



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية



الاستصحاب وتطبيقاته القانونية

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه - ل م د - في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إشراف:

د. بوقنادل عبد اللطيف

إعداد الطالب

ماحي أمين

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
محمد بلعلاء	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
عبد اللطيف بوقنادل	أستاذ محاضر "أ"	جامعة وهران 1	مشرفا
عبد الصمد بلحاجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا
محمد منصوري	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا
محمد عشاب	أستاذ	جامعة وهران 1	مناقشا
علي بن عوالي	أستاذ	جامعة مستغانم	مناقشا

السنة الجامعية

1443 - 1444 هـ / 2022 - 2023 م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَلْيَاغِزْ بَيْنَ الْأَمْنِيِّ وَالْمُنْكَرِ الْفَوَاحِشِ الْعَمَلِ
بِزَيْنِ الْأَمْنِيِّ وَالْمُنْكَرِ الْفَوَاحِشِ الْعَمَلِ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

-قبس-

- يقول عبد الرحيم البيساني¹ - رحمه الله

"إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه؛ إلا وقال في

فده:

لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ، ولو

قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من

أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة

البشر"².

¹ أبو علي عبد الرحيم بن علي بن الحسن بن أحمد بن المفرج اللخمي، الشامي، البيساني الأصل، العسقلاني المولد المصري الدار، الكاتب، صاحب ديوان الإنشاء الصلاحي ولد: سنة (526هـ) وقيل سنة (529هـ)، سمع في الكهولة من: أبي طاهر السلفي، وأبي محمد العثماني، وأبي القاسم بن عساكر، وأبي الطاهر بن عوف، وعثمان بن فرج العبدري وتُوِّفِي سنة (596هـ) (ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، 338/21، الوافي بالوفيات لصلاح الدين الصفدي، 202/18).

² إتحاف السادة المتقين للزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 2016م، 4/1.

الإهداء

إلى صاحبة الحبل السري الذي لا زال أثره باقياً حتى الآن (أميناً) كما أسمتني وعطاء كما ربتني

أمي رحمها الله تعالى

إلى من شرفني بمجل اسمي، والذي رحمه الله تعالى

إلى السند والعضد والساعد أفراد أسرتي الأكارم حفظهم الله تعالى

إلى أساتذتي الأفاضل من المدرسة إلى الجامعة بآرك الله فيهم

إلى كل الأصدقاء، ومن كانوا يرفقتي ومصاحبتي في الدراسة

إلى طلبة العلم جميعاً

أهدي ثمرة جهدي إليكم

شكر وعرافان

قال الله تعالى: (بَلِ اللّٰهُ فَاَعْبُدُوْهُ وَكُنْ مِنَ الشّٰكِرِيْنَ) الزمر (66).

أشكر الله تعالى أرفقني للنجاح في مسابقة الدكتوراه وسر لإيجاز هذه الدراسة العلمية فله الحمد والشكر على فضله ومنه .

إلى أستاذي المشرف، د . عبد اللطيف بوقنادل لتفضله بالإشراف على هذا البحث العلمي ومساندتي لبيتم هذا

العمل على أحسن وجه فجزاه الله عني خير الجزاء .

كما أثنى بالشكر والتقدير لأعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه على مرافقتهم لنا وتقديم التوجيه والنصح كما ينبغي أن يكون فجزاهم الله منا كل خير .

كما لا يفوتني توجيه الشكر الخالص لأستاذتي في كل مراحل دراستي من المدرسة إلى الجامعة .

كما لا يفوتني توجيه الشكر لأعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من جهد من أجل قراءة وتقديم الملاحظات حول

الرسالة العلمية

كما أوجه تقديري الخالص لكل أفراد أسرتي على مساعدتي مادياً ومعنوياً لتحقيق النجاح .

وأشكر كل من ساعدني لمواصلة المشوار بنجاح .

فجزى الله الجميع كل بحسب نيته ومقصده .

س
ر ر ر ر
مفقا ط
ر ر ر ر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وإمام المرسلين سيدنا محمد بن عبد الله الصادق الأمين المبعوث رحمة للعالمين؛ وعلى آله وصحبه الطاهرين الطيبين؛ ومن تبعهم بإحسان واقتدى بهمديهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين وبعد:

من المباحث المهمة التي خصَّها الأصوليون بالبحث والتدقيق في مباحث علم أصول الفقه قديما وحديثا موضوع أصل الاستصحاب؛ باعتباره دليلا شرعيا تبنى عليه كثير من الأحكام الفقهية التي تشمل مختلف الأبواب في الفقه الإسلامي، بل وأصبحت تطبيقات هذا الأصل الشرعي ذات امتداد واسع في كثير من مجالات القانون الوضعي، التي تأثرت على وجه الخصوص بالقواعد الفقهية والمبادئ الشرعية الجوهرية المستنبطة منه، وفي هذا الصدد يشير محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه في سياق كلامه عن أثر الاستصحاب في فروع القانون ومجالاته المختلفة أن هذا الدليل يعتبر أصلا ثابتا في قانون العقوبات والقانون المدني¹.

من هذا المنطلق يتضح لنا الدور البارز الذي أصبح يمثله دليل الاستصحاب في الفروع الفقهية ومختلف المجالات القانونية والقضائية، الأمر الذي يفسر دعوة الباحثين والمفكرين وفلاسفة القانون إلى المناداة بتطبيق قواعد الاستصحاب ومبادئه الشرعية وضرورة تكريسها في نُصوصٍ قانونيةٍ مُلزمةٍ، بل وأصبح تفعيلها في مجال القضاء تحقيقا لضمائم المحاكمة العادلة للمتهمين سواء كانوا أفرادا أو جماعات عند مواجهة التهم الموجهة إليهم أو حتى في مجال إثبات الحقوق والالتزامات، بالرغم من أنهم لم يشروا في دعوتهم لتكريس قواعد الاستصحاب ومبادئه إلى أصل الاستصحاب باعتباره يمثل نظرية أصولية متكاملة بحثها الأصوليون قديما وحديثا، أو حتى من جهة الإشارة إلى ما قدمه فقهاء الشريعة الإسلامية في استنباط تلكم القواعد والمبادئ، التي أضحت تمثل في مختلف فروع القانون ومجالاته مبادئ جوهرية

¹ ينظر: أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، (ب. ط)، دار الفكر العربي، (ب. س)، ص 305.

لا يمكن الاستغناء عنها بحال من الأحوال، خاصة مجال الأنظمة القضائية المعاصرة، التي أصبحت تمثل فيه كثير من مبادئ الاستصحاب أحد مقومات العدالة المنصفة.

أولاً: أهمية الموضوع

تكمن أهمية موضوع البحث في النقاط الآتية:

- 1- التعريف بالدراسات الأصولية في الفكر القانوني.
- 2- بيان أهمية أصول الفقه في ضبط التفكير الفقهي والقانوني والقضائي، حيث يساهم موضوع البحث إلى لفت فقهاء القانون إلى أصول التشريع الإسلامي، ومدى حاجة النصوص القانونية إلى مباحث علم أصول الفقه؛ خاصة فيما يتعلق بالجانب التطبيقي لها قانوناً وقضاءً.
- 3- تبرز أهمية دليل الاستصحاب أيضاً باعتباره يمثل نظرية متكاملة تعدت تطبيقاته الفقهية إلى مجال الفقه القانوني، حتى أصبح يعد أصلاً ثابتاً في مجال القانون المدني والقانون الجنائي كما عبر على ذلك محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه.
- 4- الاسهام في إثراء البحث العلمي في الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وبيان فضل التشريع الإسلامي على غيره من القوانين الوضعية بما تتميز به من قواعد ومبادئ وأصول يستند عليها القضاء في النظر في الدعاوى المعروضة عليه.
- 5- إبراز سعة الشريعة الإسلامية ورحابتها، حيث يبرز لنا موضوع الاستصحاب مرونة الفقه الإسلامي ومواكبته للمستجدات والنوازل التي تحدث للناس في معاملاتهم وعقودهم المحدثه وحل أفضيتهم الطارئة، بناء على قواعد الاستصحاب ومبادئه ومدى أثرها في قواعد الإثبات القضائي.

ثانياً: أهداف الموضوع

- 1- تفعيل نظرية الاستصحاب في الفكر القانوني.
- 2- تفعيل قواعد الفقه الإسلامي المبنية على نظرية الاستصحاب في نصوص قانونية.

3- بيان أهم التطبيقات القانونية المبنية على دليل استصحاب الحال في فروع القانون الثلاثة: القانون الجنائي القانون المدني وقانون الأسرة، مدعمة بأهم القرارات القضائية الصادرة عن الاجتهاد القضائي سواء في الجزائر أو مختلف الدول العربية التي جاءت قراراتها تطبيقا عمليا لتكريس وتفعيل مبادئ الاستصحاب وقواعده في نصوص القانون.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

تنقسم أسباب اختيار موضوع البحث إلى قسمين:

1- الذاتية

من الأسباب الخاصة التي ساهمت في اختياري لهذا الموضوع هو رغبتني الشديدة في استكمال موضوع البحث الذي كنت قد أنجزته سابقا حول موضوع "قاعدة البراءة الأصلية في الشريعة والقانون" تحت إشراف أ. د عشاب محمد، والذي خصّه الباحث بدراسة تطبيقية مقارنة تتعلق بباب الجنايات دون سواه، ونظرا للقيمة العلمية للموضوع من الناحية التطبيقية وامتداه الواسع في مختلف الفروع الفقهية والتطبيقات القانونية، حاول الباحث التوسع أكثر في دراسة الموضوع ضمن نظرية الاستصحاب التي بحثها الأصوليون في مصنفاتهم الأصولية، وبيان أهم تطبيقاته القانونية التي تقوم على هذه النظرية الأصولية في فروع الفقه الإسلامي ومختلف مجالات القانون الأخرى.

2- الموضوعية

أما الأسباب الموضوعية التي دفعتني إلى دراسة الموضوع هو القيمة العلمية التي ينتجها البحث سواء ما تعلق منه من الجانب الشرعي تأصيلا وتطبيقا أو من ناحية امتداده إلى المجال التطبيقي في كثير من القوانين الوضعية على اختلاف فروعها ومجالاتها المتعددة، الأمر الذي يبيّن حقيقة مرونة الفقه الإسلامي وأصوله مع مختلف المستجدات والوقائع التي يعالجها بأسلوب علمي وفني دقيق مع مختلف القضايا سواء كانت جنائية أو مدنية أو في مجال الأحوال الشخصية والأسرية.

رابعاً: الدراسات السابقة

الدراسات السابقة التي تطرقت إلى موضوع البحث في حدود ما اطلعت عليه من بحوث علمية سابقة هي على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الكتب الأصولية

وتتمثل في عامة الكتب والمصنفات الأصولية التي تناولت الموضوع في ثنايا مباحث علم أصول الفقه قديماً وحديثاً.

القسم الثاني: الرسائل العلمية

- 1- الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهية، الباحث الخضر علي إدريس، تحت إشراف د. محمد شعبان حسين، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، (السعودية)، 1404هـ/1984م.
- 2- حجية الاستصحاب، الباحث علي محمد حسب الله محمد، تحت إشراف د. كريم سليمان محمد، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية (السودان)، سنة 1980م.
- 3- الاستصحاب عند الأصوليين وتطبيقاته الفقهية: دراسة مقارنة، الباحث الحجى، مرهون بن زايد بن مرهون، تحت إشراف د. مقبول، الشيخ الولي محمد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت (الأردن)، سنة 1999.
- 4- الاستصحاب حجيته، وأثره في الأحكام الفقهية "دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية" الباحث عوني أحمد محمد المصاروة، تحت إشراف د. علي محمد السرطاوي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس (فلسطين)، سنة 1424هـ/2003م.
- 5- أثر قواعد الاستصحاب والإثبات والتوابع في التطبيقات المعاصرة، الباحث محمود أحمد حسن ياسين تحت إشراف د. العواظلي محمود توفيق، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية (الأردن)، سنة 2014م.

- 6- أثر الاستصحاب على أدلة الإثبات، للباحث محمد سمية حسن سعد، تحت إشراف د. التوم، العبيد معاذ الشيخ، رسالة ماجستير، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية (السودان)، سنة 2016م.
- 7- المبادئ الشرعية والقواعد الأصولية التي تبنى على الاستصحاب، للباحث سعيد، سعيد بنحيت، تحت إشراف محمد أبو بكر حسن، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية (السودان) سنة 200م.
- 8- أثر الاستصحاب على أدلة الإثبات، للباحث محمد سمية حسن سعد، تحت إشراف د. التوم، العبيد معاذ الشيخ، رسالة ماجستير، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية (السودان)، سنة 2016م.
- 9- الاستصحاب عند الأصوليين والآثار الفقهية المترتبة على الخلاف -دراسة تطبيقية على الفروع الفقهية- الباحث عبد الرشيد آدم كلوكي، تحت إشراف د. يوسف عبد الله باكر ود. أسامة خالد محمد عبد الله، جامعة الجزيرة، (السودان)، السنة 1438هـ/2017م.
- 10- الاستصحاب وفاعليته في عملية الاجتهاد عند ابن حزم، الباحث حسن بن إبراهيم الهنداوي، تحت إشراف د. قطب مصطفى سانو، الجامعة الإسلامية العالمية (ماليزيا) السنة 1999م.
- 11- استدلال الأصوليين بالاستصحاب في مسائل دلالات الألفاظ والاجتهاد والتقليد والتعارض والترجيح -جمعا وتوثيقا ودراسة- الباحثة: العنود بنت محجي بن نماي المطيري، تحت إشراف د. علي بن عبد العزيز المطرودي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (السعودية)، (1434هـ-1435هـ).
- 12- استدلال الأصوليين في مسائل الحكم والكتاب والسنة والإجماع -جمعا وتوثيقا ودراسة- الباحثة: سارة بنت محمد بن راشد الهويمل، تحت إشراف: د. علي بن عبد العزيز المطرودي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (السعودية)، (1432هـ-1433هـ).

القسم الثالث: المقالات العلمية

- 1- الاستصحاب عند شيخ الإسلام ابن تيمية جمعا ودراسة، عبد الرحمان محمد البراهيم، مقال منشور بمجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، ع (3)، م (7)، 2014م .
 - 2- تحقيق المقال في استصحاب الحال، أحمد الهادي حماد، مقال منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، ع (6)، م (21)، 2019.
 - 3- استصحاب الإجماع في محل النزاع، غازي بن مرشد العتيبي، مقال منشور بمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ع (51)، 1432هـ.
 - 4- الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال)، أحمد بن محمد الضويحي، مقال منشور بمجلة العلوم الشرعية، ع (1)، 1427هـ.
 - 5- الاستصحاب بين الفقه والقانون، سماح صلاح الدين شلي، مقال منشور بمجلة جماعة دار العلوم، ع (34)، م (16)، 2009.
 - 6- الاستصحاب وأثره في الأحكام الفقهية، كامل صبحي كامل صلاح، مقال منشور بمجلة القلم، ع (3)، 2015.
- وعموما تلتقي هذه الدراسات العلمية مع موضوع بحثي في الجانب النظري التأصيلي لموضوع البحث كما هو مقرر عند الأصوليين في مصنفاتهم، وبعض يلتقي مع دراستي أيضا في جانب القواعد الفقهية المبنية على دليل أصل الاستصحاب، أما الجانب الذي تختلف فيه دراستي عن غيرها من الرسائل العلمية التي تناولت موضوع البحث، هو تميز دراستي بامتداده إلى الجانب القانوني، فلا توجد دراسة علمية، في حدود ما اطلعت عليه، من دراسة موضوع الاستصحاب من جانب الفكر القانوني وتطبيقاته في فروع القانون، إلا بعض الإشارات التي نص عليها بعض الباحثين من أن الاستصحاب له تطبيقات كثيرة في الفروع القانونية، وهو ما عملت على إبرازه في ثنايا البحث سواء في نصوص القانون أو قرارات قضائية، مع خلق مقارنة مع تطبيقاتها في الفقه الإسلامي متى أمكن ذلك.

سادسا: منهج الدراسة

مما لا شك فيه أنّ طبيعة الموضوع محل الدراسة تُبيّن المنهج المعتمد في الدراسة الذي يخدم البحث بشكل رئيسي، والذي يتمثل أساسا في المنهج المقارن وذلك من جانبين هما:

1- الجانب النظري

وذلك بإجراء مقارنة بين المذاهب الفقهية والأصولية عند التطرق للجانب التأصيلي لموضوع الاستصحاب باعتباره نظرية أصولية متكاملة تناولها علماء الأصول بالبحث والتدقيق في كثير من مسأله وجزئياته المختلفة.

2- الجانب التطبيقي

أما الجانب التطبيقي يتمثل في خلق مقارنة عند التطرق للبحث في تطبيقات الاستصحاب وتوظيفه في المجالات الشرعية والقانونية، وذلك بتحديد أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في عدد من النقاط.

كما تطلب موضوع الدراسة الاعتماد على مناهج أخرى مساعدة تتمثل أساسا في:

أ- **المنهج الوصفي**: وذلك ببيان حقيقة الاستصحاب، وتقصي أقوال أهل العلم حول طبيعته ومرتبته بين الأدلة الشرعية، مع كشف قواعده الشرعية ومبادئه القانونية المستمدة منه.

ب- **المنهج الاستقرائي**: وذلك بالاعتماد على استقراء النصوص الشرعية والقانونية والقرارات القضائية الصادرة عن الاجتهاد القضائي، قصد الخروج بأهم الاستنباطات والاستنتاجات العلمية التي تخدم الموضوع.

ت- **المنهج التحليلي**: وذلك بدراسة المادة العلمية من نصوص شرعية أو قانونية أو قرارات قضائية صادرة عن الاجتهاد القضائي التي جاءت في ثنايا البحث، إما تفسيرا أو نقدا واستنباطا للوصول إلى المطلوب.

سابعاً: منهجية البحث

التزمت في دراسة الموضوع وإخراجه بما يتوافق وأسس البحث العلمي التي تركز على جملة من الضوابط من أبرزها:

- 1- عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع تحديد رقم الآية من المصحف الشريف.
- 2- تخريج وتوثيق الأحاديث النبوية والآثار من مصادرها الأصلية، بحيث اعتمدت في غالب البحث على مصادر الكتب التسعة، ولم أخرج من غيرها إلا إذا فُقد الحديث منها، أما إذا كان الحديث النبوي في الصحيحين أو في أحدهما اكتفيت بهما دون التخريج من باقي المصادر الأخرى التي ذكرت الحديث أما ما كان في غير الصحيحين فأخرجه من الكتب التسعة التي ذكرته، فإن تعذر أخرجه من باقي كتب السنة التي أخرجه، مع الحكم على درجة الحديث عند أهل العلم متى أمكن ذلك.
- 3- الترجمة للأعلام والتعريف بهم باختصار موجز في هامش الصفحة، باستثناء الصحابة رضي الله عنهم وأئمة المذاهب الأربعة المعتمدة في الفقه الإسلامي لشهرتهم.
- 4- في الجانب القانوني لم أتقيد بقانون دون آخر، بل حاولت إثراء البحث بالإشارة إلى عدة قوانين سواء كانت عربية أو غربية، وإن كان الغالب في البحث هو الاعتماد على القانون الوضعي الجزائري ومن وافقه من قوانين عربية لإثراء الجانب التطبيقي، أما القوانين الغربية فنادراً ما أشير إليها في البحث.

ثامناً: حدود البحث:

في الجانب النظري من الدراسة البحثية اقتصر في الفصل الأول على العناية بتأصيل المسائل المرتبطة بدليل الاستصحاب عند الأصوليين، من حيث حقيقة الاستصحاب ومدى مشروعيته وأقسامه ومدى حجية كل قسم من أقسامه، أما الجانب التطبيقي من الدراسة فقد اقتصر على دراسة تطبيقات الاستصحاب في الفقه الإسلامي مع مقارنتها بتطبيقاتها في القانون الوضعي في ثلاثة فروع قانونية أساسية هي: القانون الجنائي، القانون المدني، قانون الأسرة.

تاسعا: الإشكالية البحث

يشير موضوع البحث إشكالية رئيسية مفادها: إلى أي مدى استفادت القوانين الوضعية من توظيف أصل الاستصحاب في تطبيقاتها القانونية والقضائية؟ وما أوجه التوافق والاختلاف بينها وبين تطبيقاتها في الفقه الإسلامي؟

كما يطرح الموضوع جملة من التساؤلات من أبرزها:

- أ- ما حقيقة الاستصحاب عند الأصوليين وما ضوابطه وشروطه وأركانه؟
- ب- ما هي أهم قواعد الاستصحاب التي تبنى على أصل الاستصحاب؟
- ت- ماهي أبرز تطبيقات الاستصحاب في الفروع القانونية؟

عاشرا: خطة الدراسة

ولإحاطة بمختلف جوانب البحث والإجابة على الإشكال المطروح تم تقسيم دراسة البحث إلى مقدمة وأربعة فصول رئيسية وخاتمة.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

المبحث الأول: حقيقة الاستصحاب وضوابط الاستدلال به

المبحث الثاني: أدلة مشروعية الاستصحاب

المبحث الثالث: أقسام الاستصحاب وحجيتها

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

المبحث الأول: قواعد اليقين

المبحث الثاني: قواعد الإباحة

المبحث الثالث: قواعد الإثبات

المبحث الرابع: قواعد الملك والتملك المبحث الرابع

الفصل الثالث: تطبيقات الاستصحاب في أحكام الجنایات - شرعا وقانونا-

المبحث الأول: المتهم بريء حتى تثبت إدانته

المبحث الثاني: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

المبحث الثالث: استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجنائية

الفصل الرابع: تطبيقات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية - شرعا وقانونا-

المبحث الأول: قواعد الإثبات المدني

المبحث الثاني: الحيازة سند الملكية

المبحث الثالث: النزاع في الصداق ومتاع البيت

المبحث الرابع: المفقود: حقيقته وحكم زواجه وأمواله وميراثه

الخاتمة: وبها أهم النتائج التي والتوصيات التي تم التوصل إليها من طرف الباحث.

والله أسأل التوفيق والسداد وأن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، كما أسأله جلا وعلا

العفو عما وقع مني من سهو أو زلل أو خطل في تحرير موضوع البحث وإخراجه في صورته النهائية.

الباحث

الفصل الأول

وَيْدُ الْأَصْحَابِ عِنْدَ الْأَصُولِيِّينَ

المبحث الأول: حقيقة الأصحاب وروابط الاستدلال به

المبحث الثاني: أدلة مشروعية الأصحاب

المبحث الثالث: أوضاع الأصحاب ومجتمعاتهم عند الأصوليين

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

إنَّ البحث في موضوع الاستصحاب عند الأصوليين غالبا ما كان يُتطرق إليه في باب الأدلة باعتباره يمثل أصلا ومصدرا تشريعيًا معتبرا يرجع إليه المجتهد عند النظر في الاستدلال على الفروع الفقهية والمستجدات والنوازل الطارئة التي تُعرض عليه، وبناء على ذلك خُصِّص المبحث الأول من هذا الفصل إلى بيان حقيقة دليل الاستصحاب من حيث مفهومه اللغوي؛ ثم تحديد معناه باعتباره مصطلحا أصوليا؛ ثم التعرّيج بعد ذلك إلى تحديد معناه باعتباره مصطلحا قانونيا له وجوده العملي في فروع القانون وأصل ثابت فيه، ثم بعد ذلك سلك الباحث إلى بيان أركانه وشروط الأخذ به عند الأصوليين، ثم تطرق إلى تحديد طبيعته ودرجات التمسك به عند المجتهد، أما المبحث الثاني من هذا الفصل فقد سلك فيه الباحث إلى بيان مشروعية دليل الاستصحاب عند القائلين بحجتيته، وذلك بعرض أدلتهم التي يُحتج بها على اعتباره أصلا شرعيا معتبرا في عملية الاستدلال الفقهي، أما المبحث الثالث؛ فقد عمد فيه الباحث إلى بيان أهم أقسام الاستصحاب وأهم الصور المندرجة تحت كل قسم، ثم بيان مدى حجية كل قسم من أقسام الاستصحاب عند الأصوليين عرضا ومناقشة وترجيحا؛ ولتفصيل الكلام أكثر في المسائل النظرية التي ذكرها أهل العلم حوله، جاء تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث رئيسية هي:

المبحث الأول: حقيقة الاستصحاب وضوابط الاستدلال به

المبحث الثاني: أدلة مشروعية الاستصحاب

المبحث الثالث: أقسام الاستصحاب وحجيتها

المبحث الأول

حقيقة الاستصحاب و شروط الاستدلال به

المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب

المطلب الثاني: أركان الاستصحاب

المطلب الثالث: شروط العمل بالاستصحاب و درجات التسلسل به

المطلب الرابع: طبيعة الاستصحاب و مرتبته بين الأولويات

المبحث الأول: حقيقة الاستصحاب وضوابط الاستدلال به

بداية تتطلب مسائل الكشف عن حقيقة الاستصحاب وضوابط الاستدلال به عند الأصوليين إلى ضرورة ضبط مفهوم الاستصحاب؛ وذلك بتحديد معناه عند اللغويين، ثم بيان معناه في اصطلاح الأصوليين، بما ذكره من تعريفات ومفاهيم في مصنفاتهم الأصولية، ثم سعى الباحث في اجتهاد منه إلى ضبط مفهومه باعتباره يمثل مصطلحا قانونيا في الفكر القانوني؛ بما يتوافق والمعاني اللغوية والأصولية، ثم بعد ذلك عرج الباحث إلى تحديد الأركان التي تتشكل منها تركيبية الاستصحاب، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها للأخذ بدليل الاستصحاب عند الأصوليين، مع تحديد طبيعته ومرتبته بين الأدلة الشرعية، ولتفصيل مسائل هذا المبحث تم تقسيمه إلى أربع مطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب

المطلب الثاني: أركان الاستصحاب

المطلب الثالث: شروط العمل بالاستصحاب ودرجات التمسك به

المطلب الرابع: طبيعة الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة

المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب

تقتضي الدراسة بداية إلى تحديد مفهوم الاستصحاب عند أهل اللغة بالبحث عن معانيه في القواميس والمعاجم اللغوية المراد الكشف عن المعاني التي استعملها العرب حول هذا المصطلح ثم بيان مفهوم الاستصحاب عند أهل الفن وتحديد المعاني الاصطلاحية التي استعملوها للتعبير عنه، ثم تحديد العلاقة بينهما، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: المعنى اللغوي

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي

الفرع الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي

الفرع الأول: المعنى اللغوي

الاستصحاب مأخوذ من مادة (صحب)، الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقارنته، من ذلك الصَّاحِب والجمع الصَّحْب، كما يقال رَاكِبٌ وَرَكِبٌ، وكل شيء لاءم شيئاً فقد استصحبه¹، وقيل: كل شيء لازم شيئاً فقد (استصحبه)، و(استصحبْتُ) الكتاب وغيره حَمَلْتُهُ صحبتي ومن هنا قيل (استصحبت) الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً كأنك جعلت تلك الحالة مُصَاحِبَةً غير مُفَارِقَةٍ².

وبناءً على ما تقدم نستخلص المعاني الآتية:

- 1- المصاحبة وهي طلب الصحبة وعدم المفارقة.
- 2- المقاربة والمقارنة ولذا يقال للقرين صاحب.
- 3- الملازمة: ولهذا يقال للزوجة صاحبة، لملازمتها للزوج وطول صحبتها له في الغالب.
- 4- الاستبقاء والاستدامة: أي الاستمرار في الصحبة ودوامها.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي

أولاً: مفهوم الاستصحاب بوصفه مصطلحاً أصولياً

إن استخدام مصطلح الاستصحاب وظهوره باعتباره مصطلحاً أصولياً في المدونات الأصولية تأخر ظهوره حتى القرن الرابع للهجرة مع ابن قصار المالكي³ في كتابه "مقدمة في أصول الفقه"، حيث عنون له باباً باسم "الكلام في استصحاب الحال" وذكر في مقدمة كلامه عنه: "ليس عن مالك رحمه

¹ معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (1399هـ/1989م)، 3/335.

² المصباح المنير لمحمد بن علي المقرئ الفيومي، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة (مصر)، 1/333.

³ أبو الحسن، علي بن عمر بن أحمد، البغدادي المعروف بابن القصار المالكي، (ت: 397هـ)، من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأجهري، كان أصولياً نظاراً، ولي قضاء بغداد، له كتاب في مسائل الخلاف كبير، (انظر: معجم الأصوليين للبقا، 3/214، سير أعلام النبلاء للذهبي، 12/541).

الله في ذلك نص، ولكن مذهبه يدل عليه¹، وهذا دليل على أن مصطلح الاستصحاب في بداية تدوين علم أصول الفقه لم يكن موجودا باعتباره مفهوما معينا عند الأئمة وإن دلت تطبيقاته عليه عند الأئمة المجتهدين²، وبعد ازدهار مرحلة التدوين والتأليف في علم أصول الفقه أصبح مصطلح الاستصحاب يظهر في مؤلفات الأصوليين أكثر فأكثر، واعتنوا بمسائله بالبحث والتدقيق عناية شديدة ومن ذلك اهتمامهم بضبط مفهومه باعتباره مصطلحا أصوليا له أثره في الفروع الفقهية، بحيث ذكروا له تعريفات عدة من أبرزها:

1- تعريف أبي حامد الغزالي³: "الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي،

وليس ذلك راجعا إلى عدم العلم بالدليل، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المعير، أو مع ظن انتفاء المعير عند بذل الجهد في البحث والطلب"⁴.

¹ مقدمة في أصول الفقه لابن القصار، ت: مصطفى مخدوم، ط1، دار المعلمة، الرياض (السعودية)، (1420هـ/1999م) ص315.

² ينظر: الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي لحسن بن إبراهيم الهنداوي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) (1425هـ/2004م)، ص22-23.

³ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي الشافعي، توفي سنة (ت: 505هـ)، برع في فنون كثيرة منها الفلسفة والمنطق وعلم الأصول، له تصانيف عديدة منها: «المستصفي»، و«المنحول»، «إحياء علوم الدين»، (ينظر: سير أعلام النبلاء 267/14 طبقات الشافعية للسبكي، 191/6).

⁴ المستصفي لأبي حامد الغزالي الطوسي، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، ط1، (1417هـ-1997م) ص379.

2- تعريف شهاب الدين القرافي¹: "ومعناه أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال"².

3- تعريف ابن القيم الجوزية³: "استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً"⁴.

4- تعريف علاء الدين البخاري⁵: في جملة ما أورده من تعريفات أنّ الاستصحاب هو⁶:

أ- الحكم بثبوت أمرٍ في الزمان الثاني بناءً على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول.

ب- التمسك بالحكم الثابت في حال البقاء لعدم الدليل المغير.

ت- الحكم ببقاء الحكم الثابت في الماضي للجهل بالدليل المغير لا للعلم بالدليل المبقّي.

ث- الحكم ببقاء حكم ثابت بغير دليل غير معترض لبقائه ولا لزواله محتملٌ للزوال بدليله لكنه

التبس عليك حاله.

وهذه العبارات في جملتها تؤدي معنى واحداً، لحقيقة الاستصحاب عند الأصوليين.

¹ هو أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري، المعروف باسم القرافي، مالكي المذهب وأحد أقطابه (ت: 684هـ)، برع في أكثر من فن، من مصنفاته: «الذخيرة»، «الفروق»، «تنقيح الفصول»، (ينظر: الديباج المذهب لابن فرحون، 236/1).

² شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة (مصر) (1393هـ-1973م)، ص447.

³ هو محمد ابن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزُّرعي ثم الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، (691هـ - 751هـ)، تفقه في المذهب الحنبلي وبرع فيه، من مؤلفاته: «زاد المعاد في هدي خير العباد»، «روضة المحبين ونزهة المشتاقين»، (ينظر: شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي، 287/8).

⁴ إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن الجوزي، (السعودية) 1423هـ، 100/3.

⁵ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، (ت: 730هـ)، فقيه حنفي من علماء الأصول، من أهل بخارى، له تصانيف منها: «كشف الأسرار»، (ينظر: معجم الأصوليين، 207/2، الأعلام للزركلي، 13/4).

⁶ كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري، (ب. ط)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (مصر)، (ب. ت)، 377/3.

5- تعريف الكمال بن الهمام¹: "هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه"².

شرح التعريفات:

بناءً على ما ذكره الأصوليون من تعريفات مختلفة لدليل الاستصحاب نستخلص النقاط الآتية:
أ- الاستصحاب يشمل التمسك بدليل العقل (البراءة الأصلية) أو بدليل الشرع كما جاء في تعريف الغزالي، الذي جاء مفهومه شاملاً لجميع أقسام الاستصحاب.

ب- العلم أو الظن بعدم وجود الدليل المغير للحكم السابق، يعد ضابطاً جوهرياً في تحديد حقيقة الاستصحاب، ولا يكفي في ذلك الجهل بعدم وجود الدليل، بل على المجتهد القيام ببذل الجهد بالبحث عن الدليل الشرعي المغير، فإن تعذر عليه، أخذ بدليل الاستصحاب.

ت- الاستصحاب يكون في النفي كما يكون في الإثبات، كما قرر لذلك ابن القيم في تعريفه.

ث- الاستصحاب يكون في النفي دون الإثبات كما جاء في ضبط مفهومه عند جمهور الحنفية.

ثانياً: مفهوم الاستصحاب بإعماله وصفا قانونياً

لم يتطرق الفكر القانوني في حدود ما اطلعت عليه إلى مفهوم للاستصحاب باعتباره مصطلحاً قانونياً مع ما له من تطبيقات كثيرة في فروع القانون، باعتبار أنه يمثل أصلاً ثابتاً في عدة فروع من القانون منها: القانون المدني والجنائي كما عبر على ذلك أبو زهرة³، بقوله: "الاستصحاب يؤخذ به في

¹ محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، (790هـ-861هـ) إمام، من علماء الحنفية برع في فنون شتى أصله من سيواس، ولد بالإسكندرية، ونبع في القاهرة، وأقام بحلب مدة، له تصانيف منها: «فتح القدير»، «مختصر في فروع الحنفية»، (أنظر: الأعلام، 6/255).

² تيسير التحرير محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، مصطفى البابي الحلبي، مصر، (1351هـ-1932م)، 4/176.

³ محمد بن أحمد أبو زهرة (1316هـ-1394هـ)، ولد بمدينة المحلة الكبرى، تعلم بمدرسة القضاء الشرعي (1916 - 1925) وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات، ثم في المدارس الثانوية سنتين ونصفاً، وبدأ اتجاهه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين (1933)، من مؤلفاته: «أصول الفقه» «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية»، (أنظر: الأعلام، 6/26).

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

قانون العقوبات وهو أصل فيه لأن الأمور على الإباحة ما لم يتم نص يثبت التجريم والعقوبة، وأن قضية المتهم بريء حتى يقوم دليل على ثبوت التهمة أو حتى يصدر نص بالعقوبة هي مبنية على الاستصحاب، وهو استصحاب البراءة الأصلية¹، ويقول في موضع آخر: "وإن كثيراً من أحكام القانون المدني تبنى على أصل الإباحة، فقضية العقد شريعة المتعاقدين مبنية على أصل الإباحة الأصلية في العقود، وقد قرره مع القوانين الوضعية مذهب الحنابلة فذلك المذهب يقرر أن الأصل في العقود الإباحة والالتزام بمقتضاها حتى يقوم نصٌ مانع"².

وباعتبار أنَّ الاستصحاب له وجود تطبيقي في كثير من القواعد والمبادئ القانونية وفي تطبيقات عديدة في فروع القانون التي يُعد فيها أصلاً ثابتاً لا يُمكن للقوانين الوضعية الاستغناء عن توظيفه في تطبيقاتها القانونية والقضائية، عَمَدَتْ إلى ضبط مفهوم الاستصحاب باعتباره مصطلحاً قانونياً على أنَّه هو: البقاء على وضع الأصل أو هو التمسك بحكم الأصل أو ما نصَّ عليه حكم الشرع واستدامته في أحكامٍ قانونيةٍ مُلزِمة.

شرح التعريف:

1- (البقاء على وضع الأصل): أي التمسك بالبراءة الأصلية أو حكم الإباحة الأصلية في الأقوال والأفعال والتصرفات، وعلى هذا قامت مبادئ وقواعد قانونية جوهرية في الفقه القانوني ومن تطبيقات ذلك قولهم: بمبدأ قرينة البراءة الأصلية حتى يثبت العكس، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وكذا قولهم في مجال العقود العقد شريعة المتعاقدين... الخ.

¹ أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، ص 305.

² المرجع نفسه، ص 305.

2- (ما دلّ عليه حكم الشرع): أي التمسك بما دلّت عليه النصوص الشرعية من أحكام

شرعية وتمسك بما تطبيقاً قانونياً وقضائياً، ومجاله في فروع القانون تطبيقات القانون المدني في مجال الإثبات المدني وفي قوانين الأسرة العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية على وجه الخصوص.

الفرع الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي

بناءً على ما تقدم من ترجيح معاني الاستصحاب عند أهل اللغة حيث جاءت تردُّ بمعنى الاستبقاء والاستدامة والمصاحبة والملازمة، أما معنى الاستصحاب في اصطلاح الأصوليين فقد جاء يرد بمعنى بقاء الحكم واستمراره أو استدامة الحكم، ففي العلاقة التي تربط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للاستصحاب هو طلب مصاحبة الحال الأولى وملازمتها والدوام والاستمرار عليها¹ وهذا المعنى يدل عليه ما نصّ عليه السمرقندي²، في كتابه ميزان الأصول بقوله: الاستصحاب "التمسك بالحكم الثابت في حالة البقاء (مأخوذ من المصاحبة، وهي ملازمة ذلك الحكم)، ما لم يوجد دليل مغير"³، حيث نبّه في تعريفه لمفهوم الاستصحاب إلى المعنى اللغوي الذي يدل عليه الاستصحاب والذي يرد بمعنى الملازمة والمصاحبة للحكم الشرعي؛ عند انتفاء الدليل الناقل لحكم الأصل، وبالتالي فإن العلاقة بينهما هي علاقة عموم وخصوص مطلق.

¹ الاستصحاب عند شيخ الإسلام ابن تيمية جمعاً ودراسة، عبد الرحمان بن عبد الله بن محمد البراهيم، مقال منشور بمجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، ع (3)، م (7)، 2014م، ص1044.

² هو علاء الدين، شمس النظر، محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، يكنى بأبي بكر وبأبي منصور، فقيه وأصولي حنفي، له تصانيف منها: «ميزان الأصول في نتائج العقول»، «تحفة الفقهاء»، «اللباب في الأصول»، ولم يحدد أهل تراجم تاريخ وفاته (ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لنصر الله القرشي، 18/3، تاج التراجم لسودوني، ص252).

³ ميزان الأصول لعلاء الدين السمرقندي، ط1، مطابع الدوحة، (قطر)، (1404هـ-1984م)، ص658.

المطلب الثاني: أركان الاستصحاب

يقوم الاستصحاب في تركيبته البسيطة على ثلاثة أركان أساسية، ولييانها وتحديدًا عمدت إلى تَحْصِيص كُلِّ ركنٍ من أركانه في فرعٍ مستقل، من حيث بيان معناه في اللغة والاصطلاح عند أهل العلم مع توضيح ذلك بضرب الأمثلة لتقريب المعنى وتوضيحه أكثر، ولتفصيل ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الأصل

الفرع الثاني: الفرع

الفرع الثالث: الحكم

الفرع الأول: الأصل

أولاً: معنى الأصل في اللغة

جاء في مقاييس اللغة: " (أصل) الهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصول متباعد بعضها من بعض أحدهما: أساس الشيء، والثاني: الحية، والثالث: ما كان من النهار بعد العشي¹." وفي لسان العرب: "الأصل: أسفل كل شيء، وجمعه أصول، لا يُكسَّر على غير ذلك، وهو اليأصول، يُقال: أصل مؤصَّل، واستعمل ابن جني الأصلية موضع التأصل، فقال: الألف وإن كانت في أكثر أحوالها بدلاً أو زائدة، فإنها إذا كانت بدلاً من الأصل جرت في الأصلية مجراه، وهذا لم تنطق به العرب؛ إنما هو شيء استعملته الأوائل في بعض كلامها²." قال في المصباح المنير: "أصل الشيء أسفله، وأساس الحائط أصله، واستأصل الشيء ثبت أصله وقوى، ثم كثر حتى قيل أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد³."

¹ معجم مقاييس اللغة، مادة أصل، 109/1.

² لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت (لبنان)، مادة (أصل)، 16/11.

³ المصباح المنير، 16/1.

ثانيا: معنى الأصل في الاصطلاح

يطلق الأصل في الاصطلاح على معانٍ منها¹:

1- الأصل بمعنى الدليل، مثل قولهم: الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة، ويقصدون بذلك أن الدليل عليها هو القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

2- الأصل بمعنى القاعدة الكلية المستمرة، فيقال: الأصل أن الأمر يقتضي الوجوب، والأصل في الفاعل الرفع، وفي المفعول النصب، أي القاعدة المستمرة أن الأمر يقتضي الوجوب، وهكذا.

3- الأصل بمعنى الراجح، يقال: الأصل في الكلام الحقيقة أي: الراجح عند السامع هو المعنى الحقيقي دون المعنى المجازي لعدم القرينة الدالة عليه.

4- الأصل بمعنى المستصحب، يقال الأصل في الأشياء الإباحة، والأصل في الإنسان البراءة، وهذا المعنى الأخير هو المراد به هنا من كلامنا، من كون أن الأصل في الاستصحاب يعد أول أركانه التي يقوم عليها دليل الاستصحاب، ولذلك نجد من الأصوليين من يعبر عليه بقوله: "أصل الاستصحاب".

5- الأصل بمعنى المقيس عليه، كقول الفقهاء: الخمر أصل النبيذ بمعنى الخمر مقيس عليها النبيذ والنبيذ مقيس.

فالأصل المستصحب في تعبير الأصوليين هو حكم الواقعة الأصلية في الحالة السابقة في الزمن الأول، أي الزمن (الماضي)، أو بعبارة أخرى هو الواقعة التي نشأ معها الحكم ابتداءً بدليله، سواء كان هذا الدليل ثابت عن طريق الشرع، أو عن طريق العقل وهو ما يصطلح عليه عند الأصوليين بدليل البراءة الأصلية، أو العدم الأصلي في انتفاء الأحكام وبراءة الذم عن الشغل بالوجوب، أي أن ذمة

¹ القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين لحامد عثمان، ط1، دار الزّاحم، (المملكة العربية السعودية) (1423هـ/2002م) ص55-56.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

الإنسان تبقى بريئة من أي تكليف سواء كان ذلك في العبادات، "وبه علمنا أنه لا يجب على المسلمين صلاة سادسة، ولا زكاة غير الزكاة المعهودة، ولا صوم غير رمضان"¹، فلا تكليف عليه إلا فيما دلّ عليه الشرع من واجبات، ومن ادعى غير ذلك فنقول عليك الدليل، أما في مجال المعاملات فتبقى ذمة الإنسان بريئة من الحقوق والديون والضمان والالتزامات حتى يثبت العكس.

الفرع الثاني: الحكم

أولاً: الحكم في اللغة

يطلق الحكم في اللغة بمعنى القضاء المنع².

ثانياً: الحكم في الاصطلاح

يطلق لفظ الحكم ويراد منه أحد المعاني الآتية³:

- 1- إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه، مثل إثبات طلوع القمر، ونفي الظلمة للشمس.
- 2- الحكم: خطاب الله تعالى، مثل: قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾ {البقرة/43}، فهو حكم الله، أي: هو النص الصادر عن الشارع الحكيم وهو استعمال الأصوليين.

¹ إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ت: عبد الله محمد الجبوري، ط1، مؤسسة الرسالة بيروت، (لبنان)، (1409هـ-1989م)، ص613.

² القاموس المحيط مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، (لبنان)، (1426هـ/2005م) ص1095، مختار الصحاح لزين الدين عبد القادر الرازي، ت: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية بيروت - صيدا، (لبنان)، (1420هـ/1999م)، ص78.

³ الوجيز في أصول الفقه الإسلامي محمد مصطفى الزحيلي، ط2، دار الخير، بيروت، (لبنان)، (1427هـ-2006م)، 1/285-286.

3- الحكم: هو أثر خطاب الله تعالى، مثل الوجوب المأخوذ من الآية السابقة، وهو استعمال

الفقهاء، والفرق بين علماء الأصول وبين الفقهاء، أن قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾، هو الحكم

عند الأصوليين، أما الفقهاء فيقولون: إن الحكم هو الوجوب، ودليله ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ فالفقهاء يفرقون بين الحكم والدليل، أما علماء الأصول فيقولون: هما شيء واحد.

4- الحكم هو القرار الصادر عن القضاة، وهو استعمال قضائي.

وبناء على تلك المعاني الاصطلاحية، يأتي حكم الاستصحاب عند الفقهاء، فيراد به تارة على

أنه استصحاب حكم دليل العقل أي: (البراءة الأصلية أو العدم الأصلي)، ويأتي تارة على هيئة

استصحاب حكم دليل الشرع، أي استصحاب ما نص عليه الدليل الشرعي، ويأتي تارة على هيئة

استصحاب الحكم القضائي.

الفرع الثالث: الفرع

أولاً: معنى الفرع في اللغة

يطلق الفرع في اللغة على "خلاف الأصل، وهو اسم لشيء يبني على غيره"¹.

جاء في مقاييس اللغة: "الفرع" "الفاء والراء والعين أصلٌ صحيحٌ يدلُّ على علوِّ وارتفاعٍ وسموِّ

وسُبوغ، من ذلك الفرع، وهو أعلى الشيء، مصدر فرعت الشيء فرعاً: إذا علوته"².

ثانياً: معنى الفرع في الاصطلاح

يطلق الفرع في اصطلاح الأصوليين على أنه: "محل الحكم المتنازع فيه"³.

¹ القاموس المبين، ص 233.

² مقاييس اللغة، مادة (فرع)، 4/491.

³ القاموس المبين، ص 233.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

والمراد بالفرع هنا عند الأصوليين في تركيبة الاستصحاب هي الواقعة المستجدة اللاحقة في الزمن الثاني أو الحاضر، التي تتبادر في ذهن المجتهد أو المستصحب نوع من الشك في تغيير حكم الأصل نتيجة تغير صفة الحالة التي كانت عليها في الزمن الأول.

المثال الأول: المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة.

الأصل: فقدان الماء للمتيمم.

حكمه: صلاته صحيحة بالإجماع.

الفرع: المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة.

هنا اختلف الفقهاء في المسألة إلى قولين، بناء على اختلاف في حجية استصحاب حكم الإجماع، القائلون بحجية استصحاب حكم الإجماع، يرون بأنه على المتيمم أن يتم صلاته وحكمها صحيح، بناء على حكم الإجماع في الواقعة الأصلية، وأما الفريق الثاني الذين لا يقولون بحجية استصحاب حكم الإجماع، فيرون بأنه على المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة، عليه أن يقطع صلاته ويعيد الوضوء باستعمال الماء، ثم يصلي.

المثال الثاني: الرجل إذا تزوج امرأة

الأصل: تزوج رجل فتاة على أنها بكر.

حكم الأصل: أنها بكر، إذ الأصل ثبوت البكارة للفتاة منذ وقت نشأتها.

الفرع أو الواقعة المستجدة: ثم ادعى الزوج بعد دخوله بها على أنها ثيب.

في هذه المسألة يستصحب حكم الأصل على أن الفتاة بكر، إذ الأصل ثبوت البكارة للفتاة منذ وقت نشأتها، ويبقى حكمها مستصحباً إلى حين الدخول بها، وترفض دعواه إلا أن يأتي بدليل مغير لحكم الأصل.

المطلب الثالث: شروط الاستصحاب ودرجات التمسك به

ضبط أهل العلم شروطاً معتبرَةً حتى يتمكن المجتهد من الأخذ بدليل الاستصحاب والاحتجاج به عند الاستدلال، كما ذهب الأصوليون إلى أن التمسك بدليل استصحاب الحال من طرف المجتهد على درجات ومراتب متباينة ومتفاوتة، وليبيان هذه الشروط التي ذكرها ودرجات التمسك به عند المجتهد، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: شروط العمل بالاستصحاب

الفرع الثاني: درجات التمسك بالاستصحاب

الفرع الأول: شروط العمل بالاستصحاب

من الشروط التي حددها علماء أصول الفقه للمجتهد أو المستصحب من أعمال دليل الاستصحاب والأخذ به في عملية الاجتهاد نذكر منها:

أولاً: ثبوت الأصل المستصحب بدليل معتبر

وهذا شرط أساسي يقوم عليه الأخذ بدليل الاستصحاب، فلا بد من ثبوت الأصل الذي يعتمد عليه بدليل صحيح؛ سواء كان ذلك الدليل عقلياً أم شرعياً، على حسب الأصل المعمول به فلا يجوز الاعتماد على مجرد أن الأصل عدم الأشياء فقط، لأن الشيء قد يتغير وينتقل عن الحال التي هو عليها، فلا بد من إقامة الدليل على الأصل المستصحب في حال كونه معدوماً أو موجوداً¹.

ثانياً: عدم تغير الحال أو الواقعة الأصلية المستصحبة

وهذا الشرط آخر جوهري في العمل بالاستصحاب عند القائلين به، فهم يرون أن الواقعة الأصلية هي حالة ثابتة مبنية على أوصافها وحقيقتها ومكوناتها، بما يمكن تعدية الحكم المستصحب من الأصل السابق إلى الفرع اللاحق، ويمثلون لذلك بحالة ماء البحر الذي تعلق بها حكم شرعي معين

¹ الاستصحاب عند شيخ الإسلام ابن تيمية: جمعا ودراسة، ص 1064.

وهو الإباحة؛ أي إباحة استعمال هذا الماء وجواز التطهر به لرفع الجنابة أو الحيض أو دخول الإسلام ابتداء بهذا الحكم الثابت إزاء ماء البحر، بالإضافة إلى كونه ثابتا بالنص النبوي فهو كذلك ثابت باستصحاب حالة الماء التي حافظت على جميع أوصافها وخصائصها كالملوحة والحيوية... الخ، وأنه متى تغير وصف من أوصافها فقد تغيرت حالتها، وتغير بالتالي حكم الاستصحاب¹.

ثالثا: بذل الجهد بالبحث والتمحيص عن الدليل المغير.

وهذا شرط ثالث لا يمكن الاستغناء عنه ولا إهماله، بل لا يتصور قيام دليل الاستصحاب إلا بإعماله وهو شرط متعلق بأهل النظر والاجتهاد وخاص بهم عند إعمال النظر في القضايا الفقهية والحوادث النازلة التي يحتاج الناس معرفة حكمها الشرعي، ففي هذه الحالة قبل أن يستعين المجتهد بإعمال دليل الاستصحاب، كآخر دليل في بناء الحكم الشرعي الذي يصدره، وجب عليه أن يبذل جهده الواسع في تحري الدليل من الكتاب أو السنة النبوية أو الإجماع أو القياس، حتى إذا قطع يقينا أو غلب على ظنه فقدان الدليل الناقل وانتفائه، لجأ إلى الاستعانة أخيرا بدليل الاستصحاب وأعمله باستمرار الحكم الأصلي للمسألة ثبوتا أو نفيا².

رابعا: عدم معارضة الاستصحاب لدليل أقوى منه

وهذا الشرط محل خلاف بين أهل الظاهر وبين جمهور الأصوليين، فالظاهرية يرون أن من شروط الاستصحاب ألا يعارض نصا من القرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع، أما بقية الأدلة غير ثابتة بالنص والإجماع كالأحكام الثابتة بمقتضى القياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو عمل أهل المدينة أو الذرائع... الخ، فإن المعتمد أخذ الحكم الثابت بالاستصحاب وحده، ولا اعتبار لبقية الأحكام³، في

¹ الدليل عند الظاهرية لنور الدين الخادمي، ط1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان)، (1431هـ-2000م)، ص319-320.

² ينظر: معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة لمحمد بن حسن الجيزاني، ط7، دار ابن الجوزي، (السعودية)، (1429هـ) ص212.

³ الدليل عند الظاهرية، ص319.

حين أن جمهور الأصوليين يرون أن الاستصحاب يُرفع بأي دليل آخر، وهذا ما اختاره ابن تيمية¹ من اعتبار أن الاستصحاب من أضعف الأدلة ويترك العمل به متى ظهر للمجتهد دليلاً آخر، بقوله: "الأصل النافي لأضعف الأدلة، فأدنى دليل موجب يُبطل العمل به"².

خامساً: أن يكون العمل بالاستصحاب في الأحكام العملية دون الاعتقادية

من شروط الاستصحاب أن يقع في الأحكام العملية والتي مجالها الفقه الإسلامي باعتباره يشكل أرضية خصبة للاجتهاد، أما الأحكام الاعتقادية فلا مجال للاجتهاد فيها، وأن أحكامها ثابتة بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة³.

الفرع الثاني: درجات التمسك بالاستصحاب

ذهب الأصوليون إلى أن درجات التمسك بدليل الاستصحاب في الاستدلال، واقع على مراتب

هي:

أولاً: أن يكون العمل بالاستصحاب قطعياً

التمسك بالاستصحاب قد يكون قوياً إلى درجة القطع واليقين وذلك حاصل إذا قُطع بعدم الدليل الناقل، بعد أن يبذل المجتهد أو المستصحب وسعه في تحري الدليل في المسألة⁴، فيحصل له يقيناً عدم الدليل وانتفاؤه، فيكون الاستصحاب حينئذ درجته قطعياً، مثل: نفي وجوب الصلاة السادسة

¹ أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحرايبي الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية (661هـ-728هـ)، ولد في حران وتحوّل به أبوه إلى دمشق فنبت واشتهر، وطلب إلى مصر فقصدتها، ثم سافر إلى دمشق واعتقل بها، ومات معتقلاً بقلعة دمشق، له تصانيف منها: «الفتاوى»، «مجموع رسائل»، (ينظر: الأعلام، 1/144).

² تنبيه الرجل العاقل لابن تيمية، ت: علي بن محمد العمران ومحمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد 2/442، 443.

³ ينظر: الاستصحاب عند شيخ الإسلام ابن تيمية: جمعاً ودراسة، ص 1070.

⁴ ينظر: معالم أصول الفقه، ص 212.

ونفي وجوب الصيام في غير رمضان، ونفي وجوب الحج في غير الأيام المخصوصة من شهر ذي الحجة ونفي الحد بقيام الشبهة.

ثانيا: أن يكون العمل بالاستصحاب ظنيا

التمسك بالاستصحاب قد يكون محتملا، دلالة ظنية¹ ومثاله في زكاة الحلي الذي يكون معدا للزينة والاستعمال، فقد اختلف العلماء في المسألة خلافا واسعا مرده إلى قولين²:

القول الأول: قول الجمهور، تمسكا بالاستصحاب على أن الأصل عدم الوجوب وبراءة الذمة.

القول الثاني: وبه قال الحنفية، ورواية عن أحمد، وابن حزم الظاهري³، وطائفة من أهل العلم

وبعض الفقهاء من المعاصرين على أن زكاة الحلي تجب واستندوا في ذلك على أحاديث تدل على وجوب الزكاة في الحلي.

ثالثا: أن يكون ترك العمل بالاستصحاب قطعيا

وذلك عند ثبوت الدليل الناقل قطعيا لا خلاف فيه من جهة الثبوت والدلالة⁴، ومثاله في زمن التشريع النبوي أن الخمر كانت على سبيل الإباحة الأصلية وكان المسلمون يشربونها استصحابا لحكم

الأصل وهو الجواز والإباحة، حتى جاء النص الشرعي الناقل إلى المنع والحظر، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾

¹ ينظر: معالم أصول الفقه، ص 212.

² ينظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (اختصار الجصاص)، ت: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1417هـ)، 411/1.

³ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الفارسي الأصل، ثم الأندلسي القرطبي، الظاهري (384هـ-456هـ)، صاحب التصانيف الكثيرة أشهرها: «المحلى»، «در القواعد في فقه الظاهرية» «الإحكام لأصول الأحكام»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 195/18).

⁴ ينظر: معالم أصول الفقه، ص 212.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

{المادة/90}، وبها رفع حكم الاستصحاب من الإباحة إلى التحريم تحريماً قطعياً، ففي هذه الحالة يكون ترك العمل بالاستصحاب قطعياً.

رابعاً: أن يكون ترك العمل بالاستصحاب ظنياً

يكون ترك العمل بالاستصحاب ظنياً إذا ظن ثبوت الدليل الناقل¹.

¹ معالم أصول الفقه، ص 213.

المطلب الرابع: طبيعة الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة

إن البحث في طبيعة دليل الاستصحاب، أثار طرح جملة من التساؤلات حول هذا الأصل عند الأصوليين باعتباره يمثل مصدرا تشريعيًا من مصادر التشريع الإسلامي، فهل دليل الاستصحاب يُعد دليلاً منشأً للحكم الشرعي ابتداءً، أم أنه مجرد استمرار لحكم سابق ثابت بدليله؟، وهل الاستصحاب من الأدلة المتفق عليها أم المختلف فيها عند الأصوليين؟، وما هو موقعه بين مصادر التشريع الإسلامي في عملية الاجتهاد الفقهي، وبناءً على تلك التساؤلات، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: طبيعة الاستصحاب

الفرع الثاني: حكم الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة الشرعية

الفرع الأول: طبيعة الاستصحاب

إن البحث في طبيعة الاستصحاب كما هو مقرر عند الأصوليين، يعني أنَّ المستدلَّ به إنما يجعل من الحكم الثابت في الزمن السابق مصاحباً للحال في الزمن اللاحق، واستناداً على هذا الوصف الأصولي الذي يعبر عن معاني المصاحبة والاستدامة؛ والاستمرارية؛ والملازمة للحكم؛ يقتضي أن الحكم فيه يتعدى من الأصل القائم بدليله إلى الفرع اللاحق لانعدام الناقل عن حكم الأصل، الأمر الذي يفسر أن طبيعة الاستصحاب مردودة إما إلى الأدلة الأصلية: (الكتاب والسنة، الإجماع)، أو إلى حكم الإباحة الأصلية في الأشياء، وعليه نصل إلى نتيجة مفادها: أنَّ الاستصحاب لا يعد دليلاً مستقلاً بذاته؛ بل هو دليل مبني على دليل آخر ثابت بيقين، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري في اعتبار أن الاستصحاب إنما هو بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص الشرعية (القرآن والسنة)، إضافة إلى استصحاب حكم الإباحة الأصلية فيما لم يرد فيه نص¹.

¹ ينظر: الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي، ص33.

أما من حيث رد الاستصحاب هل هو من الأدلة المتفق عليها أم من الأدلة المختلف فيها وبالنظر إلى كلام الأصوليين في المسألة نجد أنّ هناك خلافا قائما فيما بينهم، بحيث ذهبت طائفة من الأصوليين إلى اعتباره من الأدلة المتفق عليها بدل القياس وبه قال الغزالي وتبعه في ذلك ابن رشد الحفيد¹ من المالكية، وموفق الدين ابن قدامة² من الحنابلة، الذين اعتبروا كون دليل الاستصحاب هو الأصل الرابع بدل القياس، وذهب التلمساني³ إلى عده أصلا بنفسه⁴، ومن تبعهم من العلماء المتأخرين في العصر الحديث ابن بدران⁵ الذي اعتبره من الأصول المتفق عليها، ولعل مرجعهم في هذا عائد إلى أن دليل العقل أو الاستصحاب يفيد القطع عند فقدان النص، وأن القياس يفيد الظن⁶، ودلالة القطع أقوى من دلالة الظن.

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، (ت: 520هـ-590هـ)، الملقب بابن رشد الحفيد تمييزا له عن جدّه أبي الوليد محمد بن أحمد (المتوفى سنة 520)، برع في الفقه وأحد أقطاب علماء المالكية، وأخذ الطب، وله من التصانيف: «بداية المجتهد» في الفقه «الكليات» في الطب «مختصر المستصفي» في الأصول، وولي قضاء قرطبة، (ينظر: الأعلام، 318/5، سير أعلام النبلاء، 307/21).

² أبو عمر محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي، الجَمَاعِيْلِي، الحَنْبَلِي، (528هـ-607هـ)، ولد بقرية جماعيل من عمل نابلس، له تصانيف منها: «المغني»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 8/22).

³ محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسني، أبو عبد الله العلوي المعروف بالشريف التلمساني (710هـ-771هـ)، من قرية تسمى العلويين (من أعمال تلمسان) ونشأ بتلمسان، انتهت إليه إمامة المالكية في المغرب، له تصانيف منها: «مفتاح الأصول» «المعيار» (ينظر: الأعلام، 327/5).

⁴ الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين دراسة تحليلية لنظريتي الدليل والترتيب والموازنة لمحمد بن عبد السلام عواد، ط1، المعهد العالي للفكر الإسلامي، (الولايات المتحدة الأمريكية)، (1435هـ/2014م)، ص280.

⁵ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (ت: 1346هـ)، فقيه أصولي حنبلي، عارف بالأدب والتاريخ ولد في دومة بقرم دمشق، وعاش وتوفي في دمشق، ولي إفتاء الحنابلة. وانصرف مدة إلى البحث عما بقي من الآثار، في مباني دمشق القديمة، له تصانيف، منها: «المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، (ينظر: الأعلام، 37/4).

⁶ الفكر المنهجي عند الأصوليين، ص320.

وعليه نستخلص من كلام الأصوليين النتائج الآتية:

- 1- أن دليل الاستصحاب لا يكشف عن حكم شرعي جديد ولا ينشأ معه حكم شرعي ابتداءً، بل ينسحب الحكم الأصلي من زمن إلى زمن ومن حال إلى حال ومن واقعة إلى أخرى بنفس الحكم وبنفس الدليل إلا إذا ثبت ما ينقلنا عن الأصل، فيرفع به حكم أصل الاستصحاب.
- 2- اختلاف الأصوليين حول دليل الاستصحاب بين من عدّه أصلاً رابعاً بدل القياس باعتبار أن دلالاته أقوى من دلالة القياس، وذهب جمهور أهل العلم من الأصوليين إلى عده من بين الأدلة المختلف فيها.

الفرع الثاني: حكم الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة الشرعية

أولاً: حكم العمل بالاستصحاب عند الأصوليين

لم يختلف علماء الأصول المعتبرون في القول بدليل الاستصحاب، قال البعلبي¹: "الاستصحاب دليل ذكره المحققون إجماعاً"²، بمعنى أن حكم العمل بدليل الاستصحاب واقع بين العلماء عند الاستدلال الفقهي خاصة في المسائل التي لا نص فيها، بل نجد من العلماء من بنى عليه عدد كبير من القواعد الفقهية، ولعل من أشهرها "قاعدة اليقين لا يزول بالشك" التي تعد من قواعد الفقه الكبرى التي ترجع في أساسها ومصدريتها إلى دليل الاستصحاب، إذا لا ينكر حتى المخالفين وقوعه على تلك القواعد وأثر تلك القواعد في كثير من أبواب الفقه، وإنما الخلاف فيه بين الأصوليين حاصل في أمور منها:

¹ علي بن محمد بن عباس بن شيبان، أبو الحسن علاء الدين ابن اللحام (ت: 803هـ)، فقيه حنبلي أصله من بعلبك، سكن دمشق، ثم توجه إلى مصر واستقر مدرسا في المنصورية إلى أن توفي عن نيف وخمسين عاماً، وصنف كتباً منها: «القواعد الأصولية والأخبار العلمية في اختيارات الشيخ تقي الدين ابن تيمية»، (أنظر: الأعلام، 7/5).

² مختصر في أصول الفقه لابن اللحام، ت: محمد مظهر بقا دار الفكر، دمشق، (سوريا)، (1400هـ/1980م)، ص160.

1- في تطبيق الاستصحاب على الفروع الفقهية ومدى الأخذ به بين المذاهب الفقهية، أي بين متوسع فيه مثل الظاهرية، وبين مقل في الأخذ به مثل الحنفية وبين متوسط بينهما مثلما هو مذهب جمهور العلماء¹.

2- في مدى اعتباره دليلاً مستقلاً بنفسه².

ثانياً: مرتبة الاستصحاب بين الأدلة الشرعية

أما مرتبة الاستصحاب بين الأدلة الأخرى التي يلجأ إليها المجتهد في فتواه، فقد بسط في ذلك الخوارزمي³، فصل الكلام فيه بقوله: "الاستصحاب هو آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سُئل عن حادثة، يطلب حكمها في الكتاب، ثم في الإجماع، ثم في القياس، فإن لم يجده، فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله، فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته"⁴.

ومعنى ذلك أنه لا يلجأ المجتهد للاستصحاب ولا يبنى الحكم على الاستصحاب إلا إذا فقد جميع الأدلة، ولذلك لا يصلح أن نستعجل ونأخذ بالاستصحاب في كل مسألة، بل ولا القول بالاستصحاب إلا من المجتهد المطلع له العالم بالأدلة، فيذكر أنه لم يقف في المسألة المعينة فيها على دليل من الشرع، فيأخذ باستصحاب الأصل فيها.

¹ ينظر: أصول الفقه لأبو زهرة، ص 304، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي للزحيلي، ص 263.

² الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ص 263.

³ محمود بن محمد بن العباس بن أرسلان، أبو محمد، مظهر الدين العباسي (نسبة إلى جده) الخوارزمي (492هـ-568هـ)، فقيه شافعي مؤرخ من أهل خوارزم، مولدا ووفاة، سمع الحديث بها وبلاد كثيرة أخرى وصنف كتاب «الكافي في النظم الشافي» وكتابا في «تاريخ خوارزم»، (ينظر: الأعلام، 181/7).

⁴ الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ص 263.

المبحث الثاني

أولاً مشروع الاستصحاب

المطلب الأول: الأوليّة الأصلية

المطلب الثاني: الأوليّة التبعية

المبحث الثاني: مشروعية الاستصحاب

يستند دليل الاستصحاب في مشروعيته على جملة من الأدلة الشرعية التي تصلح أن تكون حجة على الاحتجاج به على المخالفين، وفي هذا يقول محمد أبو زهرة بقوله: "لم يتفق الفقهاء على أصل من أصول الفقه بعد القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع غير الاستصحاب، فقد اتفقت الآراء على أنه أصل من أصول الاستنباط"¹.

وبناء على ما تقدم استدلت عامة الأصوليين على مشروعية دليل الاستصحاب بأدلة من (الكتاب والسنة والإجماع؛ وعمل الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ومن المعقول)، وليبائها جاء تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين هما:

المطلب الأول: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المتفق عليها

المطلب الثاني: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المختلف فيها

المطلب الأول: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المتفق عليها

استدل القائلون بمشروعية الاستصحاب والاحتجاج به بأدلة لدلالة على حجيته واعتباره مصدرا تشريعا تستقى منه الأحكام الشرعية، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: من الكتاب

الفرع الثاني: من السنة النبوية

الفرع الثالث: من الإجماع

الفرع الأول: من الكتاب

استدل الأصوليون على مشروعية الاستصحاب من الكتاب بأدلة منها:

¹ الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي، حسن الهنداوي، ص53، نقلا عن محمد أبو زهرة، الإمام زيد دار الفكر العربي بيروت، (لبنان)، 1978، ص442.

1- قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ {البقرة/29}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على أن المولى عز وجل أباح لعباده الانتفاع بكل ما هو مسخر لهم على وجه الأرض، والشاهد في ذلك قوله: "جميعاً"، وهذا دليل قائم على استصحاب المنافع وإباحتها تحقيقاً لمصلحة العباد في قضاء حاجاتهم وتسيير شؤون الحياة التي تقوم على الانتفاع بما سخره الله تعالى لهم¹، وعليه يُفهم من ذلك كله أن القول بإباحة المنافع، يستند إلى الاستصحاب؛ ما لم ينص دليل من الشرع على الحظر والمنع.

2- قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَحْلَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ {المائدة/5}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على أن الخطاب جاء تأكيداً جازماً على أن ما خلقه الله سبحانه وتعالى من الطيبات الأصل فيه الحل والإباحة تحقيقاً لمصالح عباده وتيسيراً لهم في تسيير أمور حياتهم².

3- قال الله تعالى: ﴿قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ {الأنعام/145}.

وجه الاستدلال: سياق الآية الكريمة جاء بالرد على المشركين الذين ابتدعوا بقولهم كذباً وزوراً على تحريم على أنفسهم من الطعام ما لم يحرمه الله تعالى فأمر الله سبحانه وتعالى رسوله الكريم أن يبين للناس ما حرم عليهم بنص الآية الكريمة من الميتة والدم المسفوح، ولحم الخنزير، وما أهل لغير الله به،

¹ ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة (مصر)، (1384هـ-1964م)، 251/1-252.

² ينظر: المرجع نفسه، 75/6.

وما عدا ذلك إنما هو عفو مسكوت عنه¹ وهذا دليل على أن الحرام ما جاء النص عليه عن طريق الشرع، وأن ما سكت عنه فيبقى على الإباحة استصحاباً للأصل.

4- قال الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾

{الأعراف/32}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على أنها جاءت في سياق الاستفهام الذي يدل على

الإنكار الشديد على الذين يرمون ما أباحه الله لعباده من الطيبات من الرزق والزينة والمنافع التي وهبها المولى عزّ وجلّ، لأنّ الأصل في المنافع التي هي من قبيل الأطعمة والأشربة والألبسة والوسائل النافعة، حكمها الإباحة استصحاباً للأصل حتى يرد المنع².

الفرع الثاني: السنة النبوية

استدل الأصوليون على مشروعية الاستصحاب من السنة النبوية بأدلة منها:

1- حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا

شكّ أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشكّ وليبين على ما استيقن،

ثم يسجد سجدة قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً

لأربع كانتا ترغيمًا للشيطان»³.

¹ تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ت: سامي بن محمد السلامة، ط2، دار طيبة، الرياض (السعودية)، (1420هـ/1999م)، 353/3.

² ينظر: فتح البيان في مقاصد القرآن لصديق حسن خان، المكتبة العصرية، بيروت، (لبنان)، (1416هـ/1996م)، 4/335.

