جامعة ديالى

كلية العلوم الاسلامية

# محاضرات في اصول الفقه

# المرحلة الرابعة

أ. د. عباس علي حميد

٢٠٢٥م

# الاستصحاب

تعريفه :

الاستصحاب في اللغة: طلب المصاحبة واستمرارها .
وفي الاصطلاح: استدامة إثبات ما كان ثابتاً ، أو نفي ما كان منفيا. أو هو : بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره . فما علم وجوده في الماضي ثم حصل تردد في زواله، حكمنا ببقائه استصحاباً لوجوده السابق . وما علم عدمه في الماضي ثم حصل تردد في وجوده ، حكمنا باستمرار عدمه استصحاباً لعدمه السابق .

وعلى هذا من علمت حياته في وقت معين حكمنا باستمرار حياته حتى يقوم الدليل على وفاته .. ومن تزوج امرأة على أنها بكر ثم أدعى الثيوبة بعد الدخول فلا يقبل قوله بلا بينة، استصحاباً لوجود البكارة، لأنها هي الأصل منذ النشأة الأولى . ومن اشترى كلباً على أنه من كلاب البوليس» التي تحسن تتبع الآثار،

وتساعد على كشف الجريمة، أو اشتراه على أنه كلب صيد، فادعى فوات الوصف فالقول قوله إلا إذا ثبت خلافه - استصحاباً للعدم السابق ، لأن الأصل عدم هذا

الوصف، وإنما يستفاد بالمران والتدريب .

٢٥٣ - أنواع الاستصحاب :

أولاً : استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء (1) .

الأشياء النافعة من طعام أو شراب أو حيوان أو نبات أو جماد، ولايوجد

دليل على تحريمها، هي مباحة، لأن الإباحة هي الحكم الأصلي الموجودات

الكون، وإنما يحرم ما يحرم منها بدليل من الشارع المضرتها .

والدليل على أن الحكم الأصلي للأشياء النافعة هو الإباحة ، قوله تعالى ممتناً

على عباده (وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الأرض جميعاً منه ) [الجاثية : (١٣) وقوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأرض جميعاً) [البقرة : ٢٩] ولا يتم الامتنان ولا يكون التسخير إلا إذا كان الانتفاع بهذه المخلوقات

مباحاً . أما الأشياء الضارة فالأصل فيها التحريم لقوله ﷺ : لا ضَرَرَ ولا ضرِاره .

ثانياً استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي :
قدمة الإنسان غير مشغولة بحق ما إلا إذا قام الدليل على ذلك، فمن ادعى على آخر حقاً، فعليه الإثبات، لأن الأصل في المدعى عليه البراءةمن المدعى به. وإذا ادعى المضارب عدم الربح فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الربح، في ستصحب هذا العدم، إلا إذا ثبت خلافه .

ثالثاً استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه :

فمن ثبتت ملكيته لعقار أو منقول تبقى هذه الملكية وتحكم بها إلا إذا قام الدليل على زوالها كأن يبيعه أو يقفه أو يهبه .. وشغل الذمة بدين عند وجود سببه من التزام بمال أو إتلاف المال، يبقى قائماً ثابتاً ، إلا إذا وجد المغير، أي إلا إذا قام الدليل على تفريغ الذمة منه بأداء أو إبراء ... وثبوت الحل بين
الزوجين بسبب عقد النكاح يبقى قائماً حتى يوجد الدليل على حصول الفرقة . وهكذا .

- حجية الاستصحاب :

الاستصحاب عند الحنفية ومن وافقهم حجة لإبقاء ما كان على ماكان، ودفع ما يخالفه، وهذا هو معنى قولهم : الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات. وعند غيرهم، كالحنابلة والشافعية ، حجة للدفع،وللإثبات أي لثبوت الحكم السابق ، وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر لأن الاستصحاب يستلزم الظن الراجح بقاء الشيء على ماكان عليه، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية العملية . وتفرع على هذا الخلاف، خلافهم في المفقود، فهو عند الحنفية حي استصحاباً فيأخذ حكم الأحياء

بالنسبة لأمواله وحقوقه القائمة وقت فقده، فلا تورث عنه ، ولا تبين منه زوجته، ولكن حياته هذه لا تصلح لاكتساب حق جديد أي لإثبات أمر لم يكن للمفقود وقت فقده، فلا ير ثمن مورثه إذ مات قبله بمعنى لا يستحق قيمة المطالبة بتسليم نصيبه من الميراث، وإنما يوقف هذا النصيب إلى أن تتبين حاله، فإما أن يظهر حق نصيبه الموقوف، وإما أن تثبت وفاته بحكم القاضي، فيقسم نصيبه له الذين كانوا أحياء في ذلك الوقت.

