المحاضرة السابعة: خامس المصادر الشرعية "الاستحسان"

أول المصادر الشرعية المختلف فيها، وخامس المصادر الشرعية عامة.

تعريف الاستحسان:

1-الاستحسان لغة: عدُّ الشيء واعتقاده حسنًا.[1]

2- في اصطلاح الحنفية القائلين به هو: "عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي أو عن حكم كليّ إلى حكم استثنائي، لدليل انقدح في عقله رجح هذا العدول.[2]

ويظهر من التعريف أن الاستحسان نوعان:

النوع الأول: ترجيح أحد القياسين على الآخر، ويُسمي البزدوي القياس المرجوح بأنه ما ضعف أثره، أي: دليله.[3]

النوع الثاني: استثناء حكم من القاعدة لمصلحة؛ لأن استمرار القاعدة وتطبيقها على بعض الفروع، فيه فساد وحرج.

صورته: أن تقع حادثة ليس فيها حكم، ولها وجهتان مختلفتان، الأولى ظاهرة توجب حكمًا ظاهرًا للمجتهد والأخرى خفية توجب حكمًا دقيقًا، لا يصل إليه المجتهد إلا بعد النظر والتدقيق، فيرجح المجتهد الحكم الخفي، لدليل خاص، على الحكم الظاهر الجلي، ويسمى عمله هذا استحسانًا، وكذا إذا ترجح بنفس المجتهد دليل يوجب استثناء جزئية معينة من حكم كلي أو قاعدة عامة، فيكون هذا استحسانًا.

مثال الأول: التحالف: الأصل أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ويطبق هذا الأصل على كل قياس، فتكون اليمين على المدّعَى عليه، وليس على المدّعِي يمين، وإنما عليه البينة، ولكن فقهاء الحنفية قالوا: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل القبض، فادّعى البائع أنه ألفان، وادّعى المشتري أنه ألف، فيتحالفان استحسانًا وهو الراجح.[4]

والسّبب في ترجيح الاستحسان هنا على القياس، أنّ البائع مدَّعٍ من حيث الظّاهر للألفين، ولكنه يعتبر منكرًا لحق المشتري في تسليم المبيع، والمشتري ينكر الزيادة ظاهرًا، ويدعي حق تسليم المبيع ضمنًا، فصار كل منها مدعيًا ومنكرًا في آن واحد، فيتحالفان.[5]

---

[1] القاموس المحيط: 4 ص 214.

[2] أصول الفقه، خلاف: ص 89، كشف الأسرار: 4 ص 1123، المستصفى: 1 ص 283، والقياس الجلي هو ما يكون دليله ظاهرًا، أو دليله قويًّا، والقياس الخفي هو الذي خفيت علته لدقتها وبعدها عن الذهن.

[3] كشف الأسرار، للبخاري، على أصول البزدوي: 4 ص 1123، أصول مذهب أحمد: ص 501، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 122،

[4] التحالف: هو أن يقسم كل من البائع والمشتري يمينًا على دعواه.

[5] فتح القدير: 6 ص 184، تبيين الحقائق: 4 ص 305، كشف الأسرار: 4 ص 1131.

مثال الثاني: ضمان الأجير المشترك،[6]فالأصل أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، ويقاس عليه الأجير أو العامل الذي يُستأجر للعمل في البيت أو المعمل؛ ولكن استثنوا الأجير المشترك وهو العامل المشترك الذي يعمل للجميع في آن واحد، مثل مصلح السيارة والأحذية وتجليد الكتب، وقالوا: إنه يضمن استحسانًا، إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة، وسبب الاستحسان هو الحاجة والضرورة في تأمين أموال الناس خشية أن يُهمل المحافظة عليها أو يضيعها ويتلفها بدون مبالاة.[7]

حجية الاستحسان:

اختلف الأئمة في حجية الاستحسان واعتباره مصدرًا من مصادر التشريع على قولين:

القول الأول: أنّه حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع، ذهب إلى ذلك الحنفية، وينسب إلى الحنابلة واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:ى"**وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ**"[الزمر:55] وقوله:"**الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ**"[الزمر:18] فالآيتان تبينان أن المؤمن يتبع الأحسن، أي: يتبع ما يستحسنه، وقال صلى الله عليه وسلم: "**ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن**" أي: ما يستحسنه المسلمون فهو حسن ومقبول عند الله تعالى.[8]

القول الثاني: أن الاستحسان ليس حجة شرعية ولا مصدرًا ولا دليلًا من أدلة الشرع، وأن استنباط الأحكام بالاستحسان هوى وتلذذ وتعسف، وأنه من استحسن فقد شرع من عند نفسه.[9]

وعرفه الغزالي فقال: هو ما يستحسنه المجتهد بعقله،[10]وهو مذهب الشافعية والمالكية،[11]وضرب الشافعي مثلًا لذلك كمن يتّجه في الصلاة إلى جهة يستحسن أنها الكعبة، بغير دليل.

