بسم الله الرحمن الرحيم

لقد قام الطالب بتصحيح الأخطاء

الدكتور المشرف / محمد شعبان حسين

الطالب / الحضرمي علي أدريس

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

الاستصحاب

وآثاره في الفروع الفقهية

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير

في الفقه وأصوله

٨٦٧

جامعة أم القرى
عمادة شؤون المكتبات
قسم المخطوطات
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH

إعداد الطالب

الحضرمي علي ادريس

إشراف الدكتور

محمد شعبان حسين

٠٠٢٨٥٢ / ٠

١٤٠٣ / ١٤٠٤ هـ
١٩٨٣ / ١٩٨٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الشكر

إمتثالا لقول الله تعالى : (لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ)[1]

فإنى أتوجه بجزيل الشكر ، وعاطر الثناء للقائمين على أمر هذه الجامعة وعلى رأسهم معالى الدكتور /راشد الراجح مدير الجامعة ، وللقائمين على أمر كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، وعلى رأسهم الدكتور /على عباس الحكمى عميد هذه الكلية ،لاتاحتهم الفرصة لى ولزملائى 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 الثر ، ماذلل لى صعاب هذا البحث ، وكنت لا أكتفى بساعات الاشراف الرسمية وحدها ، بل أقابله فى أى وقت شئت للاستشارة أو التوجيه ،فأجد منه صدرا رحبا،فجزاه الله عنا وعن العلم وطلابه خير الجزاء ،وبارك الله فى عمره وأمده بقوة من عنده ،إنه سميع الدعاء .

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

والله أسأل أن يُسدد الخُطا ويوفق الى مايحب ويرضى

إنه نعم المولى ونعم النصير ،،، ،،،

---

(١) سورة ابراهيم آية ٧

المقدّمة

المقدمـــة

الحمد لله نحمده ونستعينه ،ونستهديه ، ونستغفره ، ونعـــوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلامضل له ، ومن يضلل فلا هادى له .

وأشهد أن لا إله إلَّا اللّه ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمـــدا عبده ورسوله. بلَّغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، فهدى مـــن الضلال ، وبصر من العمى . صلوات الله وسلامه عليـــه ، وعلى آله وصحبه والتابعين .

وبعـــد :

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

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

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

وهذه الأصول هى التى انصب عليها بحث الأصوليين ، فتناولوا أقسامها ، وحجيتها ، ودلالتها على الأحكام . . . الخ

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

ولقد كان من المواد التى تعنى بتخريج الفروع على الأصول ،والتى كانت تدرس بالسنة المنهجية بشعبة أصول الفقه : مادة أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء . ولقد وجدت فى نفسى تجاوبا مع هذه المادة أثناء دراستى لها بالسنة المنهجية ،مما جعلنى أفكر فى اختيار موضوع استطيع أن أطبق فيه الفروع الفقهية على القواعد الأصولية .

ولما لم أجد بحثا مستقلا استوفى الاستصحاب ،وتناوله من كل جوانبه: اخترت هذا الموضوع ليكون الموضوع الأصولى الذى أطبق عليه الفروع الفقهية .

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

إذ من مسائله : أن كل أمر ثبت يبقى على ما كان عليه حتى يثبت ما يغيره .

فهو بهذا المعنى يرفع النزاع عن كثير من الأمور التى حصل النزاع فى حكمها هل هى مباحة أم محظورة ؟ فيثبت فيها حكم الإباحة بناءً على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل الحظر .

وبه كذلك يرتفع الشك عن كل أمر حصل الشك فى بقائه بعد ثبوته ، أو حصل الشك فى حرمته بعد حله ، أو فى حله بعد حرمته ، فيجعله على أصله الذى كان عليه ، بناءً على أن اليقين لا يزال بالشك .

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

كما أنه يفتح للفقهاء أبوابا واسعة ، لإصدار فتاويهم فى سهولة ويسر .

لهذا كله استخرت الله تعالى وأقبلت على هذا الموضوع ، متوكلا عليه مع علمى بالمشاق التى ستواجهنى فى البحث ، خاصة وأن معظم مسائل النزاع فيه غير محررة ، وأن معظم الكتب الأصولية قديمها وحديثها لم تتعرض له إلا فى صفحات معدودة .

ولقد تناول هذا الأصل الدكتور (مصطفى ديب البُغَاء) فى كتابه : أثر الأدلة المختلف فيها فى الفقه الاسلامى (١) ضمن الأدلة المختلف فيها .

---

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

ولقد عنى فى بحثه هذا بالآثار المترتبةعليه ، أكثر من دراسة هـذا الأصل دراسة أصولية شاملة ، كما أنه لم يتناول القواعد الفقهية التى بنيت عليه ،وذلك لأن عنوان بحثه : (أثر الأدلة المختلف فيها فى الفقـــه الاسلامى) -لذلك كان كل جهده منصبا على الآثار الفقهية ،مع التعـــرض بايجاز للقواعد الأصولية .

كما تناول هذا الأصل بشىء من التطبيق أيضا الدكتور(مصطفى سعيد الخِنّ) فى كتابه:أثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء(١)

ولقد تناول كذلك هذا الأصل من الناحيةالأصولية بايجاز، مع ذكر بعض الأمثلة التطبيقية عليه ، وذلك لأن موضوع بحثه هو الأصول المتفـق عليها . فكان تناوله لهذا الأصل مع بعض الأصول المختلف فيها كتتمـــة لبحثه .

ولقد أردت أن يكون بحثى هذا أشمل من هذين البحثين ، مع علمـى بأنى لم أبلغ ما بلغوه ،فى هذا المجال . فأردته أن يكون بحثا يجمـع بين الأصول والفقه ،وأن أتناول بجانب الفروع الفقهية الجزئية القواعـد الفقهية المبنية على الاستصحاب .

---

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

منهج البحث :

لقد وضعت لنفسي منهجا للبحث حاولت الالتزام به في معالجتي لموضوعاته وكانت طريقتي في عرض المواضيع :

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

وإن كان في المسألة المراد بحثها أقوالٌ كثيرة فإني 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 بينهـــا ، ثم أرجح ما أرى أنه الأرجح دليلاً .

ولقد ألزمت نفسي ألا أذكر الأقوال إلّا من كتب المذاهب المعتمدة ، وألّا أذكر قولاً لمذهب الّا من كتب المذهب نفسه وكذلك فعلت في الأدلة .

أما إذا لم أوفق في الحصول على الدليل من كتب المذهب المعتمـدة ووجدته في غير الكتب المعتمدة ، أو في غير كتب المذهب فإني أشير إلى ذلك .

كما أني ألزمت نفسي بالرجوع إلى المصادر الأساسية في الأصول والفقه ولا أرجـــع للمصادر الحديثة الا نادراً ، وذلك في الحالات التي أجد فيهـــا أن المصدر الحديث فصّل المسألة المراد بحثها .

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

كما أنى التزمت عند تطبيق الفرع على الأصل أن أذكر أقوال المذاهب فى المسألة المراد بحثها ، ثم آتى بنقول من كل مذهب توافق الأقوال التى نسبتها إليه ، وغالبا ما أقدم قول المذهب الذى استدل بالاستصحاب كما فعلت ذلك غالبا فى الأدلة .

كما أنى نادرا ما أتعرض لرأى أحد من غير المذاهب الأربعة .

ولقد خرّجتُ الآيات والأحاديث التى استشهدت بها ، وترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم فى صلب هذه الرسالة ، واتبعت فى ترجمتهم المنهج التالى :

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 أنى وضعت فهارس للآيات القرآنية الكريمة ، والأحاديث النبوية الشريفة ، والأعلام ، والمراجع ، والموضوعات .

خطة البحث :-

لقد اتبعت المنهج الذى تقدم ذكره ، فبدأت متوكلا على الله فى الكتابة فى هذا الموضوع ، فجعلت عنوان بحثى :

الاستصحاب وآثاره فى الفروع الفقهية

وجعلت خطة البحث مكونة من : مقدمة ، وتمهيد ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة

أما المقدمة : فقد ذكرت فيها : أهمية الموضوع ، وسبب اختيارى له ، ومنهجى فى البحث .

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

أما الباب الأول : ففى تعريف الاستصحاب وأنواعه ، وقد جعلته فى فصلين :

الفصل الأول : فى تعريف الاستصحاب ، فذكرت فيه تعريف الاستصحاب لغة واصطلاحا ، مع الموازنة بين التعريفات التى ذكرها العلماء .

الفصل الثانى : فى أنواع الاستصحاب : ولقد رجحت أنها ستة أنواع هى :

١- استصحاب حكم الإباحة عند عدم الدليل على خلافه .

٢- استصحاب العدم الأصلى ،

٣- استصحاب الدليل مع احتمال المعارض تخصيصا أو نسخا ،

٤- استصحاب الحكم الشرعى الذى دل الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه .

٥- الاستصحاب المقلوب ،

٦- استصحاب الإجماع فى محل النزاع ،

ولقد عرفت كل نوع من هذه الأنواع ، وذكرت بعض الأمثلة لكل منها ، وأدلة كل نوع .

أما الباب الثانى : ففى حجية الاستصحاب :

ولما كانت أنواع الاستصحاب المتقدمة كلها معتبرة عند المثبتين لحجية الاستصحاب ما عدا استصحاب الإجماع فى محل النزاع ، جعلت هذا الباب فى فصلين :

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

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

الفصل الثانى : فى حجية استصحاب الاجماع فى محل النزاع

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

أما الباب الثالث : ففى أثر الاستصحاب فى الفروع الفقهية وفيه فصلان :

الفصل الأول : فى بيان القواعد الفقهية الناتجة عن القول بالاستصحاب ، وتعرضت فيه أولا : لقاعدة اليقين لا يزول بالشك باعتبارها القاعدة التى 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 التى وضعها العلماء لترجيح الظاهر على الأصل ، والأصل على الظاهر عند تعارضهما . كما تعرضت أيضا لقواعد ترجيح أحد الأصلين على الآخر عند تعارضهما .

الفصل الثانى : فى بعض المسائل الفقهية المتفرعة عن القول بالاستصحاب : فاخترت أربع عشرة مسألة من أبواب الفقه المختلفة ، تناولت أثر الاختلاف فى الاحتجاج بالاستصحاب فيها .

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

وبعد :

فإنى لا أدعى لنفسى عصمة من خطأ فان العصمة لله ثم رسوله . (وما أُبَرِّئُ نَفْسِى إِنَّ النَّفْسَ لأَمَّارَةٌ بالسُّوءِ) (١) وحسبى أننى حاولت قدر استطاعتى أن أخرج هذا الموضوع فى صورة أحسن من ناحية الجمع والترتيب مع التوصل لنتائج كانت هى الغاية من بحثى له .

فإن كنت قد أصبت الذى قصدت فالفضل لله وحده ، وإن كنت قد أخطأت فأسأل الله المغفرة ، والرضوان ، وأن يرينى الحق حقا ويرزقنى اتباعه ، ويرينى الباطل باطلا ويرزقنى 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

التمهيد ...

تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية .

تمهيـــــد

تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية

لقد تعدَّدت العلوم الَّتى تساعد على فهم الشريعة ، ومعرفةأحكام الله تعالى من مصادرها ، التى هى : كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وما يتفرع عنهما من أدلة .

ومن أهم هذه العلوم : أصول الفقه .

إذ هو القواعد الَّتى يتوصل بها إلى معرفة الأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية .

فهو فى حقيقته دراسة لأدلة الفقه المتَّفق عليها ، والمختلف فيها .

فالأدلة المتَّفق عليها هى :

الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس (١)

وأهم الأدلة المختلف فيها هى :

الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف ، وقول الصحابى ، وإجماع أهل المدينة ، وشرع من قبلنا ، وسد الذرائع ، والاستصحاب .

ولقد تناول علماء الأصول بالدراسة والتمحيص هذه الأصول . فمنهم الذى نحا منحى الاطناب ، ومنهم الذى نحا منحى الإيجاز .

---

(١) خالف الظاهرية فى القياس فقالوا:ليس بحجة إلَّا أن جمهـــور العلماء من السلف والخلف على أنه حجة .

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

والله المستعان .

التّعريف بالأدلة المتفق عليها

١- التعريف بالكتاب :

هو : ما نقل إلينا بين دفتي المصحف على الأحرف السبعة المشهورة نقلاً متواتراً . (١)

ولقد تعرّض الأصوليون لمباحث كثيرة تتعلق بهذا الأصل من حيث اللفظ والمعنى .

٢- التعريف بالسنة :

هي : ما صدر عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم من الأقوال ، والأفعال ، والتقريرات. (٢)

٣- التعريف بالإجماع :-

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

---

(١) انظر المستصفى من علم الأصول لمحمد بن محمد الغزالي (دار صادر) ١٠١/١

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

(٣) انظر الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي (دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٠٠-١٩٨٠) ٢٨/١ - ٢٨٢ وشرح مختصر بن الحاجب لعضد الدين الإيجي ، مراجعة وتصحيح شعبان محمد اسماعيل ، (مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م) ٩/٢

٤- التَّعريف بالقياس :

هو : إثبات مثل حكم معلوم ، فى معلوم آخر ، لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت .

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

وتناولوا تحته أركانه وما يتعلق بها من مباحث .

التعريف بالأدلة المختلف فيها

١- التعريف بالاستحسان :

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

٢- التعريف بالمصالح المرسلة :

هى : (ما سكتت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتباره ولا بالغائه . (٣)

أو: كلّ منفعة داخلة فى مقاصد الشارع ، دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار ، أو الالغاء.(٤)

---

(١) نهاية السول ٣ /٣

(٢) شرح تنقيح الفصول فى اختصارات المحصول ، أحمد بن ادريس القرافى تحقيق طه عبد الرؤف سعد (مكتبة الكليات الازهرية - دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣) ص٤٥١

(٣) الاعتصام ، لأبى اسحق ابراهيم بن موسى الشاطبى (المكتبة التجارية الكبرى) ١١٤/٢

(٤) أثر الأدلة المختلف فيها فى الفقه الاسلامى - د . مصطفى ديب البغا (دار الإمام البخارى) (دمشق - حلبونى) ص ٣٥

٣- التَّعريف بالعـــرف :

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

٤- التَّعريف بمذهب الصحابي :

هو: ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد الصحابة من فتوى ، أوقضاء أو حادثة شرعية . لم يرد فيها نصٌّ من كتاب ، أو سنـــة ولم ينعقد عليها اجماع . (٢)

٥- التَّعريف باجماع أهل المدينة :

هو : مانقله أهل المدينة من سنن نقلاً مستمرًا عن زمن النَّبيّ صلّى الله عليه وسلَّم ، أو ماكان رأياً واستدلالاً لهم . (٣)

٦- التَّعريف بشرع من قبلنا :

هو : ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع الَّتي كانوا مكلفين بهـــا على أنَّها شرع الله عزَّ وجلَّ ، وما يبينه لهم رسلهم عليهـــم الصَّلاة والسَّلام . (٤)

---

(١) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨
(٢) أثر الأدلة المختلف فيها ص ٣٣٩
(٣) انظر عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليـــين للدكتور احمد محمد نور سيف (دار الاعتصام ط/١ - ١٣٩٧ - ١٩٧٧م) ص ٣١٧
(٤) أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٣٢

٧- **التَّعريف بسدِّ الذرائع :**

والذرائع : ما يكون طريقاً لمحرم أو لمحلل .

أو: كلّ فعل مأذون فيه بالأصل ولكن طرأ عليه ما جعله يؤدى الى المفسدة كثيرًا لا غالبًا . (١)

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

٨- **التَّعريف بالاستصحاب :-**

وهو موضوع البحث الذى سنقف عنده فنتناوله بالدراسة التفصيليـــة الشاملة .

---

(١) انظر الموافقات فى أصول الشريعة لأبى اسحق ابراهيم بن موســـى الشاطبى - تحقيق عبد الله دراز (مصر : المكتبة التجارية الكبرى) ٤/١٩٨ - ٢٠٠

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ٤٤٨

البَابُ الأول

تعريفُ الاستِصحَابُ وأنواعه

البَابُ الأَوَّلُ

تعريف الاستصحاب وأنواعه

تقدَّم في المبحث التمهيدي تعريف موجز لمصادر التشريع الاسلامي المتَّفق عليها ، والمختلف فيها .

ولقد ذكرت أن من ضمن الأصول المختلف فيها الاستصحاب .

وهذا الأصل هوالذي سأتناول تعريفه في هذا الباب إن شاء الله ثم أذكر الأنواع المندرجة تحته وذلك في فصلين :

الفصل الأوَّل :

في تعريف الاستصحاب

الفصل الثَّاني :-

في أنواع الاستصحاب

والله المستعان

الفصل الأول

تعريف الاستصحاب

الفصل الأول
تعريف الاستصحاب

الاستصحاب فى اللُّغة : طلب المصاحبة أو الصحبة .

يقال :استصحب الكتاب وغيره .

ومن هنا قيل :استصحبت الحال . إذا تمسكت بماكان ثابتاً .

كأنَّك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة . (١)

جاء فى مادة (صحب) :-

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

وصحبه ، وصاحبه : عاشره .

والصَّاحب : المعاشر .

واستصحب الرجل : دعاه إلى الصحبة ، ولازمه .

وكلُّ شيء لازم شيئاً فقد استصحبه . (٣)

قال الشَّاعر :

إنَّ لك الفَضْلَ على صُحْبَتِي
والمِسْكُ قَدْ يستصحب الرَّامِكا (٤)

---

(١) انظر أحمد بن محمد بن على المقرى ، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير (مصر : مصطفى البابى الحلبى) ١/٣٥٧

(٢) انظر أبى الحسين أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة : تحقيق محمد عبد السلام هارون ... (مصر شركة مصطفى البابى الحلبى ط/٢ ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠) ٣/٣٣٥

(٣) انظر أبوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب . (بيروت - دار صادر) ١/٥١٩ ،ومجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادى ، القاموس المحيط (بيروت دار الجيل) ١/٩٥ ، والمصباح المنير ١/٣٥٧

(٤) الرَّامك : نوع من الطيب ردىء خسيس - انظر لسان العرب ١/٥٢٠

أما فى الاصطلاح : فقد عُرِّف بعدة تعريفات أهمها ما يلى :

١ - عرَّفه الغزالى [١] بأنَّه : (عبارة عن التمسك بدليل عقلى أو شرعى ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل . بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير ، عند بذل الجهد فى البحث والطلب .) [٢]

شرح التعريف :

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

والعقل لا يثبت حكمًا شرعيًا . وإنَّما يدلُّ على النفى حَتَّى يأتى الدليل المثبت للأحكام .

---

(١) هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الملقب بحجة الاسلام ، كنيته أبو حامد ولد عام ٤٥٠هـ شافعى المذهب ، أصولى ، فقيه ، متصوف ، تلقى العلم عن أحمد بن محمد الراذكانى والامام أبى نصر الاسماعيلى ، وتلقى الأصول عن إمام الحرمين الجوينى . له مصنفات عدة فى التصوف والفلسفة ، والفقه والأصول ، له فى الفقه : البسيط والوجيز والوسيط ، وفى الأصول المستصفى فى علم الأصول ، والمنخول فى تعليقات علم الأصول والمكنون فى علم الأصول ، وشفاء الغليل . توفى عام ٥٠٥هـ انظر ترجمته فى وفيات الأعيان لأحمد بن خلكان (المطبعة الأميرية ببولاق) ١/٥٨٦ وطبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن السبكى ط/١ (مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه ١٣٨٨هـ) تحقيق عبد الفتاح محمد ومحمود محمد الطناحى ، ٦/١٩١

(٢) المستصفى من علم الاصول ١/٢٢٣

قوله : (أو شرعى) : معناه التّمسك بالدليل الشرعى الذى كان ثابتاً حتّى يأتى ما يخالفه ، وذلك كالتمسك بالدليل الشرعى الذى كان ثابتاً حتى يرد ناسخ إنْ كان الدليل ظاهراً ، أو بالعموم حتى يأتى ما يخصصه إنْ كان الدليل عاماً ، والتّمسكُ 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 : أنّ المستدل بالاستصحاب لا يحتج بعدم علمه بالدليل ، لأنّ عدم العلم بالدليل ليس بحجّة . لأنّ عدم العلم بالشىء لا يدلُّ على عدم وجوده .

قوله (بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير) : معناه : أن الاستدلال بالاستصحاب لا يكون إلّا بعد القطع بعدم وجود المغير.

قوله (أو مع ظن انتفاء المغير) : معناه : أن الاستدلال بالاستصحاب لا يكون كذلك الا بعد غلبة الظن بانتفاء الغير .

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 حُجّة فى الأحكام الشرعية .

قوله: (عند بذل الجهد والطلب) : يعنى :أنّ الظّن لا ينزل منزلة العلم إلّا بعد أن يجتهد المجتهد ويغلب على ظنه عدم الدليل . لأنّ الظّن 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 التَّعريف المتقدم ، وسيأتي تفصيل ما ذكره الغزالي عند الكلام عن أنواع الاستصحاب .

٢ - وعرَّفه **الكمال ابن الهُمام**(٢) بقوله : (هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه .) (٣)

شرح التعريف :

قوله :(الحكم ببقاء أمر تحقق): أن يحكم ببقاء الأمر الذى تحقَّق ثبوته فى الماضى .

---

(١) انظر المصدر نفسه ١ / ٢١٧-٢٢٣

(٢) هو : عبد الواحد بن عبد الحميد ولد عام ٧٩٠ هـ ، حنفى المذهب ، تلقى العلم عن أعلام من رجال العلم والفقه منهم جمال الدين الأسكندرى ، ومحمد البساطى المالكى ، والعز ابن عبد السلام وغيرهم ، تتلمذ عليه بدر الدين العراقى المالكى ، وشرف الدين المناوى الشافعى ، وجمال الدين بن هشام المصرى ، له التحرير فى أصول الفقه ، وفتح القدير وزاد المسير فى الفقه الحنفى ، وكتاب المسايرة فى التوحيد ، ورسالة فى النحو توفى عام ٨١٦هـ وانظر ترجمته فى الفوائد البهية فى تراجم الحنفية ، لمحمد عبد الحى اللكنوى " مطبعة السعادة ط / ١٣٢٤هـ) ص ١٨٠

(٣) التحرير فى أصول الفقه لابن الهمام مطبوع مع شرحه تيسير التحرير (مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م) ٤ / ١٨٦

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

٣- وعرَّفه 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 أنَّه لا يعلم وجود المغير له .

---

(١) انظر تيسير التحرير ٤/١٨٦

(٢) هو : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن الخضر الحرانى الدمشقى بن تيمية يلقب بتقى الدين ويكنى بأبى العباس ولد عام ٦٦١هـ ، تلقى الأصول على والده ، وسمع من الشيخ شمس الدين ابن أبى قدامة ، والمجد بن عساكر ، وابن عبد القوى ، وغيرهم تتلمذ 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 ، والايمان ، 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 . توفى عام ٧٢٨ هـ - انظر ترجمته فى شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلى (منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت) ٦/٨٠ وتذكرة الحفاظ لشمس الدين الذهبى بيروت : دار احياء التراث العربى) ٤/١٤٩٦-١٤٩٧

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

٤- وعرَّفه ابن القيم[١] بتعريف مقارب لتعريف شيخه فقال :

هو : (استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أونفي ما كان منفياً .) [٢]

ومعنى هذا التَّعريف :أنَّ الاستصحاب معناه بقاء الحكم نفياً أو اثباتاً حَتَّى يقوم دليل على تغير الحال من الاثبات إلى النفي ، إنْ كان الحكم ثابتاً ، ومن النَّفي إلى الاثبات إنْ كان الحكم منفياً .

وهذه الاستدامة لا تحتاج إلى دليل بل تستمر الحال حَتَّى يقوم دليل مغير لكل من الوجود أو العدم .

٥- وعرَّفه الإسنوي[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 ٦٩١هـ 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 الى بلاد الأفراح ، وزاد المعاد في هدى خير العباد وغيرها .توفي عام ٧٥١هـ . انظر ترجمته في شذرات الذهب ٦/١٦٨-١٦٩ وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة لجلال الدين السيوطي (عيسى البابي الحلبي وشركاه ط/١ ١٣٨٤ - ١٩٦٤م(١/٦٢-٦٣

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

(٣) هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر يلقب بجمال الدين ويكنى بأبي محمد ولد بإسنا في مصر ٧٠٤هـ ،تفقه على الزنكاني ، والسنباطي ، والسبكي وغيرهم ، وتتلمذ عليه الجمال بن ظهيرة والحافظ أبو الفضل العراقي له المبهمات على الروضة في الفقه ، ونهاية السول شرح منهاج الوصول للبيضاوي ، والتمهيد في تخريج الفروع على الاصول توفي ٧٧٢هـ انظر ترجمته في شذرات الذهب ٦/٢٢٣-٢٢٤ ،بغية الوعاة ٢/٩٢

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

وهذا التّعريف الّذى ذكره الأسنوى غير دقيق بل هو تعريف ناقص؛ لأنّه يلزم من هذا التّعريف أنّ يكونَ معنى الاستصحاب ثبوت الأمر فى الزمان الثّانى بناء على ثبوته فى الزمان الأول سواء لم يوجد ما يزيل الحكم ، أم وجد . وهذا غير صحيح لأنّ الأمر الثابت فى الزمان الأول ، لا يصح استصحابه فى الزمان الثانى إذا وجد ما يزيله . ولهذا استدرك علماء الشافعية هذا الاطلاق فقيدوا التعريف .

قال صاحب شرح جمع الجوامع (٣) فى تعريفه : (ثبوت أمر فى الزمن الثانى ، لثبوته فى الأول ، لفقدان ما يصلح للتغير من

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول للاسنوى ٣/ ١٣١

(٢) المصدر نفسه والصفحة نفسها

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن ابراهيم المحلى الشافعى يلقب بجلال الدين ولد عام ٧٩١هـ فقيه ، أصولى ، متكلم ، نحوى ، منطقى ، أخذ العلم عن البدر محمود الاقسرائى والبرهان البيجورى ، والعلاء البخارى ، له شرح جمع الجوامع فى الأصول وتفسير القرآن الكريم وقف فيه عند أول سورة الكهف وأتمه جلال الدين السيوطى ويعرف بتفسير الجلالين . توفى عام ٨٦٤ هـ انظر شذرات الذهب ٧/ ٤٦ - ٤٧ ، الفتح المبين فى طبقات الأصوليين لعبد الله مصطفى المراغى (بيروت : دار الكتب العلمية ط/٢ ، ١٣٩٤ - ١٩٧٤) ٣/ ٤٠

الأَوَّل إلى الثَّانى) (١)

فهذا القيد وهو قوله : (لفقد ما يصلح للتغير من الأول إلى الثانى) هو الذى يجعل التَّعريف مستقيماً .

وبناءً على هذا القيد فإنَّ الحكم فى الزمان الثانى لا يتحقَّق إذا وجد ما يصلح لتغير الحكم الذى كان ثابتاً فى الزمان الأول فَإنَّه حينئذ لا يمكن اثباته فى الزمان الثانى .

والمقصود بالزمان الثانى : الزمن الحاضر الذى حصل النزاع فى بقاء الحكم فيه .

والمقصود بالزمان الأول : الزمان الذى ثبت فيه الحكم .

فيحكم - من يستدل بالاستصحاب - ببقاء الحكم فى الزمان الحاضر بناءً على ثبوته فى الزمن الأول . - وهو زمن الثبوت - ما دام أنه لا يوجد مايصلح لتغير الحكم .

قال عضد الدين الايجى (٢) موضِّحاً هذا المعنى :

---

(١) شرح جمع الجوامع لجلال الدين المحلى مطبوع مع حاشية البنانى عليه وتقرير شيخ الاسلام عبدالرحمن الشربينى (بيروت: دار الفكر) ٢/ ٣٥٠ وانظر ، محمد بن يحى بن الشيخ أمان ،نزهة المشتاق شرح اللمع لابن اسحق الشيرازى (مكة المكرمة المكتبة العلمية ١٣٧١-١٩٥١م) ص٧٦٣

(٢) هو: عبدالرحمن بن عبدالغفار الإيجى يلقب بعضد الدين ، شافعى المذهب ، أصولى ، منطق ، متكلم ، أخذ عن الشيخ تاج الدين الهنكى ، وأخذ عنه شمس الدين الكرمانى ،والتفتازانى والضياء القرمى . لهشرح مختصر ابن الحاجب فى الأصول ، والمواقف فى أصول الدين ، ومختصر المواقف توفى عام : ٧٥٦هـ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية الكبرى ٧/ ٣٠٣ - ٣٠٤ ،وبغية الوعاة ٢/ ٧٥-٧٦

(إنَّ الحكم الفلانى قد كان ، ولم يظن عدمه ،وكل ما هو كذلك فهو مظنون البقاء) (١) وبالنَّظر إلى هذه التعريفات يتَّضح أنَّها كلُّهـــا تدور حول حدٍّ وضحه الدكتور : (بدران أبو العينين) حيث قال بعد أن ذكر تعريف الاستصحاب :-

(وتفسير ذلك : إذا دَلَّ دليل على ثبوت حكم شرعى فى حادثة ولم يكن هذا الدليل مفيداً بقاء الحكم واستمراره ، ولم يوجد دليـل آخر يدل على بقائه واستمراره ، وبحث المجتهد بقدر وسعه عـــن الدليل الذى يغير الحكم أو يزيله ولم يهتد إليه ولم يظفر به ، فَإنَّ الحكم الثابت بالدليل واستمراره إلى أنْ يظهر دليل آخر يكون ثابتاً بالاستصحاب) (١)

مناقشة هذه التعاريف :-

إنَّ هذه التَّعريفات لم تسلم من النقد، فقد وجهت إليها اعتراضات من قبل **المنكرين** لحجية الاستصحاب ، وقوبلت هذه الاعتراضات كذلك بالردود من قبل المثبتين لحجيته ، فكان لابُدَّ من ذكر هـــذه الاعتراضات ، والردود عليها قبل التعرض لمذاهب العلماء فى حجية الاستصحاب .

ومن هذه الاعتراضات :

١- ما ذكره الكمال بن الهمام حيث رد الاستصحاب إلى الدليـــل الأول الذى ثبت به الحكم .

---

(١) انظر د . بدران أبو العينين ، أصول الفقه الاسلامى (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 جمع الجوامع(٢) نقلاً عن ابن السبكى (٣) فقال :

(والمختار عندنا منع تسميته بالاستصحاب ، فإنَّ فى اطلاق هذا الاسم ايهام أن الحكم مستند إلى الاستصحاب وليس هو مستنداً إلَّا إلى الدليل القائم الذى استصحبناه ، وهو مصاحب لنا وقت الحكم .

---

(١) تيسير التحرير ٤ / ١٨٦

(٢) هو الشيخ عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الشربينى الشافعى الأصولى أخذ العلم عن كبار علماء الأزهر فى مصر وترقى فى الأزهر حتى تولى مشيخته عام ١٣٢٢هـ ، له مؤلفات كثيرة منها : فيض الفتاح على حواشى شرح تلخيص المفتاح ، وتقرير على شرح جمع الجوامع وحاشية البهجة فى الفقه ، توفى عام ١٣٢٦هـ انظر ترجمته فى الأعلام ، لخير الدين الزركلى (مطبعة كوستاتسوماسى وشركاه ، ١٣٧٦هـ-١٩٥٧م) ٤ / ١١٠ ، والفتح المبين ٣ / ١٦١

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

فالاستصحاب فعلنا ، والقاضي هوالدليل المستصحب . وكذلك من يستصحب حال الاجماع بعد طريان الخلاف ، لا يرى الاستناد إلاَّ إلى الاجماع . فإن الاستصحاب بنفسه ليس بدليل .) (١)

إلاَّ أن اعتراض ابن الهمام ، وما نقله الشربيني عن ابن السبكي يمكن أن يكون مقبولاً لو كان الدليل الأول دلَّ على الثبوت والبقاء معا .

ولكن الواقع أن الدليل الأول دلَّ على ثبوت الحكم في الزمان الأول . أما بقاؤه في الزمان الثاني فإنَّه لم يدل عليه دليل نفياً ولا اثباتاً ، وإنَّما توصل إليه المجتهد ببحث واجتهاد . (٢)

٢- واعترض على عبارة (التمسك بدليل عقلي) التي ذكرها الغزالي في تعريفه : بأن هذا القول موافق لقول المعتزلة الذين يثبتون الأحكام بالعقل .

إلاَّ أنَّ الغزالي ردَّ هذا الاعتراض ، وبيَّن أنَّ المقصود من هذه العبارة : أن العقل يدلُّ على النفي لا على الاثبات؛ لأنَّ العقل يدلُّ على نفي الحكم إلى أن يرد الدليل السمعي الذي ينقل هذا النفي الى الوجود .

قال (رحمه الله): (النظر في الأحكام إمَّا أن يكون في اثباتها أو في نفيها .

---

(١) تقرير شيخ الاسلام عبد الرحمن الشربيني على شرح جمع الجوامع ٢/٣٤٧

(٢) انظر البخاري، علاء الدين بن عبد الرحمن بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول البزدوي (بيروت دار الكتاب العربي ١٣٩٤-١٩٧٤م) ٣/٣٧٧

أما اثباتها : فالعقل قاصر عن الدلالة عليه .

وأما نفيها : فالعقل قد دلَّ عليه إلى أن يرد الدليل السمعي بالمعنى الناقل من النفي الأصلي) (١)

٣- اعترض على قول الغزالي بالنفي الأصلي ؛ لأنَّ النفي الأصلي لا يكون صالحاً للاستدلال بعد بعثة الرسل ووضع الشرع .

فبعد بعثة الرسل لا يعلم نفي السمع ، فلا يكون انتفاء الحكم معلوما .

وهذا القول مبنيٌّ 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 السمعي قد يعلم ، وقد يظن ، فانَّا نعلم أنه لا دليل على وجوب صوم شوال ، ولا على وجوب صلاة سادسة ، إذ نعلم أنه لو كان لنقل ، وانتشر ، ولما خفي على جميع الأمة ، وهذا علم بعدم الدليل ،وليس هو عدم العلم بالدليل . فإنّ عدم العلم بالدليل ليس بحجة على المجتهد .) (٢)

وبهذا يكون الاستدلال بالنفي بعد بعثة الرسل صحيحا ، وأنَّه ليس من قبيل الاستدلال بعدم العلم بالدليل . بل من قبيل العلم بعدم الدليل ، أو الظن بعدم الدليل ولا خلاف في أنَّ الظَّن

---

(١) الغزالي ، المستصفى ، ١/ ٢١٩

(٢) المصدر نفسه ص ٢١٩ - ٢٢٠

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

٤- واعترض على قول الغزالى بنفى وجود الحكم عند العلم بعدم الدليل لأنَّ الحكم يمكن أنْ يكون واجباً ولا دليل عليه فليس هذا بمستحيل .

ويمكن كذلك أن يكون عليه دليل ولم يبلغنا .

ردَّ الغزالى هذا الاعتراض بقوله :

(قلنا : أما ايجاب ما لا دليل عليه فمحال . لأنَّه تكليف بما لا يطاق . ولذلك نفينا الأحكام قبل ورود السمع .

وأما إنْ كان عليه دليل ولم يبلغنا ، فليس دليلا فى حقنا ، إذ لا تكليف علينا إلاَّ فيما بلغنا .) (١)

٥- اعترض على هذا القول بأنَّه يلزم منه أنَّ العاصى يقدر أنْ ينفى كل ما لم يبلغه دليله .

ردَّ الغزالى هذا الاعتراض فقال :-

(قلنا إنَّما يجوز للباحث، والمجتهد المطلع على مدارك الأدلة القادر على الاستقصاء ، كالذى يقدر على التردد فى بيته لطلب متاع إذا فتَّش ، وبالغ أمكنه أنْ يقطع بنفى المتاع ، أو يدَّعى غلبة الظَّن . أما الأعمى الذى يعرف البيت ، ولا يبصر ما فيه فليس له أن يدَّعى نفى المتاع من البيت) (٢)

وبهذا يسلم تعريف الغزالى من كلِّ الاعتراضات التى وجهت اليه .

---

(١)-(٢) المستصفى ١ / ٢٢٠

أما التَّعريفات الأخرى فقد وجهت إليها بعض الاعتراضات وقوبلت بالرد من قبل أصحابها أيضا ، ومن هذه الاعتراضات الاعتراض على تعريف الاستصحاب بأنه : (الحكم بالثبوت فى الزمان الثانى) لأنَّ الحكم بالثبوت فى الزمان الثانى هو فعل المجتهد ، وهو علة توجب الاستصحاب لا نفس الاستصحاب . لأنَّ الاستصحاب هو الدليل الذى يثبت به الحكم .

ورد هذا الاعتراض :-

بأنَّ هذا التعريف فيه تسامح ، حيث أطلق العلة وأراد المعلول وهذا وانْ كان مجازاً وهو لا يدخل فى التعريفات ، إلاَّ أنَّ مثله محتمل لوجود القرينة ، وهى : العرف والاصطلاح . على أنَّ هذا ليس بتعريف حقيقى ، بل تعريف اصطلاحى واستعمال المجاز فى التَّعريفات الاصطلاحية غير مضرٍّ ، لأنَّ السلف لم يلتزموا ببيان الحقائق فى التَّعريفات لعدم احتياجهم لذلك . وإنَّما التزموا ببيان الضوابط الَّتى يحتاج إليها فى الفقه ، فلذلك لم يبالوا بذلك ، بخلاف أهل المنطق فإنَّهم التزموا فى التَّعريفات ببيان الحقائق ، فيكون المجاز فى التعريف مضراً بالنسبة لهم . (١)

---

(١) انظر شرح المنار فى الأصول لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك تصحيح أحمد رفعت بن عثمان حلمى وآخرين (المطبعة العثمانية) ص ٧٩٥-٧٩٦

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

وهذا النَّوع لا تشمله التَّعريفات السابقة ، وهو كما يتضح من تعريفه مقلوب النَّوع الأول ، الَّذي تقدَّمت تعريفاته أي ، استصحاب الماضي في الحاضر ، ولهذا سمي بالاستصحاب المقلوب .

وهذا النَّوع احتج به جمهور الأئمة من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

وسيأتي الكلام عن هذا النَّوع بالتفصيل عند التَّعرض لأنواع الاستصحاب إنْ شاء الله تعالى.

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

إذا كان الاستصحاب في اللُّغة هو طلب المصاحبة ، أو الصحبة والصحبة : هي مقارنة الشيء ، ومقاربته ، كان لابُدَّ للمعنى الاصطلاحي أنْ يكون راجعًا إلى هذا المعنى ، اللُّغوي . وهو المقاربة والملازمة كما هو الشأن في التعريفات الاصطلاحية .

---

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

والتَّعريف الاصطلاحى هنا راجع إلى المعنى اللُّغوى ،لأنَّ مرجع الاستصحاب فى الاصطلاح إلى ملازمة الحكم الشرعى للمحكوم فيه الَّذى هو فعل المكلف . وذلك كما فى ملازمة الطهارة للشخص المتوضىء الَّذى شك فى الحدث ، وكما فى ملازمة الحل للزوجة الَّتى شكَّ الزوج فى طلاقها حَتَّى يعلم خلافه . فالملازمة معنى لغوى فى كلمة الاستصحاب .

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

ولذلك كانت كل التعاريف الاصطلاحية التى ذكرها الأصوليون للاستصحاب تدور حول هذا المعنى ،وان اختلفت فى ألفاظها . ويتضح من خلال ألفاظها أن الاستصحاب ما سمى استصحابا إلَّا لأنَّ المستدل يجعل الحكم الثابت فى الماضى مصاحباً للحال ، أو يجعل الحال مصاحباً لذلك الحكم . ولذلك نجد علماء

---

(١) نهاية السول للاسنوى ٣/١٣١ ، وانظر موسوعة الفقه الاسلامى (اصدار المجلس الأعلى للشئون الاسلامية. القاهرة) ٧/١٢

الدين البخارى (١) بعد أن ذكر هذه التعاريف المتقدمة خلص إلى أنَّها كلها تؤدى إلى معنى واحد . قال(رحمه الله): (وهذه العبارات تؤدى 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 وسعه فلم يظفر بذلك . فهنا يستصحب المجتهد هذا الحكم الذى كان ثابتاً فى الماضى .(٣)

وبهذا تتحدد أنواع الاستصحاب المعتبرة ،وغير المعتبرة .

فالأنواع المعتبرة والداخلة تحت هذه التَّعريفات هى :-

أوَّلاً : استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه .

ثانيا : استصحاب البراءة الأصلية ، أو العدم الأصلى .

ثالثا : استصحاب الدليل الشرعى مع احتمال المعارض وهو: التخصيص إنْ كان الدليل عاماً ، والنسخ إنْ كان الدليل ظاهراً .

رابعا : استصحاب الحكم الشرعى الذى دلَّ الشَّرع 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 الأخسيكثى ، توفى عام ٧٤٠هـ ، انظر الفوائد البهية ص٩٤ ،والفتح المبين ٢/١٣٦

(٢) كشف الأسرار ٣ / ٣٧٧

(٣) انظر المصدر نفسه والصفحة نفسها

والأنواع غير المعتبرة والخارجة عن هذه التَّعريفات هى :

أوَّلاً : استصحاب الحكم العقلى وهو كلُّ حكم عرف وجوبه أو حسنه أو قبحه بالعقل وهذا مردود عند أهل السنة .

ثانيا : استصحاب الحكم الشرعى الذى ثبت تأبيده ، واستمراره ، نصّاً ، وذلك كعدم قبول شهادة من قذف المحصنات المؤمنات بالزنا . كما فى قوله تعالى:(ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) (١)

ثالثا : استصحاب كل حكم ثبت توقيته بوقت محدد، إذْ لا اختلاف فى أنَّه غير موجود بعد انقضاء مدته ووقته . وذلك كالاجارة فإنَّها بحسب وضع الشارع لها مؤقتة بمدَّة محددة يتفق عليها المتعاقدان، فيستمر حكمها ما بقيت المدَّة،ولا استصحاب لحكمها بعد انقضاء المدة .

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

خامسا : استصحاب حكم ثبت بدليل مطلق عمَّا يفيد الزوال ، أوالبقاء ليس . بحجَّة قبل طلب الدليل المغير لا فى حقّ المجتهد ، ولا فى حقّ غيره أيضاً ، لأنَّ جهله بالدليل المزيل بسبب تقصير منه فلا يكون حجَّة لا فى حقِّه ، ولا فى حقّ 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 في محل النزاع وهذا النَّوع مختلف فيه حَتَّى بين من يستدل بالاستصحاب مطلقاً . فمنهم من أثبته واعتبر الاستدلال به صحيحاً ، مثل الاستدلال بغيره من الأنواع المتقدمة ، فيكون على هذا داخلا في التَّعريف ، ومنهم من اعتبره خارجاً عن مسمى الاستصحاب فلا يحتج به . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام عن هذا النَّوع إنْ شاء الله . (١)

الأمثلة :

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

١- فإذا كان الأصل في شيء الاباحة كالأطعمة مثلاً ، كانت هذه الاباحة باقية حَتَّى يقومَ الدليل الدال على التحريم .

وإذا كان الأصل في أمر التَّحريم ، كالعشرة بين الرجل والمرأة الأجنبية استمرت هذه الحرمة حَتَّى يوجد دليل يبيح هذه المباشرة وهو الزواج مثلاً . (٢)

٢- وكل أمر علم وجوده ، ثُمَّ حصل الشَّك في عدمه ، حكم ببقائه بطريق الاستصحاب ، لذلك الوجود .

---

(١) انظر ص ١١٠ من هذه الرسالة فما بعدها

(٢) انظر أصول الفقه لمحمد أبو زهرة (دار الفكر العربي) ص ٢٩٦

فإذا تزوج رجل فتاة على أنّها بكر ، ثُمَّ ادعى الثيوبة بعد الدخول فلا يقبل قوله بلا بينة استصحاباً لوجود البكارة ، لأنّها هى الأصل منذ النشأة الأولى .

وإذا ثبتت الملكية فى عين بدليل يدلُّ على ثبوتها كشراء ،أوهبة أَوْ ميراث ، أَوْ وصية ، فانها تستمر حَتَّى يوجد دليل يدلّ على نقل الملكية ، ولا يكتفى باحتمال وجود الناقل كالبيع ونحوه .

ومن علمت حياته فى زمن معين ، فانَّه يحكم بحياته حتى يوجد ما يدل على الوفاة ،وحينئذ يكون الحكم بالوفاة بناء على هذه الأمارات

٣- وكل أمر علم عدمه ، ثم حصل الشك فى وجوده ،فانَّه يحكم باستمرار عدمه بطريق الاستصحاب حَتَّى يوجد ما يدلُّ على خلاف ذلك فإذا استأجر إنسان إنساناً للبناء ، ثُمَّ ادَّعى المؤجر أنَّ المستأجر لا يحسن مهنة البناء قبلت دعواه هذه ، إلَّا إذا أقام المستأجر بينة تثبت خلاف هذه الدعوى . وذلك لأَنَّ الأصل فى فطرة الإنسان أنَّه لا يحسن البناء حَتَّى يتعلمه . فإذا حصل نزاع على ذلك حكم بعدم معرفته البناء استصحاباً للأصل ، إلَّا إذا أقام البينة الَّتى تثبت اجادته البناء .

ومن اشترى كلباً على أَنَّه كلب صيد، فادَّعى فوات الوصف ، فالقول قول المشترى ، إلَّا إذا ثبت خلافه استصحاباً للعدم السابق ، لأنَّ الأصل عدم الوصف ، وانَّما يستفاد هذا الوصف من المران

والتَّدريب .(٢)

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

---

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

الفصل الثانى

أنواع الاستصحاب

الفصل الثاني

أنواع الاستصحاب

تقدَّم الكلام في الفصل الأوَّل من هذا الباب ، عن تعريف الاستصحاب لغةً واصطلاحاً ، مع ذكر أنواع الاستصحاب المندرجة تحت هذا التَّعريف بإيجاز .

وفي هذا الفصل أتناول إنْ شاء الله تعالى أنواع الاستصحاب معرِّفاً بها ، ذاكراً بعض الأمثلة المبينة لها ، والأدلة الدالة عليها ، ولا اتعرض لمذاهب العلماء في الاحتجاج بها ، لأنَّ 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 حَتَّى يرد المخصص ، والنص حَتَّى يرد الناسخ

٤- استصحاب الحكم الشرعي الذي دلَّ الشَّرع 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 شيء بناء على عدم وجود ما يدلّ على حرمته، لأن الأصل في الأشياء الإباحة حتّى يدلّ دليل شرعي على حرمتها كما هو المقرر عند جمهور الأصوليين . (١) ومن الاصوليين من يدرج هذا النّوع تحت استصحاب العدم الأصلي وهذا مسلك معظمهم . (٢)

ومنهم من لم يتعرض له أصلاً . إلاّ أنّ اعتباره نوعاً مستقلاً من أنواع الاستصحاب هو الأصح ، لأنّ الاباحة هي الحكم الأصلي لموجودات الكون، وانّما يحرّم ما يحرم منها بدليل يدلّ على حرمتها .

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

والفرق بين هذا النوع واستصحاب العدم الأصلي :-

أنّ استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه ، استصحاب لاباحة شرعية ، لأنّه عبارة عن : الحكم باباحة شيء 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 - ١٨٤

(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- ٤٤٤

ما يدلُّ على حرمته . وهذا لا يكون إلاَّ بعد ورود الشرع إذ لا حكم قبل الشرع كما هو المقرر عند جمهور الأصوليين ؛ لأنَّ العقل لا يثبت حكما شرعيا .

أمَّا استصحاب العدم الأصلي : فهو استصحاب لنفي الواجبات أو التَّكاليف ؛ لأنَّ الأصل عدم وجود ذلك حَتَّى يدلَّ الدليل عليه . وهذا يكون قبل الشَّرع ، وبعد الشَّرع ، عن طريق العقل ، فالعقل لا يثبت حكماً إلاَّ انَّه ينفي وجود الأحكام السمعية في حقنا قبل بعثة الرُّسل ، فإذا جاء الرسول وكلفنا بشيء كان ماعداه على حكم البراءة الأصلية .

قال صاحب نشر البنود على مراقي السعـــود :(١)

(الفرق بين القول بأصالة الاباحة ، والقول بأصالة العدم الأصلي : أنَّ الاباحة على أصالة العدم عقلية ، وعلى القول الآخر شرعية .) (٢)

---

(١) هو : عبد الله بن ابراهيم العلوي ، الشنقيطي ، تلقى العلم على يد والده الذي كان من رجالات العلم والتصوف في عصره ، وعلى المختار الكتي ، 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 نشـــر البنود على مراقي السعود في أصول فقه المالكية توفي عام ١٢٣٣ انظر ترجمته في كتابه نشر البنود على مراقي السعود

(٢) نشر البنود على مراقي السعود ٢ / ٢٥٩ وانظر المسودة لآل تيمية ص ٤٨٩ ومذكرة أصول الفقه لمحمد الامين الشنقيطي (المكتبة السلفيـــة بالمدينة المنورة ،) ص ١٨ ، ١٥٩ - ١٦٠

وبناء على هذا فإنَّ كلَّ شيء 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 التغيير .

الأمثلة :

١- كلُّ طعام أو شراب ليس في الشَّرع ما يدلُّ على أنَّ حكمه الحرمة ، فهو مباح ،وذلك إذا كانت آثاره طيبة ، أو غلبت منافعه على مضاره .

٢- كلّ عقد يجرى بين النَّاس لتبادل المنافع ، أو السلع مباح ما لم يوجد في الشَّرع ما يدلُّ على حرمته ويقال عنه حينئذ أنَّه مباح استصحاباً للاباحة الأصلية .

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

الأدلة :-

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

---

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

أولاً : أدلة ذلك من الكتاب :

أ- قوله تعالى : (هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِى الأَرْضِ جَمِيعًا) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية : أنَّ اللام فى قوله تعالى (خَلَقَ لَكُمْ) ، تدلُّ على الاختصاص بجهة الانتفاع (٢)

قال الأسنوى : (ووجه الدلالة: أنَّ البارى تعالى أخبر أنَّ جميع المخلوقات الأرضية للعباد ، لأنَّ (ما) موضوعة للعموم . لاسيما وقد أكَّدت بقوله جميعاً .

واللَّام فى (لَكُم) تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين ألا ترى أنَّك إذا قلت : (الثوب لزيد) فإنَّ معناه : أنَّه مختصٌّ بنفعه ، فحينئذ يلزم من ذلك : أنْ يكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً ، وهو المدعى) (٣)

وإذا كان الانتفاع بجميع المخلوقات مأذوناً فيه شرعاً ، كان استصحاب هذه الاباحة هو الَّذى يُرجِّح بقاءها فى كلِّ شىء حصل خلاف فيه هل هو على اباحته الأصلية أو تغيَّر حكمه ، ما دام أنَّه لم يرد دليل شرعى يدلُّ على تغييره .

ب- ونظير هذا قوله تعالى : (قُل مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِى أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ والطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ) (٤)

---

(١) البقرة ٢٩

(٢) انظر فخر الدين الرازى المحصول فى علم أصول الفقه دراسة وتحقيق د . طه جابر فياض (الناشر جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ط/١ ، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م) ج ٢ ص ٣٥٢/ ١٣١

(٣) نهاية السول ٣/ ١٢٨ ؛ وانظر المحصول ج ٢ ق ٢/ ١٣٩

(٤) الأعراف الآية ٣٢

قال الأسنوى فى توجيه الاحتجاج بهذه الآية :

(ووجه الدلالة : أنَّ هذا الاستفهام ليس على حقيقته ،بل هو للإنكار فحينئذ يكون البارئ تعالى قد أنكر تحريم الزينة التى يختص بنا الانتفاع بها لمقتضى اللام كما تقدَّم .(١) وانكار التحريم يقتضى انتفاء التحريم ،وإلَّا لم يجز الانكار . وإذا انتفت الحرمة تعينت الاباحة .)(٢)

وإذا دَلَّ هذا الانكار على انتفاء الحرمة ،وثبتت بموجبه الاباحة وجب استصحاب هذه الاباحة فى كلِّ الزينة الَّتى أخرجها الله لعباده ما لم يأت ما يغير هذا الحكم .

ثانيا : السُّنة :

ما روى فى الصَّحيحين عن سعد بن أبى وقاصٍ[٣] قال :

قال رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه وسلَّم : (إن أعظم المسلمين فى المسلمين جرماً من سأل عن شيءٍ لم يحرَّم ،فحرم من أجل مسألته .) (٤)

---

(١) تقدم ذلك فى توجيه الاحتجاج بقوله تعالى : (هُوَ الَّذى خَلَقَ لَكُم ما فى الأرض جميعاً) فقد ذهب إلى أنَّها تفيد الاختصاص بحجة الانتفاع فهكذا هنا .

(٢) نهاية السول 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 اسلاما ،شهد بدرا ومعظم الوقائع ،فتح العراق ومدائن كسرى وظل واليا على الكوفة فى خلافة عمر وشطرا من ولاية عثمان ،له فى كتب الحديث ٢٧١ حديثا انظر ترجمته فى الاصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر العسقلانى (مكتبة المثنى ببغداد) ٢/٣٣-٣٤ وتذكرة الحفاظ للذهبى ١/ ٢٢-٢٣ وتهذيب تاريخ دمشق لابن عساكر (بيروت دار المسيرة ط/٢ ١٣٩٩-١٩٧٩م) ٦/٩٥

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

قال ابن تيمية بعد أن ذكر هذا الحديث : (دلَّ ذلك : على أنَّ الأشياء لا تحرَّم إلاَّ بتحريم خاص لقوله (لم تحرم) . ودلَّ أنَّ التَّحريم قد يكون لأجل المسألة،فبين ذلك أنَّها بدون ذلك ليست محرمة ، وهو المقصود .) (١)

وإذا كانتكل الأشياء لا تحرَّم إلاَّ بتحريم خاص ، ودلَّ ذلك على عدم حرمتها ، وجب استصحاب هذا الأصل فى كلّ شىءٍ حصل النزاع فى حرمته ، ولم يدلّ دليل على تحريمه .

فؤاد عبدا لباقى (دار إحياء الكتب العربية ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥م) كتاب الفضائل ، باب توقيره صلى الله عليه وسلم ،وترك اكثار سؤاله ، ٤/ ١٨٣١ حديث رقم ١٣٢-١٣٣ ورواه البخارى محمد بن اسماعيل فى صحيحه : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى (نشر وتوزيع ادارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالرياض ، السعودية) كتاب الاعتصام بالسنة ، بيان ما يكره من كثرة السؤال ١٣/ ٢٦٤ حديث رقم ١/ ٢٨٩ ورواه أحمد فى مسنده (بيروت المكتب الاسلامى ١٣٩٨ هـ-١٩٧٨م) ١/ ١٧٦

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

النَّوع الثانى : استصحاب العدم الأصلى

تعريفه : هو (نفى ما نفاه العقل ،ولم يثبته الشَّرع) (١) أو (انتفاء الأحكام السَّمعيّة فى حقنا قبل بعثة الرسل ٠) (٢) والمراد : الحكم ببراءة ذمة المكلف من التكاليف الشَّرعية ، والحقوق المالية ،حَتَّى يدلَّ الدليل على شغلها .

فاستصحاب العدم الأصلى يرجع إلى عدم التكليف بالحكم الـــذى لم يرد به نصٌّ شرعى ، فإذا ورد فيه نصٌّ شرعى كان التَّكليف به علـــى الوجه الذى حدَّده الشَّرع ٠ (٣)

الأمثلـــة :

١- إذا ادَّعى أحدُ الشركاء أنَّ رأس المال لم يجلب ربحاً ،وأنكـــر الشريك الآخر ذلك ،ورفع الأمرُ إلى القاضى ، صدَّق القاضى الشريـك المدَّعى فى دعواه ، استصحابا للعدم الأصلى ، وهو عدم الربح ،اللهم إلاَّ إذا أقام الشريك المنكر البيِّنة الَّتى تثبت الربح ،فحينئذ لا يلتفـت إلى دعوى المدّعى ،لأنَّ ما كان يبقى على ماكان عليه ،إذ لم يوجـد ما يغيِّره ، فإذا قام دليلٌ شـرعىٌّ على التَّغيّر وجب العمل بمقتضاه . والبينة دليل شرعى على تغير الحكم فيعمل بمقتضاها

---

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

(٢) نشر البنود ٢ / ٢٥٩

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

٢- إذا ادعى شخصٌ على آخر ديناً ، فعليه اقامة الدليل على أنَّ ذمة المدّعى عليه مشغولة بهذا الدين ؛لأنَّ الأصلَ براءةُ الذمةِ ، فإذا لم يستطع إثباته كانت ذمة المدّعى عليه بريئة منه؛لأنَّ الأصلَ هو البراءة ما لم يدلّ الدليل على خلافها .

٣- قبل ورود الشَّرع كانت ذمة الإنسان غير مشغولة بشيء من التَّكاليف كالصَّلاة ، والصَّوم ، وغيرهما ، فإذا جاء الشَّرع وفرض من الصَّلوات خمسا ،في اليوم والليلة ،وألزمنا بصوم رمضان كلَّ عامٍ ،كان ذلك واجباً بوجوب الشَّرع ،وبقيت الذّمة على أصل البراءة الأصلية من وجوب صلاة سادسة أو صيام شهر آخر . (١)

الأدلة : لقد دلَّ على اعتبار هذا النَّوع من أنواع الاستصحاب الكتاب،والسُّنة ، والمعقول .

أولاً : الكتاب :- فمن الآيات التي تدلُّ على اعتبار هذا النَّوع قوله تعالى (فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِن رَّبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ ..) الآية (٢) ووجه الدلالة من هذه الآية : أنَّهم كانوا قبل نزول آيات تحريم الربا ،يتعاملون بالربا ، فلما نزل تحريمه خافوا من

---

(١) انظر الغزالي المستصفى من علم الاصول ١/٢١٧-٢١٩ ومحمد زكريا البرديسي ، اصول 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 منهبأيديهم قبل التحريم ، فأنزل اللّٰهُ هـــذه الآية ليبين لهم أنَّ ما بأيديهم من أموال على حكم البراءة الأصليـــة قبل نزول التحريم ، فلا مؤاخذة عليه .

