٠ ، فقد أفاض في شرح هذا الدليل ووضحه .

قال رحمه الله : (وذكر القاضى الامام فى التقويم : أن الاحتجاج بالاستصحاب عمل بلا دليل . وذكر مثال الاستصحاب فى المعسوم والموجود ثم قال : (وهذا لأن ثبوت العدم لا يوجب بقاءه ، ولا ينفي حدوث علة موجدة ، ولا ثبوت الوجود بعده يوجب بقاءه ، ولا ينفي ما تقدم ، الا ترى أن عدم الشراء منك لا يمنعك عن الشراء ، ولا يوجب أيضا دوام العدم ، بل يدوم بعدم الشراء منك للحال ، لا يحكم العدم فيما مضى . وإذا اشتريت فهذا الشراء منك أوجب الملك ، ولا يوجب بقاءه ، وإنما يبقى بعدم ما يزيله ولا يمنع حدوث ما يزيله .

وحياة الانسان بعلمتها لا توجب البقاء ، ولا يمنع طريان الموت . وما فى هذه الجملة اشكال . فإذا اراد - أى المستدل بالاستصحاب - اثبات دوام الحالة الثابتة فى المستقبل بكونه ثابتا - وهو لا يوجبه بل يبقى لاستغنائه عن الدليل فى بقاءه - كان محتجا بسلا دليل (١)

أدلة المذهب الثالث :

واستدل أصحاب المذهب الثالث وهم القائلون بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ، بالدليل المتقدم الذى استدل به القائلون بعدم الحجية مطلقا وهو أن موجب الوجود لا يوجب البقاء . ولذلك نفوا حجية الاستصحاب فى الالتزام على الغير ، وفى اثبات ما لم يكن كأصحاب المذهب الثانى .

(١) انظر كشف الأسرار ٣/ ٣٨١

الا أن الحكم لما كان ثابتا في الزمان الأول ، ولم يظهر ما يزيله
وبؤل المجتهد وسعه في طلب الدليل المزيل ولم يجده ، كان بقاءه
في الزمان الثاني محتملا ، فجاز للمجتهد العمل به في حق نفسه
ولا يكون ذلك حجة للغير ، بل حجة دافعة تدفع دعوى من أدعى تغيير
الحالة التي كانت ثابتة .

قال البخاري بعد أن ذكر الدليل المتقدم وافاض في شرحه :
(فثبت أن الدليل الموجب للحكم ، لا يوجب بقاءه ، فلا يكون البقاء
ثابتا بدليل ، بل بناء على عدم العلم بالدليل المزيل مع احتمال
وجوده ، فلا يصح حجة على الغير . لكنه لما بذل جهده - أي المجتهد -
في طلب المزيل ، ولم يظفر به ، جاز له العمل به ، إذ ليس وفي وسعه
وراء ذلك فجاز له العمل بالتحري عند الاشباه) (١)
وانما جاز للمجتهد العمل به ، لأنه غلب على ظنه عدم ظهور
المزيل ، وهذا الظن لا يصلح دليلا على صحة الاحتجاج به على الغير
في الاثبات ، إذ أنه لم يقم دليل قطعي ولا ظني على اعتباره ، لكن
الظن يكفي في الدفع فقط (٢)
أدلة المذهب الرابع :

استدل أصحاب المذهب الرابع وهم القائلون بأن الاستصحاب
حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله عز وجل بالاتي :

(١) (٢) انظر المصدر نفسه ٣ / ٣٨٠

وإن الله سبحانه لا يكلف الشخص إلا بما يدخل تحت مقدوره ، فإذا لم يجد دليلاً سوى الاستصحاب جازله التمسك به ، ولا يكون حجة على الخصم عند المناظرة .

فإن المجتهدين إذا تناظروا ، لا ينفع المجتهد قوله لم أجِد دليلاً على هذا ، لأن التمسك بالاستصحاب لا يكون إلا عند عدم الدليل . وهو لا يتفقون مع القائلين بحجية الاستصحاب للدفع في عدم حجية الاستصحاب في الزام الخصم ، وفي اثبات ما لم يكن ، إلا أنهم لا يقولون بأنه حجة دافعة . (١)

أدلة أصحاب المذهب الخامس :

استدل أصحاب المذهب الخامس وهم القائلون بأن الاستصحاب يصلح للترجيح عند تعارض الأدلة فقط ، ولا يصح الاحتجاج به مطلقاً بالأدلة التي استدل بها من لم ير حجية الاستصحاب مطلقاً ، ولكنهم رأوا صلاحية الاستصحاب للترجيح بين الأدلة المتعارضة ، إذ أيسد الاستصحاب أحد هذه الأدلة ، فحينئذ يكون الدليل الراجح هو الذي كان الاستصحاب مؤيداً له (٢)

(١) (٢) انظر الشوكاني ، ارشاد الفحول ص ٢٣٧-٢٣٨

مناقشة الأدلة

تقدم أن العلماء اختلفوا في اعتبار الاستصحاب والعمل به ،
وتقدمت كذلك أدلتهم ، فكان لابد من مناقشة هذه الأدلة ، ومقارنتها
حتى يسهل ترجيح الراجح منها . ولما كانت مذهب النافين لحجية
الاستصحاب تجتمع في الأدلة - وذلك لأن عمدة ما استدلوا به
هو قولهم : ان موجب الوجود ليس موجبا للبقاء - جعلت مذهبهم
مذها واحدا يقابل مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقا وجعلت
مناقشة ما استدلوا به في فرع ، ومناقشة ما استدل به المثبتون في فرع ،
ليسهل مناقشتها وترجيح الراجح منها .

الفرع الأول : مناقشة أدلة المثبتين لحجية الاستصحاب

استدل المثبتون لحجية الاستصحاب بأدلة نقلية ، وعرفية ،
وعقلية ، كما تقدم ولقد تعرضت هذه الأدلة لنقد واعتراضات من قبيل
النافين لحجية الاستصحاب ، فقليل فيما استدلوا به
أولا : في احتجاجهم بمسائل معارضة اليقين بالشك ، مع أدلتهم
النقلية على صحة الاستصحاب قالوا :
أ) إن هذه المسائل ليست مبنية على الاستصحاب ، بل على وضع
الشارع لها ، فالوضوء والبيع والنكاح ونحو ذلك : توجب أحكاما مستدة
الى زمان ظهور المغير ، فلم يكن البقاء فيها حينئذ مستندا الى
الاستصحاب ، بل مستندا الى تحقيق هذه الأفعال مع عدم ظهور المغير .
لا الى كون الأصل فيها هو البقاء ، الذي هو معنى الاستصحاب .
ومما يدل على صحة هذا أنه لا يصح توقيت هذه الأحكام صريحا .

فلو قال اشتريت الى كذا ، أو توفضت الى كذا ، أو قال اشتريت
على أن يثبت الملك في سنة ، أو سنتين ، أو توفضت على أن يثبت
الطهارة الى وقت كذا ، أو تزوجت على أن يثبت الحمل النسبي
مدة كذا ، لا يصح هذا منه بل يفسد بناءً على هذا العقد أو الشرط .
فلو لم تكن هذه الأحكام مؤيدة ، وكان بقاءها بالاستصحاب
لجاز توقيتها .

وهذه الأحكام مع كونها مؤيدة ، تحتل السقوط بالمعارض على
سبيل المناقضة ، فتسقط بمعارض يناقض الأول ويضاده ، كالفسخ
للبيع ، والطلاق البات للنكاح ، والحدث الناقض للطهارة ، فقبل
وجود المعارض يكون لهذه الأحكام حكم التأييد ، فكان بقاءها
بالدليل لا بالاستصحاب . (١)

ويمكن الرد على هذا الاعتراض : بان الشراء يثبت به حصول
الملك ، لا بقاء الملك ، وكذلك الوضوء يثبت به حصول الطهارة ، لا بقاءها
وكذلك أمثالها .

فان تحقق هذه الأشياء يدل على وجودها ، لا على بقائها ،
بناءً على أن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء .

قال صاحب فواتح الرحموت (٢) (على أنه يمكن تقرير دليل المشتين
بأنه : لو لم يكن الاستصحاب حجة لما حكم ببقاء حكم من الأحكام ، كالزوجة

(١) انظر البخاري ، كشف الاسرار ٣/ ٣٨١-٣٨٢

(٢) هو عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد الأنصاري الهندي ،
له فواتح الرحموت بشرح مسلم الشبوت في أصول الفقه توفي عام ١٢٥٥ هـ
انظر ترجمته في ايضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون ، لاسماعيل
بن محمد بن أمين بن سليم (مكتبة المتنبي بغداد) ٤٨١/٢

الثابتة بالنكاح ، والملك ، وغير ذلك كما ذكرتم من عدم لزوم كون موجب الوجود والبقاء واحدا .

والثاني باطل ، فلا يكون بقاء هذه الفروع الا بالاستصحاب (١)

اعتراض النافون على هذا الرد فقالوا :

ان الشراء والوضوء ونحوهما ، توجب الوجود على نحو لا يحتمل أن يختلف عنه ، لكنها توجب البقاء على وجه يحتمل طرف القاطع ، فثبتت بقاء الملك بالشراء ، وثبتت بقاء الطهارة بالوضوء ، ليس كثبت وجود الملك ووجود الطهارة .

فثبتت بقاء الملك بالشراء ، والطهارة بالوضوء ، يحتمل وجود المناقض ، بخلاف ثبوت وجود الملك والطهارة ، فانه لا يحتمل الانتقاض . وهذا معنى قولنا : أن هذه الاحكام وأمثالها مستندة الى أدلتها وعلى وضع الشارع لها لا على الاستصحاب . (٢)

رد المبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

ان بقاء هذه الأحكام ما دام أنه يحتمل طرف المعارض كما قلتم ، فان الجزم ببقائها لا يتحقق ، فيكون البقاء مشكوكا فيه ، والشك ضد البقاء فمن أين يأتي الظن ببقائها لولم يكن الاستصحاب حجة . (٣)

(١) فواتح الرحموت ٣٦١/٢

(٢) انظر كشف الاسرار ٣٨٢/٣ وانظر فواتح الرحموت ٣٦٠/٢

(٣) انظر فواتح الرحموت ٣٦١/٢

ب) واعترض النافون على هذه المسائل نفسها فقالوا :

ان بقاء الطهارة بالنسبة للمتوضي* الذي شك في الحدث ، وبقاء الزوجية بالنسبة لمن تيقن النكاح وشك في الطلاق ، وأماليهما ، أحكام شرعية . والأحكام الشرعية لا تثبت الا بدليل منصوب من الشارع . وأدلة الشرع منحصرة في النص ، والاجماع ، والقياس ، وإجماعا والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به .

أجاب المبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

ان الدليل المنصوب من الشارع انما يحتاج اليه في اثبات الحكم ابتداء ، أما في بقاء الحكم فممنوع ان يكفي فيه الاستصحاب . ولو سلم بأن بقاء الأحكام يحتاج الى دليل شرعي كما في ثبوتها فلا يسلم بأن الأدلة منحصرة في هذه الثلاثة ، بل هناك دليل رابع وهو الاستصحاب بالأدلة المبينة لحجيته (١)

ج) واعترضوا على احتجاج الآمدي بالاجماع على مسائل معارضة اليقين بالشك فقالوا :

ان دعوى الاجماع على التفريق في الحكم بين من شك في الطهارة ابتداء ، وبين من شك في زوالها بعد تيقن الطهارة ، غير صحيحة . وذلك لأن مذهب مالك وجماعة من الفقهاء التسوية بينهما في عدم الصحة .

ولو سلمنا ذلك ، وسلمنا معه أنه لو لم يكن الأصل بقاء كل ما

(١) انظر عقد الدين الايجي ، شرح مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٥

تحقق وجوده للزم : إما المساواة في الحكمين المسألتين ، أوجحان الطهارة في حق من شك في الطهارة ابتداءً ، ورجحان الحدث في حق من شك في وجود الطهارة بعد حدوشها . لو سلمنا هذا لانسلم معه أنه يلزم من رجحان الطهارة جواز الصلاة ، بدليل امتناع الصلاة بعد النوم ، والاغماء ، والمسه ، وبدليل امتناعها في حق من ظن حصول الحدث بعد الطهارة ، مع أن وجود الطهارة راجحاً على هذه المسائل .

والقاعدة التي بنى عليها استدلالكم ان ظن الحدث لا يُلحق بتيقن الحدث . (١)

رد المبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

أما منع الاجماع على التفرقة فيما ذكر في مسألتى الشك في الطهارة ابتداءً والشك في حصولها بعد تيقن الطهارة ، فان المقصود بالاجماع هنا الاجماع بين الشافعية والحنفية ، و أكثر الأئمة ، فكان ما ذكرناه حجة على الموافق ، دون المخالف .

وأما قولكم بان رجحان الطهارة لا يلزم منه صحة الصلاة ، كما في عدم صحة الصلاة مع النوم ، والاغماء ، فغير مسلم ، بسل يلزم من رجحان الطهارة صحة الصلاة تحصيلاً لمصلحة الصلاة مع ظن الطهارة كما في مسألة من شك في الحدث بعد تيقن الطهارة .

أما النوم والاغماء فانما امتنعت معها الصلاة لكونهما شيئاً ظاهراً لوجود الخارج الناقض للطهارة ، لنيسر خروج الخارج معها باسترخاء المفاصل .

(١) انظر الآدى الاحكام ، ٤ / ١٧٥-١٧٦

ولهذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن العينين وكاء السه
فإذا نامت العينان استطلق الوكاء) (١)

وإذا كان النوم مظنة الخارج المحتمل ، وجب إدارة الحكم عليه ،
كما هو الغالب من تصرفات الشارع على حقيقة الخروج دفعا للعسر
والحرج عن المكلفين .

كما أنه يلزم من رجحان الحدث امتناع الصلاة بزجرا عن التقرب إلى
الله تعالى والوقوف بين يديه مع ظن الحدث إفانه قبيح عقلا وشرعا .
ولذلك نهى عنه والشاهد له بالاعتبار مسألة من شك فسي حصول
الطهارة ابتداء . (٢)

ثانيا : في احتجاجهم بالأدلة العرفية :

وهو قولهم : ان افادة الاستصحاب الظن ضرورى بدليل
تصرفات العقلاء ، فنجدهم يرسلون من غاب عنهم ، ويهدون اليه . . .
الخ ، فلو لم يكن الوجود في الماضي دليلا على البقاء في المستقبل
لما صح منهم هذا التصرف .

اعترض عليه النافون بعدة اعتراضات منها :

(١) السه: حلقه البر، وهو من الأسنة، انظر لسان العرب المصدر السابق ٤/٩٥
(٢) رواه أحمد ٩٧/٤ وأبو داود في الطهارة ، باب في الوضوء من
النوم ١٤٠/١ حديث رقم ٢٠٣ وانظر الحافظ أبو عبد الله
محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد
عبد الباقي (عيسى البابي الحلبي وشركاه) كتاب الطهارة ،
باب الوضوء من النوم ١٦١/١ حديث رقم ٤٧٧

(٣) انظر الامدى المصدر السابق ٤/١٧٨-١٧٩

أ) إن هذا الدليل يدعى الضرورة في محل النزاع ، ودعوى الضرورة في محل النزاع غير مسموعة ، بدليل حصول النزاع فيه ، فلو كان افادة الاستصحاب الظن ضروري لما حصل النزاع في افادته ظن البقاء . أما ظن بقاء حياة من غاب مدة ولم يعلم حالة ، وعدم طريان الموت عليه : فان هذا الظن لم يكن بناءً على الاستصحاب ، بل لأن الموت بعد مضي زمان قريب خلاف العادة ، فلو مضي زمان كبير لحصل الشك في الحياة .

ولو سلم بأن العلم بحصول الوجود في الماضي يفيد ظن البقاء في المستقبل ، فلا يلزم من هذا كون الظن حجة شرعية الا اذا نص الشارع على اعتباره ، بدليل منصوب منه ، والاجماع على اتباع الظن انما هو في الظن الذي حدث بنصب الشارع له .

كما أنه يجوز أن يرد الظن الذي حدث الى ما ثبت به الأصل ابتداءً ، لا الى الاستصحاب ، أما تصرفات العقلاء : فربما تكون مبنية على الشك ، أو الوهم ، دون الظن ، فلا يلزم من بناء تصرفاتهم على الاستصحاب كون الاستصحاب مفيداً للظن . (١)

رد الشبهة لحجية الاستصحاب على هذا الاعتراض فقالوا :

لو سلمنا عدم صحة دعوى الضرورة لكونها في محل النزاع ، وأن ظن الحياة ، وعدم طريان الموت ، مقيد بتقادم الزمان ، فلا نسلم لكم فسي قولكم : إن الظن الحاصل لم ينص الشارع على اعتباره ، بل هو منصوص على اعتباره في كثير من الفروع .

(١) انظر فواتح الرحموت ٢/ ٣٥٩ - ٣٦٠

ومسألة استصحاب الطهارة مع الشك في الحدث المتقدمة ،
والمسائل المشابهة لها ، خير دليل على اعتبار الشارع لهذا النوع .
أما احتمال أن تكون تصرفات العقلاء مبنية على الشك ، أو الوهم
دون الظن ، فغير مقبول ، ولا لكان فعلهم هذا سفها .

ب) اعترض النافون على دليل المثبتين القائل : بأن المراسلة لمن غاب
غاب مددا طويلة ، ونحوها ، تفيد بقاء المرسل إليه ، فقالوا : ان
مراسلة من غاب مددا متطاولة ، وانفاذ الودائع إليه ، والاشهاد
بالدين على من أقربه في الماضي ، لا يدل على أنهم فعلوا ذلك
لظنهم بقاء المرسل إليه ، بل انما كان فعلهم هذا راجعا الى
ظنهم أنهم ربما يصيرون أغراضهم فيما فعلوه ، وليس راجعا
لظنهم بقاء المرسل إليه وذلك ظاهر . فإن الإنسان إذا رمى غرضا
يقصد إصابته ، فان ذلك يحسن منه ، مع أنه يقوم بهذا الفعل حتى ولو
لم تكن الإصابة ظاهرة ، بل ولو كانت مساوية ، أو مرجوحة ، ومع
ذلك يستحسن منه ؛ لاحتمال أنه ربما يصيب غرضه لا لأنه غلب على
ظنه إصابة الغرض .

رد على هذا الاعتراض : بالفرقة بين المراسلة المذكورة وبين
مسألة من يرمى غرضا بقصد الإصابة .

وذلك لأن الاقدام على الفعل لغرض موهوم غير ظاهر انما يكون
في فعل لا خطر فيه ولا مشقة على فاعله ، وذلك مثل مسألة من يرمى
غرضا بقصد إصابته وان كانت الإصابة مساوية لعدمها أو مرجوحة .

أما ما يلزم من فعله مشقة ، وخطر ، فلا بد أن يكون الاقدام عليه لغرض ظاهر ، راجح على خطره ومشقته ، وهذا تشهد لـه تصرفات العقلاء وأهل العرف من ركوب البحار ، ومعاناة الصعاب والمشاق من الأسفار ، فانهم لا يفعلون ذلك الا لظهور المصلحة الراجحة .

ومن فعل ذلك مع عدم ظهور المصلحة ورجحانها ، عدّ سفيهاً والذي استشهدنا به من مراسلة من غاب عن بلده مدداً متطاولة وانفاذ الودائع اليه ، وارسال الرسل اليه ، من هذا القبيل لا من قبيل الاقدام على الفعل الهووم غير الظاهر . والاقدام على مثل هذا لا يكون الا بعد غلبة الظن ببقاء الرسل اليهم ، فكان معنى الاستصحاب فيه ظاهراً . (١)

ثالثاً : في احتجاجهم بالأدلة العقلية وهو قولهم : ان الحكم اذا ثبت بدليل ، ولم يثبت ما يعارضه قطعاً يبقى الحكم بقاءً هذا الدليل كما ثبتت الشرائع بعد وفاته صلى الله عليه وسلم .

اعترض على هذا الدليل بعدة اعتراضات منها :

أ- ان الدليل الموجب لوجود الحكم ، لا يوجب بقاءه ، لأن موجب الوجود ليس موجب البقاء فيكون البقاء حينئذ لا دليل عليه .

(١) انظر الآمدي الاحكام ، ٣ / ١٨٠-١٨١

أما بقاء الشرائع بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، فأنما هو لوجود الأدلة الموجبة لبقائها ، وعدم احتمال النسخ فيها ، لكونه عليه السلام خاتم النبيين بنص القرآن ، فيكون البقاء ثابتا بدليل يوجبه بخلاف الشرائع في حياته لأنه يجوز نسخها .

فلا يلزم من بقاء الشرائع حجية الاستصحاب ، لوجود هذه الأدلة الدالة على بقاءها ، وهي كافية في بقاءها ، فلا حاجة لاثبات بقاءها بالاستصحاب (١) .

قال ابن نجيم (٢) : (فانا لا نسلم أنه لولا الاستصحاب لما حصل الجزم ببقاء الشرائع ، بل يجوز أن يحصل الجزم ببقائها والقطع بعدم نسخها بدليل آخر .

وهو في شريعة عيسى عليه السلام تواتر نقلها ، وتواطؤ جميع قومه على بقاءها الى زمن نبينا عليه السلام ، وفي شريعة نبينا عليه الصلاة والسلام : الأحاديث الدالة على أنه لا نسخ لشريعته . (٣)

(١) انظر شرح المنار وحواشيه ص ٧٩٧ وفواتح الرحموت ٣٦/٢ ، وتيسير التحرير ١٧٧/٤

(٢) هو زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن محمد ، المشهور بابن نجيم حنفي المذهب ، تتلمذ على ابن قطلوبغا ، والبرهان الكركي ، وشرف الدين البلقيني ، له الاشباه والنظائر في قواعد فروع الحنفية ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفقه ، وله في الأصول ، كتاب فتح الغفار بشرح المنار ولب الأصول ، ومختصر التحرير لابن الهمام ، انظر ترجمته في شذرات الذهب ، ٣٥٨/٨ ، والاعلام للزركلي (طبعة دار العلم للملايين ، ٦٤/٣

(٣) فتح الغفار بشرح المنار ٣٥/٣

أما الشرائع في حياته صلى الله عليه وسلم فلا يكون بقاءها عن طريق الاستصحاب ، بل ان النص يدل على شرعية موجبة لبقائه ، قطعا الى زمان نزول الناسخ . وعد مبيان النبي صلى الله عليه وسلم للناسخ ، دليل على عدم وجوده ، اذ لو نزل لبنينه قطعا لوجب التبیین والتبليغ عليه . فثبت بهذا أن بقاء الأحكام وعدم انتساخها ليس عن طريق الاستصحاب فلا يكون في بقاءها دليل على حجيتها . (١)

وقد رد الشبوتون لحجية الاستصحاب هذا الاعتراض فقالوا : ان الشارع اذا تعبدنا بحكم من الأحكام فلا يمكننا العمل به إلا اذا علمنا أو ظننا عدم طريان الناسخ .

وهذا لا يمكن علمه الا عن طريق الاستصحاب ، وهو الذي يرجح بقاء الأحكام وعدم انتساخها على نسخها وزوالها ، وذلك ليس بناء على أن موجب الوجود موجب البقاء ، بل بناء على أن ثبوت الحكم مع عدم وجود المغير له يفيد غلبة الظن ببقاء الحكم ، وعدم انتساخه ، وهذا لا يكون عن طريق اللفظ ، اذ لو كان طريقه اللفظ لافتقرنا أيضا الى لفظ آخر يدل على بقاء هذا اللفظ ، وهكذا يتسلسل الأمر الى غير نهاية ، فيلزم التسلسل ، وهو باطل اجماعا فلا بد أن ينتهي آخر الأمر الى التمسك بالاستصحاب (٢) .

(١) انظر التلويح على التوضيح ٣٧/٣

(٢) المحصول في علم أصول الفقه ج ٢ ق ١٦٤/٣

ب) واعترض النافون أيضا على هذا الدليل وهو ان الحكم اذا ثبت بقى اذا لم يثبت ما يعارضه فقالوا:-

لو كان الأصل البقاء ، لكنت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الاثبات ، لأن بينة النفي مؤيدة بالبراءة الأصلية ، فيكون الظن بها أقوى من بينة الاثبات ، ولكن الأولى بالتقديم بينة الاثبات ، فدل ذلك على أن الأصل ليس البقاء فلا يكون الاستصحاب حجة .

قال عضد الدين الإيجي : (لو كان الأصل البقاء لكنت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الاثبات - واللازم منتهى . أما الملازمة : فلأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية فيكون الظن بها أقوى .
وأما انتفاء اللازم : فلأن البينة لا تعتبر من النافي ، وهو المدعى عليه ، وإنما تعتبر من المثبت ، وهو المدعى اتفاقا .) (١)

واجيب على هذا الاعتراض : بمنع الملازمة ، لأنه لا يلزم من استصحاب براءة الذمة تقديم بينة النفي على بينة الاثبات ، وإنما يكون هذا صحيحا لو حصل الظن ببينتي الاثبات والنفي معا ، ثم قد مست احدهما على الأخرى بالاستصحاب وليس الأمر كذلك .
بل يحصل الظن ببينة الاثبات فقط . وإنما يحصل الظن بهما مع أن الأصل استصحاب براءة الذمة لثلاثة أوجه :

(١) شرح مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٥

الوجه الأول : ان المثبت يبعد غلظه بأن يظن المعدوم موجودا ،
بخلاف النافي ان لا يبعد غلظه بأن يظن الموجود معدوما ، بناء
على عدم علمه بالدليل مع تمسكه ببراءة الذمة . ولذلك قدمت بينة
المثبت عليه .

الوجه الثاني : ان المثبت يدعى العلم بالوجود ، وللعلم طرق قطعية
من الحس ، والاستدلال ، بخلاف النفي فان طريقه عدم العلم بالوجود
وهذا يفيد الظن لا القطع ، فلا تقدم بينة النافي وهي ظنية على بينة
المثبت وهي قطعية .

الوجه الثالث : ان تقديم بينة الاثبات على بينة النفي وان كانت
معتزدة بأصل براءة الذمة ، فانما كان ذلك لاطلاع المثبت على السبب
الموجب لمخالفة براءة الذمة ، وعدم اطلاع النافي عليه ، لا مكان حدوثه
حال غيبته النافي عمن المثبت ، وتعذر رصده له ، واطلاعه على أحواله
في سائر الأوقات .

فلهذه الأوجه الثلاثة قدمت بينة الاثبات على بينة النفي . (١)

(ج) واعتراض النافون على هذا الدليل أيضا فقالوا :

لو كان الأصل البقاء لكل ما تحقق وجوده ، لأجزأ عتق العبد الذي
انقطع خبره عن الكفارة ، مع أنه لا يجزىء كما ذهب اليه الشافعي وغيره من الأئمة .
أجيب على هذا الاعتراض فقول : ان هذه المسألة

(١) انظر شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية السعد عليه ٢/ ٢٨٥ والإحكام

للإمام ١٨٣/٤

(٢) انظر الإحكام للإمام ١٢٨/٤

بهذه الكيفية ممنوعة . وعلى تقدير تسليمها : فلأن الذمة مشغولة بالكفارة يقينا ، ولا تحصل البراءة منها الا بعق متيقن ، ومع عدم وجود العبد لا يتيقن عتقه ، فمن ادعى خلاف ذلك فيما نحن فيه فعليه الدليل . (١)

(و) واعتراض النافون على دليل المثبتين المذكور وهو الأصل في كل ما تحقق وجوده البقاء . . . الخ فقالوا :

لوسلنا أننا الأصل بقاء ما كان على ما كان ، فلا نسلم لكم أنه يمكن التمسك بهذا الأصل في الأحكام الشرعية . لو كان مفيدا لأصل الظن . لأنه لو كان الأمر كذلك لجازت شهادة العبيد ، والنساء ، والفساق ، ولكانت شهادتهم مقبولة ، لجواز الظن بصدقهم ، وإذا قلتم يصلح التمسك بالأصل إذا كان مفيدا لغلبة الظن ، لا لأصل الظن فلا يكون هذا صحيحا أيضا ، الا قبل ورود الشرع لأنه قبل ورود الشرع نأمن الدليل المغير ، فيكون الاستصحاب مفيدا للظن . أما بعد ورود الشرع فلا نأمن المغير ، فلا يبقى الاستصحاب حينئذ مغلبا للظن . (٢)

رد المثبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

ان قولكم بعدم صحة التمسك بالاستصحاب في الأحكام الشرعية اذا كان مفيدا لأصل الظن ، فغير مسلم ؛ لأن أصل الظن كاف بدليل أنه

(١) انظر المصدر نفسه ص ١٨٤

(٢) انظر المصدر نفسه ص ١٧٨

يترجح به الشئ ويظهر على مقابله .

وأما عدم قبول شهادة العبيد والفساق ونحوهم على ما ذكرتم : فلم يكن لاعتبار أنها أفادت أصل الظن فلهذا ردت ولم تقبل ، بل لعدم اعتبارها في الشرع ، بخلاف ما نحن فيه من استصحاب الحال فانه معتبر شرعا ، بدليل ما ذكرنا من مسائل الشك في الطهارة بعد تيقنها ، والشك في وجودها ابتداء ، فهذه الصور وأمثالها اعتبر فيها الظن شرعا ، وهي كافية في الدلالة على أن أصل الظن معتبر شرعا .

وأما مسألة أن الاستصحاب مقلب للظن قبل ورود الشرع لا بعسده ، فليس صحيحا .

فبعد ورود الشرع أيضا يكون الاستصحاب مقلبا للظن . وذلك في حالة ما لو أننا لم نظفر بدليل يخالف الأصل ، فاننا نحكم ببقاء هذا الأصل بناء على غلبة الظن بعدم وجود ما يغيره .

نعم أن غلبة الظن بعدم وجود المعارض قبل ورود الشرع أغلب لتيقن عدم وجود المعارض .

أما بعد ورود الشرع فان غلبة الظن بعدم وجود المعارض تكون أقل غلبة ، لظن عدم المعارض ، ولكنه في الحالتين يصح الاحتجاج بغلبة الظن . (١)

هـ) واعتراض النافون على هذا الدليل أيضا فقالوا :

ان القياس جائز عندنا وعندكم فينتفى حينئذ ظن بقاء الأصل .
أما المقدمة الأولى وهي : كون القياس جائزا فظاهرة لأنه لا خلاف في جواز الاحتجاج به .

(١) المصدر نفسه ٤ / ١٨٤

وأما المقدمة الثانية وهي : أن جواز القياس ينفي أن يكون الأصل بقاء ما كان على ما كان : فلائنه لا يمكن بقاء ما كان على ما كان عليه الا بعد العلم بعدم وجود قياس يرفع حكم الأصل المستصحب ، وذلك لأن القياس اذا ثبت فانه يرفع حكم الأصل اتفاقا ، بدليل أنه ثبتت به أحكام لولاه لكانت باقية على نفيها ، فلا يحصل الظن ببقاء حكم الأصل الا عند انتفاء قياس يرفعه ، ولا سبيل الى ذلك ، لعدم تناهي الأصول التي يمكن القياس عليها ، فمن أين للعقلاء الاحتاطة بنفيها .

والجواب على هذا الاعتراض بأنه لا حاجة الى القطع بانتفاء القياس الرافع لحكم الأصل ، بل الظن كاف ، وهو حاصل على تقدير عدم وجود ما ينافي هذا الأصل ، بعد البحث والاستقصاء . ومجرد احتمال وجود قياس رافع لا ينافي ظن انتفائه بعد ذلك . وانما المضاف لئنه احتمال وجود قياس مساو له ، أو راجع عليه ، وعلى هذا يبقى القول بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما دام أنه لم يرد ما يغيره سالما عن المعارض . (١)

(١) انظر عقد الدين الايجي ، شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية

الفرع الثانى :

مناقشة أدلة النافين لحجية الاستصحاب :

عمدة ما استدل به النافون لحجة الاستصحاب بمذاهبيهم الأربعة وهم القائلون بعدم الحجية مطلقا ، والقائلون بأن الاستصحاب حجة فى الدفع دون الاثبات ، والقائلون بأنه حجة للمجتهد بينه وبين ربه وليس حجة ملزمة لخصمه ، والقائلون بأنه حجة فى الترجيح فقط ، عمدة ما استدل به هؤلاء هو قولهم :

ان الدليل الموجب لوجود الحكم ، لا يدل على وجوب بقاءه ، لأن وجود الشئ غير بقاءه ، فيكون البقاء ثابتا بلا دليل .

اعترض المبتون لحجية الاستصحاب على هذا الدليل فقالوا :

ان أردتم بعدم الدلالة على البقاء بطريق القطع فلا نزاع ، ونحن لا نقول بأن الدليل الموجب للموجود يوجب البقاء قطعا . أما ان أردتم عدم الدلالة بطريق الظن فمنوع . لأن سبق الوجود ، مع عدم الظن المنافى والمعارض ، يفيد ظن البقاء ، والظن واجب الاتباع فى الاحكام الشرعية . (١)

رد النافون على هذا الاعتراض فقالوا :

لوسلمنا وجود الظن ببقاء الحكم ، فلا يلزم من هذا الظن أن يكون حجة ، والكلام انما فى الظن المعتبر شرعا . ولا يكون الظن حجة شرعية ، الا اذا قام دليل من الشارع على اعتبار حجيته سواء كان هذا

(١) انظر التلويح على التوضيح ٣٧/٣

الدليل قطعي ، أم ظنيا ، كالقياس ، وخبر الواحد . ولم يوجد
ههنا دليل يدل على اعتبار هذا الظن لا قطعا ، ولا ظنا ، فلا
يكون الظن بهذه الكيفية ملزما للغير كالظن الحاصل بالتحري .
على أنه حتى لو سلمنا حصول الظن ، فإنه يمكن أن يرد حصوله إلى
ما به ثبت الأصل لا إلى الاستصحاب . وهذا لا ينافي ما ادعينا من
أن موجب الوجود ، لا موجب البقاء . فهذا رفع إيجاب كلي ، لا سلبا
كلية . (١)

اعترض المبتون على هذا فقالوا :

ان ما ذكر من وجوب دليل منصوب من الشارع ، انما يجب في اثبات
الحكم ابتداء ، أما في الدلالة على بقاء الحكم فممنوع . ان يكفي فيه
الاستصحاب ، وهو الذي يرجح البقاء على العدم .
رد النافون على هذا الاعتراض فقالوا :

أن كلاً من المقدمتين صحيحتان - أي كونه كان موجودا ، ولم يظن
انتفاؤه ، إلا أن الحكم بالوجود الآن بناء على هذا تحكم . فالوجود
الآن مشكوك فيه ، ولكنه مشكوكا فيه لا يفيد الظن أصلا .

نعم قد يفيد هذا في ترجيح كون الاستصحاب دليلا على الدفع ،
على كونه دليلا للاثبات ؛ لأن عدم الطاريء أصلي ، فلا يتغير حكمه
إلا أن يظهر طريان الطاريء . وذلك لأنه لما لم يحصل العلم بعدم

(١) انظر المصدر نفسه ٣/٣٧-٣٨ ، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت

٣٥٩/٢ - ٣٣٦٠ والبخاري ، كشف الاسرار ٣/٣٨٠-٣٨١

المزيل ، لم يحصل العلم بالبقاء ، فكان البقاء ثابتا بعدم العلم
بالمزيل ، لا على العلم بعدم المزيل ، فلم يصح أن يكون حجة على
الغير . (١)

اعترض المشتون على هذا القول فقالوا :

إن الممسك بالاستصحاب إما عامي لا يمكنه البحث والاجتهاد فسي
طلب الدليل المزيل ، أو مجتهد يمكنه ذلك . فان كان الأول :
فتمسكه بالاستصحاب مع عدم الدليل الناقل ، هو تمسك بالجهل ، فهو
لعدم أهليته كالأعمى يطوف في البيت للبحث عن متاع فيه ، وآلسة
البصر لا تساعده على إدراكه .

أما المجتهد الذي يمكنه الوقوف على الدليل : فتمسكه بالاستصحاب
بعد الجد والاجتهاد في طلب الدليل الناقل ، إنما هو للعلم بعدم
الدليل ، لا لعدم العلم بالدليل ، فهو كصير اجتهاد في طلب
المتاع من بيت ليس فيه شيء يستر هذا المتاع ويخفيه عن طالبه ،
فيجزم بعد بحثه بعدم وجوده ، فان لم يجزم بعدم وجوده غلب على ظنه
عدم وجوده .

والظن كاف في العمل ، لا سيما وقواعد الشرع قد مهدت وأرلت
اشتهرت ، والدواوين قد دونت ، فمسند استقراغ الوسع في الطلب
للدليل ممن هو أهل للنظر والاجتهاد ، يعلم أنه لا دليل على وجوده
وحينئذ يكون الاستصحاب للحكم بعد بحثه ، واستقراغ وسعه في طلب
المزيل تمسكا بالعلم بعدم الدليل الناقل ، لا لعدم العلم بالدليل .
فيكون التمسك بالاستصحاب بناء على هذا حجة دافعة ، وملزمة للغير
ومثبتة لحقوق لم تكن ثابتة . (٢)

(١) انظر فواتح الرحموت ٣٥٩/٢ - ٣٦٠

(٢) انظر المستصفى ٢٢٠/١ وعبد القادر بن احمد بن مصطفى بدران
نزهة الخاطر العاشر شرح روضة الناظر (مصر : المطبعة السلفية

الترجيح بين المذاهب

تقدم عند ذكر مذاهب العلماء لحجية الاستصحاب أن من العلماء من قال بحجية الاستصحاب مطلقا (في حالة الاثبات والدفع) ويرى أنه حجة ملزمة للخصم ، وأنه حجة في الأمر الوجودي ، والعدمي ، والعقلي ، والشرعي ، . . الخ ومنهم من قال بعدم الحجية مطلقا ومنهم من قال بحجيته وصلاحيته للدفع دون الاثبات والزام الخصم . ومنهم من قال بأنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله تعالى فقط ، ومنهم من قال بصلاحيته للترجيح فقط .

ولقد تقدمت أدلة هذه المذاهب جميعا ، وتقدمت مناقشتها ، إلا أن هذه المذاهب عدا مذهب من قال بحجية الاستصحاب مطلقا تلتقي في الأدلة اجمالا ، وتفترق في بعض التفاصيل .

فالذين قالوا بالمنع مطلقا يلتقون في الأدلة مع من قال بحجية الاستصحاب للدفع دون الاثبات والزام الخصم ، ويلتقون أيضا مع من قال بصلاحيته الاستصحاب للترجيح فقط ، ومن قال بأنه حجة للمجتهد فيما بينه وبين الله تعالى فقط . أما من قال بعدم حجية الاستصحاب مطلقا : فلم ير من الأدلة فيما استدله المثبتون لحجيته ، ما يقوى على اثبات دعواهم لأن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء كما تقدم .

وأما من يرى أن الاستصحاب حجة للدفع فتسك بأن الاستصحاب حجة في الدفع فقط ، لأن الاستصحاب يدفع دعوى تغير الحال التي كانت ثابتة ، ويتفق مع مذهب المانعين لحجية الاستصحاب مطلقا في عدم صلاحية الاستصحاب لاثبات أحكام لم تكن ثابتة ، وحقوق جديدة

أما من قال بصلاحيه الاستصحاب للترجيح فقط ، فقد رأى مآله
أصحاب مذهب المنع مطلقا ، وقال : لما لم يجد المجتهد دليلا سوى
الاستصحاب ، كان حجة له للعمل به في خاصة نفسه ، ما دام أنه بلغ
الوسع في طلب الدليل ولم يجد ، لأنه يجوز له العمل بالتحري عند
الاشتباه ، ولا يقبل منه التمسك بالاستصحاب إذا انتصب مناظرا . ولا
يكون حجة على الخصم ، لأن المجتهدين إذا تناظروا لم ينفع المجتهد
قوله لم أجد دليلا على هذا ، لأن التمسك بالاستصحاب لا يكون الا
عند عدم الدليل . (١)

ولقد تقدمت أدلة هؤلاء ، ومناقشتها في المباحث المتقدمة ،
وإذا نظرنا في مذاهب الطرفين ، وأدلتهم ، يتضح لنا أن الخلاف
بينهم ينحصر في الآتي :-

أولا : هل الأحكام الثابتة في الزمان الثاني ، ثابتة بالاستصحاب ،
أو ثابتة بالأدلة التي دلت على الثبوت في الزمان الأول ؟ ، وذلك بعد
اتفاقهم على أن الأحكام الثابتة في الزمان الأول ، تظل باقية على
ثبوتها في الزمان الثاني في بعض صور الاستصحاب . كما في استصحاب
العموم ، والنقص ، واستصحاب دليل العقل على براءة الذمة ، واستصحاب
ما دل الشرع على ثبوته ، ودوامه ، لوجود سببه .

ثانيا : هل الاستصحاب حجة لإثبات ما لم يكن ؟ ، وهل هو حجة ملزمة
للخصم أم حجة لإيلاء العذر والدفع فقط ؟ .

(١) انظر الشوكاني ، ارشاد الفحول ، ص ٢٣٨

في النسبة للمسألة الأولى :

وهي هل الأحكام الثابتة في الزمان الثاني ثابتة بالاستصحاب أو بالدليل الذي أثبتتها في الزمان الأول ؟ :

يذهب القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا الى أن هذه الأحكام ثابتة بالاستصحاب . في حين يذهب القائلون بعدم الحجية الى أن هذه الأحكام مستندة الى أدلتها ، من نص ، أو عدم أصلي ، أو دلالة الشرع على ثبوت الحكم ودوامه لوجود سببه .

وهذا لا يتنافى مع قولهم : إن موجب الوجود ، ليس موجبا للبقاء ، إن المقصود بهذا أن موجب الوجود لا يوجب البقاء دائما ، فهو نفى إيجاب كلي ، وليس سلبا كليا كما تقدم . (١)

ولقد أشار الشيخ الشربيني الى مذهب المانعين لحجية الاستصحاب وهو قولهم : إن الأحكام مستندة الى أدلتها دون الاستصحاب . وذلك في النقول التي نقلها عن شرح مختصر ابن الحاجب^(٢) لابن السبكي ، فقد

(١) انظر سعد الدين التفتازاني ، التلويح على التوضيح ، ٣/ ٣٧-٣٨

(٢) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس ، يلقب بجمال الدين ، ويكنى بأبي عمرو ، وشهرته ابن الحاجب ، ولد بأسنا بمصر عام ٥٢٠ هـ ، وانتقل الى القاهرة ، فاشتغل بدراسة القرآن ، والفقه ، والعربية ، والقراءات ، وبرع فيها جميعا ، واتقنها غاية الاتقان ، أخذ عن أبي الحسن الأبياري وعليه اعتماده ، وعن أبي الحسن بن جيد ، وقرأ القراءات على الامام الشاطبي ، والفرنوي ، وابن الجوزي ، وكان فقيها وأصوليا ، وأديبا ، ونظارا ، أخذ عنه شهاب الدين القرافي ، والقاضي ناصر الدين بن المنير ، وناصر الدين الأبياري ، وغيرهم ، له في العربية : الكافية في النحو ، والمقصد الجليل في العروض ، وله في الأصول : منتهى السؤل ، والأصل في علمي الأصول والجدل ، ومختصر منتهى السؤل ، وهو المشهور بمختصر ابن الحاجب توفي عام ٦٤٦ هـ ، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية لمحمد بن محمد بن مخلوف المالكي (دار الكتاب العربي - بيروت)

نقل عن ابن السبكي قول ابن السمعاني ، ان الأحكام مستندة إلى أدلتها دون الاستصحاب ، وحقق هذه المسألة . قال رحمه الله :
(واعلم أن المصنف ^(١) قال في شرح المختصر ما نصه : زعم ابن السمعاني أن الصحيح من مذهبنا ^(٢) انكار الاستصحاب جملة ، ثم اذا قيل له : ما تقول في العام ، والنص ، هل يستصحبان قيل الخاص والناسخ ؟ .

قال : نعم ولكن ليس ذلك استصحابا ، لأن الدليل قائم وهو العام والنص .

وان قيل له : ما تقول في دليل العقل في براءة الذمة ، أليس يستصحب ؟

قال : وانما وجب استصحاب براءة الذمة لأن دليل العقل في براءة الذمة قائم في موضع الخلاف أيضا ، كما في العام والنص ، فوجب الحكم به .

وأما في استصحاب الاجماع : فالاجماع الذي كان دليلا على الحكم قد زال في موضع الخلاف ، فوجب طلب دليل آخر . ^(٣)

وهذا القول السبكي قال به ابن السمعاني وهو بعينه مذهب الحنفية القائلين بأن الاستصحاب ليس بحجة أصلا .

أن قال الشرييني رحمه الله : (واعلم أن ما نقله المصنف عن ابن السمعاني من الأحكام مستندة إلى أدلتها دون الاستصحاب هو معنى قول الحنفية :

أن الاستصحاب ليس بحجة أصلا) ^(٤)

== لبنان) ص ١٦٧ - ١٦٨ . والدبياج المذهب ٨٦/٢ - ٨٩ ،

والفتح المبين ٦٥/٢ - ٦٦

(١) هوتاج الدين بن السبكي

(٢) يعني مذهب الشافعية

(٣) تقارير الشرييني على شرح جمع الجوامع ٣٤٧/٢ ، ونشر البنود ٢٦٠/٢

(٤) تقريرات الشرييني ٣٤٧/٢

ولقد ذهب ابن السبكي الى أن الاستصحاب ليس دليل بناءً على
أن الأحكام مستندة الى أدلتها كما تقدم .

قال رحمه الله (والمختار عندنا منع تسميته بالاستصحاب ، فان
في اطلاق هذا الاسم إيهام أن الحكم مستند الى الاستصحاب ،
وليس هو مستند ، الا الى الدليل القائم الذي استصحبناه ، وهو
مصاحب لنا وقت الحكم ، والاستصحاب فعلنا ، والقاضي هو الدليل
المستصحب ، وكذلك من يستصحب حال الاجماع بعد طريقان الخلاف
لا يرى الاستناد الا الى الاجماع .

فان الاستصحاب نفسه ليس دليل (١)

الا أن الخلاف - بين من يرى أن الأحكام مستندة الى أدلتها
دون الاستصحاب ، وبين من يرى أنها ثابتة بالاستصحاب ، يشبه الخلاف
اللفظي ، ان أن الأحكام ثابتة عند أصحاب المذهبين . الا أنها
عند من يقول بحجية الاستصحاب ثابتة بالاستصحاب ، وعند من لا
يقول بالاستصحاب ثابتة بالدليل المستصحب وهذا ما صرح به امام
الحرمين (٢) عند كلامه عن استصحاب النص حتى يرد ناسخ .

(١) المصدر نفسه ص ٣٤٧

(٢) هو عبد الملك بن أبي محمد عبد الله بن يوسف . . الجويني يعرف
بامام الحرمين ، ويكنى بأبي العالي ، ويلقب بضياء الدين ، ولد
عام ٤١٩ ، شافعي المذهب ، تفقه على والده ، وسمع الحديث
عليه ، كما تفقه على القاضي حسين ، وتلقى الأصول على ابن القاسم
الاسكافي ، وتلمذ عليه زاهر الشحاسي ، وأبو عبد الله الفراوي ،
واسماعيل بن صالح ، والامام الغزالي له : النهاية في الفقه ،
والشامل في أصول الدين ، والبرهان في أصول الفقه ، وغيرها ،
توفي عام ٤٧٨ انظر ترجمته في طبقات الشافعية للسبكي ١٦٥/٥ -
٢٢٢ وفيات الاعيان ١١٢/٣ - ١٢٠ ، والفتح المبين ١/٢٦٠ - ٢٦٣

قال رحمه الله (فإذا ثبت حكم متعلق بدليل ولم يتبدل مورد الحكم، فليس هذا من مواقع الاستصحاب ، فان الحكم معتضد بدليل ، وهو مستدام فدام الحكم بدوامه، وقد يقول بعض من لا يحيط بالحقائق: لا يتمتع تقدير نسخ ، ولكنه غير محتفل به ، فالحكم مستصحب الى نقل ناسخ ، فليلتحق هذا الفن عند القائل بالاستصحاب ، فهذه مناقشة لفظية . فانه ثبت بالدليل القاطع قيام الدليل الى يوم نسخه ، فان سمي هُسمَ هذا استصحا باللم يناقش في لفظه ، وليس مقصود الفصل منه بسبيل) (١)

وقد نقل الشرييني ، عن ابن السبكي ما يفيد : أن هذا الخلاف لفظي وذلك في تعليقه على النقول المتقدمة عن ابن السمعاني . قال رحمه الله : (وهذه الطريقة التي سلكها ابن السمعاني عندنا حسنة وقد سبقه اليها امام الحرمين . وهي تقرب أن الاختلاف - فيما عدا استصحاب الاجماع لفظي ، وبه صرح امام الحرمين) (٢) ومع أن الخلاف يشبه الخلاف اللفظي في هذه المسألة ، الا أن مذهب القائلين بحجية الاستصحاب هو الأرجح . لأن من قال بأن الأحكام مستندة الى أدلتها وأسبابها ، انما ذهب هذا المذهب بناء على أن الباقي حال البقاء يفتقر الى المؤثر والحق خلافه . فالباقي حال البقاء لا يفتقر الى المؤثر ، كما تقدم عند ذكر أدلة الثبوت لحجية الاستصحاب.

(١) امام الحرمين ، البرهان في أصول الفقه ١١٣٥/٢ - ١١٣٦

(٢) تقارير الشرييني ٣٤٧/٢ وانظر نشر البنود ٢٦٠/٢

وبما أن الباقي حال البقاء لا يفتقر الى المؤثر ، كانت الأحكام ثابتة في الزمان الثاني عن طريق الاستصحاب ، ولا يصح اسناد ثبوتها في الزمان الثاني الى الدليل الأول دون الاستصحاب ، لأن الدليل الأول دل على الثبوت فقط ، ولم يدل على البقاء لانفيا ولا اثباتا .

وانما يصح اسناد ثبوت هذه الاحكام الى الدليل الأول : لو أن الدليل الأول دل على الثبوت والبقاء معا ، فهنا لا خلاف في أن ثبوت هذه الأحكام في الزمان الثاني يكون مستندا الى الدليل الأول .

ولكن لما كان الحكم ثابتا ولم يثبت ما يعارضه ، ويغير حكمه ، ويبحث المجتهد عن الدليل المزيل ولم يجده ، ظن بقاء الحكم في الزمان الثاني ، وهذا كاف في اثبات الأحكام الشرعية اذ يكفي فيها غلبة الظن . وبهذا يترجح مذهب المثبتين لحجية الاستصحاب في هذه المسألة .

المسألة الثانية :

هل الاستصحاب حجة لاثبات ما لم يكن وهل هو حجة ملزمة أم حجة لا يلاء العذر والدفع فقط ؟
القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا يقولون : بصلاحيية الاستصحاب لاثبات ما لم يكن ولا لزما للخصم .
والقائلون بعدم الحجية يرون : أن الاستصحاب لا يصلح لاثبات ما لم يكن ثابتا ، ولا يكون ملزما للغير بل يدفع به تغير الحال التي كانت ثابتة لبقاء الأمر على ما كان عليه .

وانما قال المثبتون لحجية الاستصحاب بصلاحيية الاستصحاب لإثبات ما لم يكن ، والإلزام على الغير ، لأن سبق الوجود مع ظن انتفاء

المعارض ، يدل على البقاء ، وهذا البقاء يصلح لأن تثبته بموجبه حقوق وأحكام لم تكن ثابتة، كما أن غلبة الظن بعدم المعارض كافية لإلزام الخصم بعدم وجود المغير ، فلا مانع بناء على هذا من جعل الاستصحاب حجة ملزمة للمغير .

وأما الحنفية ومن وافقهم فقد ذهبوا الى القول : بعدم صلاحية الاستصحاب لاثبات ما لم يكن ، والالزام على الخصم ، لأن ما لم يكن فالأصل عدمه ، فلا يقوى الاستصحاب على اثباته ، ولأن الحكم كما يحتاج للدليل ابتداءً ، يحتاج له دواماً ، لأن الباقي حال البقاء يفتقر الى المؤثر ، وبناء على هذا لا يصلح الاستصحاب لأن يلزم به الخصم .

أما الصلاحية للدفع التي قالوا بها : لأن ثبوت الشيء في الزمان الأول ، من غير وجود مزيل له ، يرجح ظن بقاءه في الزمان الثاني ، لأن ظن البقاء راجح على حدوث الفناء ، لأن الباقي يستغنى عن سبب جديد بدوام علته ، بخلاف الحادث فإنه يحتاج الى علة جديدة فيكون مرجوحاً . (١)

فيتحصل مما سبق : أن الحنفية خالفوا في حجية الاستصحاب في ابقاء ما كان على ما كان ، وفي اثبات ما لم يكن ، وفي الإلزام على المغير . وأن المثبتين لحجية الاستصحاب يقولون بصلاحية الاستصحاب لكل ما تقدم . ومدار الخلاف بين القائلين بحجية الاستصحاب وبين الحنفية هو هل سبق الوجود مع عدم ظن الانقضاء دليل على البقاء ؟

(١) انظر تقارير الشرييني على جمع الجوامع ٢/ ٣٤٧-٣٤٨

قال المثبتون لحجية الاستصحاب : نعم هو دليل على البقاء ،
وقال الحنفية : لا ليس دليلاً على البقاء ، لأن لا بد في الدليل من
جهة يستلزم بها المطلوب وهذه الجهة منتفية ، فتفرعت بناءً على
هذه الخلافات بين الحنفية وبين من يقول بحجية الاستصحاب (١).

وإذا نظرنا إلى أدلة القائلين بأن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً نجد أنهم
يتفقون في الأدلة مع من يقول بصلاحيه الاستصحاب للدفع فقط .
وانما منعوا حجية الاستصحاب مطلقاً لأن القائلين بعدم الحجة
مطلقاً يضيفون الدفع إلى العدم الأصلي ، لا إلى الاستصحاب ، بناءً على
أن ما كان يبقى على ما كان عليه ما دام أنه لم يرد ما يغيره ، وهذا
البقاء عندهم كما تقدم مستند إلى دليله الأول الذي أثبتته لا السى
الاستصحاب .

أما القائلون بحجية الاستصحاب للدفع : فانهم يضيفون الدفع
إلى الاستصحاب ، لأن الحكم لما كان ثابتاً ولم يوجد ما يغيره ،
ويبحث المجتهد بقدر وسعه في طلب المغير ولم يجده كان بقاءً
هذا الحكم في الزمان الثاني محتملاً فجاز للمجتهد العمل به في حق
نفسه ولا يكون حجة ملزمة للمغير ، بل حجة دافعة تدفع دعوى من
ادعى تغير الحال التي كانت ثابتة فسمهم بناءً على هذا : يضيفون الدفع
إلى الظن بعدم المغير بعد البحث والطلب ، بينما أصحاب مذهب المنع
مطلقاً يضيفون الدفع إلى العدم الأصلي ، والأصل في العدم الاستمرار

(١) انظر ابن نجيم فتح الفغار بشرح المنار ٢٥/٣

حتى يأتي ما يغيره . (١)

وبناءً على هذا يتضح أن أصحاب القول بعدم الحجية مطلقاً يقولون بالدفع ، وأصحاب مذهب القول بحجية الاستصحاب للدفع فقط يقولون بالدفع أيضاً ، وإن كانوا يختلفون في إضافة الدفع هل هو للعدم الأصلي أم للاستصحاب ، ولهذا جاءت أمثلة الفريقين التي مثلوا بها والتفريعات التي تفرعت عن قولهم متطابقة .

ولهذا نجد (ابن الهمام) مع أنه يقول بعدم حجية الاستصحاب مطلقاً ، يقرع على الاستصحاب على الطريقة التي يفرع عليها أصحاب مذهب القول بصلاحيية الاستصحاب للدفع . ولهذا يمكن القول بأن الخلاف بين الفريقين يشبه الخلاف اللفظي لأن مؤدى القولين واحد كما تقدم (٢) وما تقدم من أدلة المثبتين ومناقشتها ، وأدلة النافين ومناقشتها والمقارنة بين هذه الأدلة ، يتضح أن مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقاً هو الأرجح .

لأن عمدة القائلين بعدم الحجية هو قولهم : أن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء فالبقاء ثابت بلا دليل ، ولقد تقدم الرد على هذا الدليل ومناقشته ، وأن أصحاب مذهب حجية الاستصحاب مطلقاً لم يقولوا بأن موجب الوجود موجب البقاء ، بل يقولون أن سبق الوجود ، مع عدم ظن الانتفاء ، هو الذي يدل على البقاء وهذا الظن بالبقاء يصلح لأن تثبت بموجبه حقوق لم تكن ثابتة .

(١) انظر كشف الاسرار ٣ / ٣٨٠ وتيسير التحرير لا مير باد شاة ٤ / ١٧٦ - ١٦٨ وابن نجيم ، فتح الغفار بشرح المنار ٣ / ٢٤ وابن القيم أعلام الموقعين ١ / ٣٣٩
(٢) انظر امير باد شاة ، تيسير التحرير ٤ / ١٧٦ - ١٧٨

أما قول الحنفية ومن وافقهم بعدم صلاحية الظن للدلالة على الحكم الا اذا نص الشارع على اعتباره ، فقد رد عليه أصحاب القول بالحجية مطلقا بأن الظن انما يحتاج الى دليل يدل على اعتباره من الشارع إذا كان الظن دل على ثبوت الحكم ابتداء ، أما في دلالة الظن على البقاء فيبقى فيه الاستصحاب كما تقدم وبهذا يكون كل ما احتج به الحنفية ، ومن وافقهم قد رده من قال بحجية الاستصحاب مطلقا ، وبقيت أدلتهم سالمة من المعارض . ومما يدل على أن هذا المذهب هو الأرجح : أن أكثر المجتهدين في اجتهاداتهم يبنون الأحكام على الاستصحاب ، فإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان ، أو جماد ، أو نبات ، أو طعام ، أو شراب ، وبعد بحثه واجتهاده لم يجد دليلا شرعيا خاصا يدل على حكمه^{حكم} بإباحته بناء على أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة لقوله تعالى : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا) (١)

وخلق ما في الأرض جميعه للناس: يدل على أنه مباح لهم الانتفاع به
الا ما استثناه الدليل وحرمة . (٢)

وبهذا يفتح الاستصحاب للفقهاء أبوابا واسعة لا صدار فتاويهم في سهولة ويسر . وبه يرتفع الحرج عن كثير من الأشياء التي اشتبه على الناس

(١) البقرة آية ٢٩

(٢) انظر مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف
(دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م) ص ١٥٣

أمرها في هذا العصر هل هي مباحة أو محظورة .