حائلون بحجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً، فعندهم المفقود تثبت حياته وله حكم الأحياء تماماً ، فلا تزول عنه ! أمواله ، ولا تبين منه زوجته ويستحق نصيبه من الميراث إذا مات مورثه قبله، وكذا يستحق نصيبه من الموصى به. ومثل هذا الخلاف : خلافهم في الصلح عند الإنكار،فعند الحنفية يصح هذا الصلح بين المدعى والمدعي عليه المنكر، ولا يصح هذا الصلح عند غير الحنفية، كالشافعية، ووجهتهم
ما قلناه من حجية الاستصحاب دفعاً وإثباتاً.

- ما يلاحظ على الاستصحاب :

أولاً: الاستصحاب، في الحقيقة، لا يثبت حكماً جديداً، ولكن يستمر بهالحكم

السابق الثابت بدليله المعتبر فهو إذن ، ليس في ذاته دليلاً فقهياً ولا مصدراً تستقي منه الأحكام، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته
دليله .
ثانياً : الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة، بأن يبحث الفقيه ويبذل غاية جهده في التحري عن الدليل أولاً: الاستصحاب، في الحقيقة، لا يثبت حكماً جديداً،ولكن يستمر به الحكم ٢٦٩ السابق الثابت بدليله المعتبر فهو إذن ،ليس في ذاته دليلاً فقهياً ولا مصدراً تستقي منه الأحكام، وإنما هو فقط قرينة على بقاء الحكم السابق الذي أثبته دليله . ثانياً : الاستصحاب لا يصار إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة، بأن يبحث الفقيه ويبذل غاية جهده في التحري عن الدليل فلا يجده، فيرجع إلى الاستصحاب. ولهذا، فهو كما قال بعضهم عنه انه : وآخر مدار الفتوى. فإن المفتي إذا سئل عن حادثة ، يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة .. إلخ . فإن لم يجده يأخذ حكمه من استصحاب الحال في النفي

والإثبات، فإذا كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه،وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته ) (1) . ومنها : ٢٥٦ - ما ابتني على الاستصحاب من قواعد ومبادي : وبالاستصحاب تقررت جملة قواعد ومبادى، قامت عليه وتفرعت منه أولاً : الأصل في الأشياء الإباحة : وقد تفرع عن هذا الأصل بأن العقود والتصرفات وشتى المعاملات بين الناس، حكمها الإباحة، إلا إذا وجد النص بالتحريم . وهذا قول فريق من الفقهاء .. ثانياً : الأصل براءة الذمة، أو الأصل في الذمة البراءة : وقد أخذ بهذا الأصل في القضايا المدنية والجزائية على حد سواء. فمن ادعى على غيره حقاً، فالأصل عدمه، إلا إذا أثبت المدعي ذلك . (1) الشوكاني ص ٥٠٨ . ٢٧٠ والمتهم بريء حتى تثبت إدانته، ومن هنا جاء القول : الشك يفر المصلحة المتهم. والخطأ في براءة منهم خير من الخطأ في إدانة بريء. ثالثاً: اليقين لا يزول بالشك. فمن توضأ ثم شك في الانتقاض بقي على وضوئه ، ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه إلا بيقين، ومن تملك عيناً بسبب شرعي فلا تزول ملكيته إلا يتصرف ناقل للملكية، والعلة في هذه القاعدة: أن اليقين صار أمراً موجوداً لا ارتياب فيه، فيستصحب هذا اليقين، إلا إذا قام الدليل على انتفائه، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين فلا يعتد به ..