وهذا فيه دلالة واضحة على اعتبار استصحاب البراءة الأصلية .

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى (وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ..) الاية (١) .

وقوله تعالى : (وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَـــدْ سَلَفَ.) (٢) فقوله تعالى (إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) فى الموضعين ،استثنـــاء منقطع .

أى لكن ما قَدْ سَلَفَ قبل التَّحريم فهو على حكم البراءة الأصليـــة فهو عَفْوٌ .

وهذا يدلّ أيضاً على اعتبار استصحاب البراءة الأصلية ،(٣)

ثانيا السُّنة : ويدلُّ على اعتبار هذا النَّوع من السُّنة قوله صلّى اللـــه عليه وسلّم : (البيِّنَةُ على المدّعى ، واليمينُ على المدّعى عليه)(٤)

---

(١) النساء الاية ٢٢

(٢) النساء الاية٢٣

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

(٤) رواه البخارى بهذا اللفظ فى الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ، ٥/ ١٤٥ فى الترجمة،وفى حديث رقم ٢٥١٤ وفى الشهادات ٥/ ٢٤٧ ، فى الترجمة ،وفى تفسير سورة آل عمران باب ان الذين يشترون بعهد الله ... الاية، ٨/ ٢١٣ حديث رقم ٤٥٥١،ورواه مسلم فى الأقضية ٣/ ١٣٣٦ حديث رقم ١

وذلـــــــــك لأن المدعى يخالف الأصل فيما يدعيه وهو براءة ذمة المدَّعى عليه .

وعلى هذا فكلُّ من يدعى عليه دين ، أَوْ حقٌّ ، يستطيع أَنْ يتمسك بهذا الأصل ، الّذى يثبت براءة ذمته من هذا الحقّ ، أو الدين ، وعلى من يدعى خلاف ذلك إقامة الدليل على ما يدعيه . (١)

ثالثاً : الدليل العقلى : وهو دليلُ العقل على نفى الحكم قبـــل ورود السمع ،وذلك لأنَّ العقل قد دلَّ على نفى الحكم ،وسقـــوط الحرج عن الخلف فى الحركات،والسكنات ، قبل ورود السمع ،فإذا لـم يأت دليل يدلّ على وجوب حكم ما،ظَلَّ الحالُ على ما كان عليه مـــن البراءة الأصلية ، ومَنْ يدعى تغيره فعليه الدليل .

قال الإمام الغزالى : (إعلم أنَّ الأحكام السَّمعيَّة لا تدرك بالعقل لكن دلَّ العقل على براءة الذمة عن الواجبات ، وسقوط الحرج عـــن الخلـق فى الحركات والسكنات ، قبل بعثة الرسل عليهم الســـلام وتأييدهم بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبـــل ورود السمع ،فإذا ورد نبى وأوجب خمس صلوات ، فتبقى الصَّـــلاة السادسة غير واجبة ، لا بتصريح النَّبىّ بنفيها ، ولكن كان وجوبهـــا منتفياً ، إذ لا مثبت للوجوب فبقى على النفى الأصلى ،لان نطقه

---

(١) انظر د . حسين حامد حسان ،المدخل لدراسة الفقه الاسلامى (مكتبة المتنبئ ط ثانية ١٩٧٩م) ص ٢٢٦

بالايجاب قاصر على الخمسة ، فبقى على النَّفى فى حقّ السادسة وكأنَّ السمع لم يرد .

وكذلك إذا أوجب صوم رمضان ، يبقى شوال على النَّفى الأصلى .

وإذا أوجب عبادة فى وقت ، بقيت الذِّمة بعد انقضاء الوقت على البراءة الأصلية .

وإذا أوجب على القادر ، بقى العاجز على ما كان عليه ، فاذن النَّظر فى الأحكام إمَّا فى اثباتها ، أو فى نفيها ، أما اثباتها : فالعقل قاصر عن الدلالة عليه ، وأمَّا نفيها : فالعقل قد دلَّ عليه إلى أنْ يرد الدليل السمعىّ بالمعنى الناقل من النَّفى الأصلى . (١)

---

(١) الامام الغزالى ، المستصفى ١/٢١٧-٢١٩ وانظر المصدر نفسه ص ٢٤٢ والمسودة فى أُصول الفقه لآل تيمية ص ٤٨٨-٤٨٩

ونشر البنود ٢/٢٥٨-٢٥٩

النَّوعُ الثَّالثُ :

استصحاب الدليل مع احتمال المعارض تخصيصاً أو نسخاً .

وهذا النَّوع يتفرع إلى فرعين :-

الفرع الأوَّل : استصحاب العموم حتى يأتى مخصص .

الفرع الثَّانى : استصحاب النص حتى يأتى ناسخ .

الفرع الأول : استصحاب العموم حتى يأتى مخصص :-

ومعناه : أنَّه إذا ورد نصٌّ عام فإنَّه يشمل جميع الأفراد الداخلة تحته ، لأنَّ هذا حكم العام عند جمهور العلماء . فإذا ورد النزاع فى مسألة ، أو فرد من هذه الأفراد ، هل هو على حكم العام أو خرج بالتخصيص ؟ فإذا بحث المجتهد ، ولم يجد دليلاً يدلُّ على التَّخصيص ، استصحب حكم العام فى هذا الفرد المتنازع فيه ، ويكون على مدعى التخصيص إقامة الدليل على أنَّ هذا الفرد المتنازع فيه قد خرج من حكم العام بالتخصيص . (١)

---

(١) انظر الغزالي ، المستصفى ١/ ٢٢١ ز ، وانظر الزنجانى ، تخريج الفروع على الأصول . تحقيق دكتور محمد اديب صالح (مؤسسة الرسالة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) ص ٣٤٨ وتاج الدين بن السبكى تكملة الابهاج فى شرح المنهاج (مطبعة التوفيق الادبية) ٣/ ١١٠ -١١١ وارشاد الفحول للشوكانى ص ٣٣٨

الأمثلـــة :

١- مَثَّلَ الغزالى لهذا النَّوع بقوله صلّى الله عليه وسلّم (لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل) (١)

فقالَ : قوله صلّى الله عليه وسلّم (لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل) شاملٌ بصيغته صوم رمضان ، مع خلاف الخصم فيه . فيقول أسلم شمول الصيغة ، لكنى اخصصه بدليل فعلية الدليل) (٢)

ومعنى هذا : أنَّ قوله صلّى الله عليه وسلّم (لا صيام لمن لم يبيت الصيام . .) الحديث شاملٌ بصيغته جميع أنواع الصَّوم ، سواء أكان صوم رمضان أم غيره ، وسواء أكان فرضاً أم نَفْلاً ، فيجب انْ يستصحب هذا العموم بناءً على هذا فى كلِّ نوع من أنواع الصِّيام . فلا بُدَّ لكلِّ صوم من تبيـــت نيته من الليل بما فى ذلك صوم رمضان .

فإذا زعم أحدٌ تخصيص صوم رمضان فعليه الدليل . وإذا لم يُقِـــمْ دليلاً على تخصيص صوم رمضان ، كان صومه داخلا فى عموم الصـــوم ، فيجب فيه تبيت النِّية من الليل استصحاباً للعموم .

---

(١) رواه النسائى فى سننه من الصيام : اذا لم يجمع من الليل هل يصوم ذلك اليوم من التطوع : بألفاظ مختلفة أقربها لهذا اللفظ لا صيام لمن لم يجمع الصيام قبل الفجر . انظر سنن النسائى بشرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى عليه ، لأبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى ٤/ ١٩٦ - ١٩٨ .

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

قال الزنجاني[1] في هذا الأصل : (وعليه بنى الشافعيُّ ، رضي الله عنه[2] معظم مسائل السَّرقة . والخصم يدعي في كل مسألة منها قيام شبهة مخصصة لا تقوى على دفع العموم) (٣)،ومثل لهذا بعدَّة أمثلة منها :

أنَّ القطع يتعلق بسرقة ماأصله على الاباحةعند الشافعي رضي الله عنه ،كالحطب ، والحشيش ،والمعادن ، تمسُّكاً بعموم قوله تعالى : (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (٤)

---

(١) هو محمود بن أحمد بن محمود ، أبوالمناقب الزنجاني ، يلقب بشهاب الدين ، شافعي المذهب ، متفوق في الفقهوأصوله ، والتفسير ، والحديث وعلومه ، له تخريج الفروع على الأصول ، توفي سنة ٦٥٦هـ ، انظر طبقات الشافعية لابن السبكي ٨/٣٦٨ والفتح المبين ٢/٧٠

(٢) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، الإمام المعروف ولد عام ١٥٠هـ تتلمذ على مسلم بن خالد الزنجي ، والامام مالك ،ووكيع بن الجراح وغيرهم ، وتتلمذ عليه أحمد بن خالد الخلال ، وأحمد بن حنبل،وأحمد بن محمد الصيرفي وغيرهم ، له الأم ، والرسالة ، وأحكام القرآن ، وابطال الاستحسان،وغير ذلك ، توفي عام ٢٠٤ هـ انظر طبقات الشافعية ٢/٧١ ، ووفيات الأعيان ص ٥٦٥ - ٥٦٨

(٣) تخريج الفروع على الاصول ،للزجاني ص ٣٤٨

(٤) المائدة : الآية ٣٨

فعموم الآية يقتضي وجوب القطع في كلّ ما يُسمّى آخذه سارقـاً ، فكلّ مَنْ يطلق عليه اسم السّارق مقطوع بحكم العموم . إلّا ما استثناه الدليل وعلى مدعي الاستثناء إقامة الدليل على أنّ هذا الحكم قد استثنى مـن أصل العام .

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

الفرع الثاني : استصحاب النص حتى يأتي ناسخ :

ومعنى هذا: أنّ الحكم إذا لم يدلّ دليل على تأبيده واستمراره ، ولم يدلّ دليل كذلك على نسخه ، فإنّ الاستصحاب يدلّ على دوامه ، واستمراره وعدم نسخه ، ولولا هذا لتطرق احتمال النّسخ لكلّ حكمٍ ثابتٍ ولم يدلّ دليل على دوامه واستمراره .(٢) فالنّصّ دليل على دوام الحكم بشرط أنْ لا يرد نسخ، كما دلّ العقلُ على البراءة الأصلية بشرط أنْ لا يرد سمع (٣) .

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

---

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

(٢) انظر أبو محمد ابن حزم علي بن احمد بن سعيد الإحكام في أصول الأحكام (منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت، ط/١ ، ١٤٠٠/١٩٨٠م) ٣/٥

(٣) انظر الغزالي ، المستصفى ١/٢٢١-٢٢٢ ، وابن السبكي ، تكملة الابهاج ١١٠-١١١

النَّوعُ الرَّابـعُ :-
استصحاب الحكم الشّرعى الذى دلّ الشّرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه

وهو الحكم الشّرعىّ الّذى ثبت بدليل ،ولم يقمّ دليلٌ على تغييره فيحكم ببقائه لوجود السبب.

ويسمّيه بَعْضُهُم : استصحاب الحكم الماضى لوجود سببه ،ويسميه بعضهم استصحاب الوصف المثبت للحكم الشّرعىّ . (١) وهذه كلّهـا اسماءٌ متقاربة فى المعنى ، وإنْ اختلفت ألفاظها،ويد خل تحت هـذا النّوع:كلُّ الأحكام التى ربطها الشّارع بأسباب بناها عليها ، فمتى وقع العلم بتحقق السبب ترتب عليه الحكم واستمر حتى يقوم دليل علـى انتفائه . (٢)

الأمثلة :

١- إذا صحّ عقد البيع ولَزِمَ،انبنى عليه ثبوت الملك فى المبيع مباشرة ، فيظل هذا الملك باقياً ما دام أنّ سببه قائم .

٢- إذا أتلف شخص شيئاً ، تَظَلّ ذمته مشغولة ببدل هذا المتلف ، أو بمثله ، حَتّى يؤدى ما عليه .

٣- إذا ملك شخص عقاراً ، بسبب الإرث مثلا،يظلّ ملكه لهذا العقار الموروث قائماً حَتّى يوجد ما يزيله من بيع ونحوه ، فإذا لم يوجد دليلٌ

---

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

(٢) انظر الغزالى المستصفى ١/ ٢٢٢ ،وتكملة الابهاج ٣/ ١١١ ،واعلام الموقعين ١/ ٣٣٩ وارشاد الفحول ص٣٣٨

ما ينقل الملك ظَلَّ هذا الملك قائماً وثابتاً بطريق الاستصحاب .

فالاستصحاب يفيد:أَنَّ هذا الملك الماضي قائمٌ ،ومستمرٌّ ،حَتَّى يثبت ما يغيّرهُ .

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

٥- إذا توضأ شَخْصٌ ، ثُمَّ شكَّ في انتقاض وضوئه، بقي على وضوئه ولم يلتفت إلى الشَّكِ الحاصل،استصحابا لماثبت من قبل،لأَنَّه تيقن الوضوء وشكَّ في النَّاقض له ،فيستصحب حكم الطَّهارة السابقة لوجود سببها ، مع الشّكِّ في حصول السَّبب النَّاقض لها . (١)

٦- ومن أمثلة هذا النَّوع أيضاً تكرُّر اللزوم ، والوجوب ، بتكرُّر الأسباب كتكرُّر وجوب صوم شهر رمضان ، ووجوب الصَّلاة إذا حَلَّ 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 الشَّارع إلى نصبها أسباباً إذا لم يمنع مانع .

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

---

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

(٢) انظر المستصفى ، ١/ ١٢٢

الأدلـــة :

لَقَدْ دلَّتْ على اعتبار هذا النَّوع نصوصٌ من السُّنة كثيرة فمنها :

أَوَّلاً : ما جاء عن عباد بن تميم[1] عن عمه[2] أنَّه شكا إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم : الرَّجُل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصَّلاة ؟ فقال : لا ينفتل ، أَوْ لاَ ينصرف حَتَّى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)[3]

---

(١) هو عباد بن تميم بن غزلة الأنصاري الخزرجي ، اختلف فيه هل له صحبة أم لا والراجح أنه تابعي ، روى عن أبيه ، وعن عمه عبد الله بن زيد ، وعويمر بن أسعد ، وأبي سعيد الخدري ، وروى عنه الزهري ، وعمر بن يحي المازني ، ويحي 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 بدرا ، شهد أحدا وغيرها ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : حديث الوضوء الذي رواه عنه ابن أخيه عباد وروى غير هذا الحديث أحاديث أخرى ، وروى عنه ابن أخيه عباد ، ويحي بن عمارة ، وواسع بن حيان وغيرهم ، انظر ترجمته في : الاصابة ٣١٢/٢-٣١٣ ، والاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر النمري (مكتبة نهضة مصر ومطبعتها بالفجالة) ٩١٣/٣-٩١٤ ، وتهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني (بيروت : دار صادر تصوير عن طبعة ١٣٢٦هـ) ٢٢٤/٥-٢٢٦

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

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أنَّه لمَّا كان الأصل بقاء المتطهر على طهارته ، لم يأمره الشَّارع بالوضوء مع الشَّكّ في الحدث بل يستمر على طهارته ، حتَّى يحدث ماينقضها يقيناً ؛ لقيام سبب الطهـــارة وهو الوضوء .

ثانيًا : قوله صلَّى اللّه عليه وسلَّم : (إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدةً صلى أو ثنتين فَيَبْنِ على واحدة ، فإنْ لم يدر ثنتين صلَّى أو ثلاثاً فَيَبْنِ على ثنتين ، فإنْ لم يدر أثلاثاً صلَّى أو أربعاً فليبـــن على ثلاثة ،وليسجد سجدتين قبل أن يسلِّم .) (١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أنَّه لمَّا كان الأصل بقاء الصَّلاة في ذمة المكلَّف ،أمر الشَّارع الشاك فيها أن يبني على اليقين ويطرح الشَّكّ ،ولا يعتد بمايشك فيه ؛ لأنَّه لم يقم السَّبب الذي به تبرأ ذمته من هذا الشكوك فيه ،فيستصحب ما تيقن أن ذمته قد برئت منه .

= في الحدث ١/ ١٢٢ حديث رقم ١٧٦-١٧٧ ، وسنن الترمذي ، لمحمد بن عيسى الترمذي - تحقيق وشرح أحمـــد محمد شاكر (مصطفى البابي الحلبي وشركاه ط/١ ، ١٣٥٦هـ ١٩٣٧م) كتاب الطهارة باب ما جاء في الوضوء من الريـــح ١/ ١٠٩ ،حديث رقم ٧٤،وأحمد في مسنده ٢/ ٣٣٠ ، ٤١٤ ، ٣/ ١٢ ، ٣٦ ، ٥١ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٩٦ ، ٤/ ٣٩ ، ٤٠

(١) رواه الترمذي في كتاب الطهارة ، باب ماجاء في الرجل يصلي فيشك في الزيادة ، أو النقصان ، ٢/ ٢٤٥ ، حديث رقم ٣١٨ ، وقال : حديث حسن غريب الاسناد .

ثالثًا : ما روى عن عدى بن حاتم[1] رضى الله عنه أنَّه سأل النَّبىَّ صلَّى الله عليه وسلَّم : فَقَالَ : (أرسل كلبى فأجد مع كلبى كلبًا قد أخذ . لا أدرى أيُّهما أخذ ؟ قال : فَلَا تأكل . فإنَّما سميت على كلبك ولم تُسَمِّ على غيره) [2]

وقال رضى الله عنه : (سألت رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن الصيد . قال : إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه ، فإنْ وجدته قد قتل فَكُلْ ، إلاَّ أن تجده قد وقع فى ماء ، فإنَّكَ لا تدرى الماء قتله أم سهمك) [3]

---

(١) هو عدى بن حاتم بن عبد الله بن سعد الحشرج الطائع ، صحابى جليل ، أسلم سنة ٩هـ وأبلى بلاءً حسنا فى حروب الردة شهد فتح العراق ، ثم سكن الكوفة ، وشهد الجمل وصفين والنهروان مع على رضى الله عنه روى ١٦ حديثاً ، توفى عام ٦٨هـ 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 المعلمة ، 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 ٥٤٨٦ وأبو داود فى الصيد ، باب الصيد ٣/٣٦٨ الأحاديث من ٢٨٤٧-٢٨٥٥

(٣) متفق عليه رواه مسلم فى كتاب الصيد والذبائح ، باب الصيد بالكلاب المعلمة ، 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: أنَّه لمَّا كان الأصل في الذبائح، أو الصَّيد، التَّحريم، وشككنا في الشَّرط المبيح، بقي الصَّيد على أصل التَّحريم، حتَّى يوجد ما يغيِّر ذلك. وهكذا في كلِّ أمرٍ رتب على سببه، فإنَّه يبقى بناءً على قيام سببه، ما دام أنَّه لم يوجد ما يزيله. (١)

---

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

النَّوعُ الخَامِسُ :
الاستصحاب المقلـوب

ويُسمِّيه بَعْضُ الأصوليين: استصحابَ الحَالِ فى الماضى .

وهو ثبوت أَمْرٍ فى الزَّمان الأَوَّل، لثبوته فى الزَّمان الثَّانى، لفقد ما يصلح للتغير (١)

قال الجلال المحلى : (أما ثبوته - أى الأمر الأَوَّل - لثبوته فى الثَّانى فمقلوب . كان يقال فى المكيال الموجود الآن، كان على عهد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، باستصحاب الحال فى الماضى.)(٢)

الأمثلة :

١- لو غصب شخص عبداً أَوْ أمةً ، ثم وُجِدَ عنده أعورا ، فقال سيده كان سليم العين وأنكر الغاصب وقال بل غصبته أعورا ، صدِّق الغاصب استصحاباً للحال فى الماضى (٣)

٢- إذا وجد ركازٌ مدفون فى الأرض ، ولم يعلم أهو من دفين الجاهلية أَوْ الاسلام، فإنَّه يحكم عليه بأنه ركازٌ استصحاباً للحال فى الماضى ، على أحد الوجهين عند الشافعية .

قال ابن السبكى : (وقال الأصحاب فيما إذا وجدنا ركازاً مدفوناً ولم يعرف هل هو من دفين الجاهلية أَوْ الاسلام، فالمنقول عن نصه 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 السيوطى : جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر ، الأشباه والنظائر (بيروت دار الكتب العلمية ط/١ ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م) ص ٧٦

الوجه فقد استصحبنا مقلوباً لأنّا استدللنا بوجودٍ أنّه فى الإسلام على أنّه كان موجوداً قبل ذلك) (١)

٣- إذا وجدنا وقفاً يصرف على حال معينة ، وجهل أصل مصرفه فإنّه يجرى على الحال الّتى وجد عليها؛استصحاباً للحال فى الماضى .

وذلك لأنّ صرفه على هذا الحال يدلّ على أنّه كَانَ عليها فى الماضى .

قَالَ صَاحِبُ نَشْرِ البنود : (إنّ من أمثلة الاستصحاب المقلوب: ما لبعض القرويين والأندلسيين من أهل مذهبنا من أنّ الحبس إذا جهل أصل مصرفه ،ووجد فى حالة فإنّه يجرى عليها ،ورأوا أن اجراءه على هذه الحالة دليل على أنّه كان كذلك فى الأصل) (٢)

---

(١) تكملة الإبهاج لابن السبكى ٣/١١١

(٢) نشر البنود ٢/٢٦١

الأدلـــة :

والدليل على اعتبار هذا النَّوع : أنَّ الأصل توافق الحـــال للماضي .

فإذا وجدنا شيئًا على حال، دلَّ ذلك على أنَّه كان على الحال هذه في الماضي ، إذ لو لم يكن ثابتًا فيه لاختلف الحالان والأصل توافقهما .

قَالَ الجَلَالُ المحلي : (وَقَدْ يقال فيه - أي في الاستصحـــاب المقلوب - ليظهر الاستدلال به : لو لم يكن الثابت اليوم ، ثابتًا أمس ، لكان غـــير ثـــابـــتٍ أمس - إذا لا واسطة بـــــين الثبوت وعدمه - فيفضي استصحاب أمس الخالي عن الثبوت فيه ، بأنَّه غير ثابت الآن ، وليس كذلك ، لأنَّه مفروض الثبوت الآن فدلَّ ذلك علـــى أنه ثابت أمس .) (١)

قال الشربيني : (وحاصله أن ثبوته الآن علامة على ثبوته فـــي الماضي . إذ لو لم يكن ثابتا لاختلف الحالان والأصل توافقهما.)(٢)

---

(١) شرح جمع الجوامع ٢ / ٣٥٠ - ٣٥١

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

النّوع السادس :

استصحاب الاجماع فى محل النزاع

وهو :(أنْ يَكُونَ حكم ثابت فى حالة من الحالات ،ثم تتغيّر الحالة ،فيستصحب الإنسان ذلك الحكم بعينه مع الحالة المتغيرة ، ويقول : من ادعى تغيّر الحكم فعليه إقامة الدليل .) (١)

وقال الشوكانى(٢) هو(أنْ يتّفق على حكم فى حالة ثم تتغيّر صفة المجمع عليه،فيختلفون فيه،فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال)(٣)

ومن خلال هذين التعريفين،يتّضح أنّ صورة هذا النّوع هى :

أنْ يَكُونَ هُنَاكَ مسألةٌ مجمع على حكمها ،فتتغيّر صفتها،فيحصل النزاع فى هذه الصفة ،هل تغيّر حكم الاجماع السابق ،أم لا؟فيستصحب من يقول بعدم تغيّر الحكم السابق - الاجماع السّابق فى هذه الصّورة الّتى تغيّرت صفتها ، لعدم تأثير هذه الصّفة فى تغيير حكم الاجماع السّابق فى نظره .

---

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

(٢) هو محمد بن على بن محمد الشوكانى ولد عام ١١٣٢ هـ كان زيدى المذهب ثم خلع عن نفسه ثوب التقليد وادعى الاجتهاد تتلمذ على والده وعبد الرحمن بن قاسم المدائنى وأحمد بن عامر الحدائى ، وغيرهم ، له نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمجد الدين بن تيمية ، وارشاد الفحول الى تحقيق الحق فى علم الاصول وغيرها توفى عام ١٢٥٠هـ انظر خير الدين الزركلى ، الاعلام(دار العلم للملايين بيروت ط٥، ١٩٨٠) ٦/٢٩٨

(٣) ارشاد الفحول ص ٢٣٨

وهذا النَّوع محلُّ اختلاف بين الشبتين لحجية الاستصحاب،فمنهم مَنْ أثبته،ومنهم مَنْ نفاه،وسيأتى الكلام عن مذاهب العلماء فى حجيته بالتفصيل فى الفصل الثَّانى من الباب الثَّانى بمشيئة الله تعالى . (١)

الأمثلـــة :

١- تيمَّم شخص ، وشرع فى صلاته ،ثم رأى الماء فى أثناء الصَّـــلاة يمضى فى صلاته ولا يقطعها لوجود الماء ،وصلاته صحيحة عند من يحتج بهذا النَّوع،استصحاباً للاجماع المنعقد على صحةصلاته بعد الشروع فيها،وقبل رؤية الماء .

٢- تطَّهر شخص،ثم خرج منه خارج نجس من غير السبيلين،لم ينتقـض وضوؤه بهذا الخارج فى نظر من يحتج بهذا النَّوع،استصحاباً لحكـم الاجماع السابق لخروج هذا الخارج .

٣- الجارية المملوكة إذا ولدت من سيدها،يجوز بيعها عند الظاهرية، استصحاباً لحكم الاجماع السَّابق،لأنَّ الاجماع انعقد على صحة هـــذا البيع قبل الاستيلاد ، فيستصحب عندهم حَتَّى يدلَّ الدليل على تغييره (٢)

الأدلـــة :

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

---

(١) انظر ص ١١٠ من هذا البحث بهامشها

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

أَوَّلاً : **الكتاب** : قوله تعالى (وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِن بَعْدِ قُوَّةٍ أَنكَاثاً) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنَّها تنهى عن نَقْض ما هو ثابت. فهكذا هُنا فَإنَّ المتنازع فيه كان ثابتًا قبل النزاع، فَلا يصحُّ نقضه بالنزاع.

ثانيًا : **القياس** : إنَّ مَنْ تيقَّن الطَّهارة ، وشَكَّ في الحدث، لم يترك يقين طهارته للحدث المشكوك فيه ، بل تستمر طهارته مع وجود الشك .

فكذلك هُنا فإنَّ الشَّيء المتنازع فيه ، كان ثابتًا قبل النزاع في تغيّره ، والتَّغيير مشكوك فيه ، فيجب أنْ يستصحب هذا الحكم السَّابق لأنَّه يقين فلا يترك للمغير المشكوك فيه . (٢)

ثالثًا : **المعقول** : إنَّ الأَصْلَ في كلِّ متحقق دوامه واستمراره إلى أن يوجد المغير والأصل عدمه فمن ادعى وجود المغير فعليه إقامة الدليل على وجوده ، وإلَّا ظَلَّ الأمر باقيًا على ما كان عليه . (٣)

---

(١) النحل آية ٩٢

(٢) انظر ابي اسحق ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز بادي الشيرازي ، التبصرة في أصول الفقه - شرح وتحقيق محمد حسن هيتو - (دار الفكر بدمشق ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م) ص ٢٢٧ - ٢٢٨

(٣) انظر الآمدي الأحكام ٤/ ١٨٥-١٨٦ ، واعلام الموقعين ١/ ٣٤١ وتكملة الابهاج ٣/ ١١١ ، 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 ، ذاكرا 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 ، دون الحنفية - وهي الأنواع المتقدمة عدا استصحاب الاجماع في محل النزاع - وكان استصحاب الاجماع في محل النزاع محل خلاف بين القائلين بحجية غيره من الأنواع - فمنهم من أثبته ، ومنهم من نفاه ، وتبعهم الحنفية في نفيه - جعلت هذا الباب في فصلين .

الفصل الأول : في مذاهب العلماء في حجية الأنواع المعتبرة عند المثبتين لحجيته مطلقا

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

والله الموفق

الفصل الأول

مذاهب العلماء في حجية أنواع الاستصحاب المعتبرة عند المثبتين لحجيته

الفصل الأول

مذاهب العلماء فى حجية أنواع الاستصحاب المعتبرة عند المثبتين لحجيته مطلقا

الاستصحاب بأنواعه المتقدمة ما عدا استصحاب الإجماع فى 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 فى حجية هذه الأنواع، مع بيان الأقوال فيه ، والتعرض لأدلة هذه الأقوال، ومناقشتها، وترجيح الراجح منها .

وهذا ما سأتناوله فى 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 الارجح 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 الأبياري[1] من المالكية ، وابن السبكي ، وابن السمعاني[2]

---

(١) هو علي بن اسماعيل أبو الحسن الأبياري ، من الأئمة في المذهب المالكي ، برع في علوم كثيرة خصوصا في الفقه والأصول ، له كتاب سفينة النجاة ، وتكملة على كتاب مخلوف الذي جمع فيه بين التبصرة والجامع لأبي يونس والتعليقة لأبي اسحق ، دل على قوته في الفقه والاصول . توفي عام ٦١٦ هـ انظر ترجمته في الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون المالكي (دار التراث بالقاهرة) ٢/١٢١ - ١٢٢

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

من الشافعية .

أما صلاحية الاستصحاب لإثبات ما لم يكن ثابتا ، وإلزام 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 الى أنه ليس بحجة أصلا ، ومنهم من ذهب مذاهب أخرى كما سيأتى . وهذه مذاهبهم بالتفصيل . (٢)

---

(١) معنى الدفع : أى يصلح . لأن يدفع به من أدعى تغيير الحال لإبقاء الأمر على ماكان ، فان بقاءه على ما كان انما هو مستنداً الى موجب الحكم لا الى عدم المغير له ، وبناء على هذا المذهب فاذا لم يوجد الدليل الذى يدل على الاثبات ، أو النفى ، أمسك المجتهد لا يثبت الحكم ولا ينفيه ، بل يدفع بالاستصحاب دعوى من يثبت الحكم ، وبهذا يكون حال المتمسك بالاستصحاب كحال المعترض مع المستدل : فهو يمنعه الدلالة حتى يثبتها ولا يقيم دليلا على نفى ما أدعاه .

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

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

المذهب الأول :

يرى أكثر العلماء وفى مقدمتهم المالكية ،والحنابلة ، والظاهرية : أن الاستصحاب حجة شرعية ، ويصح الاحتجاج به فى الأمر الوجودى والعدمى ، والشرعى ،والعقلى ، ويصلح كذلك لاثبات أمر لم يكن ، كما أنه حجة دافعة .

وقد ذهب الى هذا الرأى جماعة من أصحاب الشافعى كالمزنى (١) والصيرفى(٢) والغزالى ،وابن سريج (٣) ، وابن خيران (٤) ،

---

(١) هو اسماعيل بن يحى بن اسماعيل بن عمرو المزنى ،ويكنى بأبى ابراهيم ،ولد بمصر عام ١٧٥ ، تتلمذ على الشافعى ولازمه ، وتتلمذ عليه ابن خزيمة والطحاوى ، وزكريا الساجى ،وابن صوصا وابن أبى حاتم وغيرهم ، له المختصر ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، وغير ذلك توفى عام ٢٦٤هـ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية للسبكى ٢/٩٣ - ١٠٩ وشذرات الذهب ٢/١٤٨ - ١٤٩ ، ووفيات الاعيان وانباء الزمان لابن خلكان- تحقيق احسان عباس (دار صادر بيروت ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م) ١/٢١٩

(٢) هو محمد بن عبد الله البغدادى ،يكنى بأبى بكر،ويلقب بالصيرفى تتلمذ على أحمد بن منصور ، وتفقه على أبى العباس بن سريج وكان عالما فى الأصول والفقه ، تتلمذ عليه محمد بن على الحلبى وغيره توفى عام ٣٣٠هـ انظر ترجمته فى وفيات الأعيان ٤/١٩٩ ، وطبقات الشافعية للسبكى ، ٣/١٨٦-١٨٧ ، وشذرات الذهب ٢/٣٢٥ .

(٣) هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادى القاضى ،أبو العباس ، الفقيه،الأصولى، المتكلم،شيخ الشافعية فى عصره،صاحب المؤلفات الحسان ، له تصانيف مع محمد بن داود الظاهرى توفى عام ٣٠٦ انظر ترجمته فى شذرات الذهب ٣/١٨١ وفيات الاعيان ١/٦٦-٦٧ طبقات الشافعية للسبكى ٣/٢١ - ٢٩

(٤) هو الحسين بن صالح بن خيران، الشيخ أبوعلى الشافعى ، من كبار فقهاء الشافعية فى عصره،وأحد أركان المذهب،كان ورعا فاضلا متقشفا، توفى عام ٣٢٠ ،انظر ترجمته فى: طبقات الشافعية ٣/٢٧١-٢٧٤ وفيات الاعيان ٢/١٣٣-١٣٤ . شذرات الذهب ٢/٣٨٧

وأبي منصور الماتريدى [1] ، وتابعه جماعة من مشايخ سمرقند . وهـو اختيار صاحب الميزان أبى بكر محمد السمرقندى [2]

المذهب الثانـــى :

يرى المتقدمون من الحنفية ، وبعض الشافعية ، وأبو الحســين البصرى [3] ، وجماعة من المتكلمين ؛ أن الاستصحاب ليس بحجـــة أصلا ، لا لإثبات أمر لم يكن ثابتا ، ولا لإبقاء ما كان على ما كان .

---

(١) هو محمد بن محمد بن محمود يكنى بأبى منصور ويلقب بالماتريدى من أئمة الكلام فى عصره ، واليه ينسب مذهب الماتريدية فـــى العقائد ، تلقى العلم والفقه على أبى بكر أحمد الجوزجانى ، وأبى نصر الصحاحى وغيرهم ، تفقه عليه اسحق بن محمد السمرقندى وعبد الكريم بن موسى البزدوى ، له مآخذ الشرائع فى أصول الفقه وكتاب التوحيد ، وكتاب المقالات ، وغيرها ، توفى عام ٣٣٣ هـ انظر ترجمته فى الجواهر المضيئة لمحى 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 .. أبو بكر 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 الفوايد البهية ص ١٥٨ ، والجواهر المضيئة ٢/٣٠ .

(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 الأصـــول الخمسة للمعتزلة فى علم الكلام توفى عام ٤٣٦ ، انظر ترجمتـه فى وفيات الأعيان ٤/٢٧١ ، شذرات الذهب ٣ /٢٥٩

المذهب الثالث :

يرى أكثر المتأخرين من الحنفية ، مثل القاضي الإمام أبي زيد [1] وصدر الإسلام أبي اليسر [2] ، ومتابعيهم :أنه لا يصلح حجة لإثبات أمر مبتدأ ، ولا للإلزام على الخصم بوجه ، ولكنه يصلح لإبداء العذر والدفع . فيجب على المجتهد العمل به في حق نفسه،ولا يصح له الاحتجاج به . [3]

---

(١) هو عبد الله بن عمر بن عيسى ،الدبوسي ، يكنى بأبي زيد من أكابر فقهاء الحنفية في عصره ،تفقه على أبي جعفر الاستروشني وغيره ، له تأسيس النظر فيما اختلف فيه أبو حنيفة وصاحباه ، وتقويم الأدلة في أصول الفقه ، وغير ذلك توفي عام ٤٣٠ هـ انظر ترجمته في الفوائد البهية ص ١٠٩ ،ووفيات الأعيان ٣/ ٤٨

(٢) هو محمد بن محمد بن عبد الكريم بن موسى ، أبو اليسر صدر الاسلام البزدوي ، 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 السمرقندي ، وابن أخيه الحسن وغيرهم ،توفي عام ٤٩٣ هـ ، انظر الفوائد البهية ص ١٨٨

(٣) انظر الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ٤/ ١٧٢ ، وكشف الأسرار ٣/ ٣٣٧-٣٧٨ ،والاحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥/ ٢-٣ ،وتنقيح الفصول في اختصار المحصول ص ٤٤٧ ، وارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٧ ، واعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٣٣٩

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 أبواسحق (٢) هذا الرأى عن الشافعى وقال هو الذى يصح عنه . (٣)

---

(١) انظر ارشاد الفحول ص ٢٣٨

(٢) هوابراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله أبو اسحق الشيرازى ، الفقيه الشافعى الأصولى ، يلقب بجمال الدين ، ويكنى بأبى اسحق ،ولد عام ٣٩٣ هـ ، تتلمذ على أبى عبد الله البيضاوى وابن رامين ، والجزرى ، وأخذ الأصول عن أبى حاتم القزوينى تتلمذ عليه أبو النصرا لحميدى وأبو بكر بن الخاصة ،له التنبيه والمهذب ، كلاهما فى فقه الشافعية ، وله فى الأصول : اللمع ، والتبصرة ، توفى عام ٤٧٦ هـ انظر ترجمته فى وفيات الأعيان ١ / ٣٩-٣١ ، طبقات الشافعية للسبكى ٤ /٢١٥-٢٥٦

(٣) انظر البرهان فى أصول الفقه لامام الحرمين أبى المعالى عبد الملك بن عبد الله الجوينى : تحقيق د . عبد العظيم الديب : (قطر مطابع الدوحة الحديثة) ٢/ ١١٣٥ ، وارشاد الفحول للشوكانى 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 النبى صلى الله عليه وسلم لما استغفر لعمه أبى طالب (٢) واستغفر المسلمون لموتاهم من المشركين وأنزل الله تعالى: (مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَن يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ) (٣) ندموا على استغفارهم لهم قبل التحريم، فبينت الآية: أن استغفارهم لهم قبل التحريم كان على البراءة الأصلية ، فلا إثم فيه، ولا حرج حتى يبين الله لهم فيه حكما .

وهذا يعنى: أن الاستدلال باستصحاب البراءة الأصلية استدلال صحيح .

ب/ ومثل هذا قوله تعالى : (فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ ..) الآية (٤)

---

(١) التوبة آية ١١٥

(٢) هو عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم القرشى، والد على رضى الله عنه، وعم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكافله، ومربيه، وناصره ، ولد عام ٨٥ ق.هـ، كان من أبطال بنى هاشم ورؤسائهم ، دافع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وناصره ولم يسلم حتى مات ، توفى سنة ٣ ق.هـ انظر ترجمته فى الطبقات الكبرى لابن سعد (دار صادر بيروت) ١/١١٧-١٢٥ والأعلام طبعة كوستاتسوماس وشركاه) ٤/٣١٥

(٣) التوبة آية ١١٣

(٤) البقرة آية ٢٧٥

ووجه الدلالة من هذه الآية:أنه لمانزل تحريم الربا،تحرج المسلمون من الانتفاع بالأموال المكتسبة من الربا قبل التحريم ، فبينت الآية أن ماقبضوا من الربا قبل التحريم باق على البراءة الأصلية .

فهو حلال لهم ولا حرج فيه . وهذا الحل لأموال الربا قبل التحريم لم يرد فيه نص ، وانماثبت استصحابا للبراءة الأصلية . (١)

ثانيا : السنة :

ماثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ،أنه قال : إذا جاء أحدكم الشيطان فقال إنك قد أحدثت فليقل : كذبت . ما لم يجد ريحا بأنفه أو صوتا بأذنه.) (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 ص١٨-١٩و١٥٩-١٦٠

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

(٣) انظر البخارى ، كشف الاسرار ٣/٣٧٩

ويؤيد ذلك:ما ذهب إليه أكثر العلماء من أن ماثبت 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 اذا 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 ،ونبقي التي شك في طلاقها زوجة له بناء على العقد السابق .

ولو شك في حصول الزوجية ابتداء ، حرم عليه الاستمتاع بمن شك في حصول الزواج بها ، عملا 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 ق٣ / ١٦٤

(٢) انظر الفخر الرازي:المحصول في علم اصول الفقه المصدر السابق ج ٢ ق٣ / ١٦٤ والبخاري ، كشف الأسرار ٣ / ١٧٩ ، وانظر شرف الدين ، يحي بن شرف النووي:المجموع شرح المهذب.علق عليه وأتمه بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي (توزيع المكتبة العالمية بالفجالة) ٢ / ٦٤-٦٦ .

قال الآمدى :-(١)

(إن الاجماع منعقد على أن الانسان لو شك فى وجود الطهارة ابتداء ، 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)

وهذا الذى ذكره الآمدى فى مسألتى الطهارة والحدث يصلح كذلك لمسألتى الشك فى حصول الزوجية ابتداء ،وفى الشك فى بقائها .

قال عضد الدين الايجى :

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

---

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

(٢) الآمدى الاحكام فى أصول الاحكام ٤/١٧٢-١٧٣

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

ثالثا : العـــــرف :

فقالوا : (ان العقلاء وأهل العرف ، اذا تحققوا من وجـــود شيء ، أو عدمه ، وله أحكام خاصة به ، فانهم يسوغون القضاء والحكم بها فى المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم ، حتى أنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة ، وانفاذ الودائع اليه ويشهدون فى الحالة الراهنة بالدين على من أقر به على تلك الحالة . ولولا أن الأصل ، بقاء ماكان على ما كان عليه لما ساغ لهم ذلك)(٢)

وهذا كله يدل على أن اعتقادهم بقاء تلك الأمور راجح علـــى اعتقادهم تغيرها .

ولولا أن ظن بقاء تلك الأمور راجح على تغيرها لكان تصرفهـــم هذا سفها .

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

---

(١) شرح مختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٨٤ وانظر جمال الدين الاسنوى نهاية السول ٣ / ١٣١-١٣٢ وانظر عبد العلى محمد بن نظـــام الدين فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (دار صادر ٢ / ٣٥٩-٣٦٠ مطبوع مع المستصفى للغزالى

(٢) الآمدى الاحكام فى اصول الاحكام ٤ / ١٧٣ وانظر تيسير التحرير ٤ / ١٧٧

(٣) انظر التلويح على التوضيح ٣ / ٣٦-٣٧ مطبوع مع التوضيح لصدر الشريعة

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

رابعا : المعقـــــول :

واستدل القائلون بحجية الاستصحاب بالمعقول أيضا فقالوا :

أ- ان العلم يتحقق أمر فى الحال، اذا لم يظن طرو معارض يزيله ، فانه يلزم ظن بقائه فى 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 فى كل أمر تحقق ولم يظن طرو مايزيله هـــو البقاء ، لما تقررت المعجزة أصلا ، لأن المعجزة أمر خارق للعادة .

ولا يحصل الأمر الخارق للعادة الا مع استمرار العادة على ما هى 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 ماكان على ما كان . (٣)

---

(١) انظر الفخر الرازى، المحصول فى علم اصول الفقه ج ٢ ق ٣/ ١٦٤- ١٦٥، والآمدى، الاحكام فى اصول الاحكام ٤/ ١٧٢ وعضد الدين الايجى، شرح مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٥

(٢) انظر الفخر الرازى، المصدر السابق ص ١٤٨ ، عضد الدين الإيجى المصدر السابق ٢/ ١٨٥

(٣) انظر المحصول فى علم اصول الفقه ج ٢ ص ٢/ ١٦٢ — ١٦٤

وغاية السول ٧٧ سنوى ١٢١/٢ وكشف الاسرار ٢/ ٢٧٩

قال الأسنوى :

(انه لا معنى للعادة الا أن تكرروقوع 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 الينا لجواز النسخ لها .

لأنه لو لم يحصل الظن ببقائها فى هذا الزمان لكان بقاؤها 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 بمامضى ، 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 اباحة الوطء للشاك فى الطلاق دون اباحته للشاك فى النكاح هو الاستصحاب ، والا لزم الترجيح من غير مرجح . (٣)

---

(١) نهاية السول للأسنوى ٣ / ١٣١

(٢) انظر ص٦٥-٦٧ من هذا البحث

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

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 .

ووجه رجحان البقاء على عدمه من وجهين :

الوجه الاول :

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

أما الأمر الجديد وهو تغير ماسبق وجوده . فانه لا بد لحدوثه من سبب وشرط جديد ، لأنه من الأمور الحادثة ، وما لا يفتقر الى السبب والشرط الجديدين ، أرجح من المفتقر ، فيكون البقاء أرجح من العدم وهو المدعى .

الوجه الثانى :

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

أما المتغير فمتوقف على ثلاثة أمور هى :

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

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

ذينك 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 في 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 يدعي بقاءه في الزمان الثاني اقامة الدليل على بقائه واستمراره .

قال البخاري : (وتمسك من لم يجعله حجة أصلا : بالمستصحب ليس له دليل عقلي ، ولا شرعي ، على ثبوت الحكم في موضع الخلاف. فان 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 لابقاء ماكان على ما كان ، والبقاء لا يضاف الى الدليل الموجب ، بل حكمه الثبوت لا غير.)(٢)

---

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

(٢) انظر كشف الأسرار ٣/٣٧٩

قال صاحب تيسير التحرير[1] موضحا هذا الدليل :

(إن موجب الوجود ليس موجب بقائه ، فان البقاء استمرار الوجود وصفته ، وعلة الموصوف لا يجب أن تكون علة لصفته . والمراد : نفي لزوم الاتحاد بينهما لا لزوم المغايرة . فلا يرد أنه لم لا يجوز أن يكون علة الوجود ، علة 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 دليلا على البقاء وحيث لم يلزم لم يكن للبقاء دليل)[2]

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

---

(١) هو محمد أمين بن محمود البخاري ، المعروف بأمير باد شاه مفسر وأصولي ، من آثاره تفسير سورة الفتح ، وتيسير التحرير 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) ٩/ ٨٠

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

قال رحمه الله : (وذكر القاضي الامام فى التقويم:أن الاحتجـــاج بالاستصحاب عمل بلا دليل . وذكر مثال الاستصحاب فى المعـــدوم والموجود ثم قال : (وهذا لأن ثبوت العدم لا يوجب بقاءه ، ولا ينفي حدوث علة موجدة ،ولا ثبوت الوجود بعده يوجب بقاءه ، ولا ينفى ما تقدم ، الا ترىأن عدم الشراء منك لا يمنعك عن الشراء ،ولا يوجـب أيضا دوام العدم ، بل يدوم بعدم الشراء منك للحال،لا بحكم العدم فيما مضى . واذا اشتريت فهذا الشراء منك أوجب الملك ، ولا يوجب بقاءه ، وانما يبقى بعدم مايزيله ولا يمنع حـدوث ما يزيله .

وحياة الانسان بعلتها لا توجب البقاء ، ولا يمنع طريان الموت. وما فى هذه الجملة اشكال.فاذا اراد -أى المستدل بالاستصحاب - اثبات دوام الحالة الثابتة فى المستقبل بكونهثابتا - وهو لا يوجبـــه بل يبقى لاستغنائه عن الدليل فى بقائه - كان محتجا بـلا دليل) [1]

أدلة المذهب الثالث :

واستدل أصحاب المذهب الثالث وهم القائلون بأن الاستصحـــاب حجة دافعة لا مثبتة،بالدليل المتقدم الذى استدل به القائلون بعدم الحجية مطلقا وهوأن موجبالوجود لا يوجب البقاء . ولذلك نفواحجية الاستصـــحاب فى الالزام على الغير ، وفى اثبات ما لم يكن كأصحـــاب المذهب الثانى .

---

(١) انظر كشف الأسرار ٣ / ٣٨١

الا أن الحكم لما كان ثابتا فى الزمان الأول ، ولم يظهر مايزيله وبذل المجتهد وسعه في طلب الدليل المزيل ولم يجده ، كان بقاؤه فى الزمان الثانى محتملا ، فجاز للمجتهد العمل به فى حق نفسه ولا يكون ذلك حجة للغير،بل حجة دافعة،تدفع دعوى من أدعى تغيير الحالة التى كانت ثابتة .

قال البخارى بعد أن ذكر الدليل المتقدم وافاض فى 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 - أى المجتهد - فى طلب المزيل . ولم يظفر به،جاز له العمل به ،إذ ليس وفى وسعه وراء ذلك فجاز له العمل بالتحرى عند الاشتباه) (١)

وانما جاز للمجتهد العمل به ،لأنه غلب على ظنه عدم ظهور المزيل ،وهذا الظن لا يصلح دليلا على صحة الاحتجاج به على الغير فى الاثبات،اذ أنه . لم يقم دليل قطعى ولا ظنى على اعتباره ، لكن الظن يكفى في الدفع فقط (٢)

أدلة المذهب الرابع :

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

---

(١) (٢) انظر المصدر نفسه ٣ / ٣٨٠

إن الله سبحانه لا يكلف الشخص الا بما يدخل تحت مقدوره ،فاذا لم يجد دليلا سوى الاستصحاب جاز له التمسك به ، ولا يكون حجة على الخصم عند المناظرة .

فان المجتهدين اذا تناظروا ، لا ينفع المجتهد قوله لم أجد دليلا على هذا ، لأن التمسك بالاستصحاب لا يكون الا عند عدم الدليل . وهؤلاء يتفقون مع القائلين بحجية الاستصحاب للدفع فى عدم حجية الاستصحاب فى الزام الخصم ، وفى اثبات ما لم يكن ، الا 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 مطلقا بالأدلة التى استدل بها من لم ير حجية الاستصحاب مطلقا ، ولكنهم رأوا صلاحية الاستصحاب للترجيح بين الأدلة المتعارضة ،اذ أيد الاستصحاب أحد هذه الأدلة ، فحينئذ يكون الدليل الراجح هو الذى كان الاستصحاب مؤيدا له (٢)

---

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

مناقشة الأدلـــــة

تقدم أن العلماء اختلفوا فى اعتبار الاستصحاب والعمل بـه ، وتقدمت كذلك أدلتهم ، فكان لابد من مناقشة هذه الأدلة ، ومقارنتها حتى يسهل ترجيح الراجح منها . ولماكانت مذاهب النافين لحجيـة الاستصحاب تجتمع فى الأدلـة - وذلك لأن عمدة ما استدلوا بـــه هو قولهم : ان موجب الوجود ليس موجبا للبقاء - جعلت مذهبهـــم مذهبا واحدا يقابل مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقا وجعلت مناقشة ما استدلوا به فى فرع ،ومناقشة ماستدل به المثبتون فى فرع، ليسهل مناقشتها وترجيح الراجح منها .

الفرع الأول : مناقشة أدلة المثبتين لحجية الاستصحاب

استدل المثبتون لحجية الاستصحاب بأدلة نقلية ، وعرفيـة ، وعقلية ، كما تقدم ولقد تعرضت هذه الأدلة لنقد واعتراضات من قِبـل النافين لحجية الاستصحاب ،فقيل فيما استدلوابه

أولا : فى احتجاجهم بمسائل معارضة اليقين بالشك ، مع أدلتهم النقلية على صحة الاستصحاب قالوا :

أ) إن هذه المسائل ليست مبنية على الاستصحاب ، بل على وضـــع الشارع لها ، فالوضوء والبيع والنكاح ونحو ذلك:توجب أحكاما ممتـدة الى زمان ظهور المغير ، فلم يكن البقاء فيها حينئذ مستندا الـــى الاستصحاب ، بل مستند الى تحقيق هذه الأفعال مع عدم ظهور المغير. لا إلى كون الأصل فيها هو البقاء ، الذى هو معنى الاستصحـــاب. ومما يدل على صحة هذا أنه لا يصح توقيت هذه الأحكام صريحا .

فلو قال اشتريت الى كذا ، أو توضأت الى كذا ،أو قال اشتريت على أن يثبت الملك فى سنة ، أوسنتين ، أو توضأت على أن تثبت الطهارة الى وقت كذا ، أو تزوجت على أن يثبت الحل الى مدة كذا ، لا يصح هذا منه بل يفسد بناء على هذا العقد أوالشرط.

فلو لم تكن هذه الأحكام مؤيدة ، وكان بقاؤها بالاستصحاب لجاز توقيتها .

وهذه الأحكام مع كونها مؤيدة ،تحتمل 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 بقاؤها 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 بقائها وكذلك أمثالها .

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

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

---

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

(٢) هو عبد العلى محمد بن نظام الدين محمد الأنصارى الهندى ، له فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت فى أصول الفقه توفى عام ١٢٥٥هـ انظر ترجمته فى ايضاح المكنون فى الذيل على كشف الظنون ،لاسماعيل بن محمد بن أمين بن سليم (مكتبة المثنى ببغداد) ٢/ ٤٨١

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)

اعترض النافون على هذا الرد فقالوا :

ان الشراء والوضوء ونحوهما ، توجب الوجود على نحو لا يحتمل أن يختلف عنه ،لكنها توجب البقاء على وجه يحتمل طرو القاطع ،فثبوت بقاء الملك بالشراء ، وثبوت بقاء الطهارة بالوضوء ،ليس كثبوت وجود الملك ووجود الطهارة .

فثبوت 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 المثبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

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

---

(١) فواتح الرحموت ٢/ ٣٦١

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

(٣) انظر فواتح الرحموت ٢/ ٣٦١

ب) واعترض النافون على هذه المسائل نفسها فقالوا :

ان بقاء الطهارة بالنسبة للمتوضىء الذى شك فى الحدث ،وبقاء الزوجية بالنسبة لمن تيقن النكاح وشك فى الطلاق ،وأمثالهما ،أحكام شرعية . والأحكام الشرعية لا تثبت الا بدليل منصوب من الشارع . وأدلة الشرع منحصرة فى النص ، والاجماع ، والقياس ، إجماعـــــا والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به .

أجاب المثبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

ان الدليل المنصوب من الشارع انما يحتاج اليه فى اثبات الحكم ابتداء ، أما فى بقاء الحكم فممنوع اذ يكفى فيه الاستصحاب .

ولو سلم بأن بقاء الأحكام يحتاج الى دليل شرعى كما فى ثبوتها فلا يسلم بأن الأدلة منحصرة فى هذه الثلاثة ، بل هناك دليل رابع وهو الاستصحاب بالأدلة المبينة لحجيته (١)

ج) واعترضوا على احتجاج الآمدى بالاجماع على مسائل معارضـــــة اليقين بالشك فقالوا :

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

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

---

(١) انظر عضد الدين الايجى ،شرح مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٥

تحقق وجوده للزم : إما المساواة فى الحكم بين المسألتين ، أو رجحان الطهارة فى حق من شك فى الطهارة ابتداء ، ورجحان الحدث فى حق من شك فى وجود الطهارة بعد حدوثها . لو سلمنا هذا لانسلم معه أنه يلزم من رجحان الطهارة جواز الصلاة ، بدليل امتناع الصلاة بعد النوم ، والاغماء ، والمس ، وبدليل امتناعها فى حق من ظن حصول الحدث بعد الطهارة ، مع أن وجود الطهارة راجحا على هذه المسائل .

والقاعدة التى بنى عليها استدلالكم ان ظن الحدث لا يلحق بتيقن الحدث . (١)

رد المثبتون على هذا الاعتراض فقالوا :

أما منع الاجماع على التفرقة فيما ذكر فى مسألتى الشك فى الطهارة ابتداء والشك فى 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 فى عدم صحة الصلاة مع النوم ، والاغماء ، فغير مسلم ، بل يلزم من رجحان الطهارة صحة الصلاة تحصيلا لمصلحة الصلاة مع ظن الطهارة كما فى مسألة من شك فى الحدث بعد تيقن الطهارة .

أما النوم والاغماء فانما امتنعت معهما الصلاة لكونهما شيئا ظاهرا لوجود الخارج الناقض للطهارة ، لتيسر خروج الخارج معهما باسترخاء المفاصل .

---

(١) انظر الآمدى الاحكام ، ٤/ ١٧٥-١٧٦

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

واذا 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 زجرا عن التقرب الى الله تعالى والوقوف بين يديه مع ظن الحدث فانه قبيح عقلا وشرعا . ولذلك نهى عنه والشاهد له بالاعتبار مسألة من شك في حصول الطهارة ابتداء . (٢)

ثانيا : في احتجاجهم بالأدلة العرفية :

وهو قولهم : ان افادة الاستصحاب الظن ضرورى بدليل تصرفات العقلاء ، فنجدهم يراسلون 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 : حلقة الدبر ، وهو من الأست ، انظر لسان العرب المصدر السابق ١٤/٤٩٥

(٢) رواه أحمد ٤/٩٧ وابو داود في الطهارة ، باب في الوضوء من النوم ، ١/١٤٠ حديث رقم ٢٠٣ وانظر الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (عيسى البابي الحلبي وشركاه) كتاب الطهارة ، باب الوضوء من النوم ١/١٦١ حديث رقم ٤٧٧

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

أ) إن هذا الدليل يدعى الضرورة في محل النزاع ، ودعـــوى الضرورة في محل النزاع غير مسموعة ، بدليل حصول النزاع فيه ، فلو كان افادة الاستصحاب الظن ضرورى لما حصل النزاع في افادته ظن البقاء.

أما ظن بقاء حياة من غاب مـــدة ولم يعلم حالة ،وعدم طريان الموت عليه : فان هذا الظن لم يكن بناء على الاستصحاب ،بـــل لأن الموت بعد مضى زمان قريب خلاف العادة ،فلو مضى زمان كثـــير لحصل الشك في الحياة .

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

كما أنه يجوز أن يرد الظن الذى حدث الى ماثبت به الأصـــــل ابتداء ، لا الى الاستصحاب ، أما تصرفات العقلاء : فربما تكـــون مبنية على الشك ،أو الوهم ، دون الظن ، فلا يلزم من بناء تصرفاتهم على الاستصحاب كون الاستصحاب مفيدا للظن . (١)

رد الثبتون لحجية الاستصحاب على هذا الاعتراض فقالوا :

لو سلمنا عدم صحة دعوى الضرورة لكونها في محل النزاع،وأن ظن الحيـاة ، وعدم طريان الموت ،مقيد بتقادم الزمان،فلا نسلم لكم فـــي 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 فى 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 والا لكان فعلهم هذا سفها .

ب) اعترض النافون على دليل المثبتين القائل : بأن المراسلة لمن غاب مدة طويلة ،ونحوها ، تفيد بقاء المرسل اليه ، فقالوا : ان مراسلة من غاب مدة متطاولة ، وانفاذ الودائع اليه ،والاشهاد بالدين على من أقر به فى الماضى ،لا يدل على أنهم فعلوا ذلك لظنهم بقاء المرسل اليه ،بل انما كان فعلهم هذا راجعا الى ظنهم أنهم ربما يصيبون 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 الاصابة ظاهرة،بل ولو كانت مساوية ،أو مرجوحة ،ومع ذلك يستحسن منه ، لاحتمال أنه ربما يصيب غرضه لا لأنه غلب على ظنه اصابة الغرض .