³ رواه مسلم في صحيحه، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، رقم الحديث 571، ت: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، ط1، دار طيبة، الرياض (السعودية)، (1427هـ-2006م)، ص256.

وجه الاستدلال: قال أهل العلم أن هذا الحديث صريح في وجوب البناء على اليقين¹، وهو

محل الاستصحاب.

2- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَوْ يُعْطَى

النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ، وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»².

وجه الاستدلال: الحديث نص في أن أحدا لا يُعطى بمجرد دعواه³، لأن الأصل في الإنسان

هو براءة ذمته من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزير استصحابا لليقين المقرر للإنسان على أنه يولد بريئا من الحقوق أو التهمة تنسب إليه عن طريق دعوى قضائية، حتى يثبت بالدليل القاطع الذي لا يعتريه الظن أو الاحتمال على إدانته فيرفع حكم الاستصحاب ببراءته.

3- حديث عائشة أم المؤمنين قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادْرؤوا الحدودَ

عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة»⁴.

¹ المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، 1392هـ، 58/5.

² رواه مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: (1711)، ص778، وأخرج البخاري بعضه، في كتاب الشهادات، رقم الحديث: (2668)، وفي كتاب الرهن، رقم الحديث: (2514)، وفي كتاب التفسير، رقم: (45552) ط1، دار ابن كثير، (دمشق)-بيروت، (1423هـ-2002م)، ص609-651-1115.

³ ينظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم لأبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، ت: أحمد محمد السيد وآخرون ط1، (دار ابن كثير، دمشق - بيروت)، (دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت)، (1417هـ-1996م)، 148/5، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ت: محمد الاسكندراني وعلي محمد دندل، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، (1428هـ-2007م)، ص80.

⁴ رواه الترمذي في سننه، أبواب الحدود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم: (1424)، ت: بشار عواد معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996، 94/3-95. وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف قال فيه البخاري: منكر الحديث وقال النسائي: متروك ورواه وكيع عنه موقوفا وهو أصح قاله الترمذي، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب. قال: ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضا، ورويناه

وفي رواية عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ادْفَعُوا الْحُدُودَ مَا وَجَدْتُمْ لَهَا مَدْفَعًا»¹.

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن الحدود تدرأ بالشبهات، فإذا اشتبه أمر الإنسان وأشكل علينا حاله، درأت عنه العقوبة؛ لأننا لم نتحقق موجبها يقيناً²، لأنَّ النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بدفع الحدود متى توافرت موجبات وأسباب دفعها، فإن ذلك يدل على إعماله لمبدأ استصحاب اليقين قبل الحكم في الدعاوى، لأنَّ الأصل في الأحكام القضائية تبنى على الجزم واليقين لا على مجرد الظن والاحتمال، كما أنَّ الحديث دليل على قاعدة مهمة من قواعد الاستصحاب وهي: "قاعدة درء الحدود بالشبهات".

4- حديث سعد بن أبي وقاص: «إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ فَحَرِّمْ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»³.

عن علي مرفوعاً ادرؤوا الحدود (ينظر: التبصرة للخمّي، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (قطر) 1423هـ-2011م)، 2091/5.

¹ رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، رقم الحديث: (2545)، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، 850/1، قال ابن الملقن: في إسناده إبراهيم بن الفضل المخزومي هو ضعيف، (ينظر: البدر المنير لابن ملقن، ت: مصطفى أبو الغيط وآخرون، ط1، دار الهجرة، الرياض (السعودية)، (1425هـ-2004م)، 8/613).

² بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار لعبد الرحمان آل سعدي، ت: عبد الكريم بن رسمي ال دريني (ط1)، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية)، (1422هـ-2002م)، ص131.

³ رواه البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال، رقم: (7289)، ط1، دار ابن كثير، دمشق (لبنان)، (1423هـ-2002م)، ص1800.

وجه الاستدلال: في الحديث دلالة على أن كل ما لم يأت به تحريم من الله تعالى فهو غير محرم¹، لأن الأصل في الأشياء هو الإباحة استصحاباً للأصل، وأن التحريم والحظر لا يكون إلا بالدليل الذي ينص عليه الشرع، ويرتفع به حكم الاستصحاب من الإباحة إلى تحريم والمنع.

الفرع الثالث: الإجماع

استدل القائلون بمشروعية الاستصحاب من الإجماع بأدلة منها:

- 1- فقالوا: إن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقاءها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم الجواز في الصورة الثانية وهو خلاف الإجماع².
- 2- وقالوا: إن الإجماع منعقد على أنه لو شك في حصول الزوجية ابتداءً حرم عليه الاستمتاع ولو شك في حصول الطلاق مع سبق العقد جاز له الاستمتاع، وليس هناك من فرق بينهما إلا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهو عدم الزوجية وحصول العقد عليها، فلو لم يعتبر الاستصحاب، وكان غير مفيد لظن البقاء، للزم استواء الحالين، التحريم والجواز، ولوجب أن يكون الحكم فيهما واحداً، وهو حرمة الوطء أو إباحته وهو باطل بالإجماع³.

¹ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، ت: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت (لبنان)، 17/8.

² الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ت: عبد الرزاق عفيفي، ط1، دار الصميعي، الرياض (السعودية) (1424هـ-2003م) 155/4-156.

³ المهذب في علم أصول الفقه المقارن لعبد الكريم بن علي بن محمد النملة، ط1، مكتبة الرشيد، الرياض (السعودية) (1420هـ-1999م)، 963/3-964.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

وبناء على ما تقدم فإن الإجماع قائم على اعتبار الاستصحاب في كثير من الفروع مثل بقاء الوضوء والحدث وطهارة الماء والزوجية والملك وغيرها فيما ثبت منها ووقع الشك في بقائها فإنه يحكم ببقائها بالاتفاق وهو عمل بالاستصحاب¹.

¹ ابن حزم وموقفه من قواعد الاستدلال بتعددية الحكم بغير القياس لخالد عبد الخالق العتلة، دار الخليج، عمان، (2016) ص 273.

المطلب الثاني: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المختلف فيها

من الأدلة التبعية التي استدل بها القائلون بمشروعية الاستصحاب والاحتجاج به عند الاستدلال الفقهي ذكروا جملة من الأدلة التي هي من قبيل المصادر التبعية (الإجماع؛ وعمل الصحابة ومن المعقول والاستقراء)، ولتفصيل الكلام فيها، جاء تقسيم المطلب الثاني إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: آثار الصحابة والتابعين

الفرع الثاني: من المعقول

الفرع الثالث: الاستقراء

الفرع الأول: آثار الصحابة والتابعين

1- حديث أبي معاوية عن الأعمش عن مسلم قال: «جاء رجلٌ إلى ابنِ عباسٍ يسأله عن السُّحورِ، فقالَ له رجلٌ من جلسائِهِ كُلِّ حَتَّى لَا تَشُكَّ، فقالَ له ابنُ عباسٍ: "إنَّ هذا لا يَقُولُ شيئًا كُلِّ ما شكَّكَ حَتَّى لَا تَشُكَّ"»¹.

2- حديث عون بن عبد الله قال: «دَخَلَ رَجُلَانِ عَلَى أَبِي بَكْرٍ وَهُوَ يَتَسَحَّرُ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَدْ طَلَعَ الْفَجْرُ، وَقَالَ الْآخَرُ: لَمْ يَطْلُعْ بَعْدُ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ: كُلُّ، قَدْ اخْتَلَفَا»².

3- حديث مكحول، قال: رَأَيْتُ ابْنَ عُمَرَ أَخَذَ دَلْوًا مِنْ زَمْرَمَ، فَقَالَ لِلرَّجُلَيْنِ: «أَطْلَعَ الْفَجْرُ؟ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لَا، وَقَالَ الْآخَرُ: نَعَمْ، قَالَ: فَشَرِبَ»³.

¹ أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الصيام، باب الطعام والشراب مع الشك، رقم: (7367 - 7368)، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المجلس العلمي - الهند، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت، (1403هـ-1983م)، 172/4، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصيام، باب الرجل يشك في الفجر طلع أم لا؟، رقم: (9143)، 41/4.

² رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصيام، باب الرجل يشك في الفجر طلع أم لا؟، رقم: (9144)، ت: حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد إبراهيم اللحيان، مكتبة الرشد، (1425هـ-2005م)، 41/4.

³ رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصيام، باب الرجل يشك في الفجر طلع أم لا؟، رقم: (9146)، 41/4.

وجه الاستدلال: أن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما عملاً بموجب استصحاب الحال وهو بقاء الليل؛ ولا عبرة بالشك في طلوع الفجر، لأن بقاء الليل مبني على يقين، وطلوع الفجر مظنون فيه شك في طلوعه، فيستصحب الأصل الذي هو بقاء الليل، حتى يثبت طلوع الفجر بيقين مثله.

4- حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «إِذَا طُفَّتْ بِالْبَيْتِ فَلَمْ تَدْرِ أَتَمَّتْ أَمْ لَمْ تُتَمِّمْ؟ فَأَتِمِّمْ مَا شَكَّكَتَ، فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُعَذِّبُ عَلَى الزِّيَادَةِ»¹.

وجه الاستدلال: وفي هذا دليل على أن علياً رضي الله تعالى عنه بنى حكمه على أصل الاستصحاب فأخذ باليقين الثابت الذي هو النقصان؛ ولا يخرج عن هذا اليقين إلا بيقين مثله، وطرح الشك الذي هو محل ريبة ولا يلتفت إليه ولا عبرة به.

5- حديث علي رضي الله عنه قال: «إِذَا فَقَدَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى يَقْدَمَ أَوْ يَمُوتَ» وقال عبد الرزاق: بلغني عن ابن مسعود أنه وافق علياً في امرأة المفقود أنها تنتظره أبداً².

6- وفي رواية عنه عند البيهقي قال: «لَيْسَ الَّذِي قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شَيْءٌ يَعْنِي فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ هِيَ امْرَأَةُ الْغَائِبِ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينُ مَوْتِهِ أَوْ طَلَاقُهَا وَلَهَا الصَّدَاقُ مِنْ هَذَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»³.

وجه الاستدلال: دلت جملة من الآثار من أن طائفة من الصحابة أمثال علي وابن مسعود رضي الله عنهما ومن وافقهم من التابعين والفقهاء استصحبوا حكم بقاء حياة المفقود لأن حياته ثابتة

¹ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحج، باب في الرجل يشك في الطواف وفي رمي الجمار ما يصنع؟، رقم: (13509) 239/5.

² الفتح الباري شرح البخاري لابن حجر العسقلاني، ت: عبد القادر شيبه أحمد، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية (1421هـ-2001م)، باب حكم المفقود في أهله وماله، 340/9.

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد (جماع أبواب عدة المدخول بها)، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته)، رقم: (15563)، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1424هـ-2003م)، 731/7.

بيقين، ولا ينتقل عن هذا الأصل الثابت إلا بيقين مثله؛ وعليه أقروا ببقاء عقد الزوجية واستمرارها بناء على هذا الأصل.

7- حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف قال: «أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ، طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرَّثَهَا عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا»¹.

وقال بتوريثها من الصحابة والتابعين عمر بن الخطاب، وعائشة، وابن مسعود والمغيرة وعثمان على اختلاف عنه، وبه قال جماعة من أهل العلم².

وجه الاستدلال: أن عثمان وطائفة من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم؛ ومن سلك مذهبهم في توريث المطلقة في مرض الموت، استصحبوا حكم بقاء عقد الزوجية قائماً، ولا عبرة بطلاقه؛ لأن الزوج فيه يفر من توريث زوجته بطلاقها؛ فاستصحب بقاء الزوجية على نقيض قصده، وبالتالي تستحق نصيبها من الميراث.

الفرع الثاني: المعقول

استدل الأصوليون على مشروعية الاستصحاب من المعقول بأدلة منها:

1- أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود الشيء أو عدمه وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم حتى أنهم يجوزون مراسلة من

¹ رواه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (لبنان) 1406هـ-1985م)، 571/2.

² ينظر: المغني، لابن قدامة، ت: عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية)، (1417هـ-1997م)، 198/9، الاستذكار لابن عبد البر، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، دار قتيبة (دمشق-بيروت)، دار الوعي (حلب-القاهرة)، (1414هـ-1993م)، 260/17.

عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة وإنفاذ الودائع إليه ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك¹.

واعترض على ذلك: إنما كان ذلك تجوزاً منهم لاحتمال إصابة الغرض فيما فعلوا، كما يستحسنون الرمي إلى الغرض لقصد الإصابة، لاحتمال وقوعها، وإن كانت الإصابة مرجوحة لا راجحة أما أن يكون ذلك لظن بقاء ما كان فلا².

وأجيب عن ذلك: سلمنا دلالة ما ذكرتموه بأن الأصل في كل شيء متحقق دوامه، لكنه معارض بما يدل على نقيضه، وببَيَانُهُ أنه لو كان الأصل في كل شيء متحقق دوامه، لكان حدوث جميع الحوادث على خلاف استصحاب العدم، ولما قُدمت بينة الإثبات على بينة النفي لاعتضاد بينة النفي بالعدم الأصلي، وإلجزاء عتق العبد الذي انقطع خبره عن الكفارة، وليس ذلك مذهبا لكم³.

2- أن الحكم حين ثبت شرعا، فالظاهر دوامه، لما تعلق به من المصالح الدينية والدينية، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب، وإنما تحتمل التغير عند تقادم العهد، فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به، فالظاهر عدمه، وهذا نوع اجتهاد، وإذا كان البقاء ثابتا بالاجتهاد، لا يترك باجتهاد مثله بلا ترجيح⁴.

3- أن ظن البقاء أغلب من ظن التغير وذلك لأن الباقي لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ومقارنة ذلك الباقي له كان وجودا أو عدما. أما التغير فمتوقف على ثلاثة أمور: وجود

¹ الإحكام للآمدي، 4/156.

² منتهى السؤل في علم الأصول ويليه تحصيل المأمول مختصر إرشاد الفحول للآمدي، ط1، دار الكتب العلمية بيروت (لبنان) (1424هـ/2003)، ص238.

³ منتهى السؤل، ص238.

⁴ كشف الاسرار، 3/379.

الزمان المستقبل، وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود، ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما¹.

الفرع الثالث: الاستقراء

استدل القائلون بحجية الاستصحاب باستقراء النصوص الشرعية وتتبعها بأدلة منها: أنه حين نظروا في النصوص الشرعية وجدوا الأحكام الشرعية الثابتة بالنص (الكتاب والسنة) يبقى معها الحكم مستمرا لا يطرأ عليه التغيير إلا إذا وُجد الدليل المزيل للحكم الأول، أما إذا تعذر الدليل فنبقى على استصحاب الحكم الأول الثابت بالنص، فلهوم الحيوانات من الإبل والغنم والبقر وهي من الأنعام التي أحلها الله تعالى لعباده بدلالة قوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَأُحِلَّتْ لَكُمْ الْآنَعَامُ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ {الحج/30}، وقال أيضا: ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ {الحل/5}، وقال أيضا: ﴿وَمِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ قُلْ -الذَّكَرَيْنِ حَرَّمَ أَمِ الْإِنثَيْنِ أَمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ أَرْحَامُ الْإِنثَيْنِ أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّيْنَاهُنَّ اللَّهُ بِهَذَا فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَىٰ عَلَى اللَّهِ كَذِبًا لِيُضِلَّ النَّاسَ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ {الأنعام/144}، فنبقى على استصحاب جواز أكل لحومها إلا إذا تغيّرت صفتها، كأن أصبحت ميتة، فإنها تكون حراما لثبوت صفة التغيّر فيها؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلِيَ لغيرِ اللَّهِ بِهِ، وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّبَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النَّصْبِ﴾ {المائدة/3}، وكذلك كل ما ثبت تحريمه، فإنه يستمر على التحريم إلى أن يقوم دليل على الإباحة كحالة الاضطرار بالنسبة للميتة، أو بتغيّر الصفة التي كان عليها

¹ الإحكام للآمدي، 4/157.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

التحريم، وهي المعروفة بالاستحالة، كأن يتحول الخمر إلى نخل، وهكذا فكل مقررات الشرع الإسلامي من أحكام مختلفة تؤكد العمل باستصحاب الحال¹.

¹ ابن حزم وموقفه من قواعد الاستدلال بتعدية الحكم بغير القياس، ص 276.

المبحث الثالث

أقسام الاستصحاب ومجيباتها عند الأصوليين

المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية

المطلب الثاني: استصحاب حكم الأصل في الاتي

المطلب الثالث: استصحاب دليل الشرع

المطلب الرابع: استصحاب حكم الإجماع

المطلب الخامس: الاستصحاب المقلوب

المبحث الثالث: أقسام الاستصحاب وحجيتها عند الأصوليين

ذكر الأصوليون في كلامهم حول دليل الاستصحاب أقساماً عدة، تدرج في بعض أقسامها صورة وأنواع أخرى، وعليه جاء المبحث الثالث يتناول بالعرض والمناقشة الأقسام التي ذكرها للدليل الاستصحاب مع تحديد مفهومها وصور كل قسم منها، ثم بيان حكم كل قسم من تلك الأقسام ومدى حجيتها واعتبارها في الاستدلال الفقهي، وتفصيل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية

المطلب الثاني: استصحاب حكم الأصل في الأشياء

المطلب الثالث: استصحاب دليل الشرع

المطلب الرابع: استصحاب حكم الإجماع

المطلب الخامس: الاستصحاب المقلوب

المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية

الفرع الأول: مفهوم البراءة الأصلية عند الأصوليين

أولاً: معنى البراءة في اللغة

الباء والراء والهزمة، فأصلان إليهما ترجع فروع الباب: الأصل الأول الخلق يقال: برأ الله الخلق يرؤهم براء، والبارئ من أسماء الله الحسنى، والأصل الثاني التباعد عن الشيء ومزايته ومن ذلك البرء وهو السلامة من السقم، ومن ذلك قولهم: برئت إليك من حقل¹.

¹ معجم مقاييس اللغة، 236/1.

وجاء في لسان العرب: البريء: المتفصّي من القَبائح، المتنجّي عن الباطل والكذب، البعيد من التُّهم، النقي القلب من الشُّرك، والبريء الصحيح الجسم والعقل¹. وبرأ من التهمة: أي رفعها عنه وتبرأ من الذنب: أي تخلص منه².

وعليه فإن المراد من إطلاق لفظ البراءة الأصلية في اللغة: هو براءة الجسم والعقل من المرض أي خلوهما من العلة التي تقدح بهما، ويطلق أيضا على البراءة السلامة من العيوب والديون والتهمة.

ثانيا: مفهوم البراءة الأصلية في اصطلاح الأصوليين

عرفها القراني من المالكية بقوله: "استصحاب حكم العقل في عدم الأحكام"³. والمقصود من ذلك أن العقل إنما يقوم فقط على نفي الأحكام وانعدامها من حيث أنه لم يظهر لها دليلا من الشرع؛ فنبقى على استصحاب عدم الأصلي إلى أن يرد الدليل الناقل؛ ومثلوا لهذا القسم من الاستصحاب في باب العبادات أن نستصحب حكم عدم وجوب الزكاة في الديون غير المرجوة وأموال الأوقاف العامة؛ وعدم وجوب الصيام في غير شهر رمضان؛ وعدم وجوب الصلاة السادسة حتى يرد دليل من الشرع يدل على حكم وجوبها، ويتسع نطاق البراءة فيشمل جانب المعاملات المالية والمدنية القائمة بين الناس، ومن ذلك براءة الذمة من الديون والالتزامات والحقوق حتى يأتي دليل قاطع على اثباتها؛ فمثلا: لو ادعى زيد بدين على عمرو فإن ذمة عمرو تبقى بريئة حتى يثبت زيد بالدليل على اشغال ذمة عمرو بالدين الذي عليه، وأما في الجنايات فنستصحب أصل براءة الإنسان من الحدود والقصاص حتى يثبت العكس.

¹ لسان العرب، 33/1.

² المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وآخرون، ط1، مجمع اللغة العربية، مطبعة مصر، (1960)، 45/1.

³ شرح تنقيح الفصول للقراني، ص447، الذخيرة للقراني، ت: محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، (1994) 151/1.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن علماء الأصول إنّما يعبرون على هذا النوع من الاستصحاب بعدة اطلاقات ومسمّيات فيقولون في مواضع العدم الأصلي وفي أخرى النفي الأصلي، وإنّما يريدون من ذلك كله هو استصحاب حكم البراءة الأصلية، وعليه: فالخلاف في المسألة إنّما هو خلاف لفظي لا يترتب عليه أي أثر.

الفرع الثاني: حجية البراءة الأصلية

وهذا القسم من الاستصحاب هو الذي ينصرف إليه حقيقة الاستصحاب عند الاطلاق غالباً عند الأصوليين، ومرد ذلك إلى اعتبارين هما:

1- لأنه يحقق المناط من الاستصحاب من جهة.

2- ولاتفاق جمهور العلماء في حجيته، وقد حكى بعضهم الإجماع على حجيته¹، على خلاف ما ذكره بعض أهل العلم من الأصوليين من أنّ هذا النوع من الاستصحاب مما وقع الخلاف فيه² وتفصيل المسألة في حجيته عند الأصوليين على قولين:

أولاً: استصحاب البراءة الأصلية حجة

وهو مذهب الأكثرين³، واستدلوا على قولهم بأدلة منها:

1- قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ {البقرة/275}.

وجه الاستدلال: استدل القائلون بمشروعية استصحاب البراءة الأصلية من الآية الكريمة أنّه لما نزل حكم الله تعالى بتحريم الربا، خاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم من الأموال التي اكتسبوها من الربا قبل التحريم، فبيّن الله تعالى لهم أنّ ما اكتسبوه من ربا قبل نزول حكم الشرع فيه، هو على وجه

¹ ينظر: البحر المحيط لبدر الدين الزركشي، ط2، دار الصفوة، القاهرة، (مصر)، (1413هـ-1992م)، 20/6.

² ينظر: الواضح في أصول الفقه لمحمد بن عقيل، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، (1420هـ-1999م)، 321/2، إعلام الموقعين، 100/3.

³ ينظر: شرح تنقيح الفصول، ص447، تنبيه الرجل العاقل، ص618.

البراءة الأصلية ولا حرج فيه¹، استصحاباً للأصل وهو البراءة من التكليف، فلا تكليف على المكلفين إلا بعد ورود الشرع، وما كان قبل ورود الشرع فيبقى على حكم البراءة الأصلية.

2- قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

{النساء/22}.

وجه الاستدلال: استدلال القائلون بمشروعية استصحاب البراءة الأصلية، أنّ الإسلام قد عفا عن كانوا يتزوجون بنساء آباءهم استصحاباً لحكم البراءة الأصلية، ولما جاء الشرع بتحريم نكاح زوجات الآباء بنص الآية القرآنية؛ رُفِعَ حكم استصحاب البراءة الأصلية؛ مع عدم مؤاخذتهم بفعلهم السابق قبل ثبوت الحكم بالمنع والحظر².

3- حديث أبي الدرداء رضي الله عنه مرفوعاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ، فَاقْبَلُوا مِنَ اللَّهِ عَافِيَتَهُ (وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا)»³.

وجه الاستدلال: الحديث فيه دلالة على أنّ ما سكت عنه فلا إثم عليه، وتسميته هذا عفواً لأن التحليل هو الإذن في تناول بخطاب خاص، والتحريم المنع من تناول كذلك، والسكوت عنه لم

¹ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة، ت: شعبان محمد إسماعيل، ط1، المكتبة المكية، (مكة) والمكتبة التدمرية، الرياض (السعودية) ومؤسسة الريان بيروت (لبنان) (1419هـ-1998م)، 444/1.

² ينظر: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر، (السعودية)، (1422هـ-2001م)، 584/6.

³ رواه الترمذي في سننه، أبواب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، رقم: (1726)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، رقم: (3367)، 1117/2، قَالَ الْبَرْزَاؤُ: إِسْنَادُهُ صَالِحٌ، (ينظر: مسند البزار، ت: عادل بن سعد، (ط1) مكتبة العلوم والحكم، (المدينة المنورة)، (1988م-2009م)، 26/10).

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

يؤذن بخطاب يخصه، ولم يمنع منه، فيرجع إلى الأصل، وهو أن لا عقاب إلا بعد الإرسال، وإذا لم يكن فيه عقاب لم يكن محرماً¹.

ثانياً: استصحاب البراءة الأصلية ليس بحجة

وبه قال بعض الحنفية؛ وبعض المتكلمين²؛ واستدلوا على موقفهم بقولهم: أن عدم العلم بالدليل الشرعي لا يحتج به، ولا يلتفت إليه، لأن مقتضى عدم العلم بالدليل لا يقتضي عدم وروده، وإنما هو حقيقة الجهل، وردُّ للسؤال على السائل وطلب الدليل منه لأنه يقول: الأصل كذا، فمن ادعى نقلنا عنه، فعليه الدليل³.

ثالثاً: المناقشة والترجيح

اعترض الغزالي في المستصفي على المخالفين بقوله: "انْتِفَاءُ الدَّلِيلِ السَّمْعِيِّ قَدْ يُعْلَمُ وَقَدْ يُظَنُّ فَإِنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ لَا دَلِيلَ عَلَى وُجُوبِ صَوْمِ شَوَّالٍ وَلَا عَلَى وُجُوبِ صَلَاةِ سَادِسَةٍ، إِذْ نَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِنُقْلٍ وَانْتِشَرٍ وَلَمَّا خَفِيَ عَلَى جَمِيعِ الْأُمَّةِ، وَهَذَا عَلِمَ بِعَدَمِ الدَّلِيلِ، وَلَيْسَ هُوَ عَدَمُ الْعِلْمِ بِالدَّلِيلِ، فَإِنَّ عَدَمَ الْعِلْمِ بِالدَّلِيلِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ وَالْعِلْمُ بِعَدَمِ الدَّلِيلِ حُجَّةٌ"⁴.

والراجح في المسألة هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من الأصوليين في اعتبار حجية استصحاب البراءة الأصلية، لقوة الأدلة التي أوردوها، مع ما تتعضد به من الشواهد في النصوص الشرعية (القرآن والسنة) إضافة إلى تطبيقاته الكثيرة في جميع الأبواب الفقهية، بل ويمتد أثره إلى كثير من التطبيقات في فروع القانون المختلفة التي سيأتي بيانها في موضعها.

¹ مجموع الفتاوى لابن تيمية، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة (السعودية)، (1435هـ-2004م)، 538/21.

² ينظر: تنبيه الرجل العاقل، ص 618.

³ الواضح لابن عقيل، 321/2.

⁴ المستصفي، 378/1.

المطلب الثاني: استصحاب حكم الأصل في الأشياء

القسم الثاني من الاستصحاب الذي ذكره الأصوليون في أقسام الاستصحاب، قولهم باستصحاب حكم الأصل في الأشياء، وفيه مسألتان أساسيتان، خاض فيهما أهل العلم بالبحث والمناقشة عن حكم الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع، ومسألة حكم المسكوت عنه بعد ورود الشرع ولتفصيل الكلام فيهما تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: حكم الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع

الفرع الثاني: حكم الأشياء المسكوت عنها بعد ورود الشرع

الفرع الأول: حكم الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع

اختلف الأصوليون في مسألة حكم الأشياء قبل ورود الشرع إلى ثلاث مذاهب هي:

أولاً: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الإباحة

وهو مذهب الحنفية؛ وأهل الظاهر وقول عند المعتزلة البصريين ومن وافقهم¹، واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

1- قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ {البقرة/29}.

وجه الاستدلال: أي أنّ كل شيء من المنافع التي وهبها الله تعالى لعباده في المعمورة هي من قبيل حكم المباح ابتداءً؛ فدلّ على أن الأصل في الأشياء قبل ورود السمع (الشرع) هو الإباحة.

2- قال أيضاً: ﴿قُلْ لَا أجدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً

أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا اهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ {الأنعام/145}.

3-

¹ ينظر: التبصرة للشيرازي، ت: محمد حسن هيتو، ط1، دار الفكر، دمشق (سورية)، (1980م)، ص533، المهذب لعبد الكريم النملة 1/262-263، البحر المحيط، 1/154.

قال أيضا: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا نَعْلَمُونَ﴾ {الأعراف/33}،

4- وقال أيضا: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ﴾ {الأنعام/151}.

وجه الاستدلال: دلت النصوص القرآنية في جملتها على أنّ الأصل في الأشياء هو الإباحة إلا ما نص عليه الشرع بتحريمه¹.

5- حديث سعد بن أبي وقاص: «إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا، مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ فَحَرِّمْ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»².

وجه الاستدلال: الحديث فيه دلالة صريحة على أنّ الأصل في الأشياء كلها هي من قبيل المباح، فكان من أعظم الذنوب حين يكون السؤال عن بعض الأشياء من دون حاجة، فيحرم المسؤول عنه على الناس، عقوبة للسائل بعدما كان مباحا لهم.

أما من المعقول فاستدلوا بأن الله لما خلق هذه الأشياء لم تخلُ من ثلاث أحوال هي:
الحالة الأولى: أن الله غني من أن تلحقه المنافع والمضار، من هذه الأشياء، فالعقل يقتضي أنه خلقها لينتفع عباده بها، وتعود عليهم بالنعمة والفائدة، من غير حصول ضرر منها، فكان الأصل في تلك الأشياء هو الإباحة³.

¹ المهذب لعبد الكريم النملة، 263/1-264.

² سبق تخرجه، ص 49.

³ ينظر: العدة لأبو يعلى، ت: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2، (د. ن)، المملكة العربية السعودية، (1410هـ-1990م) 1245/4-1246، روضة الناظر، 133/1.

نوقش هذا الاستدلال: قالوا: هذا الذي قلتم من حصول النفع في الأشياء لا يستقيم مطلقا

لأن الله خلق أشياء وحرمها على عباده، مثل الخمر والخنزير¹.

وأجيب عن ذلك: يجوز أن يكون خلقها ليمتحن عباده بالكف عنها، ويشيهم على ذلك².

الحالة الثانية: من مقتضى العقل ألا ضرر في الانتفاع بملك الغير، كمن استظل بظل حائطه

والأنس بصُحْبَتِهِ؛ والمسير في ضوء سراجهِ؛ فمن باب أولى إباحة الإنتفاع بما هوَ لله عز وجل من الأعيان

التي أوجدها لخلقهِ، لِأَنَّ الله منزهِه من وقوع ضررٍ عَلَيْهِ حين الإنتفاع بها³.

نوقش هذا الاستدلال بأمرين⁴:

الأمر الأول: أنه إن لم يكن على المالك ضرر فعلى المتصرف ضرر؛ لأنه يجوز أن يُحْظَرَ عليه

فيجب أن يؤثر ذلك في المنع، كارتكاب المعاصي، لا ضرر على الله تعالى بفعلها، ومع هذا فإنه يمنع

العبد منها لما عليه فيها من الضرر في الآخرة.

الأمر الثاني: أنه لا يمتنع ألا يكون عليه ضرر من ذلك ويمنع منه، لعدم الإذن، بدليل: أن من

يملك القناطر من المال لا ضرر عليه بأخذ درهم منها، ومع هذا لا يجوز إلا بإذنه.

الحالة الثالثة: بأن الأشياء كلها ملك لله تعالى، الحيوان وغيره، والأحسن إحياء الملك بالملك.

ويقبح إهلاك الملك مع القدرة لما فيه من الفساد⁵.

¹ ينظر: العدة، 4/1246.

² العدة، 4/1246.

³ ينظر: العدة، 4/1246، التبصرة، ص534.

⁴ العدة، 4/1246.

⁵ المرجع نفسه، 4/1247.

نوقش هذا الاستدلال: إنما يُبيح أن تتناول هذه الأشياء عند الحاجة وجود التلف؛ لأن الإذن قد حصل فيه من جهة العقل، فنظيره أن يضطر إلى أكل طعام الغير، فإنه يباح لهذه العلة¹.

ثانياً: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الحظر

وبه قال بعض الحنفية؛ وابن أبي هريرة²؛ وأبو بكر الأبهري³؛ والحسن بن حامد⁴؛ وقول عند المعتزلة البغداديين⁵، واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

1- إذا كان الأصل في التصرف في ملك الغير بين الناس قبيح، فمن باب أولى لا يجوز التصرف في الأشياء التي هي من قبيل ملك الله تعالى حتى يأتي نص من الشرع على إباحة التصرف فيها⁶.

نوقش هذا الاستدلال: بأن هذا القياس الذي ذكرتموه للاحتجاج به على مذهبكم هو قياس فاسد، لأنه قياس مع الفارق، باعتبار أنّ منع التصرف في ملك الغير بغير إذن؛ إنما هو حاصل بين العباد فيما بينهم لا مع المولى عز وجل؛ فلا يجوز أن يتصرف أحد في ملك غيره إلا بإذن، أما ملك

¹ العدة، 1247/4.

² أبو علي الحسن بن الحسين القاضي البغدادي (ت: 354هـ)، انتهت إليه رئاسة مذهب الشافعية، تفقه بآبئ سريح ثم بآبئ إسحاق المروري، أخذ عنه: أبو علي الطبري، والدارقطني وغيرهما كثير من أهل العلم، وصنف شرحاً لـ «مختصر المزني»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 430/15).

³ أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح التميمي، الأبهري، المالكي (290هـ-375هـ)، نزيل بغداد وعالمها، جمع وصنف التصانيف في شرح مذهب مالك والردّ على مخالفيه منها: «الرد على المزني» ومن كتبه: «الأصول» «إجماع أهل المدينة» «العوالي» «الأمالي»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 332/16، الأعلام، 225/6).

⁴ أبو عبد الله الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي، (ت: 403هـ)، شيخ الحنابلة ومفتيهم، مصنف كتاب «الجامع» في عشرين مجلداً في الاختلاف، كان يتقوت من النسخ، ويكثر الحج، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 203/17).

⁵ ينظر: روضة الناظر، 133/1، المهذب، عبد الكريم النملة، 266/1.

⁶ ينظر: مذكرة أصول الفقه لمحمد الأمين الشنقيطي، ط1، مجمع الفقه الإسلامي بمكة، دار عالم الفوائد، (السعودية)، (1426هـ) ص25، روضة الناظر، 133/1، المهذب، 267/1.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

الله الذي سخره لعباده فلا يتصور فيه الإذن، كالانتفاع بالهواء والماء والطعام لأنه بدونها فيها هلاكه وهذا ينافي مقصد الشارع الحكيم¹.

2- واستدلوا بمقتضى قاعدة الاحتياط بقولهم: أنّ التصرف الإنسان بتلك الأشياء يحتمل معه مخاطرة بالنفس وحصول الضرر، فمن باب الأخذ بالاحتياط يقتضي المنع والحظر، حتى يأتي الدليل الشرعي الذي يقتضي الإباحة².

ونوقش هذا الاستدلال: لا نسلم أن تناولها ترك الاحتياط، بل الاحتياط في الانتفاع بها لأن في ذلك تلف النفس، ونحن ممنوعون من ذلك³.

ثم ذكر ابن قدامة فائدة أصولية في المسألة فقال: "أن من حرم شيئاً أو أباحه كفاه فيه استصحاب حال الأصل"⁴.

ومعنى ذلك عند ابن قدامة أنّ المذهب الأول والثاني في المسألة قائم على القول بالاستناد على استصحاب الحال، لأنّ الأصل عندهم إما استصحاب لحكم الإباحة ابتداءً؛ أو استصحاب لحكم الحظر والمنع حتى يرد النص بالإباحة.

ثالثاً: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الوقف

وهو مذهب جمهور المتكلمين ومن وافقهم من أهل العلم⁵، ثم اختلفوا في تحديد معنى الوقف على قولين⁶:

¹ ينظر: البحر المحيط، 156/1، روضة الناظر، 133/1، المهذب، 267/1. مذكرة أصول الفقه، ص25

² روضة الناظر، ص133، العدة، 1244/4.

³ العدة، 1244/4.

⁴ روضة الناظر، 136/1.

⁵ ينظر: العدة، 1242/4، المهذب، 264/1.

⁶ المرجع نفسه، 265/1.

1- القول الأول: المراد بالوقف هو لا حكم للأشياء حتى يرد دليل من الشرع في بيان

حكمها، وإلى ذلك ذهب أكثر القائلين بالوقف¹، منهم الغزالي؛ والآمدي؛ وعضد الدين الإيجي².

2- القول الثاني: المراد بالوقف هو عدم العلم، وقد اختاره البيضاوي³، وبعض أهل العلم⁴.

واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

• الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ

حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ - اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَنْ تَنْفَرُوا عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ {يونس/59}.

• الدليل الثاني: قال الله تعالى أيضا: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا

حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ ﴾

{النحل/116}.

وجه الاستدلال: في الآيتين دليل على الإنكار والمنع من الحكم في الأشياء على أنها حلال أو

حرام من قبيل الافتراء على الله⁵.

¹ المهذب، 265/1.

² أبو الفضل عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار عضد الدين الإيجي الشافعي، (ت: 756هـ)، عالم بالأصول والعربية من أهل إيج (بفارس) ولي القضاء، وجرت له محنة مع صاحب كرمان، فحبسه بالقلعة، فمات مسجوناً، من تصانيفه «المواقف» في علم الكلام «شرح مختصر ابن الحاجب» في أصول الفقه، «المدخل في علم المعاني والبيان والبديع»، (ينظر: الأعلام، 295/3).

³ عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، أبو سعيد، أو أبو الخير، ناصر الدين البيضاوي الشافعي (572هـ-642هـ) قاض ومفسر، ولد في المدينة البيضاء (بفارس) وولي قضاء شيراز مدة، وصرف عن القضاء، فرحل إلى تبريز فتوفي فيها، من تصانيفه: «أنوار التنزيل وأسرار التأويل» يعرف بتفسير البيضاوي، «منهاج الوصول إلى علم الأصول»، (ينظر: الأعلام، 110/4).

⁴ المهذب، 265/1.

⁵ ينظر: التبصرة للشيرازي، ص 535.

ويناقش هذا الاستدلال: قالوا: نسلم بقولكم: أن التحليل والتحريم يجب أن يؤذن فيه من الله والله أذن فيه بدليل العقل، فلا يكون ذلك افتراءً كما زعمتم¹.

رابعاً: الترجيح بين الأقوال

الراجح في المسألة من بين أقوال أهل العلم، هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائل بحكم الإباحة قبل ورود الشرع، وذلك للأدلة القوية التي تؤيده وذلك لاعتبارين:

- 1- دلالة النصوص الشرعية على حكم الإباحة قبل ورود الشرع، وقد سبق ذكرها.
- 2- أن حكم الأصلي للأشياء قبل ورود الشرع، راجع ابتداءً إلى استصحاب حكم البراءة الأصلية من جهة، واستصحاب حكم الشرائع السابقة من جهة أخرى.

الفرع الثاني: حكم الأشياء بعد ورود الشرع

اختلف الأصوليون حول مسألة حكم الأصل في الأشياء المسكوت عنها بعد ورود الشرع كما عليه أكثر المحققين إلى مذهبين اثنين هما:

أولاً: الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع الإباحة

ذهب الشافعية إلى قول بأن الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع هو على الإباحة²، واستدلوا على مذهبهم بأدلة منها:

- 1- قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ {البقرة/29}.
- 2- قال الله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةٌ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ {الأعراف/32}.

¹ ينظر: قواطع الأدلة للسمعاني، ت: محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1418هـ-1999م) 54/2.

² ينظر: البحر المحيط، 12/6، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص60.

3- قال الله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ

عَلَيْكُمْ؟﴾ {الأعام/119}.

وجه الاستدلال: استدل القائلون بأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدُلَّ الدليل على التحريم انطلاقاً من دلالة الآيات التي ذكروها، فدلت الآية الأولى على تسخير الله تعالى لعباده المستخلفين في الأرض كل ما تقتضي فيه استقامة أمورهم، وتكفي به معيشتهم فهو في حكم المباح، حتى يأتي دليل من الشرع يقتضي المنع والحظر¹، أما الآية الثانية فجاءت في سياق الإنكار الشديد على من سولت لهم أنفسهم تحريم ما أباحه الله لعباده دون دليل شرعي، فدل ذلك على أن الأصل في حكم الأشياء ابتداءً هو الإباحة؛ حتى يأتي دليل من الشرع يقتضي الحظر²، أما الآية الثالثة التي استدلو بها على قولهم بالإباحة، فقد جاءت في سياق الاستفهام للإنكار أي ما المانع لكم من أكل ما سميت عليه بعد أن أباح لكم ذلك، وبين لكم بياناً مفصلاً للحلال من الحرام³.

المناقشة: ناقش المعترضون على هذا الاستدلال بالآيات الكريمة بقولهم: ومما يدل على فساد

هذا القول قوله تعالى ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَفْتَرُوا عَلَى

اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾ {النحل/116}، فأخبر أن التحريم والتحليل

ليس إلينا، وإنما هو من عنده، وأن الحلال والحرام لا يُعلم إلا بإذنه؛ وهذا يدل على إبطال القول بأن حكم الأشياء في السمع الإباحة⁴.

¹ ينظر: تفسير القرطبي، 251/1.

² فتح البيان لصديق حسن خان، 334/4.

³ المرجع نفسه، 228/4.

⁴ البحر المحيط، 13/6.

وأجيب عن هذا الاعتراض بقولهم: أن ما ذكرتموه من اعتراض هو فيما ورد الشرع بإباحته

والكلام في إباحة الجملة بقوله تعالى في الآية الكريمة: ﴿قُلْ لَا أجدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ

يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ

بِهِ﴾ {الأنعام/145}، يصلح أن يحتج به على أن الأصل في المأكولات الإباحة، وإنما الممتنع الإباحة

المطلقة، وقوله صلى الله عليه وسلم: «وَمَا سَكَتَ فَهُوَ مِمَّا عَفَا عَنْهُ»، قالوا إنما يريد من ذلك النوع

الذي كان الخطاب متعلقا به¹.

4- حديث سلمان الفارسي رضي الله عنه: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ

السمن والجبن، والفراء؟ فقال: "الحلال ما أحلَّ الله في كتابه، والحرام ما حرَّم الله في كتابه، وما

سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ مِمَّا عَفِيَ عَنْهُ»².

وجه الاستدلال: دلَّ الحديث أن ما سكت عنه الشارع الحكيم، ولم يرد فيه نص بالتحريم فإنه

يبقى على حكم الأصل وهو الإباحة.

المنافشة: واعترض على هذا الاستدلال من المخالفين بأن مقتضى الحديث هو ألا يقال بأنَّ

الشرع أذن فيما سكت عنه بل عَفِيَ، وهذا لا يوصف بإذن ولا منع³، وعليه فلا عبرة بقولكم إن

الحديث دلَّ على أن الأصل في الأشياء التي سكت عنها الشرع أنها في حكم المباح الذي لا حرج فيه.

5- حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه؛ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ أَعْظَمَ

الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ، فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»⁴.

¹ البحر المحيط، 6/13.

² سبق تخريجه، ص 61.

³ البحر المحيط، 6/14.

⁴ سبق تخريجه، ص 49.

وجه الاستدلال: بين الحديث أنّ من كبائر الذنوب السؤال من دون حاجة الذي يترتب عليه حصول التحريم بنص فتقع المشقة على المسلمين بسبب ذلك التحريم الذي كان من سؤاله.

ثانياً: الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع الحظر

نسب السيوطي هذا القول إلى أبي حنيفة¹، وبه قال بعض أهل الحديث²، ونسبه القرافي للأبهرى من المالكية³، ومن أدلتهم:

1- قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا

كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ {الشورى/21}.

2- قال الله تعالى أيضاً: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ

الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ {المائدة/4}.

3- قال أيضاً: ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بَيْمَةٌ أَنْعَمَ﴾ {المائدة/1}.

4- قوله صلى الله عليه وسلم: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شَرْطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ مَا

كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ، كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ»⁴.

وجه الاستدلال: أن كل شرط لم ينص عليه الشرع فالأصل فيه المنع والحظر، وهذا دليل على

أنّ حكم الأصل في الأشياء التحريم حتى يدل الشرع على إباحته.

¹ الأشباه والنظائر للسيوطي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1403هـ-1983م)، ص60.

² الأشباه والنظائر لابن نجيم، ت: الشيخ زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1419هـ-1999م)، ص57.

³ شرح تنقيح الفصول، ص88.

⁴ رواه البخاري، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر، رقم: (456)، ص122، وفي كتاب الشروط، باب المكاتب

وما لا يحل من الشروط، رقم: (2735)، ص674.

المناقشة: اعترض الاستدلال بالحديث الأول من وجهين:

الوجه الأول: أن المراد من الحديث "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" هو أن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة¹، فهو باطل وليس كما تصورتم أن يكون الشرط بذاته منصوباً في كتاب الله، فلو كان المشروط من الأفعال المباحة فهو يتوافق مع كتاب الله وإن لم يكن منصوباً عليه في كتاب الله.

الوجه الثاني: دلت الأدلة من الكتاب والسنة والآثار على وجوب الوفاء بالعهود والشروط عموماً، وعلى هذا التقدير فوجوب الوفاء بها لم تكن باطلة، وإذا لم تكن باطلة كانت مباحة، وذلك لأن قوله «ليس في كتاب الله»، إنما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه، فإن ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فإنه في كتاب الله، لأن قولنا: هذا في كتاب الله؛ يعم ما هو فيه بالخصوص والعموم².

ثالثاً: الترجيح بين الأقوال

الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن الأصل في حكم الأشياء المسكوت عنها بعد ورود الشرع بالإباحة، وذلك لقوة أدلتهم واعتراضاتهم على المخالفين.

¹ مجموع الفتاوى لابن تيمية، ط1، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد (السعودية)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (السعودية)، (1425هـ/2004م)، 161/29.

² المرجع نفسه، 163/29.

المطلب الثالث: استصحاب دليل الشرع

من أقسام الاستصحاب الأخرى التي ذكرها علماء الأصول هو قولهم باستصحاب دليل الشرع وهذا القسم من أقسام الاستصحاب يقع عند الأصوليين على ثلاث صورة تفصيلها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: استصحاب الدليل الشرعي مع احتمال المعارض.

الفرع الثاني: استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه.

الفرع الثالث: استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي، مع بيان موفق الأصوليين من كل

صورة، بالأدلة والمناقشة وبيان الراجح من الأقوال.

الفرع الأول: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض

قسم الأصوليون استصحاب الدليل مع احتمال المعارض إلى صورتين هما:

أولاً: استصحاب مقتضى العموم حتى يرد المخصص

استصحاب العموم حتى يرد المخصص المراد منه: أنه إذا ورد نص شرعي بدلالة العموم؛ فنقول

حينئذ أن الأصل بقاء دلالة العموم على عمومته؛ ولا تنتقل على هذا المعنى حتى يرد الدليل المخصص

الذي ينقلنا من العام إلى الخاص، ومن أمثله قول الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ

بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ {البقرة/228}؛ فهذا الخطاب عام يشمل النساء المطلقات الحوامل وغير الحوامل

فبقى على مقتضى دلالة العموم استصحاباً حتى يأتي دليل من الشرع يدل على التخصيص، فلما نزل

قول الله تعالى في الآية الكريمة: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ {الطلاق/4}، زال مقتضى

استصحاب دلالة العموم في الآية السابقة، وخص منه الحوامل¹، وفي قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا

إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا

¹ ينظر: فتح القدير للشوكاني، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، (دمشق، بيروت)، 1414هـ، 269/1.

فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾ {الأحزاب/49}، خصَّ به المطلقات قبل الدخول بمن وعليه فإنَّ الخطاب في الآيتين جاء تخصيصاً للنص الذي دلَّ على مقتضى العموم في آية تربص المطلقات بثلاثة قروء غير شامل للمطلقات الحوامل والمطلقات قبل الدخول.

ثانياً: استصحاب مقتضى النص حتى يرد النسخ

المراد من استصحاب مقتضى النص حتى يرد النسخ هو أن نستصحب حكم النص الشرعي في الزمن التشريعي مع احتمال طريان الدليل المعارض، فقد يرد النص من الكتاب أو السنة النبوية ناسخاً للخطاب السابق، فيرفع الحكم المستصحب الذي جاء الشرع بنسخه، ومن أمثلة ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ

وَإِنَّهُمَا آكَبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ {البقرة/219}، فالخطاب في الآية الكريمة لم يفصل في حكم الخمر والميسر في بداية الأمر في زمن التشريع، وبقي طائفة من المسلمين على استصحاب حكم الإباحة في شرب الخمر، لأن مفهوم الآية الكريمة لم يدل على التحريم قطعاً، ثم نزل بعدها قول الله تعالى في كتابه

العزیز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ

تَقْلِحُونَ﴾ {المائدة/90}؛ حيث نسخت حكم الآية السابقة؛ فرفع الحكم المستصحب من الإباحة إلى الحظر والتحريم بدلالة قطعية.

ثالثاً: حجية استصحاب الدليل مع احتمال المعارض

اتفق جمهور أهل العلم من الأصوليين على أن هذه الصورة وجب العمل بها وعلى ما يترتب عليها من أحكام عملية، ولكن إنما اختلفوا في كونها هل هي من صور الاستصحاب؟

وبناء على ذلك اختلفوا على قولين هما:

1- القول الأول: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض حجة مطلقا، وهي من الصور التي

تدخل في أقسام الاستصحاب، وبه قال الأكثر من الأصوليين¹، منهم: أبو بكر الباقلاني²، وأبو زيد الدبوسي³ وأبي حامد الغزالي؛ وابن قدامة.

واستدلوا على موقفهم بأدلة منها:

أ- قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ

يَتَمَاسَا ذَلِكَ كُتُوبًا عِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ {المجادلة/3}.

وجه الاستدلال: فالآية دلت على استصحاب حكم عموم النص، فبرغم من أن الآية نزلت

في أوس بن الصامت إلا أن الحكم عام فيه وفي غيره، وبناء على ذلك فإن النص الشرعي إذا جاء بصيغة العموم فإنه يستصحب حكمه، حتى يرد التخصيص، كما يستصحب حكم النص الشرعي حتى يرد النسخ، فيرفع حكم الاستصحاب فيهما.

ب- إن الدليل الدال على ثبوت الحكم ليس هو الدال على دوامه، بل الدوام يثبت بغير ما

يثبت به الأصل، ذلك لو كان دليل الدوام هو دليل الثبوت امتنع النسخ لأنه يكون براء، فإذا رفع

¹ ينظر: المستصفى، 379/1، روضة الناظر، 445/1، الوصول إلى الأصول لابن برهان ت: عبد الحميد علي أبو زفيد، ط1 مكتبة المعارف، الرياض (السعودية) (1404هـ-1984م)، 318/2.

² أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن قاسم البصري، ثم البغدادي، ابن الباقلاني، (ت: 403هـ)، وإليه انتهت رئاسة المالكية في وقته، صنف في الرد على الرافضة، والمعتزلة، والخوارج والجهمية والكرامية، وانتصر لطريقة أبي الحسن الأشعري، من مصنفاته: «التقريب والإرشاد» «تمهيد الأوائل في تلخيص الدلائل»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 190/17).

³ أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، البخاري (ت: 430هـ)، شيخ الحنفية، عالم ما وراء النهر، وأول من وضع علم الخلاف وأبرزه، من مصنفاته: «تقويم الأدلة» «الأسرار» «الأمد الأقصى»، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 521/17).

الثبوت هو البداء ولما جاز النسخ عُلم أنه راجع إلى الدوام فدل أن البقاء لا يستفاد من الدليل الموجب للثبوت، أي: أن بقاء الحكم مستندا إلى عدم الدليل المغير¹.

المناقشة: ناقش المخالفون هذه الأدلة بجملة اعتراضات هي:

الاعتراض الأول: اعترض المخالفون على ما ذهب إليه غيرهم من اعتباره صورة من أقسام

الاستصحاب على أن هذا النوع من الاستصحاب فيه تجوز غير مرضٍ، لأن الحكم المستصحب في هذه الصورة مرده إلى الاستدلال بالنص الذي طريقه الكتاب والسنة، لا إلى أصل الاستصحاب².

الاعتراض الثاني: واعترض على الدليل الثاني بقولهم: "أن دليل الثبوت هو اللفظ الناص وهذا

نص في إثبات هذا الحكم وظاهر في الدوام، فالنسخ يرد على الدوام لأن الذي أثبتته ليس بنص بل هو ظاهر فالحكم لم يدم لعدم الدليل، بل الدليل هو المثبت ولكنه ظاهر حتى أن الأمر في ذلك ينقسم: فإن كان اللفظ لا يتناوله إلا بمجرد الفعل خرج منه بفعل مرة واحدة، ولم يلزم من الدوام شيء وإن دلّ الدليل على أن الفعل واجب في المستقبل قطعاً وأن بقاءه واجب كقوله "صلوا ولا أنسخ عنكم ذلك إلى يوم القيامة" فالنسخ ممتنع فإن كان النسخ جائزاً لأن اللفظ قاطع للاحتمال فأما أن يكون ذلك لأنه عدم الدليل فلا³.

2- القول الثاني: ذهب بعض الأصوليين إلى أن هذه الصورة حجة، وجب العمل بها ولكن

اعترضوا على عدّها من الاستصحاب، لأن هذه صورة استدلال بدليل قائم بنفسه، وبه قال بعض المالكية والشافعية ومن وافقهم.

¹ الوصول إلى لأصول لابن برهان، ص318.

² ينظر: الأصول الاجتهادية التي بينى عليها المذهب المالكي لحاتم باي، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت (1432هـ/2011)، ص685.

³ الوصول إلى الأصول لابن برهان، ص319.

قال الباجي¹: "وهذا ليس من استصحاب الحال؛ وإنما هو استدلال بعموم اللفظ"².
 ومستندهم في ذلك أنّ هذا النوع إنما هو استدلال قائم بدليله وهو النص، أما الاستصحاب
 مناطه إنما يتحقق في انعدام الدليل الذي يدل على الاستمرارية والبقاء.
 غير أنّ ما ذهب إليه غالبية أهل العلم من الأصوليين في تحقيق المسألة فإنهم يرون أن ما وقع
 في هذا النوع من الخلاف ليس في حجته ووجوب العمل به وإنما الخلاف واقع في تسميته استصحاباً
 قال الزركشي³: وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبتته جمهور الأصوليين ومنعه المحققون
 منهم الإمام الجويني⁴ في البرهان والكيان⁵ في تعليقه وابن السمعاني⁶ في القواطع، لأن ثبوت الحكم فيه

¹ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي، الأندلسي، القرطبي، الباجي، الذهبي (403هـ-474هـ) وهو
 من باجة التي بإفريقية (تونس)، ارتحل إلى دمشق ثم بغداد ثم الموصل، ثم رجع إلى الأندلس بعد ثلاث عشرة سنة بعلم غزير، من
 مصنفاته: «الإشارة في أصول الفقه» (إحكام الفصول في أحكام الأصول)، (ينظر: سير أعلام النبلاء، 18/535).

² المنهاج في ترتيب الحجج للباغي، ت: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، الفقرة (60)، ص32.

³ أبو عبد الله محمد بن بشار بن محمد بن عبد الله بدر الدين الزركشي (745هـ-794هـ)، تركي الأصل، مصري المولد والوفاء، عالم بفقته
 الشافعية والأصول، له تصانيف كثيرة منها: «الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة» «البحر المحيط» «المنتور»، (ينظر:
 الأعلام 6/60).

⁴ أبو المعالي عبد الملك ابن الإمام أبي محمد عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيويه الجويني، ضياء الدين
 النيسابوري الشافعي (419هـ-478هـ)، صاحب التصانيف منها: «البرهان» «نهایة المطلب في المذهب»، (ينظر: الأعلام
 468/18).

⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري، الهراسي، الملقب بعماد الدين (450هـ-504هـ)، شيخ الشافعية، ولد في طبرستان
 وسكن بغداد، واتهم بمذهب الباطنية فُرحم، وأراد السلطان قتله فحماه المستظهر، وشهد له، من كتبه: «أحكام القرآن»، (ينظر:
 سير أعلام النبلاء، 19/350، الأعلام، 4/329).

⁶ أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (426هـ-489هـ)، مفسر من
 العلماء بالحديث، من أهل مرو، مولدا ووفاء، كان مفتي خراسان، من مصنفاته: «القواطع» «المنهاج لأهل السنة» «الاصطلام»
 في الرد على أبي زيد الدبوسي، (ينظر: الأعلام، 7/303).

من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب، ثم قال الجويني: "أنها مناقشة لفظية"¹ والخلاف لفظي لا يبنى عليه أثر في الأحكام الشرعية.

الفرع الثاني: استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه

هذه الصورة من الاستصحاب ذكرها الأصوليون بعبارات مختلفة فمنهم من جمع بين دليل العقل ودليل الشرع معاً لتعبير عن الصورة معاً، ومنهم من قصره على دليل الشرع دون دليل العقل وبعضهم لم يذكر الدوام فيه وبعضهم ألحقه باستصحاب الوصف في صورة واحدة، ومعناه أن الحكم الشرعي المستصحب متعلق بوجود سببه لذلك نجد من الأصوليين من عبر عليه باستصحاب أحكام الأسباب² كما عند ابن رشيقي المالكي³؛ لأن وجود السبب متعلق بالحكم الشرعي فمثلاً استصحاب حكم الطهارة متعلق بسبب ثبوت الوضوء أو الغسل؛ واستصحاب حكم الملكية متعلق بسبب جريان العقد واستصحاب حكم حل النكاح متعلق بسبب جريان عقد الزوجية؛ واستصحاب شغل الذمة بدين أو التزام ما متعلق بسبب ثبوت الدين أو الالتزام.

وقد ادّعى في هذا النوع الاتفاق وانتفاء الخلاف فيه، قال ابن القيم: "لم يتنازع الفقهاء في هذا النوع، وإنما تنازعوا في بعض أحكامه"⁴، وقال الزركشي: "وهذا لا خلاف في وجوب العمل به، إلى أن يثبت معارض له"⁵.

¹ ينظر: البحر المحيط، 21/6.

² لباب المحصول لابن رشيقي، ت: محمد غزالي عمر جابي، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي (الإمارات) (1422هـ-2001م)، 427/2.

³ أبو علي الحسن بن عتيق بن الحسين بن رشيقي المنعوت بجمال الدين الربيعي المالكي (547هـ-632هـ)، كان عالماً بأصول الدين والفقه والخلاف، شيخ المالكية في وقته عليه مدار الفتوى مع الورع والدين المتين، أخذ عن أبي الطاهر إسماعيل بن عوف وغيره، من مصنفاته: «لباب المحصول»، (ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 239/1).

⁴ ينظر: إعلام الموقعين لابن القيم، 102-101/3.

⁵ البحر المحيط، 20/6.

أمّا الذي عليه التحقيق أنّ الخلاف فيه واقع على أقوال ثلاثة¹:

القول الأول: استصحاب ما دلّ الشّرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه حجة مطلقاً.

القول الثاني: استصحاب ما دلّ الشّرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه حجة ما لم يخالف

يعارضه ظاهر.

القول الثالث: استصحاب ما دلّ الشّرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه ليس بحجة مطلقاً.

¹ ينظر: الأصول الاجتهادية التي بينى عليها المذهب المالكي، ص 685.

المطلب الرابع: استصحاب حكم الإجماع

استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف من أقسام الاستصحاب التي ذكرها علماء الأصول وقد عدوه نوعاً مستقلاً منه، وإن كان طائفة منهم قد عزاه إلى قسم استصحاب دليل الشرع، ورغم هذا الخلاف في موضعه، إلا أن ذلك يبقى مجرد خلاف منهجي في التقسيم لا اعتبار له، أما من حيث مضمونه ومعناه فلا خلاف يذكر في ذلك إلا من حيث حجته فالخلاف بينهم شديد، ولتحديد حقيقته ومدى حجته عند الأصوليين، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة استصحاب حكم الإجماع

الفرع الثاني: حجية استصحاب حكم الإجماع

الفرع الأول: حقيقة استصحاب حكم الإجماع

أولاً: صورته

وصورة هذا القسم من الاستصحاب بأن يتفق أهل الاجتهاد المعبرين على حكم مسألة من المسائل المعروضة عليهم، ثم تتغير صفة ما أجمعوا عليه في المسألة، فيقع الخلاف بينهم بعد ذلك في الحكم بسبب طريان تغير الصفة، فيستدل المستصحب بحكم الإجماع الأول¹.

ثانياً: شروطه

ومن الشروط التي ذكرها الأصوليون في هذه الصورة هي²:

1- أن يتعدد الإجماع في مسألة من المسائل.

2- أن يتعلق الإجماع بصفة معينة.

3- أن تتغير الصفة التي وقع فيها الإجماع ويخلفها صفة أخرى.

¹ البحر المحيط، 21/6.

² استصحاب الإجماع في محل النزاع -دراسة أصولية تطبيقية- لغازي بن مرشد بن خلف العتيبي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 51، ص26.

4- أن يختلف المجتهدون فمنهم من يرى أن الحكم تغير، ويمنع استصحاب الإجماع السابق ومنهم من يرى بقاء الحكم ويستصحب ذلك الإجماع ويستدل به في محل النزاع.

الفرع الثاني: حجية استصحاب حكم الإجماع

اختلف الأصوليون في حجية استصحاب حكم الإجماع في محل الخلاف إلى قولين:

أولاً: القائلون بحجية استصحاب حكم الإجماع محل الخلاف

حكم الإجماع في محل الخلاف حجة معتبرة، وبه قال بعض الأصوليين¹، واستدلوا على موقفهم بما ذكره الباجي في إحكام الفصول بأدلة منها:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَظَتْ غَزَلَهُمَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا﴾ {النحل/92}.

وجه الاستدلال: أن ما ثبت بقوة لا يرفع ولا ينقض إلا إذا كان مساوٍ له في درجة القوة ومنه الإجماع لا يجوز نقضه في محل الاختلاف، لأن الاختلاف أقل درجة من الإجماع في القوة فهو غير مساوٍ له².

المناقشة: واعترض على هذا الاستدلال من المخالفين على أن الآية الكريمة إنما تقتضي المنع من نقض ما هو ثابت، وما ادّعوه من الإجماع في موضع الخلاف غير ثابت، ولا تتناوله الآية فبطل استدلالهم على القول بحجية استصحاب الإجماع في محل الخلاف³.

2- أن الحكم الذي وقع عليه الإجماع لا يجوز عليه الغلط، والخلاف يُجَوِّزُ عليه الغلط، فلا يجوز تقديم الخلاف على الإجماع، كما نقول في ترك الإجماع بالقياس ونحو الآحاد⁴.

¹ منهم: محمد بن سحنون واختاره ابن الحاجب من المالكية، والمزني؛ والصيرفي؛ وابن سريج؛ والآمدي من الشافعية، وابن شاقلا وابن حامد وابن القيم من الحنابلة.

² إحكام الفصول للباقي، ص 615.

³ المرجع نفسه، ص 615.

⁴ إحكام الفصول للباقي، ص 616.

المنافشة: واعترض على هذا الاستدلال من المخالفين أننا لا نسلم أن موضع الخلاف يتناوله الإجماع، ولو تناوله ما كان فيه خلاف، ولوجب القطع به وتضليل مخالفيه، ولوجب ألا يطرأ دليل على خلافه يرفع حكمه كما يستحيل ذلك في موضع الإجماع، ولما أجمعنا على أنه يجوز أن يطرأ دليل من خبر أو غيره في موضع الخلاف بضد ما استصحابوه من حكم الإجماع، بطل ما تعلّقوا به¹.

3- أن قول المجمعين حجة، فوجب استصحابه، كقول النبي صلى الله عليه وسلم.

المنافشة: واعترض على هذا الاستدلال من المخالفين أن قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان عاما يتناول موضع الخلاف، فلذلك اعتبرناه به، أما قول المجمعين، فإنه لا يتناول موضع الخلاف ولا يتعداه²، فيكون ذلك الإجماع قد زال بمجرد وقوع الاختلاف فلا يصح استصحابه في موضع آخر.

ثانيا: القائلون بعدم حجية استصحاب حكم الإجماع محل الخلاف

حكم الإجماع في محل الخلاف ليس بحجة، وبه قال الأكثرون³، واستدلوا على موقفهم بجملة من الأدلة نذكر منها⁴:

1- أن موضع الخلاف غير موضع الإجماع، والإجماع لا يجوز الاحتجاج به في غير موضعه.

2- أن الإجماع قد زال في الموضع المختلف فيه، فصار كالنص إذا تناول موضعا فإنه لا يجوز الاحتجاج به في موضع لا يتناوله، ومادام أنه قد زال فلا يصح استصحابه في موضع آخر.

3- أن من استصحب الإجماع في موضع الخلاف ليس له دليل لا من جهة الشرع ولا من جهة العقل، فلا يجوز له إثبات الحكم، كما لو لم يتقدم الخلاف لإجماع.

¹ المرجع نفسه، ص 617.

² المرجع نفسه، ص 617.

³ البحر المحيط، ص 22.

⁴ استصحاب الإجماع في محل النزاع دراسة أصولية تطبيقية، ص 28.

بعد عرض أقوال العلماء في المسألة، يظهر أن أدلة قول الجمهور أرجح وأسلم من حيث إيرادهم للأدلة والاستدلال بها واعتراضاتهم القوية على القائلين بالحجية في محل النزاع.

ثالثاً: نوع الخلاف وأثره في الفروع الفقهية

استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع، الخلاف فيه معنوي؛ أثر في كثير من الفروع الفقهية كما تقدم من المسائل التي مثلت للخلاف القائم بين الفقهاء تبعاً لاختلاف الأصوليين في مسألة حكم استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع.

المطلب الخامس: الاستصحاب المقلوب

من الأقسام التي ألحقت بالاستصحاب ما أصطلح على تسميته بالاستصحاب المقلوب أو الاستصحاب المعكوس، فهو بذلك غير مشابه لأنواع الاستصحاب المستقيم التي ذكرت آنفاً، وبيان حقيقته وحكمه عند الأصوليين، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة الاستصحاب المقلوب

الفرع الثاني: حكم الاحتجاج بالاستصحاب المقلوب

الفرع الأول: حقيقة الاستصحاب المقلوب

أولاً: المعنى اللغوي

قال ابن فارس: "القاف واللام والباء أصلان صحيحان: أحدهما يدل على خالص الشيء وشريفه، والآخر على رد شيء من جهة إلى أخرى"¹.

قال ابن منظور: "القلب تحويل الشيء عن وجهه، قلبه يقلبه قلباً وقلب الشيء وقلبه حوله ظهراً لبطن، وتقلب الشيء ظهراً لبطن كالحية تتقلب على الرمضاء، وقلبت الشيء فانقلب أي انكب، وقلبت يدي تقلبياً، وكلامٌ مقلوب"².

ثانياً: المعنى الاصطلاحي

اختلف الأصوليون في تسمية الاستصحاب المقلوب، فجاءت اصطلاحاتهم حوله بمسميات مختلفة منها: الانعطاف كما عند الشافعية؛ وتحكيم الحال كما عند فقهاء الحنفية على وجه الخصوص وعبر عنه آخرون باستصحاب العكس الخالي، قال صاحب مراقبي السعود³:

وما بماض مثبت للحال فهو مقلوب وعكس الخالي

¹ مقاييس اللغة، مادة قلب، 17/5.

² لسان العرب، مادة قلب، 658/1.

³ نظم مراقبي السعود لمبتغي الرقي والصعود لعبد الله إبراهيم العلوي الشنقيطي، كتاب الاستدلال، البيت 829، ص 477.

والمعلوم من هذا الخلاف في الاطلاق عند الأصوليين أنه لا يتعد أن يكون خلافا لفظيا فيما بينهم، لا اعتبار به ولا يبني عليه أي أثر في الفروع الفقهية، بناء على قاعدة "لا مشاحة في الاصطلاح" إذا كان المعنى المقرر واحدا.

ومن أهم تعريفاته:

1- قيل أنه: "استصحاب الحاضر في الماضي"¹.

2- وقيل أنه: "السريان من المستقبل للماضي"².

3- وقيل: "جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي"³.

والمراد منه هو إلحاق الحكم الثابت في الزمن الحاضر إلى الزمن الماضي (السابق) استصحاباً لفقدان الدليل المغير، ولذلك سمي مقلوباً باعتبار أن الحكم المستصحب انتقل عكسياً من الحاضر إلى الماضي على خلاف الأقسام الأخرى من الاستصحاب المستقيم، ولذلك نجد من العلماء منهم: الزركشي من لم يدرجه ضمن أقسام الاستصحاب لفقدانه الشروط المعتبرة لاحتجاج به، أما المالكية فيقول شمس الدين الطائي البساطي⁴: "ولهم في الاستصحاب المعكوس اضطراب"⁵، ومن المسائل الفقهية التي أخذ فقهاء المالكية فيها بالاستصحاب المقلوب ما ذكره الباجي في المنتقى: "إذا غاب الزوج عن زوجته دون أن يترك لها نفقة ثم يقدم فتطلب منه ما انفقته أثناء غيبته فيدعي أنه أثناء غيبته كان معسراً وتدعي هي العكس، قال ابن القاسم: أن المعتر الحالة التي يقدم عليها فإن قدم معسراً

¹ البحر المحيط، ص 25.

² حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان البجيرمي، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 2017، 391/4.

³ شرح القواعد الفقهية لمصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق (سوريا)، (1409هـ-1989م)، ص 89.

⁴ أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الطائي البساطي (760هـ-842هـ)، فقيه مالكي، من القضاة، ولد في بساط (بمصر) وانتقل إلى القاهرة، فتنقه واشتهر، ودرس وناب في الحكم، ثم تولى القضاء بالديار المصرية (سنة 823) واستمر 20 سنة لم يعزل إلى أن مات بالقاهرة، من كتبه «المغني» «شفاء الغليل في مختصر الشيخ خليل»، (ينظر: الأعلام، 332/5).

⁵ حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، (لبنان)، 3/ 243.

فهو مصدق فيما يدعيه من الاعتبار وحُكم باستصحاب اعساره في أثناء غيبته، وإن قدم موسراً لم يصدق في ذلك إلا بيينة فإن لم يأت بها حُكم باستصحاب يسره في زمن الغيبة وعليه بما انفقته أثناء غيابه"¹.