وخير مثال لهذا مسألة اللحوم المستوردة من خارج بلاد الاسلام
فقد حصل النزاع في حكمها في هذا العصر، هل هي مباحة أم محظورة ؟
وأصبح المسلم في حرج شديد من أمرها ، مع انتشار هذه اللحوم في
بلاد الاسلام .

فالاستصحاب يرفع عن الأمة هذا الحرج فما دام أن ذبائح
أهل الكتاب قد أباحها الله لنا بالنص الصريح ، فإن هذه الاباحة
تستصحب في كل ما شككنا فيه هل هو على حله أم حصل له ما ينقله عن
هذا الأصل ؟.

لأننا تيقنا الأصل المبيح ، وشككنا في الناقل لهذا الأصل ، فلا
يرفع هذا اليقين بالشك .

وخير مثال لهذا : الفتوى التي وردت من سماحة الشيخ عبد العزيز
بن عبد الله بن باز في شأن اللحوم المستوردة من بلاد أهل الكتاب
قال حفظه الله عند ما سئل عنها : (اذا كانت اللحوم المذكورة مستوردة
من بلاد أهل الكتاب حل أكلها ، ما لم تعلم ما يدل على حرمتها
لقوله تعالى : " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم
وطعامكم حل لهم) (١)

وكون بعض المجازر في بعض بلاد أهل الكتاب تذبح ذبائح غير شرعية
لا يوجب ذلك تحريم الذبائح المستوردة من بلاد أهل الكتاب ، حتى
تعلم أن تلك الذبيحة المعينة من المجزرة التي تذبح ذبائح غير شرعية
لأن الأصل الحل والسلامة حتى يعلم ما يقتضي خلاف ذلك (٢)

(١) المائدة آية ٥
(٢) مجلة الدعوة السعودية العدد رقم ٨٧٢ (٢٨ صفر ١٤٠٣ هـ) ص ٢٦

ففي هذه الفتوى اعتماد على أصل الاستصحاب . وبها يتضح أن الاستصحاب يفتح للفقهاء أبواباً واسعة لاصدار فتاويهم بسهولة ويسر كما أنه يرفع عن هذه الأمة الأغلال والاصرات التي كانت على الأمم السابقة والتي جاء الإسلام ليرفعها عن هذه الأمة .

كما أن الفطرة السليمة تقضى بأن الحكم الذي كان قد دل الدليل على وجوده ابتداءً يعتبر قائماً بالنسبة لحالة البقاء إلى أن يثبت الدليل خلافه .

كما أن البداهة تؤيد ذلك ، فانه ليس لاحد أن يدعى أن فلاناً المعصوم الدم بأنه صار حلال الدم لأنه ارتد ، أو قتل نفساً بغير حق إلا إذا قام الدليل على ذلك ، لأن الأصل حرمة دمه .

والطالب الذي علم أنه منتظم بكلية معينة ، فانه تثبت له صفة طلب العلم بدخوله هذه الكلية ، ويستمر هذا الوصف بالاستصحاب حتى يقوم الدليل على خلافه فليس هو في حاجة لأن يثبت كل ذلك في كل يوم . وهكذا فإن دولا ب الحياة يسير على الاستصحاب ، كما أن مصالح الخلق مبنية على الاستصحاب ، فالشخص الذي يغيب عن بلده فانه يكتب إلى أهله ، وأحبابه ، وأصدقائه ، عادة في الأمور التي كانت موجودة حال حضوره وما ذاك إلا لأن اعتقاده في بقاء تلك الأمور ، راجح على اعتقاده في تغيرها ، بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح الخلق ومعاملاتهم مبنية

على القول بالاستصحاب . (١)

(١) انظر الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ١/٥ - ٢ فما بعدها والمحصل للرازي ج ٢ ق ١٦٤/٣ وأصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٩٧

بل ان الاستصحاب بهذا المعنى يعتبر من الظواهر الاجتماعية العامة التى ولدت مع المجتمعات ، وستبقى معها - ما دامت المجتمعات باقية - فهو الذى به يستقيم نظامها ، ويحصل استقرارها . ولو قدر للمجتمعات أن ترفع يدها عن الاستصحاب ، لما استقام نظامها ولما حصل لها الاستقرار .

فالشخص الذى يسافر مثلاً ، ويترك بلده ، وأهله ، ووطنه ، وأملاكه ، وكل ما يتصل به ، لو ترك للشكوك والأوهام سبيلها اليه ، وما أكرها لدى المسافرين ، ولم يدفع هذه الشكوك والأوهام بالاستصحاب ، لما أمكنه أن يسافر عن بلده ، بل لما ترك عتبات بيته أصلاً . ولشلت حركته الاجتماعية ، وفسد نظام حياته فيها . (١)

ولهذا كان قول من يقول بحجية الاستصحاب هو الأرجح الا أن مما تجدر الإشارة اليه أن الاستصحاب لا يعد دليلاً مستقلاً لأن الدليل الأول من الواضح أنه هو الدال على الحكم ، وهو كذلك أيضاً الذى يدل على استمراره بعد غلبة الظن بعدم وجود المغير له . فهو يدل على الحكم ابتداءً بصيغته ، ويدل على الاستمرار والبقاء بدليل وبرهان عقلى ملحوظ مع كل دليل يثبت ما دام أنه قائم ولم يبلغ بدليل آخر لاحق . (٢)

(١) انظر الوسيط فى أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي (المطبعة العلمية بدمشق ط ٢ / ١٣٨٨ هـ ١٩٦٩ م) ص ٥٦٠ وأصول الفقه وابن تيمية للدكتور صالح بن عبدالعزيز آل منصور ٤٤٢/٢
(٢) انظر مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه ص ١٥٤ وأصول الفقه للدكتور بدران أبو العينين ص ٢٢٣

ولا يتعارض هذا مع الأدلة الدالة على أن الدليل الدال على الوجود ليس دليلاً على البقاء .

بل لما كان الحكم ثابتاً في الزمان الأول ، ولم يطرأ ما يغيره لا قطعاً ولا ظناً ، غلب على الظن بقاءه ، وذلك بعد البحث والتفتيش عنه الدليل المزيل والمعارض ، حتى غلب على الظن عدم وجوده ، ولهذا لما كان الاستصحاب ليس دليلاً مستقلاً صرح كثير من الأئمة أنه آخر مدار الفتوى ، وهذا ما نقله الشوكاني عن الخوارزمي^(١) في الكافي .

قال رحمه الله : (قال الخوارزمي في الكافي : وهو - أي الاستصحاب -

آخر مدار الفتوى . فان المفتي اذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ، ثم في السنة ، ثم في الاجماع ، ثم في القياس . فان لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والاثبات ، فان كان التردد في زواله فالأصل بقاءه ، وان كان التردد في ثبوته : فالأصل عدم ثبوته .)^(٢)

وبهذا يكون القول بصلاحية الاستصحاب لابقاء ما كان على ما كان عليه ما دام أنه لم يرد ما يغيره ، وبصلاحية الاستصحاب كذلك للنفي والاثبات . وبصلاحية إلزام الخصم هو الأرجح .

(١) هو محمود بن محمد بن العباس بن أرسلان العباسي الخوارزمي يلقب بظهير الدين ، فقيه ، محدث ، مؤرخ ، صوفي ، واعظ ، من آثاره تاريخ خوارزم في ثمانية أجزاء ، والكافي في الفقه ، توفي عام ٥٦٨ هـ ، انظر ترجمته في معجم المؤلفين ١٢ / ١٩٦

(٢) انظر ارشاد الفحول للشوكاني ، ص ٢٢٧ ونشر البنود ٢ / ٢٥٨ - ٢٥٩ ورقة العين شرح ورقات امام الحرمين للحطاب المملوكي (شركة مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م) ص ٥٦ والبرهان في أصول الفقه ٢ / ١١٣٥

الفصل الثاني

مذاهب العلماء في الاجتماع
بأصحاب الإجماع في
محل النزاع

الفصل الثانى

مذاهب العلماء فى الاحتجاج باستصحاب الإجماع فى محل النزاع

اختلف العلماء القائلون بحجية الاستصحاب بأنواعه المعتبرة فى
حجية استصحاب الإجماع فى محل النزاع :

فقال بعضهم: بأنه حجة . وقال بعضهم: أنه ليس بحجة .
وتبعهم فى ذلك الحنفية .

وفى هذا الفصل أتناول إن شاء الله تعالى مذاهب العلماء ،
وأدلتهم فى الاحتجاج بهذا النوع ، مع مناقشة هذه الأدلة ،
وترجيح الراجح منها دليلا .

المذهب الأول : ذهب الشافعي ، والمزني ، والصيرفي ، وداود
الظاهري (١) ، وأبو اسحق ابن شاقلا (٢) ، أنه حجة .

المذهب الثاني : ذهب أبو حنيفة (١) ، وأبو الحسين البصري ، وأبو
حامد الغزالي ، وأبو اسحق الشيرازي ، وغيرهم ،

إلى أنه ليس بحجة . (٤)

(١) هو داود بن علي بن خلف الأصبهاني ، أبو سليمان المعروف بالظاهري
ولد بالكوفة ، امام الظاهرية ، سمع كثيرا من الشيخ ، وتبعه تلاميذ
كثروا بالظاهرية ، له كتاب فضائل الشافعي ، توفي عام ٢٧٠ هـ
انظر ترجمته في وفيات الأعيان (تحقيق احسان عباس) ٢/ ٢٥٥ /
طبقات الشافعية الكبرى ٢/ ٢٨٣-٢٩٣

(٢) هو ابراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان بن شاقلا ، أبو اسحق
البزار ، كان علما في الفروع والأصول ، شيخ الحنابلة في زمانه ،
وهو تلميذ أبي بكر ، عبد العزيز ، توفي عام ٣٩٦ هـ ، انظر
طبقات الحنابلة للقاضي أبي الحسين بن أبي يعلى (بيروت : دار
المعرفة للطباعة والنشر ٢/ ١٢٨-١٣٩ ، وشذرات الذهب ٣/ ٦٨ ،
المدخل إلى مذهب الامام احمد بن حنبل لعبد القادر أحمد بن بدران
(دار الفكر العربي) ص ٢٠٦

(٣) هو النعمان بن ثابت بن زوطي يكنى بأبي حنيفة ، فارسي الأصل
عربي المولد ، ولد عام ٨٠ هـ بمدينة الكوفة ، امام الحنفية واليه
ينسب المذهب ، قيل أنه أخذ عن عبد الله بن أبي أوفى ، وسهل بن
سعد الساعدي بالمدينة ، وعامر بن وائلة بمكة ، فهو تابعي
وقيل أنه لم يلاق هؤلاء فهو من كبار تابعي التابعين ، أخذ العلم
والحديث على حماد بن أبي سليمان ، وعطاء بن أبي رباح ، وأبي
اسحق السبيعي وغيرهم ، أخذ عنه خلق كثير منهم الامام مالك بن
الصحاحيان ، والشافعي ، وغيرهم ، ينسب اليه الفقه الأكبر في العقائد
وله السند في الحديث ، والمخارج في الفقه جمعها تلاميذه من بعده
توفي عام ١٥٠ هـ على الأرجح انظر ترجمته في الجواهر المضية ١/ ٢٦-٣٢

(٤) انظر المعتمد في أصول الفقه ٢/ ٨٨٤ والتبصرة في أصول الفقه ص ٥٢٦
والمستصفى للغزالي ١/ ٣٣٣ والاحكام للأمدى ٤/ ١٨٥-١٨٦ ، واعلام
الموقمين ١/ ٣٤١ وتكملة الابهاج ٣/ ١١١ ، وشرح جمع الجوامع ٢/ ٣٥٠
وارشاد الفحول ص ٢٣٨

الأدلة :

استدل القائلون بحجية هذا النوع: بالكتاب ، والسنة ، والقياس . والمقصود

أولاً : استدلو بالكتاب بقوله تعالى : (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَظَتْ غَزْلَهُمَا

مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَثُوا) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنها أثبتت أن ما ثبت لا يجوز نقضه ، فكذاك ههنا لا يجوز نقض الاجماع الذى كان ثابتاً .

ثانياً : استدلو بالسنة بقوله صلى الله عليه وسلم { اذا وجد أحدكم

فى بطنه شيئاً ، فاشكل عليه أخرج منه شئاً أم لا فلا يخرج من

المسجد حتى يسمع : صوتاً ، أو يجد ريحاً) (٢)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن الشارع أمر من يتقن

الطهارة ، وشك فى الحدث بمالبقاء على الأصل وهو الطهارة ، والبنا

على اليقين ، وهو عدم نقض هذه الطهارة حتى يأتى ما يدل على

نقضها . فكذاك ههنا ، فان الاجماع الذى انعقد على صحة المجمع

عليه يقين ، وحصول الخلاف فى تغير هذا المجمع عليه شك ، فلا يزال

اليقين بالشك . (٣)

(١) النحل آية ٩٢

(٢) الحديث: أخرجه مسلم فى الحيف ، باب الدليل على أن من يتقن

الطهارة ثم شك فى الحدث فله أن يصلى بطهارته تلك ، ٢٧٦/١

حديث رقم ٩٨-٩٩ ، والبخارى فى الوضوء ، باب من لم ير الوضوء

الا من المخرجين ٢٨٣/١ حديث رقم ١٧٧ ، وأبوداود فى الطهارة

والترمذى فى الطهارة

(٣) انظر التبصرة فى أصول الفقه ص ٥٢٧-٥٢٨

ثالثا : استدلو بالقياس : ففاسوا قول المجمعين على قوله صلى الله عليه وسلم ، بجامع أن كل واحد منها حجة ، فكما أن قوله صلى الله عليه وسلم يستصحب في موضع الخلاف فكذلك قول المجمعين يستصحب في موضع الخلاف .

قال الشيرازي : (قالوا : ولأن قول المجمعين حجة فوجب أن استصحابه في موضع الخلاف

والدليل عليه : قول النبي صلى الله عليه وسلم .) (١)

رابعا : استدلو بالمعقول : وذلك بالدليل الذي استدل به الثبوتون لحجية الاستصحاب مطلقا ، فقالوا : إن الأصل في كل متحقق دوامه واستمراره الى أن يوجد المعارض والأصل عدمه ، فمن ادعاه فعليه إقامة الدليل على وجوده .

قال الأمدى : (في مسألة الخارج النجس من غير السبيلين : إذا تطهر ، ثم خرج منه خارج من غير السبيلين فهو بعد الخروج متطهر ، ولو صلى فصلاته صحيحة ، لأن الاجماع منعقد على هذين الحكمين قبل الخارج . والأصل في كل متحقق دوامه كما تحقق في المسألة التي قبلها) (٢) الى أن يوجد المعارض النافي . والأصل عدمه ، فمن ادعاه يحتاج الى الدليل . (٣)

(١) المصدر نفسه ص ٥٢٨

(٢) المقصود بهذه المسألة الاستدلال باستصحاب الحال . فقد جعل الأمدى الاستدلال بالاستصحاب في مسألتين ، الأولى : في الاستدلال باستصحاب الحال والثانية في الاستدلال باستصحاب حكم الاجماع في محل النزاع
(٣) الأمدى ، الأحكام ٤ / ١٨٥ - ١٨٦

أما طريان وجود الماء في أثناء الصلاة ، وخروج الخارج النجس من غير السبيلين فلا تأثير له . فهو كطريان هبوب الريح وطلوع الفجر وسائر الحوادث . (١)

أدلة القائلين بعدم حجية هذا النوع :

احتجوا على عدم حجية هذا النوع بالقياس ، والمعقول .

أولاً القياس : قاسوا الاستدلال بالاجماع المستصحب فسي محل النزاع على الاستدلال بالألفاظ الشرعية التي تتناول موضعاً خاصاً فانها لا يستدل بها في موضع أخرى لم تتناولها ، فكذلك يجب أن يكون الحكم بالنسبة للاجماع المستصحب .

قال الشيرازي : (لأن الاجماع غير موجود في موضع الخلاف . وما كان حجة لا يصح الاحتجاج به في الموضع الذي لا يوجد فيه ، كالفاظ صاحب الشرع اذا تناولت موضعاً خاصاً لم يجز الاحتجاج بها في الموضع الذي لا تتناوله فكذلك ههنا .) (١)

ثانياً : استدلوا بالمعقول : فقالوا : ان الاستصحاب للاجماع في محل النزاع يؤدي الى التكافؤ في الأدلة لأن من يستصحب حال الاجماع في محل النزاع في صحة فعل ، أو سقوط فرض ، كان لخصمه

(١) انظر المستصفى ٢٢٤/١

(٢) التبصرة في أصول الفقه ص ٢٧٥

أن يستصحب حال الاجتماع في عدم براءة ذمته من أداء هذا الفرض، وما أدى الى هذا كان باطلا .

قال الشيرازي : (ولأن الاحتجاج باستصحاب الاجتماع يؤدي الى التكافؤ والتعارض ، وذلك أن ما من أحد يستصحب حال الاجتماع في موضع الخلاف في صحة فعل ، أو سقوط فرض ، الا ولخصمه أن يستصحب حال الاجتماع في اشتغال ذمته بالشرع ، وبقاء العبادة . فيستويان في استصحاب حال الاجتماع فيتكافآن .

وبيان ذلك : أن من قال في المقيم اذا رأى الماء في صلاته ان صلاته لا تبطل لأننا أجمعنا على صحة صلاته في انعقاد احرامه ولا يجوز ابطال ما أجمعوا عليه الا بدليل .

قيل : قد أجمعنا على اشتغال ذمته بفرض الصلاة ، فلا يجوز اسقاط ما أجمعوا عليه الا بدليل .

ولا يكون التعليق بأحد الاجماعين بأولى من التعليق بالاجماع الآخر وما أدى الى هذا كان باطلا . (١)

(١) المصدر نفسه ص ٥٤٧ وانظر كشف الاسرار ٣/ ٣٧٩ - ٣٨٠

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة المثبتين لحجية هذا النوع :

اعترض النافون لحجية هذا النوع على أدلة المثبتين

فقالوا :

أولاً : في احتجاجهم بالكتاب على تحريم نقض ما كان ثابتاً بقوله تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَظَتْ غَزَلُهُمْ . . الآية) (١)

قالوا : ان هذه الآية تقتضى المنع من نقض ما كان ثابتاً، مجمعا

على ثبوته، على الحال التى حصل الإجماع عليها ، فلا يستصحب هذا الحكم الا فى موضع يكون فيه الحكم على حالته التى حصل الاجماع عليها . فاذا تغيرت تلك الحال ، فان الاجماع لا يكون دليلاً حينئذ ، لأن ما أجمعوا عليه غير ثابت فى محل الخلاف ، فلا يدخل فى هذه الآية .

ثانياً : أما احتجاجهم بحديث : (اذا وجد أحدكم فى بطنه شيئاً فأشكل عليه . . . الحديث) (٢)

فغير مسلم ، وذلك لأن هذا الحديث يفيد عدم نقض اليقين بالشك ، فمن توضحاً وتيقن الطهارة ثم شك فى الحدث ، لا يؤثر هذا الشك على ما تيقنه من طهارته .

أما فى هذه المسألة فليس هناك يقين قد زال بوقوع الخلاف ، فليس فى الحديث دلالة على هذه المسألة .

(١) النحل آية ٩٢

(٢) تقدم تخريجه انظر صفحة ١١٢ من هذا البحث

ثالثا : أما احتجاجهم بقياس دلالة الاجماع في محل النزاع، على

دلالة اللفظ الشرعى في محل النزاع، فليس بمسلم .

وذلك لأن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم موجود في محل

النزاع ، متناول له ، فوجب العمل به ، وليس كذلك مسألتنا

هذه لأن الاجماع المستصحب قد زال في موضع الخلاف .

ويدل على هذا أن لفظ الرسول صلى الله عليه وسلم اذا ورد

خاصا في موضع لا يصح استصحابه في الموضع الذى لا يتناوله . (١)

رابعا : أما احتجاجهم بالمعقول وهو قولهم : ان الأصل فى

كل متحقق دوامه ، حتى يدل الدليل على تغيره ، فقد اعترض عليه

النافون لحجيته هذا النوع باعتراضين :

أما الأول : فقولهم ان المستدل بهذا الدليل اما أنه فى حكم النافى

ولذلك لم يُقم دليلا على ما قال ، بحجة أنه نافى والنافى لا دليل

عليه فى نظره .

واما أنه يدعى أنه أقام دليلا .

فان ادعى أنه لم يقم دليلا بناء على أنه نافى ولا دليل على

النساقى فهذا مردود لأن النافى فى مثل هذه الصورة المتنازع فيها

عليه الدليل (٢)

(١) التبصرة فى أصول الفقه ص ٥٢٧-٥٢٨

(٢) اختلف الاصوليون فى نافى الحكم هل عليه دليل أم لا .

فقال بعضهم هو مطالب بالدليل ، وقال بعضهم ليس بمطالب به

وفصل بعضهم فقال : وإن كان فى العقليات فهو مطالب بالدليل

وإن كان فى الشرعيات فلا . وما ذهب اليه الفزالى هو : أن ما

ليس بضرورى لا بد لنفيه من دليل . وهذه المسألة داخلة فيما ليس

بضرورى ، ولذلك ذهب الفزالى الى أن نفيها يحتاج الى دليل

وان كان يدعى بأنه أقام دليلا فيبينه ، لأن الحكم لا بد لمن
دليل يدل على استدامته .

وان دل الدليل على دوام الحكم فلا بد أن يكون الدليل هنا
نص الشارع أو اجماع .

فان كان نصا : فلا بد من بيان لذلك النص ، فلعنه يدل على
دوام الحكم عند عدم المغير للحالة المجمع عليها ، وليس عند وجود
المغير لها . فان دل الدليل بعمومه على دوام الحكم عند وجود
المغير وعند عدم وجوده كان ذلك تمسكا بالعموم فيكون الحكم —
ثابتا بالنص لا بالاستصحاب .

وان كان ذلك بالاجماع : فالإجماع كان على دوام الحكم عند عدم
وجود المغير ، أما حال وجود المغير فهو مختلف فيه ، ولا اجماع مع
الاختلاف . ولو كان الاجماع شاملا حال وجود المغير لكان المخالف
خارقا للاجماع . كما ان المخالف في انقطاع الصلاة عند هبوب الرياح
وطلوع الفجر خارق للاجماع ، لأن الاجماع لم ينعقد مشروطا بعدم
الهبوب ، ولكنه انعقد مشروطا بعدم وجود المغير . كما في مسألة
المتيم الذي رأى الماء في أثناء الصلاة فان الاجماع انعقد على
 صحة المشروع في الصلاة عند عدم وجود الماء ، أما بعد رؤيته فقد
تغيرت الحال التي أجمع عليها . وزالت الصفة التي انعقد الاجماع

انظر في هذه المسألة المستصفى ١/٢٣٢-٢٤٥ ،
والمحصول للرازي ج ٢ ق ٢/١٦٥-١٦٦ ، ونهاية السؤل
للأسنوي ٣/١٣٢ وشرح جمع الجوامع ٢/٥٤١

معها ، فزال الاجماع بزوالها فاذا أريد قياس حال الوجوه—
على حال العدم المجمع عليه، فيجب أن يكون ذلك لعللة جامعة ، وأما
أن يستصحب الاجماع عند انتفاء الاجماع، فهو محال . (١)

ولقد رد الآمدى هذا الاعتراض فقال : (قلنا متى يسفتقر
الحكم في بقاءه الى دليل ؟ ، اذا قيل بنزوله منزلة الجواهر—
أو الأعراض ؟ فالأول ممنوع، بل هو باق بعد ثبوته بالاجماع لا بدليل
كما سبق تقريره في المسألة المتقدمة . (٢) والثاني مسلم . ولكن
لم قلت أنه نازل منزلة الأعراض، سلمنا أنه نازل منزلة الأعراض وأنه
لا بد له من دليل، ولكن لا نسلم انحصار الدليل المبقى فيما ذكره
من النص ، والاجماع ، والقياس ، الا أن يبينوا أن الاستصحاب ليس
بدليل وهو موضوع النزاع .

سلمنا أن الاستصحاب نفسه لا يكون دليلا على الحكم الباقي
بنفسه . ولكنه دليل الدليل على الحكم ، وذلك لأننا بينا فـ
المسألة المتقدمة (٣) وجود غلبة الظن ببقاء ما كان متحققا على حاله
وذلك يدل من جهة الاجمال على دليل موجب لذلك الظن . (٤)

(١) انظر المعتمد ٨٨٤/٢ والتبصرة في أصول الفقه ٢٢٦ ، والمستصفي

٢٢٥/١ والآمدى ، الاحكام في أصول الاحكام ١٨٥/٤-١٨٦

(٢) مسألة الاستدلال باستصحاب الحال

(٣) وهي مسألة الاستدلال باستصحاب الحال

(٤) الآمدى الإحكام في أصول الأحكام ١٨٦/٤

أما الثاني : فقولهم : إن الحكم الذي كان ثابتاً انما ثبت بالاجماع ، وهذا الاجماع قد زال ، فاذا زال الاجماع زال الحكم بزواله ، والا لكان ثابتاً بلا دليل .

فقد رد عليه المثبتون لحجية هذا النوع فقالوا :

(الحكم كان ثابتاً ، وعلمنا بالاجماع ثبوته ، فالاجماع ليس هو علة ولا سبباً لثبوته . في نفس الأمر ، حتى يلزم من زوال العلة زوال معلولها ، ومن زوال السبب زوال حكمه .

وانما الإجماع دليل عليه ، وهو في نفس الأمر مستند الى نص ، أو معنى نص ، فنحن نعلم أن الحكم المجمع عليه ثابت في نفس الأمر ، والدليل لا ينعكس فلا يلزم من انتفاء الاجماع انتفاء الحكم بل يجوز أن يكون باقياً . ويجوز أن يكون منتفياً ، لكن يفترق الى بقاء سبب ثبوته ، وأما الحكم المخالف ، فيفترق الى ما يزيل الحكم الأول ، وإلى ما يحدث الثاني ، وإلى ما ينفيه ، فكان ما يفترق اليه الحادث ، أكثر مما يفترق اليه الباقي ، فيكون البقاء أولى من التفسير (١)

ويذهب ابن القيم مذهاً آخر في اثبات حجية هذا النوع فيؤكد حجيته ، ويعضد قوله في ابقاء ما كان على ما كان فيعتبر هذا النوع من جنس استصحاب البراءة الأصلية .

قال رحمه الله بعد أن ذكر أنه لا يلزم من انتفاء الاجماع انتفاء الحكم وأن بقاء الباقي أولى من التفسير قال : (وهذا مثل استصحاب براءة الذمة ، فانها كانت بريئة قبل وجود ما يظن به أنه

(١) ابن القيم ، أعلام الموقعين ٣/١

شاغل ، ومع هذا فالأصل البراءة والتحقيق: أن هذا دليل من
جنس استصحاب البراءة ، ومن لا يجوز الاستدلال به إلا بعـد
معرفة المزيل ، فلا يجوز الاستدلال به لمن لم يعرف الأدلة
الناقلة ، كما لا يجوز الاستدلال بالاستصحاب لمن لم يعرف الأدلة
الناقلة . (١)

إلا أن الغزالي يخالف ابن القيم في هذا ، وينفي تشبيهه
هذا النوع بأستصحاب براءة الذمة ، ويثبت الفارق بين النوعين .
بل ذهب رحمه الله إلى عكس ما ذهب إليه ابن القيم ،
فهو يشبه المستدل بهذا النوع: بالمستدل بالبراءة الأصلية مع وجود
الدليل السمعي . وذلك لأن الإجماع انعقد مشروطاً بالعدم ،
وانتفى عند الوجود ، فلا يقاس حال الوجود على حال العدم إلا
بعلة جامعة .

قال رحمه الله : (وأما أن يستصحب الإجماع عند انتفاء الإجماع فهو
محال ، وهذا كما أن العقل دل على البراءة الأصلية بشرط أن لا يدل
دليل السمع فلا يبقى له دلالة مع وجود دليل السمع ، وهنا انعقد
الإجماع بشرط العدم وانتفى الإجماع عند الوجود أيضاً) (٢)

(١) المصدر نفسه ص ٣٤٢ وانظر التبصرة ص ٥٢٩

(٢) الغزالي المستصفى ٢٢٧/١ وانظر التبصرة ص ٥٢٩

مناقشة أدلة النافين لحجية هذا النوع :

عمدة ما استدل به النافون لحجية هذا النوع : هو أن الاجماع الأول إنما انعقد مشروطاً بالعدم ، فلا يجوز أن يستصحب هذا الاجماع مع تغير الحال من العدم الى الوجود . يتمثل هذا في أدلتهم بالمعقول والقياس .

اعترض ابن القيم على هذا الدليل ، ولم يسلم رحمه الله بأن تغير حال المجمع عليه يؤثر في الحكم ، لأن تبدل حال المحل المجمع على حكمه أولاً ، كتبدل زمانه ، ومكانه ، وشخصه ، لا يمنع استصحاب ما ثبت قبل التبدل ، كما أن تبدل وصفه ، وحاله ، لا يمنع الاستصحاب حتى يقوم دليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف الحادث ناقلاً للحكم ، مثبتاً ضده ، كما جعل الدباغ ناقلاً لحكم نجاسة الجلد ، وتحليل الخمرة ناقلاً لحكم تحريمها ، وحدوث الاحتلام ناقلاً لحكم البراءة الأصلية ، وحينئذ لا يبقى التمسك بالاستصحاب صحيحاً . لأن هذه الأمور اعتبرها الشارع ناقلاً للحكم بخلاف مسائل النزاع لأن مجرد النزاع لا يوجب سقوط استصحاب حكم الاجماع .

والنزع في رؤية الماء في الصلاة ، وحدوث العيب عند المشتري ، واستيلاد الأمة ، لا يوجب رفع ما كان ثابتاً قبل ذلك من الحكم . فلا يقبل قول المعترض : إن حكم الاستصحاب قد زال بالنزع الحادث ، فإن النزاع لا يرفع ما ثبت من الحكم ، فلا يمكن للمعترض رفعه إلا أن يقيم دليلاً على أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلاً على

نقل الحكم وحينئذ يكون محارضا في الدليل لا قادحا فيه . (١)

فهذا الاعتراض ذكره ابن القيم عليه رحمة الله معترضا به على دليل من ينفي حجية هذا النوع ، فهو يعتبر أن تغير الحال لا يمنع استصحاب ما ثبت قبل التغير حتى يدل الدليل على تبدل الحكم بناءً على تغير الحال . ومن يدعى تبدل الحكم فعليه الدليل .

ويقول: كما أن الشارع جعل الدباغ ناقلا لحكم نجاسة الجلد ، وتحليل الخمر ناقلا للحكم بتحريمها ، وحدوث الاحتلام ناقلا لحكم البراءة الأصلية، فكان ينبغي لمن يدعى تغير الحكم الثابت بالاجماع وعدم استصحابه عند تغير حاله، أن يأتي بالدليل الناقل كما في هذه المسائل .

الا أن الغزالي عليه رحمة الله يرد على هذا الاعتراض ويفرق بين استصحاب العموم ، والبراءة الأصلية/ وبين استصحاب الاجماع في محل النزاع . وذلك لأن الخلاف في العموم لا يضاد شمول الصيغة في العموم/ ومثله دليل العقل، والنص . أما في استصحاب الاجماع في محل النزاع، فإن الخلاف يضاد الاجماع .

يقول رحمه الله : (إن كل دليل يضاد نفس الخلاف فلا يمكن استصحابه مع الخلاف ، والاجماع يضاد نفس الخلاف، إذ لا اجماع مع الخلاف ، بخلاف العموم ، والنص ، ودليل العقل ، فإن الخلاف

(١) انظر ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ١/ ١٤٣-١٤٤ وانظر ابن

حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٣٠٢

لا يضاده ، فان المخالف مقرباً عن العموم تناول بصيغته محسّل الخلاف .

وان قوله صلى الله عليه وسلم (لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل)^(١) شامل بصيغته صوم رمضان ، مع خلاف الخصم فيه ، فيقول أخصه بدليل فعليه الدليل .

وههنا المخالف لا يسلم شمول الاجماع محل الخلاف ، ان يستحيل الاجماع مع الخلاف ، ولا يستحيل شمول الصيغة مع الدليل^(٢) .

وعلى هذا يتضح أن قياس استصحاب حال الاجماع في محل النزاع ، على استصحاب البراءة الأصلية ، أو العموم ، أو النص ، قياس مع الفارق ، وإن الخلاف في تغير الحكم لا يقدر في الاستصحاب ان كان المستصحب عموماً أو نصاً أو دليلاً عقلياً على البراءة الأصلية . أما في استصحاب حال الاجماع مع تغير حال الحكم المجمع عليه ، أو صفته ، فيكون هذا الخلاف قادحاً في الاستصحاب ، لأن الاجماع انعقد في حالة عدم تغير هذه الحالة ، ولم ينعقد مع وجود المغير لهذه الحالة ، ولهذا لا يكون الاجماع شاملاً لحال الوجود والعدم ، لا مكان شمول الصيغة مع دليل التخصيص ، واستحالة شمول الاجماع محل الخلاف ، ان يستحيل الاجماع مع الخلاف .

ويخالف ابن القيم الغزالي في هذا الرأي ، ويذهب إلى التسوية مرة أخرى بين استصحاب الاجماع في محل النزاع ، وبقيّة أنواع الاستصحاب

(١) تقدم تخريجه صفحة ١٤ من هذا البحث

(٢) المستصفى ١/ ٢٢٧

الأخرى ويرى بناءً على هذا: أن الاستصحاب بأنواعه بما فيها
استصحاب الإجماع في محل النزاع - لا يجوز الاستدلال به إلا
بقيود وهذه القيود هي :

١- القطع بانتفاء الناقل .

٢- الظن بانتفاء الناقل .

٣- إذا وجد ناقل غير مؤثر .

٤- إذا وجد ناقل مؤثر ولكنه تبين عدم اقتضائه نقل الحكم .

فإذا انتفت هذه القيود الأربعة يكن الاستدلال بالاستصحاب صحيحاً .

ثم هو يرى أن مسائل استصحاب الإجماع في محل النزاع: من
قبيل المؤثر الذي لا يقتضي وجوده انتفاء الحكم، فيحكم ببقاء الحكم
الأصلي مع وجود هذه الأشياء . ولعل هذا أقوى مما استدل به
الامام ابن القيم .

يقول رحمه الله بعد أن تعرض لأنواع الاستصحاب وأحكامه :
(وبالجمله فالاستصحاب لا يجوز الاستدلال به إلا إذا اعتقد
انتفاء الناقل ، فإذا قطع المستدل بانتفاء الناقل ، قطع بانتفاء الحكم
كما يقطع ببقاء شريعة محمد صلى الله عليه وسلم ، وأنها غير منسوخة .
وان ظن انتفاء الناقل ، أو ظن انتفاء دلالة ظن انتفاء النقل ، وان
كان الناقل معنى مؤثراً ، وتبين عدم اقتضائه ، تبين له انتفاء النقل ،
مثل رؤية الماء في الصلاة لا تنقض الوضوء ، ولا فمع تجويزه لكونه
ناقصاً للوضوء لا يطمئن ببقاء الوضوء .

وكذا كل من وقع النزاع في انتقاض وضوئه، ووجوب الفسل عليه،
فان الأصل بقاء طهارته، كالنزاع في بطلان الوضوء بخروج النجاسات
من غير السبيلين، وبالخارج النادر منها، وبمس النساء بشهوة،
وغيرها، ويأكل مما مسته النار، وغسل الميت (١)

فابن القيم رحمه الله يجعل لهذه المسائل كلها حكما واحدا،
وهو البقاء على الأصل، وان هذه الحالات الطارئة عليها لا تغير
الحكم السابق.

ولكن بالنظر الى هذه المسائل يتضح أن منها ما نص الشارع
على بقاء حكمها مع تغير بعض حالاتها، ومنها ما لم ينص الشارع
على بقاء حكمها مع التغير.

ولهذا يكون الجمع بين هذه المسائل وإعطاؤها حكما واحدا
غير دقيق. ولهذا رد أبو الحسين البصري على من يسوى بين هذه
المسائل، وخاصة في المساواة بين المسائل غير المنصوص على بقاء
حكمها، وبين مسألة تيقن الطهارة مع الشك في الحدث، فهو رحمه
الله يفرق بين هذين النوعين، ويذهب الى أن تعدى الحكم
من حالة العدم الى حالة الوجود، لا يكون الا بدليل.

ففي مسائل تيقن حصول الطهارة مع الشك في الحدث وأمثالها:
هناك دلالة على عدم التغير مع تبدل الحال الأولى، وهذه الدلالة
هي لفظ الشارع، أما في المسائل الأخرى: فليس هناك دلالة
على عدم تغير الحكم مع تبدل حال المجمع عليه. فلا يتعدى الحكم

(١) ابن القيم، المصدر السابق ١/٣٤٢-٣٤٣

من الصورة الأولى الى الثانية، فلا يصح الجمع حينئذ بين هذه المسائل وأعطائها حكما واحدا .

قال رحمه الله بعد أن ذكر الأدلة على عدم صحة الاحتجاج بهذا النوع، وهو استصحاب الاجماع في محل النزاع؛ (فان قيل فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن الشيطان يأتي أحدكم فيخيل أنه أحدث، فلا ينصرفن حتى يجد ريحا أو يسمع صوتا) (١) فأوجب استدامة الحكم .

قيل : أنا لا نمنع من تعدى الحكم من حالة الى حالة لدلالة ، وانما نمنع من ذلك لا لدلالة . وقول النبي صلى الله عليه وسلم هو لدلالة .

فان قيل : أليس بعض الفقهاء قد جعل حكم الشاك في الحدث بعد تيقن الطهارة ، كحكمه قبل الشك فيها في إسقاط الوضوء ؟ قيل هؤلاء ان جمعوا بينهما لدلالة أو علة والا فهو موضع خلاف (٢)

ثم هو يفرق بين هذه المسألة . وهي : مسألة الشك في الطهارة بعد تيقن الحدث ، وبين مسائل استصحاب الاجماع في محل النزاع ، وخاصة مسألة وجوب الوضوء على من رأى الماء في أثناء الصلاة . يقول رحمه الله : (على أن ذلك خارج عما نحن بسبيله لأن

(١) رواه أحمد ٥٤/٢ بلفظ اذا جاء أحدكم الشيطان في صلاته

تقدم تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة

(٢) أبو الحسين البصري ، المصدر السابق ٨٨٥/٢ وانظر التبصرة

ص ٥٢٨-٥٢٦

الأصل : في العقل ألا وضوء ، فإذا لم يدل على وجوبه على الشاك ففى
الحدث دليل شرعى ، فالواجب البقاء على حكم الأصل . لأنه لو كان
واجبا لدل الله تعالى عليه . وليس كذلك وجوب الوضوء على من رأى الماء
لأن الوضوء ليس هو حكم العقل ، حتى يلزم البقاء عليه ما لم تدل على
خلافه دلالة . (١)

فعلى هذا تكون التسوية بين هذه المسائل ، ومسائل النزاع
غير دقيقة ، لأن المسائل المتنازع فيها ليس لها دليل يدل على بقاء حكمها
مع تبدل أحوالها ، بينما المسائل غير المتنازع فيها لها دليل يدل على
بقاء حكمها مع تبدل أحوالها .

(١) المصدر نفسه ٨٨٥/٢

الترجيح بين هذه المذاهب

ما تقدم يتضح أن كل الحجج التي احتج بها من يثبت حجية هذا النوع قد قوبلت بالرفض من قبل المنكرين لحجيته .

ولقد تقدمت أدلة الفريقين ومناقشتها وبأن من خلالها ضعف أدلة الشبتهين لحجية هذا النوع .

ويتضح أن احتجاجهم انبنى على شبهة ضعيفة ، ولقد تعرض الامام الغزالي لشبهتهم هذه وأقام الدليل على بطلانها ورجح بذلك مذهب من يقول بعدم حجية هذا النوع .

ومن هذه الشبهات قولهم : إن الحكم المتنازع فيه مجمع عليه ، فالقول بخلافه خرق للاجماع ، فلا يجوز ؛ لأن الاجماع يحرم الخلاف قال الغزالي ردا على هذه الشبهة : (قلنا : هذا الخلاف غير محرم للاجماع وانما لم يكن المخالف خارقا للاجماع لأن الاجماع انما انعقد على حالة العدم ، لا على حالة الوجود ، فمن الحق الوجود بالعدم فعليه الدليل .) (١)

ومنها قولهم : إن الدليل الدال على صحة الشروع في الصلاة في مسألة المتيمم الذي رأى الماء في اثناء الصلاة ، هو بنفسه دليل على صحة الاستمرار في الصلاة ، حتى يدل دليل على الانقطاع ، لأن كل ما ثبت دام الى وجود قاطع ، فالدوام لا يحتاج الى الدليل بل ثبوت الحكم ابتداء هو الذي يحتاج الى دليل ، كما أنه اذا ثبت موت زيد ، أو بناء دار ، أو كان دوام هذه الاشياء بنفسها

(١) الغزالي ، المستصفى ٢٢٧/١

بلا سبب يدل على بقائها ، بناءً على أن ما ثبت دوام الى وجود قاطع (١)

قال رحمه الله رداً على هذا : (قلنا : هذا وهم باطل ، لأن كل ما ثبت جائزاً لا يدوم ، وأن لا يدوم ، فلا بد من دليل سوى دليل الثبوت ، ولولا دليل العادة على أن من مات لا يحيا ، والدار اذا بنيت لا تنهدم ما لم تهدم أو يطول الزمان ، لما عرفنا دوامها بمجرد ثبوته . كما اذا أخبر عن قعود الأمير ، وأكله ، ودخوله الدار ، ولم تدل العادة على دوام هذه الأحوال . فأنما لا نقضى بدوام هذه الأحوال أصلاً . فكذلك خبر الشرع عن دوام الصلاة مع عدم الماء ، ليس خبراً عن دوامها مع الوجود ، فيفتقر دوامها الى دليل آخر) (٢)

ثم ان هذا الدليل الذى يدل على صحة الشروع فى الصلاة لو سلمنا أنه هو بنفسه الدال على دوامها ، فإنه لا يخلو عما أن يكون دليلاً عاماً يتناول حالة الوجود والعدم ، وأما أن يكون ^{أن} اجماعاً . فان كان الدليل عاماً وتناول حالة الوجود والعدم فحينئذ يكون الدليل هو النهى العام لا الاجماع .

وان كان اجماعاً : فالاجماع انعقد فى حالة العدم ، وهو مشروط بهذا العدم ، فلا يصح أن يكون دليلاً عند الوجود (٣)

(١) انظر المصدر نفسه ص ٢٢٨

(٢) المصدر نفسه ص ٢٢٨-٢٢٩

(٣) المصدر نفسه ص ٢٢٨

ولا يقال في مسألة المتيمم الذي رأى الماء في أثناء الصلاة

أن الشخص فيها مأمور بالشروع والإتمام ، لا بالشروع فقط .

ولنا لم يصح هذا القول ؛ لأنه مأمور بالشروع مع عدم وجود الماء ،

وبالإتمام مع وجود الماء ، أما مع وجود الماء فهو محل الخلاف فما

الدليل على أنه مأمور بالإتمام مع وجود الماء ؟ .

فان قيل الدليل على أنه مأمور بالشروع مع الإتمام في حالة

الوجود ؛ أنه منهي عن ابطال العمل ، وفي استعمال الماء ابطال

للعمل .

فجوابه ؛ أنه احتجاج ضعيف لأنه إن أريد بالبطان احباط

ثوابه ؛ فلا نسلم أنه لا ثواب له على ذلك ؛ لأنه يثاب على ما شرع

فيه من العمل ، وهو الصلاة قبل رؤية الماء .

وان أريد بالبطان أنه يجب عليه فعل مثل الشيء الذي

أبطله ؛ فليس بمسلم أيضا ؛ لأن الصحة في العبادات ؛ ليست عبارة

عما لا يجب فعل مثله ، كما هو مقرر عند جمهور المتكلمين ؛ إذ الصحة

عندهم ؛ عبارة عما وافق الشرع وجب القضاء أو لم يجب . (٢)

ومن هذه الشبهات ؛ قولهم الأصل ؛ أن اليقين لا يرفع الشك ،

والشخص الذي تيمم وشرع في صلاته كان متيقنا من الطهارة ، ووجوب

استئناف الصلاة بعد رؤية الماء مشكوك فيه ، فلا يرتفع به اليقين .

(١) انظر المصدر نفسه ٩٤/١ عند الكلام عن تعريف الصحة .

وجواب هذه الشبهة : أن وجوب المضي في هذه الصلاة مع رؤية الماء مشكوك فيه ، وبرائة الذمة بهذه الصلاة مع وجود الماء مشكوك فيها ، فلا يكون هناك ارتفاع لليقين بالشك ، كما أن من أوجب استئناف الصلاة عند رؤية الماء لا يوجبها بلا دليل ، بل يدل على الظن ، كما في البراءة الأصلية فانها ترفع بدليل يغلب على الظن كذلك .

بل ان اليقين قد يرفع بالشك في بعض المسائل ، ومثاله : ما لو اشتبهت ميتة بمذكاة ، وماء طاهر بماء نجس ، ورضيعة بأجنبية . فان اباحة المذكاة ، والماء الطاهر ، والأجنبية ، متيقنة الا أن هذه الاباحة المتيقنة يرفعها الشك الحاصل في هذه المباحات ،

فيجب اجتناب هذه المباحات في حال الاشتباه (١)

ولهذه الردود من الغزالي على ما استدل به من يحتج بهذا النوع ، ومن الادلة الاخرى المتقدمة ، والدالة على عدم اعتبار هذا النوع ، ومن مناقشة أدلة الطرفين ، يتضح أن رأى من يقول بعدم حجية هذا النوع هو الأرجح . ولا يقدح في هذا القول صحة بعض المسائل المشابهة التي استصحب فيها الحكم الثابت مع وجود ما يظن أنه مغير للحكم ، كما في احتجاجهم بمسائل معارضة الشك لليقين ، فان هذه المسائل لم يعتبرها الشارع مؤثرة .

(١) انظر المصدر نفسه ١/ ٢٢٩-٢٣٢

فى الحكم الثابت بعدم وجود غلبة الظن بكونها مؤثرة . أما المسائل
التي تغيرت فيها صفة الحكم المجمع عليه : فلا يصح استصحابها
بعد التغير ؛ فهي أشبه بمن يستصحب الحكم مع وجود غلبة
الظن بحصول المغير للحكم .

قال الشيرازى فى التفريق بين استصحاب حكم الاجماع فى
محل الخلاف ، وبين معارضة الشك لليقين :

(ويخالف هذا ما ذكره من يقن الطهارة ، فانا تيقنا الطهارة
ولم نتيقن زوالها ، والظاهر بقاءها ، وليس كذلك مسألتنا لأن
ما تيقناه من الاجماع قد تيقنا زواله .

فوزان ما قالوه : إن تيقن زوال الطهارة بالحدث ، فلا يستصحب
حكم الطهارة) (١)

وما يقوى ترجيح هذا رأى : ما ذكره أبو الحسين البصرى : ان
أنه يعتبر ان هذا النوع ليس باستصحاب أصلا ، والاستدلال به باطل
من كل الوجوه ، فهو يرى أن طريقة الاستدلال بهذا النوع اما
عن طريق الشرع ، أو العقل ، والطريقتان باطلتان .

ومثل للشرعى : يقول المستدل : ان المقيم اذا رأى الماء
قبل الصلاة وجب عليه الوضوء ، فكذلك اذا رآه بعد دخوله فى
الصلاة ، ومن زعم أن فرض الوضوء يتغير بالدخول فى الصلاة فعليه الدليل .

(١) التبصرة فى أصول الفقه ص ٥٢٨

قال رحمه الله في هذا الاستدلال : (وهذا باطل لأنسه
ان اشرك بين الحالتين في وجوب الوضوء لاشتراكهما فيما دل على
وجوب الوضوء؛ فليس باستصحاب حال الذي ننكره ويذهبون اليه،
وان شرك بينهما في الحكم لاشتراكهما في علته؛ فهذا قياس، وان
شرك بينهما بغير دلالة ولا علة؛ فليس هو بأن يجمع بينهما
بأولى من ^(١) لا يجمع بينهما، أو بأن يجمع بين المسألة وغيرها، ولأن
ذلك قياس بغير علة، وأهل الظاهر المانعون من القياس بعلة
أولى ان يمنعوا من ذلك (١))

ومثل للعقل : بأن يقول القائل : المتيمم المصلي اذا لم
ير الماء لم تلزمه الطهارة الاخرى، ووجب عليه أن يمضي في صلاته،
فكذلك اذا رأى الماء.

فهو رحمه الله يرى؛ أن هذا الاستدلال لا يصح اذا قصد به
أن الطهارة الأخرى تسقط عنه لأجل سقوطها إذا لم ير الماء. وعلى
عدم صحة هذا الاستدلال؛ بأنه جمع بين حالتين بغير دلالة ولا علة،
أما اذا قصد به؛ أن الطهارة لا تلزمه لأنه لا يوجد دليل يدل على
وجوبها؛ فهو من باب الاستدلال بالنفس، لا من قيل الاستدلال
باستصحاب الاجماع.

وبهذا يسقط الاستدلال بهذا النوع، ويترجح قول القائلين
بعدم حجية هذا النوع، والاستدلال به.

(١) ابو الحسين البصري، المعتمد في اصول الفقه ٢/ ٨٨٤، وانظر
التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ص ٥٢٦

الباب الثالث

أثر الاستصحاب في فروع الفقهية

الباب الثالث أثر الاستصحاب في الفروع الفقهية

تقدم في البابين الماضيين الحديث عن تعريف الاستصحاب وأنواعه ، ومذاهب العلماء في حجته . ولقد تقدمت مع هذه المباحث بعض الأمثلة الفقهية المفرعة عنه .

وفي هذا الباب أتناول ان شاء الله تعالى أثر الاختلاف في الاستصحاب في الفروع الفقهية .

ولما كان الاستصحاب قد انبنت عليه فروع كثيرة ، وكانت هذه الفروع تجمعها قواعد منضبطة ، رأيت أن أتناول بالبحث والدراسة أهم القواعد ، وبعض الفروع التي بنيت على الاستصحاب .

ولما كان تحت كل قاعدة من هذه القواعد فروع فقهية كثيرة رأيت أن أتناول أولا : هذه القواعد فأحررها ، وأنكر علاقتها بالاستصحاب مع الإشارة الى بعض الأمثلة المندرجة تحت هذه القواعد ، بدون التعرُّض للخلاف بين العلماء في هذه المسائل .

ثم أتناول ثانيا : مسائل انتخابها من هذه الأمثلة - وهي مسائل متفرعة من أبواب الفقه الاسلامي المختلفة - موضعا أثر الاختلاف في الاستصحاب فيها ، وذلك في فصلين :

الفصل الأول : في القواعد الفقهية التي بنيت على الاستصحاب

الفصل الثاني : في المسائل المتفرعة عن القول بالاستصحاب

الفصل الأول

القواعد الفقهية التي بنيت
على الاستصحاب

الفصل الأول

القواعد الفقهية التي بنيت على الاستصحاب

تقدم في الباب الأول والثاني الكلام عن معنى الاستصحاب ، وأنواعه ، وحجتيه ، وظاهر من خلال هذه المباحث أن الاستصحاب لا يعمل به إذا وجد دليل بغير الحكم الذي كان ثابتا في الزمان الأول ، وهذا مستفاد من القيد المذكور في تعريف الاستصحاب : (لقد ما يصلح للتغير) . فما دام أنه لا يوجد دليل يصلح لأن يكون مغيرا فاننا نتسك بالأصل الذي كان ثابتا ، ولا يتغير هذا الأصل ولا يندفع بمجرد الشك ، أو الاحتمال في وجود المغير ، فان الشك لا يصلح أن يكون مغيرا للأصل ؛ لأنه يقين . وكما هو معلوم فان اليقين لا يزول بالشك . لأن اليقين أقوى من الشك ، فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف ، والمقصود من اليقين هنا : الأصل الذي كان ثابتا ، وأطلق عليه اليقين مجازا ، لأنه مع وجدان الشك لا يقين ولكن انما حكم بوجوده الآن مع حصول الشك في وجود المغير استصحابا لما يقين في الماضي ، وهذا هو معنى القاعدة المشهورة في الفقه : ان اليقين لا يرفع بالشك . (١)

(٠) انظر ابن السبكي ، تكملة الابهاج شرح المنهاج ١١٣/٣ ،
والاشباه والنظائر له (نسخة مصورة عن مكتبة الأزهر رقم ٢٢)
١/١ - ٢ وعلى حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام
٩٣٧ ،
(بيروت مكتبة النهضة) ٢٠/١

وفي هذا الفصل أتناول ان شاء الله تعالى هذه القاعدة باعتبارها الأصل الذي تفرع عنه القواعد الأخرى ، مع ذكر بعض الأدلة الدالة عليها ، والأمثلة المندرجة تحتها . ويندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد أهمها :

- (١) "الأصل بقاء ما كان على ما كان" .
- (٢) "الأصل براءة الذمة" .
- (٣) "الأصل في الأمور العارضة العدم" .
- (٤) "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن" .
- (٥) "الأصل في الكلام الحقيقة" .
- (٦) "الأصل في الأشياء الإباحة" .
- (٧) "الأصل في الأيضاع التحريم" . (١)

علاقة هذه القواعد بالاستصحاب :-

لا شك أن هذه القواعد المذكورة كلها يرجع فيها إلى حكم الأصل عند النزاع في تغيير حكمها .
فإذا حصل النزاع في أي حكم هل هو على حالة أو تغيير ، فإذا لم يعم دليل على أن هذا الحكم قد زال فإنه يحكم ببقائه بناءً على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان .

وإذا ما وجه لشخص اتهام بأنه مدين لشخص مثلاً ، فما لم يأت المدعى ببينة تدل على صدق دعواه يحكم ببراءة المدعى عليه ،

(١) انظر السيوطي الأشباه والنظائر ص (٥٠-٧٦) وزين الدين ابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٧٢-٧٤

لأن الأصل براءة ذمته من كل ما نسب اليه .

وكذلك اذا تنازع عامل القراض ، وصاحب المال ، مثلاً ، في زيادة رأس المال ، فأنكر العامل الزيادة ، وادعاها صاحب المال فالقول قول عامل القراض ، فيحكم بعدم الزيادة ، الا اذا أقام صاحب المال البينة على أنه دفع زيادة على رأس المال ، فاذا لم تقم البينة على الزيادة فيحكم بعدم الزيادة ، بناءً على أن الزيادة أمر عارض والأصل في الأمور العارضة العدم .

واذا كان الشخص على طهارة ، وصلى أكثر من صلاة ، ثم رأى على ثوبه ، أو على بدنه ، ما يمنعه من الصلاة ، ولم يدر متى حصل هذا المانع ، فان حصوله ينسب الى أقرب زمن يتوقع حدوثه فيه ، ويمعّد ما صلاه بعد هذا الزمن ، ويبقى ما قبله على الأصل بناءً على أن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن

كل لفظ أطلق فانه يحمل على معناه الحقيقي ، ولا ينصرف الى المعنى المجازي الا بقريضة .

كما لو أوصى رجل بشيء لأولاده ، فلا يدخل في ذلك ولد الولد على الأصح ، لأن اسم الولد اذا أطلق فانه حقيقة في ولد الصلب ، فاذا حصل النزاع في دخول ولد الولد وعدم دخوله في تلك الوصية يحكم بعدم دخوله بناءً على أن الأصل في الكلام الحقيقة .

اذا حصل النزاع في حكم حيوان ، أو جماد ، أو نبات ، هل هو مباح فيجوز الانتفاع به ، أو محظور فلا يجوز الانتفاع به ، فما لم يقدّم دليل يدل على أنه محظور ، فانه يحكم بإباحته بناءً على أن الأصل في الأشياء

الاباحة ، كما يرى جمهور العلماء .

إذا اختلطت امرأة محرمة ، بنسوة قرية محصورات ، فإنه يحرم
جميع نساء تلك القرية ، لأن الأصل في الأبهضاع التحريم . فلا يجوز
التحرى فيها عند الاشتباه . (١)

ويوضح علاقة هذه القواعد المذكورة بالاستصحاب ، أنها
جميعها حكم فيها بالبقاء على حكم الأصل استصحاباً لأحكامها السابقة
قبل النزاع .

وذلك ، لأنه لم يطرأ على الأصل في هذه القواعد ما يغير حكمه ،
أو ما يصلح لتغير الحكم ، ولذلك يبقى فيها على الأصل ، وهذا هو
معنى الاستصحاب . وهذا الأصل ما دام أنه لم يدل دليل على
تغيره فهو في حكم اليقين فلا يزول بالشك المعارض .

ولهذا عند ما تناول العلماء هذه القواعد ردوها كلها إلى
الاستصحاب ، وتعرضوا لها كلها تحت قاعدة : (اليقين لا يرفع بالشك) .
فالامام تاج الدين بن السبكي مثلاً ، عند ما تكلم عن الاستصحاب
في كتابه : تكملة الابهاج تعرض لهذه القاعدة باعتبارها مندرجة
تحت الاستصحاب .

