

الأصل الخامس

استصحاب الحال قبل نزول الحادثة

ويجب أن يُقدّم بيان حكم الأشياء قبل ورود الشرع؛ لأنّ المجتهد إذا لم يجد دليلاً في الشرع، رجع إلى استصحاب حال حكمها، وقد اختلف الناس في حكمها على ثلاثة أقوال^(١):

أحدها: وهو مذهب المعتزلة البصريين، أنّها على الإباحة، وبه يقول ابن شريج والأستاذ أبو إسحاق^(٢)، وهو المختار عندي؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢] ولقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَرْدِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾ [الإسراء: ٧٠] /

٢٣٧

والثاني: إنّها على الحظر، وهو مذهب المعتزلة البغداديين، وبه يقول أبو علي ابن أبي هريرة، واحتجّ بمفهوم قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ [المائدة: ١] واختاره السيف الأمدي^(٣)؛ لما قدّمناه عنه.

والثالث: إنّها على الوقف، لا يُقضى بحظر ولا إباحة، وهو مذهب الأشعرية، وبه يقول أبو علي الطبري، والصيرفي، وأكثر الشافعية وغيرهم من ذوي السُنّة، وإن وافقوا المعتزلة في أقوالهم، فمأخذهم غير مأخذهم، فإنّ مأخذ المعتزلة تحكيّم العقل في إدراك ذلك، ومأخذ الشافعية والأشعرية الأدلّة الشرعية، لكن الأشعري

(١) انظر لهذه الأقوال: «اللمع» ٣٣٧، و«شرح اللمع» ٢/ ٩٧٧، و«النبصرة» ٥٣٢-٥٣٣، و«قواطع الأدلة» ٤٨/٢، و«البرهان» ٨٦-٨٧/١، و«المنخول» ٧٦-٧٧، و«المستصفى» ١٢٣-١٢٤، و«المحصول» ١٥٨/١، و«الإحكام» ٨١-٨٢/١، و«البحر المحيط» ١٥٤/١.

(٢) وبه يقول أيضاً علماء الحنفية وأبو حامد المرّوزي، وأكثر المعتزلة وأهل الظاهر. انظر: «البحر المحيط» ١٥٤-١٥٥، والمصادر السابقة.

(٣) انظر: «الإحكام» ٨١-٨٢/١.

وَمُوافَقُوهُ تَوَقَّفُوا لِعَدَمِ الْعِلْمِ؛ لَتَعَارُضِ الْأَدَلَّةِ.

وينبني على هذا حكمُ تقريرِ النبي ﷺ على فعلٍ، هل يدلُّ على جوازِهِ بالشَّرْعِ أو بالبراءةِ الأصلية؟

فإن قلنا: أصلُ الأشياءِ التحريمُ، دلَّ التقريرُ على الجوازِ بالشرع، وإن قلنا: أصلُها الإباحةُ، فيكون ذلك مستنداً لتقريرٍ، هكذا نبّه على هذا البناء أبو الحسن الماورديُّ والرُّوياني.

ثم ينبني على هذا البناء أنَّ رفعَ التقريرِ هل يكون نسخاً؟
إن قلنا: مستندهُ الشرعُ، كان رفعُه نسخاً، وإلا فلا يكون نسخاً.

*

*

*

[الاستصحاب]

وأما الاستصحابُ، فعلى ضربين:

الضرب الأول: استصحابُ حالِ العقلي، وهو الرجوعُ إلى براءةِ الذمّة؛ لأنَّه الأصلُ، إذ الأصلُ العدمُ، فهذا يجب استصحابُه^(١).

كما يجب استصحابُ حالِ العمومِ إلى وجودِ المخصّص، والنصُّ إلى وجودِ الناسخ^(٢).

إلا أن يُعارضه أصلٌ آخرُ أو ظاهرٌ غالبٌ، فإنَّ مالكا رحمه الله تعالى يُقدِّمه على الأصل^(٣)، وللشافعي في ذلك قولان، وسأبيّنه قريباً إن شاء الله تعالى.

ثم قال بعضُ أصحابه بجريانِهما دائماً، وقيل: بل غالباً^(٤).

(١) انظر: «اللمع» ٣٣٨، و«شرح اللمع» ٩٨٦/٢، و«البحر المحيط» ٢٠/٦.

(٢) انظر: «الإبهاج» ١٦٩/٣، و«جمع الجوامع» ٣٤٨/٢.