**تعريف سد الذرائع :**

**الذرائع : هي الوسائل ؛والذريعة : هي الوسيلة والطريق إلى الشيء، سواء أكان هذا الشيء مفسدة أومصلحة ، قولاً أو فعلاً . ولكن غلب إطلاق اسم الذرائع على الوسائل المفضية إلى المفاسد، فإذا قيل : هذا من باب سد الذرائع ،فمعنى ذلك : أنه من باب منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد . ـ والأفعال المؤدية إلى المفاسد إما أن تكون بذاتها فاسدة محرمة ،وإما أن تكون بذاتها مباحة جائزة. فالأولى بطبيعتها تؤدي إلى الشر والضرر والفساد : كشرب المسكر المفسد للعقول والقذف الملوث للأعراض، والزنى المفضي إلى اختلاط المياه.. ولا خلاف بين العلماء في منع هذه الأفعال،وهي في الحقيقة لا تدخل في دائرة سد الذرائع التي نتكلم عنها، لأنها محرمة لذاتها. أما الأفعال المباحة الجائزة المفضية إلى المفاسد**

**، فهي على أنواع :**

**النوع الأول : ما كان إفضاؤه إلى المفسدة نادراً و قليلاً، فتكون مصلحته هي الراجحة،ومفسدته هي المرجوحة : كالنظر إلى المخطوبة، والمشهود عليها، وزراعة العنب فلا تمنع هذه الأفعال بحجة ما قد يترتب عليها من مفاسد ، لأن مفسدتها مغمورة في مصلحتها الراجحة. وعلى هذا دل اتجاه تشريع الأحكام، ولا خلاف فيه بين العلماء . فالشارع قبل خبر المرأة في انقضاء عدتها أوعدم انقضائها ، مع احتمال عدم صدقها،وشرع القضاء بالشهادة مع احتمال كذب الشهود، وقبل خبر الواحد العدل مع احتمال عدم ضبطه ، ولكن لما كانت هذه الاحتمالات مرجوحة لم يلتفت الشارع إليها ولم يعتد بها .**

النوع الثاني : ما كان إفضاؤه إلى المفسدة كثيراً، فمفسدته أرجح من مصلحته : كبيع السلاح في أوقات الفتن، وكأجارة العقار لمن يستعمله استعمالاً محرماً كاتخاذه عملاً للقمار، وكسب آلهة المشركين في حضرة من يعرف عنه سب الله عز وجل إذا سمع هذا السب، وكبيع العنب لمن عرف عنه الاحتراف بعصره خمراً .

النوع الثالث: ما يؤدي إلى المفسدة لاستعمال المكلف هذا النوع الغير ما وضع له فتحصل المفسدة : كمن يتوسل بالنكاح لغرض تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، وكمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا كأن يبيع خرقة بألف نسيئة،ويشتريها من مشتريها بتسع مئة نقداً. والمفسدة هنا لا تكون إلا راجحة .

اختلاف العلماء في الأخذ بسد الذرائع : الأفعال من النوعين الثاني والثالث هي التي وقع الخلاف فيها، أتمنع لإفضائها إلى المفسدة أم لا ؟
فالحنابلة والمالكية قالوا : تمنع .
وغيرهم كالشافعية والأمامية والظاهرية،.
قالوا : لا تمنع ووجهة هؤلاء: أن هذه الأفعال مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال إفضائها إلى المفسدة . ووجهة الأولين : أن سد الذرائع أصل من أصول التشريع قائم ودليل معتبر من أدلة الأحكام تبنى عليه الأحكام .. فما دام الفعل ذريعة إلى المفسدة الراجحة، والشريعة جاءت بمنع الفساد وسد طرقه ومنافذه ، فلا بد من منع هذا الفعل.
فهؤلاء نظروا إلى مقاصد الأفعالوغاياتها ومآلاتها، فقالوا بالمنع ولم يعتبروا إباحته. وأولئك نظروا إلى إباحته بغض النظر عن نتيجته ، فقالوا بعدم منعه ترجيحاً للإذن الشرعي العام الوارد فيه على الضرر المحتمل المتأتي منه . ورأي الأولين المانعين هو الأسد، فالوسائل

**معتبرة بمقاصدها، وفي هذا يقول علماء الأصول : لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها. فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها، والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل ...**

## م/ التعارض والترجيح

### تعريف التعارض:

التعارُض في اللغة بمعنى: التقابُل، وهو تفاعُلٌ من العُرْض، بالضم، وهو الناحية.