قال رحمه الله عند كلامه عن قيد : (لفقد ما يصلح للتغير) في
تعريف الاستصحاب : (ان الأصل لا يندفع بمجرد الاحتمال ، أخذاً
بالاستصحاب ، وهذا معنى القاعدة المشهورة في الفقه : (اليقين لا
يرفع بالشك .) فإنه مع وجدان الشك لا يقين ، ولكن استصحاباً لما

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠-٧٦ ، والاشباه والنظائر

لابن نجيم ص ٧٢-٧٤

(١) تيقن في الماضي ، وهو الأصل وأطلق عليه اليقين مجازاً (

وعند ما تكلم رحمه الله عن هذه القاعدة في كتابه الاشباه والنظائر
قال : (اليقين لا يرفع بالشك ولا يخفى أنه لا شك مع اليقين ، ولكن
المراد : استصحاب الأصل المتيقن ، لا يزيله شك طارئ . فقل ان
شئت : الأصل بقاء ما كان على ما كان أو : الاستصحاب حجة) (٢)

والامام جلال الدين السيوطي (٣) عند ما تكلم عن هذه القاعدة فسي
كتابه الاشباه والنظائر ، وذكر القواعد المندرجة تحتها ، قال : ويعبر
عن الأصل في جميع ما تقدم بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضي فسي
الحاضر (٤)

(١) ابن السبكي ، تكملة الابيهاج ١١٣/٣

(٢) ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ٨٧/١

(٣) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين ، يلقب بجلال
الدين ، ولد بالقاهرة عام ٨٤٩ هـ ، أخذ عن الكمال بن الهمام
والشمس بن محمد بن موسى الحنفى ، والفخر عثمان المقدسى ، له
تأليف كثيرة قيل أنها تزيد على الخمسمائة مؤلف ، أشهرها : الاتقان
في علوم القرآن ، الأشباه والنظائر في الفقه ، والأشباه والنظائر في
النحو ، وألفية في مصطلح الحديث ، وبغية الوعاة في طبقات
اللفويين والنحاة ، والدر المنثور في التفسير بالمأثور وغيرها
وله في الأصول : المواهب في اختلاف المذاهب ، توفي عام
٩١١ هـ . انظر ترجمته في شذرات الذهب ٥١/١ - ٥٥ والاعلام
(طبعة الملايين) ٣٠١/٣ - ٣٠٢ ، والفتح المبين ٦٥/٣ - ٦٦

(٤) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٦

وكذلك (ابن نجيم) فى الأشياء والنظائر ، ذهب الى ما ذهب اليه ابن السبكي ، والسيوطى ، فى عرض هذه القاعدة ، وفى بناء القواعد المذكورة عليها ، ثم ختم الكلام عن هذه القاعدة ومباحثها بالاستصحاب وذكر فيه مذهب الحنفية . (١)

والعلماء عند ما تكلموا عن قاعدة : " اليقين لا يزول بالشك " تناولوها كقاعدة مفرعة على الاستصحاب ، الا أنهم اختلفوا فى كيفية تناولها . فمنهم من جعلها مرادفة لقاعدة : " الأصل بقاء ما كان على ما كان " ومنهم من جعل قاعدة : " الأصل بقاء ما كان على ما كان " ضمن القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة ، والمندرجة تحتها ، مثلها فى ذلك مثل بقية القواعد الأخرى .

وقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " وما تفرع عنها من قواعد مبنية على استصحاب الماضى فى الحاضر ، وهذا النوع من الاستصحاب يشمل جميع أنواع الاستصحاب المتفق عليها بين جمهور القائلين بحجيته ، والى تقدمت فى الفصل الثانى من الباب الأول عدا الاستصحاب المقلوب . وهو استصحاب الحاضر فى الماضى ، وقد تقدم الكلام عن هذه الأنواع ، مع التشيل ، والتوضيح لها .

(١) الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٧٢ - ٧٤

قال ابن السبكي بعد الكلام عن "قاعدة اليقين لا يزول بالشك"،
وما تفرغ عنها : (جميع ما قدمناه في استصحاب الماضي في الحاضر .
أما استصحاب الحاضر في الماضي : فهو الاستصحاب المقلوب .) (١)

وقال السيوطي كذلك بعد أن ذكر قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"
والقواعد المفرعة عنها : (يعبر عن الأصل في جميع ما تقدم بالاستصحاب
وهو استصحاب الماضي في الحاضر ، وأما استصحاب الحاضر في الماضي :
فهو الاستصحاب المقلوب) . (٢)

ولما كان منهجى في هذا الفصل أن أتناول هذه القواعد
محرا وبينا لها ، فقد تعرضت لكل قاعدة بمفردها ، بما في ذلك
قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" ، وإن كانت هي الأصل الذي تفرعت
عنه القواعد الأخرى . وإن كان في القاعدة التي أتناولها خلاف فساتعرض
له باختصار . أما الأحكام الفقهية المبنية على تلك القواعد ، واختلاف
الفقهاء فيها ، وادلتها ، فموضعها في الفصل الثاني من هذا الباب ،
حيث أتناول فيه ان شاء الله المسائل الفقهية المبنية على الاستصحاب
وأثر القول بالاستصحاب فيها .

(١) ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ٢٢/١

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٧٦

القاعدة الأولى

"اليقين لا يزول بالشك"

ويطلق عليها أيضا قاعدة : " ما ثبت بيقين لا يرفع بالشك " أو
" ما ثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين " .

والمقصود من هذه القاعدة : أن اليقين السابق ، لا يزول
بالشك الطارئ ، وأنه لا يزول الا بيقين مثله ، أو ما كان في حكم
اليقين ، كغلبة الظن . (١)

قال السيوطي عند الكلام عن هذه القاعدة :
{ واعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل
المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر (٢)
ويتفرع عن هذه القاعدة كل القواعد المذكورة بعد ها ، مع فروعها
المندرجة تحتها :-

الأدلة :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : (اذا وجد أحدكم في بطنه شيئا .
فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا ؟ ، فلا يخرج من المسجد ، حتى
يسمع صوتا ، أو يجد ريحا) (٣)

(١) انظر ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ١/ ٨٧ ، والمؤلف أيضا
تكملة الابهاج ٣/ ١٣ ، والسيوطي ، الأشباه والنظائر ، ٥٠ - ٧٦

(٢) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٥١

(٣) رواه مسلم والبخاري وغيرهما . تقدم تخريجه ص ١١٢

٢ - ما جاء عن عبد الله بن زيد رضى الله عنه قال : شُكِيَ إِلَى
النبي صلى الله عليه وسلم : الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في
الصلاة .

قال : لا ينصرفن حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا . (١)

ووجه الدلالة من هذين الحديثين : أن الشارع أمر الشاك
في الحدث بعد أن يتيقن الطهارة ، أن لا يلتفت إلى الشك ،
وأن يستمر على اعتبار طهارته السابقة حتى يتيقن حصول الناقض لها
وذلك : لأن حصول الطهارة يقين ، والحدث مشكوك فيه ، فلا
يرتفع به اليقين .

٣ - ما روى عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه ^(٢) أنه قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا شك أحدكم في صلاته ، فلم
يدرك صلى أثلاثا أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن (٣)

(١) رواه مسلم في الحيض ، باب الدليل على أن من يتيقن الطهارة ثم
شك في الحدث فله أن يصلى بطهارته تلك ٢٧٦/١ حديث رقم
٩٨ ، وأبو داود في الطهارة ، باب إذا شك في الحدث ١٢٢/١
حديث رقم ٩٨ ، والنسائي في سننه ، ٩٨/١ حديث رقم ١١٤

(٢) هو سعيد بن مالك بن سنان الخزرجي الأنصاري ، صحابي جليل
يكنى بأبي سعيد ، ولد عام ١٠ ق هـ كان من ملازمي الرسول
صلى الله عليه وسلم وروى عنه أحاديث بلغت ١١٧٠ حديثاً ،
وغزى اثني عشرة غزوة وتوفي عام ٧٤ هـ ، وقيل سنة ٦٣ أو ٦٥ هـ ، انظر ترجمته
في أسد الغابة في معرفة الصحابة (القاهرة دار الشعب) ٣٦٥/٢
٣٦٥/٢ ، وتهذيب التهذيب ٤٧٩/٣ - ٤٨١

(٣) رواه مسلم في المساجد ، باب السهو في الصلاة ، ٤٠٠/١ حديث

٤- ما روى عن عبد الرحمن بن عوف^(١) رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اذا سها أحدكم فى صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين ، فليبن على واحدة ، فان لم يدر ثنتين صلى ، أو ثلاثا ، فليبن على ثنتين ، فان لم يدر أثلاثا صلى أو أربعاً ، فليبن على ثلاثة ، ويسجد سجدتين قبل أن يسلم .) (٢)

رقم ٨٨ ، ٨٩ وأبو داود فى الصلاة ، باب اذا شك فى الثنتين والثلاث ، من قال يلقي الشك ، ٦٢٢-٦٢١/١ حديث رقم ١٠٢٤ - ١٠٢٧ ، ومالك بن أنس فى الموطأ : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار الشعب بالقاهرة) كتاب الصلاة باب ما جاء فى النداء للصلاة حديث رقم ٦

(١) هو عبد الرحمن بن عوف بن عبد الحارث ، يكنى بأبى محمد ، ولد بمكة سنة ٤٤ ق هـ ، من أوائل الرجال إسلاماً ، ومن العشرة المبشرين بالجنة ، هاجر الى الحبشة والمدينة ، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشاهد كلها ، كان ممن المتوسطين فى الفتيا ، روى عنه ابن عمر ، وابن عباس وجابر ، وأنس ، وجبير بن مطعم ، وغيرهم ، توفى عام ٣٢ هـ ، انظر الاصابة فى تمييز الصحابة ٤١٦/٢ - ٤١٧ ، واسد الغابة ٤٨٠/٣ - ٤٨٥ ، اعلام الموقعين ١٣/١

(٢) رواه الترمذى تقدم تخريجه ص ٤٧

ووجه الدلالة من هذين الحديثين : أن الشخص لما لم يتيقن أن ذمته قد برئت من الذى شك فيه من صلاته ، وكان متيقنا من بعضها أمره الشارع أن يبنى على ما استيقنه من الصلاة ، ولا عبرة لما شك فى أدائه .

وذلك لأن عدم الأداء يقين ، فلا يرفع بالأداء المشكوك فيه .

ويرى بعض العلماء أن هذه القاعدة قد استثنى منها بعض المسائل منها :

١- إذا شك ماسح الخف هل انقضت المدة أم لا ، يحكم بانقضاء

المدة ، مع أن الأصل عدم انقضائها

٢- من أصابته نجاسة ، فى ثوبه أو بدنه ، وجهل موضعها يجب

عليه غسل الكل ، مع أن الأصل طهارة الجزء الذى لم تصيبه

النجاسة .

٣- شك مسافر أوصل الى بلده أم لا ، لا يجوز له الترخص مع

أن الأصل أنه مسافر .

ولقد ذهب ابن القاص^(١) من الشافعية ، الى أن هذه المسائل

(١) هو أحمد بن أحمد الطبرى ، يكنى بأبى العباس ، ويعرف بابن

القاص ، تتلمذ على : أبى العباس بن سريج فى الفقه ، وأبى

خليفة ، ومحمد بن عثمان بن شيبه ، وأخذ عنه القاضى أبو

الزجاجى وغيره من العلماء ، له المفتاح ، والتلخيص ، وأدب

القاضى ، والمواقيت فى الفقه ، توفى عام ٣٣٥ هـ ، انظر ترجمته

فى وفيات الأعيان ٢٢/١ طبقات الشافعية الكبرى ٥٧/٣ - ٦٣

أحدى عشرة مسألة فقط ، وما عداها بقي فيها على حكم الأصل ، ولم يذهب فيها حكم اليقين بالشك .

وزاد إمام الحرمين ، والغزالي ، وابن السبكي ، مسائل أخرى عليها أزيل فيها حكم اليقين بالشك .

ولقد ذهب القفال الشافعي ^(١) الى أن هذه المسائل التي ادعى فيها أن اليقين قد زال بالشك ، لم يزل فيها حكم اليقين بالشك وإنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه .

(١) هو محمد بن علي بن اسماعيل ، القفال الشافعي يكنى بابي بكر ، ولد بشاش سنة ٢٩١ هـ - شافعي المذهب ، كان معتزلياً ثم رجع الى مذهب أهل السنة أخذ عن ابن خزيمة ، ومحمد بن جرير ، وعبد الله المدائني ، وابن عروبة الحراني ، وأخذ مذهب أهل السنة عن الأشعري ، أخذ عنه أبو عبد الله الحاكم وأبو عبد الرحمن السلمى ، وابن مندة ، وغيرهم ، له كتاب في أصول الفقه ، وشرح للرسالة للإمام الشافعي ، ودلائل النبوة ، ومحاسن الشريعة ، توفي عام ٣٦٥ هـ ، انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ٢٠٠/٣ - ٢٢٢ ، شذرات الذهب ٥٢٠٥١/٣ ، وفيات الأعيان ٥٨٠/١ -

ففي المثال الأول : مثلاً : ، حكم بانقضاء المدة لأن الأصل في الرجلين أن يغسلا في الوضوء ، وشرط الانتقال من الغسل الى المسح بقا ، المدة ، فاذا شككنا في بقائها رجعنا الى الأصل ، وهو الغسل .

وفي المثال الثاني : انما حكم بالنجاسة ووجوب الغسل ، لأن الأصل أنه ممنوع من الصلاة الا بطهارة ، فما لم يغسل الجميع ، فهو شك في زوال هذه النجاسات ، فلا يدخل في الصلاة بطهارة مشكوك فيها .

وفي المثال الثالث : ان القصر رخصة بشرط أن يتيقن أنه لم يصل الى بلده ، فاذا شك في الوصول وعدمه رجع الى الأصل وهو الاتمام . (١)

(١) انظر الاشباه والنظائر لابن السبكي ١٧/١ - ١٨ والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٢ - ٧٣ ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٢-٧٣ .

القاعدة الثانية

الأصل بقاء ما كان على ما كان

ومعنى هذه القاعدة : أنه ينظر للشيء على أى حال كان ، فيحكم بدوامه على تلك الحال ، ما لم يقد دليل على خلافه . (١)

الأمثلة :

يتفرع عن هذه القاعدة عدة فروع منها :

* أن من لزمته طهارة ، أو زكاة ، أو حج ، أو عمرة ، أو دين لأدى ، ثم شك هل أدى شيئاً من ذلك أم لا ؟ ، فإن هذا الشك لا يسقط هذه الواجبات ، فيلزمه القيام بها ، لأن الأصل بقاءها في عهده عملاً بقاعدة : (الأصل بقاء ما كان على ما كان) .

* ولو شك هل لزمه شيء من ذلك ، أو لزمه دين ، أو شك في عتق أمته ، أو نذر شيء مما يصح نذره ، فلا يلزمه شيء من ذلك ، لأن الأصل براءة ذمته ، فشكه في شغلها لا يؤثر فإن الله سبحانه وتعالى خلق عباده كلهم أبرياء الذم من حقوقه ، وحقوق العباد ، إلى أن يتحقق أسباب وجوبها . فإن لم يتحقق سبب الوجوب بقى الأمر على ما كان عليه . (٢)

(١) انظر على حيدر درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ٢٠/١

(٢) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنعام لعزالدين بن عبد السلام
مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد (دار الجيل بيروت ط ٢/٧) ،

* قال ابن السبكي في من تزوج ، وأحرم ، ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده ، قال نقلا عن الشافعي : (قال الشافعي رضي الله عنه ، يصح تزوجه . قلت ونقل ابن القطان ^(١) عن فروعه عن النص أيضا فيمن وكل رجلا في الزواج ، ثم لم يدر أكان أوقع عقد النكاح بعد ما أحرم ، أو قبله ، قال : نص الشافعي أنه صحيح) (٢)

وانما كان ذلك صحيحا لأن الأصل هو الحل ، فيبقى حكمه باقيا فإذا تزوج وأحرم ، ثم شك هل حصل الزواج قبل الاحرام فيصح ، أو بعده فلا يصح ، فانه يحكم الأصل ، إذ الأصل : بقاء ما كان على ما كان * فيحكم بصحة النكاح بناء على هذه القاعدة .

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد ، المعروف بابن القطان ، البغدادى
الغنى الشافعى ، والأصولى تفرقه على ابن سريج ، وابن اسحق
المروزي ، له مؤلفات في أصول الفقه وفروعه . توفي عام ٣٥٩ هـ ،
انظر ترجمته في وفيات الأعيان ١/ ٧٦٠ والفتح المبين فـ
طبقات الاصوليين ١/ ١٩٨

(٢) الاشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٧-٨

القاعدة الثالثة الأصل براءة الذمة

والمراد : براءة ذمة المكلف ، من التكاليف الشرعية التي لم يدل
الدليل على التكليف بها ، والحقوق المالية التي لم يدل الدليل
على شغل الذمة بها .

وهذا معنى قول الفقهاء : إن الأصل براءة ذمة المكلف من
الحقوق والواجبات ، وعلى من يدعى شغل ذمة شخص بحق أو دين
أن يقيم الدليل على ما يدعيه . (١)

دليل هذا الأصل :

والدليل على هذا الأصل قوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على
المدعى واليمين على المدعى عليه) (٢)

وانما كان القول قول المدعى عليه لموافقة الأصل ، والبينة على
المدعى لدعواه ما خالف الأصل ، وإن أن المدعى يدعى ما يخالف
الأصل الذى قامت أدلة الشرع عليه ، وهو براءة ذمة المدعى عليه ، فمالم
يقم المدعى الدليل على شغل ذمة المدعى عليه ، فإن ذمته تكون
بريئة من كل ما نسب اليه .

-
- (١) انظر الشوكاني ، ارشاد الفحول ٢٣٢ ، ود . بدران أبو العيين
أصول الفقه ص ٢١٩ ود . حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة
الفقه الاسلامي ص ٢٢٧
(٢) رواه البخارى ومسلم . تقدم تخويجه ص ٢٧ من هذا البحث .

ومما يدل كذلك على صحة هذا الأصل ، أنه لم يقبل في شغل
الذمة شاهد واحد على شغلها ، ما لم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى
عليه على رأى من يرى جواز القضاء بشاهد ويمين . (١)

الأمثلة :

١- إذا أقر شخص بدين لشخص آخر ، دون أن يحدد قدر الدين
فانه يقبل منه بيان ذلك بأقل ما يسمي ديناً ، لأن الأصل براءة ذمته
ما زاد على ذلك ،

٢- إذا اتلف شخص شيئاً كان في يده ، كأن كان مستعيراً له ، أو غاصباً ،
أو مودعاً ، ثم اختلف هو وصاحب الحق في قيمة المتلف ، فالقول قول
الفارم لأن الأصل براءة ذمته مما زاد .

٣- إذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ، لا يقضى بمجرد نكوله
لأن الأصل براءة ذمته من الشيء المدعى به ، بل تعرض اليمين
على المدعى ، فإذا حلف أخذ الحق المدعى به من المدعى عليه
والا كانت ذمة المدعى عليه بريئة . (٢)

(١) انظر د . حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي
ص ٢٢٨ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣ والأشباه
والنظائر لابن نجيم ص ٥٩
(٢) انظر السيوطي الأشباه والنظائر ص ٥٢ ، وابن نجيم الأشباه والنظائر
ص ٥٩ وحسين حامد حسان المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص ٢٢٨

وهذه المسألة خالف الحنفية فيها فقالوا :-

يحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله ، لأن نكوله أضعف من قوة
البراءة الأصلية ، فكان نكوله إما اقرارا أو بدلا . (١)

٤- ومن ذلك : ما نقله السيوطي عن الشافعي قال رحمه الله :
(قال الشافعي رضي الله عنه : أصل ما أبني عليه الاقرار ، أني أعمل
اليقين ، وأطرح الشك ، ولا استعمل الغلبة) (٢) .

قال السيوطي : (وهذه القاعدة مطردة عند الأصحاب ، ومرجعها
الى أن الاصل براءة الذمة ، كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه ، أو ملكه ، لم
يكن مقرا بالقبض ، لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف على القبض
وأصل الاقرار البناء على اليقين) . (٣)

(١) انظر تفاصيل رأى الحنفية في هذه المسألة في الفصل الثاني من

هذا الباب في مسألة القضاء بالنكول ص ٢٨٢ - ٢٩٥

(٢)-(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣

القاعدة الرابعة

الأصل في الأمور العارضة العدم

المراد بالأمور العارضة: ما كان عدمه هو الحالة الأصلية ،
أو الغالبة ، فيكون العدم هو المتيقن ، لأنه الحالة الطبيعية ويكون
تغيره الى الوجود عارضا مشكوكا فيه . (١)

الأمثلة :

١- اذا افترق الزوجان ، وقالت الزوجة كانت القرقة بعد الدخول ،
وقال الزوج قبله ، فالقول قول الزوجة ، لأنها تنكر سقوط نصف المهر
والأصل : عدم سقوطه ، لأن السقوط أمر عارض والأصل فيه العدم .

٢- اذا اختلف المشتري ، والبائع في رؤية المبيع ، فالقول للمشتري ،
لان الرؤيا أمر عارض والأصل عدمها .

٣- اذا تنازع عامل القراض ، وصاحب المال في الربح فقال العامل :
لم أربح ، وأدعى صاحب المال الربح ، فالقول قول عامل القراض
لأن الأصل عدم الربح . وكذلك لو قال العامل : لم أربح الا كذا ،
وادعى صاحب المال أنه ربح أكثر ، فالقول لعامل القراض ، لأن الأصل
عدم الزيادة ، وكذلك لو ادعى عامل القراض : أن صاحب المال لم
ينبهه عن شراء كذا ، وأنكر صاحب المال ، فالقول قول العامل

(١) انظر مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، (مصر : مطبعة

لأن الأصل : عدم النهي . ولأنه لو كان كما يزعمه المالك ، لكان خائناً ، والأصل : عدم الخيانة . وكذلك لو اختلفا في الصفة التي أخذ المال عليها بعد تلفه فقال الآخذ : أخذت المال قراضاً ، وقال صاحب المال : بل أخذته قرضاً ، فالقول قول العامل ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف ، والأصل : عدم الضمان .

وفي هذه المسائل كان القول قول العامل لأنه أمين في مال المضاربة ، ولأنه متصرف في مال غيره بإذنه ، ولأن كل هذه الأمور التي يدعيها المالك أمور عارضة والأصل عدمها . (١)

(١) انظر السيوطي ، الاشباه والنظائر ص ٥٧ ، وابن نجيم الاشباه والنظائر ص ٦٢ - ٦٣ ، وابن قدامة ، المغني (مكتبة الرياض الحديثة) ٧٦/٥ ، وعلى حيدر ، درر الحكام ٢٥/١

القاعدة الخامسة

الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن

والحادث : هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد ، فإذا اختلف في زمان وقوعه ، وسببه ، فما لم تثبت نسبته الى زمان معين ، ينسب الى الزمن الأقرب منه) . (١)

لأن الأصل في الأمور العارضة : العدم فإذا ثبت حدوث هذا العارض ، فإنه ينسب الى أقرب زمن ، ويكون ما قبله على حكم الأصل استصحاباً للعدم السابق .

الأمثلة:

١- إذا ادعت الزوجة: أن زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مرض الموت ، وطلبت الارث وادعى الورثة: أن مورثهم طلقها في حال صحته فلا حق لها في الارث . فالقول قول الزوجة ، لأن الأمر بالحسادات المختلف في زمن وقوعه هو الطلاق ، فيجب أن يضاق الى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعى الزوجة حصول الطلاق فيه ، ما لم يقدّم الورثة بينة على حصول الطلاق قبل هذا الوقت .

٢- ادعى من له الخيار في البيع ، بعد مرور مدة الخيار ، أنه فسخ العقد قبل مضي مدة الخيار ، وادعى الآخر أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار ، فهو فسخ غير معتبر . فالقول قول من يدعى أن الفسخ وقع بعد مضي مدة الخيار ، لأن هذه المدة هي أقرب الأوقات ، فيضاف اليها الحادث وهو حصول الفسخ . الا اذا أقام صاحب الخيار البينة على حصول الفسخ في مدة الخيار ، فيحكم بموجب البينة لأنه حينئذ يكون قد أثبت بالدليل خلاف الأصل . (١)

٣- توضأ شخص في بئر أيا ما ، و صلى ، ثم وجد فيها نجاسة ، لم يلزمه أن يقضى من الصلاة الا ما تيقن أنه صلاة بالنجاسة ، لأنه أقرب وقت يضاف اليه الحادث وهو وجود ما ينجس البئر .

٤- رأى شخص في ثوبه منيا ، ولم يذكر احتلاما لزمه الغسل على الصحيح وتجب إعادة كل صلاة صلاها ، بعد آخر نومة نامها ؛ لأن هذا هو أقرب زمن يضاف اليه الحادث .

(١) انظر المصدر نفسه ٢٦/١

هـ - ضرب شخص بطن حامل فانفصل الولد حيا ، وبقي زمانا من غير أن يظهر عليه أثر الضربة ثم مات ، فلا ضمان على من ضرب بطن أمه لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر فيضاف اليه ولا يضاف الى السبب الأول^(١) .

وانما لم يضاف الموت الى السبب الأول ، وأضيف الى الثاني : لأن السبب الثاني أقرب زمن يضاف اليه الموت ، ولذلك يمنع من اضافته الى السبب السابق عملا بتلك القاعدة وهي : الأصل في كل حادث اضافته لأقرب زمان .

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٩ ، وابن نجيم الأشباه

والنظائر ص ٦٤

القاعدة السادسة

الأصل فى الكلام الحقيقى

ومعنى هذه القاعدة : أن اللفظ إذا أطلق فإنه يحمل على معناه الحقيقى ، فيستعمل فى ما وضع له ، ولا يصرف عن معناه الحقيقى إلى المعنى المجازى إلا عند وجود قرينة تصرفه عن معناه الحقيقى .

الأمثلة :

١- لو حلف لا يدخل دار زيد لم يحنث إلا بدخول الدار التى يملكها زيد ، لا الدار التى يسكنها بإعارة ، أو إجازة ، لأن إضافتها إليه مجاز ، إلا أن يريد مسكنه .

٢- لو حلف لا يدخل مسكنه ، لم يحنث بدخول داره التى هى ملكه ولا يسكنها فى الأصح ؛ لأنها ليست مسكنه حقيقة .

٣- لو حلف شخص أن لا يبيع ، أو لا يشتري ، أو لا يؤجر ، أو لا يستأجر ، أو لا يبالغ عن مال ، أو لا يقاسم ، أو لا يخاصم . . . الخ لم يحنث إلا بالمباشرة ، ولا يحنث بالتوكيل ؛ لأن الحقيقة هى مباشرته لهذه التصرفات بنفسه ، والتوكيل ونحوه مجاز ، إلا أن يكون مثله لا يباشر ذلك الفعل بنفسه ، كالقاضى ، والأمير ، فحينئذ يحنث بها وإن كان يباشر هذه التصرفات بنفسه فى بعض الأوقات ، ويوكل فى بعضها الآخر ، فإنه يعتبر الأغلب .

٤- لو قال : هذه الدار لزيد ، كان اقرارا له بالملك ؛ لأن مثل هذا الأسلوب حقيقة في الملك ، حتى لو قال : أردت أنها سكه لم يسمع ؛ لأنه مجاز لا قرينة له فيتعين المصير إلى الحقيقة .

٥- ومنها لو حلف لا يأكل من هذه الشاة ، حنث بلحمها ؛ لأنه الحقيقة دون لبنها ونتاجها ؛ لأنه مجاز .

أما إذا هجرت الحقيقة ، فيتعين العمل بالمجاز الراجح ، كأن حلف لا يأكل من هذه الشجرة ، فإنه يحنث بشرها ، وإن كان مجازا ، دون ورقها ، وأغصانها وإن كان حقيقة . (١)

(١) انظر على حيدر - درر الحكام ، ٢٦/١ - ٢٧ ، وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٧٠ والسيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٦٣ .

القاعدة السابعة الأصل في الأشياء الإباحة

المراد بهذه القاعدة : أن الأصل في كل ما ينتفع به الإنسان الإباحة ، ما لم يدل الدليل على خلاف ذلك ، فكل موجودات الكون وجدت لينتفع بها الإنسان ، والإباحة هي الحكم الأصلي لها ، وانما يحرم منها ما دل الدليل على حرمة . وليس المقصود من الكلام عن هذه القاعدة بحث حكم الأشياء قبل الشرع ، فهذه مسألة تبيح على القول بالتحسين والتقيح العقلية وهذا القول مردود عند أهل السنة .

فالأشاعة لا يقولون بهذا القول مطلقا ، والحنفية عند ما قالوا به لا يقصدون أن العقل يستغل بمعرفة الحسن والقبح دون تأييد ذلك من الشرع ، فهم يختلفون عن المعتزلة في هذه المسألة ، لأن عندهم لا ثواب ولا عقاب إلا بالنص ، فليس للعقل المجرد أن ينفرد بتقرير الحكم في غير موضع النص ، أي لا بد من الاستعانة بالنص مع العقل . بينما المعتزلة يرون أن العقل معرف لبعض الأحكام الإلهية بناء على ما يدركه من حسن أو قبح في الفعل ، سواء ورد به الشرع أم لا ، فما انفرد العقل به من الأحكام سموه حكما عقليا ، وما كان للشرع فيه مدخل سموه شرعيا وبناء على هذا قالت المعتزلة في الأحكام العقلية : إنها قسمان : قبيحة وحسنة .

فالقبيحة : كالظلم ، والجهل ، والكذب ، وكفر النعمة ونحو ذلك .
والحسنة : قسمان : أحدهما ما يترجح فعله على تركه ، وهو إما

مندوب كالا حسان، والتفضل، ولما واجب كالا نصاب، وشكر المنعم .
والآخر : ما لا يترجح فعله على تركه كالا انتفاع بملأء المآكل، والمشارب
فهذا اختلفوا فيه بين قائلين بالاباحة، وقائلين بالحظر، وقائلين بالوقف
ونُسبت هذه الأقوال الثلاثة لبعض العلماء من أهل السنة، إلا أن
جمهور أهل السنة على أنه لا حكم قبل ورود الشرع، وحتس على فرض
أن هناك حكماً فانتا لا نعرفه، لأن حكم الله لا يعرف إلا عن طريق
الوحي . (١)

وهذا الذي ذهب اليه جمهور أهل السنة : يخرج منه الأفعال
الاضطرارية كالتنفس في الهواء، وأكل ما يسد الرق، والانتقال من مكان
إلى مكان آخر . . فكل هذا غير ممنوع منه . (٢)

وهذه المسألة ليست موضوع البحث كما قلت فلا داعي لتفصيل
أقوال علماء الأصول فيها، كما أنها مسألة لا ثمرة من بحثها الآن .
وموضوع البحث : هو الأشياء التي لم يدل عليها دليل من الشرع
هل هي مباحة أو محظورة ؟

فمعظم الأصوليين يفرقون بين الأشياء قبل الشرع وبعد، فهم
يرون اختلاف الحال ما قبل الشرع وما بعد، فبينما هم يحكمون على

(١) انظر مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت ١/ ٢٥، والمعتد ١/ ٣٧،
و٨٦٨/ ٢، والفخر الرازي - المحصول ج ١ ق ١/ ٢٠٩-٢١٩، ونهاية
السؤل ١/ ١٢٤-١٣٢، وشرح الكوكب المنير - لمحمد بن أحمد
بن عبد العزيز بن النجار - تحقيق د . محمد الزحيلي ود . نزيه
حماد (دار الفكر بدمشق ١٤٠٠-١٩٨٠) ١/ ٣٢٢، وكشف
الأسرار ٣/ ٦٥-٩٦، والمستصفى ١/ ٦٣-٦٥، وتيسير التحرير
١٦٧/ ٢ - ١٧٢

(٢) انظر الفخر الرازي، المحصول ج ١ ق ١/ ٢٠٩

الأفعال قبل البعثة أن لا حكم يتعلق بها البتة فإن هم يرون فيها التفصيل بعد البعثة . أما الذين نسب اليهم القول بأن هناك حكماً للأشياء قبل ورود الشرع فإن هذا الحكم عند هم يطرد في الأشياء بعد ورود الشرع فما قالوا فيه إنه مباح هنالك قالوا فيه إنه مباح هنا وما قالوا فيه بالحظر أو الوقف هنالك قالوا فيه بالحظر أو الوقف هنا إلا إذا ورد بعد مجيء الشرع ما يغير الحكم .

قال ابن بدران - (١) عند كلامه عن الأشياء قبل الشرع ، وبعد ما تكلم عن مذاهب العلماء فيها قال : (وفائدة هذا الخلاف : استصحاب كل واحد من القائلين ، حال أصله قبل الشرع فيها جهل دليله سمعاً بعد ورود الشرع .) (٢)

(١) هو عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن بدران ، ولد بدمشق ، ونشأ بها ، له تصانيف كثيرة ، منها المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل ، وشرح الروضة في الأصول لابن قدامة ، وذييل طبقات الحنابلة توفي عام ١٣٤٦ هـ انظر الاعلام ١٦٢/٤ ، وترجمته كتابه المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل ص ١ - ح

(٢) المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل لابن بدران ، ص ٦

مذاهب العلماء في حكم الأشياء بعد الشرع :

- * ذهب جماعة من العلماء منهم أبو الحسن التميمي^(١) والقاضي أبو يعلى^(٢) وأبو الخطاب^(٣) من الحنابلة وجماعة من الشافعية ، والحنفية والظاهرية ، إلى أن الأصل في الأشياء مطلقا الإباحة .

(١) هو عبد العزيز بن الحارث بن أسد بن الليث . . أبو الحسن التميمي ، ولد عام ٣١٢ هـ ، فقيه حنبلي له اطلاع على مسائل الخلاف له مؤلفات في الأصول والفرائض ، توفي عام ٣٧١ هـ انظر تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (بيروت دار الكتاب العربي) ١٠ / ٤٦١-٤٦٢ هـ ، والاعلام ١٦/٤

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء يكنى بابن يسرى يعلى ، ولد عام ٣٨٠ هـ ، حنبلي المذهب ، أصولي ، فقيه ، تتلمذ على أبي الحسن البكري وأبي القاسم موسى بن عيسى السراج ، وأبى ابن داود وغيرهم ، وتتلّمذ عليه : الخطيب البغدادي وهبة الله الشيرازي ، وأبو الحسن بن الطبري وغيرهم ، له كتاب ابطال تأويل الأسماء والصفات في العقيدة ، وأحكام القرآن ، والعدة في أصول الفقه ، والأحكام السلطانية ، توفي عام ٤٥٨ هـ ، طبقات الحنابلة للقاضي أبي الحسين بن أبي يعلى ٢/١٩٣-٢٣٠ هـ ، والنجوم الزاهرة للأتابكي (وزارة الثقافة والارشاد بمصر) ٥/٢٨

(٣) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن . . الكلوذاني البغدادي ، يكنى بابي الخطاب ، ولد عام ٤٣٢ هـ ، حنبلي المذهب ، سمع الحديث وتفقه على القاضي أبي يعلى ، تتلمذ عليه الشيخ عبد القادر الحنبلي ، له الهداية في الفقه ، والتهذيب في الفرائض ، والتسهيل في أصول الفقه ، توفي عام ٥١٠ هـ انظر النجوم الزاهرة ٥/٢١٢ هـ ، طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢/٢٥٨

وزهد بعض الشافعية، وابن حامد^(١) والأبهري^(٢) من المالكية
والى أنها على الخطر حتى يأتى الدليل المبيح .

وزهد جماعة من العلماء^(٣) ، منهم : أبو بكر الصيرفي وابن عقيل

(١) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان ، أبو عبد الله البغدادي ،
إمام الحنابلة في عصره ، استاذ القاضي أبي يعلى ، له الجامع
في المذهب في الفقه ، وشرح الخرقى ، وغيرها توفي عام ٤٠٣ هـ ،
طبقات الحنابلة ١٧١/٢ - ١٧٨ شذرات الذهب ١٦٦/٢ ،
الدخل الى مذهب الامام أحمد لابن بدران ص ٢٠٦

(٢) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح . . أبو بكر الأبهري ،
ولد عام ٢٨٩ ، تتلمذ على بن أبي عروبة الحراني / ومحمد بن محمد
الباغندي ، وأبي بكر داود السجستاني ، انتهت اليه رئاسة المالكية
في عصره ، تتلمذ عليه البرقاني ، وأبو بكر الباقلاني وغيرهما ، له
كتاب الأصول ، وكتاب اجماع أهل المدينة ، والرد على العزني ، توفي
عام ٣٧٥ هـ ، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ، ص ٩١ ،
والديباج المذهب ، ٢٠٦/٢ - ٢١٠ ، ومعجم البلدان لياقوت
الحموي (دار احياء التراث العربي بيروت لبنان) ٨٣/١

(٣) هو علي بن محمد بن عقيل بن أحمد ، يكنى بأبي عقيل ،
توفي عام ٥١٣ هـ ، حنبلي المذهب ، تتلمذ على القاضي أبي يعلى ،
وابن برهان ، وعبد الملك الهمداني ، له كتاب الفصول ، ويسمى
كفاية المفتي ، وله عمد الأدلة ، والارشاد في أصول الفقه
توفي عام ٥١٣ هـ ، انظر النجوم الزاهرة ٢١٩/٥ ، طبقات

الحنابلة ٢٥٩/٢

من الحنابلة إلى الوقف ، ونُسب هذا المذهب إلى أبي الحسن
الأشعري (١) .

وزَهِب جماعة من الأصوليين منهم الفخر الرازي (٢) وتبعه البيضاوي (٣)
والإسنوي ، وابن السبكي وغيرهم من الأصوليين إلى التفصيل فقالوا :

(١) هو علي بن اسماعيل بن أبي بشر ، يكنى بأبي الحسين . ويلقب
بالأشعري ، ولد بالبصرة عام ٢٦٠ هـ عالم من أئمة الكلام وهو
إمام الأشاعرة وإليه ينسب المذهب ، تفقه على أبي إسحاق
المروزي ، وابن سريج ، وأخذ الحديث على أبي زكريا الساجي
والعقائد على أبي علي الجبائي ، وبرع في علم الكلام والجدل ،
تلمذ عليه ابن مجاهد البصري ، وأبو الحسن الباهلي ، والقفال
الشاشي ، له في أصول الفقه اثبات القياس ، وكتاب اختلاف
الناس ، وفي الكلام مقالات الإسلاميين ، واللمع الكبير ، واللمع
الصغير ، والإبانة ، انظر وفیات الأعيان ٣ / ٢٨٤ - ٢٨٦ ،
وطبقات الشافعية ٣ / ٣٤٧ - ٤٤٤

(٢) هو محمد بن عمر بن الحسن التيمي ، البكري يكنى بأبي عبد الله ،
ويلقب بفخر الدين ، فقيه ، وأصولي ونظار وفيلسوف شافعي
المذهب له ، التفسير الكبير المشهور بتفسير الرازي ، والمطالب
العالية ، ونهاية العقول ، والمحصول ، وشرح الوجيز للغزالي ،
وغير ذلك توفي عام ٦٠٦ هـ انظر ترجمته في طبقات الشافعية
الكبرى ٥ / ٣٣ ، وشذرات الذهب ٥ / ٢١

(٣) هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي ، يلقب بالقاضي
تاج الدين ويكنى بابي الخير ، شافعي المذهب ، أصولي فقيه
مفسر ، متكلم ومحدث ، له منهاج الوصول في أصول وشرح مختصر
ابن الحاجب في الأصول ، والغاية القصوى في الدراية والفتيا
في الفقه ، وأنوار التنزيل وأسرار التأويل في التفسير ، انظر
شذرات الذهب ٥ / ٣٩٢ - ٢٩٣ ، طبقات الشافعية ٨ / ١٥٧ - ١٥٨

الأصل في المنافع الإذن ، وفي المضار الحظر . (١)
وبالنظر إلى هذه الأقوال يتضح : أن مذهب القائلين بالإباحة
مالكه إلى قول الذين قالوا بالتفصيل ، إذ ليس المقصود بقول الذين
لم يفصلوا : أن الأشياء الضارة مباحة .
بل القصد من قولهم : " أن الأشياء على الإباحة " ليس على
إطلاقه بل المقصود : الأشياء النافعة ، وحينئذ تكون الأشياء الضارة
محظورة .

كما أن مذهب الذين قالوا بالوقف مالكه على إلى قول أصحاب
الحظر ، لأنهم لم يتوقفوا على العمل ، فلو توقفوا لظهر الفرق بينهم وبين
أصحاب المذهبين الآخرين ، لكنهم مع ذلك يقولون بوجوب الإجتنب ، وهو
قول المحتاطين أو الحاذرين . (٢)

وبهذا تكون المذاهب مذهبين لا أربعة .

(١) انظر ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٨٥-٢٨٩ ، وشرح الكوكب
المنير ٣٢٢/١ - ٣٣٢ ، والمحصل ج ٢ ق ٣/١٣١ ونهاية
السؤل للأستوى ١٢٧/٢-١٢٨ ، وانظر جمع الجامع مع شرح المنهاج ٢٥٧
ونشر البنود ٢٥٩/٢ وتنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٧

(٢) انظر الحكم التخييري ، أو نظرية الإباحة عند الأصوليين
والفقهاء - محمد سلام مذكور (دار النهضة العربية بالقاهرة
ط ٢/ ١٩٦٥ م) ص ٣٦٩ - ٣٧٠ ، وأصول الفقه لمحمد
الخضري بك (المكتبة التجارية الكبرى ط ٦/ ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م

الأدلة :

أدلة القائلين بالإباحة :-

استدل القائلون بأن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة بأدلة من القرآن والسنة والمعقول .

أولا : القرآن :

أ- قوله تعالى : (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا)^(١)

قال ابن تيمية في توجيه الاحتجاج بهذه الآية : (والخطاب لجميع الناس بلافتتاح الكلام بقوله : (يا أيها الناس) . ووجه الدلالة : أنه أخبر أنه خلق جميع ما في الأرض للناس مضافا إليهم باللام ، واللام حرف الإضافة ، وهي توجب اختصاص المضاف بالمضاف إليه واستحقاقه إياها على الوجه الذي يصلح له ، وهذا المعنى يعم موارد استعمالها كقولهم : المال لزيد * والسرج للدابة وما أشبه ذلك .

فيجب إذن أن يكون الناس مُتَمَلِّكِينَ مُتَكَيِّفِينَ لجميع ما في الأرض فضلا من الله ونعمة ، وَخُصَّ من ذلك بعض الأشياء وهي : الخبائث لما فيها من الإفساد لهم في معاشهم ، أو معادهم ، فبقى الباقي مباحا بموجب الآية . .) (٢)

(١) البقرة آية ٢٩

(٢) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٢١ / ٥٣٥ ، وانظر المحصول

ب- ومن ذلك أيضا قوله تعالى : (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ .) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية من وجهين :

الوجه الأول :

بأن الله تعالى ويخ من يترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه قبيل أن يحله باسمه الخاص، فلو لم تكن الأشياء مطلقا مباحة لم يلحقهم ذم ولا توبيخ؛ لأنه لو كان حكمها مجسولا أو كانت محظورة لم يكن ذلك .

الوجه الثاني :

إنه قال : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) ، والتفصيل : التبيين ، فدل على أنه يبين المحرمات ، فما لم يبينه سبحانه بتحريم منصوص عليه فهو غير محرم . (٢)

ج- ومن ذلك أيضا قوله تعالى (قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتًا أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا . . . الآية) (٣)

فما لم يرد تحريمه من الشارع ليس بمحرم وما لم يحرم فهو حلال ومثل هذه الآية قوله تعالى : (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ) (٤)

لأن حرف (إِنَّمَا) يوجب حصر الأول في الثاني، فيجب إحصاء المحرمات فيما ذكر، وقد دل الكتاب على هذا الأصل في مواضع كثيرة . (٥)

(١) الانعام آية ١١٩ (٢) انظر مجموعة الفتاوى ٥٣٦٢١ ،
(٣) الانعام آية ١٤٥ واصل الفقه للخضري ص ٣٥٥-٣٥٦
(٤) البقرة آية ١٧٣
(٥) انظر مجموعة الفتاوى ٣٥٧/٢١

ثانيا : السنة :

١- عن سعد بن أبي وقاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن أعظم المسلمين في المسلمين جرما من يسأل عن شيء لم يحرم فيحرم من أجل مسألته) (١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أنه يدل على أن الأشياء لا تحرم إلا بتحريم خاص لقوله صلى الله عليه وسلم: (لم يحرم) ويسدل الحديث كذلك على أن التحريم قد يكون لأجل المسألة، فدل الحديث بأن الأشياء بدون ذلك ليست محرمة وهو المقصود .

٢- روى عن سلمان الفارسي رضي الله عنه ^(٢) أنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء من السمن، والجبن، والفراء، فقال : الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو عفو معاذا عنه (٣)

(١) متفق عليه . تقدم تخريجه انظر ص ٢٢ من هذا البحث

(٢) هو أبو عبد الله سلمان الفارسي ، ويلقب بسلمان الخير . كان مجوسيا فأسلم ، واسمه قبل الاسلام (مابة) روى كثيرا من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، وروى عنه ابن عباس وأنس وعقبة بن عامر ، وكعب بن عجرة ، وغيرهم . كان ممن اشتهر بالفتوى ، حضر كثيرا من المشاهد ، وكان له فيها البلاء الحسن انظر ترجمته في أسد الغابة ٢/ ٤١٧-٤٢١ ، والاصابة ٢/ ٦٢-٦٣

(٣) رواه أبو داود في الأئطمة ، باب ما لم يذكر تحريمه ١٥٧/ ٤ ، حديث رقم ٣١ ، ورواه الترمذي في اللباس ، وابن ماجه في الأئطمة .

ففي هذا الحديث دليلان على المدعى :

الأول :

قوله صلى الله عليه وسلم : (وما سكت عنه فهو عفو ما عفا عنه . .)
نص في أن ما سكت عنه فلا إثم على فاعله، وهذا هو معنى المباح .

الثاني :

أن الله تعالى سمى هذا النوع عفوفاً فكأنه - والله أعلم - ما سماه
عفوفاً : إلا لأن التحليل هو : الإذن في تناول بخطاب خاص
والتحريم هو المنع من تناول بخطاب خاص .

أما السكوت عنه : فلم يأذن الله فيه بخطاب خاص يخصه ولم
يسنع منه بخطاب خاص كذلك ، فيرجع فيه حينئذ للأصل . وهو : أن لا
عقاب إلا بعد الرسالة ، لأن العقاب لا يكون إلا بنص . وإذا لم يكن فيه
عقاب لم يكن محرماً . (١)

قال ابن تيمية رحمه الله : (انى لست أعلم خلاف أحد من
العلماء السالفين في أن ما لم يجز دليل تحريمه فهو مطلق غير
محجور . وقد نص كثير من تكلم في أصول الفقه وفروعه وأحسب بعضهم
ذكر في ذلك الإجماع يقيناً ، أو ظناً كالليقيني) (٢)

وهذه المسألة لم يجمع عليها إجماعاً حقيقياً ، للخلاف
الوارد فيها وإنما المقصود هنا : أن القول بالإباحة قول الجمهور
من العلماء .

(١) انظر مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٥٣٧/٢١ ، والأشباه
والنظائر للسيوطي ص ٦٠

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٥٣٨/٢١

ثالثا : المعقول :

استدل العلماء على أن الأصل في الأشياء الإباحة بأدلة كثيرة من المعقول منها :

١- أن إباحة جميع ما ينتفع به الإنسان إلا ما استثناه الدليل انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعا، ولا على المنتفع ظاهرا، فوجب أن لا يمنع منه فهو، مثل الاستضاءة بسراج الغير، والاستظلال بظل جداره .

ومعنى كونه لا ضرر فيه على المالك : أن المالك هو الله سبحانه وتعالى والضرر عليه محال .

وإذا كان لا ضرر في الانتفاع، كان الانتفاع مأذونا فيه شرعا وهو المدعى . (١) .

٢- إن هذه المباحات كلها منافع خالية عن المضار فكانت مباحة كسائر ما نص الله على إباحته .

وفي النصوص ما يدل على تعليق الحكم بهذا الوصف كما في قوله تعالى: (وَيُجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) (٢) .

وبناء على هذه الآية: يكون كل ما فيه نفع فهو طيب، وكل ما فيه ضرر فهو خبيث .

(١) انظر المحصول ج ٢ ق ٣ / ١٤٠

(٢) الاعراف آية ١٥٧

قال ابن تيمية رحمه الله : (والمناسبة الواضحة لكل ذي لب أن
النفع يناسب التحليل ، والضرر يناسب التحريم . . والدوران
فإن التحريم يدور مع المضار وجوداً في الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ،
وزوات الأنياب ، والمخالب ، والخمر ، وغيرها ما يضر بأنفس الناس ،
وعدماً في الأنعام والألبان وغيرها .) (١)
فإذا كان التحريم يدور مع المضار وجوداً ، ومع النافع عدماً ،
كان ذلك دلالة واضحة على أن المضار حكمها الحظر ، والنافع
حكمها الإباحة ، وهو المطلوب .

٣- أن الله سبحانه وتعالى خلق الأعيان إما لحكمة ، أو لغير حكمة .
والثاني باطل لقوله تعالى : (وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا
لَاعِبِينَ) (٢)

وقوله تعالى : (أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَتَّكُمُ إِلَيْنَا لَا تَرْجِعُونَ) (٣)
ولأن الفعل الخالي عن الحكمة عبث والعبث لا يليق بالحكيم .

(١) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٥٤٠/٢١

(٢) الانبياء آية ١٦

(٣) المؤمنون آية ١٦٥ .

وأما إن كان خلقها لحكمة، فتلك الحكمة إما أن يكون نفعها عائداً
إليه سبحانه ، أو إلينا .

والأول محال، لا استحالة الانتفاع عليه سبحانه، فيبقى أنه سبحانه
إنما خلقها لينتفع بها المحتاجون للانتفاع بها، وهذا يقتضى أن يكون
المقصود من الخلق نفع المحتاج .

وإذا كان كذلك، كان نفع المحتاج مطلوب الحصول أينما كان .
فإن منعنا من الانتفاع ببعض الأعيان، فإنما كان ذلك لاستلزامها عودة الضرر
على محتاج، فيكون نهياً من الانتفاع بها لاستلزامها المضار، إما في
الحال، أو في المآل . ولكن هذا المنع والنهي خلاف الأصل
فيكون حينئذ ما عداه على حكم الأصل فيكون الأصل فيسه
الإباحة . (١)

(١) انظر المحصول ، ج ٢ ، ق ١٤١/٣

أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحظر

استدل القائلون بأن الأصل في هذه الأشياء الحظر. بأدلة
من الكتاب والسنة .

أولا الكتاب :

١- قوله تعالى : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ .. الآية)^(١) فما لم
يفصله سبحانه فلا نعلم حله ولا حرمة؛ لأن الحل والحرمة أحكام
شرعية لا تعرف إلا عن طريق الشرع، فلا يجوز الانتفاع بشيء لا ندري
حكمه .

٢- واحتجوا أيضا بقول الله تعالى : (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ السُّنْتُكُمْ
الْكُذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ .. الآية)^(٢)
فقالوا : أخبر الله سبحانه وتعالى أن التحريم والتحليل ليس
البناء وإنما هما إليه سبحانه، فلا نعلم الحلال والحرام إلا عن طريق
الوحي، فما لم يخبر الله بحله أو بحرمة فهو محظور حتى يأتينا حكمه .

(١) الأنعام آية ١١٩

(٢) النحل آية ١١٦

ثانيا : السنة :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : (ان دماءكم وأموالكم حرام عليكم
... الحديث)^(١) فقالوا : دل هذا الحديث على أن الأصل في
الأموال والدماء الحرمة . وهذا دليل واضح على أنه ليس الأصل في
الأشياء الإباحة والا كانت الأموال والدماء على أصل الإباحة .

(١) رواه البخارى فى كتاب العلم ، باب ليبلغ الشاهد الغائب ،
١٩٩/١ حديث رقم ١٠٥ ، وفى الحج ، باب الخطبة أيام
منى ، ٥٧٣/٣ ، ٣ ، حديث رقم ١٧٣٩ ، ١٧٤٠-١٧٤٢ ،
وفى الأرب ، باب قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا
يسخر قوم من قوم ٤٦٣/١٠ رقم ٦٠٤٢ وفى الفتن ، باب
قول النبي لا ترجعوا بعدي كفارا ٢٧١٣ حديث رقم ٧٠٧٨ ،
ومسلم فى الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٨٨٦/٢ -
٨٩٢ جزء من الحديث رقم ٣٤٧ وفى كتاب القسامة ، باب
تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ١٣٠٥/٣-١٣٠٧ حديث
رقم ٣٠/٢٩ ورواه الترمذى فى الفتن ، والنسائى فى القضاء
وابن ماجة فى المناسك ، والفتن وأحمد ٢٢٠/١ و٣١٣/٣ ،
٣٧١ ٠٤٧٥٠ و ٧٧٤ ٣٠٦٠ ٣٧٧٠ و ٢٠/٥ ٢٧٠ ،
٣٩ ٤٠٠ ٤٩٠ ٦٨٠ ٧٢٠ ٤١١٠ ٤١٢٠ بألفاظ

مختلفة .

٢- قوله صلى الله عليه وسلم : (إن الحلال بين ، وإن الحرام بين ، وبينهما أمور مشبهات ، لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام الحديث) (١)

قالوا : فى هذا الحديث دلالة واضحة على أن الأشياء التى لم يعلم حلها ولا حرمتها يجب اجتنابها ، والا وقع الشخص فى الحرام . لقوله صلى الله عليه وسلم : (ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام) (٢)

(١) رواه مسلم فى المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات ١٢١٩/٣ - ١٢٢١ ، حديث رقم ١٠٧ ، ١٠٨ ، والبخارى فى البيوع باب الحلال بين والحرام بين ٢٩٠/٤ ، حديث رقم ٢٠٥١ ، وكتاب الايمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ١٢٦/١ ، حديث رقم ٥٢ ، ورواه أبو داود فى البيوع ، والترمذى فى البيوع ، والقضاة وأحمد ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ،

(٢) انظر الشوكانى ، ارشاد الفحول ص ٨٥ ، ٨٦

مناقشة الأدلة :

تقدم الكلام عن مذاهيب العلماء في حكم الأشياء التي لم يرد فيها دليل يبين حكمها أنها مباحة والبعض الآخر قال : إن حكمها الحظر وتقدمت كذلك أدلتهم .

وقد نوقشت هذه الأدلة فقليل في أدلة من قال : بأن الأصل في هذه الأشياء الإباحة .

وأن اللام في قوله تعالى (خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ الآية)^(١) تدل على الاختصاص بجهة الانتفاع فقالوا :

إنا لا نسلم أن اللام في اللغة للاختصاص النافع فإنها قد تجيء لغير النفع كقوله تعالى : (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا)^(٢) وقوله تعالى : (اللَّهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ)^(٣)

أما في الآية الأولى: فإنها لا اختصاص الضرر لا اختصاص النفع وأما في الآية الثانية: فلتنزيهه تعالى عن الانتفاع بما في السماوات والأرض

وأجيب على هذا السؤال: بأن استعمال اللام في اللغة في غير النفع مجاز لا تفاق أئمة اللغة على أن اللام موضوعة للملك، ومعنى الملك هو الاختصاص النافع، لا حقيقة الملك، وما يدل على أن أهل اللغة يستعملون اللام للاختصاص النافع لا حقيقة الملك، استعمالهم للام في مواضع كثيرة كما في قولهم (الجل للفرس) ونحو ذلك. وبهذا يكون

(١) جزء من الآية رقم ٢٩ من سورة البقرة

(٢) جزء من الآية رقم ٧ من سورة الاسراء

(٣) جزء من الآية رقم ٢٨٤ من سورة البقرة .

استعمال اللام في غير الاختصاص النافع مجازا .
قال المانعون : لو سلمنا أن اللام تفيد الاختصاص كما
قلتم، فلانسلم أن هذا الاختصاص النافع عام في كل نوع، بل هو
مطلق يصدق على أى صورة من صور الاختصاص النافع، وهذه الآية
التي استدلتتم بها لا تفيد ما ذهبتم اليه، فإن الآية تدل على
الاستدلال بالمخلوقات على وجود الصانع، وفي هذا نفع عظيم
فينبغي أن يحمل الاختصاص النافع في هذه الآية على هذا
المعنى، لأنه صورة من صور المطلق، فيصدق عليه لفظ المطلق .

أجيب على هذا الاعتراض : بأن الاستدلال على الصانع حاصل
لكل عاقل من نفسه، فإن العاقل يستطيع أن يستدل على وجود الله
الخالق من نفسه، فينبغي أن يحمل الانتفاع الوارد في هذه الآية
وأمثالها على غير الاستدلال بوجود الخالق تكثيرا للفائدة وفرارا
من تحصيل الحاصل . (١)

ونوقش قولهم : (إن الانتفاع بالأشياء انتفاع بما لا ضرر فيه على
المالك قطعا ولا المنتفع ظاهرا .)

ف قيل في هذا القول يقتضى إباحة كل المحرمات، لأن فاعلهما
ينتفع بها ولا ضرر فيها على المالك، ويقتضى سقوط التكليف بأسرها

(١) انظر الاسنوى نهاية السؤل ١٢٩/١٢٨/٣ والرازي المحصول

كما أن القياس على الاستضاءة والاستظلال، غير جائز؛ لأن المالك لهذه الأشياء من المخلوقين لو منع من الاستضاءة والاستظلال قبح ذلك منه أما الخالق سبحانه لو منع من الانتفاع بهذه الأشياء لم يقبح منه .

أجيب عن هذا الاعتراض : بأن قولنا : (لا ضرر فيه على المالك) لا يلزم منه إباحة المحرمات بأسرها؛ لأننا احترزنا عن ذلك بقولنا : (ولا ضرر على المنتفع ظاهرا) وبهذا القيد تخرج المحرمات بأسرها ولا يكون داخل في سقوط التكليف . وذلك لأن الشيء إذا توعده الله بالعقاب على فعله كان مشتملا على الضرر فلم يكن وارد علينا ما ذكرتموه .

أما الاعتراض على قياس الخالق بالمخلوق في مسألة الاستضاءة والاستظلال وبأنه لا يقبح من الخالق سبحانه المنع من الانتفاع بهذه الأشياء بينما يقبح من المخلوق .