(٣) انظر: «المحصول» لابن العربي ١٣٠، و«شرح تنقيح الفصول» ٤٤٧.

(٤) انظر: «شرح تنقيح الفصول» ٤٤٧.

ثم اختلفوا أيضاً في الراجح منهما :

ف قيل : الأخذ بالأصل دائماً أرجح ؛ لأنه أصدق وأضبط من الغالب الذي يختلف باختلاف الأحوال والأزمان^(١).

والحق : اتباع أرجح الظنين في ذلك كله ، وتفصيل ذلك بصورة الفروعية يستدعي تطويلاً ، وقد شرحتُه وبيّنته في كتاب «جامع الفقه» عند البحث في الطّبية تبوّل في الماء الكثير ، وعند ظنّ الطهارة بعد تيقن الحَدَث ، وعند ذكّر أواني المُشركين ، وما ذكرته من العمل بالأصل هو في الأمور المتعلقة بالذمة ، كوجوب صلاة سادسة ، وصوم غير رمضان ، وما أشبه ذلك ، وما أظنّ أحداً يُخالف في هذا.

وأما الأمور المتعلقة بالأفعال ، فإنّها مبنية على الخلاف المتقدم في حكم الأشياء قبل ورود الشرع ، فحيث قلنا بأصالة شيء ، وجب على المجتهد الرجوع إليه ، ولم أر هذا التفصيل لأحد ، وهو متعين ، والله أعلم.

فصل

في أحكام الأصل عند الفقهاء^(٢)

اعلم أنّ الأصل إذا انفرد ، ولم يُعارضه دليل ، ولا أصل آخر ، ولا ظاهر ، كان دليلاً يجب التعويل عليه ، فإن عارضه دليل آخر من كتاب أو سنة ، بطل حكمه ؛ لأنّ من شرطه أن لا يوجد دليل آخر أقوى منه.

فإن عارضه أصل آخر ، وجب العملُ فيهما ، كما يجب العملُ في التعارض بين الدليلين اللفظيين ؛ لأنّهما دليلاّن مثلهما :

فإن أمكن استعمال الأصلين وتنزيلهما على حالين ، وجب استعمالهما وفاء

(١) انظر : «اللمع» ٣٣٨ ، و«شرح اللمع» ٩٨٧/٢ ، و«جمع الجوامع» ٣٤٩/٢ .

(٢) انظر لهذا الفصل : «المشور في القواعد» ٣١١/١ وما بعدها .

باستصحابيهما، ولذلك صورّ كثيرة من الفروع :

منها : العبد المفقود، تجب فطرته عند الشافعي؛ / لأن الأصل بقاء حياته، ولا يجزئ إعتاقه عن الكفارة؛ لأن الأصل بقاءها في ذمته^(١).

٢٣٨

ومنها : المفقود، ملكه باقٍ على ماله، ولا يورث؛ لأن الأصل بقاءه، ولا يرث من مورثه شيئاً؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك إليه^(٢).

ومنها : إذا قال : أوصيت لحمل فلانة، فولدت لفوق ستّة أشهر، ودون أربع سنين، وكان الزوج قد فارّقها أو غاب عنها غيبة يُعلم معها أنّه لم يَطأها بعد الوصية، فلا تثبت الوصية على وجه؛ لأن الأصل عدم وجود الحمل، ويثبت النسب؛ لأن الأصل فيه الاحتياط^(٣).

ومنها : إذا ظهر لتسع سنين لبن، فارتضع منه صغير، حرّم النكاح، ولا يحكم ببلوغها؛ لأن الأصل عدم البلوغ، والأصل في الرضاع الاحتياط، كالنسب^(٤).

وإن لم يمكن تنزيلهما على حالين، فهذا منشأ اختلاف المجتهدين، وقد ينشأ لمجتهد واحد منهم قولان، ولذلك صورّ كثيرة من المسائل الفقهية :

منها : العبد المفقود، تجب فطرته عند الشافعي، لأن الأصل بقاء حياته، ولا تجب عند مالك؛ لأن الأصل براءة ذمة سيّده^(٥).

ومنها : إذا قطع رجل رجلاً ملفوفاً بنصفين^(٦)، وادّعى أنّه كان ميتاً، فقال أولياؤه : بل كان حياً، ففي وجوب القصاص خلاف، فمن نظر إلى أن الأصل براءة

(١) انظر : «العزیز شرح الوجیز» للرافعي ١٥٣/٣ و١٥٤.