يقول الشافعي رحمه الله: فإن القول بما استحسن شيء يحدثه لا على مثال سابق،[12] أي من الكتاب والسنة واستدل الشافعي على ذلك بأن الاستحسان إن كان مع وجود نص فهو معارض للنص، وإن لم يكن نص في المسألة فهو تعطيل للقياس، وكذا الأمرين غير جائز، فالحكم الشرعي يكون بنص أو إجماع أو اجتهاد، والاجتهاد هو القياس، وإذا تعطّل القياس جاز لأهل العقول أن يشرعوا من عندهم بما تستحسنه عقولهم، قال الشافعي: ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعده الكتاب

---

[6]وهو قول المالكية والصاحبين من الحنفية، وقال الشافعي في الأظهر: لا يضمن = =الأجير المشترك (المهذب 3/ 561 ط محققة.

[7]انظر أمثلة كثيرة في: كشف الأسرار: 4 ص 1126، والتوضيح على التنقيح: 3 ص 4، علم أصول الفقه، خلاف: ص 91.

[8]المستصفى 1 ص 276، المدخل إلى مذهب أحمد ص 136، التوضيح 2 ص 2، المسودة ص 453، الإحكام، الآمدي 4 ص 136، 139،

[9]اشتهرت هذه العبارة عن الإمام الشافعي وكررها الناس عنه، ولم تثبت في كتبه، لكن قال في "الأم": "من قال بالاستحسان فقد قال قولًا عظيمًا ووضع نفسه في رأيه واستحسانه على غير كتاب ولا سنة فوضعها في أن يتبع رأيه" (العطار على جمع الجوامع 2/ 365.

[10]المستصفى: 1 ص 274.

[11]الرسالة: ص 25، 505، 517، الحدود في الأصول، الباجي: ص 65، تنقيح الفصول: ص 148، ، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 130، بينما نقل الإمام مالك أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان، الموافقات: 4/ 137.

[12]الرسالة: ص 25.

والسنة والإجماع والآثار وما وصفت من القياس عليها،[13] وأن إجماع الأمة أنه ليس للعالم أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة، وأن الله تعالى خاطب نبيه فقال: "**وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ**" [المائدة:49]

والواقع أن الحنفية نظروا إلى الاستحسان من وجهة نظر معينة تختلف عن وجهة نظر الشافعية، وأن اختلافهم في تحديد معناه أدى إلى اختلافهم في حجّيته، وأن الشافعية والمالكية، لا ينكرون وجهة نظر الحنفية في مراعاة القياس القوي وتقديمه عند تحقق المصلحة، ويؤيدون ترجيح قياس على قياس لعلة أو سبب، وكذلك الحنفية يوافقون الشافعية في إنكار الاستحسان الموسوم بالتّشهي وإعمال العقل والتحكّم والهوى في الأحكام الشرعية، ولو نظر كل طرف في المعنى الذي حدده الآخر لوافقه عليه، فالاختلاف بينهم هو اختلاف لفظي كما يقول علماء الأصول، وأنهم متفقون على استعمال لفظه وحقيقته في الأحكام العملية في مسائل كثيرة،[14]من ذلك استحسان المصلحة، والاستصناع للمصلحة، وأقر المالكية الاستصلاح، وهو مصلحة.[15]

حكم الاستحسان ومرتبته بين الأدلة:

بالرغم من أن الاستحسان مختلف فيه، ومع ذلك فإنه يأتي في المرتبة الرابعة عند الحنفية القائلين به، وأنه يقدم على القياس، فإذا تعارض الاستحسان مع القياس يقدم الاستحسان، لأن الاستحسان نوع راجح من أنواع القياس الذي يقدم على قياس آخر، قال البزدوي: وإنما الاستحسان عندنا أحد القياسين،[16]وقال ابن بدران: وحاصل هذا يرجع إلى تخصيص الدليل بدليل أقوى منه في نظر المجتهد.[17]

ولذلك يذكر الحنفية في كتبهم باستمرار العبارة التالية: "**أن الحكم استحسانًا كذا، وقياسًا كذا**" ويفهم منها ترجيح الاستحسان على القياس باتفاق علمائهم.