وفي الاصطلاح: تقابُل الدليلين على سبيل الممانعة.

والمناسبة بين المعنيين (اللغوي، والاصطلاحي): أن الدليلَ المعارضَ لدليلٍ آخَرَ كأنه يقفُ في الناحية المقابلة للناحية التي يقفُ فيها الدليلُ الآخَرُ. أو أن كلاًّ منهما يقفُ في عُرْض الآخَر.

والتعادُل في اللغة: التساوي، وعدل الشيء: مثيلُه من جنسه.

وفي الاصطلاح:

جعله بعضُ الأصوليين مساوياً للتعارُض.

والصواب: أن التعادُلَ يعني تساوي الدليلين من كلّ وجهٍ، بحيثُ لا يبقى لأحدهما مزيةٌ على الآخَر.

وإذا حصل التعادُلُ ينسدُّ بابُ الترجيح، ولم يبقَ إلاّ أنْ يذهبَ المجتهدُ إلى تساقط الدليلين، والبحثِ عن أدلّةٍ أخرى، أو يتوقَّفَ، أو يتخيَّرَ، أو يذهبَ إلى الأشدِّ، أو إلى الأخفِّ من الحكمين اللذين دلَّ عليهما الدليلان المتعادلان.

وهذه أقوال العلماء في المسألة، كما سيأتي بيانها.

وأما التعارُض فهو يعني تقابُلَ الدليلين في الظاهر، بحيث يبدو للناظر إليهما في أول الأمر أنهما متنافيان، ويُمكن بشيءٍ من النظر، والتفكُّر الوصولُ إلى الجمع بينهما أو ترجيحِ أحدهما.

### شروط التعارض:

شروط التناقُض. فاشترط لحصول التعارُض الشروطَ التاليةَ:

1 – التساوي في الثبوت، فلا تعارُضَ بين الكتاب وخبر الواحد، بل يقدم الكتاب.

2 – التساوي في القوَّة، فلا تعارُضَ بين النصّ والظاهر، بل يُقدَّمُ النصُّ.

3 – اتّحادُ الوقت، فلو اختلف الوقتُ، فالمتأخِّرُ مقدَّمٌ.

4 – اتّحادُ المحلّ، فلو اختلف المحلُّ فلا تعارُضَ.

5 – اتّحادُ الجهة، فلو اختلفت جهةُ تعلُّق الحكم بالمحكوم عليه، فلا تعارُضَ، مثل النهي عن البيع بعدَ نداء الجمعة الثاني، مع الإذن فيه في غير هذا الوقت.

وهذه الشروط التي يذكرها بعضُ الأصوليين لو تحقّقت لانسدَّ بابُ الترجيح، وامتنع الجمعُ بين الدليلين، وامتنع القولُ بالنسخ؛ لأن الدليلين إذا تساويا في الثبوت والقوَّة لا يُمكنُ الترجيحُ بينهما، وإذا اتّحدا في المحلّ والزمان والجهة لا يُمكنُ الجمعُ بينهما، ولا القولُ بنسخ أحدهما بالآخَر.

ويُؤيّدُ ذلك قولُهم: «لا يكونُ الترجيحُ إلاّ مع وجودِ التعارُض، فحيثُ انتفى التعارُضُ انتفى الترجيحُ».

كما يؤيده قول الجمهور: إن التعارُضَ بين الأدلّة إنما هو في الظاهر، أما في واقع الأمر فلا تعارُضَ.

وإذا تحقّقت الشروطُ السابقةُ في الدليلين المتعارضين، فما موقفُ المجتهد؟

اختلف العلماءُ في ذلك:

فذهب بعضهم إلى التخيير، بأنْ يكونَ المكلَّفُ مخيَّراً بين العمل بهذا الدليل أو ذاك، ونُسب للشافعي، واختاره القاضي الباقلانيّ والغزاليّ.

وهذا يُناسبُ القائلين: إن كلَّ مجتهدٍ في الظنيات مصيبٌ، وأن الحقَّ عند الله يُمكنُ أنْ يتعدّدَ. ولا يُناسبَ المُخطِّئةَ.

وذهب بعضُهم إلى التوقُّف، وهو يُناسبُ القولَ بتخطئة بعض المجتهدين، وأن المصيبَ واحدٌ.