فجوابه : أنه لا يجب أن يكون الفرع مساويا للأصل من كل الوجوه بل يكفي حصول المساواة فيه من الوجه المقصود فلا يقدح هذا في استدلالنا بأن الانتفاع بجميع المخلوقات انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعا ولا على المنتفع ظاهرا . (١)

مناقشة أدلة القائلين بالحرط والوقف :

نوقشت أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحرط، فقيل فـي استدلالهم بقوله تعالى : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ . . . الآية) (٢)

(١) انظر الفخر الرازي ، المحصول ج ٢ ق ٣ / ١٤٠ ، ١٤١

(٢) الأنعام آية ١١٩

إن هذه الآية خارجة عن محل النزاع إذ أنها تدل على أن المحرمات كلها مفصلة، فقد فصلها الله سبحانه وبينها، والنزاع إنما في التي لم تبين ولم تفصل، فلا يصلح هذا دليلاً على أن الأصل في الأشياء الحظر . بل لعلمها تدل على أن ما لم يفصل الله حرمة يكون مباحاً .
أما استدلالهم بقوله تعالى (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ السِّتْرُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ

وهذا حَرَامٌ .. الآية) فهو خارج عن محل النزاع أيضاً؛ لأن هذا إنما يدل على التحريم والتحليل بدون دليل أو برهان، أما إذا بحث المجتهد عن دليل التحريم فلم يجده، وعن الدليل الدال على الإباحة فلم يجده . بعد أن استفرد وسعه في البحث، فهنا يحكم بإباحة هذا الشيء . وهذا علم بعدم الدليل الذي يدل على التحريم . فلا يكون ذلك تحليلاً للشيء بدون علم .

أما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : (إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم ... الحديث) (١) فهو أيضاً خارج عن محل النزاع؛ لأن النزاع إنما في الأعيان التي خلقها الله سبحانه لعباده ولم تدخل في ملك أحد، كالحيوانات، والنباتات، والأنهار التي ليست مملوكة لأحد . والحديث دليل على تحريم الأموال المملوكة؛ لأنه أضافها لهم .

وما استدلوا به من حديث (الحلال بين والحرام بين ...) (٢) الحديث (٣) فإنه ليس فيه دلالة على أن حكم الانتفاع بالأشياء الحظروا إذا احتج

(١) النحل آية ١١٦

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما . تقدم تخريجه ص ١٧٦ من هذا البحث

(٣) متفق عليه . تقدم تخريجه انظر ص ١٧٧ من هذا البحث .

بعض أصحاب مذهب الوقف بناءً على أن ما لم يبين أنه حرام أو حلال فإنه من المتشابهات والشارع أمرنا باجتنب المتشابهات . فهذا أيضا مردود لأن المراد بالمتشابهات هنا: الحكم الذي تنازعه أصلا، أحدهما يلحقه بالحرمة والآخر يلحقه بالحل، فتعارض الأدلة فيه فيتوقف المجتهدون فيه . أما ما سكت عنه الشارع وهو محل النزاع، فإنه ليس هناك ما يدل على حرمة بل هو مباح، ويدل على إباحته: الأحاديث المتقدمة التي تدل على أن ما سكت عنه الشارع فهو عفو مما عفا الله عنه . (١)

الراجع من هذه المذاهب :

ما تقدم من أدلة الطرفين القائلين بالحظر والقائلين بالإباحة يتبين : أن الراجح مذهب القائلين بالإباحة . وذلك لأن أدلتهم سالمة عن المعارض بينما أدلة القائلين بالحظر كلها لا تدل على ما ذهبوا إليه، ويمكن أن يكون أقوى ما استدلوا به هو: استدلالهم بحديث (الحلال بين والحرام بين) المتقدم ذكره وهذا أيضا رده عليه أصحاب القول بالإباحة، لأن المتشابهات المقصودة ليست هي الأشياء المسكوت عنها .

كما أن هناك عدة أحاديث تدل على أن المسكوت عنه حكمه الإباحة وقد سماه الشارع عفوفا كما تقدم وهذا كله يدل على أن حكم المسكوت عنه الإباحة، وبهذا يترجح قول القائلين بالإباحة .

(١) انظر الشوكاني ، ارشاد الفحول ص ٢٨٥-٢٨٦

بعض الفروع المبنية على هذا الأصل :

١- النهر : إذا لم يعلم حاله هل هو مباح أو ملوك هل يجرى عليه حكم الإباحة أو الملك ؟

الراجح أنه مباح وليس ملوكا لأحد بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة .

وعلى الرأي المرجوح الأصل فيه الحظر بناء على أن الأصل في الأشياء الحظر .

٢- الحيوان المشكل أمره - هل هو مما يؤكل - أولا فهل يباح أكله أم لا ؟

فيه وجهان : أحدهما أنه حلال ويجوز أكله بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة . وعلى الرأي المرجوح أنه حرام فلا يجوز أكله .

٣- لو دخل برج شخص حمام، ولم يدر هل هو مباح أو ملوك هل يجوز له التصرف فيه أو امتلاكه ؟

فيه وجهان : أحدهما أنه أولى به ويجوز له امتلاكه والتصرف فيه وعلى الرأي الآخر المرجوح لا يجوز له التصرف فيه ولا امتلاكه بناء على أن الأصل فيه الحظر .

٤- الزرافة هل هي مباحة أم محرمة ؟ فيها وجهان أيضا : وأحدهما أنها مباحة لأنها ليست لها ناب كاسر فلا تشملها أدلة التحريم ، وعلى الرأي الآخر أنها محرمة بناء على أن الأصل فيها الحظر . (١)

(١) انظر السيوطي الأشباه والنظائر ص ٦٦ وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٦٦

هـ - فأرة السك إذا انفصلت من الطيبة ولم يعلم هل انفصلت قبل موتها فتكون طاهرة، أم بعد موتها فتكون نجسة، فحكمها: أنها طاهرة وبياح الانتفاع بها بناءً على أن الأصل: الاباحة .

وذلك لأنها كانت في حال الحياة محكوما عليها بالطهارة، والأصل: بقاء ذلك الحكم . وذلك لأننا شككنا في المنجس وهو الحدث السابق للانفصال والأصل: عدمه، وعلى المذهب المرجوح: أنها نجسة بناءً على أن الأصل: النجاسة، فيحظر الانتفاع بها .

هذا في حالة عدم تيقن وقت الانفصال، ولا وقت الموت . أما إذا تيقنا وقت أحدهما وشككنا في الآخر ففيه تفصيل . فإذا تيقنا الانفصال وشككنا في وقت الموت، كما لو تيقنا مثلاً انفصالها في وقت الظهر وشككنا في موتها قبل الظهر، أم بعد، فحكمها حينئذ أنها طاهرة، لأن الأصل بقاء الحياة عند انفصالها، وإن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن والزمن الأقرب هنا هو زمن ما بعد الانفصال فيضاف إليه الحادث وهو الموت .

وإذا تيقنا وقت موتها وشككنا هل حصل الانفصال بعد الموت أو قبله فحكمها حينئذ النجاسة، بناءً على أن الانفصال حادث، فيضاف إلى أقرب وقت وهو ما بعد الموت . (١)

(١) انظر الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ط/٢ تحقيق محمد حسن هينو، مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ، ١٩٨١ م ص ٤٧٧

القاعدة الثامنة : الأصل في الأبضاع التحريم :

ومعنى ذلك : أن الفروج لا تباح إلا بسبب جعله الشارع مباحا لها، وهو الزواج وملك اليمين، ويبقى ما عداهما على حكم الأصل، وهو الحظر وبناء على هذا إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة ؛ لأن الفروج لا يجوز فيها التحرى .

الأمثلة :

١- إذا اختلقت امرأة محرمة بنسوة قرية محصورات؛ امتنع الاجتهاد والتحرى فيهن، لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، بل يستصحب حكم الأصل في الفروج، وهو التحريم أما في النساء غـير المحصورات؛ فيباح النكاح بالتحرى والاجتهاد رخصة من الله لئلا ينسد باب النكاح . (١)

٢- لو وكل شخص آخر في شراء جارية ووصفها، فاشتري الوكيل جارية بالصفة ومات قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها؛ لاحتمال أن الوكيل اشتراها لنفسه، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحل، ولكن الأصل التحريم حتى يتبين سبب الحل (٢).

(١) انظر السيوطي الأشباه والنظائر ص ٦١ وابن نجيم الأشباه والنظائر

ص ٦٢

(٢) السيوطي الأشباه والنظائر ص ٦١

- ٣- لو أن رجلاً له أربع جوارى، أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدرك أيتها أعتق لا يجوز له أن يتحرى للوطء ، ولا للبيع ، ولا يجوز للحاكم أن يخلى بينه وبينهن حتى يتبين المعتقدة من غيرها .
- ٤- لو طلق رجل إحدى نساءه بعينها ثلاثاً ثم نسيها، فلا يجوز له أن يتحرى للوطء حتى يتبين له أيتها طلق . (١)
- ويظهر من كل هذه الأمثلة أن الحكم فيها جار على القاعدة المذكورة وهي : الأصل في الأيضاع التحريم .

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ ، والاشباه والنظائر

لابن نجيم ص ٦٧-٦٩

مسائل الأصل والظاهر :-

تقدم الكلام في القواعد المتقدمة عن علاقة هذه القواعد بالاستصحاب
وأنها كلها استصحاب فيها حكم الأصل؛ لأنه لم يوجد ما يغيره .
وهناك موضوع له علاقة بقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك". وبالقواعد
السند رجة تحتها وهو موضوع بالأصل والظاهر .

وهل مجرد ظهور ما يخالف الأصل المستصحب يصح أن يكون

معارضاً لهذا الأصل ؟

وإذا عارض هذا الظاهر الأصل فما الحكم ؟ ومتى يقدم الظاهر

على الأصل ؟ ومتى يقدم الأصل على الظاهر ؟

ثم ما الحكم إذا عارض الأصل أصل آخر ؟

لهذا كله كان لابد من التعرض لهذه المسائل عقب الكلام عن

القواعد المبنية على الاستصحاب؛ لعلاقة هذه المسائل بتلك القواعد . (١)

والمراد بالأصل هنا : القاعدة المستمرة أو الاستصحاب .

والمراد بالظاهر هنا : ما يغلب على الظن حصوله بمشاهدة ،

أو بغير مشاهدة .

وهو بهذا المعنى مرادف للغالب . ومن العلماء من ذهب إلى

التفريق بين الظاهر والغالب فسمى ما غلب على الظن حصوله بدون مشاهدة :

غالبًا وما غلب على الظن حصوله بمشاهدة : ظاهرًا .

(١) انظر ابن السبكي ، الاشباه والنظائر ١/٧-٢٣ والسيوطي الاشباه

والنظائر ص ٦٥-٧٢ ، وتكملة الابهاج لابن السبكي ٣/١١٣

ولكن الراجح أن الظاهر والغالب بمعنى واحد ؛ لأن الظاهر

عبارة عما يترجح وقوعه، فهو بهذا المعنى مساو للغالب. (١)

وفي هذا المبحث إن شاء الله سأعرض لموضوع تعارض الأصل

والظاهر ، وتعارض الأصلين ، وما يتبع ذلك من أحكام مع ذكر بعض

الأئلة الفقهية الفرعة عليها وذلك في مسألتين :

المسألة الأولى : في تعارض الأصل والظاهر .

المسألة الثانية : في تعارض الأصلين .

المسألة الأولى : تعارض الأصل والظاهر :

إذا تعارض أصل وظاهر فللعلماء في ذلك أقوال كثيرة، فمنهم من حكى

أن الخلاف يجرى في كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر، فيكون فيها

قولان ، ومنهم من وضع ضوابط للترجيح عند التعارض .

ومنهم من لم يذكر ضوابط أو قواعد كلية يمكن إدراج كل الجزئيات

التي تعارض فيها أصل وظاهر تحتها ، وإنما ذهب إلى العمل بالظاهر

في بعض المسائل ، وبالأصل في بعض المسائل وأجرى الخلاف فـ

بعضها .

وهؤلاء وإن لم يذكروا ضوابط وقواعد محددة إلا أنه يمكن من خلال

تفريعاتهم وأمثلتهم إرجاع هذه الأئلة والتفريعات إلى ضوابط وقواعد

محددة، ومن الذين تعرضوا لهذه المسألة بتوسع ووضعوا لها ضوابط

(١) انظر المواهب السنية شرح الفوائد البهية لعبد الله بن سليمان

الجرهزي (مكة المكرمة : مطبعة الترقى الماجدية ١٣٣١ هـ) ص ٦٧

مطبوع بهامش الأشباه والنظائر للسيوطي

محددة علماء الشافعية فقد ذكروا أن أية مسألة عارض فيها الأصل
احتمالٌ مجرد أو احتمالٌ استند إلى سبب ضعيف: قدم الأصل ، ولا
يلتفت إلى هذا المعارض .

وأية مسألة تعارض فيها أصلٌ وظاهرٌ واستند الظاهر فيها إلى
سبب منصوب شرعاً: قدم الظاهر على الأصل جزئاً .

(١) ولئن استند الظاهر إلى سبب قوى منضبط بـقدم الظاهر على الأصل
وللعلماء المالكية والحنابلة، كلام قريب من ذلك الذي ذهب إليه
علماء الشافعية وإن لم يحرروا ضوابط للترجيح كما فعل علماء الشافعية .
فعند المالكية يقدم الأصل على الظاهر في بعض المسائل اتفاقاً، ومثلوا
لها : بمعارضة الدعاوى ، وهو أمر ظاهر . لأصل براءة الذمة ، فنقدم
براءة الذمة اتفاقاً . ويقدم عند هم الظاهر على الأصل في مواضع :
ومثلوا لها بمعارضة البيئات لأصل براءة الذمة ، فإن البيئات تقدم
وهي أمر ظاهر، على براءة الذمة مع أنها الأصل . (٢)

وعند الحنابلة يقدم الظاهر على الأصل إن كان الظاهر حجة يجب
قبولها شرعاً، كما عند الشافعية والمالكية، أما إذا لم يكن الظاهر كذلك
ففيه تفصيل :-

فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر

ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يكون في المسألة خلاف . (٣)

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/١٢٠، والأشباه والنظائر

للسيوطي ص ٦٤-٦٨

(٢) انظر نشر البنود على مراقب السعود لعبد اللطيف إبراهيم ٢/٢٥٩-٢٦٠

(٣) انظر القواعد في الفقه الاسلامي للحافظ عبد الرحمن بن رجب الحنبلي

راجعته وعلق عليه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد (مكتبة الكليات الأزهرية

ط ١/ ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م) ص ٣٦٧

ويمكن أن نستخلص من هذا القول: أن التعارض الحاصل بين الأصل والظاهر يتم الترجيح فيه بالطرق التي يترجح بها أحد الدليلين على الآخر عند تعارضهما . فإذا تردد المراجع كان في المسألة قولان وإذا ترجح دليل الأصل أو دليل الظاهر حمل به بلا خلاف . وعلى هذا يمكن أن يفهم كلام علماء المالكية والحنابلة عند حكوا في بعض المسائل بالأصل دون الالتفات إلى الظاهر وفي بعضها بالظاهر دون الالتفات إلى الأصل، ويطرد الخلاف فيما عدا ذلك .

الأمثلة :

١- ما قدم فيه الأصل على الظاهر:

تمثل الأمثلة التي تقدمت تحت القواعد المتقدمة كلها هذا النوع ففيها قدم الأصل على الظاهر، أما لأن الأصل عارضه احتمال مجرد أو لم يعارضه شيء أصلاً .

ومن أمثلة الأصل الذي عارضه احتمال استند إلى سبب ضعيف، أو إلى قرائن ظاهرة وقدم فيها الأصل على الظاهر

١- الشيء الذي لا يتيقن نجاسته ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأواني وشباب مدني الخمر ، ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها مسلماً كان أو كافراً، وطين الشارع والمقابر المنيوشة فالغالب على الظن انتشار النجاسة فيها، ففي كل ما تقدم قولان أصحابهما الحكم بالطهارة استصحاباً للأصل . (١)

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٧-٨ ، والسيوطي الأشباه والنظائر

٢- إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الرجل أنها لم تصلها النفقة الواجبة، ولا الكسوة، فالقول قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الأصل معها مع أن العادة تمنع أن تمكث معه هذه المدة بدون نفقة أو كسوة، فهنا لم يلتفت إلى الظاهر مع وجود القرائن الظاهرة . وهناك قول آخر بأن القول قول الزوج فالقول الأول ذهب الشافعية والحنابلة ؛ لأن الأصل في النفقة عدم قبضها كسائر الديون .

أما المالكية فقد جعلوا القول قول الزوج، بناءً على أن الغالب في مثل هذه المدة مع المعاشرة إتيان الزوج بالنفقة والكسوة ، وفرقوا بين النفقة وسائر الديون ؛ لأن العادة الغالبة تفيد غلبة الظن بصدق الزوج بخلاف الاستصحاب في الديون فإنه لا معارض له ، ولو حصل لـه معارض كالشاهد أو اليمين لأسقطناه . مع أن الظن المستفاد من شاهد أو اليمين، أضعف من الظن المستفاد من العادة المطردة، وهي اتفاق الأزواج على نسائهم مع المخالطة الدائمة . (١)

ب- أمثلة ما قدم فيه الظاهر على الأصل :

إذا شهد عدلان على رجل معين بأنه أخذ من فلان مبلغاً معيناً ، وأنكر الرجل وادعى براءة ذمته مما نسب إليه، فإنه يقدم قول المدعى مع أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه. وإنما قدم قول المدعى ؛ لأنه أمر ظاهر استند إلى سبب منصوب من الشارع وهو الشهادة .

(١) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ٥٤-٥٥ ، والقواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب : ص ٦٩

٢- إذا شهد عدلان ببراءة ذمة من علم شغل ذمته بدين ونحوه، وأنكر المدين ذلك فإنه يقدم قول الدائن مع أن الأصل شغل ذمة المدين بهذا الدين، وإنما قدم قول الدائن على قول المدين مع أنه الأصل؛ لأن قول الدائن ببراءة ذمته من هذا الدين أمر ظاهر استند إلى سبب منصوب من الشارع وهو الشهادة .

٣- إذا أخبر الثقة العدل بأن كلباً ولغ في هذا الإناء مثلاً، فإنه يحكم بنجاسة هذا الإناء مع أن الأصل بعدم النجاسة وإنما حكم بنجاسته؛ لاستناد هذا الظاهر لسبب منصوب من الشارع وهو إخبار الثقة العدل .
ففي هذه الأمثلة الثلاثة قدم الظاهر على الأصل لاستناد الظاهر إلى سبب منصوب من الشارع، وهو البينات أو إخبار الثقة العدل . (١)
وهذا ضابط متفق عليه .

قال صاحب نشر البنود : (واتفقوا في مسائل على تغليب الغالب على الأصل، كالبينة فإن الغالب صدقها، والأصل براءة الذمة) (٢)

٤- إذا شك في الصلاة أو في غيرها من العبادات بعد الفراغ منها، في ترك ركن من أركانها فإنه لا يلتفت إلى الشك ولا يؤثر هذا الشك في صحة العبادة؛ لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة

(١) انظر القواعد لابن رجب ٣٦٨، والاشباه والنظائر لابن السبكي ١٠١٥

والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٤-٦٥

(٢) نشر البنود ٢٦٠/٢

ومع أن الأصل: عدم الإتيان بهذا الركن المشكوك فيه وعدم براءة
الذمة منه، لكن هذا الأصل ترك بالظاهر، لأن الظاهر أن المكلف يأتي
بالعبادة على وجه الكمال، فيترجح هذا الظاهر على الأصل وهذا هو
الراجح من مذهب الشافعية والحنابلة . ويقابل هذا الرأي رأي آخر
بأن الأصل عدم الفعل، فيترجح على الظاهر، فلا تبرأ الذمة من هذا
الفعل، فيجب عليه الإعادة .

وقد علل الشافعية تقديم الظاهر على الأصل في هذه المسألة
وأشالها بالاستناد الظاهر إلى سبب قوى منضبط .

هـ - إذا اختلف المتعاقدان بعد العقد في بعض شرائط صحته، كما لو
ادعى البائع أنه كان صبياً عند العقد، وأنكر المشتري ذلك، فالأصح
عند الشافعية والحنابلة : أن القول قول المشتري، لأن الظاهر جريان
العقود بين المسلمين على قانون الشرع . وقدم الظاهر هنا مع أن
الأصل عدم البلوغ، والاستناد الظاهر إلى سبب قوى منضبط وهو أن
الأصل : أن يكون مباشر العقد مستجمعاً لشروطه . وعلى القول الآخر
المرجوح أن الأصل عدم البلوغ فلا يقوى هذا الظاهر على معارضته^(١)

جـ - ما اختلف فيه من تقديم الأصل على الظاهر والعكس:

قال ابن رجب^(٢) ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل وتساويهما^(٣)

- (١) انظر السيوطي الأشباه والنظائر ص ٦٧ وابن رجب القواعد ص ٣٧٠
(٢) هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي يكنى
بابي الفرج، ويلقب بزَيْن الدين ولد ببغداد عام ٧٣٦ من حفاظ الحديث
له القواعد في الفقه الحنبلي، وشرح لصحيح البخاري وجامع الترمذي
توفي عام ٧٩٥ انظر ترجمته في شذرات الذهب ٦/ ٢٣٩-٢٤٠
والاعلام ٦٧/٤، ومعجم المؤلفين ٥/ ١١٨
(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٧

ولذلك أشلة منها :

١- إذا ولغ الكلب في الإناء هل ينجس ما في هذا الإناء ؟
قال بعض المالكية: إن سوءه طاهر؛ لأنه كان سالماً من مخالطة
النجاسة قبل الولوغ فوجب استصحاب ذلك حتى تتحقق مخالطة النجاسة .
فإن هذا معارض بظاهر آخر مختلف في ترجيحه على الأصل المتقدم
وذلك ؛ لأن الاستصحاب لا يجوز الاحتجاج به إلا إذا لم يوجد ظاهر
ناقل ، وقد وجد وهو الولوغ فإنه مظنة المخالطة .

لأن الغالب من حال الكسلا ب مخالطتها النجاسة . (١)

٢- إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقسم الزوج: أسلمنا معا فنحن
على نكاحنا . وقالت الزوجة: بئس أسلمنا على التعاقب فلا نكاح بيننا ،
ففي ذلك قولان :

أحدهما : القول قول الزوج ؛ لأن الأصل معه، فإن الأصل: بقاء الزوجية
والثاني : القول قولها ؛ لأن الظاهر معها؛ لأن وقوع أسلمهما معا في
آن واحد نادر والظاهر خلافه . (٢)

٣- إذا تنازع الجاني والمجنى عليه في سلامة العضو الذي وقعت
الجنابة عليه ، فادعى الجاني : أنه كان مشلولاً قبل الجنابة ، وادعى
المجنى عليه سلامته . ففيه قولان :

أحدهما : القول قول الجاني ؛ لأن الأصل براءة ذمته .
وثانيهما : القول قول المجنى عليه ؛ لأن الظاهر الغالب في أعضاء
الناس سلامتها .

(١) انظر مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول لابي عبد الله محمد
بن احمد التلمساني : حققه وخرج احاديثه ، وقدم له عبد الوهاب
عبد اللطيف (دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م) ص ١٢٧
(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٧٤

ومثله : ما لو اختلف الجاني ، والمجنى عليه فنى تلف عضو من أعضاء المجنى عليه ، فقال الجاني : بأنه كان تالفا قبل الجناية ، وادعى المجنى عليه : أنه أتلّف بجناية من الجاني . ففيه قولان كذلك : أحدهما : القول قول الجاني ؛ لأن الأصل براءة ذمته من إتلاف ذلك العضو .

والثاني : القول قول المجنى عليه ؛ لأن الغالب سلامة هذا العضو (١)

المسألة الثانية : تعارض الأصلين :

المقصود بتعارض الأصلين هنا : ما يخيّل للناظر في أول الأمر من التساوى والتقابل بين الأصلين ، فإذا أعمل فكره ودقق النظر رجح أحدهما على الآخر . ^{قال الإمام} قال السيوطي : (وليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح ، فإن هذا كلام متناقض بل المراد : التعارض بحيث يتخيّل الناظر في ابتداء نظره تساويهما ، فإذا حقق فكره رجح (٢) ومثال ذلك : ما ذهب إليه بعض المالكية من أن المبيع الغائب إذا هلك قبل القبض ووقع النزاع بين المتبايعين ، هل هلك قبل العقد أو بعده ؟ فإن ضمانه على المشتري : بأن يقول ^(٣) إن السلعة كانت موجودة قبل العقد ، سالمة من العيوب ، فوجب أن يستصحب سلامتها إلى زمن يتحقق فيه الهلاك ، وهو بعد العقد فقد هلكت على ملك المشتري فكانت من ضمانه .

(١) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعزّين عبد السلام ٢/٧٥

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ، ص ٦٨

(٣) أي : المشتري

فإن هذا معارض بأصل آخر وهو : إن ذمة المشتري فـسـى
الأصل؛ بريئة من الضمان، فوجب استصحاب ذلك الأصل، وهو براءة ذمة
المشتري من الضمان . (١)

فاذا تعارض الأصلان على هذا الوجه المذكور فهناك عدة طرق
لترجيح أحدهما على الآخر :

- * تارة يجزم بترجيح أحد الأصلين على الآخر .
- * وتارة يجزم بترجيح ما عضد بظاهر ونحوه .
- * وتارة يكون في المسألة قولان .
- * وتارة يجزم بترجيح ذي الأصلين : إذا كان في المسألة أصلان
من جهة ، وأصل واحد من جهة أخرى .

هذا ما ذهب اليه النووي^(٢) وابن السبكي وغيرهما .

ويرى ابن رجب: أن الأصلين إذا تعارضا عمل بالأرجح منهما
إذا عضده ما يرجحه ، وإن تساوى خرج في المسألة قولان (٣)

(١) انظر مفتاح الوصول للتلمساني ص ١٢٧

(٢) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين ، شرف الدين
أبوزكريا ، النووي ، شافعي المذهب ولد عام ٦٣١ هـ ، كان
علامة في الفقه ، والحديث ، له المنهاج شرح صحيح مسلم
بن الحجاج والمعروف بشرح النووي ، ومنهاج الطالبين في الفقه
والمجموع شرح المذهب للشيرازي ، ورياض الصالحين ، والأفكار
وغيرها من الكتب في الحديث، والفقه، والرقائق توفي عام ٦٧٦ هـ
انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن السبكي ٣٩٥/٨ - ٤٠٠
والنجوم الزاهرة ٢٧٨/٧ - ٢٧٩٠ والأعلام ١٨٥/٩

(٣) انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٨ والقواعد لابن رجب ص ٣٦٣

أ- ما جزم فيه بأحد الأصلين :

١- لو تنازع المشتري والبائع في ثمر الشجرة المبعة . فقال البائع :
يعتك الشجرة بعد التأبير فيكون الثمر لي ، وقال المشتري : بل يعتني
الشجرة قبل التأبير فالثمر لي . صدّق البائع ؛ لأن الأصل بقاء ملكه
ولم يلتفت إلى قول المشتري .

٢- إذا أدرك المسيوق الإمام في الركوع فكبر وركع معه ثم شك
هل رفع إمامه قبل ركوعه ، أو بعده ؛ فيتخرج على هذا الأصل قولان :
أحدهما : أنه مدرك للركعة ؛ لأن الأصل بقاء الركوع .
والثاني : لا يعتد بهذه الركعة ؛ لأن الأصل عدم الإدراك ،
وهو الأصح . (١)

ب- ما رجع فيه أحد الأصلين بظاهر ونحوه :

١- إذا ادعى المعنيتين الوطء في المدة وهو سليم الذكر والأنثيين
فالقول قوله قطعاً مع أن الأصل عدم الوطء ، وإنما رجح الوطء على عدمه
لأن الأصل بقاء النكاح ، واعتضد بظاهر وهو : أن سليم الذكر
والأنثيين لا يكون عنيماً . (٢)

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٨ والقواعد لابن رجب ٣٦٤

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٨

قال السيوطي : (فلو كان خصيا أو مجبوا جرى وجهان والأصح
تصديقه أيضا ؛ لأن راقامة البينة على الوطء تعسر فكان الظاهر
الرجوع إلى قوله ، فلو ثبت بكارتها رجعنا إلى تصديقها قطعاً ؛
لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوى (١)

ج - ما جرى فيه الوجهان :

١- إذا غاب العبد، وانقطعت أخباره ففي وجوب فطرته على
سيده قولان :

الأول : أنها تجب عليه ؛ لأن الأصل بقاء حياته .

الثاني : لا تجب ؛ لأن الأصل براءة ذمة السيد عن فطرته . (٢)

٢- إذا رمى صيداً فجرحه ثم غاب عنه ، فوجده ميتاً ولا أثر به
غير سهمه ، أو جرحه جرحاً بسهمه فسقط في الماء ونحوه فهل يباح له
الانتفاع به ؟ على قولين :

الأول : يباح له ذلك ، لأن الأصل عدم مشا ركة سبب آخر لقتله غير
سهمه .

الثاني : لا يباح ؛ لأن الأصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب
إباحته لكن الأصل الأول معتضد بظاهر وهو أن الظاهر موته بهذا
السبب دون غيره . (٣)

(١) المصدر نفسه والصفحة نفسها

(٢) انظر القواعد لابن رجب ٣٦٧ ، والعز بن عبد السلام ، قواعد
الاحكام ٥٥/٢

(٣) انظر ابن رجب القواعد من ٣٦٧

د - ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل واحد من جهة أخرى :

١- زاد المقتضى في الموضحة وادعى أن الزيادة حصلت باضطراب^(١) فمن المصدق منهما؟ وجهان بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب .

وخرج ابن الرفعة^(٢) هذه المسألة على ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل من جهة أخرى .

فذهب إلى أنه : يقطع بتصدق المشجوع ؛ لأنه وجد في حقه أصلان : براءة الذمة ، وعدم الارتعاش .

ولم يوجد في حق الآخر إلا أصل واحد وهو براءة الذمة^(٣) .

٢- إذا ضرب الزوج زوجته مدحياً نشوزها ، وادعت الزوجة عدم النشوز وأن الزوج إنما ضربها ظلماً ، فقد تعارض أصلان : عدم ظلمه ، وعدم نشوزها ، فإن الأصل : عدم الظلم ، كما أن الأصل عدم نشوزها ، ويتقوى جانب الرجل بأصل آخر هو أن الشارع جعله ولياً على الزوجة .

قال السيوطي في ترجيح جانب الرجل : (قال ابن الرفعة لم أر فيها نقلاً ، قال : والذي يقوى في ظني أن القول قوله ؛ لأن الشارع جعله ولياً في ذلك) (٣)

(١) هو أبو يحيى نجم الدين بن الرفعة ، كان فريداً هرة ووحيد عصره إماماً في الفقه ، والخلاف ، والأصول ، وقد اشتهر بين الفقهاء بالمعقد ، والمجلى ، تفقه على أصحاب ابن العطار ، وتفقه عليه السبكي ، والذهبي وغيرهم انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن أبي بكر هداية الله الحسيني (المكتبة العربية ببيفداد ١٣٥٦ هـ) ص ٨٨

(٢) انظر السيوطي الاشباه والنظائر ص ٧١-٧٢

(٣) المصدر نفسه ص ٧٢

الفصل الثاني

بعض مسائل إفقرية المتفرعة
عن القول بالاستصحاب

الفصل الثانى

بعض المسائل الفقهية المتفرعة عن القول بالاستصحاب

تقدم الكلام فى الفصل الأول من هذا الباب عن القواعد الفقهية التى بنيت على الاستصحاب مع بيان بعض المسائل الفقهية المندرجة تحتها .

وفى هذا الفصل أتناول إن شاء الله بعض هذه المسائل الفقهية التى ذكرت أنها مندرجة تحت هذه القواعد ، مبينا أثر اختلاف العلماء فى الاحتجاج بالاستصحاب فيها ، ونرجاعها إلى قواعدها ، لأن هذا قد تم تناوله فى الفصل المتقدم .

والمقصود هنا بيان أثر الخلاف فى الاستصحاب فى الفروع الفقهية بدراسة هذه المسائل المتفرقة من أبواب الفقه الإسلامى المختلفة .

ومنهجى فى هذا الفصل : أنى أنكر المسألة أولاً ، ثم أنكر أقوال المذاهب فيها ، وأنقل هذه الأقوال من كتب المذهب ون تصرف - إلا فى النصوص التى أرى أنها تحتاج لتوضيح فإننى أتصرف فيها - ثم أنكر أدلة المذاهب مقدما غالبا المذهب الذى استدل بالاستصحاب ، وذلك بدون مناقشة أو ترجيح ، لأن المقصود من هذه الدراسة كما تقدم ، بيان أثر الاختلاف فى الاحتجاج بالاستصحاب فى الفروع الفقهية ، لا المقارنة بين هذه الأقوال ، ولأن دراسة هذه المسائل بهذا التفصيل يخرج هذه الدراسة عن طبيعتها .

وهذه المسائل منها ما كان دليلها الاستصحاب فقط ، ومنها ما كان دليلها أدلة أخرى مع دليل الاستصحاب ، ولذلك نجد أحيانا اتفاقا بين الأئمة فى أحكام بعض هذه المسائل ، مع اختلافهم فى الاستدلال وذلك لأن هذه الأحكام ثابتة عند الطرفين ، فهى عند القائلين بالاستصحاب ثابتة بالاستصحاب ، وعند القائلين بعدم حجية الاستصحاب ثابتة بأدلة أخرى .

المسألة الأولى :

حكم النجاسات الخارجة من غير السبيلين

اختلف العلماء في حكم النجاسات الخارجة من البدن من غير

السبيلين هل تنقض الوضوء أم لا ؟ على مذهبين -

المذهب الأول :

يرى المالكية، والشافعية، أن الخارج النجس من البدن من غير

السبيلين لا ينقض الوضوء، وهذا مذهب كثير من الصحابة منهم جابر (١)

وأبو هريرة (٢) وعائشة (٣) وابن عمر (٤) وابن أبي أوفى (٥) رضي الله عنهم .

(١) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حوأم الخزرجي الانصاري ، صحابي

جليل ولد عام ١٦ ق هـ ، من المكثرين في الحديث شهد تسع عشرة

غزوة ، وروى عنه أكثر من ١٥٤٠ حديثاً ، توفي عام ٧٨ هـ وقيل ٧٤

وقيل ٧٦ هـ ، انظر أسد الغابة ١/ ٣٠٧-٣٠٨ ، والاصابة ١/ ٢١٣

(٢) هو عبد الرحمن بن زخر الدوسي المعروف بأبي هريرة ، صحابي

جليل ولد عام ٢١ ق هـ أسلم سنة ٧ هـ ولزم النبي صلى الله

عليه وسلم فروى عنه ٥٣٨٤ حديثاً نقلها عنه أكثر من ٨٠٠ رجل من

صحابي إلى تابعي توفي عام ٢٩ هـ انظر الإصابة ٤/ ٢٠٢-٢١٠

(٣) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق ، عبد الله بن عثمان أم المؤمنين ،

أفقه نساء الإسلام على الإطلاق كان يفرغ إليها الصحابة فسئ

المعضلات في شتى مسائل العلم روى عنها ٢٢١٠ حديثاً

توفيت عام ٥٨ هـ انظر الإصابة ٤/ ٣٥٩-٣٦١

(٤) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي ، أبو عبد الله

صحابي جليل نشأ وترى في الإسلام ولد عام ١٠ ق هـ وهاجر إلى

المدينة وشهد فتح مكة ومولده ووفاته فيها ، له في كتب الحديث

٢٦٣٠ حديثاً ، توفي عام ٧٣ هـ ، انظر الإصابة ٢/ ٣٤٠-٣٥٠

وفيات الأعيان لابن خلكان (دار صادر بيروت) ٣/ ٢٨-٣١

(٥) هو عبد الله بن علقمة بن خالد بن الحارس بن أسد صحابي جليل

شهد الحديبية مؤخيراً وما بعدهما من المشاهد ، سكن الكوفة بعد

وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ومات بها سنة ٨٧ هـ انظر

الاستيعاب ٣/ ٨٧٠ - ٨٧١

وقد قال بهذا من التابعين سعيد بن المسيب^(٢)، وسالم بن عبد الله
بن عمر^(٣) والقاسم بن محمد^(٣)، وطاووس^(٤)، وعطاء^(٥)، ومكحول^(٦)، وأبو شاور^(٧)

- (١) هو سعيد بن المسيب بن سعيد خزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، أبو محمد سيد التابعين ولما مهم ولد عام ١٣ هـ وهو أحد الفقهاء السبعة كان من أحفظ الناس لأحكام عمر حتى سمي بـرواية عمر توفي عام ٩٤ هـ انظر ترجمته في الطبقات الكبرى لابن سعد دأر صادر بيروت ١٤٣/٥ ووفيات الأعيان ٣٧٥/٢
- (٢) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي أحد فقهاء المدينة السبعة ، وهو من علماء التابعين وسادتهم وثقاتهم ، يروى عن أبيه وغيره توفي بالمدينة عام ١٠٦ هـ انظر ترجمته في تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٣/٤٣٦-٤٣٨
- (٣) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق أبو محمد ، أحد فقهاء المدينة السبعة ، ولد عام ٣٧ هـ ، وكان صالحاً ثقة ، سادات التابعين توفي عام ١٠٧ هـ وقيل ١٠٥ هـ انظر ترجمته في تهذيب التهذيب ٨/٣٣٣-٣٣٥ ، ووفيات الأعيان ٤/٥٩
- (٤) هو طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني بالولاء أبو عبد الرحمن ولد عام ٣٣ هـ من أكابر التابعين تفقها في الدين ، ورواية للحديث توفي عام ١٠٦ هـ انظر تهذيب التهذيب ٥/٨-١٠ ووفيات الأعيان ٥٠٩-٥١١
- (٥) هو عطاء بن أسلم بن صفوان ، تابعي من الفقهاء الأجلاء ولد في جند باليمن عام ٢٧ هـ ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ، ومحدثهم توفي عام ١١٤ هـ انظر التهذيب ٧/١٩٩-٢٠٣ تذكرة الحفاظ ٩٨/١
- (٦) هو مكحول بن أبي سلم شهراب بن شاذل ، أبو عبد الله الهذلي بالولاء ، فقيه الشام في عصره له رحلات في طلب العلم بالعراق والمدينة ، وكثير من البلدان ، استقر في دمشق وتوفي بها عام ١١٢ هـ ، تهذيب التهذيب ١٠/٢٨٩-٢٩٣ ، ووفيات الأعيان ٥/٢٨٣-٢٨٠ وتذكرة الحفاظ ١/١٠٧-١٠٨
- (٧) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبى ، البغدادي ، أبو ثور ، فقيه ، صاحب الإمام الشافعي صنف كثيراً من كتب الحديث واللغة منها : اختلاف مالك والشافعي ، توفي عام ٢٤٠ هـ ، تذكرة الحفاظ ٥/٢/٢-٥١٣

(١) (٢)

وابن المنذر وغيرهم .

جاء في الموطأ : قال يحيى : وسئل مالك عن رجل قلنس طعاما

هل عليه وضوء ؟

(١) فقال : ليس عليه وضوء ، وليمضمض وليغسل فاه

قال يحيى : (وسئل مالك هل في القى وضوء ؟

قال : لا ولكن ليمضمض وليغسل فاه) (٧)

(١) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر ، الشافعي النيسابوري ، يكنى بأبي بكر ، سمع الحديث من محمد بن ميمون ، ومحمد بن اسماعيل الطائفي ومحمد بن عبد الله بن الحكم ، واخذ عنه أبو بكر بن المقرئ ، ومحمد بن يحيى بن عمار الدمياطي ، والحسن بن علي بن شعبان ، له كتاب : إثبات القياس وكتاب الإجماع وكتساب الأصول والإشراف على مذاهب الأشراف في الخلاف ، توفي عام ٣٠٩ هـ أو ٣١٠ هـ ، وفيات الأعيان ١/ ٥٨٣ طبقات الشافعية ٣/ ١٠٢-١٠٨

(٢) انظر الموطأ بشرح الزرقاني عليه (المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م) ١/ ٥٧ والإمام سحنون المدونة الكبرى (بيروت دار صادر) ١/ ١٩٠٨ والمجموع شرح المذهب المرجع السابق ٢/ ٥٥-٥٧ والمغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة ١/ ١٨٤

(٣) هو يحيى بن يحيى بن أبي عيسى ، الأندلسي ، بربري الأصل ولد عام ١٥٢ هـ بالأندلس ثم انتقل إلى المشرق وأخذ عن الإمام مالك وعلماء مكة ، ومصر ثم عاد الأندلس ونشر مذهب مالك هناك توفي عام ٢٣٤ هـ ، انظر وفيات الأعيان ٦/ ١٤٣-١٤٦ والأعلام ٩/ ٢٢٤

(٤) هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي المدني ، امام دار الهجرة وصاحب المذهب وأحد الأئمة الأربعة ، يكنى بأبي عبد الله ، ولد عام ٩٣ هـ ، تتلمذ على ربيعة الرأي ، وعبد الرحمن بن هرمز ، وسمع الحديث عن ابن شهاب الزهري ، ونافع مولى عبد الله بن عمر ، تتلمذ عليه جمهرة من العلماء ، أشهرهم الامام الشافعي ، وابن القاسم ، وأشهب بن عبد العزيز ، ويحيى بن يحيى وغيرهم ، له الموطأ ، ورسالة في القدر ورسالة في الرد على القدرية ورسالته الشهيرة لليث بن سعد في إجماع أهل المدينة توفي عام ١٧٩ هـ ، انظر الديباج ١/ ٨٧-١٣٥ وفيات الأعيان ١/ ٥٥٥-٥٥٦

(٥) القلنس بالتحريك ، وقيل بالسكون : ما خرج من الجوف ملء الفم أو دونه وليس بقي فان عاد فهو القى

(٦) الموطأ مع شرح الزرقاني عليه ١/ ٥٧ (٧) المصدر نفسه ١/ ٥٧

(١) وقال الخرشي عند ذكره للأشياء التي لا تنتقض الوضوء :

(ومنها خروج القيء وقلنس . . . وحجامة من حاجم ومحتجم وفصادة

وخروج دم) (٢)

وبالجملة يرى المالكية : أن القيء والقلس ، والحجامة ، والجروح ،
والدمل التي يسيل منها الدم ، والعرق المقطوع الذي يسيل منه الدم
كل هذه الأشياء وأمثالها لا يتوضأ منها ، ولا تنتقض الوضوء ، بل يكفي
فيها غسل الموضع فقط . (٣)

وقال النووي : (ومذهبنا : أنه لا ينتقض الوضوء بخروج شيء من
غير السبيلين كدم الغض ، والحجامة ، والقيء ، ولا الرعاف قل أو كثر) (٤)

(١) هو محمد بن عبد الله ، الخرشي أبو عبد الله ، المالكي ، ولد
١٠١٠ هـ ، بمراكش بمصر ، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر ، له
الشرح الكبير على متن خليل ، والشرح الصغير أيضا . والفوائد
السنية شرح المقدمة السنوسية في التوحيد توفي عام ١١٠١ هـ ،
انظر ترجمته في الأعلام ١١٨/٢

(٢) انظر شرح الخرشي على مختصر خليل (دار احياء الكتب العربية)
١٢٣/١

(٣) انظر المدونة ١٢٣/١

(٤) المجموع للنووي ٥٥/٢

المذهب الثاني :

وزهب أبو حنيفة وأحمد ^(١) إلى: أن الخارج النجس من غير السبيلين
ينقض الوضوء وهو مذهب ابن عباس ^(٢) وابن عمر ، وسعيد بن المسيب
وعلقمة ^(٣) وعطاء ^(٤) ، واسحق ^(٥) وغيرهم .

(١) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد . . . يكنى بأبي
عبد الله ، محدث فقيه ، أحد الأئمة الأربعة ، ولد عام ١٦٤ هـ ،
ببغداد تتلمذ على سفيان بن عيينة ، وإبراهيم بن سعد ويحيى
بن سعيد القطان ، والامام الشافعي وغيرهم ، تتلمذ عليه ابنه
عبد الله وأحمد بن الحسين الترمذي ، وأبو داود السجستاني
وغيرهم ، له المسند في الحديث ، وله كتب جمعها تلاميذه من
بعده منها الصلاة وما يلزم فيها ، والرد على الزنادقة ، وكتاب
السنة ، توفي عام ٢٤١ هـ وفيات الأعيان ٢٠/١-٢١ ، طبقات
الحنابلة ٤/١ وما بعدها

(٢) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم القرشي ، ولد
بمكة عام ٣ ق هـ ، صحابي جليل يلقب بحبر الأمة ، لازم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وشهد مع علي الجمل وصفين روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الصحيحين وغيرهما ١٦٦٠ حديثا ، توفي
عام ٦٨ هـ انظر ترجمته في الإصابة ٢/٢٣٠-٣٣٤

(٣) هو علقمة بن قيس بن عبد الله بن مالك . . . النخعي الهذلي ،
تابعى كان فقيه العراق ، روى الحديث عن كثير من الصحابة ،
ورواه عنه كثيرون - سكن الكوفة وتوفي بها عام ٦٢ هـ أو عام ٦١ هـ
انظر ترجمته في تهذيب التهذيب ٧/٢٧٦-٢٧٨ ، وتذكرة الحفاظ
للذهبي ٤٨/١

(٤) هو اسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزي أبو يعقوب
بن راهوية ولد عام ١٦١ هـ عالم خراسان في عصره أخذ عنه الإمام
أحمد والبخاري ومسلم ، والترمذي ، والنسائي ، وغيرهم ، وكان فقيها
في الحديث ، استوطن بنيسابور ومات بها عام ٢٣٨ . انظر
ترجمته في تهذيب التهذيب ١/٢٢٦-٢١٩ وفيات الأعيان ١/١٩٩-
٢٠١ ، والاعلام ١/٢٦٤

(٥) انظر الهداية شرح بداية المبتدى * لبرهان الدين المرغيناني
(بيروت دار احياء التراث العربي) ١/٣٢-٣٤ مطبوع مع شرح
فتح القدير ، وانظر المغني ١/١٨٤

جاء في بداية المبتدئ^١ : (المعاني الناقضة للوضوء : كل ما يخرج من السبيلين، والدم، والقيح، وإذا خرجا من البدن، فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير، والقي^٢ ، ملء الغم) . (١)

قال الخرقى بعد ما ذكر من نواقض الوضوء ما يخرج من السبيل^(٢)

وزوال العقل ومس الذكر قال : (والقي^٣ الفاحش، والدم الفاحش، والدود الفاحش يخرج من الجرح) (٣)

وقال ابن قدامة شارحا لهذا القول : (وجهلته : أن الخارج من

(١) بداية المبتدئ مطبوع في شرحه الهداية المرجع السابق ١/٣٢-٣٤
 (٢) هو عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى ، أبو القاسم ، فقيه حنبلى من أهل بغداد ، له تصانيف كثيرة احترقت ولم يبق منها الا مختصره المشهور في الفقه الحنبلى ، المعروف بمختصر الخرقى توفي عام ٣٣٤ هـ . انظر ترجمته في طبقات الحنابلة ١١٨-١١٥/٢ ، ووفيات الاعيان ٤٤١/٣ ، والاعلام ٢٠٢/٥
 (٣) مختصر الخرقى مطبوع مع شرحه المغنى لابن قدامة المرجع السابق ١٨٤/١

(٤) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الجامعيلى ، المقدسى ثم الدمشقى ، الحنبلى أبو عبد الله موفق الدين ، فقيه من أكابر الحنابلة ، له تصانيف منها : المغنى شرح به مختصر الخرقى في الفقه الحنبلى ، وروضة الناظر في الأصول . والمقنع ، والكافى والعدة في الفقه ، توفي بدمشق عام ٦٢٠ هـ انظر ترجمته في شذرات الذهب ٨٨/٥ ، وفوات الوفيات لمحمد بن شاكر الكتبى تحقيق الدكتور احسان عباس . (دار صادر بيروت لبنان)
 ١٥٨/٢ - ١٥٩ ، والاعلام ١٩١/٤-١٩٢

البدن من غير السبيلين ينقسم إلى قسمين طاهر ونجس .
فالطاهر : لا ينقض الوضوء على حال ما ، والنجس : ينقض الوضوء
في الجملة رواية واحدة (١)

ومذهب الحنابلة : أن الناقض من هذا كله كما هو مذكور عندهم :
ما تفاحش وكثر .

قال ابن قدامة : (وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك ، دون
اليسير) (٢)
الأدلة :

استدل القائلون بعدم النقض ، بالاستصحاب الذي تؤيده
السنة ومذهب الصحابة ، والقياس .

أولاً : استدلو بالاستصحاب فقالوا : إن الشخص كان على طهارة
وهذه الطهارة مجمع على وجودها قبل خروج الخارج النجس من
غير السبيلين ، فيحكم كذلك ببقائها بعد خروج الخارج ، حتى يدل
الدليل على أن هذا الخارج ينقض الطهارة السابقة .

قال ابن التلمساني^(٣) مثلاً لاستصحاب الحكم الشرعي :

-
- (١) المغني لابن قدامة ١٨٤/١
(٢) المصدر نفسه ١٨٥/١ والظاهر أن مرجع ذلك هو العرف فما
اعتبر في العرف كثيراً نقضه ، وما اعتبر في العرف
قليلاً لا ينقض .

- (٣) هو محمد بن علي بن يحيى . . بن القاسم الشريف التلمساني يكنى
بأبي عبد الله ولد عام ٧١٠ هـ تتلمذ على الشيخ أبي زيد بسن
يعقوب ، والقاضي أبي عبد الله بن هدية ، وعبد الله بن المجاهي
وأخذ عنه ابنه عبد الله ، وعبد الرحمن الشاطبي ، وابن خلدون له
مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ، توفي عام ٧٢١ هـ
انظر شجرة النور الزكية ص ٢٣٤ ، والفتح المبين ١٨٢/٣

(استصحاب الحكم الشرعي كاحتجاج أصحابنا على أن الرعاف لا ينقض
الوضوء : بأننا لما أجمعنا على أنه متطهر قبل الرعاف فوجب
استصحاب الطهارة بعده حتى يدل دليل على النقض (١)
وقال الزرقاني معللاً عدم نقض الوضوء من الأشياء الخارجة من
البدن من غير السبيلين : (لأن الوضوء المجمع عليه لا ينقض إلا بسنة
أو إجماع ، ولم يرد في ذلك سنة أو إجماع) (٢)

ومعنى ذلك : أن الشخص يبقى على ما كان عليه من الطهارة .
قال الآمدي (إذا تطهر ثم خرج منه خارج من غير السبيلين فهو
بعد الخروج متطهر ، وإذا صلى فصلاته صحيحة ، لأن الإجماع منعقد
على هذين الحكمين ، والأصل في كل متحقق دوامه) (٣)

(١) مفتاح الوصول ، ص ١٢٨
(٢) هو محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد علوان أبو عبد الله
الزرقاني المصري الأزهرى ، ولد عام ١٠٥٥ كان من كبار
المحدثين في عصره ، له تلخيص المقاصد الحسنة في الحديث
وشرح موطأ مالك المعروف بشرح الزرقاني ، انظر الاعلام ٥٥/٢

(٣) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٥١/١

(٤) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٨٥/٤

وقال النووي : (وأحسن ما اعتقده في هذه المسألة : أن الأصل أن لا ينقض حتى يثبت بالشرع ، ولم يثبت . والقياس ممنوع في هذا الباب ، لأن علة النقض غير معقولة) (١)

وقال الجلال المحلي : (الخارج النجس من غير السبيلين لا ينقض الوضوء عندنا ؛ استصحابا لما قبل الخروج ، من بقاءه المجمع عليه .) (٢)

ووجه الدلالة مما تقدم : أن الطهارة المجمع على وجودها يحكم ببقائها الآن ؛ استصحابا للاجماع السابق لخروج الخارج ؛ لأنه لا يوجد دليل يدل على أن خروج النجاسات من غير السبيلين ينقض الوضوء ، فيبقى حكم الطهارة على ما كان عليه قبل خروج الخارج .
* دعم القائلون بعدم النقض مذهبهم في استصحاب الطهارة بعد خروج الخارج بالسنة وذلك :

(١) المجموع للنووي ٥٦/٢

(٢) شرح جمع الجوامع ٣٥٠/٢

(١) أ- بما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه
احتجم فصلى ولم يتوضأ) (٢)

فقالوا: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يتوضأ من دم الحجامة
فلو كان الخارج من غير السبيلين من النجاسات ينقض الوضوء، لتوضأ
رسول الله صلى الله عليه وسلم منه، إذ الأصل: عدم الخصوصية.

ب- وما جاء عن جابر رضى الله عنه (أن رجلين من أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم حرسا المسلمين ليلة ذات الرقاع ، فقام
أحدهما يصلى فجاء رجل من الكفار ورماه بسهم ، فوضعه فيه ، ثم
رماه بآخره ثم بثالث ثم ركع سجد ود ماؤه تجرى.) (٣)

(١) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم ، البخارى الخرزجى الأنصارى
أبو ثمامة ، ولد عام ١٠ ق هـ صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وخادمه ، روى عنه رجال الحديث ٢٢٨٦ حديثا توفي عام ٥٩٣ هـ ،
انظر الإصابة (طبعة المكتبة التجارية الكبرى) ١/ ٨٥-٨٤ والاعلام
٣١٩/١

(٢) انظر تخريجه فى سنن الدارقطنى لعلى بن عمر الدارقطنى ،
تحقيق عبد الله هاشم اليماني : (شركة الطباعة الفنية بالقاهرة)
كتاب الطهارة ، باب الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف
والقئ ، والحجامة ، ١٥١/١-١٥٢ حديث رقم ٢ وانظر السنن
الكبرى لأبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى (بيروت : دار صادر)
كتاب الطهارة ، باب ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج
الحدث ١٤١/١ ورواه البخارى موقوفا عن ابن عمر والحسن
فى كتاب الوضوء باب من لم يبر الوضوء الا من المخرجين ٢٨٣/١

(٣) رواه أبو داود فى الطهارة باب الوضوء من الدم ١٣٦/١ حد يشرقم
١٩٨ والبخارى فى الطهارة ، باب من لم يبر الوضوء الا من المخرجين
٢٨٠/١ فى الترجمة قال ابن حجر وهو موصول عن سفيان عن
عطاء . المصدر نفسه ٢٨٢/١

قال النووي : (موضع الدلالة: أنه خرج منه ماء كثيرة ، واستمر
في صلاته ، ولو انقضى الدم لما جاز بعده الركوع والسجود وإتمام الصلاة
وعلم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ولم ينكره) (١)

* كما أيدوا مذهبهم بفعل الصحابة وذلك ما قاله البخاري^(٢) رضي
الله عنه : (وعصرا بن عمر شرة فخرج منها الدم ولم يتوضأ) .
وبن خزيمة ابن أبي أوفى ما فمضى في صلاته) (٣)

ووجه الدلالة مما تقدم : أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يتوضأوا
من هذه النجاسات ، ولأنه يبعد عدم علمهم بحكم ذلك مع تكرره
منهم .

(١) المجموع للنووي ٥٩/٢

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن الأحنف
البخاري الحافظ الإمام في علم الحديث ولد عام ١٩٤ هـ ،
صاحب الجامع الصحيح ، والتاريخ ، رحل في طلب الحديث
إلى أكثر محدثي الأمصار ، سمع مكي بن إبراهيم البلخي ،
وعبدان بن عثمان المروزي ، وعبيد الله بن موسى العباسي ، وعلى
بن المديني ، وأحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين وغيرهم ،
وروى عنه خلق كثير منهم : إبراهيم بن إسحاق الحريري ، وعبد
الله بن محمد بن تاجية ، وقاسم بن زكريا المطراز ، توفي عام
٢٥٦ هـ انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٤/٢ - ٣٦ ، ووفيات
الاعيان ٤/١٨٨ - ١٩١ وطبقات الحنابلة ١/٢٧١ . وشذرات
الذهب ٢/١٣٤ وتهذيب التهذيب ٩/٤٧ - ٥٥

(٣) أي : بصفه
(٤) رواه البخاري تعليقا في كتاب الطهارة ، باب من لم ير الوضوء
الا من المخرجين ١/٢٨٣ في الترجمة .

يُرد عموماً مذاهبهم بالقياس أيضاً فقالوا : إن هذه النجاسات خارجة من غير المخرج المعتاد ، مع بقاء المخرج فلم يتعلق بها نقض الطهارة كالصاق . (١)

* واستدل القائلون بأن خروج النجاسات من غير السبيلين ينقض الوضوء : بالسنة ، والإجماع ، والقياس .

أولا : السنة

أ - بما رواه أبو الدرداء^(٢) (أن النبي صلى الله عليه وسلم قـاء فأفطر فتوضأ فلقيت ثوبان^(٣) في مسجد دمشق فذكرت ذلك له فقال :

(١) انظر المغنى لابن قدامة ١٨٥/١

(٢) هو عويمر بن عبد الله بن ثعلبة . . الأنصاري الخزرجي ، أبو الدرداء صحابي جليل ، أحد الذين جمعوا القرآن حفظاً على عهد صلى الله عليه وسلم ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٧٩ حديثاً توفي عام ٣٢ هـ انظر تذكرة الحفاظ للذهبي ٢٥٠-٢٤٠/١ والإصابة ٤٦-٤٥/٣

(٣) هو ثوبان بن جندب . . أبو عبد الله ، مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أصله من أهل السرات بين مكة واليمن اشتراه النبي صلى الله عليه وسلم ثم اعتقه ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٢٧ حديثاً توفي بجمع عام ٥٤ هـ انظر ترجمته في الاستيعاب ٢١٨/١ ، والإصابة ٢٠٤/١ .

صدقت أنا الذي صبيت له وضوءه (١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ من القىء، فلو لم يكن نجسا لما توضأ منه بعد خروجه مباشرة، فدل ذلك على أنه نجس .

ب - ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أصابه قىء، أو رعاف أو قلنس أو مذى فلينصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم) (٢)

ففسى هذا الحديث : أمر منه صلى الله عليه وسلم بالوضوء من القىء، والرعاف والقلنس، وهي كلها نجاسات خارجة من البدن من غير السبيلين، فدل هذا على وجوب الوضوء في هذه الأشياء .