وكذا مسألة الوقف التي استدل المالكية فيها استناداً على القول بالاستصحاب المقلوب وصورة المسألة تتمثل في الوقف الذي لا يُعرف بعد البحث؛ أصل مصرفه؛ وشروط واقفه، ولكن نجد في الزمن الحاضر يصرف على نمط معين، إذ قالوا: إن هذه الحالة تستصحب فيما قبله، ويحمل على أن مصرفه في الأصل هكذا، وتكون الحالة التي يصرف عليها صحيحة، حتى تقوم البينة على عدم مطابقتها لما صدر من الواقف"².

ومن أمثلته أيضاً أن يقال في المكيال الموجود الآن كان على عهده صلى الله عليه وسلم باستصحاب الحال في الماضي"³.

وهذا النوع من الاستصحاب له وجوده في كثير من التطبيقات القانونية التي تتعلق بحقوق الارتفاق، كحق المرور والمسيل وبعض الأحكام القانونية التي تتعلق بالأوقاف وغيرها.

الفرع الثاني: حجية الاستصحاب المقلوب

اختلف علماء الأصول في اعتبار الاستصحاب المقلوب حجة شرعية على قولين:

¹ المنتقى شرح موطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ط1، مطبعة السعادة، (مصر)، (1332هـ)، 127/4.

² المجموع شرح المهذب لمحي الدين بن شرف النووي، ت: عادل أحمد عبد الموجود وأحمد عيسى حسن المعصراوي وآخرون، ط1 دار الكتب العلمية، 1993، ص155.

³ تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول لكamal الدين الكاملية، ت: عبد الفتاح أحمد قطب الدخيسي ط1، دار الفازوق الحديثة، القاهرة (مصر)، (1423هـ-2002م)، 106/6.

أولاً: الاستصحاب المقلوب حجة

دلت التطبيقات الفقهية التي احتج بها بعض أهل العلم بالاستصحاب المقلوب دليل على اعتباره حجة معتبرة في الاستدلال، وهو أصل مقرر عند الحنفية¹؛ وبه قال بعض الشافعية²؛ وبعض المالكية³، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- 1- أن كون الشيء على حالة معينة في الحاضر يستلزم ظن كونه على هذه الحال في الماضي والظن حجة متبعة في الشرعيات حتى ولو كان ضعيفاً⁴.
- 2- أنه لو لم يكن الثابت اليوم ثابتاً أمس؛ لكان غير ثابت أمس إذ لا واسطة بين الثبوت وعدمه، فيقضي استصحاب أمس الخالي عن الثبوت فيه بأنه الآن غير ثابت، وليس كذلك، لأنه مفروض الثبوت الآن، فدل ذلك على أنه ثابت أمس أيضاً⁵.

¹ ينظر: شرح فتح القدير على الهداية شرح بديلة المبتدي للمرغيناني: ت: عبد الرزاق غالب مهدي، (ط1)، دار الكتب العلمية بيروت (لبنان)، (1424هـ-2003م)، 337/7.

² ينظر: الاجتهاد في شرح المنهاج للسبكي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1404هـ-1984م)، 172/3، نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 261/2.

³ ينظر: المنتقى للباقي، 127/4.

⁴ الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال) لأحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي، مقال منشور بمجلة جامعة الإمام، (ع1)، (1427هـ) ص131.

⁵ ينظر: غاية الوصول في شرح لب الأصول لذكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، دار الكتب العربية الكبرى، (مصر)، ص146 الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال)، ص132.

3- حديث ابن أبي الجعد البارقى، قال: «أَعْطَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِينَارًا يَشْتَرِي بِهِ أُضْحِيَّةً أَوْ شَاةً، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، فَأَتَاهُ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكََةِ فِي بَيْعِهِ، فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى ثُرَابًا لَرَبِحَ فِيهِ»¹.

وجه الاستدلال: أن هذا العقد كان موقوفًا على إجازته صلى الله عليه وسلم، فلما أجازته نفذ ونفذه بالإجازة فيه استصحاب مقلوب، وذلك لأنه يقتضي سريان النفوذ من الحاضر - وهو وقت الإجازة - إلى الماضي - وهو وقت إنشاء العقد -².

ثانياً: الاستصحاب المقلوب ليس بحجة

الاستصحاب المقلوب ليس بحجة، وبه قال بعض الأصوليين تخريجاً على أصلهم، على اعتبار أن الاستصحاب المقلوب نوع من أنواعه³، واستدلوا على موقفهم بجملة من الأدلة منها⁴:

1- أن الأصل استقرار الواقع في الزمن الماضي إلى هذا الزمن، أما أن يقال: الأصل انعطاف الواقع في هذا الزمن على الزمان الماضي فلا.

2- أن الأصل في الحادث عدمه، وتقدير وجوده مناف للأصل، وإنما اضطررنا إلى تقديره لضرورة وجوده في الحاضر، والضرورة تقدر بقدرها، وهو أقرب الزمن.

¹ رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، رقم: (3384)، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قروبللي (ط1)، دار الرسالة العالمية، دمشق، (1430هـ-2009م)، 5/266، والترمذي في سننه، أبواب البيوع رقم: (1258)، 2/536، وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح، رقم: (2402)، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 2/803، قال ابن حجر: « وَتَوَقَّفَ الشَّافِعِيُّ فِيهِ فَتَارَةً قَالَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ عَيْرٌ ثَابِتٌ وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْمُزَنِيِّ عَنْهُ وَتَارَةً قَالَ إِنَّ صَحَّ الْحَدِيثُ قُلْتُ بِهِ وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْبُؤَيْطِيِّ »، (ينظر: فتح الباري، ت: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، (1379هـ)، 6/634).

² الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال)، ص133.

³ المرجع نفسه، ص134.

⁴ المرجع نفسه، ص135.

الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين

بعد عرض أقوال العلماء وأدلتهم ووجه الاستدلال منها في مدى اعتبار حجية الاستصحاب المقلوب، فإنه يظهر لي أن أدلة القول الأول (القائلين بحجية الاستصحاب المقلوب)، أرجح وأسلم من حيث قوة إيرادهم للأدلة التي احتجوا بها على المخالفين.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية والمبادئ القانونية المبينة على الاستصحاب

المبحث الأول: قواعد التفسير

المبحث الثاني: قواعد الإجماع

المبحث الثالث: قواعد الإنباح

المبحث الرابع: قواعد الملائم والتسليم

الفصل الثاني

القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها

بعد دراسة الجانب التأصيلي لدليل الاستصحاب باعتباره يمثل مصدرا تشريعا ونظرية أصولية متكاملة لها حجيتها المعتمدة في الاستدلال، نتطرق في هذا الفصل الثاني إلى بيان أهم القواعد الفقهية والمبادئ القانونية المبنية على أصل الاستصحاب، بحيث نجد اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الأصل الشرعي من حيث الاستنباط والتفصيل له بجملة من القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية الجوهرية في مختلف الأبواب الفقهية والمجالات القضائية التي تمكن المفتي أو القاضي من الاستئناس بها في مجال إصدار الفتوى أو الأحكام القضائية، خاصة وأن قواعد الفقه تمثل جوهر الفقه الإسلامي وعصارته في البناء الفقهي تحت قالب واحد جامع لمختلف الفروع الفقهية والمسائل المتناثرة، بل ويبلغ أثرها في التأسيس لكثير من قواعد الإثبات القضائي في مجال النزاع والخصومات التي تقوم في كثير من الأفضية المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، الأمر الذي دفع بالفقهاء إلى ضبط هذه القواعد المهمة واستنباط المبادئ الشرعية الجوهرية التي تبنى عليه، وتطبيقها تطبيقا عمليا في مجال الفقه الإسلامي، حيث بلغ أثر امتداد هذه القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية إلى مجال الفقه القانوني، بحيث أصبحت تمثل أغلب قواعد الفقهية ومبادئه الشرعية مجالا خصبا لفقهاء القانون من أجل تكريسها في الفكر القانوني والمناداة على ضرورة العمل على تكريسها في نصوص ومواد قانونية، في مختلف فروع القانون بعقد المؤتمرات العالمية وإصدار الاتفاقيات والإعلانات العالمية من أجل تطبيقها والالتزام بها في العمل القضائي، وتبعاً لذلك جاء الفصل الثاني مقتصرًا على بيان أهم القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية والقانونية المبنية على الاستصحاب، بحيث جاء المبحث الأول منه يتناول أهم قواعد اليقين المبنية على استصحاب الحال كقاعدة اليقين لا يزول بالشك، وقاعدة بقاء ما كان على ما كان، وقاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وقاعدة قاعدة الأصل في الصفات العارضة العدم، أما المبحث الثاني منه فجاه يتناول أهم قواعد الإباحة مثل: قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، وقاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

وقاعدة العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله، أما المبحث الثالث فخصص لبيان أهم قواعد الإثبات القضائي مثل: قاعدة الأصل براءة الذمة وقاعدة الحدود تدرأ بالشبهات، وقاعدة البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، وقاعدة، أما المبحث الرابع فخصص لأهم قواعد الملك والتملك المبينة على استصحاب الحال مثل: قاعدة الأصل في الأموال العصمة، وقاعدة الأصل بقاء اليد الظاهر، مع بيان أهم المبادئ القانونية المستمدة من تلكم القواعد الفقهية، ولتفصيل أكثر تم تقسيم دراسة الفصل الثاني إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: قواعد اليقين

المبحث الثاني: قواعد الإباحة

المبحث الثالث: قواعد الإثبات

المبحث الرابع: قواعد الملك والتملك

المبحث الأول

قواعد النقص

المطلب الأول: قاعدة النقص للزوال بالشك

المطلب الثاني: قاعدة بقاء ما كان على ما كان

المطلب الثالث: قاعدة إضافة المحو إلى أقرب أوقانه

المطلب الرابع: قاعدة الأصل في الصفح العارضة العدم

المبحث الأول: قواعد اليقين

تعد قواعد اليقين من أبرز القواعد الفقهية المبينة على أصل الاستصحاب، ولبيان حقيقتها ومشروعيتها في الفقه الإسلامي وما استنبط منها من مبادئ قانونية، تم تخصيص كل قاعدة فقهية منها بمطلب مستقل، نتطرق فيه بالشرح والتمثيل لها، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: قاعدة اليقين لا يزول بالشك

المطلب الثاني: قاعدة بقاء ما كان على ما كان

المطلب الثالث: قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

المطلب الرابع: قاعدة الأصل في الصفات العارضة العدم

المطلب الأول: قاعدة اليقين لا يزول بالشك

قاعدة اليقين لا يزول بالشك أحد قواعد الفقه الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي وهي أحد أبرز وأهم القواعد المبينة على دليل الاستصحاب، وعليه تم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة القاعدة من حيث بيان حقيقة القاعدة وأهم الصيغ والعبارات المشابهة لها التي ذكرها الفقهاء لتعبير عنها في مؤلفاتهم، مع الحرص على شرح مصطلحات القاعدة ومعناه الإجمالي، ثم ذكر أدلة القاعدة ومدى مشروعيتها، ووجه الاستصحاب فيها، وأهم المبادئ القانونية المستنبطة منها، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

وردت القاعدة بصيغ من أبرزها¹:

1- ما ثبت بيقين لا يزول بالشك.

2- اليقين لا يدفع بالشك.

3- ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- مفهوم اليقين

اليقين في اللغة: اليقين العلم وإزاحة الشك، وتحقيق الأمر².

أما اليقين اصطلاحاً: هو "طمأنينة القلب، على حقيقة الشيء، وتحقيق التصديق بالغيب بإزالة

كل شك وريب"³، وقيل: "حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه"⁴.

2- مفهوم الشك

الشك في اللغة: خلاف اليقين، بمعنى اختلاف النقيضين عند الإنسان وتساويهما، والشك في

الشيء بمعنى هل هو موجود أو غير موجود، وقد يكون في جنسه وقد يكون في أحد صفاته، وربما قد

يكون في الغرض الذي من أجله أوجد⁵.

¹ ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، ط1، (1434هـ-2013م)، 6/321-322.

² لسان العرب، 13/457.

³ التعريفات للجرجاني، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة (مصر)، باب الياء (اليقين)، ص217.

⁴ درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ترجمة: فهمي الحسيني، (طبعة خاصة)، دار عالم الكتب، (السعودية)، دار الجيل (بيروت)، (1423هـ/2003م)، 1/22.

⁵ تاج العروس لمرتضى الزبيدي، ت: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (الكويت)، (1385هـ/1965م) 27/229.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

أما الشك اصطلاحاً: فهو "تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر"¹.

أما الشك في شرح المجلة هو: "تردد الفعل بين الوقوع وعدمه؛ أي لا يوجد مرجح لأحد على الآخر؛ ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين"².

والشك بهذا هذا المعنى في الاصطلاح لا يختلف عن المعنى اللغوي، فكلاهما يراد منه خلاف اليقين وعدم استقرار حقيقة الشيء في القلب استقراراً لا يقبل معه الشك أو الريبة في ذلك.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة

1- المعنى العام

ينصرف معنى القاعدة عند الفقهاء إلى أن الأمر الثابت والمقرر بدليل، أو أمانة، أو أي طريق من طرق الإثبات المعتد بها، والمعبر عنه بالأصل أو اليقين، لا يرتفع حكمه بالشك³، أي أن ما ثبت بيقين فإن ذلك الحكم يبقى مستصحباً حتى يقوم دليل آخر على تغييره، وبالتالي تنتقل من حكم سابق إلى حكم جديد، ولا عبرة في ذلك بالدليل الذي يعتريه الشك أو الظن والاحتمال، لأن اليقين لا يرتفع بما هو دونه في الدرجة ثبوت والقطع، ولذلك نجد من الفقهاء من يعبر على القاعدة بقوله: "ما ثبت بيقين فلا يزول إلا بيقين مثله" أي أن الدليل المعتبر في التغيير ورفع الحكم السابق يجب أن يكون مساو له في درجة القطع وهو اليقين، ولا عبرة بالدليل الذي هو أدنى منه في المرتبة.

2- شروط تطبيق القاعدة

من شروط العمل بقاعدة اليقين لا يزول بالشك عند الفقهاء، توافر شرطين هما⁴:

¹ - العدة لأبو يعلى، ت: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2، (د. ن)، المملكة العربية السعودية (1410هـ-1990م)، 352/1.

² درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 22/1.

³ قاعدة اليقين لا يزول بالشك - دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية - ليعقوب عبد الوهاب الباهسين، ط1، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية)، (1421هـ-2000م)، ص46.

⁴ قاعدة اليقين لا يزول بالشك - دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية - ليعقوب عبد الوهاب الباهسين، ص61.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

1- انتفاء الحكم الشرعي في الواقعة التي تنطبق على القاعدة.

2- عدم معارضة القاعدة لما هو أقوى منها أو مثلها، سواء كان دليلاً شرعياً أو أصلاً آخر

معتبر أو ظاهر راجح.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: من الكتاب

استدل الفقهاء على مشروعية القاعدة من الكتاب بجملة من الأدلة منها:

1- قال الله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا

يَفْعَلُونَ﴾ {يونس/36}.

2- قال أيضاً: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمْ الْهُدَى﴾

{النجم/23}.

3- قال أيضاً: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ {النجم/28}.

وجه الاستدلال: استدل بهذه الآيات وما يشابهها من النصوص إنما يستقيم إذا حمل الظن على

معنى الشك في اصطلاح الفقهاء، وإلى ذلك ذهب عامة الفقهاء في النص الأول والشاهد من الآية

الكريمة عندهم: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾، فقد فُسر على أن الحق لا يزول بالشك الذي

يتبعونه ولا علم لهم بحقيقته، ولا يغني لهم من الحق الذي أساسه اليقين، ولا يقوم مقامه ولا في مرتبته

في شيء، أي أن هذا الحق الثابت بيقين لا يزول بالشك (الظن) الطارئ، أما النص الثاني والثالث من

الآيتين الكرمتين، فقد فُسر الظن فيهما بالتوهم وهو أضعف من الظن في المرتبة وعلى هذا التفسير

استدل الفقهاء بهذه الآيات على طرح الشك والأخذ باليقين الذي يدخل فيه الظن عند الفقهاء¹.

¹ قاعدة اليقين لا يزول بالشك (دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية)، ص 213-214.

ثانيا: من السنة النبوية

استدل الفقهاء على مشروعية القاعدة من السنة النبوية بجملة من الأدلة منها:

1- حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: شُكِّيَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرَّجُلُ يُحْيِلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ فِي الصَّلَاةِ؟ قَالَ: «لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا، أَوْ يَجِدَ رِيحًا»¹.

وجه الاستدلال: استدل الفقهاء على حجية القاعدة من هذا الحديث بما ذكره الإمام النووي بقوله: "وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم بقائها، على أصولها، حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها"².

2- حديث عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إِذَا سَهَا أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ وَاحِدَةً صَلَّى أَوْ اثْنَتَيْنِ؟ فليبين على واحدة، فإن لم يَدْرِ ثِنْتَيْنِ صَلَّى أَوْ ثَلَاثًا؟ فليبين على ثنتين، فإن لم يَدْرِ ثَلَاثًا صَلَّى أَوْ أَرْبَعًا؟ فليبين على ثلاث وليسجد سجدة قبل أن يُسَلِّمَ»³.

وجه الاستدلال: دلَّ الحديث على مسألة خاصة تتعلق بالسهو في الصلاة، وهو أن خروج الشاك في عدد ركعاته يكون بالأخذ باليقين وهو البناء على الأقل في العدد، لأنه هو المتيقن، وما زاد فهو في حكم العدم ولا يعتد به.

¹ رواه البخاري، كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، رقم: (137)، ص47، ومسلم، كتاب الحيض، باب من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث، رقم: (361/98)، 170/1.

² المنهاج في شرح صحيح مسلم للنووي، ط2، مؤسسة قرطبة، (1414هـ-1994م)، 66/4.

³ رواه ابن ماجة في سننه، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء فيمن شك في صلاته فرجع إلى اليقين، رقم: (1209) 381/1، والترمذي، باب الرجل يصلي فيشك في الزيادة والنقصان، الحديث رقم: (398)، 424/1، وقال: حديث حسن صحيح، (633/2).

ثالثاً: الاجماع

أجمع الفقهاء على حجية قاعدة اليقين لا يزول بالشك، قال القرافي: "هذه القاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه"¹.

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

ترتبط القاعدة الفقهية "اليقين لا يزول بالشك" عند الفقهاء بدليل الاستصحاب ارتباطاً وثيقاً باعتبار أن الحكم المستصحب في القاعدة ثابت بيقين، وما طريان الشك إلا عارض متوهم، وما ثبت يقيناً بدليله، فلا يزول إلا بدليل يقيني مثله، ولما كان الشك مجرد عارض متوهم فلا عبرة به فهو كالمعدوم كما نص على ذلك الإمام القرافي: "وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعده"².

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

تعد قاعدة اليقين لا يزول بالشك من أحد القواعد الفقهية الخمس الكبرى التي استنبطها الفقهاء من دليل الاستصحاب وانبثقت منها عدد كبير من القواعد الفقهية التي تعد بمثابة فروع لها تستند عليها باعتبارها قاعدة كلية، وعليه فإن تقرير القاعدة في الفقه الإسلامي قد جاءت مستوفية لجميع الأبواب الفقهية من باب العبادات؛ وباب المعاملات؛ وباب الأحوال الشخصية (فقه الأسرة) وباب الجنايات وباب القضاء والشهادة؛ فهي من هذا الجانب كما قال الإمام السيوطي: "اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر"³ فهي

¹ الفروق للقرافي، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، (الكويت) 1431هـ/2010م)، 111/1.

² المرجع نفسه، 111/1.

³ الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1403هـ/1983م)، ص51.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها

بهذا النطاق الذي ذكره السيوطي¹، فإنها تعد من أوسع القواعد الكلية تطبيقاً وأكثرها امتداداً في أبواب الفقه الإسلامي.

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

من المبادئ القانونية المبنية على الاستصحاب التي استفاد منها فقهاء القانون الوضعي وشراحه في تقرير كثير من القواعد القانونية والتي أصبحت بعد ذلك مبادئ جوهرية لا يمكن الاستغناء عنها في القوانين الحديثة، والتي تستند أساساً على قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، ومن هذه المبادئ القانونية نذكر:

- 1- مبدأ اليقين القضائي:** وهذا المبدأ القانوني المستنبط من قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" الذي بحثها فقهاء الشريعة الإسلامية في قواعد الفقهية يقصد به أن القاضي قبل إصداره حكمه في القضايا المعروضة عليه، أن يبني قناعته على درجة من اليقين والقطع الذي لا يعتريه الظن والاحتمال.
- 2- مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم:** وهذا المبدأ بدوره استنبطه فقهاء القانون من القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب، فالقاضي الجنائي عندما لا تبلغ أدلة الإثبات درجة من القطع واليقين القضائي أو يعتري النصوص القانونية شك في تفسيرها، فإن القاضي يفسر الشك دائماً لمصلحة المتهم استصحاباً لقاعدة الأحكام الجنائية تبني على مبدأ اليقين القضائي.
- 3- مبدأ البراءة الأصلية:** وهذا المبدأ أحد أقسام الاستصحاب عند الأصوليين والذي يعد أصلاً جوهرياً في القوانين الجنائية المعاصرة باعتباره أحد مقومات العدالة المنصفة بين المتهمين، ويقصد به أن الإنسان يعتبر بريئاً من الجرائم والعقوبات حتى يثبت إدانته بحكم قضائي بات.

¹ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الحضيري السيوطي (849هـ-911هـ)، فقيه شافعي، نشأ في القاهرة يتيماً له نحو 600 مصنف منها: «الإتقان في علوم القرآن» «الأشباه والنظائر»، (ينظر: الأعلام، 3/301).

المطلب الثاني: قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان

قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان، من قواعد اليقين المبينة على أصل استصحاب الحال وعليه تم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة القاعدة، من حيث بيان حقيقة القاعدة وأهم الصيغ والعبارات المشابهة لها التي ذكرها الفقهاء لتعبير عنها في مؤلفاتهم، مع الحرص على شرح مصطلحات القاعدة ومعناه الإجمالي، ثم ذكر أدلة القاعدة ومدى مشروعيتها، ووجه الاستصحاب فيها، وأهم المبادئ القانونية المستنبطة منها وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

وردت قاعدة بقاء ما كان على ما كان عند الفقهاء بصيغ منها¹:

- 1- القديم يترك على قدمه.
- 2- الأصل عدم المسقط والأصل بقاء ما وجب.
- 3- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.
- 4- الأصل استصحاب الحال حتى يظن عدم البقاء، وقيل حتى يوقن.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، ص 391.

ثانيا: المعنى الإجمالي للقاعدة

ينصرف معنى القاعدة الفقهية عند عامة الفقهاء وعلماء الأصول على استمرارية الحكم الثابت في الزمن السابق ودوامه إلى الزمن اللاحق لفقدان الدليل المغير لذلك الحكم، وهذا المعنى للقاعدة الفقهية ينطبق تماما على معنى الاستصحاب عند الأصوليين، وفي معنى آخر للقاعدة عند أهل العلم "أن الأس والمعيار في الأمور المتأخرة أن تبنى على الأمور المتقدمة، فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء، وليس هناك دليل يُحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، فيصار حينئذ إليه"¹، ومما ينبغي الإشارة إليه أن قاعدة "بقاء ما كان على ما كان" أحد القواعد المتفرعة من القاعدة الكبرى "اليقين لا يزول بالشك"، كما ذكر أهل العلم في ذلك.

ثالثا: القيود الواردة على تطبيق القاعدة

من القيود التي ذكرها أهل العلم لإعمال القاعدة هي:

- 1- انتفاء الدليل الناقل، فإذا لم يجد المجتهد بعد بذل الوسع والتحري في البحث عن الدليل الذي يصلح لتغيير الحكم السابق، استصحب حكم الأصل وعمل به، ومثاله عند الفقهاء كعدم وجوب الصلاة السادسة حتى يثبت العكس.**
- 2- انتفاء التعارض بين القاعدة وأصل آخر أقوى منه، كما لو تعارض أصل وظاهر أقوى منه كالشهادة والرواية والإخبار، قُدم الظاهر بغير خلاف وزال الأصل².**

¹ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد مصطفى الزحيلي، ط3، دار الفكر، دمشق (سورية)، (1430هـ-2009م) ص129.

² تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب، ت: أوعبيدة، بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، (السعودية) 162/3، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 398/6.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

3- البقاء في القاعدة مقيد بثبوت الشيء وعدم زواله، لأنَّ الأصل في الثابت البقاء فيما يحتمل البقاء، لا مجرد أن تكون صفة، لأن الصفة لا تبقى¹.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

استدل الفقهاء على مشروعية القاعدة بأدلة منها:

1- عموم أدلة دليل استصحاب الحال، باعتبار أن القاعدة تحقق مناط استصحاب الحال وحقيقته عند الأصوليين والفقهاء معا، قال الونشريسي: "الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو المسمى في عرف الأصولي باستصحاب الحال"²، وعليه فإن الاستدلال بأدلة مشروعية الاستصحاب والاحتجاج به، تصلح بالاحتجاج على قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان ومشروعيتها، كونها يتفقان في المعنى والمضمون، وعليه فلا حرج في كون أدلة مشروعيتها واحداً.

2- عموم أدلة قاعدة اليقين لا يزول بالشك باعتبار كون قاعدة بقاء ما كان على ما كان من بين القواعد الفقهية المتفرعة عنها، وعليه فلا حرج في الاستدلال بمشروعية القاعدة بنفس أدلة مشروعية قاعدة اليقين لا يزول بالشك، فما ينطبق على القاعدة الرئيسية ينطبق على فروعها المنبثقة عنها أو المدرجة تحتها.

3- لأن ما ثبت فهو باق إلى أن يوجد ما يزيله، لاستغناء البقاء عن الدليل³.

¹ ينظر: المحصول في علم أصول الفقه لفخر الدين الرازي، ت: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، 99/6 معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 398/6.

² المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، للونشريسي، ت: محمد حجي وآخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية (الرباط) ودار الغرب الإسلامي، (بيروت)، (1401هـ-1981م) 425/4.

³ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، ط1، طبعة الأميرية الكبرى ببولاق، (1314هـ)، 237/4.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

تعد قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان" من أمهات القواعد الفقهية المبينة على الاستصحاب وأحد القواعد المتفرعة على قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، التي عليها مدار الأحكام وتدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها.

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

من المبادئ القانونية المبينة على الاستصحاب التي استفاد منها فقهاء القانون الوضعي وشراحه في تقرير كثير من القواعد القانونية والتي أصبحت بعد ذلك مبادئ جوهرية لا يمكن الاستغناء عنها في القوانين الحديثة والتي تستند أساساً على قاعدة بقاء ما كان على ما كان ومن هذه المبادئ القانونية هي نفسها التي جاء ذكرها ضمن نطاق قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، مثل: مبدأ البراءة الأصلية فالأصل أن البراءة الثابتة للإنسان تبقى على ما هي عليه، حتى يثبت بدليل قاطع ما يزول هذه البراءة ويرفعها عنه، وعليه عبر الفقهاء بقولهم: "الأصل بقاء ما كان على ما كان".

المطلب الثالث: قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، من قواعد اليقين المبينة على أصل استصحاب الحال وعليه تم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة القاعدة من حيث بيان حقيقة القاعدة وأهم الصيغ والعبارات المشابهة لها التي ذكرها الفقهاء لتعبير عنها في مؤلفاتهم، مع الحرص على شرح مصطلحات القاعدة ومعناه الإجمالي، ثم ذكر أدلة القاعدة ومدى مشروعيتها، ووجه الاستصحاب فيها، وأهم المبادئ القانونية المستنبطة منها وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

وردت القاعدة بصيغ عديدة منها¹:

- 1- الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن.
- 2- يحال بالحادث إلى أقرب الأوقات.
- 3- الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات.
- 4- الظاهر إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.
- 5- الحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 549/6.

ثانيا: شرح مفردات القاعدة

1- معنى الحادث

أ- الحادث لغة:

قال ابن فارس: الحاء والذال والطاء أصل واحد، وهو كون الشيء لم يكن، يقال: حدث أمر بعد أن لم يكن¹.

جاء في المصباح المنير حَدَّثَ الشيء (حدثا) من باب قَعَدَ تَجَدَّدَ وجوده فهو (حادث) و(حديث) ومنه يقال: (حَدَّثَ) به عيب إذا تَجَدَّدَ وكان معدوما قبل².

ب- الحادث اصطلاحا:

الحادث بالمعنى الاصطلاحي يقصد به: "الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد"³.

2- معنى أقرب أوقاته

الوقت وهو الزمن، ومعنى اللفظ عند اطلاقه في القاعدة بقولهم: "إلى أقرب أوقاته" فيراد به أقرب الأزمنة للحال الحادث.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة

المقصود بالقاعدة عند الفقهاء أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ما كأن يقر أحد بدين لأحد ورثته ثم توفي فادعى باقي الورثة أن الإقرار كان في زمن مرض الموت وادعى المقر له أنه كان في حال الصحة فإن هذا الإقرار ينسب حدوثه إلى أقرب زمن في حياة المتوفى وهو مرض الموت استصحابا للحال التي كان عليها في أقرب زمن لأنه هو المتيقن، فيكون القول قول الورثة، ما لم تثبت نسبة هذا

¹ معجم مقاييس اللغة، (مادة) حدث، 36/2.

² المصباح المنير، 124/1.

³ درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية)، (1423هـ-2003م)، 28/1.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

الإقرار إلى الزمن البعيد أي قبل مرض الموت فإن أثبت المقر له بالدين إلى ذلك الزمن البعيد في حياة المتوفي كان القول للمقر له بالدين¹.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: الأدلة العامة

1- بعموم الأدلة التي ذكرها في حجية مشروعية قاعدة اليقين لا يزول بالشك، لأن القاعدة تعد أحد الفروع المستخلصة من قاعدة اليقين لا يزول بالشك باعتبار أن الوقت القريب هو المتيقن وأن الوقت البعيد مبني على الشك، فاستصحاب الأمر الحادث لأقرب أوقاته لأنه مبني على يقين، ولا نتقل عنه إلا بيقين مثله.

2- كما استأنسوا بعموم أدلة حجية دليل الاستصحاب وذلك باعتبار أن القاعدة من أهم القواعد الفقهية المبنية على أصل الاستصحاب، وقد سبق التفصيل في تلك الأدلة وبيانها في موضعها من هذه الدراسة.

ثانياً: الأدلة الخاصة

من الأدلة الخاصة على مشروعية القاعدة:

1- حديث ميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: سئل عن فآرة سقطت في سمن فقال: "ألقوها وما حولها فاطرحوه، وكلوا سمنكم"². وفي رواية: سئل عن الفأرة تقع في السمن فقال: "إن كان جامداً فالقوها وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه"³.

¹ شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني، ط3، المطبعة الأدبية، بيروت، (لبنان)، (1923م)، ص25.

² رواه البخاري، كتاب الوضوء، باب ما يقع من النجاسات في السمن والماء، رقم: (235)، ص68.

³ رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء في الفأرة تموت في السمن، رقم: (1798)، 3/392، ورواه أبي داود في سننه، أول كتاب الأطعمة، باب: في الفأرة تقع في السمن، رقم: (3841)، 5/653. والنسائي في سننه، كتاب الفرع والعتيرة، باب الفأرة تقع في السمن، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1421هـ-2001م)، 4/388، صحح الحديث جماعة وقالوا: هو على شرط

الفصل الثاني: (قول عمر الفقيه للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

وجه الاستدلال: قالوا إن النجاسة إذا لم يعلم وقت وقوعها يحكم بوقوعها بالنسبة إلى الوقت الحادث إلى أقرب الأوقات، كأنها وقعت في هذا الوقت؛ وفي الحديث النبوي فيه إشارة إلى أن الفأرة لم يعلم متى وقعت في السمن، وهل كان السمن وقت وقوعها سائلاً، أم جامداً، أو كان بين بين؟ فاعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوعها في الحال¹.

2- قال سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه غدا إلى أرضه بالجرف فوجد في ثوبه احتلاماً، فقال: "لقد ابتليت بالاحتلام منذ وليت أمر الناس، فاغتسل وغسل ما رأى في ثوبه من الاحتلام، ثم صلى بعد أن طلعت الشمس"².

3- قال مالك بن أنس في رجل وجد في ثوبه أثر احتلام، ولا يدري متى كان؟ ولا يذكر شيئاً رأى في منامه، قال: "ليغتسل من أحدث نوم نامه، فإن كان صلى بعد ذلك النوم فليعد ما كان صلى بعد ذلك النوم، من أجل أن الرجل ربما احتلم ولا يرى شيئاً، ويرى ولا يحتلم، فإذا وجد في ثوبه ماءً فعليه الغسل، وذلك أن عمر أعاد ما كان صلى لآخر نوم نامه، ولم يعد ما كان قبله"³.

الشيخين، وحكي عن محمد بن يحيى الذهلي تصحيحه، (أنظر: تهذيب سنن أبي داود لابن القيم، ت: علي العمران، طبعة دار عطاءات العلم، (الرياض)، (2/ 622)، وحسنه النووي في خلاصة الأحكام ت: حسين إسماعيل الجمل، ط1، مؤسسة الرسالة بيروت (لبنان)، (1418هـ-1997م)، (1/ 182).

¹ التعليق المصحح على موطأ الإمام محمد، لعبد الحي اللكنوي، ت: تقي الدين الندوي، ط1، دار السنة والسير، (بومبائي) ودار القلم (دمشق)، (1413هـ/1992م)، /3516، أجز المسالك إلى موطأ مالك للكاندهلوي، كتاب الاستئذان، باب ما جاء في الفأرة تقع في السمن، ط1، دار القلم، دمشق، (1424/2003م)، 312/17، بذل المجهود في حل سنن أبي داود للسهارنفوري ت: تقي الدين الندوي، ط1، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، (1427هـ-2006م) 568/11.

² موطأ الإمام مالك بن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (لبنان)، (1406هـ - 1985م) كتاب الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة وغسل إذا صلى ولم يذكر وغسل ثوبه، رقم: (81)، 49/1.

³ موطأ مالك، كتاب الطهارة، باب إعادة الجنب الصلاة وغسل إذا صلى ولم يذكر وغسل ثوبه، 50/1.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

وجه الاستدلال: قالوا: فيه دليل على أن من رأى في ثوبه أثر احتلام، ولم يتذكر المنام وقد صلى فيه قبل ذلك، فإنه يحمله على آخر نومة نامها (لأنه هو الأمر المتيقن)، ويعيد ما صلى بينه وبين آخر نومته، وهذا من قبيل إضافة الحادث (الاحتلام) إلى أقرب أوقاته أي (آخر نومة نامها المحتلم).

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

لا يكاد يختلف الأصوليون والفقهاء في اعتبار قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته من بين القواعد الفقهية المتفرعة من دليل استصحاب الحال، وفي ذلك نص الإسنوي¹ في معرض حديث عن حجية دليل الاستصحاب قائلا: "استصحاب الحال حجة على الصحيح، وقد يعبر عنه: بأن الأصل في كل حادث تقديره في أقرب زمن"، وضرب لذلك مثلا، أنه إذا وُكِّلَ بتزويج ابنته، فحصل موت الموكل ووقوع النكاح، وشككنا في السابق، قال: أنه لا يصح، لأن الأصل التحريم، فلا يستباح بالشك وإذا استحضرت أن الأصل في الحادث تقديره في أقرب زمن، لزم اقترانهما في الزمان، وحينئذ يحكم بالبطلان².

ويفهم من كلامه أنه قد ربط علاقة مباشرة بين الاستصحاب باعتباره دليلا شرعيا صحيحا وبين القاعدة الفقهية باعتبارها تطبيقا عمليا تقوم عليه، حيث إن الواقعة الحادثة في الزمن القريب هو أمر ثابت بيقين لا خلاف في صحة وجوده في الواقع (اقتران وقوع النكاح وموت الموكل كما في المثال) أما ثبوت تلك الواقعة في الزمن البعيد فهو أمر مشكوك في صحة ثبوته في الواقع، فحينئذ يؤخذ بالحكم

¹ أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي (704هـ-772هـ)، فقيه أصولي، ولد بإسنا، وقدم القاهرة سنة 721 هـ فانتهت إليه رئاسة الشافعية. وولي الحسبة ووكالة بيت المال، ثم اعتزل الحسبة، من كتبه: «نهاية السؤل شرح منهاج الأصول» «التمهيد»، (ينظر: الأعلام، 3/344).

² التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، ت: محمد حسن هيتو، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، ص 489-490.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها

الثابت في الزمن القريب استصحابا لليقين، ولا يلتفت لوقوعه في الزمن الأبعد لعدم الدليل، وعليه فحكم النكاح باطل بناءً على الأخذ بقاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

تعتبر قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته من أهم القواعد الفقهية العملية في الزمن المعاصر لما لها من فروع وتطبيقات كثيرة تخدم كثير من الحوادث والمستجدات التي تقع بالناس، كما تعد مرجع عملي لجهات وهيئات تستند عليها ففي القضاء يمكن للقاضي من خلال هذه القاعدة تحديد وقت الحادثة إذا خلت من البينات والأدلة التي تحدد وقتها، كما تخدم القاعدة المجال الطبي فيما يتعلق بحدوث العيوب أثناء المعالجة الطبية، والتي يتسبب فيها الطبيب بسبب تقصيره، فعندما يختلف مع المريض في ذلك، فينسبها الطبيب إلى ما قبل المعالجة، وينسبها المريض إلى أثناء المعالجة، فعلى القاعدة يؤخذ بقول المريض نسبة للحادث إلى أقرب أوقاته استصحابا، إلا إذا وجد الدليل الذي يثبت العكس¹.

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته من القواعد الفقهية التي أكدت بدورها على بعض المبادئ القانونية التي جاء ذكرها ضمن عدد من القواعد الفقهية التي تقاربها في معناها العام، فلو حصل نزاع قانوني في زمن حدوث تصرف من التصرفات، أو امر من الأمور، فإن هذا التصرف ينسب إلى أقرب أوقاته²، والقاعدة الفقهية تعد من المبادئ القانونية عند فقهاء القانون.

¹ قاعدة الأصل في الحادث إضافته إلى أقرب أوقاته وتطبيقاتها للمطرودي علي بن عبد العزيز بن براهيم، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (ع13)، 2012، السعودية، ص36.
² أصول الإثبات لرمضان أبو السعود، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1986م، ص347.

المطلب الرابع: الأصل في الصفات العارضة العدم

قاعدة الأصل في الصفات العارضة العدم، من قواعد اليقين المبينة على أصل استصحاب الحال وعليه تم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة القاعدة من حيث بيان حقيقة القاعدة وأهم الصيغ والعبارات المشابهة لها التي ذكرها الفقهاء لتعبير عنها في مؤلفاتهم، مع الحرص على شرح مصطلحات القاعدة ومعناه الإجمالي، ثم ذكر أدلة القاعدة ومدى مشروعيتها، ووجه الاستصحاب فيها، وأهم المبادئ القانونية المستنبطة منها وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

من أهم صيغ القاعدة التي ذكرها الفقهاء نذكر منها¹:

1- الأصل العدم.

2- الأصل في الأمور العارضة العدم.

3- الأصل في كل معدوم بقاؤه على عدمه.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 432/6.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- معنى الصفات

الصفات لغة: جمع صفة، وهي الأمانة اللازمة للشيء¹.
وأما الصفة في الاصطلاح فالمقصود بها: الاسم الدال على بعض أحوال الذات وهي الأمانة اللازمة بذات الموصوف الذي يُعرف بها².
والصفات في معنى القاعدة الفقهية نوعان: إما صفات أصلية وجودية، أو صفات عارضة طارئة، أما الصفات الأصلية: فهي ما كان الأصل وجودها في الموصوف ابتداءً مثل كون المبيع صحيحاً سليماً من العيوب، وكون رأس مال المضاربة على حاله خالياً من الربح أو الخسارة³، وأما الصفات العارضة: فهي صفات الأصل عدم وجودها في الموصوف، ولم يتصف بها ابتداءً، كالعيب في المبيع والربح والخسارة في مال المضاربة⁴.

2- مفهوم العدم

العدم لغة: ضدّ الوجود، فهو نفي شيء من شأنه أن يُوجد، الفقدان وغلب على فقدان المال والفقر الوجود والعدم⁵، ولا يختلف المعنى اللغوي لكلمة (العدم) عن المعنى الاصطلاحي في استعمال الفقهاء.

¹ معجم مقاييس اللغة، 448/5.

² التعريفات للجرجاني، ص114.

³ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي آل بورنو، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1416هـ-1996م) ص184.

⁴ المرجع نفسه، ص184.

⁵ معجم اللغة العربية المعاصرة لأحمد مختار عمر، ط1، عالم الكتب، القاهرة (مصر)، (1429هـ-2008م)، 1470/2.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

ثالثاً: معنى القاعدة

المراد بالقاعدة عند الفقهاء أن الأصل في (الصفات) كالجنون والمرض مثلاً أو كما يعبر عنها الفقهاء بلفظ (الأمر) لأن القاعدة في معناها العام لا يقتصر شمولها على الصفات فقط كالجنون والمرض، بل تشمل الأمور المستقلة كسائر العقود والإتلافات وما شابه، فهذه الصفات أو الأمور في جملتها إنما هي طارئة في الوجود لأن الأصل فيها ابتداءً عدم وجودها أو قيامها، فيكون عدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية، ويكون تغييره إلى الوجود عارضاً أو طارئاً مشكوكاً فيه¹، وعليه فإن تقرير القاعدة عند قيام النزاع بين المتخصصين في تلك الصفات والأمور العارضة، هو عدم وجودها أو قيامها ومن يتمسك بالعكس فعليه إقامة الدليل، لأن ما ثبت بيقين (العدم)، لا يزول إلا بيقين مثله (وهو إثبات الوجود).

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: الأدلة العامة

1- عموم أدلة قاعدة اليقين لا يزول بالشك.

2- عموم أدلة الاستصحاب.

ثانياً: الأدلة الخاصة

أجمع أهل العلم على اعتبار القاعدة ومشروعيتها الاحتجاج بها، قال القراني: "هذه القاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه"².

¹ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق (سورية)، (1425هـ-2004م)، 982-983/2.

² الفروق للقراني، 111/1.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

ترتبط قاعدة الأصل في الصفات العارضة بعدم دليل الاستصحاب باعتبار أن الأصل في تلك الصفات الطارئة هو عدم وجود تلك الصفة، أما الصفات الأصلية فالأصل فيها هو وجود تلك الصفات، وعلى ذلك عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة من عدمها، فالقول من يتمسك بعدمها، وأما من يتمسك بالوجود فعليه الإثبات، فالمتمسك بالقول بعدم مستصحب لأصل وهو عدم وجود تلك الصفة¹؛ لأنها ثابتة بيقين وأما القول بوجود تلك الصفة فهو أمر مشكوك فيه يحتاج إلى بينة، فلو اشترى شخص ما حصان فاستعمله، ثم ادعى المشتري وجود العيب في الحصان عند البائع، وادعى البائع السلامة عند البيع، فالقول قول البائع، لأن الأصل السلامة وأما القول بوجود العيب هو أمر عارض مشكوك فيه، لا يصح القول به إلا بدليل.

الفرع الرابع: نطاق تطبيق القاعدة في الفقه الإسلامي

يتسع نطاق قاعدة الأصل في الصفات العارضة لعدم لتشمل مختلف الأبواب في الفقه الإسلامي، فهي لا تقتصر على مجال الصفات كالعيوب أو المرض أو الجنون، بل يتسع نطاقها لتشمل أمور أخرى كالعقود والاتلافات كما نص على ذلك الشيخ الأستاذ محمد مصطفى الزرقا بقوله: "فإن القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض، بل تشمل الأمور المستقلة مثل العقود والاتلافات"²، كما يبني عن القاعدة كثير من القواعد المتفرعة عنها التي تحكم جزئيات كثيرة من تلكم الفروع الفقهية ومن أهم تلك القواعد المتفرعة عنها:

1- الأصل عدم الشرط

2- الأصل عدم اللزوم

¹ قاعدة الأصل في الصفات العارضة لعدم -دراسة مقارنة- لحسين بن عوض بن حسين الشهري، مجلة الدراسات العربية، م (43) العدد (2)، 2021، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، ص 892.

² المدخل الفقهي العام للزرقا، 983/2.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

من المعلوم المقرر أن العدم سابق على الوجود، فكل شيء يُدعى عروضة وحصوله فهو مسبق بالعدم ضرورةً، وحينئذ فالعدم السابق على الموجود المدعى ثابت يبين -لأنه الأصل وهو السابق- والموجود قبل إثباته مشكوك فيه، ولا يُرفع يقين أمر بظن ضده¹، فإن كان العدم هو الأصل فيجب استصحابه حتى يثبت رافعه، فالتمسك بالصفة الأصلية متمسك بأصل مستيقن، والتمسك بالصفة العارضة متمسك بأمر مشكوك فيه²، وعليه فالقانون يعد القاعدة الفقهية من المبادئ القضائية المهمة في فض النزاعات بين المتخاصمين، وتفعيلاً لمبدأ "الالتزام في الإثبات يقع على الدائن"، وهذا المبدأ جاء في المادة (323) من القانون المدني الجزائري بنصه: "على دائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، كما قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1987/06/03 على أنه من المقرر قانوناً أنه على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه ، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد انتهاكا لقواعد الإثبات"³، فمثلاً: لو ثبت على شخص دين بإقراره أو بالبينة، ثم ادعى الوفاء أو الإبراء، وأنكر الدائن ذلك، فالقول قول الدائن لأن الدين إذا ثبت فالأصل بقاءه حتى يرد الدليل على وفائه، فالأصل ثبوت الدين، والإبراء هو الأمر العارض، فيبقى الأصل ويُنفى الأمر العارض إلا أن يقوم عليه دليل⁴.

¹ القواعد الفقهية للفقه الإسلامي شأنها رجالها آثارها لأحمد محمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية، (1423هـ، 1993م) ص307.

² مؤسوعة القواعد الفقهية لآل بورنو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1424هـ/2003م)، 2-110/1.

³ قرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1990 عدد (3)، ص 30 -ص31-ص32.

⁴ ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص58، الأشباه والنظائر لابن نجيم، 1/115.

المبحث الثاني

قواعد الإيالة

المطلب الأول: قاعدة الأصل في الاتباء الإيالة

المطلب الثاني: قاعدة الأصل في التصرفات عملها على الصفة

المطلب الثالث: قاعدة العاوارق الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا

ما حرمه الله

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

المبحث الثاني: قواعد استصحاب الإباحة

تعد قواعد استصحاب الإباحة من جملة قواعد الفقه المبينة على أصل الاستصحاب، ولبيان حقيقتها ومشروعيتها في الفقه الإسلامي وما استنبط منها من مبادئ قانونية، بحيث تم تخصيص كل قاعدة فقهية بمطلب مستقل نتناول فيه بالشرح والتمثيل لها، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الأصل في الأشياء الإباحة

المطلب الثاني: الأصل في التصرفات حملها على الصحة

المطلب الثالث: العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله

المطلب الأول: الأصل في الأشياء الإباحة

قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة أحد أشهر قواعد الفقه الإسلامي وهي من القواعد التي ترتبط بدليل الاستصحاب، وتتصل به اتصالاً مباشراً، وعليه تم تخصيص هذا المطلب إلى دراسة القاعدة من حيث بيان حقيقة القاعدة وأهم الصيغ والعبارات المشابهة لها التي ذكرها الفقهاء لتعبير عنها في مؤلفاتهم، مع الحرص على شرح مصطلحات القاعدة ومعناه الإجمالي، ثم ذكر أدلة القاعدة ومدى مشروعيتها، ووجه الاستصحاب فيها، وأهم المبادئ القانونية المستنبطة منها، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

نص الفقهاء على القاعدة بصيغ عدة منها¹:

1- الأصل في الأشياء التي لا ضرر فيها ولا نص بتحريم الحل والإباحة.

2- كل مسكوت عن ذكره بتحريم أو أمر فمباح.

3- ما لا يعلم فيه تحريم يجري على حكم الحل.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- معنى الأشياء

الأشياء في اللغة: جمع شيء وهو في اللغة عبارة عن كل موجود، إما حساً كالأجسام أو حكماً كالأقوال²، والمراد بلفظ الأشياء عند الفقهاء الأعيان والأفعال، فأما الأعيان فهو ما ينتفع به كالحيوانات من لحومها وجلودها ومركبها... الخ، وأما الأفعال فهي تشمل كل ما يدخل في نطاق المعاملات والتصرفات التي يقوم بها الإنسان بنفسه أو مع غيره كإبرام العقود وغيرها.

2- معنى الإباحة

الإباحة في اللغة: تأتي بمعنى الإظهار والكشف، قال ابن منظور: البَوْحُ: ظهر الشيء؛ وبأخ به بَوْحاً وبُؤُوحاً وبُؤُوحاً وبُؤُوحَةً: أظهره³.

أما الإباحة في الاصطلاح الأصولي: "التسوية بين الفعل والترك لا ثواب على شيء منهما ولا عقاب كمن جلس متربعا أو رافعا إحدى ركبتيه، وسائر الأمور كذلك وهو الحلال"⁴.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 345/6-346.

² المصباح المنير، 330/1.

³ لسان العرب، 416/2.

⁴ موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، 1/1.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

أما الإباحة في الاصطلاح الفقهي فالمقصود بها "الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل"¹.

وطرق إثبات الإباحة على ثلاث:

الطريق الأول: الشرع.

الطريق الثاني: دلالة النصوص.

الطريق الثالث: سكوت الشرع.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة

المقصود بالقاعدة عند الفقهاء أن الأصل في مختلف الأمور التي ينتفع بها الإنسان من تصرفات ومعاملات وأفعال هو الإباحة حتى يرد دليل من الشرع على حظرها ومنعها، ففي مجال المعاملات المالية والمدنية فالإنسان حر في إبرام ما يشاء من العقود المختلفة وله المجال الواسع في عقد التصرفات التي ينتفع بها ما لم يخالف ذلك ما نص الشرع على منعه وحظره، وقد يمنع القانون معاملة أو تصرفات فلا يجوز القيام بها وإتيان ما يخالف القانون، أما الشق الثاني من القاعدة فتدل على أن كل ما يسبب ضرر سواء في طعامه أو معاملاته أو التصرفات والعقود التي يبرمها والتي تلحق به ضرر واقعا أو متوقعا في جسمه أو حياته أو معاملاته وتصرفاته أو يمتد ضررها لغيره من الناس في الأصل فيه التحريم والحظر.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولا: الكتاب

استدل للقاعدة بأدلة من الكتاب منها:

1- قول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ

الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴿المائدة/4﴾.

¹ معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلجعي وحامد صادق قنبي، ط2، دار النفائس، بيروت (لبنان)، (1408هـ-1988م)، ص37.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

وجه الاستدلال: استدل القائلون بمشروعية القاعدة الفقهية بأن المراد من قوله "الطيبات" هو مطلق المنافع التي منحها الله لخلقه بلا استثناء، وتأكيدا على ذلك دلت اللام في قوله "لكم" مخصوصة من جهة الانتفاع للمخاطبين¹.

2- وقوله عز وجل: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ {البقرة/29}.

وجه الاستدلال: استدل القائلون بمشروعية القاعدة على أن الآية الكريمة جاءت في سياق الإذن على الانتفاع وترغيبا في الشكر² على حل المنافع التي وهبها الله تعالى لعباده في الأرض، ولا يمتن الله تعالى إلا بالجائز، وتأكيدا على ذلك جاءت اللام في قوله "لكم" بمقتضى الاختصاص بالمنافع مطلقا³.

ثانيا: السنة النبوية

1- حديث أبي درداء رضي الله عنه مرفوعا بلفظ: "مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ، فَاقْبَلُوا مِنَ اللَّهِ عَافِيَتَهُ" ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾⁴.

¹ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية، ليعقوب عبد الوهاب الباسين، ط4، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية) (1422هـ-2001م)، ص396.

² الإمام في بيان أدلة الأحكام لعز الدين بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي، ت: رضوان مختار بن غريبة ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1407هـ - 1987م)، ص173.

³ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية، ص397.

⁴ سبق تحريجه، ص61.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبايعة (القانونية المبينة عليها)

2- حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ اللَّهَ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا، وَسَكَتَ عَنِ أَشْيَاءَ رَحْمَةً لَكُمْ مِنْ غَيْرِ نِسْيَانٍ فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا»¹.

3- حديث سعد بن أبي وقاص، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ، فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»².

وجه الاستدلال: دلت الأحاديث في جملتها أن الله سبحانه من رحمته بعبادته أن ما سكت عنه فهو من قبيل المباح الذي عفا عنه، ورفعاً للحرج عن المسلمين، كما دل الحديث الثالث تأكيداً على أن التحريم إنما يكون بعد ورود الشرع في المسألة، وأن كثرة التساؤل في غير حاجة قد يكون من أعظم الذنوب التي يكون بسببها وقع التحريم.

ثالثاً: الاستصحاب

تعد قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة أحد أهم القواعد الفقهية المبينة على دليل الاستصحاب كما تعد هذه القاعدة الفقهية أحد أقسام الاستصحاب التي بحثها علماء الأصول في قسم استصحاب حكم الأصل في الأشياء، حيث ذهب طائفة من الفقهاء إلى القول باستصحاب حكم إباحة الأشياء قبل ورود الشرع، وهذا ما ذهب إليه بعض المعاصرين على اعتبار القاعدة قسم مستقل من أقسام دليل الاستصحاب.

¹ رواه الدارقطني في سننه، كتاب المكاتب، باب الرضاع، رقم: (4396)، 326/5، والحاكم في المستدرک، كتاب الأطعمة، باب رقم: (7114)، مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1411هـ-1990م)، 4/ 129، قال النووي: حديث حسن (ينظر: الأذكار للنووي، ت: عبد القادر الأرناؤوط، مطبعة الملاح، دمشق (سورية)، (1391 هـ-1971م) ص353).

² سبق ترجمته، ص49.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها)

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

يتسع نطاق قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة كما ذكر أهل العلم ليشمل الأطعمة والأشربة ويدخل في نطاقها الحيوانات والنباتات لأن الأصل فيها الحل إلا ما جاء فيه النص الشرعي بالتحريم وثبت انتفاء الضرر في استعمالها، وتشمل القاعدة أيضاً كل الوسائل التي يتخذها الإنسان للانتفاع بها في حياته كوسائل الاتصال الحديثة (مثل: الهاتف، الأنترنت... الخ)، ووسائل النقل المتطورة (مثل: الطيران والقطارات... الخ)، وجميع الآلات المستحدثة في المجال الطبي والصناعي والزراعي ما لم يثبت ضررها، وكذلك في مجال المعاملات والتصرفات يتسع نطاق القاعدة ليشمل العقود المستحدثة مثل بعض العقود الالكترونية، والعقود الذكية، وكذلك بعض المعاملات الجديدة في البنوك الإسلامية إذا خلت من الربا؛ وكذلك يستند على هذه القاعدة الفقهية في المسكوت عنه من الشرع.

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

من المبادئ القانونية المبنية على قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة التي اشتهرت عند فقهاء القانون قولهم بمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، أو بمعنى آخر بمبدأ "شرعية التجريم والعقاب" فالمبدأ يتصل بالقاعدة الفقهية من جهة أن أفعال الأفراد والجماعات هي من قبيل الإباحة حتى ينص القانون على التجريم والعقاب في نص قانوني.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها)

المطلب الثاني: الأصل في التصرفات حملها على الصحة

تعد قاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة من القواعد العظيمة التي استنبطها الفقهاء وبنوها على أصل الاستصحاب والتي تختص بمجال التصرفات التي يقوم بها الإنسان في مختلف معاملاته ولبیان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها ووجه الاستصحاب فيها، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

من القواعد المتصلة بالقاعدة أو المتفرعة عنها¹:

1- الأصل حمل العقود على الصحة.

2- الأصل في المعاملات الجواز.

3- الأصل في تصرفات العقلاء الصحة.

4- الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم: الصحة حتى يرد نهي.

أولاً: شرح مفردات القاعدة

1- معنى التصرفات

التصرفات لغة جمع تصرف، ولها في لغة معان منها²:

¹ القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية لعادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قُوتَه، ط1، دار البشائر الإسلامية بيروت (لبنان)، (1425هـ-2004م)، 392/1.

² لسان العرب، 189/9، القاموس المحيط، ص827، مقياس اللغة، 343/3.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

أ- رد الشيء عن وجهه

ب- الاحتيال، يقال الصيرفي المحتال في الأمور.

ت- الفضل، الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة، ومنه اشتق اسم الصيرفي، لتصرفيه

أحدهما إلى الآخر.

أما معنى التصرف في اصطلاح الفقهاء فيقصدون به كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب

الشرع عليه نتائج حقوقية، والتصرفات على قسمين: أولهما: تصرفات فعلية كالغصوب

والإتلافات... الخ، وقسم آخر تصرفات قولية منها ما هو تصرف قولي عقدي كالبيع والشراء والإجارة

والشركة... الخ، ومنها ما هو تصرف قولي غير عقدي كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء... الخ¹.

2- معنى حملها على الصحة

الصحة في اللغة، قال ابن فارس: الصاد والحاء أصل يدل على البراءة من المرض والعيب وعلى

الاستواء²، ويقصد بها أيضا معنى السلامة، ومنه يقال صَحَّت الصلاة إذا أسقطت القضاء وصَحَّ العقد

إذا ترتب عليه أثره وصَحَّ القول إذا طابق الواقع³.

أما الصحة في اصطلاح الفقهاء فيقصد بها في العبادات ما وافق الشرع باستكمال الأركان

والشروط وانعدام الموانع، أما في مجال المعاملات فيقصد بها أن يكون العقد غير مخالف للشرع بفقد

ركن أو شرط أو بوجود مانع⁴، وعليه فمعنى حملها على الصحة في القاعدة الفقهية يراد بها ما وافق

الشرع، أي أن الأصل في تصرفات المسلمين هي تصرفات شرعية.

¹ المدخل الفقهي العام لمصطفى للزرقا، 379/1.

² مقاييس اللغة، 281/3.

³ المصباح المنير، 333/1.

⁴ الواضح في أصول الفقه للمبتدئين ل محمد سليمان الأشقر، ط2، الدار السلفية، الكويت، (1403هـ-1983م)، ص45.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

ثانيا: المعنى الإجمالي

ينصرف معنى قاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة عند الفقهاء إلى أن جميع تصرفات المكلفين محمولة على الصحة متى توافرت شروطها وأركانها على الوجه الشرعي، سواء تعلقت تلك التصرفات بأمر العبادات كما في أداء الصلاة والزكاة والصوم والحج وغيرها، أو تعلقت بأمر المعاملات والعقود التي يعقدها المكلفين وتترتب عليها آثار كما في عقد النكاح، فإذا ارتاب في المرأة، هل تزوجها في العدة أم بعد الرجوع؟، فالقول قول مدعي الحل، لأنه الأصل في تصرفات العقلاء¹، كما ينبغي الإشارة إلى أن التصرفات تنقسم إلى ما نهي الشرع عنها معنى يرجع إلى ذاتها بسبب اختلاف ركن من أركانها، كبيع الحر؛ والميتة وغير ذلك؛ وما إلى ما نهي عنه لا لذاته، بل لأمر يرجع إلى شروطها وتوابعها وأوصافها وأمر تقارنها، كالبيع إلى أجل مجهول وغير ذلك².

ثالثا: القواعد الفقهية المتصلة بالقاعدة

وتتصل بقاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة قواعد فقهية أخرى متفرعة عنها من أهمها:

1- قاعدة الأصل في العقود الحرة والإباحة

والمراد من هذه القاعدة الفقهية التي يختص مجال تطبيقها على مختلف العقود التي يبرمها المكلف من خلال مختلف المعاملات اليومية التي يقوم بها، ولما كان مجال حصر هذه العقود غير ممكن في الواقع لكثرتها ولما يستجد في حياة الناس من مستجدات خاصة مع تطور العصر وسرعة المعاملات التي أصبحت ضرورة حتمية خاصة في مجال المعاملات المالية والتجارية، وهذا النوع من العقود أصبح يصطلح عليه بما يسمى بالعقود غير المسماة، أي تلك العقود التي لم تكن معهودة في زمن التشريع الإسلامي

¹ الذخيرة للقراي، ت: محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، (1994م) 338/4.

² من العقود المالية المركبة لعبد الله العمراني، ط2، دار كنوز إشبيلية، الرياض (السعودية)، (1431هـ-2010م)، ينظر: التهميش رقم: (3)، ص30.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

وعليه فإن الأصل فيها عند الفقهاء هو الإباحة ما لم تخالف نصوص الشريعة الإسلامية، وفي هذا الصدد يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: "والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد، من أهلية التعاقد"¹.

2- قاعدة الأصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أثبتته المتصرف

ينصرف معنى القاعدة إلى اعتبار الشروط والقيود التي يقرها المتصرف في أداء تصرف ما، سواء تعلق ذلك الفعل بأداء عبادة من العبادات كما في النذور فإن تصرفه لا يكون إلا بوجه الذي أثبتته في نذره كأن يقول: لو نجحت في الامتحان فإني أذبح من الإبل عشرة، أو كان تصرفه متعلقا بمعاملة من المعاملات التي يريد عقدها بالوجه الذي يريده بالشروط والقيود التي يراها في إتمام المعاملة التي يريد القيام بها كما في البيوع والإجارة وغيرها.

3- قاعدة الأصل ألا يتصرف في المال إلا مالكة

ينصرف معنى القاعدة إلى موضوع الولاية على المال إذ الأصل في إدارة المال والتصرف فيه تعود أساسا إلى الشخص المالك له، هذا الأصل المستصحب عند عامة الفقهاء ليس على إطلاقه فهو مقيد بشرط أن تكون لدى الشخص المالك للمال أهلية تصرف كاملة التي تسمح له بالقدرة على إبرام تصرفات في مختلف المعاملات المالية التي يريدها بكل حرية، وقد يؤول المال إلى من لا يحسن التصرف فيه لثبوت عارض من عوارض الأهلية على الشخص المالك للمال كالصغير، والمجنون والمعتوه، وهؤلاء يحجر عليهم باتفاق العلماء ويولى عليهم من يقوم بتسيير أمورهم المالية حتى تزول العلة.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة وما تفرع عنها

¹ المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، 634/1.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

استدل عامة الفقهاء بمشروعية قاعدة الأصل في التصرفات الصحة وما تفرع عنها من قواعد

فقهية أخرى ذات صلة بها بجملة من الأدلة هي:

أولاً: عموم أدلة قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة

استدل الفقهاء على قاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة بعموم أدلة قاعدة الأصل

في الأشياء الإباحة استئناساً بها، باعتبار وجود علاقة تداخل بين القاعدتين، وبمعنى آخر نقول: أن

قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة عامة، وقاعدة الأصل في الأشياء خاصة، وعليه فإن العلاقة بينهما

هي علاقة عموم وخصوص مطلق حيث أن كل من القاعدتين يشتركان في حكم إباحة التصرفات التي

يعقدها المكلف ما لم ينص دليل شرعي على خلاف ذلك.

ثانياً: عموم أدلة الأصل في العقود الصحة

بالإضافة إلى أدلة قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، استدل الفقهاء أيضاً في مشروعية قاعدة

الأصل في التصرفات حملها على الصحة بعموم أدلة قاعدة الأصل في العقود الصحة، ومن أبرزها:

{قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ {المائدة/1-1}

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وهذا عام يشمل كل عقد لم يرد بخصوصه

منع، فدل على أن الأصل في العقود الإباحة¹.

2- قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا

أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ {النساء/29}.

¹ العقود المالية المركبة، ص71.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها)

وجه الاستدلال: أن الله تعالى لم يشترط إلا الرضا بين الأطراف المتعاقدة، وإن كان كذلك فإن ثبوت الحل والجواز في العقود مستصحب بدلالة نص الآية الكريمة، إلا أن يتضمن ما حرمه الشرع كالتجارة في المحرمات مثل الخمر ولحوم الخنزير والميتة وغيرها¹.

3- أن العقود والشروط من باب الأفعال والتصرفات العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب حكم الإباحة والصحة حتى يدل دليل على التحريم أو البطلان والفساد².

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

تتصل قاعدة الأصل في التصرفات حملها على الصحة بالاستصحاب باعتبار أن تصرفات العقلاء من المسلمين من عقود التي أبرموها ومن الشروط التي جاءت به تلك العقود الأصل فيها أنها تقع على الوجه الذي أثبتته الشرع، وعلى ذلك يستصحب حكم تصرفاتهم على الجواز والصحة حتى يثبت بالدليل على العكس، وعليه نستنتج أن حكم تصرفاتهم إذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، فنبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون حكم تصرفاتهم من الأفعال والأقوال والمعاملات حلالا محمولة على الصحة³.

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

تعد القاعدة الفقهية "الأصل في التصرفات حملها على الصحة" من المبادئ القانونية التي استصحبها الفقه القانوني العمل بها في مختلف التصرفات سواء كانت فعلية أو قولية متى توافرت فيه شروط الصحة، ففي مجال العقود نص القانون بناء على القاعدة الفقهية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"

¹ العقود المالية المركبة، ص72.

² المرجع نفسه، ص72.

³ ينظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية، ص399-400.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري في نص المادة (106) على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"

المطلب الثالث: العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله

تعقد قاعدة العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله من القواعد التي ترتبط بدليل الاستصحاب، وهي من زمرة قواعد استصحاب الإباحة، ولبيان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

للقاعدة صيغ كثيرة من أبرزها¹:

1- الأصل في العادات الإباحة فلا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله.

2- الأصل في العادات ألا يحظر منها إلا ما حظره الله.

3- الأصل في العادات الحل والإباحة.

4- الأصل في العادات العفو.

5- لا تحرم عادة إلا بتحريم الله.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- معنى العادات

العادات لغة جمع عادة؛ والعادة: الدَّيْدُنُ يُعَادُ إِلَيْهِ، معروفة وجمعها عادٌ وعاداتٌ وعِيدٌ الأَخِيرَةُ

عن كراع وليس بقوي، إنما العِيدُ ما عاد إليك من الشَّقْوَقِ والمرض ونحوه.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 363/6.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباطني (القانونية المبينة عليها)

وَتَعَوَّدَ الشَّيْءَ وَعَادَهُ وَعَاوَدَهُ مُعَاوَدَةً وَعَوَادًا وَعَاعْتَادَهُ وَاسْتَعَادَهُ وَأَعَادَهُ أَي صَارَ عَادَةً لَهُ¹.

أما العادة في الاصطلاح فلها تعريفات عدة منها:

أ- قيل بأنها: "العرف العملي"².

ب- وقيل بأنها: "ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى"³.

ت- وقيل بأنها: "الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم والمعاودة إليه بعد أخرى، وهي

المرادة بالعرف العملي"⁴.

وعليه فإن معنى العادة بحسب التعريفات التي ذكرها أهل العلم، فإنها تتفق مع معنى العادة في

القاعدة الفقهية باعتبار أن العادة هي ما تقبله الطباع السليمة من طرف العقلاء، فيستمررون على العودة

إليها حتى تصبح قانونا راسخا بينهم لتوافق الجميع على ذلك.

2- معنى العفو

العفو لغة: مصدر عَفَا يَعْفُو عَفْوًا، فهو عَافٍ وَعَفُوٌّ، وَالْعَفْوُ هو التجاوز عن الذنب وترك

العقاب عليه، وأصله المحو والطمس، وعفوت عن الحق: أسقطته، كأنك محوته عن الذي عليه⁵.

قال ابن فارس: العين والفاء والحرف المعتل أصلان يدلُّ أحدهما على ترك الشيء، والآخر على

طلبه، فالأول: يدل على عفو الله تعالى على خلقه، وذلك تركه إيَّاهم فلا يعاقبهم، فضلا منه قال

¹ لسان العرب، 3/316-317.

² التقرير والتحجير لابن الأمير الحاج، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1403هـ-1983م)، 1/282.

³ التعريفات للجرجاني، ص123.

⁴ شرح القواعد الفقهية للزرقي، ص125.

⁵ لسان العرب، 15/72.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

الخليل: (وكلُّ مَنْ استحقَّ عُقوبةً فتركتَه فقد عفوتَ عنه)، وأما الثاني: قد يكون أن يعفُو الإنسان عن الشَّيء بمعنى الترك، ولا يكون ذلك عن استحقاق¹.

أما العفو في معنى القاعدة هنا فهو بمعنى الإباحة والحل ونفي الحرج عن الناس، كما يدل على الإذن في فعل الشيء وفي تركه، وعدم الحظر والمنع له².

ثالثاً: المعنى الإجمالي

ومعنى القاعدة عند عامة الفقهاء أن الشريعة الإسلامية أعطت الإذن فيما توافق عليه الناس في أمور العادات التي تقبلها طبائع السليمة ويعود إلى العمل بها العقلاء، ما لم تخالف عاداتهم التي يمارسونها نصاً من نصوص الشرع الحكيم، ولعل الحكمة من العفو فيما اعتاد عليه الناس في أمور حياتهم وهو رفع الحرج عليهم، وتيسير معاملاتهم وقضاء حاجاتهم اليومية، قال الشاطبي³: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها، أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررّة بالدليل شرعاً أمراً أو نهيّاً أو إذناً، أم لا"⁴، ثم علل الشاطبي ذلك بقوله: لأن الشارع جاء اعتباره المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع⁵، ثم ذكر وجهاً آخر بقوله: وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع⁶

¹ مقاييس اللغة، 4/56-57.

² معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 6/365.

³ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، المعروف بالشاطبي (ت: 790هـ)، ولد بغرناطة وفيها نشأ وترعرع وتلقى العلم على مشايخها والوافدين عليها، له مؤلفات نفيسة منها: «الموافقات» «الاعتصام»، (ينظر: شجرة النور الزكية لابن مخلوف، 1/332-333).