رد على هذا الاعتراض : بالتفرقة بين المراسلة المذكورة وبين مسألة من يرمى غرضا بقصد الاصابة .

وذلك لأن الاقدام على الفعل لغرض موهوم غير ظاهر انما يكون فى فعل لا خطر فيه ولا مشقة على فاعله ،وذلك مثل مسألة من يرمى غرضا بقصد اصابته وان كانت الاصابة 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 له 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 ،عُدّ سفيها والذى استشهدنا به من مراسلة من غاب عن بلده مدة متطاولة وانفاذ الودائع اليه ،وارسال الرسل اليه ،من هذا القبيل لا من قبيل الاقدام على الفعل الموهوم غير الظاهر . والاقدام على مثل هذا لا يكون الا بعد غلبة الظن ببقاء المرسل اليهم ،فكان معنى الاستصحاب فيه ظاهرا . (١)

ثالثا : فى احتجاجهم بالأدلة العقلية وهو قولهم : ان الحكم اذا ثبت بدليل ، ولم يثبت ما يعارضه قطعا يبقى الحكم ببقاء 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 الآمدى الاحكام ، ٣/١٨٠-١٨١

أما بقاء الشرائع بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، فانما 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 الادلة الدالة على بقائها ، وهي كافية في بقائها ، فلا حاجة لاثبات بقائها 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 بقائها 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 ٢/ ٣٦ ،وتيسير التحرير ٤/ ١٧٧

(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 ، ٨/ ٣٥٨ ، والاعلام للزركلي (طبعة دار العلم للملايين ، ٣/ ٦٤

(٣) فتح الغفار بشرح المنار ٣/ ٣٥

أما الشرائع فى حياته صلى الله عليه وسلم:فلا يكون بقاؤها عن طريق الاستصحاب ، بل ان النص يدل على شرعية موجبةلبقائه ، قطعا الى زمان نزول الناسخ . وعدم بيان النبى صلى الله عليه وسلم للناسخ ، دليل على عدم وجوده ،اذ لو نزل لبينه قطعا لوجوب التبيين والتبليغ عليه .

فثبت بهذا أن بقاء الأحكام وعدم انتساخها ليس عن طريق الاستصحاب فلايكون فى بقائها دليل على حجيته . (١)

وقد رد المثبتون 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 الذى 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 ، إذ 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 ينتهى آخر الأمر الى التمسك بالاستصحاب (٢) .

---

(١) انظر التلويح على التوضيح ٣٧/٣

(٢) المحصول فى 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 ، لكانت بينة النفى أولى بالاعتبار من بينة الاثبات ، لأن بينة النفى 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 الإيجى : (لوكان الاصل البقاء لكانت بينة النفى أولى بالاعتبار من بينة الاثبات - واللازم منتف . أما الملازمة : فلأن بينة النفى مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية فيكون الظن بها أقوى .

وأما انتفاء اللازم : فلأن البينة لا تعتبر من النافى ،وهو المدعى عليه ، وانما تعتبر من المثبت ، وهو المدعى اتفاقا .) (١)

واجيب على هذا الاعتراض : بمنع الملازمة ، لأنه لا يلزم من استصحاب براءة الذمة تقديم بينة النفى على بينة الاثبات ، وانما يكون هذا صحيحا لو حصل الظن ببينتى الاثبات والنفى معا ، ثم قدمت احداهما على الأخرى بالاستصحاب وليس الأمر كذلك .

بل يحصل الظن ببينة الاثبات فقط . وانما يحصل الظن بها مع أن الأصل استصحاب براءة الذمة لثلاثة أوجه :

---

(١) شرح مختصر ابن الحاجب ٢/٢٨٥

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

الوجه الثانى : ان المثبت يدعى العلم بالوجود ، وللعلم طرق قطعية من الحس ، والاستدلال ، بخلاف النفى فان طريقه عدم العلم بالوجود وهذا يفيد الظن لا القطع، فلا تقدم بينة النافى وهى ظنية على بينة المثبت وهى قطعية .

الوجه الثالث : ان تقديم بينة الاثبات على بينة النفى وان كانت معتضدة بأصل براءة الذمة ، فانما كان ذلك لاطلاع المثبت على السبب الموجب لمخالفة براءة الذمة ، وعدم اطلاع النافى عليه ، لامكان حدوثه حال غيبته النافى عن المثبت ، وتعذر صحبته له ، واطلاعه على أحواله فى سائر الأوقات .

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

ج) واعترض النافون على هذا الدليل أيضا فقالوا :

لو كان الأصل البقاء لكل ما تحقق وجوده، لأجزأ عتق العبد الذى انقطع خبره عن الكفارة ، مع أنه لا يجزئ كما ذهب اليه الشافعى وغيره من الأئمة . (٢)

أجيب على هذا الاعتراض فقيل : ان هذه المسألة

---

(١) انظر شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية السعد عليه ٢ / ٢٨٥ والإحكام للآمدى ٤ / ١٨٣

(٢) انظر الإحكام للآمدى ٤ / ١٧٨

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

و) واعترض النافون على دليل المثبتين المذكور وهو الأصل فى كل ما تحقق وجوده البقاء . . . الخ فقالوا :

لو سلمنا أنّ الأصل بقاء ما كان على ما كان ، فلا نسلم لكم أنه يمكن التمسك بهذا الأصل فى الأحكام الشرعية . لو كان مفيدا لأصل الظن . لأنه لو كان الأمر كذلك لجازت شهادة العبيد، والنساء ، والفساق ، ولكانت شهادتهم مقبولة ، لجواز الظن بصدقهم ، واذا قلتم:يصلح التمسك بالأصل اذا 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 فى الأحكام الشرعية اذا كان مفيدا لأصل الظن ،ففير مسلم ؛ لأن أصل الظن كاف بدليل أنه

---

(١) انظر المصدر نفسه ص ١٨٤

(٢) انظر المصدر نفسه ص ١٧٨

يترجح به الشيء ويظهر على مقابله .

وأما عدم قبول شهادة العبيد والفساق ونحوهم على ماذكرتم : 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 مغلب للظن قبل ورود الشرع لا بعده فليس صحيحا .

فبعد ورود الشرع أيضا يكون الاستصحاب مغلبا 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 غلبه 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) واعترض النافون على هذا الدليل أيضا فقالوا :

ان القياس جائز عندنا وعندكم فينتفي 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 : فلأنه 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 الاحاطة بنفيها .

والجواب على هذا الاعتراض أنه 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 المنافي له احتمال وجود قياس مساو له ، أو راجح عليه ، وعلى هذا يبقى القول بأن الأصل بقاء ماكان على ماكان عليه ما دام أنه لم يرد مايغيره سالما عن المعارض . (١)

---

(١) انظر عضد الدين الايجي ، شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية السعد عليه ٢/٢٨٥-٢٨٦

الفرع الثانـــي :

مناقشة أدلة النافين لحجية الاستصحاب :

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

إن الدليل الموجب لوجود الحكم ، لا يدل على وجوب بقائه ، لأن وجود الشيء غير بقائه ،فيكون البقاء ثابتا بلا دليل .

اعترض المثبتون لحجية الاستصحاب على هذا الدليل فقالوا :

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

رد النافون على هذا الاعتراض فقالوا :

لو سلمنا وجود الظن ببقاء الحكم ،فلا يلزم من هذا الظن أن يكون حجة ، والكلام انما في 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 ٣/ ٣٧

الدليل قطعيا ، أم ظنيا ، كالقياس ، وخبر الواحد . ولم يوجد هنا دليل يدل على اعتبار هذا الظن لا قطعا ، ولا ظنا ، فلا يكون الظن بهذه الكيفية ملزما للغيركالظن الحاصل بالتحرى .

على أنه حتى لو سلمنا حصول الظن ، فانه يمكن أن يرد حصوله الى ما به ثبت الأصل لا الى الاستصحاب . وهذا لا ينافى ما ادعيناه من أن موجب الوجود ، لا يوجب البقاء . فهذا رفع ايجاب كلى ، لا سلبا كليا . (١)

اعترض المثبتون على هذا فقالوا :

ان ما ذكر من وجوب دليل منصوب من الشارع ، انما يجب فى اثبات الحكم ابتداء ، أما فى الدلالة على بقاء الحكم فممنوع . اذ يكفى فيه الاستصحاب ، وهو الذى يرجح البقاء على العدم .

رد النافون على هذا الاعتراض فقالوا :

إن كلتا المقدمتين صحيحتان- أى كونه كان موجودا ، ولم يظن انتفاؤه ، الا أن الحكم بالوجود الآن بناء على هذا تحكم . فالوجود الآن مشكوك فيه ، ولكونه مشكوكا فيه لا يفيد الظن أصلا .

نعم قد يفيد هذا فى ترجيح كون الاستصحاب دليلا على الدفع، على كونه دليلا للاثبات ؛ لأن عدم الطارئ أصلى ، فلا يتغير حكمه الا أن يظهر طريان الطارئ . وذلك لأنه لما لم يحصل العلم بعدم

---

(١) انظر المصدر نفسه ٣/ ٣٧-٣٨ ، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ٢/ ٣٥٩ - ٣٦٠ والبخارى ،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 المثبتون على هذا القول فقالوا :

إن التمسك بالاستصحاب إما عامى لا يمكنه البحث والاجتهاد فى طلب الدليل المزيل ، أو مجتهد يمكنه ذلك . فان كان الأول : فتمسكه بالاستصحاب مع عدم الدليل الناقل ، هو تمسك بالجهل ، فهو لعدم أهليته كالأعمى يطوف فى البيت للبحث عن متاع فيه ، وآلة البصر لا تساعده علي ادراكه .

أما المجتهد الذى يمكنه الوقوف على الدليل : فتمسكه بالاستصحاب بعد الجد والاجتهاد فى طلب الدليل الناقل ، انما هو للعلم بعدم الدليل ، لا لعدم العلم بالدليل ، فهو كبصير اجتهد فى طلب المتاع من بيت ليس فيه شيء يستر هذا المتاع ويخفيه عن طالبيه ، فيجزم بعد بحثه بعدم وجوده فان لم يجزم بعدم وجوده غلب على ظنه عدم وجوده .

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

---

(١) انظر فواتح الرحموت ٢/٣٥٩ - ٣٦٠

(٢) انظر المستصفى ١/٢٢٠ وعبد القادر بن احمد بن مصطفى بدران نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر (مصر : المطبعة السلفية ١٣٤٢هـ) ١/٣٩

الترجيح بين المذاهب

تقدم عند ذكر مذاهب العلماء لحجية الاستصحاب أن من العلماء من قال بحجية الاستصحاب مطلقا (فى حالة الاثبات والدفع) ويرى أنه حجة ملزمة للخصم ، وأنه حجة فى الأمر الوجودى ، والعدمى ، والعقلى ، والشرعى ، . . 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 ، الا أن هذه المذاهب عدا مذهب من قال بحجية الاستصحاب مطلقا تلتقى فى الأدلة اجمالا ، وتفترق فى بعض التفاصيل .

فالذين قالوا بالمنع مطلقا يلتقون فى الأدلة مع من قال بحجية الاستصحاب للدفع دون الاثبات والزام الخصم ، ويلتقون أيضا مع من قال بصلاحية 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 استدل به المثبتون لحجيته ، مايقوى على اثبات دعواهم لأن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء كما تقدم .

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

أما من قال بصلاحية الاستصحاب للترجيح فقط ، فقد رأى ما رآه 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 يجده ، لأنه يجوز له العمل بالتحرى عند الاشتباه ، ولا يقبل منه التمسك بالاستصحاب اذا انتصب مناظرا . ولا يكون حجة على الخصم ، لأن المجتهدين اذا 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 ، واذا نظرنا في مذاهب الطرفين ، وأدلتهم ، يتضح لنا أن الخلاف بينهم ينحصر في الآتي :-

أولا : هل الأحكام الثابتة في الزمان الثاني ، ثابتة بالاستصحاب ، أو ثابتة بالادلة 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 ، والنص ، واستصحاب دليل العقل على براءة الذمة ، واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته ، ودوامه ، لوجود سببه .

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

---

(١) انظر الشوكاني ، ارشاد الفحول ، ص ٢٣٨

فبالنسبة للمسألة الأولى :

وهى هل الأحكام الثابتة فى الزمان الثانى ثابتة بالاستصحاب أو بالدليل الذى أثبتها فى الزمان الأول ؟ :

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

وهذا لا يتنافى مع قولهم : ان موجب الوجود ، ليس موجبا للبقاء ، اذ المقصود بهذا ان موجب الوجود لا يوجب البقاء دائما ، فهو نفى ايجاب كلى ، وليس سلبا كليا كما تقدم . (١)

ولقد أشار الشيخ الشربينى الى مذهب المانعين لحجية الاستصحاب وهو قولهم : ان الأحكام مستندة الى أدلتها دون الاستصحاب . وذلك فى النقول التى نقلها عن شرح مختصر ابن الحاجب[٢] لابن السبكى ، فقد

---

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

(٢) هو عثمان بن عمر بن أبى بكر بن يونس ، يلقب بجمال الدين ، ويكنى بأبى عمرو ، وشهرته ابن الحاجب ، ولد باسنا بمصر عام ٥٧٠ هـ ، وانتقل الى القاهرة ، فاشتغل بدراسة القرآن ، والفقه ، والعربية ، والقراءات ، وبرع فيها جميعا ، واتقنها غاية الاتقان ، أخذ عن أبى الحسن الأبيارى وعليه اعتماده ، وعن أبى الحسن بن جيد ، وقرأ القراءات على الامام الشاطبى ، والغرنوى ، وابن الجود ، وكان فقيها وأصوليا ، وأديبا ، ونظارا ، اخذ عنه شهاب الدين القرافى والقاضى ناصر الدين بن المنير ، وناصر الدين الابيارى ، وغيرهم ، له فى العربية : الكافية فى النحو ، والمقصد الجليل فى العروض ، وله فى الاصول : منتهى السول ، والأمل فى علمى الأصول والجدل ، ومختصر منتهى السول ، وهوالمشهوربمختصر ابن الحاجب توفى عام ٦٤٦هـ ، انظر ترجمته فى شجرة النور الزكية لمحمد بن محمد بن مخلوف المالكى (دار الكتاب العربى بيروت)

نقل عن ابن السبكى قول ابن السمعانى ، ان الأحكام مستندة الى أدلتها دون الاستصحاب ، وحقق هذه المسألة . قال رحمه الله : (واعلم أن المصنف[1] قال فى شرح المختصر ما نصه : زعم ابن السمعانى أن الصحيح من مذهبنا[2] انكار الاستصحاب جملة ، ثم اذا قيل له : ما تقول فى العام ، والنص ، هل يستصحبان قبل الخاص والناسخ ؟.

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

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

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

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

وهذا القول الذى قال به ابن السمعانى ، هو بعينه مذهب الحنفية القائلين بأن الاستصحاب ليس بحجة أصلا .

قال الشربينى رحمه الله : (واعلم أن ما نقله المصنف عن ابن السمعانى من أن الأحكام مستندة إلى أدلتها دون الاستصحاب هو معنى قول الحنفية :
أن الاستصحاب ليس بحجة أصلا) (٤)

= لبنان) ص ١٦٧ - ١٦٨ والديباج المذهب ٢/٨٦-٨٩ ، والفتح المبين ٢/٦٥ - ٦٦

(١) هو تاج الدين بن السبكى

(٢) يعنى مذهب الشافعية

(٣) تقريرات الشربينى على شرح جمع الجوامع ٢/٣٤٧ ، ونشر البنود ٢/٢٦٠

(٤) تقريرات الشربينى ٢/٣٤٧

ولقد ذهب ابن السبكى الى أن الاستصحاب ليس بدليل بناء على أن الأحكام مستندة الى أدلتها كما تقدم .

قال رحمه الله (والمختار عندنا منع تسميته بالاستصحاب ،فان فى اطلاق هذا الاسم إيهامَ أن الحكمَ مستندٌ الى الاستصحاب ، وليس هو مستندا ،الا الى الدليل القائم الذى استصحبناه ،وهو مصاحب لنا وقت الحكم ،والاستصحاب فعلنا ، والقاضى هو الدليل المستصحب،وكذلك من يستصحب حال الاجماع بعد طريان الخلاف لا يرى الإستناد الا الى الاجماع .

فان الاستصحاب نفسه ليس بدليل) (١)

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

---

(١) المصدر نفسه ص ٣٤٧

(٢) هو عبد الملك بن أبى محمد عبد الله بن يوسف . . الجوينى يعرف بامام الحرمين ، ويكنى بأبى المعالى ، ويلقب بضياء الدين ،ولد عام ٤١٩ ، شافعى المذهب ، تفقه على والده ، وسمع الحديث عليه ، كما تفقه على القاضى حسين ، وتلقى الأصول على ابن القاسم الاسكافى ، تتلمذ عليه زاهر الشحامى ،وأبو عبد الله الفراوى ، واسماعيل بن صالح ، والامام الغزالى له : النهاية فى الفقه ، والشامل فى أصول الدين ،والبرهان فى أصول الفقه ، وغيرها ، توفى عام ٤٧٨ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية للسبكى ٥/١٦٥-٢٢٢ وفيات الاعيان ٣/١١٧-١٧٠ ،والفتح المبين ١/٢٦٠-٢٦٣

قال رحمه الله (فاذا 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 يمتنع 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 سمى مُسمٍّ هذا استصحابا لم يناقش في لفظه ، وليس مقصود الفصل منه بسبيل) (١)

وقد نقل الشربيني ، عن ابن السبكي مايفيد : 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 ، وبهصرح 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 الشبتين لحجية الاستصحاب.

---

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

(٢) تقريرات الشربيني ٢/٣٤٧ وانظر نشر البنود ٢/٢٦٠

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

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

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

المسألة الثانية :

هل الاستصحاب حجة لاثبات ما لم يكن وهل هو حجة ملزمة أم حجة لايلاء العذر والدفع فقط ؟

القائلون بحجية الاستصحاب مطلقا يقولون : بصلاحية الاستصحاب لاثبات ما لم يكن ولالزام الخصم .

والقائلون بعدم الحجية يرون : أن الاستصحاب لا يصلح لاثبات ما لم يكن ثابتا ، ولا يكون ملزما للغير بل يدفع به تغير الحال التى كانت ثابتة لإبقاء الأمر على ما كان عليه .

وإنما قال المثبتون لحجية الاستصحاب بصلاحية الاستصحاب لإثبات مالم يكن ، والإلزام على الغير ، لأن سبق الوجود مع ظن انتفاء

المعارض ، يدل على البقاء ، وهذا البقاء يصلح لأن تثبت به موجبه حقوق وأحكام لم تكن ثابتة،كما أن غلبة الظن بعدم المعارض كافية لالزام الخصم بعدم وجود المغير ،فلا مانع بناء على هذا من جعل الاستصحاب حجة ملزمة للغير.

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 ابتداء،يحتاج له دواما ، 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 بقائه في الزمان الثاني ، لأن ظن البقاء راجح على حدوث الفناء ،لأن الباقي يستغني عن سبب جديد بدوام علته ، بخلاف الحادث فانه يحتاج الى علة جديدة فيكون مرجوحا . (١)

فيتحصل مما سبق،أن الحنفية خالفوا في حجية الاستصحاب في ابقاء ما كان على ما كان ، وفي اثبات ما لم يكن ، وفي الالزام على الغير . وأن المثبتين لحجية الاستصحاب يقولون بصلاحية الاستصحاب لكل ماتقدم.

ومدار الخلاف بين القائلين بحجية الاستصحاب وبين الحنفية هو هل سبق الوجود مع عدم ظن الانتفاء دليل على البقاء ؟

---

(١) انظر تقريرات الشربيني على جمع الجوامع ٢/٣٤٧-٣٤٨

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

واذا نظرنا الى أدلة القائلين بأن الاستصحاب ليس بحجة مطلقا نجدهم يتفقون في الأدلة مع من يقول بصلاحية الاستصحاب للدفع فقط .

وانما منعوا حجية الاستصحاب مطلقا لأن القائلين بعدم الحجة مطلقا يضيفون الدفع الى العدم الأصلي ، لا الى الاستصحاب ، بناء على أن ما كان يبقى على ما كان عليه ما دام أنه لم يرد ما يغيره ، وهذا البقاء عندهم كما تقدم مستند الى دليله الأول الذي أثبته لا الى الاستصحاب .

أما القائلون بحجية الاستصحاب للدفع : فانهم يضيفون الدفع الى الاستصحاب ، لأن الحكم لما كان ثابتا ولم يوجد ما يغيره ، وبحث المجتهد بقدر وسعه في طلب المغير ولم يجده كان بقاء هذا الحكم في الزمان الثاني محتملا فجاز للمجتهد العمل به في حق نفسه ولا يكون حجة ملزمة للغير ، بل حجة دافعة تدفع دعوى من ادعى تغير الحال التي كانت ثابتة فهم بناء على هذا ، يضيفون الدفع الى الظن بعدم المغير بعد البحث والطلب ، بينما أصحاب مذهب المنع مطلقا يضيفون الدفع الى العدم الأصلي ، والأصل في العدم الاستمرار

---

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

حتى يأتى ما يغيره .(١)

وبناء على هذا يتضح أن أصحاب القول بعدم الحجية مطلقا يقولون بالدفع ، وأصحاب مذهب القول بحجية الاستصحاب للدفع فقط يقولون بالدفع أيضا ، وان كانوا يختلفون فى اضافة الدفع هل هو للعدم الأصلى أم للاستصحاب ، ولهذا جاءت أمثلة الفريقين التى مثلوا بها والتفريعات التى تفرعت عن قولهم متطابقة .

ولهذا نجد (ابن الهمام) مع أنه يقول بعدم حجية الاستصحاب مطلقا ، يقرع على الاستصحاب على الطريقة التى يفرع عليها أصحاب مذهب القول بصلاحية الاستصحاب للدفع . ولهذا يمكن القول بأن الخلاف بين الفريقين يشبه الخلاف اللفظى لأن مؤدى القولين واحد كما تقدم.(٢)

ومما تقدم من أدلة المثبتين ومناقشتها ، وأدلة النافين ومناقشتها والمقارنة بين هذه الأدلة ، يتضح أن مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقا هو الأرجح .

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

---

(١) انظر كشف الاسرار ٣ / ٣٨٠ وتيسير التحرير لامير 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 فى دلالة الظن على البقاء فيكفى 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 فى اجتهاداتهم يبنون الأحكام على الاستصحاب ، فاذا سئل المجتهد عن حكم حيوان ، أو جماد ، أو نبات ، أو طعام ، أو شراب ، وبعد بحثه واجتهاده لم يجد دليلا شرعيا خاصا يدل على حكمه بإباحته بناء على أن الأصل فى الأشياء النافعة الاباحة لقوله تعالى : (هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُمْ مافى الأرضِ جَمِيعاً) (١)

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

وبهذا يفتح الاستصحاب للفقهاء أبوابا واسعة لاصدار فتاويهم فى سهولة ويسر . وبه يرتفع الحرج عن كثير من الأشياء التى اشتبه على الناس

---

(١) البقرة آية ٢٩

(٢) انظر مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف (دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م) 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 ،فان 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 عندما 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 الطيباتُ وطعامُ الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) (١)

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

---

(١) المائدة آية ٥

(٢) مجلة الدعوة السعودية العدد رقم ٨٧٢ (٢٨ صفر ١٤٠٣هـ) ص ٢٦

ففى هذه الفتوى اعتماد على أصل الاستصحاب . وبها يتضح أن الاستصحاب يفتح للفقهاء أبوابا واسعة لاصدار فتاويهم بسهولة ويسر كما أنه يرفع عن هذه الأمة الأغلال والاصر التى كانت على الأمم السابقة والتى جاء الاسلام ليرفعها عن هذه الأمة .

كما أن الفطرة السليمة تقضى بأن الحكم الذى كان قد دل الدليل على وجوده ابتداء يعتبر قائما بالنسبة لحالة البقاء الى أن يثبت الدليل خلافه .

كما أن البداهة تؤيد ذلك ، فانه ليس لاحد أن يدعى أن فلاناً المعصوم الدم بأنه صار حلال الدم لأنه أرتد ، أو قتل نفسا بغير حق الا اذا قام الدليل على ذلك، لأن الأصل حرمة دمه .

والطالب الذى 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 فى حاجة لأن يثبت كل ذلك فى كل يوم.

وهكذا فان دولاب الحياة يسير على الاستصحاب ، كما أن مصالح الخلق مبنيةعلى الاستصحاب ،فالشخص الذى يغيب عن بلده فانه يكتب الى أهله ، وأحبابه ، وأصدقائه ، عادة فى الأمور التى كانت موجودةحال حضورهوما ذاك إلا لأن اعتقاده فى بقاء تلك الامور ، راجح على اعتقاده فى تغيرها ، بل لو تأملنا لقطعنا بأن أكثر مصالح الخلق ومعاملاتهم مبنية على القول بالاستصحاب . (١)

(١) انظر الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٥ / ١-٢ فما بعدها والمحصول للرازى ج ٢ ق ٣ / ١٦٤ وأصول الفقه لأبى 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 مثلا ،ويترك بلده ، وأهله ،ووطنه ، وأملاكه ، وكل مايتصل به ، لو ترك للشكوك والأوهام سبيلها اليه ،وما أكثرها لدى المسافرين ، ولم يدفع هذه الشكوك والأوهام بالاستصحاب ، لما أمكنه أن يسافر عن بلده ،بل لما ترك عتبات بيته أصلا . ولشلت حركته الاجتماعية ، وفسد نظام حياته فيها . (١)

ولهذا كان قول من يقول بحجية الاستصحاب هو الأرجح الا أن مما تجدر الاشارة اليه أن الاستصحاب لا يعد دليلا مستقلا لأن الدليل الأول من الواضح أنه هو الدال على الحكم ،وهو كذلك أيضا الذى يدل على استمراره بعد غلبة الظن بعدم وجود المغير له .

فهو يدل على الحكم ابتداء بصيغته ،ويدل على الاستمرار والبقاء بدليل وبرهان عقلى ملحوظ مع كل دليل يثبت ما دام أنه قائم ولم يلغ بدليل آخر لاحق . (٢)

---

(١) انظر الوسيط فى أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلى (المطبعة العلمية بدمشق ط ٢/ ١٣٨٨ هـ ١٩٦٩م) ص ٥٦٠ وأصول الفقه وابن تيمية للدكتور صالح بن عبد العزيز آل منصور ٢/ ٤٤٢

(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 دليلا على البقاء .

بل لما كان الحكم ثابتا في الزمان الأول ، ولم يطرأ ما يغيره لا قطعا ولا ظنا ، غلب على الظن بقاؤه ، وذلك بعد البحث والتفتيش عنه الدليل المزيل والمعارض ، حتى غلب على الظن عدم وجوده ، ولهذا لما كان الاستصحاب ليس دليلا مستقلا صرح كثير من الأئمة أنه آخر مدار الفتوى ، وهذا ما نقله الشوكاني عن الخوارزمي [1] في الكافي .

قال رحمه الله : (قال الخوارزمي في الكافي : وهو - أي الاستصحاب - آخر مدار الفتوى . فان المفتي اذا سُئل 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 بقاؤه ، وان كان التردد في ثبوته : فالأصل عدم ثبوته .) [2]

وبهذا يكون القول بصلاحية الاستصحاب لابقاء ما كان على ما كان عليه ما دام أنه لم يرد ما يغير ، وبصلاحية الاستصحاب كذلك للنفي والاثبات . وبصلاحية لإلزام 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 ، انظر ترجمته في معجم المؤلفين ١٢ / ١٩٦

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

الفصل الثاني

مذاهب العلماء في الإجماع باستصحاب الإجماع في محل النزاع

الفصل الثانـــى

مذاهب العلماء فى الاحتجاج بـاستصحاب الإجماع فى محـل الـــــــــــنزاع

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

فقال بعضهم: بأنه حجة . وقال بعضهم: أنه ليس بحجـــة . 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 ، وداوود الظاهري (١) ، وأبو اسحق ابن شاقلا (٢) ، أنه حجة .

المذهب الثاني : ذهب أبو حنيفة (٣) ، وأبو الحسين البصري ، وأبو حامد الغزالي ، وأبو اسحق الشيرازي ، وغيرهم ، الى أنه ليس بحجة . (٤)

---

(١) هو داود بن علي بن خلف الأصبهاني ، أبو سليمان المعروف بالظاهري ولد بالكوفة ، امام الظاهرية ، سمع كثيرا من الشيوخ ،وتبعه تلاميذ كثر عرفوا 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 ابى الحسين بن أبي يعلى (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ٢/١٢٨-١٣٩ ، وشذرات الذهب ٣/٦٨ ، المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل لعبد القادر بن أحمد بن بدران (دار الفكر العربي) ص ٢٠٦

(٣) هو النعمان بن ثابت بن زوطى 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،وزفر والصاحبان ، والشافعي،وغيرهم ، ينسب اليه الفقه الأكبر في العقائد وله المسند في الحديث ، والمخارج في الفقه جمعها تلاميذه من بعده توفي عام ١٥٠هـ على الأرجح انظر ترجمته في الجواهر المضية ١/٢٦-٣٢

(٤) انظر المعتمد في أصول الفقه ٢/٨٨٤ والتبصرة في أصول الفقه ص٥٢٦ والمستصفى للغزالي ١/٣٢٣ والاحكام للآمدي ٤/١٨٥-١٨٦ ، واعلام الموقعين ١/٣٤١ وتكملة الابهاج ٣/١١١ ، وشرح جمع الجوامع ٢/٣٥٠ وارشاد الفحول ص ٢٣٨

الأدلـــة :

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

أولا : استدلوا بالكتاب بقوله تعالى : (وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِن بَعْدِ قُوَّةٍ أَنكَاثًا) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية: انها أثبتت أن ما ثبت لا يجوز نقضه ، فكذلك ههنا لا يجوز نقض الاجماع الذى كان ثابتا .

ثانيا : استدلوا بالسنة بقوله صلى الله عليه وسلم (اذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا ، فاشكل عليه أخرج منه شيء أم لا فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع : صوتا ، أو يجد ريحا) (٢)

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن الشارع أمر من تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث بالبقاء على الأصل وهو الطهارة ، والبناء على اليقين ، وهو عدم نقض هذه الطهارة حتى يأتى ما يدل على نقضها . فكذلك 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 الحيض ، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك فى الحدث فله أن يصلى بطهارته تلك ، ١/٢٧٦ حديث رقم ٩٨-٩٩ ، والبخارى فى الوضوء ، باب من لم ير الوضوء الا من المخرجين ١/٢٨٣ حديث رقم ١٧٧ ، وأبو داود فى الطهارة والترمذى فى الطهارة

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

ثالثا : استدلوا بالقياس : فقاسوا قول المجمعين على قوله صلى الله عليه وسلم ، بجامع أن كل واحد منهما حجة ، فكما أن قوله صلى الله عليه وسلم يستصحب فى موضع الخلاف فكذلك قول المجمعين يستصحب فى موضع الخلاف .

قال الشيرازى : (قالوا : ولأن قول المجمعين حجة فوجب أن استصحابه فى موضع الخلاف

والدليل عليه : قول النبى صلى الله عليه وسلم.) [1]

رابعا : استدلوا بالمعقول،وذلك بالدليل الذى استدل به الثبتون لحجية الاستصحاب مطلقا ، فقالوا : إن الأصل فى كل متحقق دوامه واستمراره الى أن يوجد المعارض والأصل عدمه ،فمن ادعاه فعليه اقامة الدليل على وجوده .

قال الآمدى : (فى 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 فى كل متحقق دوامه كما تحقق فى المسألة التى قبلها [2] الى أن يوجد المعارض النافى . والأصل عدمه ، فمن ادعاه يحتاج الى الدليل .) (٣)

---

(١) المصدر نفسه ص ٥٢٨

(٢) المقصود بهذه المسألة الاستدلال باستصحاب الحال . فقد جعل الآمدى الاستدلال بالاستصحاب فى مسألتين ، الأولى : فى الاستدلال باستصحاب الحال والثانية فى الاستدلال باستصحاب حكم الاجماع فى محل النزاع

(٣) الآمدى، الإحكام ٤/١٨٥-١٨٦

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

أدلة القائلين بعدم حجية هذا النوع :

احتجوا على عدم حجية هذا النوع بالقياس ،والمعقول .

أولاً القياس : قاسوا الاستدلال بالاجماع المستصحب فـــي محل النزاع،على الاستدلال بالألفاظ الشرعيةالتي تتناول موضعـــا خاصا فانها لا يستدل بها في مواضع أخرى لم تتناولها ، فكذلـــك 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 فيـــه، كالفاظ صاحب الشرع اذا تناولت موضعا خاصا،لم يجز الاحتجاج بهـا في الموضع الذي لا تتناوله فكذلك ههنا .) (١)

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

---

(١) انظر المستصفى ١ / ٢٢٤

(٢) التبصرة في أصول الفقه ص٥٢٧

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

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

وبيان ذلك : أن من قال فى المتيمم اذا رأى الماء فى صلاته ان صلاته لا تبطل لأننا أجمعنا على صحة صلاته فى 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 التعلق بالاجماع الآخر وما أدى الى هذا كان باطلا .) (١)

---

(١) المصدر نفسه ص ٥٢٧ وانظر كشف الاسرار ٣/ ٣٧٩ - ٣٨٠

مناقشة الأدلـــة

مناقشة أدلة المثبتين لحجية هذا النوع :

اعترض النافون لحجية هذا النوع على أدلة المثبتـين فقـالوا :

أولاً : فى احتجاجهم بالكتاب على تحريم نقض ما كان ثابتا بقولـه تعالى (ولَا تَكُونُوا كَالَّتِى نَقَضَتْ غَزْلَهَا . . الاية) (١)

قالوا : ان هذه الآية تقتضى المنع من نقض ما كان ثابتا،مجمعا على ثبوته،على الحال التى حصل الإجماع عليها ، فلايستصحب هـذا الحكم الا فى موضع يكون فيه الحكم على حالته التى حصل الاجمـاع عليها . فاذا تغيرت تلك الحـال،فان الاجماع لا يكون دليلا حينئذ، لأن ماأجمعوا عليه غير ثابت فى محل الخلاف ،فلا يدخل فى هـذه الاية .

ثانيا : أما احتجاجهم بحديث : (اذا وجد أحـدكم فى بطنـه شيئا فأشكل عليه . . . الحديث) (٢)

ففير مسلم ، وذلك لأن هذا الحديث يفيد عدم نقض اليقـين بالشك،فمن توضأ وتيقن الطهارة ثم شك فى الحدث، لا يؤثر هـذا الشك على ما تيقنه من طهارته .

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

---

(١) النحل آية ٩٢

(٢) تقدم تخريجه انظر صفحة ١١٢ من هذا البحث

ثالثا : أما احتجاجهم بقياس دلالةالاجماع فى محل النزاع،على دلالة اللفظ الشرعى فى محل النزاع.فليس بمسلم .

وذلك لأن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم موجود فى محل النزاع ، متناول له ،فوجب العمل به ، وليس كذلك مسألتنا هذه لأن الاجماع المستصحب قد زال فى موضع الخلاف .

ويدل على هذا أن لفظ الرسول صلى الله عليه وسلم اذا ورد خاصا فى موضع لا يصح.استصحابه فى 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 اماأنه 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 النسافى ، فهذا مردود لأن النافى فى مثل هذه الصورة المتنازع فيها عليه الدليل (٢)

---

(١) التبصرة فى أصول الفقه ص ٥٢٧-٥٢٩

(٢) اختلف الأصوليون فى نافى الحكم هل عليه دليل أم لا .
فقال بعضهم هومطالب بالدليل ، وقال بعضهم ليس بمطالب به وفصل بعضهم فقال : إن كان فى العقليات فهو مطالب بالدليل وإن كان فى الشرعيات فلا . وما ذهب اليه الغزالى هو: أن ما ليس بضرورى لابد لنفيه من دليل . وهذه المسألة داخلة فيمالبس بضرورى، ولذلك ذهب الغزالى الى أن نفيها يحتاج الى دليل

وان كان يدعى بأنه أقام دليلا فيبينه ، لأن الحكم لا بد له من 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 ، فلعله 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 فى انقطاع الصلاة عند هبوب الرياح وطلوع الفجر خارق للاجماع ،لأن الاجماع لم ينعقد مشروطا بعدم الهبوب ، ولكنه انعقد مشروطا بعدم وجود المغير . كما فى مسألة المتيمم الذى رأى الماء فى أثناء الصلاة فان الاجماع انعقد على صحة الشروع فى الصلاة عند عدم وجود الماء ،أما بعد رؤيته فقد تغيرت الحال التى أجمع عليها . وزالت الصفة التى انعقد الاجماع

انظر فى هذه المسألة المستصفى ١/٢٣٢-٢٤٥ ، والمحصول للرازى ج٢ ق٢/١٦٥-١٦٦ ، ونهاية السول للأسنوى ٣/١٣٢ وشرح جمع الجوامع ٢/٥٤١

معها ، فزال الاجماع بزوالها فاذا أريد قياس حال الوجـــــود، على حال العدم المجمع عليه،فيجب أن يكون ذلك لعلة جامعة ،وأمـا أن يستصحب الاجماع عند انتفاء الاجماع،فهو محال . (١)

ولقد رد الآمدى هذا الاعتراض فقال : (قلنا متى يـــفتقر الحكم فى بقائه الى دليل؟ ،اذا قيل بنزوله منزلة الجواهـــــر أو الأعراض ؟ فالأول ممنوع،بل هو باق بعد ثبوته بالاجماع لا بدليل كما سبق تقريره فى المسألة المتقدمة . (٢) والثانى مسلم . ولكن لم قلتم أنه نازل منزلة الأعراض،سلمنا أنه نازل منزلة الأعراض وأنـه لابد له من دليل،ولكن لا نسلم انحصار الدليل المبقـى فيما ذكروه من النص ، والاجـماع ، والقياس ، الا أن يبينوا أن الاستصحاب ليس بدليل وهو موضوع النزاع .

سلمنا أن الاستصحاب نفسه لا يكون دليلا على الحكم الباقـــــى بنفسه . ولكنه دليل الدليل على الحكم ، وذلك لأنا بينا فـــــى المسألة المتقدمة (٣) وجود غلبة الظن ببقاء ما كان متحققا على حالـــه وذلك يدل من جهة الاجمـال على دليل موجب لذلك الظن) . (٤)

---

(١) انظر المعتمد ٢/٨٨٤ والتبصرة فى أصول الفقه ٢٢٦ ، والمستصفى ١/٢٢٥ والآمدى ، الاحكام فى أصول الاحكام ٤/١٨٥-١٨٦

(٢) مسألة الاستدلال باستصحاب الحال

(٣) وهى مسألة الاستدلال باستصحاب الحال

(٤) الآمدى الإحكام فى أصول الأحكام ٤/١٨٦

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

فقد رد عليه المثبتون لحجية هذا النوع فقالوا:

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

وإنما 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 باقيا. ويجوز أن يكون منتفيا، لكن يفتقر الى بقاء سبب ثبوته، وأما الحكم المخالف: فيفتقر الى ما يزيل الحكم الأول، والى ما يحدث الثاني، والى ما ينفيه، فكان ما يفتقر اليه الحادث، أكثر مما يفتقر اليه الباقي، فيكون البقاء أولى من التغيير) (١)

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

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

---

(١) ابن القيم، أعلام الموقعين ١/ ٣٤١

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

الا أن الغزالى يخالف ابن القيم فى هذا ، وينفى تشبيه هذا النوع بأستصحاب براءة الذمة ، ويثبت الفارق بين النوعين .

بل ذهب رحمه الله الى عكس ما ذهب اليه ابن القيم ، فهو يشبه المستدل بهذا النوع: بالمستدل بالبراءة الأصلية مع وجود الدليل السمعى . وذلك لأن الاجماع انعقد مشروطا بالعدم ، وانتفى عند الوجود ، فلا يقاس حال الوجود على حال العدم الا بعلة جامعة .

قال رحمه الله: (وأما أن يستصحب الاجماع عند انتفاء الاجماع 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 الاجماع بشرط العدم وانتفى الاجماع عند الوجود أيضا .) (٢)

---

(١) المصدر نفسه ص ٣٤٢ وانظر التبصرة ص ٥٢٩

(٢) الغزالى المستصفى ١/٢٢٧ وانظر التبصرة ص٥٢٩

مناقشة أدلة النافين لحجية هذا النوع :

عمدة ماستدل به النافون لحجية هذا النوع، هوأن الاجماع الأول انما انعقد مشروطا بالعدم، فلا يجوز أن يستصحب هذا الاجماع مع تغير الحال من العدم الى الوجود . يتمثل هذا فى أدلتهم بالمعقول والقياس .

اعترض ابن القيم على هذا الدليل ، ولم يسلم رحمه الله بأن تغير حال المجمع عليه يؤثر فى 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 ناقلا للحكم، مثبتا ضده ، كما جعل الدباغ ناقلا لحكم نجاسة الجلد ، وتحليل الخمرة ناقلا لحكم تحريمها ، وحدوث الاحتلام ناقلا لحكم البراءة الأصلية، وحينئذ لا يبقى التمسك بالاستصحاب صحيحا . لأن هذه الأمور اعتبرها الشارع ناقلا للحكم بخلاف مسائل النزاع لأن مجرد النزاع لا يوجب سقوط استصحاب حكم الاجماع .

والنزاع فى رؤية الماء فى الصلاة ، وحدوث العيب عند المشترى ، واستيلاد الأمة ، لا يوجب رفع ما كان ثابتا قبل ذلك من الحكم . فلا يقبل قول المعترض : إن حكم الاستصحاب قد زال بالنزاع الحادث، فإن النزاع لا يرفع ما ثبت من الحكم، فلا يمكن للمعترض رفعه الا أن يقيم دليلا على أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلا على

نقل الحكم وحينئذ يكون معارضا 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 ماثبت قبل التغير حتى يدل الدليل على تبدل الحكم بناء على تغير الحال . ومن يدعي 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 يدعي 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، فان الخلاف يضاد الاجماع .

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

---

(١) انظر ابن القيم ، أعلام الموقعين ، ١/١٤٣-١٤٤ وانظر ابن حزم ، الإحكام في اصول الاحكام ٥/٢، ٣

لا يضاده ، فان المخالف مقر بأن العموم تناول بصيغته محـــل الخلاف .

إذ قوله صلى الله عليه وسلم (لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليـــل)[1] شامل بصيغته صوم رمضان ،مع خلاف الخصم فيه، فيقول أخصصه بدليل فعليه الدليل .

وههنا المخالف لا يسلم شمول الاجماع محل الخلاف ،اذ يستحيل الاجماع مع الخلاف ، ولا يستحيل شمول الصيغة مـــع الدليل)[2]

وعلى هذا يتضح أن قياس استصحاب حال الاجماع فى محـل النزاع ،على استصحاب البراءة الأصلية ،أو العموم ،أو النـــص، قياس مع الفارق، وأن الخلاف فى تغير الحكم لا يقدح فى الاستصحاب ان كان المستصحب عموما أو نصا أو دليلا عقليا على البراء الأصلية .

أما فى استصحاب حال الاجماع مع تغير حال الحكم المجمع عليه، أو صفته،فيكون هذا الخلاف قادحا فى الاستصحاب،لأن الاجماع انعقد فى حالة عدم تغير هذه الحالة ، ولم ينعقد مع وجود المغير لهـــذه الحالة،ولهذا لا يكون الاجماع شاملا لحال الوجود والعدم، لامكان شمول الصيغة مع دليل التخصيص ،واستحالة شمول الاجماع محـــل الخلاف ،اذ يستحيل الاجماع مع الخلاف .

ويخالف ابن القيم الغزالى فى هذا الرأى ، ويذهب إلى التسوية مرة أخرى بين استصحاب الاجماع فى محل النزاع،وبقية أنواع الاستصحاب

---

(١) تقدم تخريجه صفحة ٤١ من هذا البحث

(٢) المستصفى ١ / ٢٢٧

الأخرى ويرى بناء على هذا: أن الاستصحاب بأنواعه بما فيها استصحاب الاجماع فى محل النزاع - لا يجوز الاستدلال به الا بقيود وهذه القيود هى :

١- القطع بانتفاء الناقل .

٢- الظن بانتفاء الناقل .

٣- اذا وجد ناقل غير مؤثر.

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

فاذا انتفت هذه القيود الأربعة يكن الاستدلال با لاستصحاب صحيحا .

ثم هو يرى أن مسائل استصحاب الاجماع فى محل النزاع: من قبيل المؤثر الذى لا يقتضى وجوده انتفاء الحكم، فيحكم ببقاء الحكم الأصلى مع وجود هذه الأشياء . ولعل هذا أقوى ما استدل به الامام ابن القيم .

يقول رحمه الله بعد أن تعرض لأنواع الاستصحاب وأحكامه :

(وبالجملة فالاستصحاب لا يجوز الاستدلال به الا اذا اعتقد انتفاء الناقل ، فاذا 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 دلالته، ظن انتفاء النقل، وان كان الناقل معنى مؤثرا ، وتبين عدم اقتضائه، تبين له انتفاء النقل ، مثل رؤية الماء فى الصلاة لا تنقض الوضوء، والا فمع تجويزه لكونه ناقضا للوضوء لا يطمئن ببقاء الوضوء .

وكذا كل من وقع النزاع فى انتقاض وضوئه، ووجوب الغسل عليه، فان الأصل ،بقاء طهارته،كالنزاع فى بطلان الوضوء بخروج النجاسات من غير السبيلين ، وبالخارج النادر منها ، وبمس النساء بشهوة ، وغيرها ، ويأكل مامسته 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 البصرى على من يسوى بين هذه المسائل، وخاصة فى المساواة بين المسائل غير المنصوص على بقاء حكمها ،وبين مسألة تيقن الطهارة مع الشك فى الحدث ،فهو رحمه الله يفرق بين هذين النوعين ، ويذهب الى أن تعدى الحكم من حالة العدم،الى حالة الوجود، لا يكون الا بدليل .

ففى مسائل تيقن حصول الطهارة مع الشك فى الحدث وأمثالها: هناك دلالة على عدم التغير مع تبدل الحال الأولى ، وهذه الدلالة هى لفظ الشارع،أما فى 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 هـــذه المسائل واعطاؤها حكما واحدا .

قال رحمه الله بعد أن ذكر الأدلة على عدم صحة الاحتجاج بهذا النوع، وهو استصحاب الاجماع فى محل النزاع: (فان قيل فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن الشيطان يأتى 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 لدلالـــة ، وانما نمنع من ذلك لا لدلالة . وقول النبى صلى الله عليه وسلم هـــو لدلالة .

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

ثم هو يفرق بين هذه المسألة. وهى: مسألة الشك فى الطهـــارة بعد تيقن الحدث ، وبين مسائل استصحاب الاجماع فى محل النزاع، وخاصة مسألة وجوب الوضوء على من رأى الماء فى اثناء الصلاة.

يقول رحمه الله : (على أن ذلك خارج عما نحن بسبيله لأن

---

(١) رواه أحمد ٢ / ٤٥ بلفظ اذا جاء أحدكم الشيطان فى صلاتـــه تقدم تخريجه ص ٦٤ من هذه الرسالة

(٢) أبو الحسين البصرى ، المصدر السابق ٢ / ٨٨٥ وانظر التبصرة ص ٥٢٨-٥٢٦

الأصل : في العقل ألا وضوء ، فاذا لم يدل على وجوبه على الشاك في الحدث دليل شرعي ، 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 .)[1]

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 ٢/ ٨٨٥

الترجيح بين هذه المذاهب

مما تقدم يتضح أن كل الحجج التى احتج بها من يثبت حجية هذا النوع،قد قوبلت بالرفض من قبل المنكرين لحجيته .

ولقد تقدمت أدلة الفريقين ومناقشتها وبانَ من خلالها ضعف أدلة المثبتين لحجية هذا النوع .

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

ومن هذه الشبه قولهم : إن الحكم المتنازع فيه مجمع عليه، فالقول بخلافه خرق للاجماع ، فلا يجوز،لأن الاجماع يحرم الخلاف

قال الغزالى 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 فى الصلاة فى مسألة المتيمم الذى رأى الماء فى اثناء الصلاة،هو بنفسه دليل على صحة الاستمرار فى الصلاة ،حتى يدل دليل على الانقطاع، لأن كل ماثبت دام الى وجود قاطع،فالدوام لا يحتاج الى الدليل بل ثبوت الحكم ابتداء هو الذى يحتاج الى دليل ،كما أنه اذا ثبت موت زيد،أو بناء دار، أو كان دوام هذه الاشياء بنفسها

أويد

---

(١) الغزالى ، المستصفى ١ /٢٢٧

بلا سبب يدل على بقائها ، بناء على أن ما ثبت دام الى وجود قاطع (١)

قال رحمه الله رداعلى هذا :(قلنا : هذا وهم باطل ،لأن كل ما ثبت جائز ان يدوم ،وأن لا يدوم ، فلا بد من دليل سوى دليل الثبوت ، ولولا دليل العادة على أن من مات لا يحيا ، والدار اذا بنيت لاتنهدم ما لم تهدم أو يطول الزمان ، لماعرفنا دوامها بمجرد ثبوته . كما اذا أخبرعن قعود الأمير ،وأكله ، ودخوله الدار ،ولم تدل العادة على دوام هذه الأحوال . فاننا لا نقضي بدوام هذه الأحوال أصلا . فكذلك خبر الشرع عن دوام الصلاة مع عدم الماء ،ليس خبرا 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 ، فانه لا يخلو اما أن يكون دليلا عاما يتناول حالة الوجود والعدم ، واما أن يكون اجماعا .

فان كان الدليل عاما وتناول حالة الوجود والعدم فحينئذ يكون الدليل هو النص العام لا الاجماع .

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

---

(١) انظر المصدر نفسه ص ٢٢٨

(٢) المصدر نفسه ص ٢٢٨-٢٢٩

(٣) المصدر نفسه ص ٢٢٨

ولا يقال فى مسألة المتيمم الذى رأى الماء فى أثناء الصلاة بأن الشخص فيها مأمور بالشروع والإتمام ، لا بالشروع فقط .

وإنما لم يصح هذا القول؛لأنه مامور بالشروع مع عدم وجود الماء، وبالإتمام مع عدم وجود الماء ،أما مع وجود الماء:فهو محل الخلاف فما الدليل على أنهمامور بالإتمام مع وجود الماء .؟

فان قيل الدليل على أنه مأمور بالشروع مع الإتمام فى حالة الوجود ؛أنه منهى عن ابطال العمل ،وفى استعمال الماء ابطال للعمل .

فجوابه:أنه احتجاج ضعيف لأنه إن أريد بالبطلان احباط ثوابه :فلا نسلم أنه لا ثواب له على ذلك ؛لأنه يثاب على ماشرع فيه من العمل ،وهو الصلاة قبل رؤية الماء .

وان أريد بالبطلان أنه يجب عليه فعل مثل الشىء الذى أبطله: فليس بمسلم أيضا ؛لأن الصحة فى 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 الذى تيمم وشرع فى صلاته كان متيقنا من الطهارة ، ووجوب استئناف الصلاة بعد رؤية الماء مشكوك فيه ، فلا يرتفع به اليقين .

---

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

وجواب هذه الشبهة : أن وجوب المضى فى هذه الصلاة مع رؤية الماء مشكوك فيه ، وبراءة الذمة بهذه الصلاة مع وجود الماء مشكوك فيها ،فلا يكون هناك ارتفاع لليقين بالشك ، كما أن من أوجب استئناف الصلاة عند رؤية الماءلا يوجبها بلادليل، بل بدليل يغلب على الظن ،كما فى البراءة الأصلية فانها ترفع بدليل يغلب على الظن كذلك .

بل ان اليقين قد يرفع بالشك فى بعض المسائل ،ومثاله: ما لو اشتبهت ميتة بمذكاة ، وماءطاهر بماء نجس ،ورضيعة بأجنبية.

فان اباحة المذكاة ، والماء الطاهر ، والأجنبية ،متيقنة الا ان هذه الاباحة المتيقنة يرفعها الشك الحاصل فى هذه المباحات ، فيجب اجتناب هذه المباحات فى حال الاشتباه (١)

ولهذه الردود من الغزالى على مااستدل 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 هوالأرجح . ولا يقدح فى هذا القول صحة بعض المسائل المشابهة التى استصحب فيهاالحكم الثابت مع وجود ما يظن أنه مغير للحكم ، كما فى احتجاجهم بمسائل معارضة الشك لليقين ، فان هذه المسائل لم يعتبرها الشارع مؤثرة .

---

(١) انظر المصدر نفسه ١ / ٢٢٩-٢٣٢

فى الحكم الثابت لعدم وجود غلبة الظن بكونها مؤثرة. أما المسائل التى تغيرت فيها صفة الحكم المجمع عليه: فلا يصح استصحابها بعد التغير؛ فهى 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 ذكروه من يقين الطهارة، فانا تيقنا الطهارة ولم نتيقن زوالها، والظاهر بقاؤها، وليس كذلك مسألتنا لأن ما تيقناه من الاجماع قد تيقنا زواله.

فجوابنا مما قالوه: إن تيقن زوال الطهارة بالحدث، فلا يستصحب حكم الطهارة) (١)

ومما يقوى ترجيح هذا الرأى: ما ذكره أبو الحسين البصرى: اذ 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 المتيمم 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؛ لأنه ان اشرك بين الحالتين في وجوب الوضوء لاشتراكهما فيما دل على وجوب الوضوء؛ فليس باستصحاب حال الذى 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 أن 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 للعقلي : 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.وعلل عدم صحة هذا الاستدلال ؛بأنه جمع بين حالتين بغير دلالة ولا علة، أما إذا قصد به أن الطهارة لا تلزمه لأنه لا يوجد دليل يدل على وجوبها: فهو من باب الاستدلال بالنفي ،لا من قبيل 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 الفروع الفقهية

الباب الثالث

أثر الاستصحاب فى الفروع الفقهية

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

وفى هذا الباب أتناول ان شاء الله تعالى أثر الاختلاف فى الاستصحاب فى 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 التى بنيت على الاستصحاب .

ولما كان تحت كل قاعدة من هذه القواعد فروع فقهية كثيرة رأيت أن **أتناول أولا** : هذه القواعد فأحررها،وأذكر علاقتها بالاستصحاب مع الاشارة الى بعض الأمثلة المندرجة تحت هذه القواعد، بدون **التعرض** للخلاف بين العلماء فى هذه المسائل .

ثم **أتناول ثانيا** : مسائل انتخبها من هذه الأمثلة - وهى مسائل متفرعة من أبواب الفقه الاسلامى المختلفة - موضحا أثر الاختلاف فى الاستصحاب فيها ، وذلك فى فصلين :

الفصل الأول : فى القواعد الفقهية التى بنيت على الاستصحاب

الفصل الثانى : فى 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 ،وحجيته ، وظهر من خلال هذه المباحث أن الاستصحاب لا يعمل به اذا وجد دليل يغير الحكم الذي كان ثابتا في الزمان الأول ، وهذا مستفاد من القيد المذكور في تعريف الاستصحاب : (لفقد ما يصلح للتغير) . فما دام أنه لا يوجد دليل يصلح لأن يكون مغيرا فاننا نتمسك 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 لماتيقن في الماضي ، وهذا هو معنى القاعدة المشهورة في الفقه : إن اليقين لا يرفع بالشك .[1]

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

وفى هذا الفصل أتناول ان شاء الله تعالى هذه القاعدة باعتبارها الأصل الذى 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 فى الأمور العارضة العدم" .

(٤) " الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن " .

(٥) "الأصل فى الكلام الحقيقة" .

(٦) الأصل فى الأشياء الاباحة" .

(٧) " الأصل فى الأبضاع التحريم" . (١)

علاقة هذه القواعد بالاستصحاب :-

لا شك أن هذه القواعد المذكورة كلها يرجع فيها الى حكم الأصل عند النزاع فى تغير حكمها .

فاذا حصل النزاع فى أى حكم هل هو على حالة أو تغير، فاذا لم يقم دليل على أن هذا الحكم قد زال فانه يحكم ببقائه بناء على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان .

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

---

(١) انظر السيوطى 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 ،مثلا ،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 ، بناء 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 ،ويعيد ما صلاه بعد هذا الزمن ،ويبقى ما قبله على الأصل بناء على أن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن

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

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 بناء 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 يقم دليل يدل على أنه محظور ، فانه يحكم باباحته بناء على أن الأصل في الاشياء

الاباحة ، كما يرى جمهور العلماء .

اذا اختلطت امرأة محرمة ، بنسوة قرية محصورات ، فانه يحرم جميع نساء تلك القرية ، لأن الأصل فى الأبضاع التحريم . فلا يجوز التحرى فيها عند الاشتباه . (١)

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

وذلك ، لأنه لم يطرأ على الأصل فى هذه القواعد ما يغيرحكمه ، أو ما يصلح لتغير الحكم ،ولذلك بقى فيها على الأصل ، وهذا هو معنى الاستصحاب . وهذا الأصل ما دام أنه لم يدل دليل على تغيره فهو فى حكم اليقين فلا يزول بالشك العارض .

ولهذا عند ما تناول العلماء هذه القواعد ردوها كلها الى الاستصحاب،وتعرضوا لها كلها تحت قاعدة: (اليقين لا يرفع بالشك) .

فالامام تاج الدين بن السبكى مثلا ، عند ما تكلم عن الاستصحاب فى كتابه : تكملة الابهاج تعرض لهذه القاعدة باعتبارها مندرجة تحت الاستصحاب .