ثانيا : الإجماع

قالوا بان هذا العمل ثبت عن جماعة من الصحابة، وفي مقدمتهم عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمرو لم يعلم لهم مخالف مسن الصحابة فكان إجماعا . (٣)

وهذا كما هو واضح إجماع سكوتي وليس إجماعاً حقيقياً، والإجماع السكوتي مختلف فيه .

(١) رواه الترمذى فى الطهارة ، باب ما جاء فى الوضوء من القىء والرعاف ، ١٤٢/١ حديث رقم ٨٧ ورواه أحمد فى المسند .

٤٤٣/٦

(٢) رواه ابن ماجة فى كتاب إقامة الصلاة ، باب ما جاء فى البناء على الصلاة ٣٨٦/١ حديث رقم ١٢٢

(٣) انظر المغنى لابن قدامة ١٨٤/١

ثالثاً : استدلو بالقياس فقالوا :

١- إن الخارج من غير السبيلين من النجاسات نجس يلحقه حكم التطهير فينقض الوضوء كالخارج من السبيلين .

٢- إن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة : (إنما ذلك عرق وليس بحيض ، فإذا أقبلت حيضتك فدعى الصلاة وإذا أدبرت فأغسل عنك الدم .

قال : (١) وقاله أبي (٢) : ثم توضىء لكل صلاة حتى يجى ذلك الوقت (٣)

فقد علل صلى الله عليه وسلم وجوب الوضوء : بأن هذا الدم دم عرق وكل الدماء كذلك فيجب الوضوء من كل الدماء التي تخرج من البدن . (٤)

- (١) أى هشام بن عروة راوى الحديث . انظر فتح البارى ١/٣٣٢
- (٢) هو عروة بن الزبير بن العوام ، الأسدى القرشى . أبو عبد الله ولد بالمدينة عام ٢٥ هـ ، وأحد الفقهاء السبعة بها ، روى عن أبيه ، وأخيه عبد الله ، وأمه أسماء ، وخالته عائشة ، وعلى بن ابن أبي طالب ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وغيرهم ، وروى عنه أولاده عبد الله ، وعثمان ، وهشام ، ومحمد ، ويحسى وابن ابنه عمر بن عبد الله ، وغيرهم وكان كريماً صالحاً عالماً بالدين اختلف فى تاريخ وفاته فقيل سنة ٩١ وقيل ٩٢ وقيل ٩٣ وقيل ٩٤ وقيل غير ذلك . انظر تهذيب التهذيب ١٨٠/٧ - ١٨٥ ، ووفيات الأعيان ٢٥٥/٣ - ٢٥٨ ، والأعلام ١٧/٥
- (٣) رواه البخارى فى الوضوء ، باب غسل الدم ٣٣٢-٣٣٣/١ حديث رقم ٢٢٨ ، وفى الحيض باب الاستحاضة ٤٠٩/١ حديث رقم ٣٠٦ ، ومسلم فى الحيض ، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها ٢٦٢-٢٦٣/١ حديث رقم ٦٢ ، ٦٣ ، ورواه ابو داود فى الطهارة والترمذى فى الطهارة والحيض وغيرهما .
- (٤) المجموع للنووى ٥٨/٢ - ٥٩ والمفنى لابن قدامة ١٨٥/١

المسألة الثانية :

حكم التيمم الذي يجد الماء في أثناء الصلاة

اتفق جمهور العلماء على أن الشخص إذا شرع في الصلاة بالتيمم ولم يجد الماء حتى الفراغ من الصلاة ، صحت صلاته ، ولا يعيد ما صلاه بالتيمم إذا وجد الماء بعد ذلك ، بل يجب عليه استعمال الماء لما يستقبل من الصلوات .

واتفقوا كذلك على أنه إذا وجد الماء قبل الشروع في الصلاة انتقض تيممه ووجب عليه استعمال الماء .
واختلفوا فيما شرع في الصلاة بالتيمم ثم رأى الماء في أثناء الصلاة ولا مانع يمنعه من استعماله ، هل ينتقض تيممه ، وتبطل الصلاة بالتالي صلاته أو لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى المالكية ، والشافعية ، والحنابلة في رواية - وهي المرجوحة عنهم : أن رؤية الماء في أثناء الصلاة لا تنقض التيمم ، ولا تبطل الصلاة بل يستمر المصلي في صلاته ولا تبطلها رؤيته للماء .
وهذا مذهب داود وأبي ثور وابن المنذر . (١)

(١) انظر الموطأ مع شرح تنوير الحوالك للسيوطي (دار الفكر بيروت) ٥٨/١ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد ابن أحمد بن رشد (شركة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥ م) ٧٣/١ ، والألم للإمام محمد بن إدريس الشافعي (بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر) ٤٨/١ ، والمغني لابن

جاء في الموطأ : (وسئل مالك في رجل تيمم حين لم يجد الماء فقام وكبر ودخل في الصلاة فظلم عليه انسان معه ماء .

قال : لا يقطع صلاته ، بل يتمها بالتيمم . وليتوضأ لما يستقبل

من الصلوات (١)

وجاء في الشرح الكبير : (ويبطل - أى التيمم - لوجود الماء الكافي ، أو القدرة على الاستعمال ، قبل الدخول في الصلاة ، إن اتسع الوقت . لا دراك ركعة بعد استعمالها ، ولا فلا ، لا إن وجده بعد الدخول فيها ، فلا يبطل بل يجب استمراره فيها ولو اتسع الوقت ، لدخوله بوجه جائز) (٢)

وقال الشافعي في الأم (وإذا تيمم فدخل في المكتوبة ثم رأى الماء ، لم يكن عليه أن يقطع الصلاة ، وكان له أن يتمها ، فإذا أتمها توضأ لصلاة غيرها ، ولم يكن له أن ينتقل بتيممه للمكتوبة ، إذا كان واحدا الماء) (٣)

(١) الموطأ مع تنوير الحوالك ٥٨/١

(٢) الشرح الكبير على مختصر خليل للشيخ أحمد الدردير مع حاشية الدسوقي عليه (عيسى البابي الحلبي وشركاه - دار احياء الكتب العربية) ١٥٨ - ١٥٩

(٣) الأم للامام الشافعي ٤٨/١ وانظر تخريج الفروع على الأصول

للزنجاني ص ٧٢ - ٧٤

وجاء في المنهاج : (ومن تيمم لفقد ماء فوجده ، إن لم يكن في صلاة بطل ان لم يقترن بمانع كعطش ، أو في صلاة لا تسقط به بطلت على المشهور ، وإن أسقطها فلا ، وقيل يبطل النقل .

والأصح أن قطعها ليتوضأ أفضل (١)

قال الخطيب الشربيني ^(٢) في شرح قوله : (في صلاة لا تسقط

به) أي بالتيمم بأن صلى في مكان يغلب فيه وجود الماء (٣)

وقال في شرح قوله : (وإن أسقطها فلا) : وإن أسقط

التيمم قضاؤها فلا (٤)

ومعنى هذا : أن الشافعية يقيدون رؤية الماء التي لا تنتقص

التيمم بأن يرى المصلى الماء في مكان غلب على ظنه عدم وجود الماء

فيه .

(١) المنهاج للإمام النووي مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج (مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م) ١/١ - ١٠٢

(٢) هو محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب ، شمس الدين ، أخذ عن الشيخ أحمد إبراهيم الطقبي بمعية والنور المحلي ، والشمس الرملي ، وغيرهم ، له مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وشرح شواهد القطر ، ومناسك الحج . توفي عام ٩٧٢ هـ ، انظر شذرات الذهب ٣٨٤/٨ ومعجم المؤلفين ٢٦٩/٨

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ١/١٠٢

(٤) المصدر نفسه والصفحة نفسها وانظر نهاية المحتاج إلى شرح

المنهاج لشمس الدين الرملي (دار احياء التراث العربي -

بيروت - المكتبة الاسلامية) ١/٢٨٨ - ٢٨٩

المذهب الثاني :-

ذهب الحنفية والحنابلة في الرواية الراجحة عن أحمد وهو المشهور عندهم، إلى أن رؤية الماء في أثناء الصلاة تنقض التيمم وبالتالي تبطل الصلاة . (١)

جاء في الهداية : (وينقضه - أي التيمم - رؤيته الماء إذا قدر على استعماله) (٢)

ولم يفرق الحنفية بين الرؤية خارج الصلاة، ودخلها بل جعلوا الناقض مطلق الرؤية، وإذا كان قادراً على استعمال الماء .
جاء في الدر المختار عند الكلام في نواقض هذه الطهارة :
(وقدرة ماء ، ولو أباحه في صلاة) (٣)

قال ابن عابدين في شرح هذا الكلام :

(١) انظر الهداية شرح بداية المبتدى وشرح فتح القدير عليها ١/١١٢ والمغنى لابن قدامة ١/١٦٨/١٦٩ ، وبداية المجتهد لابن رشد ١/٧٣

(٢) الهداية : ١/١١٢

(٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه (رد المختار) - (مصطفى البابي الحلبي وشركاه) ١/٢٥٥

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز . المعروف بابن عابدين ولد عام ١١٨٩ هـ ، وتلقب على سعيد الحموي ، والشيخ الأمير المصري ، ومحمد الكذيري محدث الشام ، كان علامة عصره في المذهب الحنفي أصولاً وفروعاً ، له مؤلفات كثيرة أشهرها حاشيته على الدر المختار ، المسماة رد المختار ، والمشهورة بحاشية ابن عابدين ، وله رفع الأنظار لما أورده الحلبي على الدر المختار ونسبته الأسرار على شرح المنار في الأصول توفي عام ١٢٥٢ هـ انظر ترجمته في الأعلام (طبعة دار العلم للملايين ٦/٤٢ ،

(أى : لو كانت القدرة ، أو الإباحة ، فى صلاة ينتقض التيمم وتبطل الصلاة الستى هو فيها) (١)

قال الخرقي : (وإذا وجد المتيّم الماء وهو فى الصلاة خرج فتوضاً أو اغتسل إن كان جنباً واستقبل الصلاة) (٢)

قال ابن قدامة : (والمشهور فى المذهب أن المتيّم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه سواء كان فى الصلاة أو خارجاً منها . فإن كان فى الصلاة بطلت لبطان طهارته ، ويلزمه استعمال الماء فيتوضأ ، إن كان محدثاً ، ويغتسل إن كان جنباً) (٣)

(٤)
قال صاحب كشف القناع : (ثم إن وجدته ، أى الماء فيها ، أى

(١) رد المحتار (حاشية ابن عابد بن) ٢٥٥/١

(٢) مختصر الخرقي مطبوع مع المغنى لابن قدامة ٢٦٨/١

(٣) المغنى لابن قدامة ٢٦٩/١

(٤) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين . . البهوتى الحنبلى ، ولد بمصر عام ١٠٠٠ هـ وكان شيخ الحنابلة بها فى عصره ، له الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، وكشاف القناع شرح بعض متن الإقناع ، ودقائق أولى النهى بشرح المنتهى كلها فى الفقه الحنبلى توفى عام ١٠٥١ انظر الاعلام ٢٤٩/٨

في الصلاة ، أو الطواف ، بطلت صلاته وطوافه ، ولو اندفق الماء قبل استعماله ، لأن طهارته انتهت بانتهاء وقتها ، فبطلت صلاته وطوافه (١) وسبب الاختلاف بين القائلين بأن الرؤية في أثناء الصلاة لا تنقض التيمم، وبين القائلين بأنها تنقض التيمم هو: هل وجود الماء يرفع استحباب الطهارة التي كانت بالتراب، أو يرفع ابتداء الطهارة. فمن رأى أن رؤية الماء ترفع استحباب الطهارة قال: إن رؤية الماء تنقض الطهارة . ومن رأى أن رؤية الماء ترفع ابتداء الطهارة قال: إن رؤية الماء لا تنقض هذه الطهارة . (٢)

الأدلة :

استدل القائلون بأن رؤية الماء في أثناء الصلاة لا تنقض التيمم : بالاستصحاب ، الذي يؤيده القياس والمعقول . فقالوا : إن الإجماع انعقد على صحة صلاته حال الشروع في الصلاة فيستصحب هذا الحكم حتى آخر صلاته .

(١) كشف القناع عن متن الإقناع ، لمصنوع بن يونس البهوتي - راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي (مكتبة النشر الحديثة) ١٧٧/١ - ١٧٨

(٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد ٧٢/١ ، ومفني المحتاج ١٠٢/١

قال الزنجاني : (إن المتيم إذا رأى الماء في أثناء صلاته، لا تبطل صلاته عند الشافعي رضي الله عنه، لأن الإجماع قد انعقد على صلاته حال الشروع . والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه، إلا أن يقوم دليل الإنقطاع) (١)

* وقال الشافعي بعد أن ذكر الفرق بين رؤية الماء خارج الصلاة ورؤيته داخل الصلاة : (لم يكن للمتيم حكم إلا أن يدخل في الصلاة فلما دخل فيها به - أي بالتيم - كان حكمه منقضيًا، والذي يحل له أول الصلاة يحل له آخرها) . (٢)

ومعنى هذا أن الحل الثابت حال الشروع في الصلاة بالتيم يستمر حتى نهاية الصلاة والفراغ منها ، ولا يكون هذا، إلا باستصحاب حكم الدخول في الصلاة حتى الفراغ منها .

* وقال الشيخ أحمد الدردير مفرقا بين رؤية الماء داخل الصلاة (٣)

(١) الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ص ٧٣ و ٧٤ وانظر المستصفى ٢٢٤/١

(٢) الشافعي ، الأم ٤٨/١

(٣) هو أحمد بن محمد بن أحمد أبو البركات الشهير بالدردير من كبار فقهاء المالكية في عصره ولد عام ١١٢٧ هـ في بنى عدى بمصر وتعلم بالأزهر ، له أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك وشرحه أيضا ويسمى بالشرح الصغير، وله الشرح الكبير المسمى بفتح القدير شرح لمختصر خليل توفي عام ١٢٠١ هـ انظر شجرة النور الزكية ص ٣٥٩ والأعلام ٢٣٢/١

وخارجها: (لا إن وجد - أى الماء - بعد الدخول فيها - أى الصلاة - فلا تبطل بل يجب استمراره فيها، ولو اتسع الوقت لدخوله بوجهه جائز . (١)

وفى هذا أيضا استدلال بالاستصحاب لأن وجوب الاستمرار فى الصلاة بعد رؤية الماء على الشيخ رحمه الله بكونه دخل فى الصلاة بوجه جائز .

ومعنى هذا : أنه يستصحب هذا الحكم الذى دل على صحة الدخول فى الصلاة حتى الفراغ منها .

ويؤيد الاستدلال بالاستصحاب القياس : فان رؤية الماء فى أثناء الصلاة تشبه وجود المكفر الرقبة بعد الشروع فى الصوم . فكما أن وجود الرقبة بعد الشروع فى الصوم لا يسقط الصوم بالتالى لا يوجب التكفير بالرقبة فكذلك ههنا فان وجود الماء لا يبطل التيمم ولا يوجب بالتالى الوضوء .

وهذا مضطرد فى معظم المسائل التى يوجد فيها المبدل بعد التلبس بالمبدل .

قال ابن قدامة رحمه الله : (احتجوا أى القائلين بعدم النقض - بأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل فلم يلزمه الخروج كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام . (٢)

(١) الشرح الكبير للدردير ١/ ١٥٩

(٢) المغنى لابن قدامة ١/ ٢٦٩

وقال الخطيب الشربيني معللًا عدم نقض الوضوء وبطلان الصلاة برؤية الماء
(لأنه شرع في المقصود فكان كما لو وجد المكفر الرقبة بعد الشروع
في الصوم . (١)

كما أيدوا استدلالهم بالاستصحاب بالمعقول أيضا فقالوا :
إِنَّ فِي الْخُرُوجِ مِنَ الصَّلَاةِ لاسْتِعْمَالَ الْمَاءِ ، اِبْطَالًا لِلْعَمَلِ ،
وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى يَقُولُ : (وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ) ^(٢) قال الشافعي
رحمه الله معللا تفريقه بين إبطال التيمم برؤية الماء خارج الصلاة وبين
عدم إبطاله بالرؤية داخل الصلاة (. . . والتيمم والوضوء عملان غير
الصلاة ^(٣) فإذا كانا مضيًا - وهما يجزيان حل للداخل الصلاة ، وكانا

(١) مغنى المحتاج ١٠٢/١

(٢) سورة محمد آية ٣٣

(٣) ذكر الشافعي هذا الكلام ليفرق بين الأعمال التي تغيرت فيها
حال المصلي عن الصفة التي دخل بها في الصلاة ولها تأثير على
الاستمرار في الصلاة بالصفة نفسها ، وبين مسألة من رأى الماء في
أثناء الصلاة ، فمثل للأول بمسألة الأمة التي عتقت بعد مضى
ركعة من صلاتها فأنها لا بد لها من أن تُنقِصَ فيما بقي من صلاتها
وللثانية بمسألة المتيمم الذي دخل بالتيمم في الصلاة ثم رأى الماء
فانه يستمر في صلاته ولا يقطعها ليتوضأ لان في هذا إبطالاً
للعمل وخروجاً من الصلاة بخلاف وجوب القناع على الأمة فليس
فيه خروج من الصلاة بل تتقنع وتقضى ما بقي من صلاتها
انظر الأم ٤٨/١

منقضيين مفروغا منهما ، وكان الداخل مطيعا بدخوله في الصلاة، وكان ما صلى منها مكتوبا له فلم يجز أن يحبط عمله ما كان مكتوبا له فيستأنف وضوءاً، وإنما أحبط الله الأعمال بالشرك (١)

قال ابن قدامة مستدلاً على أن في استعمال الماء وقطع الصلاة إبطالاً للعمل : (ولأنه غير قادر على استعمال الماء ، لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة وهو منهي عن إبطال الصلاة بقوله تعالى : (ولا تبطلوا أعمالكم) (٢) . (٣)

واستدل من قال بأن رؤية الماء في أثناء الصلاة تنقض التيمم وتبطل بالتالي الصلاة بالسنة والقياس .

أولاً : السنة :

أ - بقوله صلى الله عليه وسلم : (إن الصعيد الطيب طهور وإن لم تجد الماء إلى عشر سنين فإذا وجد الماء فأمسسه جلدك) (٤)

-
- (١) الأم ٤٨/١
(٢) سورة محمد الآية ٣٣
(٣) المغنى لابن قدامة ٢٦٩/١
(٤) رواه أبو داود في الطهارة ، باب الجنب يتيم ٢٣٧/١ حديث رقم ٣٣٣ ، والترمذي في الطهارة ، باب التيمم للجنب إذا لم يجد الماء ٢١١-٢١٢ حديث رقم ١٢٤ ، وقال حديث حسن صحيح .
ورواه النسائي في الطهارة ، باب الصلوات بتيمم واحد ١٧١/١ ،
وأحمد في المسند ١٤٦/٥ ، ١٤٧ ، ١٥٥ ، ١٨٠

قال ابن الهمام معلقا على قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث :

(فإذا وجد الماء فأَيَسَّه جلدك) :

(وفي إطلاقه دلالة على نفى تخصيص الناقضية بالوجدان خارج

الصلاة ، كما هو قول الثلاثة رضي الله عنهم) (١)

ب - قوله صلى الله عليه وسلم : (الصعيد الطيب وضوء المسلم .

ولو إلى عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأَيَسَّه جلدك) (٢)

قال ابن قدامة معلقا على هذا الحديث : (دل بمفهومه على

أنه لا يكون - أى التراب - طهورا عند وجود الماء ، ومنطوقه على

إسساس جلدك عند وجوده) (٣)

ومن الواضح أنه لا يتم الاستدلال بهذا الحديث ، إلا إذا اعتبر

قوله صلى الله عليه وسلم : (فإذا وجدت الماء فأَيَسَّه جلدك) على

إطلاقه فهو ينقض التيمم خارج الصلاة أو داخلها ، كما وضحه ابن

الهمام .

(١) شرح فتح القدير ١١٧/١ - ١١٨

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة باب الجنب يتيمم ٢٣٥/١ حديث

رقم ٣٣٢ وأحمد في المسند ١٤٦/٥

(٣) المغنى ٢٦٩/١

ثانيا : استدلو بالقياس فقالوا :

أ - إن الرائي للماء في أثناء الصلاة يشبه الرائي للماء خارج الصلاة
بجامع القدرة على الاستعمال في كل .

قال ابن قدامة : (ولأنه قدر على استعمال الماء فيبطل تيممه

كالخارج من الصلاة) (١)

ب - وقاسوه أيضا على المستحاضة إذا انقطع دمها، بجامع زوال الضرورة
في كل .

قال ابن قدامة رحمه الله : (ولأن التيمم طهارة ضرورة فبطلت

بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها .

يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للتيمم أن يصلى

مع كونه محدثا، لضرورة العجز عن الماء، فإذا وجد الماء زالت الضرورة

فظهر حكم الحدث كالأصل) (٢).

(١) المصدر نفسه ٢٦٩/١

(٢) ابن قدامة ، المغنى ١٦٩/١

المسألة الثالثة :

حكم المتمتع أو القارن الذي يجد الهدى بعد
الشروع في الصوم

اتفق الفقهاء على أن من كان متمتعاً أو قارناً ولم يجد الهدى فإن
عليه صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله، لقوله تعالى:
(فَإِذَا أُمْتُمْ فَتَنُ مَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ
فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ) . الآية (١)

واختلفوا في حد الزمن الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى
إلى الصيام :

فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وغيرهم : أنه إذا شرع في
الصوم فقد انتقل فرضه إلى الصوم، ولا يلزمه الخروج إلا أن يشاء .
ومعنى ذلك : أن المستحب في حقه الرجوع إلى الهدى، ولا يجب عليه
الانتقال من الصوم إلى الهدى . (٢)

(١) البقرة آية ١٩٦

(٢) انظر شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل (دار صادر بيروت)
٣٧٩/٢ ، وشرح أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد
الدردير (دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م)
٣٠٣/١ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٣٦٩/١ ،
والمجموع شرح المذهب لابن زكريا محي الدين بن شرف النووي
١٦٨/٧ - ١٦٩ ومغني المحتاج ٥١٦/١ - ٥١٧ ، وكشاف القناع
للبيهوتي ٤٤٥/٢ والمغني لابن قدامة ٤٨٠/٣ - ٤٨١ والمحلى
لابن حزم على بن محمد بن سعيد (بيروت المكتب التجاري للطباعة
والنشر والتوزيع) ٢٥٥/١ - ٢٥٧

قال ابن رشد ^(١) : (ولو وجد الهدى بعد صوم الثلاثة لم يجب عليه

إلا أن يشاء) (٢)

وقال خليل ^(٣) (ويندب الرجوع له بعد يومين) (٤)

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي القرطبي يكنى بأبي الوليد ، ولد عام ٤٥٥ هـ من أعلام المذهب المالكي ، والمعتمدين فيه ، تفقه على علي بن رزق ، وسمع من الحياتي ، وابن فرح ، وابن أبي العافية ، وتلمذ عليه ابنه أحمد ، والقاضي عياض ، وابن بكر الإشبيلي وغيرهم ، له البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل في الأصول ، والمقدمات في الفقه ، واختصار الكتب المبسوطة مثل تأليف يحيى بن اسحق بن يحيى في الفقه ، وتوفي عام ٥٢٠ هـ انظر ترجمته في الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب - تحقيق محمد الأحمدى - دار التراث للطباعة والنشر بالقاهرة (٢ / ٢٤٨ - ٢٥٠) ، وشجرة النور الزكية لمحمد بن محمد مخلوف (دار الكتاب العربي بيروت لبنان) ص ١٢٩

(٢) حاشية العدوى ٣٠٣/١

(٣) هو خليل بن اسحق بن موسى ضياء الدين الجندی ، فقيه مالكي جليل ولد بمصر وتعلم بالقاهرة وولي الافتاء على مذهب الامام مالك ، له المختصر في الفقه المالكي وهو المشهور بمختصر خليل ، وله التوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب ، توفي عام ٧٧٦ هـ ، انظر ترجمته في الدرر الكامنة ٨٦/٢ ، والديباج المذهب ١ / ٣٥٧ - ٣٥٨ والاعلام ٣٦٤/٢

(٤) مختصر خليل مطبوع مع شرح الخرشي ٣٧٩/٢

ويقيد المالكية الرجوع ندبا إذا وجد الهدى قبل إكمال صوم اليوم الثالث .

قال السدردير : (ويندب له الرجوع للهدى ان أيسر قبل

كمال صوم اليوم الثالث) (١)

قال الصاوى : (وقولنا لا يطالب بالرجوع لا يناقئ أنه لو رجع صح) (٢)

قال الشيرازى فى المذهب : (فإذا دخل فى الصوم ثم وجد الهدى

فالأفضل أن يهدى ولا يلزمه) (٣)

قال النووى : (قال الشافعى والأصحاب : إذا شرع فى صوم التمتع

الثلاثة ، أو السبعة ، ثم وجد الهدى لم يلزمه لكن يستحب له أن يهدى) (٤)

(١) شرح أقرب المسالك ٣٣٣/١

(٢) هو أحمد بن محمد الصاوى الخلوتى ، فقيه مالكى ولد بمصر عام ١١٢٥ هـ وهو من شيوخ المذهب فى عصره له حاشية على أقرب المسالك تسمى ببلغة السالك ، وحاشية على تفسير الجلالين توفى بالمدينة المنورة عام ١٢٤١ هـ ، انظر ترجمته فى شجرة النور الزكية ص ٣٦٤

(٣) حاشية الصاوى على شرح أقرب المسالك ٣٠٣/١

(٤) المذهب مطبوع مع شرحه المجموع للنووى ١٦٨/٧

(٥) المجموع للنووى ١٦٨/٧

وقال البهوتي: (ومتى وجب عليه الصوم - أى المتنع أو القارن -
لعجزه عن الهدى وقت وجوبه فشرع فيه - أى فى الصوم - أو لم يشرع
فيه ثم قدر على الهدى ، لم يلزمه الانتقال عن الصوم إلى الهدى) (١)
أما إذا شاء الرجوع إلى الهدى فله ذلك استحباباً .

قال الخرقى : (ومتى دخل فى الصيام ، ثم قدر على الهدى ، لم
يكن عليه الخروج من الصوم إلى الهدى إلا أن يشاء) (٢)
وذهب أبو حنيفة والمزنى إلى أنه إذا قدر على الهدى قبل يوم
النحر لزمه الهدى .

قال ابن الهمام : (فإذا قدر على الهدى خلال الثلاثة أو بعدها
قبل يوم النحر لزمه الهدى وسقط الصوم) (٣)

(١) كشف القناع ٢/٤٥٤

(٢) مختصر الخرقى مطبوع مع شرحه المفنى لابن قدامة ٣/٤٨٠

(٣) شرح فتح القدير ٣/٤١٨

وسبب الخلاف في هذه المسألة كما قال ابن رشد ^(١) هو : (هل ما

هو شرط في ابتداء العبادة ، شرط في استمرارها ؟) (٢)

فمن رأى أن شرط الابتداء شرط في الاستمرار ، قال بعدم الرجوع

إلى الهدى وعدم إسقاط الصوم استصحابا لحكم الابتداء .

ومن رأى أن شرط الإبتداء ليس شرطا في الاستمرار ، قال بوجوب

الخروج من الصوم إلى الهدى .

الأدلة :

استدل القائلون بعدم وجوب الانتقال إلى الهدى بعد الشرع

في الصوم بما استدل به القائلون بعدم وجوب الوضوء على المتيمم الذي

رأى الماء في أثناء الصلاة ، وذلك لأن هذه المسألة نظير مسألة المتيمم

الذي رأى الماء في أثناء الصلاة .

قال النووي : (والخلاف شبيه بين الشافعي وبينهما - أي المزني

وأبي حنيفة - في رؤية المسافر الماء في أثناء صلاته بالمتيمم) (٣)

وقال ابن رشد (وهذه المسألة نظير مسألة من طلع عليه الماء في

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد المالكي الشهير

بالحفيد ، القرناطي ، يلقب بقاضي الجماعة ، ولد عام ٥٢٠ هـ ،

فقيه وأديب وفيلسوف أخذ العلم عن أبي القاسم بن بشكوال ، وابن

مروان بن سراج ، وأبى بكر بن سحور ، وأخذ الطب عن مروان

بن جرنول ، وتلمذ عليه سهل بن مالك ، وأبو الربيع بن سالم ، له

في الفقه بداية المجتهد ونهاية المقتصد وفي الفلسفة تهافت التهافت

وفي الأصول مختصر المستصفى توفي عام ٥٩٥ هـ ، انظر ترجمته في الديباج

المذهب ٢ / ٢٥٧ - ٢٥٩ ، وشجرة النور الزكية ص ١٤٦ - ١٤٧

(٢) بداية المجتهد ٣٦٩ / ١

(٣) المجموع للنووي ١٦٩ / ٧

الصلاة وهو متيم، (١)

ولهذا استدل القائلون بعدم الانتقال من الصوم إلى الهدى
بالاستصحاب الذي يؤيده القياس والمعقول .

كما استدلوا في مسألة المتيم الذي رأى الماء في أثناء الصلاة
١- أما الاستصحاب : فلأنه حين شرع في الصوم، وكان هو الواجب
في حقه، كان مجزئاً عنه، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمام صومه، ولا
يلزمه الخروج منه إلى الهدى . (٢)

قال البهسوتي مستدلاً على عدم إسقاط الصوم ووجوب الهدى
عليه : (إعتباراً بوقت الوجوب) (٣)

ومعنى هذا أن حكم من وجد الهدى بعد الشروع في الصوم هو
حكمه وقت الوجوب . وذلك لأنه حين شرع في الصوم كان هو الواجب
في حقه فيستصحب هذا الحكم حتى إتمام صومه .

٢- وأما تأييد ذلك بالقياس :

فلأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل فلم يجب عليه
الهدى، قياساً على سائر المسائل التي يوجد فيها المبدل بعد التلبس
بمقصود البدل .

واعتبر ابن قدامة أن الأيام الثلاثة حكمها حكم السبعة بجامع
عدم وجوب الهدى في كل .

(١) بداية المجتهد ٣٦٩/١

(٢) انظر أثر الأدلة المختلف فيها ص ٢١٠

(٣) كشف القناع ٤٥٤/٢

قال : (إنَّه صوم دخل فيه لعدم الهدى ، لم يلزمه الخروج إليه

كصوم السبعة .) (١)

٣ - وأما تأييد ذلك بالمعقول : فلأن في الخروج من الصوم بعد الشروع

فيه والرجوع الى الهدى ابطالا للعمل . (٢)

والله سبحانه وتعالى نهى عن ابطال العمل لقوله تعالى : (وَلَا تَبْطُلُوا

أَعْمَالَكُمْ) (٣)

* استدل الحنفية على وجوب الخروج من الصوم الى الهدى بأنه قد رعى

الأصل قبل وقت انقضاء وجوب الهدى .

وذلك لأن وقت انقضاء وجوب الهدى بالتحلل ، فإذا تحلل

لم يلزمه الرجوع إن وجد الهدى ، وإن لم يتحلل لزمه .

قال ابن الهمام مستدلاً على وجوب الخروج من الصوم الى الهدى

على من وجد الهدى قبل التحلل بقوله (لأنه خلق) وإذا قد رعى الأصل

قبل تأدى الحكم بالخلف بطل الخلق، وإن قدر عليه بعد الحلق قبل

أن يصوم السبعة فمضى أيام الذبح أو بعده لم يلزمه الأصل لأن

التحلل قد حصل بالحلق فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلق كروئية

الماء بعد الصلاة بالتيمم (٤)

(١) انظر ابن قدامة المغنى ٤٨١ / ٣

(٢) انظر تفاصيل هذه الأدلة في أدلة القائلين بعدم نقض التيمم وبطلان الصلاة في المسألة الثانية من هذا الفصل

(٣) سورة محمد آية ٣٣

(٤) شرح فتح القدير ٤١٨ / ٢

المسألة الرابعة :

الهدى على المحصر بعد أو غيره

جمهور العلماء على أن المحصر إذا أحصره عدو من المشركين أو غيرهم
فمنعه من الوصول إلى البيت ولم يجد طريقاً آتياً فله التحلل .

ولكنهم اختلفوا هل عليه هدى أم لا ؟

فذهب المالكية إلى أنه لا يجب عليه هدى، وإن كان معه هدى

نحوه .

وهذا فيمن حصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة، أو حصر عن البيت

قبل الوقوف بعرفة .

أما من حصر عن عرفة بعد الطواف بالبيت فتحكمه التحلل بعمره

والحج من قابل والهدى وجوباً . (١)

قال الدردير : (وإن وقف بعرفة وحصر عن البيت بعد أو مرض

أو حبس ولو بحق، فقد أدرك الحج ولا يحل إلا بالإفاضة ولو بعد

سنتين) (٢)

ثم قال : (وإن حصر عنهما بعد وصد عنهما معاً، أو حبس لا بحق

بل ظلماً، فله التحلل متى شاء . وهو الأفضل . بالنية ولو دخل مكة

أو قاربها) (٣)

(١) انظر تفاصيل هذه المسألة في شرح أقرب المسالك ٣٠٤/١ -

والشرح الكبير ٨٣/٢ وبداية المجتهد ٣٥٥/١

(٢) شرح أقرب المسالك ٣٠٦/٢

(٣) المصدر نفسه ٣٠٦/٢

قال الصاوى : (قوله بالنية : هو المشهور خلافا لمن قال لا يتحلل

الا بنحر الهدى والحلق .) (١)

وزهب أبو حنيفة والشافعى وأحمد وهو قول أكثر أهل العلم الى

أن من أحصر بعد ونحوه فعليه الهدى . (٢)

قال صاحب بداية المبتدى : (٣)

(وإذا أحصر المحرم بعد وأصابه مرض فسنعه من المضى جا زله

التحلل . يقال له : أبعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعته بيوم

بعينه يذبح فيه ثم تحلل) (٤)

(١) حاشية الصاوى ٣٠٦/١ وانظر الشرح الكبير ٨٢/١ - ٨٥

(٢) انظر شرح فتح القدير مع الهداية وشروحها ٥١/٣ - ٥٣ والأم
٢١٨-١٥٩/٢ ومغنى المحتاج ٥٣٢/١ - ٥٣٣ والمغنى لابن
قدامة ٣٥٦/٣ وكشاف القناع ٥٢٥/٢ - ٥٢٦

(٣) هو على بن أبى بكر بن عبد الجليل القرغانسى المرغينانى ، أبو
الحسن برهان الدين ، من أكابر علماء الحنفية، كان حافظا مفسرا
محققا، من تصانيفه بداية المبتدى فى الفقه الحنفى، وشرحه الهداية
وله منتقى الفروع فى الفقه أيضا، واقراءض، توفى عام ٥٩٣ هـ انظر
ترجمته فى الفوائد البهية ص ١٤١ ، والجواهر المضيئة ٢٨٣/١

(٤) بداية المبتدى مطبوع مع الهداية وشروحها ٥٣-٥٧/٣

وقال الشافعي في الأم:

(فنقول من أحصر بمسده حل حيث يحبس، في حل كان أو حرم
ونحر أو ذبح هديا، وأقل ما يذبح شاة) (١)
وقال رحمه الله :

(وحيثما أحصر الرجل قريبا كان أو بعيدا، بعد وحائل مسلم أو كافر
وقد أحرم ذبح شاة وحل) (٢)
وجاء في المنهاج :
(من أحصر تحلل) (٣)
ثم قال :

(ومعنى تحلل ذبح شاة حيث حل) (٤)
وقال البهوتي :

(ومن أحرم فحصره عدو من حج، أو عمرة، عن الوصول إلى البيت
أي الحرم ظلما أو جن أو أغنى عليه ولم يكن له طريق آمن إلى الحج، ولو
بعدت وفات أي : خشى فوات الحج ذبح هديا شاة، أو سبع بدنة، أو سبع
بقرة) (٥)

(١) الأم للشافعي ١٥٩/٢

(٢) المصدر نفسه ٢١٨/٢

(٣) المنهاج للنووي مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج ٥٣٧/١

(٤) انظر المصدر نفسه ٥٩٤/١

(٥) كشف القناع ٥٢٥/٢ ، ٥٢٦ ، وانظر المغنى ٣٥٦/٣

الأدلة :

* الظاهر أن المالكية استدلوا على عدم وجوب الهدى على المحصر
بعد وبالاستصحاب والمعقول .

أما الاستصحاب :

فوجه الاستدلال به : أن الأصل أن لا هدى إلا أن يقوم

الدليل عليه (١)

ومعنى هذا : أن عدم وجوب الهدى يستصحب حتى يقوم الدليل
على وجوبه .

وأما ما كان يوم الحديبية من نحره صلى الله عليه وسلم الهدى وأصحابه
فإنما كان هدًى سبق تطوعاً ابتداءً، ولم يكن هدًى تحلل، وأمره صلى
الله عليه وسلم لأصحابه إنما كان أمر تدب ، وعلى هذا لم يكن الهدى
المذكور فى قوله تعالى : (فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ، فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) (٢)
لأجل الإحصار بعد و، وإذا لم يكن فى فعله صلى الله عليه وسلم وفى الآية
المذكورة دليل على الوجوب، بقى الأمر على ما كان عليه، من عدم وجوب
الهدى .

وأما المعقول :

فقالوا إنه تحلل أبيع من غير تفريط ، فلم يجب فيه الهدى أشبه

من أتم حجه (٣)

(١) ابن رشد ٣٥٦/١

(٢) البقرة آية ١٩٦

(٣) انظر الشرح الكبير ٨٣/٢ ، وبداية المجتهد ٣٥٦/١ ، والمغنى

لابن قدامة ٣٥٦/٣

أى: إنه فى هذه الحال أشبه من تحلل بعد تمام الحج، فلا يجب عليه هدى بالإتفاق .

* واستدل من أوجب الهدى عليه بالكتاب ، والسنة ، والإجماع

أما الكتاب :

فقوله تعالى : (فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) (١)

قال الشافعى فى توجيه الاستدلال بهذه الآية :

(فلم أسمع ممن حفظت من أهل العلم بالتفسير مخالفا من أن هذه الآية نزلت بالحديبية، حين أحصر النبي صلى الله عليه وسلم فحسب حال المشركون بينهم وبين البيت ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بالحديبية وحلق ورجع حلالة، ولم يصل الى البيت) (٢)
وقال ابن رشد : (وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على أن الآية وردت فى المحصر بعد، وأولى أنها عامة لأن الهدى فيها نص) (٣)

وأما السنة :

فقالوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأصحابه فى الحديبية حين أحصروا : (قوموا فانحروا ثم أحلقوا) (٤) فنحر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وحلقوا . (٥)

(١) البقرة آية ١٩٦

(٢) الأم ١٥٨/٢

(٣) ابن رشد ٥٦/١

(٤) جزء من حديث طويل رواه البخارى فى الشروط ، باب الشروط فى الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب ، ٢٣٢/٥ حديث رقم

٢٧٣١-٢٧٣٢ ، واحد فى المسند ٣٣١/٤

(٥) انظر الهداية وشروحها ٣/٥١-٥٣ ، الأم ١٥٨/٢ ، مغنى المحتاج

١/٥٨٢ ، المغنى لابن قدامة ٣/٣٥٦

وأما المعقول :

فقالوا إنه أبيع له التحلل قبل إتمام نسكه فكان عليه الهسدي
كالذي فاتة الحمج وبهذا فارق من أتم حجه (١)

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٦/٣

المسألة الخامسة :

حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل منه

اتفق العلماء على أن ما صاده الكلب المعلم من صيود لم يأكل منها
أنها مباحة . لقوله تعالى : (. . . وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ
تَعَلَّمُونَهَا مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ
. . .) الآية (١)

واختلفوا فيما لو أرسل الكلب المعلم على الصيد فأكل منه هل
يباح الأكل مما أكل منه وما سبقه من صيود أم لا ؟ على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

ذهب المالكية في غير المشهور من مذاهبهم، والشافعي فسي
الأظهر من مذهبه، وأحمد في أصح الروايتين عنه، أنه لا يباح الأكل
مما أكل منه الكلب، ويباح الأكل مما تقدم من الصيود التي صادهما
عندهم قولاً واحداً . (٢)

قال النووي في المنهاج : (ولو ظهر كونه معلماً ثم أكل من لحم
صيد، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر ، فيشترط تعليم جديد) . (٣)

(١) . سورة المائدة آية : ٤

(٢) انظر الأم للإمام الشافعي ٢٢٦/٣ ومغني المحتاج ٢٢٥/٤ ،
وتخريج الفروع على الأصول ص ١٢٤ ، والمغني لابن قدامة ٨/
٥٤٣ - ٥٤٤ وكشاف القناع ٢٤٣/٦ - ٢٤٤ وأثر الأدلة
المختلف فيها ٢٣٥ والخرشي على مختصر خليل ١١/٣
(٣) المنهاج ٢٢٥/٤ ، وانظر الأم ٢٢٦/٣

قال الخطيب الشربيني : (ونبه المصنف بقول (ذلك الهيب على أنه لا ينمطف التحريم على ما صاده قبله ، وهو كذلك خلافا لأبي حنيفة ^(١))

قال ابن قدامة في المغني ، ضمن ذكره لشروط إباحة ما صاده الجارح

(الشرط الخامس : أن لا يأكل من الصيد . فان أكل لم يبيح فسي

أصح الروايتين) (٢)

قال البهوتي : (فان أكل بعد تعليمه لم يحرم ما تقدم من

صنوده) (٣)

المذهب الثاني :-

ذهب أبو حنيفة وصاحباؤه : محمد وأبو يوسف الى أنه لا يؤكل من

-
- (١) مغني المحتاج ٢٧٥/٤
- (٢) المغني لابن قدامة ٥٤٣/٨ ، وانظر كشف القناع ٢٢٤-٢٢٣/٦
- (٣) كشف القناع ٢٢٤-٢٢٣/٦ ، وانظر المغني ٥٤٧٨
- (٤) هو محمد بن الحسن بن فرقد ، الشيباني ، أبو عبد الله ، ولد بواسط بالعراق فقيه أصولي . تتلمذ أولا على أبي حنيفة ولازمه ثم مات أبو حنيفة فلازم أبا يوسف وتفقه عليه ، وسمع من مالك ، والشافعي وعمر بن ذر ، والإوزاعي ، والثوري ، له الجامع الكبير والجامع الصغير في الفقه ، وله كتب غيرها في الفقه والأصول توفي عام ١٨٩ هـ وقيل ١٨٧ هـ انظر ترجمته في الجواهر المضية ٤٣-٤٢/م والفوائد البهية ، ص ١٦٣ ، ووفيات الأعيان ١/ ٥٧٥-٥٧٤
- (٥) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس . . الانصاري ، يكنى بأبي يوسف ، ويلقب بالقاضي ، ولد بالكوفة عام ١١٣ هـ تفقه على أبي حنيفة ولازمه ، وسمع الحديث من أبي اسحق الشيباني ، وسليمان التميمي ، ويحيى بن سعيد الانصاري والاعمش ، له كتاب الخراج ، وكتاب الجوامع ذكر فيه اختلاف الناس بالرأي ، توفي عام ١٨٢ هـ - وقيل ١٨١ هـ انظر ترجمته في الجواهر المضية ٢٢٠/٢-٢٢٢ ، والفوائد البهية ص ٢٢٥ ، ووفيات الأعيان ٤٠٠/٢ - ٤٠٦

الصيد التي أكل منها الكلب ، وما سبقه من صيود غير محرزة ظفر بها
في فلاة ونحوها قولاً واحداً .

أما الصيد المحرزة في بيته ، مما صاده الجاح قبل الأكل ، فقال
الصاحبان يحلها ، وقال أبو حنيفة بحرمتها (١)

جاء في بداية المبتدى : (فإن أكل منه الكلب - أى من الصيد -
أو الفهد لم يؤكل) (٢)

وجاء أيضاً في شأن الصيد التي أكل منها : (ولو أنه صاد صيوداً
ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لم يؤكل هذا الصيد) (٣)

أما الصيد التي سبقت الأكل فقد جاء في حكمها ما يلي :-
(وأما الصيد التي أخذها من قبل : فما أكل منها ، لا تظهر فيه الحرمة
لانهاء المحلية وما ليس بمحرز من المغازة ، بأن لم يظفر صاحبه به بعد ،
فتثبت فيه الحرمة بالاتفاق .

وما هو محرزة ففسد بيته يحرم عنده . - أى عند أبي حنيفة - خلافاً
لها - أى للصاحبين -) (٤)

(١) انظر الهداية وشروحها ، ٤٧/٩ وحاشية ابن عابد بن ٦/٤٦٢
وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٢٣٥

(٢) بداية المبتدى ٤٩/٩

(٣) المصدر نفسه ٤٩/٩

(٤) المصدر نفسه ٤٩/٩ وانظر حاشية ابن عابد بن ٦/٢٦٢

المذهب الثالث :

ذهب مالك وهو المشهور من مذهبه، والشافعي في القول الثاني له، وأحمد في الرواية الثانية له، إلى حل جميع ما صاده الكلب المعلم مما أكل منه وما سبقه من صيود . (١)

قال سحنون^(٢) في المدونة : (قلت رأيت إن أرسل كلبه فأخذ الصيد، فأكل منه أكره، أو أكله، فأصاب منه بقيته أياكله في قول مالك أم لا ؟

قال مالك : يأكله ما لم يبت . (٣)

وقال : (قلت رأيت الكلب إذا كان كما أرسله على صيد أخذه فأكل منه ، أو جعل يأكل ما أخذ ، أهو معلم في قول مالك ؟ قال : نعم) . (٤)

(١) انظر المدونة ٢/٥٢-٥٣ ، والشرح الكبير ٢/٩٣ ، والخرشي ٣/١١ ومغنى المحتاج ٤/٢٧٥ والمغنى لابن قدامة ٨/٥٤٣

(٢) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب السنوني ، الملقب بسحنون، ولد عام ١٦٠ هـ قاضي وفقه انتهت اليه رئاسة العلم في المغرب له المدونة في فقه الامام مالك، أخذ مسائلها رواية عن ابن القاسم عن مالك توفي عام ٢٤٠ هـ انظر شجرة النور الزكية ص ٦٩ - ٧٠ والأعلام ٤/١٢٩

(٣) المدونة ٢/٥٢-٥٣ ، والمقصود أن الصيد إذا أكل منه الكلب فلم يجده إلا في الغد فانه لا يأكله . قال ابن القاسم تعليقا على مسألة البيان عند ما سئل عن سبب قول مالك بهذا قال : (لم أر لمالك ههنا حجة أكثر من أنها السنة) انظر المصدر نفسه والصفحة نفسها .

(٤) المصدر نفسه ٢/٥٣

ويدل ظاهر هذا الكلام على أن ما صاده الكلب قبل هذا الصيد
الذى يأكل منه لا يحرم من باب أولى قال خليل عند ذكره للعقار
الذى تتم به الذكاة : (وَجَرُ مُسْلِمٍ وَحَشِيًّا وَإِنْ تَأَنَسَّ، عِجَزًا إِلَّا بِعَسَرِ .
لَا تَعَمَّ شَرْدٌ ، أَوْ تَرَدَّى بِكُوَّةٍ بِسِلَاحٍ مُحَدَّدٍ ، أَوْ حَيَوَانٌ عَلَّمَ بِإِرْسَالِ مَنْ
يَدُهُ عَمَلًا ظَهَرَ تَرْكُهُ ، وَلَوْ تَعَدَّدَ مَصِيدُهُ أَوْ نَوَى الْجَمِيعَ ، (أَوْ أَكَلَ) (١)

قال الخرشي - شارحا لقول خليل - (أَوْ أَكَلَ) - والمعنى أن
الجراح إذا أرسله صاحبه على الصيد فأكل منه فإن ذلك لا يضر
ويؤكل على المشهور (٢)

وقال الدرديري في شرح قوله (أَوْ أَكَلَ) : (أَوْ وَلَوْ أَكَلَ الْجَارِحُ شَيْئًا
مِنَ الصَّيْدِ وَلَوْ جُلَّهُ) (٣)

الأدلة :

١ - استدل أصحاب المذهب الأول على قولهم بحل الأكل مما تقدم من
الصيد بالاستصحاب .

فقالوا : إن الأصل حل ما صاده الكلب المعلم ، فيستصحب
هذا الحكم في جميع الصيد التي صاده قبل الأكل

(١) مختصر خليل مع شرحه الخرشي ، ١١/٣

(٢) الخرشي على مختصر خليل ١١/٣

(٣) الشرح المبهر ٩٣/٢

وذلك لأنه حين صادها، كان حل صيده ثابتا يقينا، لكونه معلما فلا
يندفع هذا اليقين فيحكم بحرمة ما صاده إلا بدليل، ولا دليل على حرمة
فيستصحب حكم اليقين في جميع صيوده التي صادها قبل الأكل، ويبقى
الحل باقيا على ما كان عليه (١)

قال الزنجاني : (إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة
واحدة، لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا ، ولم يحرم مـ
مضى من فريسته قولا واحدا، استصحابا للحل الثابت قبل الأكل ، فإنه ثابت
يقينا) (٢)

قال ابن قدامة في تعليل إباحة ما صاده قبل الأكل : (ولأن
اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ولهذا حكم بحل صيده
فإذا وجد الأكل : احتمال أن يكون لنسيان، أو لفرط جوع، أو نسي
التعليم ، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال) . (٣)
ومعنى هذا : أن ما صاده قبل الأكل يبقى على ما كان عليه
من الحل ، ووجود الأكل لا ينقضي عنه كونه معلما ، فلا يتعدى التحريم
ما أكل منه إلى صيوده السابقة .

(١) انظر، تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٤ ، والمغنى لابن قدامة
٥٤٤/٨ ، وكشاف القناع ٢٢٣/٦ ، وحاشية الروض المربع لعبد
الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي (المطابع الأهلية للأوفست
باليضا) ط ١ ، ١٣٩١ هـ ٤٦٠/٧

(٢) الزنجاني ص ١٧٤

(٣) المغنى لابن قدامة ٥٤٤/٧ وانظر كشاف القناع ٢٢٣/٦-٢٢٤

وذكر ابن قدامة استسداً لآخراً يشبه الاستسداً لال باستصحاب
العموم . قال رحمه الله : (واحتج من قال باباحته بعموم الآية والأخبار
وإنما خص من هذا العموم ما أكل منه ، ففيماء عداه فيبقى فيه على عمومه) (١)
وذلك لأن قوله تعالى : (فَكُلُوا مِمَّا امْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) (٢) وما ورد من
الأحاديث في الأكل من الصيد التي أمسكها الجارح المعلوم ، عام في
جميع الصيد التي صادها ، ولم يخص الشارع من هذا العموم إلا
الصيد التي أكل منها الجارح .

أما عدا هذه الصيد فيبقى على أصله من الحل استصحاباً لهذا
العموم .

* واستدلوا على قولهم بعدم إباحة الصيد التي أكل منها بالسنة :
وذلك لما جاء عن عدي بن حاتم رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال : (إذا أرسلت كلابك المعلمة ، وذكرت اسم الله
عليها ، فكل مما أمسكت عليك وإن قتلت إلا أن يأكل الكلب ، فإن
أكل فلا تأكل ، فاني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه) (٣)

(١) المغنى ٥٤٤/٨ ، وانظر كشف القناع ٢٢٣/٦-٢٢٤

(٢) سورة المائدة آية ٤

(٣) متفق عليه رواه مسلم ، بهذا اللفظ في كتاب الصيد ، باب الصيد
بالكلاب المعلمة ١٥٢٩/٣ ، حديث رقم ١٩٢٩ ، والبخاري ،
في كتاب الذبائح والصيد ، باب صيد المعراض ٦٠٣/٩ ،
حديث رقم ٤٥٧٦ ، ٥٤٧٧ ، وفي باب إذا أكل الكلب
٦٠٩/٩ ، حديث رقم ٥٤٨٣ ، وباب إذا وجد مع الصيد كلباً آخر
٦١٢/٩ ، حديث رقم ٤٥٨٦ ، ورواه أبو داود في الصيد ، باب
الصيد ٢٦٨/٣-٢٦٩ ، حديث رقم ٢٨٤٧ ، ٢٨٤٨ ، ورواه أيضاً
الترمذي في الصيد ، والنسائي في الصيد ، ومالك في الموطأ
في الصيد .

ففي هذا الحديث دلالة واضحة على حرمة الأكل من الصيد التي
أكل منها الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم : (فان أكل فلا تأكل
.. الحديث)

٢- واستدل أصحاب المذهب الثاني وهم القائلون بحرمة الصيد التي سبقت
الأكل وما أكل منه بما يلي :
أولا : بالنسبة لعدم إباحة الأكل من الفريسة التي أكل منها : بحديث
عدي المتقدم .

ثانيا : بالنسبة للصيد السابقة للأكل :
احتج أبو حنيفة على حرمة الصيد المحرزة وغيرها : بأن الأكل من
الصيد دليل على جهله من الإبتداء لأن علمه أمر خفي لا يطلع عليه
أحد فيعتبر السبب الظاهر المظهر له ، وهو الامتناع عن الأكل ،
وبالإقدام على الأكل أظهر ضد العلم وهو الجهل . لأن الأكل
هو السبب الظاهر المظهر للجهل ، ولأن الحرفة لا ينسى أصلها
فبالأكل ثبت أنه كان يترك الأكل للشبع لا للعلم ، وصيد الجاهل لا يؤكل (١)
واحتج الصاحبان على حل صيودة المحرزة السابقة للأكل وعلى
حرمة صيوده غير المحرزة بما يأتي :

إن الأكل لا يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ، وما
أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ، لأن
المقصود قد حصل بالإحراز .

(١) انظر الهداية وشروحها ٥٠/٩ - ٥١ ، والزنجاني ص ١٧٤

بخلاف غير المحرز، لأنه ما حصل به المقصود من كل وجهه، ببقاءه
صيداً من وجهه، ولعدم الاحراز، فحرمتها احتياطاً (١)

٣- واستدل الامام مالك ومن وافقه على رابحة جميع صيوده السابقة
للأكل والتي أكل منها، بالكتاب، وقول الصحابي .
أولاً الكتاب :

يقوله تعالى: (فَكُلُوا مِمَّا أَسْكَنْ عَلَيْكُمْ)
فقاله: هو عام في جميع الصيد التي أكل منها والتي لم يأكل منها

ثانياً : قول الصحابي :

١- وذلك لما جاء في الموطأ عن مالك أنه سمع نافعاً يقول :
(قال عبد الله بن عمر : وإن أكل وإن لم يأكل) (٣)

(١) الهداية ٩/٥٠-٥١

(٢) هو نافع مولى عبد الله بن عمر ، أبو عبد الله د يلقى الأصل مجهول
النسب ، من أئمة التابعين وفقائهم كثير الرواية للحديث ، يروى عن
مولاه : عبد الله بن عمر ، وهو ثقة لا يعرف له خطأ روى عنه
مالك وغيره توفي عام ١١٢ هـ انظر ترجمته في وقفيات الاعيان
٣٦٧/٥ - ٣٦٨ ، والاعلام ٣١٩/٨

(٣) الموطأ ، باب ما جاء في صيد المملكات ص ٣٠٥ حديث رقم ٦

ب- وما جاء في الموطأ قال : (حدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول في الكلب المعلم : (كل ما أمسك عليك وإن قتل وإن لم يقتل) (١)

ج- وما جاء فيه أيضا قال : (وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد : كل وإن لم يبق إلا بضعة واحدة) (٢)

فهذه الآثار الثلاثة تدل على أن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته لا يحرم هذا الأكل بقية الفريسة بل هي مباحة ، وإن بقيت منها بضعة واحدة .