⁴ الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، السعودية، (1417هـ-1997م)، 2/494.

⁵ المرجع نفسه، 2/494-495.

⁶ المرجع نفسه، 2/495.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: الكتاب

استدل عامة أهل العلم على أن العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله ومن جملة ما استدلووا به من نصوص القرآن الكريم نذكر الآتي:

1- قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن بُدِّلَكُمْ تَسْوِمًا﴾^ص
{المائدة/101}.

وجه الاستدلال: جاءت الآية الكريمة في سياق النهي على السؤال في حكم الأشياء في غير معرض حاجة أو ضرورة تقتضي السؤال، فالحلل بيّن والحرام بيّن وما سكت عنه الشرع فهو من قبيل المباح ويدخل في ذلك العادات التي لا تخالف أحكام الشرع الحكيم، وعليه لا يجذب السؤال عن الأشياء المباحة للناس حتى لا تحرم ويقع الناس بعد ذلك في ضيق وحرَج بسبب ذلك السؤال.

2- قال الله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا﴾^ص
قُلْ - اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿يونس/59﴾.

وجه الاستدلال: نقل عن جماعة من الفقهاء وأهل الحديث قولهم بأن الأصل في العادات العفو فلا يحظر منها إلا ما نص الشرع على تحريمه، حتى لا ندخل في نطاق الآية¹.

ثانياً: السنة النبوية

استدل الفقهاء على حجية القاعدة من السنة بأدلة منها:

¹ قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة للضوحي، ص 140.

الفصل الثاني: (القول الفقهية للاستصحاب والباطني) (القانونية المبينة عليها)

1- حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَا

رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ»¹.

وجه الاستدلال: يستفاد من الحديث أن ما اتفقت عليه جماعة المسلمون من معاملات

وتصرفات وأفعال واعتادوا على القيام بها بما تقبلها الطباع السليمة، ولا تخالف نصوص الشريعة

الإسلامية وأصولها الثابتة فالأصل فيها أن مباحة استصحابا، وتأكيدا على ذلك ما قرره أهل العلم

بقولهم: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، "العادة محكمة"، أي: العادة التي لا تخالف الشرع يستصحب

العمل بها شرعاً.

2- حديث سعد بن أبي وقاص، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّ أَعْظَمَ الْمُسْلِمِينَ

جُرْمًا مَنْ سَأَلَ عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُحَرِّمْ، فَحَرَّمَ مِنْ أَجْلِ مَسْأَلَتِهِ»².

وجه الاستدلال: وهذا دليل على أن العادات الأصل فيها الإباحة، لذلك كان السؤال في أمور

العادات التي اعتاد الناس على قيام بها، من أعظم الذنوب خشية أن تحرم عادة من عادات الناس

الحسنة بسبب ذلك السؤال، فيقع الناس في حرج وضيق.

3- حديث أنس بن مالك أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِقَوْمٍ يُلَقِّحُونَ، فَقَالَ: «لَوْ لَمْ

تَفْعَلُوا لَصَلَحَ، قَالَ: فَخَرَجَ شَيْصًا³، فَمَرَّ بِهِمْ، فَقَالَ: مَا لِنِخْلِكُمْ، قَالُوا: قُلْتَ كَذَا وَكَذَا، قَالَ:

أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ»⁴.

¹ رواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن مسعود موقوفاً، رقم: (3600)، 84/6، والحاكم في المستدرک، کتاب معرفة الصحابة

رقم: (4465/63)، 83-84/3، وقال: (حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه).

² سبق تخريجه، ص 49.

³ أشخاص النخل إشاصة إذا فسدت وصار حملها الشيص، (لسان العرب، 51/7).

⁴ رواه مسلم، كتاب الفضائل، باب وجوب امتثال ما قاله شرعاً دون ما ذكره من معاش الدنيا على سبيل الرأي، رقم:

(2361/139)، 1109/2.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

وجه الاستدلال: فهذا دليل على أن الأصل في المعاملات التي اعتاد الناس عليها ولهم الخبرة في ممارستها وحسن تصرفها أنها على الإباحة، فيستصحب ذلك حتى يقوم الدليل من الشرع على التحريم.

ثالثاً: الإجماع

ومن ذكر الإجماع النووي¹ في كتابه "المجموع"، وابن قدامة في كتابه "المغني"².

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

تتصل قاعدة العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله بالاستصحاب من حيث أنه ما جرى به العرف من عادات وتقاليد بين الناس، فالأصل فيه البقاء على حكم الإباحة ما لم ينص دليل من الشرع على تحريمه، فالمعاملات القائمة بين الناس هي من باب الإباحة ما لم ينص الشرع على التحريم أو المنع.

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

تعد القاعدة الفقهية "العادات الأصل فيها العفو" من المبادئ القانونية التي استصحبها الفقه القانوني العمل بها خاصة في المجال التجاري، وهو ما يسمى بمبدأ الأعراف التجارية، لأن الأصل في قواعد القانون التجاري هي قواعد عرفية وعادات اتفاقية تم تقنينها، والقواعد العرفية التجارية هي قواعد

¹ أبو زكريا، محيي الدين، يحيى بن شرف بن مري بن حسن الخزامي الحوراني، النووي (631 - 676 هـ)، الشافعي، مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران، بسورية) واليه نسبته، علامة بالفقه والحديث، تعلم في دمشق، وأقام بها زمناً طويلاً، من كتبه «تهذيب الأسماء واللغات» «منهاج الطالبين»، (ينظر: الأعلام، 8/149).

² مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية لصالح بن محمد بن الحسن الأسمرى، ط1، دار الصمعي، الرياض (السعودية) (1420هـ/2000م)، ص76.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

قانونية ملزمة مثل القواعد التشريعية كل ما في الأمر أنها استخرجت تلقائيا من الوسط التجاري ومع مرور الوقت وتكرار العمل بها أصبحت راسخة في أذهان التجار بأنها ضرورية التطبيق وضرورة الخضوع لها واحترامها فاكتملت بذلك قوتها الإلزامية¹.

¹ مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري لمنصور داود وساعد العقون، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م (4)، ع (2)، 2019، ص 516.

المبحث الثالث

قواعد الإنباس

المطلب الأول: قاعدة الأصل براءة الزمة

المطلب الثاني: قاعدة ورأ الحروف بالتبهاج

المطلب الثالث: قاعدة اليينة على من لوجي واليسين على من أنكر

المبحث الثالث: قواعد الإثبات

من قواعد الإثبات القضائي المبينة على أصل الاستصحاب التي استنبطها أهل العلم وذكرها ضمن قواعد الفقه، قاعدة الأصل براءة الذمة، وقاعدة درأ الحدود بالشبهات، وقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، كما استمد فقهاء القانون بناءً على تلكم القواعد جملة من المبادئ القانونية التي أصبحت تمثل أساس قيام العدل والمساواة أمام القضاء، ولتفصيل أكثر حول هذه القواعد تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: قاعدة الأصل براءة الذمة

المطلب الثاني: قاعدة درأ الحدود بالشبهات

المطلب الثالث: قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

المطلب الأول: قاعدة الأصل براءة الذمة

تعد قاعدة الأصل براءة الذمة من زمرة قواعد الإثبات المبينة على أصل استصحاب الحال التي ذكرها أهل العلم في مؤلفاتهم الفقهية، وبيان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي ووجه الاستصحاب فيها، وبيان المبادئ القانونية المستمدة منها، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

من أبرز صيغ القاعدة عند الفقهاء¹:

1- الأصل البراءة قبل ثبوت التكليف وعمارة الذمة.

2- الذمة أصلها البراءة إلا بيقين.

3- الذمة بريئة إلا بيقين أو حجة.

4- الذمة بريئة فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- مفهوم البراءة

البراءة في اللغة: قال ابن فارس: الباء والراء والمهمزة أصلان إليهما ترجع فروع الباب:

فأما الأصل الأول فالمراد به الخلق، يقال برأ الله الخلق يبرؤهم براء.

وأما الأصل الثاني فالمراد به التباعد من الشيء ومزايته، من ذلك البرء وهو السلامة من السقم

أي المرض².

أما البراءة في الاصطلاح الفقهاء فلا تكاد تخرج عن معناها اللغوي، وعليه فإن استعمالهم

لمصطلح البراءة مرادف لمعناه اللغوي.

2- مفهوم الذمة

الذمة في اللغة لها معان متعددة منها ما ذكره ابن فارس بقوله³:

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 357/6.

² مقاييس اللغة، 236/1.

³ المرجع نفسه، 346/2.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

أ- بمعنى العهد فإنه يسمى ذماما لأن الإنسان يذم لإضاعته منه، وجاء في قول الله تعالى في

كتابه العزيز: ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾ {التوبة/8}، والذمة في الآية الكريمة بمعنى العهد.

ب- بمعنى الأمان يقال أهل الذمة لأنهم أدّوا الجزية فأمنوا على دماءهم وأموالهم.

والمعنى المراد من القاعدة وهو الأول بمعنى العهد.

أما الذمة في اصطلاح الفقهاء فهي: "وصف يصير به المكلف أهلا للالتزام والإلزام"¹.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة

المقصود من القاعدة عند الفقهاء وهو أن ذمة كل إنسان تبقى بريئة من التكاليف الشرعية في العبادات والحقوق والالتزامات في المعاملات المدنية والمالية وبراءة جسده من الحدود والقصاص والتعزير في الجنايات، لأن الأصل المستصحب قام على يقين وهو براءته من كل شيء قد يشغل ذمته، ولا يرتفع هذا الأصل المستصحب إلا بدليل يشغل ذمته.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولا: الكتاب

1- قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ {الإسراء/15}.

وجه الاستدلال: دلت الآية على أن ذمة العباد بريئة من التكليف حتى يبعث الله إليهم الأنبياء

والرسل ليبلغوهم رسالة الله إليهم، فتقع عليهم بذلك الحجة وتشغل ذمتهم بالتكاليف التي شرع عليهم.

¹ الفروع لابن مفلح، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، ودار المؤيد، (المملكة العربية السعودية) (1424هـ/2003م)، 453/10.

2- قال أيضا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ

وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿البقرة/275﴾.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على براءة ذمة من كان يتعامل بالربا قبل نزول الشرع بالتحريم على سبيل استصحاب حكم البراءة الأصلية، أما بعد نزول الشرع ببيان حكم تحريم الربا، فهذا دليل على رفع حكم براءة ذمة من يتعامل بها بعد ذلك.

3- قال أيضا: ﴿تَكَادُ تَمَيَّزُ مِنَ الْغَيْظِ كُلَّمَا أُلِّقِيَ فِيهَا فَوْجٌ سَأَلْتُمْ خَزَنَتَهَا لَوْلَا نَذِيرٌ ﴿٨﴾ قَالُوا

بَلَى قَدْ جَاءَنَا نَذِيرٌ فَكَذَّبْنَا وَقُلْنَا مَا نَزَّلَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ كَبِيرٍ ﴿٩﴾ ﴿الملك/8-9﴾.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على رفع حكم براءة الذمم ووقوع العذاب على المشركين والكفار بعدما جاءهم رسلهم لينذروهم على ما كانوا فيه من جهل وشرك واقتراف المحرمات والموبقات وغير ذلك مما حرم الله تعالى عليهم، وهذا دليل على اشتغال ذمة الكافرين بعد نزول الشرع ورفع حكم البراءة بعد ذلك كون الأنبياء والرسل حجة عليهم.

4- قال أيضا: ﴿أَقْرِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْءَانَ الْفَجْرِ إِنْ قُرْءَانَ الْفَجْرِ

كَانَ مَشْهُودًا ﴿الإسراء/78﴾.

وجه الاستدلال: فالذمة مشغولة عند دلوك الشمس وغسق الليل، وقرآن الفجر، فاستلزم بمفهوم المخالفة أنها على البراءة الأصلية في غير هذه الأوقات، فإذا أدت برئت بالأداء، فالذمة كانت بريئة ابتداءً براءة أصلية قبل هذه الأوقات، لعدم وجود الخطاب، ثم بُرِّت بالفعل فعادت لتبرأ من جديد¹.

¹ براءة الذمة وتطبيقاتها الفقهية لمولاي عائشة، رسالة ماجستير فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية جامعة وهران1 (الجزائر)، (2013-2012)، ص15.

ثانيا: السنة النبوية

1- حديث أبي ثعلبة الحُشَينِيّ جَرْتُومِ بْنِ نَاشِرِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَحَرَّمَ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ رَحْمَةً لَكُمْ غَيْرَ نِسْيَانٍ فَلَا تَبْحُثُوا عَنْهَا»¹.

وجه الاستدلال: دل الحديث صراحة على أن ما شرعه الله سبحانه وتعالى من تكاليف تنشغل بها ذمة المكلف بأدائها ويحاسب على تضييعها، أما ما سكت عنه الشرع فهو على أصل براءة الذمة.

2- حديث ابن عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»².

وجه الاستدلال: دل الحديث على أنه عند وقوع الخصام والتنازع على أن إثبات الدعوى أمام القضاء تقع على ذمه المدعي، لأنه يدعي خلاف الأصل الظاهر لأن المدعي عليه الأصل فيه هو براءة ذمته من الحقوق والالتزامات والحدود والقصاص والتعزير.

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

ترتبط قاعدة الأصل براءة الذمة بالاستصحاب ارتباطا وثيقا، وذلك باعتبار أن ذمة الإنسان تبقى بريئة من كل ما يشغلها من أي تكاليف شرعية، ففي العبادات تبقى ذمة المكلف بريئة من أي تكليف حتى تثبت بما يدل عليها بالدليل الشرعي، وأما في مجال المعاملات تبقى ذمة الإنسان بريئة من الحقوق والالتزامات حتى يثبت بالدليل ما يشغلها بذلك الحق أو الالتزام الذي عليه أدائه، أما في مجال

¹ سبق تخرجه، ص 124.

² سبق تخرجه، ص 47.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

الجنايات فتبقى ذمة الإنسان بريئة من الحدود والقصاص والتعزير حتى تثبت إدانته بدليل قضائي بات وهذا الأصل في براءة الإنسان ثابت بيقين مما يقتضي بقاء هذه البراءة مستمرة استصحابا.

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

يتحدد نطاق قاعدة أصل البراءة عند الفقهاء في جميع الأبواب والفروع الفقهية باعتبار أن القاعدة تمثل أحد القواعد الفرعية المنبثقة على القاعدة الكلية "اليقين لا يزول بالشك"، وعليه فإن مجال القاعدة في العبادات كما قال الفقهاء أن ذمة الانسان تبقى بريئة من تكاليف الشرعية حتى يثبت بالدليل خلاف ذلك، أما في مجال المعاملات فعبر الفقهاء على القاعدة على أن ذمة الانسان تبقى بريئة من الالتزامات حتى يثبت العكس، وفي الجنايات الأصل في الانسان براءته من الحدود والتعزير والقصاص، حتى تبث إدانته بدرجة من اليقين الذي لا يحتمل معه الشك، ولذلك اصطلح على أن الأصل في المتهم البراءة حتى يثبت العكس.

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

من المبادئ القانونية المبينة على الاستصحاب التي استفاد منها فقهاء القانون الوضعي في مختلف النظم الوضعية من خلال القاعدة الفقهية التي استنبطها الفقهاء انطلاقا من قولهم بأصل استصحاب الحال وعليه أقروا القاعدة في المجال المدني من خلال اسقاط القواعد القانونية عليها في المجال المدني من خلال القواعد القانونية الآتية:

- 1- قاعدة الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة.
- 2- قاعدة الأصل في الحقوق العينية الأمر الظاهر.
- 3- قاعدة الثابت فرضا كالثابت أصلا وكالثابت ظاهرا.
- 4- قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباطن (القانونية المبينة عليها)

أما في المجال القانون الجنائي فعبر فقهاء القانون الجنائي عليها بقاعدة الأصل في المتهم براءته أو بما يسمى بمبدأ قرينة البراءة، والمبادئ القانونية التي ذكرتها سنتبعها بالشرح والتفصيل فيها تحليلاً وتفسيراً سيأتي في موضعها من تطبيقات الاستصحاب في الفصلين الثالث والرابع من هذه الدراسة.

المطلب الثاني: قاعدة درأ الحدود بالشبهات

قاعدة درأ الحدود بالشبهات من زمرة قواعد الإثبات المبنية على أصل استصحاب الحال التي ذكرها أهل العلم في مؤلفاتهم الفقهية، والتي تختص بقواعد الإثبات القضائي عند مثول المدعى عليه أمام هيئة القضاء بعد توجيه الاتهام إليه، وبيان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي ووجه الاستصحاب فيها، وبيان المبادئ القانونية المستمدة منها، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الرابع: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

من صيغ القاعدة عند الفقهاء¹:

1- الحدود تسقط بالشبهات وما شابهها.

2- الحدود والقصاص يندران بالشبهات

3- الحد لا يجب بالتهم

4- "الحد لا يثبت بالاحتمال" أو "الحد لا يجب بالاحتمال".

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 459/25.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

ثانيا: شرح مفردات القاعدة

1- معنى الدرء

الدرء في اللغة بمعنى الدفع¹.

أما اصطلاحا فالمراد به نفس المعنى اللغوي لا يخرج عليه.

2- معنى الحدود

الحدود لغة جمع حد، قال ابن منظور: الحد هو الفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر، وفصل ما بين كل شيئين: حد بينهما، ومنتهى كل شيء: حده².

أما في اصطلاح الفقهاء فلها تعريفات عدة من أبرزها:

أ- تعريف الحنفية: بأنها «عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى»³.

ب- تعريف الشافعية: بأنها «زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر

به»⁴.

ت- تعريف الحنابلة: بأنها «عقوبة مقدرة شرعا في معصية»⁵.

¹ القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب فيروزآبادي، ت: مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) (1426هـ-2005م)، مادة (درأ)، ص40.

² لسان العرب، 3/140.

³ بدائع الصنائع للكاساني، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1424هـ-2002م)، 9/177.

⁴ الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، ت: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة (مصر)، (1427هـ-2006م) ص325.

⁵ المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه الجنایات والحدود» لعبد الكريم بن محمد اللاحم، ط1، دار كنوز إشبيلية، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (1432هـ/2011م)، 3/10.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

ث- تعريف المالكية: بأنها «عقوبات مقدرة شرعا لا يجوز فيها الاجتهاد بالزيادة أو نقص، وأنها تجب حقا لله تعالى فلا تسقط بعفو المجني عليه أو بتوبة الجاني بعد الرفع إلى القضاء»¹. والملاحظ على تعريفات الحد التي ذكرها الفقهاء هو تقارب المعنى في تحديد المفهوم وضبطه على أنه عقوبة شرعية حددها الشرع بنص ثابت، وبذلك يختلف مفهوم الحد عن غيره من لجرائم الأخرى كجرائم القصاص والتعزير باعتبار أنهما يخرجان عن حقيقة الحد، ولكن هذا لا يعني أنه لا يمكن إلحاق بقية العقوبات في الفقه الإسلامي (القصاص، التعزير) بالحدود التي تدرأ بالشبهة، بل الواجب متى قامت الشبهة فإنها تكون سببا لدفعها سواء في الحدود أو القصاص أو التعزير، وإلى ذلك ذهب طائفة من أهل العلم إلى أن القاضي يمكنه له أن يدرأ عقوبة الحد بخفض العقوبة بأقل منها كما في عقوبة التعزير متى رأى ذلك مناسبا، كالجنايات التي توجب الحبس المؤقت أو الغرامة المالية وغيرها من العقوبات الأخرى.

3- معنى الشبهات

أ- الشبهة لغة:

الشبهات جمع شبهة وهي في اللغة بضم الشين المعجمة، وسكون التحتية الموحدة، وهي تقع في لغة العرب على معان منها²:

- بمعنى الالتباس، يقال: شُبَّ عليه الأمر تشبيها: لبس عليه.
- بمعنى الإشكال، ومنه قولك: شَبَّ الشيء إذا أشكل عليه.
- بمعنى الخلط، ومنه قولك شُبَّ عليه أي خلط عليه الأمر.
- بمعنى المثل.

¹ مدونة الفقه المالكي وأدلته للغرياني، ط1، مؤسسة الريان، بيروت (لبنان)، (1423هـ-2002م)، 577/4.

² ينظر: القاموس المحيط، ص1247، ولسان العرب، 503/13-504-505.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

ب- الشبهة اصطلاحاً:

أما معنى الشبهة في المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء فقد عرفوها بتعريفات منها:

- الشبهة عند فقهاء الحنفية هي: «ما يشبه الثابت وليس بثابت»¹.
والمقصود من التعريف أن الشبهة تشبه الأمر أو الشيء الثابت ولكنها في الحقيقة ليست بأمر ثابت لوجود اللبس حولها.
- أما الشبهة عند فقهاء الشافعية هي: «ما جهل تحليله على الحقيقة، وتحريمه على الحقيقة»².
والمقصود من تعريف الشافعية أن شُبْهَة هي بمثابة الحكم المجهول فلا يعرف منها هل هي بحكم الحلال أم بحكم الحرام.
- أما تعريف الشبهة عند الحنابلة فهي: «الشكوك التي توقع في اشتباه الحقّ بالباطل، فيتولّد عنها الحيرة والريبة»³.
وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف فقهاء الحنفية والشافعية ومن وافقهم من أهل العلم على أن الشبهة هي بمثابة الأمر المجهول الذي لا يعرف حكم حلاله من حرامه، لوقوع الريبة والشك في أمره.
- أما فقهاء المالكية فالملاحظ عليهم عدم اتفاقهم على تخصيص تعريف خاص بهم.

¹ رد المختار لابن عابدين، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب الرياض-(المملكة العربية السعودية) 1423هـ-2003م)، 26/6.

² المنشور في القواعد الفقه الشافعية للزركشي، ت: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) 1421هـ-2000م)، 6/2.

³ مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين لابن القيم الجوزية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 3/ 508.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

ج- أما من المعاصرين فقد عرفها محمد أبو زهرة بأنها: «الحال التي يكون عليها المرتكب، أو تكون بموضوع الارتكاب، ويكون معها المرتكب معذورا في ارتكابها، أو يعد معذورا عذرا يسقط الحد عنه ويستبدل به عقابا دونه»¹.

إن الملاحظ على مختلف التعريفات التي ذكرها الفقهاء قديما وحديثا لمصطلح الشبهة، هو توافقهم التام في معناها الشرعي، بحيث جاءت جُلّ التعريف لها متقاربة في تحديد حقيقة الشبهة بالمفهوم التقريبي، كما أنّ لكل تعريفٍ عدة مآخذ قد تردُّ عليه.

ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة

ينصرف معنى القاعدة عند فقهاء بأنها تدل على إسقاط العقوبات الجنائية في حال إذا ما وقعت شبهة في ثبوتها في حق المتهم، ولذلك نص الفقهاء على ضرورة إسقاط الحدود عن المتهمين بما يوجد من المخارج والمحامل التي يندري بها الحد²، وفي هذا الصدد يعلق الدكتور محمد سليم العوا على القاعدة بقوله: "ولا نكاد نرى وجه الخلاف بين هذا الذي يقرره القضاء الجنائي المعاصر وبين ما سبق أن قرره الفقهاء المسلمون مما عبر عنه الإمام الشافعي بإعمال اليقين وطرح الشك، وعدم تأسيس القضاء على الغالب، وإنما يؤسس القضاء على الثابت"³، كما يبين مدى ارتباط الوثيق بين قاعدتي أصل البراءة في المتهم ومبدأ تفسير الشك لصالحه لأن الأصل هو استصحاب حكم البراءة الثابتة بيقين، وأن التهمة ماهي إلا استثناء وعارض لا تثبت إلا بدليل مساو لها في درجة من القطع واليقين فإذا ما اعترى هذه الأدلة نوع من الشك أو الشبهة في مدى صحتها أو ثبوتها، فتكون بذلك سببا في رفع الحد وسقوط وجوبه في حق المتهم بها.

¹ العقوبة لأبو زهرة، (ب. ط)، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، (د. س)، ص 179.

² القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة لعبد الواحد الإدريسي، ط2، دار ابن القيم، (مصر) ودار ابن عفان (السعودية) (1429هـ، 2008م)، ص 269.

³ في أصول النظام الجنائي في الإسلام -دراسة مقارنة- لمحمد سليم العوا، دار المعارف، القاهرة (مصر)، ص 95.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها)

وبناء على هذا التعليق الذي ذكره الدكتور محمد سليم العوا يوضح مدى فاعلية قواعد الشريعة وأصولها في التأثير على كثير من القواعد والمبادئ القانونية وأن أصلها ثابت في أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها التي استنبطها الفقهاء من أدلة التشريع الإسلامي ومن ذلك نظرية الاستصحاب وما بني عليها من قواعد ومبادئ.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

استدل الفقهاء على مشروعية قاعدة درء الحدود بالشبهات بجملة من الأدلة منها:

أولاً: من السنة النبوية

1- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادْرؤُوا الْخُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِلْمُسْلِمِ مَخْرَجًا، فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ لَإِنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»¹.

2- حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ادْرؤُوا الْخُدُودَ، وَلَا يَنْبَغِي لِإِمَامٍ أَنْ يُعْطَلَ الْخُدُودَ»².

وجه الاستدلال: دلت الأحاديث النبوية في الجملة على أن القضاء في الشريعة الإسلامية مبني على أساس اليقين لا على مجرد الشك أو الوهم، أو شبهات، فالقاضي يتحرى الواقعة فإذا ما تبين له شبهة تلك الواقعة أو في مجرياتها فإنه يأخذ بمبدأ العفو لأنه مقدم على العقوبة عند قيام الشبهة، وهذا مقصد عظيم من مقاصد التشريع الإسلامي في القضاء، وهو حفظ النفس من العقوبة حتى تثبت بيقين.

¹ سبق تخرجه، ص 48.

² رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، (17060)، (8-414)، والدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم: (3098)، 63/4. قال البخاري: المختار منكر الحديث، (ينظر: المهذب في اختيار السنن الكبرى، ت: دار المشكاة للبحث العلمي، طبعة دار الوطن، 3375/7).

ثانيا: آثار الصحابة

1- حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه: أن معاذ، وعبد الله بن مسعود، وعقبة بن عامر، قالوا: «إذا اشتبه عليك الحد فادراه ما استطعت»¹.

2- ما روي عن خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات"²، كما روي عنه أنه قال: "إذا حضرتمونا فاسألوا في العهد جهدكم فإني إن أخطئ في العفو أحب إلي من أن أخطئ في العقوبة"³.

3- عن عبد الله بن مسعود أنه قال: "ادرأوا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم"⁴. وهذه الآثار تقوي بما جاءت به نصوص السنة النبوية على ضرورة الأخذ بمبدأ الشك لصالح المتهم، فإذا حصل لدى القاضي شبهة في الواقعة المعروضة عليه أخذ بها، وامتنع عن العقوبة لعدم اليقين في ثبوتها.

ثالثا: الإجماع

¹ رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات، باب رقم: (3223)، 131/4، مصنف ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة، ت: أسامة بن إبراهيم بن محمد أبو محمد، ط1، الفاروق الحديثة، القاهرة (مصر)، (1429هـ-2008م) 304/9، متروك، (ينظر: تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب لابن كثير، ط2، دار ابن حزم، (1416هـ-1996م) ص193).

² أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في درأ الحدود بالشبهات، رقم: (29068)، (304/9)، عن الحارث عن إبراهيم، قال ابن عبد البر: الحارث هو ابن يزيد أبو علي العكلي أحد الفقهاء الثقات ومراسيل إبراهيم عندهم صحاح، وأعله ابن حزم بالانقطاع، (ينظر: كشاف القناع، 198/9).

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات رقم: (17061)، (414/8)، قال: مُنْقَطِعٌ وَمَوْفُوفٌ.

⁴ رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات رقم: (17064)، (414/8)، قال: هَذَا مَوْصُولٌ.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

أجمع الفقهاء على حجية العمل بقاعدة "درء الحدود بالشبهات" والأخذ بها في بناء الأحكام القضائية الصادرة من طرف القضاء بناء على قيام الشبهة في الدعوى، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عليه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات"¹.

رابعاً: من المعقول

1- أن الحد عقوبة كاملة فتستدعي جناية كاملة ووجود الشبهة ينفي تكامل الجناية²، وعليه تسقط العقوبة الحدية في محل الشبهة القائمة.

2- الأخذ بهذه القاعدة فيه مصلحة قائمة للمتهم والقضاء معاً، فهي من جانب المتهم تحقق مبدأ الأصل في المتهم براءته لأنها مبنية على يقين واليقين لا يزول إلا بيقين مثله، ومن جانب القضاء تحقق مبدأ إرساء العدالة القضائية في إصدار الأحكام على مبدأ اليقين والقطع.

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

ترتبط قاعدة درء الحدود بالشبهات عند فقهاء التشريع الجنائي بدليل الاستصحاب باعتبار أن الحكم الصادر عن هيئة القضاء يجب أن يبني على القطع واليقين الذي لا يحتمل معه الشك، بحيث يكون لدى القاضي عند إصدار حكمه القناعة التامة لما توصل إليه في بناء حكمه عن طريقة تلك الأدلة المعروضة أمامه، مما يستدعي بلوغ الحكم درجة اليقين، أما إذا ترتب على تلك الأدلة نوع من اللبس والشبهة والشك، فهنا القاضي يستصحب حكم البراءة باعتبارها ثابتة بيقين، ويطرح الشك ولا يعتد به في بناء حكمه بالإدانة.

¹ الاجماع لابن المنذر، ت: أحمد حنيف، ط2، مكتبة الفرقان (عجمان) ومكتبة مكة الثقافية (رأس الخيمة)، (الإمارات العربية المتحدة)، (1420هـ/1999م)، ص162.

² الفقه الإسلامي وأدلته لوحة الزحيلي، ط2، دار الفكر، دمشق (سورية)، (1985/1405م)، 30/6.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها)

الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

يتحدد نطاق قاعدة "درأ الحدود بالشبهات" في الفقه الإسلامي في مجال التشريع الجنائي باعتبار أن القاعدة تدخل في مجال موانع تطبيق العقوبة المقدرة شرعا وقانونا، ومتى يستفيد المتهم أو الجاني من العفو.

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

أما في القانون الجنائي فإننا نجد أن فقهاء القانون الوضعي قد طبقوا العمل بالقاعدة الفقهية "درأ الحدود بالشبهات"، التي تعود في الأساس إلى استصحاب اليقين في الإثبات الجنائي واستفادوا منها في تقرير قواعدهم القانونية في خاصة في نظام القوانين الجنائية الحديثة وتقييدها بأسلوب قانوني وذلك بقولهم بمبدأ "الشك يفسر لمصلحة المتهم"، فبدل الشبهة في الفقه الإسلامي استعملوا مصطلح الشك كمصطلح قانوني يستفيد منه المتهم عندما لا يصل القاضي الجنائي إلى درجة من اليقين والقطع في أدلة الإدانة المعروضة عليه، وبالتالي يعود إلى أعمال القاعدة العامة وهو أن الأصل في الإنسان البراءة" أو كما يعبر عنها في الفقه القانوني "الأصل في المتهم براءته".

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

المطلب الثالث: قاعدة البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر

تعد قاعدة البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر من زمرة قواعد الإثبات المبينة على أصل استصحاب الحال التي ذكرها أهل العلم في مؤلفاتهم الفقهية، والتي تختص بدورها أيضا بقواعد الإثبات القضائي، عند مثل أطراف الخصومة أمام القاضي، وليبان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي ووجه الاستصحاب فيها، وبيان المبادئ القانونية المستمدة منها، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

الفرع الرابع: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولا: صيغ القاعدة

من أهم صيغ القاعدة عند الفقهاء¹:

- 1- البيّنة للمدعي واليمين على من أنكر.
- 2- البيّنة على الطالب، واليمين على المطلوب.
- 3- البيّنة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل.
- 4- الدماء والأموال لا تستحق بالدعاوى دون البيّنات.

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 181/25، شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص391، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 586/1، درر الحكام (المادة 77)، 76/1، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للنمري، ت: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، (المغرب)، (1387هـ)، 220/23.

ثانيا: شرح مفردات القاعدة

1- معنى البينة

البينة في لغة العرب تأتي على معان منها¹:

أ- الوضوح، ومنه يقال: بان الشيء بيّناً: اتضح، واستبان الشيء بمعنى وضح.

ب- الظهور، ومنه يقال: تبين الشيء بمعنى وضح وظهر.

ت- الانكشاف، ومنه يقال: تبين و(استبان) كلها بمعنى الوضوح والانكشاف.

كما تطلق على الحجّة والعلامة الواضحة، برهان، دليل، يقال: بينة ظرفية: دليل متعلق بالعديد من الملابسات التي قد يستدلّ منها القاضي أو هيئة المحلّفين على حقيقة الواقعة التي هي موضع الجدل².

أما البينة في اصطلاح الشرعي فهي: الدليل الذي يقوم على الحقّ فيتركه واضحاً لا شبهة فيه³. وهذا المعنى عند جمهور أهل العلم في تعريف حقيقة البينة في الإثبات القضائي يفهم منه أنها تشمل كل حجة قاطعة لإثبات الحق سواء كانت الدعوى مدنية أو جنائية خاصة في العصر الراهن الذي تطورت فيه وسائل كشف الحقيقة سواء عن طريق التحريات أو عن طريق الإثبات العلمي لكشف الجرائم المختلفة خاصة ما تعلق منها بالجانب التقني والتكنولوجي مثل الجرائم المعلوماتية والالكترونية والجرائم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وغيرها، لذا لا يمكن ان تقتصر البينة على الشهادة، بل

¹ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت (لبنان)، (1990م) 2083/1، والمصباح المنير، 70/1.

² معجم اللغة العربية المعاصرة، 276/1.

³ العذب النمير من مجالس الشنقيطي في التفسير ل محمد الأمين الشنقيطي، ت: خالد بن عثمان السبت، ط5، دار عطاءات العلم (الرياض) ودار ابن حزم (بيروت)، (1441هـ/2019م)، 512/3.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

تتجاوز ذلك إلى كل ما يبين الحق ويظهره وللقاضي الحق في الاستعانة بالوسائل الممكنة وبالجهات المختصة التي قد تمكنه من إزالة الغموض وتوضح له معالم الدعوى بأكثر تفصيل ووضوح.

2- معنى المدعى والمدعى عليه

المدعى في اللغة مأخوذة من الدَّعَى فيقال: (ادَّعَيْتُهُ) بمعنى طلبته لنفسه¹، وعليه فالادعاء هو كل ما يطلبه المدعى لنفسه.

أما مفهوم المدعى والمدعى عليه في الاصطلاح الشرعي، فقد عرف الفقهاء المدعى بأنه: من كان قوله خلاف أصل أو عرف، أو هو من لا يجبر على الخصومة².

أما المدعى عليه (المنكر) فقالوا: هو من كان قوله على وفق أصل أو عرف، أو هو من يستحق بقوله من غير حجة³.

وعليه يتضح من خلال التعريف أن المدعى هو الطرف الأول في الخصومة القضائية، باعتباره المبادر إلى قيام الدعوى القضائية اختياراً منه غير مكره، أما المدعى عليه فهو الطرف الثاني من الخصومة القضائية، باعتباره الطرف المكره على النزاع، لكن يتمسك بالظاهر وهو البراءة ولا يلزمه إلا اليمين استبراءً لذمته واستصحاباً لبراءته كأصل ثابت بيقين، والبراءة ثابتة بيقين، واليقين لا يزول إلا بيقين مثله وإلى ذلك ذهب عامة الفقهاء.

3- معنى اليمين

اليمين في اللغة المراد بها القوة والشدة⁴.

¹ المصباح المنير، 1/195.

² الفروق، 4/75، التعريفات للجرجاني، باب الميم، ص173.

³ الفروق، 4/75، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، ط2، دار البيان، (1415هـ/1994م) ص220.

⁴ المصباح المنير، 2/682.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

أم في الاصطلاح الشرعي يراد بها: "تأييد الحالف لخبره بالقسم باسم الله"¹.

وعليه يتضح أن لليمين كيفية معينة لا يجب مخالفتها، بذكر اسم الله على صدق قوله، وهذا

متفق عليه بين أهل العلم لقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ كَانَ حَالِفًا، فَلْيُحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ»²

كما اتفقوا أيضاً على أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المدين هي اليمين بالله³.

ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة

تمثل قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر أحد أهم القواعد الجوهرية في قواعد

الاثبات القضائي في الفقه الإسلامي بل ويتعدى أثر القاعدة في مختلف النظم القانونية الحديثة التي

تأخذ بالقاعدة في مجال الإثبات القضائي، والمقصود من القاعدة كما نص عليها الفقهاء: أنه إذا ادعى

شخص ما (المدعي) على آخر وهو (المدعى عليه) بدعوى ما، سواء تعلقت بحق من الحقوق المدنية

أو المالية أو بجنابة ما، وانتقل النزاع بينهما (المتخاصمين) إلى القضاء للفصل في نزاع الدعوى والحكم

بينهما، فإن المعمول به في إجراءات الخصام في القضاء الإسلامي وهو أن عبء الإثبات (البينة)

يتحملها الطرف الأول صاحب الدعوى القضائية (وهو المدعى) لإثبات صحة ما ادعاه، كأن يدعي

فيه طلب عيناً من الأعيان، أو ديناً، أو حقاً من الحقوق وتوابعها على المدعى عليه، فإن عجز على

إثبات ما كُلف به، وأنكر الطرف الثاني (المدعى عليه) ما ادعى عليه، فإنه يتحمل عبء حلف اليمين

والحكمة من ذلك كما أشار إلى ذلك بعض أهل العلم في كون البينة على المدعى وهو أن جانب

المدعى ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكُلف بالحجة القوية وهي البينة فتقوى بها ضعف المدعى

¹ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 74/1.

² رواه البخاري، كتاب الأيمان والندور، باب لا تحلفوا بأبائكم، حديث رقم: (6646)، المرجع السابق، ص 1647.

³ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 522/6.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

وجانب المدعى عليه قوي لأنه مستصحب للأصل وهو فراغ ذمته فأكتفي منه باليمين وهي حجة ضعيفة¹.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: من السنة النبوية

استدل أهل العلم على مشروعية القاعدة من السنة النبوية بأدلة منها:

1- حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «لَوْ

يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ، وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»².

2- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم: «قَضَى بِالْيَمِينَ عَلَى

الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»³.

3- وحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «شَاهِدَاكَ أَوْ

يَمِينُهُ»⁴.

4- حديث وائل ابن حجر رضي الله عنه قال: «جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَةِ مَوْتٍ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ

إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ

لِأَيِّ. فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدَيَّ أَزْرَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ؛ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

¹ سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعائي، ت: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف، (المملكة العربية السعودية)، (1427-2006)، 413/4-414.

² سبق ترجمته، ص48.

³ رواه البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، رقم: (2514)، ص609، وكتاب الشهادات، باب اليمين

على المدعى عليه في الأموال والحدود، رقم: (6268)، ص651، ورواه مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه رقم: (1711/2)، ص818.

⁴ رواه البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود وباب يخلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه

اليمين، ولا يُصرف من موضع إلى غيره، ص652، ورواه مسلم في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، ص74.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

للحضر مريمي: "أَلَك بَيْنَةٌ؟"، قَالَ: لَا، قَالَ: "فَلَك يَمِينُهُ"، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ فَاجِرٌ لَيْسَ يُبَالِي مَا حَلَفَ، لَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فَقَالَ: "لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ"؛ فإِنْ طَلَّقَ لِيَحْلِفَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أذْبَرَ: "أَمَّا لَنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لِيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ"¹. وفي رواية "وَهُوَ عَنْهُ غَضَبَانِ».

وجه الاستدلال: دلت الأحاديث وما جاء في آثار الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الجملة على أنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه بمجرد دعواه؛ بل عليه تقديم البينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك².

ثانيا: الإجماع

أجمع الفقهاء على أن حجية العمل بالقاعدة في القضاء بين المتخاصمين، إذ البينة تقع على الطرف المدعي في حين اليمين يقع على الطرف الثاني من الدعوى وهو المنكر أو المدعى عليه، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"³.

ثالثا: المعقول

لما كان المدعي في الأصل يخالف الظاهر فيما يدعيه على الطرف الآخر (المدعى عليه) الذي يتمسك بأصل البراءة وهو ما يدرك بالعقل، فلازم ذلك أنه يُطالب بما يخالف المعقول، وبناءً على ذلك وقع عليه عبء الإثبات بتقديم الدليل على صدق دعواه؛ فإن عجز عن ذلك (المدعي) اقتضت الأمر

¹ رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، رقم الحديث: (139)، ص73.

² سبل السلام، 413/4.

³ الإجماع لابن المنذر، ص86، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لأبو الحبيب سعدي، (ط4)، دار الفكر دمشق (سورية) (1432هـ/2011م)، ص196.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي (القانونية المبينة عليها)

بمطالبة الطرف الآخر (المدعى عليه) بحلف اليمين استشعاراً للجانب الديني، فيشهد الله تعالى على صدقه في النفي والإنكار وعلى بطلان استحقاق المدعي في دعواه¹.

وبناءً على ما تقدم فإن الشرع والعقل يقتضي الأخذ بقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، باعتبارها قاعدة جوهرية في مجال الإثبات المدني والجنائي، لأنه لو افترضنا بعدم الأخذ بهذه القاعدة في مجال الإثبات القضائي، لترتب على ذلك وقوع بلوى الدعاوى الباطلة بين عامة الناس في الادعاء على غيرهم من غير حجة ولا بيان، فتهدر الحقوق والأموال والحدود وهذا يخالف مقتضى الشرع والعقل معاً.

الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

تعد القاعدة بأنها من الأصول المهمة التي يركز عليها القضاء في مجال الإثبات في الفقه الإسلامي والتي يتسع نطاقها ليشمل مختلف القضايا والخصومات المتنازع عليها بين أطراف الدعوى القضائية سواء تعلقت الدعوى في مجال المعاملات المدنية أو الجنائيات أو الأحوال الشخصية وغيرها.

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على الاستصحاب

من القواعد القانونية في مجال الإثبات التي تتسع لها نطاق القاعدة نذكر منها:

1- قاعدة الأصل في المتهم براءته، وتسمى في الفقه القانوني الجنائي بمبدأ قرينة البراءة.

2- قاعدة في الحقوق الشخصية براءة الذمة.

3- قاعدة الأصل في الحقوق العينية الأمر الظاهر.

والمبادئ القانونية التي ذكرناها سنتبعها بالشرح والتفصيل فيها تحليلاً وتفسيراً في موضعها من

تطبيقات الاستصحاب في الفصلين الثالث والرابع من هذه الدراسة.

¹ ينظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية لمحمد مصطفى الزحيلي، ط1، مكتبة دار البيان، دمشق (سورية)، (1402هـ-1982م)، 680/2.

المبحث الرابع

قواعد الملأ والتسليم

المطلب الأول: قاعدة الأصل في الأموال العصة

المطلب الثاني: قاعدة الأصل بقاء السر النظام

المبحث الرابع: قواعد الملك والتملك

من القواعد الفقهية المبينة على استصحاب الحال، والتي ترتبط خاصة بمجال المعاملات المدنية والمالية التي تقوم بين الناس فيما بينهم، بحيث تعد مسائل الأموال والملكية أحد أبرز المواضيع التي تحدث أفضية ونزاعات بين الناس، سواء ما تعلق منها بمسائل ملكية العقارات أو منقولات، أو غيرها من المسائل الأخرى ذات أهمية بالغة في الشرع الإسلامي وفي القوانين الوضعية، الأمر الذي دفع الفقهاء إلى تفعيد جملة من القواعد الفقهية المبينة على استصحاب الحال الظاهر، كالملكية الخاصة المرتبطة بأموال الفرد وحرية التصرف فيها، ما دامت تدخل في نطاق عصمته ويتمتع بالأهلية الكاملة التي تسمح له بحفظها وإدارتها، وهو ما يصطلح عليها بقاعدة الأصل في الأموال العصمة، أو بجانب مسألة التملك عندما يريد الإنسان السيطرة على شيء ما يدخله تحت سيطرته مما يستوجب بمقتضى الحال أن الأصل المقرر شرعا وهو أن الأصل بقاء الملك للحائز على سند الملكية وهو ما يعبر عنه الفقهاء بقاعدة الأصل بقاء اليد الظاهر حتى يثبت العكس، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: الأصل في الأموال العصمة

المطلب الثاني: الأصل بقاء اليد الظاهر (الحيازة سند الملكية)

المطلب الأول: قاعدة الأصل في الأموال العصمة

تعد قاعدة الأصل في الأموال العصمة، من زمرة القواعد الفقهية المبينة على أصل الاستصحاب التي جاءت خاصة بباب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، وليبيان حقيقة القاعدة وشرح مضمونها وتحديد العلاقة مع غيرها من القواعد، عمدنا إلى ضبط صيغ القاعدة المشهورة في كتب الفقه وقواعده ومفرداتها ومعناها العام، ومدى مشروعيتها القاعدة في الفقه الإسلامي، وعليه تم تقسيم دراسة هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعيتها القاعدة

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

من صيغ القاعدة عند الفقهاء نذكر الآتي¹:

1- الأصل عصمة الأموال إلا برضى أصحابها.

2- الأصل ألا يخرج من مال البيت إلا ما يتقن.

3- الأصل عصمة الأموال وحفظها على أربابها.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

1- الأموال

الأموال لغة جمع مال، ويطلق على كل ما تملكه الإنسان من الأشياء².

أما في اصطلاح الفقهاء فله تعريفات عدة منها:

أ- تعريف المالكية: المال هو "ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من

وجهه"³.

ب- تعريف الشافعية: المال هو "ما كان منتفعاً به، أي مستعداً لأن يُنتفع به، وهو أما أعيان

أو منافع"⁴.

¹ القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية، ص 441.

² لسان العرب، 11/635.

³ الموافقات، 2/32.

⁴ المنتور في قواعد الفقه الشافعي، 2/310.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

ت- وعرف أكثر الحنابلة: المال بأنه "ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"¹.

ث- تعريف الحنفية: بأنه "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"².

والملاحظ من جملة التعريفات التي ذكروها أن المال هو ما يقع عليه الملك أي أن الأصل في المال أن يكون تحت عصمة مالكة يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، ثم اختلفوا في تحديد ما يدخل فيه من عدمه، فالمال عند الجمهور يقتضي شمول الأعيان والمنافع في حين ذهب فقهاء الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع من الأموال، لأنهم قيدوا تعريف المال بالادخار.

2- العصمة

العصمة لغة: تأتي بمعنى الحفظ والوقاية والمنع³.

أما العصمة في اصطلاح الفقهي فلا تخرج عن المعنى اللغوي، فيقال عصمة الأموال، أي: حفظها من الضياع ومنعها من كل أشكال العدوان عليها.

ثالثاً: المعنى الإجمالي

من مقاصد الشريعة الإسلامية أنها جاءت للمحافظة على مصالح الناس وحماتها ولعل من أبرز تلك المصالح التي دعت الشريعة الإسلامية على وجوب المحافظة عليها وحماتها وهو عنصر المال باعتباره قوام الأمة وعصب اقتصادها التي تقوم عليه حياة الأفراد والجماعات، فكان حفظ المال في الشريعة الإسلامية في مرتبة المقاصد الضرورية، يقول الإمام الطاهر بن عاشور: "والمقصود الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور هي: الرواج والوضوح والحفظ والثبات والعدل فيه"⁴، الأمر الذي يجعل من المعاملات

¹ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ت: محمد حامد الفقي، ط1، مطبعة السنة المحمدية ودار إحياء التراث العربية بيروت (لبنان)، (1374هـ-1955م)، 270/4.

² رد المختار، 10/7.

³ لسان العرب، 403/12.

⁴ مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، (2011)، ص306.

الفصل الثاني: (القول العرفي للاستصحاب والباطل) (القانونية المبينة عليها)

المالية والتجارية تقوم على أساس العدل في التعامل بما لا يسبب ظلماً وتعدي على ممتلكات الآخرين وأكل أموالهم بالباطل، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ {النساء/29}، وفي الآية الكريمة دليل على تحريم كل صور وأشكال التعدي على عنصر المال من التخريب أو السرقة أو المعاملات الباطلة كالتزوير والرشوة والربا وغيرها من أنواع الكسب الغير المشروع التي تتناول ومقصد الوضوح في تحقيق رواج المال وتنميته بالطرق المشروعة التي دعت إليها نصوص الشرع الحكيم.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

أولاً: الكتاب

دلت نصوص القرآن الكريم على ضرورة حفظ أموال الناس وعصمتها من كل أنواع التعدي والتخريب، ومن أبرزها:

1- قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا

أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ {النساء/29}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل بكل صورها وأنواعها

إلا ما كان على سبيل التجارة المشروعة.

2- قال أيضاً: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا

وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ {النساء/10}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على أن حفظ أموال اليتامى في الشريعة الإسلامية مقدس

لا يمكن المساس به بالعدوان والظلم، وقد حذر الله سبحانه وتعالى كل من سولت له نفسه بأكل مال اليتيم ظلماً وعدواناً بالوعيد الشديد في الآخرة.

3- قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ

وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ {المائدة/38}.

وجه الاستدلال: دلت الآية الكريمة على أن التعدي على أموال الناس بالسرقة، يوجد عقوبة حدية بقطع يد السارق أو السارقة.

ثانيا: السنة النبوية

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله أرأيت إن جاء رجلٌ يريدُ أخذَ مالي؟ قال: فلا تُعْطِه مالك قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيدٌ قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار" ¹.

وجه الاستدلال: دلت الحديث على عظم حرمة مال في الإسلام، بل وقد حث الحديث على ضرورة الدفاع على الأموال من محاولة التعدي عليها ظلما، فإن قتل صاحب المال كان في مرتبة الشهداء وهي من أعظم المراتب منزلة عند الله تعالى وهذا دليل على قدسية المال وحمائته ومنعه من التعدي بكل أشكاله.

2- حديث البراء بن عازب رضي الله عنهما قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل" ².

¹ رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، حديث رقم: (140/225)، ص 47.

² رواه أبو داود، كتاب الإحارة، باب المواشي تفسد زرع قوم، حديث رقم: (3569)، 421/5، وابن ماجه، كتاب الأحكام باب الحكم فيما أفسدت المواشي، حديث رقم: (2332)، 781/2، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب العارية والوديعة، باب تضمين

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبينة عليها

وجه الاستدلال: دلّ الحديث على معنى عصمة الأموال وذلك بضرورة الحرص على حفظ

الأموال والأخذ بالحيلة بكل الطرق الممكنة التي تؤدي إلى فسادها أو تخريبها.

3- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ الْمُسْلِمِ

عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ: دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرَضُهُ»¹.

وجه الاستدلال: حديث دل صراحة على حرمة مال المسلم على أخيه المسلم، فلا يأخذ من

ماله شيء بظلم إلا وقع في الحرام.

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

تتصل قاعدة الأصل في الأموال العصمة بدليل الاستصحاب، من حيث أن الأصل في الشريعة

الإسلامية جاءت لتحفظ أموال الناس وممتلكاتهم من الضياع أو الإهمال أو الهلاك، فلا تصرف إلا

بإذن صاحبها في الحدود التي أذن فيها، ما لم ينص دليل على خلاف ذلك².

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة

تعد القاعدة الفقهية "الأصل في الأموال العصمة"، بحد ذاتها من المبادئ الجوهرية التي جاء

العمل بمضمونها في مختلف الأنظمة القانونية التي تهدف إلى حماية الأموال سواء كانت أموال عامة أو

أموال خاصة وصيانتها من كل أنواع الفساد أو الهلاك التي تؤثر سلباً على الأنظمة الاقتصادية

والاجتماعية، الأمر الذي دفع بعديد الدول إلى سن قوانين زاجرة لحماية الأموال والحفاظ عليها.

العارية (تضمن أهل الماشية ما أفسدت ماشيتهم بالليل)، رقم: (5753)، ت: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت

(لبنان)، (1421هـ/2001م) 343/5، وفي إسناده اختلاف وصلاً وإرسالاً، ورواية الإرسال أرجح، (ينظر: بلوغ المرام لابن

حجر، ت: ماهر ياسين الفحل، ط1، دار القبس (السعودية)، (1435هـ-2014م)، ص453).

¹ رواه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، حديث رقم (2564)

.1186/2

² ينظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة، ص410.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها)

المطلب الثاني: قاعدة الأصل بقاء وضع اليد الظاهر

تعد قاعدة الأصل بقاء وضع اليد الظاهر من زمرة القواعد الخاصة بباب المعاملات المدنية والمالية، ولبیان حقيقة القاعدة ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

الفرع الأول: حقيقة القاعدة

أولاً: صيغ القاعدة

من صيغ القاعدة عند الفقهاء نذكر منها¹:

1- اليد الثابتة بيقين لا تنقض إلا بيقين

2- الأصل استصحاب الأملاك

3- الملك يجب استصحابه بحسب الإمكان.

4- اليد دليل الملك.

5- الأصل بقاء الملك على مالكه حتى يحصل الناقل الشرعي.

ثانياً: شرح مفردات القاعدة

¹ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 420-419/6.

1- وضع

من معاني الوضع في اللغة الترك يقال: وضعت الشيء بين يديه وضعًا تركته هناك، ويأتي بمعنى الإسقاط، يقال: وضعت عنه دينه بمعنى أسقطته¹.

2- اليد

اليد في اللغة من المنكب إلى أطراف الأصابع، والجمع الأيد، والأيدي جمع الكثرة، واليد النعمة والإحسان، وتطلق اليد على القدرة و(يده) عليه، أي سلطانه، والأمر بيد فلان أي في تصرفه، والدار في يد فلان أي في ملكه وأولويته².

قال الراغب الأصفهاني تأتي اليد بمعنى الحوز والملك مرة، يقال هذا في يد فلان أي في حوزة وملكه، قال تعالى: ﴿أَوْيَعُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الرِّجَالِ﴾ {البقرة/237}، وللقوة مرة، يقال لفلان يد على كذا، ومالي بكذا يد³.

3- الظاهر

يراد بالظاهر في اللغة في معنى القاعدة كأن يقال: ظاهر الأمر: أي كما يبدو للناظر⁴. أما المعنى الفقهي من قولهم: ظاهر اليد أو وضع اليد عند الفقهاء هو تصرف ذي اليد في عين بالفعل، أو ثبوت تصرفه فيها تصرف الملاك⁵.

¹ المصباح المنير، 662/2-663.

² المصباح المنير، 680/2.

³ مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني، ت: صفوان عدنان داوودي، ط4، دار القلم، دمشق (سورية)، ودار الشامية، بيروت (لبنان)، (1430هـ/2009م)، ص890.

⁴ معجم اللغة العربية المعاصر، 1443/1.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، 302/43.

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

جاء في شرح المجلة: ذو اليد هو واضع اليد على عين بالفعل، أو الذي يثبت تصرفه في عين وانتفاعه منها تصرف الملاك¹، أي بمعنى استصحاب بقاء اليد في الانتفاع بعين ما والتصرف فيها كأنها ملكية تامة الشروط والأركان.

ثالثا: المعنى الإجمالي

ينصرف معنى القاعدة الفقهية إلى بقاء حيازة ملكية الشيء (سواء كان عقارا أو منقولاً) للشخص الذي يحوزه ويتصرف فيه، بمجرد وضع اليد عليه، ولا يتصور وجود مالك له، فإذا ما ثبت العكس وظهر مالك الشيء الذي تم وضع اليد عليه، ففي هذه الحالة تسقط حكم بقاء اليد على الشيء الحائز له، وتنتقل لمن أثبت ملكيتها.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

استدل الفقهاء على مشروعية القاعدة بأدلة منها:

أولاً: الأدلة العامة

- 1- عموم أدلة قاعدة اليقين لا يزول بالشك.
- 2- عموم أدلة قاعدة بقاء ما كان على ما كان.
- 3- دليل الاستصحاب ما لم يثبت العكس.

ثانياً: الأدلة الخاصة

- 1- حديث جابر بن عبد الله: «أَنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَايَا دَابَّةً، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُمَا أَنَّهَا دَابَّتُهُ فَقَضَى بِهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ»².

¹ درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، 331/4.

² رواه الدارقطني في سننه، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، رقم: (4397/21)، 451/3، والبيهقي في السنن الصغرى، كتاب الدعوى والبيئات، باب الرجلان يتنازعان شيئاً في يد أحدهما رقم: (4336)، 190/4، وفي السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبيئات، باب المتداعيين يتنازعان شيئاً في يد أحدهما، رقم: (21223).

الفصل الثاني: (القواعد الفقهية للاستصحاب والباقي) (القانونية المبينة عليها)

وجه الاستدلال: دلّ الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بمقتضى استصحاب بقاء الملك لو اضع اليد (الحائز) لما أقيمت البينة من كلا الطرفين المتخاصمين، فكانت قاعدة وضع اليد مرجحاً للذي هي في يده الدابة.

2- حديث وائل ابن حجر رضي الله عنه قال: «جاء رجلٌ من حَضْرَ مَوْتٍ وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لِأَبِي. فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أَزْرَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ؛ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْحَضْرَمِيِّ: "أَلَكَ بَيْنَةُ؟"، قَالَ: لَا، قَالَ: "فَلَكَ يَمِينُهُ". فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ فَاجِرٌ لَيْسَ يُبَالِي مَا حَلَفَ، لَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فَقَالَ: لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ فَانْطَلِقْ لِيُحْلِفَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَدْبَرَ: "أَمَّا لَنْ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لِيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ"»¹.

وجه الاستدلال: دلّ الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بمقتضى بقاء الأرض على واضع اليد عليها بعد عجز الطرف الآخر من إثبات العكس، لأن اليد مرجح في الإثبات عند فقدان الدليل على إثبات العكس.

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب

تتصل القاعدة "الأصل بقاء وضع اليد الظاهر" بالاستصحاب، من حيث اعتبار أن ما بأيدي الناس من أموال وأموال يتصرفون فيها تصرف الملاك على أنها لهم؛ استصحاباً لبيد الظاهر على بقاء ملكيتهم لها؛ ما لم يثبت بالدليل خلاف ذلك.

10/234، وإسناده ضعيف، (ينظر: فتح الغفار للرباعي، ت: علي العمران وآخرون، ط1، عالم الفوائد، (1427هـ) 4/2077).

¹ سبق تخريجه، ص160.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها

الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة

من أبرز المبادئ الفقهية المبنية على قاعدة الأصل بقاء وضع اليد الظاهر، مبدأ الحيازة سند الملكية، بحيث سنتبع بالشرح والتفصيل للمبدأ فيها بالتحليل والتفسير في موضعه من تطبيقات الاستصحاب في الفصل الرابع من هذه الدراسة.

الفصل الثالث

تطبيق الاستصحاب في أحكام الجنائز: (شرحاً وقانوناً)

المبحث الأول: قاعدة المنهج البري، معنى نبت إولائه

المبحث الثاني: للجريمة وللحقوبة إلا بنص

المبحث الثالث: استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجنائية

الفصل الثالث

تطبيقات الاستصحاب في أحكام الجنائز: (شرعا وقانونا)

يتسع نطاق العمل بالاستصحاب تطبيقا عمليا في جميع أبواب الفقه ليشمل بدوره مجال التشريع الجنائي الإسلامي والقوانين الجنائية الحديثة، وبالتحديد في مجال أدلة الإثبات الجنائي التي تكفل حماية الحقوق الأساسية والحريات العامة للأفراد، الأمر الذي دفع بمعظم التشريعات الوضعية العربية والغربية بما فيها التشريع الجنائي الجزائري على النص عليها وتطبيقها في المنظومة القانونية الداخلية، حرصا على الاستجابة لضغوطات الدولية فيما يخص توفير أسس المحاكمة العادلة التي تقوم على استصحاب عدة مبادئ شرعية مبنية على قاعدة استصحاب الحال كما أصلها علماء الشريعة الإسلامية في أصولهم وقواعدهم الفقهية وطبقوها على كثير من الفروع، كما كان لها الأثر في كثير من التطبيقات القضائية في النظام القضائي الإسلامي والوضعي، كما تعد الشريعة الجنائية أحد المبادئ الجوهرية بعد مبدأ البراءة الأصلية التي تتأسس على دليل استصحاب الحال، وكذا مبدأ اليقين القضائي الذي يتأسس على قواعد الفقه الإسلامي المبنية على الاستصحاب، ولتفصيل أكثر تم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته

المبحث الثاني: قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

المبحث الثالث: استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجنائية

المبحث الأول

قاعدة المنع بربىء سمى نبت إولائه

المطلب الأول: الموقف الشرعى والقانونى من القاعدة

المطلب الثانى: تطبيق استصحاب القاعدة فى الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: تطبيق استصحاب القاعدة فى النصوص القانونية

والقرارات القضائية

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (المحك) (الجناب): (شرحاً وقانوناً)

المبحث الأول: قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته

من تطبيقات الاستصحاب المقررة في باب الجنایات والقوانين الجنائية المعاصرة ما جاء في أحد أقسام الاستصحاب، بقولهم: استصحاب أصل البراءة (قرينة البراءة عند القانونيين)، أو كما يصطلح عليه "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" من القواعد الفقهية التي استنبطها فقهاء المسلمين بناء على القول باستصحاب أصل البراءة، وأخذوا بتوظيفها كمبدأ جوهري ثابت في مجال الإثبات الجنائي والحكم بمقتضاها في كثير من القضايا في النظام القضائي الإسلامي، أما في القوانين الجنائية الوضعية، فقد كانت الأوضاع التشريعية والقضائية تتسم في تلك الفترة بانعدام أسس المحاكمة العادلة التي كانت النظام القضائي في الإسلام يضرب به المثل في إرساء قواعد العدل والحريات والحقوق، ومع مطلع القرن الثامن عشر خلال عصر النهضة التي شهدتها أوروبا ظهرت أفكار بعض الفلاسفة والمفكرين في مختلف دول أوروبا الداعية إلى إصلاح المنظومة التشريعية والقضائية مع توجيه انتقادات شديدة على الممارسات غير إنسانية التي كانت تقع على المتهمين بدون توفير أي حق في الدفاع ولا احترام أصل البراءة المكفولة للإنسان بالفطرة، وهذا ما نادى به الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو)¹ في كتابه روح القوانين في عام (1748م)، فإذا لم تضمن براءة أبناء الوطن ضاعت الحرية²، وإلى ذلك ذهب الفيلسوف الإيطالي (بيكاريا)³ في كتابه الجرائم والعقوبات الصادر عام 1768م، بأنه لا يجوز وصف الشخص بأنه مذنب

¹ شارل لوي دي سيكوندا (1755-1789م)، (Charles Louis de Secondat) المعروف باسم: مونتسكيو (Montesquieu) هو ناقد اجتماعي ومفكر سياسي، أدرك ما في بيئته من نقائص فعمل على التنبيه إليها، من أشهر مؤلفاته: "كتاب روح القوانين"، (ينظر: تاريخ الفلسفة الحديثة، ص194).

² روح القوانين لمونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة الهنداوي، (2017م)، ص339.

³ سيزاري ماركيز بكاريا بونيزانا (بالإيطالية): (Cesare Bonesana di Beccaria)، (12 مارس 1738 - 28 نوفمبر 1794) إيطالي مختص في علم الجريمة وفقهه قانوني وفيلسوف وسياسي، ويعتبر من أكثر القانونيين الموهوبين وأحد أعظم المفكرين في عصر التنوير، من أشهر مؤلفاته: كتاب الجرائم والعقوبات (1764)، (ينظر: موقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا، الرابط:

الفصل الثالث: تطبيق استصحاب (المحك) (الغاياب): (شرعا وقانونا)

إلا بعد صدور حكم قضائي بالإدانة¹، وبناء على ذلك سنحاول بيان موقف الفقه الإسلامي ومدارس الفكر القانوني من قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ثم بيان توظيف القاعدة وأساسها الشرعي، ثم استصحاب القاعدة في القوانين الوضعية الحديثة، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطالب الآتية:

المطلب الأول: الموقف الشرعي والقانوني من القاعدة

المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب القاعدة في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب القاعدة في النصوص القانونية والقرارات القضائية

¹ ينظر: نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري لمحمد مروان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (1999) ص148.

المطلب الأول: الموقف الشرعي والقانوني من القاعدة

أخذت قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته موضوعاً فقهيًا وفكريًا هامًا، من حيث تباين المواقف حول مشروعية تطبيق القاعدة وما مدى تقريرها، واستنادًا إلى ذلك سنخرج إلى بيان الموقف الشرعي منها الذي قرره فقهاء الشريعة الإسلامية عن طريق تحديد الوصف الفقهي ثم مدى معارضتها لإشكالية توجيه الاتهام عند قيام الدعوى القضائية، وماهي الضوابط والأحوال التي يجب مراعاتها عند تطبيقها ثم محاولة بيان الموقف القانوني من القاعدة عند فلاسفة القانون الوضعي ومدى موافقتهم للأخذ بالقاعدة مع معارضتها لمبدأ قرينة الإدانة، وهل هناك توافق بين الموقف الشرعي الذي قرره فقهاء التشريع الجنائي الإسلامي من القاعدة، أم هناك تباين في المواقف، ولبيان ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من القاعدة

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من القاعدة

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من القاعدة

إن استصحاب صفة البراءة التي أقرها الأصوليون في قواعدهم الأصولية كان لها الأثر في التطبيقات الفقهية عند الفقهاء باعتبارها أصلًا ثابتًا وحقًا لصيقًا بالفطرة التي يولد عليها الإنسان لما نصت عليه الأدلة في ذلك من براءته من التكاليف والحقوق وبراءة جسده من الحدود والقصاص والتعزير الأمر الذي طرح إشكالا عن بحث الباحثين والمختصين في المجال القضائي عند توجيه التهمة دون إثبات قاطع يدل عليها، الأمر الذي يشكل في نظر البعض خرقاً لقاعدة البراءة وتعدياً صريحاً عليها ما دام أن المتهم لم يثبت في حقه الجرم المنسوب إليه بالدليل القطعي الذي لا يعتريه الشك والاحتمال في ثبوتها في حقه على أنه مجرم، الأمر الذي دفع فقهاء الشريعة الإسلامية لرفع التعارض بين أصل البراءة وتوجيه الاتهام إلى الأخذ بالقرائن والأمارات والأحوال والملابسات وإعطائها ما تستحقه من النظر

الفصل الثالث: تليغاح (الاستصحاب) في (الحكام) (الجنابا): (شرا و قانونا)

والاعتبار في تقوية جانب الادعاء حتى لا يضيع الحق المشروع لسلطة القضائية المختصة في متابعة الجناة (المتهمين) وتسليط العقوبة المقدرة عليهم شرعا، وبناء على هذا التساؤل المطروح قرر فقهاء الشريعة الإسلامية تتبع القرائن والأمارات والأحوال والملابسات التي يمكن بها توجيه الاتهام، والتي في الغالب لا تخرج عن أحوال ثلاثة¹:

1/ الحالة الأولى: أن يكون المتهم معروفا بالصلاح والاستقامة، وفي هذه الحالة تُطبق قاعدة استصحاب براءة المتهم بصفة مطلقة، ولا يتبع ضده الإجراءات الجنائية حتى يثبت العكس بدليل قاطع ويقيني.

2/ الحال الثانية: أن يكون المتهم مجهول الحال لا يعرف باستقامة ولا فجور، وفي هذه الحالة تطبق قاعدة استصحاب براءة المتهم بتحفظ أخذا بقاعدة الاحتياط، فتتبع ضده الإجراءات الجنائية مع الحفاظ على كل حقوقه مع عدم المساس بحريته وكرامته الشخصية بأي وسيلة كانت حتى يثبت العكس.

3/ الحال الثالثة: أن يكون المتهم معروفاً بالفجور والإجرام (مسبوق قضائياً)، وفي هذه الحالة تتبع ضد المتهمين المنحرفين والمسبوقين جنائياً بمعاملة أشد من الحالة الثانية، ويمكن اتخاذ ضدهم إجراءات التوقيف والحبس والضرب حتى يتبين للقضاء الحكم المناسب.

وعليه وبناء على ما تقدم نستخلص أن الفقهاء في التشريع الجنائي الإسلامي حددوا ضوابط وقيود في مدى تطبيق قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته ومدى استصحابها بحسب أحوال المتهمين وأخذاً بمبدأ تتبع القرائن والأمارات والأحوال والملابسات وعليه فإن المتهم لا يصير متهماً إلا في الحال الثالثة التي يكون فيها المتهم مسبوقاً قضائياً أو على غير صلاح واستقامة فظروف الحال تقتضي أن

¹ نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية لعبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع، (1403هـ)، ص 298-299-300.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في المحاكم الجنائية): (شرحا وقانونا)

تكون قرينة وعلامة على توجيه الاتهام له ومتابعته قضائيا بحسب الإجراءات المعمول بها في الفقه الإسلامي، أما في الحال الأولى والثانية فإنه لا يرتقي فيها توجيه الاتهام إلا بعد تكوين الأدلة التي تصل إلى درجة الظن فصار حينئذ التعبير على الحالتين قاصرا على استخدام مصطلح المشتبه به، لأن القرائن والعلامات الحسية بمجموعها لا ترتقي لتكوين الاتهام.

الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من القاعدة

أما في القانون الوضعي الجنائي فلقد لقيت قاعدة براءة المتهم جدلا فقهيًا وفلسفيا بين مختلف المدارس الفقهية في الفكر القانوني، حيث اختلفت الاتجاهات المذهبية حول مدى القول بأحقية المتهم في براءة عند توجيه الاتهام إليه، باعتبارها أصل لصيق في الانسان منذ ولادته، هذه الإشكالية المطروحة لقت اهتمام مختلف المفكرين والفقهاء القانونيين حيث جاءت آراؤهم على ثلاثة اتجاهات في الفكر الفلسفي والقانوني¹:

الاتجاه الأول: تعترض المدرسة الوضعية على تطبيق قاعدة البراءة الأصلية لصالح المتهم وتوجه

نقدا شديدا إلى القائلين بتطبيقها لصالح المتهم باعتبار أنها ترى بضرورة تفعيل قرينة الاذئاب للمتهمين في القضايا المتابعين فيها ومن آرائهم الفكرية حول قاعدة البراءة في مواجهة الاتهام:

1- رفض القاعدة مطلقا وفي مختلف مراحل الدعوى الجنائية خاصة مع المجرمين الخطرين

ومعتادي الاجرام.