والاستحسان دليل ظنيّ في دلالته على الأحكام كالقياس، والظنّ مقبول في الأحكام.

---

[13] الرسالة: ص 508، الأم: 7 ص 271، المستصفى: 1 ص 275، جمع الجوامع: 2 ص 395، وقد كتب الإمام الشافعي كتابًا سماه إبطال الاستحسان مع كتابه الأم

[14]يطلق الحنفية قاعدة الاستحسان السابقة على النصوص الشرعية في الكتاب والسنة وعلى الإجماع، فإذا ورد حكم شرعي خاص مستثنى من القاعدة العامة أو الأصل فإنهم يسمونه استحسان النص، أي استحسان المشرع، وإذا أجمع المسلمون على حكم خاص، يخالف قاعدة عامة، سموا الاجماع استحسانًا والحقيقة أن هذا الإطلاق توسع في الاستحسان، وأنه محاولة لزيادة الاستدلال على حجية الاستحسان وأنه وارد في النصوص والإجماع، ولكن لا يصح أن يطلق عليه هذا الاصطلاح، لأنه اصطلاح متأخّر، له مدلول خاص، علمًا بأن استحسان النص أو الإجماع أو الضّرورة متفق عليه، وإنما الخلاف في استحسان الرأي، أي في القياس الخفي فقط، انظر: كشف الأسرار: 4 ص 125، تسهيل الوصول: ص 234، المدخل الفقهي العام: 1 ص 57، الإحكام، الآمدي: 4 ص 136، التلويح: 3 ص 2، أصول السرخسي: 2 ص 202.

[15]قال الشيرازي بعد تحرير الخلاف: "فيسقط الخلاف في المسألة" اللمع ص 334 ط محققة، وانظر: حاشية السعد على العضد 2/ 289، المستصفى 1/ 139، المحلي على جمع الجوامع 2/ 353.

[16]كشف الأسرار: 4 ص 1123، 1126.

[17]المدخل إلى مذهب أحمد، له: ص 136، وانظر: المدخل الفقهي العام 1/ 88

سادس المصادر الشرعية: "المصالح المرسلة"

المصدر الثاني من مصادر التشريع المختلف فيها: "المصالح المرسلة، أو الاستصلاح"

تعريف المصالح المرسلة:

أ)المصلحة لغة: هي المنفعة، والمرسلة: أي المطلقة.

ب)المصلحة المرسلة في الاصطلاح: هي المصلحة التي لم ينص الشارع على حكم لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعيّ على اعتبارها أو إلغائها.[18]

مثالها: المصلحة التي شرع لأجلها عمر رضي الله عنه اتخاذ السجون وتدوين الدواوين للجند، وهي مصلحة لم يرد فيها دليل شرعي بالتّأييد والاعتبار، أو بالإلغاء والإبطال.

أنواع المصالح:

ومن هنا يظهر لنا أن المصالح ثلاثة أنواع:[19]

1-المصالح المعتبرة: وهي المصالح التي جاءت الأحكام الشّرعية لتحقيقها ومراعاتها من أجل المحافظة على مقصود الشّرع في جلب المصالح أو دفع المفاسد والمضارّ.[20]

مثل: المصلحة في حفظ النّفس والمال والعرض التي شرع الله لحفظها القصاص وحد السرقة وحد القذف.

2- المصالح الملغاة: وهي المصالح التي وردت الأحكام بإلغائها وعدم مراعاتها، لأنها مصالح من سطح الظاهر وتخفي وراءها أضرارًا ومفاسد ومخاطر دينية واجتماعية.