وذهب بعضهم إلى أن على المجتهد أنْ يأخذَ بالأشدِّ؛ لأن الحقَّ شديدٌ.

وذهب آخرون إلى أن عليه أنْ يأخذَ بالأيسر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «يَسِّروا، ولا تُعَسِّروا» (متفق عليه ).

والراجح – إن شاء الله تعالى – أنْ يُقال: هذا قد يكونُ في حقّ بعض المجتهدين دون بعضٍ؛ ولذا فإن المجتهدَ إذا لم يتّضحْ له رجحانُ أحد المتعارضَينِ يلزمُه أنْ يتوقّفَ ويبحثَ عن دليلٍ آخَرَ، يُؤيِّدُ هذا الدليلَ أو ذاك، فإنْ حضر وقتُ العمل ولم يترجّحْ له شيءٌ عمل بالأحوط منهما، أو قلَّد الأعلمَ منه.

وأما الذين يستفتونه فليس له أنْ يُفتيَهم، بل عليه أنْ يدلَّهم على غيره من المجتهدين، ويُخبرهم أنه لم يترجّحْ عنده شيءٌ.

وأما المقلّدُ الذي لا قدرةَ له على فهم الأدلّة والموازنة بينها ففرضُه سؤالُ مَن يثقُ في علمه ودينه من العلماء؛ لقوله تعالى: {فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ} [النحل43].

وأما طالبُ العلم القادر على التمييز بين الراجح والمرجوح: فإن تبيّن له رجحانُ أحد القولين أخذ به وإلاّ قلَّد عالماً.

## طرقُ دفعِ التعارُض الظاهريّ:

لدفع التعارُض الظاهريّ بين الأدلّة ثلاثُ طرقٍ، هي:

1 – الجمع بين الدليلين.

2 – الحكم بنسخ أحد الدليلين بالآخَر.

3 – الترجيح.

وقد اختلف العلماءُ فيما يجبُ المصيرُ إليه أوّلاً:

فذهب الحنفية إلى أن المرتبةَ الأولى مرتبةُ النسخ، فإذا أمكنَ نسخُ أحد الدليلين بالآخَر وجب المصيرُ إليه؛ لأنه يُبيّن أن الدليلين لم يتواردا على زمانٍ واحدٍ.

فإن لم يُمكنْ معرفةُ التأريخِ فيلجأُ المجتهدُ إلى الجمع بينهما بتأويلهما أو تأويل أحدهما.

فإن لم يُمكنْ ذلك لجأ إلى الترجيح.

وعند الجمهور المقدَّمُ هو الجمعُ بين الدليلين إذا أمكنَ بحمل العامّ على الخاصّ أو المطلَقِ على المقيَّد، أو حملِ كلٍّ منهما على حالةٍ غير التي يُحمل عليها الآخَرُ.

فإن لم يُمكنْ نظر في التأريخ، فإنْ أمكن معرفتُه عددنا المتأخِّرَ ناسخاً للمتقدِّم.

فإن لم يُعرف التأريخُ لجأنا إلى الترجيح.

وإليك بيانُ كلٍّ من هذه الطرق وأمثلتها.

**أولاً: الجمع:**

ويُمكنُ تعريفُه بأنه: إظهارُ عدمِ التضادِّ بين الدليلين المتضادَّينِ في الظاهر بتأويل كلٍّ منهما أو بتأويل أحدِهما.

شرح التعريف:

طرقُ دفعِ التعارُضِ تشتركُ في أنها تُبيّنُ عدمَ التضادِّ بين الدليلين المتعارضينِ في الظاهر، وينفصلُ الجمعُ عن الآخَرين بأنْ يكونَ بالتأويل. والتأويل – كما تقدَّم – صرفُ اللّفظ عن ظاهره لدليلٍ.

والتأويلُ للجمع بين الدليلين قد يكونُ تأويلا لهما معاً، بأنْ يُحملَ كلٌّ منهما على حالةٍ.

مثاله: الجمع بين حديث: «ألا أُخبِرُكم بخير الشُّهداء؟ الذي يأتي بالشهادةِ قبلَ أنْ يُسأَلَها» (أخرجه مسلم عن زيد بن خالد)، وحديث: «إن بعدَكم قوماً يخونون ولا يُؤتَمنونَ، ويَشهدون ولا يُستشهدون» (متفق عليه عن عمران بن حصين).