2- استبعاد القاعدة عند وجود الشك.

الاتجاه الثاني: تتمله المدرسة التقليدية قديما وأغلب الفقهاء المعاصرين في القانون والذين يعتبرون

قاعدة البراءة الأصلية قاعدة مقدسة وأساسية لا يمكن الاستغناء عنها لقيام أسس المحاكمة العادلة التي تتجلى فيه مظاهر حماية المتهم من كل تعسف إجرائي يحط من حرته وكرامته الإنسانية وفي هذا يقول

¹ ينظر: نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري لمحمد مروان، ص 158.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكام) (الغاياب): (شرا و قانونا)

المفكر والفيلسوف (بينثام)¹، الذي يمثل أحد أقطاب المدرسة التقليدية أن "القرينة ينبغي أن تكون في صالح البراءة أو على الأقل يجب التصرف كما لو أن هذه القرينة هي مقررّة فعلا"².

الاتجاه الثالث: هذا الاتجاه يمثله المفكر الفرنسي (جون كاربونييه)، والذي يدافع على وضعيّة

قانونية محايدة بين قرينة البراءة وقرينة الاذئاب حماية للمتهم والمجتمع معا.

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

إذا كان الفقه الإسلامي يقرر الأخذ بتطبيق قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته، باعتبار أن هذه القاعدة مبنية على أصل الاستصحاب الذي يمثل أصلا معتبرا من أصول التشريع الإسلامي عند جمهور أهل العلم، ودلت عليها النصوص الشرعية، ثم إنّ هذا التقرير الأصولي للقاعدة لم يحد الفقهاء من تحديد الضوابط العامة التي تطبق فيها القاعدة، فليس الناس جميعا على سريرة واحدة من الاستقامة والتقوى، بل تختلف بحسب شواهد الأحوال، وعليه فتطبيق القاعدة ليس مطلقا على جميع الناس، بل يختلف تطبيقها بحسب السوابق والقرائن والملاسات، أما في الفقه القانوني فقد لقي المناداة بتفعيل أصل البراءة (قرينة البراءة)، جدلا فكريا عند مدارس الفكر القانوني بين معارض لفكرة البراءة وبين مؤيد لتطبيقها وتفعيلها في جميع الأحوال وعند جميع الناس على اختلاف سوابقهم الجنائية حتى تثبت الإدانة بدليل قاطع ويقيني، وبين موقف محايد بين قرنتي البراءة والإدانة.

هذا التباين في موقف الفقه القانوني من قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته وإن كانت القوانين الجنائية الحديثة أخذت بالموقف المؤيد بتطبيقها بصفة مطلقة دون مراعاة لشواهد الأحوال والسوابق الجنائية عند الأفراد، يبقى موقفا مبالغا فيه؛ وإن وافق إلى حد ما موقف الفقه الإسلامي الذي قرر

¹ جيريمي بنثام (بالإنجليزية: Jeremy Bentham) عاش في الفترة (15 فبراير 1748 - 6 يونيو 1832) هو عالم قانون وفيلسوف إنكليزي، ومصلح قانوني واجتماعي، وكان المنظر الرائد في فلسفة القانون الأنجلو-أمريكي. ويشتهر بدعوته إلى النفعية

وحقوق الحيوان، وفكرة سجن بانوبيتيكون (ينظر: موقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا، الرابط: <https://ar.wikipedia.org>)

² ينظر: نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري لمحمد مروان، ص 155.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرحاً وقانوناً)

تطبيق القاعدة، ولكن بالشروط والضوابط اللازمة دون مبالغة ولا تفريط في العمل بها وتفعيلها ودون أن تقيد عمل الهيئات المختصة من تتبع مجريات التحقيق القضائي للوصول إلى الحقيقة التي تساعد القضاء في الفصل في القضية بين أطراف الخصومة الجنائية؛ بأحكام مبنية على اليقين والقطع الجازم.

الفصل الثالث: (الفصل الثالث): تطبيق الاستصحاب في (الحكم) (الغاياب): (شرحها وقانونها)

المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب القاعدة في الشريعة الإسلامية

تستند قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" أساسها الشرعي من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية التي تدل عليها صراحة وتكفل حمايتها من الاعتداء والعدوان، بل وتمثل مقصدا هاما من مقاصد التشريع الجنائي الإسلامي في حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وهذا الأمر الذي يظهر جليا تطبيقاته في أحكام القضاء الإسلامي الذي أخذ على عاتقه حماية أصل البراءة للمتهم من الانتهاك ولتفصيل الأكثر تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: أساسها الشرعي

الفرع الثاني: تطبيقاتها القضائية

الفرع الأول: أساسها الشرعي

تندرج قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته ضمن قسم استصحاب حكم البراءة الأصلية التي بحثها الأصوليون في نظرية الاستصحاب، واستنبط منها الفقهاء قولهم: الأصل في المتهم البراءة من الحدود والقصاص حتى يثبت العكس، قصد حماية الحقوق والحريات من العدوان والانتهاك على حرية الانسان وحفظ كرامته، وقد دلت نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية على اعتبار هذا المبدأ في مواضع كثيرة من أبرزها:

1- قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا مَرَّ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا

مُبِينًا ﴾ {النساء/112}.

وهذا دليل صريح على مدى عظم الجرم الذي يقدم على الاعتداء على براءة الإنسان واتهامه بالكذب والافتراء والبهتان، وهذا الاعتداء على البراءة هو من أعظم الذنوب والجرائم عند الله سبحانه وتعالى.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الجابح): (شرحا وقانونا)

2- حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ

بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ، وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»¹.

وفي حديث الأشعث بن قيس رضي الله عنه: أنه وقع خلاف أو خصومة بينه وبين ابن عم له، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «بَيْنْتُكَ أَوْ يَمِينُهُ»²، وفي حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»³.

والحكمة من ذلك كما قال أهل العلم إنما جعلت البيعة على المدعي لأن جانبه ضعيف، إذ إنه يدعى خلاف الأصل، إذ الأصل في الناس براءة ذمهم حتى تثبت إدانتهم، وهي حجته في ثبوت حقه أما الطرف الآخر وهو المدعى عليه فعليه اليمين، لأن جانبه قوي، إذ هو مؤيد بالبراءة الأصلية، فاكتمى منه باليمين، وهو حجة ضعيفة⁴، وبذلك يتحقق التوازن بين طرفي الدعوى الجنائية.

الفرع الثاني: تطبيقاتها القضائية

أما توظيف القاعدة عند الصحابة رضي الله تعالى عنهم، فقد شهد قضائهم ما يدل على تطبيق القاعدة والحكم بمبدأ البراءة الأصلية في حال انتفاء البيعة، ومن أبرز القضايا العملية التي حكم بمقتضاها الصحابة رضي الله تعالى عنهم بموجب هذه القاعدة نذكر الأقضية الآتية:

¹ سبق تخريجه، ص 47.

² رواه البخاري، كتاب تفسير القرآن، إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم، رقم: (4549) (4550) ص 1115.

³ سبق تخريجه، ص 159.

⁴ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، 208/8.

الفصل الثالث: تليغاس (الاصحاب في الحكم) (الجابار): (شرا و قانونا)

أولاً: قضية عَبْدُ اللَّهِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ

فقد جاء في الأثر عَبْدُ اللَّهِ بْنِ أَبِي عَامِرٍ، قَالَ: انْطَلَقْتُ فِي رَكْبٍ حَتَّى إِذَا جِئْنَا ذَا الْمَرْوَةِ سُرِقَتْ عَيْبَةٌ¹ لِي وَمَعَنَا رَجُلٌ يُتَّهَمُ، فَقَالَ أَصْحَابِي: يَا فُلَانُ، أَدَّ عَيْبَتَهُ فَقَالَ: مَا أَخَذْتُهَا، فَرَجَعْتُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَأَخْبَرْتُهُ فَقَالَ: كَمْ أَنْتُمْ؟ فَعَدَدْتُهُمْ، فَقَالَ: أَظُنُّهُ صَاحِبَهَا الَّذِي أَتَّهَمُ، قُلْتُ: لَقَدْ أَرَدْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ آتِيَ بِهِ مَصْفُودًا، فَقَالَ: أَتَأْتِي بِهِ مَصْفُودًا بَعِيرٍ بَيِّنَةٍ؟ لَا أَكْتُبُ لَكَ فِيهَا، وَلَا أَسْأَلُ لَكَ عَنْهَا، قَالَ: فَعَضِبْتُ، قَالَ: فَمَا كَتَبَ لِي فِيهَا، وَلَا سَأَلَ عَنْهَا².

فإنكار عمر رضي الله تعالى عنه؛ أن يصفد المتهم بغير بينة أو من غير أمانة على ذلك هو دليل على مدى حرمة تقييد حرية المتهم استصحاباً لبراءته الثابتة بيقين، واليقين لا يزول إلا بيقين مثله.

ثانياً: قضية الكلاعيين

ومن ذلك أيضاً ما روي عن أزهر بن عبد الله الحرزبي: «أَنَّ قَوْمًا مِنَ الْكَلَاعِيِّينَ سُرِقَ لَهُمْ مَتَاعٌ فَأَتَّهُمُوا أَنَسًا مِنَ الْحَاكَةِ فَأَتَوْا النِّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ صَاحِبَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَبَسَهُمْ أَيَّامًا ثُمَّ خَلَّى سَبِيلَهُمْ، فَأَتَوْا النِّعْمَانَ فَقَالُوا: خَلَيْتَ سَبِيلَهُمْ بَغَيْرِ ضَرْبٍ وَلَا امْتِحَانٍ؟ فَقَالَ النِّعْمَانُ: مَا شِئْتُمْ؟ إِنْ شِئْتُمْ أَنْ أَضْرِبَهُمْ فَإِنْ خَرَجَ مَتَاعُكُمْ فَذَاكَ، وَإِلَّا أَخَذْتُ مِنْ ظَهْرِكُمْ مِثْلَ مَا أَخَذْتُ مِنْ ظَهْرِهِمْ! فَقَالُوا: هَذَا حَكْمُكَ؟ فَقَالَ: هَذَا حَكْمُ اللَّهِ وَحَكْمُ رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»³.

وفي الحديث دلالة على قضاء النعمان بن بشير وحكمه ببراءة المتهمين، بعد اتخاذه إجراء التحقيق بجبسهم حتى يتبين صدقهم من كذبهم، فلما لم تثبت إدانتهم بالبينة القاطعة، أطلق سبيلهم

¹ العيبة: وعاء من جلد توضع فيه الثياب، (ديوان امرئ القيس، ت: المصطاوي، ص 86).

² أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب التهمة، رقم: (18893)، 217/10.

³ رواه أبو داود، كتاب الحدود، باب في الإمتحان بالضرب، رقم: (4382)، 435/6، والنسائي في السنن الصغرى، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، رقم: (4878)، ص 672، وفي إسناده بقية بن الوليد، وهو كثير التدليس عن الضعفاء. قال النسائي: هذا حديث منكر، لا يحتج بمثله، وإنما أخرجه ليُعرف.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرحاً وقانوناً)

تقريراً لمبدأ البراءة الأصلية كحق مشروع للمتهمين، وقد برر النعمان حكمه للمدّعين بأن ذلك حكم الله ورسوله في القضاء عند التخاصم.

بناء على ما تقدم نستخلص أن قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" قد لقيت حظها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية، وقد جاء تأسيسها تحت أصل عظيم ومصدر هام من مصادر التشريع الإسلامي والمتمثل في أصل الاستصحاب وقواعد الفقه المبنية عليه، كما جاء النص على القاعدة في المادة (19) الفقرة (5) من الإعلان العالمي الإسلامي لحقوق الإنسان بنصها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته بمحاكمة عادلة تأمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه»¹.

وهذا النص الذي قرره الإعلان العالمي الإسلامي في المادة (19)، إنما هو تقرير صريح على توظيف مبدأ البراءة الأصلية كأصل ثابت في الإنسان الذي، يستفيد منها كل إنسان متهم في قضية جنائية، الذي تضمن له الإجراءات القضائية محاكمته محاكمة عادلة، حتى تثبت إدانته أو يحكم ببراءته وهو ما أقرته التطبيقات العملية في نظام القضائي الإسلامي، كما في قضية الكلاعيين وقضية عبد الله بن أبي عامر، في استصحاب البراءة للمتهم حتى يثبت العكس.

¹ فقه العصر لفضل بن عبد الله مراد، ط2، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء (اليمن)، (1437 هـ - 2016 م)، 1088/2.

الفصل الثالث: تطبيق استصحاب القواعد في النصوص القانونية والقرارات القضائية

المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب القاعدة في النصوص القانونية والقرارات القضائية

لم تتخلف القوانين الجنائية المعاصرة على اختلاف مدارسها الفكرية وفلسفتها التشريعية في الأخذ بتوظيف مبدأ البراءة الأصلية كأصل ثابت في الإنسان، وضرورة الالتزام بمعاملة كل متهم على أساس أنه بريء في مختلف مراحل الدعوى الجنائية، باعتبار أن هذا المبدأ يمثل أحد أهم الأسس القضائية التي تقوم عليها المحاكمة الجنائية المنصفة في محكمة الأفراد والمتهمين، وهذا ما أكدته عدة قرارات قضائية صادرة عن الاجتهاد القضائي في هذا الصدد، ولتفصيل ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: استصحابها في القوانين الوضعية

الفرع الثاني: استصحابها في الاجتهاد القضائي

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

الفرع الأول: استصحابها في القوانين الوضعية

أولاً: القانون الجزائري

أخذ المقتن الجزائري العمل بقاعدة استصحاب البراءة الأصلية باعتباره مبدأ دستوريا في كل التعديلات الدستورية بداية من دستور سنة (1989) حيث جاء نص المادة (42) على أنه: «كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون»¹، ثم في التعديل الدستوري لسنة (1996) حيث جاء النص عليه في المادة (45) بنفس العبارة والمضمون الذي ينص على حماية البراءة حتى الفصل في الدعوى من طرف جهة قضائية نظامية، واستمر العمل على ذلك إلى غاية آخر تعديل دستوري لسنة (2020) حيث تم النص على المبدأ في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة، حيث جاء مضمون المبدأ في المادة

¹ دستور 1989، المنشور بموجب الامر رقم 89-18، المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 23 فيفري 1989، ج ر، عدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرعا وقانونا)

(41) بنصها: « كل شخص يعتبر بريئا حتى تُثبت جهة قضائية إدانته، في إطار محاكمة عادلة»¹ وعليه يمكن أن نستنتج من خلال هذا المسار الدستوري الذي حافظت فيه المنظومة القانونية الجزائرية على توظيف مبدأ البراءة الأصلية واستصحابه دستوريا إنما يدل دلالة واضحة على اعتبار المبدأ من بين أحد الحقوق الأساسية المكفولة للإنسان والواجب حمايتها من المساس بها أو تقييدها بدون مبررات داعية إلى ذلك وتأكيدا على ذلك نصت المادة (11) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة (2017) في الباب الأول من الكتاب الأول الذي جاء تحت عنوان: في مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق بنصها: «تراعي في كل الأحوال قرينة البراءة وحرمة الحياة الخاصة»²، ولعل هذا النص القانوني إنما جاء يدل على ضرورة استصحاب أصل البراءة منذ مباشرة الدعوى العمومية والبدء في إجراءات التحقيق والتعامل مع المتهمين المتابعين قضائيا على أساس استصحاب أصل البراءة الثابتة للإنسان شرعا وعقلا وقانونا وكذا الحرص على احترام حرمة الحياة الخاصة للمتهمين المتابعين قضائيا خاصة في مرحلة التحقيق التي تشهد إجراءات التفتيش والتحقيق والتحري والبحث عن الأدلة.

ثانيا: في القوانين العربية

لم تتخلف التشريعات العربية عن غيرها من التشريعات الوضعية الأخرى في الأخذ بقاعدة استصحاب البراءة الأصلية في قوانينها الداخلية، وعن طريق عملية استقراء مختلف النصوص القانونية لكثير من الدول العربية التي أقرتها في منظومتها القانونية، يتبين بشكل واضح مدى تكريس مبدأ البراءة الأصلية كمبدأ دستوري جوهري يمثل ضمانا أساسية لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد كما تم

¹ الدستور الجزائري 2020، المنشور بموجب القانون، 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق ل: 30 ديسمبر 2020 م، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر، عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

² قررت المادة بموجب: الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 هـ الموافق 23 يونيو سنة 2015 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرعا وقانونا)

استصحاب القاعدة ونص عليها في عدد من القوانين الإجراءات الجنائية لحماية المتهم من المساس بحريته وحقوقه الأساسية المكفولة شرعا وقانونا.

1- الدساتير العربية

بتصفح ما أقرت به معظم الدساتير العربية في حماية الحقوق والحريات الأساسية النص على استصحاب مبدأ البراءة الأصلية لكافة الأفراد دون استثناء، بحيث جاء تطبيق هذا المبدأ الدستوري والنص عليه في أسمى وثيقة في القانون، إنمال يمثل تطبيقا قانونيا على مدى اعتبار قاعدة استصحاب البراءة في الفكر القانوني، الذي يكفل للإنسان جملة من الحقوق التي تضمن له حرته وكرامته في نطاق المحاكمة العادلة.

ومن هذا المنطلق سارعت معظم الدساتير العربية بما فيه الدستور الجزائري على النص على المبدأ في مختلف دساتيرها المتعاقبة والعمل على إحاطته بسياج من الضمانات التي تمنح المتهم بجرمة ما من الاستفادة من كل الحقوق التي يقرها القانون في الدفاع على نفسه أثناء المحاكمة الجنائية التي يكون فيها متابعا قضائيا قبل صدور الحكم النهائي والبات في الدعوى الجنائية في إطار محاكمة عادلة ونزيهة.

ومن أبرز الدساتير العربية التي نصت على استصحاب المبدأ دستوريا؛ ما أقره القانون المصري في دستور (1971) حيث جاء في نص المادة (67): «أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له ضمانات الدفاع عن نفسه»، واستمر تطبيق المبدأ واستصحابه دستوريا في جميع التعديلات الدستورية المتعاقبة لجمهورية مصر العربية وصولا لآخر تعديل دستوري الصادر بتاريخ: 23 أبريل 2019، وفيه أقر المقتن المصري نفس مضمون المادة السابقة في المادة (96) بنصها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة»، كما نص الدستور اليمني لسنة (2015) على استصحاب المبدأ دستوريا أيضا بموجب المادة (97) بنصها: «كل متهم بريء حتى تثبت إدانته»، ونص عليها الدستور الإماراتي بموجب المادة (28): «العقوبة شخصية والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية وعادلة»، كما نص الدستور التونسي في فصله السابع والعشرين

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرحاً وقانوناً)

(27)، الوارد بالباب الثاني المخصص للحريات والحقوق الأساسية على «أن كل متهم بريء الى ان تثبت ادانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه»، كما أقره الدستور الكويتي في المادة (34) بنصها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع»، كما أقره الدستور السوداني لسنة 2005 في المادة (34/ف1) بنصها: "«المتهم بريء حتى تثبت إدانته قضاء، وفقاً للقانون»، أما الدستور المغربي فقد جاء نصه على المبدأ دستورياً في آخر تعديل دستوري الصادر بتاريخ 2011/11/14 في الفصل 23 الفقرة الرابعة بقوله: «قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان»¹.

2- القوانين الجنائية العربية

لم تتخلف المنظومة القانونية في كثير من الدول العربية على توظيف استصحاب مبدأ البراءة الأصلية والنص على تطبيقها في قوانينها الإجرائية، تماشياً مع الآراء الفكرية التي نادى بضرورة تطبيق المبدأ في القوانين الداخلية للدول من خلال عقد المؤتمرات الدولية والاعلانات العالمية الداعية إلى تكريس المبدأ في القوانين الداخلية للدول والعمل على تطبيقها قضائياً، ومن أبرز القوانين الإجرائية للدول العربية نجد في مقدمتها نظام الإجراءات الجزائية السعودي يأخذ بتطبيق المبدأ بمقتضى نصوص الشريعة الإسلامية التي تدل عليه صراحة، وهذا باستقراء نص المادة الثانية والثالثة من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: «لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو

¹ ينظر: الدستور المصري لسنة 1971، الصادر بتاريخ: 11 سبتمبر 1971، دستور 2019، الصادر بتاريخ: 23 أبريل 2019 قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء، الدستور اليمني لسنة 2015، الصادر بتاريخ: يناير/كانون الثاني 2015، دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر عام 1971 شاملاً تعديلاته لغاية عام 2009، الدستور التونسي الصادر عام 2014، الدستور الكويتي الصادر بتاريخ: 14 جمادى الثانية 1382هـ الموافق 11 نوفمبر 1962، الدستور السوداني لسنة 2005، الدستور المغربي الصادر بتاريخ: 2011/11/14.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرعا وقانونا)

توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً»¹، كما نصت المادة الثالثة منه أيضا على أنه: «لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص، إلا بعد ثبوت إدانته بأمر محظور شرعاً أو نظاماً بعد محاكمة تُجرى وفقاً للمقتضى الشرعي»²، هذا وإن لم ينص نظام الإجراءات السعودي صراحة على المبدأ إلا أن تطبيق مضمون المبدأ معتبر من جهتين:

1- كون المبدأ من المبادئ الشرعية المستنبطة من الاستصحاب وتطبيقاتها الشرعية تدل عليه نصوص الكتاب والسنة، ونص المادة الأولى من نظام الإجراءات ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما هو منصوص عليه في الكتاب والسنة.

2- النص المادتين الثانية والثالثة يدل على اعتباره بمنع كل ما له أثر على تقييد الحرية الشخصية للأفراد عند المتابعة القضائية عند الشروع في إجراءات التحقيق والمتابعة التي تقتضي فيها إجراءات القبض على المتهمين وتفتيشهم أو إجراء عملية التوقيف أو السجن المؤقت، هذه الإجراءات المعمول بها في مجال التحقيق الجنائي في طبيعتها تتصادم ومبدأ البراءة الأصلية، لكن تدخل نظام الإجراءات السعودي على النص على الأحوال التي يسمح بها باتخاذ تلك الإجراءات، وعليه فإن دائرة مبدأ البراءة الأصلية المكفول للأفراد أوسع نطاقاً من الإجراءات الاستثنائية التي يقرها النظام لمصلحة التحقيق والبحث والتحري لكشف الجريمة، وإلى ذلك ذهب أيضا قانون الإجراءات السوداني، حيث نص عليه في الباب الأول من الأحكام التمهيدية من خلال اقراره لمجموعة من المبادئ الواجب مراعاتها في المادة الرابعة بتقريرها ما يلي: تراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون المبادئ الآتية:

أ- منع ارتكاب الجريمة واجب على الجميع.

ب- لا تجريم ولا جزاء إلا بنص تشريعي سابق.

¹ نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435 هـ، بموجب مرسوم ملكي رقم (م/2) بتاريخ: 22 محرم 1435 هـ.

² المادة الثالثة من نفس القانون.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرحاً وقانوناً)

ت - المتهم بريء حتى تثبت إدانته، وله الحق في أن يكون التحري معه ومحاكمته بوجه عادل وناجز¹.

إضافة إلى ذلك نص المقتن الجنائي الأردني على استصحاب أصل البراءة في قانون أصول المحاكمات الجزائية حيث أقره في المادة (147) منه بنصها: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته»²، أما قانون المسطرة الجنائية المغربي فلم يتخلف بدوره عن باقي القوانين الإجرائية العربية التي نصت على وجوب اعتبار مبدأ البراءة الأصلية واستصحابها إجرائياً حيث أقره في المادة الأولى بنصها: «كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية»³.

ثالثاً: القوانين والمواثيق العربية

لقد كان تأثير القوانين الجنائية في أوروبا بتكريس مبدأ البراءة الأصلية في قوانينها ومنظومتها القضائية واضحاً منذ مطلع القرن الثامن عشر ميلادي مع ظهور نخبة من المفكرين والفلاسفة الذين وجهوا انتقادات شديدة على النظام القضائي السائد في تلك الفترة، ومع التطور التاريخي للأنظمة التشريعية في الغرب، تعالت كثير من الأصوات من فقهاء القانون على ضرورة تدعيم المبدأ في مختلف القوانين الدولية والداخلية للدول، وذلك من خلال عقد المؤتمرات العالمية والإقليمية مع توقيع الاتفاقيات الدولية على ضرورة تكريس المبدأ عالمياً في المجالين التشريعي والقضائي ومن أبرز المواثيق الدولية والعالمية التي أثرت في ظهور المبدأ عالمياً:

¹ قانون الإجراءات السوداني لسنة (1991)، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 3 الصادر بتاريخ: 1991/11/12.
² قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (9) لعام 1961، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم: 1539 بتاريخ: 1961/1/1 والمعدل بقانون 19/2009، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم: 4979، بتاريخ: 2009/9/1، والمعدل بقانون النيابة العامة المؤقت، رقم: 11/2010، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم: 5034، بتاريخ: 2010/06/01.
³ قانون المسطرة الجنائية المغربي، بموجب القانون رقم: 22.01، المتعلق بالمسطرة الجنائية، صيغة مهيئة بتاريخ: 18 يوليو 2019.

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

حيث نصت المادة 11 من الإعلان على هذا المبدأ حيث جاء فيها: «أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة عادلة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه»¹.

كما تضمن هذا الإعلان عدة نصوص أخرى تقرر حقوقاً للمتهم، ترتبط أساساً بالمبدأ الرئيسي الأصل في الإنسان البراءة منها:

أ- حضر التعذيب أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو التي تحط من الكرامة الإنسانية (المادة 05)

ب- عدم جواز القبض أو الحجز التعسفي (المادة 07).

ت- حق المتهم في محاكمة عادلة (المادة 10).

وعليه فإن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص صراحة على أعمال المبدأ وحمايته من كل ما يمسّه من إجراءات تعسفية.

2- العهد الدولي لحقوق السياسية والمدنية

بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونصه صراحة على استصحاب مبدأ أصل البراءة التي تقرر حقوق المتهمين وتكفل لهم جميع الضمانات الأساسية التي تحمي الحقوق الإنسانية العامة أثار بعض فقهاء القانون إشكالية مدى تمتع الإعلانات القانونية بخاصية الالتزام والتطبيق، جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لإقرار المبدأ والتوقيع عليه على أساس معاهدة عالمية تلتزم بها الدول التي صادقت على تنفيذها، ومن بين المواد الجوهرية في

¹ اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرعا وقانونا)

المعاهدة ما نصت عليه المادة (14) فقرة 02، التي تنص على أنه «من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونا»¹.

3- النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة

أما فيما يتعلق بالنظام الأساسي الخاص بإنشاء المحكمة الدولية الجنائية الدائمة، فتناول هذا الموضوع في المادة (66) بنصها: «الإنسان بريء إلى أن تثبت إدانته أمام المحكمة وفقا للقانون الواجب التطبيق».

أ- «يقع على المدعي العام عبء إثبات أن المتهم مذنب».

ب- «يجب على المحكمة أن تقتنع بأن المتهم مذنب دون شك معقول قبل إصدار حكمها بإدانته»².

4- القوانين الإجرائية الجنائية

كان تأثير المواثيق الدولية الداعية إلى ضرورة تطبيق استصحاب مبدأ البراءة الأصلية أثرها الواسع في عدة قوانين داخلية للدول الغربية، بحيث جاء تطبيقه صراحة في القوانين الإجرائية لمعظم الدول الأوروبية وعلى رأسها فرنسا، بحيث جاء النص عليه في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لسنة (2000)، والذي أطلق عليه بتسمية قانون تدعيم قرينة البراءة وحقوق الضحايا، حيث اعتبر هذا القانون الإجراء أحد أفضل القوانين التي صدرت في تاريخ الجمهورية الفرنسية في المادة التمهيدية المضافة

¹ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

² يتضمن هذا النص لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بوصفه الوثيقة المؤرخة في 17/07/1998، والمصوب بموجب المحاضر المؤرخة بتاريخ: 10/11/1998، و12/07/1999، و30/11/1999، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ: 01/07/2002.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (المحك) (الغاباس): (شرحا وقانونا)

في الفقرة الثالثة على أنه: «كل شخص مشتبه فيه أو متهم بريء طالما لم يثبت إدانته بعد، وأي اعتداءات على قرينة البراءة سوف يتم التعويض عنها والمعاقبة عليها»¹، كما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية السويسري لسنة (2007)، حيث نص على العمل بمبدأ استصحاب براءة المتهم في المادة (10) بنصها على أنه: «يعتبر كل فرد بريئا حتى تثبت إدانته بحكم نهائي داخل حيز التنفيذ»².

الفرع الثاني: استصحابها في القرارات القضائية

ساهم الاجتهاد القضائي في تكريس مبدأ البراءة الأصلية المكفول للإنسان بموجب ما نصت عليه معظم القوانين الجنائية في منظومتها القانونية بما في ذلك القانون الجزائري كما سبق بيان ذلك واستنادا على تلك النصوص القانونية التي جاءت في مضمونها تطبيقا عمليا لقاعدة استصحاب مبدأ البراءة كأصل ثابت في الإنسان حتى يثبت العكس، في إطار محاكمة عادلة ونزيهة، وتأكيدا على جملة النصوص القانونية التي أقرها المكنن الجزائري نصت المحكمة العليا بدورها على جملة من القرارات القضائية ومن أبرز قراراتها في هذا الشأن، القرار القضائي الصادر عن الغرفة الجنائية الثانية بتاريخ: 1985/10/25 بنصها على أن: «الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته نهائيا، وأن عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها»³.

كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه: «من المقرر أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقضي بالبراءة متى تشككت في صحة إسناد المهمة إلى المتهم، أو لعدم كفاية

¹ القانون رقم: 512 والمتضمن قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الصادر بتاريخ: 2000/06/15.

² قانون الإجراءات الجنائية السويسري الصادر بتاريخ: 07 أكتوبر 2007.

³ قرينة البراءة وأثرها في المحاكمة العادلة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لبوسعيد زينب، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة أحمد دراية أدرار، (الجزائر) (2016/2015)، ص123، نقلا عن الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية جيلالي بغدادي، ط1، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، 1996م، 17/1.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في المحاكم) (الجزائري): (شرحاً وقانوناً)

أدلة الثبوت غير أن ذلك مشروط بأن يشمل حكمها على ما يفيد أنها فحصت الدعوى وأحاطت بظروفها وبأدلة الثبوت التي قام الاتهام عليها على بصر وبصيرة ووازنت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة في صحة عناصر الإثبات»¹.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: «افتراض براءة المتهم أصل ثابت يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها وليس بنوع العقوبة المقررة لها، وينسحب إلى الدعوى الجنائية في جميع مراحلها حتمية ترتيب الدستور على افتراض البراءة، عدم جواز نقضها بغير الأدلة الجازمة التي تخلص إليها المحكمة لازم ذلك طرح هذه الأدلة عليها وأن تقول وحدها كلمتها فيها، وألا تفرض عليها أي جهة أخرى مفهوماً محدداً لدليل بعينه»².

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرار آخر لها بأن: «أصل البراءة يمتد إلى كل فرد مشتبهاً فيه أو متهماً، باعتباره قاعدة أساسية في النظام الاتهامي أقرتها الشرائع جميعها، لا لحماية المذنبين وإنما درءاً للعقوبة عن الفرد إذا ما أحاطت الشبهات بالتهمة، الاتهام الجنائي لا يزحزح أصل البراءة الذي يلازم الفرد دوماً ولا يزياله سواء في مرحلة المحاكمة أو أثنائها ولا سبيل لدحضه بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن»³.

¹ قرينة البراءة وأثرها في المحاكمة العادلة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لبوسعيد زينب، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة أحمد دراية أدرار، (الجزائر) (2016/2015)، ص 123.

² القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية دستورية، جلسة 2 فبراير سنة 1992. نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم 8 بتاريخ 1992/2/20.

³ القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية دستورية، جلسة 2 فبراير سنة 1992. نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم 8 بتاريخ 1992/2/20.

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

تبرز أوجه الاتفاق والاختلاف في قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" في التشريع الجنائي الإسلامي وفي الأنظمة الجنائية المعاصرة في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

تتفق قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته في الشريعة الإسلامية مع غيرها من القوانين الجنائية الحديثة في جملة من النقاط الرئيسية بيانا حسب الآتي:

أولا: من حيث تقرير القاعدة

تعد قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" محل اتفاق في النظام التشريعي الجنائي الإسلامي وكذا في القوانين الجنائية الحديثة، وذلك من حيث تقرير هذه القاعدة وتأسيسها في نصوص شرعية من الكتاب والسنة والاستصحاب أما تقريرها في القوانين الجنائية يعود في الأساس إلى تقريرها في الاتفاقيات الدولية والإعلانات العالمية وما تبعه من تطبيقات لتلك القاعدة في النصوص القانونية لمختلف دول العالم على الرغم من اختلاف سياساتها القانونية وتوجهاتها الفكرية التي تنتهجها في فلسفتها القانونية لمختلف مدارس القانون في العصر الحديث.

ثانيا: من حيث تحمل عبء الإثبات

يتفق نظام التشريع الجنائي الإسلامي مع القوانين الإجرائية الحديثة أن تقرير قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته من جهة قواعد الإثبات الجنائي أن المتهم لا يلزم بإثبات براءته، استنادا للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، التي ترجع في أساسها لقاعدة استصحاب الوضع الظاهر الذي يشهد للمتهم ببراءته حتى يثبت العكس، وإلى ذلك أخذت معظم القوانين الإجرائية الحديثة التي أقرت على تكريس براءته استصحابا للأصل الظاهر، رغم التهم المسندة إليه من

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في المحاكم) (النيابا): (شرعا وقانونا)

طرف الادعاء العام، الأمر الذي يدفع المتهم على مناقشة الأدلة التي تجتمع حوله، لكي ينفي ما نسب إليه أو يضع تلك الأدلة في مظنة الشك في صحتها¹.

ثالثا: من حيث الإجراءات

يلزم من تقرير قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته وتطبيقها شرعا وقانونا من ناحية إجراءات التعامل مع المتهم توفير جملة من الضمانات الأساسية للمتهم تدعيما لتوظيف البراءة ومن أبرز الضمانات التي المتفق عليه في نظام التشريع الإسلامي وفي غيره من القوانين الإجرائية الحديثة نذكر منها:

- أ- إبلاغ المتهم بالتهمة المنسوبة إليه: تحقيقا لإجراءات المحاكمة العادلة علم المتهم بالدعوى المرفوعة وبالتهم الموجهة ضده، حتى يكون في استعداد تام لمواجهة تلك التهم أمام هيئة القضاء فلا يمكن شرعا ولا قانونا محاكمة شخص، وهو لا يعلم فيما هو موجه له من التهم أو ادعاء ضده.
- ب- حق الدفاع: (الاستعانة بمحام) أو ما يسمى بوكيل الخصومة في الشريعة الإسلامية، هذا الإجراء يسمع للمتهم في الدفاع عن نفسه لدحض مزاعم الخصم التي تسقط عنه أصل البراءة².
- ت- حظر التعذيب والمعاملة المهينة للمتهم: من المتفق عليه شرعا وقانونا لتكريس مبدأ البراءة الأصلية في حق المتهم هو منع كل وسائل التعذيب وغيرها من الأشكال التي من شأنها إهانة المتهم معنويا أو جسديا أو تلك التي تحط من الكرامة الإنسانية.

¹ مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة لادريس جمال، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، م (50) ع (4)، (2013م)، ص 444.

² المرجع نفسه، ص 440.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

بالرغم من تقرير قاعدة المتهم بريء حتى تثبت إدانته شرعا وقانونا مع وجود توافق كبير جدا في تطبيقها والآثار التي تترتب عليها، إلا أنه هناك بعض نقاط الاختلاف التي يمكن توضيح في العناصر الآتية:

أولا: من حيث النشأة

من النقاط الرئيسية التي يمكن تحديدها أولا في أوجه الاختلاف في دراسة قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته"، هو أن نشأة القاعدة في الشريعة الإسلامية تقدم تاريخيا في أحضان الفقه الإسلامي وأصوله وذلك بتوظيف العمل بها في أحكام الفقه الجنائي ونظام القضاء الإسلامي، وذلك قبل أن تعرفها القوانين الوضعية والمحاكم الغربية بعدة قرون من الزمن، الأمر الذي كان له الأثر في معاملة المتهمين بين النظام القضائي في الإسلام وبين الأنظمة القضائية التي كانت سائدة في الغرب على وجه الخصوص فمعاملة المتهمين في العصور الوسطى التي كانت تشهدها أوروبا في العصور الوسطى كانت تتسم بمبدأ إدانة المتهمين (قرينة الإدانة) بمجرد مثولهم أمام القضاء، فالبريء مدان قبل أن تثبت إدانته ودون أي تطبيق لإجراءات المحاكمة المنصفة والعدالة بين أطراف الخصومة الجنائية، واستمر ذلك حتى عصر النهضة الذي شهد ثورة المفكرين وفلاسفة الفكر القانوني من أمثال (بيكاريا)، و(جون جاك روسو)¹ و(مونتيسكيو)، بأفكارهم وكتاباتهم التي كانت تنتقد بشدة الأوضاع السائدة في تلك العصور المظلمة الذي شهدها تاريخ القانون الوضعي، في كان تطبيق القاعدة عمليا في بلاد المسلمين يشهد

¹ جان جاك روسو (1712م - 1778م): (Jean-Jacques Rousseau)، هو فيلسوف وكاتب ومحلل سياسي ولد بجنيف من أسرة فرنسية الأصل بروتستانتية المذهب، استطاع أن يكون نفسه إذ تعلم الموسيقى واللاتينية وقرأ للفلاسفة، أثرت أفكاره السياسية في الثورة الفرنسية وفي تطوير الاشتراكية ونمو القومية، من أشهر مؤلفاته: "كتاب العقد الاجتماعي"، (ينظر: تاريخ الفلسفة الحديثة ليويسف بطرس كرم، ط5، مكتبة الدراسات الفلسفية، ص200).

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرحاً وقانوناً)

أسمى المبادئ الشرعية في المحاكمة العادلة والمنصفة بين أطراف الخصومة الجنائية، والتي تأخر تفعيلها في القوانين الجنائية حتى العصر الحديث من تاريخ القانون الوضعي.

ثانياً: من حيث الأساس

أساس قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" يستند في التشريع الجنائي الإسلامي على أصل استصحاب الحال الذي بحثها الأصوليون باعتبارها نظرية متكاملة، مما سهل للفقهاء من استنباط القاعدة منها، وغيرها من القواعد الفقهية التي تؤسس للقاعدة وتدل عليها مثل: "قاعدة" اليقين لا يزول بالشك"، وقاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"، وقاعدة "بقاء ما كان على ما كان" وغيرها، أما في الفقه القانوني فلا تكاد تجد ذلك التأصيل العلمي للمبدأ، إلا بعض الجدل الفلسفي العقيم حول طبيعة القاعدة هل تمثل أصل ثابت في الإنسان؟ أم مجرد قرينة قانونية؟ أم حيلة قانونية؟ وعليه نصل إلى نتيجة حتمية وهي أن مصدر قيام المبدأ وأساسه العلمي مستمد من الشريعة الإسلامية، عكس ما تم الترويج له عند بعض المفكرين والفلاسفة الغرب من اعتبار المبدأ نتاج الفكر الفلسفي والفقه القانوني في القرن الثامن عشر مع عصر النهضة الأوروبية، والدليل على ذلك النصوص الشرعية التي أكدت على تقرير المبدأ في القرآن الكريم والسنة النبوية وعمل الصحابة رضي الله تعالى عنهم وتطبيقاته العملية في الفقه الإسلامي والقضائي ثابت في اعتباره والأخذ به، تحقيقاً لقواعد العدل والمحاكمة المنصفة في الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: من حيث تقييم القاعدة

إذا كانت قاعدة "المتهم بريء حتى تثبت إدانته" محل اتفاق في الفقه الإسلامي في تطبيقها وتوظيفها عملياً، نجد أن تقييم القاعدة في الفقه القانوني هي محل خلاف بين مؤيد ورافض لتطبيقها حيث نجد موقف المدرسة الوضعية الرافض للقاعدة بسبب طابعها المطلق والنتائج المبالغ فيها حسب زعمهم، بحيث لم ير فيها أنصار هذه المدرسة سوى إجراءات من شأنها حرمان المجتمع من وسائل

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكام) (الجزائري): (شرحاً وقانوناً)

الدفاع الاجتماعي¹، كما ذهب بعض فقهاء القانون المعاصر إلى نقد القاعدة واعتبروا أنه لا يوجد ما يبرر وجودها في الوقت الراهن، نظراً للنصوص القانونية التي تدعم مركز المتهم في الحاضر على غير ما كان عليه واقع المتهم في العصور السالفة، كما اعتبر بعض الفقهاء وجود القاعدة أنها ذات طابع مثالي وخيالي لا ينطبق مع الواقع²، لكن الذي عليه غالب الفقه القانوني أنه يدعم قاعدة البراءة وينادي على تكريسها وتطبيقها في نصوص القانون، باعتبارها أنها تمثل أحد مقومات العدالة المنصفة.

¹ البراءة في القانون الجنائي لرائد أحمد محمد، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد (العراق)، (2006)، ص 88.

² ينظر: قرينة البراءة لكرمة خطاب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، (الجزائر) (2014/2015)، ص 35.

المبحث الثاني

للاجرمية وللإعقوبة للإلصاق

المطلب الأول: دلالة المبدأ في النصوص الشرعية والقوانين

الإصولية

المطلب الثاني: تطبيق الشرية في المراتب والعقوبات

المطلب الثالث: تطبيق في القوانين الوضعية

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

المبحث الثاني: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

يعد مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أحد التطبيقات العملية المبنية على الاستصحاب في معظم القوانين الجنائية المعاصرة، كما يُعد هذا المبدأ العملي مقررا في تطبيقات الفقه الإسلامي عند فقهاء الشريعة الإسلامية في باب الجنايات، باعتبار أنه يستند في أساسه إلى نصوص وقواعد الشريعة التي دلت على مضمونه لعام، وجاء توظيفه في الجرائم والعقوبات تطبيقا عمليا في كل من الشريعة والقانون، ولتفصيل أكثر حول هذا المبدأ الجوهري وتطبيقاته، تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: أساس المبدأ ودلالته في النصوص الشرعية والقواعد الأصولية

المطلب الثاني: تطبيقاته في الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الثالث: تطبيقاته في القوانين الجنائية

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

المطلب الأول: أساس المبدأ ودلالته في النصوص الشرعية والقواعد الأصولية

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى بحث ومناقشة مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" باعتباره بحثا مستقلا بذاته، بل أنّ أصول الشريعة وقواعدها العامة هي التي دلت عليه ضمنا في المباحث الأصولية وجاءت تطبيقاته العملية عند الفقهاء بناء على القول بأصل الاستصحاب، وما تفرع عن هذا الأصل من قواعد أصولية وفقهية؛ كان لها الفضل في تأسيس المبدأ تأصيلا علميا، ولبيان ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: دلالته في النصوص الشرعية

الفرع الثاني: دلالته في القواعد الفقهية والأصولية

الفرع الأول: دلالته في النصوص الشرعية

أولا: من الكتاب

1- قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ {الإسراء/15}.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الحياب): (شرح قانوننا)

وجه الدلالة: جاء في الأثر عن قتادة، قوله في تفسير الآية الكريمة: "إن الله تبارك وتعالى ليس يعذب أحدا حتى يسبق إليه من الله خيرا، أو يأتيه من الله بيّنة، وليس معدّبا أحدا إلا بذنبه¹، قال القرطبي في تفسيره: وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ هَذَا فِي حُكْمِ الدُّنْيَا، أَيَّ إِنَّ اللَّهَ لَا يُهْلِكُ أُمَّةً بِعَذَابٍ إِلَّا بَعْدَ الرِّسَالَةِ إِلَيْهِمْ وَالْإِنْدَارِ"².

2- قال أيضا: ﴿ذَلِكَ أَنْ لَمْ يَكُنْ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا غَافِلُونَ﴾ {الأعام/131}.

وجه الدلالة: أي: إِنَّمَا أَعْدَرْنَا إِلَى الثَّقَلَيْنِ بِإِرْسَالِ الرُّسُلِ وَإِنزَالِ الكُتُبِ، لِقَلَّا يُعَاقَبُ أَحَدٌ بِظُلْمِهِ، وَهُوَ لَمْ تَبْلُغْهُ دَعْوَةٌ، وَلَكِنْ أَعْدَرْنَا إِلَى الأُمَّمِ، وَمَا عَدَبْنَا أَحَدًا إِلَّا بَعْدَ إِرْسَالِ الرُّسُلِ إِلَيْهِمْ³.

3- قال أيضا: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ

وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ {النساء/165}.

وجه الدلالة: فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يُعَذِّبُ الخَلْقَ قَبْلَ بَعثِهِ الرُّسُولَ⁴.

ثانيا: من السنة النبوية

1- حديث عَمْرٍو بْنِ العَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ:

أَبْسُطْ يَمِينَكَ فَلَأُبَايِعَكَ، فَبَسَطَ يَمِينَهُ فَقَبَضْتُ يَدِي، فَقَالَ: «مَا لَكَ يَا عَمْرُوءُ؟» قُلْتُ: أَرَدْتُ أَنْ

¹ تفسير الطبري، 526/14.

² الجامع لأحكام القرآن، 231/10.

³ تفسير القرآن العظيم، 341/3.

⁴ معالم التنزيل في تفسير القرآن للبخاري، ت: محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، ط4، دار طيبة

(1417هـ/1997م) 312/2.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكم) (الجابح): (شرعا وقانونا)

أَشْتَرِطُ، فَقَالَ: «تَشْتَرِطُ مَاذَا؟» قُلْتُ: أَنْ يُعْفَرَ لِي، قَالَ: «أَمَا عَلِمْتَ يَا عَمْرُو أَنَّ الْإِسْلَامَ يَهْدِمُ مَا كَانَ قَبْلَهُ، وَأَنَّ الْهِجْرَةَ تَهْدِمُ مَا كَانَ قَبْلَهَا وَأَنَّ الْحَجَّ يَهْدِمُ مَا كَانَ قَبْلَهُ»¹.

وجه الدلالة: فيه دليل على أن الجرائم الواقعة قبل الإسلام الأصل فيها العفو وتبرئة الذمة من العقوبة، وهذا بيان لفضل الله تعالى على عباده، وترغيب في دخول الإسلام وبداية عهد وحياء جديدة تحت راية الإسلام.

2- حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: قال رجل: يا رسول الله أيؤاخذ الله أحدنا بما كان يعمل في الجاهلية؟ قال: «مَنْ أَحْسَنَ فِي الْإِسْلَامِ لَمْ يُؤَاخِذْ بِمَا عَمِلَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَمَنْ أَسَاءَ فِي الْإِسْلَامِ أُخِذَ بِالْأَوَّلِ وَالْآخِرِ»².

وجه الدلالة: فيه دليل على أن الإسلام يمحي ما قبله من الجرائم والعقوبات، وهذا تقرير عملي على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد ورود الشرع.

الفرع الثاني: دلالة في القواعد الفقهية والأصولية

أولا: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص

أي أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها³.

ثانيا: الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة

من تطبيقات القاعدة الفقهية في زمن التشريع النبوي مسألة شرب الخمر، حين لم ينزل نص بتحريم شرب الخمر فكان من المسلمين من كان يشربها استصحابا لحكم الإباحة وعدم النص على

¹ رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب كون الإسلام يهدم ما قبله وكذا الهجرة والحج، حديث رقم: (121/192)، ص66.

² رواه البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب إثم من أشرك بالله وعقوبته في الدنيا والآخرة، حديث رقم: (6921) ص1711، ومسلم، كتاب الإيمان، باب هل يؤاخذ بأعمال الجاهلية، حديث رقم: (120/189)، ص66.

³ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1/115.

الفصل الثالث: تكييف (الاصحاب في الحكم) (الجابح): (شرعاً وقانوناً)

تجريمها والعقاب عليها، إلا أن نزلت آية التحريم قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ {المائدة/90}، فامتنع الناس عن شربها، ومن وقع في الحد لقي جزاؤه من العقوبة المقدرة شرعاً، وقد استنبط السرخسي من قول الشيباني إن شرب الخمر وأكل الميتة لم يحرم إلا بالنهي عنهما، وقيل بأن أكثر الحنفية على هذا الرأي¹.

ثالثاً: لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف

من المقرر شرعاً لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف، أهلاً لما كلف به ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله، وعلى هذا، فإنه يتحتم أن يكون الفعل المكلف به معلوماً للمكلف علماً يحمله على الامتثال لما علم، فإن لم يخضع لما كلف به وعلمه، لزمته العقوبة لمخالفته، وعدم امتثاله لما نص عليه الشرع².

¹ الأصل لمحمد بن الحسن، ت: محمد بوينوكال، ط1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان)، (1433هـ-2012م)، 284/1، نقلاً عن تيسير التحرير لأمير بادشاه، 168/2.

² الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون لمحمد منصور الحفناوي، ص96.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الغاياب): (شرعا وقانونا)

المطلب الثاني: تطبيقاته في الفقه الجنائي الإسلامي

جاءت تطبيقات مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في التشريع الجنائي الإسلامي، قائمة على استصحاب العقوبة المنصوص عليها شرعا على الجرائم التي أقر لها الشرع عقوبات حدية أو ترك مجال العقاب فيها للحاكم بموجب أحكام عقابية ينص عليها، ولتفصيل أكثر حول تطبيقاته في التشريع الإسلامي، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: في جرائم الحدود

الفرع الثاني: في جرائم القصاص

الفرع الثالث: في جرائم التعزير

الفرع الأول: في جرائم الحدود

الأصل في الحدود في الشريعة الإسلامية أن تكون ثابتة بنص شرعي، وعليه جاءت جرائم الحدود في التشريع الجنائي الإسلامي محصورة في نصوص الكتاب والسنة النبوية، وهذه الجرائم الحدية المنصوص عليها شرعا هي:

أولا: جريمة الزنا

يستصحب القاضي الشرعي تطبيق النص الشرعي في جريمة الزنا، وهذه العقوبة الحدية تختلف بحسب حال الزاني، فإذا كان الزاني غير محصن، فحده مائة جلدة والنفي سنة، ودليل ذلك من كتاب

الله قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ

بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ {النور/2}.

ومن السنة النبوية حديث عبادة بن الصامت، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «وَالْبِكْرُ

جَلْدُ مِئَةٍ، ثُمَّ نَفْيُ سَنَةٍ»¹.

¹ رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، حديث رقم: (1690/13)، ص 806.

الفصل الثالث: تطهير الاستصحاب في (الحكماء) (النجاشية): (شرحها وقانونها)

أما الزاني المحصن فحده الرجم، ودليل ذلك من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: أتى رجلاً من المسلمين رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو في المسجد، فنأذاه، فقال: يا رسول الله، إني زنيته فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه، فقال له: يا رسول الله، إني زنيته، فأعرض عنه، حتى نئى ذلك عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «أبك جئون؟» قال: لا، قال: «فهل أحصنت؟» قال: نعم، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اذهبوا به فارجموه»¹.

ثانياً: جريمة القذف

يستصحب القاضي في جريمة القذف عقوبة ثمانين جلدة مع رد شهادة القاذف، ودليل ذلك

من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ {النور/4}.

ثالثاً: جريمة السرقة

يستصحب القاضي عقوبة السارق بمقتضى النص الشرعي، وحدها في كتاب الله تعالى قطع

اليدين، لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ {المائدة/38}.

رابعاً: جريمة شرب الخمر

اختلف الفقهاء في جريمة الخمر هل هي من الحدود الشرعية التي يستصحب القاضي عقوبتها

بالجلد أربعين جلدة، كما جاء في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

¹ رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما، حديث رقم: (5271)، ص 1344 ورواه مسلم في كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: (1691/16)، ص 807.

الفصل الثالث: تلبس بالجرید والنعال (المكاح الجاني): (شريحافانونا)

«ضرب في الخمر بالجرید والنعال، وجلد أبو بكر أربعين»¹، وقيل يمكن للقاضي أن يستزيد العدد تعزيراً إلى ثمانين جلدة، إذا تفسى شرب الخمر وتكرر فعله من الجاني، واستدلوا على ذلك من حديث السائب بن يزيد قال: «كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَإِمْرَةَ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، فَنَقُومُ إِلَيْهِ بِأَيْدِينَا وَنَعَالِنَا وَأُرْدِيَتِنَا، حَتَّى كَانَ آخِرُ إِمْرَةِ عُمَرَ، فَجَلَدَ أَرْبَعِينَ، حَتَّى إِذَا عَتَوْا وَفَسَّقُوا جَلَدَ ثَمَانِينَ»².

خامسا: جريمة الحراية

يستصحب القاضي عقوبة جريمة الحراية بأربع عقوبات أصلية هي:

- أ- القتل: تجب على قاطع الطريق إذا قتل، ولا تسقط بعفو ولي المجني عليه.
- ب- القتل مع الصلب: تجب على قاطع الطريق إذا قتل وأخذ المال، فهي بذلك عقوبة على جريمتين اقترنت إحداها بالأخرى، ولا تسقط بعفو ولي المجني عليه.
- ت- القطع: تجب على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل، والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة.

ث- النفي: تجب على قاطع الطريق إذا أخاف الناس وأرهبهم ولم يأخذ مالا ولم يقتل. وعليه فإن كل عقوبة تسلط على الجناة بحسب جسامة الجريمة وأثرها على المجني عليه، ودليل ذلك من قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ {المائدة/33}.

¹ رواه البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجرید والنعال، حديث رقم: (6776)، ص 1678.

² رواه البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجرید والنعال، حديث رقم: (6779)، ص 1678.

سادساً: جريمة الردة

يستصحب القاضي عقوبة المرتد وعقوبتها المقدرة شرعاً هي: القتل بعد أن يستتاب ودليل ذلك من حديث عكرمة قال: قال ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من بدل دينه فأقتلوه»¹.

سابعاً: جريمة البغي

يستصحب القاضي في جريمة البغي تطبيق عقوبة القتل، استصحاباً لقوله تعالى: ﴿وإن طآفئنا من المؤمنين أقتلوا فأصلحوا بينهم فإن بغت إحداهما على الأخرى فقتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾ {الحجرات/9}.

الفرع الثاني: في جرائم القصاص

طبقت الشريعة قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" تطبيقاً دقيقاً في جرائم القصاص والدية والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص أو الدية هي:

أولاً: جريمة القتل العمد

يستصحب القاضي في جرائم القتل العمد تطبيق النص الشرعي القاضي بعقوبة القصاص في حال إذا لم يعفو أولياء الدم عن الجاني، واستند أهل العلم على ذلك بأدلة منها:

1- قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ

بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى﴾ {البقرة/178}.

2- وقال أيضاً: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ {المائدة/45}.

¹ رواه البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، حديث رقم: (6922)، ص 1712.

الفصل الثالث: تليغ الفاسح (الاستصحاب في الحكم) (الجابح): (شرعاً وقانوناً)

3- وعن مالك أنه بلغه أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية بن أبي سفيان يذكر أنه أتى بسكران قد قتل رجلاً فكتب إليه معاوية أن اقتله به¹.

4- حديث أبي شريح الخزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ أُصِيبَ بِقَتْلِ، أَوْ خَبَلٍ، فَإِنَّهُ يَخْتَارُ إِحْدَى ثَلَاثٍ: إِمَّا أَنْ يُقْتَصَّ، وَإِمَّا أَنْ يَعْفُوَ، وَإِمَّا أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ، فَإِنْ أَرَادَ الرَّابِعَةَ فَخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ، وَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابُ أَلِيمٍ»².

5- ولحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يُفْدَى، وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ»³.

ولا خلاف بين أهل العلم على أن العفو عن القصاص مشروع في جريمة القتل العمد، فإن صدر العفو صحيحاً من ولي الدم عن القصاص، استصحب القاضي الانتقال إلى العقوبة المالية بفرض الدية، كما يمكن تسليط عقوبة تعزيرية على الجاني إضافة إلى الدية.

ثانياً: القتل الخطأ

أما في القتل الخطأ فيستصحب القاضي الشرعي تطبيق أحكام النصوص الآتية:

¹ موطأ، كتاب العقول، باب القصاص في القتل، رقم: (1571)، 872/2.

² رواه أبو داود في كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم، (4496)، 547/6، وابن ماجه في كتاب الديات، باب من قتل له قتيلاً فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، (2623)، 876/2، والدارمي في كتاب الديات، باب الدية في قتل العمد، رقم: (2396)، ت: حسين سليم أسد، ط1، دار المغني، الرياض (السعودية، (1421هـ-2001م)، 1517/3، قال ابن القيم: وابن إسحاق مدلس، وسفيان ضعيف، وله طريق آخر رواه أبو داود، والترمذي من طريق يحيى بن سعيد، حدثنا ابن أبي ذئب، قال: حدثني سعيد بن أبي سعيد قال: سمعت أبا شريح الكعبي يقول: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "فمن قتل له قتيلاً فأهله بين خيرتين: أن يأخذوا العقل أو يقتلوا"، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، (ينظر: إعلام الموقعين، 122/4).

³ رواه البخاري، كتاب الديات، باب من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، رقم: (6880)، ص1701، ومسلم في كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاتها وشجرها ولقطنها إلا لمنشد على الدوام، ولفظ له، رقم: (1355/447)، ص615.

1- قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً

فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ {النساء/92}.

2- حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، أنّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

«قَضَى أَنْ مَنْ قُتِلَ خَطَاً فَدِيَتُهُ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ: ثَلَاثُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَثَلَاثُونَ بِنْتِ لَبُونٍ، وَثَلَاثُونَ

حِقَّةً وَعَشْرَةٌ بَنِي لَبُونٍ ذَكَرٌ»¹.

ثالثا: جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد

أما في جرائم إتلاف الأطراف والجروح العمد فيستصحب القاضي الشرعي تطبيق أحكام

النصوص الآتية:

1- قال الله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ

بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذَنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ {المائدة/45}.

2- قال أيضا: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ

لِلصَّابِرِينَ﴾ {النحل/126}.

الفرع الثالث: في جرائم التعزير

تطبيق المبدأ في التشريع الجنائي الإسلامي في قسم جرائم التعزير يتمثل في كون كل جريمة لم

يوجد نص يحدد عقوبتها أو يقضي بالقصاص من الجاني في الشريعة الإسلامية فلولي الأمر (الحاكم)

¹ رواه أبو داود، كتاب الديات، باب الدية كم؟، رقم: (4541)، 599/6، والنسائي، كتاب القسامة، باب ذر الاختلاف على

خالد الحذاء، رقم: (6969)، 352/6، وقال النسائي عن هذا الحديث: حديث منكر، وسليمان بن موسى ليس بالقوي في

الحديث، ولا محمد بن راشد. وقال الخطابي: لا أعرف أحداً قال به من الفقهاء، وقال البيهقي في معرفة السنن والآثار (16044):

لم يُضَمَّ إليه ما يؤكده، (ينظر: في التهميش رقم: (2) من سنن أبي داود).

الفصل الثالث: تطبيق (الاستصحاب) في (الحجاب): (شرحاً وقانوناً)

أو ما يمثله في الدولة الإسلامية (السلطة التقديرية) أن يجتهد في وضع العقوبة الملائمة لها، حسب ما تقتضي المصلحة العامة ووفق المبادئ العامة للشريعة وروحها التشريعية¹، ومن أبرز العقوبات التعزيرية التي تم تطبيقها في نظام القضاء الإسلامي:

أولاً: التعزير بالوعظ

الوعظ عقوبة يستصحب القاضي تطبيقها غالباً في التعزير على المعاصي ويكون ذلك بأسلوب التذكير والنصح والإرشاد، ودعوته إلى التوبة فيما وقع فيه من معصية الله تعالى كنشوز الزوجة وعدم طاعتها لزوجها، لقوله تعالى: ﴿وَاللَّيْ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ {النساء/34}.

ثانياً: التعزير بالتوبيخ

يستصحب القاضي تطبيقها غالباً في التعزير على المعاصي الأشد ويكون ذلك بأسلوب التأنيب واللوم الموجه إلى الجاني جزاء لما وقع فيه من العمل المذموم، ومن أمثلته في زمن التشريع النبوي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه؛ قال: أُنِّي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ، قال: «اضْرِبُوهُ» قال أبو هريرة رضي الله عنه: فَمَنَّا الضَّارِبُ بِيَدِهِ وَالضَّارِبُ بِنَعْلِهِ وَالضَّارِبُ بِثَوْبِهِ فَلَمَّا انصرفت قال بعضُ القومِ أخزأك اللهُ فقال رسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تقولوا هكذا لا تُعينوا عليه الشيطان»².

ثالثاً: التعزير بالهجر

التعزير بالهجر من العقوبات التي يستصحب القاضي تطبيقها في بعض الجرائم قصد زجر الجاني وعزله عن جماعة المسلمين، تأديباً له من الفعل المحظور الذي وقع فيه.

¹ مبدأ شرعية عقوبة التعزير وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) لعبد الرحمان بن براهيم بن عبد الله الجويري، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، (1420هـ-2000م)، ص195.

² رواه البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، رقم: (6777)، ص1678.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الجاني): (شرعا وقانونا)

رابعاً: التعزير بالتهديد والإنذار

وهي عقوبة تقضي بإنذار الجاني أو تهديده بعقوبة أشد في حال تكرار الفعل، وهي بمثابة عقوبة نفسية يقصد منها تنبيه الجاني من الفعل المحظور الذي وقع فيه، حتى يتجنب الوقوع فيه مستقبلاً حتى لا يقع في العقوبة الأشد منها.

خامساً: التعزير بالتشهير

وهي من العقوبات النفسية المؤثرة على شخص الجاني بغية فضحه وخزيه وتحذير عامة المسلمين منه، خاصة إذا كان معروفاً في ظاهره بالصلاح أمام الناس، وفي باطنه يتعامل بالتدليس والغش في معاملته مع المسلمين، فيكون الواجب التحذير منه بالتشهير، ليعلم الناس حقيقة أمره، وتجنب التعامل معه في حال عدم توبته.

سادساً: التعزير بالمال

وهي عقوبة مالية تفرض على المجرم لما وقع منه من محظورات شرعية تأديباً له، والتعزير بالمال من العقوبات الرادعة التي تمنع الجاني من عدم العودة إلى ما وقع فيه من المحظور شرعاً أو قانوناً.

سابعاً: التعزير بالحبس

التعزير بالحبس من العقوبات التي تقيد فيها حرية الجاني بحسب الفعل المحظور الذي وقع فيه كما يمكن للقاضي الاجتهاد في تحديد مدة الحبس بين حد أدنى وحد أقصى، ومن نماذج القضاء بالحبس تعزيراً في القضاء الإسلامي عند الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، أنّ عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، اشترى من صفوان بن أمية داراً بمكة فجعلها سجنًا، وسجن الخطيئة الشاعر على الهجو وكذلك فعل عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه، إذ سجن صابئ ابن حارث أحد لصوص بني تميم

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في المحاكم الجنائية): (شرحاً وقانوناً)

وقتلهم حتى مات في الحبس، وسجن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الكوفة وسجن عبد الله بن الزبير بمكة¹.

ثامناً: التعزير بالجلد

التعزير بالجلد في النظام القضائي الإسلامي مشروع وقد دل على ذلك من السنة ما جاء في حديث أبي بريدة بن نيار الأنصاري رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقُولُ: «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جَلَدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ»².

تاسعاً: التعزير بالقتل

الأصل في عقوبة التعزير ألا تصل إلى درجة القتل، لكن استثناءً نص الفقهاء على جواز القتل تعزيراً، انطلاقاً من قاعدة أن كل ما لا يفيد فيه التعزير بوسائل التعزير التي هي دون القتل، وتفاقم ضرره على المسلمين في نفوسهم أو في عقائدهم أو في أعراضهم أو في أموالهم، يجوز أن يصدر الإمام حكم القتل عليه، وذكروا في ذلك عدداً ممن يجوز قتلهم تعزيراً في الفقه الجنائي الإسلامي، كقتل الساحر والزنديق الداعي إلى الزندقة، والجاسوس المسلم الذي يفشي أسرار المسلمين لعدوهم³.

¹ ينظر: تبصرة الحكام لابن فرحون، ت: جمال مرعشلي، دار عالم، الرياض (السعودية)، (1423 - 2003)، 2/233-232.

² رواه البخاري، كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، رقم: (6848)، ص1694، ومسلم، كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير، رقم: (1708/40)، ص816.

³ الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي لناصر علي ناصر الخليفي، ط1، (1412هـ-1992م)، ص148.

المطلب الثالث: تطبيقاته في القوانين الوضعية

أخذت معظم دول العالم بتطبيق مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وطبقته في منظومتها القانونية والقضائية تحقيقا لسيادة القانون داخل المجتمعات، وتكريسا لمبادئ العدالة المنصفة التي تقتضي بدورها تطبيق مبدأ شرعية التجريم والعقاب، وفي هذا المطلب سنحاول بيان تطبيقات هذا المطلب في نصوص القانون الوضعي الجزائري، وفي غيره من القوانين العربية التي أخذت بتطبيقه والحرص على النص عليه في شكل نصوص مواد القانون، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: استصحابه في القانون الجزائري

الفرع الثاني: استصحابه في القوانين العربية

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

الفرع الأول: استصحابه في القانون الجزائري

أولا: الدستور

سار المقنن الجزائري على الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية واستصحاب ذلك دستوريا، بحيث نص عليه صراحة في دستور (1976) في المادة (45) بنصها: «لا تجريم إلا بقانون صادر قبل ارتكاب العمل الإجرامي»¹، ثم جاء التعديل الدستوري لسنة 1989، حيث نصت عليه المادة (43) بنصها: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»²، في حين حافظ التعديل الدستوري لسنة (1996) على نفس المادة الدستورية بموجب نص المادة (46)، كما أضاف مادة دستورية جديدة تؤكد على تكريس المبدأ في المجال الجزائري من خلال نص المادة (142) بنصها: «تخضع

¹ دستور 1976، المنشور بموجب الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن اصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، ج ر، عدد 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

² دستور 1989، المنشور بموجب الامر رقم 89-18، المؤرخ في 28 فيفري 1989 يتعلق بنشر نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 23 فيفري 1989، ج ر، عدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرحاً وقانوناً)

العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية»¹، أما دستور لسنة (2016) ف جاء بدوره يكرس تطبيق المبدأ دستوريا بموجب المادة (160) بنصها: «تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية»²، أما آخر تعديل دستوري لسنة (2020) فلم يتخلف عن باقي الدساتير السابقة في استصحابه للمبدأ دستوريا وهو ما جاءت به المادة (43) بنصها: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»، وأشارت إليه المادة (165) بنصها: «يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة»، والمادة (167) بنصها: «تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية»³.

ثانيا: قانون العقوبات

لم يقتصر القانون الجزائري على تطبيق المبدأ دستوريا باعتباره يمثل أحد المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القضائي، بحيث نص على توظيف المبدأ في المبادئ العامة من قانون العقوبات ونص عليه صراحة في المادة الأولى بنصها: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون»⁴، ويفهم من نص المادة أنّ تطبيق المبدأ يقوم على أساس توافر ركنين رئيسيين هما:

¹ الدستور الجزائري 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-436، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 67، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996.

² الدستور الجزائري 2016، المنشور بموجب القانون رقم 16 - 01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور، ج ر، عدد 14، المؤرخ في 07 مارس 2016.

³ الدستور الجزائري 2020، المنشور بموجب القانون، 20-442، المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق ل: 30 ديسمبر 2020 م، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر، عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

⁴ قانون رقم 20-06 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2020، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، عدد 25 صادر في 29 أبريل 2020.

الركن الأول: خضوع الفعل لنص التجريم والعقاب

ومعنى ذلك أنه لا يمكن وصف فعل ما على أنه فعل محظور يترتب على القيام به جزاء قانوني إلا إذا كان منصوص عليه في مصدر من المصادر المكتوبة مثل: قانون العقوبات والقوانين المكملة له التي تتضمن في محتواها نصوص التجريم التي تحدد الأفعال التي تعد من الجرائم بدقة وبيان أركانها من جهة، ثم العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى¹.

وبناء على ذلك جاءت الأحكام التمهيدية منه تنص على المبادئ الآتية:

المادة الأولى: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

المادة الثانية: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».

المادة الثالثة: «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية».

وعليه نستنتج استناداً على الأحكام التمهيدية التي نص عليها المشرع الجزائري في صدر قانون العقوبات، فإنه يترتب على استصحاب مبدأ شرعية التجريم والعقاب توافر شرطين أساسيين هما:

أ- قانونية التجريم والعقاب

أما الشرط الأول المتمثل في قانونية التجريم والعقاب، فنلاحظ أن المشرع الجزائري شرع في تحديد نوع الجرائم بأكثر دقة ووضوح في نص المادة (27) من قانون العقوبات عن طريق اعتماد التقسيم القانوني للجرائم والعقوبات تبعاً لخطورتها ومدى جسامتها إلى ثلاثة أصناف هي:

- جرائم الجنايات

- جرائم الجنح

¹ شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجريمة لعبد الله سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص73.

الفصل الثالث: تطبيق اللائحة في (المحاكم الجنائية): (نوعاً وقانوناً)

- جرائم المخالفات

ثم بين المشرع الجزائري في نص المادة (5) من نفس القانون على تحديد العقوبات الأصلية لكل صنف من أصناف الجريمة، حيث إن العقوبات الأصلية في مادة الجنايات هي¹:

- الإعدام

- السجن المؤبد

- السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (5) سنوات وثلاثين (30) سنة.