مثل: الربا، فإن فيه مصلحة ظاهرية آنية للمقرض بالفائدة وللمستقرض بالاستفادة من المال، ومثل قتل المريض اليائس من الشفاء، وذبح الأضاحي على الأصنام لإطعام الفقراء، وشرب المسكرات للنشوة، أو المخدرات للتأمّل الخيالي والهرب من الواقع، ففي كل منها مصلحة؛ ولكنها تنطوي على الشر والفساد، وتخفي في طياتها الضرر والخراب، فنص الشارع على إلغاء المصلحة فيها وعدم اعتبارها.**(ما لا يرضي الله في البداية لن يرضيك في النهاية)**

وهذان القسمان متفق عليهما بين جميع المسلمين؛ لأن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ولرعاية أحوالهم ومنافعهم، فشرعت كل ما يحقق مصلحتهم، وحرمت كل ما يضرهم ويوقع الإيذاء بهم.[21]

---

[18] علم أصول الفقه، خلاف: ص 94، ضوابط المصلحة: ص 329.

[19] المستصفى: 1 ص 284.

[20] المستصفى: 1 ص 286

[21] الموافقات، للشاطبي: 3/2، المستصفى: 286/1، المدخل إلى مذهب أحمد: ص 136، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 32، ضوابط المصلحة: ص 330

3- المصالح المرسلة: وهي المصالح التي لم ينص الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها، وهذه المصالح هي مجال الاختلاف بين العلماء، علمًا أنهم متفقون على تحقيق المصالح والتّعليل بها، وبناء الأحكام عليها في جميع المذاهب، ولكن الاختلاف في اعتبارها دليلًا شرعيًّا مستقلًا، وهل هي مصدر من مصادر التّشريع أم لا؟

حجّية المصالح المرسلة:

اختلف الأئمة في حجية المصالح المرسلة واعتبارها دليلًا شرعيًّا ومصدرًا مستقلًا على قولين:

القول الأول: المصالح المرسلة ليست دليلًا مستقلًا، وهو مذهب الشافعية والحنفية،[22]واحتجوا لقولهم بأن الشريعة راعت مصالح الناس بالنّص والإجماع والقياس، فكل مصلحة لها شاهد من هذه الأدلة، وأن المصلحة التي لا يشهد لها دليل شرعي ليست في الحقيقة مصلحة، وإنما هي وهْم، كما أن بناء الأحكام على مجرد المصلحة فيه فتح لباب التشريع أمام أصحاب الأهواء وحكّام السّوء والفساد بأن يُشرعوا ما يحقّق أغراضهم وأهواءهم بحجة المصلحة ولذا فإن حفظ مقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، وكل مصلحة لا ترجع لواحد مما سبق فهي باطلة.[23]

القول الثاني: المصالح المرسلة دليل شرعيّ مستقلّ ومصدر من مصادر التّشريع التي يرجع إليها المجتهد وحجّة تبنى عليها الأحكام دون أن تتوقف على دليل شرعيّ آخر، وهو مذهب المالكية والحنابلة،[24]واستدلوا على ذلك بأن مصالح العباد كثيرة جدًّا، وأنها تتجدد مع تجدّد الحوادث وتطور الزمان، والشرع إنما جاء لتحقيق المصالح الحقيقية في الدنيا والآخرة، وذلك بجلب المصالح لهم ودفع المفاسد عنهم، فلا بدّ من إقراراها، وإلا تعطلت مصالح الناس ووقفت الأحكام عن مواكبة التطور والتغيير، وهذا يخالف مقاصد الشريعة.

كما استدلوا على ذلك بأعمال الصحابة الذين شرعوا أحكامًا كثيرة لتحقيق مصالح العباد المتجددة مع عدم وجود دليل شرعي عليها، مثل: جمع المصحف في عهد أبي بكر ﷺ وعهد عثمان، واستخلاف عمر ووضع الخراج وتدوين الدواوين، واتّخاذ السّجون،[25] وهي مصالح عامة، ولا دليل من الشارع على إقرارها، ولا إلغائها.

شروط الاحتجاج بالمصالح المرسلة:

واشترط أصحاب القول الثاني في المصلحة المرسلة التي يصح بناء الأحكام عليها ثلاثة شروط، وهي:

1- أن تكون مصلحة حقيقية، بحيث تحقق النفع للناس أو تدفع الضرر عنهم، ولا عبرة للمصالح الظاهرية أو الوهمية.

---

[22]أنكر الحنفية الاحتجاج بالمصلحة المرسلة كدليل مستقل، ولكنهم أدخلوها في القسم الثاني من الاستحسان، وهو استثناء حكم من قاعدة للضرورة، وهي المصلحة، انظر المدخل الفقهي، لأستاذنا العلامة الشيخ مصطفى الزرقا:76/1، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 54، ضوابط المصلحة:ص370-380.