(٢) انظر : «العزیز شرح الوجیز» ٥٢٤/٦ .

(٣) انظر : «التمهید» للإسنوي ٤٧٥ .

(٤) انظر : «العزیز شرح الوجیز» ٥٥/٩ هـ.

(٥) انظر : «عقد الجواهر الثمينة» لابن شاس ٣٣٩/١ .

(٦) كذا في الأصل : بنصفين، وهو كذلك في المصادر الآتية، و«لسان العرب» ٣/٣٤٤ .

ذمة الجاني، لم يُوجبه، ومن نظرَ إلى أنَّ الأصلَ بقاءُ حياةِ المقطوع، أوجبَ القصاصَ.

ومن الفقهاء من نظرَ إلى ترجيحِ أحدِ الأصلين بظاهرٍ، فقال: إن كان مَلْفُوفاً في ثيابِ الأمواتِ، لم يجبِ القصاصُ؛ لتعاضُدِ الأصلِ والظاهرِ، وإلا لم تجب^(١). ومنها: اللَّقِيطُ إذا جنى عليه حرٌّ، أو قذَفَه وأدَّعى أنَّه رقيقٌ، فقال اللَّقِيطُ أو أولياؤه: بل هو حرٌّ، وما أشبه ذلك من المسائل.

وإن عارض الأصلَ ظاهرٌ، فلا يخلو الظاهرُ إما أن يكون معتبراً عند الشرعِ لوضوح ظُهوره، أو لا يكون معتبراً لخفائه وَضْعُهُ، أو يكون مساوياً للأصل في إفادة الحكم وإثارة الظنون، فهذا أيضاً منشأ اختلافِ المجتهدين، فمالكَ يُقدِّم الظاهرَ، والشافعي يُرجِّح الأصلَ إما مطلقاً أو غالباً، كما قدَّمته قريباً^(٢).

فمثال الأول: المدَّعى عليه، الأصلُ براءةُ ذمَّتِهِ ممَّا ادَّعى عليه، رجَّحنا عليه الظاهرَ من صِدْقِ المدَّعي المستندِ إلى أصلٍ آخرَ، وهو أنَّ الأصلَ عدمُ كذبه في دعواه، فلم يُترك المدَّعى عليه وإنكاره، بل أوجبنا عليه أن يضمَّ اليمينَ إلى الأصلِ الذي هو براءةُ ذمَّتِهِ، وإذا نكل المدَّعى عليه، أوجبنا على المدَّعي أن يضمَّ إلى هذا الظاهرَ ظاهراً آخرَ، وهو اليمين، وهذا من محاسنِ الشريعة، اعتبر الشارعُ في هذا المقام عند تعذُّر اليقين تزايدَ الظهور وتعاضُدَ الأمارات في إلزامِ الرجل بقولٍ غيره.

ومثال الثاني: الرجلُ إذا اقترض من آخرَ مالاً بحضرةِ شاهدين، ثم حصلت بين المُقرضِ والمقترضِ معاملاتٌ، فادَّعى المقترضُ الإيفاءَ، فإنَّ الشرعَ لم يعتبر هذا الظاهرَ؛ لضعفه.

ومثال الثالث: اختلافُ الزَّوجين في النفقة، ظاهرُ العادةِ دفعُها والأصلُ بقاءُها،

(١) انظر: «الوسيط» ٦/ ٢٧٠، و«العزیز شرح الوجیز» ١٠/ ٢٤٧، و١١/ ٦٧، «التمهید» ٤٨٠.

(٢) سلف ص ١١٣٦.

وكذلك أواني المشركين الظاهر نجاستها، والأصل طهارتها، فمالك يقول بالأول، والشافعي بالثاني، وقد يختلف القول عند الشافعية كما اختلفوا في المقبرة القديمة، وفي ثياب الصبيان والقصاب، فإن الأصل طهارتها، وحل الصلاة فيها، والظاهر نجاستها، وعلى هذه الأصول تتخرج مسائل كثيرة، وفيما ذكرناه كفاية للمستبصرين.

* * *

الضرب الثاني: استصحاب حال الإجماع في موضع الخلاف / ، مثل أن يقول الشافعي في المتيمم إذا رأى الماء في أثناء الصلاة: أنه يمضي فيها؛ لأنهم أجمعوا قبل رؤية الماء على انعقاد صلاته، فيجب أن يستصحب انعقادها بعد رؤية الماء حتى يقوم دليل بنقله عنه^(١).