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

---

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٠-٧٦ ،والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٢-٧٤

تيقن فى الماضى ،وهو الأصل وأطلق عليه اليقين مجازا)[1]

وعند ما تكلم رحمه الله عن هذه القاعدة فى 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)[2]

والامام جلال الدين السيوطى [3] عند ما تكلم عن هذه القاعدة فى كتابه الاشباه والنظائر ، وذكر القواعد المندرجة تحتها ، قال : ويعبر عن الأصل فى جميع ماتقدم بالاستصحاب ، وهواستصحاب الماضى فى الحاضر) (٤)

---

(١) ابن السبكى ، تكملة الابهاج ٣/١١٣

(٢) ابن السبكى ، الأشباه والنظائر ١/٧-٨

(٣) هو عبد الرحمن بن أبى 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 تآليف كثيرة قيل أنها تزيد على الخمسمائة مؤلف ، أشهرها : الاتقان فى علوم القرآن ، الأشباه والنظائر فى الفقه ، والأشباه والنظائر فى النحو ، وألفية فى مصطلح الحديث ، وبغية الوعاة فى طبقات اللغويين والنحاة ، والدر المنثور فى التفسير بالمأثور وغيرها وله فى الأصول : المواهب فى اختلاف المذاهب ، توفى عام ٩١١هـ . انظر ترجمته فى شذرات الذهب ١/٥١-٥٥ والاعلام (طبعة الملايين) ٣/٣٠١ - ٣٠٢ ،والفتح المبين ٣/٦٥-٦٦

(٤) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٦

وكذلك (ابن نجيم) في الأشباه والنظائر ، ذهب الى ما ذهب اليه ابن السبكي ، والسيوطي ، في عرض هذه القاعدة ، وفي بناء القواعد المذكورة عليها ، ثم ختم الكلام عن هذه القاعدة ومباحثها بالاستصحاب وذكر فيه مذهب الحنفية . (١)

والعلماء عندما تكلموا عن قاعدة : " اليقين لا يزول بالشك" تناولوها كقاعدة مفرعة على الاستصحاب ، الا أنهم اختلفوا في كيفية تناولها . فمنهم من جعلها مرادفة لقاعدة : " الأصل بقاء ماكان على ما كان" ومنهم من جعل قاعدة : " الأصل بقاء ما كان على ماكان " ضمن القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة ، والمندرجة تحتها ، مثلها في ذلك مثل بقية القواعد الأخرى .

وقاعدة " اليقين لا يزول بالشك "وما تفرع عنها من قواعد مبنية على استصحاب الماضي في الحاضر ، وهذا النوع من الاستصحاب يشمل جميع أنواع الاستصحاب المتفق عليها بين جمهور القائلين بحجيته ، والتي تقدمت في الفصل الثاني من الباب الأول عدا الاستصحاب المقلوب . وهو استصحاب الحاضر في الماضي ، وقد تقدم الكلام عن هذه الأنواع ، مع التمثيل ، والتوضيح لها .

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٢ - ٧٤

قال ابن السبكى بعد الكلام عن "قاعدة اليقين لا يزول بالشك"، وما تفرع عنها : (جميع ما قدمناه فى استصحاب الماضى فى الحاضر. أما استصحاب الحاضر فى الماضى: فهو الاستصحاب المقلوب.) (١)

وقال السيوطى كذلك بعد أن ذكر قاعدة" اليقين لا يزول بالشك" والقواعد المفرعة عنها : (يعبر عن الأصل فى جميع ما تقدم بالاستصحاب وهو استصحاب الماضى فى الحاضر ،وأما استصحاب الحاضر فى الماضى : فهو الاستصحاب المقلوب) . (٢)

ولما كان منهجى فى هذا الفصل أن أتناول هذه القواعد محررا ومبينا لها ، فقد تعرضت لكل قاعدة بمفردها ، بما فى ذلك قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " ، وان كانت هى الأصل الذى تفرعت عنه القواعد الأخرى . وان كان فى القاعدة التى أتناولها خلاف فسأتعرض له باختصار . أما الأحكام الفقهية المبنية على تلك القواعد ، واختلاف الفقهاء فيها ، وادلتها ، فموضعها فى الفصل الثانى من هذا الباب، حيث أتناول فيه ان شاء الله المسائل الفقهية المبنية على الاستصحاب وأثر القول بالاستصحاب فيها .

---

(١) ابن السبكى ، الأشباه والنظائر ١ / ٢٢
(٢) السيوطى ، الاشباه والنظائر ص ٧٦

القاعدة الأولـــــى

" اليقين لا يزول بالشـــــك "

ويطلق عليها أيضا قاعدة : " ما ثبت بيقين لا يرفع بالشـك" أو "ما ثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين" .

والمقصود من هذه القاعدة : أن اليقين السابق ،لا يـــزول بالشك الطارئ ، وأنه لا يزول الا بيقين مثله ،أو ما كان فى حكم اليقين ،كغلبة الظن . (١)

قال السيوطى عند الكلام عن هذه القاعدة :

(واعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه ،والمسائـــل المخرجةعليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر) (٢)

ويتفرع عن هذه القاعدة كل القواعد المذكورة بعدها ، مع فروعها المندرجة تحتها :-

الأدلـــــة :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : (اذا وجد أحدكم فى بطنه شيئـــا . فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟، فلا يخرجن من المسجد ، حـــتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا) (٣)

---

(١) انظرابن السبكى ، الأشباه والنظائر ١ /٧-٨ ،والمؤلف أيضـا تكملة الابهاج ٣ /١٣ ، والسيوطى ، الاشباه والنظائر ، ٥٠ -٧٦

(٢) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ،ص ٥١

(٣) رواه مسلم والبخارى وغيرهما . تقدم تخريجه ص ١١٢

٢ - ما جاء عن عبد الله بن زيد رضى الله عنه قال : شُكِيَ إلى النبى صلى الله عليه وسلم: الرجل يخيل اليه أنه يجد الشئ فى الصلاة .

قال :لا ينصرفن حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا .) (١)

ووجه الدلالة من هذين الحديثين : أن الشارع أمر الشاك فى الحدث بعد أن تيقن الطهارة ، أن لا يلتفت الى 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 أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه [٢] أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:اذا شك أحدكم فى صلاته ، فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن) [٣]

---

(١) رواه مسلم فى الحيض ، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك فى الحدث فله أن يصلى بطهارته تلك ١ / ٢٧٦ حديث رقم ٩٨ ، وأبو داود فى الطهارة ، باب اذا شك فى الحدث ١ / ١٢٢ حديث رقم ٩٨ ، والنسائى فى سننه ، ١/٩٨ حديث رقم ١١٤

(٢) هو سعيد بن مالك بن سنان الخزرجى الأنصارى ،صحابى جليل يكنى بأبى سعيد ، ولد عام ١٠ ق هـ كان من ملازمى الرسول صلى الله عليه وسلم وروى عنه أحاديث بلغت ١١٧٠ حديثا ، وغزى اثنى عشرة غزوة وتوفى عام ٧٤ ،وقيل سنة ٦٣ أو ٦٥ ، انظر ترجمته فى أسد الغابة فى معرفة الصحابة (القاهرة دار الشعب) ٢ / ٣٦٥ ٣٦٥/٢ ، وتهذيب التهذيب ٣ / ٤٧٩ - ٤٨١

(٣) رواه مسلم فى المساجد ، باب السهو فى الصلاة ، ١ / ٤٠٠ حديث

٤- ما روى عن عبد الرحمن بن عوف[1] 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 أربعا ، فليبن على ثلاثة ، ويسجد سجدتين قبل أن يسلم .)[2]

رقم ٨٨ ، ٨٩ وأبو داود فى الصلاة ، باب اذا شك فى الثنتين والثلاث ، من قال يلقى الشك ، ١/٦٢١-٦٢٢ حديث رقم ١٠٢٤ - ١٠٢٧ ، ومالك بن أنس فى الموطأ : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى (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 إسلاما ، ومن العشرة المبشرين بالجنة ، هاجر الى الحبشة والمدينة ، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشاهد كلها ، كان من المتوسطين فى الفتيا ، روى عنه ابن عمر ، وابن عباس وجابر ، وأنس ، وجبير بن مطعم ، وغيرهم ، توفى عام ٣٢ هـ ، انظر الاصابة فى تمييز الصحابة ٢/٤١٦ - ٤١٧ ، واسد الغابة ٣/٤٨٠ - ٤٨٥ ، اعلام الموقعين ١/١٣

(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 ان هذه القاعدة قد استثنى منها بعض المسائل منها :

١- اذا 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 تصبه النجاسة .

٣- شك مسافر أوصل الى بلده أم لا ، لا يجوز له الترخص مع أن الأصل أنه مسافر .

ولقد ذهب ابن القاص[1] من الشافعية ، الى أن هذه المسائل

---

(١) هو أحمد بن أحمد الطبرى ، يكنى بابى العباس ، ويعرف بابن القاص ، تتلمذ على : أبى العباس بن سريج فى الفقه ، وأبى خليفة ، ومحمد بن عثمان بن شيبة ، وأخذ عنه القاضى أبو الزجاجى وغيره من العلماء ، له المفتاح ، والتلخيص ، وأدب القاضى ، والمواقيت فى الفقه ، توفى عام ٣٣٥ ، انظر ترجمته فى وفيات الأعيان ١ / ٢٢ طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٥٩ - ٦٣

أحدى عشرة مسألة فقط ،وما عداها بقى فيها على حكم الأصل ،ولم يذهب فيها حكم اليقين بالشك .

وزاد إمام الحرمين، والغزالى، وابن السبكى، مسائل أخرى عليها أزيل فيها حكم اليقين بالشك .

ولقد ذهب القفال الشاشى[1] الى أن هذه المسائل التى أدعى فيها أن اليقين قد زال بالشك ، لم يزل فيها حكم اليقين بالشك وانما عمل فيها بالأصل الذى لم يتحقق شرط العدول عنه .

---

(١) هو محمد بن على بن اسماعيل ، القفال الشاشى يكنى بابى بكر، ولد بشاش سنة ٢٩١هـ - شافعى المذهب ، كان معتزليا ثم رجع الى مذهب أهل السنة أخذ عن ابن خزيمة ، ومحمد بن جرير ، وعبد الله المدائنى ، وابن عروبة الحرانى ، وأخذ مذهب أهل السنة عن الأشعرى ، أخذ عنه أبو عبد اللهالحاكم وأبو عبد الرحمن السلمى ، وابن مندة ، وغيرهم ، له كتاب فى أصول الفقه ، وشرح للرسالة للامام الشافعى ، ودلائل النبوة ،ومحاسن الشريعة ، توفى عام ٣٦٥ هـ ، انظر ترجمته فى طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٠٠ - ٢٢٢ ، شذرات الذهب ٣/٥١ ٥٢ ، وفيات الأعيان ١/٥٨٠ - ٥٨١

ففى المثال الأول : مثلاً : ، حكم بانقضاء المدة لأن الأصل فى الرجلين أن يغسلا فى الوضوء ، وشرط الانتقال من الغسل الى المسح بقـــاء المدة ، فاذا شككنا فى بقائها رجعنا الى الأصل ، وهو الغسل .

وفى المثال الثانى : انما حكم بالنجاسة ووجوب الغسل ،لأن الأصل أنه ممنوع من الصلاة الا بطهارة ،فما لم يغسل الجميع ،فهـــو شاك فى زوال هذه النجاسات ، فلا يدخل فى الصلاة بطهارة مشكوك فيها .

وفى المثال الثالث : ان القصر رخصة بشرط أن يتيقن أنه لـــم يصل الى بلده ، فاذا شك فى الوصول وعدمه رجع الى الأصل وهـــو الاتمام . (١)

---

(١) انظر الاشباه والنظائر لابن السبكى ١ / ١٧- ١٨ والاشبـــاه والنظائر للسيوطى ص ٧٢ - ٧٣ ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٢-٧٣ .

القاعدة الثانيـــــة

الأصل بقاء ماكان علـى ما كـــان

ومعنى هذه القاعدة : أنه ينظر للشيء على أى حال كان ، فيحكم بدوامه على تلك الحال ، ما لم يقم دليل على خلافه . (١)

الأمثلـــــة :

يتفرع عن هذه القاعدة عدة فروع منها :

* أن من لزمته طهارة ، أو زكاة ، أو حج ، أو عمرة ، أو ديـــن لأدمى ، ثم شك هـل أدى شيئا من ذلك أم لا؟ ، فان هذا الشـك لا يسقط هذه الواجبات ، فيلزمه القيام بها ، لأن الأصل بقاؤهـــا فى عهدته عملا بقاعدة : (الأصل بقاء ماكان على ما كان) .

* ولو شك هل لزمه شيء من ذلك ، أو لزمه دين ، أوشك فى عتـــق أمته ، أو نذر شيء مما يصح نذره ، فلا يلزمه شيء من ذلك ، لأن الأصل براءة ذمته ، فشكه فى شغلها لا يؤثر فان الله سبحانه وتعالى خلق عباده كلهم أبرياء الذمم من حقوقه ، وحقوق العباد ، الى أن يتحقق أسباب وجوبها . فان لم يتحقق سبب الوجوب بقى الأمر علـى ما كان عليه . (٢)

---

(١) انظر على حيدر درر الحكام شرح مجلة الاحكام ١ / ٢٠

(٢) انظر قواعد الاحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السـلام مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد (دار الجيل بيروت ط/٢ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م) ٢/٥١

* قال ابن السبكى فى من تزوج ،وأحرم ، ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده ،قال نقلا عن الشافعى : (قال الشافعى رضى الله عنه:يصح تزوجه . قلت ونقل ابن القطان[1] عن فروعه عن النص أيضا فيمن وكل رجلافى الزواج ، ثم لم يدر أكان أوقع عقد النكاح بعد ما أحرم ، أو قبله ، قال : نص الشافعى أنه صحيح) (٢)

وانما كان ذلك صحيحا لأن الأصل هو الحل ، فيبقى حكمه باقيا فاذا تزوج وهو أحرم ، ثم شك هل حصل الزواج قبل الاحرام فيصح ، أو بعده فلا يصح ، فانه يحكم الأصل ، إذ الأصل " بقاء ماكان على ماكان " فيحكم بصحة النكاح بناء على هذه القاعدة .

---

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد ،المعروف بابن القطان ،البغدادى الفقيه الشافعى ، والأصولى تفقه على ابن سريج ، وابن اسحق المروزى ، له مؤلفات فى أصول الفقه وفروعه . توفى عام ٣٥٩ ، انظر ترجمته فى وفيات الأعيان ١ / ٧٦٠ والفتح المبين فى طبقات الاصوليين ١ / ١٩٨

(٢) الاشباه والنظائر لابن السبكى ١ / ٧-٨

القاعدة الثالثـــــة

الأصل براءة الذمـــــة

والمراد : براءة ذمة المكلف ، من التكاليف الشرعية التى لم يـــدل الدليل على التكليف بها ، والحقوق المالية التى لم يدل الدليـــل على شغل الذمة بها .

وهذا معنى قول الفقهاء : إن الأصل براءة ذمة المكلف مـن الحقوق والواجبات ، وعلى من يدعى شغل ذمة شخص بحق أو ديـن أن يقيم الدليل على ما يدعيه . (١)

دليل هذا الأصـل :

والدليل على هذا الأصل قوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه) (٢)

وانما كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل ، والبينة على المدعى لدعواه ما خالف الأصل ، إذ أن المدعى يدعى ما يخالـــف الأصل الذى قامت أدلة الشرع عليه ، وهو براءة ذمة المدعى عليه ، فمالم يقم المدعى الدليل على شغل ذمة المدعى عليه ، فان ذمته تكـون بريئة من كل ما نسب اليه .

---

(١) انظر الشوكانى ، ارشاد الفحول ، ٢٣٧ ، ود . بدران أبوالعينين أصول الفقه ص٢١٩ ود . حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص٢٢٧

(٢) رواه البخارى ومسلم . تقدم تخريجه ص ٢٧ من هذا البحث .

ومما يدل كذلك على صحة هذا الأصل ، أنه لم يقبل فى 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- اذا أقر شخص بدين لشخص آخر ، دون أن يحدد قدر الدين فانه يقبل منه بيان ذلك بأقل مايسمى دينا ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على ذلك .

٢- اذا اتلف شخص شيئا كان فى يده ، كأن كان مستعيرا له،أوغاصبا، أو مودعا ، ثم اختلف هو وصاحب الحق فى قيمة المتلف ،فالقول قول الغارم لأن الأصل براءة ذمته مما زاد .

٣-اذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ،لا يقضى بمجرد نكوله لأن الأصل براءة ذمته من الشيء المدعى به ،بل تعرض اليمين على المدعى،فاذا حلف أخذ الحق المدعى به من المدعى عليه والا كانت ذمة المدعى عليه بريئة . (٢)

---

(١) انظر د . حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص ٢٢٨/ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٣ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٩

(٢) انظر السيوطى الأشباه والنظائر ص٥٣ ،وابن نجيم الأشباه والنظائر ص٥٩ وحسين حامد حسان المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص٢٢٨

وهذه المسألة خالف الحنفية فيها فقالوا :-

يحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله ،لأن نكوله أضعف من قوة البراءة الأصلية ، فكان نكوله إما اقرارا أوبذلا . (١)

٤- ومن ذلك : ما نقله السيوطى عن الشافعى قال رحمه الله : (قال الشافعى رضى الله عنه : أصل ما أبنى عليه الاقرار ، أنى أعمل اليقين ، وأطرح الشك ،ولا استعمل الغلبة)(٢) .

قال السيوطى : (وهذه القاعدة مطردة عند الأصحاب ،ومرجعها الى أن الاصل براءة الذمة ،كقولهم فيمالو 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 فى هذه المسألة فى الفصل الثانى من هذا الباب فى مسألة القضاء بالنكول ص ٢٨٢ - ٢٩٥

(٢)-(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٣

القاعدة الرابعة

الأصل فى 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 الفرقة 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 المشترى ، والبائع فى رؤية المبيع ، فالقول للمشترى ، لان الرؤيا أمر عارض والأصل عدمها .

٣- اذا تنازع عامل القراض ، وصاحب المال فى 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 ينهه عن شراء كذا ، وأنكر صاحب المال ، فالقول قول العامل

---

(١) انظر مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهى العام ، (مصر : مطبعة طريش ، ط/١٠ ١٣٨٧/١٩٦٧م) ٢/٩٦٩

لأن الأصل : عدم النهى . ولأنه لو كان كما يزعمه المالك ، لكـــان خائنا ، والأصل : عدم الخيانة . وكذلك لو اختلفا فى الصفة الـــتى أخذ المال عليها بعد تلفه فقال الآخذ : أخذت المال قراضا ،وقـال صاحب المال : بل أخذته قرضا ، فالقول قول العامل ، لأنهمـــا اتفقا على جواز التصرف ، والأصل:عدم الضمان .

وفى هذه المسائل كان القول قول العامل لأنه أمين فى مـــال المضاربة ، ولأنه متصرف فى مال غيره باذنه ،ولأن كل هذه الأمـــور التى يدعيها المالك أمورعارضة والأصل عدمها . (١)

---

(١) انظر السيوطى ، الاشباه والنظائر ص ٥٧ ،وابن نجيم الاشباه والنظائر ص ٦٢ - ٦٣ ، وابن قدامة ، المغنى (مكتبة الرياض الحديثة) ٥/ ٧٦ ، وعلى حيدر ، درر الحكام ١/ ٢٥

القاعدة الخامسة

الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمـــن

والحادث : هو الشيء الذى كان غير موجود ثم وجد ، فاذا اختلف فى زمان وقوعه ، وسببه ، فما لم تثبت نسبته الى زمان معين ، ينسب الى الزمن الأقرب منه) . (١)

لأن الأصل فى الأمور العارضة : العدم فاذا ثبت حدوث هـــذا العارض ، فانه ينسب الى أقرب زمن ، ويكون ما قبله على حكم الأصـــل استصحابا للعدم السابق .

الأمثلـــــة :

١- اذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مـــرض الموت ، وطلبت الارث وادعى الورثة أن مورثهم طلقها فى حال صحته فلا حق لها فى الارث . فالقول قول الزوجة ، لأن الأمر الحـــادث المختلف فى زمن وقوعه هو الطلاق ، فيجب أن يضاف الى الوقـــت الأقرب وهو مرض الموت الذى تدعى الزوجة حصول الطلاق فيه ، ما لم يقم الورثة بينة على حصول الطلاق قبل هذا الوقت .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١ / ٢٦

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 يدعي 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 أياما ، وصلى ، ثم وجد فيها نجاسة ، لم يلزمه أن يقضي 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 اعادة كل صلاة صلاها ، بعد آخر نومة نامها ، لأن هذا هو أقرب زمن يضاف اليه الحادث .

---

(١) انظر المصدر نفسه ١/٢٦

٥- ضرب شخص بطن حامل فانفصل الولد حيا ، وبقى زمانا من غـــير أن يظهر عليه أثر الضربة ثم مات ، فلا ضمان على من ضرب بطن أمـــه لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر فيضاف اليه ولا يضاف الى السبب الأول[1].

وانما لم يضف الموت الى السبب الأول ،وأضيف الى الثانى :لأن السبب الثانى أقرب زمن يضاف اليه الموت ،ولذلك يمنع من اضافته الى السبب السابق عملا بتلك القاعدة وهى : الأصل فى كل حادث اضافته لأقرب زمان .

---

(١) السيوطى ،الأشباه والنظائر ، ص ٥٩ ،وابن نجيم الأشبـــاه والنظائر ص ٦٤

القاعدة السادسة

الأصل فى الكلام الحقيقة

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 اضافتها اليه 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 يشترى ، أو لا يؤجر ، أو لا يستأجر ، أو لا يصالح 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 فى الملك ، حتى لو قال : أردت أنها سكنه 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 بثمرها ،وإن كان مجازا ، دون ورقها، وأغصانها وإن كان حقيقة . (١)

---

(١) انظر على حيدر - درر الحكام ،١/ ٢٦ - ٢٧ ، وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٧٠ والسيوطى ، الاشباه والنظائر ص ٦٣ .

القاعدة السابعة
الأصل فى الأشياء الإباحة

المراد بهذه القاعدة : أن الأصل فى كل ما ينتفع به الإنسان الإباحة ، ما لم يدل الدليل على خلاف ذلك، فكل موجودات الكون وُجِدت لينتفع بها الإنسان ، والإباحة هى الحكم الأصلى لها، وانما يحرم منها ما دل الدليل على حرمته . وليس المقصود من الكلام عن هذه القاعدة بحث حكم الأشياء قبل الشرع ، فهذه مسألة بُنِيَتْ على القول بالتحسين والتقبيح العَقْلِيَيْن وهذا القول مردود عند أهل السنة .

فالأشاعرة لا يقولون بهذا القول مطلقا ، والحنفية عندما قالوا به لا يقصدون أن العقل يستقل بمعرفة الحسن والقبح دون تأييد ذلك من الشرع ، فهم يختلفون عن المعتزلة فى هذه المسألة، لأن عندهم لا ثواب ولا عقاب إلا بالنص، فليس للعقل المجرد أن ينفرد بتقرير الحكم فى غير موضع النص، أى لا بد من الاستعانة بالنص مع العقل . بينما المعتزلة يرون أن العقل معرف لبعض الأحكام الإلهية بناء على ما يدركه من حسن أو قبح فى 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 فى 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 كالاحسان،والتفضل ،وإما واجب كالانصاف،وشكر المنعم .

والآخر : ما لا يترجح فعله على تركه كالإنتفاع بملاذّ المآكل،والمشارب فهذا اختلفوا فيه بين قائلين بالإباحة،وقائلين بالحظر،وقائلين بالوقف ونُسِبَتْ هذه الأقوال الثلاثة لبعض العلماء من أهل السنة ،إلا أن جمهور أهل السنة على أنه لا حكم قبل ورود الشرع،وحتى على فرض أن هناك حكما فاننا لا نعرفه،لأن حكم الله لا يعرف إلا عن طريق الوحي . (١)

وهذا الذى ذهب اليه جمهور أهل السنة : يخرج منه الأفعال الاضطرارية كالتنفس فى الهواء،وأكل ما يسد الرمق،والانتقال من مكان إلى مكان آخر . . فكل هذا غير ممنوع منه (٢)

وهذه المسألة ليست موضوع البحث كما قلت فلا داعى لتفصيل أقوال علماء الأصول فيها، كما أنها مسألة لا ثمرة من بحثها الآن . وموضوع البحث:هو الأشياء التى لم يدل عليها دليل من الشرع هل هى مباحة أو محظورة ؟ .

فمعظم الأصوليين يفرقون بين الأشياء قبل الشرع وبعده،فهم يرون اختلاف الحال ما قبل الشرع ومابعده،فبينما هم يحكمون على

---

(١) انظر مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت١ / ٢٥ ،والمعتمد ١ /٣٧ ، و٢ /٨٦٨ ، والفخر الرازى- المحصول ج ١ق ١ / ٢٠٩-٢١٩ ،ونهاية السول ١ /١٢٤-١٣٢ ، وشرح الكوكب المنير- لمحمد بن احمد بن عبد العزيز بن النجار - تحقيق د . محمد الزحيلى ود .نزيه حماد (دار الفكر بدمشق ١٤٠٠-١٩٨٠) ١ /٣٢٢ ، وكشف الأسرار ٣ /٦٥-٩٦ ،والمستصفى ١ /٦٣-٦٥ ،وتيسير التحرير ٢ /١٦٧ - ١٧٢

(٢) انظر الفخر الرازى ، المحصول ج ١ ق١ / ٢٠٩

الأفعال قبل البعثة أن لا حكم يتعلق بها البتّة، إذ هم يرون فيها التفصيل بعد البعثة . أما الذين نسب اليهم القول بأن هناك حكما للأشياء قبل ورود الشرع، فإن هذا الحكم عندهم 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[1] 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 سمعا 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، وذيل طبقات الحنابلة توفي عام ١٣٤٦ هـ انظر الاعلام ٤/ ١٦٢، وترجمته في كتابه المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل ص أ - ح

(٢) المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل لابن بدران، ص ٦٥

مذاهب العلماء فى حكم الأشياء بعد الشرع :

* ذهب جماعة من العلماء منهم أبو الحسن التميمى[١] والقاضى أبو يعلى[٢] وأبو الخطاب[٣] من الحنابلة وجماعة من الشافعية ، والحنفية والظاهرية ، إلى أن الأصل فى الأشياء مطلقا الإباحة .

---

(١) هو عبد العزيز بن الحارث بن أسد بن الليث .. أبو الحسن التميمى ، ولد عام ٣١٧ ، فقيه حنبلى له اطلاع على مسائل الخلاف له مؤلفات فى الأصول والفرائض ، توفى عام ٣٧١ هـ انظر تاريخ بغداد للخطيب البغدادى (بيروت دار الكتاب العربى) ١٠ / ٤٦١-٤٦٢ ، والاعلام ٤ / ١٦

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف الفراء يكنى بابى يعلى ، ولد عام ٣٨٠ ، حنبلى المذهب ، أصولى ، فقيه ، تتلمذ على أبى الحسن البكرى وأبى القاسم موسى بن عيسى السراج ، وابن ابى داود وغيرهم ، وتتلمذ عليه : الخطيب البغدادى وهبة الله الشيرازى ، وابو الحسن بن الطبورى وغيرهم ، له كتاب ابطال تأويل الأسماء والصفات فى العقيدة ، وأحكام القرآن ، والعدة فى فى أصول الفقه ، والأحكام السلطانية ، توفى عام ٤٥٨ هـ ، طبقات الحنابلة للقاضى أبى الحسين بن أبى يعلى ٢ / ١٩٣-٢٣٠ ، والنجوم الزاهرة للأتابكى (وزارة الثقافة والارشاد بمصر) ٥ / ٧٨

(٣) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن .. الكلوذانى البغدادى ، يكنى بابى الخطاب ، ولد عام ٤٣٢ ، حنبلى المذهب ، سمع الحديث وتفقه على القاضى أبى يعلى ، تتلمذ عليه الشيخ عبد القادر الحنبلى ، له الهداية فى الفقه ، والتهذيب فى الفرائض ، والتمهيد فى أصول الفقه ، توفى عام ٥١٠ هـ ، انظر النجوم الزاهرة ٥ / ٢١٢ ، طبقات الحنابلة لأبى يعلى ٢ / ٢٥٨

وذهب بعض الشافعية، وابن حامد[1] والأبهري[2] من المالكية إلى أنها على الحظر حتى يأتي الدليل المبيح .

وذهب جماعة من العلماء ، منهم : أبو بكر الصيرفي وابن عقيل[3]

---

(١) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان ، ابوعبد الله البغدادي ، امام الحنابلة في عصره ، استاذ القاضي أبي يعلى ، له الجامع في المذهب في الفقه ، وشرح الخرقي ، وغيرها توفي عام ٤٠٣هـ ، طبقات الحنابلة ٢/١٧١-١٧٨ شذرات الذهب ٢/١٦٦ ، المدخل 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 المزني ، توفي عام ٣٧٥هـ، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ، ص ٩١ ، والديباج المذهب ، ٢/٢٠٦-٢١٠ ، ومعجم البلدان لياقوت الحموي (دار احياء التراث العربي بيروت لبنان) ١/٨٣

(٣) هو علي بن محمد بن عقيل بن أحمد ، يكنى بأبي عقيل [illegible] ، 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 ٥١٣هـ ، انظر النجوم الزاهرة ٥/٢١٩ ، طبقات الحنابلة ٢، ٢٥٩/

من الحنابلة إلى الوقف ، ونُسب هذا المذهب الى أبى الحسن الأشعرى[١] .

وذهب جماعة من الأصوليين منهم الفخر الرازى[٢] وتبعه البيضاوى[٣] والإسنوى ، وابن السبكى وغيرهم من الأصوليين إلى التفصيل فقالوا :

---

(١) هو على بن اسماعيل بن أبى بشر ، يكنى بأبى الحسن . ويلقب بالاشعرى ، ولد بالبصرة عام ٢٦٠ هـ عالم من أئمة الكلام وهو امام الاشاعرة وإليه ينسب المذهب ، تفقه على أبى اسحق المروزى ، وابن سريج ، وأخذ الحديث على أبى زكريا الساجى والعقائد على أبى على الجبائى ، وبرع فى علم الكلام والجدل ، تتلمذ عليه ابن مجاهد البصرى ، وأبو الحسن الباهلى ، والقفال الشاشى ، له فى أصول الفقه اثبات القياس ، وكتاب اختلاف الناس ، وفى الكلام مقالات الاسلاميين ، واللمع الكبير ، واللمع الصغير ، والإبانة ، انظر وفيات الأعيان ٣ / ٢٨٤ - ٢٨٦ ، وطبقات الشافعية ٣ / ٣٤٧ - ٤٤٤

(٢) هو محمد بن عمر بن الحسن التيمى ، البكرى يكنى بأبى عبد الله ، ويلقب بفخر الدين ، فقيه ، وأصولى ونظار وفيلسوف شافعى المذهب له ، التفسير الكبير المشهور بتفسير الرازى ، والمطالب العالية ، ونهاية العقول ، والمحصول ، وشرح الوجيز للغزالى ، وغير ذلك توفى عام ٦٠٦ هـ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية الكبرى ٥ / ٣٣ ، وشذرات الذهب ٥ / ٢١

(٣) هو عبد الله بن عمر بن محمد بن على البيضاوى ، يلقب بالقاضى تاج الدين ويكنى بابى الخير ، شافعى المذهب ، أصولى فقيه مفسر ، متكلم ومحدث ، له منهاج الوصول فى أصول وشرح مختصر ابن الحاجب فى الأصول ، والغاية القصوى فى الدراية والفتيا فى الفقه ، وأنوار التنزيل وأسرار التأويل فى التفسير ، انظر شذرات الذهب ٥ / ٣٩٢-٣٩٣ ، طبقات الشافعية ٨ / ١٥٧-١٥٨

الأصل فى المنافع الإذن ،وفى المضار الحظر . (١)

وبالنظر إلى هذه الأقوال يتضح : أن مذهب القائلين بالإباحة مآله إلى قول الذين قالوا بالتفصيل ،إذ ليس المقصود بقول الذين لم يفصلوا : أن الاشياء الضارة مباحة .

بل القصد من قولهم : "إن الأشياء على الإباحة" ليس على إطلاقه بل المقصود : الأشياء النافعة ،وحينئذ تكون الأشياء الضارة محظورة .

كما أن مذهب الذين قالوا بالوقف مآله عمليا إلى قول أصحاب الحظر،لأنهم لم يتوقفوا عن العمل،فلو توقفوا لظهر الفرق بينهم وبين أصحاب المذهبين الآخرين،لكنهم مع ذلك يقولون بوجوب الإجتناب،وهو قول المحتاطين أو الحاظرين . (٢)

وبهذا تكون المذاهب مذهبين لا أربعة .

---

(١) انظر ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٨٥-٢٨٩ ، وشرح الكوكب المنير ١/ ٣٢٢ - ٣٣٢ ، والمحصول ج ٢ ق ٣/ ١٣١ ونهاية السول للأسنوى ٣/ ١٢٧-١٢٨ ، وانظر جمع الجوامع مع شرح المحلى عليه ٢/ ٢٥٩ ونشر البنود ٢/ ٢٥٩ وتنقيح الفصول للقرافى ص ٤٤٧

(٢) انظر الحكم التخييرى ،أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء - محمد سلام مدكور (دار النهضة العربية بالقاهرة ط/٢ ١٩٦٥م) ص ٣٦٩ - ٣٧٠ ،وأصول الفقه لمحمد الخضرى بك (المكتبة التجارية الكبرى ط/ ٦ ، ١٣٨٩ هـ-١٩٦٩م ص ٣٥٥

الأدلـــة :

أدلة القائلين بالإباحـــة :-

استدل القائلون بأن الأصل فى الأشياء النافعة الإباحـــة بأدلة من القرآن والسنة والمعقول .

أولا : القـرآن :

أـ قوله تعالى : ﴿ هُوَالَّذِى خَلَقَ لَكُمْ مَا فِى الأَرضِ جَمِيعًا ﴾ (١)

قال ابن تيمية فى توجيه الاحتجاج بهذه الآية : (والخطاب لجميع الناس بلا فتتاح الكلام بقوله :(يا أيها الناس.) . ووجه الدلالة:أنه أخبر أنه خلق جميع ما فى الأرض للناس مضافا إليهم باللام، واللام حرف الإضافة ، وهى توجب اختصاص المضاف بالمضاف إليه واستحقاقه إياه على الوجه الذى يصلح له،وهذا المعنى يَعُمُّ موارِدَ استعمالها كقولهم : "المال لزيد" والسرج للدابة وما أشبه ذلك .

فيجب إذن أن يكون الناس مُمَلَّكِينَ مُمَكَّنِينَ لجميع ما فى الأرض فضلا من الله ونعمة ، وخُصَّ من ذلك بعض الأشياء وهى: الخبائث لما فيها من الإفساد لهم فى معاشهم،أو معادهم،فبقى الباقى مباحا بموجب الآية ..) (٢)

---

(١) البقرة آية ٢٩

(٢) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٢١ / ٥٣٥،وانظر المحصول ج ٢ق ٣ / ١٣١-١٣٩ .

ب - ومن ذلك أيضا قوله تعالى : (وَمالَكُمْ ألا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسمُ اللَّهِ عليه وقد فصَّلَ لَكُمْ ما حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إلاَّ ما اضْطُرِرْتُمْ إليه .) (١)

ووجه الدلالة من هذه الآية من وجهين :

الوجه الأول :

أن الله تعالى وبخ من يترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه قبل أن يحله باسمه الخاص، فلو لم تكن الأشياء مطلقا مباحة لم يلحقهم ذم ولا توبيخ؛ لأنه لو كان حكمها مجهولا أو كانت محظورة لم يكن ذلك.

الوجه الثاني :

أنه قال : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ ما حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) ، والتفصيل : التبيين ، فدل على أنه يُبَيِّنُ المحرمات ، فما لم يُبَيِّنْهُ سبحانه بتحريم منصوص عليه فهو غير محرم . (٢)

ج - ومن ذلك أيضا قوله تعالى (قل لاّ أجِدُ فِيما أُوحِيَ إلَيَّ مُحَرَّماً علىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إلا أن يَكُونَ مَيْتاً أو دَماً مَسْفُوحاً . . . الآية) (٣)

فما لم يرد تحريمه من الشارع ليس بمحرم وما لم يحرم فهو حلال

ومثل هذه الآية قوله تعالى : (إنَّما حَرَّمَ عَلَيْكُمُ المَيْتَةَ والدَّمَ ولَحْمَ الخِنزِيرِ) (٤)

لأن حرف (إنَّما) يوجب حصر الأول في الثاني، فيجب انحصار المحرمات فيما ذكر، وقد دل الكتاب على هذا الأصل في مواضع كثيرة . (٥)

---

(١) الانعام آية ١١٩

(٢) انظر مجموعة الفتاوى ٢١ ٥٣٦ ، واصول الفقه للخضري ص ٣٥٥-٣٥٦

(٣) الانعام آية ١٤٥

(٤) البقرة آية ١٧٣

(٥) انظر مجموعة الفتاوى ٢١ /٣٥٧

ثانيا : السنـــة :

١- عن سعد بن أبي وقاص قال : قال رسول الله صلى الله عليـــه 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) ويدل 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 ، ومـــا سكت عنه فهو عفو مما عفا عنه) (٣)

---

(١) متفق عليه . تقدم تخريجه انظر ص ٢٢ من هـــذا البحث

(٢) هو أبو عبد الله سلمان الفارسي ، ويلقب بسلمان الخير . كان مجوسيا فأسلم ، واسمه قبل الاسلام (مابة) روى كثيرا مـــن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، وروى عنه ابن عباس وانس وعقبة بن عامر ، وكعب بن عجرة ، وغيرهم . كان ممن اشتهـــر 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 الأطعمة ، باب ما لم يذكر تحريمه ٤ / ١٥٧ ، حديث رقم ٣١ ، ورواه الترمذي في اللباس ، وابن ماجة في الأطعمة .

ففى هذا الحديث دليلان على المدعى :

الأول :

قوله صلى الله عليه وسلم : (وما سكت عنه فهو عفو مما عفا عنه . .) نص فى أن ماسكت عنه فلا إثم على فاعله،وهذا هو معنى المباح .

الثانى :

أن الله تعالى سمى هذا النوع عفوا فكأنه ـ والله أعلم ـ ماسماه عفوا : إلا لأن التحليل هو : الإذن فى التناول بخطاب خاص والتحريم هو المنع من التناول بخطاب خاص .

أما المسكوت عنه : فلم يأذن الله فيه بخطاب خاص يخصه ولم يمنع 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 محرما . (١)

قال ابن تيمية رحمه الله : (إنى لستأعلم خلاف أحد من العلماء السالفين فى أن ما لم يجئ دليل تحريمه فهو مطلق غير محجور.وقد نص كثير ممن تكلم فى أصول الفقه وفروعه وأحسب بعضهم ذكر فى ذلك الإجماع يقينا ،أو ظنا كاليقين) (٢)

وهذه المسألة لم يجمع عليها إجماعا حقيقا ،للخلاف الوارد فيها وإنما المقصود هنا : أن القول بالإباحة قول الجمهور من العلماء .

---

(١) انظر مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢١ /٥٣٧ ،والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٠

(٢) فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ٢١ /٥٣٨

ثالثا : المعقول :

استدل العلماء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة بأدلـــــة 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 فهـو، 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 فى الانتفاع، كان الانتفاع مأذونا فيه شرعا وهو المدعى .(١)

٢- إن هذه المباحات كلها منافع خالية عن المضار فكانت مباحـة كسائر ما نص الله على إباحته .

وفى النصوص ما يدل على تعليق الحكم بهذا الوصف كما فى قوله تعالى:(وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الخَبَائِثَ).(٢)

وبناء على هذه الآية: يكون كل ما فيه نفع فهو طيب، وكل ما فيـــه ضرر فهو خبيث .

---

(١) انظر المحصول ج ٢ق ٣ / ١٤٠

(٢) الاعراف آية ١٥٧

قال ابن تيمية رحمه الله : (والمناسبة الواضحة لكل ذى لب أن النفـــع يناسب التحليل ، والضرر يناسب التحريم .. والـدوران فإن التحريم يدور مع المضار وجوداً فى الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير، وذوات الأنياب ، والمخالب ، والخمر ، وغيرها مما يضر بأنفس الناس، وعدماً فى الأنعام والألبان وغيرها .) (١)

فإذا كان التحريم يدور مع المضار وجوداً ، ومع المنافع عدماً ، كان ذلك دلالة واضحة على أن المضار حكمها الحظر ، والمنافـــع حكمها الإباحة ،وهو المطلوب .

٣- أن الله سبحانه وتعالى خلق الأعيان إما لحكمة،أو لغير حكمة .

والثانى باطل لقوله تعالى: (وَمَا خَلَقْنَا السَّمواتِ والأرضَ ومابَيْنَهُمَا لاعِبين) (٢)

وقوله تعالى : (أَفَحَسِبْتُمْ أنَّما خَلَقْنَاكُمْ عَبَثاً وأنَّكُمْ إِلَيْنا لاَ تُرْجَعُونَ)(٣) ولأن الفعل الخالى عن الحكمة عبث والعبث لا يليق بالحكيم.

---

(١) مجموعة فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية ٢١ / ٥٤٠

(٢) الانبياء آية ١٦

(٣) المؤمنون آية ١١٥ .

وأما إن كان خلقها لحكمة،فتلك الحكمة إما أن يكون نفعها عائداً اليه سبحانه ، أو إلينا .

والأول محال،لاستحالة 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 نهيا من الانتفاع بها لاستلزامها المضار، إما فى الحال، أو فى المآل . ولكن هذا المنع والنهى خلاف الأصل فيكون حينئذ ما عداه على حكم الأصل فيكون الأصل فيه الإباحة . (١)

---

(١) انظر المحصول ، ج ٢ ق ٣/ ١٤١

أدلة القائلين بأن الأصل فى الأشياء الحظر

استدل القائلون بأن الأصل فى هذه الأشياء الحظر. بأدلة من الكتاب والسنة .

أولا الكتاب :

١- قوله تعالى : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ . . الآية)[1] فما لم يفصله سبحانه فلا نعلم حله ولا حرمته؛ لأن الحل والحرمة أحكام شرعية لا تعرف إلا عن طريق الشرع، فلا يجوز الانتفاع بشىء لا ندرى حكمه .

٢- واحتجوا أيضا بقول الله تعالى : (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ . . الآية)[2] فقالوا : أخبر الله سبحانه وتعالى: أن التحريم والتحليل ليس الينا، وإنما هما إليه سبحانه، فلا نعلم الحلال والحرام إلا عن طريق الوحى، فما لم يخبر الله بحله أو بحرمته 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)[1] فقالوا : دل هذا الحديث على أن الأصل فى الأموال والدماء الحرمة . وهذا دليل واضح على أنه ليس الأصل فى الأشياء الإباحة والا كانت الأموال والدماء على أصل الإباحة .

---

(١) رواه البخارى فى كتاب العلم ،باب ليبلغ الشاهد الغائب ، ١/١٩٩ حديث رقم ١٠٥ ، وفى الحج ،باب الخطبة أيام منى ، ٣/٥٧٣ ، ٣ حديث رقم ١٧٣٩ ، ١٧٤٠-١٧٤٢ ، وفي الأدب ، باب قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم ١٠/٤٦٣ رقم ٦٠٤٢ وفى الفتن ، باب قول النبى لا ترجعوا بعدى كفارا ١٣/٢٧ حديث رقم ٧٠٧٨ ، ومسلم فى الحج،باب حجة النبى صلى الله عليه وسلم ٢/٨٨٦- ٨٩٢ جزء من الحديث رقم ٣٤٧ وفى كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ٣/١٣٠٥-١٣٠٧ حديث رقم ٢٩/٣٠ ورواه الترمذى فى الفتن ، والنسائى فى القضاء وابن ماجة فى المناسك ، والفتن وأحمد ١/٢٢٠ و ٣/٣١٣ ، ٣٧١ ، ٤٧٥٠ و ٧/٧٤ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ و ٥/٢٠ ، ٢٧ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٩ ، ٦٨ ، ٢٢ ، ٤١١ ، ٤١٢ بألفاظ مختلفة .

٢- قوله صلى الله عليه وسلم : (إن الحلال بيّن ، وإن الحـــرام بيّن، وبينهما أمور مشتبهات،لا يعلمهن كثير من الناس،فمن اتقـــى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فـــى الحرام .... الحديث) (١)

قالوا : فى هذا الحديث دلالة واضحة على أن الأشيـــــاء التى لم يعلم حلها ولا حرمتها يجب اجتنابها،والا وقع الشخـــص فى الحرام . لقوله صلى الله عليه وسلم : (ومن وقع فى الشبهـات وقع فى الحرام) (٢)

---

(١) رواه مسلم فى المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهـــات ٣/١٢١٩ - ١٢٢١ ، حديث رقم ١٠٧ ، ١٠٨ والبخارى فى البيوع باب الحلال بين والحرام بين ٤/٢٩٠ حديث رقـم ٢٠٥١ وكتاب الايمان ،باب فضل من استبرأ لدينه ١/١٢٦ ، حديث رقم ٥٢ ،ورواه أبو داود فى البيوع ، والترمذى فى البيوع ، والقضاة وأحمد ٤/٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٥

(٢) انظر الشوكانى ، ارشاد الفحول ص ٨٥ ، ٨٦

مناقشة الادلـــة :

تقدم الكلام عن مذاهب العلماء فى حكم الأشياء التى لم يرد فيها دليل يبين حكمها أنها مباحة والبعض الآخر قال : إن حكمهـــا الحظر وتقدمت كذلك أدلتهم .

وقد نوقشت هذه الأدلة فقيل فى أدلة من قال : بأن الأصـــل فى هذه الأشياء الاباحة .

وأن اللام فى قوله تعالى (خَلَقَ لَكُمْ مَا فِى الأَرْضِ .... الاية) (١) تدل على الاختصاص بجهة الانتفاع فقالوا :

إنا لا نسلم ان اللام فى اللغة للاختصاص النافع فإنها قـــد تجىء لغير النفع كقوله تعالى : (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا) (٢) وقوله تعالى : (لِلَّهِ مَا فِى السَّمَاوَاتِ وما فـــى الأرض) (٣)

أما فى الآية الأولى: فإنها لاختصاص الضرر لا لاختصاص النفـــع وأما فى الآية الثانية: فلتنزيهه تعالى عن الانتفاع بما فى السمـــاوات والأرض

وأجيب على هذا السؤال: بأن استعمال اللام فى اللغة فى غير النفع مجاز، لاتفاق أئمة اللغة على أن اللام موضوعة للملك، ومعنى الملك هو الاختصاص النافع، لا حقيقة الملك، ومما يدل على أن أهل اللغـــة يستعملون اللام للاختصاص النافع لا حقيقة الملك: استعمالهم للام فـــى مواضع كثيرة كما فى قولهم (الجلّ للفرس) ونحو ذلك . وبهذا يكـــون

---

(١) جزء من الاية 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 فى غير الاختصاص النافع مجازا .

قال المانعون : لو سلمنا أن اللام تفيد الاختصاص كما قلتم، فلانسلم أن هذا الاختصاص النافع عام فى كل نوع، بل هو مطلق يصدق على أى صورة من صور الاختصاص النافع، وهذه الآية التى استدللتم بها لا تفيد ما ذهبتم اليه، فان الآية تدل على الاستدلال بالمخلوقات على وجود الصانع، وفى هذا نفع عظيم فينبغى أن يحمل الاختصاص النافع فى 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، فينبغى أن يحمل الانتفاع الوارد فى 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 .)

فقيل : هذا القول يقتضى إباحة كل المحرمات، لأن فاعلها ينتفع بها ولا ضرر فيها على المالك، ويقتضى سقوط التكاليف بأسرها

---

(١) انظر الاسنوى نهاية السول ٣/١٢٨/١٢٩ والرازى المحصول ٢/ف ٣/١٣٦

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 ، لأنا احترزنا عن ذلك بقولنا : (ولا ضرر على المنتفع ظاهرا) وبهذا القيد تخرج المحرمات بأسرها ولا يكون داخلا فيه سقوط التكاليف . وذلك لأن الشيء إذا توعدنا الله بالعقاب على فعله كان مشتملا على الضرر فلم يكن وارد اعلينا 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 بالحظر والوقف :

نوقشت أدلة القائلين بأن الأصل في الأشياء الحظر ، فقيل في 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،اذ أنها تدل على أن المحرمات كلها مفصلة،فقد فصلها الله سبحانه وبينها،والنزاع إنما فى التى لم تبين ولم تفصل،فلا يصلح هذا دليلا على أن الأصل فى الأشياء الحظر . بل لعلها تدل على أن ما لم يفصل الله حرمته يكون مباحا .

أما استدلالهم بقوله تعالى(ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام . . الآية)[1] فهو خارج عن محل النزاع أيضا؛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 استفرغ وسعه فى البحث،فهنا يحكم بإباحة هذا الشىء وهذا علم بعدم الدليل الذى يدل على التحريم . فلا يكون ذلك تحليلا للشىء بدون علم .

أما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم :(ان دماءكم وأموالكم حرام عليكم . . . الحديث)[2] فهو أيضا خارج عن محل النزاع؛لأن النزاع إنما فى الأعيان التى خلقها الله سبحانه لعباده ولم تدخل فى ملك أحد،كالحيوانات،والنباتات،والأنهار التى ليست مملوكة لأحد، والحديث دليل على تحريم الأموال المملوكة؛لأنه أضافها لهم .

وما استدلوا به من حديث (الحلال بين والحرام بين . . .)الحديث[3] فإنه ليس فيه دلالة على أن حكم الانتفاع بالأشياء الحظر،واذا احتج

---

(١) النحل آية ١١٦

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما . تقدم تخريجه ص١٧٦ من هذا البحث

(٣) متفق عليه . تقدم تخريجه انظر ص ١٧٧ من هذا البحث .

بعض أصحاب مذهب الوقف بناء على أن ما لم يبين أنه حرام أو حلال فإنه من المتشابهات والشارع أمرنا باجتناب المتشابهات . فهذا أيضا مردود لأن المراد بالمتشابهات هنا: الحكم الذى تنازعه أصلان أحدهما يلحقه بالحرمة والآخر يلحقه بالحل، فتتعارض الأدلة فيه فيتوقف المجتهدون فيه. أما ما سكت عنه الشارع وهو محل النزاع فإنه ليس هناك ما يدل على حرمته بل هو مباح، ويدل على اباحته الأحاديث المتقدمة التى تدل على أن ما سكت عنه الشارع فهو عفو مما عفا الله عنه . (١)

الراجح من هذه المذاهب :

مما 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 اليه، ويمكن أن يكون أقوى ما استدلوا به هو استدلالهم بحديث (الحلال بين والحرام بين) المتقدم ذكره وهذا أيضا رد عليه أصحاب القول بالاباحة لأن المتشابهات المقصودة ليست هى الأشياء المسكوت عنها .

كما أن هناك عدة أحاديث تدل على أن المسكوت عنه حكمه الإباحة وقد سماه الشارع عفوا كما تقدم وهذا كله يدل على أن حكم المسكوت عنه الإباحة. وبهذا يترجح قول القائلين بالإباحة .

---

(١) انظر الشوكانى ، ارشاد الفحول ص ٢٨٥-٢٨٦

بعض الفروع المبنية على هذا الأصل :

١- النهر : إذا لم يعلم حاله هل هو مباح أو مملوك هل يجرى عليه حكم الإباحة أو الملك ؟

الراجح أنه مباح وليس مملوكا لأحد بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة .

وعلى الرأى المرجوح الأصل فيه الحظر بناء على أن الأصل فى الأشياء الحظر .

٢- الحيوان المشكل أمره - هل هو مما يؤكل - أو لا فهل يباح أكله أم لا ؟

فيه وجهان : أصحهما أنه حلال ويجوز أكله، بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة . وعلى الرأى المرجوح أنه حرام فلا يجوز أكله .

٣- لو دخل برج شخص حمام، ولم يدر هل هو مباح أو مملوك هل يجوز له التصرف فيه أو امتلاكه . ؟

فيه وجهان: أصحهما أنه أولى به ويجوز له امتلاكه والتصرف فيه وعلى الرأى الآخر المرجوح لا يجوز له التصرف فيه ولا امتلاكه، بناء على أن الأصل فيه الحظر .

٤- الزرافة هل هى مباحة أم محرمة ؟ فيها وجهان أيضا: وأصحهما أنها مباحة لأنها ليست لها ناب كاسر فلا تشملها أدلة التحريم ، وعلى الرأى الآخر: أنها محرمة بناء على أن الأصل فيها الحظر . (١)

---

(١) انظر السيوطى الأشباه والنظائر ص. ٦ وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٦٦

٥ـ فأرة المسك إذا انفصلت من الظبية ولم يعلم هل انفصلت قبل موتها فتكون طاهرة، أم بعد موتها فتكون نجسة، فحكمها: أنها طاهرة ويباح الانتفاع بها بناء 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 بناء 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 مثلا انفصالها في وقت الظهر وشككنا في موتها قبل الظهر أم بعده، فحكمها حينئذ أنها طاهرة، لأن الأصل بقاء الحياة عند انفصالها، إذ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن والزمن الأقرب هنا هو زمن ما بعد الانفصال فيضاف اليه الحادث وهو الموت.

وإذا تيقنا وقت موتها وشككنا هل حصل الانفصال بعد الموت أو قبله فحكمها حينئذ النجاسة، بناء 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 ١٤٠١هـ، ١٩٨١م ص ٤٧٧

القاعدة الثامنة : الأصل فى الأبضاع التحريم :

ومعنى ذلك : أن الفروج لا تباح إلا بسبب جعله الشارع مبيحا لها، وهو الزواج وملك اليمين، ويبقى ما عداهما على حكم الأصل، وهو الحظر وبناء على هذا إذا تقابل فى المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة ؛ لأن الفروج لا يجوز فيها التحرى .

الأمثلة :

١- إذا اختلطت امرأة محرمة بنسوة قرية محصورات، امتنع الاجتهاد والتحرى فيهن، لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، بل يستصحب حكم الأصل فى الفروج، وهو التحريم أما فى النساء غير المحصورات، فيباح النكاح بالتحرى والاجتهاد رخصة من الله لئلا ينسد باب النكاح . (١)

٢- لو وكل شخص آخر فى شراء جارية ووصفها، فاشترى 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 فى الحل، ولكن الأصل التحريم حتى يتبين سبب الحل(٢)

---

(١) انظر السيوطى الأشباه والنظائر ص ٦١ وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٦٧

(٢) السيوطى الأشباه والنظائر ص ٦١

٣- لو أن رجلا له أربع جوارى، أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتهن أعتق لا يجوز له أن يتحرى للوطء ، ولا للبيع ، ولا يجوز للحاكم أن يخلى بينه وبينهن حتى يتبين المعتقة من غيرها .

٤- لو طلق رجل إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيها، فلا يجوز له أن يتحرى للوطء حتى يتبين له أيتهن طلق . (١)

ويظهر من كل هذه الأمثلة أن الحكم فيها جار على القاعدة المذكورة وهى : الأصل فى الأبضاع التحريم .

---

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٦١ ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧-٦٩

مسائل الأصل والظاهر :-

تقدم الكلام في القواعد المتقدمة عن علاقة هذه القواعد بالاستصحاب وأنها كلها استصحب فيها حكم الأصل؛ لأنه لم يوجد ما يغيره .

وهناك موضوع له علاقة بقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك". وبالقواعد المندرجة تحتها وهو موضوع: الأصل والظاهر .

وهل مجرد ظهور ما يخالف الأصل المستصحب يصح أن يكون معارضا 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: غالبا وما غلب على الظن حصوله بمشاهدة: ظاهرا .

---

(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)

وفى هذا المبحث إن شاء الله سأتعرض لموضوع تعارض الأصل والظاهر ، وتعارض الأصلين ،وما يتبع ذلك مِنْ أحكام مع ذكر بعض الأمثلة الفقهية المفرعة عليها وذلك فى مسألتين :

المسألة الأولى : فى تعارض الأصل والظاهر .

المسألة الثانية : فى تعارض الأصلين .

المسألة الأولى : تعارض الأصل والظاهر :

إذا تعارض أصل وظاهر فللعلماء فى ذلك أقوال كثيرة،فمنهم من حكى أن الخلاف يجرى فى 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 التى تعارض فيها أصل وظاهر تحتها ، وإنما ذهب إلى العمل بالظاهر فى بعض المسائل ، وبالاصل فى بعض المسائل وأجرى الخلاف فى بعضها .

وهؤلاء وإن لم يذكروا ضوابط وقواعد محددة،الا أنه يمكن من خلال تفريعاتهم وأمثلتهم إرجاع هذه الأمثلة والتفريعات إلى ضوابط وقواعد محددة،ومن الذين تعرضوا لهذه المسألة بتوسع ووضعوا لها ضوابط

---

(١) انظر المواهب السنية شرح الفوايد البهية لعبد الله بن سليمان الجرهزى (مكة المكرمة : مطبعة الترقى الماجدية ١٣٣١هـ) ص٦٧ مطبوع بهامش الأشباه والنظائر للسيوطى

محددة علماء الشافعية فقد ذكروا أن أية مسألة عارض فيها الأصل احتمالٌ مجرد او احتمالٌ استند الى سبب ضعيف: قدم الأصل ، ولا يلتفت إلى هذا المعارض .

وأية مسألة تعارض فيها أصلٌ وظاهرٌ واستند الظاهر فيها الى سبب منصوب شرعا : قدم الظاهر على الأصل جزمًا .

ولن استند الظاهر الى سبب قوى منضبط قدم الظاهر على الأصح (١) ولعلماء المالكية والحنابلة ، كلام قريب من ذلك الذى ذهب اليه علماء الشافعية وإن لم يحرروا ضوابط للترجيح كما فعل علماء الشافعية . فعند المالكية يقدم الأصل على الظاهر فى بعض المسائل اتفاقا ومثلوا لها : بمعارضة الدعاوى ، وهو أمر ظاهر . لأصل براءة الذمة ، فتقدم براءة الذمة اتفاقا . ويقدم عندهم الظاهر على الأصل فى مواضع : ومثلوا لها بمعارضة البينات لأصل براءة الذمة ، فإن البينات تقدم وهى أمر ظاهر على براءة الذمة مع أنها الأصل .(٢)

وعند الحنابلة يقدم الظاهر على الأصل إن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا ، كما عند الشافعية والمالكية ، أما إذا لم يكن الظاهر كذلك ففيه تفصيل :-

فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر ، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الأصل ، وتارة يكون فى المسألة خلاف .(٣)

---

(١) انظر الاشباه والنظائر لابن السبكى ١/٧-٢٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٤-٦٨

(٢) انظر نشر البنود على مراقى السعود لعبد الله بن ابراهيم ٢/٢٥٩-٢٦٠

(٣) انظر القواعد فى الفقه الاسلامى للحافظ عبد الرحمن بن رجب الحنبلى راجعه وعلق عليه وقدم له طه عبد الرؤف سعد (مكتبة الكليات الازهرية ط ١/ ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م) ص ٣٦٧

ويمكن أن نستخلص من هذا القول،أن التعارض الحاصل بين الأصل والظاهر يتم الترجيح فيه بالطرق التى يترجح بها أحد الدليلين على الآخر عند تعارضهما . فإذا تردد الراجح كان فى المسألة قولان وإذا ترجح دليل الأصل أو دليل الظاهر عمل به بلا خلاف .