وذلك أن الحديثَ الأولَ يدلُّ على مدحِ مَن يأتي بالشهادةِ قبلَ أنْ يُسألَها، والثاني يدلُّ على ذمِّه. فيُجمَعُ بينهما بحمل الأول على مَن لديه شهادةٌ لصاحب حقٍّ لا يعلمُ بها صاحب الحق، والثاني على مَن لديه شهادةٌ بحقٍّ وصاحبُه يعلمُ بذلك، ولم يطلبْ منه أنْ يشهدَ.

وقد يكون بتأويل أحدِهما دون الآخَر، مثل حمل العامِّ على الخاصِّ، والمطلَقِ على المقيَّدِ.

مثاله: الجمع بين حديث: «فيما سقت السماءُ ... العشرُ» (أخرجه البخاري)

وحديث: «ليس فيما دون خمسة أوسُقٍ صدقةٌ» (أخرجه مسلم عن جابر مرفوعا).

وذلك بحمل الأول على ما بلغ خمسةَ أوسُقٍ، بحيثُ يكونُ معناه: فيما سقت السماءُ العشرُ إذا بلغ خمسةَ أوسَقٍ مما يُكال ويُدَّخرُ.

وأمثلةُ هذا النوع أكثرُ من أنْ تُحصى.

(البراءة الأصلية):
أقوى دليل عند المبيحين: (البراءة الأصلية)، ولها أسماء وإطلاقات كثيرة، فيعبرون عنها بـ:
١ (البراءة الأصلية)،
2-و(استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء-كمافي: (لطائف الإشارات) (ص:55/56)...)،
3-و(استصحاب البراءة الأصلية، أو: العدم الأصلي حتى يَرِدَ ما يَنقُلُ عنه)،
4-و(استصحاب دليلِ الشرع حتى يَرِدَ الناقلُ)،
5-و(الأصل في الأشياء الإباحة)،
6-و(استمرار البقاء على ما كان حتى يَرِدَ الأصلُ،أو: استمرار البقاء على هذا الأصل)،
7-و(الأصل بقاء ما كان على ما كان-ودفْع ما يُخالفُه)،
8-و(الأصل براءة الذمة، أو: الأصل في الذمة البراءة)،
9-و(استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه).
أو: (استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يقوم الدليل على خلافه).
10-و(استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته واستمراره).
11-وقالت الحنفية ومن وافقهم: (الاستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات-أي: لا يُثبتُ حكماً جديداً،ولكن يَستَمِرُّ به الحكم السابق الثابت بدليله المعتبر، وعند الحنابلة، والشافعية: الاستصحاب حجة للدفع وللإثبات، أي: لثبوت الحكم السابق،وتقريره كأنه ثابت بدليل جديد حاضر، لأن استصحاب

يستلزم الظن الراجح ببقاء الشيء على ما كان عليه، والظن الراجح معتبر في الأحكام الشرعية... (الوجيز في أصول الفقه) (ص:267/71) الفصل الحادي عشر: الدليل الحادي عشر،"الاستصحاب").

واستدلوا للقاعدة بأدلة كثيرة منها: (خلق لكم مافي الأرض جميعاً) (سورة البقرة، رقم الآية:29)،(وسخر لكم ما في السموات وما الأرض جميعاً منه) (سورة الجاثية، رقم الآية:13)، وغيرها كثير.

## العُرْف والأحكام المتعلقة به

العرف لغة : (( المتعارف عليه بين الناس.))

العُرْف عند علماء الأصول هو: (( ما اعتَادَه أغلب الناس أو طائفة منهم، وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك، ممَّا لا يُخالِف الشريعة الإسلاميَّة))

الفرق بين العُرْف والعادة:

كلُّ عُرْف فهو عادَة، وليس كلُّ عادة عرفًا؛ إذ العُرْف لا يُطلَق غالبًا على عادة فرد أو اثنين، بخِلاف العادة فإنها تُطلَق على عُرْفِ القوم.