٢٣٩

وهذا الضرب مختلف فيه :

فمن الناس من قال: إنه حجة؛ لما فيه من استمرار ظن يغلبه، ورجحان جانبه، فهو كظن البراءة الأصلية، ودوام العموم والنص من الشارع، وبهذا يقول المالكية^(٢)، والمزني وابن سريج والصيرفي من الشافعية^(٣)، واختاره الآمدي^(٤). ومنهم من قال: إنه ليس بحجة، وهم الأكثرون، وبه يقول الحنفية^(٥)، وإليه أذهب؛ لأن الإجماع إنما جعل دليلاً قبل رؤية الماء، أما عند رؤيته وتبدل الحال،

(١) انظر: «اللمع» ٣٣٨، و«شرح اللمع» ٩٨٧/٢.

(٢) انظر: «مقدمة في أصول الفقه» لابن القصار ٣١٥، و«المحصول» لابن العربي ١٣٠، و«شرح تنقيح الفصول» ٤٤٧. لكن قال ابن العربي: هذا مما اختلف عليه علماؤنا، والصحيح أنه ليس بدليل.

(٣) انظر: «اللمع» ٣٣٨، و«شرح اللمع» ٩٨٧/٢، و«النبصرة» ٥٢٦، و«قواطع الأدلة» ٣٥/٢، و«البرهان» ٧٣٥/٢، و«المستصفي» ٣٨٠/١، و«المحصول» ١٠٩/٦، و«الإحكام» ٣٧٤/٤، و«شرح تنقيح الفصول» ٤٤٧، و«مختصر ابن الحاجب» ٢٨٤/٢، و«الإبهاج» ١٦٨/٣، و«جمع الجوامع» ٣٤٩/٢، و«البحر المحيط» ٢١-٢٢.

(٤) انظر: «الإحكام» ٣٧٤/٤.

(٥) انظر: «أصول السرخسي» ٢٢٣/٢، و«تيسير التحرير» ١٧٦/٤، والمراجع السالفة.

فقد زال الإجماع، فلا ينبغي أن نستصحب حكمه في موضع الخلاف من غير علة جامعة، ويخالف ما ذكره، فإنَّ ظنَّ دوام البراءة الأصلية متحقق في محل الخلاف، وظنَّ بقاء العموم متحقق أيضاً، لدلالة الخطاب عليه.

وأما استصحاب نص الشارع في غير محله، فلا يجوز إلا بالقياس، وأما الإجماع، فقد تُيقَّن زواله مع تبدل المحل، فلا يجوز استصحابه مع زواله، وقد ناقض المزني أصله، فقال بطلان صلاة المتيَّم إذا رأى الماء في الصلاة، وأنَّ المكفِّر إذا شرع في الصوم، ثم أيسر، يلزمه العتق^(١)، والله أعلم. ومما يلتحق بذلك مسألتان:

المسألة الأولى: القول بأقل ما قيل، أخذ به الشافعي وعول عليه، وذلك مثل اختلافهم في دية اليهودي والنصراني، هل فيه دية مسلم، أو نصف دية، أو ثلث دية^(٢).

والاستدلال به يقع من وجهين: صحيح وباطل.

فأما الصحيح، فهو أن نقول: الأصل براءة ذمته إلا فيما دلَّ عليه الدليل الشرعي، وقد دلَّ الإجماع على اشتغال ذمته بالثلث، فما زاد باقي على الأصل، فهذا استدلال باستصحاب الحال، وهو استدلال صحيح^(٣)، ما لم يكن دليل الزيادة عليه أقوى، ومتى كان دليلها أقوى، فهو أولى، كما فعل الشافعي في عدد الجمعة، فإنه قد قام الدليل على أنها لا تنعقد إلا بعدد، ثم اختلفوا فيه، ف قيل: تنعقد بثلاثة، وقيل: باثني عشر، وقيل: بأربعين، وبه أخذ الشافعي، لأنه ثبت أنَّ من شرطها

(١) انظر: «مختصر المزني» (بهامش الأم) ٣١/١، و ٢٢٨/٥.

(٢) انظر: «اللمع» ٣٣٨، و«شرح اللمع» ٢/ ٩٩٣، و«قواطع الأدلة» ٤٤/٢، و«المستصفى» ٣٧٥/١ - ٣٧٦، و«المحصول» ١٥٤/٦، و«الإبهاج» ٣/ ١٧٥، و«جمع الجوامع» ٣٥١-٣٥٢/٢، و«البحر المحيط» ٢٧/٦.