وعلى هذا يمكن أن يفهم كلام علماء المالكية والحنابلة عندما حكموا فى بعض المسائل بالأصل دون الالتفات إلى الظاهر،وفى بعضها بالظاهر دون الإلتفات إلى الأصل،ويطرد الخلاف فيما عدا ذلك .

الأمثلة :

أ- ما قدم فيه الأصل على الظاهر:

تمثل الأمثلة التى تقدمت تحت القواعد المتقدمة كلها هذا النوع ففيها قدم الأصل على الظاهر،اما لأن الأصل عارضه احتمال مجرد أو لم يعارضه شىء أصلا .

ومن أمثلة الأصل الذى عارضه احتمال استند إلى سبب ضعيف،أو إلى قرائن ظاهرة وقدم فيها الأصل على الظاهر

١- الشىء الذى لا يتيقن نجاسته ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأوانى وثياب مدمنى الخمر ،ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها مسلما كان أوكافرا،وطين الشارع والمقابر المنبوشة فالغالب على الظن انتشار النجاسة فيها،ففى كل ما تقدم قولان أصحهما الحكم بالطهارة استصحابا للأصل .(١)

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكى ١ /٧-٨ ، والسيوطى الأشباه والنظائر ص ٦٥

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 فإلى القول الأول ذهب الشافعية والحنابلة ؛ لأن الأصل في النفقة عدم قبضها كسائر الديون .

أما المالكية فقد جعلوا القول قول الزوج، بناء على أن الغالب في مثل هذه المدة مع المعاشرة، قيام 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 له معارض كالشاهد أو اليمين لأسقطناه . مع أن الظن المستفاد من الشاهد أو اليمين، أضعف من الظن المستفاد من العادة المطردة، وهي انفاق الأزواج على نسائهم مع المخالطة الدائمة . (١)

ب - أمثلة ما قدم فيه الظاهر على الأصل :

١- إذا شهد عدلان على رجل معين بأنه أخذ من فلان مبلغا معينا ، وأنكر الرجل وادعى براءة ذمته مما نسب اليه، فإنه يقدم قول المدعي مع أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه. وانما قدم قول المدعي ؛ 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 ٣٦٩

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، وانما 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 كلبا ولغ في هذا الإناء مثلا، فإنه يحكم بنجاسة هذا الإناء مع أن الأصل: عدم 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 ١٠/٥ والاشباه والنظائر للسيوطي ص٦٤-٦٥

(٢) نشر البنود ٢/٢٦٠

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 الرأى رأى آخر بأن الأصل عدم الفعل، فيترجح على الظاهر، فلا تبرأ الذمة من هذا الفعل، فيجب عليه الإعادة .

وقد علل الشافعية تقديم الظاهر على الأصل فى هذه المسألة وأمثالها، لاستناد الظاهر إلى سبب قوى منضبط .

٥- إذا اختلف المتعاقدان بعد العقد فى بعض شرائط صحته، كما لو ادعى البائع أنه كان صبيا عند العقد، وأنكر المشترى ذلك، فالأصح عند الشافعية والحنابلة : أن القول قول المشترى، لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع . وقدم الظاهر هنا مع أن الأصل عدم البلوغ، لاستناد الظاهر إلى سبب قوى منضبط وهو أن الأصل : أن يكون مباشر العقد مستجمعا لشروطه . وعلى القول الآخر المرجوح أن الأصل: عدم البلوغ فلا يقوى هذا الظاهر على معارضته[1] .

جـ - ما اختلف فيه من تقديم الأصل على الظاهر والعكس:

قال ابن رجب[2] " ويكون ذلك غالبا عند تقاوم الظاهر والأصل وتساويهما "[3]

---

(١) انظر السيوطى الأشباه والنظائر ص٦٧ وابن رجب القواعد ص ٣٧٠

(٢) هو عبد الرحمن بن احمد بن رجب السلامى البغدادى ثم الدمشقى يكنى بابى الفرج ، ويلقب بزين الدين ولد ببغداد عام ٧٣٦ من حفاظ الحديث له القواعد فى الفقه الحنبلى ، وشرح لصحيح البخارى وجامع الترمذى، توفى عام ٧٩٥ انظر ترجمته فى شذرات الذهب ٦/ ٢٣٩-٢٤٠ والاعلام ٤/ ٦٧ ، ومعجم المؤلفين ٥/ ١١٨

(٣) القواعد لابن رجب ص. ٣٧

ولذلك أمثلة منها :

١- إذا ولغ الكلب فى الإناء هل ينجس ما فى هذا الإناء ؟

قال بعض المالكية: إن سؤره طاهر، لأنه كان سالما من مخالطة النجاسة قبل الولوغ فوجب استصحاب ذلك حتى تتحقق مخالطة النجاسة.

فإن هذا معارض بظاهر آخر مختلف فى ترجيحه على الأصل المتقدم وذلك ، لأن الاستصحاب لا يجوز الاحتجاج به إلا إذا لم يُوجد ظاهر ناقل ، وقد وُجد وهو الولوغ فإنه مظنة المخالطة .

لأن الغالب من حال الكلاب مخالطتها النجاسة . (١)

٢- إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معا فنحن على نكاحنا . وقالت الزوجة: بل أسلمنا على التعاقب فلا نكاح بيننا ، ففى ذلك قولان :

أحدهما : القول قول الزوج ، لأن الأصل معه، فان الأصل: بقاء الزوجية

والثانى : القول قولها ، لأن الظاهر معها؛ لأن وقوع اسلامهما معا فى آن واحد نادر، والظاهر خلافه . (٢)

٣- إذا تنازع الجانى والمجنى عليه فى سلامة العضو الذى وقعت الجناية عليه ، فادعى الجانى : أنه كان مشلولا قبل الجناية ، وادعى المجنى عليه سلامته . ففيه قولان :

أحدهما : القول قول الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته .

وثانيهما : القول قول المجنى عليه ، لأن الظاهر الغالب فى أعضاء الناس سلامتها .

---

(١) انظر مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول لابى عبد الله محمد بن احمد التلمسانى : حققه وخرج احاديثه ، وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف (دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م) ص ١٢٧

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلى ص ٣٧٤

ومثله : ما لو اختلف الجانى ،والمجنى عليه فى تلف عضو من أعضاء المجنى عليه،فقال الجانى : إنه كان تالفا قبل الجناية ، وادعى المجنى عليه : أنه أتلف بجناية من الجانى . ففيه قولان كذلك :

أحدهما : القول قول الجانى ؛ لأن الأصل براءة ذمته من إتلاف ذلك العضو .

والثانى : القول قول المجنى عليه ؛لأن الغالب سلامة هذا العضو (١)

المسألة الثانية : تعارض الأصلين :

المقصود بتعارض الأصلين هنا : ما يخيل للناظر فى أول الأمر من التساوى والتقابل بين الأصلين ،فإذا أعمل فكره ودقق النظر رجح أحدهما على الاخر .

قال السيوطى : (وليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد فى الترجيح،فإن هذا كلام متناقض،بل المراد: التعارض بحيث يتخيل الناظر فى ابتداء نظره تساويهما ،فاذا حقق فكره رجح) (٢)

ومثال ذلك : ما ذهب اليه بعض المالكية من أن المبيع الغائب إذا هلك قبل القبض ووقع النزاع بين المتبايعين ،هل هلك قبل العقد أو بعده؟ فإن ضمانه على المشترى : بان 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 المشترى فكانت من ضمانه .

---

(١) انظر قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/ ٧٥

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٦٨

(٣) أى: المشترى

فإن هذا معارض بأصل آخر وهو : أن ذمة المشترى فـــــى الأصل بريئة من الضمان، فوجب استصحاب ذلك الأصل، وهو براءة ذمـــة المشترى من الضمان . (١)

فاذا تعارض الأصلان على هذا الوجه المذكور فهناك عدة طـرق لترجيح أحدهما على الآخر :

* تارة يجزم بترجيح أحد الأصلين على الآخر .
* وتارة يجزم بترجيح ما عضد بظاهر ونحوه .
* وتارة يكون فى المسألة قولان .
* وتارة يجزم بترجيح ذى الأصلين : إذا كان فى المسألة أصلان من جهة ، وأصل واحد من جهة أخرى .

هذا ما ذهب اليه النووى (٢) وابن السبكى وغيرهما .

ويرى ابن رجب: أن الأصلين إذا تعارضا عمل بالأرجح منهمـا إذا عضده ما يرجحه ، وإن تساويا خرج فى المسألة قولان (٣)

---

(١) انظر مفتاح الوصول للتلمسانى ص ١٢٧

(٢) هو يحى بن شرف بن مرى بن حسن بن حسين ، شرف الديـــن أبوزكريا ، النووى ، شافعى المذهب ولد عام ٦٣١ هـ ، كان علامة فى الفقه ، والحديث ، له المنهاج شرح صحيح مسلـــم بن الحجاج والمعروف بشرح النووى ، ومنهاج الطالبين فى الفقه والمجموع شرح المهذب للشيرازى ، ورياض الصالحين ، والأذكار وغيرها من الكتب فى الحديث والفقه، والرقائق توفى عام ٦٧٦ هـ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية لابن السبكى ٨/٣٩٥-٤٠٠ والنجوم الزاهرة ٧/٢٧٨-٢٧٩ والأعلام ٩/١٨٥

(٣) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٨ والقواعد لابن رجب ص ٣٦٣

أ- ما جزم فيه بأحد الأصلين :

١- لو تنازع المشترى والبائع فى ثمر الشجرة المبيعة . فقال البائع : بعتك الشجرة بعد التأبير فيكون الثمر لى ، وقال المشترى : بل بعتنى الشجرة قبل التأبير فالثمر لى . صُدِّق البائع ؛ لأن الأصل بقاء ملكه ولم يلتفت إلى قول المشترى .

٢- إذا أدرك المسبوق الإمام فى 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 .

والثانى : لا يعتد بهذه الركعة ؛ لأن الأصل عدم الإدراك ، وهو الأصح . (١)

ب- ما رجح فيه أحد الأصلين بظاهر ونحوه :

١- إذا ادعى العنينين الوطء فى المدة وهو سليم الذكر والأنثيين فالقول قوله قطعا، مع أن الأصل عدم الوطء ، وإنما رجح الوطء على عدمه لأن الأصل بقاء النكاح ، واعتضد بظاهر وهو : ان سليم الذكر والأنثيين لا يكون عنينا . (٢)

---

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٨ والقواعد لابن رجب ٣٦٤

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٨

قال السيوطي : (فلو كان خصيا أو مجبوبا جرى وجهان والأصح تصديقه أيضا ، لأن إقامة البينة على الوطء تعسر فكان الظاهر الرجوع إلى قوله ، فلو ثبت بكارتها رجعنا إلى تصديقها قطعا ؛ 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 ميتا ولا أثر به غير سهمه، أو جرحه جرحاً بسهمه فسقط في الماء ونحوه فهل يباح له الانتفاع به ؟ على قولين :

الاول : يباح له ذلك ، لأن الأصل: عدم مشاركة 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 ٢/٥٥

(٣) انظر ابن رجب القواعد ص ٣٦٧

د - ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل واحد من جهة أخرى :

١- زاد المقتضى في الموضحة وادعى أن الزيادة حصلت باضطراب الحاي فمن المصدق منهما؟ وجهان بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب .

وخرج ابن الرفعة[1] هذه المسألة على ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل من جهة أخرى .

فذهب إلى أنه : يقطع بتصديق المشجوج ؛ لأنه وجد في حقه أصلان : براءة الذمة ، وعدم الارتعاش .

ولم يوجد في حق الآخر إلا أصل واحد وهو براءة الذمة[2] .

٢- إذا ضرب الزوجُ زوجتَه مدعيا نشوزها ، وادعت الزوجة عدم النشوز وأن الزوج إنما ضربها ظلماً ، فقد تعارض أصلان :

عدم ظلمه ، وعدم نشوزها ، إذ الأصل: عدم الظلم ، كما أن الأصل عدم نشوزها ، ويتقوى جانب الرجل بأصل آخر هو أن الشارع جعله وليا على الزوجة .

قال السيوطي في ترجيح جانب الرجل:(قال ابن الرفعة لم أر فيها نقلا ، قال : والذي يقوى في ظني أن القول قوله ؛ لأن الشارع جعله وليا في ذلك) (٣)

---

(١) هو أبو يحي نجم الدين بن الرفعة ، كان فريد دهره ووحيد عصره إماما في الفقه ، والخلاف ، والأصول ، وقد اشتهر بين الفقهاء بالمعقد ، والمجلي ، تفقه على أصحاب ابن العطار ، وتفقه عليه السبكي ، والذهبي وغيرهم انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن ابي بكر هداية الله الحسيني (المكتبة العربية ببغداد ١٣٥٦هـ) ص٨٨

(٢) انظر السيوطي الاشباه والنظائر ص ٧١-٧٢

(٣) المصدر نفسه ص ٧٢

الفصل الثاني

بعض المسائل الفقهية 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، دون إرجاعها 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: أننى أذكر المسألة أولا، ثم أذكر أقوال المذاهب فيها، وأنقل هذه الأقوال من كتب المذهب دون تصرف - إلا فى النصوص التى أرى: أنها تحتاج لتوضيح فإننى أتصرف فيها - ثم أذكر 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 ، لذلك 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 حرام الخزرجي الانصاري، صحابي جليل ولد عام ١٦ ق هـ، من المكثرين في الحديث شهد تسع عشرة غزوة، ورُوِيَ عنه أكثر من ١٥٤٠ حديثا، توفي عام ٧٨هـ وقيل ٧٤ وقيل ٧٦، انظر أسد الغابة ١/ ٣٠٧-٣٠٨، والاصابة ١/ ٢١٣

(٢) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي المعروف بأبي هريرة، صحابي جليل ولد عام ٢١ ق هـ أسلم سنة ٧ هـ ولزم النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه ٥٣٧٤ حديثا نقلها عنه أكثر من ٨٠٠ رجل من صحابي إلى تابعي توفي عام ٥٩هـ انظر الإصابة ٤/ ٢٠٢-٢١٠

(٣) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق، عبد الله بن عثمان أم المؤمنين، أفقه نساء الإسلام على الاطلاق كان يفزع إليها الصحابة في المعضلات في شتى مسائل العلم رُوِيَ عنها ٢٢١٠ حديثا توفيت عام ٥٨ انظر الاصابة ٤/ ٣٥٩-٣٦١

(٤) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي، أبو عبد الله صحابي جليل نشأ وتربى في الإسلام ولد عام ١٠ ق هـ وهاجر إلى المدينة وشهد فتح مكة ومولده ووفاته فيها، له في كتب الحديث ٢٦٣٠ حديثا، توفي عام ٧٣هـ، انظر الإصابة ٢/ ٣٤٠-٣٥٠ ووفيات الاعيان لابن خلكان (دار صادر بيروت) ٣/ ٢٨-٣١

(٥) هو عبد الله بن علقمة بن خالد بن الحارس بن أسد صحابي جليل شهد الحديبية، وخيبر وما بعدها من المشاهد، سكن الكوفة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ومات بها سنة ٨٧هـ انظر الاستيعاب ٣/ ٨٧٠ - ٨٧١

وقد قال بهذا من التابعين سعيد بن المسيب[١]، وسالم بن عبد الله بن عمر[٢] والقاسم بن محمد[٣]، وطاووس[٤]، وعطاء[٥]، ومكحول[٦]، وأبو ثور[٧]

---

(١) هو سعيد بن المسيب بن سعيد خزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد سيد التابعين وإمامهم ولد عام ١٣ هـ وهو أحد الفقهاء السبعة كان من أحفظ الناس لأحكام عمر حتى سمي بروايةِ عمر توفي عام ٩٤ انظر ترجمته في الطبقات الكبرى لابن سعد دار صادر بيروت) ٥/١٤٣ ووفيات الأعيان ٢/٣٧٥

(٢) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي أحد فقهاء المدينة السبعة، وهو من علماء التابعين وساداتهم 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 صالحا ثقة، من 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 الاعيان 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 ١/٩٨

(٦) هو مكحول بن أبي مسلم 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، وفيات الاعيان ٥/٢٨٠-٢٨٣ وتذكرة الحفاظ ١/١٠٧ - ١٠٨

(٧) هو ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي، البغدادي، أبو ثور، فقيه، صاحب الإمام الشافعي صنف كثيرا من كتب الحديث واللغة منها: اختلاف مالك والشافعي، توفي عام ٢٤٠ هـ، تذكرة الحفاظ ٢/٥/٢ - ٥١٣

(١) (٢)
وابن المنذر، وغيرهم .

جاء فى الموطأ : قال يحى(٣) : وسئل مالك(٤) عن رجل قلس(٥) طعاما هل عليه وضوء ؟

فقال: ليس عليه وضوء وليمضمض وليغسل فاه)(٦)

قال يحى: (وسئل مالك هل فى القيء وضوء؟

قال : لا ولكن ليمضمض وليغسل فاه) (٧)

---

(١) هو محمد بن ابراهيم بن المنذر ، الشافعى النيسابورى ، يكنى بأبى بكر ، سمع الحديث من محمد بن ميمون ، ومحمد بن اسماعيل الطالقانى ومحمد بن عبد الله بن الحكم ، واخذ عنه أبو بكر بن المقرى ، ومحمد بن يحى بن عمار الدمياطى ، والحسن بن على بن شعبان ، له كتاب : إثبات القياس وكتاب الإجماع وكتاب الأصول والإشراف على مذاهب الأشراف فى الخلاف ، توفى عام ٣٠٩ أو ٣١٠ هـ، وفيات الاعيان ١ /٥٨٣ طبقات الشافعية ٣ /١٠٢-١٠٨

(٢) انظر الموطأ بشرح الزرقانى عليه (المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م) ١ /٥٧ والإمام سحنون المدونة الكبرى (بيروت دار صادر) ١ /١٩٠٨ والمجموع شرح المهذب المرجع السابق ٢ /٥٥-٥٧ والمغنى لعبد الله بن احمد بن قدامة ١ /١٨٤

(٣) هو يحى بن يحى بن أبى عيسى ، الاندلسى ، بربرى الأصل ولد عام ١٥٢هـ بالأندلس ثم انتقل إلى المشرق وأخذ عن الإمام مالك وعلماء مكة ، ومصر ثم عاد الأندلس ونشر مذهب مالك هناك توفى عام ٢٣٤ هـ ، انظر وفيات الاعيان ٦ /١٤٣-١٤٦ والأعلام ٩ /٢٢٤

(٤) هو مالك بن أنس بن مالك بن ابى عامر الاصبحى المدنى ، امام دار الهجرة وصاحب المذهب وأحد الأئمة الأربعة ، يكنى بأبى عبد الله ، ولد عام ٩٣هـ ، تتلمذ على ربيعة الرأى، وعبد الرحمن بن هرمز، وسمع الحديث عن ابن شهاب الزهرى ، ونافع مولى عبد الله بن عمر ، تتلمذ عليه جمهرة من العلماء ، أشهرهم الامام الشافعى ، وابن القاسم ، وأشهب بن عبد العزيز ، ويحى بن يحى وغيرهم ، له الموطأ ، ورسالة فى القدر ورسالة فى الرد على القدرية ورسالته الشهيرة لليث بن سعد فى إجماع أهل المدينة توفى عام ١٧٩ ، انظر الديباج ١ /٨٧-١٣٥ ووفيات الأعيان ١ /٥٥٥-٥٥٦

(٥) القلس بالتحريك، وقيل بالسكون : ما جرج من الجوف ملء الفم أو دونه وليس بقيء فان عاد فهو القيء

(٦) الموطأ مع شرح الزرقانى عليه ١ /٥٧ (٧) المصدر نفسه ١ /٥٧

وقال الخرشي[1] عند ذكره للاشياء التى لا تنقض الوضوء :

(ومنها خروج قيء وقلس ... وحجامة من حاجم ومحتجم وفصادة وخروج دم) [2]

وبالجملة يرى المالكية : أن القيء والقلس ، والحجامة ، والجروح ، والدمل التى يسيل منها الدم ، والعرق المقطوع الذى يسيل منه الدم كل هذه الأشياء وأمثالها لا يتوضأ منها ، ولا تنقض الوضوء ، بل يكفى فيها غسل الموضع فقط . [3]

وقال النووى : (ومذهبنا: أنه لا ينتقض الوضوء بخروج شيء من غير السبيلين كدم الفصد ، والحجامة ، والقيء ، ولا الرعاف قل أو كثر) [4]

---

(١) هو محمد بن عبد الله ، الخرشي أبو عبد الله ، المالكى ، ولد ١٠١٠هـ ، بخراش بمصر، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر ، له الشرح الكبير على متن خليل ، والشرح الصغير أيضا . والفوائد السنية شرح المقدمة السنوسية فى التوحيد توفى عام ١١٠١هـ ، انظر ترجمته فى الأعلام ٧/ ١١٨

(٢) انظر شرح الخرشى على مختصر خليل (دار احياء الكتب العربية) ١/ ١٢٣

(٣) انظر المدونة ١/ ١٢٣

(٤) المجموع للنووى ٢/ ٥٥

المذهب الثانى :

وذهب أبو حنيفة وأحمد[1] إلى: أن الخارج النجس من غير السبيلين ينقض الوضوء وهو مذهب ابن عباس[2] وابن عمر ، وسعيد بن المسيب وعلقمة[3] وعطاء[4]، واسحق[5] وغيرهم .

---

(١) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد .. يكنى بأبى 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 الشافعى وغيرهم ، تتلمذ عليه ابنه عبد الله وأحمد بن الحسين الترمذى ، وأبو داود السجستانى وغيرهم ، له المسند فى الحديث ، وله كتب جمعها تلاميذه من بعده منها الصلاة وما يلزم فيها ، والرد على الزنادقة ، وكتاب السنة ، توفى عام ٢٤١ هـ،وفيات الأعيان ١ / ٢٠-٢١ ، طبقات الحنابلة ١ / ٤ وما بعدها

(٢) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم القرشى ، ولد بمكة عام ٣ ق هـ ،صحابى جليل يلقب بحبر الأمة ،لازم رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد مع على الجمل وصفين روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصحيحين وغيرهما ١٦٦٠ حديثا ،توفى عام ٦٨هـ انظر ترجمته فى الإصابة ٢ / ٣٣٠-٣٣٤

(٣) هو علقمة بن قيس بن عبد الله بن مالك .. النخعى الهمذانى ، تابعى كان فقيه العراق ، روى الحديث عن كثير من الصحابة ، ورواه عنه كثيرون - سكن الكوفة وتوفى بها عام ٦٢هـ أو عام ٦١هـ انظر ترجمته فى تهذيب التهذيب ٧ / ٢٧٦-٢٧٨ ،وتذكرة الحفاظ للذهبى ١ / ٤٨

(٤) هو اسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلى التميمى المروزى أبو يعقوب بن راهوية ولد عام ١٦١هـ عالم خراسان فى عصره أخذ عنه الإمام أحمد والبخارى ومسلم ،والترمذى ،والنسائى ،وغيرهم،وكان فقيها فى الحديث ،استوطن بنيسابور ومات بها عام ٢٣٨ . انظر ترجمته فى تهذيب التهذيب١ / ٢٢٦-٢١٩ ووفيات الاعيان ١ /١٩٩-٢٠١ ، والاعلام ١ / ٢٦٤

(٥) انظر الهداية شرح بداية المبتدى ، لبرهان الدين المرغينانى (بيروت دار احياء التراث العربى) ١ / ٣٢-٣٤ مطبوع مع شرح فتح القدير،وانظر المغنى ١ / ١٨٤

جاء في بداية المبتدىء : (المعاني الناقضة للوضوء : كل ما يخرج من السبيلين، والدم، والقيح، إذا خرجا من البدن، فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير، والقيء ، ملء الفم) . (١)

قال الخرقي(٢) بعد ما ذكر من نواقض الوضوء ما يخرج من السبيل وزوال العقل ومس الذكر قال : (والقيء الفاحش، والدم الفاحش، والدود الفاحش يخرج من الجرح) (٣)

وقال ابن قدامة(٤) شارحا لهذا القول : (وجملته أن الخارج من

---

(١) بداية المبتدىء مطبوع في شرحه الهداية المرجع السابق ١ / ٣٢-٣٤

(٢) هو عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي ، أبو القاسم ، فقيه حنبلي من أهل بغداد ، له تصانيف كثيرة احترقت ولم يبق منها الا مختصره المشهور في الفقه الحنبلي ، المعروف بمختصر الخرقي توفي عام ٣٣٤ هـ . انظر ترجمته في طبقات الحنابلة ٢ / ١١٥-١١٨ ، ووفيات الاعيان ٣ / ٤٤١ ، والاعلام ٥ / ٢٠٢

(٣) مختصر الخرقي مطبوع مع شرحه المغني لابن قدامة المرجع السابق ١ / ١٨٤

(٤) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الجماعيلي ، المقدسي ثم الدمشقي ، الحنبلي أبو عبد الله موفق الدين ، فقيه من أكابر الحنابلة ، له تصانيف منها : المغني شرح به مختصر الخرقي في الفقه الحنبلي ، وروضة الناظر في الأصول . والمقنع والكافي والعمدة في الفقه ، توفي بدمشق عام ٦٢٠ هـ انظر ترجمته في شذرات الذهب ٥ / ٨٨ ، وفوات الوفيات لمحمد بن شاكر الكتبي تحقيق الدكتور إحسان عباس . (دار صادر بيروت لبنان) ٢ / ١٥٨ - ١٥٩ ، والأعلام ٤ / ١٩١-١٩٢

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)

الأدلـــــة :

استدل القائلون بعدم النقض ، بالاستصحاب الذى تؤيـــده السنة ومذهب الصحابة ، والقياس .

أولاً : استدلوا بالاستصحاب فقالوا : إن الشخص كان على طهـــارة وهذه الطهارة مجمـع على وجودها قبل خروج الخارج النجس من غير السبيلين، فيحكم كذلك ببقائها بعد خروج الخارج ، حتى يـدل الدليل على أن هذا الخارج ينقض الطهارة السابقة .

قال ابن التلمساني(٣) ممثلا لاستصحاب الحكم الشرعـــــى :

---

(١) المغنى لابن قدامة ١ / ١٨٤

(٢) المصدر نفسه ١ / ١٨٥ والظاهر ان مرجع ذلك هو العرف فما اعتـــبر فى العرف كثيرا نقـــض، و ما اعتبر فى العرف قليلا لا ينقض .

(٣) هو محمد بن على بن يحى .. بن القاسم الشريف التلمسانى يكنى بأبى عبد الله ولد عام ٧١٠هـ تتلمذ على الشيخ أبى زيد بـــن يعقوب ، والقاضى أبى عبد الله بن هدية ، وعبد الله بن المجاص وأخذ عنه إبناه عبد الله ،وعبد الرحمن الشاطبى ،وابن خلدون له مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ، توفى عام ٧٧١ هـ انظر شجرة النور الزكية ص٢٣٤ ، والفتح المبين ٣ / ١٨٢

(استصحاب الحكم الشرعي، كاحتجاج أصحابنا على أن الرعاف لا ينقض الوضوء : بأنا لما أجمعنا على أنه متطهر قبل الرعاف فوجب استصحاب الطهارة بعده حتى يدل دليل على النقض) (١)

وقال الزرقاني(٢) معللا عدم نقض الوضوء من الأشياء الخارجة من البدن من غير السبيلين : (لأن الوضوء المجمع عليه لا ينقض الا بسنة أو اجماع، ولم يرد في ذلك سنة أو إجماع) (٣)

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 الاجماع منعقد على هذين الحكمين ، والأصل في كل متحقق دوامه) (٤)

---

(١) مفتاح الوصول ، ص ١٢٨

(٢) هو محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد علوان أبو عبد الله الزرقاني المصري الأزهري ، ولد عام ١٠٥٥ كان من كبار المحدثين في عصره ، له تلخيص المقاصد الحسنة في الحديث وشرح موطأ مالك المعروف بشرح الزرقاني ، انظر الاعلام ٧/٥٥

(٣) شرح الزرقاني على موطأ مالك ١/٥١

(٤) الإحكام في اصول الأحكام للآمدي ٤/١٨٥

وقال النووى : (وأحسن ما اعتقده فى هذه المسألة: أن الأصل أن لا نقض حتى يثبت بالشرع، ولم يثبت .والقياس ممنوع فى هذا الباب ؛لأن علة النقض غير معقولة) (١)

وقال الجلال المحلى : (الخارج النجس من غير السبيلين لا ينقض الوضوء عندنا؛استصحابا لما قبل الخروج ، من بقائه 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 فى استصحاب الطهارة بعد خروج الخارج بالسنة وذلك :

---

(١) المجموع للنووى ٢/٥٦

(٢) شرح جمع الجوامع ٢/٣٥٠

أ- بما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه : (أن النبى صلى الله عليه احتجم فصلى ولم يتوضأ) (١) (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- وبما 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 بآخر، ثم بثالث، ثم ركع ثم سجد ودماؤه تجرى.) (٣)

---

(١) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم ، البخارى الخزرجى الأنصارى أبو ثمامة ، ولد عام ١٠ ق هـ صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وخادمه ، روى عنه رجال الحديث ٢٢٨٦ حديثا توفى عام ٩٣هـ، انظر الإصابة (طبعة المكتبة التجارية الكبرى) ١/ ٨٤-٨٥ والاعلام ١/ ٣١٩

(٢) انظر تخريجه فى سنن الدارقطنى لعلى بن عمر الدارقطنى ، تحقيق عبد الله هاشم اليمانى : (شركة الطباعة الفنية بالقاهرة) كتاب الطهارة ، باب الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف والقىء ، والحجامة ، ١/ ١٥١-١٥٢ 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 ١/ ١٤١ ورواه البخارى موقوفا عن ابن عمر والحسن فى كتاب الوضوء باب من لم ير الوضوء الا من المخرجين ١/ ٢٨٣ فى الترجمة

(٣) رواه أبو داود فى الطهارة باب الوضوء من الدم ١/ ١٣٦ حديث رقم ١٩٨ والبخارى فى الطهارة ، باب من لم ير الوضوء الا من المخرجين ١/ ٢٨٠ فى الترجمة قال ابن حجر وهو موصول عن سفيان عن عطاء. المصدر نفسه ١/ ٢٨٢

قال النووى : (موضع الدلالة:أنه خرج منه دماء كثيرة ، واستمر فى صلاته ، ولو نقض الدم لما جاز بعده الركوع والسجود واتمام الصلاة وعلم النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ولم ينكره) (١)

* كما أيدوا مذهبهم بفعل الصحابة وذلك ما قاله البخارى[٢] رضى الله عنه : (وعصر ابن عمر بثرة فخرج منها الدم ولم يتوضأ[٣]) .

وبزق ابن أبى أوفى دما فمضى فى صلاته) (٤)

ووجه الدلالة مما تقدم: أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يتوضؤا من هذه النجاسات ، لأنه يبعد عدم علمهم بحكم ذلك مع تكرره منهم .

---

(١) المجموع للنووى ٢/٥٩

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن الاحنف البخارى الحافظ الإمام فى علم الحديث ولد عام ١٩٤ هـ ، صاحب الجامع الصحيح ، والتاريخ ، رحل فى طلب الحديث إلى أكثر محدثى الأمصار ، سمع مكى بن ابراهيم البلخى ، وعيدان بن عثمان المروزى ، وعبيد الله بن موسى العبسى ، وعلى بن المدينى ، واحمد بن حنبل ، ويحى بن معين وغيرهم ، وروى عنه خلق كثير منهم : إبراهيم بن إسحق الحربى ، وعبد الله بن محمد بن تاجية ، وقاسم بن زكريا المطراز ، توفى عام ٢٥٦ هـ انظر ترجمته فى تاريخ بغداد ٢/٤-٣٦ ، ووفيات الاعيان ٤/١٨٨-١٩١ وطبقات الحنابلة ١/٢٧١ . وشذرات الذهب ٢/١٣٤ وتهذيب التهذيب ٩/٤٧ - ٥٥

(٣) أى: بصق

(٤) رواه البخارى تعليقا فى كتاب الطهارة ، باب من لم ير الوضوء الا من المخرجين ١/٢٨٣ فى الترجمة .

* ودعموا مذهبهم بالقياس أيضا فقالوا : إن هذه النجاسات خارجة من غير المخرج المعتاد ، مع بقاء المخرج فلم يتعلق بها نقض الطهارة كالبصاق . (١)

* واستدل القائلون بأن خروج النجاسات من غير السبيلين ينقض الوضوء بالسنة ، والإجماع ، والقياس .

أولا : السنة

أ - بما رواه أبو الدرداء (٢) (أن النبى صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فتوضأ فلقيت ثوبان (٣) فى مسجد دمشق فذكرت ذلك له فقال :

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة ١/١٨٥

(٢) هو عويمر بن عبد الله بن ثعلبة .. الأنصارى الخزرجى ، أبو الدرداء صحابى جليل ، أحد الذين جمعوا القرآن حفظا على عهده صلى الله عليه وسلم ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٧٩ حديثا توفى عام ٣٢ هـ انظر تذكرة الحفاظ للذهبى ١/٦٤-٦٥ ؛
والإصابة ٣/٤٥-٤٦

(٣) هو ثوبان بن يجدد .. أبو عبد الله ، مولى رسول الله صلى عليه وسلم ، أصله من أهل السرات بين مكة واليمن اشتراه النبى صلى الله عليه وسلم ثم اعتقه ، روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٢٧ حديثا توفى بحمص عام ٥٤ هـ انظر ترجمته فى الاستيعاب ١/٢١٨ ، والاصابة ١/٢٠٤ .

صدقت أنا الذى صببت له وضوءه) (١)

ووجه الدلالة من هذا الحديث :أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ من القيء،فلو لم يكن نجسا لماتوضأ منه بعد خروجه مباشرة، فدل ذلك على أنه نجس .

ب - ما رُوِيَ عن عائشةرضى الله عنها أنها قالت : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أصابه قيء، أو رعاف أو قلس أو مذى فلينصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو فى ذلك لا يتكلم) (٢)

ففى هذا الحديث:أمر منه صلى الله عليه وسلم بالوضوء من القيء والرعاف والقلس،وهى كلها نجاسات خارجة من البدن من غير السبيلين،فدل هذا على وجوب الوضوء فى هذه الأشياء .

ثانيا : الإجماع

قالوا:إن هذا العمل ثبت عن جماعة من الصحابة، وفى مقدمتهم عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر،ولم يعلم لهم مخالف من الصحابة فكان إجماعا . (٣)

وهذا كما هو واضح إجماع سكوتى وليس إجماعاً حقيقياً ،والإجماع السكوتى مختلف فيه .

---

(١) رواه الترمذى فى الطهارة ،باب ما جاء فى الوضوء من القيء والرعاف ،١/١٤٢ حديث رقم ٨٧ ورواه احمد فى المسند ٦/٤٤٣

(٢) رواه ابن ماجة فى كتاب:إقامةالصلاة ، باب ما جاء فى البناء على الصلاة ١/٣٨٦ حديث رقم ١٢٢

(٣) انظر المغنى لابن قدامة ١/١٨٤

ثالثاً : استدلوا بالقياس فقالوا :

١- إن الخارج من غير السبيلين من النجاسات نجس يلحقه حكم التطهير فينقض الوضوء كالخارج من السبيلين .

٢- إن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة : (إنما ذلك عرق وليس بحيض ، فإذا أقبلت حيضتك فدعى الصلاة وإذا أدبرت فأغسلى عنك الدم .

قال(١) وقاله أبى(٢) : ثم توضئ 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 التى 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 على ابن أبى طالب ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وغيرهم ، وروى عنه أولاده عبد الله ، وعثمان ، وهشام ، ومحمد ، ويحيى وابن ابنه عمر بن عبد الله ، وغيرهم وكان كريما صالحا عالما بالدين اختلف فى تاريخ وفاته فقيل سنة ٩١ هـ وقيل ٩٢ وقيل ٩٣ وقيل ٩٤ وقيل غير ذلك . انظر تهذيب التهذيب ٧ / ١٨٠ - ١٨٥ ، ووفيات الأعيان ٣ / ٢٥٥-٢٥٨ ، والأعلام ٥ / ١٧

(٣) رواه البخارى فى الوضوء ، باب غسل الدم ١ / ٣٣٢-٣٣٣ حديث رقم ٢٢٨ ، وفى الحيض باب الاستحاضة ١ / ٤٠٩ حديث رقم ٣٠٦ ، ومسلم فى الحيض ، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها ١ / ٢٦٢-٢٦٣ حديث رقم ٦٢ ، ٦٣ ، ورواه ابو داود فى الطهارة والترمذى فى الطهارة والحيض وغيرهما .

(٤) المجموع للنووى ٢ / ٥٨-٥٩ والمغنى لابن قدامة ١ / ١٨٥

المسألة الثانية :

حكم المتيمم الذى يجد الماء فى أثناء الصلاة

اتفق جمهور العلماء على أن الشخص إذا شرع فى 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 فى الصلاة انتقض تيممه ووجب عليه استعمال الماء .

واختلفوا فيمن شرع فى الصلاة بالتيمم ثم رأى الماء فى أثناء الصلاة ولا مانع يمنعه من استعماله ، هل ينتقض تيممه ، وتبطل بالتالى صلاته أو لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى المالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى رواية - وهى المرجوحة عنهم : أن رؤية الماء فى اثناء الصلاة لا تنقض التيمم ، ولا تبطل الصلاة بل يستمر المصلى فى صلاته ولا تبطلها رؤيته للماء .

وهذا مذهب داود وأبى ثور وابن المنذر . (١)

---

(١) انظر الموطأ مع شرح تنوير الحوالك للسيوطى (دار الفكر ببيروت) ١/ ٥٨ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد ابن أحمد بن رشد (شركة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م) ١/ ٧٣ ، والأم للإمام محمد بن ادريس الشافعى (بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر) ١/ ٤٨ ، والمغنى لابن قدامة ، ١/ ٢٦٩

جاء فى الموطأ : (وسئل مالك فى رجل تيمم حين لم يجد الماء فقام وكبر ودخل فى الصلاة،فطلع عليه انسان معه ماء .

قال : لا يقطع صلاته ، بل يتمها بالتيمم.وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات) (١)

وجاء فى الشرح الكبير : (ويبطل -أى التيمم- لوجود الماء الكافى ، أو القدرة على الاستعمال ،قبل الدخول فى الصلاة إن اتسع الوقت.لادراك ركعة بعد استعمالها ،وإلا فلا، لا إن وجده بعد الدخول فيها،فلا يبطل بل يجب استمراره فيها ولو اتسع الوقت ،لدخوله بوجه جائز) (٢)

وقال الشافعى فى الأم (واذا تيمم فدخل فى 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 واجدا الماء،) (٣)

---

(١) الموطأ مع تنوير الحوالك ١ /٥٨

(٢) الشرح الكبير على مختصر خليل للشيخ احمد الدردير مع حاشية الدسوقى عليه (عيسى البابى الحلبى وشركاه-دار احياء الكتب العربية) ١٥٨ - ١٥٩

(٣) الأم للامام الشافعى ١ /٤٨ وانظر تخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ٧٢ - ٧٤

وجاء فى المنهاج : (ومن تيمم لفقد ماء فوجده إن لم يكن فى صلاة بطل ان لم يقترن بمانع كعطش ، أو فى صلاة لا تسقط به بطلت على المشهور ، وإن أسقطها فلا ،وقيل يبطل النفل .

والأصح أن قطعها ليتوضأ أفضل) (١)

قال الخطيب الشربينى (٢) فى شرح قوله : (فى صلاة لا تسقط به) أى بالتيمم بأن صلى فى مكان يغلب فيه وجود الماء) (٣)

وقال فى شرح قوله : « وان أسقطها فلا » : وإن اسقط التيمم قضاؤها فلا) (٤)

ومعنى هذا : أن الشافعية يقيدون رؤية الماء التى لا تنتقض التيمم بأن يرى المصلى الماء فى مكان غلب على ظنه عدم وجود الماء فيه .

---

(١) المنهاج للإمام النووى مطبوع مع شرحه مغنى المحتاج (مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧م) ١/١٠١-١٠٢

(٢) هو محمد بن أحمد الشربينى القاهرى الشافعى الخطيب ، شمس الدين ،أخذ عن الشيخ أحمد البرلسى الملقب بعميرة والنور المحلى ،والشمس الرملى،وغيرهم ،له مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ،والإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع وشرح شواهد القطر ،ومناسك الحج . توفى عام ٩٧٧ هـ ، انظر شذرات الذهب ٨/٣٨٤ ومعجم المؤلفين ٨/٢٦٩

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ١/١٠٢

(٤) المصدر نفسه والصفحة نفسها وانظر نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين الرملى (دار احياء التراث العربى - بيروت - والمكتبة الاسلامية) ١/٢٨٨ - ٢٨٩

المذهب الثاني :-

ذهبت 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 اذا قدر على استعماله) (٢)

ولم يفرق الحنفية بين الرؤية خارج الصلاة، وداخلها بل جعلوا الناقض مطلق الرؤية، إذا كان قادراً على استعمال الماء.

جاء في الدر المختار عند الكلام في نواقض هذه الطهارة :

(وقدرة ماء ، ولو اباحه في صلاة) (٣)

قال ابن عابدين(٤) في شرح هذا الكلام :

---

(١) انظر الهداية شرح بداية المبتدى وشرح فتح القدير عليها ١١٧/١ والمغني لابن قدامة ١٦٨/١ / ١٦٩ ،وبداية المجتهد لابن رشد ٧٣/١

(٢) الهداية : ١١٧/١

(٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه (رد المُحْتار) - (مصطفى البابي الحلبي وشركاه) ٢٥٥/١

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز . المعروف بابن عابدين ولد عام ١١٨٩ هـ ،وتتلمذ على سعيد الحموى ،والشيخ الأمير المصرى،ومحمد الكذبرى محدث الشام،كان علامة عصره في المذهب الحنفي أصولا وفروعا ، له مؤلفات كثيرة أشهرها حاشيته على الدر المختار ، المسماة رد المختار ،والمشهورة بحاشية ابن عابدين ، وله رفع الأنظار لما أورده الحلبي على الدر المختار ونسمات الأسحار على شرح المنار في الأصول توفي عام ١٢٥٢ هـ انظر ترجمته في الأعلام (طبعة دار العلم للملايين ٤٢/٦ ،

(أى : لو كانت القدرة ، أو الاباحة ، فى صلاة ينتقض التيمم وتبطل الصلاة الـــتى هو فيها) (١)

قال الخرقى : (واذا وجد المتيمم الماء وهو فى الصلاة خـــرج فتوضأ أو اغتسل ان كان جنبـا واستقبل الصلاة) (٢)

قال ابن قدامة : (والمشهور فى المذهب أن المتيمم اذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه سواء كان فى الصلاة أو خارجا منها .

فإن كان فى الصلاة بطلت لبطلان طهارته ، ويلزمه استعمال الماء فيتوضأ إن كان محدثا ، ويغتسل إن كان جنبا) (٣)

قال صاحب كشاف القناع (٤) : (ثم ان وجده ، أى الماء فيها ، أى

---

(١) رد المحتار (حاشية ابن عابدين) ١ / ٢٥٥

(٢) مختصر الخرقى مطبوع مع المغنى لابن قدامة ١ / ٢٦٨

(٣) المغنى لابن قدامة ١ / ٢٦٩

(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 به متن الإقناع ، ودقائق أولى النهى بشرح المنتهى كلها فى الفقـــه الحنبلى توفى عام ١٠٥١ انظر الاعلام ٨ / ٢٤٩

فى الصلاة ، أو الطواف ، بطلت صلاته وطوافه ، ولو اندفق الماء قبل استعماله ، لأن طهارته انتهت بانتهاء وقتها، فبطلت صلاته وطوافه)[1]

وسبب الاختلاف بين القائلين بأن الرؤية فى أثناء الصلاة لا تنقض التيمم، وبين القائلين بأنها تنقض التيمم هو: هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب، أو يرفع ابتداء الطهارة؟

فمن رأى أن رؤية الماء ترفع استصحاب الطهارة قال: إن رؤية الماء تنقض الطهارة .

ومن رأى أن رؤية الماء ترفع ابتداء الطهارة قال: إن رؤية الماء لا تنقض هذه الطهارة . (٢)

الأدلـــــة :

استدل القائلون بأن رؤية الماء فى أثناء الصلاة لا تنقض التيمم : بالاستصحاب ، الذى يؤيده القياس والمعقول .

فقالوا : إن الاجماع انعقد على صحة صلاته حال الشروع فى الصلاة فيستصحب هذا الحكم حتى آخر صلاته .

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس البهوتى - راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحى (مكتبة النشر الحديثة) ١ / ١٧٧-١٧٨

(٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد ١ / ٧٢ ، ومغنى المحتاج ١ / ١٠٢

قال الزنجانى : (إن المتيمم إذا رأى الماء فى أثناء صلاتـه،لا تبطل صلاته عند الشافعى رضى الله عنه،لأن الإجماع قد انعقد على صلاته حال الشروع . والدليل الدال على صحة الشروع دال علـى دوامه إلا أن يقوم دليل الإنقطاع) (١)

* وقال الشافعى بعد أن ذكر الفرق بين رؤية الماء خارج الصلاة ورؤيته داخل الصلاة : (لم يكن للمتيمم حكم إلا أن يدخل فى الصلاة فلما دخل فيها به - أى بالتيمم - كان حكمه منقضيا، والذى يحل له أول الصلاة يحل له آخرها) . (٢)

ومعنى هذا أن الحل الثابت حال الشروع فى الصلاة بالتيمـم يستمر حتى نهاية الصلاة والفراغ منها ،ولا يكون هذا إلا باستصحاب حكم الدخول فى الصلاة حتى الفراغ منها .

* وقال الشيخ أحمد الدردير(٣) مفرقا بين رؤية الماء داخل الصلاة

---

(١) الزنجانى ، تخريج الفروع على الأصول ص ٧٣ و ٧٤ وانظـر المستصفى ١/٢٢٤

(٢) الشافعى ، الأم ١/٤٨

(٣) هو احمد بن محمد بن أحمد أبو البركات الشهير بالدردير من كبار فقهاء المالكية فى عصره ولد عام ١١٢٧ هـ فى بنى عدى بمصر وتعلم بالأزهر ، له أقرب المسالك لمذهب الامام مالك وشرحـه أيضا ويسمى بالشرح الصغير، وله الشرح الكبير المسمى بفتح القدير شرح لمختصر خليل توفى عام ١٢٠١ هـ انظر شجـرة النور الزكية ص ٣٥٩ والأعلام ١/٢٣٢

وخارجها: (لا إن وجده - أى الماء - بعد الدخول فيها - أى الصلاة - فلا تبطل بل يجب استمراره فيها، ولو اتسع الوقت لدخوله بوجه جائز .) (١)

وفى هذا أيضا استدلال بالاستصحاب لأن وجوب الاستمرار فى الصلاة بعد رؤية الماء علله 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 وبالتالى 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 بالبدل .

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 معللا 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 :

إنَّ في الخروج من الصلاة لاستعمال الماء، ابطالاً للعمل ، والله سبحانه وتعالى يقول : (ولا تبطلوا أعمالكم) (٢) قال الشافعي رحمه الله معللا تفريقه بين إبطال التيمم برؤية الماء خارج الصلاة وبين عدم ابطاله بالرؤية داخل الصلاة (.. والتيمم والوضوء عملان غير الصلاة (٣) فإذا كانا مضيا - وهما يجزيان حل للداخل الصلاة، وكانا

---

(١) مغني 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 ، فمثّل للأول بمسألة الأَمَة التي عتقت بعد مضي ركعة من صلاتها فانها لابد لها من أن تنفتع فيما بقي من صلاتها وللثانية بمسألة المتيمم الذي دخل بالتيمم في الصلاة ثم رأى الماءَ فانه يستمر في صلاته ولا يقطعها ليتوضأ لان في هذا ابطالاً للعمل وخروجاً من الصلاة بخلاف وجوب القناع على الأمة فليس فيه خروج من الصلاة بل تتقنع وتقضي مابقي من صلاتها انظر الأم ٤٨/١

منقضيين مفروغا منهما ، وكان الداخل مطيعا بدخوله فى الصلاة،وكان ما صلى منها مكتوبا له،فلم يجز أن يحبط عمله ما كان مكتوبا له فيستأنف وضوءًا، وإنما أحبط الله الأعمال بالشرك) (١)

قال ابن قدامة مستدلا على أن فى استعمال الماء وقطع الصلاة إبطالاً للعمل : (ولأنه غير قادر على استعمال الماء ، لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة وهو منهى عن إبطال الصلاة بقوله تعالى : (ولا تبطلوا أعمالكم (٢) ..) (٣)

واستدل من قال بأن رؤية الماء فى أثناء الصلاة تنقض التيمم وتبطل بالتالى الصلاة بالسنة،والقياس .

أولاً : السنة:

أ - بقوله صلى الله عليه وسلم : (إنَّ الصعيد الطيب طهور وإن لم تجد الماء الى عشر سنين فإذا وُجد الماء فأمسّه جلدك) (٤)

---

(١) الأم ١/٤٨

(٢) سورة محمد الآية ٣٣

(٣) المغنى لابن قدامة ١/٢٦٩

(٤) رواه أبو داود فى الطهارة ،باب الجنب يتيمم ١/٢٣٧ حديث رقم ٣٣٣ ، والترمذى فى الطهارة ،باب التيمم للجنب اذا لم يجد الماء ١/٢١١-٢١٢ حديث رقم ١٢٤ ، وقال حديث حسن صحيح . ورواه النسائى فى الطهارة ،باب الصلوات بتيمم واحد ١/١٧١ ، وأحمد فى المسند ٥/١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٥٥ ، ١٨٠

قال ابن الهمام معلقا على قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث:

(فاذا وجد الماء فأَمِسَّه جلدك) :

(وفى إطلاقه دلالة على نفى تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة، كما هو قول الثلاثة رضى الله عنهم) (١)

ب - قوله صلى الله عليه وسلم : (الصعيد الطيب وضوء المسلم . ولو إلى عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأَمِسَّه جلدك) (٢)

قال ابن قدامة معلقا على هذا الحديث : (دل بمفهومه على أنه لا يكون - أى التراب - طهورا عند وجود الماء ، ومنطوقه على إمساس جلده عند وجوده) (٣)

ومن الواضح أنه لا يتم الاستدلال بهذا الحديث إلا إذا اعتبر قوله صلى الله عليه وسلم : (فإذا وجدت الماء فأَمِسَّه جلدك) على إطلاقه فهو ينقض التيمم خارج الصلاة أو داخلها، كما وضحه ابن الهمام.

---

(١) شرح فتح القدير ١/١١٧ - ١١٨

(٢) اخرجه أبو داود فى الطهارة باب الجنب يتيمم ١/٢٣٥ حديث رقم ٣٣٢ وأحمد فى المسند ٥/١٤٦

(٣) المغنى ، ١/٢٦٩

ثانيا : استدلوا بالقياس فقالوا :

أ - إن الرائى للماء فى أثناء الصلاة يشبه الرائى للماء خارج الصلاة بجامع القدرة على الاستعمال فى كل .

قال ابن قدامة : (ولأنه قدر على استعمال الماء فبطل تيممه كالخارج من الصلاة) (١)

ب - وقاسوه أيضا على المستحاضة إذا انقطع دمها، بجامع زوال الضرورة فى 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 للمتيمم أن يصلى مع كونه محدثا، لضرورة العجز عن الماء، فإذا وجد الماء زالت الضرورة فظهر حكم الحدث كالأصل) . (٢)

---

(١) المصدر نفسه ١ / ٢٦٩

(٢) ابن قدامة ، المغنى ١ / ١٦٩

المسألة الثالثة :

حكم المتمتع أو القارن الذى يجد الهدى بعد الشروع فى الصوم

اتفق الفقهاء على أن من كان متمتعا أو قارنا ولم يجد الهدى فان عليه صيام ثلاثة أيام فى الحج،وسبعة إذا رجع الى أهله،لقوله تعالى: (فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم). الاية[1]

واختلفوا فى حد الزمن الذى ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى إلى الصيام :

فقال مالك والشافعى وأحمد وداود وغيرهم : أنه إذا شرع فى الصوم فقد انتقل فرضه إلى الصوم،ولا يلزمه الخروج إلا أن يشاء .

ومعنى ذلك:أن المستحب فى حقه الرجوع إلى الهدى،ولا يجب عليه الانتقال من الصوم الى الهدى .(٢)

---

(١) البقرة آية ١٩٦

(٢) انظر شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل (دار صادر بيروت) ٢/٣٧٩ ،وشرح أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك لأحمد الدردير (دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م) ١/٣٠٣، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١/٣٦٩ ، والمجموع شرح المهذب لابى زكريا محى الدين بن شرف النووى ٧/١٦٨ - ١٦٩ ومغنى المحتاج ١/٥١٦-٥١٧ ، وكشاف القناع للبهوتى ٢/٤٤٥ والمغنى لابن قدامة ٣/٤٨٠-٤٨١ والمحلى لابن حزم على بن محمد بن سعيد (بيروت المكتب التجارى للطباعة والنشر والتوزيع) ١/٢٥٥ - ٢٥٧

قال ابن رشد[1] : (ولو وجد الهدى بعد صوم الثلاثة لم يجب عليه إلا أن يشاء) [2]

وقال خليل[3] (ويندب الرجوع له بعد يومين) [4]

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكى القرطبى يكنى بأبى الوليد ، ولد عام ٤٥٥ ، من أعلام المذهب المالكى ، والمعتمدين فيه ، تفقه على على بن رزق ، وسمع من الحياتى ، وابن فرح ، وابن أبى العافية ، وتتلمذ عليه ابنه أحمد ، والقاضى عياض ، وابن بكر الإشبيلى وغيرهم ، له البيان والتحصيل لما فى المستخرجة من التوجيه والتعليل فى الأصول ، والمقدمات فى الفقه ، واختصار الكتب المبسوطة مثل تأليف يحى بن اسحق بن يحى فى الفقه ، توفى عام ٥٢٠ هـ انظر ترجمته فى الديباج المذهب فى معرفة اعيان علماء المذهب - تحقيق محمد الأحمدى - دار التراث للطباعة والنشر بالقاهرة) ٢/٢٤٨-٢٥٠ ، وشجرة النور الزكية لمحمد بن محمد مخلوف (دار الكتاب العربى بيروت لبنان) ص١٢٩

(٢) حاشية العدوى ١/٣٠٣

(٣) هو خليل بن اسحق بن موسى ضياء الدين الجندى ، فقيه مالكى جليل ولد بمصر وتعلم بالقاهرة وولى الافتاء على مذهب الامام مالك ، له المختصر فى الفقه المالكى وهو المشهور بمختصر خليل ، وله التوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب ، توفى عام ٧٧٦ هـ ، انظر ترجمته فى الدرر الكامنة ٢/٨٦ ، والديباج المذهب ١/ ٣٥٧-٣٥٨ والاعلام ٢/٣٦٤

(٤) مختصر خليل مطبوع مع شرح الخرشى ٢/٣٧٩

ويقيد المالكية الرجوع ندبا إذا وجد الهدى قبل إكمال صوم اليوم الثالث.

قال الدردير : (ويندب له الرجوع للهدى ان أيسر قبل كمال صوم اليوم الثالث) (١)

قال الصاوى[٢] : (وقولنا لا يطالب بالرجوع لا ينافى أنه لو رجع صح)[٣]

قال الشيرازى فى المهذب : (فإذا دخل فى الصوم ثم وجد الهدى فالأفضل أن يهدى ولا يلزمه) (٤)

قال النووى : (قال الشافعى والأصحاب : إذا شرع فى صوم التمتع الثلاثة ، أو السبعة ، ثم وجد الهدى لم يلزمه لكن يستحب له أن يهدى)[٥]

---

(١) شرح أقرب المسالك ١/٣٣٣

(٢) هو احمد بن محمد الصاوى الخلوتى ، فقيه مالكى ولد بمصر عام ١١٧٥هـ 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 ص٣٦٤

(٣) حاشية الصاوى على شرح أقرب المسالك ١/٣٠٣

(٤) المهذب مطبوع مع شرحه المجموع للنووى ٧/١٦٨

(٥) المجموع للنووى ٧/١٦٨

وقال البهوتى : (ومتى وجب عليه الصوم - أى المتمتع 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 اذا شاء الرجوع الى الهدى فله ذلك استحبابا .

قال الخرقى : (ومتى دخل فى الصيام ثم قدر على الهدى لم يكن عليه الخروج من الصوم الى 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) كشاف القناع ٢ / ٤٥٤

(٢) مختصر الخرقى مطبوع مع شرحه المغنى لابن قدامة ٣ / ٤٨٠

(٣) شرح فتح القدير ٣ / ٤١٨

وسبب الخلاف فى هذه المسألة كما قال ابن رشد[1] هو : (هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة شرط فى استمرارها ؟) (٢)

فمن رأى أن شرط الابتداء شرط فى الاستمرار، قال بعدم الرجوع إلى الهدى وعدم إسقاط الصوم استصحابا لحكم الابتداء .

ومن رأى أن شرط الإبتداء ليس شرطا فى الاستمرار، قال بوجوب الخروج من الصوم الى الهدى .

الأدلة :

استدل القائلون بعدم وجوب الانتقال إلى الهدى بعد الشروع فى الصوم بما استدل به القائلون بعدم وجوب الوضوء على المتيمم الذى رأى الماء فى أثناء الصلاة ، وذلك لأن هذه المسألة نظير مسألة المتيمم الذى رأى الماء فى أثناء الصلاة .