أما العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

- الجرائم المعاقب عليها بالحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى 5 سنوات ماعدا ما يقرر القانون

حدوداً أخرى

- الغرامة التي تتجاوز 20000 دج بعد ما كان هذا المبلغ 2000 دج قبل تعديل قانون

العقوبات في 2006.

أما العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

- هي الجرائم الأخف ضرراً والمعاقب عليها بالحبس من يوم واحد إلى شهرين على الأكثر.

- الغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج بعدما كانت الغرامة قبل تعديل قانون العقوبات

في 2006 من 20 إلى 2000 دج.

ب- تحديد سريان النص الجنائي

أما الشرط الثاني المتمثل في تحديد سريان النص الجنائي فهو شرط تكميلي للشرط الأول لكي

يكون النص المجرم نفسه صالحاً للتطبيق على الفعل المرتكب، هذه الصلاحية تتأكد بمراعاة النص القانوني

لحدود تطبيقه من حيث الزمان والمكان.

¹ قانون رقم 21-14 مؤرخ في 23 جمادى الأولى عام 1443هـ الموافق 28 ديسمبر سنة 2021 والمتضمن قانون العقوبات.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرحاً وقانوناً)

الركن الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة

إذا كان الأصل في الأفعال والتصرفات هو الإباحة والجواز، ولا يجرم منها إلا ما نص عليه القانون على تجريمه والعقاب عليه، إلا أنه يمكن أن يقع في الواقع تصرفات وأفعال هي في الأصل من قبيل ما حظره القانون ومنع الإتيان به، ولكن لا يعاقب عليه كاستثناء، هذه الأفعال والتصرفات نص عليها المشرع الجزائري في الفصل الرابع من الباب الأول على أنها من الأفعال المبررة أو بعبارة أخرى تلك الأسباب المباحة التي إذا ما توفرت في الفعل أو السلوك الإجرامي، أخرجته من نطاق التجريم المعاقب عليه قانوناً، حيث نصت المادة (39) من ق ع على أنه "لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحائلة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامته الاعتداء".
كما نصت المادة (40): يدخل ضمن حالات الضرورة الحائلة للدفاع المشروع:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب للدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.
يفهم من نص المادتين (39-40) من قانون العقوبات الجزائري أن المشرع الجزائري ذكر أسباب الإباحة على سبيل الحصر.

الفرع الثاني: في القوانين العربية

باعتبار أن التشريعات العربية تتخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً هاماً في منظومتها القانونية والقضائية، فإن العديد من الدساتير العربية وتشريعاتها العقابية أخذت باستصحاب المبدأ

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (نزعاً وقانوناً)

دستوريا وتشريعياً، كقاعدة عامة في مبادئها العامة التي تحكم منظومتها القانونية والقضائية معاً، وعليه سنستعرض لأهم التشريعات العربية التي أخذت باستصحاب المبدأ دستورياً وعقائياً.

أولاً: الدساتير

بالنظر إلى مختلف الدساتير العربية نجد محل اتفاق في استصحاب المبدأ دستورياً في مختلف دساتيرها المتعاقبة حرصاً على تطبيقه، كونه يمثل أحد المعالم التي تقوم عليها العدالة المنصفة، ومن أبرز الدساتير التي نصت عليه:

1- الدستور المصري: بنص المادة (95): «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون»¹.

2- الدستور البحريني: نص عليه الدستور البحريني في المادة (20) بنصها: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي نص عليها»².

3- الدستور الكويتي: نص على المبدأ في المادة (32): «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليه»³.

4- النظام الأساسي السعودي: يعد النظام الأساسي في المملكة العربية السعودية الوثيقة الأسمى في نظام المملكة حيث في مضمون النظام الصادر بتاريخ 27 شعبان 1412هـ، بالنص على

¹ دستور 2019، الصادر بتاريخ: 23 أبريل 2019 قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء.

² دستور مملكة البحرين الصادر بعام 1973 والمعدل سنة 2018، نُشر في الجريدة الرسمية العدد: 3390، بتاريخ: الخميس 25 أكتوبر 2018م.

³ الدستور الكويتي الصادر بتاريخ: 14 جمادى الثانية 1382هـ الموافق 11 نوفمبر 1962.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في أحكام الجنايات: (شرحا وقانونا)

المبدأ صراحة في المادة (38) منه، على «أن العقوبة شخصية؛ ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي»¹.

ثانيا: القوانين الجنائية العربية

كما لم تتأخر التشريعات العربية الحديثة على النص على تطبيق المبدأ في قوانينها العقابية ومن أبرز التشريعات العربية التي نصت عليه:

1- قانون العقوبات المصري: إضافة إلى النص على المبدأ دستوريا استصحب قانون

العقوبات المصري على تطبيق المبدأ في نص المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، وع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره»².

2- قانون العقوبات الأردني: استصحب قانون العقوبات الأردني تطبيق المبدأ في المادة (3)

بنصها على أنه: «لا جريمة إلا بنص؛ ولا يقضى بأي عقوبة أو تدبير ما لم ينص القانون عليهما حين اقتراف الجريمة»³.

¹ النظام الأساسي السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم أ/90 المؤرخ في 2727 شعبان 1412 هـ (الموافق 3 يناير 1992).

² القانون رقم 58 لسنة 1937 القاضي بإصدار قانون العقوبات المصري المعدل طبقا لقانون 95 لسنة 2003م.

³ قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، المعدل طبقا للقانون رقم (27) لسنة 2017، والمعدل بموجب القانون رقم (10) لسنة 2022.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجنائية: (شرحاً وقانوناً)

3- قانون العقوبات المغربي: استصحاب القانون الجنائي المغربي المبدأ بدوره دستورياً وفي

قانونه الجنائي في المبادئ العامة بنصه في الفصل الثالث على أنه «لا يسوغ مؤاخذاً أحد على فعل

لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون»¹.

كما نصت عدة قوانين جنائية عربية أخرى على استصحاب تطبيق المبدأ دستورياً وفي قوانينها الجنائية

حرصاً منها على ضرورة ألا يعاقب أي فرد من أفرادها على جريمة غير منصوص عليها بنص يحدده

القانون على أنه جريمة معاقب عليها بنص القانون.

¹ القانون رقم 13.103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 هـ (22 فبراير 2018)، ج ر عدد: 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 هـ (12 مارس 2018) ص 1449.

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

تبرز أوجه الاتفاق والاختلاف في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

تبرز أوجه الاتفاق في توظيف مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في كل من التشريع الجنائي

الإسلامي والقوانين الجنائية في النقاط الآتية:

أولا: من حيث إلزامية النص ووجوده

بالنظر إلى مضمون تطبيق المبدأ في كل من نظام التشريع الجنائي الإسلامي وفي غيره من القوانين

الجنائية التي سارت على تطبيق المبدأ كما هو مقرر شرعا من حيث إلزامية النص على الجرائم والعقوبات

في مصادر مكتوبة يعود إليها القاضي عند تطبيق العقوبة الجنائية، بمعنى آخر أن القاضي عند تقرير

العقاب أو تجريم فعل فهو لا يقوم بابتكار الفعل الذي يعد من الجرائم من تلقاء نفسه ثم يقرر له عقوبة

حسب تقديره الشخصي، بل أن كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الجنائية ألزمت القاضي الجنائي

باستصحاب الأحكام العقابية المنصوص عليها في مجال التجريم والعقاب، أما الإشكال المطروح في

مجال العقوبات التعزيرية في التشريع الجنائي الإسلامي فالأصل أن العقوبة التعزير يقررها الحاكم في

نصوص تكميلية يلتزم بها القاضي عند إصدار العقوبات، ويترتب على ذلك أن الأفعال أو التصرفات

في الشريعة والقانون أنه يجوز للفرد الإتيان بها بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة كما يجوز له

الامتناع عنها، حتى يرد نص يمنع ذلك الفعل ويجرمه ويسلط عليه عقوبة جزائية، وهذا المبدأ مقرر

شرعا وقانونا.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (المحك) (الجناب): (شرحا وقانونا)

ثانيا: من حيث تقدير العقوبة

تقدير العقوبة في كل من التشريع الإسلامي والقوانين الجنائية الحديثة بما فيه القانون الوضعي الجزائري قد أعطى المجال الواسع للقضاء في تقرير العقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة بالنص أو باختيار الحد المناسب للعقوبة لما تكون هناك إمكانية اختيار حد مناسب بين حد أدنى وحد أقصى للعقوبة، أما في نظام التشريع الجنائي الإسلامي فتقدير العقوبة بمجاله الواسع عندما نكون في صدد جرائم التعزير، وهي الجرائم الأكثر وقوعا من غيرها من الجرائم الحدية أو القصاص التي يكون فيها القاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية ملتزما بتطبيق العقوبة كما نص عليها الشرع، ولا يجتهد في تقدير العقوبة بين حد أدنى وحد أقصى.

ثالثا: من حيث العفو

مبدأ العفو عن تسليط العقوبة الجزائية هو أحد الآثار التي يمكن أن تترتب من إعمال المبدأ وتوظيفه في كل من التشريع الجنائي الإسلامي وفي كثير من الأنظمة الجنائية العقابية الوضعية بما في ذلك التشريع العقابي الجزائري، وإن اختلفت طبيعة العفو في كل من النظامين وفي شروط وكيفية تطبيق الأخذ بمبدأ العفو.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

تبرز أوجه الاختلاف في توظيف مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في كل من التشريع الجنائي الإسلامي والقوانين الجنائية في النقاط الآتية:

أولا: من حيث المصدر والنشأة

الأصل في قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أنها مبدأ شرعي نشأ في أحضان الشريعة الإسلامية حيث دلت عليه نصوص الشريعة من الكتاب والسنة وبحثها الأصوليون في مباحث نظرية الاستصحاب الذي يعد موطن القاعدة وأساسها الشرعي، الاحتجاج به والاستدلال على مشروعيته في تطبيقاته في الفقه الإسلامي كما بينا سابقا، أما نشأة المبدأ في القوانين الوضعية فقد جاء متأخرا مع

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في المحاكم) (الجابح): (شرا قانونا)

منتصف القرن الثامن عشر، مع ظهور كتابات بعض المفكرين والفلاسفة في أوروبا الداعية إلى إصلاح النظام القانوني والقضائي الذي كان فيه النظام القضائي يتسم أساسا على العقوبات العرفية أو عن طريق المنشورات الملكية التي تصدر أحكام التجريم والعقاب لتدعيم الحكم الاستبدادي واستبعاد الطبقة الكادحة في المجتمع، أو الهدف لحماية العائلة الملكية وحماية رجال الدين الكنسي والطبقة الأريستوقراطية ثم تطور المبدأ تدريجيا خاصة في الدعوة إلى تطبيقه في مختلف المؤتمرات الدولية والاعلانات العالمية وابرام الاتفاقيات والمعاهدات من أجل تكريسه في مختلف القوانين الدولية والداخلية لدول العالم، ومنه استمد المشرع الجزائري على ضرورة تطبيقه في أسمى قوانينه من خلال النص عليه دستوريا باعتباره أحد المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها دولة القانون، كما نص عليه المشرع الجزائري في قانون العقوبات الجزائري من خلال النص عليه في المادة الأولى منه حيث ورد فيه على أنه "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص"، وعليه فإن النتيجة الأولى التي نستخلصها من هذه المقارنة أن مصدر القاعدة شرعي دلت عليه النصوص الشرعية وتطبيقها في التشريع الجنائي الإسلامي زاخر باعتباره وتكريسه في نظام القضاء الإسلامي، وبهذا تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية كما عبر على ذلك الأستاذ عبد القادر عودة¹ بقوله: "، وبهذا تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية التي لم تعرف القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة، في إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة 1789م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية"².

¹ عبد القادر عودة: (1374هـ - 1954م)، من علماء القانون والشريعة بمصر، كان من زعماء جماعة "الاخوان المسلمين" له تصانيف كثيرة، منها: "الإسلام وأوضاعنا القانونية" و" التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، و " المال والحكم في الإسلام"، (أنظر: الأعلام: 42/4).

² التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 118.

ثانيا: من حيث التطبيق والتقسيم

إن تطبيق مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في التشريع الجنائي الإسلامي على الجرائم والعقوبات لا تطبق على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، أو جرائم التعزير¹، ومن هنا يتبين أن تطبيق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في الفقه الجنائي الإسلامي قائم على إطارين²:

1/ إطار جامد في جرائم الحدود والقصاص، حيث يأتي النص محددًا للفعل المجرم وللعقوبة المقررة له، يستصحب القاضي حكمها الشرعي لا ينتقل إلى غيره باعتبارها أنها حق لله تعالى لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة، أما جرائم القصاص والدية وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية عقوبة مقدرة حقا للأفراد، مما يعطي إمكانية العفو فيها وإسقاط العقوبة في حال العفو.

2/ إطار مرن يتمثل في جرائم التعزير، حيث تبين النصوص الأفعال التي تعد -أو يمكن أن تعد- جرائم تعزيرية وتترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة بذلك في الدولة الإسلامية، تراعي في تسليط العقوبة الزمان والمكان وشخص الجاني، ويعتبر هذا الإطار من أوسع المجالات في نطاق شرعية التجريم والعقاب في التشريع الجنائي الإسلامي، بحيث يمنح للقضاء سلطة واسعة في تحديد الجرائم بتقرير العقوبات المناسبة لها تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها، ولعل مقصد الشريعة الإسلامية من منح إعطاء سلطة التشريع للحاكم في هذا الصنف من الجرائم، هو الحفاظ على المصلحة العامة للمجتمع والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة³.

أما في القوانين الجنائية فتطبيق المبدأ لا يختلف باختلاف الجريمة وإنما تطبيقها واحد على كل الجرائم، وعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الجزائري أخذ بأسلوب التشريع الوضعي العقابي السائد في

¹ المرجع نفسه، ص 118.

² أساسيات في التشريع الجنائي الإسلامي لمحمد سليم العوا، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 1، 1397هـ/1977م، ص 48.

³ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 78 إلى ص 81.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الجنايات): (شرحاً وقانوناً)

فرنسا ومعظم التشريعات الغربية الأخرى حيث جاء التقسيم القانوني للجرائم بحسب جسامتها وخطورتها إلى ثلاثة أصناف هي: 1- جرائم الجنايات 2- جرائم الجنح 3- جرائم المخالفات.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نستخلص الفروق الآتية:

1- التقسيم الجرائم والعقوبات بحسب جسامتها وخطورتها في الشريعة الإسلامية يختلف عن تقسيم الجرائم والعقوبات في القوانين الوضعية.

2- العقوبات الحدية والقصاص في الشريعة الإسلامية ثابتة بنص الشرع لا تتغير باختلاف المكان والزمان، أما العقوبات الأصلية وما يلحقها من عقوبات تبعية أو تكميلية فتختلف من قانون إلى آخر بحسب فلسفة التشريع والاتجاه القانوني المعتمد في كل دولة.

3- العقوبات الحدية في الشريعة الإسلامية لا تقبل العفو أو الإسقاط إلا إذا بلغت القضاء باعتبار أن حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط، أما إذا لم ترفع أمام القضاء فيجوز فيها العفو من المتضرر من الجناية، أما في عقوبات التعزير فقد أعطت الشريعة مجالاً واسعاً للقضاء في إصدار العفو عنها بما يتوافق والمصلحة العامة بشرط ألا يكون من أصحاب السوابق الإجرامية ومعتدي الإجرام الذي يخشى ضرره على العلامة ومصالحهم، في حين أن العفو في العقوبات في القوانين الوضعية فحق العفو منوط بالحاكم أو من ينوب عنه، كما أن العفو يشمل جميع العقوبات سواء كانت عقوبات أصلية أو عقوبات تبعية أو عقوبات تكميلية، كما يشمل جميع الأشخاص بلا استثناء.

المبحث الثالث

اسصحاب اليقين القضائي في الاحكام الجزائية

المطلب الاول: حقيقة اليقين القضائي

المطلب الثاني: تطبيق اسصحاب اليقين القضائي شرعا

المطلب الثالث: تطبيق اسصحاب اليقين القضائي قانونا

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

المبحث الثالث: استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجزائية

يعتبر مبدأ اليقين القضائي أحد أهم الإجراءات القضائية المعمول بها، سواء تعلق في النظام القضائي الشرعي أو في نظام القوانين الجنائية المعاصرة، وقد كفل الشرع والقانون للقاضي الجزائي القواعد الإجرائية التي يمكن اتباعها لتحقيق الوصول لمرحلة اليقين القضائي واستصحابه عند إصدار الأحكام الجنائية في القضايا التي يتابعها ويحكم فيها، وبناء على ذلك ولتفصيل أكثر حول ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم اليقين القضائي

المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي شرعا

المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي قانونا

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

المطلب الأول: مفهوم اليقين القضائي؛ شروطه وخصائصه

لا يمكن تصور حقيقة اليقين القضائي إلا بتحديد معالمه والعناصر التي يتشكل منها حتى يمكن لنا القول بأن القاضي الجزائي تمكن من الوصول إلى مرحلة اليقين القضائي التي به يمكن أن يستصحب العمل به وإصدار حكمه الجنائي في القضية سواء كان الحكم فيها بالبراءة أو إدانة المتهم في القضية المتابع فيها جزائيا، كما لا يمكن أن يتصور وجود يقين قضائي لدى القاضي إلا بتوافر خصائص معينة لا يمكن أن تنفك عنه، ولتفصيل ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم اليقين القضائي

الفرع الثاني: شروط اليقين القضائي

الفرع الثالث: خصائص اليقين القضائي

الفرع الأول: مفهوم اليقين القضائي

أولاً: المفهوم الشرعي

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد مفهوم اليقين القضائي، باعتباره مصطلحاً مستقلاً بذاته يندرج ضمن باب القضاء، وإنما عبروا عنه ضمن المفهوم الواسع لليقين، ومن التعاريف الفقهية التي دلت على مضمونه قولهم: "اليقين هو اطمئنان النفس إلى حكم مع الاعتقاد بصحته"¹. وهذا المفهوم لليقين يشمل معنى اليقين القضائي عند الفقهاء، الذي يكون بطريق العلم بحقيقة الأمور بعد إنعام النظر والاستقراء والاستدلال، مع سلامة الاعتقاد (الاقتناع الشخصي) بصحة الأحكام القضائية التي تم التوصل إليها، في القضايا المعروضة على القضاء.

ثانياً: المفهوم القانوني

أما اليقين القضائي في الفقه القانوني فله تعاريف عدة نذكر منها:

1- اليقين القضائي: "هو اقتناع مستند إلى حجج ثابتة وقطعية"².

يفهم من هذا التعريف أن اليقين القضائي يبنى على قوة أدلة الإثبات وحجيتها، وهو المعيار المادي (الموضوعي) الذي يتشكل منه اليقين القضائي، في حين أغفل التعريف العنصر الثاني منه المتمثل في المعيار المعنوي الذي يدل على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي.

2- اليقين القضائي: "هو جهد عقلي وفكري يستخدم فيه القاضي قواه الذهنية والنفسية

والعقلية منذ ورد الواقعة لديه إلى حين وصوله إلى النتيجة المبتغاة عبر دورة إجرائية للإثبات يتكامل بها الاقتناع إما بالإدانة أو البراءة"³.

¹ معجم اللغة العربية المعاصرة، 2516/3.

² حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى مسعود رحومة، ط1، الدار الجماهيرية، مصراتة (ليبيا)، (1988م)، ص131.

³ الإطار القانوني لتطوير نظام التقاضي وتكوين مبدأ الاقتناع القضائي لمحمود سيد عامر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، م (32)، ع (2)، 2020، ص482.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرحاً وقانوناً)

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جمع بين عنصري اليقين القضائي وهما:

- أ- **العنصر المعنوي:** ويسمى باليقين الوجداني (الاقتناع الشخصي) الذي يتمثل في تكوين عقيدة القاضي النفسية التي يرتاح إليه ضمير القاضي للنتائج التي تم التوصل إليه في حكمه الجزائي.
- ب- **العنصر المادي:** ويسمى باليقين المنطقي (الاقتناع الموضوعي) الذي يتمثل في حصيلة أدلة الإثبات القضائية التي بها تتحقق به جميع عناصر وملامح الحقيقة الواقعية، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه: «يتعين على قضاة الاستئناف أن يبينوا في قرارهم الأدلة التي أدت إلى اقتناعهم»¹.

يلاحظ مما تقدم أن مفهوم اليقين القضائي في الفقه الإسلامي يندرج ضمن المفهوم الواسع لمعنى اليقين في اصطلاح الفقهاء، أما مفهوم اليقين القضائي في الفقه القانوني جاء بمعناه الخاص في القانون الجنائي مع اختلاف القانونيين في تحديد المعيار المعتمد في التعريف، فمنهم من سلك المعيار الموضوعي المرتبط بأدلة الإثبات ومنهم من جمع بين المعيار الموضوعي والمعنوي، وهو التعريف الأكثر دقة عن باقي التعاريف الأخرى، وهو المعنى المراد في الفقه الإسلامي الذي يكون فيه اليقين القضائي بطريق العلم بحقيقة الأمور بعد إنعام النظر والاستقراء والاستدلال مع الاعتقاد النفسي بصحة الأحكام.

الفرع الثاني: شروط اليقين القضائي

الأحكام الجزائية الصادرة عن القضاء بالبراءة الأصل فيها أنها لا تحتاج من القاضي بلوغ مرحلة اليقين القضائي كما هو متصور في الأحكام الصادرة بالإدانة، باعتبار أن البراءة ثابتة بيقين استصحاباً للأصل، فمتى تراوح الشك عند القاضي استصحب الحكم الذي يقضي بالبراءة، أما في أحكام التي يصدرها القاضي بالإدانة، فلا بد فيها من بلوغ القاضي لمرحلة اليقين القضائي، والتي من شروطه الأساسية هي:

¹ قرار صادر بتاريخ: 1982/05/27، من ق2، غ.ج 2، الطعن (25286).

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (النيابا): (شرعا وقانونا)

أولا: الاستناد على أدلة مشروعة ومتسادة

والمقصود بالأدلة المشروعة هي تلك الأدلة القضائية التي يراعيها القاضي في مختلف مراحل الدعوى الجنائية، بحيث تشكل جميعها مجموعة أدلة متكاملة، يتوصل عن طريقها إلى إسناد الفعل المجرم إلى المتهم، وتساند الأدلة شرط في أحكام الإدانة دون البراءة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها: «وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعا، إذ لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقريضة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم بات»¹.

وهذا الشرط يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يجوز شرعا الاستناد إلى دليل غير مشروع عند الإثبات، ومن ذلك نجد أن الشرع قد نص على منع إكراه المتهم بأي وسيلة من وسائل الإكراه سواء بضربه أو تهديده... الخ، طبقا للقاعدة الفقهية "الإكراه يُسقط أثر التصرف فعلا كان أو قولاً"² كما نص الشرع على منع التجسس أو أي دليل يكون عن هذا الطريق للإثبات مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ {الحجرات/12}، أو غير ذلك من الطرق غير المشروعة.

ثانيا: بلوغ درجة من القطع (غلبة الظن) والجزم

الجزم واليقين والقطع إنما هي أوصاف للاقتناع وهي مترادفات تدل على معنى معين وهو في هذا الشأن، أن علم القاضي بوقائع الدعوى وبارتكاب المتهم لها، قد بلغ أقصى درجة يمكن أن يصل إليها التفكير البشري³، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها: «من المقرر في

¹ الطعن رقم: (1172) لسنة 36 ق جلسة بتاريخ: 1967/01/31.

² ينظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، ط1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة (السعودية) (1423هـ/2003م)، 179/1.

³ البراءة في القانون الجنائي لرائد أحمد محمد، ص265، نقلا عن محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ص888.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في المحاكم الجزائية: (شرعا وقانونا)

الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين من الوقائع الذي يشتهه الدليل المعبر، ولا تؤسس على الظن والاحتمال من الفروض والاعتبارات المجردة»¹.

وهذا الشرط يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يحكم القاضي بناء على الظن والشك

والتخمين، لقوله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ﴾ {يونس/36}، بل جاء الشرع على النص بوجوب استصحاب اليقين في الأحكام القضائية بأدلة قطعية لا يعتريها الشك والاحتمال من صحتها وثبوتها، وهو ما دلت عليه القاعدة الفقهية "اليقين لا يزول بالشك".

ثالثا: الاستنباط العقلي والمنطقي الصحيح

من المقرر شرعا وقانونا أن القاضي مطالب بالقيام بعملية التفكير العقلي والمنطقي في مختلف مراحل الدعوى الجنائية، سواء من حيث تمحيص وجمع الأدلة وتحليلها وتفسيرها ومقارنتها أو من حيث مدى ملائمة الأدلة مع وقائع القضية، أو من حيث مدى مطابقة الفعل المجرم إلى النصوص العقابية التي يتوصل بمجموعها إلى استنباط النتائج الصحيحة التي تتوافق مع مقتضيات العقل والمنطق السليم وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار لها على أنه: «لا يكفي لصحة القرار الجزائي أن يكون مسببا فحسب، بل يجب أن تكون النتائج التي استخلصها قضاة الموضوع من الأدلة التي عرضت عليهم سائغا منطقا وقانونا وإلا تعرض قرارهم للنقض»².

¹ محكمة التمييز الدائرة: المواد الجنائية، الرقم: (366)، السنة: 2013، تاريخ الجلسة: 2014/04/07.

² المحكمة العليا، غ ج 1، رقم: (37941)، الصادر بتاريخ: 1985/05/07.

رابعاً: الاستقرار النفسي

وهو ما يسمى عند بعض الباحثين باليقين النفسي أي الثقة أو الاطمئنان الذي تحدثه عملية الإثبات بنفس القاضي وبنفوس كافة أو غالبية الناس¹، وعليه إذا فقد القاضي حالة الشعور بالاطمئنان وبلغ منه الشك في ثبوت الأدلة أو في تساندها ففي هذه الحالة الشك يفسر لصالح المتهم.

الفرع الثالث: خصائص اليقين القضائي

من الخصائص التي يتسم بها مبدأ اليقين القضائي هي:

أولاً: الازدواجية

تتسم طبيعة اليقين القضائي أن يتكون من عنصرين أحدهما شخصي (ذاتي) وآخر موضوعي (مادي) بحيث يشكلان مع بعضهما بلوغ درجة اليقين القضائي لدى القاضي الجزائي، ليحقق بذلك ذاتية الإحساس وموضوعية الأسباب².

ثانياً: النسبية

اليقين المطلوب من القاضي الجزائي تحصيله في القضايا الجنائية التي يتابعها يتمثل أساساً في اليقين النسبي (غلبة الظن) القائم على التدليل والتسيب، أما اليقين المطلق، فلا يمكن تحصيله ذاتياً لأن ذلك ليس بمقدور البشر³، لأن الجزم واليقين المطلق في العملية القضائية هو أمر معنوي لا يمكن

¹ الاقتناع الشخصي للقاضي في المواد الجنائية في القانون المقارن لطواهي إسماعيل، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، (الجزائر)، (2013م-2014م)، ص 280.

² ينظر: نطاق القناعة الشخصية للقاضي الجنائي واستقرار اليقين القضائي لمصطفى معتبر، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المغرب، م (2021)، ع (s)، المنشور بتاريخ: 31-08-2021، ص 248.

³ ينظر: محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي لمروك نصر الدين، دار هومة، الجزائر، (2003م)، ص 493.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في أحكام الجنايات: (شرحاً وقانوناً)

الإحاطة به، عكس النتائج المتحصل عليها في العلوم الدقيقة التي تكون تبلغ نتائجها درجة اليقين والجزم المطلق¹.

ثالثاً: الثبات

الأصل في النتائج التي يتحصل عليها القاضي الجزائري، أن تكون ثابتة لا تتغير من قاضٍ إلى آخر باعتبار أن اليقين القضائي الذي بني عليه اقتناعه الشخصي، مبني على مسوغات منطقية تقتضي الحصول على نتائج مقبولة عقلاً.

¹ ينظر: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية لإبراهيم الغماز، عالم الكتب، القاهرة (مصر)، (1980م)، ص 646.

المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي شرعا

من المقرر في الفقه الإسلامي أنه لا يمكن تطبيق العقوبات المقررة شرعا إلا بعد أن يبلغ القاضي مرحلة اليقين القضائي، إما باستصحاب براءة المتهم عند عدم ثبوت الجريمة عليه، أو بحصول شبهة من الشبهات التي تدرأ العقوبة الحدية، وإما باستصحاب إدانة المتهم جنائيا بأدلة قاطعة تستلزم تطبيق العقوبة الشرعية على الجاني، ولتفصيل ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتين:

الفرع الأول: استصحاب اليقين القضائي المبني على قطعية الأدلة

الفرع الثاني: استصحاب اليقين القضائي المبني على درء الشبهات

الفرع الأول: استصحاب اليقين القضائي المبني على قطعية الأدلة

أولا: إقرار الجاني

1- قضية ماعز والمرأة الغامدية

من أدلة الإثبات التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، إقرار الجاني على نفسه على الوقوع في حد من حدود الله تعالى، وهذا ما نستخلصه من قضية ماعز والمرأة الغامدية حيث صدر منهما الإقرار بجريمة زنا، حيث جاء في حديث بريدة بن الحصيب الأسلمي «أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكِ الْأَسْلَمِيِّ، أتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ ظَلَمْتُ نَفْسِي، وَزَنَيْتُ وَإِنِّي أُرِيدُ أَنْ تُطَهِّرَنِي، فَرَدَّهُ، فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْعَدِ أَتَاهُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَرَدَّهُ الثَّانِيَةَ فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى قَوْمِهِ، فَقَالَ: أَتَعْلَمُونَ بِعَقْلِهِ بِأَسَا، تُنَكِرُونَ مِنْهُ شَيْئًا؟ فَقَالُوا: مَا نَعْلَمُهُ إِلَّا وَبِئِ الْعَقْلِ مِنْ صَالِحِينَ فِيمَا نُرَى، فَأَتَاهُ الثَّالِثَةُ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمْ أَيْضًا فَسَأَلَ عَنْهُ فَأَخْبَرُوهُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ، وَلَا بِعَقْلِهِ، فَلَمَّا كَانَ الرَّابِعَةَ حَفَرَ لَهُ حُفْرَةً، ثُمَّ أَمَرَ بِهِ فَرَجَمَ، قَالَ: فَجَاءَتِ الْغَامِدِيَّةُ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي، وَإِنَّهُ رَدَّهَا، فَلَمَّا كَانَ الْعَدُ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لِمَ تَرُدُّنِي؟ لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَاعِزًا، فَوَاللَّهِ إِنِّي لِحَبْلِي قَالَ: "إِنَّمَا لَا فَادْهَبِي حَتَّى تَلِدِي" فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي حِرْقَةٍ، قَالَتْ: هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ، قَالَ: "ادْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ"، فَلَمَّا

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في الحكم) (الحياب): (شرعا وقانونا)

فَطَمَّتْهُ أُمَّتُهُ بِالصَّيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَهُ حُبْرٍ، فَقَالَتْ: هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فَطَمْتُهُ، وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ، فَدَفَعَ الصَّيِّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَخْفِرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا، وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا، فَيُقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجْرٍ، فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنَضَّحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا، فَسَمِعَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِيَّاهَا، فَقَالَ: "مَهْلًا يَا خَالِدُ، فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لُغْفِرَ لَهُ". ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا، وَدُفِنَتْ»¹.

2- قضية شراحه الهمدانية

أَنَّ شَرَاخَةَ الْهُمْدَانِيَّةَ، أَتَتْ عَلِيًّا، فَقَالَتْ: «إِنِّي زَنَيْتُ؛ فَقَالَ: لَعَلَّكَ غَيْرِي، لَعَلَّكَ رَأَيْتِ فِي مَنَامِكَ، لَعَلَّكَ اسْتَكْرَهْتِ، وَكُلُّ ذَلِكَ تَقُولُ: لَا، فَجَلَدَهَا يَوْمَ الْحَمِيسِ، وَرَجَمَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَقَالَ: جَلَدْتُهَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَرَجَمْتُهَا بِسُنَّةِ نَبِيِّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»².

بالنظر إلى قضية ماعز والمرأة الغامدية وقضية شراحه الهمدانية، نستخلص النتائج الآتية:

- أ- أن الإقرار (الاعتراف) من أدلة القضاية المعتمدة شرعا في مجال أدلة الإثبات الجنائي.
- ب- الإقرار بارتكاب الجريمة (الزنا) أمام مجلس القضاء لا يطبق فيه الحد (حد الزنا) إلا بعد البحث والتحقيق في حيثيات القضية وظروفها، سواء من ناحية الفعل أو من ناحية الفاعل، بحيث يتقصى القاضي من وراء ذلك عن مدى احتمالية وجود شبهة التي بها تدرأ الحد عن المتهم، فإذا خلت الواقعة من الشبهة بعد البحث والتقصي في القضية تم تطبيق العقوبة الحدية، استصحابا لبلوغ درجة اليقين القضائي، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في قضية ماعز والمرأة الغامدية.

¹ رواه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقم (1695/23)، 810/2.

² رواه البخاري، كتاب في صحيحه باب رجم المحصن، حديث رقم: (6814)، وأحمد في المسند، باب مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، حديث رقم: (839)، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، 203/2، واللفظ له.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكام) (الجنابا): (شرا و قانونا)

ت- تأكيد على مبدأ العمل بدرء الحدود بالشبهات في القضاء، من حيث الإجراء القضائي الذي استخدمه علي بن أبي طالب رضي الله عنه في تلقينه الشبهة لشراحه الهمدانية لعله يحصل من ذلك الإجراء على شبهة تدفع عنها الحد، فلما حصل عنده يقينا ثبوت فعل زنا، طبق عليها الحد.

ثانيا: شهادة الشهود

شهادة الشهود من طرق الإثبات الجنائي المعتبرة التي يستصحب فيها القاضي يقينه في الفصل في القضايا الجنائية، ودليل ذلك ما جاء في قضية الوليد بن عقبة فقد روي عن حزين أبي ساسان قال: «شَهِدْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَأُتِيَ بِالْوَلِيدِ قَدْ صَلَّى الصُّبْحَ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ قَالَ: أَزِيدُكُمْ فَشَهِدَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا حُمْرَانُ أَنَّهُ شَرِبَ الْخَمْرَ وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ رَأَاهُ يَتَقَيُّ فَقَالَ عُثْمَانُ: إِنَّهُ لَمْ يَتَقَيَّ حَتَّى شَرِبَهَا فَقَالَ: يَا عَلِيُّ قُمْ فَاجْلِدْهُ، فَقَالَ عَلِيُّ: قُمْ يَا حَسَنُ فَاجْلِدْهُ فَقَالَ الْحَسَنُ: وَلَّ حَارَّهَا مَنْ تَوَلَّى قَارَّهَا فَكَأَنَّهُ وَجَدَ عَلَيْهِ، فَقَالَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ: قُمْ فَاجْلِدْهُ فَجَلَدَهُ وَعَلِيُّ يُعَدُّ حَتَّى بَلَغَ أَرْبَعِينَ، فَقَالَ: أَمْسِكْ ثُمَّ، قَالَ: جَلَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرْبَعِينَ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، وَعُمَرُ ثَمَانِينَ وَكُلُّ سَنَةٍ وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ»¹.

وهذا دليل على قضاء عثمان بن عفان على إثبات جريمة شرب الخمر على الوليد بن عقبة بشهادة الشهود استصحابا لليقين في قضائه.

¹ رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم: (1707/38)، 815/2.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكم) (النيابا): (شرحا وقانونا)

الفرع الثاني: استصحاب اليقين القضائي المبني على درء الشبهات

أولا: الشبهات الواقعة على أدلة الإثبات

1- رجوع المقر عن إقراره

ذهب جمهور أهل العلم¹ على أن رجوع المقر عن إقراره في الحدود يعتبر شبهة تسقط العقوبة الحدية عن المقر سواء صرح بذلك كأن يقول: كذبت أو وهمت وغير ذلك، أو أن يهرب أثناء تنفيذ الحد عليه فإنه يسقط عليه ولا يلحق به لإتمام الحد عليه.

2- رجوع الشاهد عن شهادته

ذهب جمهور أهل العلم² على أن رجوع الشاهد عن شهادته يمنع من استيفاء الحكم وذلك بدرء الحدود والقصاص، لأن رجوع الشاهد قد أحدث شبهة وشك في الإثبات، والقاعدة تنص على أن الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، كما أن الشك يفسر لمصلحة المتهم.

ثانيا: الشبهات الواقعة على جرائم الحدود

1- درء الحد في شبهة الزنا

طبق عمر بن الخطاب رضي الله عنه الأخذ بمبدأ الشبهات التي يُدرأ بها الحد في بناء الأحكام القضائية استصحابا لليقين، وهذا ما نلتمسه في قضية المغيرة بن شعبة رضي الله عنه الذي اتهم بالزنا فيما أخرجه الطحاوي أنه «جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فشهد على المغيرة بن شعبة فتعير لؤن عمر ثم جاء آخر فشهد فتعير لؤن عمر ثم جاء آخر فشهد فتعير لؤن عمر حتى عرفنا ذلك فيه وأنكر لذلك. وجاء آخر يُحرِّك يديه فقال: «ما عندك يا سلخ العقاب؟» وصاح أبو عثمان

¹ النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، 406/9، المبدع في شرح المقنع، 374/7، الحاوي الكبير، 212/13، الاختيار لتعليل المختار، 84/4.

² عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 1062/3، الحاوي الكبير، 212/13، كفاية النبيه في شرح التنبيه، 252/19، التنبيه على مشكلات الهداية، 529/4.

الفصل الثالث: تطبيق الاستصحاب في (الحكماء) (الخطاب): (شرح وقانوناً)

صِيحَةً تُشَبَّهُ بِهَا صِيحَةَ عُمَرَ حَتَّى كَرِهْتُ أَنْ يُعْشَى عَلَيَّ. قَالَ: رَأَيْتُ أَمْرًا فَبِيحًا قَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يُشَمِّتِ الشَّيْطَانَ بِأُمَّةٍ مُحَمَّدٍ فَأَمَرَ بِأَوْلِيكَ النَّفْرَ فَجَلِدُوا»¹.

فلما وقع الشك في شهادة الرجل الرابع في إثبات واقعة جريمة الزنا من المغيرة بن شعبة واختلفت شهادته عن شهادة النفر الثلاثة، كان ذلك شبهة يدرأ بها الحد عن المتهم، فحكم عمر بن الخطاب ببراءة المغيرة بن شعبة استصحاباً لأصل براءته.

2- درء الحد في شبهة السرقة

علق خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه عقوبة القطع عن السارق في عام الرمادة، وسبب من هذا الإجراء القضائي أنه في عام الرمادة عمت المجاعة، وكثر أهل الحاجة واضطر الناس لسد مجاعتهم، فيصعب التمييز بين من يسرق من أجل الحاجة والضرورة، ومن يسرق وهو مستغن، حيث ورد عنه أنه قال: «لَا يُقَطَّعُ فِي عِدْقٍ، وَلَا عَامِ السَّنَةِ»²، وهذا القرار القضائي الذي أقره عمر بن الخطاب في ذلك العام هو من باب درء الحدود بالشبهات واستصحاباً للحكم باليقين لا على مجرد الشبهات.

¹ شرح معاني الآثار للطحاوي، كتاب القضاء والشهادات، باب الرجل يكون عنده الشهادة للرجل هل يجب عليه أن يخبره بما وهل يقبله الحاكم على ذلك أم لا؟، رقم: (6134)، عالم الكتب، بيروت (لبنان)، 153/4.

² أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب القطع في عام السنة، رقم: (18990)، 242/10، وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق الثمر والطعام، رقم: (29159)، 320/9.

3- درء الحد في شبهة القذف

حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلامٌ أسود، فقال: "هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟" قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: مَا أَلْوَانُهَا؟ قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَتَى ذَلِكَ؟ قَالَ: لَعَلَّ نَزَعَهُ عَرَقٌ، قَالَ: فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ¹. يفهم من القضية التي طرحها الرجل على النبي صلى الله عليه وسلم أن في كلامه إشارة إلى أنه قذف زوجته بالزنا على وجه التعريض، والذي حمله على ذلك القذف الشك في اختلاف بشرة ولده عنهما، فلما بيّن له النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الأمر وأزال عنه شبهة الجهل الذي راودته درأ عنه إقامة حد القذف.

4- درء الحد في شبهة شرب الخمر

حديث ابن الديلم الحميري قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا بَأْرُضٍ بَارِدَةٍ نُعَالِجُ فِيهَا عَمَلًا شَدِيدًا، وَإِنَّا نَتَّخِذُ شَرَابًا مِنْ هَذَا الْقَمْحِ نَتَّقَوِي بِهِ عَلَى أَعْمَالِنَا وَعَلَى بَرْدِ بِلَادِنَا، قَالَ: "هَلْ يُسْكِرُ؟" قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ: "فاجتنبوه". قَالَ: قُلْتُ فَإِنَّ النَّاسَ غَيْرُ تَارِكِيهِ قَالَ: "فَإِنْ لَمْ يَتْرُكُوهُ فَقَاتِلُوهُمْ"².

يفهم من نص الحديث ادعاء الجهل بالمسكر شبهة لإسقاط حد شارب الخمر، فإذا علموا بعد ذلك بحكم الله تعالى بتحريمه واستمروا في الشرب وجب إقامة الحد عليهم.

¹ رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا عرّض بنفي الولد، رقم: (3505)، ص1352، ومسلم، كتاب اللعان، رقم: (1500) 699/2.

² رواه أبو داود في سننه، كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر، رقم: (3683)، 525/5. ذكره ابن حجر واقتصر في عزوه إلى أبي داود وحسن إسناده، (ينظر: الفتح الباري، 44/10).

5- درء الحد في جريمة الردة بالتوبة

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بسقوط حد الردة بتوبة المرتد، ودليلهم في ذلك، حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه مرفوعا، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن «أَيُّمَا رَجُلٍ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهُ، فَإِنْ تَابَ، فَأَقْبَلْ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَتُبْ، فَاضْرِبْ عُنُقَهُ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهَا، فَإِنْ تَابَتْ، فَأَقْبَلْ مِنْهَا، وَإِنْ أَبَتْ، فَاسْتَبِيهَا»¹.

يفهم من الحديث إلى دعوة المرتد إلى توبة لتكون سببا لدراء الحد عليه، فإذا لم يعد عن رده نفذ فيه حكم الردة سواء كان المرتد رجلا أو امرأة كما جاء في نص الحديث.

6- درء الحد في جريمة الحراية بالتوبة

أقرت الشريعة الإسلامية بسقوط حد الحراية عن جماعة المحاربين بحصول التوبة منهم بشرط أن يكون ذلك قبل القدرة عليهم من جماعة المسلمين، وذلك في شأن ما وجب عليهم حقا لله، وهو تحتم القتل، والصلب، والقطع من خلاف، والنفي، وهذا محل اتفاق بين أصحاب المذاهب الأربعة، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ {المائدة/34}، وهذا دليل على أن سقوط حد المحاربين بعد توبتهم وقبل القدرة عليهم.

ثالثا: الشبهات الواقعة في جرائم القصاص

تسقط جرائم القصاص في التشريع الجنائي الإسلامي بحصول الشبهة، ومن الشبهات التي تدرأ تطبيق عقوبة القصاص نذكر منها:

¹ المعجم الكبير للطبراني، باب بقية الميم، ثعلبة الخنشي عن معاذ، رقم: (93)، ت: حمدي عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (مصر)، 53-54/20، وفي رواية عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أرسله إلى اليمن قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهُ فَإِنْ عَادَ وَإِلَّا فَاضْرِبْ عُنُقَهُ، وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ ارْتَدَّتْ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادْعُهَا، فَإِنْ عَادَتْ وَإِلَّا فَاضْرِبْ عُنُقَهَا» قال الحافظ وسنده حسن (ينظر: فتح الغفار للرباعي، 1723/3).

1- سقوط عقوبة القصاص بالصلح

حديث عائشة رضي الله عنها: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بْنَ حذيفةَ مُصَدِّقًا فَلَاحَهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضْرِبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا الْقَوْدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا فَكُفُّوا عَنْهُمْ، فَكَفُّوا، ثُمَّ دَعَاهُمْ فَرَادَهُمْ، فَقَالَ: أَرْضَيْتُمْ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ! قَالَ: إِنَّي خَاطَبْتُ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ". فَقَالُوا: نَعَمْ، فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: "إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيْنَ أَنَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوْدَ، فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَارْضُوا، أَرْضَيْتُمْ؟" قَالُوا: لَا! فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ، فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنْ يَكْفُوا عَنْهُمْ، فَكَفُّوا، ثُمَّ دَعَاهُمْ فَرَادَهُمْ، فَقَالَ: أَرْضَيْتُمْ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ! قَالَ: إِنَّي خَاطَبْتُ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ. قَالُوا: نَعَمْ! فَخَطَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: أَرْضَيْتُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ»¹.

يفهم من القضية التي رفعها أهل الرجل الذي جرحه أبو جهم في رأسه إلى النبي صلى الله عليه وسلم يطلبون فيه القصاص منه، فعرض عليهم النبي صلى الله عليه وسلم الصلح بمقابل عوض فرضوا به في الأخير، فسقط بذلك القصاص بالصلح.

¹ سنن أبي داود، كتاب الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، رقم: (4534)، 6/679، سنن النسائي، كتاب القسامة باب السلطان يصاب على يديه، رقم: (6954)، 6/346، وابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب الجراح يفتدى بالقود رقم: (2638)، 2/881، وأحمد في مسنده، تنمة مسند عائشة رضي الله عنها، رقم: (25958)، 43/110، إسناده صحيح على شرط الشيخين، وقد اختلف فيه على الزهري في وصله وإرساله، وصححه وصله البيهقي: فرواه عبد الرزاق - كما في هذه الرواية - وهو في "المصنف" (18032) ومن طريقه أخرجه إسحاق بن راهويه (848)، وأبو داود (4534)، والنسائي في "المجتبى" 35/8، وفي "الكبرى" (6980)، وابن ماجه (2638)، وابن أبي عاصم في "الديات" (275)، وابن الجارود في "المنتقى" (845)، والطحاوي في "شرح مشكل الآثار" (4538)، وابن حبان (4487)، والبيهقي في "السنن" 49/8 - عن معمر عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، (ينظر: التهميش رقم: (1)، مسند أحمد، (111/43).

2- سقوط عقوبة القصاص بالعمو

اختلف الفقهاء في معنى الصلح والعمو، فالملكية والحنفية يرون أن العفو في القصاص يكون بلا مقابل، بمعنى سقوط عقوبة القصاص مجاناً، أما إذا كان بعوض مالي فهو صلح، أما الشافعية والحنبلة فيرون أن التنازل عن القصاص مقابل الدية عفو لا صلحاً¹.

3- سقوط عقوبة القصاص بموت الجاني

مما لا شك فيه أن موت الجاني تسقط معه العقوبات التي تقع على بدن الجاني كالرجم أو الجلد وغيرهما، أم العقوبات المالية فلا تسقط باعتبار أنه تقع على مال الجاني الذي تركه، وتنفيذ هذه العقوبة المالية هي من قبيل الإمكان.

4- سقوط القصاص بفوات محل القصاص فيما دون النفس (الجروح)

ومعنى ذلك هو فوات العضو محل القصاص مع بقاء الجاني صاحب العضو حياً، كمن بقي الجاني حياً وعينه مفقوعة، وكان قد تسبب في فقع عين شخص آخر، بحيث يعتبر فوات هذا المحل للقصاص من الجاني سبباً من الأسباب المسقطه لعقوبة القصاص فيما دون النفس².

رابعاً: الشبهات الواقعة في جرائم التعزير

تسقط جرائم التعزير في التشريع الجنائي الإسلامي بحصول الشبهة، ومن الشبهات الدارئة لتطبيق عقوبة التعزير نذكر منها:

¹ نظرية ظروف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري لمحمد أحمد لريد، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون جامعة وهران 1، (2009-2008)، ص 361.

² نظرية ظروف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري لمحمد أحمد لريد، ص 363.

1- سقوط عقوبة التعزير بالعتو

سقوط عقوبة التعزير بالعتو من عدمه عند عامة الفقهاء على ضريين¹:
أحدهما: ما تعلق بحق الله تعالى، فلولي الأمر أن ينفرد بالعتو عنه إذا رأى ذلك صلاحاً له.
والثاني: ما تعلق بحقوق الآدميين، فلا يصح العفو عن التعزير فيه إلا باجتماعهما عليه.

2- سقوط عقوبة التعزير بالتقادم

ذكر ابن عابدين في حاشيته: "وَأَنَّ الْحَدَّ لَا يُجُوزُ الشَّفَاعَةَ فِيهِ وَأَنَّهُ لَا يُجُوزُ لِلْإِمَامِ تَرْكُهُ وَأَنَّهُ قَدْ يَسْقُطُ بِالتَّقَادُمِ بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ"²، وهذا فيه دلالة على جواز سقوط عقوبة التعزير بالتقادم، لأن الجرائم التعزيرية كثيرة الوقوع ومع مضي الزمن يمكن للإنسان التوبة منها وعدم الرجوع إليها ويستقيم حاله، ولما كان المقصد من تنفيذ العقوبة التعزيرية الاستصلاح والزجر، وبتقادم العقوبة تسقط تنفيذها بمظنة التوبة وصلاح مرتكبيها ولذلك كان التقادم شبهة طارئة تسقط العقوبة التعزيرية، إذا كان في ذلك مصلحة معتبرة³.

3- سقوط عقوبة التعزير بموت الجاني

ذكر عبد القادر عودة أن سقوط العقوبة التعزيرية بوفاة الجاني معتبرة وفرق في ذلك بين نوع العقوبة التي في حق الجاني، فإذا كانت من نوع العقوبات البدنية التي تقع على بدن الجاني مثل: (الضرب؛ السجن؛ التكليف بالأعمال... الخ)، أما إذا كانت عقوبة التعزير مالية مثل: (الغرامة ومصادرة

¹ ينظر: مواهب الجليل للحطاب، ط3، دار الفكر، (1412هـ-1994م)، 320/6، شرح مختصر خليل للخرشي، 91/8، الحاوي الكبير، 427/13، المطلاع على دقائق زاد المستقنع «فقه الجنايات والحدود»، 394/3، حاشية ابن عابدين، 103/6.

² حاشية ابن عابدين، 103/6.

³ مسقطات العقوبة التعزيرية لعبد الحميد إبراهيم الجاثي، المركز العربي لدراسات الأمانة والتدريب، الرياض (المملكة العربية السعودية) (1412هـ/1992م)، ص 360-361.

الفصل الثالث: تطبيق (الاصحاب في أحكام الجاني): (شرحاً وقانوناً)

الأملك العينية والشخصية... الخ)، فلا تسقط بموت الجاني لأن محل العقوبة مال الجاني لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجاني بعد موته¹.

خامساً: درء الشبهة عند تفسير النص

من الشبهات التي ترد على النص اختلاف العلماء في انطباق النص الشرعي على الفعل الذي أقدم المتهم على الإتيان به، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي، لا يعاقب حدًّا ولا تعزيراً باعتباره زانياً لأن العلماء اختلفوا في هذا النوع من النكاح، فأحلها بعضهم وحرّمها البعض الآخر، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، وهذا الاختلاف في الحكم يوجب قيام الشبهة وعليه يستصح براءته من الجناية المنسوبة إليه².

¹ ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، 1/770.

² المرجع نفسه، 1/215.

المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي قانونا

الأصل في الأحكام الجنائية الصادرة من القضاء بمختلف درجاتها أن تكون مبنية على استصحاب اليقين الجازم الذي لا يعتريه شك أو شبهة في الواقعة الجنائية المعروضة على القضاء، كما يجب على القاضي الجزائي أن يبني اقتناعه الشخصي عند إصدار الأحكام الجزائية على درجة من اليقين والجزم القاطع وألا يبني أحكامه القضائية على مجرد الظن والتخمين، وعليه ليتأسس الحكم الجنائي على درجة قطعية وجازمة من اليقين القضائي أقر المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الحديثة مراعاة جملة من القواعد والشروط التي تعد ضمانات أساسية لجميع أطراف الدعوى الجنائية، ولتفصيل أكثر تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: استصحاب اليقين المبني على أدلة الإثبات الجنائي

الفرع الثاني: استصحاب اليقين المبني على المنطق العقلي

الفرع الثالث: استصحاب اليقين المبني على تفسير الشك لصالح المتهم

الفرع الرابع: استصحاب اليقين المبني على وجوب تسيب الأحكام الجزائية

الفرع الأول: استصحاب اليقين القضائي المبني على أدلة الإثبات الجنائي

من أدلة الإثبات التي يبني عليها القاضي الجنائي تكوين قناعته الشخصية والتي تساهم في استخلاص اليقين القضائي واستصحابه إذا بلغت هذه الأدلة درجة من القطع والحجية التي لا يعتربها شك أو شبهة في صحتها على أن المتهم بالجريمة المتابع عليها قضائيا قد تم إدانته عبر أحد هذه الأدلة أو في تساند هذه الأدلة ببعضها البعض ومن أهم وسائل الإثبات التي يلجأ القضاء إلى استخلاص اليقين في حال الإدانة ومن طرق الإثبات التي نص عليها المقتن الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية في الفصل الأول منه والذي جاء بعنوان طرق الإثبات وهي:

أولاً: الاعتراف

يعد دليل الاعتراف في المادة الجزائية من بين أهم وسائل الإثبات تأثيراً في الحكم بالإدانة على المتهم باعتبار أن المتهم في حد ذاته يقيم الحجة على نفسه على أنه مدان في الجريمة المتابع عليها قضائياً وبناء على ذلك عرف فقهاء القانون الجنائي الاعتراف على أنه: «هو إقرار المتهم على نفسه بصحة التهمة المسندة إليه، وهو بذلك يعتبر أقوى الأدلة في نفس القاضي والتي يمكن أن يبني عليها الحكم في دعوى المعروضة عليه إذا تأكد من صحة هذا الاعتراف»¹، وقد نص المقتن الجزائري في المادة (213) من ق إ الجزائري على أن: «الاعتراف شأنه كشأن عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي». ويفهم من نص المادة على أن اعتراف المتهم وإقراره يقع كدليل على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، الذي يبني عليه في استخلاص اليقين بالإدانة على المتهم، كما يمكن أن يكون الاعتراف كدليل قضائي يستمد من نص القانون على إدانة المتهم، وفي هذه الحالة يستصحب النص القانوني بالإدانة في محل إرادة القاضي، كما جاء في المادة (341) من قانون العقوبات الجزائري والتي تتعلق بإثبات جريمة الزنا عن طريق الإقرار القضائي بنصها: «الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة (399)، يقوم إما بمحضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم أو بإقرار قضائي».

ثانياً: الشهادة

يعد نظام الإثبات بالشهادة من بين الوسائل المنتجة لليقين التي يستعين بها القاضي الجزائي عند قيام الدعوى الجنائية في تكوين قناعته الشخصية أولاً للوصول إلى درجة اليقين في حال الحكم بإدانة المتهم في القضية المتابع عليها أمام القضاء، وهذا ما جاء في نص المادة (212) من ق إ ج على أنه: «يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون

¹ الوابي في الإثبات الجنائي لهشام الجميلي، دار الفكر والقانون، مصر، (2006)، ص58.

الفصل الثالث: طبيعته الاستعماري (المحك) الجزائي (شرعا وقانونا)

على غير ذلك»، كما نصت المادة (222) من نفس القانون على أنه: «كل شخص مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة». واستنادا إلى نص المادتين (212) و (222) من ق إ ج، فإن المقنن الجزائري اعتبر الأخذ بالشهادة أحد طرق الإثبات في إثبات الجريمة أمام هيئة القضاء باعتبار أنها تشكل دورا هاما في تكوين القناعة الشخصية للقاضي الجزائي، وكشف ملبسات القضية ووقائعها لدى قضاة الحكم، ولأهمية الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي عرف فقهاء القانون الشهادة على أنها: «ما يقر به الشخص أمام المحكمة، عن وقائع يكون قد رآها أو سمع بها وتكون مرتبطة بالجريمة التي فتح من أجلها التحقيق، فالشاهد هو عين القضاء وآذانه»¹.

كما ألزم المقنن الجزائري كل شخص استدعته المحكمة من أجل الحضور لتقديم شهادته في القضية بالحضور وجوبا، كما يمكن تسخير القوة العمومية من أجل إجباره على الحضور وتقديم شهادته مع فرض غرامة مالية نتيجة عدم الاستجابة للحضور والشهادة أمام هيئة المحكمة، وهذا ما جاء في المادة (97) من ق إ ج بنصها: «كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة، وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز لقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبرا بواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار، غير أنه إذا حضر فيما بعد وأبدى أعذارا محقة ومدعمة بما يؤيد صحتها جاز لقاضي التحقيق بعد سماع طلبات وكيل الجمهورية إقالته من الغرامة كلها أو جزء منها».

¹ أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري لبلعيات إبراهيم، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، (2007)، ص199.

ثالثا: الخبرة

تعد الخبرة أحد أدلة الإثبات القضائي حيث عرفها فقهاء القانون على أنها: «استشارة فنية يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير مسائل فنية يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراسة علمية لا تتوافر لدى القاضي بحكم تكوينه»¹.

يفهم من التعريف على أن الخبرة ذات طابع علمي وتقني يهدف من خلالها القضاء الحصول على معلومات دقيقة أو التعرف على حثيات مهمة مجهولة في القضية الجنائية، خاصة في جرائم القتل الذي يعتمد فيها القاضي على تقرير الطب الشرعي أو تقارير الشرطة العلمية والتقنية في الكشف عن معلومات وحثيات هامة تساهم بدرجة كبيرة في الوصول إلى الجاني، ويتسع نطاق الخبرة العلمية إلى مختلف الميادين والمجالات العلمية والتقنية والنفسية ولأهمية هذا النظام في مجال الإثبات، نجد أن المقتن الجزائري قد نص عليها كغيره من التشريعات القانونية، حيث نظم أحكامها القانونية من المادة (143) إلى المادة (156) من ق إ ج الجزائري، حيث جاء في المادة (143) من ق إ ج الجزائري بنصها: «لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم»، كما نصت المادة 146 من نفس القانون على أنه: «يجب أن تحدد دائما في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني».

ويتضح من نص المادتين على أن المقتن الجزائري قد أعطى مجال واسع للقاضي الجزائري من أجل الاستعانة بكل أنواع الخبرة الممكنة التي يمكن الاستعانة بها من أجل كشف وقائع الجريمة وإثباتها بكل الوسائل العلمية والفنية التي يمكن من خلالها الوصول إلى نتيجتين أساسيتين:

النتيجة الأولى: إثبات وقوع الجريمة بالأدلة المادية الدامغة.

¹ التحقيق القضائي لأحسن بوسقيعة، ط2، دار هومة، الجزائر، (2006)، ص112.

الفصل الثالث: طبيعته (الاصحاب في أحكام الجاني) (شرعا وقانونا)

النتيجة الثانية: إسناد ارتكاب الواقعة الإجرامية لفاعلها الأصلي أو من ساهم فيها بشكل مباشر أو غير مباشر.

ولعل من أبرز المراكز التي يعتمد عليها القضاة في مجال الخبرة الفنية المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام ببوشاوي¹، الذي يدعم القضاء بجملة من التقارير العلمية والخبرات التي تساهم في تكوين اليقين القضائي لدى القاضي الجنائي.

رابعا: القرائن القضائية

القرائن القضائية وتسمى أيضا بالقرائن الفعلية أو قرائن الاقتناع أو قرائن الواقع، حيث عرفها فقهاء القانون على أنها: «هي النتيجة التي يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة»². وعليه فإن القرائن القضائية بهذا المعنى تصنف ضمن الأدلة غير المباشرة في مجال الإثبات الجنائي التي يتوصل عن طريقها القاضي الجزائي بحسب ظروف القضية الجنائية وملابساتها وتقارير الخبرة الفنية إذا طلبها إلى استخلاص نتيجة ما من واقعة معينة تتوافق وقواعد العقل والمنطق ويطمئن فيها ضميره إلى ما توصل إليه الذي يحصل به الاقتناع الشخصي لديه في مرتبة اليقين والقطع الجازم، وتأكيدا على ذلك قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: «يكفي لقناعتها وتكوين عقيدتها وهي غير ملزمة بأن تسترشد في قضائها بقرائن معينة بأن لها مطلق الحرية في تكوين عقيدتها وقناعتها بأي بينة أو قرينة يرتاح إليها ضميرها ويؤدي إلى النتيجة التي اتجهت إليها بمنطق سائغ وسليم كما هو الشأن في واقعة الحال الأمر الذي يجعل النفي على الحكم من هذه الناحية مجرد محاولة موضوعية في تقدير الدليل»³.

¹ تم إنشائه بمرسوم رئاسي رقم 183-04 بتاريخ: 26 جوان 2004.

² مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري لرؤوف عبيد، دار الجيل للطباعة، القاهرة (مصر)، 1985، ص 727.

³ القرار الصادر بتاريخ 19/02/1991، في الملف رقم 83421، غير منشور، نقلا عن الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي للعربي شحط عبد القادر ونيل صقر، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 197.

كما قضت في قرار آخر لها بأنه: «لا مانع عند انعدام الدليل المادي القاطع من استقراء الوقائع واستخلاص الدليل من المناقشات التي تدور في الجلسة»¹.

وبناءً على القرارات القضائية الصادرة من المحكمة العليا نخلص إلى النتائج الآتية:

1- القرائن القضائية من أدلة الإثبات التي تقع ضمن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وله الحرية الكاملة في الأخذ بها كدليل إدانة، كما له أن يستبعد ما يحسب ما يراه، إذا لم يصل إلى درجة من اليقين الجازم الذي يبني عليه حكم القضاء

2- جواز استنباط دليل الإثبات بواسطة استنباط القرائن القضائية عن طريق الوقائع التي تدور في جلسة المحاكمة ويدور حولها النقاش.

خامسا: المحررات

القاعدة العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في طرق الإثبات أن نظام المحررات يعد أحد أدلة الإثبات التي يمكن للقاضي الجزائي أن يبني عليها قناعته وأن يصدر حكمه استصحابا لاقتناعه الخاص كما نصت على ذلك المادة (212) من ق إ ج.

وعليه فإن المحاضر التي يجرها ضباط الشرطة القضائية أثناء مرحلة التحقيق الأولي من سماع الأشخاص الضحايا والشهود منهم والأشخاص المشتكي منهم أو المشتبه فيهم ومحاضر جمع الأدلة من محاضر الانتقال للمعاينات وإجراء التفتيش وغيرها، التي نصت عليها المادة (18 ف 1) من ق إ ج على أنه: «يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر عن أعمالهم وأن يبادروا بغير

¹ القرار الصادر بتاريخ 1997/02/04، في الملف رقم 140437، غير منشور، نقلا عن التحقيق القضائي، أحسن بوسقيعة ص92.

الفصل الثالث: طبيعته الاستعماري (المحك) (الجزائري) (شرا و قانونا)

تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنح التي تصل إلى علمهم»¹، غير أن القاضي الجزائري غير ملزم بالأخذ بتلك المحاضر والتقارير في حال لم يقتنع بمضمونها أو لم تصل لدرجة الإثبات القطعي الذي يبني عليه اقتناعه الشخصي باليقين الجازم ويحكم بها، وله أن يطرحها ولو كانت أوراقا رسمية وهذا ما نصت عليه المادة (215): «لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح إلا مجرد الاستدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»².

غير أنه إذا تعلق الأمر بالمحاضر الجمركية والتي تكون مستوفية الشروط القانونية فإن المقنن الجزائري قد استثنى من القواعد العامة للإثبات الجزائري، بحيث أثبت حجيتها على القاضي الجزائري بما تضمنته، إلى أن يثبت عكسها، أو لها حجية إلى أن يطعن فيها بالتزوير³، بحسب المادة (254 ف1) من قانون الجمارك بنصها: «تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين (2) محلفين، على الأقل، من بين الضباط والأعوان المذكورين في المادة 241 من هذا القانون، صحيحة ما لم يطعن فيها بتزوير المعايينات المادية الناتجة عن استعمال حواسهم أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها»⁴.

¹ الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بموجب القانون رقم 10/19 المؤرخ في 11/12/2019، المعدل بموجب الأمر رقم 20-04، مؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 51، الصادرة بتاريخ: 31 أوت 2020.

² الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بموجب القانون رقم 10/19 المؤرخ في 11/12/2019، المعدل بموجب الأمر رقم 20-04، مؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 51، الصادرة بتاريخ: 31 أوت 2020.

³ المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائري لمستاري عادل، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر) (2010/2011)، ص 46.

⁴ القانون رقم: 04/17 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو سنة 1979 والمتضمن قانون الجمارك.

الفصل الثالث: طبيعته الاستعماري في أحكام الجزاءات (شرعا وقانونا)

خلاصة القول: وعليه بعد أن تم عرض لأهم طرق الإثبات الجنائي التي نص عليها المقنن الجزائري فإنه قد أعطى الحرية الكاملة للقاضي الجزائري للأخذ بأي وسيلة إثبات يستريح إليها سواء كانت اعترافا أو شهادة شهود أو خبرات فنية، وله أن يبني عليها اليقين والاقتناع الشخصي التام الذي يتوصل إليه في النهاية إلى إصدار الأحكام الجزائية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها، الصادر عن غرفة الجنايات والمخالفات بتاريخ: 2010/02/04: «حيث من المقرر قانونا في باب تقدير كفاية أو تمام أدلة الإثبات التي يستند عليها قضاة الموضوع في المادة الجزائية لتكوين اقتناعهم أن المسألة قد حسمها نص المادة 212 من ق إ ج التي أجازت إثبات الجرائم كقاعدة عامة بأيّ طريق من طرق الإثبات ما لم يوجد نص خاص مخالف، وسمحت للقاضي بأن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص شريطة أن يبني قراره على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت مناقشتها في الجلسة فمحكمة الموضوع لها كامل الصلاحية للموازنة بين الحجج وتقدير أدلة الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه ما دامت تستند على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها»¹.

وجاء أيضا في قرار آخر لها: «الدليل هو البينة أو الحجة التي يستمد منها القاضي البرهان على اقتناعه بالحكم الذي يصدره وقد يكون مباشرا كالاقرار وشهادة الشهود وتقرير الخبرة أو غير مباشر كالقرائن»².

¹ قرار غير منشور صادر بتاريخ: 2010/02/04، مشار إليه من طرف، المستشار نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، ط1، 2011، ص140، الهامش رقم 1.

² القرار رقم 34186، الصادر بتاريخ: 1984/06/26، الغرفة الجنائية 1، نقلا عن المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائري، ص48.

الفصل الثالث: طبيعته الاستصحابية في (أحكام الجزاءات) (شرحا وقانونا)

الفرع الثاني: استصحاب اليقين المبني على المنطق العقلي

الأصل في الأحكام القضائية التي تصدر عن القاضي الجزائي أن تكون مبنية على أساس من الجزم واليقين الذي لا يعتريه الشك أو الشبهة في صحة الحكم وسلامته، وللوصول إلى درجة اليقين القضائي وجب أن يمر عمل القاضي الجزائي بمرحلة من التفكير العقلي والذهني بناء على مجموعة من القواعد منطقية والعقلية التي يستند عليها من أجل ربط واقعة الدعوى الجنائية وتكييفها مع القانون تكييفاً سليماً، وبعبارة أخرى يسعى القاضي الجزائي عند الفصل في القضية الجنائية المعروضة عليه أن يصل إلى توافق بين الواقع والقانون، في إطار مبدأ الشرعية الجنائية.

كما أن التفكير المنطقي والعقلي للقاضي الجزائي لا يقتصر فقط على مطابقة الواقع للقانون بل يمتد إلى القيام بعملية الاستنباط والموازنة بين أدلة الإثبات والنفي، الأمر الذي يقتضي على القاضي الجزائي النظر في الأدلة المعروضة عليه بعين من التمحيص والتدقيق على مدى توافر ما يكفي من أدلة الإدانة ومدى قوتها وثبوتها في حق المتهم لدحض براءته التي يتمسك بها استصحاباً، فإذا انتهى القاضي الجزائي إلى أن الراجح هو إدانة المتهم، بات عليه أن يثبت باليقين أيضاً وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم¹، أما إذا رأى بأن الأدلة المعروضة لإدانة المتهم ضعيفة ولا ترتقي لدرجة من القطع واليقين الجازم فيحكم ببراءة المتهم استصحاباً لأصل براءته الثابتة بيقين واليقين لا يزول إلا بيقين مثله وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها «متى كان من المقرر قانوناً أن لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية فيما تقدم إليها من بيانات وأدلة وموازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه...»².

¹ اليقين القضائي وسلطة الرقابة عليه دراسة مقارنة بين الفقه النص والاجتهاد القضائي لنعمون آسيا، رسالة ماجستير في الحقوق جامعة منتوري قسنطينة (الجزائر)، (2010/2011)، ص 90.

² القرار برقم 17628، بتاريخ 1984/12/18، نقلاً عن نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، 31/1. ينظر: المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، ص 42.

الفصل الثالث: طبيعته الاستصحابية (الحكم) الجزائية (شرعا وقانونا)

أما في مرحلة تكوين الاقتناع القضائي فلا يجوز للقاضي أن يؤسس اقتناعه على استنتاج سيئ ينطوي على مخالفة للمنطق والعقل، بل يجب أن يبنى حكمه على استخلاص سليم للأدلة لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي، لأن للمحكمة الحق في استخلاص صورة الواقعة بطريق الاستنتاج والاستقراء وجميع الممكنات العقلية¹، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها على أنه: «يجب أن تكون النتيجة التي استخلصها قضاة الموضوع سائغة منطقيا وقانونا وإلا تعرض قضاؤهم للنقض»² كما قضت أيضا في قرار آخر لها على أنه: «يكون مخالفا لقواعد المنطق حكم القاضي على نفس المتهم من أجل ذات الواقعة بجناية محاولة القتل العمد وجنحة الضرب المتعمد»³.