[23]المستصفى، الغزالي:310/1، تيسير التحرير: 171/4، الإحكام، الآمدي: 4 ص 140، ضوابط المصلحة: ص 367.

[24] إرشاد الفحول: ص 242، المدخل إلى مذهب أحمد: ص 138، تنقيح الفصول، القرافي: 142، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 41 وما بعدها

[25] تيسير التحرير: 3 ص 171

2- أن تكون مصلحة عامة لمجموع الأمّة، أو للأكثرية الغالبة، ولا عبرة للمصالح الشخصية والفردية، أو التي تخدم طائفة معينة قليلة في المجتمع؛ لأنها في الغالب تكون ضارّة بالمجموع، ولأن التشريع لا يكون من أجل الأفراد وإنما يكون لتحقيق المصالح العامة.

3-أن لا تعارض الأحكام المبنية على المصلحة حكمًا شرعيًّا ثابتًا بالنص أو الإجماع، فإن معارضته تدل على أن هذه المصلحة ملغاة من قبل المشرع لما يترتب عليها من مفاسد، فيكون إبطالها من المشرع أبعد نظرًا وأسدّ قيلًا.

مثاله: أن بعض علماء الأندلس[26] أفتى حاكمها أن يصوم شهرين متتابعين كفارة إفطاره في رمضان بالجماع بحجّة أنه لو أمره بإعتاق رقبة لكان سهلًا عليه ذلك، ويستحقر إعتاق الرقبة مقابل قضاء شهوته، فرأى أن المصلحة لانزجاره عنه بالصّوم شهرين، وهذه المصلحة باطلة؛ لأنها تخالف النص الوارد في الحديث الذي أمر بإعتاق رقبة أولًا فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.[27] وفي اعتاق الرقبة تعدّ للنّفع من جهة أخرى.

دواعي الاستصلاح هي: 1- جلب المصالح. 2 - درء المفاسد. 3 -سدّ الذرائع. 4 - تغيّر الزمان.

والخلاصة أن الخلاف لفظي بين العلماء في حجّيّة المصلحة، وأن الخلاف في المصلحة المرسلة التي تؤدي إلى حفظ مقاصد الشرع هل تعتبر قياسًا على المصالح الواردة في الكتاب والسنة والإجماع، أم هي مصدر شرعي مستقل تسمى مصلحة مرسلة؟ قال الغزالي: وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة.[28]

وقال الشيرازي: "لأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله...ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها"[29]

سابع المصادر الشرعية: "الاستصحاب"

الثالث من مصادر التشريع المختلف فيها هو: "الاستصحاب"

تعريف الاستصحاب:

أ)الاستصحاب في اللغة: الملازمة، واستصحاب الحال هو التّمسّك بما كان ثابتًا، كأنك جعلت الحالة مصاحبة غير مفارقة، واستصحبه: دعاه إلى الصّحبة ولازمه.[30]

---

[26] وهو يحي بن يحي الليثي تلميذ الإمام مالك، مع عبد الرحمن بن الحكم، انظر: علم أصول الفقه، خلاف ص 97، مختصر البعلي ص 162، المستصفى 1/ 285، الاعتصام 3/ 97، غياث الأمم ص 166.

[27] المستصفى: 1 ص 285.

[28] المستصفى: 1 ص 311، وانظر ضوابط المصلحة: ص 407.

[29] المهذب 3/ 207، ط محققة، وانظر: شفاء الغليل ص 184

[30] المصباح المنير: 1 ص 454، القاموس المحيط: 1 ص 91.

ب) في الاصطلاح: عرفه الشوكاني بقوله: "ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل حتى يَثبت ما يُغيِّره"[31]

فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، فيثبت في الزمن الثاني كذلك لفقدان ما يغيره، كاستصحاب الوضوء، واستصحاب البكارة، واستصحاب الوجود والعدم.[32]

مثاله: المفقود يعتبر حيًّا لاستصحاب حاله عند فقده في الماضي عندما كان موجودًا، فيعتبر حيًّا في الوقت الحاضر، وتثبت له الحقوق من الميراث وغيره، ويمنع ورثته من توزيع أمواله، وتبقى زوجته على عصمته، ولا تعتدّ ولا تتزوج من غيره.