قال النووى : (والخلاف شبيه بين الشافعى وبينهما - أى المزنى وأبى حنيفة - فى رؤية المسافر الماء فى أثناء صلاته بالتيمم) (٣)

وقال ابن رشد (وهذه المسألة نظير مسألة من طلع عليه الماء فى

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن احمد بن رشد المالكى الشهير بالحفيد ، القرناطى ، يلقب بقاضى الجماعة ، ولد عام ٥٢٠ هـ ، فقيه وأديب وفيلسوف أخذ العلم عن أبى القاسم بن بشكوال ، وابن مروان بن سراج ، وأبى بكر بن سمحون ، وأخذ الطب عن مروان بن جرنول ، وتتلمذ عليه سهل بن مالك ، وأبو الربيع بن سالم ، له فى الفقه بداية المجتهد ونهاية المقتصد وفى الفلسفة تهافت التهافت وفى الأصول مختصر المستصفى توفى عام ٥٩٥هـ، انظر ترجمته فى الديباج المذهب ٢/٢٥٧-٢٥٩ ، وشجرة النور الزكية ص ١٤٦-١٤٧

(٢) بداية المجتهد ١/٣٦٩

(٣) المجموع للنووى ٧/١٦٩

الصلاة وهو متيمم.) (١)

ولهذا استدل القائلون بعدم الانتقال من الصوم إلى الهدى بالاستصحاب الذى يؤيده القياس والمعقول .

كما استدلوا فى مسألة المتيمم الذى رأى الماء فى أثناء الصلاة

١- **أما الاستصحاب :** فلأنه حين شرع فى الصوم، وكان هو الواجب فى حقه، كان مجزئا عنه، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمام صومه، ولا يلزمه الخروج منه إلى الهدى . (٢)

قال البهوتى مستدلا على عدم اسقاط الصوم ووجوب الهدى عليه : (إعتبارا بوقت الوجوب) (٣)

ومعنى هذا أن حكم من وجد الهدى بعد الشروع فى الصوم هو حكمه وقت الوجوب . وذلك لأنه حين شرع فى الصوم كان هو الواجب فى حقه فيستصحب هذا الحكم حتى إتمام صومه .

٢- **وأما تأييد ذلك بالقياس :**

فلأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل فلم يجب عليه الهدى، قياسا على سائر المسائل التى يوجد فيها المبدل بعد التلبس بمقصود البدل .

واعتبر ابن قدامة ان الأيام الثلاثة حكمها حكم السبعة بجامع عدم وجوب الهدى فى كل .

---

(١) بداية المجتهد ١ / ٣٦٩

(٢) انظر أثر الادلة المختلف فيها ص ٢١٠

(٣) كشاف القناع ٢ / ٤٥٤

قال : (إنّه صوم دخل فيه لعدم الهدى، لم يلزمه الخروج إليه كصوم السبعة .) (١)

٣ ـ **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 : (ولَا تُبْطِلُوا أعمالَكُمْ) (٣)

* استدل الحنفية على وجوب الخروج من الصوم الى الهدى بأنه قدر على الأصل قبل وقت انقضاء وجوب الهدى .

وذلك لأن وقت انقضاء وجوب الهدى بالتحلل ،فاذا تحلل لم يلزمه الرجوع إن وجد الهدى ، وان لم يتحلل لزمه .

قال ابن الهمام مستدلا على وجوب الخروج من الصوم الى الهدى على من وجد الهدى قبل التحلل بقوله (لأنه خلف وإذا قدر على الأصل قبل تأدى الحكم بالخلف بطل الخلف، وإن قدر عليه بعد الحلق قبل أن يصوم السبعة في أيام الذبح أو بعدها لم يلزمه الأصل لان التحلل قد حصل بالحلق فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلف كرؤية الماء بعد الصلاة بالتيمم) (٤)

---

(١) انظر ابن قدامة المغني ٣/ ٤٨١

(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 ٢/ ٤١٨

المسألة الرابعة :

الهدى على المحصر بعدو أو غيره

جمهور العلماء على أن المحرم إذا أحصره عدو من المشركين أوغيرهم فمنعه من الوصول إلى البيت ولم يجد طريقا آمنا فله التحلل .

ولكنهم اختلفوا هل عليه هدى أم لا ؟

فذهب المالكية الى أنه لا يجب عليه هدى، وإن كان معه هدى نحره .

وهذا فيمن حصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة ،أو حصر عن البيت قبل الوقوف بعرفة .

أما من حصر عن عرفة بعد الطواف بالبيت،فحكمه التحلل بعمرة والحج من قابل والهدى وجوبا . (١)

قال الدردير : (وإن وقف بعرفة وحصر عن البيت بعدو أومرض أو حبس ولو بحق، فقد أدرك الحج ولا يحل إلا بالإفاضة ولو بعد سنين) (٢)

ثم قال : (وإن حصر عنهما بعدو صده عنهما معا،أو حبس لا بحق بل ظلما،فله التحلل متى شاء . وهو الأفضل . بالنية ولو دخل مكة أو قاربها) (٣)

---

(١) انظر تفاصيل هذه المسألة في شرح أقرب المسالك ١/ ٣٠٤ - والشرح الكبير ٢/ ٨٣ وبداية المجتهد ١/ ٣٥٥

(٢) شرح اقرب المسالك ٢/ ٣٠٦

(٣) المصدر نفسه ٢/ ٣٠٦

قال الصاوى : (قوله بالنية : هو المشهور خلافا لمن قال لا يتحلل إلا بنحر الهدى والحلق .) (١)

وذهب أبو حنيفة والشافعى وأحمد وهو قول أكثر أهل العلم الى أن من أحصر بعدو ونحوه فعليه الهدى . (٢)

قال صاحب بداية المبتدى : (٣)

(واذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضى جاز له التحلل . يقال له : أبعث شاة تذبح فى الحرم وواعد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل) (٤)

---

(١) حاشية الصاوى ١ /٣٠٦ وانظر الشرح الكبير ١ /٨٢ - ٨٥

(٢) انظر شرح فتح القدير مع الهداية وشروحها ٣ /٥١- ٥٣ والأم ٢ /١٥٩-٢١٨ ومغنى المحتاج ١ /٥٣٢-٥٣٣ والمغنى لابن قدامة ٣ /٣٥٦ وكشاف القناع ٢ /٥٢٥-٥٢٦

(٣) هو على بن أبى بكر بن عبد الجليل الفرغانى 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، والفرائض، توفى عام ٥٩٣ هـ انظر ترجمته فى الفوائد البهية ص ١٤١ ، والجواهر المضيئة ١ /٣٨٣

(٤) بداية المبتدى مطبوع مع الهداية وشروحها ٣ /٥١-٥٣

وقال الشافعي في الأم:

(فنقول من أحصر بعدو 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، بعدو حائل مسلم أو كافر وقد أحرم ذبح شاة وحل.) (٢)

وجاء في المنهاج :

(من احصر 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 أغمي عليه ولم يكن له طريق آمن إلى الحج، ولو بعدت وفات أي : خشي فوات الحج ذبح هديا شاة، أو سبع بدنة، أو سبع بقرة.) (٥)

---

(١) الأم للشافعي ٢/١٥٩

(٢) المصدر نفسه ٢/٢١٨

(٣) المنهاج للنووي مطبوع مع شرحه مغني المحتاج ١/٥٣٢

(٤) انظر المصدر نفسه ١/٥٣٤

(٥) كشاف القناع ٢/٥٢٥ ، ٥٢٦ ، وانظر المغني ٣/٣٥٦

الأدلـــــة :

* الظاهر أن المالكية استدلوا على عدم وجوب الهدى على المحصـــر بعدو بالاستصحاب والمعقول .

أما الاستصحاب :

فوجه الاستدلال به : أن الأصل أن لا هدى الا أن يقـــوم الدليل عليه) (١)

ومعنى هذا أن عدم وجوب الهدى يستصحب حتى يقوم الدليـــل على وجوبه .

وأما ما كان يوم الحديبية من نحره صلى الله عليه وسلم الهدى وأصحابه فانما كان هديا سبق تطوعاً ابتداء، ولم يكن هدى تحلل، وأمره صلـــى الله عليه وسلم لأصحابه إنما كان أمر ندب ، وعلى هذا لم يكن الهـــدى المذكور في قوله تعالى : (فإن احصِرتُم فَما اسْتَيْسَرَ مِن الهَدْيِ) (٢) لأجل الإحصار بعدو، وإذا لم يكن في فعله صلى الله عليه وسلم وفي الآية المذكورة دليل على الوجوب، بقي الأمر على ما كان عليه، من عدم وجوب الهدى .

وأما المعقول :

فقالوا إنه تحلل أبيح من غير تفريط ، فلم يجب فيه الهدى أشبه من أتم حجه (٣)

---

(١) ابن رشد ١/٣٥٦

(٢) البقرة آية ١٩٦

(٣) انظر الشرح الكبير ٢/٨٣ ، وبداية المجتهد ١/٣٥٦ ، والمغنى لابن قدامة ٣/٣٥٦

أى:إنه فى هذه الحال أشبهَ من تحلل بعد تمام الحج،فلا يجب عليه هدى بالإتفاق .

* واستدل من أوجب الهدى عليه بالكتاب ، والسنة ،والإجماع

أما الكتاب :

فقوله تعالى : (فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) (١)

قال الشافعى فى توجيه الاستدلال بهذه الآية :

(فلم أسمع ممن حفظت من أهل العلم بالتفسير مخالفا من أنَّ هذه الآية نزلت بالحديبية، حين أحصر النبى صلى الله عليه وسلم فحال المشركون بينهم وبين البيت ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بالحديبية وحلق ورجع حلالا، ولم يصل الى البيت) (٢)

وقال ابن رشد : (وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على أن الآية وردت فى المحصر بعد و،أو على أنها عامة لأن الهدى فيها نص) (٣)

وأما السنة :

فقالوا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأصحابه فى الحديبية حين أحصروا : (قوموا فانحروا ثم أحلقوا) (٤) فنحر النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه وحلقوا . (٥)

---

(١) البقرة آية ١٩٦

(٢) الأم ٢/١٥٨

(٣) ابن رشد ١/٥٦

(٤) جزء من حديث طويل رواه البخارى فى الشروط ، باب الشروط فى الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب ، ٥/٢٣٢ حديث رقم ٢٧٣١-٢٧٣٢ ،واحمد فى المسند ٤/٣٣١

(٥) انظر الهداية وشروحها ٣/٥١-٥٣ ،الأم٢/١٥٨ ،مغنى المحتاج ١/٥٨٢، المغنى لابن قدامة ٣/٣٥٦

وأما المعقول :

فقالوا إنه أبيح له التحلل قبل إتمام نسكه فكان عليه الهـــــدى كالذى فاته الحج وبهذا فارق من أتم حجه) (١)

---

(١) المغنى لابن قدامة ٣/٣٥٦

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 : (.. وما عَلَّمْتُم مِّنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ...) الآية (١)

واختلفوا فيما لو أُرسل الكلب المعلم على الصيد فأكل منه هل يباح الأكل مما أكل منه ومما سبقه من صيود أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول :

ذهب المالكية في غير المشهور من مذهبهم، والشافعي في الأظهر من مذهبه، وأحمد في أصح الروايتين عنه، أنه لا يباح الأكل مما أكل منه الكلب، ويباح الأكل مما تقدم من الصيود التي صادها عندهم قولا واحدا . (٢)

قال النووي في المنهاج : (ولو ظهر كونه معلما ثم أكل من لحم صيد، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر، فيشترط تعليم جديد.) (٣)

---

(١) سورة المائدة آية: ٤

(٢) انظر الأم للامام الشافعي ٣/٢٢٦ ومغني المحتاج ٤/٢٧٥، وتخريج الفروع على الأصول ص ١٧٤ ، والمغني لابن قدامة ٨/ ٥٤٣ - ٥٤٤ وكشاف القناع ٦/٢٤٣ - ٢٤٤ وأثر الأدلة المختلف فيها ٢٣٥ والخرشي على مختصر خليل ٣/١١.

(٣) المنهاج ٤/٢٧٥ ، وانظر الأم ٣/٢٢٦

قال الخطيب الشربيني : (ونبه المصنف بقول (ذلك الصيد على أنه لا ينعطف التحريم على ما صاده قبله، وهو كذلك خلافا لأبي حنيفة[1]

قال ابن قدامة في المغني، ضمن ذكره لشروط إباحة ما صاده الجارح (الشرط الخامس : أن لا يأكل من الصيد . فان أكل لم يبح في أصح الروايتين) [2]

قال البهوتي : (فان أكل بعد تعليمه لم يحرم ما تقدم من صيوده) [3]

المذهب الثاني :-

ذهب أبو حنيفة وصاحباه : محمد[4] وأبو يوسف[5] الى أنه لا يؤكل من

---

(١) مغني المحتاج ٤/٢٧٥

(٢) المغني لابن قدامه ٨/٥٤٣ ، وانظر كشاف القناع ٦/٢٢٣-٢٢٤

(٣) كشاف القناع ٦/٢٢٣-٢٢٤ ، وانظر المغني ٨/٥٤٣

(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 ، والأوزاعي ، والثوري ، له الجامع الكبير والجامع الصغير في الفقه ، وله كتب غيرها في الفقه والأصول توفي عام ١٨٩هـ وقيل ١٨٧هـ انظر ترجمته في الجواهر المضية ٢/٤٢-٤٣ والفوائد البهية ، ص١٦٣ ، ووفيات الاعيان ١/ ٥٧٤-٥٧٥

(٥) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس . . الانصاري ، يكنى بأبي يوسف ، ويلقب بالقاضي ، ولد بالكوفة عام ١١٣ هـ تفقه على أبي حنيفه ولازمه ، وسمع الحديث من أبي اسحق الشيباني ، وسليمان التميمي ، ويحي 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 ٢/٢٢٠- ٢٢٢ ، والفوائد البهية ص ٢٢٥ ، ووفيات الأعيان ٢/٤٠٠ - ٤٠٦

الصيود التى أكل منها الكلب ، وما سبقه من صيود غير محرزة ظفر بها فى فلاة ونحوها قولا واحدا .

أما الصيود المحرزة فى بيته، مما صاده الجارح قبل الأكل ،فقال الصاحبان بحلها ، وقال أبوحنيفة بحرمتها (١)

جاء فى بداية المبتدى : (فإن أكل منه الكلب - أى من الصيد - أو الفهد لم يؤكل) (٢)

وجاء أيضا فى شأن الصيود التى أكل منها : (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لم يؤكل هذا الصيد) (٣)

أما الصيود التى سبقت الأكل فقد جاء فى حكمها مايلى :-

(وأما الصيود التى أخذها من قبل : فما أكل منها ، لا تظهر فيه الحرمة لانعدام المحلية وما ليس بمحرز من المغازة ،بأن لم يظفر صاحبه به بعد ، فتثبت فيه الحرمة بالاتفاق .

وما هو محرزة فى بيته يحرم عنده - أى عند أبى حنيفة - خلافا لهما -أى للصاحبين-) (٤)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ، ٤٩/٩ وحاشية ابن عابدين ٤٦٧/٦ وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٢٣٥

(٢) بداية المبتدى ٤٩/٩

(٣) المصدر نفسه ٤٩/٩

(٤) المصدر نفسه ٤٩/٩ وانظر حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٦٧

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 أرأيت إن أرسل كلبه فأخذ الصيد، فأكل منه أكثره، أو أقله، فأصاب منه بقيته أيأكله في قول مالك أم لا ؟

قال مالك : يأكله ما لم يبت) . (٣)

وقال : (قلت أرأيت الكلب إذا كان كلما 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 ومغني المحتاج ٤/٢٧٥ والمغني لابن قدامة ٨/٥٤٣

(٢) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي ، الملقب بسحنون، ولد عام ١٦٠ هـ، قاضي وفقيه انتهت اليه رئاسة العلم في المغرب له المدونة في فقه الامام مالك، أخذ مسائلها رواية عن ابن القاسم عن مالك توفي عام ٢٤٠ ، انظر شجرة النور الزكية ص ٦٩ - ٧٠ والأعلام ٤/١٢٩

(٣) المدونة ٢/٥٢ - ٥٣ ، والمقصود أن الصيد اذا 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 للعقر الذى تتم به الذكاة : (وجَرحُ مسلمٍ وَحْشِياً وإن تأنَّس، عِجزَ إلا بعسر. لا نَعَم شَرد ، أو تردَّى بِكُوَّةٍ بسلاحٍ محدد ، أو حيوان عُلِّم بإرسالٍ من يده بلا ظهورِ تَرْكٍ، ولو تعدد مَصْيَدُه أو نوى الجميع، أو أكل.) (١)

قال الخرشى - شارحا لقول خليل - (أو أكل) - والمعنى أن الجارح إذا أرسله صاحبه على الصيد فأكل منه فإن ذلك لا يضر ويؤكل على المشهور) (٢)

وقال الدردير فى شرح قوله (أوأكل) : (أو ولو أكل الجارح شيئا من الصيد ولو جلسه) (٣)

الأدلة :

١ - استدل أصحاب المذهب الأول على قولهم بحل الأكل مما تقدم من الصيود بالاستصحاب .

فقالوا : ان الأصل حل ما صاده الكلب المعلم ، فيستصحب هذا الحكم فى جميع الصيود التى صادها قبل الأكل

---

(١) مختصر خليل مع شرحه الخرشى ، ٣/ ١١

(٢) الخرشى على مختصر خليل ٣/ ١١

(٣) الشرح الكبير ٢/ ٩٣

وذلك لأنه حين صاد ها،كان حل صيده ثابتا يقينا،لكونه معلما فلا يندفع هذا اليقين فيحكم بحرمة ما صاده الا بدليل،ولا دليل على حرمته فيستصحب حكم اليقين فى جميع صيوده التى صاد ها قبل الأكل ،ويبقى الحل باقيا على ماكان عليه (١)

قال الزنجانى : (إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة،لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا ، ولم يحرم مما مضى من فريسته قولا واحدا؛استصحابا للحل الثابت قبل الأكل ،فانه ثابت يقينا) (٢)

قال ابن قدامة فى تعليل إباحة ماصاده قبل الأكل : (ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ولهذا حكم بحل صيده فإذا وجد الأكل : احتمال أن يكون لنسيان،أو لغرط جوع،أو نسى 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 ينفى 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 النجدى (المطابع الأهلية للأوفست بالرياض) ط ١ ، ١٣٩١ هـ ٤٦٠/٧

(٢) الزنجانى ص ١٧٤

(٣) المغنى لابن قدامة ٥٤٤/٧ وانظر كشاف القناع ٢٢٣/٦-٢٢٤

وذكر ابن قدامة استدلالاً آخر يشبه الاستدلال باستصحاب العموم . قال رحمه الله : (واحتج من قال باباحته بعموم الآية والأخبار وإنما خص من هذا العموم ماأكل منه،ففيما عداه فيبقى فيه على عمومه) (١)

وذلك لأن قوله تعالى :(فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) (٢) وما ورد من الأحاديث في الأكل من الصيود التي أمسكها الجارح المعلَّم ،عام في جميع الصيود التي صادها ،ولم يخصص الشارع من هذا العموم إلا الصيود التي أكل منها الجارح .

أما عدا هذه الصيود فيبقى على أصله من الحل استصحابا لهذا العموم .

* واستدلوا على قولهم بعدم إباحة الصيود 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 أمسكْنَ عليك وإن قتلت إلا أن يأكل الكلب ، فإن أكل فلا تأكل ، فاني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه) (٣)

---

(١) المغني ٨/٥٤٤ ،وانظر كشاف القناع ٦/٢٢٣-٢٢٤

(٢) سورة المائدة آية ٤

(٣) متفق عليه رواه مسلم ،بهذا اللفظ في كتاب الصيد ، باب الصيد بالكلاب المعلمة ٣/١٥٢٩ ، حديث رقم ١٩٢٩ والبخاري ، في كتاب الذبائح والصيد ، باب صيد المعراض ٩/٦٠٣ ، حديث رقم ٥٤٧٦ ، ٥٤٧٧ ، وفي باب إذا أكل الكلب ٩/٦٠٩ حديث رقم ٥٤٨٣ ، وباب إذا وجد مع الصيد كلبا آخر ٩/٦١٢ حديث رقم ٥٤٨٦ ،ورواه أبو داود في الصيد ،باب الصيد ٣/٢٦٨-٢٦٩ ،حديث رقم ٢٨٤٧ ، ٢٨٤٨ ورواه أيضا الترمذي في الصيد ، والنسائي في الصيد ، ومالك في الموطأ في الصيد .

ففى هذا الحديث دلالة واضحة على حرمة الأكل من الصيود التى أكل منها الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم : (فان أكل فلا تأكل .. الحديث)

٢- واستدل اصحاب المذهب الثانى وهم القائلون بحرمة الصيود التى سبقت الأكل وما أكل منه بمايلى :

أولا : بالنسبة لعدم إباحة الأكل من الفريسة التى أكل منها : بحديث عدى المتقدم .

ثانيا : بالنسبة للصيود السابقة للأكل :

أحتج أبو حنيفة على حرمة الصيود المحرزة وغيرها : بأن الأكل من الصيد دليل على جهله من الإبتداء لأن علمه أمر خفى 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 صيوده المحرزة السابقة للأكل وعلى حرمة صيوده غير المحرزة بما يأتى :

إنَّ 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 ٩/٥٠-٥١ ، والزنجانى ص ١٧٤

بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل به المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه ، ولعدم الاحراز ، فحرمناها احتياطا) (١)

٣- واستدل الامام مالك ومن وافقه على إباحة جميع صيوده السابقة للأكل والتى أكل منها ، بالكتاب ، وقول الصحابى .

أولاً الكتاب :

بقوله تعالى : (فَكُلُواْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ)

فقاله : هو عام فى جميع الصيود التى أكل منها والتى لم يأكل منها

ثانيا : قول الصحابى :

أ - وذلك لما جاء فى الموطأ عن مالك أنه سمع نافعا(٢) 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 ديلمى 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 توفى عام ١١٧ هـ انظر ترجمته فى وفيات الاعيان ٥/٣٦٧ - ٣٦٨ ، والاعلام ٨/٣١٩

(٣) الموطأ ، باب ما جاء فى صيد المعلمات ص ٣٠٥ حديث رقم ٦

ب - وما جاء فى الموطأ قال : (حدثنى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول فى الكلب المعلم : (كل ما أمسك عليك وإن قتل وإن لم يقتل) (١)

ج - وما جاء فيه أيضا قال : (وحدثنى عن مالك أنه بلغه عن سعد بن أبى وقاص أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد فقال سعد : كل وإن لم يبق الا بضعة واحدة) (٢)

فهذه الآثار الثلاثة تدل على أن الكلب المعلم اذا أكل من فريسته لا يحرم هذا الأكل بقية الفريسة بل هى مباحة ، وان بقيت منها بضعة واحدة .

---

(١) الموطأ باب ما جاء فى صيد المعلمات ص ٣٠٥ ، حديث رقم ٥

(٢) الموطأ باب ما جاء فى 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 رجعيا، سواء أوقعه بنفسه أو طلق عليه الحاكم . (١)

جاء في مختصر خليل : (وطلق إن قال لا أطأ بلا تلوم) (٢)

وقال الخرشي شارحا لهذا : (يعني أن المولى إذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الغير مريضة - وهي الوطء - أو طلب منه السيد بعد أجل الإيلاء فقال عند ذلك : لا أفي - أي امتنع عن الوطء ومن الطلاق - فإن الحاكم يوقع عليه طلقة 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 ٤/٩٨ وأقرب المسالك وشرحه ١/٤٨٣، وبداية المجتهد ٢/١٠٢ والأم ٥/٢٧٣ وتكملة المجموع ١٦/٩٢، والمغني لابن قدامة ٧/٣٣١ وكشاف القناع ٥/٣٦٧

(٢) مختصر خليل مطبوع مع الخرشي ٤/٩٨

(٣) الخرشي ٤/٩٨

(٤) شرح أقرب المسالك ١/٤٨٣، وانظر الخرشي ٤/١٠٠

وجاء فى الأم : (وإذا أوقف المولى فطلق واحدة أو امتنع من الفيء بلا عذر فطلق عليه الحاكم واحدة ، فالتطليقه تطليقة يملك فيها الزوج الرجعة فى العدة .) . (١)

وجاء فى المهذب فى شأن تطليق الحاكم على الشخص الذى لم يفيء وإنه يكون رجعيا : (وعلى هذا يطلق عليه طلقة، وتكون رجعية) (٢)

وجاء فى المغنى : (الطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه ، وبهذا قال الشافعى .

قال الأثرم (٣) قلت لأبى عبد الله فى المولى : فان طلقها ، قال : تكون واحدة وهو أحق بها .) (٤)

---

(١) الأم ٥/٢٧٤ وانظر مغنى المحتاج ٣/٣٤٩-٣٥١

(٢) المهذب مطبوع مع شرحه تكملة المجموع ١٦/٩٢-٩٣ وانظر مغنى المحتاج ٣/٤٤٩ - ٤٥١

(٣) هو أحمد بن محمد بن هانيء 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 الجوهرى ويحى بن محمد صاعد وغيرهم له العلل فى الحديث ومسائل أحمد بن حنبل توفى عام ٢٦١هـ ، انظر طبقات الحنابلة ١/٦٦ - ١٧٤ وتاريخ بغداد ٥/١١٠-١١٢

(٤) المغنى لابن قدامة . ٧/٣٣

قال البهوتى : (فإن طلق المدخول بها واحدة فله رجعتها ما دامت فى العدة سواء أوقعه بنفسه أوطلق عليه الحاكم .)(١)

المذهب الثانى :

ذهب أبو حنيفة، وأبو ثور وأحمد فى الرواية المرجوحة عنه إلى أن طلاقه يقع بائنا . (٢)

جاء فى بداية المبتدىء فى شأن المولى : (فان لم يعتد بها حتى مضت أربعة بانت منه بتطليقة .) (٣)

الأدلة :

* استدل القائلون بأن الطلاق يقع رجعيا بالاستصحاب.

وذلك لأن الأصل فى الطلاق إذا وقع على مدخول بها ، ولم يكن بعوض ، وكان دون الثلاثة ، ولم يدل دليل على أنه بائن فانه يقع رجعيا . فيستصحب هذا الحكم فى الطلاق الواقع بالايلاء إذ لا دليل يدل على أنه بائن ، فيقع رجعيا . (٤)

قال الشيرازى : (لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا، كالطلاق فى غير الإيلاء .) (٥)

---

(١) كشاف القناع ٥ / ٣٦٧

(٢) انظر الهداية وشروحها ٤ / ٤٣ والمغنى ٧ / ٣٣١ ، وبداية المجتهد ٢ / ١٠٢ وتكملة المجموع ١٦ / ٩٢ - ٩٤

(٣) بداية المبتدىء ٦ / ٤٣

(٤) انظر المهذب مع شرحه تكملة المجموع ١٦ / ٩٢-٣٥ والمغنى ٧ / ٣٣١ وكشاف القناع ٥ / ٣٦٧ وبداية المجتهد ٢ / ١٠٢

(٥) المهذب ١٦ / ٩٢ وانظر تكملة المجموع ١٦ / ٩٢-٩٥ والمغنى ٧ / ٣٣١ وكشاف القناع ٥ / ٣٦٧

وقال ابن رشد مستدلا على وقوعه رجعيا : (لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع إنه 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 قالا (إذا آل فلم يفيء 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 ٢/١٠٢

(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 فتمضي أربعة أشهر ٥/١٢٨ وقال رجاله أخرج لهم الشيخان (رجال الصحيح)

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٣٣١

ثالثا : المعقول :

فقالوا:انه بايلائه منها ظلمها حقها،فجازاه الشارع بزوال نعمة النكاح عند مضى المدة .

والرجعى لا يفيد هذا ، لأنه بسبيل أن يردها الى عصمته ويعيد الايلاء،فتعين البائن لتملك نفسها،وتزول سلطته عليها،جزاءً لظلمه.

وقالوا أيضا : لأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر. (١)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٤/٤٣ ،والمغنى لابن قدامة ٧/٣٣١

المسألة السابعـــة :

الصلح على الإنكار أو السكوت

أجمع المسلمون على جواز الصلح بين المتخاصمين فى الأمـــوال وغيرها فى الجملة[1] لقوله تعالى : (والصُّلْحُ خَيرٌ) (٢)

ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرَّم حلالاً أو أحلَّ حراما) (٣)

واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار واختلفوا فى جوازه على الإنكار أوالسكوت على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهب الشافعية الى أنه لا يجوز الصلح على الإنكار أو السكوت قولا واحدا (٤)

قال الشافعى :

(وإذا ادعى الرجل على الرجل الدعوى فى العبد أو غيره، أو ادعى عليه خيانة عمدا أو خطئا، فصالحه مما ادعـــــاه من هذا كله، أو فى بعضه على شىء قبضه منه

---

(١) الصلح يتنوع أنواعا منها صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل وأهل البغى ، وصلح بين الزوجين إذا خيـــف الشقاق بينهما ، وصلح بين المتخاصمين فى الاموال وهذا موضوع البحث .

(٢) النساء آية ١٢٨

(٣) رواه الترمذى فى كتاب الاحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلح بين الناس ٣/٦٣٤-٦٣٥ حديث رقم ١٣٥٢ وقال حديث حسن صحيح وأبو داود فى الأقضيـــة باب في الصلح ٤/١٩-٢٠ حديث رقم ٢٥٩٤

(٤) انظر الام ٣/٢٢١ ، مغنى المحتاج ٢/١٧٩-١٨٠ تكملة المجموع ١٢/٣٩٢ ، والزنجانى ١٧٣ - ١٧٤

فان كان الصلح . والمدعى عليه يقر فالصلح جائز بما يجوز بـــه البيع، كان الصلح نقدا أو نسيئة .

وإذا كان المدعى عليه ينكر،فالصلح باطل،وهما على أصل حقهما ويرجع المدعى على دعواه،والمعطى بما أعطى.) (١)

قال النووى بعد أن ذكر النوع الأول من أنواع الصلح بين المتداعين وهو الصلح على الإقرار

(الثانى،الصلح على الإنكار،فيبطل إن جرى على نفس المدعى) (٢)

وقال الخطيب الشربينى شارحا لقول النووى : (النوع الثانى الصلح على الإنكار أو السكوت من المدعى عليه،كأن ادعى عليه شيئا فأنكر أو سكت،ثم صالح عنه،وقال فى تفسير قول النووى : (على نفس المدعى) كأن يدعى عليه دارا فيصالحه عليها،بأن يجعلها للمدعى ،أو للمدعى عليه كما يصدق بذلك عبارة المصنف. وكلا الصورتين باطل.) (٣)

المذهب الثانى :

ذهب أبوحنيفة ومالك وأحمد إلى جواز الصلح على الإقرار والسكوت والإنكار . (٤)

---

(١) الأم ٣/٢٢١ وانظر المهذب وشرحه تكملة المجموع ١٢/٣٩٢

(٢) المنهاج ٢/١٧٩ - ١٨٠

(٣) مغنى المحتاج ٢/١٨٠

(٤) انظر الهداية وشروحها ٧/٣٧٦ ، المدونة ٤/٣٧٤ شرح أقرب المسالك ٢/١٤٦ ،والخرشى ٦/٤ والمغنى ٤/٥٢٧

جاء فى بداية المبتدى:(الصلح على أضرب : صلح مع إقرار وصلح مع سكوت . وهو : أن لا يقر المدعى عليه،ولا ينكر،وصلح مع انكار،وكل ذلك جائز) (١)

وجاء فى المدونة فى الصلح على الإقرار:(قلت: أرأيت إن ادعيت على رجل مائة درهم،فصالحته من ذلك على خمسين درهما،الى شهر، قال:لا بأس بذلك إذا كان الذى عليه الحق مقرا.) (٢)

وجاء فى الصلح على الإنكار : (قلت أرأيت إن كان المدعى قبله ينكر،والمسألة بحالها؟

قال : لم أسمع من مالك فى الانكار شيئا،إلا أنّه مثل الإقرار لأن الذى يدعى،إن كان يعلم أنّه يدعى الحق ،فلا بأس أن يأخذ من مائة درهم خمسين درهما،الى أجل .

وإن أخذ من المائة درهم عروضا الى أجل، أودنانير الى أجل وهو يعلم أن الذى يدعى حق ، فلا يصلح ذلك لأنه لا يصلح أن يفسخ درهم فى عروض الى أجل ،أودنانير الى أجل .

وان كان الذى يدعى باطلا، فلايصلح أن يأخذ منه قليلاولاكثيرا.(٣)

---

(١) بداية المبتدى ٣٧٦/٧ وانظر بدائع الصنائع ٤٠/٦

(٢) المدونة ٣٦٤/٤ جـ ١١ ٣٦٤

(٣) المدونة ٣٦٤/٤

وجاء فى شرح أقرب المسالك : (الصلح جائز على إقرار أو إنكار أو سكوت إن لم يؤد الى محرم) (١)

قال صاحب الروض المربع : (ومن ادّعى عليه بعين أو دين فسكت أو أنكر وهو يجهله، أى: يجهل ما ادعى به عليه، ثم صالح عنه بمال حال أو مؤجل صح الصلح .) (٢)

قال ابن قدامة : (والصلح الذى يجوز هو أن يكون للمدعى حق يعلمه المدعى عليه، فيصطلحان على بعضه، فإن كان يعلم ماعليه فجحده فالصلح باطل) (٣)

قال ابن قدامة : (وجملة ذلك ان الصلح على الإنكار صحيح) (٤)

والمقصود عند المجوزين للصلح على الإنكار : ظاهر الحال، لا الباطن، لأن المدعى قد يكون كاذبا فى دعواه، فيتم الصلح فهنا يكون الصلح صحيحا ظاهرا ، باطلاً باطناً .

ويوضح هذا ما جاء فى الخرشى فى شرحه قال : (وكذا يجوز الصلح على الإنكار باعتبار عقده، وأما فى باطن الأمر فإن كان الصادق المنكر، فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال) (٥)

---

(١) شرح أقرب المسالك ٢/١٤٦ ، وانظر الخرشى ٦/٤

(٢) الروض المربع مع حاشية عبد الرحمن بن قاسم عليه ٥/١٤٢

(٣) مختصر الخرقى ٤/٥٢٧

(٤) المغنى ٤/٥٢٧

(٥) الخرشى ٦/٤

وما قاله ابن قدامة شارحا القول الخرقي : (فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصُّلح باطل . يعني في الحقيقة ، وأما الظاهر لنا فهو الصحة؛ لأننا لا نعلم بباطن الحال، وإنما ينبني الأمر على الظواهر والظاهر في المسلم السلامة .) (١)

الأدلـــة :

١- استدل الشافعية على مذهبهم في عدم صحة الصلح على الانكار أو السكوت بالاستصحاب وأيدوا استدلالهم هذا بعمومات من الكتاب والسنة ، والقياس .

أولا : الاستصحاب :

ووجه الاستدلال بالاستصحاب: أن الله تعالى خلق الذمم بريئة عن جميع الحقوق فلا تشغل إلا بدليل يدل على شغلها .

والمنكر للدعوى أو الساكت ذمته بريئة ، ولم يقم دليل على شغلها بالمدعى به، فلا يصح الصلح على شيء هو بريء منه، بل يبطل الصلح استصحابا لأصل براءة الذمة .

وذلك لأنَّ التمسك بأصل براءة الذِّمة كما يدفع الدعوى عن المدعى، يتعدى إلى المدعي في ابطال دعواه، فيصير كأن المدعى عليه أقام بينة على أن ذمته فارغة عن حق الغير، فما لم يقم المدعي بينة على دعواه، لم يثبت على المدعى عليه الشيء المدعى به . (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٢٧

(٢) انظر الزنجاني ص ١٧٣-١٧٤ ، والتلويح على التوضيح ٣/٣٧ ، وكشف الأسرار ٣/٣٧٨ ، وانظر تيسير التحرير ٤/١٧٨

قال الزنجاني :

(إن الصلح على الإنكار باطل عند الشافعي رضي الله عنه لأن الله تعالى خلق الذمم بريئة عن الحقوق، فثبتت براءة ذمة المنكر بخلق الله تعالى ، ولم يقم الدليل على شغل ذمته، فلا يجوز شغلها بالدين فلا يصح الصلح.) (١)

وبناء 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 لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنكُمْ . . . الاية) (٢)

جاء في تكملة المجموع (الصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل لأن من ادعى على غيره دارا في يده، 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 المنهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم (الصُّلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرَّم حلالا أو أحل حراما)(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 ٥٥٢ من هذه الرسالة

فقالوا : (وهذا المُدَّعى لا يخلو إما أن يكون صادقا، أو كاذبا، فان كان كاذبا: فهذا الصلح الذى يصالح به يحل له ما هو حرام عليه .

وإن كان صادقا: فإنه يستحق جميع ما يدعيه . فإذا أخذ بعضه بالصلح ، فالصلح حرم عليه الباقى الذى كان حلالا ، فوجب أن لا يجوز) (١)

كما أيدوا ذلك بالقياس فقالوا :

١- ان الصلح لا يجوز فى حق المدعى قياسا على من باع مال غيره، ولا يجوز فى حق المدعى عليه قياسا على من ابتاع مال نفسه من وكيله .

قال الشيرازى مستدلا على عدم صحة الصلح على الإنكار : (لأن المدعى اعتاض عمّا لا يملكه، فصار كمن باع مال غيره .

والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال 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 فكذلك لا يجوز فى الصلح على الانكار هنا .

قال الخطيب الشربينى : (وانما امتنع الصلح على غير اقرار خلافا للأئمة الثلاثة، قياسا على ما لو أنكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شىء) (٣)

---

(١) تكملة المجموع ١٢ / ٩٣-٩٤ وانظر مغنى المحتاج ٢ / ١٧٩- ١٨٠

(٢) المهذب مطبوع مع شرح تكملة المجموع عليه ١٢ / ٣٩٢

(٣) مغنى المحتاج ٢ / ١٨٠

واستدل الذين قالوا بجواز الصلح على الإنكار أو السكـــوت بالكتاب ، والسنة ، والمعقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : (والصُّلْحُ خَيرٌ) (١)

فقالوا: وصف الله تعالى جنس الصلح بالخير ، ومعلوم أنَّ الباطل لا يوصف بالخير، فكان كلُّ الصلح مشروعا بظاهر هذا النَّص إلاَّ ما خـــصّ بدليل .) (٢)

أما السُّنَّة فمنها :

* ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول اللّه صلَّى اللّه عليـــه وسلَّم قال : (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرَّم حلالاً ، أو أحل حراما) (٣)

ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم : (أحلَّ حراما) أى : لعينـــه كالخمر ولحم الخنزير أو صالحه على استرقاق ، أو احلال بضع محرم

ومعنى قوله : (أو حرم حلالا) أى : كأن صالحه على أن لا يطأ الضرة (٤)

---

(١) النساء آية ١٢٨

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للإمام علاء الدين أبى بكر بـــن مسعود الكاسانى (دار الكتاب العربى بيروت ط/٢، ١٣٩٤ - ١٩٧٤م) ٦/٤٠

(٣) رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح تقدم تخريجه ص ٥٥ من هذه الرسالة

(٤) انظر الهداية وشروحها ٧/٣٧٩ ،والمغنى لابن قدامة ٣/٥٢٨ ، وشرح أقرب المسالك ٢/١٤٦ ، وحاشية الروض المربع ٥/١٤٢

أما المعقول : فقالوا :

إن هذا الصلح صلح بعد دعوى صحيحة، فيقضى بجوازه ، لأن المدعى يأخذ المصالح عليه عوضا عن حقه فى زعمه، وهذا مشروع .

والمدعى عليه يدفعه لقطع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس .

وعلى فرض أنه رشوة ، فإن الرشوة لرفع الظلم أمرٌ جائز شرعا وتكون العقوبة على الآخذ لا الدافع . (١)

وهذه المسألة خالف فيها الشافعيةَ المالكيةُ والحنابلةُ مع أنهم يقولون بالاستصحاب :للأدلَّة التَّى استدلوا بها على جواز الصُّلح على الإنكار أو السكوت، وهذه الأدلَّة صالحة لتغيير حكم الاستصحاب عندهم وذلك لأنَّ القيد الذى يجعل الاحتجاج بالاستصحاب جائزا عدم وجود المغير فحيث وجد لم يجز الاحتجاج بالاستصحاب .

وهذا المغير موجود فى هذه المسألة، وهى الأدلة التى استدلوا بها على جواز الصلح على الإنكار أو السكوت .

أما الشافعية: فإنهم لم يروا أن هذه الأدلة صالحة لتغيير حكم الاستصحاب، بناء 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 ، استصحابا لبراءة الذمة .

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٧/ ٢٧٩ ، والمغنى لابن قدامة ٤/ ٢٥٨ وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٤

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 أي : الحنفية ؛ لأن الاستصحاب لا يصلح حجة للإثبات ، فلا تثبت براءة ذمة المدعى عليه بالاستصحاب) (١)

وذلك لأن البراءة عندهم دافعة للدعوى فقط ، وليست بحجة على المدعي .

قال البخاري : (ونحن جعلنا البراءة دافعة للدعوى ، ولم نجعلها حجة على المدعي بل صار دعوى المدعي ، إلى أن المدعي حقي . وملكي ، معارضا لإنكار المنكر على السواء ، فإنه خبر محتمل أيضا ، فكما لا يكون خبر المدعي حجة على المدعى عليه في إلزام التسليم إليه لكونه محتملا ، فكذلك خبر المدعى عليه لا يكون حجة على المدعي في إبطال دعواه وفساد الاعتياض بطريق الصلح .) (٢)

وقال رحمه الله : (وتقرير آخر إن قول المدعي معتبر في حقه دون خصمه ، وإنكار خصمه ليس بمعتبر في حق المدعي ، فكانا سواء في أنهما ليسا بحجتين في حق كل واحد منهما ، فجوزنا الصلح .) (٣)

---

(١) تيسير التحرير مرجع سابق ٤/١٧٨

(٢) كشف الاسرار - مرجع سابق ٣/٣٧٨

(٣) المصدر نفسه والصفحة نفسها

المسألة الثامنـــة :

حكم ما لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث وأقام كلٌّ واحدٍ منهما بينة على دعـــــــوا ه

اختلف العلماء فى حكم ما لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث،وأقام كل واحد منهما بينة على ملكيته لها،وأنكر من بيده العين ملكيتهما لهما وادعاها لنفسه،ولا بينة له فلمن تكون هذه العين ؟

اختلف العلماء على مذهبين :-

المذهب الاول :

ذهب المالكيةُ ،والشافعيةُ،والحنابلةُ فى الصحيح من مذهبيهما (١) إلى أن البينتين إذا تعارضتا تساقطتا،وبقيت العين مع من بيـــده استصحابا للأصل قبل الشارع . (٢)

قال خليل : (وإن تعذر ترجيح سقطتا وبقى بيد حائزه) (٣)

---

(١) يقابل هذا الرأى رأى آخر وهو أن البينتين تستعملان وبناء على هذا:تؤخذ العين من صاحب اليد وفى التصرف فيها روايتان الأولى : تقسم بينهما ، والثانية : يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة أخذ العين.وللشافعى رواية ثالثة:بأن العين توقف حتى يصطلحا انظر المهذب وشرحه تكملة المجموع ١٩ /٢٦٣-٢٦٤ ، والمغنى لابن قدامة ٩/٢٨٨-٢٧٩

(٢) انظر الشرح الكبير ٤/٢٢٢ وشرح أقرب المسالك ٢/٣٧٥ ، والمهذب وشرحه تكملة المجموع ١٩/٢٦٣

(٣) مختصر خليل مطبوع مع الشرح الكبير ٤/٢٢٢

قال الدردير فى شرح هذا القول : (وإن تعذر ترجيح لإحدى بينتين تعارضتا سقطتا، وبقى المتنازع فيه بيد حائزه،أى : الحائز له غير المتنازعين) (١)

قال الدسوقى (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 بيده بغير تحالف عند المالكية قال الصاوى : (إذا كان يدعيه سقطت البينتان وبقى بيده حوزا) (٤)

وقال النووى فى المنهاج (إدعيا عينا فى يد ثالث،وأقام كل منهما بينة سقطتا) (٥)

---

(١) الشرح الكبير ٤/٢٢ وانظر شرح أقرب المسالك ٢/٣٧٥

(٢) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى، من أهل دسوق بمصر كان من المدرسين بالأزهر،له حاشية على السعد التفتازانى،وحاشية على الشرح الكبير لمختصر خليل، وحاشية على أم البراهين فى العقائد توفى عام ١٢٣٠هـ انظر ترجمته فى شجرة النور الزكية ٣٠٦١-٣٦٢ والأعلام ٦/٢٤٢

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٢٢٢

(٤) بلغة السالك (حاشية الصاوى على شرح أقرب المسالك) ٢/٣٧٥

(٥) المنهاج للنووى ٤/٤٨٠

قال الخطيب الشربيني : (سقطتا لتناقض موجبهما ،فاشبه 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 : (وصار كأن لا بينة عندنا،وتقر الدار بيد الثالث) (٢)

وقال البهوتي:(وإن لكلٍّ واحد منهما ـ أي بينة ـ تعارضتا لتشابهما في عدم اليد) . (٣)

ثم قال : (وإن ادعاها ـ أي العين المتنازع فيها ـ صاحب اليد لنفسه ولو بعد التعارض،حلف لكل واحد منهما يمينا،وهي ـ أي العين ـ له بترجيح جانبه بوضع اليد) . (٤)

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٨٠ ، وانظر المهذب وشرحه تكملة المجموع ١٩/٣٦٣ - ٣٦٤

(٢) الزنجاني تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٥

(٣) البهوتي ، كشاف القناع ٦/٣٩٤

(٤) المصدر نفسه ٦/٣٤٤ ، وانظر المغني ٩/٢٨٨-٢٨٩

المذهب الثانى :

ذهب الحنفية إلى أن العين يقضى بها بينهما نصفين ،وهـــذا مذهب أهل الظاهر (١)

قال صاحب بداية المبتدىء (وإذا ادعى اثنان عينا فى يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) (٢)

وجاء فى تنوير الأبصار : (ولو برهن خارجان على شىء قضى به بينهمـا) (٣)

قال ابن عابدين : (يعنى إذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه،ولم يذكر سبب الملك ، ولا تاريخـــه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية.) (٤)

الأدلـــــة:

استدل القائلون بأن العين تبقى مع من بيده بالاستصحاب،ووجه الاستدلال بالاستصحاب: ،أن اليد دليل الملك فإذا ادعى العين وتنازع فيها خارجان وقدم كل واحد منهما بينة على ملكيتهما:تساقطت البينتان لتعارضهما،إذ لا مرجح لأحداهما على الأخرى،واذا سقطتـا

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٢٢٨/٧ وحاشية ابن عابدين ٥٧١/٥ والمحلى لابن حزم ٤٣٦/٩

(٢) بداية المبتدىء ٢٢٨/٧ وانظر البداية 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 بينة

قال الدردير : (سقطتا لتعارض موجبهما وبقى المتنازع فيه بيد حائزة) (١)

وقال الشيرازى : (لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالنصين فى الحادثة .

فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما.) (٢)

وقال البهوتى : (تعارضتا لتساويهما فى عدم اليده فيصيران كمن لا بينة) (٣)

وقال الزنجانى : (تعارضت البينتان وتساقطتا، وصار كأن لا بينة عندنا، وتقر الدار بيد الثالث؛ تمسكاً بالإستصحاب .)(٤)

ومعنى هذا : أنه لمّا كان الأصل : "بقاء ما كان على ما كان" وكانت هذه العين بيد هذا الشخص قبل التنازع، وسقطت البينتان لتعارضهما ، بقى ملكه على ما كان عليه استصحابا؛ لأنّ اليد دليل الملك فى الظاهر .

* واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من قسمة العينين بين المتخاصمين، بالسنة والمعقول .

---

(١) شرح أقرب المسالك ٢ / ٣٧٥

(٢) المهذب ١٩ / ٢٦٣ ، وانظر تكملة المجموع عليه ١٩ / ٢٦٣ ، ومغنى المحتاج ٤ / ٤٨٠

(٣) كشاف القناع ٦ / ٣٩٥ ، وانظر المغنى ٩/ ٢٨٨-٢٨٩

(٤) الزنجانى تخريج الفروع على الاصول ص ١٧٥

أما السنة :

فما روى عن قتادة (١) رضى الله عنه : (أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبى 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 بالتنصيف ، إذ المحل يقبله ، وانما تنصف لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وهو الشهادة . وذلك لأن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما، فإن الصدق مما لا يطلع عليه العباد، فالمعتبر فى الشهادة ظاهر الحال . (٣)

والحنفية لم 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 بدرًا والمشاهد كلها روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعة أحاديث توفى عام ٢٣هـ انظر ترجمته فى الإصابة ٣/٢٢٥-٢٢٦ والأعلام ٦/٢٧

(٢) رواه ابو داود فى الأقضية باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة ٤/٣٦ حديث رقم ٣٦١٥ قال المنذرى أخرجه بإسناد كلهم ثقات ، انظر مختصر سنن ابى داود للحافظ ابى عبد الله عبد العظيم بن عبد الله المنذرى تحقيق الشيخ محمد حامد الفقى (مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م) ٥/٢٣٣

(٣) انظر الهداية ، وشرحها تكملة شرح فتح القدير ، والعناية شرح الهداية ٧/٢٢٨

المسألة التاسعة :

حكم ما لو ادعى أحد الورثة وكان مخالفا لمورثه في الدين، أن 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 في الدين مدعيا أن مورثه مات على دينه، أو أنه 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 .

وفي 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 ١١٠ هـ بأصبهان، وكان أبوه واليا عليها ، فحفظ القرآن وتلقى العلم عن أئمة عظام ، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه، فكان من أئمة المذهب الحنفي توفي عام ٢٥٨ انظر ترجمته في 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 يدعـــى التَّغيُّر،الا بدليل . (١)

جاء في مختصر خليل : (ولو ادعى أخ أسلم،أن أباه أسلم فالقول للنصراني .) (٢)

قال الخرشي شارحا هذا القول : (موضـــوع 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 لاحدهما فالقول قول النصراني .) (٣)

---

(١) انظرالخرشي 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 القنـاع٤٠٢/٦ ، والهداية وشروحها ٤٢٦/٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجـــيم ص ٦٤ - ٦٥

(٢) مختصر خليل مطبوع مع شرح الخرشي عليه ٢٣٣/٧

(٣) الخرشي ٢٣٧/٧ ، وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢٢٤/٤

قال العدوى (١) : (وعكسه كذلك وهو : ما إذا اتفقا على أن الأب مسلم بحسب الأصل ثم تنازعا بعد موته .

فقال المسلم : إنه مات على الاسلام . وقال النصرانى : إنه مات نصرانيا فالقول للمسلم) (٢)

وجاء فى الأم : (ولوكان رجل يعرف بالنصرانية، فمات وترك ابنين، أحدهما مسلم، والآخر نصرانى فادعى النصرانى 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 للنصرانى حتى يعلم إسلامه) (٣)

وجاء فى كشاف القناع (ولو مات عن ابنين مسلم وكافر فادعى كل منهما أنه أى الأب مات على دينه .

فان عرف أصل دينه من إسلام أو كفر فالقول قول من يدعيه (٤)

---

(١) هو على بن احمد بن مكرم ، الصعيدى، العدوى ، فقيه مالكى مصرى ولد عام ١١١٢هـ فى بنى عدى من قرى منفلوط بمصر، كان شيخ الشيوخ فى عصره ، له حاشية على كفاية الطالب الربانى فى شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى ، وحاشية على شرح العزية للزرقانى وحاشية على شرح عبد السلام للجوهرة فى التوحيد توفى عام ١١٨٩هـ انظر شجرة النور ٢٤١-٢٤٢ ، والاعلام ٥/٦٥

(٢) حاشية العدوى على الخرشى ٧/٢٣٣ وانظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٢٢٤

(٣) الأم للشافعى ٦/٢٣٣ وانظر مغنى المحتاج ٤/٤٨٦-٤٨٧

(٤) كشاف القناع ٦/٤٠٢ وانظر المغنى ٩/٣١١

وجاء فى مغنى المحتاج : (ولو مات نصرانى عن ابنين مسلم ونصرانى فقال المسلم : أنا أسلمت بعد موته فالميراث مشترك بيننا فقال النصرانى : بل أسلمت قبله فلا ميراث لك بل هو لى . صدق المسلم بيمينه) (١)

وقال الشافعى فى الأم (واذا مات المسلم وله أمرأة 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 : انما 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 كشاف القناع ، ٦/٤٠٣

المذهب الثانى :

ذهب الحنفية ما عدا زفر إلى أن القول قول من يدفع الإرث فى كل هذه الصور وما يشابهها.(١)

جاء فى الهداية: (وإذا مات نصرانى، فجاءت أمرأته مسلمة 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 مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة : أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا .) (٣)

الأدلة :-

١- استدل الجمهور على مذهبهم بالاستصحاب :

ووجه الدلالة: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه، فالشخص الذى عرف عنه أنه على دين معين فما لم يقم دليل على انتقاله من ملته الى ملة أخرى، يبقى على ما كان عليه . وعلى الذى يدعى التغيير الدليل على انتقاله لأن انتقاله أمر عارض، والأصل فى الأمور العارضة العدم.

فإذا جاء من كان موافقا لمورثه فى دينه مخالفا له بعد موته ، ولم تقم بينة على أنه انتقل من دينه

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٦/ ٤٢٥-٤٢٧ وابن نجيم الاشباه والنظائر ص ٦٤-٦٥ وعلى حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٢٦

(٢) الهداية ٦/ ٤٢٥/ ٤٢٦ وانظر تكملة شرح فتح القدير والكفاية والعناية الجزء نفسه والصفحة نفسها

(٣) الهداية ٦/ ٤٢٦

قبل موت مورثه، وجاء يدعى بأن انتقاله تمّ بعد موت مورثه،وأنكره الورثة كان القول قوله؛ استصحابا لحكمه السابق من موافقته لمورثه .

• 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 المخالفلدينه انتقل من دينه قبل موته وأصبح موافقا له فى دينه،كانالقول قول الورثة لأنهم يدعون الأصل .

ومن يدعى التغيير يخالف الأصل بأمر عارض"والأصل فى الأمور العارضة العدم". أما التغيير الذى حصل فى كل ما ذكر،فإنه أمر حادث فلا يصلح لتغيير حكم الأصل والأصل فى كل حادث تقدير بأقرب زمن . (١)

وعلى هذا كانت هذه القاعدة مطردة فى كل الأمثلة المشابهة لهذه المسائل عند الجمهور .

قال الدردير تعليلا لمسألة من أدعى إسلام أبيه قبل موته وهو مسلم وأنكره بقية الورثة الكفار قال : (فالقول قول النصرانى استصحابا للأصل المتفق عليه) (٢)

وقال الشافعى فى هذه المسألة أيضا (فهو على الأصل وميراثه للنصرانى حتى يعلم إسلامه) (٣)

---

(١) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه٢/ ٢٢٤ ،والخرشى وحاشية العدوى عليه٧/ ٢٣٣ والأم ٦/ ٢٣٣-٢٣٤ ومغنى المحتاج ٤/ ٤٨٦ والمغنى لابن قدامة٩/ ٣٣١-٣١٤ والهداية وشروحها ٦ /٤٢٥- ٤٢٧ والأشباه والنظائر ٦٤-٦٥ ودرر الحكام ١/ ٢٦

(٢) الشرح الكبير ٢/ ٢٢٤ وانظر الخرشى ٧/ ٢٣٣

(٣) الام ٦/ ٢٣٣

وقال البهوتى : (لأن الأصل بقاؤه 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 بقاؤها على الكفر، فيكون القول قول الورثة بيمينهم.) (٥)

وقال الشافعى فى حكم ما لو ادعى الورثة أنها كانت ذمية ولم يثبت 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) كشاف القناع ٦/٤٠٢ وانظر المغنى ٩/٣١١

(٢) حاشية العدوى على الخرشى ٢/٢٣٣ وانظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير

(٣) الأم للشافعى ٦/٢٤٢

(٤) المغنى ٩/١٣٤

(٥) كشاف القناع ٦/٤٠٣

(٦) الأم ٦/٢٣٤

وقال البهوتى (.. فقولها لأنهم اعترفوا بالزوجية التى هى سبب الإرث، وادعوا ما يسقطه والأصل عدمه) (١)

وقال الشربينى 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 عندهم يصلح للدفع لا للاثبات، فيدفع بالاستصحاب قول من يدعى ثبوت الإرث .

ولما كان الاستصحاب عندهم لا يثبت حكما، كان القول قول الورثة فى 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 الأرث 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، فانه يجعل الحال حكما فيه .

---

(١) كشاف القناع ٦/٤٠٣

(٢) مغنى المحتاج ٤/٤٨٦ وانظر المغنى ٩/٣١٤

فاذا كان جاريا فى الحال،عطف جريانه على الماضى،وكان القول قول رب الطاحونة،وإذا كان منقطعا فى الحال،عطف انقطاعه على الماضى وكان القول قول المستأجر .

وإنما ذهبوا إلى هذا الحكم تمسكاً بالاستصحاب المقلوب،ليدفعوا به الإرث لأن الاستصحاب يدفع دعوى الثبت ولا يثبت حكما عندهم .

أما المرأة التى جاءت مسلمة مدعية إسلامها قبل موت مورثها المسلم وكانت فيما قبل تعرف بالنصرانية،فاعتبروا القول فيها قول الورثة أيضا .

إلا أنهم حكموا بهذا استصحابا للماضى فى الحاضر،ولم يعتبروا استصحاب الحال فى الماضى،لئلا يؤدى إلى استحقاق الإرث والاستصحاب عندهم لا يصلح لذلك . (١)

قال صاحب الهداية موضحا ما ذهبوا اليه فى هذه المسألة:(ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، وهى محتاجة إليه .

أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث) (٢)

أى والاستصحاب يكفى للورثة لدفع الاستحقاق،وهواستصحاب ما فى الماضى من كفرها فى الحال،وظاهر الحدوث يشهد لهم ؛ لأن الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن،فيقدر حدوث إسلامه فى أقرب زمن وهو بعد موت مورثها . (٣)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ١٦/٤٢٦ - ٤٢٧ وانظر ابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٦٤ - ٦٥ ،ودرر الحكام ١/٢٦

(٢) الهداية ٦/٤٢٧

(٣) انظر تكملةشرح فتح القدير ٦/٤٢٧ وابن نجيم الاشباه والنظائر ص ٦٤-٦٥

وعلى هذا فالمسألتان اللتان تقدمتا - وهما مسألة النصرانية التى ادعت إسلامها بعد موت مورثها النصرانى ، والنصرانية التى ادعت اسلامها قبل موت مورثها المسلم - مبنيتان على الاستصحاب والاستصحاب فيهما معا اعتبر للدفـــع لا للاستحقاق .