(١) الموطأ باب ما جاء في صيد المعلمات ص ٣٠٥ ، حديث رقم ٥

(٢) الموطأ باب ما جاء في صيد المعلمات ص ٣٠٥ ، حديث رقم ٧

المسألة السادسة :

صفة الطلاق الواقع بالإيلاء

اختلف العلماء في صفة الطلاق الذي يقع بالإيلاء أهو رجعي

أم بائن؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم

إلى أن طلاقه يقع رجعياً، سواء أوقعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم . (١)

جاء في مختصر خليل : (وطلق إن قال لا أطأ بلا تلوم) (٢)

وقال الخرشي شارحاً لهذا : (يعني أن المولى إذا طلبت

منه زوجته الحرية المطيقة للوطء الغيئة - وهي الوطء - أو طلب

منه السيد بعد أجل الإيلاء فقال عند ذلك : لا أني - أي امتنع عن

الوطء ومن الطلاق فإن الحاكم يوقع عليه طلاقاً يملك المولى فيها الرجعة

من غير تلوم) (٣)

جاء في شرح أقرب المسالك : (وتصح رجعته أي المولى بعد

أن طلق عليه الحاكم ما دامت في العدة) (٤)

(١) انظر الخرشي ٩٨/٤ وأقرب المسالك وشرحه ٤٨٣/١ ، وبداية

المجتهد ١٠٢/٢ والأمام ٢٧٣/٥ وتكملة المجموع ٩٢/١٦ ،

والمغنى لابن قدامة ٣٣١/٧ وكشاف القناع ٣٦٢/٥

(٢) مختصر خليل مطبوع مع الخرشي ٩٨/٤

(٣) الخرشي ٩٨/٤

(٤) شرح أقرب المسالك ٤٨٣/١ ، وانظر الخرشي ١٠٠/٤

وجاء في الأم : (وإذا أوقف المولى فطلق واحدة أو امتنع مسن
الغنى بلا عذر فطلق عليه الحاكم واحدة ، فالتطبيقه تطليقة يملك
فيها الزوج الرجعة في العدة .) (١)

وجاء في المذهب في شأن تطليق الحاكم على الشخص الذي لم
يقىء وإنه يكون رجعياً : (وعلى هذا يطلق عليه طلاقاً ، وتكون رجعية) (٢)
وجاء في المغنى : (الطلاق الواجب على المولى رجعى سواء
أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه ، وبهذا قال الشافعى .
قال الأثرم^(٣) قلت لأبي عبد الله في المولى : فان طلقها ، قال :
تكون واحدة وهو أحق بها .) (٤)

(١) الأم ٢٧٤/٥ وانظر مغنى المحتاج ٣/٣٤٩-٣٥١

(٢) المذهب مطبوع مع شرحه تكملة المجموع ١٦/٩٣٩٢ وانظر
مغنى المحتاج ٣/٤٤٩ - ٤٥١

(٣) هو أحمد بن محمد بن هانىء الطائى أبو بكر الأثرم ، حافظ امام
أخذ العلم عن حرمى بن حفص ، وعفان بن مسلم ، نقل عن
أحمد مسائل كثيرة ، روى عنه موسى بن هارون ، ومحمد بن جعفر
الراشدى ، وعمر بن محمد الجوهري ويحيى بن محمد صاعد وغيرهم
له العلل في الحديث ومسائل أحمد بن حنبل توفي عام ٥٢٦هـ ،
انظر طبقات الحنابلة ١/٦٦ - ١٧٤ وتاريخ بغداد ٥/١١٠ -

١١٢

(٤) المغنى لابن قدامة . ٣٣/٧

قال البهوتي : (فإن طلق المدخول بها واحدة فله رجعتها ما دامت في العدة سواء أوقعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم .) (١)

المذهب الثاني :

ذهب أبو حنيفة، وأبو ثور وأحمد في الرواية المرجوحة عنه إلى أن طلاقه يقع بائنا . (٢)

جاء في بداية المبتدئ في شأن المولى : (فإن لم يعتد بها حتى مضت أربعة بانت منه بتطبيقه .) (٣)

الأدلة :

* استدل القائلون بأن الطلاق يقع رجعيا بالاستصحاب :-

وذلك لأن الأصل في الطلاق إذا وقع على مدخول بها ، ولم يكن بعوض ، وكان دون الثلاثة ، ولم يدل دليل على أنه بائن فإنه يقع رجعيا . فيستصحب هذا الحكم في الطلاق الواقع بالايلاء ، إذ لا دليل يدل على أنه بائن ، فيقع رجعيا . (٤)

قال الشيرازي : (لأنه طلاق صارف مدخولا بها من غير عوض ولا

استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الإيلاء .) (٥)

(١) كشف القناع ٣٦٧/٥

(٢) انظر الهداية وشروحها ٤٣/٤ والمغني ٣٣١/٧ ، وبداية المجتهد ١٠٢/٢ وتكملة المجموع ٩٢/١٦ - ٩٤

(٣) بداية المبتدئ ٤٣/٦

(٤) انظر المذهب مع شرحه تكملة المجموع ٩٢/١٦ - ٣٥ والمغني ٣٣١/٧ وكشف القناع ٣٦٧/٥ وبداية المجتهد ١٠٢/٢

(٥) المذهب ٩٢/١٦ وانظر تكملة المجموع ٩٢/١٦ - ٩٥ والمغني ٣٣١/٧ وكشف القناع ٣٦٧/٥

وقال ابن رشد مستدلا على وقوعه رجعيا : (لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع فإنه يحمل على أنه رجعي ، إلى أن يدل الدليل على أنه بائن) (١)

✳ واستدل الحنفية ومن وافقهم على مذهبهم بالسنة والقياس والمعقول.

أولا : السنة :

وذلك لما روى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالوا (إذا آل فلم يفى حتى تمضي الأربعة الأشهر فهي تطليقة بائنة) (٢)

كما أنهم قالوا إن هذا القول مأثور عن جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وغيرهم فإنهم كلهم كانوا يقولون : إن طلاق المولى يقع رجعيا .

والظاهر أنهم اعتبروا قول الصحابة هنا في حكم المرفوع لأن مثل هذا الحكم لا مجال للاجتهاد فيه ، فيكون في حكم المرفوع .

ثانيا : القياس :

قاسوا فرقة الإيلاء على فرقة العنة بجامع أن كل منهما فرقة لرفع الضرر لفقد الوطء .

قال أبو ثور : (لأنها فرقة لرفع الضرر لفقد الوطء فكان بائنا كفرقة العنة) (٣)

(١) بداية المجتهد ١٠٢/٢

(٢) أخرجه عبد الله بن محمد بن أبي شيبة في مصنفه - تحقيق عامر العمري الأعظمي (الدار السلفية بالهند) كتاب الطلاق ما قالوا الرجل يولي من امراته فتضي أربعة أشهر ١٢٨/٥ وقال رجاله أخرج لهم الشيخان (رجال الصحيح)

(٣) المغنى لابن قدامة ٣٣١/٧

ثالثا : المعقول :

وقالوا: إنه بإيلائه منها ظلمها حقها، فجازاء الشارع بزوال نعمته

النكاح عند مضي المدة .

والرجعى لا يفيد هذا ؛ لأنه بسبيل أن يرد ها الى عصته ويعيد

الايلاء، فتعين البائن لتملك نفسها، وتزول سلطته عليها، جزاءً لظلمه .

وقالوا أيضا : لأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها

فبقى الضرر . (١)

(١) انظر الهداية وشروحها ٤٣/٤ ، والمغنى لابن قدامة ٣٣١/٧

المسألة السابعة :

الصلح على الإنكار أو السكوت

أجمع المسلمون على جواز الصلح بين المتخاصمين في الأموال وغيرها في الجملة ^(١) لقوله تعالى : (وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ) (٢)

ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين ، إلا

صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً) (٣)

واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار واختلفوا في جوازه على الإنكار

أو السكوت على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز الصلح على الإنكار أو السكوت

قولا واحداً (٤)

قال الشافعي :

(وإذا ادعى الرجل على الرجل الدعوى في العبد أو غيره ، أو ادعى

عليه خيانة عمداً أو خطأ ، فصالحه مما ادعاه من هذا كله ، أو في

بعضه على شيء قبضه منه

(١) الصلح يتنوع أنواعاً منها صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، و صلح بين المتخاصمين في الأموال وهذا موضوع البحث .

(٢) النساء آية ١٢٨

(٣) رواه الترمذي في كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ٦٣٤/٣ - ٦٣٥ حديث

رقم ١٣٥٢ وقال حديث حسن صحيح وأبو داود في الأقضية

باب في الصلح ١٩/٤ - ٢٠ حديث رقم ٢٥٩٤

(٤) انظر الام ٢٢١/٣ ، مغني المحتاج ١٧٩/٢ - ١٨٠ تكلمة المجموع

٣٩٢/١٢ ، والزنجاني ١٧٣ - ١٧٤

فان كان الصلح . والمدعى عليه يقر فالصلح جائز بما يجوز به
البيع، كان الصلح نقداً أو نسيئة .
واذا كان المدعى عليه ينكر، فالصلح باطل، وهما على أصل حقهما
ويرجع المدعى على دعواه، والمعطى بما أعطى . (١)

قال النووي بعد أن ذكر النوع الأول من أنواع الصلح بين المتداعين
وهو الصلح على الإقرار

(الثنائي: الصلح على الإنكار، فيبطل، إن جرى على نفس المدعى) (٢)

وقال الخطيب الشربيني شارحاً لقول النووي : (النوع الثاني الصلح
على الإنكار أو السكوت من المدعى عليه، كأن ادعى عليه شيئاً فأنكسر
أو سكته ثم صالح عنه، وقال في تفسير قول النووي : (على نفس المدعى)
كأن يدعى عليه داراً فيصالحه عليها، بأن يجعلها للمدعى، أو للمدعى
عليه كما يصدق بذلك عبارة المصنف . وكلا الصورتين باطل .) (٣)

المذهب الثاني :

ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى جواز الصلح على الإقرار والسكوت
والإنكار . (٤)

(١) الأم ٢٢١/٣ وانظر المذهب وشرحه تكملة المجموع ٣٩٢/١٢

(٢) المنهاج ١٧٩/٢ - ١٨٠

(٣) مغنى المحتاج ١٨٠/٢

(٤) انظر الهداية وشروحها ٣٧٦/٧ ، المدونة ٣٧٤/٤ شرح
أقرب المسالك ١٤٦/٢ ، والخرشي ٤/٦ والمغنى ٥٢٧/٤

جاء في بداية المبتدى (الصلح على ضرب : صلح مع إقرار و صلح مع سكوت . وهو : أن لا يقر المدعى عليه، ولا ينكر، و صلح مع انكار و كل ذلك جائز) (١)

وجاء في المدونة في الصلح على الإقرار (قلت : رأيت ، إن ادعيت على رجل مائة درهم ، فصالحته من ذلك على خمسين درهما ، إلى شهر ، قال : لا بأس بذلك إذا كان الذي عليه الحق مقرا .) (٢)

وجاء في الصلح على الإنكار : (قلت رأيت ، إن كان المدعى قبله ينكر ، والمسألة بحالها .)

قال : لم أسمع من مالك في الإنكار شيئا ، إلا أنه مثل الإقرار لأن الذي يدعى ، إن كان يعلم أنه يدعى الحق ، فلا بأس أن يأخذ من مائة درهم خمسين درهما ، إلى أجل .

وإن أخذ من المائة درهم عروضاً إلى أجل ، أو دنائير إلى أجل وهو يعلم أن الذي يدعى حق ، فلا يصلح ذلك لأنه لا يصلح أن يفسخ درهم في عروض إلى أجل ، أو دنائير إلى أجل .
وإن كان الذي يدعى باطلاً ، فلا يصلح أن يأخذ منه قليلاً ولا كثيراً .^(٣)

(١) بداية المبتدى ٣٧٦/٧ وانظر بدائع الصنائع ٤٠/٦

(٢) المدونة ٣٦٤/٤ ج ١١ ٣٦٤

(٣) المدونة ٣٦٤/٤

- وجاء في شرح أقرب المسالك : (الصلح جائز على اقرار أو إنكار
أو سكوت إن لم يؤد إلى محرم) (١)
قال صاحب الروض المربع : (ومن ادعى عليه بعين أو دين فسكت
أو أنكر وهو يجهله أي : يجهل ما ادعى به عليه ثم صالح عنه بمال حال
أو مؤجل صح الصلح .) (٢)
قال ابن قدامة : (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعى
حق يعلمه المدعى عليه ، فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه
فجده ، فالصلح باطل) (٣)
قال ابن قدامة : (وجملته ذلك ان الصلح على الإنكار صحيح) (٤)
والمقصود عند المجوزين للصلح على الإنكار : ظاهر الحال ، لا
الباطن ، لأن المدعى قد يكون كاذباً في دعواه ، فيتم الصلح فهنا يكون
الصلح صحيحاً ظاهراً ، باطلاً باطناً .
ويوضح هذا ما جاء في الخرشي في شرحه قال : (وكذا يجوز
الصلح على الإنكار باعتبار عقد ، وأما في باطن الأمر فإن كان الصادق
المنكر ، فالمأخوذ منه حرام ، وإلا فحلل) (٥)

(١) شرح أقرب المسالك ١٤٦/٢ ، وانظر الخرشي ٤/٦

(٢) الروض المربع مع حاشية عبد الرحمن بن قاسم عليه ١٤٢/٥

(٣) مختصر الخرقى ٥٢٧/٤

(٤) المغنى ٥٢٧/٤

(٥) الخرشي ٤/٦

وما قاله ابن قدامة شارحا لقول الخرقي : (فإن كان يعلم ما عليه
فجده فالصلح باطل . . .) يعني في الحقيقة ، وأما الظاهر لنا فهو
الصحة ، لأننا لا نعلم بباطن الحال ، وإنما ينبني الأمر على الظواهر
والظاهر في السلم السلامة . (١)

الأدلة :

١- استدلال الشافعية على مذهبهم في عدم صحة الصلح على الإنكار
أو السكوت بالاستصحاب وأيدوا استدلالهم هذا بعمومات من الكتاب
والسنة ، والقياس .

أولا : الاستصحاب :

ووجه الاستدلال بالاستصحاب : أن الله تعالى خلق الذم بريئة
عن جميع الحقوق فلا تشغل ، إلا بدليل يدل على شغلها .
والمنكر للدعوى أو الساكت ذمته بريئة ، ولم يقدّم دليل على شغلها
بالدعوى به ، فلا يصح الصلح على شيء . هو برىء منه ، بل يبطّل
الصلح استصحابا لأصل براءة الذمة .
وذلك لأنّ التمسك بأصل براءة الذمة كما يدفع الدعوى عن
المدعى ، يتعدى إلى المدعى في إبطال دعواه ، فيصير كأن المدعى عليه
أقام بينة على أن ذمته فارغة عن حق الغير ، فما لم يقدّم المدعى بينة
على دعواه ، لم يثبت على المدعى عليه شيء . المدعى به . (٢)

(١) المغنى لابن قدامة ٤/ ٥٢٧

(٢) انظر الزنجاني ص ١٧٣-١٧٤ ، والتلويح على التوضيح ٣/ ٣٧ ،
وكشف الأسرار ٣/ ٣٧٨ ، وانظر تيسير التحرير ٤/ ١٢٨

قال الزنجاني :

(إن الصلح على الإنكار باطل عند الشافعي رضي الله عنه
لأن الله تعالى خلق الذم بريئة عن الحقوق، فثبتت براءة ذمة المنكسر
بخلق الله تعالى، ولم يقم الدليل على شغل ذمته، فلا يجوز شغلها
بالدين فلا يصح الصلح. (١)

وبناءً على استصحاب براءة الذمة وعدم شغلها بالمدعى به فإن
الصلح على الإنكار أو السكوت يكون من أكل الأموال بالباطل والله سبحانه
وتعالى ينهى عن أكل أموال الناس بالباطل .

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ . . . الآية) (٢)

جاء في تكملة المجموع الصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل
لأن من ادعى على غيره داراً في يد، فأنكر ذلك المدعى عليه ثم
صالحه عليها بعوض، فقد ابتاع ماله بماله وهذا لا يجوز (٣)

ومما يؤيد عدم صحة الصلح على الإنكار أو السكوت أنه يحرم الحلال
ويحل الحرام، وبهذا يكون من الصلح المنهى عنه، لقوله صلى الله عليه
وسلم (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً)^(٤)

(١) الزنجاني ص ١٧٣-١٧٤، وانظر التلويح على التوضيح ٣٧/٣

(٢) النساء آية ٢٩

(٣) تكملة المجموع ٣٩٣/١٢

(٤) تقدم تخريجه انظر ص ٢٥٥ من هذه الرسالة

فقالوا : (وهذا المدعى لا يخلو إما أن يكون صادقا ، أو كاذبا ،
فإن كان كاذبا : فهذا الصلح الذى يصلح به يحل له ما هو حرام عليه .
وإن كان صادقا : فإنه يستحق جميع ما يدعيه . فإذا أخذ بعضه
بالصلح ، فالصلح حرم عليه الباقي الذى كان حلالا ، فوجب أن لا
يجوز) (١)

كما أيدوا ذلك بالقياس فقالوا :

١- إن الصلح لا يجوز فى حق المدعى قياسا على من باع مالا غيره .
ولا يجوز فى حق المدعى عليه قياسا على من ابتاع مالا نفسه من وكيله .
قال الشيرازى مستدلا على عدم صحة الصلح على الإنكار : (لأن
المدعى اعتاض عملا يملكه ، فصار كمن باع مالا غيره .
والمدعى عليه عساوؤا على ملكه ، فصار كمن ابتاع مالا نفسه من وكيله) (٢)

٢- إن الصلح على الإنكار أو السكوت ، يشبه الصلح على الإنكار فى الخلع
والكتابة ، فكما لا يجوز الصلح مع الإنكار فيهما كذلك لا يجوز فى الصلح
على الإنكار هنا .

قال الخطيب الشربيني : (وإنما امتنع الصلح على غير اقرار خلافا للأئمة
الثلاثة ، قياسا على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شىء) (٣)

(١) تكملة المجموع ٩٣/١٢ - ٩٤ وانظر مغنى المحتاج ١٧٩/٢ - ١٨٠

(٢) المهذب مطبوع مع شرح تكملة المجموع عليه ٣٩٢/١٢

(٣) مغنى المحتاج ١٨٠/٢

واستدل الذين قالوا بجواز الصلح على الإنكار أو السكوت
بالكتاب ، والسنة ، والمعقول .
أما الكتاب :

فقوله تعالى : (وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) (١)

فقالوا: (وصف الله تعالى جنس الصلح بالخير، ومعلوم أن الباطل
لا يوصف بالخير، فكان كل الصلح مشروعا بظاهر هذا النص إلا ما خص
بدليل (٠) (٢)

أما السنة فمتنها :

* ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالاً ،
أو أحل حراماً) (٣)

ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : (أحل حراماً) أى : لعينه
كالخمر ولحم الخنزير أو صالحه على استرقاق ، أو إحلال بضع محرم
ومعنى قوله : (أو حرم حلالاً) أى : كأن صالحه على أن لا
يطأ الضرة (٤)

(١) النساء آية ١٢٨

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للإمام علاء الدين أبى بكر بن
سعود الكاسانى (دار الكتاب العربى بيروت ط / ٢ ، ١٣٩٤ -

١٩٧٤ م) ٤٠ / ٦

(٣) رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح تقدم تخريجه ص ٥٥٥
من هذه الرسالة

(٤) انظر الهداية وشروحها ٣٢٩ / ٧ ، والمغنى لابن قدامة ٥٢٨ / ٣ ،
وشرح أقرب المسالك ١٤٦ / ٢ ، وحاشية الروض المربع ١٤٢ / ٥

أما المعقول : فقالوا :

إن هذا الصلح صلح بعد دعوى صحيحة ، فيقضى بجوازه ؛ لأن
المدعى يأخذ المصالح عليه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع .
والمدعى عليه يدفعه لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً
إن المال وقاية الأنفس .

وعلى فرض أنه رشوة ، فإن الرشوة لرفع الظلم أمرٌ جائز شرعاً
وتكون العقوبة على الآخذ لا الدافع . (١)

وهذه المسألة خالف فيها الشافعية المالكية والحنابلة مع أنهم
يقولون بالاستصحاب : للأدلة التي استدلو بها على جواز الصلح على
الإنكار أو السكوت ، وهذه الأدلة صالحة لتغيير حكم الاستصحاب عندهم
وذلك لأن القيد الذي يجعل الاحتجاج بالاستصحاب جائزاً
عدم وجود المغير فحيث وجد لم يجز الاحتجاج بالاستصحاب .

وهذا المغير موجود في هذه المسألة ، وهي الأدلة التي استدلو
بها على جواز الصلح على الإنكار أو السكوت .

أما الشافعية : فإنهم لم يروا أن هذه الأدلة صالحة لتغيير حكم
الاستصحاب ، بناءً على أن هذه الأدلة خارجة عن محل النزاع .

كما أيدوا مذهبهم بأدلة من الكتاب والسنة والقياس ، فلذلك قالوا
بعدم جواز الصلح على الإنكار أو السكوت ، واستصحاباً لبراءة الذمة .

(١) انظر الهداية وشروحها ٢٨٩/٧ ، والمغنى لابن قدامة ٢٥٨/٤

وبداية المجتهد ٢٩٤/٢

أما الحنفية : فبالإضافة الى أدلتهم المذكورة ، مع أدلة المالكية والحنابلة ، فلم يعتبروا الاستصحاب صالحا للاستدلال في هذه المسألة محل النزاع ؛ لأن الاستصحاب عندهم لا يصلح للإثبات ، بل يصلح للدفع فقط ولذلك صح الصلح على الإنكار عندهم .
قال صاحب تيسير التحرير (وصح الصلح على الإنكار عندهم أى : الحنفية ؛ لأن الاستصحاب لا يطلع حجة للإثبات ، فلا تثبت براءة ذمة المدعى عليه بالاستصحاب) (١)

وذلك لأن البراءة عندهم دافعة للدعوى فقط ، وليست بحجة على المدعى .
قال البخاري : (ونحن جعلنا البراءة دافعة للدعوى ، ولم نجعلها حجة على المدعى بل صار دعوى المدعى : إلى أن المدعى حقي . وملكي . معارضا لإنكار المنكر على السواء ، فإنه خير محتمل أيضا ، فكما لا يكون خبر المدعى حجة على المدعى عليه في إلزام التسليم إليه لكونه محتملا ، فكذلك خبر المدعى عليه لا يكون حجة على المدعى في إبطال دعواه وفساد الاعتياض بطريق الصلح .) (٢)

وقال رحمه الله : (وتقرير آخر إن قول المدعى معتبر في حقه دون خصمه ، وإنكار خصمه ليس بمعتبر في حق المدعى ، فكأننا سوا في أنهما ليسا بحجتين في حق كل واحد منهما ، فجوزنا الصلح .) (٣)

(١) تيسير التحرير مرجع سابق ١٢٨/٤

(٢) كشف الاسرار - مرجع سابق ٣٢٨/٣

(٣) المصدر نفسه والصفحة نفسها

المسألة الثامنة :

حكم ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وأقام
كل واحد منهما بيته على دعــــــــــــــــوا ه

اختلف العلماء في حكم ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث، وأقام
كل واحد منهما بيته على ملكيته لها، وأنكر من بيده العين ملكيتهما
لها وادعاهما لنفسه، ولا بيته له فلمن تكون هذه العين ؟

اختلف العلماء على مذهبين :-

المذهب الاول :

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في الصحيح من مذهبيهما (١)
إلى أن البينتين إذا تعارضتا ساقطتا، وبقيت العين مع من بيده
استصحابا للأصل قبل الشارع . (٢)

قال خليل : (وإن تعذر ترجيح سقطتا وبقي بيد حائزة) (٣)

(١) يقابل هذا الرأي رأي آخر وهو أن البينتين تستعملان وبناء على
هذا: تؤخذ العين من صاحب اليد وفي التصرف فيها روايتان الأولى :
تقسم بينهما ، والثانية : يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة أخذ
العين. وللشافعي رواية ثالثة: بأن العين توقف حتى يصطلحا انظر
المهذب وشرحه تكملة المجموع ١٩/ ٢٦٣-٢٦٤ ، والمغنى لابن
قدامة ٩/ ٢٨٨-٢٨٩

(٢) انظر الشرح الكبير ٤/ ٢٢٢ وشرح أقرب المسالك ٢/ ٣٧٥ ،
والمهذب وشرحه تكملة المجموع ١٩/ ٢٦٣

(٣) مختصر خليل مطبوع مع الشرح الكبير ٤/ ٢٢٧

قال الدردير في شرح هذا القول : (وإن تعذر ترجيح لإحدى
بينتين تعارضتا سقطتا، وبقي المتنازع فيه بيد حائزه، أى : الحائز له
غير المتنازعين) (١)

قال الدسوقي (٢) : (قوله أى الحائز له ، أى والحال أنه يدعيه
إلا أنه لا بينة له، بخلاف المتنازعين فإن لكل بينة) (٣)

والظاهر أن المتنازع فيه يستحقه من يديه بغير تحالف عنده
المالكية قال الصاوي : (وإذا كان يدعيه سقطت البينتان وبقي بيسده
حوزا) (٤)

وقال النووي في المنهاج (إدعيا عينا في يد ثالث، وأقام كل منهما
بينة سقطتا) (٥)

-
- (١) الشرح الكبير ٢٢/٤ وانظر شرح أقرب المسالك ٣٧٥/٢
 - (٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، من أهل دسوق بمصر
كان من المدرسين بالأزهر، له حاشية على السعد التفتازاني، وحاشية
على الشرح الكبير لمختصر خليل، وحاشية على أم البراهين فسي
العقائد توفي عام ٢٣٠ هـ انظر ترجمته في شجرة النور الزكية
٣٠٦١-٣٦٢ والأعلام ٢٤٢/٦
 - (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٢/٤
 - (٤) بلغة السالك (حاشية الصاوي على شرح أقرب المسالك) ٣٧٥/٢
 - (٥) المنهاج للنووي ٤٨٠/٤

قال الخطيب الشربيني : (سقطتا لتناقض موجبهما ، فاشبهه
الدليلين اذا تعارضا ولا مرجح .

فعلى هذا : كأن لا بينة ، ويصار الى التحالف ، فيحلف لكل واحد
منهما يمينا (١)

قال الزنجاني بعد أن ذكر تعارض البينتين : (و صار كأن لا بينة
عندنا ، وتقر الداربيد الثالث) (٢)

وقال البهوتي : (وإن لكل واحد منهما - أى بينة - تعارضت -
لتشابههما فى عدم اليد) (٣)

ثم قال : (وإن ادعاها - أى العين المتنازع فيها - صاحب
اليد لنفسه ولو بعد التعارض ، حلف لكل واحد منهما يمينا ، وهى - أى
العين - له بترجيح جانبه بوضع اليد) (٤)

(١) مغنى المحتاج ٤ / ٤٨٠ ، وانظر المذهب وشرحه تكملة المجموع
٣٦٣ / ١٩ - ٣٦٤

(٢) الزنجاني تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٥

(٣) البهوتي ، كشف القناع ٦ / ٣٩٤

(٤) المصدر نفسه ٦ / ٣٤٤ ، وانظر المغنى ٩ / ٢٨٨ - ٢٨٩

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية إلى أن العين يقضى بها بينهما نصفين، وهذا
مذهب أهل الظاهر (١)

قال صاحب بداية المبتدئ* (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر
كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) (٢)
وجاء في تنوير الأبصار : (ولو برهن خارجان على شيء قضى به
بينهما) (٣)

قال ابن عابدين : (يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما
وزعم كل واحد منهما أنها ملكه، ولم يذكر سبب الملك ، ولا تاريخه
قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية .) (٤)

الأدلة :

استدل القائلون بأن العين تبقى مع من بيده بالاستصحاب، ووجه
الاستدلال بالاستصحاب : أن اليد دليل الملك فإذا ادعى العيين
وتنازع فيها خارجان وقدم كل واحد منهما بينة على ملكيتهما : تساقطت
البينتان لتعارضهما، إذ لا مرجح لأحدهما على الأخرى، وإذا سقطتا

(١) انظر الهداية وشروحها ٢٢٨/٧ وحاشية ابن عابدين ٥٧١/٥
والمحلى لابن حزم ٤٣٦/٩

(٢) بداية المبتدئ* ٢٢٨/٧ وانظر الهداية وشروحها ٢٢٨/٧

(٣) تنوير الأبصار ٥٧١/٥، مطبوع مع حاشية ابن عابدين

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٧١/٥

بقيت مع من بيده استصحابا للأصل قبل التنازع، وصار كأن لا بينه
قال الدردير : (سقطتا لتعارض موجبهما وبقي المتنازع فيه بيسد
حائزة (١))

وقال الشيرازي : (لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما
على الأخرى فسقطتا كالنصين في الحادثة .
فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما . (٢)
وقال البهوتي : (تعارضتا لتساويهما في عدم اليده فيصيران كمن لا
بينة (٣))

وقال الزنجاني : (تعارضت البينتان وتساقطتا، وصار كأن لا بينة
عندنا، وتقرر الداربيد الثالث، تمسكاً بالاستصحاب (٤))
ومعنى هذا : أنه لما كان الأصل : "بقاء ما كان على ما كان"
وكانت هذه العين بيد هذا الشخص قبل التنازع، وسقطت البينتان
لتعارضهما، بقي ملكه على ما كان عليه استصحاباً، لأن اليد دليل
الملك في الظاهر .

✽ واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من قسمة العينين بين
المتخاصمين، بالسنة والمعقول .

(١) شرح أقرب المسالك ٣٧٥/٢

(٢) المهذب ٢٦٣/١٩، وانظر تكملة المجموع عليه ٢٦٣/١٩،
ومعنى المحتاج ٤٨٠/٤

(٣) كشف القناع ٣٩٥/٦، وانظر المغنى ٢٨٨-٢٨٩

(٤) الزنجاني تخريج الفروع على الاصول ص ١٧٥

أما السنة :

فما روى عن قتادة (١) رضى الله عنه : (أن رجلين ادعيا بغيرا
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبعث كل واحد منهما
بشاهد ينقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين .) (٢)
ففى هذا الحديث دلالة واضحة على تقسيم العين بين المتنازعين .

أما المعقول :

فقالوا إن المطلق للشهادة - أى المجوز لها - فى حق كل واحد
منهما محتمل الوجود . بأن يعتبر أحدهما سبب الملك كالشراء مثلاً
والآخر اليد فتكون الشهادتان صحيحتين، فيجب إعمالهما ما أمكن
وقد أمكن بالتصنيف، إذ المحل يقبله، وإنما تنصف لاستوائهما فى
سبب الاستحقاق وهو الشهادة . وذلك لأن مدار العمل بالشهادتين
صحتها لا صدقهما، فإن الصدق ما لا يطلع عليه العباد، فالمعتبر فى
الشهادة ظاهر الحال . (٣)

والحنفية لسم يعتبروا الاستصحاب فى هذه المسألة ، لأن

الاستصحاب عندهم كما تقدم، لا يصلح حجة للإثبات، فلا تثبت العين
لصاحب اليد لأن اليد دليل الملك فى الظاهر ، والظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق .

(١) هو قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر الأنصارى الظفرى الأوسى صحابى
جليل شهد بيده رأيا والمشاهد كلها روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم سبعة أحاديث توفي عام ٢٣ هـ انظر ترجمته فى الإصابة
٢٢٥-٢٢٦ والأعلام ٢٧/٦

(٢) رواه أبو داود فى الأقضية باب الرجلين يدعيان شيئاً وليس لهما
بينة ٣٦/٤ حديث رقم ٣٦١٥ قال المنذرى أخرجه بإسناد كلهم
ثقات ، انظر مختصر سنن أبى داود للحافظ أبى عبد الله عبد
العظيم بن عبد الله المنذرى تحقيق الشيخ محمد حماد الفقى
(مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م) ٢٣٣/٥

(٣) انظر الهداية، وشرحها تكملة شرح فتح القدير، والعناية شرح
الهداية ٢٢٨/٧

المسألة التاسعة :

حكم ما لو ادعى أحد الورثة وكان مخالفا لمورثه ففى

الدين، أنه كان على دين مورثه قبل موته :-

اتفق العلماء على أنه لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم؛

لأن اختلاف الدين مانع من موانع الارث .

واختلفوا فيما لو جاء أحد الورثة وكان مخالفا لمورثه فى الدين

مدعيا أن مورثه مات على دينه، وأنه انتقل من دينه الى دين مورثه

قبل موته، أو بعد موت مورثه .

وهذه المسألة تصدق على عدة صور منها :-

١- أن يدعى أحد الورثة وهو مسلم، أن مورثه الكافر مات على دين الاسلام .

٢- أن يدعى أحد الورثة وهو كافر بأن مورثه المسلم ارتد ومات على الكفر .

٣- أن يدعى أحد الورثة وهو كافر أنه أسلم قبل موت مورثه المسلم .

٤- أن يدعى أحد الورثة وهو كافر أنه أسلم بعد موت مورثه الكافر .

وفى هذه الصور الأربعة ينكر بقية الورثة هذه الدعوى، فلمن .

يكون القول ؟

اختلفوا على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، وتبعهم زفر (١) من الحنفية

(١) هو زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم ولد رحمه الله عام ١٠١ هـ
بأصبهان، وكان أبوه واليا عليها، فحفظ القرآن وتلقى العلم
عن أئمة عظام، صاحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه، فكان من أئمة
المذهب الحنفى توفى عام ٢٥٨ انظر ترجمته فى الجواهر
المضيئة ١/ ٢٤٣-٢٤٤، والفوائد البهية ص ٧٥-٧٦ ووفيات
الأعيان ١/ ٢٣٧

إلى أن القول قول من يتمسك بالحالة السابقة، ولا يقبل قول من يدعى
التغيير، إلا بدليل . (١)

جاء في مختصر خليل : (ولو ادعى أخ أسلم، أن أباه أسلم فالقول
للنصراني .) (٢)

قال الخرشي شارحا هذا القول : (موضوع المسألة : أنهما
اتفقا على أن الأب أصله نصراني، إلا أن الأخ الذي أسلم ادعى أن
أباه أسلم ومات مسلما .

وقال الأخ النصراني : بل مات على نصرانيته ، ولا بينة لأحدهما
فالقول قول النصراني .) (٣)

(١) انظر الخرشي على مختصر سيدي خليل ٢٣٣/٧ والشرح الكبير
٢٢٤/٤ ، والأم ٢٣٢/٦ - ٢٣٤ ، ومغني المحتاج ٤٨٦/٤
والمغني لابن قدامة ٣١١/٩ - ٣١٤ ، وكشاف القناع ٤٠٢/٦ ،
والهداية وشروحها ٤٢٦/٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجسيم
ص ٦٤ - ٦٥

(٢) مختصر خليل مطبوع مع شرح الخرشي عليه ٢٣٣/٧

(٣) الخرشي ٢٣٧/٧ ، وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه

قال العدوى (١) : (وعكسه كذلك وهو : ما اذا اتفقا على أن الأب مسلم بحسب الأصل ثم تنازعا بعد موته .
فقال المسلم : إنه مات على الاسلام . وقال النصراني : إنه مات نصرانيا فالقول للمسلم) (٢)
وجاء في الأم : (ولو كان رجل يعرف بالنصرانية، فمات وتترك ابنين، أحدهما مسلم، والآخر نصراني فادعى النصراني أن أباه مات نصرانيا ، وادعى المسلم أن أباه أسلم قبل أن يموت ، وقامت البينة : أن لا وارث للميت غيرهما ، ولم تشهد على إسلامه ولا كفره غير الكفر الأول . فهو على الأصل وميراثه للنصراني حتى يعلم إسلامه) (٣)
وجاء في كشف القناع (ولو مات عن ابنين مسلم وكافر فادعى كل منهما أنه أي الأب مات على دينه .

فان عرف أصل دينه من إسلام أو كفر فالقول قول من يدعيه) (٤)

(١) هو على بن أحمد بن مكرم ، الصعدي ، العدوى ، فقيه مالكي مصري ولد عام ١١١٢ هـ في بني عدي من قرى منفلوط بمصر ، كان شيخ الشيوخ في عصره ، له حاشية على كفاية الطالب الرباني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، وحاشية على شرح العويّية للزرقاني وحاشية على شرح عبدالسلام للجوهرة في التوحيد توفي عام ١٤٣ هـ وانظر شجرة النور ٢٤١-٢٤٢ ، والاعلام ٦٥/٥

(٢) حاشية العدوى على الخرشي ٢٣٣/٧ وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٤/٤

(٣) الأم للشافعي ٢٣٣/٦ وانظر مغني المحتاج ٤٨٦-٤٨٧

(٤) كشف القناع ٤٠٢/٦ وانظر المغني ٣١١/٩

وجاء في مغنى المحتاج : (ولو مات نصراني عن ابنه مسلم
ونصراني فقال المسلم : أنا أسلمت بعد موته فال ميراث مشترك بيننا
فقال النصراني : بل أسلمت قبله فلا ميراث لك بل هولى . صدق
المسلم بيمينه) (١)

وقال الشافعى فى الأم (وإذا مات المسلم وله امرأة فقالت كنت
أمة فاعتقت قبل أن يموت ، أو ذمية فأسلمت قبل أن يموت ، أو قامت
عليها بينة بأنها كانت أمة أو ذمية ، وأدعت العتق أو الاسلام قبل
أن يموت الزوج فأنكر ذلك الورثة وقالوا : إنما كان العتق والاسلام بعد
موته فالقول قول الورثة وعلى المرأة البينة) (٢)

ثم قال رحمه الله : (ولو كانت المسألة بحالها فقال الورثة كنت
ذمية ، أو أمة ، ثم أسلمت ، أو اعتقت بعد موته ، فقالت : لم أزل مسلمة حرة
كان القول قولها .) (٣)

وجاء فى المغنى (ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت
الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة
فالقول قول الورثة .) (٤)

وقال أيضا : (فإن لم يثبت أنها ، كافرة ، فادعى عليها الورثة أنها

كانت كافرة ، فأنكرتهم فالقول قولها) (٥)

(١) مغنى المحتاج ٤/٤٨٦

(٢) الأم ٦/٢٣٤

(٣) المصدر نفسه ٦/٢٣٤

(٤) المغنى ٩/٣١٤

(٥) المصدر نفسه ٩/٣١٤ وانظر كشف القناع ، ٦/٤٠٣

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية ما عدا زفر إلى أن القول قول من يدفع الإرث في كل هذه الصور وما يشابهها (١)

جاء في الهداية : (وإذا مات نصراني، فجاءت أمراؤه مسلحة وقالت : أسلمت بعد موته .

وقالت الورثة : أسلمت قبل موته . فالقول قول الورثة .

وقال زفر رحمه الله القول قولها . (٢)

وقال : (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية، فجاءت مسلحة بعد موته

وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة : أسلمت بعد موته فالقول قولهم

أيضا (٣)

الأرالة :-

١- استدلال الجمهور على مذهبهم بالاستصحاب :

ووجه الدلالة : أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ، فالشخص الذي عرف عنه أنه على دين معين فما لم يقم دليل على انتقاله من دینه الى مله أخرى، يبقى على ما كان عليه . وعلى الذي يدعى التغيير الدليل على انتقاله لأن انتقاله أمر عارض للأصل في الأمور العارضة العدم " فإذا جاء من كان موافقا لمورثه في دينه مخالفاله بعد موته ، ولم تقم بينة على أنه انتقل من دينه

(١) انظر الهداية وشروحها ٤٢٥/٦-٤٢٧ وابن نجيم الاشباه والنظائر

ص ٦٤-٦٥ وعلى حيدر درر الحکام شرح مجلة الأحكام ٢٦/١

(٢) الهداية ٤٢٥/٦-٤٢٦ وانظر تكملة شرح فتح القدير والكفاية والعناية الجزء نفسه والصفحة نفسها

(٣) الهداية ٤٢٦/٦

قبل موت مورثه، وجاء يدعى بأن انتقاله تم بعد موت مورثه، وأنكره الورثة
كان القول قوله؛ استصحابا لحكمه السابق من موافقته لسمورثه .
• وإذا جاء من علم أنه كان مخالفا لدين مورثه قبل موته، فجاء مدعيا أنه
انتقل إلى دين مورثه قبل موته، لم يقبل منه وكان القول قول الورثة استصحابا
لحاله الأول .

• وكذلك من يدعى أن مورثه المخالف لدينه انتقل من دينه قبل موته
وأصبح موافقا له في دينه، كان القول قول الورثة لأنهم يدعون الأصل .
ومن يدعى التغير يخالف الأصل بأمر عارض "والأصل في الأمور العارضة
العدم". أما التغير الذي حصل في كل ما ذكر فإنه أمر حادث فلا يصلح
لتغير حكم الأصل والأصل في كل حادث تقدير بأقرب زمن . (١)

وعلى هذا كانت هذه القاعدة مطردة في كل الأمثلة المشابهة لهذه
المسائل عند الجمهور .

قال الدردير تعليلا لمسألة من ادعى إسلام أبيه قبل موته وهو مسلم
وأنكره بقية الورثة الكفار قال : (فالقول قول النصراني استصحابا للأصل
المتفق عليه) (٢)

وقال الشافعي فسي هذه المسألة أيضا (فهو على الأصل وميراثه

لنصراني حتى يعلم إسلامه) (٣)

(١) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢/٢٢٤، والخرشي وحاشية
العدوى عليه ٢٣٣/٧ والأم ٢٣٣/٦-٢٣٤ ومغني المحتاج ٤/٤٨٦

والمغني لابن قدامة ٩/٣٣١-٣١٤ والهداية وشروحيها ٦/٤٢٥-

٤٢٧ والأشباه والنظائر ٦٤-٦٥ ودرر الحكام ١/٢٦

(٢) الشرح الكبير ٢/٢٢٤ وانظر الخرشي ٢/٢٣٣

(٣) الأم ٦/٢٣٣

وقال البهوتى : (لأن الأصل بقاءه على ما كان عليه) (١)
وقال العدوى فى مسألة المسلم الذى يدعى أحد أبنائه وهو نصرانى
موافقة أبيه له فى دينه قبل أن يموت وينكره بقية الورثة المسلمون قال :
(فالقول للمسلم لأنه . ادعى الأصل) (٢)

وقال الشافعى فى مسألة المرأة النصرانية التى جاءت مسلمة مدعية
أن إسلامها كان قبل موت مورثها المسلم قال : (فالقول قول الورثة ، وعلى
المرأة البينة ، إذا عرفت بحال فهى من أهلها حتى تقوم البينة على خلافها) (٣)
وقال ابن قدامة فى هذه المسألة أيضا : (القول قول الورثة ، لأن الأصل
عدم ذلك) (٤)

وقال البهوتى : (لأن الأصل بقاءها على الكفر ، فيكون القول قول
الورثة بيمينهم) (٥)

وقال الشافعى فى حكم ما لو ادعى الورثة أنها كانت ذمية ولم يشبت
أنها كانت كذلك أو ادعوا ردتها فأنكرت : (كان القول قولها لأنها الآن
حرة مسلمة ، فلا يقضى عليها بخلاف ذلك إلا ببينة تقدم أو إقرار منها) (٦)

(١) كشف القناع ٤٠٢/٦ وانظر المغنى ٣١١/٩

(٢) حاشية العدوى على الخرشى ٢٣٣/٢ وانظر حاشية الدسوقي على
الشرح الكبير

(٣) الأم للشافعى ٢٤٤/٦

(٤) المغنى ١٣٤/٩

(٥) كشف القناع ٤٠٣/٦

(٦) الأم ٢٣٤/٦

وقال البيهوتى (. . .) فقولها لأنهم اعترفوا بالزوجية التى هى سبب

الإرث، وادعوا ما يسقطه والأصل عدمه (١)

وقال الشربيني فى مسألة نصرانى مات عن ابنين مسلم ونصرانى، وادعى

المسلم، أن إسلامه كان بعد موت والده، وأنكره النصرانى قال :

(صدق المسلم بيمينه، لأن الأصل استمراره على دينه، سواء اتفقا على وقت

موت الأب أم أطلقا.) (٢)

٢- واستدل الحنفية على مذهبهم بأن القول قول الدافعين للإرث بالاستصحاب

أيضا، إذ هو عند هم يصلح للدفع^{لا}للاثبات، فيدفع بالاستصحاب قول من يدعى

ثبوت الإرث .

ولما كان الاستصحاب عند هم لا يثبت حكما، كان القول قول الورثة فسى

مسألة النصرانية التى ادعت إسلامها بعد موت مورثها النصرانى، وذلك لأن

سبب الحرمان من الميراث ثابت وقائم فى الحال، فيثبت فى الماضى استصحابا

للحاضر فى الماضى، وهو الاستصحاب المقلوب ولم يعتبروا فى هذه المسألة

استصحاب الماضى فى الحاضر، لئلا يثبت به الإرث لها كما هو مذهب زفر

والجمهور، بل اعتبروا أن سبب الحرمان قائم الآن فى الحال، فيثبت فيما مضى

استصحابا للحال فى الماضى، كما فى جريان ماء الطاحونة إذا تنازع فيه

مالك الطاحونة والمستأجر، بأن طالب صاحب الطاحونة الأجرة من المستأجر

لمدة معينة، فادعى المستأجر انقطاع الماء فى هذه المدة، فإنه يجعل الحال

حكما فيه .

(١) كشف القناع ٤٠٣/٦

(٢) مغنى المحتاج ٤٨٦/٤ وانظر المغنى ٣١٤/٩

فإذا كان جاريا في الحال، عطف جريانه على الماضي، وكان القول قول رب الطاحونة، وإذا كان منقطعا في الحال، عطف انقطاعه على الماضي وكان القول قول المستأجر .

وإنما ذهبوا إلى هذا الحكم تمسكاً بالاستصحاب المقلوب، ليدفعوا به الإرث لأن الاستصحاب يدفع دعوى الثبوت ولا يثبت حكما عند هم .
أما المبرأة التي جاءت مسلمة مدعية إسلامها قبل موت مورثها المسلم وكانت فيما قبل تعرف بالنصرانية، فاعتبروا القول فيها قول الورثة أيضا .

والا أنهم حكموا بهذا استصحابا للماضي في الحاضر، ولم يعتبروا استصحاب الحال في الماضي، لئلا يؤدي إلى استحقاق الإرث والاستصحاب عند هم لا يصلح لذلك . (١)

قال صاحب الهداية موضحا ما ذهبوا إليه في هذه المسألة: ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهي محتاجة إليه .

أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدث (٢)
أي والاستصحاب يكفي للورثة لدفع الاستحقاق، وهو استصحاب ما في الماضي من كبرها في الحال، وظاهر الحدث يشهد لهم ؛ لأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن، فيقدر حدوث إسلامه في أقرب زمن وهو بعد موت مورثها . (٣)

(١) انظر الهداية وشروحها ٤٢٦/١٦ - ٤٢٧ وانظر ابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٦٤ - ٦٥ ، ودورر الحكام ٢٦/١

(٢) الهداية ٤٢٧/٦

(٣) انظر تكملة شرح فتح القدير ٤٢٧/٦ وابن نجيم الأشباه والنظائر

وعلى هذا فالمسألان اللتان تقدمتا - وهما مسألة النصرانية التي ادعت إسلامها بعد موت مورثها النصراني ، والنصرانية التي ادعت إسلامها قبل موت مورثها المسلم - مبنيتان على الاستصحاب والاستصحاب فيهما معا اعتبر للدفع لا للاستحقاق .

قال صاحب التكملة (١) : (فالمسألان مبنيتان على أصل واحد وهو :

أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق) (٢)

جاء في الكفاية : (فالحاصل : أن المرأة تتمسك في هذه المسألة

- أي مسألة النصرانية التي ادعت أنها أسلمت قبل موت مورثها المسلم - بما

تمسك به الورثة في المسألة الأولى - أي مسألة المرأة النصرانية التي ادعت

أنها أسلمت بعد موت مورثها النصراني - والورثة يتمسكون بما تمسكت به

المرأة في المسألة الأولى غير أنها - أي المرأة - في المسألتين تتمسك

بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لإثباته.

والورثة هم الدافعون في المسألتين) (٣)

وقال صاحب العناية (٤) : تعليقا على قول صاحب الهداية : (وأما

(١) هو أحمد بن محمود وفي رواية بن قورد الرومي، شمس الدين، المعروف بقاضي زاده، فقيه مشارك في كثير من العلوم، له نتائج الأفكار فسي شرح الرموز والأفكار، أكمل به شرح فتح القدير لابن الهمام في فروع فقه الحنفية، وله تعليق على التلويح للتفتازاني وغير ذلك توفي عام ٩٨٨ هـ انظر معجم المؤلفين ١٧١/٢

(٢) تكملة شرح فتح القدير ٤٤٧/٦
(٣) الكفاية على الهداية ٤٢٧/٦

(٤) هــسـو محمد بن محمد بن محمود البابرقي، يلقب بأكمل الدين، ولد عام ٧١٤ هـ حنفي المذهب، أصولي وأديب ونحوي ومتكلم، أخذ عن قوام الدين محمد بن محمد الحكاكي، وابن حيان النحوي، وابن عبد الهادي وغيرهم، له العناية شرح الهداية في الفقه (الحنفي للمرغيناني)، وله شرح على مختصر بن الحاجب في الأصول، وشرح على أصول فخر الإسلام البزدوي، وغير ذلك، انظر ترجمته في الفوائد البهية ص ١٩ - ١٩٩ والفتح المبين للمراغي ٢٠١/٢

الورثة فهم الدافعون)

قوله : (وأما الورثة فهم الدافعون بإشارة إلى معنى آخر، وهو أن فسى كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب .

أما الاول : فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاما حادثا . فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى، هو من النوع الأول - أى استصحاب الماضى فى الحاضر -

وبالنظر إلى ما هو موجود فى الحال ، والأصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى : هو من النوع الثانى - أى استصحاب الحاضر فى الماضى - . فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها، كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثانى ليكون دافعا فكان القول قولهم .

وأما فى الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة، والإسلام حادث فبالنظر إلى النصرانية يقتضى بقاءها إلى ما بعد الموت، والنظر إلى الاسلام أن يكون ثابتا قبل موته .

فلو اعتبرناه - أى الإسلام - لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح، فاعتبرنا الأول - أى النصرانية - ليكون دافعا، والورثة هم الدافعون) (١)

(١) العناية على الهداية ٤٢٧/٦ ، وانظر بن نجيم الاشباه والنظائر

المسألة العاشرة :

القضاء بالنكول

إذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، هل يقضى عليه بمجرد نكوله أم توجه اليمين على المدعى؟ : اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب (١)

المذهب الاول :

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في قول لهم أنه لا يقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله، بل ترد اليمين إلى المدعى ويوجه القاضي إليه اليمين، فإذا حلف استحق ما يدعيه، وحكم له القاضي به وإن امتنع سقطت الدعوى . (٢)

(١) اكتفيت بذكر الأقوال المعتمدة في المذاهب الأربعة ومن وافقهم في هذه المسألة، وهناك مذاهب أخرى لم أتعرض لها منها : أن الناكل لا يقضى عليه لا بالنكول ولا باليمين بل يحبس حتى يقر بالحق . ومنها أن اليمين ترد على المدعى إذا كان جازماً بالحق، أو كان الفعل صادراً منه ، أما إذا كان غير جازم به فيحكم على المدعى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين إلى المدعى . انظر بداية المجتهد ٤٩٩/٢-٤٧٠ وابن القيم محمد بن أبي بكر - الطرق الحكيمة (بيروت دار الكتب العلمية) ص ٨٧، ١١٨ - ١٢٣

(٢) انظر أقرب المسالك ٣٧٨/٢، وكفاية الطالب الرياني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر) ٣١٢/٢ والشرح الكبير ٢٣٢/٤ والألم ٣٧/٤ ، ومختصر المزني مطبوع مع الأم ٣٠٩/٤ ، ومغني المحتاج ٤٧٧/٤ ، والمغني لابن قدامة ٢٣٥/٩ وبداية المجتهد ٤٦٩/٢ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٤

جاء في شرح أقرب المسالك (١) وإن نكل المدعى عليه حيث توجهت

اليمين عليه في مال أو ما يؤول اليه كخيار وأجل، استحق الطالب أى :

فإن الطالب يستحق ذلك به . أى : بالنكول وباليمين معا . بأن يحلف

الطالب بعد نكول المطلوب أن لى عنده كذا (١)

وجاء في كفاية الطالب الريانى : (وإذا نكل المدعى عليه، بأن قال

لا أحلف مثلاً لم يقضى أى : لم يحكم للطالب، وهو المدعى بسجور نكسول

المدعى عليه، حتى يحلف الطالب فيما يدعى فيه معرفة . أى: علماً بصفة

الشيء المدعى فيه وقدره. (٢)

وجاء في مختصر المزننى : (قال الشافعى رحمه الله : لا يقوم النكول

مقام الإقرار فى شيء حتى يكون معه يمين المدعى) (٣)

وقال النووى فى المنهاج : (وإذا نكل أى المدعى عليه - حلف

المدعى، ولا يقضى بنكوله) (٤)

(١) أقرب المسالك وشرحه ٣٧٨/٢

(٢) كفاية الطالب الريانى ٣١٢/٢

(٣) مختصر المزننى ٣٠٩/٤

(٤) المنهاج للنووى ٤٧٧/٤

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية، والحنابلة، في المشهور عنهم، إلى أن اليمين لا ترد على المدعى، ويقضى على المدعى عليه بالنكول فقط (١)

جاء في بداية المبتدى : (ولا ترد اليمين على المدعى) (٢)

وجاء فيه أيضا : (فان لم يحلف المدعى عليه قضى عليه بالنكول، وألزمه

ما ادعى عليه) (٣)

وقال البهوتي : (فان لم يحلف المدعى عليه، قضى بالنكول إذا سأله

المدعى ذلك) (٤)

وعند الحنابلة لا يقضى بالنكول، إلا في الأموال أو ما يقصد به المال .

قال البهوتي (وما يقضى فيه بالنكول هو المال ، وما يقصد به المال .

... ومن لم يقض عليه بنكوله إذا نكل : خلى سبيله، ولم يحكم عليه بالنكول في

غير المال وما يقصد به المال . (٥)

(١) انظر الهداية وشروحها ١٦٥/٧-٦٦، والمغنى لابن قدامة ٢٣٥/١٩

وكشاف القناع ٣٣٨/٦ - ٣٣٩

(٢) بداية المبتدى ١٦١/٧

(٣) المصدر نفسه ١٦٥/٧

(٤) كشف القناع ٤٤٨/٦

(٥) كشف القناع ٤٤٨/٦ مع تصرف يسير وانظر المغنى ٢٣٧/٩

الأدلة :-

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم صحة القضاء بالنكول بالاستصحاب، وعلى وجوب رد اليمين على المدعى : بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

* ووجه الاستدلال بالاستصحاب على عدم صحة القضاء بالنكول : أن الأصل : براءة ذمة المدعى عليه، من المدعى به، فإن لم يَقم دليل يدل على شغلها، أو يغلب على الظن شغل ذمتها بهذا الشيء المدعى به لا يقضى عليه بمجرد نكوله؛ استصحاباً لبراءة ذمته .

وذلك لأن الامتناع عن اليمين كما يحتمل أن يكون تحرزا عن اليمين الكاذبة ، يحتمل أن يكون كذلك تورعا عن اليمين الصادقة، فلا يقضى فيه مع التردد .

وإذا لم يقضى فيه مع التردد ، كانت ذمة المدعى عليه بريئة من الشيء المدعى به . (١)

قال الزنجاني : () إنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله بل تعرض اليمين على المدعى عندنا لأن الأصل أن لا يحكم بحكم إلا بما علم ، أو يظن ظنا يقارب العلم . فإن أعوذ بقينا على النفس استصحاباً للبراءة الأصلية . (٢)

(١) انظر مغنى المحتاج ٤٧٧/٤ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ١٧٤ - ١٧٥ ، ووسائل الاثبات فى الشريعة الاسلامية فى المعاملات والاهوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي (دمشق : دار البيان ط/ ١ ، ١٤٠٢ - ١٩٨٢ م) ص ٣٩٧ ، والطرق الحكيمة لابن القيم ١١٨ ، واعلام الموقعين ١/ ١٠١

(٢) تخريج الفروع على الاصول للزنجاني ص ١٧٤ - ١٧٥

وأما استدلالهم على وجوب رد اليمين على المدعى فقد استدلوأ :

١- أولا الكتاب :

بقوله تعالى : (فَإِنْ عَشَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ
مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا
أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ . ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَنْ
يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ . . .)
(الآية) (١)

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها نص صريح في رد اليمين وهو
تحويلها من موضع برئت فيه الى موضع آخر يخالفه وكذلك اليمين المردودة
فإنها أيضا تحول من المدعى عليه الى المدعى (٢)

(١) سورة المائدة : ١٠٧-١٠٨ وسبب نزول هذه الآية : ما رواه البخارى والترمذى وأبو
داود وغيرهم عن ابن عباس رضى الله عنه قال (خرج رجل من بنى
سهم مع تميم الدارى، وعدى بن بداء، فمات السهمى بأرض ليس بها
مسلم، فلما قدما بتركته فقدوا جامعا من فضة مخصوصا من ذهب
فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجد الجام بمكة فقالوا :
ابتعناها من تميم وعدى، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله :
لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم، فقال : وفيهم نزلت
الآية : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ
الموت . . الآية رواه البخارى بهذه اللفظ باب قول الله عز وجل :
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ . . الآية، ٥/ ٤٠٩ - ٤١٠ حديث
رقم ٢٧٨٠، ورواه الترمذى فى التفسير رقم ٣٠١١ وأبو داود فى
شهادة أهل الذمة حديث رقم ٣٦٠٦

(٢) انظر الأم ٣٤/٧، ومغنى المحتاج ٤/ ٤٧٧، الطرق الحكيمة ص ٨٦،
ووسائل الاثبات للزحلى ص ٣٩١

٢- السنة :

واحتجوا بالسنة

أ- بما رواه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما : (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: رد اليمين على طالب الحق .) (١)

وفى هذا دلالة واضحة على أن اليمين ترد على المدعى إذا نكسل المدعى عليه .

ب- وما رواه سهل بن أبي حنيفة (٢) ورافع بن خديج (٣) أن مُحَيِّصَةَ^(٤) بن

(١) رواه أبو عبد الله الحاكم النيسابورى فى المستدرک على الصحيحين (مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب) ١٠٠/٤ قال الحاكم وهو صحيح الاسناد ورواه البيهقى فى السنن الكبرى ١٨٤/١٠

(٢) هو سهل بن أبى حنيفة بن ساعدة بن عامر . . الأنصارى الاوسى، ولد سنة ٣ من الهجرة ، اختلف فى اسم أبيه فقيل عبد الله ، وقيل عامر، وكان عمره عند موت النبی سبع سنين، أو ثمان سنين ، وحدث عنه بأحاديث، وحدث عن زيد بن ثابت، ومحمد بن مسلمة ، روى عنه ابنه محمد، وابن أخيه، محمد بن سليمان، وغيرهما، مات فى أول خلافة معاوية الإصابه ٨٦/٢ ، والاستيعاب ٦٦١/٢

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدى بن زيد الأنصارى، البخارى الخزرجى يكنى بأبى عبد الله، وقيل بأبى خديج ، رده رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدرٍ لصفر سنة ثم أجازة يوم أحد فشهد أحداً ، والخندق / وشهد مع على رضى الله عنه صفين ، روى عنه ابن عمر ومحمد بن لبيد ، والسائب بن أبى يزيد ، وأسيد بن ظهير ومجاهد وعطاء، والشعبى، وغيرهم توفى عام ٧٤ هـ انظر ترجمته فى الاستيعاب ٤٧٩/٢ - ٤٨٠

(٤) هو مُحَيِّصَةُ بن مسعود بن كعب بن مجدعة الأنصارى الخزرجى ، يكنى بأبى سعيد، أخو حُويَّصَةَ وعم عبد الرحمن، وعبد الله بن سهل، شهد أحداً وما بعد ها ، وبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أخيه حُويَّصَةَ إلى فدك، روى عن النبی صلى الله عليه وسلم، وروى عنه ابنه سعد، وابن ابنه حرام بن سعد، ويشير بن يسار، وغيرهم، انظر تهذيب التهذيب ٦٧/١٠

مسعود وعبد الرحمن بن سهل (١) انطلقا قبل خير ففترقا في النخل
فقتل عبد الله بن سهل (٢) فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبد الرحمن وأبنا
عمه حُوَيْصَةَ (٣) وَمُحَيِّصَةَ إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فتكلم عبد الرحمن في أمر
أخيه ، وهو أصغر منهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر الكبر .
أو قال : لبيد أ الأكبر ، فتكلم في أمر صاحبهما .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيقسم خمسون منكم على رجل
منهم فيدفع برمته .

قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟

قال فتبرئكم يهود ، بإيمان خمسين منهم .

(١) هو عبد الرحمن بن سهل الأنصاري ، يقال أنه شهد بدرا ، كان له
فهم ، وعلم ، وهو أخو عبد الله المقتول بخير ، وهو الذي بدأ
بالكلام في شأن قتل أخيه قبل عميه حُوَيْصَةَ وَمُحَيِّصَةَ ، انظر الاستيعاب
٨٣٦/٣ .

(٢) هو عبد الله بن سهل الأنصاري الحارثي ، أخو عبد الرحمن وابن أخ
حُوَيْصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وهو المقتول بخير الذي ورد في قضية القسام
انظر ترجمته في الاستيعاب ٩٢٤/٣

(٣) هو حُوَيْصَةَ بن مسعود بن كعب بن عدي بن مجدعة الأنصاري الخزرجي
يكنى بأبي سعد ، أخو مُحَيِّصَةَ يقال شهد أحد ، والخندق ، وسائر
المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، روى عنه محمد بن
سهل ، أبي حنيفة وحرام بن سعد ، ابن مُحَيِّصَةَ انظر الاستيعاب ١ /

قالوا يا رسول الله : تهم كفار ، قال : فوداه رسول الله صلى الله

عليه وسلم من قبله (١)

قال الشافعي معلقا على هذا الحديث موضحا وجه الدلالة فيه :

(فقد رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمين على الأنصارين يستحقون

بها . فلما لم يحلفوا حولها على اليهود يبرؤون بها) (٢)

٣- الإجماع :

واستدلوا بالإجماع فقالوا :

إِنَّ هذا العمل قد ثبت عن جماعة من الصحابة منهم عمر (٣)

(١) رواه مسلم في القسامة والمحاربين ، باب القسامة ١٢٩١/٣ - ١٢٩٥
الأحاديث ٦-١ ورواه البخاري في الأرب باب إكرام الكبير ، ويسند
الأكبر بالكلام ، ٥٣٥/١٠٠ - حديث رقم ١٦٤٢ - ١٦٤٣ ، وفي الديات
باب القسامة ٢٢٩/١٣ - حديث رقم ٦٨٩٨ ، ورواه أحمد في مسنده
١٤٢/٤ ، ومالك في الموطأ في القسامة باب تبذئة أهل الدم فسي
القسامة ص ٥٤٧-٥٤٨ ، حديث رقم ٢٢١ ، والشافعي في الأم ٢/٧
٣٧ ، وأبو داود في الديات ، والترمذي في الديات .

(٢) الأم ٣٧/٧

(٣) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح ، العدوي ،
القرشي ، ولد سنة ٤٠ هـ وكان من أشرف قريش ، كان قبل
إسلامه شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أشجع الناس
بعد إسلامه ، كان كثيرا ما يوافق رأييه الوحي ، شهد مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم المشاهد كلها ، بويع للخلافة بعد وفاة أبي بكر
بعده منه ، وهو أول من لقب بأمر المؤمنين ، فتحت في عهده الفتوحات
الكثيرة ففتحت الشام ، والعراق ، ومصر وبنيت في عهده البصرة
والكوفة توفي مقتولا عام ٢٣ هـ على يد أبي لؤلؤة المجوسي انظر

الاستيعاب ١١٤٤/٣ - ١١٥٩ ، الإصابة ٥١٨/٢ - ٥١٩ .

وعثمان (١) وعلى (٢) ولم يخالفهم أحد من الصحابة فكان إجماعاً على مشروعية اليمين المردودة، وأنها دليل الإثبات فوجب الحكم بها (٣) .
وكما هو واضح فإن هذا الإجماع المذكور إجماع سكوتي وهو مختلف في الاحتجاج به .

(١) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس الأموي القرشي يكنى بأبي عبد الله، ويلقب بذي النورين، ولد رضي الله عنه عام ٤٧ ق. هـ وكان من السابقين للإسلام، كان ينفق كثيراً من ماله في سبيل الله، بسوى بالخلافة بعد مقتل عمر، رضي الله عنه كان له الفضل في نسخ القرآن وجمعه، كانت مدة خلافته ١٢ سنة توفي مقتولاً عام ٣٥ هـ انظر الاستيعاب ١٠٣٧/٣ - ١٠٥٣ والاصابة ٤٦٢/٢ - ٤٦٣ هـ

(٢) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، يكنى بأبي الحسن صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، نشأ وتربى في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، أسلم في اليوم الثاني لنزول الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان من أشجع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أنه نام في فراشه ليلة الهجرة، شهد المشاهد كلها إلا تبوك فقد خلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة لرعاية مصالح المسلمين كان من حفظة القرآن، والمكرين للحديث، وكان قاضياً ومفتياً، وفصيحا وأديبا، تولى الخلافة بعد مقتل عثمان، حصل النزاع بينه وبين أهل الجمل وبين معاوية في مسألة الثأر لمقتل عثمان ولم تنته إلا بمقتله على يد عبد الرحمن بن ملجم من الخوارج عام ٤٠ هـ، الاستيعاب ١٠٨٩/٣ - ١١٣٣ والاصابة ٥٠٧/٢ - ٥١٠

(٣) انظر الفروق لأحمد بن إدريس القرافي^{أنظر}، البروق، في أنواء الفروق (مطبعة عيسى البابي الحلبي ط ١ ١٣٤٦ هـ) ٩٣/٤ والموطأ مع شرح الزرقاني ٣٩٤/٣

٤- فعل الصحابة :

واستدلوا كذلك بفعل الصحابة وذلك بما رواه الشافعي بسنده، أن رجلاً من بني ليث بن سعد أجرى فرساً فوطس حتى أصبع رجل من جهينة فنزى فيها، فقال عمر للذين أدعى عليهم تخلفون خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا وتخرجوا عن اليمين فقال للآخرين : أحلفوا انتم فأبوا (١) قال الشافعي في توجيه الاستدلال بهذا الحديث : (رأى عمر أن الليثيين يراون بها، فلما أبوا حولها على الجهينيين يستحقون بها) (٢) وفي هذا دلالة قوية على مشروعية رد اليمين .

٥- واحتجوا كذلك بالمعقول فقالوا :

أ- ان اليمين شرعت كحجة في القضا^٤ على الطرف الذي يتقوى جانبه —
بعامل من العوامل ، أول مرجح من المرجحات فكما أن الأصل في اليمين أن تكون للمدعى عليه لقوة جانبه بالبراءة الأصلية ، وموافقته للظاهر، وتشرع اليمين على المدعى عندما يتقوى جانبه بشهادة واحد، وتشرع كذلك على المدعين في القسامة ، لأن جانبهم تقوى بوجود اللوث، فكذلك هنا شرعت اليمين المردودة على المدعى لقوة جانبه بنكول خصمه عن الحق .

والنكول أضعف من قوة البراءة الأصلية (٣)

(١) رواه مالك في الموطأ في المعقول ، باب دية الخطأ في القتل ص ٥٣١

حديث رقم ٤ والشافعي في الأم ٣٧/٢ ، والبيهقي في السنن

الكبرى ١٠/١٨٣-١٨٤

(٢) الأم للشافعي ٣٧/٢

(٣) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٤٦٩-٤٧١ وتبصرة الأحكام

في أصول القضية ومناهج الأحكام لإبراهيم بن علي بن فرحون المالكي

(مصر : مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م) مطبوع بهامش

فتح العلي المالكي للشيخ عليش ١/٧٣٢ والطرق الخكية لابن

القيم ص ١١٨ ، وأعلام الموقعين ١/١٠١

ب - إن بينة المدعى حجة في الإثبات أو يمين المدعى عليه حجة في النفي ،
ولما كان ترك المدعى لجخته يوجب العدول إلى اليمين للمدعى عليه ، كان
نكول المدعى عليه موجبا رد اليمين إلى المدعى (١)

* واستدل أصحاب المذهب الثاني : وهم الحنفية والحنابلة ومن وافقهم
على القول بالقضاء بمجرد النكول : بالإجماع ، وعمل الصحابة ، والمعقول .
وعلى عدم رد اليمين ، بالسنة ، والمعقول

أولا : في احتجاجهم على القضاء بالنكول استدلووا :

١ - بالإجماع فقالوا :

ثبت القضاء بالنكول ، عن جماعة من الصحابة منهم : عمر وعثمان وعلى ،
وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس وأبو موسى الأشعري (٢) رضي الله عنه

-
- (١) الفروق للقرافي ٩٣/٤ ، وانظر وسائل الإثبات للزحيلي ٣٩٨-٣٩٨
(٢) هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حذار بن حرب ، يكنى بأبي موسى ،
صحابي جليل ولد عام ٢١ ق هـ بزييد باليمن وهاجر إلى مكة عنسد
ظهور الإسلام . كان عاملا رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليمن
وأرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم ليعلم أهلها ، كان من المتوسطين
في الفتوى ، ولي البصرة في عهد عمر رضي الله عنه ، وافتتح أصبهان
والاهواز . وكان واليا على الكوفة في عهد عثمان وعلى ، له فـى
الصحيحين ثلاثمائة وخمسة وخمسون حديثا توفي بالكوفة عام ٤٤ هـ
انظر الإصابة ٣٥٩/٢-٣٦٠ وعلام الموقعين ١٣/١ ، والفتح
المبين ٦٣/١-٦٥

دون مخالف لهم من بقية الصحابة ، فكان إجماعاً على جواز القضاء بالنكول^(١)
وهذا الإجماع مثل الذي سبقه فهو إجماع سكوتي .

٢- واحتجوا كذلك بعمل الصحابة وذلك بما جاء في المسند : (أن عبد الله
ابن عمر باع عبداً له بثلاثمائة درهم بالبراءة الأصلية ، ثم إن صاحب العبد
خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان فقال عثمان لابن عمر : أحنف
بالله لقد بعته وما به داء فأبى ابن عمر أن يحلف . فرد عليه العبد^(٢)
ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن عثمان رد العبد على ابن عمر
لنكوله عن اليمينين ، ولم يرد اليمين على المدعى .
فلو كان رد اليمين جائزاً لفعله عثمان رضي الله عنه .

٣- واستدلوا : بالمعقول فقالوا : إن نكول المدعى عليه يدل على أنه
إما أن يكون يائساً للحق المدعى به ، أو مقراً به ، إذ لولا ذلك لأقدم
على اليمين ، إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، ولذلك حكم عليه بنكوله^(٣).

(١) انظر المبسوط ، لشمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي :
(مطبوعة السعادة بمصر) ٣٤/١٧ والهداية وشروحها ١٦٥/٧
ووسائل الاثبات للزحيلي ص ٤٠٠

(٢) المسند لأحمد بن حنبل ١٠٤/١ ورواه مالك في الموطأ ، في البيوع
باب العيب في الرقيق ص ٣٧٩ حديث رقم ٤

(٣) عند أبي حنيفة يدل على البذل ، وعند صاحبين يدل على الاقرار
ولذلك حكموا على المدعى عليه بنكوله انظر الهداية وشروحها ١٦٥/٧

ثانياً: واستدلوا على قولهم بعدم رد اليمين :

١- بالسنة :

وذلك لما جاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لو يعطى الناس بدعواهم

لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) (١)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث : أنه يدل على أن النبي صلى الله

عليه وسلم : قسم بين الخصمين ، فجعل جنس البيئة في جانب المدعى .

وجنس اليمين في جانب المدعى عليه ، والقسمة تنافى الشركة، وليس وراء

الجنس شيء من أفراد الأيمان على المنكرين؛ لأن الشركة تقتضى عدم التمييز

والقسمة تقتضى التمييز، وهما متنافيان، فلا يصح أن تكون اليمين في جانب

المدعى . (٢)

٢- واستدلوا بالمعقول :

فقالوا ان اليمين بيئة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا

وارث له فوجد الإمام في دفتره ديناً على إنسان فطالبه به فأنكره وطلب

منه اليمين فأنكره فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد فكذلك ههنا . (٣)

(١) رواه مسلم في الأفضية ، باب اليمين على المنعص عليه ١٣٣٦/٣ ، حديث رقم ١ والبخارى في الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتبه ونحوه ١٤٥/٥ ، في الترجمة ، وحديث رقم ٢٥١٤ ، وفي الشهادات ٢٤٧/٥ في الترجمة وفي تفسير سورة آل عمران ٢١٣/٨ ، باب (وَأَنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ . . . الآية) حديث رقم ٤٥٥١ ، ورواه أحمد في المسند ٣٥١/١ ، ٣٦٣ ، والنسائي في القضاة

٤٤٨/٨

(٢) انظر البداية وشروحيها ١٦١/٧ - ١٦٢

(٣) انظر المغنى ٢٣٦/٩

المسألة الحادية عشرة :

وجوب الدية في الشعور

اتفق الأئمة على أنه لا قصاص على من أزال شيئاً من شعور غيره كشعر
الرأس، واللحية، والحاجبين، والأهداب، وغيرها .

كما أنهم اتفقوا على أنه لا دية فيها إذا لم يفسد منبتها .
واختلفوا فيما لو أزيلت وفسد منبتها، هل فيها الدية أو الحكومة ؟
على مذ هبسين .

المذهب الأول :

ذهب المالكية والشافعية إلى أن الشعور إذا أزيلت وفسد منبتها
فلا دية فيها بل فيها حكومة . (١)

قال خليل معرداً الأشياء التي فيها حكومة ولا دية فيها : (. . . وحاجب وهدب)^(٢)

قال الدردير في شرح هذا الكلام : (وقلع شعر . حاجب ، أو هذب
الواحد أو المتعدد ، فيه الحكومة إن لم ينبت ، فإن نبت فلا شيء فيه ، إلا
الأدب في العدد . وكذا شعر الرأس واللحية .) (٣)

وقال الخرشي (شارحاً لقول خليل المتقدم :) (يعني : أن شعور
الحاجب الواحد أو المتعدد ، وهدب العينين وهو شعرها ، وشعر
اللحية ، في كل حكومة إن لم ينبت ، فإن عاد كهيئته فلا شيء فيه .) (٤)

(١) انظر الشرح الكبير ٤/٢٧٧ والخرشي ٨/٤١ وشرح أقرب المسالك
٢/٤٠٢ والأم ٦/١٢٣ ، ومغني المحتاج ٤/٢٩ ، والزنجاني ص ١٧٧

(٢) مختصر خليل مطبوع مع الشرح الكبير ٤/٢٧٧

(٣) الشرح الكبير ٤/٢٧٧

(٤) الخرشي ٨/٤١

وقال الشافعي في الأم في الجفون : (ولونتف أهدابها فلم تثبت
كان فيها حكومة ...

وهكذا اللحية، والشاربان، والرأس ينتف لا قود في النتف، وقد قيل
فيه حكومة إذا نبت، وإذا لم ينبت فيه حكومة أكثر منها. (١)

وقال (لا قدر في الشعر معلوم، وفيه إذا لم ينبت أو نبت معييا
حكومة بقدر الألم والشين.) (٢)

قال الخطيب الشربيني : (وفي افساد منبت الشعور حكومة ، إذا كان فيهما
جمال ، كشعر اللحية ، وشعر الرأس ، أما ما لا جمال في ، ازالته كشعر الابط
فلا حكومة فيه على الأصح .) (٣)

وقال الزنجاني : (إن الديعة لا تكمل في الشعور الخمس عندنا
وهي شعر الرأس ، واللحية ، والحاجبين ، والأهداب ، والشاربين
بل حكومة عدل) (٤)

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية ، والحنابلة ، إلى وجوب الديعة في الشعور إذا أزيلت
وفسد منبتها وهو مذهب الظاهرية أيضا . (٥)

(٢)(١) الأم ١٢٣/٦ مع بعض التصرف

(٣) مغنى المحتاج ٧٩/٤

(٤) الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٧

(٥) انظر الهداية وشروحها ٢١٤/٩-٢١٥ وتنوير الأبصار ٥٧٥/٦-٥٧٨
والمغنى ١٠/٨ ، وكشاف القناع ٣٦/٦ وانظر المحلى لابن حزم
٤٣٣/١٠

جاء في الدر المختار في الاشياء التي فيها الديّة: (ولحية خلقت لم

تتبت... وشعر الرأس، أى: إذا خلقت ولم ينبت، والحاجبين) (١)

وقال في الهداية : (وفي اللحية إذا خلقت ولم تتبت الديّة...)

وفي شعر الرأس الديّة ، وفي الحاجبين الديّة. (٢)

قال الخرقى : (وفي قَرَعِ الرأس إذا لم ينبت الشعر الديّة، وفي

شعر اللحية الديّة إذا لم ينبت ، وفي الحاجبين الديّة إذا لم تتبت) (٣)

وقال ابن قدامة : (هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها الديّة

ونذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً وهو أهداب العينين) (٤)

وعند الحنابلة في أهداب العينين الأربعة مجتمعة الديّة، وفي كل

واحد منها ربع الديّة . وبقيّة الشعور المذكورة في كل واحد منها الديّة

كاملة .

قال البهوتي : (وفي أهداب العينين، وهو الشعر الذي على الاجفان

الديّة ، وفي كل واحد منها . أى: الأهداب ربعها أى: الديّة) (٥)

(١) الدر المختار ٦/٥٦٦-٥٧٧ مع بعض التصرف

(٢) الهداية ٩/٢١٤-٢١٥ مع بعض التصرف

(٣) مختصر الخرقى ١٠/٨٠

(٤) المغنى ١٠/٨

(٥) كشف القناع ٦٠/٣٧-٣٨ ، والمغنى ٧/٨ وانظر العروض

المربع مع حاشيته ٧/٢٦٣ - ٢٦٤

ثم قال (وفي كل واحد من الشعور الثلاثة الأخرى: الدية وهي شعير
الرأس، وشعر اللحية، وشعر الحاجبين ، كانت تلك الشعور كثيفة أو خفيفة ،
جميلة أو قبيحة ، من صغير أو من كبير ، أن هبها بحيث لا تعود) (١)
الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم وجوب الدية في الشعور
بالاستصحاب، وفي وجوب الحكومة فيها بالقياس والمعقول .

ووجه الاستدلال بالاستصحاب أن الأصل : أن لا يجب كمال الدية
في شيء أتلّف بفضه، غير أن الشرع علق كل الدية باتلاف الطرف؛ لأنّه
تفويت منفعة الجنس، فيعتبر الشخص في حكم الهالك في حق ملك المنفعة .
والشعور ليست من الأطراف التي تفوت بها منفعة الجنس فيقتضي على
الأصل في عدم إكمال الدية فيها (٢)
واستدل ابن رشد على مذهب مالك في عدم وجوب الدية في الشعور
بما يأتي : - .

قال رحمه الله : (وعمدة مالك : أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقه
التوقيف، فما لم يثبت من قبل الشارع فيه دية : فالأصل أن فيه حكومة) (٣)
وهذا أيضا استدلال بالاستصحاب . والمعنى : أن الأصل أن
لا دية في عضو أو طرف، إلا ما أوجبه الشرع فما لم يوجب الشرع فيه دية
بقي على ما كان عليه في عدم وجوب الدية استصحابا لعدم الوجوب .

(١) كشف القناع ١٦/٣٠٧-٣٨ وانظر المغنى ١١/٨

(٢) انظر الزنجاني ص ١٧٧

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٤٢٢/٢

والشعور لم يرد فيها نص ولا مجال للقياس فيها، فتبقى على الأصل
استصحاباً لعدم الوجوب .

ثانياً : استدلو على وجوب الحكومة في الشعور :

أ - بالقياس فقالوا :

لأنه إلتلاف جمال من غير منفعة، فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين
القائمة .

ب - بالمعقول فقالوا : لأنه أزال الجمال على الكمال، ولم يثبت فيه

دية فوجب الحكومة . (١)

قال الدردير تعليلاً لوجوب الحكومة : (لأن فيه جمالا) (٢)

٢- واستدل أصحاب المذهب الثاني على وجوب الدية في الشعور

بقول الصحابي والقياس .

أولاً : قول الصحابي :

ما روى عن علي وزيد بن ثابت (٣) أنهما كلنا يقولان بوجوب الدية

(١) انظر الأم ١٢٣/٦ ، مغني المحتاج ٧٩/٤ ، المغني لابن قدامة ١٠/٨

(٢) شرح أقرب المسالك ٤٠٢/٢

(٣) هو زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، أبو خارجة
صحابي جليل، ولد عام ١١ ق هـ بالمدينة ونشأ بمكة، كان من كتبة
الوحي ، هاجر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمره ١١ سنة وتعلم
وتفقه في الدين فكان رأساً بالمدينة في القضاء والفتوى، والقراءة
والفرائض، وكان ابن عباس يأتيه في بيته ويأخذ منه العلم، جمع القرآن في
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرضه عليه ، وهو الذي كتبه فسي
المصحف لأبي بكر ثم لعثمان ، له في كتب الحديث ٩٢ حديثاً ، انظر
الإصابة (المكتبة التجارية الكبرى) ١/٥٤٣-٥٤٤ ، والأعلام ٣/٩٥-٩٦

في الشعور (١)

ثانيا : القياس

قاسوا ذهاب الشعور على ذهاب الأذنين الشاخصتين، وعلى
أذن الأصم، وأنف الأخرس .

قال صاحب الهداية : (ولنا أن في اللحية في وقتها جمال
وفي حلقها تفويت على الكمال، فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين)^(٢)

وقال ابن قدامة : (ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية
كاملة كاذن الأصم وأنف الأخرس)^(٣)

(١) انظر المغنى لابن قدامة ١٠/٨ والمحلى لابن حزم ٤٣٣/١٠

(٢) الهداية ٢١٤/٩ - ٢١٥ وانظر فتح القدير الجزء نفسه والصفحة
نفسها وحاشية ابن عابدين ٥٧٦/٦

(٣) المغنى لابن قدامة ١٠/٨ وانظر كشف القناع ٣٧/٦ - ٣٨، والروض
المربع مع حاشيته ٣٦٣/٧ - ٣٦٤

المسألة الثانية عشر :

استسعاء العبد المشترك إذا أعتق الشريك
المعسر نصيبه منه .

اتفق الفقهاء على أن العبد إذا كان بين رجلين، فاعتق أحد الشركاء نصيبه من العبد عتق نصيبه ؛ لأنه جائز التصرف، أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه، كما لو أعتق جميع العبد المملوك له .

واختلفوا في حكم الجزء الباقي من العبد في حالة إعسا رالمعتق

على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن الشريك المعتق ، إذا كان معسرا عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك الآخر على الرق فلا يسرى إليه العتق ، ولا يستسعى العبد بالقيمة الباقية للشريك غير المعتق . (١)

جاء في المدونة عن سحنون بعد أن ذكر حكم هذه المسألة قال :

(قلت رأيت أن لم يكن المعتق موسرا مابقي من ثمن العبد ولكنه موسر

بنصف ما بقي من العبد .

قال مالك : يعتق عليه من العبد ما حصل منه ماله ، ويرق ما

سوى ذلك) (٢)

(١) انظر المدونة ١٨٦/٣ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لابن عبد الله محمد بن محمد الخطاب (مكتبة النجاح طرابلس ليبيا) ٣٣٨/٦ ، وبها مشه التاج والإكليل ، وانظر الخرشى ١٢٣/٨ - ١٢٥ ، وأقرب المسالك وشرحه ٤٤٦/٢ - ٤٤٧ ، والألم للشافعية ١١٧/٧ ، والمنهاج للنووي مع شرحه مغنى المحتاج ٤٩٦-٤٩٥/٤ وتخریج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٧٦ ، وكشاف القناع ١٧/٤ والمغنى ٣٤١/٩
(٢) المدونة ١٨٦/٣ ، وانظر الخرشى ١٢٣/٨ - ١٢٤

وقال الخطاب (١) : (وإن كان معتق الحصة معسرا بقي سهم شريكه

رقيقا) (٢)

وقال النووي : (وإذا كان بينهما عبد فأعتق أحدهما كله أو بعضه

عتق نصيبه ، فإن كان معسرا بقي الباقي لشريكه ، وإلا سرى إليه أو إلى

ما أيسر به ، وعليه قيمة ذلك يوم الإعتاق) (٣)

(١) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، المعروف بالخطاب ،
يكنى بأبي عبد الله ، ولد بمكة عام ٩٠٢ هـ ، أخذ عن والده ،
ومحمد بن عبد الغفار ، ومحمد بن عراق ، وأخذ عنه ابنه يحيى ،
وعبد الرحمن التاجوري ، ومحمد المكي ، ومحمد العيسى ، وغيرهم ، له
مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، وحاشية على البيضاوي ، وتعليق
على ابن الحاجب ، وقرة العين شرح ورقات إمام الحرمين ، توفي عام
٩٥٤ هـ ، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ص ٢٧٠ -

(٢) شرح الخطاب (مواهب الجليل) ٣٣٨/٦ ، وانظر شرح أقرب

السالك ٤٤٦/٢ - ٤٤٧

(٣) المنهاج للنووي ٤٩٥/٤ - ٤٩٦

وقال الزنجاني : (إن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك، وكان المعتق معسرا، عتق نصيبه، وبقي الباقي في ملك مالكه كما كان ولا يستسعى العبد في أداء ^{قيمة} أباقيه عند الشافعي رضي الله عنه. (١)

وقال البهوتي : بعد أن ذكر حكم ما إذا كان المعتق موسرا :
(وإذا كان المعتق للعبد المشترك، أو لنصيبه منه معسرا بقيمة شقص شريكه كله فلم يملك شيئا من قيمته، عتق نصيبه من العبد أو الأمة فقط.
يعنى : لا يسرى عتقه، إذن إلى نصيب شريكه ولو أسير بعده أى : بعد العتق (٢)

المذهب الثاني :

ذهب أبو حنيفة إلى أن المعتق للعبد إذا كان معسرا فشريكه بالخيار، إما أن يعتق وأما أن يستسعى العبد . (٣)
جاء في البداية بعد ذكر حكم ما لو كان المعتق موسرا :
(وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار، وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد .

والولاء بينهما في الوجهين (٤)

(١) الزنجاني، ص ١٧٦

(٢) كشف القناع ٥١٧/٤ وانظر المغني ٣٤١/٩

(٣) هذا عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فإن الشريك ليس له إلا حالتان فقط : الضمان مع اليسار، والسعي مع الإعسار. انظر الهداية وشروحها ٢٥٩/٤ - ٢٦٠

(٤) المصدر نفسه ٢٥٩/٤ هناك مذاهب أخرى في هذه المسألة لم نتعرض لها . تراجع في المغني ٣٣٦/٩ وما بعدها .

الأدلة :

١- استدل الذين منعوا الاستسعاء بالاستصحاب ، وأيدوا استدلالهم بما جاء في الأحاديث من الاقتصار على عتق ما أعتقه الشريك دون ذكر الاستسعاء ، والمعقول .

ووجه الاستدلال بالاستصحاب :

أن الأصل أن لا ضمان على شخص إلا بما أدخله على نفسه من صنيع يستوجب الضمان عليه .

فإذا لم يتلف شيئاً، أو يوقع ضرراً يستوجب ضماناً، بقيت ذمته فارغة وبريئة، فلا تشغل بالضمان ونحوه إلا بدليل .

والعبد الذي أعتق جزؤه لم يرتكب ضرراً في حق السيد يوجب عليه ضماناً حتى يستسعى، فلا تجب عليه السعاية استصحاباً لبراءة ذمته .

قال الزنجاني (ولا يستسعى العبد في أدائه قيمة باقية عند الشافعي رضي الله عنه لأنه لم يتحقق منه صنيع يستدعي وجوب الضمان عليه) (١)

وقال ابن رشد : (وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه : إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه .

والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء) (٢)

(١) الزنجاني ص ١٢٦

(٢) ابن رشد بداية المجتهد ٣٦٨/٢

« وأيدوا هذا بحديث ابن عمر، فإنه لم يذكر فيه استسعاء ».

وذلك فيما جاء عنه رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أعتق شركاً له في عبد ، فكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق) (١)

قال الشافعي بعد ذكره لهذا الحديث معترضاً على الخصم :
(فأخذنا نحن وأنتم بهذا الحديث، وأبطلنا به الاستسعاء ، وشركنا الرق والحرية في العبد، إذا كان المعتق للعبد مغللاً) (٢)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيه :
(وإلا فقد عتق منه ما عتق) . وهذا دليل على أن العبد يصير بعضه حراً ، وبعضه عبداً ، ولم يوجب الحديث استسعاءً على العبد .

(١) رواه مسلم بهذا اللفظ في العتق ١٣٩/٢ ، حديث رقم ١ ، والبخاري في العتق ، باب إذا أعتق عبد بين اثنين ١٥٩/٥ ، حديث رقم ٢٥٢٢-٢٥٢٥ ، وأبو داود في العتق ، باب فيمن روى أنه لا يستسعى ٢٥٦/٤ ، حديث رقم ٣٩٤٠ ، ومالك في الموطأ ص ٤٨٣ ، حديث رقم ١ ، والشافعي في الأم ١٩٧/٧ ، ورواه الترمذي في الأحكام ، والنسائي في البيوع ، وابن ماجه في العتق

(٢) الأم ٣٩٧/٧

وما يدل على هذا ما ذهب إليه عمر بن عبد العزيز (١) في عبد أعتق جزؤه
بناءً على رأى عروة بن الزبير رضى الله عنهما .

جاء في المدونة : (وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز برأى عروة بن الزبير
في امرأة أعتق مُصابها في عبد ، وكان مُصابها ثمنه ، ولا قيمة عندها ، فجعل
له عمر بن عبد العزيز في كل ثمانية أيام يوماً ، وجعله في يوم الجمعة للورشة
سبعة أيام ، وهو قول مالك) (٢)

* وأيدوه بالمعقول أيضا :

فقالوا : إن الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد (أما الشريك : فإننا
نحيله إلى سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً ، وإن حصل فربما يكون
يسيراً .

وأما العبد : فإننا نجبره على سعاية لم يرد لها ، وكسب لم يختره وهذا
ضرر في حقهما .) (٣)

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي ، يكنى بأبى حفص ولد عام ٦٠ هـ بخلوان بمصر ، تلقى العلم على يد عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وروى عن أنس بن مالك ، وعبد الله بن جعفر بن أبي طالب ويوسف بن عبد السلام ، وسعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير وتولى الخلافة عام ٩٩ هـ بم عهد من سليمان بن عبد الملك ، توفى سنة ١٠١ هـ ، انظر ترجمته في فوات الوفيات لمحمد شاكر الكتبي تحقيق احسان عباس (دار صادر) ٣/ ٣٣٣ - ١٣٥ ، والأعلام ٥/ ٢٣-٢٤

(٢) المدونة ٣/ ١٨٧

(٣) المغنى ٩/ ٣٤٣

وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) (١)
 وأما ما ورد في شأن الاستسعاء وهو قوله : (ثم يستسعى في نصيب الذي
 لم يعنه غير مشقوق عليه .) فمدرج في الخبر . فقد اختلف أصحاب قتادة
 في ذكر السعاية ، فمنهم من ذكرها ، ومنهم من لم يذكرها .
 وعلى فرض أنها من الحديث ، فإنها محمولة على أنه يستسعى لشريك
 المعتق ، أي يخدمه بقدر نصيبه ، لئلا يظن أنه يحرم عليه استخدامه . (٢)
 ٢- واستدل القائلون بالاستسعاء بالسنة ، والقياس .

فأما السنة :

فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال : (من أعتق شقصاله في عبد فخلاصه في ماله ، وإن كان له مال ، فإن
 لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مشقوق عليه .) وفي رواية : (وإن لم يكن
 له مال : قوم عليه قيمة عدل ، ثم يستسعى في نصيب الذي لم يعتق غير
 مشقوق عليه) (٣)

(١) رواه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ص ٦٦٤ ، حديث رقم ١٣١ ، وأحمد

٣٢٧/٥ ، وابن ماجه في الأحكام ، ٧٨٤/٢ ، حديث رقم ٢٣٤

(٢) انظر الشرييني ، معنى المحتاج ٣٩٥/٤ ، وتكملة شرح فتح القدير

٢٥٧/٤ وابن رشد بداية المجتهد ٣٦٨/٢

(٣) رواه مسلم في العتق بهذا اللفظ باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠-١٤١

حديث رقم ٣ ، ٤ ، والبخارى في العتق ، باب إذا أعتق نصيبا في

عبد وليس له مال ١٥٦/٥ ، حديث رقم ٢٥٣٦-٢٥٢٧ ، ورواه أبو

داود في العتق باب من ذكر السعاية ٢٥٤/٤-٢٥٦ ، حديث رقم

٣٩٣٧-٣٩٣٨ ، والترمذي في الأحكام وابن ماجه في العتق .

ومعنى غير مشقوق عليه : أى لا يغلى عليه الثمن . (١)
ففى هذا الحديث دلالة واضحة على أن العبد يستسعى فى القيمة
الباقية لشريكه .

وأما القياس :

فقالوا ضمان العبد مع عدم التسعدى ، على من ألقت الريح ثوبه فى
صبيغ إنسان فانه يضمن .

فقالوا : إن من لم يعتق احتبست ماله نصيبه عند العبد ، فله أن
يضمنه ، وإن وقع احتباسهما عنده بغير اختياره ، كما إذا هبت الريح فألقت
بثوب ، وإنسان فى صبيغ غيره فانصبيغ به فإن لصاحب الصبيغ أن يضمن مالك
الثوب قيمة صبيغه ، موسرا كان أو معسرا ، وإن كان لا دخل له فى صبيغ الثوب

ولا يعارض هذا : بأن العبد فقير فلا يجب عليه الضمان . بل
يجب عليه مع فقره ، كما فى المعسر المدين فان الإعسار لا يسقط عنه
الدين ' (٢)

(٢) انظر الهداية وشروحها ٢٥٧/٤

(٢) انظر الهداية وشروحها ٢٦١/٤

وأما الاستدلال بحديث ابن عمر فقد اختلف في رفع الزيادة
ففي قوله (فقد عتق عليه ما عتق) وهل هي من قول نافع راوى
الحديث أو مرفوعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ (١)

(١) انظر الأم ١٩٧/٧ ، وتكملة شرح فتح القدير ٢٥٧/٤ ، وبداية

السؤال الثالثة عشرة :-

حكم تصرف السيد في مَدَبَرِهِ

أجمع المسلمون على جواز التَّذْيِير : وهو أن يقول السيد لعبده أَنت حرٌّ عن دَبْرِ مني ، أو يطلق فيقول أَنت مَدَبَر .

واختلفوا هل للسيد المَدَبَر أن يتصرف في مَدَبَرِهِ ببيع أو هبة أو وقف ونحوه؟ على مذهبين :

المذهب الأول :-

ذهب الشافعية ، والحنابلة ، في الرواية الراجحة عندهم (١) إلى أن المَدَبَر يجوز له التصرف في مَدَبَرِهِ بالبيع ، والهبة ، والتصدق ، ويجوز وقفه ، ورهنه ونحو ذلك من التصرفات . وهو قول الظاهرية أيضا (٢)

قال النووي في المنهاج : في شأن المَدَبَر (وله بيعه . . .) (٣)

قال الخطيب الشربيني شارحا لقول النووي المتقدم : (وله أي السيد

بيع المَدَبَر) (٤)

وقال أيضا (وفي معنى البيع كل تصرف يزيل الملك) (٥)

(١) هناك رواية عن أحمد بن محمد بن المديبر لا يباع إلا إذا كان السيد فقيرا

لا يملك شيئا وعليه دين انظر المغنى ٣٩٣/٩

(٢) انظر مغنى المحتاج ٥١٠/٤ ، والزنجاني ١٧٥-١٧٦ ، وبداية المجتهد ٣٩٠/٢ ، والمغنى لابن قدامة ٣٩٣/٩ ، وكشاف القناع

٥٣٥/٤ ، والمحلى لابن حزم ٢١٧/٩

(٣) المنهاج ٥١٢/٤

(٤) مغنى المحتاج ٥١٢/٤

(٥) المصدر نفسه ١٢/٤ وانظر الزنجاني ص ١٧٥-١٧٦

وقال البهوتي : (وللسيد بيع المَدَّ بَر ولو كان أمة . أو كان البيع

لبيع في غير الدين .

وله أيضا هبته ووقفه ورهنه ونحوه . (١)

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية ، والمالكية ، في المشهور عندهم (٢) إلى عدم جواز

التصرف في المَدَّ بَر ببيع ، أو هبة ونحوهما . ولا يجوز إخراجه من ملك

سيده ، إلا إلى الحرية . (٣)

قال صاحب بداية المبتدى بعد أن ذكر التدبير وألفاظه :

(ثم لا يجوز بيعه ، ولا هبته ، ولا إخراجه عن ملكه ، إلا إلى الحرية .) (٤)

وقال الشيخ الدردير : (لا يجوز للسيد إخراجه إلى المَدَّ بَر - بغير

حرية كبيع وهبة وصدقة) (٥)

ثم قال : (وإن وقع من السيد بيع للمَدَّ بَر أو هبة ، أو صدقة ، فسخ

بيعه ، وهبته ، وصدقته .) (٦)

(١) كشف القناع ٥٣٥/٤ ، وانظر المغنى ٣٩٣/٩

(٢) انظر الهداية وشروحها ٣١٨-٣١٩/٤ ، وشرح أقرب المسالك ٤٥٠/٢
والخرشى ١٣٥/٨ ، وبداية المجتهد ٣٩٠/٢

(٣) يقابل مشهور المذهب رأى يقول بجواز التصرف في المَدَّ بَر ببيعه
أو هبته . . . إلخ ، إذا أحدث أمورا قبيحة لا ترضى ، فهنا يجوز للسيد أن
يخرجه من ملكه . انظر شرح أقرب المسالك ٤٥٠/٢

(٤) بداية المبتدى ٣١٨/٤ ، وانظر الهداية وشروحها عليها الجزء والصفحة
نفسهما .

(٥) شرح أقرب المسالك ٤٥٠/٢

(٦) المصدر نفسه ٤٥٠/١ وانظر الخرشى ١٣٥/٨

الأدلة :

استدل من قال بجواز التصرف في المدبر بالاستصحاب الذي تؤيده
السنة والقياس .

فقالوا : إن العبد قبل التدبير كان على الرق فيجوز بيعه وهبته
والتصرف فيه عموماً ، فيستصحب هذا الحكم بعد التدبير ، استصحاباً لما قبل
التدبير ، فيجوز التصرف فيه ، لأن التدبير لم يوجب زوال الرق فيستصحب رقه
إلى وجود ناقل يخرج به من الرق إلى الحرية (١)

✽ وأيدوا هذا الاستدلال بالسنة :

- فمن ذلك حديث جابر الذي روى باللفاظ متعددة كلها تجوز بيع الرقيق المدبر
ومن هذه الألفاظ : (بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً اعتق غلاماً
له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه بثمانمائة درهم ، ثم أرسل بثمنه إليه) (٢)
• وأيدوه كذلك بما جاء (عن عائشة رضي الله عنها أنها مرضت فطاول
مرضها ، فذهب بنواؤها إليها إلى رجل فذكروا له مرضها ، فقال : إنكم تخبروني
عن امرأة مطبوبة .

(١) انظر الزنجاني ص ١٧٥-١٧٦ ، والهداية وشروحيها ٢٩٩/٤

(٢) رواه البخاري بهذا اللفظ في الأحكام ، باب الامام يبيع على الناس
أموالهم وضياعهم ١٢٩/١٣ حديث رقم ٧١٨٦ ، وفي العتق
باب بيع المدبر ١٦٥/٥ ، حديث رقم ٢٥٣٤ ، ورواه مسلم في
الزكاة ، باب الابتداء في النفقة بالنفس ٦٩٢/٢ حديث رقم ٤١ ،
ورواه أبو داود في العتاق والنسائي في الزكاة ، ومالك في الموطأ

في رمضان ، وغيرهم .

قال : فذهبوا ينظرون فإذا بجارية لها سحرتها ، وكانت قد رتبتها ، فدعتها

ثم سألتها : ماذا أردت ؟

ف قالت : أردت أن تموتى حتى أعتق .

ف قالت : فان لله على أن تباعى من أشد العرب - ملكة (١) وأمرت

بشئها فجعل في مثلها (١)

ففى هذين الخبرين دلالة واضحة على جواز بيع المدبر والتصرف فيه

وهذا لا يكون إلا باستصحاب رقه السابق للتدبير بناء على أن التدبير

ليس بناقل للعبد من الرق إلى الحرية .

* ويؤيد الاستدلال بالاستصحاب ، القياس : فإن العتق بالتدبير

يشبه العتق بالصفة فى غير التدبير ، بل هو عتق بصفة أيضا فيجب

أن يكون حكمه حكم العتق بالصفة فى غير التدبير ، فكما يجوز بيع العبد

المعلق عتقه بصفة معينة يجوز كذلك بيع العبد المدبر .

قال ابن قدامة : (ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع

البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر) (٢)

كما أن التصرف فى المدبر يشبه التصرف فى العبد الموصى به ، بجامع

أن كلا منهما تبرع بمال بعد الموت .

قال ابن قدامة : (ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع فى الحياة

كالوصية) . (٣)

(١) أسوأ العرب من ملوكهم ، انظر (المطالع) ١٤٠٠ / ٤ (١٩٨٢) ١٦١٠ / ٤
تفسير أحمد بن حنبل (ط) ١٤٠٠ / ٤ (١٩٨٢) ١٦١٠ / ٤ وقال

(١) رواه أحمد فى المسند ٤٠٠ / ٦ ، والحاكم فى المستدرک ٢٢٠ / ٤ وقال

على شرط الصحيحين ولم يخرجاه

(٢) المغنى لابن قدامة ٣٩٣ / ٩ وانظر الهداية وشروحها ٣١٩ / ٤

(٣) المغنى لابن قدامة ٣٩٣ / ٩ ، والهداية وشروحها ٣١٩ / ٤

✽ واستدل المانعون للتصرف في المُدَبَّر بالسنة ، والقياس ، والمعقول .

أما السنة :

أ - فما رواه ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

(المُدَبَّر من الثلث) (١)

ب - وروى عنه رضي الله عنه أنه قال : (المُدَبَّر لا يباع ولا يوهب وهو

حرم من الثلث) (٢)

ج - وما رواه نافع عنه رضي الله عنه (أنه كره بيع المُدَبَّر) (٣)

فهذه الروايات مجتمعة عن ابن عمر تدل على عدم صحة بيع المُدَبَّر .

وهذه الروايات مجتمعة قال الدارقطني (٤) فيها إنها موقوفة وضعف رفعها ^{أولها}

قال الحنفية في الاستدلال بها :

بأنها على تقدير أنها مرفوعة فلا إشكال في الاحتجاج بها؛ لأنها تدل

صراحة على عدم جواز بيع المُدَبَّر أو التصرف فيه .

(١) رواه الدارقطني ، على بن عمر في سننه ، تحقيق عبد الله هاشم اليماني
(دار المحاسن للطباعة بالقاهرة ١٨٨٦-١٩٦٦ م) كتاب البيع ٤ / ١٣٨

حديث رقم ٤٩

(٢) رواه الدارقطني في كتاب البيع ٤ / ١٣٨ حديث رقم ٥٠

(٣) رواه الدارقطني في كتاب البيع ٤ / ١٣٨ حديث رقم ٥١

(٤) هو على بن عمر الدارقطني الإمام صاحب السنن كان إمام عصره في الحديث

وهو أول من صنف في القراءات ، شافعي المذهب ، له السنن ، والعلل

في الحديث توفي عام ٣٩٦ هـ انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى

٣ / ٢٦٢-٤٦٦ وشذرات الذهب ٣ / ١١٦ ، ووفيات الأعيان ٣ / ٢٩٧-

وعلى تقدير أنها موقوفة: فهي كذلك يصح الاستدلال بها هنا؛ لأن قول الصحابي إذا لم يوجد نص يعارضه يصح الاستدلال به ، لاسيما إذا كانت المسألة المنقولة عن الصحابي لا مجال للاجتهاد فيها .
وهذه المسألة لا يعارضها نص صريح ، يُجوزُ بيع المدبّر والذي ورد في جواز بيع المدبّر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وإنما وائفة حال لا عموم لها؛ كما أن هذه المسألة: لا مجال للاجتهاد فيها، فيكون قول الصحابي هنا في حكم المرفوع .

فإذا قال الصحابي بعدم صحة بيعه، فلا يمكن أن يحمل هذا القول على أنه اجتهاد منه، بل يحمل على أنه أخذه عن طريق السماع فيكون في حكم المرفوع؛ ^{لأن} مثل هذا القول لا يأتي عن اجتهاد منه (١)

وأما استدلالهم بالقياس: فقياسهم التصرف في المدبر ببيع أو نحوه على التصرف في أم الولد؛ بجامع أن كل واحد منهما استحق العتق بموت سيده، فكما يمنع بيع أم الولد أو التصرف فيها بغير العتق فكذلك يمنع بيع المدبر أو التصرف فيه .

وأما المعقول :

فقالوا : إن التصرف في المدبر إرفاق له بعد وجود شائبة الحرية فيه؛ والشارع يتشوف إلى الحرية . (٢)
فيكون ذلك مانعا من بيعه ونحوه

(١) انظر الهداية وشروحها ٣١٩/٤
(٢) انظر الخرشي ١٣٥/٨ وأقرب المسالك وشرحه ٤٥٠/٢ ، والمغنى لابن قدامة ٣٩٣/٩

المسألة الرابعة عشرة:

ارث المفقود

• اتفق العلماء على أن الشخص إذا فُقد وانقطع خبره ولم تُعلم حياته ولا موته فإنه لا يرث أحدٌ ماله الذي خلفه ، بل يعتبر حيا في حق نفسه ، حتى تضي مدة التعمير (١) أو يحكم الحاكم بموته .
واتفقوا كذلك على أنه إذا حكم بموته ورثه أحياء ورثته / ولا يرثه من مات وقت الحكم بموته أو قبل الحكم بموته ولو بلحظة .

(١) اختلف الأئمة في تقدير مدة التعمير على أقوال كثيرة فقالت الحنفية أنها مائة وعشرون يحكم بعد ها الحاكم بوفاته ، ولهم آراء أخرى غير هذه أما المالكية فإنهم يقسمون المفقود إلى قسمين ، أحدهما : مفقود بلاد المسلمين أو الشرك . وهذا يوقف ماله حتى يحكم الحاكم بموته بعد مضي مدة التعمير ، وهي عند هم سبعون سنة ، أو ثمانون على الخلاف والثاني : مفقود معركة المسلمين فهذا إذا لم يوجد بعد انقضاء المعركة يحكم بموته ويقسم ماله ، وإن كان بين المسلمين والكفار فيحكم بموته بعد مضي سنة من انفصال الصفيين . وأما الشافعية : فعند هم يوقف ماله حتى تقوم البينة بموته ، أو يمضي عليه زمان لا يعيش فيه مثله . أما الحنابلة : فإنهم يحدون المدة بتسعين سنة بالنسبة لمن غالبه السلامة كالأسير ، والتاجر ، والسائح ، ونحوهم ، وأما من غالبه الهلاك ، كمن غرقت به مركب فنجا البعض ، وغرق البعض ، ولم يوجد هو فيقدر له أربع سنوات منذ أن فقد ثم يقسم ماله ورثته . انظر هذه الأقوال في الهداية وشروحها ٣٧٣-٣٧٤ ، وشرح أقرب المسالك ١٤/٢ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/٣٤ ، والمهذب مع تكملة شرح المجموع عليه ٤/٥٠٩ - ٥١١ ، ومغني المحتاج ٣/٢٦-٢٧ ، وكشاف القناع ٤/٤٦٥ ، وشرح منتهى الإرادات (المكتبة السلفية المدبنة المنورة) ٢/٦١٧

• كما أنهم اتفقوا على أنه إذا مات من يرثه المفقود في فترة غيبته، وقبل الحكم بموته، فإن المفقود لا يرث منه، بل يوقف نصيبه حتى يعلم حاله وبناءً على هذا فإن كل تركة فيهما مفقود يجب أن تحل حلين :

الحل الأول :

يقدر فيه المفقود حياً ، وتقسم التركة على الورثة بما فيهم المفقود

الحل الثاني :

يقدر فيه المفقود ميتاً وتقسم التركة على بقية الورثة دون المفقود ، وينظر في هذين التقديرين : فيعطى كل وارث أقل النصيبين من هذين التقديرين حتى يتضح الحال بالنسبة لهذا المفقود، وحينئذ يعطى كل ذي حق حقه كاملاً ثم بعد ذلك إذا بان المفقود حياً أخذ نصيبه ، وإن علم أنه مات دفع نصيبه مع بقية ماله إلى ورثته، وإن علم أنه ^{مات} قبل موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الميت الأول ولم يأخذ ورثة المفقود شيئاً (١)

واختلفوا في حكم ما لو لم تظهر حياته أو موته وحكم الحاكم بموته بناءً على انقضاء المدة هل يرث هو من مات قبل هذا الحكم أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، بأنه لا يرث، للشك في حياته لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث عند موت المورث، وهنا حياته مشكوك

(١) انظر الهداية وشروحها ٣٧٤-٧٧٣/٥ ، وشرح أقرب المسالك ٥١٤/٢-٥١٥ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤٣٤/٤ ، والمهذب مع تكملة المجموع عليه ٥١١-٥٠٩/١٤ ومغني المحتاج ٢٦٦/٢-٢٧ ، وكشاف القناع ٤٤٦-٤٦٥/٤ وشرح منتهى الإرادات ٦١٧/٢-٦١٩ والمغني لابن قدامة ٣٢٤-٣٢١/٦

فيها وهو رأى في المذهب الحنبلي والمذهب على خلافه (٢)

قال المرغيناني : (ولا يرث المفقود أحدا مات في حال فقده) (٢)

وجاء في الكفاية في شرح هذا القول : (ومعنى قولنا : ولا يرث المفقود أحد ، أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكاً للمفقود ، أما نصيبه من الارث فيوقف لأن حيسات المفقود محتملة والمحمّل يكفي للتوقف كما في الجنين ، فان ظهر حياً علم أنه كان مستحقاً ، وان لم يظهر حتى بلغ التسعين سنة ، فما وقف له يرد على ورثته صاحب المال كالوقف

للجنين اذا انفصل حيا) (٣)

ومعنى هذا أنه اذا قضى بموته جعل كأنه مات الآن في استحقاق

غيره منه ، وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقده . (٤)

قال ابن الهمام (وهذا معنى قولنا : المفقود ميت في مال غيره) (٥)

(١) انظر الهداية وشروحها ٣٧٤/٥ ، وشرح أقرب المسالك ٥١٥/٢ ، والمهذب وشرحه ، ونهاية المحتاج ٢٩/٩ وتحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (المكتبة التجارية الكبرى) ٤٢٣/٦

(٢) بداية المبتدئ ٣٧٤/٥

(٣) الكفاية على الهداية ٣٧٤/٥ ، وانظر حاشية ابن عابد بن ٣٩٣/٤ -

٢٩٦

(٤) انظر شرح فتح القدير ٣٧٤/٥

(٥) شرح فتح القدير ٣٧٤/٥

وقال الدردير بعد أن ذكر حكم المفقود في حالة ما إذا كان مورثاً
ذاكراً لحكمه في حالة ما إذا كان وارثاً : (فإن كان وارثاً، بأن مات مورثه
فلا يرث المفقود شيئاً ولكن يقدر حياً مرة ، وميتاً مرة أخرى، ويُعطى غير
المفقود أقل نصيبه ويوقف المشكوك فيه .

فإن ثبتت حياته أو موته فالأمر واضح . وإن لم يثبت ذلك بأن مضت مدة
التعمير السابقة ليرثه أحياء ورثته غير المفقود (١)

وقال في الشرح الكبير : (وإن مضت مدة التعمير فكال مجهول . أي
فالمفقود كمن جهل تأخر موته أي : فلا يرث له ، ويرثه أحياء ورثته
وأما فائدة الوقف فلرجاء حياته (٢)

قال الدسوقي شارحاً لقول الدردير : (قوله : (ولا يرث له) أي :
من مورثه ، ولو كان الحكم بموت ذلك المفقود بعد موت ذلك المورث بسنين
قوله (ويرثه أحياء ورثته) : أي : وترث ذلك المورث أحياء ورثته غير المفقود (٣)
وقال الخطيب الشربيني : (ولومات من يرثه المفقود قبل قيام البيعة أو الحكم
بموته وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود ، وإلا وقفنا حصته
فقط حتى يتبين أنه كان عند الموت حياً أو ميتاً) (٤)

وجاء في تحفة المحتاج في حكم المال الموقوف بعد الحكم بموت
المفقود : (ثم إذا لم تظهر حياته في مدة الوقف يعود كل مال الميت
الأول إلى الحاضر، وليس لورثة المفقود منه شيء ، وإن لا يرث بالشك لاحتمال
موته قبل موت مورثه ، ذكره الفزالي رحمه الله وغيره وهو ظاهر) (٥)

(١) شرح أقرب المسالك ٥٢٥/٢

(٢) الشرح الكبير ٤٣٤/٤

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٤/٤

(٤) مغنى المحتاج ٢٦/٣

(٥) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٤٣٤/٦ وانظر نهاية المحتاج ٣٠/٦

المذهب الثاني :

يرى الحنابلة في الرواية الراجحة عند هم وهي المذهب : إلى أن
المفقود بعد الحكم بموته يرث من مورثه الذي مات قبل الحكم بموته ، ويصح
التصرف في المال الذي أوقف له ، فيقضى منه دينه في مدة تربصه
وينفق منه على من تلزمه نفقتهم . (١)

جاء في كشف القناع : (وإن مات مورثه ، أى : من يرثه المفقود
في مدة التربص ، وهي المدة التي قلنا ينتظر له فيها ، أخذ كل وارث غير
المفقود من تركه المتوفى اليقين ، وهو : ما لا يمكن أن ينقص عنه في حياة
المفقود أو موته . ووقف الباقي حتى يتيقن أمره أو تضي مدة الانتظار) (٢)

وجاء في حكم المال الموقوف بعد انتهاء مدة التربص : (والمذهب
أنه إن لم يعلم موت المفقود حين موت مورثه ، فحكم ما وقف له كبقية ماله
فيورث عنه ، ويقضى منه دينه في مدة تربصه ، وينفق منه على زوجته وبهيمة) (٣)
وجاء في العذب الفاضل : (فإنه لم يعلم حياته - أى المفقود -
بقدمه أو غيره ، حين موت مورثه ، ولم يعلم موته أيضا حينذاك ، ففي هذه
المسألة وجهان المذهب منها : أنه إن لم يعلم موت المفقود حين موت
مورثه فحكم ما وقف له كبقية ماله فيورث عنه ، ويقضى عنه دينه في مدة تربصه
لأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن تربصه) (٤)

وقال ذا كراً الوجه الثاني : (والوجه الثاني : أن الموقوف لأجل المفقود

(١) انظر كشف القناع ٤/٤٦٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٦١٨

(٢) كشف القناع ٤/٤٦٦

(٣) المصدر نفسه ٤/٤٦٦ وانظر شرح منتهى الإرادات ٢/٦١٨

(٤) العذب الفاضل شرح عمدة الفارض للشيخ إبراهيم بن عبد الله بن

إبراهيم (دار الفكر : بيروت ط ٢ / ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م) ٢/٨٦

يرد إلى الورثة الموجودين حال موت قريبهم لا حال الحكم بموت المفقود
وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية وهو وجه عندنا أيضا (١) .
وفرد كراين قدامة هذا الوجه المرجوح من مذهب الحنابلة الموافق لرأي
الجمهور فقال : (وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا إلى ورثة الميت
الأول) (٢)
الأدلة :

أدلة المذهب الأول :

استدل الحنفية والمالكية والشافعية على مذهبهم في عدم تورين المفقود
من مات قبل الحكم بموته في مدة التبرع بأن المفقود قبل الحكم بموته لا
يعلم حياته أو مسوته فهو مشكوك فيه ولا يرث مع الشك ولأن شرط الميراث
تحقق حياة الوارث عند موت المورث (٣)

ولم يستصحبوا حياة المفقود في إرثه من غير ذلك لأن الاستصحاب لا يصح
الاستدلال به ههنا لا عند الحنفية، ولا عند المالكية والشافعية، أما عند
الحنفية؛ فلأن الاستصحاب عندهم لا يصلح لأن يثبت الحقوق، بل هو
عندهم حجة دافعة للإستحقاق لا مثبتة له ولذلك لم يحتجوا به ههنا .
قال ابن الهمام معللاً عدم إرث المفقود من غيره على الوجه المذكور :
(لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت - يعني وقت موت ذلك الأحد - باستصحاب
الحال، وهو لا يصلح في الاستحقاق، بل في دفع الاستحقاق عليه، ولذا جعلناه
حياً في حق نفسه فلا يرث ماله في حال فقده ، ميتاً في حق غيره فلا يرث

(١) المصدر نفسه ٨٦/٢

(٢) المغنى ٣٢٣/٦ وانظر كشف القناع ٤٦٧/٤ وشرح منتهى الإرادات
٦١٧/٢

(٣) انظر مغنى المحتاج ٢٦/٣ ، ونهاية المحتاج ٢٩/٦ - ٣٠

(هو غيره) (١)

وأما عند الشافعية والمالكية فلأن شرط الاستدلال بالاستصحاب
أن لا يوجد المغير له، فإذا وجد ما يغير الاستصحاب لم يحتج به
وهنا في هذه المسألة وجد ما يغيره وهو الشك في حياصة الوارث
لاحتتمال أن مات قبل موت مورثه .