ومثل استصحاب الملك الآن لمن تثبت ملكيته لعقار مثلًا في الماضي، فتبقى له الملكية في الحاضر ما لم يثبت الناقل لها، وكذلك براءة الذمة، فالأصل أن تبقى بريئة حتى يثبت العكس، وإن شغلت الذمة بالتزام ما، فتبقى مشغولة به إلى الوقت الحاضر ما لم يثبت الوفاء أو الإبراء.

ومثال استصحاب نفي الحكم الشرعي عدم وجوب صوم شهر شوال وغيره من الشهور سوى رمضان.[33]

حجية الاستصحاب:[34]

اختلف الأئمة في اعتبار الاستصحاب حجة ودليلًا شرعيًّا ومصدرًا من مصادر التشريع على عدة أقوال أهمها اثنان:

القول الأول: أنه حجة عند عدم الدليل، سواء في حالتي الإثبات والنّفي، وبه قالت المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية والظاهرية.[35]

واستدلوا على ذلك من الشرع بأن جميع الأحكام الشرعية تعتبر ثابتة في محلها من: الإيجاب والإباحة والتحريم بحسب الدليل حتى يقوم دليل على التّغيير، وأنّ ظنّ البقاء أغلب من ظنّ التّغير، والظنّ حجّة متّبعة في الأحكام الشرعية، كالخمر تبقى حرامًا حتى يثبت تغيرها إلى خلّ مثلًا، ودم الإنسان مصون حتى يثبت موجب الهدر والقصاص،[36]والعقل يؤيّد ذلك، فالإنسان يحكم على الأمور بعقله في الحاضر بناء على معرفته السابقة، ما لم يثبت العكس، فالبداهة العقلية تؤيّد الاستصحاب.[37]

---

[31] إرشاد الفحول: ص 237.

[32] جمع الجوامع: 391/2، مختصر ابن الحاجب: ص 217، حاشية العطار: 2 ص 387، أصول الفقه الإسلامي، شعبان: ص 209،.

[33] أصول الفقه، أبو زهرة: ص 283، مفتاح الوصول: ص 127، تسهيل الوصول: ص 237.

[34] اتفق العلماء على حجية الاستصحاب في الأمور الحسية لجريان العادة بها من الله تعالى، والاختلاف في الأحكام الشرعية، لأن الله تعالى لم يجر العادة فيها كذلك. إرشاد الفحول: ص 237، 238، تيسير التحرير: 4 ص 172.

[35] مختصر ابن الحاجب: ص 170، مفتاح الوصول: ص 127، تسهيل الوصول: 237، المدخل إلى مذهب أحمد: ص 133

[36] الإحكام، الآمدي: 4 ص 112.

[37] تيسير التحرير: 4 ص 177، حاشية العطار: 2 ص 387، الإحكام، الآمدي: 4 ص 111، أصول الفقه، أبو زهرة: ص 284.

القول الثاني: الاستصحاب ليس حجّة شرعية، ولا يصح لاعتماد الأحكام عليه، وهو مذهب الحنفية[38] لأن إثبات الدليل والحجة للحكم الشرعي في الزمن الأول يحتاج إلى دليل، وكذلك في الزمن الحاضر يحتاج إلى دليل لاحتمال وجوده أو عدمه، وقال أكثر محققي الحنفية: إن الاستصحاب يصلح دليلًا للدّفع والرفع أي: لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يصلح لإثبات أمر لم يكن.

مثل: استصحاب حياة المفقود إلى الزمن الحاضر، فهو حجة لدفع الموت ونفيه عنه، ومنع ورثته من اقتسام أمواله، ولكن لا يصلح حجّة لإثبات ما لم يكن، فلا يثبت له إرث من مورّثه الذي يتوفى في هذه الأثناء.[39]

أنواع الاستصحاب:

يتنوع الاستصحاب بحسب الحالة الأولى السابقة إلى ثلاثة أنواع:

1- استصحاب الحكم الأصليّ للأشياء، وهو الإباحة عند عدم الدليل، فالأصل في الأشياء الإباحة، ما لم يرد دليل يخالفه، فإن لم يجد المجتهد حكمًا في الشيء، وكان فيه منفعة، حكم بإباحته بناء على الأصل في أن الله خلق الأرض وما فيها للإنسان، وهذا النوع متفق على العمل به بين العلماء، وإن خالف بعضهم في تسميته استصحابًا ويدخله بعضهم في الإباحة.