قال صاحب التكملة(١) : (فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو : أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق) (٢)

جاء فى الكفاية : (فالحاصل : أن المرأة تتمسك فى هذه المسألـــة - أى مسألة النصرانية التى ادعت أنها أسلمت قبل موت مورثها المسلم - بما تمسك به الورثة فى المسألة الأولى - أى مسألة المرأة النصرانية التى ادعت أنها أسلمت بعد موت مورثها النصرانى - والورثة يتمسكون بما تمسكت بـــه المرأة فى المسألة الأولى غير أنها - أى المرأة - فى المسألتين تتمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثباتـــه، والورثة هم الدافعون فى المسألتين .) (٣)

وقال صاحب العناية (٤) : تعليقا على قول صاحب الهداية : (وأمـــا

---

(١) هو أحمد بن محمود وفى رواية بن فورد الرومى، شمس الدين، المعروف بقاضى زاده، فقيه مشارك فى كثير من العلوم، له نتائج الافكار فـــى شرح الرموز والافكار، أكمل به شرح فتح القدير لابن الهمام فى فروع فقه الحنفية ، وله تعليق على التلويح للتفتازانى وغير ذلك توفى عام ٩٨٨هـ انظر معجم المؤلفين ٢ / ١٧١

(٢) تكملة شرح فتح القدير ٦ / ٤٢٧

(٣) الكفاية على الهداية ٦ / ٤٢٧

(٤) هـــو محمد بن محمد بن محمود البابرتى، يلقب بأكمل الدين، ولـــد عـام ٧١٤هـ حنفى المذهب، أصولى وأديب ونحوى ومتكلم، أخذ عن قوام الدين محمد بن محمد الكاكى ، وابن حيان النحوى، وابن عبد الهادى وغيرهم ، له العناية شرح الهداية فى الفقه (الحنفى للمرغينانى)، وله شرح على مختصر بن الحاجب فى الأصول، وشرح على اصول فخـــر الاسلام البزدوى ، وغير ذلك، انظر ترجمته فى الفوائد البهية صـ ١٩٥ - ١٩٩ والفتح المبين للمراغى ٢ / ٢٠١

الورثة فهم الدافعون)

قوله : (وأما الورثة فهم الدافعون،إشارة إلى معنى آخر،وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب .

أما الاول : فلأن نصرانية إمرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاما حادثًا . فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى،هو من النوع الأول - أي استصحاب الماضي في الحاضر -

وبالنظر الى ماهو موجود في الحال ، والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى : هو من النوع الثاني - أي استصحاب الحاضر في الماضي - . فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها،كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم .

وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة،والإسلام حادث فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت،والنظر إلى الاسلام أن يكون ثابتا قبل موته .

فلو اعتبرناه - أي الإسلام - لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول - أي النصرانية - ليكون دافعا ،والورثة هم الدافعون.) (١)

---

(١) العناية على الهداية ٦/٤٢٧ ، وانظر ابن نجيم الاشباه والنظائر ص ٦٤ - ٦٥ .

المسألة العاشرة :

القضـــاء بالنكـــول

إذا توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل، هل يقضى عليه بمجـــرد نكوله أم توجه اليمين علـى المدعى؟ : اختلف الفقهاء فى ذلك علـــــى مذهبين (١)

المذهب الاول :

ذهب المالكيةُ ، والشافعيةُ، والحنابلةُ فى قول لهم:أنه لا يقضـــــى على المدعى عليه بمجرد نكوله،بل ترد اليمين إلى المدعى ويوجه القاضـى إليه اليمين،فإذا حلف استحق مايدعيه،وحكم له القاضـى به وان امتنـــع سقطت الدعوى . (٢)

---

(١) اكتفيت بذكر الأقوال المعتمدة فى المذاهب الأربعة ومن وافقهم فـــى هذه المسألة،وهناك مذاهـب 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 جازما بالحق،أو كان الفعـــل صادرا منه ، أما اذا كان غير جازم به،فيحكم على المدعى عليـــه بالنكول،ولا ترد اليمين إلى المدعى . انظر بداية المجتهـــد ٢/٤٩٩-٤٧٠ وابن القيم محمد بن أبى بكر- الطرق الحكميـــة (بيروت دار الكتب العلمية) ص ٨٧،و ١١٨ - ١٢٣

(٢) انظر أقرب المسالك ٢/٣٧٨،وكفاية الطالب الربانى شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر) ٢/٣١٢ والشرح الكبير ٤/٢٣٢والأم ٤/٣٧ ، ومختصر المزنى مطبوع مع الأم ٤/٣٠٩ ،ومغنى المحتاج ٤/٤٧٧ ،والمغنى لابن قدامة ٩/٢٣٥ وبداية المجتهد ٢/٤٦٩ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٧

جاء فى شرح أقرب المسالك (وإن نكل المدعى عليه حيث توجهت اليمين عليه فى 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 فى كفاية الطالب الربانى : (وإذا نكل المدعى عليه،بأن قال لا أحلف مثلاً لم يقض أى : لم يحكم للطالب،وهو المدعى بمجرد نكول المدعى عليه،حتى يحلف الطالب فيما يدعى فيه معرفة . أى:علماً بصفة الشىء المدعى فيه وقدره.) (٢)

وجاء فى مختصر المزنى : (قال الشافعى رحمه الله : لا يقوم النكول مقام الإقرار فى شىء 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 ٢/٣٧٨

(٢) كفاية الطالب الربانى ٢/٣١٢

(٣) مختصر المزنى ٤/٣٠٩

(٤) المنهاج للنووى ٤/٤٧٧

المذهب الثاني :

ذهب الحنفية، والحنابلة،في المشهورعنهم،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 البهوتى : (فإن 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 البهوتى (وما يقضى فيه بالنكول هو المال ،ومايقصد به المال.

... ومن لم يقض عليه بنكوله إذا نكل خلى سبيله،ولم يحكم عليه بالنكول فى غير المال ومايقصد به المال . (٥)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٧/١٦٥-٦٦ ،والمغنى لابن قدامة ١٩/٢٣٥ وكشاف القناع ٦/٣٣٨ - ٣٣٩

(٢) بداية المبتدى ٧/١٦١

(٣) المصدر نفسه ٧/١٦٥

(٤) كشاف القناع ٦/٤٤٨

(٥) كشاف القناع ٦/٤٤٨ مع تصرف يسير وانظر المغنى ٩/٢٣٧

الأدلـــة :-

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم صحة القضاء بالنكـــول بالاستصحاب، وعلى وجوب رد اليمين على المدعى : بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

* ووجه الاستدلال بالاستصحاب على عدم صحة القضاء بالنكـــول : أن الأصل : براءة ذمة المدعى عليه، من المدعى به، فان لم يَقُمْ دليل يدل على شغلها، أو يغلب على الظن شغل ذمته بهذا الشيء المدعى به لا يقضى عليه بمجرد نكوله؛ استصحابا 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 يقض 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 أُعوِزَ يقينا على النفي استصحابا للبراءة الأصلية . .) (٢)

---

(١) انظر مغني المحتاج ٤/٤٧٧ ، وتخريج الفروع على الأصول ص١٧٤-١٧٥ ، ووسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات والاحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي (دمشق : دار البيان ط/١ ، ١٤٠٢-١٩٨٢م) ص ٣٩٧ ، والطرق الحكمية لابن القيم ١١٨ ، وإعلام الموقعين ١/١٠١

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٧٤-١٧٥

وأما استدلالهم على وجوب رد اليمين على المدعى فقد استدلوا :

١- أولا الكتاب :

بقوله تعالى : (فإن عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ . ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَن يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَن 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 البخاري والترمذي وأبو داود وغيرهم عن ابن عباس رضي الله عنه قال (خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري، وعدي بن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته فقدوا جاما من فضة مخوصا من ذهب، فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم وجد الجام بمكة فقالوا : ابتعناه من تميم وعدي، فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله : لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم، فقال : وفيهم نزلت الآية : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الموتُ . . الآية رواه البخاري بهذه اللفظ باب قول الله عز وجل : يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم . . الآية، ٥ / ٤٠٩ - ٤١٠ حديث رقم ٢٧٨٠، ورواه الترمذي في التفسير رقم ٣٠١١ وأبو داود في شهادة أهل الذمة حديث رقم ٣٦٠٦

(٢) انظر الأم ٧ / ٣٤، ومغني المحتاج ٤ / ٤٧٧، الطرق الحكمية ص ٨٦، ووسائل الاثبات للزحيلي 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 نكل المدعى عليه .

ب - وما رواه سهل بن أبى حثمة (٢) ورافع بن خديج (٣) أن مُحَيِّصَة بن (٤)

---

(١) رواه أبو عبد الله الحاكم النيسابورى فى المستدرك على الصحيحين (مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب) ٤/١٠٠ قال الحاكم وهو صحيح الاسناد ورواه البيهقى فى السنن الكبرى ١٠/١٨٤

(٢) هو سهل بن أبى حثمة بن ساعدة بن عامر . . الأنصارى الاوسى، ولد سنة ٣ من الهجرة ،أختلف فى اسم أبيه فقيل عبد الله ، وقيل عامر، وكان عمره عند موت النبى 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 الإصابة ٢/٨٦ ، والاستيعاب ٢/٦٦١

(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 لصغر سنه ثم أجازه يوم أحد فشهد أحدا ، والخندق، وشهد مع على رضى الله عنه صفين ، روى عنه ابن عمر ومحمد بن لبيد ،والسائب بن أبى يزيد ،وأسيد بن ظهير ومجاهد وعطا،والشعبى، وغيرهم توفى عام ٧٤ هـ انظر ترجمته فى الاستيعاب ٢/٤٧٩ - ٤٨٠

(٤) هو مُحَيِّصَة بن مسعود بن كعب بن مجدعة الأنصارى الخزرجى ، يكنى بأبى سعيد،أخو حُوَيِّصَة وعم عبد الرحمن،وعبد الله بن سهل،شهد أحدا ومابعدها ،وبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أخيه حُوَيِّصَة إلى فدك،روى عن النبى صلى الله عليه وسلم،وروى عنه ابنه سعد،وابن ابنه حرام بن سعد ،وبشير بن يسار،وغيرهم،انظر تهذيب التهذيب ١٠/٦٧

مسعود وعبد الرحمن بن سهل (١) انطلقا قبل خيبر فتفرقا فى النخـــل فقتل عبد الله بن سهل (٢) فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنـــا عمه حُوَيِّصَة (٣) وَمُحَيِّصَة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيه، وهو أصغر منهم، فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : كَبِّرْ الكُبْرَ . أو قال: ليبدأ الأكبر، فتكلما فى 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 الأنصارى ، يقال أنه شهد بدرا ، كان له فهم ، وعلم ، وهو أخو عبد الله المقتول بخيبر ، وهو الذى بـــدأ بالكلام فى شأن قتل أخيه قبل عميه حُوَيِّصَة وَمُحَيِّصَة ، انظر الاستيعاب ٣ / ٨٣٦ .

(٢) هو عبد الله بن سهل الأنصارى، الحارثى ، أخو عبد الرحمن وابن أخ حُوَيِّصَة وَمُحَيِّصَة وهو المقتول بخيبر الذى ورد فى قضية القسامـــة انظر ترجمته فى الاستيعاب ٣ / ٩٢٤

(٣) هو حُوَيِّصَة بن مسعود بن كعب بن عدى بن مجدعة الانصارى الخزرجى يكنى بأبى سعد ، أخو مُحَيِّصَة يقال شهد أحدا، والخندق ، وسائـــر المشاهد مع رسول الله صلى اللـه عليه وسلم ، روى عنه محمد بـــن سهل، أبى حثمة وحرام بن سعد ، ابن مُحَيِّصَة ، انظر الاستيعاب ١ / ٤٠٩

قالوا يا رسول الله : قوم 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 الأنصاريين يستحقون بها . فلما لم يحلفوا حولها على اليهود يبرؤون بها) (٢)

٣- الإجماع :

واستدلوا بالإجماع فقالوا :

إنَّ هذا العمل قد ثبت عن جماعة من الصحابة منهم عمر (٣)

---

(١) رواه مسلم في القسامة والمحاربين ،باب القسامة ٣/١٢٩١-١٢٩٥ الأحاديث ١-٦ ورواه البخاري في الأدب باب اكرام الكبير ، ويبدأ الأكبر بالكلام ،١٠/٥٣٥- حديث رقم ١٦٤٢- ١٦٤٣ ،وفي الديات باب القسامة ١٢/٢٢٩ حديث رقم ٦٨٩٨ ورواه أحمد في مسنده ٤/١٤٢ ،ومالك في الموطأ في القسامة باب تبدئة أهل الدم في القسامة ص٥٤٧-٥٤٨ ، حديث رقم ٢٢١ ،والشافعي في الأم٧/ ٣٧ ، وأبو داود في الديات ، والترمذي في الديات .

(٢) الأم ٧/٣٧

(٣) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح ،العدوي ، القرشي ،ولد سنة ٤٠ق هـ وكان من أشراف قريش ،كان قبل إسلامه شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم،وكان أشجع الناس بعد إسلامه،كان كثيرا ما يوافق رأيه الوحي ، شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشاهد كلها ،بويع للخلافة بعد وفاة أبي بكر بعهد منه ،وهو أول من لقب بأمير 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 ٣/١١٤٤-١١٥٩ ،الاصابة ٢/٥١٨-٥١٩.

وعثمان (١) وعلى (٢) ولم يخالفهم أحد من الصحابة،فكان إجماعا على مشروعية اليمين المردودة ،وأنها دليل الاثبات فوجب الحكم بها (٣) .

وكما هو واضح فان هذا الاجماع المذكور إجماع سكوتى وهو مختلف فى الاحتجاج به .

---

(١) هو عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية بن عبد شمس الأموى القرشى يكنى بأبى عبد الله،ويلقب بذى النورين،ولد رضى الله عنه عام ٤٧ق . هـ وكان من السابقين للاسلام ،كان ينفق كثيرا من ماله فى سبيل الله ، بويع بالخلافة بعد مقتل عمر ، رضى الله عنه كان له الفضل فى نسخ القرآن وجمعه ، كانت مدة خلافته ١٢ سنة توفى مقتولا عام ٣٥ هـ انظر الاستيعاب ٣/١٠٣٧ - ١٠٥٣ والاصابة ٢/٤٦٢-٤٦٣ ،

(٢) هو على بن أبى طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ،يكنى بأبى الحسن صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم ،نشأ وتربى فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ،أسلم فى اليوم الثانى لنزول الوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان من أشجع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أنه نام فى فراشه ليلة الهجرة ،شهد المشاهد كلها الا تبوك فقد خلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة لرعاية مصالح المسلمين كان من حفظة القرآن ، والمكثرين للحديث ،وكان قاضيا ومفتيا ، وفصيحا وأديبا ،تولى الخلافة بعد مقتل عثمان ،حصل النزاع بينه وبين أهل الجمل وبين معاوية فى مسألة الثأر لمقتل عثمان ولم تتته إلا بمقتله على يد عبد الرحمن ابن ملجم من الخوارج عام ٤٠ هـ ، الإستيعاب ٣/١٠٨٩-١١٣٣ والإصابة ٢/٥٠٧ - ٥١٠ .

(٣) انظر الفروق لاحمد بن ادريس القرافى ،أنوار البروق ،فى أنواء الفروق (مطبعة عيسى البابى الحلبى ط ١ ١٣٤٦ هـ) ٤/٩٣ والموطأ مع شرح الزرقانى ٣/٣٩٤

٤- فعل الصحابة :

واستدلوا كذلك بفعل الصحابةوذلك بما رواه الشافعى بسنده، أن رجلا من بنى ليث بن سعد أجرى فرسا فوطىء أصبع رجل من جهينة فنزى فيها ،فقال عمر للذين أدعى عليهم تحلفون خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا وتحرجوا عن اليمين فقال للآخرين : أحلفوا انتم فأبوا) (١)

قال الشافعى فى توجيه الاستدلال بهذا الحديث : (رأى عمر أن الليثيين يبرأون بها، فلما أبوا حولها على الجهينيين يستحقون بها) (٢)

وفى هذا دلالة قوية على مشروعية رد اليمين .

٥- واحتجوا كذلك بالمعقول فقالوا :

أ- ان اليمين شرعت كحجة فى القضاء على الطرف الذى يتقوى جانبه بعامل من العوامل ، أو لمرجح من المرجحات فكما أن الأصل فى اليمين أن تكون للمدعى عليه لقوة جانبه بالبراءة الأصلية ، وموافقته للظاهر ، وتشرع اليمين على المدعى عند ما يتقوى جانبه بشهادة واحد، وتشرع كذلك على المدعيين فى القسامة ، لأن جانبهم تقوى بوجود اللوث، فكذلك هنا شرعت اليمين المردودة على المدعى لقوةجانبه بنكول خصمه عن الحق .

والنكول أضعف من قوة البراءة الأصلية (٣)

---

(١) رواه مالك فى الموطأ فى العقول ، باب دية الخطأ فى القتل ص٥٣١ حديث رقم ٤ والشافعى فى الأم ٧/٣٧ ، والبيهقى فى السنن الكبرى ١٠/١٨٣-١٨٤

(٢) الأم للشافعى ٧/٣٧

(٣) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٤٦٩-٤٧١ وتبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الاحكام لإبراهيم بن على بن فرحون المالكى (مصر : مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م) مطبوع بهامش فتح العلى المالكى للشيخ عليش ، ١/٧٣٢ والطرق الحكمية لابن القيم ص ١١٨ ، واعلام الموقعين ١/١٠١

ب - إن بينة المدعى حجة فى الإثبات،ويمين المدعى عليه حجة فى النفى، ولما كان ترك المدعى لحجته يوجب العدول إلى اليمين للمدعى عليه ،كان نكول المدعى عليه موجبا رد اليمين إلى المدعى (١)

* واستدل أصحاب المذهب الثانى: وهم الحنفية والحنابلة ومن وافقهم على القول بالقضاء بمجرد النكول: بالاجماع، وعمل الصحابة ، والمعقول . وعلى عدم رد اليمين: بالسنة ، والمعقول

أولا : فى احتجاجهم على القضاء بالنكول استدلوا :

١- بالإجماع فقالوا :

ثبت القضاء بالنكول،عن جماعة من الصحابة منهم : عمر وعثمان وعلى ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس وأبو موسى الأشعرى (٢) رضى الله عنه

---

(١) الفروق للقرافى ٤/٩٣ ، وانظر وسائل الاثبات للزحيلى ٣٩٨-٣٩٨

(٢) هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب ، يكنى بأبى موسى ، صحابى جليل ولد عام ٢١ق هـ بزبيد باليمن وهاجر الى مكة عند ظهور الاسلام . كان عاملا رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليمن وأرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم ليعلم أهلها ،كان من المتوسطين فى الفتوى ، ولى البصرة فى عهد عمر رضى الله عنه ،وافتتح أصبهان والاهواز .وكان واليا على الكوفة فى عهد عثمان وعلى ،له فى الصحيحين ثلاثمائة وخمسة وخمسون حديثا توفى بالكوفة عام ٤٤ هـ انظر الاصابة ٢/٣٥٩-٣٦٠ واعلام الموقعين ١/١٣ ، والفتح المبين ١/٦٣-٦٥

دون مخالف لهم من بقية الصحابة ، فكان إجماعاً على جواز القضاء بالنكول[1] وهذا الإجماع مثل الذى سبقه فهو إجماع سكوتى .

٢- واحتجوا كذلك بعمل الصحابة وذلك بما جاء فى 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 : أحلف بالله لقد بعته وما به داء فأبى ابن عمر أن يحلف . فرد عليه العبد)[2]

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن عثمان رد العبد على ابن عمر لنكوله عن اليمين، ولم يرد اليمين على المدعى .

فلو كان رد اليمين جائزا لفعله عثمان رضى الله عنه .

٣- واستدلوا : بالمعقول فقالوا : إن نكول المدعى عليه يدل على أنه إما أن يكون باذلاً للحق المدعى به ، أو مقراً به ، إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين ، إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، ولذلك حكم عليه بنكوله[3].

---

(١) انظر المبسوط ، لشمس الدين محمد بن أبى سهل السرخسى : (مطبعة السعادة بمصر) ١٧ / ٣٤ والهداية وشروحها ٧ / ١٦٥) ووسائل الاثبات للزحيلى ص ٤٠٠

(٢) المسند لأحمد بن حنبل ١ / ١٠٤ ورواه مالك فى الموطأ ، فى البيوع باب العيب فى الرقيق ص ٣٧٩ حديث رقم ٤

(٣) عند أبى حنيفة يدل على البذل ، وعند الصاحبين يدل على الاقرار ولذلك حكموا على المدعى عليه بنكوله انظر الهداية وشروحها ٧ / ١٦٥

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 النبى صلى الله عليه وسلم : قسّم بين الخصمين ، فجعل جنس البينة فى جانب المدعى . وجنس اليمين فى 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، فسلا يصح أن تكون اليمين فى جانب المدعى . (٢)

٢- واستدلوا بالمعقول :

فقالوا ان اليمين بينة فى المال فحكم فيها بالنكول. كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام فى دفتره دينا على إنسان فطالبه به فأنكره وطلب منه اليمين فأنكره فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد فكذلك ههنا . (٣)

---

(١) رواه مسلم فى الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ٣/ ١٣٣٦ ، حديث رقم ١ والبخارى فى الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ٥/ ١٤٥ ، فى الترجمة ، وحديث رقم ٢٥١٤ ، وفى الشهادات ٥/ ٢٤٧ فى الترجمة وفى تفسير سورة آل عمران ٨/ ٢١٣ ، باب (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ ... الآية) حديث رقم ٤٥٥١ ، ورواه أحمد فى المسند ١/ ٣٥١ ، ٣٦٣ ، والنسائى فى القضاء ٨/ ٤٤٨

(٢) انظر البداية وشروحها ٧/ ١٦١ - ١٦٢

(٣) انظر المغنى ٩/ ٢٣٦

المسألة الحادية عشرة :

وجوب الدية فى الشعـــور

اتفق الأئمة على أنه لا قصاص على من أزال شيئا 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 مذهبين .

المذهب الأول :

ذهب المالكية والشافعية إلى أن الشعور إذا أزيلت وفسد منبتها فلا دية فيها بل فيها حكومة . (١)

قال خليل معددا الأشياء التى فيها حكومة ولا دية فيها : (. . وحاجب وهدب)(٢)

قال الدردير فى شرح هذا الكلام : (وقلع شعر حاجب، أو هدب الواحد أو المتعدد، فيه الحكومة إن لم ينبت، فإن نبت فلا شىء فيه، إلا الأدب فى العمد. وكذا شعر الرأس واللحية.) (٣)

وقال الخرشى (شارحا لقول خليل المتقدم : (يعنى: أن شعـــر الحاجب الواحد أو المتعدد، وهدب العينين وهو شعرها ، وشعـــر اللحية، فى كل حكومة إن لم ينبت، فان عاد كهيئته فلا شىء فيه.) (٤)

(١) انظر الشرح الكبير ٤/٢٧٧ والخرشى ٨/٤١ وشرح أقرب المسالك ٢/٤٠٢ والأم ٦/١٢٣ ، ومغنى المحتاج ٤/٧٩ ، والزنجانى ص١٧٧

(٢) مختصر خليل مطبوع مع الشرح الكبير ٤/٢٧٧

(٣) الشرح الكبير ٤/٢٧٧

(٤) الخرشى ٨/٤١

وقال الشافعي في الأم في الجفون : (ولو نتف أهدابها فلم تنبت كان فيها حكومة ...

وهكذا اللحية، والشاربان ،والرأس بنتف 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 معيبا حكومة بقدر الألم والشين.) (٢)

قال الخطيب الشربيني : (وفي افساد منبت الشعورحكومة ،اذا كان فيهما جمال ،كشعر اللحية ،وشعر الرأس،أما ما لا جمال في إزالته كشعر الابط فلا حكومة فيه على الأصح.) (٣)

وقال الزنجاني : (إن الدية لا تكمل في الشعور الخمس عندنا وهي شعر الرأس ، واللحية ، والحاجبين ، والأهداب ،والشاربين بل حكومة عدل) (٤)

المذهب الثاني :

ذهب الحنفيةُ ،والحنابلةُ إلى وجوب الدية في الشعور إذا أزيلت وفسد منبتها وهو مذهب الظاهرية أيضا . (٥)

---

(١)(٢) الأم ٦/١٢٣ مع بعض التصرف

(٣) مغني المحتاج ٤/٧٩

(٤) الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ص ١٧٧

(٥) انظر الهداية وشروحها ٩/٢١٤-٢١٥ وتنوير الأبصار ٦/٥٧٥-٥٧٨ والمغني ٨/١٠ ، وكشاف القناع ٦/٣٦ وانظر المحلى لابن حزم ١٠/٤٣٣

جاء فى الدر المختارفى الاشياء التى فيها الدية: (ولحية حلقت لم تنبت،. . . وشعر الرأس،أى:إذا حُلق ولم ينبت ،والحاجبين) (١)

وقال فى الهداية : (وفى اللحية إذا حُلقت ولم تنبت الدية،. . . وفى شعر الرأس الدية ،وفى الحاجبين الدية.) (٢)

قال الخرقى : (وفى قَرْعِ الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية،وفى شعر اللحية الدية إذا لم ينبت ، وفى الحاجبين الدية اذا لم تنبت) (٣)

وقال ابن قدامة : (هذه الشعور الثلاثة فى كل واحد منها الدية وذكر أصحابنا معها شعراً رابعا وهو أهداب العينين)(٤)

وعند الحنابلة فى أهداب العينين الأربعة مجتمعة الدية،وفى كل واحد منها ربع الدية . وبقية الشعور المذكورة فى كل واحد منها الدية كاملة .

قال البهوتى : (وفى أهداب العينين،وهو الشعر الذى على الاجفان الدية ،وفى كل واحد منها . أى:الأهداب ربعها أى:الدية) (٥)

---

(١) الدر المختار ٦/٥٦٧-٥٧٧ مع بعض التصرف
(٢) الهداية ٩/٢١٤-٢١٥ مع بعض التصرف
(٣) مختصر الخرقى ،٨/١٠
(٤) المغنى ٨/١٠
(٥) كشاف القناع ،٦/ ٣٧ - ٣٨ ، والمغنى ٨/٧ وانظر الروض المربع مع حاشيته ٧/ ٢٦٣ - ٢٦٤

ثم قال (وفى كل واحد من الشعور الثلاثة الأخرى:الدية وهى شعر الرأس،وشعر اللحية،وشعر الحاجبين ، كانت تلك الشعور كثيفةأو خفيفة ، جميلة أو قبيحة ،من صغير أو من كبير ،أذهبها بحيث لا تعود) (١)

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم وجوب الدية فى الشعور بالاستصحاب،وفى وجوب الحكومة فيها بالقياس والمعقول .

ووجه الاستدلال بالاستصحاب أن الأصل : أن لا يجب كمال الدية فى شىء أتلف بعضه،غير أن الشرع علق كل الدية باتلاف الطرف،لأنه تفويت منفعة الجنس،فيعتبر الشخص فى حكم الهالك فى حق ملك المنفعة.

والشعور ليست من الأطراف التى تفوت بها منفعة الجنس فبقيت على الأصل فى عدم إكمال الدية فيها (٢)

واستدل ابن رشد على مذهب مالك فى عدم وجوب الدية فى الشعور بما يأتى: ـ.

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 فى عضو أو طرف،إلا ما أوجبه الشرع فما لم يوجب الشرع فيه دية بقى على ما كان عليه فى عدم وجوب الدية استصحابا لعدم الوجوب .

---

(١) كشاف القناع ١٦/٣٠٧-٣٨ وانظر المغنى ٨/١١

(٢) انظر الزنجانى ص ١٧٧

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٤٢٢

والشعور لم يرد فيها نص ولا مجال للقياس فيها، فتبقى على الأصل استصحابا لعدم الوجوب .

ثانيا : استدلوا على وجوب الحكومة فى الشعور :

أ - بالقياس فقالوا :

لأنه إتلاف جمال من غير منفعة، فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة .

ب - بالمعقول فقالوا : لأنه أزال الجمال على الكمال، ولم يثبت فيه دية فوجبت الحكومة . (١)

قال الدردير تعليلا لوجوب الحكومة : (لأن فيه جمالا) (٢)

٢- واستدل أصحاب المذهب الثانى على وجوب الدية فى الشعور بقول الصحابى والقياس .

أولا : قول الصحابى :

ما روى عن على وزيد بن ثابت (٣) أنهما كانا يقولان بوجوب الدية

---

(١) انظر الأم ٦/١٢٣ ، مغنى المحتاج ٤/٧٩ ، المغنى لابن قدامة ٨/١٠

(٢) شرح أقرب المسالك ٢/٤٠٢

(٣) هو زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصارى الخزرجى، أبو خارجة صحابى جليل، ولد عام ١١ ق هـ بالمدينة ونشأ بمكة، كان من كتبة الوحى ، هاجر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمره ١١ سنة وتعلم وتفقه فى الدين فكان رأسا بالمدينة فى القضاء والفتوى، والقراءة والفرائض، وكان ابن عباس يأتيه فى بيته ويأخذ منه العلم، جمع القرآن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعرضه عليه ، وهو الذى كتبه فى المصحف لأبى بكر ثم لعثمان ، له فى كتب الحديث ٩٢ حديثا ، انظر الإصابة (المكتبة التجارية الكبرى) ١/٥٤٣-٥٤٤ ، والأعلام ٣/٩٥-٩٦

فى الشعور (١)

ثانيا : القياس

قاسوا ذهاب الشعور على ذهاب الأذنيين الشاخصتين ،وعلى أذن الأصم ،وأنف الأخشم .

قال صاحب الهداية : (ولنا أن فى اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال،فتجب الدية كما فى الأذنين الشاخصتين)(٢)

وقال ابن قدامة:(ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كاذن الأصم وأنف الأخشم) (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 كشاف القناع ٣٧/٦- ٣٨ ،والروض المربع مع حاشيته ٣٦٣/٧ - ٣٦٤

المسألة الثانية عشـــر :

استسعاء العبد المشترك إذا أعتق الشريك المعسر نصيبه منـــــه .

اتفق الفقهاء على أن العبد إذا كان بين رجلين،فاعتق أحد الشركاء نصيبه من العبد عتـق نصيبه ؛ لأنه جائز التصرف،أعتق ملكه الذى لـــم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه،كما لو أعتق جميع العبد المملوك له .

واختلفوا فى حكم الجزء الباقى من العبد فى حالة إعسار المعتـــق على مذهبين :

المذهب الأول :

ذهـــب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن الشريك المعتق إذا كان معسرا عتق نصيبه وبقى نصيب الشريك الآخر على الرق فلا يسرى إليه العتق ،ولا يستسعى العبد بالقيمة الباقية للشريك غير المعتق . (١)

جاء فى المدونة عن سحنون بعد أن ذكر حكم هذه المسألة قال :

(قلت أرأيت إن لم يكن المعتق موسرا مابقى من ثمن العبد ولكنه موســر بنصف ما بقى من العبد .

قال مالك : يعتق عليه من العبد ما حمل منه ماله ،ويرق مـــا سوى ذلك) (٢)

---

(١) انظر المدونة ٣/١٨٦ ،ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لابى عبد الله محمد بن محمد الحطاب (مكتبة النجاح طرابلس ليبيا) ٦/٣٣٨ ،وبهامشه التاج والإكليل ، وانظر الخرشى ٨/١٢٣-١٢٥ ،وأقرب المسالك وشرحه ٢/٤٤٦-٤٤٧ ،والأم للشافعـــى ٧/١١٧ ،والمنهاج للنووى مع شرحه مغنى المحتاج ٤/٤٩٥-٤٩٦ وتخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص١٧٦ ،وكشاف القناع ٤/٥١٧ والمغنى ٩/٣٤١

(٢) المدونة ٣/١٨٦ ،وانظر الخرشى ٨/١٢٣-١٢٤

وقال الحطاب(١) : (ولو كان معتق الحصة معسرا بقي سهم شريكه رقيقا) (٢)

وقال النووى : (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 بالحطاب، يكنى بأبى عبد الله ، ولد بمكة عام ٩٠٢ هـ ،أخذ عن والده ، ومحمد بن عبد الغفار ، ومحمد بن عراقى ، وأخذ عنه إبنه يحيى ، وعبد الرحمن التاجورى ، ومحمد المكى ،ومحمد العيسى، وغيرهم ، له مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، وحاشية على البيضاوى ، وتعليق على ابن الحاجب، وقرة العين شرح ورقات إمام الحرمين ،توفى عام ٩٥٤ ،انظر ترجمته فى شجرة النور الزكية ص ٢٧٠ -

(٢) شرح الخطاب (مواهب الجليل) ٣٣٨/٦ ،وانظر شرح أقرب المسالك ٤٤٦/٢-٤٤٧

(٣) المنهاج للنووى ٤٩٥/٤ - ٤٩٦

وقال الزنجانى : (إن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك،وكان المعتق معسرا،عتق نصيبه،وبقى الباقى فى ملك مالكه كما كان ولا يستسعى العبد فى أداء قيمة الباقى عند الشافعى رضى الله عنه) (١)

وقال البهوتى : 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 أيسر بعده أى : بعد العتق) (٢)

المذهب الثانى :

ذهب أبو حنيفة إلى أن المعتق للعبد إذا كان معسرا فشريكه بالخيار إما أن يعتق وأما أن يستسعى العبد . (٣)

جاء فى البداية بعد ذكر حكم ما لو كان المعتق موسرا :

(وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار،إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد .

والولاء بينهما فى الوجهين) (٤)

---

(١) الزنجانى ،ص ١٧٦

(٢) كشاف القناع ٤/٥١٧ وانظر المغنى ٩/٣٤١

(٣) هذا عند أبى حنيفة ، أما عند أبى يوسف ومحمد فإن الشريك ليس له إلا حالتان فقط : الضمان مع اليسار ، والسعاية مع الإعسار انظر الهداية وشروحها ٤/٢٥٩ - ٢٦٠

(٤) المصدر نفسه ٤/٢٥٩ هناك مذاهب أخرى فى هذه المسألة لم نتعرض لها . تراجع فى المغنى ٩/٣٣٦ وما بعدها .

الأدلـــــــة :

١- استدل الذين منعوا الاستسعاء بالاستصحاب ، وأيدوا استدلالهم بما جاء في الأحاديث من الاقتصار على عتق ما أعتقه الشريك دون ذكـــــر الاستسعاء ، وبالمعقول .

ووجه الاستدلال بالاستصحاب :

أن الاصل أن لا ضمان على شخص إلا بما أدخله على نفسه من صنيع يستوجب الضمان عليه .

فإذا لم يتلف شيئا، أو يوقع ضررا يستوجب ضمانا، بقيت ذمته فارغـــــة وبريئة، فلا تشغل بالضمان ونحوه إلا بدليل .

والعبد الذى أُعتق جزؤه لم يرتكب ضررا فى حق السيد يوجب عليـــه ضمانا حتى يستسعى، فلا تجب عليه السعاية استصحابا لبراءة ذمته .

قال الزنجانى (ولا يستسعى العبد فى أداء قيمة باقية عند الشافعى رضى الله عنه لأنه لم يتحقق منه صنيع يستدعى وجوب الضمان عليه.) (١)

وقال ابن رشد : (وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلـك ؛ على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذى أدخله علـى شريكه .

والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شىء) (٢)

---

(١) الزنجانى ص ١٧٦

(٢) ابن رشد بداية المجتهد ٢/ ٣٦٨

* وأيدوا هذا بحديث ابن عمر، فإنه لم يُذكر فيه استسعاء".

وذلك فيما جاء عنه رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أعتق شركاً له فى 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 الشافعى بعد ذكره لهذا الحديث معترضا على الخصم : (فأخذنا نحن وأنتم بهذا الحديث،وأبطلنا به الاستسعاء ، وشركنا الرق والحرية فى العبد،إذا كان المعتق للعبد مفلسا) (٢)

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أنه 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 فى العتق ٢/١٣٩ ،حديث رقم ١ ،والبخارى فى العتق ، باب إذا أعتق عبد بين اثنين ٥/١٥٩ ، حديث رقم ٢٥٢٢ -٢٥٢٥ ،وأبو داود فى العتق ، باب فيمن روى أنه لا يستسعى ٤/٢٥٦ ، حديث رقم ٣٩٤٠ ،ومالك فى الموطأ ص ٤٨٣ ، حديث رقم ١ ،والشافعى فى الأم ٧/١٩٧ ورواه الترمذى فى الأحكام ، والنسائى فى البيوع ، وابن ماجة فى العتق

(٢) الأم ٧/٣٩٧

ومما يدل على هذا: ما ذهب إليه عمر بن عبد العزيز (١) فى عبد أعتق جزؤه بناءً على رأى عروة بن الزبير رضى الله عنهما .

جاء فى المدونة : (وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز برأى عروة بن الزبير فى امرأة أُعتق مُصابُها فى عبد ، وكان مُصابُها ثُمنُه ، ولا قيمة عندها ، فجعل له عمر بن عبد العزيز فى كل ثمانية أيام يوماً ، وجعله فى يوم الجمعة للورثة سبعة أيام ، وهوقول مالك) (٢)

* وأيدوه بالمعقول أيضا :

فقالوا : إن الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد (أما الشريك : فإنا نحيله إلى سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً ، وإن حصل فربما يكون يسيرا .

وأما العبد : فإنا نجبره على سعاية لم يرد ها ، وكسب لم يختره وهذا ضرر فى حقهما .) (٣)

---

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموى القرشى ، يكنى بأبى حفص ولد عام ٦٠ هـ بحلوان بمصر ، تلقى العلم على يد عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وروى عن أنس بن مالك ، وعبد الله بن جعفر بن أبى طالب ويوسف بن عبد السلام ، وسعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير وتولى الخلافة عام ٩٩ هـ بعهد من سليمان بن عبد الملك ، توفى سنة ١٠١ هـ ، انظر ترجمته فى فوات الوفيات لمحمد شاكر الكتبى تحقيق احسان عباس (دارصادر) ٣/٣٣٤ -١٣٥ ، والأعلام ٥/٢٣-٢٤

(٢) المدونة ٣/١٨٧

(٣) المغنى ٩/٣٤٣

وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) (١)

وأما ما ورد فى شأن الاستسعاء وهو قوله : (ثم يستسعى فى نصيب الذى لم يعتق غير مشقوق عليه .) فمدرج فى الخبر . فقد اختلف أصحاب قتادة فى ذكر السعاية ، فمنهم من ذكرها ، ومنهم من لم يذكرها .

وعلى فرض أنها من الحديث ، فإنها محمولة على أنه يستسعى لشريك المعتق ، أى يخدمه بقدر نصيبه ، لئلا يظن أنه يحرم عليه استخدامه . (٢)

٢ - واستدل القائلون بالاستسعاء بالسنة ، والقياس .

فأما السنة :

فماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من أعتق شقصاله فى عبد فخلاصه فى ماله ، إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مشقوق عليه .) وفى رواية : (وإن لم يكن له مال : قوم عليه قيمة عدل ، ثم يستسعى فى نصيب الذى لم يعتق غير مشقوق عليه) (٣)

---

(١) رواه مالك فى الموطأ ، كتاب الأقضية ص٦٦٤ ، حديث رقم ٣١) وأحمد ٥/٣٢٧ ، وابن ماجة فى الأحكام ، ٢/٧٨٤ حديث رقم ٢٣٤

(٢) انظر الشربينى ، مغنى المحتاج ٤/٣٩٥ ، وتكملة شرح فتح القدير ٤/٢٥٧ وابن رشد بداية المجتهد ٢/٣٦٨

(٣) رواه مسلم فى العتق بهذا اللفظ باب ذكر سعاية العبد ٢/١١٤٠-١١٤١ حديث رقم ٣ ، ٤ ، والبخارى فى العتق ، باب إذا أعتق نصيبا فى عبده وليس له مال ٥/١٥٦ حديث رقم ٢٥٣٦-٢٥٢٧ ، ورواه أبو داود فى العتق باب من ذكر السعاية ٤/٢٥٤-٢٥٦ حديث رقم ٣٩٣٧-٣٩٣٨ والترمذى فى الأحكام وابن ماجة فى 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 :

فقاسوا ضمان العبد مع عدم التعدى ،على من ألقت الريح ثوبه فى صبغ إنسان فانه يضمن .

فقالوا : إن من لم يعتق احتبست مالية نصيبه عند العبد ،فله أن يضمّنه ، وإن وقع احتباسهما عنده بغير اختياره ، كما إذا هبت الريح فألقت بثوب ،إنسان فى صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضمّن مالك الثوب قيمة صبغه ، موسرا كان أومعسرا ، وإن كان لا دخل له فى صبغ الثوب

ولا يعارض هذا : بأن العبد فقير فلا يجب عليه الضمان . بل يجب عليه مع فقره ، كما فى المعسر المديون فان الإعسار لا يسقط عنه الدين ، (٢)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٤/٢٥٧

(٢) انظر الهداية وشروحها ٤/٢٦١

وأما الاستدلال بحديث ابن عمر فقد اختلف فى رفع الزيادة فى قوله (فقد عتق عليه ما عتق) وهل هى 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 المجتهد ٣٦٨/٢

المسألة الثالثةعشرة :-

حكم تصرف السيد فى مُدَبَّرِه

أجمع المسلمون على جواز التَّدْبير : وهو أن يقول السيد لعبده أنت حرٌ عن دُبُرٍ منى ، أو يطلق فيقول أنت مُدَبَّر .

واختلفوا هل للسيد المُـدَبِّر أن يتصرف فى مُدَبَّرِه ببيع أو هبـــة أو وقف ونحوه؟على مذهبين :

المذهب الأول :-

ذهب الشافعية ، والحنابلة ، فى الرواية الراجحة عندهم(١) إلى أن المُدَبِّر يجوز له التصرف فى مُدَبَّرِه بالبيع، والهبة،والتصدق، ويجوز وقفه،ورهنه ونحو ذلك من التصرفات . وهو قول الظاهرية أيضا (٢)

قال النووى فى المنهاج : فى شأن المُدَبِّر:(وله بيعه . . .) (٣)

قال الخطيب الشربينى شارحا لقول النووى المتقدم : (وله أى السيد بيع المُدبَّر) (٤)

وقال أيضا (وفى معنى البيع،كل تصرف يزيل الملك) (٥)

---

(١) هناك رواية عن أحمد ان المدبر لا يباع إلا إذا كان السيد فقـيرا لا يملكشيئا وعليه دين انظر المغنى ٣٩٣/٩

(٢) انظر مغنى المحتاج ٥١٠/٤ ،والزنجانى 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 الزنجانى ص ١٧٥-١٧٦

وقال البهوتى : (وللسيد بيع المُدَبَّر ولو كان أمة . أو كان البيع لبيع في غير الدين .

وله أيضا هبته ووقفه ورهنه ونحوه .) (١)

المذهب الثانى :

ذهب الحنفية ، والمالكية ، فى المشهورعندهم (٢) إلى عدم جواز التصرف فى المُدَبَّر ببيع ، أو هبة ونحوهما . ولا يجوز إخراجه من ملك سيده إلا إلى الحرية . (٣)

قال صاحب بداية المبتدى بعد أن ذكر التَّدْبير وألفاظه :

(ثم لا يجوز بيعه ، ولا هبته ، ولا إخراجه عن ملكه إلا الى الحرية.) (٤)

وقال الشيخ الدردير : (لا يجوز للسيد إخراجه أى المُدبَّر - بغير حرية كبيع وهبة وصدقة) (٥)

ثم قال : (وإن وقع من السيد بيع للمُدَبَّر أو هبة ، أو صدقة ، فسخ بيعه، وهبته، وصدقته.) (٦)

---

(١) كشاف القناع ٤/٥٣٥ ، وانظر المغنى ٩/٣٩٣

(٢) انظر الهداية وشروحها ٤/٣١٨-٣١٩ ،وشرح أقرب المسالك ٢/٤٥٠ والخرشى ٨/١٣٥ ، وبداية المجتهد ٢/٣٩٠

(٣) يقابل مشهور المذهب رأى يقول بجواز التصرف فى المُدَبَّر ببيعه أو هبته .. إلخ إذا أحدث أمورا قبيحة لا ترضى، فهنا يجوز للسيد أن يخرجه من ملكه ا .انظر شرح أقرب المسالك ٢/٤٥٠

(٤) بداية المبتدى ٤/٣١٨ ، وانظر الهداية وشروحها عليها الجزء والصفحة نفسهما .

(٥) شرح أقرب المسالك ٢/٤٥٠

(٦) المصدر نفسه ١/٤٥٠ وانظر الخرشى ٨/١٣٥

الأدلـة :

استدل من قال بجواز التصرف فى المُدَبَّر بالاستصحاب الذى تؤيده السنة والقياس .

فقالوا : إن العبد قبل التدبير كان على الرق فيجوز بيعه وهبتـه والتصرف فيه عموما ، فيستصحب هذا الحكم بعد التدبير،استصحابا لما قبـل التدبير،فيجوز التصرف فيه،لأن التدبير لم يوجب زوال الرق فيستصحب رقه إلى وجود ناقل يخرجه من الرق إلى الحرية (١)

* وأيدوا هذا الاستدلال بالسنة :

• فمن ذلك حديث جابر الذى روى بألفاظ متعددة كلها تجوز بيع الرقيق المُدَبَّر ومن هذه الألفاظ : (بلغ النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلاً اعتق غلامـاً له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه بثمانمائة درهم ، ثم أرسل بثمنه إليه)(٢)

• وأيدوه كذلك بما جاء (عن عائشة رضى الله عنها أنـها مرضتفتطاول مرضها،فذهب بنواأخيها إلى رجل فذكروا له مرضها،فقال : إنكم تخبرونـى عن امرأة مطبوبة .

---

(١) انظر الزنجانى ص ١٧٥-١٧٦ ، والهداية وشروحها ٤/٣١٩

(٢) رواه البخارى بهذا اللفظ فى الأحكام ، باب الامام يبيع على الناس أموالهم وضياعهم ١٣/١٧٩ حديث رقم ٧١٨٦ ، وفى العتـق باب بيع المدبر ٥/١٦٥ ، حديث رقم ٢٥٣٤ ، ورواه مسلم فـى الزكاة ، باب الابتداء فى النفقة بالنفس ٢/٦٩٢ حديث رقم ٤١ ، ورواه أبو داود فى العتاق والنسائى فى الزكاة ، ومالك فى الموطـأ فى رمضان ، وغيرهم .

قال : فذهبوا ينظرون فإذا بجارية لها سحرتها ، وكانت قد دبّرتها ، فدعتها ثم سألتها : ماذا أردت ؟

فقالت : أردت أن تموتي حتى أعتق .

فقالت : فان لله على أن تباعي من أشد العرب مَلَكَة(*) وأمرت بثمنها فجعل في مثلها) (١)

ففي هذين الخبرين : دلالة واضحة على جواز بيع المُدَبَّر 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 في غير التدبير ، بل هو عتق بصفة أيضا فيجب أن يكون حكمه حكم العتق بالصفة في 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 في المدبر يشبه التصرف في العبد المُوصَىٰ به بجامع أن كلاً منهما تبرع بمال بعد الموت .

قال ابن قدامة : (ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية) . (٣)

(*) أسوأ العرب ملكة : لحما للبيع ، انظر الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار (ط١ ، ١٩٧٧ - ١٩٨٢) ٤/ ١٦١٠

(١) رواه أحمد في المسند ٦/ ٤٠٠ ، والحاكم في المستدرك ٤/ ٢٢٠ وقال على شرط الصحيحين ولم يخرجاه

(٢) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٩٣ وانظر الهداية وشروحها ٤/ ٣١٩

(٣) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٩٣ ، والهداية وشروحها ٤/ ٣١٩

* واستدل المانعون للتصرف فى المُدبَّر بالسنة ، والقياس ،والمعقول .

أما السنة :

أ- فما رواه ابن عمر رضى الله عنهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

(المُدَبَّر من الثلث) (١)

ب - وروى عنه رضى الله عنه أنه قال : (المُدَبَّرُ لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث) (٢)

ح - وما رواه نافع عنه رضى الله عنه أنه كره بيع المُدَبَّر) (٣)

فهذه الروايات مجتمعة عن ابن عمر تدل على عدم صحة بيع المُدَبَّر .

وهذه الروايات مجتمعة قال الدارقطنى (٤) فيها إنها موقوفة وضعّف رفعها ولهذا

قال الحنفية فى الاستدلال بها :

بأنها على تقدير أنها مرفوعة فلا إشكال فى الاحتجاج بها؛ لأنها تدل صراحة على عدم جواز بيع المُدَبَّر أو التصرف فيه .

---

(١) رواه الدارقطنى ، على بن عمر فى سننه ، تحقيق عبد الله هاشم اليمانى (دار المحاسن للطباعة بالقاهرة ١٨٨٦-١٩٦٦م) كتاب البيع ٤/١٣٨ حديث رقم ٤٩

(٢) رواه الدارقطنى فى كتاب البيع ٤/١٣٨ حديث رقم ٥٠

(٣) رواه الدارقطنى فى كتاب البيع ٤/١٣٨ حديث رقم ٥١

(٤) هو على بن عمر الدارقطنى الإمام صاحب السنن كان إمام عصره فى الحديث وهو أول من صنف فى القراءات شافعى المذهب ، له السنن ،والعلل فى الحديث توفى عام ٣٩٦ هـ انظر ترجمته فى طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٦٢-٤٦٦ وشذرات الذهب ٣/١١٦ ،ووفيات الاعيان ٣/٢٩٧-٢٩٩ -

وعلى تقدير أنها موقوفة فهى كذلك يصح الاستدلال بها هنا، لأن قول الصحابى إذا لم يوجد نص يعارضه يصح الاستدلال به ، لاسيما إذا كانت المسألة المنقولة عن الصحابى لا مجال للاجتهاد فيها .

وهذه المسألة لا يعارضها نص صريح ، يُجَوِّزُ بيع المُدَبَّر والذى ورد فى جواز بيع المُدَبَّر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، إنما واقعة حال لا عموم لها، كما أن هذه المسألة : لا مجال للاجتهاد فيها، فيكون قول الصحابى هنا فى حكم المرفوع .

فإذا قال الصحابى بعدم صحة بيعه، فلا يمكن أن يحمل هذا القول على أنه اجتهاد منه، بل يحمل على أنه أخذه عن طريق السماع فيكون فى حكم المرفوع، لأن مثل هذا القول لا يأتى عن اجتهاد منه (١)

وأما استدلالهم بالقياس: فقياسهم التصرف فى المدبر ببيع أو نحوه على التصرف فى 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 فى المدبر إرقاق له بعد وجود شائبة الحرية فيه، والشارع يتشوف إلى الحرية . (٢)

فيكون ذلك مانعا من بيعه ونحوه

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٤/٣١٩

(٢) انظر الخرشى ٨/١٣٥ وأقرب المسالك وشرحه ٢/٤٥٠ ، والمغنى لابن قدامة ٩/٣٩٣

المسألة الرابعة عشرة:

ارث المفقـــود

• اتفق العلماء على أن الشخص إذا فُقِدَ وانقطع خبره ولم تُعْلَم حياته ولا موته فإنه لا يرث أحدٌ ممالَه الذى خلفه ، بل يعتبر حيا فى حق نفســه ، حتى تمضى مدة التعمير (١) أو يحكم الــحاكم بموته .

واتفقوا كذلك على أنه إذا حكم بموته ورثه أحياء ورثته، ولا يرثه مـــن مات وقت الحكم بموته أو قبل الحكم بموته ولو بلحظة .

---

(١) اختلف الأئمة فى تقدير مدة التعمير على أقوال كثيرة فقالت الحنفيـــة أنها مائة وعشرون يحكم بعدها الحاكم بوفاته ،ولهم آراء أخرى غير هذه أما المالكية:فإنهم يقسمون المفقود إلى قسمين، أحدهما : مفقود بـــلاد المسلمين أو الشرك . وهذا يوقف مالــه حتى يحكم الحاكم بموتــه بعد مضى مدة التعمير،وهى عندهم سبعون سنة،أو ثمانون على الخلاف والثانى : مفقود معركة المسلمين فهذا إذا لم يوجد بعد انقضــاء المعركة يحكم بموته ويقسم ماله ، وإن كان بين المسلمين والكفار فيحكم بموته بعد مضى سنة من انفصال الصفين . وأما الشافعية :فعندهم يوقف ماله حتى تقوم البينة بموته،أو يمضى عليه زمان لا يعيش فيه مثلــه . أما الحنابلة :فانهم يحددون المدة بتسعين سنة بالنسبة لمن غالبــه السلامة كالأسير ،والتاجر ، والسائح،ونحوهم، وأما من غالبه الهــلاك: 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 فى الهداية وشروحها ٥/٣٧٣-٣٧٤ ،وشرح أقرب المسالك ٢/٥١٤ ، والشــرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ٤/٤٣٤ ، والمهذب مع تكملة شـــرح المجموع عليه ٤/٥٠٩ - ٥١١ ،ومغنى المحتاج ٣/٢٦-٢٧ ،وكشاف القناع ٤،٤٦٥ ،وشرح منتهى الإرادات (المكتبة السلفية المدينــة المنورة) ٢/٦١٧

• كما أنهم اتفقوا على أنه إذا مات من يرثه المفقود فى فترة غيبته، وقبل الحكم بموته، فإن المفقود لا يرث منه ، بل يوقف نصيبه حتى يعلم حاله وبناء على هذا فإن كل تركة فيهسا مفقود يجب أن تحل حلين :

الحل الأول :

يقدر فيه المفقود حيا ، وتقسم التركة على الورثة بما فيهم المفقود

الحل الثانى :

يقدر فيه المفقود ميتا وتقسم التركة على بقية الورثة دون المفقود ،

وينظر فى هذين التقديرين : فيعطى كل وارث أقل النصيبين من هذين التقديرين حتى يتضح الحال بالنسبة لهذا المفقود، وحينئذ يعطى كل ذى حق حقه كاملا ثم بعد ذلك إذا بان المفقود حيا أخذ نصيبه ، وإن علم أنه مات دفع نصيبه مع بقية ماله إلى ورثته، وان علم أنه مات قبل موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الميت الأول ولم يأخذ ورثة المفقود شيئا (١)

واختلفوا فى حكم ما لو لم تظهر حياته أوموته وحكم الحاكم بموته بناء على انقضاء المدة هل يرث هو ممن مات قبل هذا الحكم أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى الحنفيةُ ، والمالكيةُ ، والشافعيةُ ، أنه لا يرث للشك فى حياته لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث عند موت المورث، وهنا حياته مشكوك

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٥/٧٧٣-٣٧٤ ، وشرح أقرب المسالك ٢/٥١٤-٥١٥ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى عليه ٤/٤٣٤ ، والمهذب مع تكملة المجموع عليه ١٤/٥٠٩-٥١١ ومغنى المحتاج ٣/٢٦-٢٧ ، وكشاف القناع ٤/٤٦٥-٤٤٦ وشرح منتهى الارادات ٢/٦١٧-٦١٩ والمغنى لابن قدامة ٦/٣٢١-٣٢٤

فيها وهو رأى فى المذهب الحنبلى والمذهب على خلافه (٢)

قال المرغينانى : (ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده) (٣)

وجاء فى الكفاية فى شرح هذا القول : (ومعنى قولنا : ولا يرث المفقود أحد ، أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكاً للمفقود ، أما نصيبه من الارث فيوقف لأن حيـــات المفقود محتملة والمحتمل يكفى للتوقف كما فى 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 كانه مات الآن فى استحقاق غيره منه ، وفى استحقاقه لمال غيره كانه مات حين فقد . (٤)

قال ابن الهمام (وهذا معنى قولنا : المفقود ميت فى مال غيره) (٥)

---

(١) انظر الهداية وشروحها ٥ / ٣٧٤ ،وشرح أقرب المسالك ٢ / ٥١٥ ، والمهذب وشرحه ، ونهاية المحتاج ٩ / ٢٩ وتحفة المحتـــاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمى (المكتبة التجارية الكبرى) ٦ / ٤٢٣

(٢) بداية المبتدىء ٥ / ٣٧٤

(٣) الكفاية على الهداية ٥ / ٣٧٤ ، وانظر حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٩٣-٣٩٦

(٤) انظر شرح فتح القدير ٥ / ٣٧٤

(٥) شرح فتح القدير ٥ / ٣٧٤

وقال الدردير بعد أن ذكر حكم المفقود فى حالة ما إذا كان موروثاً ذاكرا لحكمه فى حالة ما إذا كان وارثا : (فإن كان وارثاً، بأن مات مورثه فلا يرث المفقود شيئاً ولكن يقدر حياً مرة ، وميتاً مرة أخرى، ويُعطى غير المفقود أقل نصيبيه ويُوقف المشكوك فيه .