الفرق بين العُرْف والإجماع:

العُرْف غير ثابت؛ بل يَتَغيَّر من زمنٍ لآخر، ولا يُشتَرط فيه اتِّفاق كلِّ الناس عليه؛ بل يَكفِي أغلبهم، كما لا يُشتَرَط له توفُّر مَرتَبَة الاجتِهاد الشرعي لأهله، وكلُّ هذا بخلاف الإجماع، فالإجماع على حكم بين مجتَهِدي زمنٍ ما ثابتٌ لا يجوز مخالفته، كما يُشتَرَط فيه توفُّر مرتبة الاجتِهاد الشرعي في أهله، ولا بُدَّ لانعِقاده اتِّفاق كلِّ مُجتَهِدي الزمن عليه .

أدلَّة العُرْف في القرآن الكريم:

كما في قوله – تعالى :- ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ]البقرة: 233]، فالمقصود بالمعروف: عُرْفُ الناس في تقدير الرزق والكسوة.

وكما في قوله – تعالى :- ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ ]البقرة: 241]، وكما في قوله – تعالى :- ﴿ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ]النساء: 6]، فالمقصود بالمعروف في هذه الآيات كلِّها: ما تَعارَف عليه الناس .

أدلة العُرْف في السنَّة النبويَّة:

وكذلك استَعملَت السنَّة لفظة) المعروف (في أحاديثَ كثيرةٍ وفي باب المعامَلات استعمالاً أوسع، كما في حديث عائشة – رضِي الله عنها – أنَّ هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إنَّ أبا سفيان رجلٌ شَحِيح، وليس يُعطِيني ما يَكفِيني وولدي، إلا ما أخذتُ منه وهو لا يعلم، فقال – صلَّى الله عليه وسلَّم –: ((خذي ما يَكفِيك وولدَك بالمعروف))؛ متفق عليه.

ففي هذا الحديث بيان الرجوع لعُرْفِ الناس فيما لم يُحَدِّده أو يُقَدِّره الشرع .

## موقع العُرْف من مَصادِر التشريع:

يقول المحققون من علماء الأصول" إنَّ العُرْف في هذه النصوص ليس دليلاً على الحقيقة؛ وإنما هو دليلٌ ظاهر فقط، وبإمعان النظر يرى على الدوام مَردُودًا إلى دليلٍ آخر من الأدلَّة الصحيحة."

فالعُرْف يُردُّ إلى السنَّة التقريريَّة، كما في تجويز خِتان الإناث، وبيع العَرايَا، وحِلِّ السَّلَم، كما يُردُّ إلى اعتِبار المصالح والمفاسد، والمنافع والمضار.

## بناء الأحكام على العُرْف عند الفقهاء:

لا خِلاف بين الأئمَّة على اعتبار العُرْف ومكانته في الشريعة الإسلاميَّة، إذا ما تحقَّقت فيه شروط اعتِباره، وكُتُب الفقهاء مَلِيئة بالنُّصوص الدالَّة على اعتِبارهم للعُرْف.

•فعند الأحناف" :التعيين بالعُرْف كالتعيين بالنص"، و"الثابت بالعُرْف كالثابت بالنص"، و"تقييد المُطلَق جائز بالعُرْف."

•وعند المالكية" :كلُّ ما أُطلِق لفظه حُمِل على عُرفه"، و"الألفاظ تحمل على العوائد"، و"العمل بالعُرْف أصلٌ من أصول المذهب."

•وعند الشافعية" :ما أُطلِق ولم يُحَدَّ رُجِع في ضبطه إلى العُرْف"، و"ما ليس له حدٌّ شرعًا ولا لغة يُرجَع فيه إلى العُرْف"، و"العادة محكَّمة."

•وعند الحنابلة" :ما لا حَدَّ له في الشرع يُردُّ إلى العُرْف"، و"ما ورد به الشرع مطلقًا رجع فيه إلى العُرْف."

* وعند الإمامية: كما لو عقد رجل على امرأة دون ان يصرح بتعجيل بعض المهر وتاجيل بعضه فان العرف الشائع هو الذي يكون فاصلاً في مثل هذه المسألة الفقهية.

## شروط اعتبار العُرْف:

•ألاَّ يكون العُرْف مُخالِفًا للشرع:

لا مَكانةً ولا اعتِبار للأعراف المُخالِفة للشرع، كما في تَعارُف الناس على حَلْقِ اللِّحَى في بعض المُجتَمعات المُسلِمة، أو تَعارُف بعض المُجتَمعات المُسلِمة على الأكل والشرب باليد اليسرى، وغير ذلك من الأعراف المُخالِفة للشرع.