2- استصحاب العدم الأصلي، أو البراءة الأصلية، كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية وحقوق الناس حتى يوجد دليل شغلها، وهذا النوع لم يخالف أحد من أهل العلم به.

3- استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه حتى يقوم الدليل على زواله، كثبوت الملك لشخص من البيع والإرث فيبقى ملكه قائمًا حتى يقوم الدليل على انتفائه ونقله، ومثل ثبوت الحل بين الزوجين عند العقد فتبقى الزوجية قائمة إلى أن تحصل الفرقة، ومثل شغل الذمّة بدَيْن أو ضمان، فتبقى الذمة مشغولة حتى يقوم الدليل على البراءة.[40]

وقد استنبط الفقهاء عدة مبادئ فقهية وقواعد كلية من الاستصحاب منها:

1-الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

2- أن كل شيء لم يقم الدليل المعيّن على حكمه فهو على الإباحة الأصلية.

3- اليقين لا يزول بالشك.[41]

حكم الاستصحاب ومرتبته:

---

[38] تيسير التحرير: 4 ص 177، الإحكام، الآمدي: 4 ص 111، أصول السرخسي: 2 ص 223.

[39] تيسير التحرير، المرجع السابق، أصول السرخسي: 2 ص 140، 225، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص 73، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 188

[40] أصول الفقه الإسلامي، شعبان: ص 210، أثر الأدلة المختلف فيها: ص 187.

[41] المرجع السابق:214، انظر تفصيل القواعد الفقهية في كتابي: النظريات الفقهية، وكتابي: القواعد الفقهية في المذهب الحنفي والشافعي ص 92،121

الاستصحاب دليل ظني في إثبات الأحكام، وإنه مصدر احتياطيّ يثبت الحكم به عند عدم وجود دليل في الكتاب والسنة والإجماع والقياس.[42]

قال الخوارزمي: "وهو آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم في الإجماع ثم في القياس، فإن لم يجد فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته"[43]

واعتبره ابن بدران من الأصول المتفق عليها وهي: الكتاب والسنة والإجماع والاستصحاب، مع ذكره خلاف الحنفية فيه.[44]

وقال البعلي: "الاستصحاب ذكره المحققون إجماعًا"[45]

وإن المبدأ العامّ في الاستصحاب مسلّم به بين الأئمة، ولكن الاختلاف في التطبيق والفروع، أو في اعتباره دليلًا مستقلًا.[46]

وهذا المصدر يلعب دورًا كبيرًا في بناء القواعد الفقهية عليه من جهة، وفي الاعتماد عليه في نظام العقوبات ونظام المعاملات من جهة أخرى.

ملاحظة: ولا بد أن نلاحظ بعد ذكر الأدلة السابقة، وهي: الاستحسان والاستصلاح والاستصحاب، أن كل واحد من الأئمة أخذ بواحد منها أو أكثر، ورفض الباقي، والسبب في ذلك كما يقول الشربيني: "واعلم أن الأمة أجمعوا على أنه ثمَّ دليل شرعي غير ما تقدم، واختلفوا في تشخيصه، فقال قوم: هو الاستصحاب، وقوم: الاستحسان، وقوم: المصالح المرسلة،[47] وذلك لاعتماد الأحكام التي لم يرد لها حكم في الأدلة المتفق عليها على مصدر تشريعي صحيح.

قواعد الفقه المتعلقة بالاستصحاب:

1- اليقين لا يزول بالشك.

2- الأصل بقاء ما كان على ما كان.

3- الأصل براءة الذمة.

4- الأصل في الصفات العارضة العدم.

5- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

6- الأصل في الأشياء الإباحة.

---

[42] إرشاد الفحول: ص 238.

[43] إرشاد الفحول: ص 237، أصول الفقه الإسلامي، شعبان: 213.

[44] المدخل إلى مذهب أحمد: ص 134، وانظر مختصر البعلي: ص 61.

[45] مختصر في أصول الفقه، له: ص 60.

[46] أصول الفقه، أبو زهرة: ص 285 - 290

[47] تقرير الشربيني على جمع الجوامع: 2 ص 383.

7- الأصل في الأبضاع التحريم.

8- الأصل في الكلام الحقيقة.

9- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

10-الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، وكل ضابط يعبر فيه عن "الأصل كذا"[48]

[48] انظر شرح هذه القواعد وأمثلتها في كتابي: القواعد الفقهية في المذهب الحنفي والشافعي، عند عرض كل قاعدة