فان ثبتت حياته أو موته فالأمر واضح . وان لم يثبت ذلك بأن مضت مدة التعمير السابقة فيرثه أحياء ورثته غير المفقود) (١)

وقال فى الشرح الكبير : (وإن مضت مدة التعمير فكالمجهول . أى فالمفقود كمن جهل تأخر موته أى : فلا إرث له ، ويرثه أحياء ورثته وأما فائدة الوقف فلرجاء حياته) (٢)

قال الدسوقى شارحاً لقول الدردير : (قوله : (ولا ارث له) ، أى : من مورثه ، ولو كان الحكم بموت ذلك المفقود بعد موت ذلك المورث بسنين قوله (وترثه أحياء ورثته) : أى : وترث ذلك المورث أحياء ورثته غير المفقود) (٣)

وقال الخطيب الشربينى : (ولومات من يرثه المفقود قبل قيام البينة أو الحكم بموته وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود ، وإلا وقفنا حصته فقط حتى يتبين أنه كان عند الموت حيا أوميتا) (٤)

وجاء فى تحفة المحتاج فى حكم المال الموقوف بعد الحكم بموت المفقود : (ثم إذا لم تظهر حياته فى مدة الوقف يعود كل مال الميت الأول إلى الحاضر، وليس لورثة المفقود منه شىء إذ لا إرث بالشك لاحتمال موته قبل موت مورثه ، ذكره الغزالى رحمه الله وغيره وهو ظاهر) (٥)

---

(١) شرح أقرب المسالك ٢/٥٢٥

(٢) الشرح الكبير ٤/٤٣٤

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٣٤

(٤) مغنى المحتاج ٣/٢٦

(٥) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٦/٤٣٤ وانظر نهاية المحتاج ٦/٣٠

المذهب الثانى :

يرى الحنابلة فى الرواية الراجحة عندهم وهى المذهب، إلى أن المفقود بعد الحكم بموته يرث من مورثه الذى مات قبل الحكم بموته، ويصح التصرف فى المال الذى أوقف له ، فيقضى منه دينه فى مدة تربصه وينفق منه على من تلزمه نفقتهم . (١)

جاء فى كشاف القناع : (وإن مات مورثه ، أى : من يرثه المفقود فى مدة التربص، وهى المدة التى قلنا ينتظر له فيها ، أخذ كل وارث غير المفقود من تركة المتوفى اليقين ، وهو : ما لا يمكن أن ينقص عنه فى حياة المفقود أو موته . ووقف الباقى حتى يتيقن أمره أو تمضى مدة الانتظار) (٢)

وجاء فى 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 فى مدة تربصه، وينفق منه على زوجته وبهيمته) (٣)

وجاء فى العذب الفائض : (فإنه لم يعلم حياته - أى المفقود - بقدومه أو غيره، حين موت مورثه ، ولم يعلم موته أيضا حينذاك ، ففى هذه المسألة وجهان المذهب منها : أنه ان لم يعلم موت المفقود حين موت مورثه فحكم ماوقف له كبقية ماله فيورث عنه ، ويقضى عنه دينه فى مدة تربصه لأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن تربصه) (٤)

وقال ذاكراً الوجه الثانى : (والوجه الثانى : أن الموقوف لأجل المفقود

---

(١) انظر كشاف القناع ٤/٤٦٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/٦١٨

(٢) كشاف القناع ٤/٤٦٦

(٣) المصدر نفسه ٤/٤٦٦ وانظر شرح منتهى الارادات ٢/٦١٨

(٤) العذب الفائض شرح عمدة الفارض للشيخ إبراهيم بن عبد الله بن ابراهيم (دار الفكر : بيروت ط/٢ ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م) ٢/٨٦

يرد إلى الورثة الموجودين حال موت قريبهم لا حال الحكم بموت المفقود وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية وهو وجه عندنا أيضا .) (١)

وقد ذكر ابن قدامة هذا الوجه المرجوح من مذهب الحنابلة الموافق لرأى الجمهور فقال : (وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الميت الأول) (٢)

الأدلة :

أدلة المذهب الأول :

* استدل الحنفية والمالكية والشافعية على مذهبهم فى عدم توريث المفقود ممن مات قبل الحكم بموته فى مدة التربص بأن المفقود قبل الحكم بموته لا يعلم حياته أو موته فهو مشكوك فيه ولا إرث مع الشك ، لأن شرط الميراث تحقق حياة الوارث عند موت المورث (٣)

ولم يستصحبوا حياة المفقود فى إرثه من غيره 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 فى ذلك الوقت - يعنى وقت موت ذلك الأحد باستصحاب الحال ، وهو لا يصلح فى الاستحقاق ، بل فى دفع الاستحقاق عليه ، ولذا جعلناه حياً فى حق نفسه فلا يورث ماله فى حال فقده ، ميتاً فى حق غيره فلا يرث

---

(١) المصدر نفسه ٢/٨٦

(٢) المغنى ٦/٣٢٣ وانظر كشاف القناع ٤/٤٦٧ وشرح منتهى الإرادات ٢/٦١٧

(٣) انظر مغنى المحتاج ٣/٢٦ ، ونهاية المحتاج ٦/٢٩-٣٠

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 حياة الوارث لاحتمال أنه مات قبل موت مورثه .

قال الشربيني في شأن حياة المفقود : (فانه لم يفقد فيها ما يصلح للتغير بل وجد وهو الشك في حياته) (٢)

ولذلك عللوا عدم إرثه بعد الحكم بموته، من مورثه الذي مات في مدة التربص فقالوا : (إذ لا يرث بالشك لاحتمال 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 ٥ / ٣٧٤ وانظر الدر المختار ٤ / ٢٩٣-٢٩٦ ، وتيسير التحرير ٤ / ١٧٨ ، وانظر فواتح الرحموت ٢ / ٣٥٩ والتوضيح لمتن التنقيح ٢ / ١٠١

(٢) تقرير شيخ الاسلام الشربيني على شرح جمع الجوامع ٢ / ٣٤٨

(٣) تحفة المحتاج ٦ / ٤٢٣ وانظر نهاية المحتاج ٦ / ٣٠

(٤) انظر تحفة المحتاج ٦ / ٤٢٣ مغني المحتاج ٣ / ٢٧ والعذب الفائض ٢ / ٨٦

أدلة المذهب الثانى :

استدل الحنابلة على قولهم بارث المفقود بعد الحكم بموته للمال الموقوف له من تركة مورثه الذى مات قبل الحكم بموته بالاستصحاب فقالوا :

إن حياته السابقة لفقده يجب أن تستصحب حتى يأتى مايدل على موته وهو الحكم بموته بناءً على قيام البينة ،أو انقضاء مدة التعمير ، وما قبل هذا الحكم يكون حكم المفقود حكم الأحياء،فلا يورث استصحابا لحياته السابقة ويرث ممن مات من مورثيه فى هذه الفترة استصحابا لحياته السابقة أيضا .

قال صاحب كشاف القناع معللاً لإرثه من غيره بقوله : (لأنه لا يحكم بموته إلا بعد انقضاء زمن التربص) (١)

وجاء فى شرح منتهى الارادات (فان قدم المفقود أخذ نصيبه .أى : ما وقف له لأنه المستحق له ،وإلا يقدم ، ولم تعلم حياته حين موت مورثه ولا موته إذ ذاك فحكمه أى : نصيبه الذى وقف له كبقية ماله الذى لم يخلفه مورثه فيقضى منه دينه فى مدة تربصه ، وينفق منه على من تلزمه نفقته ،لأنه يحكم بموته عند انقضاء زمن تربصه) (٢)

ومعنى ذلك أنه قبل انقضاء زمن تربصه فهو فى حكم الأحياء.وهذا لا يكون إلا باستصحاب حياته السابقة واعتباره حياً فى حق غيره فيرث من مورثه .

وهذه المسألة خالف فيها الشافعيةُ والمالكيةُ الحنابلةَ-مع أنهم يقولون بصلاحية الاستصحاب لابقاء ما كان على ما كان ولاثبات الحقوق - لأن

---

(١) كشاف القناع ٤/٤٦٧ ،وانظر العذب الفائض ٢/٨٧

(٢) شرح منتهى الارادات ٢/٦١٨

فى هذه المسألة وجد ما يغير حكم الاستصحاب،وهو الشك فى حيـــاة الوارث ،لأن شرط الاستدلال بالاستصحاب فقدان ما يصلح للتغير،وههنـــا لم يفقد مايصلح للتغير،بل وجد وهو عدم العلم بحياة الوارث قبل موت مورثه، وهذا يصلح ،لأنه يغير حكم الاستصحاب ،فيستدل به فقط فى دفع الإرث عنه لا فى اثبات الارث له .

ولقد فرّع كثير من العلماء، وخاصة علماء الحنفية على الخلاف فى صلاحيـة 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 فى هذا الأصل مسألة المفقود هذه فقال : (كحياة المفقود فيرث عنده ـ أى عند الشافعى ـ لا عندنا ـ أى الحنفية ـ لأن الإرث من باب الإثبات فلا يثبت به) (٢)

إلا أن الشافعية لا يقولون بهذا بل المفقود عندهم لا يرث للشك فى حياته كما تقدم ،فيكون هذا النوع خارجاً عن مسمى الاستصحاب بأقسامه الثلاثة المعتمدة عند الشافعية والجمهور وهى استصحاب العدم الأصلى واستصحاب العموم حتى يأتى مخصص ، والنص حتى يأتى ناسخ ،واستصحاب ما دل الشرع على ثبوته وبقائه لوجود سببه .

---

(١) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد المحبوبى البخارى الحنفى صدر الشريعة الأصغر . من علماء الحكمة،والطبيعيات،وأصول الفقـــه والدين ،له كتـــاب تعديل العلوم ،والتنقيح فى أصول الفقه وشرحـه التوضيح ،وشرح الوقاية لجده محمود والنقاية : مختصر الوقاية فـــى الفقه الحنفى وغير ذلك .توفى عام ٧٤٣هـ انظر الفوائد البهية ١٠٩-١١٢ ، والاعلام ٤/ ١٩٧-١٩٨

(٢) التوضيح لمتن التنقيح ،لصدر الشريعة ابن مسعود ٢/ ١٠١ وانظر تيسير التحرير ٤/ ١٧٨ ، وفواتح الرحموت ٢/ ٣٥٩

وهذه الأقسام هي التي حصل النزاع فيها بين الشافعية والحنفية .

ولهذا رد الشربيني على كلام صاحب التوضيح المتقدم بعد أن ذكر هذه الاقسام الثلاثة قائلا: (فإن قلت بقي قسم رابع زعم صاحب التوضيح من الحنفية إننا نخالفهم فيه ،وهو : ما ليس عدماً أصلياً ولا عموماً ،ولا نصاً ولا دل الشرع على ثبوته لوجود سببه كحياة المفقود فإنه قال : فيرث عند الشافعية لا عندنا لأن الارث من باب الاثبات فلا يثبت .

قلت : هذا غلط فإن الذي نقله الرملي (١) وابن حجر(٢) عن الغزالي أنه إذا حكم بموته بعد موت مورثه لا يرث للشك في حياته) (٣)

---

(١) هو محمد بن احمد بن حمزة ، شمس الدين الرملي فقيه الديار المصرية في عصره ومرجعها في الفتوى ،ولي إفتاء الشافعية ،جمع فتاوى أبيه ، صنف شروحا وحواشي كثيرة منها : عمدة الرابح شرح على هداية الرابح في الفقه ،وغاية البيان في شرح زيد بن رسلان،ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، وله فتاوى شمس الدين الرملي ،انظر الاعلام ٦/٣٣٥

(٢) هو احمد بن محمد بن علي 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 ،والجوهر المعظم والصواعق المحرقة على أهل البدل والضلال والزندقة ،وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ،والخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان وشرح مشكاة المصابيح للتبريزي ،والفتاوى الهيثمية وغير ذلك توفي عام ٩٦١ الاعلام ١/٢٢٣

(٣) تقرير الشربيني على شرح جمع الجوامع ٢/٣٤٨

ثم قال : فهذا القسم ليس محل النزاع بيننا وبينهم فادخاله فى محل النزاع غلط من قائله) (١)

ولهذا عندما ذكر صاحب شرح جمع الجوامع أقسام الاستصحاب وأنها حجة مطلقاً، عند الشافعية، وذكر رأيا آخر لبعض الشافعية، وهو أن الاستصحاب حجة فى الدفع . مثل لهذا الرأى بحياة المفقود فقال : بأنها حجة فى الدفع لا فى الرفع عندهم .

قال بعد أن ذكر هذا الرأى ممثلاً له : (كاستصحاب حياة المفقود قبل الحكم بموته، فانه دافع للإرث منه ، وليس برافع، لعدم إرثه من غيره للشك فى حياته، فلا يثبت استصحابها له ملكا جديدا ، إذ الأصل عدمه) (٢)

وبهذا يتضح أن هذه المسألة ليست كما يذكرها العلماء الذين يفرعون على الاستصحاب بل قول الشافعية فيها لا يختلف عن قول الحنفية

---

(١) المصدر نفسه ٢ / ٣٤٨

(٢) شرح جمع الجوامع للجلال المحلى ٢ / ٣٤٩

الخاتمة

الخاتمـــة :

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد :

فان مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل 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 ، ولولاه لحصل الاضطراب والشك فى كل شئ 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 مايزيد 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 .

وإنما الخلاف فى المبقى له، هل هو الاستصحاب أو الدليل الذى

أثبت الحكم ابتداءً فتوصل البحث إلى أن الأرجح هو مذهب من يسند البقاء إلى الاستصحاب لا إلى الدليل المثبت للحكم ابتداءً .

٢- توصل البحث إلى أن مذهب الحنفية ليس هو عدم القول بحجية الاستصحاب مطلقاً، بل إن جمهورهم وخاصة المتأخرين منهم على أن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة .

٣- توصل البحث إلى أن الخلاف بين الحنفية الذين يقولون بصلاحية الاستصحاب للدفع، وبين الذين يقولون منهم بعدم حجية الاستصحاب مطلقاً، يشبه الخلاف اللفظي، لأن كلا الطرفين يثبتان الدفع .

وإنما الخلاف في إسناد الدفع هل الى الاستصحاب أم العدم الأصلي ؟.

٤- بعد مناقشة المذاهب المختلفة في حجية الاستصحاب والموازنة بينها توصل البحث إلى أن الاستصحاب - ما عدا استصحاب الاجماع في محل النزاع - حجة مطلقاً، في الأمر الوجودي ، والعدمي ، والشرعي والعقلي ، وفي الإثبات ، والنفي بالدليل والبرهان .

٥- توصل البحث إلى أن الاستصحاب آخر مدار الفتوى كما صرح به كثير من العلماء .

فلا يصح الاستدلال به إلا بعد أن يبحث المجتهد عن الدليل المثبت أو النافي للحكم .

فإذا لم يجده ينظر فان كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه ، وان كان التردد في ثبوته فالأصل عدمه .

٦- توصل البحث بعد مناقشة أقوال وأدلة المذاهب فى حجية استصحاب الاجماع فى محل النزاع الى ترجيح مذهب القائلين بعدم حجية هذا النوع وذلك بالدليل والبرهان.

٧- توصل البحث إلى أن الاستصحاب اشتملت 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 فى مسألة : هل الأصل فى الاشياء الإباحة أو الحظر أو التوقف، إلى أن المقصود بهذه القاعدة: الأصل فى الأشياء بعد الشرع لا قبل الشرع، اذ لا حكم قبل الشرع .

كما توصل إلى أن الأصل فى الاشياء بعد الشرع الإباحة، ورجح هذا المذهب بعد مناقشة أقوال المذاهب وأدلتهم فى هذه القاعدة.

٩- أثبت البحث أن مسألة المفقود ، والتى يمثل بها معظم الأصوليين وخاصة الحنفية منهم كثمرة من ثمرات الخلاف بين الحنفية والشافعية فى صلاحية الاستصحاب للإثبات أو الدفع، ليست كما يذكرها هؤلاء، بل إن الشافعية ومن وافقهم عدا جمهور الحنابلة يتفقون مع الحنفية فى مسألة المفقود، إذ أن هذه المسألة خارجة عن الاستصحاب عندهم لأن

شرط الاستدلال بالاستصحاب أن يفقد ما يصلح للتغيير،وهـــذه المسألة لم يفقد فيها مايصلح للتغيير،بل وجد وهوالشك فى حياة المفقود ، وشرط الميراث تحقق حياة الوارث عند موت المورث عنـــد الجميع ،ولهذا قال الشافعية ومن وافقهم فى هذه المسألة بـــأن الاستصحاب دافع وليس برافع كما قال الحنفية.

أى: يصلح الاستصحاب لدفع الإرث من المفقود ولا يصلح لإثبـــات الإرث له من غيره .

والله أعلم

والحمد لله أولا وأخيرا

—

الفهارس

فهرس الآيـــات

الآيـــة	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقـــرة		
هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا	٢٩	٣٢ ، ١٠٥ ، ١٦٨ ، ١٧٨
إنّما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير	١٧٣	١٦٩
فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى	١٩٦	٢٢٧ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨
فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف	٢٧٥	٣٦ ، ٦٣
لله ما فى السموات وما فى الارض ...	٢٨٤	١٧٨
سورة النســـاء		
ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف	٢٢	٣٧
وأن تجمعوا بين الأختين إلاّ ما قد سلف	٢٣	٣٧
سورة المائدة		
فكلوا مما أمسكن عليكم	٤	٢٤٠ ، ٢٤٦
اليوم أُحل لكم الطيبات	٥	١٠٦
والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما	٣٨	٤٢
فإن عثر على أنهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما	١٠٧	٢٨٦
ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها	١٠٨	٢٨٦
سورة الأنعام		
ومالكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم	١١٩	١٦٩ ، ١٧٥ ، 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 اذ هداهم حتى يبين لهم ما يتقون	١١٥	٦٣
سورة يوسف		
وما أبرئ نفسي إنّ النفس لأمارة بالسوء	٥٣	ط
سورة ابراهيم		
لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم إنّ عذابي لشديد	٧	كلمة الشكر
سورة النحل		
ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا	٩٢	١١٦،١١٢،٥٥
ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام	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 المؤمنين		
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	٢٢٣، ٢٢٤، ٢٣٣

فهرس الاحاديث (*)

الحديث	رقم الصفحة
١- إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها	(٢٤٦) ، ٢٤٧
٢- إذا جاء أحدكم الشيطان فقال إنك قد أحدثت	(٦٤)
٣- إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه	(٤٨)
٤- اذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين	(٤٧) ، ١٤٥
٥- إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى	(١٤٤)
٦- إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا	(١١٦) ، ١١٢ ، ١٤٣
٧- أرسل كلبي فأجد مع كلبي كلبا قد أخذ	(٤٨)
٨- إن أعظم المسلمين في المسلمين جرما	(٣٣) ، ١٧٠
٩- إن الحلال بين وان الحرام بين	(١٧٧) ، ١٨١ ، ١٨٢
١٠- إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم	(١٧٦) ، ١٨١
١١- إن رجلين أدعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم	(٢٧٠)
١٢- إن رجلين من اصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم حرسا المسلمين	(٢١٠)
١٣- إن الرسول صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق	(٢٨٧)
١٤- إن الشيطان يأتي أحدكم فيخيل اليه أنه أحدث	(١٢٧)
١٥- إن الصعيد الطيب طهور	(٢٢٤) ، ٢٢٥
١٦- إن العينين وكاء السه	(٨١)
١٧- وإن لم يكن له مال قوم عليه قيمة عدل	(٣٠٧)
١٨- إنما ذلك عرق وليس بحيض	(٢١٤)
١٩- إن محيصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل قبل خيبر	(٢٨٨)
٢٠- إن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم فصلى ولم يتوضأ	(٢١٠)
٢١- إن النبي صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فتوضأ	(٢١٢)
٢٢- البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	(٣٧) ، ١٥١
٢٣- بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر	(٣١٢)
٢٤- الحلال ما أحل الله في كتابه	(١٧٠) ، ١٧١

(*) رقم الصفحة الذي بين قوسين هكذا ( ) يدل على مكان تخريج الحديث

٢٥ ـ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة (٤٦) ، ١٤٤
٢٦ ـ الصعيد الطيب وضوء المسلم (٢٢٥)
٢٧ ـ الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا (٢٢٥) ، ٢٦٠ ، ٢٦٢
٢٨ ـ قوموا فانحروا ثم احلقوا (٢٣٨)
٢٩ ـ لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال (٢٩٤)
٣٠ ـ المدبر من الثلث (٣١٤)
٣١ ـ من أصابه قيء أو رعاف أو قلس فليتوضأ (٢١٣)
٣٢ ـ من أعتق شركا له في عبد (٣٠٥)
٣٣ ـ من أعتق شقصا له في عبد فخلاصه في ماله (٣٠٧) ، ٣٠٩
٣٤ حـ من وقع في الشبهات وقع في الحرام (١٧٧)
٣٥ ـ لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل (٤١) ، ١٢٤
٣٦ ـ لا ضرر ولا ضرار

فهرس الاعلام المترجم لها *

الاسم	رقم الصفحة
حرف الألف	
ـ إبراهيم بن أحمد بن عمر ، ابن شاقلا	١١١
ـ إبراهيم بن خالد بن أبي اللبان ، أبو ثور	(٢٠٢) ، ٢١٥ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣
ـ إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله ، أبو اسحق الشيرازي	(٦٢) ، ١٤٢ ، ١٢٣ ، ٢٥٣ ، ٢٦٩
ـ أحمد بن أحمد الطبري ، القاص	١٤٦
ـ أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، تقي الدين بن تيمية	(٣٤) ، ١٦٨ ، ١٧١ ، ١٧٣
ـ أحمد بن عمر بن سريج الشافعي	٥٩
ـ أحمد بن محمد بن أحمد ، الدردير	(٢٢١) ، ٢٢٩ ، ٢٣٤ ، ٢٤٤ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٦ ، ٢٩٥ ، ٢٩٩ ، ٣١١ ، ٣١٩
ـ أحمد بن محمد بن أحمد ، ابن القطان	١٥٠
ـ أحمد بن محمد بن حنبل	(٢٢٧) ، ٢٣٥ ، ٢٤٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦
ـ أحمد بن محمد الصاوي الخلوتي ، المالكي	(٢٢٩) ، ٢٣٥ ، ٢٦٦
ـ أحمد بن محمد بن علي ، ابن حجر الهيثمي	٣٢٥
ـ أحمد بن محمد بن هانئ ، الأثرم	٢٥١
ـ أحمد بن محمود بن قورد ، قاضي زاده	٢٨٠
ـ إسحق بن إبراهيم بن مخلد ، اسحق بن راهوية	٢٠٥

* الأعلام المترجمة في الرسالة مرتبة ترتيبا هجائيا ، وإذا ورد العلم في أكثر من موضع في الرسالة أشرت إلى مكان ترجمته بالقوسين ( ) .

الاسم	رقم الصفحة
ـ اسماعيل بن يحى بن اسماعيل ، المزنى	(٥٩) ، ١١١ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٨٣
ـ أنس بن مالك بن النضر	٢١٠

حرف التاء والثاء والجيم

ـ ثوبان بن يجدد أبوعبد الله ، مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم	٢١٢
ـ جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام	(٢٠١) ، ٢١٠ ، ٢٣٢١

حرف الحاء والخاء

ـ الحسن بن حامد بن على ... ، ابن حامد	١٦٥
ـ الحسين بن صالح ، ابن خيران	٥٩
ـ حويصة بن مسعود بن كعب بن عدى	٢٨٨
ـ خليل بن اسحق بن موسى المالكى	(٢٢٨) ، ٢٤٤ ، ٢٥٠ ، ٢٦٥ ، ٢٧٢ ، ٢٩٥

حرف الدال والراء

ـ داود بن على بن خلف ، داود الظاهرى	(١١١) ، ٢١٥ ، ٢٢٧
ـ رافع بن خديج بن رافع بن عدى	٢٨٧

حرف الزاى

ـ زفر بن الهذيل بن قيس بن سليم	(٢٧١) ، ٢٧٥
ـ زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصارى	٢٩٩
ـ زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، ابن نجيم	(٨٥) ، ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٤١

الاسم	رقم الصفحة
حرف السين	
ـ سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب	٢٠٢
ـ سعد بن مالك بن سنان ،أبو سعيد الخدرى	١٤٤
ـ سعد بن أبى وقاص مالك بن أهيب	(٤٣) ،١٧٠ ،٢٤٩
ـ سعيد بن المسيب بن حزن	(٢٠٢) ،٢٠٥
ـ سلمان الفارسى	١٧٠
ـ سهل بن أبى حثمة بن ساعدة	٢٨٧
حرف الطاء	
ـ طاووس بن كيسان الخولانى	٢٠٢
حرف العين	
ـ عائشة بنت أبى بكر الصديق	(٢٠١) ،٢١٣ ،٣١٢
ـ عباد بن تميم بن غزله الانصارى	٤٦
ـ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ،ابن رجب الحنبلى	(١٩٣) ،١٩٦ ،٢٥٦
ـ عبد الرحمن بن أبى بكر ،جلال الدين السيوطى	(١٤٠) ،١٤٢ ،١٤٣ ،١٩٥ ، ١٩٨ ، ١٩٩
ـ عبد الرحمن بن سهل الانصارى	٢٨٨
ـ عبد الرحمن بن صخر الدوسى ،أبو هريرة	(٢٠١) ،٢٦٢ ،٣٠٧
ـ عبد الرحمن بن عبد الغفار ،عضد الدين الإيجى	(١٤) ،٦٦
ـ عبد الرحمن بن عوف	١٤٥
ـ عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ،الشربينى	(١٦) ،١٧ ،٥٢ ،٩٧ ،١٠٠ ، ١٠٢ ، ٣٢٢ ،٣٢٥

الاسم رقم الصفحة

- عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر، جمال الدين الإسنوي (١٢)، ١٣، ٢٢، ٣٢، ٣٣، ٦٩، ١٠٤، ١٦٦

- عبد السلام بن سعيد بن حبيب، الإمام سحنون المالكي (٢٤٣)، ٣٠١

- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (٢٣)، ٧١، ٧٢، ٧٤، ٢٦٠

- 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)، ٥١، ١٩٢

- عبد الله بن أحمد، ابن قدامة المقدسي (٢٠٦)، ٢٠٧، ٢٢٢، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٣٢، 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)، ٧٢، ٧٣

- عبد الله بن عمر بن محمد، البيضاوي ١٦٦

- عبد الله بن قيس بن سليم، أبو موسى الأشعري ٢٩٢

- عبد العلي، محمد بن نظام الدين الأنصاري ٧٧

- عبد الملك بن أبي محمد، أبو المعالي الجويني، إمام الحرمين (٩٩)، ١٤٧

الاسم	رقم الصفحة
عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم، أبو طالب	(٦٣)، ١٠٤، ٢٣٠، ٢٣٣، ٣١٨، ٣٢١
عبد الواحد بن عبد الحميد، الكمال بن الهمام	(١٠)، ١٥، ١٧، ١٠٤
عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى، ابن السبكى	(١٦)، ١٧، ٥٠، ٥٧، ٥٧، ٩٣، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠
عبيد الله بن مسعود، صدر الشريعة	٣٢٤
عثمان بن عفان بن أبى العاص	(٢٩٠)، ٢٩٢، ٢٩٣
عثمان بن عمر بن أبى بكر، ابن الحاجب	٩٧
عدى بن حاتم الطائى	(٤٨)، ٢٤٦
عروة بن الزبير بن العوام الأسدى	(٢١٤)، ٣٠٦
عطاء بن أسلم بن صفوان	(٢٠٣)، ٢٠٥
على بن أحمد بن مكرم الصعيدى العدوى	(٢٧٣)، ٢٧٧
على بن اسماعيل بن أبى البشر، أبو الحسن الأشعرى	١٦٥
على بن إسماعيل، أبو الحسن الأبيارى	(٥٧)، ٩٧
على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغينانى	(٢٣٥)، ٢٦٨، ٢٧٩، ٣٠٠، ٣١١، ٣١٨
على بن أبى طالب بن عبد المطلب	(٢٩)، ٢٩٢
على بن أبى على محمد بن سالم، سيف الدين الآمدى	(٦٦)، ٧٩، ١٠٠، ١١٣، ١١٩، ٢٠١، ٢٢٩، ٢٦١
على بن عمر الدارقطنى	٣١٤
على بن محمد بن عقيل الحنبلى	١٦٥
علقمة بن قيس بن عبد الله	٢٠٥

الاسم	رقم الصفحة
عمر بن حسين بن عبد الله ، الخرقي	(٢٠٦) ، ٢١٩ ، ٢٣٠ ، ٢٩٧
عمر بن الخطاب بن نفيل	(٢٨٩) ، ٢٩١ ، ٢٩٢
عمر بن عبد العزيز بن مروان	٣٠٦
عويمر بن مالك بن قيس ، أبو الدرداء	٢١٢
حرف القـــاف	
القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق	٢٠٢
قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر	٢٧٠
حرف الميم	
مالك بن أنس بن مالك ، الإمام مالك	(٢٠٣) ، ٢١٦ ، ٢٢٧ ، ٢٤٣ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٣٠١
محفوظ بن أحمد بن الحسن ، أبو الخطاب الكلوذاني	١٦٤
محمد بن إبراهيم بن المنذر	(٢٠٣) ، ٢١٥
محمد بن أحمد بن أحمد ، أبو بكر السمرقندي	٦٠
محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملي	٣٢٥
محمد بن أحمد الخطيب الشربيني	(٢٢٣) ، ٢٤١ ، ٢٥٦ ، ٢٦١ ، ٢٦٧ ، ٢٧٨ ، ٢٩٦ ، ٣١٠ ، ٣١٩
محمد بن أحمد بن عبد الكريم بن موسى ، صدر الإسلام ، أبو اليسر	٦١
محمد بن أحمد بن عرفة ، الدسوقي	(٢٦٦) ، ٢١٩
محمد بن أحمد بن علي بن يحيى ، ابن التلمساني	٢٠٧
محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم ، جلال الدين المحلي	(١٣) ، ٥٠٠ ، ٥٢٠ ، ٢٠٩ ، ٣٢٦

الاسم	رقم الصفحة
محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الجد	٢٢٨
محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، الحفيد	(٢٣١) ، ٢٣٨ ، ٢٥٣ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤
محمد بن ادريس بن العباس ، الإمام الشافعي	(٤٢) ، ٦٢٢ ، ٨٠ ، ١١١
محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن إبراهيم بن المغيرة ، الإمام البخاري	٢١١
محمد بن أمين بن عمر بن عبد العزيز ، ابن عابدين	(٢١٨) ، ٢٦٨
محمد بن أمين بن محمود البخاري ، أمير بادشاه	(٧٢) ، ٢٦٤
محمد بن أبي بكر بن أيوب ، ابن قيم الجوزية	(١٢) ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦
محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني	(٢٤١) ، ٢٤٢ ، ٢٤٧
محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ، القاضي أبو يعلى	١٦٤
محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، الزرقاني	٢٠٨
محمد بن عبد الله البغدادي ، أبو بكر الصيرفي	(٥٩) ، ١١١ ، ١٦٥
محمد بن عبد الله بن علي الخرشي	(٢٠٤) ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٩٢ ، ٣٩٥
محمد بن عبد الله الرعيني ، الخطاب المالكي	٢٠٣
محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو بكر الابهري	١٦٥
محمد بن علي بن اسماعيل ، القفال الشاشي	١٤٧
محمد بن علي بن الطيب ، أبو الحسين البصري	(٦٠) ، (١١١) ، ١٢٦ ، ٣٣٠
محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، الشوكاني	(٤٣) ، ٩٦ ، ٦٨ ، ١٠٨
محمد بن عمر بن الحسن ... التميمي .. الفخر الرازي	١٦٦

الاسم	رقم الصفحة
محمد بن محمد بن محمد ،أبوحامد الغزالى (٨) ، ١٠ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٣٨ ، ٤١ ، ٥٩ ، ٩٩ ، ١١١ ، ٢٢١ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٩ ، ١٣٢ ، ١٤٧	
محمد بن محمد بن محمود ، البابرتى	٢٨٠
محمد بن محمد بن محمود ،أبو منصور الماتريدى	٦٠
محمود بن أحمد ، شهاب الدين الزنجانى (٤٢) ، ٢٢١ ، ٢٤٥ ، ٢٦٧ ، ٢٦٩ ، ٢٨٥ ، ٢٩٦ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤	
محمود بن محمد بن أرسلان ،الخوارزمى	١٠٩
محيصة بن مسعودبن كعب	(٢٨٧) ، ٢٨٨
مكحول بن أبى أسلم	(٢٠) ، ٢٤٤
منصوربن محمد بن عبد الجبار ،السمعانى	٥٧
منصوربن يونس بن صلاح الدين ، البهوتى	(٢١٩) ، ٢٣٠ ، ٢٣٩ ، ٢٣٦ ، ٢٤١ ، ٢٥١ ، ٢٥٨ ، ٢٦٧ ، ٢٦٩ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٨٤ ، ٢٩٧ ، ٣٠٣ ، ٣١١ ، ٣٢٣

حرف النـــون

نافع المدنى ،مولى عبد الله بن عمر	(٢٤٨) ، ٢٤٩ ، ٢١٤
نجم الدين بن الرفعة	١٩٩
النعمان بن ثابت ،الإمام أبو حنيفة (٨٠) ، ١١١ ، ٢٠٥ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٥ ، ٢٤١ ، ٢٤٧ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٣٠٣	

حرف اليـــاء

يحى بن شرف ، الإمام النووى (١٩٦) ، ٢٠٤ ، ٢٠٩ ، ٢١١ ، ٢٢٩ ، ٢٣١ ، ٢٤٠ ، ٢٦٦ ، ٢٨٣ ، ٣١٠	
يحى بن يحى بن عيسى الأندلسى المالكى	٢٠٣
يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى ،القاضى أبو يوسف	(٢٤١) ، ٢٤٢ ، ٢٤٧

فهـرس المراجع

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : الحديث وعلومه ورجاله

١- أبو بكر بن الحسين .. البيهقى
السنن الكبرى
بيروت دار صادر

٢- أحمد بن شعيب بن على .. النسائى
سنن النسائى مع شرح جلال الدين السيوطى وحاشية السندى عليه
مصر المكتبة التجارية الكبرى

٣- أحمد بن على بن محمد .... بن حجر العسقلانى
الاصابة فى تمييز الصحابة
طبعتان :
- المكتبة التجارية الكبرى
- بغداد : مكتبة المثنى

٤-
تهذيب التهذيب
بيروت : دار صادر - تصوير عن طبعة ١٣٢٦هـ

٥-
فتح البارئ بشرح صحيح البخارى
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى
نشر وتوزيع ، إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالرياض

٦- أحمد بن محمد بن حنبل .. الإمام أحمد
المسند
بيروت : المكتب الاسلامى ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م

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 .. ابي عبد الله الحافظ المنذري
مختصر سنن أبي داود
مطبعة السنة المحمدية - مصر - ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩م

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 الدار قطني
تحقيق عبد الله هاشم اليماني
دار المحاسن للطباعة بالقاهرة
١٣٧٨٦ - ١٩٦٦م

١٢- مالك بن أنس بن مالك
الموطأ
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي
القاهرة - دار الشعب

١٣- محمد بن احمد بن عثمان .. شمس الدين الذهبي
تذكرة الحفاظ
دار احياء التراث العربي

١٤- محمد عبد الباقى بن يوسف الزرقانى
الموطأ بشرح الزرقانى عليه
المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦م

١٥- محمد بن عبد الله بن محمد . . أبو عبد الله الحاكم النيسابورى
المستدرك على الصحيحين
حلب - مكتبة المطبوعات الاسلامية

١٦ - محمد بن عيسى بن سورة . . الإمام الترمذى
سنن الترمذى
تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر
مصر - مصطفى البابى الحلبى وشركاه الطبعة الاولى ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م

١٧ - مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى
الجامع الصحيح = صحيح مسلم
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى
دار إحياء الكتب العربية ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥م

١٨ - محمد بن يزيد بن ماجة . . القزوينى أبو عبد الله
سنن ابن ماجة
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى
مصطفى البابى الحلبى وشركاه

ثالثا أصول الفقه

١٩- إبراهيم بن على بن يوسف . . أبو اسحق الشيرازى
التبصرة فى أصول الفقه
شرح وتحقيق : محمد حسن هيتو
دمشق : دار الفكر ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

٢٠- إبراهيم بن موسى .... أبو اسحق الشاطبى
الاعتصام
مصر المكتبة التجارية الكبرى

٢١ - ابراهيم بن موسى أبو اسحق الشاطبى
الموافقات فى أصول الشريعة
تحقيق عبد الله دراز
مصر المكتبة التجارية الكبرى

٢٢- أحمد بن ادريس . . القرافى
شرح تنقيح الفصول فى اختصارات المحصول
تحقيق طه عبد الرؤف سعد
مصر مكتبة الكليات الأزهرية - دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م

٢٣- الدكتور بدران أبو العينين
أصول الفقه الاسلامى
الاسكندرية الناشر مؤسسة شباب الجامعة

٢٤ - زين الدين بن ابراهيم بن نجيم
فتح الغفار بشرح المنار
مصر مطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦م

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 الإيجى
شرح مختصر ابن الحاجب
مراجعة وتصحيح شعبان محمد اسماعيل
مصر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣م

٢٧- عبد الرحيم بن الحسن بن على بن عمر، جمال الدين الاسنوى
التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول
تحقيق محمد حسن هيتو
مؤسسة الرسالة ١٤٠١ - هـ ١٩٨١م

٢٨- عبد الرحيم بن الحسن بن على بن عمر جمال الدين الاسنوى
نهاية السول شرح منهاج الوصول مطبوع بهامشه شرح البدخشى
مصر مطبعة محمد على 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 فى أصول الفقه
تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد
القاهرة - مطبعة المدنى

٣٠- عبد العزيز بن أحمد بن محمد . . علاء الدين البخارى
كشف الأسرار عن أصول البزدوى
بيروت - دار الكتاب العربى ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م

٣١- عبد العلى محمد بن نظام الدين . . الأنصارى
فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع مع المستصفى للغزالى
بيروت - دار صادر

٣٢- عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران
المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل
بيروت دار الفكر

٣٣- [redacted]
نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر
مصر - المطبعة السلفية ١٣٤٢ هـ

٣٤- الدكتور عبد الكريم زيدان
الوجيز فى أصول الفقه
بغداد الدار العربية للطباعة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م

٣٥- عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك
شرح المنار
تصحيح أحمد رفعت بن عثمان حنفي وآخرين
المطبعة العثمانية

٣٦- عبد الله بن ابراهيم العلوى الشنقيطى
نشر البنود على مراقى السعود
المغرب - مطبعة فضالة المحمدية - نشر وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية

٣٧- الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى
أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل - دراسة أصولية مقارنة
الرياض : مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م

٣٨- عبد الملك بن عبد الله .. امام الحرمين أبو المعالى الجوينى
البرهان فى أصول الفقه
تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب
قطر : مطابع الدوحة الحديثة

٣٩- الشيخ عبد الوهاب خلاف
مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه
بيروت - دار العلم للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م

٤٠- عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى .. تاج الدين السبكى
تكملة الإبهاج بشرح المنهاج
مطبعة التوفيق الأدبية

٤١- عبد الواحد بن عبد الحميد .. الكمال بن الهمام
تيسير التحرير فى أصول الفقه
مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢

٤٢- عبيد الله بن مسعود .. صدر الشريعة الاصغر
التوضيح لمتن التنقيح مع حاشية التلويح لسعد الدين التفتازانى عليه
مصر - مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده

١٣- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام
قواعد الأحكام فى مصالح الأنام
مراجعة وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد
بيروت - دار الجيل

٤٤-على بن أبى على بن محمد بن سا لم ... سيف الدين الآمدى
الإحكام فى أصول الأحكام
بيروت - دار الكتب العلمية ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م

٤٥-على بن أحمد بن سعيد .. أبو محمد بن حزم
الإحكام فى أصول الأحكام
بيروت - منشورات دار الآفاق الجديدة
الطبعة الأولى ١٤٠٠ - ١٩٨٠م

٤٦- محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعيد .. ابن قيم الجوزية
أعلام الموقعين عن رب العالمين
بيروت دار الفكر ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م

٤٧- محمد أبو زهرة
أصول الفقه
دار الفكر العربى

٤٨ - محمد بن احمد بن عبد العزيز بن النجار
شرح الكوكب المنير
تحقيق دكتور محمد مصطفى الزحيلى - ودكتور نزيه حماد
دمشق دار الفكر ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

٤٩- محمد بن أحمد بن على .. ابن التلمسانى
مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول
حققه وخرج أحاديثه وقدم له عبد الوهاب عبد اللطيف
بيروت - دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

٥٠- محمد بن احمد بن محمد بن إبراهيم .. جلال الدين المحلى
شرح جمع الجوامع مع حاشية البنانى وتقرير الشيخ الاسلام الشربينى
بيروت دار الفكر

٥١ - محمد الخضرى بك
أصول الفقه
مصر - دار النهضة العربية -
الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م

٥٢ - محمد زكريا البرديسى
أصول الفقه
مصر - دار النهضة العربية
الطبعة الخامسة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م

٥٣- محمد سلام مدكور
نظرية الاباحة عند الأصوليين
مصر دار النهضة العربية
الطبعة الثانية ١٩٦٥م

٥٤- محمد بن عمر بن الحسين .. فخر الدين الرازى
المحصول فى علم أصول الفقه
دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر فياض العلوانى
الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض
الطبعة الاولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م

٥٥ - محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكانى
ارشاد الفحول الى تحقيق الحق فى علم الاصول
بيروت - دار المعرفة للطباعة والنشر

٥٦- محمد بن على بن الطيب .. أبو الحسين البصرى
المعتمد فى أصول الفقه
تحقيق محمد حميد الله بالتعاون مع أحمد بكير وحسن حنفى
الناشر المعهد العلمى الفرنسى للدراسات العربية
١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥م

٥٧- محمد الأمين بن محمد المختار .. الشنقيطى
مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر
المدينة المنورة - المكتبة السلفية

٥٨ - محمد بن محمد بن عبد الرحمن ابو عبد الله الرعينى .. الحطاب المالكى
قرة العين شرح ورقات إمام الحرمين
شركة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠م

٥٩ - محمد بن محمد بن محمد .. حجة الإسلام الغزالى
المستصفى من علم الأصول مطبوع معه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت
بيروت - دار صادر

٦٠- محمد بن يحى بن الشيخ أما ن
نزهة المشتاق شرح اللمع لأبى اسحق الشيرازى
مكة المكرمة - المكتبة العلمية

٦١ - محمود بن احمد بن محمود .. شهاب الدين الزنجانى
تخريج الفروع على الأصول
تحقيق الدكتور محمد أديب الصالح
مؤسسة الرسالة - ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م

٦٢ - الدكتور مصطفى ديب البغا
أثر الأدلة المختلف فيها فى الفقه الاسلامى
دمشق - حلبونى - دار الإمام البخارى

٦٣ - الدكتور وهبة مصطفى الزحيلى
الوسيط فى أصول الفقه
دمشق المطبعة العلمية ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩م

رابعا الفقه

أ - الفقه الحنفى

٦٤- أبو بكر بن محمد مسعود .. علاء الدين الكاسانى
بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
بيروت دار الكتاب العربى ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م

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 - ١٩٦٨م

٦٦- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل .. الفرغاني المرغيناني
الهداية شرح بداية المبتدى مطبوع معها شرح فتح القدير والكفاية والعناية
وحاشية سعدى حلبي
بيروت - دار إحياء التراث العربي

٦٧- محمد بن أبي سهل .. شمس الدين السرخسي
المبسوط
مصر مطبعة السعادة

٦٨ - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز .. ابن عابدين
رد المحتار على الدر المختار ومعها شرح الدر المختار على تنوير الأبصار
مصر - مصطفى البابي 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 الأقضية ومناهج الأحكام مطبوع مع فتح العلي المالكي
في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ عليش المالكي
مصر - مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨م

٧١ - أحمد بن إدريس شهاب الدين القرافي
أنوار البروق في أنواء الفروق
مطبعة عيسى البابي الحلبي
الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ

٧٢ - أحمد بن محمد بن أحمد .. أبو البركات الدردير
الشرح الكبير على مختصر خليل
دار احياء الكتب العربية

٧٣ - ـــــــــــــــــــ
شرح أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك مع حاشية الصاوى عليه
(بلغة السالك)
دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م

٧٤ - عبد السلام بن سعيد التنوخى .. الإمام سحنون
المدونة الكبرى
بيروت - دار صادر

٧٥ - على بن محمد بن محمد .. بن خلف أبو الحسن الشاذلى
كفاية الطالب الربانى شرح رسالة بن أبى زيد القيروانى وبهامشه حاشية
على الصعيدى العدوى
بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر

٧٦ - محمد بن احمد بن محمد بن احمد .. ابن رشد الحفيد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد
شركة مصطفى البابى الحلبى وشركاه ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م

٧٧ - محمد بن عبد الله بن على .. الخرشى
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل
دار إحياء الكتب العربية

٧٨ - محمد بن محمد بن عبد الرحمن .. أبو عبد الله الخطاب المالكى
مواهب الجليل شرح مختصر خليل (شرح الخطاب على مختصر خليل)
طرابلس ليبيا - مكتبة النجاح

ج - الفقه الشافعي

٧٩- احمد بن محمد بن علي .. بن حجر الهيتمي
تحفة المحتاج بشرح المنهاج
المكتبة التجارية الكبرى

٨٠ - عبد الرحمن بن أبي بكر .. جلال الدين السيوطي
الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية
بيروت - دار الكتب العلمية الطبعة الاولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م

٨١ - عبد الله بن سليمان الجرهزي
المواهب السنية شرح الفوائد البهية، مطبوع مع الاشباه والنظائر للسيوطي
مكة المكرمة - مطبعة الترقي الماجدية ١٣٣١هـ

٨٢ - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي .. تاج الدين بن السبكي
الأشباه والنظائر
نسخة مصورة من مكتبة الازهر رقم ٢٢ / ٩٣٧

٨٣ - محمد بن أحمد ... الخطيب الشربيني
مغني المحتاج عن معاني ألفاظ المنهاج
مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧م

٨٤ - محمد بن أحمد بن حمزة .. شمس الدين الرملي
نهاية المحتاج إلى 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 - يحى بن شرف بن مرى .. شرف الدين النووى
المجموع شرح المهذب مع تكملته
علق عليه وأتمه بعد نقصانه - محمد نجيب المطيعى
توزيع المكتبة العالمية بالفجالة

د - الفقه الحنبلى

---

٨٧ - إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم
العذب الفائض شرح عمدة الفارض
بيروت - دار الفكر ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤م

٨٨ - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب .. الحنبلى
القواعد فى الفقه الاسلامى
راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد
القاهرة مكتبة الكليات الازهرية - مؤسسة نبع الفكر العربى للطباعة

٨٩- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدى
حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ومعها الروض المربع
الرياض المطابع الاهلية للأوفست ١٣٩١ هـ

٩٠ - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى
المغنى مطبوع معه مختصر الخرقى
الرياض - مكتبة الرياض الحديثة

٩١ - منصور بن يونس بن إدريس .. البهوتى
شرح منتهى الارادات
المدينة المنورة - المكتبة السلفية

٩٢- *
كشاف القناع عن متن الإقناع
راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصلحى
الرياض مكتبة النصر الحديثة

هـ - فقه الظاهرية

٩٣- علي بن محمد بن سعيد... أبو محمد بن حزم
المحلى
بيروت - المكتب التجاري للطباعة والنشر

و - كتب فقهية أخرى

٩٤- الدكتور حسين حامد حسان
المدخل لدراسة الفقه الإسلامي
القاهرة مكتبة المتنبيء
الطبعة الثانية ١٩٧٩م

٩٥ - مجموعة فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية
جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد النجدي وابنه محمد
بيروت مطابع دار العروبة للطباعة والنشر

٩٦ - محمد بن أبي بكر بن أيوب ... ابن قيم الجوزية
الطرق الحكمية في السياسة الشرعية
بيروت دار الكتب العلمية

٩٧ - مصطفى الزرقا
المدخل الفقهي العام
مصر - مطبعة طريش الطبعة العاشرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م

٩٨ - موسوعة الفقه الاسلامي
القاهرة - إصدار المجلس الأعلى للشئون الاسلامية

خامسا : اللغة والمعاجم

٩٩- أحمد بن فارس .. أبو الحسين
معجم مقاييس اللغة
تحقيق محمد عبد السلام هارون
مصر شركة مصطفى البابى الحلبى
الطبعة الاولى ١٣٩٠ هـ

١٠٠- أحمد بن محمد بن المقرى
المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير
مصر مصطفى البابى الحلبى وشركاه

١٠١- اسماعيل بن حماد الجوهرى
الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية
تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار
الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٣م

١٠٢- محمد بن مكرم أبو الفضل جمال الدين
لسان العرب
بيروت دار صادر

١٠٣- محمد يعقوب .. الفيروز آبادى
القاموس المحيط
بيروت دار الجيل

سادسا : التاريخ

١٠٤- أحمد بن على .. الخطيب البغدادى
تاريخ بغداد
بيروت دار الكتاب العربى

١٠٥- اسماعيل بن كثير القرشى عماد الدين أبو الفداء
البداية والنهاية
بيروت - مكتبة المعارف .
الطبعة الثانية ١٩٧٧م

١٠٦- عبد القادر بن احمد بن مصطفى بن بدران
تهذيب تاريخ دمشق
بيروت دار المسيرة الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ

١٠٧ - ياقوت بن عبد الله - ياقوت الحموى
معجم البلدان
بيروت - دار إحياء التراث العربى

سابعا : الطبقات والتراجم

١٠٨ - إبراهيم بن على بن فرحون المالكى
الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب
القاهرة - دار التراث

١٠٩ - ابن ابى بكر بن هداية الحسينى
طبقات الشافعية الكبرى
بغداد المكتبة العربية ١٣٥٦ هـ

١١٠ - ابو الحسن بن ابى يعلى
طبقات الحنابلة
بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر

١١١ - احمد بن محمد بن ابى بكر .. ابن خلكان
وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان
المطبعة الأميرية ببولاق

طبعة أخرى :-
بيروت دار صادر

١١٢- اسماعيل بن محمد بن امين بن سليم
إيضاح المكنون فى الزيل على كشف الظنون
بغداد مكتبة المثنى

١١٣- خير الدين الزركلى
الأعلام
مطبعة كوستاتسوماس وشركاه ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧
- طبعة أخرى :-
بيروت دار العلم للملايين الطبعة الخامسة ١٩٨٠م

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
بغية الوعاة فى طبقات اللغويين والنحاة
مصر - عيسى البابى الحلبى 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 السبكى
طبقات الشافعية الكبرى
تحقيق عبد الفتاح محمد ومحمود محمد الطناحى
مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨م

١١٨- عمر رضا كحالة
معجم المؤلفين
بيروت - لبنان داراحياء التراث العربى

١١٩ - على بن محمد بن الأثير الجزرى
أسد الغابة فى معرفة الصحابة
القاهرة - دار الشعب ١٩٧٠

١٢٠ - محمد بن سعد بن منيع ... أبو عبد الله البصري الزهري
الطبقات الكبرى
بيروت دار صادر

١٢١ - محمد بن شاكر بن احمد الكتبي
فوات الوفيات
تحقيق الدكتور احسان عباس
بيروت دار صادر

١٢٢ - محمد عبد الحي اللكنوي الكهندي
الفوايد 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 ابي محمد بن أبي الوفاء
الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية
مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند الطبعة الاولى

١٢٥ - يوسف بن تغري بردي ... الأتابكي
النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة
مصر وزارة الثقافة والإرشاد

١٢٦ - يوسف بن عبد الله بن محمد ... بن عبد البر النمري
الاستيعاب في معرفة الأصحاب
مكتبة نهضة مصر ومطبعتها بالفجالة

ثامنا : مصادر اخرى

١٢٨ - مجلة الدعوة السعودية
رقم ٨٧٢ تاريخ ٢٨ صفر ١٤٠٣ هـ

فهرس الموضوعـــــات

الموضوع	رقم الصفحة
ـ كلمة الشكـــــر	
ـ المقـدمـــــة	أ ـ ط
ـ التمهيـــد	١
ـ التعريف بالأدلة المتفق عليها	٣
ـ التعريف بالأدلة المختلف فيها	٤
الباب الأول : تعريف الاستصحاب وأنواعه	
ـ **الفصل الأول** : تعريف الاستصحاب	٧
ـ الاستصحاب فى اللغة	٧
ـ الاستصحاب فى الاصطلاح	٨
ـ مناقشة التعاريف	١٥
ـ الجمع بين التعريفات	٢١
ـ **الفصل الثانى** : أنواع الاستصحاب	٢٨
ـ النوع الاول : استصحاب حكم الاباحة عند عدم الدليل على خلافه	٢٩
ـ أمثلة هذا النوع	٣١
ـ أدلة هذا النوع	٣١
ـ النوع الثانى : استصحاب العدم الأصلى	٣٥
أمثلة هذا النوع	٣٥
ـ أدلة هذا النوع	٣٦
ـ النوع الثالث : استصحاب الدليل مع احتمال المعارض تخصيصا أو نسخـــا	٤٠
الفرع الأول : استصحاب العدم حتى يأتى مخصص	٤٠
الفرع الثانى : استصحاب النص حتى يأتى ناسخ	٤٢

الموضوع رقم الصفحة

- النوع الرابع : استصحاب الحكم الشرعى الذى دل الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه ٤٤
- أمثلة هذا النوع ٤٤
- أدلة هذا النوع ٤٦
- النوع الخامس : الاستصحاب المقلوب ٥٠
- أمثلة هذا النوع ٥٠
- أدلة هذا النوع ٥٢
- النوع السادس : استصحاب الاجماع فى محل النزاع ٥٣
- أمثلة هذا النوع ٥٤
- أدلة هذا النوع ٥٤

الباب الثانى : مذاهب العلماء فى حجية الاستصحاب

الفصل الأول : مذاهب العلماء فى حجية أنواع الاستصحاب المعتبرة عند المثبتين لحجيته 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 لا مثبتة ٦١
- المذهب الرابع : القائلون بأن الاستصحاب حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله عز وجل ٦٢
- المذهب الخامس : القائلون بأن الاستصحاب يصلح للترجيح بين الأدلة المتعارضة فقط ٦٢

الموضوع	رقم الصفحة
- أدلة المذاهب	٦٣
- أدلة المذهب الأول	٦٣
- أدلة المذهب الثانى	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 الثانى : مناقشة أدلة النافين لحجية الاستصحاب	٩٢
الترجيح بين المذاهب	٩٥
الفصل الثانى : مذاهب العلماء فى الاحتجاج باستصحاب الاجماع فى محل النزاع	١١٠
- المذهب الاول : مذهب القائلين بأنه حجة	١١١
- المذهب الثانى : 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 فى الفروع الفقهية	١٣٥
الفصل الأول : القواعد الفقهية التى بنيت على الاستصحاب	١٣٦
علاقة هذه القواعد بالاستصحاب	١٣٧
ـ القاعدة الاولى : اليقين لا يزول بالشك	٢٤٣
ـ الأدلة على هذه القاعدة	١٤٣
ـ مسائل مستثناة من هذه القاعدة	١٤٦
ـ القاعدة الثانية : الأصل بقاء ما كان على ما كان	١٤٩
ـ أمثلة على هذه القاعدة	١٤٩
ـ القاعدة الثالثة : الأصل براءة الذمة	١٥١
ـ الأدلة على هذه القاعدة	١٥١
ـ أمثلة على هذه القاعدة	١٥٢
ـ القاعدة الرابعة : الأصل فى الأمور العارضة العدم	١٥٤
ـ أمثلة على هذه القاعدة	١٥٤
ـ القاعدة الخامسة : الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن	١٥٦
ـ أمثلة على هذه القاعدة	١٥٦
ـ القاعدة السادسة : الأصل فى الكلام الحقيقة	١٥٩
ـ أمثلة على هذه القاعدة	١٥٩
ـ القاعدة السابعة : الأصل فى الأشياء الاباحة	١٦١
ـ مذاهب العلماء فى حكم الأشياء بعد الشرع	١٦٤
ـ أدلة القائلين بأن الأصل فى الأشياء الإباحة	١٦٨
ـ أدلة القائلين بأن الأصل فى الاشياء الحظر	١٧٥
مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل فى الأشياء الإباحة	١٧٨
مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل فى الأشياء الحظر	١٨٠
الراجح من هذه المذاهب	١٨٢
بعض الفروع المبنية على هذا الأصل	١٨٣

الموضوع	رقم الصفحة
ـ القاعدة الثامنة : الأصل في الابضاع التحريم	١٨٥
أمثلة على هذه القاعدة	١٨٥
ـ مسائل الأصل والظاهر	١٨٧
ـ المسألة الأولى : تعارض الأصل والظاهر	١٨٨
ـ أمثلة لما قدم فيه الأصل على الظاهر	١٩٠
ـ أمثلة لما قدم فيه الظاهر على الأصل	١٩١
ـ أمثلة لما اختلف فيه من تقديم الاصل على الظاهر والعكس	١٩٣
ـ المسألة الثانية : تعارض الأصلين	١٩٥
ـ ما جزم فيه بأحد الأصلين	١٩٧
ـ ما رجح فيه أحد الأصلين بظاهره ونحوه	١٩٧
ـ ما جرى فيه الوجهان	١٩٨
ـ ما وجد فيه أصلان من جهة وأصل واحد من جهة أخرى	١٩٩
الفصل الثاني : بعض المسائل الفقهية المتفرعة عن القول بالاستصحاب	٢٠٠
المسألة الأولى : حكم النجاسات الخارجة من غير السبيلين	٢٠١
المسألة الثانية : حكم المتيمم الذي يجد الماء في اثناء الصلاة	٢١٥
المسألة الثالثة : حكم المتمتع أو القارن الذي يجد الهدي بعد الشروع في الصوم	٢٢٧
المسألة الرابعة : الهدي على المحصر بعدو أو غيره	٢٣٤
المسألة الخامسة : حكم ما صاده الكلب المعلم اذا أكل منه	٢٤٠
المسألة السادسة : صفة الطلاق الواقع بالايلاء	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 فى الدين ،أنه كان على دين مورثه قبل موته	٢٧١
- المسألة العاشرة : القضاء بالنكول	٢٨٢
- المسألة الحادية عشر : وجوب الدية فى الشعور	٢٩٥
- المسألة الثانية عشر : استسعاء العبد المشترك اذا أعتق الشريك المعسر نصيبه منه	٣٠١
- المسألة الثالثة عشر : حكم تصرف السيد فى مدبره	٣١٠
- المسألة الرابعة عشر : إرث المفقود	٣١٦
- الخاتمة :	٣٢٧

فهرس الفهارس

- فهرس الايات ٣٣١
- فهرس الاحاديث ٣٣٤
- فهرس الاعلام ٣٣٦
- فهرس المراجع ٣٤٤
- فهرس الموضوعات ٣٦٢