•أن يكون العُرْف مُطَّرِدًا أو غالِبًا:

بمعنى أن يكون مُنتَشِرًا وشائِعًا بين أهله الذين تَعارَفُوا عليه، فإذا أُطلِق العُرْف ذهبت الأذهان له مُباشَرَة.

•أن يكون العُرْف المتعلّق بالتصرُّف موجودًا عند إنشائه:

فإذا سبَق التصرُّف إنشاء العُرْف لم يصحَّ اعتِبارُه وتحكيمه، كما لا بُدَّ من استِمرار العُرْف حتى يصحَّ تحكيمه والعمل به.

•عدم مُعارَضة العُرْف بما يُخالِفه نَصًّا أو قولاً أو عملاً:

كأن يتَّفِق طرفان مُعَيَّنان على خِلاف العُرْف، فلا يصحُّ إعمال العُرْف حينئذٍ؛ وإنما تُعتَبر العادة عند عدم التصريح بخلافها.

أقسام العُرْف من حيث الشكل:

ينقَسِم العُرْف من حيث الشكل إلى:

•عرف قولي، والعرف القولي مثل: تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ اللحم على السمك، وإطلاق لفظ الدابة على الفرس"..

•عرف فعلي، والعرف العملي، مثل: اعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر..

تقسيم آخر للعُرْف:

•عرف عام، وهو ما كان فاشِيًا عند أغلب الناس. هو الذي يتفق عليه الناس في كلِّ البلادِ أو جُلّهم؛ كالتعارف على بيع الاستصناع.

•عرف خاص، وهو ما اقتَصَر على طائفة مُعيَّنة من الناس. هو العادة التي تكون لشخصٍ أو مجموعة أشخاص، أو بلدٍ معين، كعادة قبيلة معينة في أكلها وتصرفاتها .

أقسام العُرْف من جهة قبوله الشرعي أو رفضه:

•عرف صحيح، وهو ما سبقت شروطه. وهو ما قام الدليل الشرعي على اعتباره, ذلك: الكفاءة في النكاح، والدية على العاقلة .

•وعرف فاسد، وهو ما خالَف أحد الشروط المذكورة أعلاه. كتعارفهم على مشي النساء وراء الجنائز، وخروج النساء متبرجات الى محل العمل أو لغرض الدراسة.

تخصيص العام بالعُرْف:

كما لو حلف رجلٌ ألاَّ يأكل لحمًا، ثم أكَل سمكًا، لم يحنث؛ إذ عُرف الناسِ على أنَّ لفظة اللحم لا تَتناوَل السمك .

تقييد المطلق بالعُرْف:

كما في تقييد العُرْف لإطلاق الشرع لفظة السفر، فإنَّ من العلماء مَن رَدَّ تحديد المسافة التي تُعتَبَر سفرًا إلى العُرْف.

أثر العُرْف في العبادات:

من أثر العُرْف في العبادات قوله – صلَّى الله عليه وسلَّم – للمُستَحاضَة: ((وكذلك فافعلي كلَّ شهر، كما تَحِيض النساء وكما يطهرن، لِمِيقات حيضهنَّ وطهرهنَّ))؛ أخرجه الخمسة، فردَّها – صلَّى الله عليه وسلَّم – لعادة النِّساء حولَها، وهو عرفهنَّ.

أثر العُرْف في الأحوال الشخصية والمعاملات:

كما في تحديد مهر مَن لم يُسَمَّ لها مهر، فإنه يكون لها مهر المثل، وتقدير النَّفَقَة الواجِبة على الزوجة، وفي ألفاظ الكِناية في القذف

أثر العُرْف في الأخلاق والآداب:

كما في مَلابِس الرجال ما لم تَتَضمَّن مُخالَفَة شرعيَّة، فإن للعرف أثرًا كبيرًا في تحديدها، وكما في تحديد ما يَصلُح وما لا يَصلُح في ألوان ملابس النساء، وغير ذلك كثير ، والحمد لله ربِّ العالمين، وصلِّ اللهم وسلِّم على نبيِّنا محمد، وعلى آله وصحبه ومَن تَبِعَهم بإحسانٍ إلى يوم الدين.