قال الشريفي في شأن حياة المفقود : (فانه لم يفقد فيها ما يصلح
للتغير بل وجد وهو الشك في حياته) (٢)

ولذلك عللوا عدم إرثه بسعد الحكم بموته، من مورثه الذي مات في مدة
التريص فقالوا : (إن لا إرث بالشك لا احتمال موته قبل موت مورثه) (٣)
كما أنهم استدلوا على عدم إرثه بالقياس على الحمل فقالوا : إن
الحمل إذا انفصل حيا استحق نصيبه الموقوف له ، وإن انفصل ميتا أخذت
الورثة ما كان موقوفا له ، فكذلك هنا يجب أن يكون له حكم المفقود ، فإن
بان حيا أخذ نصيبه وإلا كان الموقوف من نصيب الورثة . (٤)

(١) شرح فتح القدير ٣٧٤/٥ وانظر الدر المختار ٢٩٣-٢٩٦ ،
وتيسير التحرير ١٧٨/٤ ، وانظر فواتح الرحموت ٣٥٩/٢ والتوضيح
لمتن التنقيح ١٠١/٢

(٢) تقرير شيخ الاسلام الشريفي على شرح جمع الجوامع ٣٤٨/٢

(٣) تحفة المحتاج ٤٢٣/٦ وانظر نهاية المحتاج ٣٠/٦

(٤) انظر تحفة المحتاج ٤٢٣/٦ بغنى المحتاج ٢٧/٣ والعذب

الفاضل ٨٦/٢

أدلة المذهب الثاني :

استدل الحنابلة على قولهم بارتث المفقود بعد الحكم بموته للمال الموقوف

له من تركه مورثه الذى مات قبل الحكم بموته بالاستصحاب فقالوا :

إن حياته السابقة لفقدته يجب أن تستصحب حتى يأتى ما يدل على موته

وهو الحكم بموته بناءً على قيام البينة ، أو انقضاء مدة التعمير ، وما قبل هذا

الحكم يكون حكم المفقود حكم الأحياء ، فلا يورث استصحاباً لحياته السابقة

ويرث ممن مات من مورثيه فى هذه الفترة استصحاباً لحياته السابقة أيضاً .

قال صاحب كشف القناع معطلاً لإرثه من غيره بقوله : (لأنه

لا يحكم بموته إلا بعد انقضاء زمن التبرص) (١)

وجاء فى شرح منتهى الإرادات (فان قدم المفقود أخذ نصيبه . أى :

ما وقف له لأنه المستحق له ، وإلا يقدم ، ولم تعلم حياته حين موت مورثه

ولا موته إن ذاك فحكمه أى : نصيبه الذى وقف له كبقية ماله الذى لم يخلفه

مورثه فيقضى منه دينه فى مدة تبرصه ، وينفق منه على من تلزمه نفقته ، لأنه

يحكم بموته عند انقضاء زمن تبرصه) (٢)

ومعنى ذلك أنه قبل انقضاء زمن تبرصه فهو فى حكم الأحياء . وهذا لا

يكون إلا باستصحاب حياته السابقة واعتباره حياً ففى حق غيره فيرث من

مورثه .

وهذه المسألة خالف فيها الشافعية والمالكية الحنابلة - مع أنهم يقولون

بصلاحية الاستصحاب لبقاء ما كان على ما كان ولا ثبات الحقوق - لأن

(١) كشف القناع ٤٦٧/٤ ، وانظر العذب الفاضل ٨٧/٢

(٢) شرح منتهى الإرادات ٦١٨/٢

في هذه المسألة وجد ما يغير حكم الاستصحاب، وهو الشك في حياة الوارث، لأن شرط الاستدلال بالاستصحاب فقدان ما يصلح للتغير، وههنا لم يفقد ما يصلح للتغير، بل وجد وهو عدم العلم بحياة الوارث قبل موت مورثه، وهذا يصلح، لأنه يغير حكم الاستصحاب، فيستدل به فقط في دفع الإرث عنه لا في إثبات الإرث له.

ولقد فرّع كثير من العلماء، وخاصة علماء الحنفية على الخلاف في صلاحية الاستصحاب وعدمه مسألة المفقود هذه فقالوا:

إن المفقود يرث عند الشافعية، لا عند الحنفية، بناءً على أن الاستصحاب حجة مثبتة عند الشافعية وحجة دافعة عند الحنفية.

ولقد ذكر صاحب التوضيح (١) مفرعاً على الخلاف في هذا الأصل مسألة المفقود هذه فقال: (كحياة المفقود فيرث عنده - أي عند الشافعي - لا عندنا - أي الحنفية - لأن الإرث من باب الإثبات فلا يثبت به) (٢)

إلا أن الشافعية لا يقولون بهذا بل المفقود عندهم لا يرث للشك في حياته كما تقدم، فيكون هذا النوع خارجاً عن مسمى الاستصحاب بأقسامه الثلاثة المعتمدة عند الشافعية والجمهور وهي استصحاب العدم الأصلي واستصحاب العموم حتى يأتي مخصص، والنقص حتى يأتي ناسخ، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته وبقائه لوجود سببه.

(١) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد المحبوبي البخاري الحنفي صدر الشريعة الأصغر. من علماء الحكمة والطبيعية وأصول الفقه والدين، له كتاب تعديل العلوم، والتنقيح في أصول الفقه وشرحه التوضيح، وشرح الوقاية لجدّه محمود والنقاية: مختصر الوقاية في الفقه الحنفي وغير ذلك. توفي عام ٧٤٣ هـ انظر الفوائد البهية ١٠٩-١١٢، والاعلام ١٩٧/٤-١٩٨.

(٢) التوضيح لمتن التنقيح، لصدر الشريعة ابن مسعود ١٠١/٢ وانظر تيسير التحرير ١٧٨/٤، وفواتح الرحموت ٣٥٩/٢.

وهذه الأقسام هي التي حصل النزاع فيها بين الشافعية والحنفية .
ولهذا رد الشرييني على كلام صاحب التوضيح المتقدم بعينه أن ذكر
هذه الأقسام الثلاثة قاشلاً: (فإن قلت بقى قسم رابع زعم صاحب التوضيح
من الحنفية إننا نخالفهم فيه ، وهو : ما ليس عدماً أصلياً ولا عمومياً ، ولا نصاً
ولا دل الشرح على ثبوته لوجود سببه كحياة المفقود فإنه قال : فيرث عند
الشافعية لا عندنا لأن الارث من باب الاثبات فلا يثبت .

قلت : هذا غلط فإن الذى نقله الرملی (١) وابن حجر (٢) عن الغزالي
أنه إذا حكم بموته بعد موت مورثه لا يرث للشك في حياته . (٣)

(١) هو محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملی فقيه الديار المصرية
في عصره ومرجعها في الفتوى ، ولى إفتاء الشافعية ، جمع فتاوى أبيه ،
صنف شروحا وحواشى كثيرة منها : عمدة الرابح شرح على هداية الرابح
في الفقه ، وغاية البيان في شرح زيد بن رسلان ، ونهاية المحتاج إلى
شرح المنهاج ، وله فتاوى شمس الدين الرملی ، انظر
الاعلام ٣٣٥/٦

(٢) هو أحمد بن محمد بن على بن حجر الهيثمي ، السعدي ، الانصاري شهاب
الدين ، شيخ الاسلام أبو العباس ، فقيه باحث ، تلقى العلم في الأزهر
وله تصانيف كثيرة منها ، مبلغ الإرب في فضائل العرب ، والجواهر المعظم
والصواعق المحرقة على أهل البدل والضلال والزندقة ، وتحفة المحتاج
بشرح المنهاج ، والخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان وشرح
مشكاة المصابيح للتبريزي ، والفتاوى الهيدشمية وغير ذلك توفي عام ٩٦١
الاعلام ٢٢٣/١

(٣) تقرير الشرييني على شرح جمع الجوامع ٢/٣٤٨

ثم قال : فهذا القسم ليس محل النزاع بيننا وبينهم فادخله فسي
محل النزاع غلط من قائله (١)

ولهذا عندما ذكر صاحب شرح جمع الجوامع أقسام الاستصحاب وأنها
حجة مطلقاً عند الشافعية، وذكر رأياً آخر لبعض الشافعية، وهو أن
الاستصحاب حجة في الدفع . مثل لهذا الرأي بحياة المفقود فقال :
بأنها حجة في الدفع لا في الرفع عندهم .

قال بعد أن ذكر هذا الرأي مثلاً له : (كاستصحاب حياة
المفقود قبل الحكم بموته، فإنه دافع للإلزام منه ، وليس برافع، لعدم إرثه من
غيره للشك في حياته فلا يثبت استصحابها له ملكاً جديداً ، وإن الأصل
عدمه) (٢)

وبهذا يتضح أن هذه المسألة ليست كما يذكرها العلماء الذين
يفرغون على الاستصحاب بل قول الشافعية فيها لا يختلف عن قول الحنفية

(١) المصدر نفسه ٣٤٨/٢

(٢) شرح جمع الجوامع للجلال المحلي ٣٤٩/٢

الحائز

الخاتمة :

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد :

فان مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكسل زمان ومكان ، تتجلى فى أصولها الكلية ، التى بمراعاتها يجد المجتهد لكل حادثة حكما ، كما أنه يوجد بجانب هذه الأصول أدلة أخرى ليست محل اتفاق بين العلماء .

ومن هذه الأدلة المختلف فيها : الاستصحاب فهو الذى به تستقيم حياة الناس ، ولولا حصول الاضطراب والشك فى كل شىء ثبت هل هو باق على ثبوته أم تغير؟ ولهذا كان هذا الأصل من الأصول المهمة التى تدل على مرونة الشريعة وشمولها .

ولقد تقدم فى الأبواب والفصول الماضية ما يزيد هذا الأمر وضوحا وجلاء .

وهذه خلاصة لأهم ما توصل اليه البحث من نتائج :-

- ١- إن الخلاف فى صلاحية الاستصحاب لابقاء ما كان على ما كان ، خلاف لفظى بين المثبتين لحجية الاستصحاب والنافين لحجيته .
- لأن ما ثبت يبقى على ما كان عليه عند الطرفين عند عدم المغير .
- ولنما الخلاف فى المبقى له ، هل هو الاستصحاب أو الدليل الذى

أثبت الحكم ابتداءً فتوصل البحث ، الى أن الأرجح هو مذهب من
يسند البقاء ، الى الاستصحاب لا ، الى الدليل المثبت للحكم ابتداءً .

٢- توصل البحث ، الى أن مذهب الحنفية ليس هو عدم القول بحجية
الاستصحاب مطلقاً بل ، ان جمهورهم وخاصة المتأخرين منهم على أن
الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة .

٣- توصل البحث ، الى أن الخلاف بين الحنفية الذين يقولون بصلاحية
الاستصحاب للدفع ، وبين الذين يقولون منهم بعدم حجية الاستصحاب
مطلقاً ، يشبه الخلاف اللفظي ، لأن كلا الطرفين يشبان الدفع .
وانما الخلاف في إسناد الدفع هل الى الاستصحاب ام العدم
الأصلي .

٤- بعد مناقشة المذاهب المختلفة في حجية الاستصحاب والموازنة بينها
توصل البحث ، الى أن الاستصحاب - ما عدا استصحاب الإجماع - في
محل النزاع - حجة مطلقاً ، في الأمر الوجودي ، والعدي ، والشرعي
والعقلي ، وفي الإثبات ، والنفي بالدليل والبرهان .

٥- توصل البحث ، الى أن الاستصحاب آخر مدار الفتيوى كما صرح به
كثير من العلماء .

فلا يصح الاستدلال به ، الا بعد أن يبيح المجتهد عن الدليل
المثبت أو النافي للحكم .

فإذا لم يجد ، ينظر فان كان التردد في زواله فالأصل بقاءه ،
وان كان التردد في ثبوته فالأصل عدمه .

٦- توصل البحث بعد مناقشة أقوال وأدلة المذاهب في حجية استصحاب
الاجماع في محل النزاع الى ترجيح مذهب القائلين بعدم حجية هذا
النوع وذلك بالدليل والبرهان .

٧- توصل البحث الى أن الاستصحاب اثبتت عليه قواعد كثيرة جامعة
تجمعها كلها قاعدة اليقين لا يزول بالشك . وتحت كل قاعدة من
هذه القواعد مسائل كثيرة مفرعة على هذه القواعد .

٨- توصل البحث بعد مناقشة مذاهب العلماء في مسألة : هل الأصل
في الاشياء الإباحة، أو الحظر، أو التوقف، الى أن المقصود بهذه
القاعدة الأصل في الأشياء بعد الشرع لا قبل الشرع، إذ لا حكم قبل
الشرع .

كما توصل الى أن الأصل في الاشياء بعد الشرع الإباحة، ورجح
هذا المذهب بعد مناقشة أقوال المذاهب وأدلتهم في هذه القاعدة .

٩- أثبت البحث أن مسألة المفقود ، والتي يمثل بها معظم الأصوليين
وخاصة الحنفية منهم كثرة من ثمرات الخلاف بين الحنفية والشافعية في
صلاحية الاستصحاب للإثبات أو الدفع، ليست كما يذكرها هؤلاء بل إن
الشافعية ومن وافقهم عدا جمهور الحنابلة-يتفقون مع الحنفية في مسألة
المفقود، وإن أن هذه المسألة خارجة عن الاستصحاب عندهم لأن

شرط الاستدلال بالاستصحاب أن يفقد ما يصلح للتغيير، وهذه
المسألة لم يفقد فيها ما يصلح للتغيير بل وجد وهو الشك في حياة
المفقود، وشرط الميراث تحقق حياة الوارث عند موت المورث عند
الجميع، ولهذا قال الشافعية ومن وافقهم في هذه المسألة بأن
الاستصحاب دافع وليس برافع كما قال الحنفية.
أى: يصلح الاستصحاب لدفع الإرث من المفقود ولا يصلح لإثبات
الإرث له من غيره .

والله أعلم

والحمد لله أولا وأخيرا

الفنار

فهرس الآيات

الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا	٢٩	١٧٨، ١٦٨، ١٠٥، ٣٢
إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير	١٧٣	١٦٩
فإن أمنتكم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى	١٩٦	٢٣٨، ٢٣٧، ٢٢٧
فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف	٢٧٥	٦٣، ٣٦
لله ما فى السموات وما فى الارض ...	٢٨٤	١٧٨
سورة النساء		
ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء الا ما قد سلف	٢٢	٣٧
وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف	٢٣	٣٧
سورة المائدة		
فكلوا مما أمسكن عليكم	٤	٢٤٦، ٢٤٠
اليوم أحل لكم الطيبات	٥	١٠٦
والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما	٣٨	٤٢
فإن عثر على أنهما استحقا اثما فآخرا ن يقومان مقامهما	١٠٧	٢٨٦
ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها	١٠٨	٢٨٦
سورة الأنعام		
وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم	١١٩	١٧٥، ١٦٩، ١٨٠

الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة الاعراف		
قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق	٣٢	٣٢
ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث	١٥٧	١٧٢
سورة التوبة		
ما كان للنبي والذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين	١١٣	٦٣
وما كان الله ليضل قوما بعد إذ هداهم حتى يبين لهم ما يتقون	١١٥	٦٣
سورة يوسف		
وما أبرئ نفسي إن النفس لأمارة بالسوء	٥٣	ط
سورة ابراهيم		
لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم إن عذاب لي لشديد	٧	كلمة الشكر
سورة النحل		
ولا تكمنوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا	٩٢	١١٦ ١١٢ ٥٥
ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا أحرام	١١٦	١٨١ ١٧٥
سورة الاسراء		
إن أحسنتم أحسنتم لأنفسكم وإن أسأتم فلها	٧	١٧٨
سورة الانبياء		
وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما لاعبين	١٦	١٧٣
سورة المؤمنین		
أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا وأنكم إلينا لا ترجعون	١١٥	١٧٣

الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة النور		
ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا	٤	٢٤
سورة الصافات		
سبحان ربك رب العزة عما يصفون	١٨٠	ط
وسلام على المرسلين	١٨١	ط
والحمد لله رب العالمين	١٨٢	ط
سورة محمد		
ولا تبطلوا أعمالكم	٣٣	٢٣٣٥٢٢٤٥٢٢٣

فهرس الاحاديث (*)

رقم الصفحة	الحديث
٢٤٧٠ (٢٤٦)	١- إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها
(٦٤)	٢- إذا جاء أحدكم الشيطان فقال إنك قد أحدثت
(٤٨)	٣- إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه
١٤٥٠ (٤٧)	٤- إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين
(١٤٤)	٥- إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى
١٤٣٠ (١١٦)	٦- إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً
(٤٨)	٧- أرسل كلبى فأجد مع كلبى كلباً قد أخذ
١٧٠٠ (٣٣)	٨- إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً
١٨٢٠ (١٧٢)	٩- إن الحلال بين وإن الحرام بين
١٨١٠ (١٧٦)	١٠- إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم
(٢٧٠)	١١- إن رجلين أديا بغيري على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
(٢١٠)	١٢- إن رجلين من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم حرسا المسلمين
(٢٨٧)	١٣- إن الرسول صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق
(١٢٧)	١٤- إن الشيطان يأتي أحدكم فيخيل إليه أنه أحدث
٢٢٥٠ (٢٢٤)	١٥- إن الصعيد الطيب طهور
(٨١)	١٦- إن العينين وكاء السه
(٣٠٧)	١٧- وإن لم يكن له مال قوم عليه قيمة عدل
(٢١٤)	١٨- إنما ذلك عرق وليس بحيض
(٢٨٨)	١٩- إن محيصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل ^{انقلا} قبل خير
(٢١٠)	٢٠- إن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم فصلى ولم يتوضأ
(٢١٢)	٢١- إن النبي صلى الله عليه وسلم قاء فأقتر فتوضأ
١٥١٠ (٣٧)	٢٢- البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه
(٣١٢)	٢٣- بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر
١٧١٠ (١٧٠)	٢٤- الحلال ما أحل الله في كتابه

- ٢٥ - الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة (٤٦) ١٤٤٠
 ٢٦ - الصعيد الطيب وضوء المسلم (٢٢٥)
 ٢٧ - الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا (٢٢٥) ٢٦٢٠
 ٢٨ - قوموا فانحروا ثم احلقوا (٢٣٨)
 ٢٩ - لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال (٢٩٤)
 ٣٠ - المدير من التلست (٣١٤)
 ٣١ - من أصابه قى أو رعا ف أو قلس فليشوفنا (٢١٣)
 ٣٢ - من أعتق شركا له في عبد (٣٠٥)
 ٣٣ - من أعتق شقفا له في عبد فخلاصه في ماله (٣٠٧) ٣٠٩٠
 ٣٤ - من وقع في الشبهات وقع في الحرام (١٧٧)
 ٣٥ - لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل (٤١) ١٢٤٠
 ٣٦ - لا ضرر ولا ضرار

فهرس الاعلام المترجم لمرا *

الاسم	رقم الصفحة
<u>حرف الألف</u>	
- إبراهيم بن أحمد بن عمر، ابن شاقلا	١١١
- إبراهيم بن خالد بن أبي اللبان، أبو ثور	(٢٠٢) ٢٥٣، ٢٥٢، ٢١٥،
- إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله، أبو اسحق الشيرازي (٦٢)	٢٥٣، ١٢٣، ١٤٢،
	٢٦٩
- أحمد بن أحمد الطبري، القاص	١٤٦
- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، تقي الدين بن تيمية	(٣٤) ١٧٣، ١٧١، ١٦٨،
- أحمد بن عمر بن سريج الشافعي	٥٩
- أحمد بن محمد بن أحمد، الدردير	(٢٢١) ٢٤٤، ٢٣٤، ٢٢٩،
	٢٩٩، ٢٩٥، ٢٧٦، ٢٦٨، ٢٦٦
	٣١٩، ٣١١
- أحمد بن محمد بن أحمد، ابن القطان	١٥٠
- أحمد بن محمد بن حنبل	(٢٢٧) ٢٥٢، ٢٤٠، ٢٣٥،
	٢٥٦
- أحمد بن محمد الصاوي الخلوني، المالكي	(٢٢٩) ٢٦٦، ٢٣٥،
- أحمد بن محمد بن علي، ابن حجر الهيتمي	٣٢٥
- أحمد بن محمد بن هاني، الأثرم	٢٥١
- أحمد بن محمود بن قورد، قاضي زاده	٢٨٠
- إسحق بن إبراهيم بن مخلد، إسحق بن راهوية	٢٠٥

* الاعلام المترجمة في الرسالة مرتبة ترتيبا هجائيا، وإذا ورد العلم في أكثر من موضع في الرسالة أشرت إلى مكان ترجمته بالقوسين () .

رقم الصفحة	الاسم
٢٨٣، ٢٣١، ٢٣٠، (١١) (٥٩)	- اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل، المزنى
٢١٠	- أنس بن مالك بن النضر

حرف التاء والتاء والجيم

٢١٢	- ثوبان بن يحدد أبو عبد الله، مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢٣٢١، ٢١٠، (٢٠١)	- جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام

حرف الحاء والخاء

١٦٥	- الحسن بن حامد بن علي، ابن حامد
٥٩	- الحسين بن صالح، ابن خيران
٢٨٨	- حويصة بن مسعود بن كعب بن عدي
٢٢٨، ٢٥٠، ٢٤٤، (٢٢٨)	- خليل بن اسحق بن موسى المالكي
٢٩٥، ٢٧٢	

حرف الدال والراء

٢٢٧، ٢١٥، (١١١)	- داود بن علي بن خلف، داود الظاهري
٢٨٧	- رافع بن خديج بن رافع بن عدي

حرف الزاي

٢٧٥، (٢٧١)	- زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم
٢٩٩	- زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري
١٤١، ١٠٤، ١٠٣، (٨٥)	- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم

حرف السين

- سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ٢٠٢
 - سعد بن مالك بن سنان ، أبو سعيد الخدري ١٤٤
 - سعد بن أبي وقاص ، مالك بن أهيب (٤٣) ٢٤٩ ، ١٧٠
 - سعيد بن المسيب بن حزن ٢٠٥ (٢٠٢)
 - سلمان الفارسي ١٧٠
 - سهل بن أبي حنيفة بن ساعدة ٢٨٧

حرف الطاء

- طاووس بن كيسان الخولاني ٢٠٢

حرف العين

- عائشة بنت أبي بكر الصديق ٣١٢ ، ٢١٣ ، (٢٠١)
 - عباد بن تميم بن غزله الانصاري ٤٦
 - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ، ابن رجب الحنبلي ٢٥٦ ، ١٩٦ ، (١٩٣)
 - عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي ١٩٥ ، ١٤٣ ، ١٤٢ ، (١٤٠) ١٩٩ ، ١٩٨
 - عبد الرحمن بن سهل الانصاري ٢٨٨
 - عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أبو هريرة ٣٠٧ ، ٢٦٢ ، (٢٠١)
 - عبد الرحمن بن عبد الغفار ، عضد الدين الأيوبي ٦٦ ، (١٤)
 - عبد الرحمن بن عوف ١٤٥
 - عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ، الشربيني ١٠٠ ، ٩٧ ، ٥٢ ، ١٧ ، (١٦) ٣٥٦ ، ٣٣٢ ، ١٠٠

- الاسم رقم الصفحة
- عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر، جمال الدين الإسنى (١٢) ١٣٠، ٢٢٠، ٣٢٠، ٣٣٠
١٦٦، ١٠٤، ٦٩
- عبد السلام بن سعيد بن حبيب، الإمام سحنون المالكي (٢٤٣) ٣٠١
- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (٢٣) ٧١٠، ٧٢٠، ٧٤٠، ٧٦٠
- عبد العزيز بن الحارث بن أسد، أبو الحسن التميمي ١٦٤
- عبد القادر بن أحمد بن مصطفى، ابن بدران ١٦٣
- عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (٣٠) ٥١٠، ١٩٢
- عبد الله بن أحمد، ابن قدامة المقدسي (٢٠٦) ٢٠٧، ٢٢٢، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٥
٢٢٦، ٢٢٢، ٢٤١، ٢٤٥، ٢٤٦
٢٥٨، ٢٥٩، ٢٧٧، ٢٩٧، ٣٠٠
٣١٣، ٣٢١
- عبد الله بن زيد بن عاصم (٤٦) ١٤٤
- عبد الله بن عباس بن عبد المطلب (٢٠٥) ٢١٣، ٢٥٣، ٢٩٢
- عبد الله بن علقمة بن خالد بن الحارث، ابن أبي أوفى (٢٠١) ١١١
- عبد الله بن عمر بن الخطاب، (٢٠١) ٢٠٥، ٢١١، ٢١٣
٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٣، ٢٨٧، ٢٩٢
٢٩٣، ٣٠٥، ٣٠٩، ٣١٤
- عبد الله بن عمر بن عيسى، أبو زيد الدبوسي (٦١) ٧٢٠، ٧٣٠
- عبد الله بن عمر بن محمد، البيضاوي ١٦٦
- عبد الله بن قيس بن سليم، أبو موسى الأشعري ٢٩٢
- عبد العلوي، محمد بن نظام الدين الأنصاري ٧٧
- عبد الطك بن أبي محمد، أبو المعالي الجويني،
إمام الحرمين (٩٩) ١٤٧

رقم الصفحة	الاسم
٢٣٠٠٠١٠٤٠ (٦٣)	عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم، أبو طالب
٣٢١٠٣١٨٠٢٣٣	
١٠٤٠١٧٥١٥٠ (١٠)	عبد الواحد بن عبد الحميد، الكمال بن الهمام
٥٥٧٠٥٠٠١٧٠ (١٦)	عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، ابن السبكي
٩٨٠٩٧٠٩٣٠٥٧	
١٠٠٠٩٩	
٣٢٤	عبيد الله بن مسعود، صدر الشريعة
٢٩٣٠٢٩٢٠ (٢٩٠)	عثمان بن عفان بن أبي العاص
٩٧	عثمان بن عمر بن أبي بكر، ابن الحاجب
٢٤٦٠ (٤٨)	عدي بن حاتم الطائي
٣٠٦٠ (٢١٤)	عروة بن الزبير بن العوام الأسدي
٢٠٥٠ (٢٠٣)	عطاء بن أسلم بن صفوان
٢٧٧٠ (٢٧٣)	علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي
١٦٥	علي بن اسماعيل بن أبي البشر، أبو الحسن الأشعري
٩٧٠ (٥٧)	علي بن اسماعيل، أبو الحسن الأبياري
٢٧٩٠٢٦٨٠ (٢٣٥)	علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني
٣١٨٠٣١١٠٣٠٠	
٢٩٢٠ (٢٩)	علي بن أبي طالب بن عبد المطلب
١٠٠٠٧٩٠ (٦٦)	علي بن أبي علي محمد بن سالم، سيف الدين الأمدى
٢٠١٠١١٩٠١١٣	
٢٦١٠٢٢٩	
٣١٤	علي بن عمر الدارقطني
١٦٥	علي بن محمد بن عقيل الحنبلي
٢٠٥	عليقة بن قيس بن عبد الله

رقم الصفحة

الاسم

٢٩٧٠٢٣٠٠٢١٩٠ (٢٠٦)	عمر بن حسين بن عبد الله ، الخرقى
٢٩٢٠٢٩١٠ (٢٨٩)	عمر بن الخطاب بن نفيل
٣٠٦	عمر بن عبد العزيز بن مروان
٢١٢	عويمر بن مالك بن قيس ، أبو الدرداء

حرف القاف

٢٠٢	القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق
٢٢٠	قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر

حرف الميم

٢٤٣٠٢٢٧٠٢١٦٠ (٢٠٣)	مالك بن أنس بن مالك ، الإمام مالك
٢٥٦٠٢٤٩٠٢٤٧	
٣٠١٠٢٥٧	

١٦٤	محفوظ بن أحمد بن الحسن ، أبو الخطاب الكلوزانى
-----	---

٢١٥٠ (٢٠٣)	محمد بن إبراهيم بن المنذر
------------	---------------------------

٦٠	محمد بن أحمد بن أحمد ، أبو بكر السمرقندى
----	--

٣٢٥	محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملى
-----	---

٢٦١٠٢٥٦٠٢٤١٠ (٢٢٣)	محمد بن أحمد الخطيب الشربينى
٣١٩٠٣١٠٠٢٩٦٠٢٧٨٠٢٦٧	

٦١	محمد بن أحمد بن عبد الكريم بن موسى ، صدر الإسلام ، أبو اليسر
----	--

٢١٩٠ (٢٦٦)	محمد بن أحمد بن عرفة ، الدسوقى
------------	--------------------------------

٢٠٧	محمد بن أحمد بن على بن يحيى ، ابن التلمسانى
-----	---

٢٠٩٠٥٢٠٥٠٠ (١٣)	محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم ، جلال الدين المحلى
٣٢٦	

رقم الصفحة

الاسم

٢٢٨

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الجدي

٢٥٣٤٢٣٨ (٢٣١)
٣٠٤٤٢٩٨

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، الحفيد

١١١٠٨٠٠٦٢٤ (٤٢)

محمد بن ادريس بن العباس ، الإمام الشافعي

محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن إبراهيم بن المغيرة ، الإمام البخاري (٢١١)

٢٦٨٤ (٢١٨)

محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز ، ابن عابد بن

٢٦٤٤ (٧٢)

محمد بن أمين بن محمود البخاري ، أمير بادشاه

١٢١٤١٢٠٤ (١٢)
١٢٥٤١٢٤٤١٢٣٤١٢٢
١٢٦

محمد بن أبي بكر بن أيوب ، ابن قيم الجوزية

٢٤٧٤٢٤٢٤ (٢٤١)

محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني

١٦٤

محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ، القاضي أبو يعلى

٢٠٨

محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، الزرقاني

١٦٥٤١١١٤ (٥٩)

محمد بن عبد الله البغدادي ، أبو بكر الصيرفي

٢٩٢٤٢٥٨٤٢٥٤ (٢٠٤)
٢٩٥

محمد بن عبد الله بن علي الخرشى

٢٠٣

محمد بن عبد الله الرعيثي ، الخطاب المالكي

١٦٥

محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو بكر البهري

١٤٧

محمد بن علي بن اسماعيل ، القفال الشاشي

١٢٦٤ (١١١) (٦٠)
٠٣٣

محمد بن علي بن الطيب ، أبو الحسن البصري

١٠٨٤٦٨٤٩٦٤ (٤٣)

محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، الشوكاني

١٦٦

محمد بن عمر بن الحسن . . . التميمي . . . الفخر الرازي

فهرس المراجع

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : الحديث وعلومه ورجاله

١- أبو بكر بن الحسين . . البيهقي

السنن الكبرى

بيروت دار صادر

٢- أحمد بن شعيب بن علي . . النسائي

سنن النسائي مع شرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندی عليه

مصر المكتبة التجارية الكبرى

٣- أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني

الاصابة في تمييز الصحابة

طبعتان :

- المكتبة التجارية الكبرى

- بغداد : مكتبة المثنى

٤- *

تهذيب التهذيب

بيروت : دار صادر - تصوير عن طبعة ١٣٢٦ هـ

٥- *

فتح الباري بشرح صحيح البخاري

تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي

نشر وتوزيع ، إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالرياض

٦- أحمد بن محمد بن حنبل . . الإمام أحمد

السند

بيروت : المكتب الاسلامي ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م

٧ - سليمان بن الاشعث أبو داود

سنن أبي داود

إعداد وتعليق عزت الدعاس

نشر وتوزيع محمد علي السيد سوريا - الطبعة الثانية

٨ - عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد سابق . . جلال الدين السيوطي

تنوير الحوالك على موطأ الإمام مالك

بيروت - دار الفكر

٩ - عبد العظيم بن عبد الله . . أبي عبد الله الحافظ المنذرى

مختصر سنن أبي داود

مطبعة السنة المحمدية - مصر - ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ م

١٠ - عبد الله بن محمد بن أبي شيبة

مصنف ابن أبي شيبة

تحقيق عامر العمري الأعظمي

الدار السلفية بالهند

١١ - علي بن عمر . . الدارقطني

سنن الدارقطني

تحقيق عبد الله هاشم اليماني

دار المحاسن للطباعة بالقاهرة

١٢٧٨٦ - ١٩٦٦ م

١٢ - مالك بن أنس بن مالك

الموطأ

تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي

القاهرة - دار الشعب

١٣ - محمد بن أحمد بن عثمان . . شمس الدين الذهبي

تذكرة الحفاظ

دار احياء التراث العربي

- ١٤- محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني
الموطأ بشرح الزرقاني عليه
المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م
- ١٥- محمد بن عبد الله بن محمد . . أبو عبد الله الحاكم النيسابوري
المستدرک علی الصحيحين
حلب - مكتبة المطبوعات الاسلامية
- ١٦- محمد بن عيسى بن سورة . . الإمام الترمذی
سنن الترمذی
تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر
مصر - مصطفى البابي الحلبي وشركاه الطبعة الاولى ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م
- ١٧- مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري
المجامع الصغیر = صميم مسلم
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي
دار إحياء الكتب العربية ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م
- ١٨- محمد بن يزيد بن ماجة . . القزويني أبو عبد الله
سنن ابن ماجة
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي
مصطفى البابي الحلبي وشركاه
- ثالثاً أصول الفقه
- ١٩- إبراهيم بن علي بن يوسف . . أبو اسحق الشيرازي
التبصرة في أصول الفقه
شرح وتحقيق: محمد حسن هينو
دمشق: دار الفكر ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م
- ٢٠- إبراهيم بن موسى . . أبو اسحق الشاطبي
الاعتصام
مصر المكتبة التجارية الكبرى

٢٤ - ابراهيم بن موسى أبو اسحق الشاطبي

الموافقات في أصول الشريعة

تحقيق عبد الله د راز

مصر المكتبة التجارية الكبرى

٢٢ - أحمد بن ادريس . . القرافي

شرح تنقيح الفصول في اختصارات المحصول

تحقيق طه عبد الرؤف سعد

مصر مكتبة الكليات الأزهرية - دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م

٢٣ - الدكتور بد ران أبو العينين

أصول الفقه الاسلامي

الاسكندرية الناشر مؤسسة شباب الجامعة

٢٤ - زين الدين بن ابراهيم بن نجيم

فتح الغفار بشرح المنار

مصر مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

٢٥ - الدكتور صالح بن عبد العزيز آل منصور

أصول الفقه وابن تيمية

مصر دار النصر للطباعة والنشر

٢٦ - عبد الرحمن بن عبد الغفار . . عضد الدين الإيجي

شرح مختصر ابن الحاجب

مراجعة وتصحيح شعبان محمد اسماعيل

مصر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م

٢٧ - عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر جمال الدين الاستوي

التمهيد في تخريج الفروع على الأصول

تحقيق محمد حسن هيثو

مؤسسة الرسالة ٢٤٠١ - هـ ١٩٨١ م

- ٢٨- عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر جمال الدين الاسنوي
نهاية السؤل شرح منهاج الوصول مطبوع بهامشه شرح البد خشى
مصر مطبعة محمد علي صبيح وأولاده
- ٢٩- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر . ابن تيمية - وعبد الحليم بن عبد السلام
ابن تيمية واحمد بن عبد الحليم بن تيمية
المسودة في أصول الفقه
تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد
القاهرة - مطبعة المدني
- ٣٠- عبد العزيز بن أحمد بن محمد . علاء الدين البخارى
كشف الأسرار عن أصول البزوى
بيروت - دار الكتاب العربى ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م
- ٣١- عبد المعلى محمد بن نظام الدين . الأنصارى
فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع مع المستصفى للفرالى
بيروت - دار صادر
- ٣٢- عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران
المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل
بيروت دار الفكر
-
- ٣٣- * نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر
مصر - المطبعة السلفية ١٣٤٢ هـ
- ٣٤- الدكتور عبد الكريم زيدان
الوجيز في أصول الفقه
بغداد دار العربية للطباعة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م

٣٥- عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك

شرح المنار

تصحیح أحمد رفعت بن عثمان حنفی وآخرین
المطبعة العثمانية

٣٦- عبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي

نشر البنود على مراقى السعود

المغرب - مطبعة فضالة المحمدية - نشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

٣٧- الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دراسة أصولية مقارنة

الرياض : مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م

٣٨- عبد الملك بن عبد الله . . امام الحرمين أبو المعالي الجويني

البرهان في أصول الفقه

تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب

قطر : مطابع الدعوة الحديثة

٣٩- الشيخ عبد الوهاب خلاف

مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه

بيروت - دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

٤٠- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي . . تاج الدين السبكي

تكملة الإبهاج بشرح المنهاج

مطبعة التوفيق الأدبية

٤١- عبد الواحد بن عبد الحميد . . الكمال بن الهمام

تيسير التحرير في أصول الفقه

مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م

٤٢- عبيد الله بن مسعود . . صدر الشريعة الأصغر

التوضيح لمتن التنقيح مع حاشية التلويح لسعد الدين التفتازاني عليه

مصر - مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده

٤٣- عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام

قواعد الأحكام في مصالح الأئمة

مراجعة وتعليق: محمد عبد الرؤوف سعد

بيروت - دار الجبل

٤٤- علي بن أبي علي بن محمد بن سالم . . . سيف الدين الأدي
الإحكام في أصول الأحكام

بيروت - دار الكتب العلمية ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

٤٥- علي بن أحمد بن سعيد . . أبو محمد بن حزم
الإحكام في أصول الأحكام

بيروت - منشورات دار الآفاق الجديدة

الطبعة الأولى ١٤٠٠ - ١٩٨٠ م

٤٦- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعيد . . ابن قيم الجوزية
أعلام الموقعين عن رب العالمين

بيروت دار الفكر ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م

٤٧- محمد أبو زهرة

أصول الفقه

دار الفكر العربي

٤٨- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن النجار

شرح الكوكب المنير

تحقيق دكتور محمد مصطفى الزحيلي - دكتور نزيه حماد

دمشق دار الفكر ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

٤٩- محمد بن أحمد بن علي . . ابن التلمساني

مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول

حققه وخرج أحاديثه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف

بيروت - دار الكتب العلمية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

٥٠- محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم . . جلال الدين المحلي

شرح جمع الجوامع مع حاشية البناني وتقرير الشيخ الاسلام الشربيني

بيروت دار الفكر

٥١- محمد الخضري بك

أصول الفقه

مصر - دار النهضة العربية -

الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

- ٥٢ - محمد زكريا البرديسي
أصول الفقه
مصر - دار النهضة العربية
الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م
- ٥٣ - محمد سلام مدكور
نظرية الاباحة عند الأصوليين
مصر دار النهضة العربية
الطبعة الثانية ١٩٦٥ م
- ٥٤ - محمد بن عمر بن الحسين . . فخر الدين الرازي
المحصل في علم أصول الفقه
دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني
الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض
الطبعة الاولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م
- ٥٥ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني
ارشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الاصول
بيروت - دار المعرفة للطباعة والنشر
- ٥٦ - محمد بن علي بن الطيب . . أبو الحسين البصري
المعتمد في أصول الفقه
تحقيق محمد حميد الله بالتعاون مع أحمد بكير وحسن حنفى
الناشر المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية
١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م
- ٥٧ - محمد الأمين بن محمد المختار . . الشنقيطي
مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر
المدینة المنورة - المكتبة السلفية

٥٨ - محمد بن محمد بن عبد الرحمن ابو عبد الله الرعيني . . الحطاب المالكي

قرة العين شرح وركات امام الحرمين

شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م

٥٩ - محمد بن محمد بن محمد . . حجة الإسلام الفزالي

المستصفى من علم الأصول مطبوع معه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت

بيروت - دار صادر

٦٠ - محمد بن يحيى بن الشيخ أمان

نزهة المشتاق شرح اللمع لأبي اسحق الشيرازي

مكة المكرمة - المكتبة العلمية

٦١ - محمود بن احمد بن محمود . . شهاب الدين الزنجاني

تخريج الفروع على الأصول

تحقيق الدكتور محمد أديب الصالح

مؤسسة الرسالة - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

٦٢ - الدكتور مصطفى ديب البقا

أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي

دمشق - حلبوني - دار الإمام البخاري

٦٣ - الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي

الوسيط في أصول الفقه

دمشق المطبعة العلمية ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م

رابعاً الفقه

أ - الفقه الحنفي

٦٤ - أبو بكر بن محمد مسعود . . علاء الدين الكاساني

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

بيروت دار الكتاب العربي ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

- ٦٥ - زين الدين بن إبراهيم بن محمد . . بن نجيم
الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان
تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل
مصر مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع ١٣٧٧ - ١٩٦٨ م
- ٦٦ - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل . . الفرغاني المرغيناني
الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع معها شرح فتح القدير والكفاية والعناية
وحاشية سعدى حلبى
بيروت - دار إحياء التراث العربى
- ٦٧ - محمد بن أبي سهل . . شمس الدين السرخسى
الميسوط
مصر مطبعة السعادة
- ٦٨ - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز . . ابن عابد بن
رد المختار على الدر المختار ومعها شرح الدر المختار على تنوير الأبصار
مصر - مصطفى البابى الحلبي وشركاه
- ٦٩ - علي حيدر
درر الحكام شرح مجلة الأحكام
بيروت - مكتبة النهضة
- ب - الفقه المالكي
-
- ٧٠ - إبراهيم بن علي بن فرحون . . المالكي
تبصرة الحكام في أصول الأقتضية وصفاهاج الأحكام مطبوع مع فتح العلي المالكي
في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ عlish المالكي
مصر - مصطفى البابى الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م
- ٧١ - أحمد بن إدريس شهاب الدين القرافي
أنوار البروق في أنواء الفروق
مطبعة عيسى البابى الحلبي
الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ

٧٢ - أحمد بن محمد بن أحمد . . أبو البركات الدردير

الشرح الكبير على مختصر خليل

دار إحياء الكتب العربية

٧٣ - ✕

شرح أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك مع حاشية الصاوي عليه

(بلغة السالك)

دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م

٧٤ - عبد السلام بن سعيد التتويحي . . الإمام سحنون

المدونة الكبرى

بيروت - دار صادر

٧٥ - علي بن محمد بن محمد . . بن خلف أبو الحسن الشاذلي

كفاية الطالب الرباني شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني وبهامشه حاشية

علي الصعدي العدوي

بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر

٧٦ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد . . ابن رشد الحفيد

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

شركة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م

٧٧ - محمد بن عبد الله بن علي . . الخرشي

شرح الخرشي على مختصر سيني خليل

دار إحياء الكتب العربية

٧٨ - محمد بن محمد بن عبد الرحمن . . أبو عبد الله الخطاب المالكي

مواهب الجليل شرح مختصر خليل (شرح الخطاب على مختصر خليل)

طرابلس ليبيا - مكتبة النجاح

ج - الفقه الشافعي

٧٩ - أحمد بن محمد بن علي . . بن حجر الرشتي
تحفة المحتاج بشرح المنهاج
المكتبة التجارية الكبرى

٨٠ - عبد الرحمن بن أبي بكر . . جلال الدين السيوطي
الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية

بيروت - دار الكتب العلمية الطبعة الاولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

٨١ - عبد الله بن سليمان الجرهمي

المواهب السنية شرح الفوائد البهية، مطبع مع الاشباه والنظائر للسيوطي
مكة المكرمة - مطبعة الترقى الماجدية ١٣٣١ هـ

٨٢ - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي . . تاج الدين بن السبكي
الأشباه والنظائر

نسخة مصورة من مكتبة الإزهر رقم ٢٢
٩٣٧

٨٣ - محمد بن أحمد . . الخطيب الشربيني

مغني المحتاج عن معاني ألفاظ المنهاج

مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م

٨٤ - محمد بن أحمد بن حمزة . . شمس الدين الرملي

نهاية المحتاج وإلى شرح المنهاج

بيروت دار احياء التراث العربي . المكتبة الاسلامية

٨٥ - محمد بن إدريس بن العباس بن شافع . . الإمام الشافعي
الأم

بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر

٨٦ - يحيى بن شرف بن مري . . شرف الدين النووي
المجموع شرح المذهب مع تكملة
علق عليه وأتمه بعد نقصانه - محمد نجيب المطيعي
توزيع المكتبة العالمية بالفجالة
د - الفقه الحنبلي

٨٧ - إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم
العذب الفاضل شرح عمدة الفاضل
بيروت - دار الفكر ١٣٩٤ هـ - ١٤٧٤ م هـ
٨٨ - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب . . الحنبلي
القواعد في الفقه الاسلامي
راجعته وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد
القاهرة مكتبة الكليات الازهرية - مؤسسة نبع الفكر العربي للطباعة
٨٩ - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي
حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ومعها الروض المربع
الرياض المطابع الاهلية للأوقفت ١٣٩١ هـ

٩٠ - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
المغنى مطبوع معه مختصر الخرق
الرياض - مكتبة الرياض الحديثة

٩١ - منصور بن يونس بن إدريس . . البهوتي
شرح منتهى الارادات
المدينة المنورة - المكتبة السلفية

٩٢ - *
كشاف القناع عن متن الإقناع
راجعته وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي
الرياض مكتبة النصر الحديثة

هـ - فقه الظاهرية

٩٣- علي بن محمد بن سعيد... أبو محمد بن محمد
المحلى

بيروت - المكتب التجارى للطباعة والنشر

و - كتب فقهية أخرى

٩٤- الدكتور حسين حامد حسان

المدخل لدراسة الفقه الإسلامى

القاهرة مكتبة المتنبى*

الطبعة الثانية ١٩٧٩م

٩٥- مجموعة فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد النجدى وابنه محمد

بيروت مطابع دار العروبة للطباعة والنشر

٩٦- محمد بن أبى بكر بن أيوب... ابن قيم الجوزية

الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية

بيروت دار الكتب العلمية

٩٧- مصطفى الزرقا

المدخل لفقهنا العام

مصر - مطبعة طريش الطبعة العاشرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م

٩٨- موسوعة الفقه الإسلامى

القاهرة - إصداد المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

خامسا : اللغة والمعاجم

٩٩- أحمد بن فارس . . أبو الحسين

معجم مقاييس اللغة

تحقيق محمد عبد السلام هارون

مصر شركة مصطفى البابي الحلبي

الطبعة الاولى ١٣٩٠ هـ

١٠٠- أحمد بن محمد بن المقرئ

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير

مصر مصطفى البابي الحلبي وشركاه

١٠١- اسماعيل بن حماد الجوهري

الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية

تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار

الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٣ م

١٠٢- محمد بن مكرم أبو الفضل جمال الدين

لسان العرب

بيروت دار صادر

١٠٣- محمد يعقوب . . الفيروز آبادي

القاموس المحيط

بيروت دار الجيل

سادسا : التاريخ

١٠٤- أحمد بن علي . . الخطيب البغدادي

تاريخ بغداد

بيروت دار الكتاب العربي

١٠٥- اسماعيل بن كثير القرشي عماد الدين أبو الفداء

البداية والنهاية

بيروت - مكتبة المعارف .

الطبعة الثانية ١٩٧٧ م

١٠٦- عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن بدران
تهذيب تاريخ دمشق
بيروت دار المسيرة الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ

١٠٧- ياقوت بن عبد الله - ياقوت الحموي
معجم البلدان
بيروت - دار إحياء التراث العربي

سابعاً : الطبقات والتراجم

١٠٨- إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي
الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب
القاهرة - دار التراث

١٠٩- ابن أبي بكر بن هداية الحسيني
طبقات الشافعية الكبرى
بغداد المكتبة العربية ١٣٥٦ هـ

١١٠- أبو الحسن بن أبي يعلى
طبقات الحنابلة
بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر

١١١- أحمد بن محمد بن أبي بكر . . ابن خلكان
وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان
المطبعة الأميرية ببولاق

طبعة أخرى :-
بيروت دار صادر

١١٢- اسماعيل بن محمد بن أمين بن سليم
إيضاح المكون في الزيل على كشف الظنون
بغداد مكتبة المثنى

١١٣- خير الدين الزركلي

الأعلام

مطبعة كيستاتسوماس وشركاه ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧

طبعة أخرى :-

بيروت دار العلم للملايين الطبعة الخامسة ١٩٨٠ م

١١٤- عبد الحى بن العماد الحنبلى

شذرات الذهب فى أخبار من ذهب

بيروت منشورات دار الآفاق الجديدة

١١٥- عبد الرحمن بن ابى بكر بن محمد . . جلال الدين السيوطى

بقية الوعاء فى طبقات اللغويين والنحاة

مصر - عيسى البابى الحلبي وشركاه

١١٦- عبد الله مصطفى المراغى

الفتح المبين فى طبقات الأصوليين

بيروت دار الكتب العلمية - الناشر محمد أمين دمج وشركاه

١١٧- عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى تاج الدين السبكي

طبقات الشافعية الكبرى

تحقيق عبد الفتاح محمد ومحمود محمد الطناحى

مطبعة عيسى البابى الحلبي وشركاه ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م

١١٨- عمر رضا كحالة

معجم المؤلفين

بيروت - لبنان دار احياء التراث العربى

١١٩- على بن محمد بن الأشير الجفري

أسد القابضة معرفة العصابة

القاهرة - دار الشعب ١٩٢٠

٢٠ - محمد بن سعد بن هنيغ... أبو عبد الله البصري الزهري

الطبقات الكبرى

بيروت دار صادر

٢١ - محمد بن شاكر بن احمد الكنبي

قوات الوفيات

تحقيق الدكتور احسان عباس

بيروت دار صادر

١٢٢ - محمد عبد الحى اللكوى الكهندي

الفوائد البهية في تراجم الحنفية

مصر - مطبعة السعادة الطبعة الاولى ١٣٢٤ هـ

١٢٣ - محمد بن محمد بن مخلوف

شجرة النور الزكية

بيروت - دار الكتاب العربي

١٢٤ - محي الدين ابن محمد بن أبي الوفاء

الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية

مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند الطبعة الاولى

١٢٥ - يوسف بن تفرى بردى... الأتابكي

النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة

مصر وزارة الثقافة والإرشاد

١٢٦ - يوسف بن عبد الله بن محمد... بن عبد البر النمرى

الاستيعاب في معرفة الأصحاب

مكتبة نهضة مصر ومطبعتها بالفجالة

ثامنا : مصادر أخرى

١٢٨ - مجلة الدعوة السعودية

رقم ٨٧٢ تاريخ ٢٨ صفر ١٤٠٣ هـ

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	- كلمة الشكر
٩ - ط	- المقدمة
١	- التمهيد
٣	- التعريف بالأدلة المتفق عليها
٤	- التعريف بالأدلة المختلف فيها
	<u>الباب الأول : تعريف الاستصحاب وأنواعه</u>
٧	- الفصل الأول : تعريف الاستصحاب
٧	- الاستصحاب في اللغة
٨	- الاستصحاب في الاصطلاح
١٥	- مناقشة التعاريف
٢١	- الجمع بين التعريفات
٢٨	- الفصل الثاني : أنواع الاستصحاب
٢٩	- النوع الأول : استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه
٣١	- أمثلة هذا النوع
٣١	- أدلة هذا النوع
٣٥	- النوع الثاني : استصحاب العدم الأصلي
٣٥	- أمثلة هذا النوع
٣٦	- أدلة هذا النوع
٤٠	- النوع الثالث : استصحاب الدليل مع احتمال المعارض تخصيصاً أو نسخاً
٤٠	الفرع الأول : استصحاب الحكم
٤٠	حتى يأتي مخصص
٤٢	الفرع الثاني : استصحاب الحكم حتى يأتي ناسخ

- النوع الرابع : استصحاب الحكم الشرعى الذى
دل الشرع على ثبوته ودوامه
- ٤٤ لوجود سببه
- ٤٤ - أمثلة هذا النوع
- ٤٦ - أدلة هذا النوع
- النوع الخامس : الاستصحاب المقلوب
- ٥٠ - أمثلة هذا النوع
- ٥٢ - أدلة هذا النوع
- النوع السادس : استصحاب الاجماع فى محل
النزاع
- ٥٣ - أمثلة هذا النوع
- ٥٤ - أدلة هذا النوع
- الباب الثانى : مذاهب العلماء فى حجية الاستصحاب**

**الفصل الأول : مذاهب العلماء فى حجية أنواع الاستصحاب المعتبرة
عند المشيئين لحجيتهم مطلقا**

- ٥٦
- تحرير محل النزاع بين العلماء فى الاحتجاج بالاستصحاب
- ٥٧
- المذهب الاول : القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقا
- ٥٩
- المذهب الثانى : القائلون بعدم حجية الاستصحاب مطلقا
- ٦٠
- المذهب الثالث : القائلون بأن الاستصحاب حجة دافعة
- ٦١ لا مثبتة
- المذهب الرابع : القائلون بأن الاستصحاب حجة على
- ٦٢ المجتهد فيما بينه وبين الله عز وجل
- المذهب الخامس : القائلون بأن الاستصحاب يصلح
- ٦٢ للترجيح بين الأدلة المتعارضة فقط

الموضوع	رقم الصفحة
- أدلة المذاهب	٦٣
- أدلة المذهب الأول	٦٣
- أدلة المذهب الثاني	٧١
- أدلة المذهب الثالث	٧٣
- أدلة المذهب الرابع	٧٤
- أدلة المذهب الخامس	٧٥
مناقشة الأدلة	٧٦
- الفرع الأول : مناقشة أدلة المثبتين لحجية الاستصحاب	٧٦
- الفرع الثاني : مناقشة أدلة النافين لحجية الاستصحاب	٩٢
الترجيح بين المذاهب	٩٥
الفصل الثاني : مذاهب العلماء في الاحتجاج باستصحاب الاجماع في محل النزاع	١١٠
- المذهب الاول : مذهب القائلين بأنه حجة	١١١
- المذهب الثاني : مذهب القائلين بأنه ليس بحجة	١١١
أدلة القائلين بأنه حجة	١١٢
أدلة القائلين بأنه ليس بحجة	١١٤
مناقشة أدلة المثبتين لحجية هذا النوع	١١٦
مناقشة أدلة النافين لحجية هذا النوع	١٢٢
الترجيح بين المذاهب	١٢٩

الموضوع	رقم الصفحة
الباب الثالث : أثر الاستصحاب في الفروع الفقهية	١٣٥
الفصل الأول : القواعد الفقهية التي بنيت على الاستصحاب	١٣٦
علاقة هذه القواعد بالاستصحاب	١٣٧
- القاعدة الأولى : اليقين لا يزول بالشك	٢٤٣
- الأدلة على هذه القاعدة	١٤٣
- مسائل مستثناة من هذه القاعدة	١٤٦
- القاعدة الثانية : الأصل بقاء ما كان على ما كان	١٤٩
- أمثلة على هذه القاعدة	١٤٩
- القاعدة الثالثة : الأصل براءة الذمة	١٥١
- الأدلة على هذه القاعدة	١٥١
- أمثلة على هذه القاعدة	١٥٢
- القاعدة الرابعة : الأصل في الأمور العارضة العدم	١٥٤
- أمثلة على هذه القاعدة	١٥٤
- القاعدة الخامسة : الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن	١٥٦
- أمثلة على هذه القاعدة	١٥٦
- القاعدة السادسة : الأصل في الكلام الحقيقة	١٥٩
- أمثلة على هذه القاعدة	١٥٩
- القاعدة السابعة : الأصل في الأشياء الإباحة	١٦١
- مذاهب العلماء في حكم الأشياء بعد الشرع	١٦٤
- أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الإباحة	١٦٨
- أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحظر	١٧٥
- مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الإباحة	١٧٨
- مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحظر	١٨٠
الراجح من هذه المذاهب	١٨٢
بعض الفروع المبنية على هذا الأصل	١٨٣

١٨٥ - القاعدة الثامنة : الأصل في الإيضاح التحريم

١٨٥ أمثلة على هذه القاعدة

١٨٧ - مسائل الأصل والظاهر

١٨٨ - المسألة الأولى : تعارض الأصل والظاهر

١٩٠ - أمثلة لما قدم فيه الأصل على الظاهر

١٩١ - أمثلة لما قدم فيه الظاهر على الأصل

١٩٣ - أمثلة لما اختلف فيه من تقديم الأصل على الظاهر والعكس

١٩٥ - المسألة الثانية : تعارض الأصلين

١٩٧ - ما جزم فيه بأحد الأصلين

١٩٧ - ما رجح فيه أحد الأصلين بظاهره ونحوه

١٩٨ - ما جرى فيه الوجهان

١٩٩ - ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل واحد من جهة أخرى

٢٠٠ الفصل الثاني : بعض المسائل الفقهية المتفرعة عن القول بالاستصحاب

٢٠١ المسألة الأولى : حكم النجاسات الخارجة عن غير السبيلين

٢١٥ المسألة الثانية : حكم المتيمة الذي يجد الماء في أثناء الصلاة

المسألة الثالثة : حكم المتمتع أو القارن الذي يجد الهدى بعد الشروع في الصوم

٢٢٧ المسألة الرابعة : الهدى على المحصر بعد أو غيره

٢٣٤ المسألة الخامسة : حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل منه

٢٤٠ المسألة السادسة : صفة الطلاق الواقع بالأيلاء

٢٥٠ المسألة السابعة : الصلح على الإنكار أو السكوت

٢٥٥ المسألة الثامنة : حكم ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة على دعواه

٢٦٥

الموضوع	الصفحة
- المسألة التاسعة : حكم ما لو ادعى أحد الورثة وكان مخالفا لمورثه في الدين ، أنه كان على ديسن مورثه قبل موته	٢٧١
- المسألة العاشرة : القضاء بالنكول	٢٨٢
- المسألة الحادية عشر : وجوب الدية في الشعور	٢٩٥
- المسألة الثانية عشر : استسعاء العبد المشترك اذا أعتق الشريك المعسر نصيبه منه	٣٠١
- المسألة الثالثة عشر : حكم تصرف السيد في مدبره	٣١٠
- المسألة الرابعة عشر : إرث المفقود	٣١٦
- الخاتمة :	٣٢٧

فهرس الفهارس

٣٣١	- فهرس الايات
٣٣٤	- فهرس الاحاديث
٣٣٦	- فهرس الاعلام
٣٤٤	- فهرس المراجع
٣٦٢	- فهرس الموضوعات