(٣) انظر: «اللمع» ٣٣٩، و«شرح اللمع» ٢/ ٩٩٣.

العدد، ولا بُدَّ من تيقُّن الشرط، وفي الأخذ بالأكثر يحصل الشرط بيقين^(١).
وأما الباطل، فهو أن نقول: هذا العدد متيقَّن، ومازاد مشكوك فيه، فلا يجوز
إيجابه بالشك، فهذا باطل، فإنه كما لا يجوز إيجاب الزيادة بالشك، كذلك لا يجوز
إسقاطها بالشك^(٢).

وقد ألحق بعض الناس بهذا ما ليس منه: فأوجب الأخذ بالأخف، كما يجب
الأخذ بالأقل^(٣)، وجعله من جملة ما يستدلُّ به، واحتجَّ بقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ
بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وأوجب بعضهم الأخذ بالأثقل، لكونه أكثر ثواباً وأشدَّ احتياطاً^(٤).
ومنهم من لم يُوجب شيئاً من ذلك^(٥)، وهو الأقرب إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: اختلف الناس في النافي للحكم:

فالأكثرُونَ أوجبوا عليه إقامة الدليل كالمثبت^(٦).

ومنهم من قال: لا دليل عليه^(٧).

(١) انظر: «قواطع الأدلة» ٤٤/٢-٤٥، و«المحصول» ١٥٦/٦-١٥٧، و«الإبهاج» ١٧٦/٣، و«البحر
المحيط» ٣٠/٦.

(٢) انظر: «اللمع» ٣٣٩، و«شرح اللمع» ٩٩٣/٢.

(٣) انظر: «المحصول» ١٥٩/٦، و«تنقيح الفصول» ٤٥٢، و«جمع الجوامع» ٣٥٢/٢، و«البحر المحيط»
٣١/٦.

(٤) انظر: «المحصول» ١٦٠/٦، و«جمع الجوامع» ٣٥٢/٢، و«البحر المحيط» ٣١/٦.

(٥) انظر: «جمع الجوامع» ٣٥٢/٢.

(٦) منهم الشيرازي والفقهاء والصيرفي والسمعاني وابن الصباغ، انظر: «اللمع» ٣٣٩، و«شرح اللمع»
٩٩٥/٢، و«التبصرة» ٥٣٠، و«الكافية» ٣٨٦، و«قواطع الأدلة» ٤٠/٢، ٣٨٤/١، و«المحصول»
١٢١/٦، و«الإحكام» ٤٤٢/٤، و«البحر المحيط» ٣٢/٦.

(٧) وهم أهل الظاهر، وبعض الشافعية، انظر: «التبصرة» ٥٣٠، و«قواطع الأدلة» ٤٠/٢، و«البحر
المحيط» ٣٢/٦، والمراجع السابقة.

ومنهم من قال : يجب ذلك في العقليّات ، ولا يجب في الشرعيّات^(١) .
والذي أقوله : إنه إن أسند النفي إلى الأصل ، فلا دليل عليه ، ويكون ذلك من قبيل استصحاب العدم الأصلي ، وما أظنّ أحداً يُطالب بالدليل في هذا المقام ، فإن أسنده إلى غير ذلك طُوب بالدليل ؛ لأنّه حاكمٌ بحكم نشأ عن نظير واستدلال ، فهو مُدّع كالمثبت / ، والنفي في العقليّات من هذا القبيل ، وبهذا يتبيّن أنّ الأقوال لم ٢٤٠ تتوارد على محلّ واحد ، وأنّ الخلاف مرتفع^(٢) ، والله أعلم .

(١) انظر : «اللمع» ٣٣٩ ، و«شرح اللمع» ٢ / ٩٩٦ ، وقال الزركشي في «البحر المحيط» ٦ / ٣٢ : حكاه القاضي في التريب وابن فورك .

(٢) وهذا ما ذهب إليه إمام الحرمين في «الكافية» ٣٨٦ ، والغزالي في «المستصفى» ١ / ٣٨٤ ، والآمدي في «الإحكام» ٤ / ٤٤٢ ، والسبكي في «جمع الجوامع» ٢ / ٣٥١ ، وانظر : «البحر المحيط» ٦ / ٣٢ .