وعليه نصل إلى نتيجة مفادها أن «اليقين اللازم في بناء الأحكام الجزائية أو ما يسمى بالاقتناع اليقيني والذي لا يأتي إلا في نطاق المعرفة العقلية والبناء المنطقي للحكم الجزائي أين يلعب علم المنطق الدور الرئيسي والفعال في العمليات الفكرية والعقلية التي يستخدمها القاضي للوصول إلى الحقيقة الواقعية»⁴.

الفرع الثالث: استصحاب اليقين المبني على تفسير الشك لصالح المتهم

من المقرر شرعا وقانونا كما بينا أن الأصل الثابت في الإنسان هو البراءة وأنه لا يجوز العدول عن هذا الأصل المستصحب حتى يثبت العكس، فإذا قامت الدعوى الجنائية وتم متابعة المتهم قضائيا مع ضرورة تكريس كل الضمانات والإجراءات التي تكفل احترام براءته وحرية كاملة ما لم ينص القانون

¹ المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، ص 68، نقلا عن محمد علي السالم عياد الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، (العدد 3، السنة 31 سبتمبر 2007، ص 360.

² القرار رقم: 37941، الصادر بتاريخ: 1987/05/07، الغرفة الجنائية 1، نقلا عن المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، ص 69.

³ القرار الرقم: 37202، الصادر بتاريخ: 1985/01/15، الغرفة الجنائية 1، المرجع نفسه، ص 120.

⁴ المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، ص 38.

الفصل الثالث: طبيعته الاستصحابية (أحكام الجزاءات) (شرا و قانونا)

على خلاف ذلك، وعليه: إذا عجزت النيابة العامة عن إقامة الدليل على وقوع الجريمة بعناصرها كافة وأركانها ونسبتها إلى المتهم¹، فإن ذلك يوجب على القاضي الجزائي باستصحاب حكم البراءة الأصلية الثابتة للمتهم بيقين، استصحابا لقاعدة اليقين لا يزول بالشك أو كما يطلق عليها قانونا بوجوب تفسير الشك لصالح المتهم.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها: «الأصل في الإنسان البراءة حتى تثبت إدانته، وقد تبنى دستور 1996 هذا المبدأ في المادة 45، إذ نص على أن كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون وترتبا على ذلك فإن الأحكام والقرارات لا تبنى على الشك والافتراضات وإنما على اليقين والجزم»²، كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها حول نفس المضمون على أنه: «لا يصح أن تقام الإدانة على الشك والظن، بل يجب أن تؤسس على الجزم واليقين»³.

وتأكيدا على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية عندما في أحد القضايا الجنائية المعروضة أمامها على أنه: «عند تناقض الشهادات وعدد الاطلاقات المرمية وعدم تحديد الشهود للشخص القاتل أو مشاهدتهم له يقوم بإطلاق النار عمداً أو نتيجة خطأ، فمن مجمل الأدلة المتحصلة، لا يمكن أن تولد القناعة بأن المتهم هو الفاعل، لذلك تكون إدانته مبنية على الشك والاحتمال لا على الجزم واليقين»⁴.

¹ الإثبات في المواد الجنائية محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة لمحمد زكي ابو عامر، دار الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية (مصر)، ص 50.

² المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، ص 68، نقلا عن ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، 1/513-514.

³ قرار رقم 17 س 2 جلسة 16 / 1 / 1950، مجموعة احكام النقض الصادرة من الدائرة الجنائية، عدد 1، سنة 1، المطبعة الاميرية، القاهرة، 1950، ص 40.

⁴ قرار رقم 317 / هيئة عامة / 82 بتاريخ 4 / 10 / 1982 أورده نبيل حميد البياتي، تسبيب الاحكام الجزائية في القانون العراقي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، 1983، ص 291.

الفصل الثالث: تطبيقه الاستصحابي في أحكام الجزاءات (شرحا وقانونا)

الفرع الرابع: استصحاب اليقين المبني على وجوب تسبب الأحكام الجزائية

يعد مبدأ تسبب الأحكام الجزائية من أهم الإجراءات القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة (379) ف (1) من ق إ ج حيث ورد في نص المادة: «كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم، ويجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق»، كما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها: «وتكون الأسباب أساس الحكم»¹. وعلى نفس الإجراء نص المشرع المصري على ضرورة الالتزام بتسبب الأحكام الجزائية في نص المادة (310) ق إ ج المصري بقولها: «يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف المحيطة بها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه»².

وإلى ذلك ذهب المشرع الأردني من خلال نص المادة (237) ف (1) من قانون المحاكمات الجزائية الأردني على أنه: «يشتمل القرار على ملخص الوقائع الواردة في قرار الاتهام والمحاكمة وعلى ملخص مطالب المدعي الشخصي، والمدعي العام، ودفاع المتهم، وإلى الأدلة والأسباب الموجبة للتجريم أو عدمه، أما قرار الحكم فيجب أن يشمل على المادة القانونية المنطبق عليها الفعل في حالة التجريم وعلى تحديد العقوبة...»³.

¹ الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بموجب القانون رقم 10/19 المؤرخ في 11/12/2019، المعدل بموجب الأمر رقم 20-04، مؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 51، الصادرة بتاريخ: 31 أوت 2020.

² قانون الإجراءات الجنائية رقم: 150 لسنة 1950، المعدل بموجب القانون 189 لسنة 2020، الصادر بتاريخ: 5 سبتمبر 2020.

³ قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (9) لعام 1961، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم: 1539 بتاريخ: 01/01/1961.

الفصل الثالث: طبيعته (الاستصحاب في أحكام الجنايات) (شرعاً وقانوناً)

وبناء على ما تقدم من نصوص قانونية فإن تسبب الأحكام الجزائية هو أحد ضمانات تقرير لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، بحيث يقصد بالتسبب بيان الأسانيد الواقعية والمنطقية والقانونية التي استند عليها القاضي ليصل إلى ما انتهى إليه في منطوق الحكم، لأنّ الحكم نتيجة تستخلصها المحكمة من مقدّمات الواقعة المستوجبة للعقوبة وإجراءاتها والظروف التي وقت فيها فهي تعد أسباباً للحكم¹.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها على الدور البالغ الذي يقوم عليه تسبب الأحكام الجنائية وبأنه يشكل ضماناً من ضمانات استصحاب اليقين القضائي ودحض كل أنواع الشبهة والشك التي يمكن أن يقع فيها القضاة، حيث جاء في مضمون القرار: «بأنّ تسبب الأحكام من أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة إذ هو مظهر لقيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأفضية، وبه يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد، لأنّه كالعذر فيما يرتؤونه ويقدمونه بين أيدي الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ما قد يدين على الأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين ولا تقنع الأسباب إذا كانت عباراتها مجملة، ولا تجد فيها محكمة النقض مجالاً لتبيين صحة الحكم من فساد»².

ونصت في قرار آخر لها: «المراد بالتسبب المعبر تحديد الأسانيد والحجج المبني هو عليها والمنتجة هي له سواء من حيث الواقع أو القانون، ولكي يحقق الغرض منه يجب أن يكون في بيان مفصل بحيث يستطيع الوقوف على مصوغات ما قضى به، ولا يكون كذلك إذا جاءت

¹ يقين القاضي الجنائي لإيمان الجابري، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، (مصر)، 2002 ص298.

² نقض مصري، 21 فيفري 1929، مجموعة القواعد القانونية، ج 1، ق 170.

الفصل الثالث: طبيعته الاستعماري (أحكام) الجنائي (شرحا وقانونا)

أسباب الحكم مجملة أو غامضة فيما أثبتته أو نفتته من وقائع أو شأبها الاضطراب الذي ينبئ عن اختلال فكرته في موضوع الدعوى وعناصر الواقعة مما لا يمكن معه استخلاص مقوماته سواء ما تعلق منها بواقعة الدعوى أو بالتطبيق القانوني، وبالتالي تعجز محكمة النقض عن أعمال رقابتها على وجهها الصحيح»¹.

كما أن المحكمة العليا في الجزائر قضت في قرار لها: «إذا كان من اللازم أن تشتمل الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الفاصلة في الجرح والمخالفات على أسباب ومنطوقها وفقا للمادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية، فإن أحكام محاكم الجنايات يجب أن تشتمل على الأسئلة المطروحة والأجوبة المعطاة طبقا للمادة 314 فقرة 7 من نفس القانون لأنها تقوم مقام التسبب فيها»².
ومما لا شك فيه أن إلزامية التسبب التي فرضها القانون تسمح بالكشف عن مضمون الاقتناع الموضوعي للقاضي الجزائري وتسهل على المحكمة العليا وقضاء النقض بشكل عام الرقابة السليمة على مبدأ الاقتناع الشخصي والتأكد من أن الاقتناع الذي تشكل للقضاة لم يكن نتيجة لتحكم عاطفي أو انفعالي والذي من شأنه المساس بقرينة البراءة المكرسة دستوريا³.

¹ قرار محكمة النقض الجنائي، الصادر بتاريخ 1973/03/29، مشار إليه: المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجنائي ص 197-198.

² قرار بتاريخ: 1990/10/23، رقم 935. 75، المحكمة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، السنة 1992، ص 182.

³ تسبب الأحكام الجزائية أو الضمان ضد التعسف، لعبد السلام بغانة، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، مجلد ب، ع 41 جوان 2014، ص 398.

المطلب الرابع: مقارنة وموازنة

لتحديد أوجه المقارنة والموازنة عند استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجنائية الصادرة عن نظام القضاء الإسلامي أو في الأنظمة القضائية الوضعية، سنحاول تحديد أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

1- من أوجه الاتفاق بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية هو بناء الأحكام الجزائية على اليقين لا على مجرد الشك والاحتمال الذي لا يرتقي لإدانة المتهم بأدلة قاطعة وجازمة على ارتكابه الفعل المنسوب إليه ومواجهته به.

2- من أوجه الاتفاق بين الشريعة والقانون وهو أن إثبات الجرائم ومناقشتها وإصدار الأحكام القضائية لا يكون إلا في مجلس القضاء، التي من فيها يبنى القاضي الجزائي حكمه بناء على الأدلة التي تم عرضها من طرف المتخاصمين ومناقشتها ثم بناء على ذلك يصدر قراره في القضية والتي تسمح للمتقاضين أو الحضور معرفة الأسباب التي من خلالها بنى القاضي الجزائي اقتناعه اليقيني من اصدار الحكم في الدعوى الجنائية المعروضة أمامه.

3- من أوجه الاتفاق عند استصحاب اليقين في بناء الأحكام الجزائية في كل من التشريع الإسلامي والقانون الوضعي الجنائي وهو أن يستمد قضاة الحكم استصحاب اليقين بناء على النظر في الدعاوى الجنائية المعروضة عليهم وأن يعتمدوا في استخلاص اليقين على راجحة العقل والتدبر وتمحيص الأدلة وعرضها على المنطق السليم التي تمكن لهم تحديد الأسباب التي توصلوا إليها في إصدار الحكم القضائي بناء على اقتناعهم اليقيني سواء كان الحكم باستصحاب براءة المتهم أو إدانته بالتهمة المنسوبة إليه.

4- التفسير الشك لصالح المتهم فلما تقوم شبهة عند القاضي أو يعتره نوع من الشك الذي ينتفي معه بلوغ اليقين القاطع فهنا يتفق كل من تشريع الإسلامي والقانون الوضعي على تفسير ذلك الشك أو الشبهة لصالح البراءة.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

1- من حيث أدلة الإثبات

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حجية إثبات الجرائم عن طريق الإقرار والشهادة واختلفوا في غيرها من الأدلة والحجج والقرائن فابن القيم يرى أن البيعة ليست مقصورة على شهادة الشهود لذلك فإنه أوصل البيئات الشرعية إلى 26 بيعة منها: الحكم باليد المجردة، والحكم باليد من يمين صاحبها، والحكم بالتواتر والاستفاضة، والحكم بالخط المجرد، والحكم بالعلامات الظاهرة، والحكم بالقرعة، والحكم بالقافة، والحكم بأخبار الآحاد وهكذا¹، وقد أوصلها الإمام القراني المالكي إلى سبع عشر (17) حجة هي: الشاهدان، والشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين، والمرأتان واليمين، والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا ويقسم بينهما فيقضي لكل منهما يمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان وشواهدهما، واليد².

أما في القانون الجزائري على سبيل المثال فقد حدد المشرع الجزائري الأدلة القضائية التي يبنى عليها القاضي الجزائري قناعته من خلال الفصل الأول بعنوان طرق الإثبات من الباب الأول من قانون الإجراءات الجزائية (من المواد 212-238)، حيث نص على الاعتراف والشهادة والخبرة والقرائن القضائية والمحرمات، وهذا ما أكدته أحد قرارات المحكمة العليا بنصها: «الدليل هو البيعة أو الحجة التي

¹ ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ص92 وما بعدها.

² ينظر: الفروق، 83/4.

الفصل الثالث: طبيعته (الاصحاب في أحكام) الجزائيات (شرعا وقانونا)

يستمد منها القاضي البرهان على اقتناعه بالحكم الذي يصدره وقد يكون مباشرا كالاقرار وشهادة الشهود وتقرير الخبرة أو غير مباشر كالقرائن¹.

وبالرغم من ذلك يمنح القانون للقاضي الجزائري حرية في تقدير الأدلة بناء على اقتناعه الشخصي الذي يبيّن عليه اليقين في إصدار أحكامه القضائية، فهو غير ملزم بالأخذ بأي دليل من الأدلة القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية، بالاستثناء المحاضر الجمركية والتي تكون مستوفية الشروط القانونية فإن المشرع الجزائري قد استثنى عن القواعد العامة للإثبات الجزائري بحيث أثبت حجيتها على القاضي الجزائري بما تضمنته، إلى أن يثبت عكسها أو لها حجية إلى أن يطعن فيها بالتزوير²، بحسب المادة (254) (ف1) من قانون الجمارك، بحيث يمنح القانون الجزائري ومن وافقه في مجال أدلة الإثبات، بحيث يعطي صلاحية للقاضي الجزائري حرية تقدير الأدلة المنصوص عليها قانونا ليصل عن طريقها إلى تكوين قناعته الشخصية، فهو بذلك غير ملزم بالأخذ بأي دليل من الأدلة القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية، أما في التشريع الجنائي الإسلامي فالقاضي وإن كانت له حرية في تقدير الأدلة من حيث القوة أو الضعف إلا أنه ملزم بتكوين قناعته بها إذا توافرت فيها الشروط والضوابط التي نص عليها الفقهاء.

2- من حيث نطاق تطبيق قاعدة الشك

مما تقدم بيانه من تطبيقات القاعدة في الفقه الجنائي الإسلامي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية طبقوا العمل بالقاعدة إما في الشك أو الشبهة المتعلقة بالواقعة المادية للجريمة، أي بمعنى أن هناك شبهة أو شك تعزري أدلة الإثبات القضائي التي تثبت الجريمة أو في مدى إثبات نسبتها للمتهم، وعليه فإن القاضي الشرعي لا يبيّن أحكامه بالإدانة إلا إذا بلغت أدلة الإثبات القضائية درجة من اليقين والقطع

¹ القرار رقم 34186، الصادر بتاريخ: 1984/06/26، الغرفة الجنائية 1، نقلا عن جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، (2001)، 73/2.

² المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائري، ص46.

الفصل الثالث: طبيعة الاستصحاب في أحكام الإباحة (شرعا وقانونا)

التي تثبت ارتكاب الفعل المجرم ونسبتها إلى المتهم، أو أن القاضي في حالة عدم ثبوتها أو نسبتها إلى المتهم أن يحكم باستصحاب براءته الثابتة بيقين، استصحابا لقاعدة اليقين لا يزول إلا بيقين مثله، كما يتعدى نطاق تطبيق قاعدة الشك أو الشبهة في حال تعلق بتفسير النصوص فإذا ما حصل شك للقاضي الشرعي في تفسير النص كأن يختلف الفقهاء في حكم الفعل بين التحريم والإباحة، ففي هذه الحالة مثلا يكون الاختلاف في تفسير النص شبهة تدرأ بها العقوبة عن المتهم، وفي هذا الصدد يقول محمد أبو زهرة: «وفي هذا تضيق للعقاب وجعله رمزا مانعا بدل أن يكون عاما جامعا، وأن تكون شريعة الحد قائمة، وتنفيذ القليل منها كاف لردع من تسول له نفسه ارتكاب الجريمة»¹.

أما المقرر في القوانين الوضعية بما فيها التشريع القانوني الجزائري حول مدى تطبيق قاعدة الشك فمجاله ضيق جدا في المجال العملي مقارنة بتطبيقاته الواسعة في النظام القضائي الإسلامي، ولعل سبب هذا التضيق في تطبيقه مرده إلى الجدل القائم بين فقهاء القانون وشراحه في مدى تطبيق القاعدة من حيث الوقائع ما بين موسع في مجال تطبيقه على الشك المتعلق بماديات الواقعة الإجرامية، وكذا الشك المتعلق باقتناع القاضي، وبين فريق آخر من القانونيين من يرى بضرورة التضيق في تطبيق القاعدة من حيث الوقائع واقتصارها على ماديات الواقعة الإجرامية؛ والتي تتعلق بأدلة الإثبات باعتبارها أدلة لا ترتقي للإدانة المتهم، وهو ما يطلق عليه بالشك الموضوعي²، أما الشك فيما يتعلق بالنصوص لا يجوز العمل، ولا تأثير له سواء كان الشك من قبل القاضي في تفسير النص القانوني أو في غموضه وهذا ما أقرته الفرقة الجنائية لدى محكمة النقض الفرنسية التي جاء في قرار لها "أن جهة الاستئناف بامتناعها بحجة غموض النص، عن الفصل بعد ذكر هذا النص وبعد تصريحه أنه يستفيد المتهم من قاعدة الشك

¹ الجريمة والعقوبة لمحمد أبو زهرة، ص 199-200.

² الشبهة وأثرها في إسقاط العقوبة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، لعبد القادر حباس، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران 1، (الجزائر)، (2016-2015)، ص 142.

الفصل الثالث: تطبيقه الاستصحاب في أحكام الجنايات (شرحاً وقانوناً)

يفسر لصالح المتهم، ترتكب خرقاً لواجباتها وإخلالاً بالقوانين¹، أو سواء كان الشك من طرف الخصوم أو المتهمين في تفسير النص أو شرحه أو في غموضه، فلا عبرة بذلك ولا يستفاد من قاعدة "الشك يفسر لمصلحة المتهم" بل تطبق قاعدة "لا يعذر أحد بجهله للقانون"². ذلك أن الشك المتعلق بالنصوص القانونية غير معتبر ولا يعتد به قانوناً، ولا تأثير له سواء كان الشك من قبل القاضي أو من طرف الخصوم³.

¹ المرجع نفسه، ص 143

² المرجع نفسه، ص 143.

³ المرجع نفسه، ص 272.

الفصل الرابع

تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال

الشخصية: (شرحاً وقانوناً)

المبحث الأول: تطبيق الاستصحاب في مسائل الإنبات المدني

المبحث الثاني: تطبيق الاستصحاب في مسائل الحيازة سند الملكية

المبحث الثالث: تطبيق الاستصحاب في مسائل النكاح

المبحث الرابع: تطبيق الاستصحاب في مسائل الفقود

الفصل الرابع

تطبيقات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية

(شرعا وقانونا)

يتسع نطاق العمل بالاستصحاب تطبيقاته في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ليشمل مجال المعاملات والقانون المدني، ذلك أن الاستصحاب يعد أصلا ثابتا في عديد القوانين المدنية العربية خاصة في مجال قواعد الإثبات المدني التي يلجأ إليها القاضي في إصدار الأحكام القضائية، كما يعد موضوع الحيازة سند الملكية (وضع اليد) من أبرز تطبيقاته في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية التي استصحت الأخذ بمبدأ وضع اليد الظاهر في الملكية والتملك، أما في مجال الأحوال الشخصية فنجد أن المقنن الجزائري قد تمسك بدليل استصحاب الحال في كثير من المسائل المتعلقة بالنكاح وما يترتب عنه من مسائل وكذا المسائل المتعلقة بالمفقود بحيث نظم أحكامها القانونية أخذا باستصحاب الحال ولتفصيل الكلام حول كل هذا، تم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: تطبيقات الاستصحاب في مسائل الإثبات المدني

المبحث الثاني: تطبيقات الاستصحاب في مسائل الحيازة سند الملكية

المبحث الثالث: تطبيقات الاستصحاب في مسائل النكاح

المبحث الرابع: تطبيقات الاستصحاب في مسائل المفقود

المبحث الأول

تطبيق الاستصحاب في مسائل الإنبات المدني

المطلب الأول: مفهوم الإنبات

المطلب الثاني: أحكام الاستصحاب في قواعد الإنبات المدني

- شرحا وقائنا -

المطلب الثالث: أحكام الاستصحاب في القرارات القضائية

للإنبات - شرحا وقائنا -

المبحث الأول: تطبيقات الاستصحاب في أحكام الإثبات المدني

تعد قواعد الإثبات المدني تطبيقا عمليا لتوظيف دليل استصحاب الحال عن طريق قواعده المستنبطة منه خاصة في المجال القضائي سواء كان ذلك في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية ولتعرف أكثر على أهم تطبيقاته في مجال الإثبات، تم تقسيم المبحث الأول إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

المطلب الثاني: أحكام الاستصحاب في قواعد الإثبات المدني - شرعا وقانونا-

المطلب الثالث: أحكام الاستصحاب في القرارات القضائية - شرعا وقانونا-

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

تعد قواعد الإثبات المدني أحد أهم المواضيع أهمية في المجال القضائي، باعتبارها تمثل مرجعا جوهريا يستند عليها القاضي في تطبيقها في كل ما يعرض عليه من القضايا، ذلك أن روابط الأسرة ومعاملات الناس في مجال التقاضي متوقفة عليها¹، ولبيان حقيقة الإثبات في اللغة واصطلاح تم تقسيم المطلب الأول إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: معنى الإثبات في اللغة

الفرع الثاني: معنى الإثبات في الاصطلاح الشرعي

الفرع الثالث: معنى الإثبات في الاصطلاح القانوني

¹ نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنيا وجنائيا شرعا وقانونا لحسين المؤمن، (ب. ط)، دار الكتاب العربي، القاهرة (مصر) (1948م)، ص8.

الفصل الرابع: تكييف الاصطلاحات في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شريعة وقانون)

الفرع الأول: معنى الإثبات في اللغة

الإثبات لغة مصدر أثبتَّ يُثبِت، إثباتًا، فهو مُثبِت، والمفعول مُثبِت، يقال: أثبت الشيء بمعنى أبقاه، أقره وثبته ونفذه، أثبت دينه: أقام حجته عليه، أثبتته شرعًا: حققه وأكد صحته شرعًا¹.
وعليه فإن معنى الإثبات في اللغة ترد بمعنى تأكيد أمر ما بالدليل والحجة.

الفرع الثاني: معنى الإثبات في الاصطلاح الشرعي

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الإثبات بتعريفات متقاربة منها:

التعريف الأول: الإثبات هو: «إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضاؤه على حق أو واقعة من الوقائع»².

التعريف الثاني: أو هو «إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية»³.

الشرح:

يُفهم من تعريف الإثبات في الاصطلاح الشرعي عند فقهاء الشريعة الإسلامية عدة نقاط من أبرزها:

1- أنه هناك ارتباط بين معنى الإثبات في الاصطلاح الشرعي وبين معناه اللغوي، كونه المعنيين يدوران حول معنى الحجة والبرهان وإقامة الدليل.

2- الإثبات الشرعي عند الفقهاء لا يكون إلا بإقامة الحجة والدليل في مجلس القضاء وإلا كان باطلا.

¹ معجم اللغة العربية المعاصرة، 310/1.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، 232/1.

³ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية لمحمد الزحيلي، ط2، دار البيان، دمشق، (سورية)، (1414هـ/1994م)، 22/1.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرح قانون)

3- الإثبات في الشريعة الإسلامية لا يكون إلا بالطرق التي حددها الشرع، واستقر عليها العمل القضائي، فلا يحكم القاضي إلا بها، وبه قال جمهور أهل العلم.

4- من الآثار الشرعية المترتبة عن الإثبات المدني إثبات الحقوق لأصحابها.

الفرع الثالث: معنى الإثبات في الاصطلاح القانوني

عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري¹ الإثبات بقوله: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية تترتب عليها آثارها»².

شرح التعريف:

يفهم من التعريف الذي ذكره الأستاذ عبد الرزاق السنهوري عدة نقاط من أبرزها:

1- الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمفهومه الواسع، لأن الإثبات في القانون مقيد بأن يكون أمام هيئة القضاء وبطرق الإثبات التي يحددها القانون وإلا كان باطلا، أما الإثبات بمفهومه الواسع يشمل عديد المجالات كإثبات التاريخي والإثبات العلمي في مجال العلوم التجريبية والعلوم الدقيقة والعلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية... الخ³.

2- ما دام الإثبات القضائي في القانون يكون بإلزام المدعي بتوفير الأدلة على حقيقة دعواه أمام هيئة القضاء على الواقعة التي يترتب عليها القانون أثرا ما، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها

¹ عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الدكتور: كبير علماء القانون المدني في عصره، ولد في الإسكندرية، وتخرج بالحقوق في القاهرة (1917)، واختبر في بعثة إلى فرنسا (1921) فحصل على (الدكتوراه) في القانون والاقتصاد والسياسة (1926)، واختير عضوا بمجمع اللغة العربية (1946)، وضع قوانين مدنية كثيرة لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت، وتوفي بالقاهرة. من كتبه: (نظرية العقد في الفقه الإسلامي)، و(شرح القانون المدني في العقود) و(مصادر الحق في الفقه الإسلامي)، (أنظر: الأعلام 3/335).

² ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني لعبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، (مصر)، (1938م)، 14/2-13.

³ ينظر: المرجع نفسه، 14/2.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والاموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

المدعى عليه لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي، وعليه فأي مدعي أمام القضاء وجب عليه إثباته وإلا كان ذلك الحق بمثابة العدم من الناحية القضائية¹.

3- حصر أدلة الإثبات بالطرق التي حددها القانون، ولا يحكم القاضي إلا بها وإلا كان حكمه

باطلاً.

4- الواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد به المصدر القانوني الذي ينشأ الحق أو الأثر

فالعمل غير المشروع واقعة مادية يترتب القانون عليه التزاماً بالتعويض، والعقد تصرف قانوني يترتب عليه القانون الالتزام بمضمون العقد من الطرفان².

¹ ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، 16/2.

² المرجع نفسه، 15/2.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرعا وقانونا)

المطلب الثاني: أحكام الاستصحاب في قواعد الإثبات المدني - شرعا وقانونا-

يعد دليل الاستصحاب مصدرا جوهريا تقوم عليه أهم القواعد والمبادئ التي يستند عليها القضاء في مجال الإثبات القضائي، بحيث تمثل تلك القواعد التي يرجع إليها القاضي المدني تطبيقا عمليا لدليل الاستصحاب خاصة في مجال النظام القضائي الإسلامي الذي أرسى قواعد الإثبات القضائي عامة ثم سارت الأنظمة القضائية ومختلف القوانين الوضعية في مسaire تلك القواعد وتكريسها في قواعد قانونية وقضائية، ولتفصيل أكثر حول أهم تطبيقات الاستصحاب في مجال الإثبات المدني شرعا وقانونا تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تطبيقاته في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: تطبيقاته في القوانين المدنية

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

الفرع الأول: تطبيقاته في الشريعة الإسلامية

التكليف بعبء الإثبات في الشريعة الإسلامية يستند على جملة من القواعد الفقهية التي استنبطها الفقهاء في مجال الإثبات عند حصول النزاع والتخاصم في الحقوق والالتزامات بين المتخاصمين (المدعى؛ المدعى عليه)، ومن أبرز القواعد التطبيقية التي نصت عليها الشريعة الإسلامية في تحديد من يقع على عاتقه تحمل الإثبات والالتزام عند قيام الدعوى المدنية أمام مجلس القضاء تبرز لنا قاعدة جوهرية وهي قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" والتي تعد القاعدة الأساس التي تبنى عليها مختلف قواعد الإثبات الأخرى، وتتفرع عليها كثير من القواعد والمبادئ الفقهية والقانونية والتي من أبرزها: قاعدة "الأصل براءة الذمة"؛ وقاعدة "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل" وغيرها من القواعد الفقهية الأخرى التي تتفرع عنها ويخدم بعضها البعض الآخر.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والاموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

أولاً: البينة لإثبات خلاف الأصل المستصحب (البينة على من ادعى)

البينة لإثبات خلاف الأصل المستصحب وهو الشق الأول من القاعدة الشرعية التي نص عليها الفقهاء بقولهم: (البينة على من ادعى)، بمعنى أن الشرع كلف من يدعي خلاف الأصل بتحمل إقامة الدليل على صدق ما يدعيه على من يتمسك بالأصل استصحاباً، كما يجدر التنبيه إلى أن البينة تقوم في حق من يكلف بتحمل عبء الإثبات لا من قام برفع الدعوى لدى مجلس القضاء، لأن الأصل يؤيده ظاهر الحال المستصحب، فلا يحتاج لتأييد آخر والذي يكون خلاف الظاهر يتراوح بين الصدق والكذب، فيحتاج إلى مرجح لأحدهما على آخر¹.

ثانياً: اليمين لإبقاء الأصل المستصحب (اليمين على من أنكر)

اليمين لإبقاء الأصل المستصحب وهو الشق الثاني من القاعدة الشرعية بقولهم: (اليمين على من أنكر) أو بعبارة أخرى هو الطرف المتمسك باستصحاب أصل براءة الذمة، لأن اليمين شرعت لإبقاء الأصل على ما كان عليه فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل وعجز الطرف المكلف بعبء الإثبات على ما يدعيه، فإن القاضي يحكم على من يتمسك بالأصل المستصحب مع يمينه. ومن التطبيقات التي مثل لها الفقهاء إعمالاً لقاعدة حمل (المدعي) على الإثبات في مقابل تمسك (المدعى عليه) بالأصل الظاهر استصحاباً لبراءة ذمته، ما ذكره من الأمثلة الآتية:

المثال الأول: إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه، فقال رب المال: رحمت

ألفاً وقال المضارب: ما حصل ربح، فالقول للمضارب مع يمينه، لتمسكه بالأصل وهو عدم الصفة العارضة وهي الربح، والبينة على رب المال لإثبات الربح، لأنه يدعي خلاف الأصل، فيحتاج للإثبات².

¹ الوسيط في شرح القانون المدني، 76/2.

² الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 185.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربما وقانون)

المثال الثاني: إذا باع شخص من آخر بقرة، ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب، فأنكر البائع وقوع البيع على هذه الشرط، فالصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب، وصفة الحلب طارئة فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط، وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه¹.

المثال الثالث: إذا ادعى المودع عنده ردُّ الوديعة، أو هلاكها، والمالك ينكر، فالقول للمودع عنده، مع أن الأصل بقاءها عنده، وذلك لأن كل أمين ادعى رد الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله يمينه، لأن الأصل براءة الذمة، وعدم التعدي والتقصير².

الفرع الثاني: تطبيقاته في القوانين المدنية

تستمد قواعد عبء الإثبات في القوانين المدنية تطبيقاتها العملية في الأساس اعتمادا على جملة من قواعد المبنية على استصحاب الحال؛ التي كان لها الأثر البالغ في تحديد القاعدة العامة في مجال الإثبات المدني بحيث جاءت القاعدة العامة في أغلب التشريعات الوضعية العربية والإسلامية على النص على تمسك المدعى عليه بأصل الاستصحاب وهو براءته من كل التزام أو حق في ذمته حتى يثبت العكس، وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

أولا: القاعدة العامة: البينة على من ادعى

انطلاقا من القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" كما هو ثابت في نصوص الشريعة الإسلامية، عند قيام الخصومة والنزاع بين طرفي الدعوى القضائية، نجد أنَّ معظم القوانين المدنية أو قوانين الإثبات كما هو مسمى في بعض القوانين العربية، نجد أنها قد طبقت

¹ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 185.

² القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ص 133-134.

الفصل الرابع: تقييد الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

العمل بالقاعدة الفقهية في مجال من يكلف بتحمل عبء الإثبات في الحقوق والالتزامات أمام القضاء ومن القوانين التي عملت على توظيف القاعدة وتطبيقها في النصوص القانونية:

1- القانون المدني الجزائري

نصت المادة (323) من القانون المدني الجزائري: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه»¹، وهي نفس المادة القانونية التي نصت عليها عدة قوانين عربية منها ما جاء بموجب نص المادة (1) من قانون الإثبات المصري²؛ وقانون الإثبات الكويتي³؛ وبموجب نص المادة (211) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري⁴.

2- قانون الإثبات السوداني

نص المقنن السوداني في الفصل الثاني من قانون الإثبات على قواعد الإثبات في المادة (5) بنصها: تستصحب المحكمة عند نظر الدعاوى القواعد الأصولية الآتية⁵:

(أ) الأصل في المعاملات براءة الذمة والبيّنة على من يدعى خلاف ذلك.

(ب) الأصل براءة المتهم، حتى تثبت إدانته، دون شك معقول.

¹ أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

² قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 35 لسنة 1968، الصادر بتاريخ: 3 ربيع الأول سنة 1388هـ الموافق 30 يوليو 1968.

³ مرسوم بالقانون رقم 39 لسنة 1980 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (1980/39).

⁴ قانون رقم (13) لسنة 1990 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الصادر بتاريخ: 17/06/1990 الموافق 24/11/1410هـ، ج ر (13) تاريخ النشر: 01/10/1990، تاريخ بدء العمل: 15/10/1990.

⁵ القانون رقم 31 لسنة 1994، الصادر بتاريخ: 13/10/1993، ونشر في الجريدة الرسمية ملحق التشريع الخاص رقم: 1580 بتاريخ 05/01/1994.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

(ج) الأصل في أحوال البالغ الأهلية وحرية التصرف والبينة على من يدعى أي عارض على أهليته أو قيام أي ولاية عليه.

(د) الأصل صحة الأحوال الظاهرة، والبينة على من يدعى خلاف ذلك.

(هـ) الأصل فيما ثبت بزمان بقاءه على ما كان عليه لزمن معقول، والبينة على من يدعى زواله أو تحوله.

3- القانون المدني الأردني

نص القانون المدني الأردني بدوره في مجال الإثبات المدني على القاعدة الفقهية العامة المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، بموجب نص المادة (77) بنصها: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»، كما نصت المواد من (73) إلى (78) على قواعد الاستصحاب الحال التي يلزم القانون المدني الأردني بحسب النصوص القانونية الآتية¹:

المادة (73): «الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه».

المادة (74): «اليقين لا يزول بالشك».

المادة (75): «الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم. وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه».

والمادة (76) بنصها: «الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق».

المادة (78) بنصها: «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل».

4- ظهير الالتزامات والعقود المغربي: نص المقتن المغربي في القسم السابع من قانون ظهير الالتزامات والعقود المغربي، في الفصل (399): «إثبات الالتزام على مدعيه»، وجاء في الفصل (400): «إذا

¹ القانون المدني رقم (43) لسنة 1976، الصادر بتاريخ: 1976/08/01، المعمول به بتاريخ: 1977/01/01.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شرحاً وقانوناً)

اثبت المدعى وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه»¹.

5- مجلة الالتزامات والعقود التونسية: نص المقتن التونسي بدوره في الفصل (420) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: «إثبات الالتزام على القائم به».

ونصت المادة (421) على أنه: «إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضاءه أو عدم لزومه له»².

6- قانون الإثبات العراقي: كما نجد أن المقتن العراقي قد نص المادة (6) من قانون الإثبات العراقي على أنه: «الأصل براءة الذمة»، وجاء في نص المادة (7) من نفس القانون على أنه:
(ف1) - «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

(ف2) - «المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل»³.

7- القانون اللبناني: ومن تطبيقاتها القانونية ما نصت عليه المادة (362) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: «من يدعي أنه دائن تلزمه إقامة البينة على وجود حقه، وبعد إقامته البينة يجب على من يدعي سقوط الموجب أن يثبت صحة قوله»⁴.

¹ قانون الالتزامات والعقود (الصادر بظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913) بصيغته المعدلة إلى غاية القانون رقم: (31.18).

² أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

³ قانون الإثبات رقم: (107) لسنة 1979، الصادر بتاريخ: 15/08/1979.

⁴ القانون رقم: 0 الصادر بتاريخ: 09/03/1932، ج ر 2642 تاريخ النشر: 11/04/1932.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرا وقانون)

كما نصت المادة (132) من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أنه: «يقع عبء الإثبات على من يدعي الواقعة أو العمل»¹.

يفهم من هذه النصوص القانونية أن معظم القوانين المدنية في مجال الإثبات قد سار في تحديد من يقع عليه الإثبات في مجال الحقوق والالتزامات على القاعدة العامة المقررة في الفقه الإسلامي التي تقضي بأن "البينة على من ادعى" فالمدعي قد يصبح في مرحلة من مراحل الدعوى القضائية (هو المكلف بالإثبات)، ويصبح المدعى عليه في مرحلة من مراحل الدعوى القضائية هو (المكلف بالإثبات) بحيث يوزع الإثبات بينهما بحسب الواقعة القانونية المنشئة للحق والمرتب عليها الالتزام².

وتعليقا على قاعدة العامة في الإثبات التي استقرت عليها معظم القوانين المدنية وقوانين الإثبات الوضعية التي جاءت بنصها: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»، يقول المستشار المصري عز الدين الدناصوري: "أن المشرع المصري قد عنى بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، مستهديا في ذلك بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية والذي يقضي بأن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"³.

¹ مرسوم اشتراعي رقم 90 - صادر في 16/09/1983، عدد الجريدة الرسمية: (40)، تاريخ النشر: 1983/10/06.

² ينظر: عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري لسعادة العيد، مقال منشور بمجلة المفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، (م9)، (ع2)، 2014، ص191.

³ الوجيز في التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض لأحمد صلاح الدين ص5 نقلا عن التعليق على قانون الإثبات، عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية (1984) ص3.

ثانياً: القواعد الفرعية المكملة

استناداً على القاعدة العامة في مجال الإثبات المدني التي نصت عليها مختلف التشريعات الوضعية "البينة على من ادعى" أو بعبارة القانونيين "إثبات الالتزام يقع على عاتق الدائن"، تتفرع عليها ثلاثة قواعد مكملة لها هي:

القاعدة الأولى: استصحاب الثابت أصلاً أو ظاهراً

والمقصود باستصحاب الثابت أصلاً أو ظاهراً أن البينة على من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر، كما يجب الإشارة إلى أنه ليس كل من مدعي مكلف بتحمل عبء الإثبات، وإنما المقصود بالمدعي هو كل من يدعي خلاف الأصل المستصحب إذا كان الحق أو الالتزام المدعى عليه في نطاق الحقوق الشخصية، وأما إذا كان محل الحق المدعى عليه في نطاق الحقوق العينية فالأصل هو ما يشهد له الظاهر المستصحب، وتفصيل القاعدة حسب الآتي:

1- الأصل في نطاق الحقوق الشخصية استصحاب براءة الذمة

المقصود بأن الأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من أي التزام أو أي حق من الحقوق محل الدعوى، فالأصل أن الذمة بريئة من أي التزام يشغلها، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل المستصحب فإنه يكلف بتحمل عبء الإثبات بأن يقدم الدليل على مديونية المدعى عليه (المدين) فإن عجز عن ذلك رفضت دعواه، أما إذا تمكن من إقامة البينة بالدليل على ذلك، أصبح الثابت عرضاً أن المدعى عليه مدين فعلاً، وفي هذه الحالة إما أن يسلم المدين بوجود الدين وإما أن يدعي انقضاءه بالوفاء أو التنازل أو التقادم، وحينئذ يكون المدين على خلاف الثابت عرضاً ويقع عليه سبب انقضاء الدين¹.

¹ عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري لسعادنة العيد، مقال منشور بمجلة المفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، (م9)، (ع2)، سبتمبر 2014، ص191.

الفصل الرابع: تقييد الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرا وقانون)

وعليه من ادعى أنه أقرض آخر مبلغ من المال فعليه أن يثبت عقد القرض، ومن طالب شخص آخر بثمان سلعة فعليه أن يثبت عقد البيع، والشريك الذي يطالب بنصيبه في الأرباح عليه أن يثبت عقد الشركة، ويثبت نصيبه في الربح منها، كما أن "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر"، طبقا لنص المادة (596) من القانون المدني الجزائري، ومن ادعى أن الوديعة بأجر فعليه إثبات ذلك¹.

2- الأصل في نطاق الحقوق العينية استصحاب الظاهر

في مجال الحقوق العينية فإن الأصل هو الظاهر، فحائز العقار يعتبر صاحب حق عليه، ومن ينازعه هذا الحق يقع عليه عبء الإثبات، والظاهر أن حق الملكية غير مثقل بحق عيني، فمن يدعي مثلا أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع على عقار معين فإن عليه إثبات هذا الحق لأنه يدعي خلاف الظاهر.

وتجب الإشارة إلى أنه إذا كان الأصل في الحقوق العينية هو الظاهر، فإذا وجد دليل قانوني يناقض الظاهر، وجب تركه والأخذ بالدليل القانوني الذي يصبح في هذه الحالة هو الأصل الذي يعتد به.

ويكون تطبيق القاعدة في هذا الخصوص أن حائز العين لا يطالب بإثبات ملكيتها، لأن الظاهر هو أن الحائز مالك، والخارج الذي يدعي ملكية تلك العين هو الذي خلاف الأصل، فيكلف بتحمل عبء الإثبات، ومن ثم يكون الحائز هو المدعى عليه دائما في دعوى الملكية².

ومن تطبيقاتها كذلك ما يقضي بأن الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني، والمالك الذي يتمسك بهذا الظاهر وهو الأصل المستصحب، لا يطالب بإثباته، ولكن من يدعي خلاف هذا الظاهر المستصحب، بأن يدعي مثلا بأن له حق ارتفاق، أو حق انتفاع، أو حق رهن على العين، كان

¹ دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص5.

² موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة لكامل عبد الواحد الجوهري، طبعة 2015، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ص231.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربا وقانون)

عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية، لأنه يدعي خلاف الظاهر المستصحب¹.

القاعدة الثانية: استصحاب الثابت فرضا بموجب قرينة قانونية

وهذه القاعدة يعبر عليها أيضا بقولهم: الثابت فرضا كالثابت أصلا وكالثابت ظاهر استصحابا بمعنى أن القانون يستصحب فرضية وجود قرينة قانونية تحل محل الأصل الثابت في الحقوق الشخصية وتحل محل الظاهر الثابت في الحقوق العينية، وبالتالي كل من يدعي خلاف ما استصحب القانون ثبوته فرضا، تحمل عبء الإثبات، وهذا ما نصت عليه المادة (337) من القانون المدني الجزائري بنصها: «القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك»².

ومن تطبيقات القاعدة أن يرفع (المدعي) المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر إذا ما صدر من القاصر عمل غير مشروع أصاب المدعي بضرر، فعن طريق القياس على القاعدة العامة في الإثبات تقضي أن يثبت (المدعي) العمل غير المشروع الصادر من القاصر إضافة إلى تقصير المكلف بالرقابة في تأدية واجبه، لكن القانون بموجب قرينة قانونية في نص المادة (134 ف1) من القانون المدني الجزائري حيث نص على أنه: «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار».

إضافة إلى المادة (173 ف3) من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو

¹ موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة، ص231.

² أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والاموال الشخصية (شرا وقانون)

الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز»¹.

وعليه نلاحظ من نص المادتين أن كلا القانونين الجزائري والمصري قد أخذوا بقاعدة استصحاب الثابت فرضاً بموجب قرينة قانونية ويتضح ذلك في اعتبار أن التقصير الذي قد يقع فرضاً من المكلف برقابة القاصر، لا يكلف (المدعى) وهو المتضرر من إثبات التقصير؛ وينتقل تحمل عبء الإثبات إلى (المدعى عليه) وهو المكلف بالرقابة على القاصر، فيتحمل عبء إثبات أنه قام بواجب الرقابة وأن حصول الضرر واقع لا محالة ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية²، وهذا ما نصت عليه نفس المادتين في فقرتيهما الأخيرة على أنه «يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

ومن التطبيقات الأخرى للقاعدة التي نص عليها القانون المدني الجزائري تلك الأعمال المرتبطة بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء حيث فرض القانون بموجب قرينة قانونية من المواد (138 إلى 140) بتحمل هؤلاء المسؤولين عن الضرر التي تحدثها تلك الأشياء التي تحت مسؤوليتهم.

القاعدة الثالثة: استصحاب الثابت فعلاً (بالبينة) حتى يثبت خلافه

والمقصود باستصحاب الثابت فعلاً: هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية، حقيقة أو ضمناً، ومن ثمة من يتمسك باستصحاب بما هو ثابت فعلاً لا يكلف بالإثبات، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً³.

¹ القانون رقم 131 لسنة 1948، الصادر بتاريخ: 9 رمضان 1367 الموافق 16 يوليو سنة 1948.

² ينظر: موسوعة مقومات التمييز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة، ص232، دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص8.

³ دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص9.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شرعا وقانونا)

وعليه يمكن القول إن البيئة في هذه الحالة يتحملها كل من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا (حقيقة أو ضمنا)، وذلك عندما يقوم المدعي أو الدائن بتقديم الأدلة المشروعة قانونا التي تثبت صحة ما يدعيه سواء كان محل الدعوى حقا أو التزاما في ذمة المدين أو المدعى عليه، ومثاله: إذا ادعى شخص ما (الدائن) على شخص آخر (مدين) بدين في ذمته وقدم على ذلك سند مكتوب يثبت حقيقة وجود هذا الدين فعلا، فإنه في هذه الحالة، المدين هو الذي يتحمل عبء إثبات التخلص من الدين إما عن طريق الوفاء به أو بأي طريق آخر مشروع يقره القانون، كأن يقوم دفع الدعوى بالمقاصة، فيكون دفع المدين عن طريق المقاصة قد أقر ضمنا بوجود الدين في ذمته، فيكون الدين ثابت فعلا ضمنا، فيكلف المدين بتحمل عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة¹؛ باعتبارها أداة وفاء مشروعة قانونا ووسيلة حاسمة لانقضاء الالتزام.

الفرع الثالث: مقارنة وموازنة

بعد عرض قواعد الإثبات الخاصة بمجال المعاملات المدنية المبنية على أصل استصحاب الحال في كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني يمكن أن نستخلص أوجه الاتفاق والاختلاف في النقاط الآتية:

أولا: أوجه الاتفاق

تتحدد أوجه الاتفاق في النقاط الآتية:

1- تحديد المدعي والمدعى عليه

من المقرر شرعا وقانونا أن القاعدة العامة في الإثبات قائم على وجود طرفين اثنين في النزاع

هما²:

¹ موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء أعمال المحاماة، ص 233.

² ينظر: شرح الأربعين النووية لمحمد عبد الكريم حسن الإسحاق، رسالة ماجستير في الحديث النبوي، كلية الحديث الشريف والدراسات الإسلامية بالجامعة الإسلامية المدينة المنورة (السعودية) (1436/1437هـ)، [من بداية شرح الحديث 29 إلى نهاية

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شرحاً وقانوناً)

أ- (المدعي): أي هو كل من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً، وبالتالي فهو من عليه تحمل عبء الإثبات لتجرده عن أمر يصدقه، لذلك لزمه تحمل الإثبات بإقامة الدليل على صدق دعواه.

ب- (المدعى عليه): وهو الطرف الآخر من الخصومة القضائية الذي يتمسك ببقاء الأصل استصحاباً لبراءته؛ وعليه اليمين حتى يثبت العكس.

2- تبادل تحمل عبء الإثبات

من المقرر شرعاً وقانوناً بمقتضى القواعد المتفرعة عن القاعدة الأساسية في الإثبات، فإن القانون الوضعي يتفق مع موقف الفقه الإسلامي في توزيع عبء الإثبات بين طرفي الخصومة القضائية، فكل ما يدعي خلاف الثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرضاً، تحمل عبء الإثبات، فيمكن أن يكون المدعى عليه في مرحلة ما من مراحل الدعوى المدنية مكلفاً بتحمل عبء الإثبات، كما يمكن للمدعي في مرحلة ما من مراحل الدعوى المدنية مكلفاً بتحمل عبء الإثبات، وهكذا تستمر ديناميكية انتقال عبء اثبات ما يخالف الوضع الظاهر عرضاً إلى أن يعجز أحدهما عن اثبات عكس ما أثبتته خصمه¹.

3- نطاق تطبيق القاعدة

من المقرر شرعاً وقانوناً أن مجال تطبيق القاعدة يختص بمجال الإثبات، وهي القاعدة العامة التي ترجع إليها باقي القواعد المكملة التي تتفرع عنها، كما يتسع نطاق تطبيق القاعدة الفقهية والقانونية ليشمل مختلف الأبواب والمجالات القضائية خاصة في مجال الإثبات المدني والجنائي.

شرح الحديث [35]، ص165، المستثنيات الفقهية من قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وتطبيقاتها القضائية، عبد الرحمان بن محمد الموسوي، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، (السعودية)، (1429هـ/1430هـ) ص42-43.

¹ مقدمة في النظرية العامة للإثبات لمشاعل عبد العزيز الهاجري، بحث علمي خاص، جامعة الكويت، كلية الحقوق (قسم القانون الخاص)، 2004، ص21.

ثانياً: أوجه الاختلاف

تحدد أوجه الاختلاف في النقاط الآتية:

1- من حيث المصدر القاعدة

أصل القاعدة ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»¹، قال ابن دقيق العيد²، تعليقا على القاعدة: وهذا الحديث أصل من أصول الأحكام وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، ويقتضي ألا يحكم لأحد بدعواه³.

2- من حيث اعتبار القرينة القانونية قاعدة للإثبات

في هذه الحالة نص القانون على حجية القرينة القانونية بمعنى أنها تقررت بموجب نص قانوني صريح، إلا أن المقنن يمنح من قامت ضده القرينة أن يثبت عكسها، وهي تقوم على فكرة الراجع الغالب الأمر الذي يستدعي قياسها على وقائع مخالفة على ما حدده المقنن بنص القانون، أما القرائن المعمول بها في التشريع الإسلامي هي القرائن القضائية مكفولة لصالح القاضي الذي يستنبطها بناء على مجريات القضية والواقع.

¹ سبق تخريجه، ص 47.

² ابن دقيق العيد (625 - 702 هـ = 1228 - 1302 م)، محمد بن علي بن وهب بن مطيع، أبو الفتح، تقي الدين القشيري، المعروف كأبيه وجده بابن دقيق العيد: قاض، من أكابر العلماء بالأصول، أصل أبيه من منفلوط (بمصر)، تعلم بدمشق والإسكندرية ثم بالقاهرة، وولي قضاء الديار المصرية سنة 695 هـ، فاستمر إلى أن توفي (بالقاهرة)، له تصانيف منها: (إحكام الأحكام)، و (الإمام بأحاديث الأحكام)، (الإمام في شرح الإمام)، وله (الاقتراح في بيان الاصطلاح) و (تحفة اللبيب في شرح التقريب) و (شرح الأربعين حديثاً للنووي)، (ينظر: الأعلام، 6/282-283).

³ شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية لابن دقيق العيد، ط6، مؤسسة الريان، (1424 هـ/2003 م)، ص 109.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

وعليه يمكن القول إن القانون المدني الجزائري ومن وافقه من قوانين وضعية أخرى قد أخذ في مجال قواعد الإثبات المدني بتوظيف آلية القرائن القانونية، بحيث نجد معظم القوانين المدنية قد نصت عليها بموجب نص قانوني صريح، وهذا الإجراء القانوني في الإثبات لا يتطابق بما هو مقرر في الفقه الإسلامي باعتبار أن القضايا تختلف من حيث الوقائع والحقيقة، الأمر الذي يجعل من تقرير القرائن القانونية في مجال الإثبات وتقييد القاضي بها مشكلة خطيرة في الوصول للعدالة المنصفة بين أطراف الدعوى القضائية أمام هيئة القضاء.

المطلب الثالث: تطبيقات الاستصحاب في الأحكام القضائية - شرعا وقانونا -

جاء المطلب الثالث بيانا لعرض أهم التطبيقات القضائية التي أخذ بها النظام القضائي في الإسلام بقواعد الإثبات المدنية المبنية على أصل الاستصحاب التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا، ثم عرض لأهم القرارات القضائية التي قضى بها الاجتهاد القضائي في نظام القضاء الوضعي تأكيدا على الأخذ بتوظيف قواعد الإثبات المبنية على الاستصحاب، ولتفصيل ذلك؛ تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين اثنين هما:

الفرع الأول: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الإسلامي

الفرع الثاني: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الوضعي

الفرع الأول: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الإسلامي

من تطبيقات قواعد الإثبات المبنية على استصحاب الحال ما ثبت من قضاء النبي صلى الله عليه وسلم في الفصل بين المتنازعين في الحقوق بتقرير إثبات البينة على من ادعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، ومن القضايا التي حكم فيها النبي صلى الله عليه وسلم بين المتخاصمين بإلقاء عبء الإثبات على المدعي، ومما ورد في السنة النبوية من الأقضية في ذلك نستشهد بالقضايا الآتية:

أولا: قضية الحضرمي والكندي

حديث علقمة بن وائل بن حجر، عن أبيه قال: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتِ، وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ، إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنَّ هَذَا قَدْ غَلَبَنِي عَلَى أَرْضِي لِي، كَانَتْ لِأَبِي، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي، أَرْزَعُهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، فَقَالَ النَّبِيُّ لِلْحَضْرَمِيِّ: "أَلْكَ بَيِّنَةٌ؟" قَالَ: لَا، قَالَ: "فَلْكَ يَمِينُهُ؟"، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! إِنَّ الرَّجُلَ فَاجِرٌ لَا يُبَالِي عَلَيَّ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيْءٍ، فَقَالَ: "لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ!"، فَانْطَلَقَ لِيُخْلِفَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ

الفصل الرابع: قضيّة الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شريعة وقانون)

صلى الله عليه وسلم لَمَّا أَدْبَرَ: "أَمَّا لَيْنٌ حَلَفَ عَلَى مَالِهِ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لِيَلْقَيْنَ اللَّهَ وَهُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ" ¹.

فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بإلزام الرجل الحضرمي (المدعي) بإثبات صدق دعواه بالبينة والحجة والبرهان على أن الأرض من حقه، لأنه هو المكلف بتحمل عبء الإثبات ولأنه يدعي خلاف الظاهر أصلاً، أما الرجل الكندي (المدعى عليه) فلا يكلف بإقامة البينة؛ لأن قوله مؤيد بالظاهر استصحاباً لحيازته للملكية الأرض بيده ظاهراً.

ثانياً: قضية الأشعث بن قيس

حديث الأشعث بن قيس قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختمنا إلى رسول الله فقال: «شاهدك أو يمينه»، فقلت: إنه إذا يحلف ولا يبالي! فقال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ هُوَ عَلَيْهِ فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ» ².

وفي هذا تأكيد على ضرورة إلزام المدعي بتقديم البينة، فمن أدلة الإثبات التي يثبت بها الحق شهادة الشهود، فإن عجز المدعي عن تقديم البينة عما يدعيه من حق في جنب المدعى عليه، كان على هذا الأخير حلف اليمين تبرئة لدمته من الحق الذي يدعيه المدعي.

الفرع الثاني: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الوضعي

بعد أن بينا أهم قواعد الإثبات المبنية عن طريق الاستصحاب التي أقرتها جل التشريعات العربية في منظومتها القانونية، وكذا تحديد القاعدة العامة في الإثبات التي تكلف المدعى عليه من تحمل عبء الإثبات المدني في حال وقوع النزاع أمام هيئة القضاء، وهذا ما أكدته مختلف القرارات القضائية الصادرة عن الاجتهاد القضائي في كثير من الدول العربية التي أكدت على ضرورة تطبيق القانون واحترام قواعد

¹ رواه البخاري، كتاب الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض، رقم: (2416-2417)، ص582، ومسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم: (139/223)، ص74.

² رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم: (138/220)، ص73.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شربا وقانون)

العامّة للإثبات عند التقاضي بين أطراف الدعوى المدنية، وعليه سنستعرض لأهم القرارات القضائية التي جاء بها الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص.

أولاً: قرارات المحكمة العليا بالجزائر

من التطبيقات القضائية للمحكمة العليا في الجزائر حيث جاء في قرار لها: «من المقرر قانوناً أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون»¹.

الملاحظ من قرار المحكمة العليا الذي وجهه مباشرة إلى القضاة الموضوع أو الحكم الموكل إليهم في الفصل في الدعوى المدنية بضرورة الالتزام بتطبيق القاعدة العامة في الإثبات المدني التي جاء النص عليها في المادة (323) من ق م، وهي بمثابة تقرير للقاعدة الشرعية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

ثانياً: قرارات محكمة النقض المصرية

من التطبيقات القضائية التي نصت عليها محكمة النقض المصرية في قراراتها المتعلقة بتكليف من يتحمل عب الإثبات في المجال المدني، حيث جاء في أحد قراراتها القضائية على أن: «المدعى هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيد ما يدعيه فيها»².

¹ المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1991، المحكمة العليا بالجزائر: القرار رقم الصادر بتاريخ: 1988/06/22، ملف رقم: 53577، ص 20.

² محكمة النقض المصرية: نقض مدني في الطعن رقم 59 لسنة 36 قضائية - جلسة 1970/4/7 مجموعة المكتب الفني - السنة 21 - ص 581 - فقرة 1. ونقض مدني في الطعن رقم 1 لسنة 39 قضائية - جلسة 1971/11/10 مجموعة المكتب الفني - السنة 22 - ص 891 - فقرة 2.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

وتأكيداً على ذلك جاء في قرار آخر لها ينص على أن: «المدعي هو الملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه، سواء أكان مدعي أصلاً في الدعوى أو مدعي عليه فيها»¹، كما قضت على بيان أهم القواعد الفقهية المبنية على أصل استصحاب الحال التي يرجع إليها في الإثبات المدني بقولها: «الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أو مدعي عليه»، ومؤدى ذلك أن على من يدعي انشغال ذمة شخص بدين والتزام ذلك الشخص بالوفاء بهذا الدين أن يثبت مصدر الالتزام وسببه، وقيام الدين في ذمة المدين»².

وفي قرار قضائي آخر لها: «أن عبء إثبات تخلي المستأجر عن العين المؤجرة سواء بالتنازل عنها لأخر أو بتأجيرها له من الباطن إنما يقع على عاتق مدعيه، وذلك أخذاً بالأصل المقرر بالمادة الأولى من قانون الإثبات من أن على الدائن إثبات الالتزام واستهداء بالمبدأ العام في الشرعية الإسلامية والذي يقضي بأن البينة على من ادعى»³، وفي نصها أيضاً في هذا الصدد: «أنه إذا ادعى المنكر في الدعوى خلاف الظاهر فيها، يقع عليه عبء إثبات ما يخالفه، سواء كان مدعي أصلاً في الدعوى أم مدعي عليه فيها»⁴.

¹ محكمة النقض المصرية: نقض مدني في الطعن رقم 1076 لسنة 57 قضائية - جلسة 1990/5/10 مجموعة المكتب الفني - السنة 41 - ص 118 - فقرة 4. ونقض مدني في الطعن رقم 79 لسنة 55 قضائية - جلسة 1986/6/24 مجموعة المكتب الفني - السنة 37 - ص 734 - فقرة 3.

² محكمة النقض المصرية: الطعن 1422، سنة 72 قضائية، جلسة: 2004/1502.

³ محكمة النقض المصرية: (نقض مدني في الطعن رقم 1361 لسنة 52 قضائية - جلسة 1989/5/28 مجموعة المكتب الفني - السنة 40 - ص 446 - فقرة 2).

⁴ محكمة النقض المصرية: نقض مدني في الطعن رقم 1808 لسنة 50 قضائية - جلسة 1987/6/3 مجموعة المكتب الفني - السنة 38 - ع 2 - ص 759.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شرا و قانون)

وفي هذا تطبيق عملي على بيان القاعدة العامة للإثبات بتكليف المدعي بتحمل عبء الإثبات في حال ادعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً أو عرضاً، على أنه لا يعني أن تمسك المدعى عليه (المنكر) باستصحاب براءة ذمته من عدم تحمل عبء الإثبات، خاصة إذا أثبت المدعي صحة ما يدعيه بالأدلة المشروعة، فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، لأنه يصبح في هذه الحالة (المدعى عليه) مدعي خلاف الثابت فعلاً، أو كأن يكون (المدين) قد أقر فعلاً بثوب أحد العناصر الواقعة المادية في الدعوى، فهنا يكون ملزماً بدفع التخلص من ذلك الالتزام.

ثالثاً: محكمة التمييز الكويتية

من القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الكويتية والتي قضت فيها بضرورة تطبيق ما نص عليها القانون من استصحاب براءة ذمة المدين حيث جاء فيها: «من المقرر قانوناً وفقاً نص المادة الأولى من قانون الإثبات بأنه (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه) وأن الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أم مدعي عليه وأن الالتزام بالمديونية ينقضي بإحدى طرق انقضاء الالتزام ومنها الوفاء؛ وحيث إذا لم يقيم المدين به جاز للدائن مقاضاته لإلزامه على القيام به عينا ما دام طبيعة الالتزام تسمح بذلك بعد إنذاره والتنبيه عليه بالسداد»¹.

وفي قرار آخر لها نصت على أنه: «من المقرر طبقاً للأصول المسلمة في الإثبات هو تحمل الخصم سواء كان مدعياً أو مدعي عليه عبء إقامة الدليل على الواقعة التي يدعيها»².

الملاحظ من خلال القرارين القضائيين لمحكمة التمييز الكويتية أنها جاءت بدورها تنص على العمل بتطبيق جملة من قواعد الاستصحاب المتعلقة بمجال الإثبات المدني والتي نص عليها قانون الإثبات

¹ الطعن رقم 1976/35 تجاري جلسة 1977/11/28.

² الطعن رقم 1992/45 تجاري جلسة 1993/3/14.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرنة والأصول الشخصية (شرحاً وقانوناً)

الكويتي صراحة في المادة الأولى منه، بحيث اعتبرت المحكمة القاعدة العامة في الإثبات المدني وما يتفرع عنها من قواعد مكملتها لها هي من الأصول الشرعية والقانونية التي يجب الأخذ بها وتطبيقها قضائياً عند الفصل في المنازعات بين أطراف الدعوى القضائية، باعتبار أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه من أي حق أو التزام حتى يثبت العكس، وعليه فكل من يدعي خلاف ما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً أو عرضاً فعليه يقع الإثبات، وبذلك يكون القضاء الكويتي سار على نفس جل التشريعات العربية الوضعية في مجال الإثبات المدني وأكد عليه عملياً في قراراته القضائية.

المبحث الثاني

تطبيق الاستصحاب في مسائل الحجة سندر الملكية

المطلب الأول: مفهوم الحجة

المطلب الثاني: متروحة الحجة

المطلب الثالث: شروط الحجة

المطلب الرابع: تطبيقاتها الشرعية والقانونية

المبحث الثاني: تطبيقات الاستصحاب في أحكام الحيابة سند الملكية

يعد مبدأ الحيابة سند الملكية (وضع اليد الظاهر)، من التطبيقات الفقهية والقانونية المبنية على استصحاب الحال، وقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا إلى تنظيم أحكامه في باب وضع اليد الذي يشهد له الظاهر قصد حماية ملكية الانسان، وفي هذا الصدد سارت معظم القوانين المدنية إلى تطبيق مبدأ الحيابة ونظمت أحكامها القانونية، استنادا إلى القول باستصحاب الحال، ولتفصيل أكثر حول أحكام الحيابة شرعا وقانونا، تم تقسيم دراسة هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الحيابة

المطلب الثاني: مشروعية اعتبار الحيابة سببا للتملك

المطلب الثالث: شروط الحيابة

المطلب الرابع: أحكام استصحاب الحيابة - شرعا وقانونا-

المطلب الأول: مفهوم الحيابة

لبيان مفهوم الحيابة وتحديد معانيها، سنحاول بداية التعرف على معنى الحيابة عند أهل اللغة والاستعمالات اللغوية المراد منها في كلام العرب، ثم التطرق بعد ذلك إلى تحديد معنى الحيابة في المفهوم الاصطلاحي عند الفقهاء المسلمين وشراح القانون الوضعي، ثم تحديد العلاقة بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي للحيابة، وعليه تم تقسيم دراسة هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الحيابة في اللغة

الفرع الثاني: الحيابة في الاصطلاح

الفرع الثالث: تحديد العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي

الفرع الأول: الحيابة في اللغة

الحيابة في اللغة ترد بمعان منها¹:

1- الجمع والضم: قال ابن منظور: والحوز الجمع، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال وغير ذلك فقد حازه حوزاً وحيابة وحازه إليه واحتازه إليه».

2- القبض والملك والاستبداد: «حازه ليحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به».

3- الميل والمولاة: قال تعالى: ﴿أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ﴾ {الأفال/16}.

الفرع الثاني: الحيابة في الاصطلاح

أولاً: مفهوم الحيابة في الفقه الإسلامي

من تعريفات الفقهاء للحيابة نذكر منها:

1- تعريف الحيابة عند المالكية: عرفوها بقولهم: «وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف يكون بواحد من أمور مسكن وإسكان وزرع وغرس أو بيع وهدم وبناء وقطع شجر وعتق وكتابة ووطء في رقيق»².

2- تعريف الحيابة عند الحنابلة: قال ابن قدامة في بيان معنى الحيابة: «أن اليد دليل على الملك واستمرارها من غير منازع يقويها، فجرت مجرى الاستفاضة»³، ومن الأمثلة التي ساقها ابن القيم في بيان أمثلة للدعاوى أن يكون رجل حائزاً لدار متصرفاً فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء، والهدم والإجارة، والعمارة وينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه⁴.

¹ لسان العرب، 341/5.

² الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد الدردير، ت: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة (مصر)، 319/4.

³ المغني، 144/14.

⁴ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص77.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربا وقانون)

يفهم من تعريف الحيابة في الفقه الإسلامي معينين اثنين هما¹:

المعنى الأول: يراد بالحيابة بمعناه العام وضع اليد على الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به على سبيل السيطرة الفعلية على المحوز، سواء كان الحائز متصرفا على سبيل التملك أو مأذونا له من مالكة؛ مثل الذي يستأجر عين ما للانتفاع بها، والحيابة بهذا المعنى هو الذي عليه عامة الفقهاء.

المعنى الثاني: يراد بالحيابة بمعناه الخاص وضع اليد قصد التملك (الحيابة سند الملكية)، لأن مقتضى الاستصحاب يدل على استمرار الملك للحائز إلى أن يثبت خلاف ذلك بحجة معتبرة، وهو المعنى الخاص للحيابة الذي اشتهر في اصطلاح المالكية دون غيرهم، أما عند عامة الفقهاء فيطلقون على هذا المعنى بمصطلح وضع اليد الظاهر.

ثانيا: مفهوم الحيابة في القانون الوضعي

جاء تعريف الحيابة في الفقه القانوني على أنها: «واقعة مادية قوامها سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، من شأنها أن تنتج بعض الآثار القانونية»².

والمقصود بالواقعة المادية هي السيطرة الواقعية على الشيء بوضع اليد والتصرف فيه واستعماله وظهوره بمظهر المالك له، وبهذا المعنى القانوني للحيابة، فإنها تقوم على وجود ركنين هما:

1- الركن المادي: (وضع اليد) يتمثل في استمرار سيطرة الحائز على الشيء محل الحيابة بدون انقطاع، كزراعة الأرض الفلاحية واستغلالها، والبناء على الأرض الفضاء، وسكنى الدار والانتفاع بها³.

¹ ينظر: أحكام دعاوى الحيابة في نظام المرافعات الشرعية لفهد بن علي الحسون، رسالة ماجستير، جامعة الإمام فهد بن علي الحسون، المملكة العربية السعودية، (1427هـ-1428هـ)، ص42.

² الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري لبلحاج العربي، دار هومة، (الجزائر)، (2016)، ص374.

³ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص388.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شريعة وقانون)

2- الركن المعنوي: (نية التملك) يتمثل في نية الحائز في تملك الشيء محل الحيازة، أي قصد

أو نية الظهور بمظهر صاحب الحق الشرعي¹.

وعليه فإن الحيازة القانونية تكسب الحائز مركزاً قانونياً بالتمسك باستمرار حيازته استصحاباً لتلك القرينة القانونية المفترضة، ومن يدعي خلاف ذلك وقع عليه الإثبات لأنه يدعي خلاف الظاهر المستصحب، وهو ما نصت عليه المادة (824) من ق م ج صراحة على أنه: «ويفترض حسن النية دائماً، حتى يقوم الدليل على العكس»².

وعليه يمكن القول: أن مفهوم الحيازة قانوناً يتوافق مع معنى الحيازة في الفقه الإسلامي الذي جاء بمعنى وضع اليد بنية التملك (الحيازة سند الملكية).

الفرع الثالث: تحديد العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي

بناء على ما تقدم من معان الحيازة نستخلص، أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية ومن وافقهم من القانونيين قد استعملوا مصطلح الحيازة بناء على أحد المعاني اللغوية التي تدور حول تملك الشيء والسيطرة عليه بشتى الطرق والوسائل، سواء كان عن طريق الجمع أو الضم أو القبض، وحملوها على تعريفاتهم الاصطلاحية لدلالة على مفهوم الحيازة في الاصطلاح الشرعي والقانوني، وعليه فإن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاح لمفهوم الحيازة هي علاقة عموم وخصوص مطلق.

¹ المرجع نفسه، ص 390.

² أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

المطلب الثاني: مشروعية اعتبار الحيابة سببا للتملك

ذهب عامة الفقهاء إلى قول بمشروعية الحيابة في الشريعة الإسلامية، واستدلوا على ذلك بأدلة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، وليبان ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: من الكتاب

الفرع الثاني: من السنة النبوية

الفرع الثالث: الاستصحاب

الفرع الأول: من الكتاب

استدل الفقهاء باستقراء نصوص القرآن الكريم على مشروعية الانتفاع بالأشياء بتملكها عن طريق حيازتها ووضع اليد عليها، تحقيقا لقضاء حوائجهم وتسيير شؤون حياتهم، ومن الآيات التي تدل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾ {الرحمان/10}، أي بمعنى وضعها للخلق ينتفعون بها¹، وقوله تعالى أيضا: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ﴾ {يس/71} أي: مُتَصَرِّفُونَ فِيهَا تَصَرُّفَ الْمَلَائِكِ والتملك لا يكون إلا بوضع اليد عليها وحيازتها والانتفاع بها² وقوله تعالى أيضا: ﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾ {الأنفال/69} والآية تدل في معناها العام على شمول سببية اليد لملك كل المباحات، ومعنى آخر أخص يدل على سببية اليد لملكية أموال

¹ ينظر: تفسير السعدي، ت: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1420هـ/2000م) ص828
محاسن التأويل للقاسمي، ت: محمد باسل عيون السود، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت (لبنان)، 1418هـ، 102/9، تفسير
الآلوسي، ت: علي عبد الباري عطية، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، 1415هـ، 102/14.

² ينظر: محاسن التأويل للقاسمي، 194/8.

العدو المنهزم في المعركة¹، وقوله أيضا: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا وَتَرَى الْفَلَكَ مَوَاجِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلِعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ {النحل/14}، فجاء لفظ الاستخراج في الآية دليل على وضع اليد على المباحات من أجل تملكها والانتفاع بها².

الفرع الثاني: من السنة النبوية

استدل فقهاء المالكية ومن وافقهم على اعتبار الحيابة سندا للملك، وحثهم في ذلك ما ورد من الأحاديث النبوية، من أبرزها:

أ- حديث أسمر بن مضرٍ، قال: أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَايَعْتُهُ، فَقَالَ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ»؛ فَخَرَجَ النَّاسُ يَتَعَادُونَ يَتَخَاطُونَ³.

ب- حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ»⁴.

ت- حديث سمرة بن جندبٍ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعَرِيقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»⁵.

¹ اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها -دراسة مقارنة- لفاضل محمد جواد السهلاوي، دار الزهراء، بيروت (لبنان) ص118.

² ينظر: المرجع نفسه، ص119.

³ رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين، رقم: (3071)، 679/4، وَهُوَ حَدِيثٌ غَرِيبٌ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْبَغَوِيُّ لَا أَعْلَمُ بِهَذَا الْإِسْنَادِ حَدِيثًا غَيْرَهُ، (ينظر: تحفة المحتاج لابن الملقن، ت: اللحياني، طبعة دار حراء، مكة المكرمة)، 294/2).

⁴ رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضا مواتا، رقم: (2335)، ص562.

⁵ رواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج، باب في إحياء الموات، رقم: (3073)، 680/4، والنسائي في سننه، كتاب إحياء الموات رقم: (5727) 324/5، ومالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات، رقم: (26)، 743/2، والترمذي في

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

فدلَّت الأحاديث في جملتها على اعتبار كون وضع اليد على الشيء ليس لأحد فيه حق كان ذلك استصحاباً لملكيتها لها والانتفاع بشيء محل الحيابة.

الفرع الثالث: الاستصحاب

لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت العكس، فمن حاز شيئاً ملكه استصحاباً بسبب حيازته لذلك الشيء المحوز.

الجامع الكبير، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموت، رقم: (1378)، 55/3، وقال: هذا حديث حسن غريب وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُرْسَلًا.

المطلب الثالث: شروط الحيابة

ليكون للحيابة سند شرعي وقانوني مكسب للملكية نص فقهاء المالكية ومن وافقهم من شراح القانون الوضعي على ضرورة توافر جملة من الشروط الأساسية حتى تكون للحيابة أساس شرعي وقانوني تقوم عليه؛ وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الهدوء

الفرع الثاني: الوضوح

الفرع الثالث: الظهور

الفرع الرابع: الاستمرار

الفرع الأول: الهدوء

وحتى يتحقق شرط الهدوء في الحيابة يجب توافر الآتي:

1- عدم الإكراه

عدم الإكراه عنصر ضروري في شرط كسب الحيابة قانون وشرعا ومعنى ذلك ألا تقترن الحيابة بإكراه من جانب الحائز بأي وسيلة من وسائل الإكراه البدني أو المعنوي¹، وهذا ما نصت عليه المادة (808) الفقرة (2) من القانون المدني الجزائري بنصها: «إذا اقتربت الحيابة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التباس عليه أمره إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب»².

¹ ينظر: الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري لبلحاج العربي، ص 394.

² أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

كما استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على أنه: «المنازعة القضائية عدم نفيها بمجرد ما قانوناً صفة الهدوء عن الحيابة المكسبة للملكية. الهدوء كشرط للحيابة. مناطه: عدم اقترانها بالإكراه من الحائر وقت بدئها»¹.

وهذا ما يتوافق مع ما جاء في فقه المالكي حول شروط الحيابة الشرعية المكسبة للملكية حيث جاء في نظم صاحب إحكام الأحكام على تحفة الحكام:

والأجنبي إن يجز أصلاً بحق ... عشر سنين فالتملك استحق².

فقول الناظم: «بحق» احترز به من الحوز بغصب أو تعد، فلا عبرة به³، فكل حيابة قائمة على انتهاك حقوق الآخرين بالاعتداء أو السلب بالقوة أو التحايل على أصحابها فهي حيابة غير شرعية لا اعتبار لها في الشرع.

2- عدم المعارضة

والمقصود بذلك ألا تفتن باعتراض من يدعي ملكية الشيء محل الحيابة أي عدم المنازعة (سكوت المعارض)، وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء، قال أبو زيد القيرواني: «من حاز داراً عن حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعي شيئاً فلا قيام له»⁴.

قال صاحب إحكام الأحكام على تحفة الحكام:

وَأَنْقَطَعَتْ حُجَّةٌ مُدَّعِيهِ ... مَعَ الْحُضُورِ عَنْ خِصَامٍ فِيهِ⁵.

¹ الطعن رقم 7445 لسنة 74 قضائية الصادر بجملة 23/03/2015.

² إحكام الأحكام على تحفة الحكام لمحمد بن يوسف الكافي، ط3، دار الفكر، (1393هـ/1973م)، ص260.

³ الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، لأبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد، ميارة، ت: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، (مصر)، (1432هـ/2011م)، 320/2.

⁴ الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، ت: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيحة، القاهرة (مصر)، ص185.

⁵ إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص260.

الفصل الرابع: تقييد الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

ومعنى ذلك: أنه إذا قام شخص آخر يدعي ملكية ما في يد الحائز وقد كان قبل ذلك حاضراً عالماً بجائزة الحائز (الحوز)، ولا مكره له ولا مانع من الكلام فإن دعوى هذا القائم لا تسمع، ولا يلتفت إليها لبعدها¹، قال مالك: إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له².

الفرع الثاني: الوضوح

أي لا لبس فيها ولا غموض ولا إبهام، وإلا كانت الحيابة معيبة بعيب الغموض، وهو عيب خاص يشوب الحيابة³، وهو ما نصت عليه المادة (808) الفقرة (2) من ق م ج بنصها: «أو التبس عليه أمره إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب»⁴، كالمانع الأدبي الذي يمنع الداعي من المطالبة بحقه (كصلة القرابة بين الطرفين) مما يجعل الحيابة مشوبة بعيب اللبس⁵.

الفرع الثالث: الظهور

والمقصود من شرط الظهور أن تكون الحيابة ظاهرة لعامة الناس من يوم السيطرة على الشيء محل الحيابة والتصرف فيه، خاصة على من يدعي ملكيتها ومنازعة الحائز عليها⁶، حيث قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه: «الخفاء واللبس أو الغموض في الحيابة، المقصود بهما، عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشيء»⁷.

¹ الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، ص 322.

² المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1415هـ/1994)، 4/49.

³ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 394.

⁴ أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

⁵ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 397.

⁶ المرجع نفسه، ص 395.

⁷ الطعن رقم 2582 لسنة 73 قضائية الصادر بجلسة 2013/05/05.

الفصل الرابع: تقييد الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شربا وقانون)

ومن المقرر أيضا في أحكام محكمة النقض المصرية: «أن الحيابة بعنصرها المادي والمعنوي تتوافر لدى الحائز من مجرد وضع يده المادي على العقار؛ وظهوره عليه بمظهر المالك باستعماله فيما يستعمله مالكه، ولو كان ذلك على غير سبب من القانون يسوغ له ذلك أصلاً»¹.

وهذا يتوافق إلى ما ذهب إليه الفقه المالكي في مذهب الإمام مالك قال: «إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له»²، فرؤية المنازع لأعمال الحائز الظاهرة لعامة الناس من بناء وهدم وكراء... الخ دالة على سيطرة الحائز، وهو المقصود بشرط الظهور وعدم التخفي الحائز من حيابة الشيء والتصرف فيه.

الفرع الرابع: الاستمرار

وهذا الشرط هو مناط الاستصحاب في الحيابة المكسب للملكية والمقصود به هو بقاء السيطرة الفعلية على الشيء من وقت حيازتها في الزمن السابق إلى وقت قيامها في الحال والتصرف فيها بنية التملك وعدم انقطاعها، وهو ما نصت عليه المادة (830) من ق م الجزائري بنصها: «إذا ثبت قيام الحيابة في وقت سابق معين وكانت قائمة في الحال فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنيين ما لم يقد دليل على خلاف ذلك»³، وهذه المادة القانونية تعبر على توظيف الاستصحاب في الحيابة، وهو ما يعبر عليه في قواعد الفقه الإسلامي بقولهم: «بقاء ما كان على ما كان»، حيث جاء في حاشية الدسوقي أن فقهاء المالكية اشتراطوا في الحيابة شرط الاستمرارية بقولهم:

¹ الطعن رقم 16960 لسنة 89 قضائية الصادر بجلسة 2020/10/24.

² المدونة الكبرى، 49/4.

³ أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

«أن الإنسان إذا حاز عقاراً مدة طويلة كأربعين سنة أو عشرين»¹، فالمراد بالمدة الطويلة هو استمرار الحائز في تملك الشيء محل الحيازة والتصرف فيه تصرف الملاك، لأن الأصل استصحاب الأملاك².

¹ حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، (عيسى البابي الحلبي)، (مصر)، 196/4.

² الذخيرة، 278/6.

المطلب الرابع: أحكام الاستصحاب في الحيازة الشرعية والقانونية

يعد موضوع الحيازة سند الملكية من التطبيقات الفقهية والقانونية التي بنيت أغلب مسائله على دليل استصحاب الحال، بحيث بحث فقهاء الشريعة الإسلامية أحكامها بأكثر دقة وتفصيل خاصة في الفقه المالكي، الأمر الذي دفع كثير من القوانين العربية بما فيه القانون الجزائري إلى الاستناد إلى ما ذهب إليه الفقه المالكي في كثير من قوانينها المدنية، ولتفصيل ذلك، تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: استصحاب وضع اليد الظاهر في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: استصحاب الحيازة في الأحكام القانونية والقرارات القضائية

الفرع الثالث: الأحكام القانونية لاستصحاب حيازة المنقولات والثمار

الفرع الأول: استصحاب وضع اليد الظاهر في الفقه الإسلامي

أولاً: تقديم بينة واضع اليد (الداخل) على بينة المدعي (الخارج)

من التطبيقات التي ذكرها الفقهاء في باب الحيازة، في حالة إذا ما أقام كل من الحائز (واضع اليد) والمدعي (الخارج) البينة في دعوى الدار، ففي هذه الحالة ذهب (الشافعية) إلى ترجيح بينة الحائز (واضع اليد) ودليلهم في ذلك مبني على استصحاب الحال، لأنهم قالوا: لأنهما لما أقاما البينة فقد استويا في الحجة فاحتجنا إلى الترجيح، والترجيح في جانب ذي اليد؛ لأنه ترجح حجته، بكون الدار في يده فقبول بينة ذي اليد أولى (المدعى عليه) من بينة الخارج (المدعي)¹.

¹ ينظر: رؤوس المسائل «المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية» للزمخشري، ت: عبد الله نذير أحمد، رسالة ماجستير للمحقق، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة (السعودية)، ط1 دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1407هـ/1987م)، ص534-535.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدونة والأموال الشخصية (شريعة وقانون)

ومن تطبيقاتها أيضا في هذا الباب إن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة، فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينة كاذبة، والدابة لمن هي في يده¹.

ولو أن دابة في يد رجل (الحائز) أقام آخر (الخارج) بينة أنها دابته أجزها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إيها، وذو اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يُقضى بها لذي اليد لأنه يدعي ملك التتاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة والتتاج أسبق منهما فيقضى لذي اليد².

ثانيا: الحيابة بالشهادة

من تطبيقات الحيابة سند الملكية في الفقه الإسلامي أن تتعضد الحيابة بشهادة الشهود على حيابتها من واضع اليد لها ومن تطبيقاتها في هذا الباب ما جاء في كتاب المدونة: إذا شهد الشهود لرجل بحيابة دار مدة عشر سنين، يتصرف فيها تصرف المالك في داره من كراء وبناء وهدم، ثم ادعى رجل آخر بتقديم البينة أن الدار له، ففي هذه الحالة، قال مالك: إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكرى فلا حجة له، وإن كان غائبا سئل واضع اليد فإن أتى ببينة، فأراها له³.

ومن تطبيقاتها أيضا، في رجل يعرض سلعة للبيع وشهد عامة الناس على ذلك، حتى جاء آخر وانتزعها منه على أن السلعة ملكه، قال أبو محمد: والقضاء أن اليد دليل الملك، قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ {النساء/3}، فيقضى لصاحب اليد على أن السلعة ملكه، إلا أن تأتي البينة بغير ذلك⁴.

ثالثا: الحيابة بالإقرار

¹ المغني، 320/14.

² البحر الرائق لابن نجيم، ط2، دار الكتاب الإسلامي، 244/7.

³ ينظر: المدونة، 49/4.

⁴ ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لعبد الله بن أبي زيد، ت: محمد عبد العزيز الدباغ، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، 1999، 5/9.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدونة واللامدونة (التخصيصية) شرعا وقانونا

من تطبيقات الحيازة سند الملكية أن تثبت عن طريق الإقرار والاعتراف مع عدم المنازعة في الشيء المحوز، وذكروا في المسألة إذا ما سأل جماعة من الشركاء القاضي على قسمة عقارٍ، لم يثبت عنده أنه ملك لهم، لم يجب عليه قسّمه بينهم؛ لعدم ثبوت الملك لهم فيه (بل يجوز) له قسّمه بإقرارهم وتراضيهم؛ لأن اليد دليل الملك؛ وإن لم يثبت بها الملك ولا منازع لهم في الظاهر¹.

رابعا: الحيازة في المنقولات

من تطبيقات الحيازة في المنقولات ما جاء في ذكره في كتاب المدونة عند المالكية: إذا حاز رجل منقول مثل: الحيوان أو الثياب أو العروض، ثم ادعى آخر (الخارج) أنه لا حق له فيها، لأن هذا قد حازها دونه فالقول عند المالكية أنه يقضى بها لصاحب اليد بالملك، إذا كانت الثياب تلبس وتمتهن والدواب تكرى وتركب².

بناء على ما تقدم من تطبيقات الحيازة سند الملكية في الفقه الإسلامي نستخلص النتائج الفقهية الآتية:

- 1- الاستصحاب دليل تترجح به بينة واضح اليد (الداخل) على بينة المدعي (الخارج).
- 2- الحيازة سند الملكية تقع على العقارات والمنقولات معا.
- 3- الحيازة سند الملكية تتعضد بطريق الشهادة والإقرار.

الفرع الثاني: استصحاب الحيازة في الأحكام القانونية والقرارات القضائية

أولا: النصوص القانونية

بالنظر إلى نصوص القوانين المدنية المختلفة نجد أن معظم القوانين المدنية العربية أقرت صراحة على توظيف العمل بمقتضى قاعدة الاستصحاب في اكتساب الملكية عن طريق الحيازة وفق الشروط

¹ كشف القناع للبهوتي، ط1، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، (1421هـ - 1429هـ) = (2000م - 2008م) 211/15.

² ينظر: المدونة، 4/49.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأصول الشخصية (شربع وقانون)

القانونية المنصوص عليها في كل قانون، وتأكيدا على ذلك نظم قانون المدني الجزائري أحكام الحيازة في الفصل الثاني المتضمن طرق اكتساب الملكية؛ حيث جاء في القسم السادس منه متضمن لأحكام الحيازة من المواد (808 إلى 843) من القانون المدني، حيث جاء في نص المادة (823) منه على أن: «الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك»، ونصت المادة (827) من نفس القانون على أنه: «من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع»، فبناءً على استقراء هذين النصين القانونيين يكون القانون الجزائري قد عمل على تكييف أحكام الحيازة استنادا على استصحاب الحال إذ تعد الحيازة القانونية قرينة على الملكية ما لم يثبت خلاف ذلك بحجة معتبرة تنقل ملكية الحق من الحائز إلى مدعي ملكية الحق محل الحيازة، كما استصحب القانون في الحائز على الحق حسن النية في تملك ما لم يقوم دليل يثبت عكس ذلك على أن الحائز قد حاز الحق بالاعتداء على حق الغير وهو ما نصت عليه المادة (824) ف(3) على أنه: «ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس»، وتأكيدا على استصحاب حسن النية في الحائز نصت المادة (825) على أنه: «لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على الغير»، وجاء في نص المادة (826) من نفس القانون على أنه: «تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يتم دليل على خلاف ذلك».

أما في القوانين العربية الأخرى التي وافقت ما جاءت به أحكام القانون المدني الجزائري ما جاء في نص المادة (636) ف(1) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (1984) على أنه: «إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، كان ذلك قرينة على قيامها في المدة ما بين الزميين، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك»، كما نصت المادة (964) من القانون المدني

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربما وقانون)

المصري لسنة (1948) على أنه: «من كان حائز للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس».

وخلاصة القول: أن استصحاب إثبات الملكية بالحيازة في القانون الجزائري وغيره من القوانين المدنية الموافقة له قائم على قرينتين¹:

1- إن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية إلى أن يقوم الدليل على العكس.

2- إن الحيازة القانونية قرينة قاطعة على الملكية إلى أن يثبت العكس.

ثانيا: القرارات القضائية

1- المحكمة العليا بالجزائر

من التطبيقات الجارية في الاجتهاد القضائي ما قضت به المحكمة العليا وذلك استنادا لها على استصحاب الحيازة كسب للملكية وهو ما ورد في حكم القضية رقم: (104967) الصادر بتاريخ 1993/11/10، حيث جاء في نص القرار القضائي: «من المقرر قانونا أنه من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ذلك ملكا إن استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع، ولما كان ثابتا من قضية الحال أن القطعة محل النزاع هي أرض عروشية تقع تحت حيازة الطاعن منذ عشرين سنة وباعتراف المطعون ضدها نفسها التي بررت ذلك بالإعارة، فالطاعن هو أحق باكتساب هذه الحيازة دون غيره، ومتى أيد القرار المطعون فيه الحكم القاضي على الطاعن برفع اليد عن القطعة الترابية المتنازع عليها ودفع التعويض، فإنه جاء مخالفا للقانون ويستوجب نقضه»².

¹ الحيازة وأثرها في كسب الملكية العقارية بالتقادم في القانون الجزائري لفراجي كوثر، مجلة القانون العقاري والبيئة، م (6)، ع (1) جانفي (2018)، ص100، نقلا عن محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها) أسباب كسب الملكية، ص468.

² ملف رقم 104967 قرار صادر في 1993/11/10. الغرفة المدنية. المجلة القضائية سنة 1994 عدد 1 ص 43.

الفصل الرابع: تطبيق الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

يستخلص من القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا أنه يمكن تملك حق عيني سواء كان منقولاً أو عقاراً عن طريق استصحاب حيازته لمدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع، حتى ولو لم يكن هذا الحائز مالكا له من قبل، وهذا القرار القضائي يتوافق ومضمون المادة (827) من القانون المدني الجزائري.

من التطبيقات التي قضت بها المحكمة العليا أيضاً عن طريق استصحاب الحيازة سبباً للملكية ما ورد في حكم القضية رقم: (40187) الصادر بتاريخ: 1987/07/01 «من المقرر قانوناً أن كسب الحقوق العينية المنقولة أو غير المنقولة بالتقادم وفق أجله الطويل أو القصير، تتم إذا كانت الحيازة هادئة مستمرة بعنصرها المادي والمعنوي وغير غامضة وخالية من العيوب مستندة إلى سبب صحيح، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تطبيقاً خاطئاً للقانون، لما كان قضاء الاستئناف في قضية الحال أيدوا الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى التقادم المكسب دون أن يتأكدوا من شروطه، أو يحددوا مدته الطويلة أو القصيرة، وأغفلوا بيان الفعل الحقيقي للحيازة بالإضافة إلى عدم وصفهم للتقادم الذي اعتمدوه، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

يستخلص من القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا أن التقادم يكون سبباً لكسب الملكية سواء كان طويل الأجل أو قصير، وذلك عن طريق مقتضى استصحاب الحيازة التي يكون فيها الحائز واضعاً يده على الحقوق العينية المنقولة أو غير المنقولة بنص المادتين (827-828) من القانون المدني الجزائري، بشرط أن يكون هذا التقادم المكسب تتوفر فيه أركان وشروط الحيازة القانونية، وعليه كل حكم قضائي يخالف نص القرار القضائي يكون مخالفاً لتطبيق القانون وعليه يكون قابلاً للنقض وهو ما طبقته المحكمة العليا في قرارها في القضية رقم 40187 قرار صادر في 1987/07/01.

¹ ملف رقم 40187، قرار في 1 يوليو 1987، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 4، ص 20.

2- محكمة النقض المصرية

قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها: «الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسب لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية التملك والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها»¹.

يفهم من القرار القضائي التي نصت عليه محكمة النقض المصرية على أن استصحاب الحيازة القانونية للأموال يشترط فيه الشروط الآتية:

- أ- النسبة المال للحائز: أي أن ينسب الحائز للمال لنفسه.
- ب- حيازة المال بنية التملك: أي أن حيازته للمال من طرف الحائز أن يكون بنية تملكه، لا مجرد الانتفاع به لمدة قصيرة ثم يتخلى عن ذلك المال الذي في حيازته.
- ت- تصرف الحائز في المال: وهي تلك التصرفات المادية التي يقوم بها الحائز للمال والتي تظهر للناس من بيع وشراء وكراء... الخ.

وتبعاً لنص القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض المصرية السالف الذكر على أنه: «غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك، لا ناقلاً له، إما لكونه غير مملوك أصلاً لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولي منتوياً التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه، فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لا يكفي وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه».

¹ محكمة النقض المصرية: القضية رقم 4 سنة 9 القضائية، جلسة 11 مايو سنة 1939، نقلاً عن (المرجع: موسوعة الدفوع المدنية في ضوء القضاء والفقه).

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربا وقانون)

يفهم من ذلك أن القضاء المصري فرق بين نوعي من أسباب التملك والتي إما تكون عن طريق الحيازة كما في الجزء الأول من القرار القضائي، أو عن طريق الاستيلاء كما هو مبين في الجزء الثاني من القرار القضائي، حيث نص على أن المال إذا كان عن طريق الاستيلاء، سواء كانت من قبيل الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك أو سبق ملكيتها مثل أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تحمل تركتهم، ففي هذه الحالة اشترط القضاء المصري لاستصحاب ملكيتها لوضع اليد أن يكون قد أجرى عليها أعماله المادية المستمرة كزراعة الأرض واستغلالها، أو السكنى الدار والانتفاع بها من بناء وهدم... الخ، دون انقطاع عن الاتصال بالشيء المحوز لديه، كدليل على توفر نية التملك عليه وسيطرته الفعلية المادية على ذلك الملك.

أما الجزء الثالث من القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض المصرية فجاء النص فيه على أنه: «وأما الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكةا بسند معتبر قانوناً، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها؛ والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل، ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما ما دام لم يعترضه من يعكرها عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التي تستوجب مرورها يد المعترض حماية القانون».

يفهم في تنمة هذا القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض المصرية على أن حيازة الأموال التي تنتقل من مالكةا الأصلي إلى الحائز (المتلقي) والتي تكون عن طريق سند صحيح معتبر قانوناً تنقل الملكية من المالك لصالح الحائز (المتلقي) بمجرد أن يصبح الحائز متصرفاً فيها منتفعاً منها، دون مانع يمنع من التصرف أو الانتفاع بها حتى ولو لم يتم التسليم فعلاً، استصحاباً لانتقال ملكيتها، لأن القاعدة الشرعية تنص على أن الأصل بقاء الملك على مالكة حتى يحصل الناقل الشرعي (بالسند الصحيح).

الفرع الثالث: الأحكام القانونية لاستصحاب حيازة المنقولات والثمار

أولاً: استصحاب تملك المنقول بطريق الحيازة

1- في القانون المدني الجزائري

نصت المادة (835) ف (1) من ق.م.ج، على أنه: «من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول، أو سند لحامله، فإنه يصبح مالكا له، إذا كان حسن النية وقت حيازته»، وأشارت في فقرتها الثانية إلى أنه: «إذا كان حسن النية والسند صحيح قد توافر لدى الحائز، في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية».

ومقتضى هذه المادة: أنه لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً، أو حقاً عينياً على منقول؛ وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح، وكان حسن النية وقت حيازته، فإنه تقوم الحيازة في المنقول بذاتها¹، لأن الأصل استصحاب الأملاك؛ كما أن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها استصحاباً للحال الظاهر ما لم يثبت العكس، وهو المذهب الذي أخذ به القانون المدني الجزائري في استصحاب تملك المنقول بطريق الحيازة، كسبب من أسباب كسب الملكية، وتأكيداً على ذلك جاء في اجتهاد المحكمة العليا على أنه: «من المقرر قانوناً أن كسب الحقوق العينية المنقولة أو غير المنقولة بالتقادم وفق أجله الطويل أو القصير، تتم إذا كانت الحيازة هادئة مستمرة بعنصرها المادي والمعنوي وغير غامضة وخالية من العيوب مستندة إلى سبب صحيح»².

¹ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 434-435.

² ملف رقم: (40187) قرار صادر بتاريخ: 1 يوليو 1987، الغرفة المدنية (المجلة القضائية) سنة 1990، عدد (4)، ص 20.

2- شروط تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني الجزائري

باستقراء نصوص القانون المدني الجزائري؛ يتضح لنا قيام تملك المنقول بالحيازة على مدى توافر الشروط التي نصت عليها أحكام المادتين (835) و(836) من ق م الجزائري وهي:

أ- أن تكون الحيازة واقعة على وجود منقول مادي

باستقراء نص المادة (835) من ق. م الجزائري يتبين أن من شروط تملك المنقول بالحيازة أن ينحصر في المنقولات المادية التي يجوز حيازتها ويمكن تداولها من يد إلى يد أخرى دون الحاجة إلى اتباع إجراءات أو شكلية خاصة، «أو حقا عينيا على منقول قابل للحيازة»، مثل: رهن حيازة أو في السندات لحاملها لأن الحق الذي يعبر عنه يندمج في السند نفسه ويتداول معه كأنه منقول ذا قيمة مالية¹.

ومن الاستثناءات التي ترد على القاعدة أنها لا تنطبق على المنقولات المعنوية: كالملكية الفكرية والأدبية وغيرها، وكذلك لا تنطبق على المنقولات المادية التي يشترط القانون لنقل ملكيتها إجراءات خاصة، كإجراءات التسجيل لدى المصالح المختصة: كالسيارات والطائرات والسفن وغيرها².

ب- أن تكون الحيازة قانونية

أي بتوافر عنصرها المادي والمعنوي كما تم بيانه.

ت- أن تقترن الحيازة بحسن النية

خلو قصد الحائز من نية الاعتداء على حق الغير بأي طريق من طرق الاعتداء كالسرقة أو الاغتصاب أو الاكراه البدني أو المعنوي، منذ بداية حيازته للمنقول، وحسن النية في الحائز أصل

¹ الأساس القانوني لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وشروط تطبيقها، مقال منشور بموقع محاماة، بتاريخ: 2018/02/07

الرابط: <https://www.mohamah.net>

² الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 439.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرئنة والأموال الشخصية (شرا وقانون)

مستصحب في القانون المدني الجزائري؛ وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة (824):

«ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس».

ث- أن تكون حيازة المنقول واقعة على سبب صحيح

والسبب الصحيح قانونا هو الذي يقوم على سند أو حادث بمعنى تصرف قانوني يكون ناقلا للملكية (كالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوفاء بمقابل أو رسو مزاد المنقول المحجوز عليه أو التصرف المعلق على شرط واقف أو فاسخ...)، وكالإرث أو الوصية بمنقول معين بالذات؛ فبمجرد الحيازة يفترض معها حسن النية والسبب الصحيح كشرط أساسي لاستصحاب ملكية المنقول، حتى يقوم الدليل على إثبات عكس ذلك¹، وهو ما جاء في مضمون المادة 835 من ق م الجزائري بنصها على أنه: «من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته».

أما في الفقرة الثانية من نفس المادة (835) فقد أنشأ المقتن الجزائري قرينة قانونية تدل على استصحاب ملكية المنقول بطريق الحيازة التي تدل بدورها على وجود السبب الصحيح وحسن النية استصحابا، ما لم يتم دليل على إثبات العكس؛ حيث جاء في نص الفقرة: «والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يتم دليل على خلاف ذلك».

ثانيا: استصحاب تملك الثمار بطريق الحيازة

1- المقصود بالثمار في القوانين المدنية

يقصد بالثمار عند فقهاء القانون المدني هو «كل ما يغله الشيء بصفة دورية ودون المساس

بجوهره»².

¹ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص 439.

² الحيازة والملكية في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية لحسين علي محمد سعيد، (بحث خاص)، ص 303.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شربحا وقانون)

بناء على ما في تعريف فقهاء القانون للثمار فقد قيده بشرطين أساسين هما:

- أ- أن تكون الثمار بصفة دورية: أي أن تكون بصفة متجددة ومنتظمة.
- ب- عدم المساس بجوهر الثمار: أي عدم حصول نقصان في مادة الشيء.

2- أنواع الثمار

نص القانون المدني الجزائري ومن وافقه إلى تقسيم الثمار إلى ثلاثة أنواع وهي¹:

- أ- **الثمار الطبيعية**: هي الثمار التي يغلبها الشيء طبيعيا دون تدخل من جانب الإنسان مثل نتاج الحيوان وصوف الأغنام، وكلاً المراعي الطبيعية.
- ب- **الثمار الصناعية**: وهي التي تنتج بتدخل من عمل الإنسان؛ مثل محاصيل الحقول، وكلاً المراعي الصناعية، والحدائق والكروم.
- ت- **الثمار المدنية**: وهي الدخل الدوري الذي يقوم الغير بالوفاء به نظير انتفاعه بالشيء كإيجار المباني والأراضي الزراعية، وفوائد رؤوس الأموال.

3- تملك الثمار بالحيازة

نصت المادة (837) من ق م الجزائري على أنه: «يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية»، والملاحظ أن القانون الجزائري استصحب ملكية الثمار للحائز عند قبضها مباشرة بشرط أن يكون حسن النية، أما بمفهوم المخالفة إذا كان الحائز سيء النية عند قبض الثمار فلا ينفعه التمسك باستصحاب ملكية الثمار، وذلك إما بالمنازعة من الغير على ملكية الثمار أو ملكية الشيء الذي يغلب هذه الثمار قبل القبض أو بطريق الاعتداء على حق الغير أو بأي طريق آخر ثبت فيه أن الحائز كان سيء النية عند قبض الثمار أو قبلها.

¹ الحيازة والملكية في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، ص 303.

الفصل الرابع: قبضات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرا وقانون)

غير أنه في الفقرة (1) من نفس المادة السابقة فإن القانون المدني الجزائري نص على التفريق بين نوعي الثمار عند تاريخ قبضها من طرف الحائز، فاعتبر أن الثمار الطبيعية أو الصناعية تكون مقبوضة من يوم فصلها؛ أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم.

كما نصت المادة (838) من نفس القانون على أن الحائز سيء النية يتحمل مسؤولية جميع الثمار التي قبضها أو تلك التي قصر في قبضها اعتباراً من التاريخ الذي أصبح فيه هذا الحائز سيء النية ويترتب على ذلك رد جميع الثمار التي قبضها أو قيمتها إذا كان قد استهلكها إلى المالك القانوني لتلك الثمار المقبوضة¹، أو تعويض المالك القانوني في الثمار المتلفة التي حصل فيها تقصير في قبضها وكان الحائز سيء النية سبباً في تلفها.

وبالمقابل على المالك القانوني أن يرد للحائز سيء النية جميع النفقات والمصروفات النافعة اللازمة التي تحملها، أما في حال أن كانت تلك المصروفات ثانوية، فليس للحائز سيء النية أن يطلب بشيء منها²، وبهذا يكون القانون المدني الجزائري قد أخذ بموقف الفقه الإسلامي على وجوب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها استناداً لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»³، وقوله أيضاً: «لَا يَأْخُذَنَّ

¹ الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ص422.

² المرجع نفسه، ص422.

³ رواه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، رقم: (3561)، 414/5، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم: (1266)، 544/2، وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب العارية، رقم: (2400) 802/2، والدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب في العارية مؤداة، رقم: (2638)، 1691/3، وأحمد في مسنده، رقم: (20086)، 277/33، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه، (ينظر: المستدرک للحاكم، 55/2).

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا، فَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرْدِّهَا إِلَيْهِ»¹، وترد العين المغصوبة إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن².

قال الكاساني: الأصل أن المالك يصير مسترداً للمغصوب بإثبات يده عليه؛ لأنه صار الشيء مغصوباً بتفويت يده عنه، فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده، وزالت يد الغاصب عنه، إلا أن يغصبه مرة أخرى، ويبرأ الغاصب من الضمان بالرد، سواء علم المالك بحدوث الرد أم لم يعلم؛ لأن إثبات اليد على الشيء أمر حسي، لا يختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه³.

¹ رواه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، رقم: (5003)، 351/7، والترمذي في سننه، كتاب الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً، رقم: (2160)، 35/4، وقال: حديث حسن غريب.

² الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 800/6.

³ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1424هـ/2003م)، 32/10.

المبحث الثالث

تطبيقاً للاستصحاب في مسائل النكاح

المطلب الأول: أثر الاستصحاب في أحكام الصداق

المطلب الثاني: أثر الاستصحاب في أحكام المنازعة في مباح البس

المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في أحكام النسب والتبني

المبحث الثالث: تطبيقات الاستصحاب في مسائل النكاح

من تطبيقات الاستصحاب في نصوص قانون الأسرة الجزائري ما تناوله المقنن الجزائري في الكتاب الأول من هذا القانون الذي جاء بعنوان الزواج والحلاله، بحيث عالج في الباب الأول منه عدة مسائل متعلقة بالزواج وما ترتب عنه من مسائل فرعية مرتبطة بالصدّاق وكيف عالج المقنن الجزائري مسألة التنازع في الصّدّاق بين الزوجين سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعد الدخول؟ وما يترتب أيضا على مسألة التنازع في متاع البيت، ومسألة النسب والتبني، ولتفصيل ذلك، تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: أثر الاستصحاب في أحكام الصّدّاق

المطلب الثاني: أثر الاستصحاب في أحكام المنازعة في متاع البيت

المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في أحكام النسب والتبني

المطلب الأول: أثر الاستصحاب في أحكام الصّدّاق

نظم المقنن الجزائري المسائل المتعلقة بالصدّاق وما ترتب عليه من أحكام قانونية في الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري تحت الفصل الأول منه الذي جاء بعنوان الخطبة والزواج، وبناء على ذلك سنتطرق إلى أهم المسائل التي أخذ بها قانون الأسرة بتوظيف الاستصحاب في أحكامه القانونية باعتبار أن قانون الأسرة أحد أهم القوانين المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وعليه سنركز في دراسة هذا المطلب على المسائل التي جاءت أحكامها تستند على القول باستصحاب الحال، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الصّدّاق

الفرع الثاني: الأصل في الصّدّاق

الفرع الثالث: التنازع في الصّدّاق

الفرع الأول: مفهوم الصداق

أولاً: الصداق في اللغة

قال ابن منظور: الصَّدُقة والصَّدُقة بالضم وتسكين الدال والصدقة والصداق مهر المرأة، وقد أصدق المرأة حين تزوجها أي جعل لها صداقاً¹.

ثانياً: مفهوم الصداق عند الفقهاء

عرف فقهاء الشريعة الصداق بتعريفات منها:

1- تعريف الصداق عند المالكية

عرف بعض المالكية الصداق بأنه: «هو اسم للمال الواجب للمرأة على الزوج بالنكاح أو الوطاء الحلال»².

يفهم من التعريف أن المالكية قيدوا الصداق بكونه مطلق المال سواء كان نقداً أو تملك منفعة وهو الذي يقدم للمرأة المراد عقد النكاح عليها شرعاً.

2- تعريف الصداق عند الشافعية

عرف فقهاء الشافعية الصداق بأنه: «العوض المستحق في عقد النكاح»³.

يفهم من التعريف الذي ذكره الشافعية أن الصداق هو العوض دون تقييده بمال أو غيره كما ذكر ذلك المالكية، ولكن اتفقوا على أنه ما يستحق للمرأة المراد عقد النكاح عليها شرعاً.

¹ لسان العرب، 197/10.

² التلقين في الفقه المالكي لعبد الوهاب البغدادي، محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض مكة المكرمة (السعودية)، 287/1.

³ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1414هـ-1994م)، 393/9.

3- تعريف الصداق عند الحنابلة

ذكر فقهاء الحنابلة في تعريف الصداق بأنه: «هو العوض في النكاح ونحوه، سواء سُمِّي في العقد، أو فرض بعده»¹.

يُفهم من تعريف فقهاء الحنابلة من تعريفاتهم التي ذكروها لمعنى الصداق عندهم أنه يقصد به العوض دون تقييده بمال أو غيره إلا أنهم اشترطوا فيه أن يكون مسمى في عقد النكاح سواء أثناء العقد (مجلس العقد)؛ أو بعده، مع شرط تراضي المتعاقدين (الزوجين)؛ لأنَّ الأصل في العقود أن تكون مبنية على تراضي الطرفين.

4- تعريف الصداق عند الحنفية

جاء في تعريفه بأنه: «اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالنسبة أو بالعقد»².

يفهم من تعريف الصداق عند فقهاء الحنفية على أنه اسم للمال مطلقا وبذلك يتفقون مع ما ذكره المالكية في تعريف الصداق، ويكون واجبا للمرأة المراد عقد النكاح عليها مع شرط تسميته كما ذكر غيرهم من الشافعية والحنابلة، كما جعلوا من الصداق مقابلا بمنفعة الاستمتاع البضع.

ثالثا: مفهوم الصداق في قانون الأسرة الجزائري

عرفه مقنن الأسرة الجزائري طبقا للمادة 14 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

¹ كشف القناع للبهوتي، ط1، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، (1421هـ - 1429هـ) = (2000م - 2008م) 128/5، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ت، عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1421هـ-2000م) 233/5، مطالب أولي النهى للرحيبي، ط2، المكتب الإسلامي، (1415هـ/1994م)، 173/5.
² رد المختار، 230/4.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرعا وقانونا)

يفهم من التعريف الذي أخذ به مقنن الأسرة الجزائري على أن الصداق هو مطلق العوض الذي يدفع للمرأة المراد عقد النكاح عليها سواء كان مالا أو غيره إلا أنه اشترط أن يكون من المباحات الشرعية وإلا كان باطلا، كما جعل من الصداق ملكا للزوجة لها حرية التصرف فيه بمطلق إرادتها الحرة.

الفرع الثاني: الأصل في الصداق

نصت المادة (14) من قانون الأسرة الجزائري على أن الأصل في الصداق أن يكون من المباح شرعا، فإن كان المهر من المحرمات الشرعية كان باطلا، وهو الأصل الذي تمسك به قانون الأسرة الجزائري استصحابا لما هو مقرر شرعا، كما نص في نفس المادة على استصحاب ملكية الصداق للزوجة لها حرية التصرف فيه، سواء احتفظت به أو استهلكته، وهذا ما جاء في مضمون المادة (14 ق. أ) بنصها: «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

هذا الموقف الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري يتوافق تماما مع موقف الشريعة الإسلامية في اعتبار كون الصداق أن يكون من المباحات الشرعية، وأن الأصل في الصداق هو ملكيته للزوجة وحرية

التصرف فيه، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ بِسِتْدَالِ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ

قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مِثْلُنَا﴾ {النساء/20}، وهذا دليل على

أن ما يقدم للمرأة المراد نكاحها من مال وما شابه، فالأصل فيه أنه ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء وهو ما تمسك به قانون الأسرة الجزائري استصحابا لما نص عليه الشرع.

الفرع الثالث: التنازع في الصداق

أولا: النزاع في الصداق قبل الدخول

إذا تنازع الزوجان في مقدار المهر قبل الدخول، فالقول قول الزوجة مع اليمين، استصحابا لأن الأصل براءة الذمة، لأن الأصل المستصحب أن الزوجة تستحق الصداق قبل الدخول وهذا ما ذهب

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

إليه المقنن الجزائري في المادة (17) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين» وتدعيماً لذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18/06/1991 تحت رقم: (73515) الذي نص على أنه: «من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين».

ثانياً: النزاع في الصداق بعد الدخول

أما إذا تنازع الزوجان في مقدار المهر بعد الدخول، فالقول قول الزوج مع اليمين، استصحاباً لأن الأصل براءة ذمته، لأن الأصل المستصحب في هذه الحال أن زوجة قبضت الصداق قبل الدخول ويشهد لذلك استصحاب العرف في الغالب، وهذا ما نصت عليه المادة (17) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين»، وبناء على هذا النص القانوني استصحب الاجتهاد القضائي في نفس القرار السابق للمحكمة العليا المؤرخ في 18/06/1991 تحت رقم: (73515) الذي نص على أنه: «من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون»¹.

وجاء في قرار آخر لها: «من المقرر شرعاً وقانوناً في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع يمينها، وإذا كان

¹ المجلة القضائية، ع4، الصادرة سنة 1992، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 73515، الصادر بتاريخ: 18/06/1991، ص69.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية والقانونية»¹.

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي

وهذا الاتجاه الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في مسألة النزاع في الصداق قبل الدخول وبعده مبني على أصل استصحاب الحال، لأن قبل الدخول بالزوجة يستصحب براءة ذمتها من قبض الصداق أما إذا وقع النزاع في الصداق بعد البناء فالقول للزوج، لأن الأصل أن الصداق يقدم قبل الدخول بالزوجة وفي هذه الحال يستصحب براءة ذمة الزوج وهو مذهب المالكية²، والحنفية³.

¹ المجلة القضائية، ع4، الصادرة سنة 1990، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 54198، الصادر بتاريخ: 1989/06/05، ص80.

² ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ت: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان)، (1424هـ-2013م)، ص353.

³ ينظر: حاشية ابن عابدين، 126/2.

المطلب الثاني: أثر الاستصحاب في أحكام المنازعة في متاع البيت

مسألة النزاع في متاع البيت من أكثر المسائل التي يشتد حولها الخلاف ونجد قضاياها مطروحة بكثرة أمام هيئة القضاء، الأمر الذي دفع بالمقنن إلى معالجة هذه المسألة في نص المادة (73) من قانون الأسرة الجزائري، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه الفقه الإسلامي في ذلك ومعالجة المسألة استناداً على أصل استصحاب الحال، وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم متاع البيت

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من النزاع في متاع البيت

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من النزاع في المتاع البيت

الفرع الأول: المراد بمتاع البيت

أولاً: معنى المتاع في اللغة

المتاع هو كل ما يتمتع به كالطعام والبرّ وأثاث البيت وأصل (المتاع) ما يُتَبَلَّغُ به من الزاد وهو اسم من (مَتَعْتُهُ) بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع (أمتعة) و(مُتَعَةٌ) الطلاق من ذلك و(متعت) المطلقة بكذا إذا أعطيتها إياه لأنها تنتفع به¹.

قال ابن منظور: قال الزهري: المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود به، والفناء يأتي عليه في الدنيا، وقال ابن المظفر: المتاع من أمتعة البيت: ما يستمتع به الإنسان في حوائجه وكذلك كل شيء².

¹ المصباح المنير، ص 562.

² لسان العرب، 8/329-332.

ثانيا: معنى متاع البيت في الاصطلاح الفقهي

عرف بعض الفقهاء والباحثين في الفقه الإسلامي مصطلح متاع البيت بتعريفات تكاد تتفق في مجملها من أبرزها:

1- متاع البيت هو: «ما يحتاج إليه الزوجان عند زفاف الزوجة إلى زوجها من أثاث والأدوات اللازمة لإعداد بيت الزوجية»¹.

2- وقيل بأنه هو: «ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجة إلى زوجها الذي يحتاجه الزوجان للمعيشة المشتركة بينهما سواء كان من الجهاز، أو من أدوات منزلية جدت بعد الزفاف»².

الملاحظ على التعريفين أن هناك من يعد جهاز العروس من متاع البيت وهناك من يستثنيه ومرد ذلك راجع في الأصل إلى العادات والأعراف التي تختلف من مكان إلى مكان آخر، ففي بعض البلاد يكون من جهاز العروس ما يدخل في متاع البيت كالأواني والأفرشة والأغطية... الخ، وفي بعض البلاد الآخر ما يكون جهاز العروسة مختصا بما هو معتاد للنساء في الزفاف من ملابس وزينة وما شابه.

ثالثا: معنى متاع البيت في الاصطلاح القانوني

لم يتطرق المقتن الأسرة الجزائري إلى وضع تعريف يحدد به ماهية متاع البيت، ولعل السبب في ذلك أنه اكتفى بجملة من التعريفات التي ذكرها الفقهاء حول مفهوم متاع البيت والتي في مجملها لا تخرج عن تلك الأغراض المستعملة في بيت الزوجية سواء كانت أغراض خاصة بالزوج في المعتاد أو أغراض خاصة بالزوجة في المعتاد أو تلك الأغراض المشتركة بينهما في الاستعمال.

¹ الفقه المقارن للأحوال الشخصية لبدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان)، ص226.

² أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة - لمصطفى شلي، ط4، الدار الجامعية، بيروت، (لبنان)، 1983م، ص430.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من النزاع في متاع البيت

أولاً: النزاع حول متاع البيت الموجود حقيقة دون البينة على ملكيته

من آثار انحلال الرابطة الزوجية بين الأزواج غالباً ما تثار مسألة النزاع حول متاع البيت مما دفع بمقنن الأسرة الجزائري بالإشارة إلى الفصل في المسألة طبقاً لنص المادة (73) من قانون الأسرة الجزائري حيث ورد فيها على أنه: «إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال».

«والمشتركات بينهما يقتسمانهما مع اليمين».

بتحليل نص المادة يتضح أن المقنن الأسرة الجزائري لجأ للفصل في النزاع القائم حول متاع البيت موجود حقيقة في بيت الزوجية مع انعدام البينة لكلا الزوجين على ما يدعيانه من ملكية المتاع الموجود في بيت الزوجية، وعليه تدخل مقنن الأسرة الجزائري بالفصل في المسألة عن طريق الأخذ بقاعدة استصحاب الذي يشهد له الظاهر، فما كان من المتاع ما هو معتاد للنساء فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وعلى الزوج أو ورثته إثبات العكس؛ أما ما كان من المتاع مما هو معتاد للرجال فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين وعلى الزوجة أو ورثتها إثبات العكس.

أما ما كان من المتاع ما هو مشترك استعماله بينهما، ولا مرجح له على أن يكون للرجال أو النساء، فهنا أخذ مقنن الأسرة الجزائري بقسمتها مناصفة بينهما مع اليمين.

وتأكيداً على ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها على أنه: «اختلاف الزوجين حول متاع البيت اثباته إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين»¹.

¹ المحكمة العليا، القرار رقم 39775، الصادر بتاريخ: 1986/01/27.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرعا وقانونا)

وجاء في قرار آخر لها ينص على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج وللزوجة أن تثبت عكس ذلك»¹.

وعليه فإن هذا القرار القضائي الصادر من المحكمة العليا يعد تطبيقا عمليا بدليل استصحاب الحال الذي يشهد له الظاهر لانعدام البينة من كلا الزوجين على إثبات ملكية ما يدعيانه حول المتاع الموجود بيت الزوجية.

ثانيا: النزاع حول متاع البيت مع إنكار وجوده وعدم البينة معا

في حالة النزاع حول متاع البيت بين أطراف الدعوى وتم إنكار وجود المتاع من أحد الزوجين ففي هذه الحالة تطبق القاعدة العامة في الإثبات وهي قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهي أحد أهم القواعد الإثبات المبنية على أصل الاستصحاب، لأن المدعى عليه في هذه الحالة يتمسك بالبراءة الأصلية مع اليمين، في حين يقع عبء الإثبات على المدعي لأنه يدعي خلاف الأصل الظاهر، وتأكيدا على ذلك جاء في قرار للمحكمة العليا على أنه: «من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود متاع مطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومتى تبين في قضية الحال أن المدعي عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه، خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»².

يتضح من خلال القرار القضائي الصادر من طرف قضاة الموضوع على أن القاعدة المعمول بها في الفصل حول النزاع القائم على متاع البيت مع إنكار وجوده في بيت الزوجية ففي هذه الحالة تطبق

¹ المجلة القضائية سنة 90 العدد:4، الملف رقم: 44858، الصادر بتاريخ 1978/12/07.

² قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216836، م ق، عدد خاص، ص 145.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرنة والأموال الشخصية (شرعا وقانونا)

القاعدة الفقهية العامة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكرن وعليه فإن قرار قضاة الموضوع برفض الدعوى في الحال بمجرد إنكار المدعى عليه وجود المتاع في بيت الزوجية دون توجيه اليمين إليه يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية في الإثبات.

وجاء في قرار آخر لها ينص على أنه: «ومن المقرر شرعا أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ومن ثم ادعاء الزوج أن زوجته أخذت مصوغها وأثاثها وملابسها يصير مكلفا بإثبات دعواه فإن عجز، القول للزوجة مع يمينها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الخلاف حول متاع البيت لم يكن حول وجوده بمنزل الزوجية، بل كان بادعاء الزوج أن زوجته أخذته معها، فإن قضاة الموضوع حينما عكسوا ووجهوا اليمين للزوج المدعي وطلقوها منه مباشرة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون»¹.

في القضية المشار إليها في القرار القضائي يتضح أن موضوع النزاع لا يتعلق بإنكار وجود المتاع بيت الزوجية، ففي هذه الحالة الزوج هو من يتحمل عبء الإثبات لأنه ادعى أن الزوجة أخذت معها متاع البيت المطالب به معها، والزوجة أنكرت ذلك فهي تمثل الطرف الثاني من الادعاء أي مدعى عليه وعليه فإن قضاة الموضوع خالفوا تطبيق القاعدة العامة في الإثبات لأن الأصل المستصحب في القضية هو براءة المدعي عليه (الزوجة) من أخذ متاع البيت حتى يثبت العكس، وعليه فكم قضاة الموضوع يستوجب القرار القضائي المطعون فيه، وإعادة تطبيق القاعدة الشرعية كما ينص عليه القانون في هذه الحالة.

¹ قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 49 سنة 1996، ملف رقم: (112673) قرار بتاريخ: 1995/01/31.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من النزاع في المتاع البيت

النزاع في متاع البيت في الفقه الإسلامي يتطلب عرض موقف مذاهب الفقهاء الأربعة في المسألة بالتفصيل، مع تحديد المذهب الفقهي الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: مذهب المالكية والحنفية والحنابلة

ذهب جمهور أهل العلم من المالكية والحنابلة والحنفية أنه في حالة وقوع نزاع بين الزوجين حول استحقاق متاع بيت، وادعى كل واحد منهما أنه له، ولا بينة لأحدهما، ففي هذه الحالة ينظر ما كان من متاع، فإذا وجد ما يصلح عادة في استعمال النساء كالحلي والغزل وثياب النساء... الخ حكم به للمرأة مع يمينها، وما كان من متاع يصلح عادة للرجال كالسلاح والعمامة، والقلنسوة، والقمص... الخ حكم به للرجل مع يمينه، وذلك أخذاً باستصحاب الحال الذي يشهد له الظاهر¹.

وأما ما يصلح لهما معاً ولم يكن هناك ما يميزه، ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بالقسمة المتاع بينهما بحكم اليد²، لأنه يصلح لهما معاً وذهب المالكية والحنفية إلى ترجيح قول الزوج مع يمينه، لأن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة؛ لأن يده يد تصرف في المتاع، وأما يد المرأة فهي للحفاظ فقط، ويد التصرف أقوى من يد الحفاظ³.

ثانياً: مذهب الشافعية

ذهب الشافعية أنه في حالة وقوع نزاع بين الزوجين حول استحقاق متاع بيت سواء وقع الطلاق بينهما أو لم يقع، وسواء مات الزوجين أو مات أحدهما دون الآخر، وحصل النزاع بين ورثتهما، أو ورثة أحد الزوجين بعد وفاته، ولا بينة لأحد منها لما يدعيه، فإنهما يحلفان، فإن حلفا معاً، ففي هذه

¹ ينظر: المدونة، 266/2-267، القوانين الفقهية، ص368، الشرح الصغير، 496/2-497، بدائع الصنائع، 555/3، إغاثة اللهفان لابن القيم، 757/2.

² ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص261.

³ ينظر: المدونة، 267/2، القوانين الفقهية، ص368، الشرح الصغير، 496/2-497، بدائع الصنائع، 555/3.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والاموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

الحالة يقسم المتاع بينهما نصفان، لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك فلما كان هذا ممكناً وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكيقونة الشيء في أيديهما¹.

بعد عرض الموقف القانوني وآراء الفقهاء في الفقه الإسلامي نلاحظ أن المقنن الأسرة الجزائري أخذ بموقف المالكية والحنفية والحنابلة فيما يشهد له الظاهر بطريق الاستصحاب، وهو ما جاء في نص المادة (73) بنصها: «إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال»، أما ما تعذر فيه ما يشهد له الظاهر كأن يكون المتاع مشترك بينهما، ففي هذه الحالة أخذ قانون الأسرة الجزائري بمذهب الشافعية والحنابلة كحل قانوني في الفقرة 1 من المادة (73) بنصها: «والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين».

¹ ينظر: الأم للشافعي، ط2، دار الفكر، بيروت (لبنان)، (1403 هـ - 1983 م)، 103/5.

المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في أحكام النسب والتبني

استصحاب المقنن الجزائري في المسائل المتعلقة بالنسب والتبني ما أقره الفقه الإسلامي من أحكام شرعية مرتبطة بمسائل إثبات النسب والتبني، فمن هذا الجانب المرتبط بصلة الدم وما يترتب عليه من حقوق نجد مدى حرص الكبير والأهمية البالغة لدى المقنن الجزائري من ضرورة التمسك بما أقره الفقه الإسلامي واستصحاب أحكامه في قواعد قانون الأسرة الجزائري، مع مراعاة ما يتناسب مع فقه الواقع والتطورات التي تشهدها الحياة الأسرية والاجتماعية من قضايا ومستجدات ونوازل طارئة، تتطلب من المقنن استصحاب الموقف الفقهي الأكثر مرونة لحل القضايا الشائكة، خاصة تلك المتعلقة بأصل النسب والتبني، وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم النسب

الفرع الثاني: إثبات النسب بمقتضى عقد الزوجية

الفرع الثالث: إثبات النسب بالنكاح الفاسد

الفرع الرابع: إثبات النسب بنكاح الشبهة

الفرع الخامس: إثبات النسب بالإقرار والبينة

الفرع السادس: الأصل في التبني

الفرع الأول: مفهوم النسب

أولا: النسب في اللغة

النسب لغة هو القرابة؛ وقيل هو في الآباء خاصة، ومنه يقال: نَسَبَهُ يَنْسِبُهُ وَيَنْسِبُهُ نَسَبًا بمعنى

عزاه، ونسبت فلانا إلى أبيه أنسبته وأنسبه نسبا إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر¹.

¹ لسان العرب، 755/1.

ثانيا: النسب في الاصطلاح

جاء تعريف مفهوم النسب في الاصطلاح الشرعي مصاحبا للمعنى اللغوي، بحيث عرفوه بأنه هو "صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم"¹. أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يتطرق المقتن الجزائري إلى ضبط تعريف مفهوم النسب في أحد مواد القانون، وذلك راجع إما أنه قد اكتفى بالمفهوم الفقهي في تعريفه، أو لوضوح معناه في اللغة والعرف والشرع، وعدم وقوع الخلاف بين الفقهاء في تحديده معناه.

الفرع الثاني: إثبات النسب بمقتضى عقد الزوجية

ذهب عامة الفقهاء على أن الأصل في الولد أن ينسب لأبيه، لقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ {الأحزاب/5}، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»²، وهذا دليل على أنه متى كان الزواج شرعيا بين رجل وامرأة أو من قبيل ملك اليمين، ونتج عن ذلك ولد فإنه يلحق بنسب أبيه، استصحابا لولادته في فراش الزوجية، وذهب الحنفية إلى اعتباره قرينة مقبولة على ثبوت نسب ما تلده الزوجة من أولاد بعد أن صارت فراشا لزوجها بموجب عقد الزوجية القائم بينهما مع اعتبار مدة الحمل من تاريخ عقد الزواج بينهما³. أما في قانون الأسرة الجزائري فقد أخذ المقتن الجزائري باستصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته (ثبوت النسب) لوجود سببه وهو (عقد النكاح)، حيث جاء في نص المادة (41) «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشرعة».

¹ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) 1413هـ/1993م)، 315/9.

² رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، رقم: (6749) (6750)، ص1762، ومسلم في كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم: (1457/36) (1458)، ص627.

³ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، 320/9.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والاموال الشخصية (شربا وقانون)

كما نصت المادة (42) على اعتبار مدة الحمل من تاريخ عقد الزوجية، حيث جاء في نصها: «أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر»، وهذه المدة هي التي يثبت بها النسب بمقتضى عقد الزواج الشرعي الصحيح، وذلك بتحديد حد أدنى ستة (06) أشهر، استصحابا للنص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ {الأحقاف/15}، فدللت الآية الكريمة على أن أقل مدة الحمل تكون في حد ستة أشهر، وأما الحد الأقصى في الحمل الذي نص عليه المقنن الجزائري والذي حدده بمدة عشرة أشهر فقد حملها بناء على استصحاب الظاهر الغالب في حمل المرأة الذي غالبا لا يتعدى مدة عشرة أشهر، وهتان المدتان التي تبناها المقنن الجزائري مبنية على أصل الاستصحاب سواء كان استصحابا لما نص عليه الشرع كحد أدنى، أو استصحاب ظاهر الوقائع في مدة الحمل كحد أقصى، وهي المدتان التي يمكن وقوع فيهما الحمل بمقتضى عقد شرعي صحيح.

الفرع الثالث: إثبات النسب بالنكاح الفاسد

أولا: مفهوم النكاح الفاسد والباطل

عرف جمهور الفقهاء النكاح الفاسد والباطل بمعنى واحد وهو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته¹.

أما فقهاء الحنفية ففرقوا بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل فقالوا النكاح الفاسد هو ما فقد شرط من شروط الصحة، أما الزواج الباطل هو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده².

¹ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 112/7.

² المرجع نفسه، 112-109/7.

ثانياً: حكم إثبات النسب في النكاح الفاسد والباطل

اختلف الفقهاء في حكم إثبات النسب في النكاح الفاسد والباطل، فذهب المالكية إلى القول بأن كل نكاح متفق على فساده إن وقع فيه درء الحد ودفعه عن الواطئ كنكاح ذات محرم أو رضاع غير عالم من عقد عليها حرمتها فإنه لا يحد لعدم علمه ويلحق به الولد، فإن كان عالماً بالحرمة لا يلحق الولد بالنسب¹، الحنابلة فقالوا بلحاق نسب النكاح الفاسد في الحالين²، أما الحنفية فقالوا بثبوت النسب بعد الدخول لحاجة النكاح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع³.

استصحب المقنن الجزائري ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بثبوت النسب في النكاح الفاسد بعد الدخول، وهو ما نصت عليه المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون».

الفرع الرابع: إثبات النسب بنكاح الشبهة

أولاً: مفهوم نكاح الشبهة

نكاح الشبهة هو ما يشبه الثابت وليس بثابت، أو هو شبهة العقد بأن وطئ الرجل امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي، أو بنكاح مؤقت وهو نكاح المتعة، فلا يجب الحد وإن كان الواطئ يعتقد التحريم، لاختلاف العلماء في جواز عقد النكاح بغير شهود، أو بغير ولي، أو تأقيت العقد والاختلاف يورث شبهة⁴، ومعنى ذلك أن نكاح الشبهة هو تلك العلاقة الجنسية التي تربط بين الرجل والمرأة وليست بعقد شرعي صحيح ولا بزنا يجب الحد كما قرر الفقهاء لحصول الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات طرْحاً للشك واستصحاباً لليقين.

¹ توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، ط1، المطبعة التونسية، (1339هـ)، 45/2.

² المغني، 354/6.

³ بدائع الصنائع، 615/3.

⁴ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 354/7.

ثانياً: حكم إثبات النسب بنكاح الشبهة

ذهب جمهور أهل العلم بالقول بثبوت نسب الولد لأبيه في نكاح الشبهة، إما جهلاً بالحكم الشرعي كمن جامع مطلقته البائن في العدة ظناً بالحل، أو وقوعاً في خطأ كمن جامع امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم ظهر أنها غير ذلك، ففي الحالتين تكون الشبهة مما يدرأ بها الحد، والأصل ألا يجتمع حد ونسب، وعليه فإن الولد يلحق به النسب في نكاح الشبهة الذي لا يجب فيه الحد¹.

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد استصحب المقنن الجزائري ما ذهب إليه جمهور أهل العلم بالقول بثبوت النسب بنكاح الشبهة وهو ما نصت عليه المادة (40) بنصها: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة».

الفرع الخامس: إثبات النسب بالإقرار والبينة

أولاً: إثبات النسب بالإقرار

الإقرار بالنسب نوعان: إقرار مباشر (إقرار على نفس المقر)، وآخر غير مباشر (إقرار محمول على غير المقر)، تفصيلهما حسب الآتي:

1- إقرار مباشر (إقرار على نفس المقر)

أما الإقرار بالنسب على نفس المقر: فتكون إما إقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، أي هو إقرار بثبوت النسب لا تكون فيه واسطة بين المقر والمقر له ويصح هذا الإقرار بالنسب ولو في مرض الموت، بشروط أربعة متفق على أغلبها بين المذاهب الفقهية وهي²:

أ- أن يكون المقر به مجهول النسب، فلا يتصور ثبوت نسب بالإقرار ممن هو معلوم النسب.

¹ ينظر: المدونة، 533/2، نهاية المحتاج، 178 /7، المغني، 577/9.

² الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، 693-691-690/7.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

ب- أن يصدقه الحس والعقل، فلا يتصور قبول الإقرار من بعمره عشرين سنة بالبنوة لمن عمره ثمانية عشر سنة، لاستحالة ذلك حساً وعقلاً.

ت- أن يصدقه المقر له في إقراره إن كان أهلاً للتصديق، بأن يكون بالغاً عاقلاً عند الجمهور ومميزاً عند الحنفية؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه
ث- ألا يكون فيه حمل النسب على الغير.

وبهذا المذهب أخذ المقنن الجزائري وتمسك به استصحاباً لما ذهب إليه جمهور أهل العلم من ثبوت النسب بالإقرار كطريق من طرق إثبات النسب بنص المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار»، ثم بيّن في نص المادة (41) من نفس القانون إلى ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من ثبوت النسب بالإقرار المباشر وتمسك بالشروط التي حددها الفقهاء في ذلك، حيث جاء في نص المادة: «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة لمجهولي النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة».

2- إقرار غير مباشر (إقرار محمول على غير المقر)

النوع الثاني من الإقرار وهو إقرار محمول على غير المقر وهو الذي يتعلق في هذه الحالة بأن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه فهنا لا يثبت النسب حتى يعترف أب المقر في حالة (الأخوة) أو يعترف الجد في حالة (العمومة)، أو يعترف ابن المباشر في حالة ابن الابن كما هو موضح في المثال وبهذا المذهب أخذ المقنن الجزائري وتمسك به استصحاباً لما ذهب إليه جمهور أهل العلم أيضاً كما في النوع الأول من الإقرار المباشر، حيث نص على ذلك صراحة بنص المادة (45) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة، لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه».

ثانياً: إثبات النسب بالبينة

المقصود بالبينة الشرعية في إثبات النسب الشهادة، سواء كان المقصود بها إثبات النسب المباشر كالادعاء بالبنة، أو كان المقصود بها إثبات النسب غير المباشر كالادعاء بالأخوة أو العمومة، ونصاب الشهادة في إثبات النسب رجلان، أو رجل وامرأتان، أو إثباتها أحياناً بشهادة امرأتين، لأن الولادة مما يطلع عليه إلا النساء أحياناً دون الرجل¹.

الفرع السادس: الأصل في التبني

أولاً: مفهوم التبني

1- التبني في اللغة

التبني في اللغة بمعنى ادعاء الشخص بنوة من ليس له بائن في الأصل².

2- التبني في الاصطلاح

التبني بالمعنى الاصطلاحي هو: "اتخاذ المرء ابناً له من غير صلبه، ويسمى الابن متبنياً وسماه الإسلام دعياً أي ابناً بالدعوى لا بالحقيقة، بلفظ اللسان لا بسلالة الدم"³.

ثانياً: حكم التبني

الأصل في التبني الحظر والمنع، ودليل ذلك قوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ {الأحزاب/4}، وقال أيضاً: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ

¹ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، 404/9.

² معجم لغة الفقهاء، ص 90.

³ موضوع النسب في الشريعة والقانون، أحمد محمد، ط1، دار البعث، قسنطينة (الجزائر)، 1983م، ص 213.

تَعَلَّمُوا أَبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ

مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿الأحزاب/5﴾. وبناء على ذلك استصحب المقنن

الجزائري ما نص عليه الشرع بمنع التبني حسب ما جاء في المادة (46) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: «يمنع التبني شرعا وقانونا».

المبحث الرابع

تطبيقات الاستصحاب في مسائل المفقود

المطلب الأول: مفهوم المفقود

المطلب الثاني: حكم زواج المفقود في الشريعة والقانون

المطلب الثالث: حكم ميراث المفقود وأمواله في الشريعة والقانون

المبحث الرابع: تطبيقات الاستصحاب في مسائل المفقود

يعد موضوع المفقود من المباحث المهمة التي تطرق إليها الفقه الإسلامي والقانون لبيان أحكامه سواء كان ذلك فيما تعلق بحياته؛ أو موته؛ أو فيما تعلق بحكم زواجه وأمواله وميراثه؛ وهذه المسائل الفقهية والقانونية المتعلقة بالمفقود مما استند فيها الشرع والقانون على الأخذ بدليل استصحاب الحال ولتفصيل أكثر حول ما يتعلق من مسائل حول المفقود، تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: حقيقة المفقود

المطلب الثاني: حكم زواج المفقود في الشريعة والقانون

المطلب الثالث: حكم ميراث المفقود وأمواله في الشريعة والقانون

المطلب الأول: مفهوم المفقود

الفرع الأول: المفقود في اللغة

المفقود: اسم مفعول مشتق من الفقد؛ قال ابن منظور: فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا وفقودا فهو مفقود وفقيد: عدمه، وأفقده الله إياه، والفاقد من النساء: التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها¹. وقيل: فقد الكتاب والمال ونحوه: خسره وعدمه، وأفقده الشيء جعله يفقده، فقد الشيء فقدا وفقدانا: ضاع منه، وافتقد الشيء: أي طلبه وتفقدته: طلبته عند غيبته². وعليه فإن معنى المفقود في اللغة يرد بمعنى المعدم والضياع والغياب.

الفرع الثاني: المفقود في الإصلاحي الفقهي

عرف الفقهاء المفقود بتعريفات منها:

¹ لسان العرب، 3/337.

² المعجم الوسيط لمصطفى إبراهيم وآخرون، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية، القاهرة (مصر)، 2/697.

الفصل الرابع: تعريفات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شريعة وقانون)

1- عرفه المالكية بقولهم: «المفقود هو الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام»¹، وقيل هو: «المفقود هو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه»².

2- عرفه الشافعية المفقود بأنه: «من غاب وانقطع خبره وجعل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما»³.

3- عرفه الحنفية بقولهم: «المفقود غائب لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد»⁴.

4- عرفه الحنابلة بقولهم: «المفقود هو الشخص الذي غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت، ولا يعلم له مكان؛ ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار»⁵. بالرغم من اختلاف عبارات الفقهاء في ضبط مفهوم المفقود إلا أن تعريفاتهم تتفق في أغلبها على اعتباره ذا حال مجهول فلا يُدرى أحي أم ميت؟، ولا يُدرى بأي دار مكانه (دار الإسلام أم دار الكفر)، ومجهول الحال يشمل كل من خرج بلده كالمسافر أو التاجر... الخ، وانقطع خبر حاله ويشمل أيضا مفقودي الحرب والأسرى الذين انقطعت أخبارهم ولا مكان وجودهم، ويضاف إلى ذلك مفقودي الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات وما شابه وهذا معنى قولهم (لغية ظاهرها الهلاك) وبهذا المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء يتوافق مع معناه اللغوي باعتبارهما يتفقان في كون معنى المفقود كالمعدوم.

¹ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ت: محمد صبحي حسن حلاق، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (مصر) 1415هـ، 99/3.

² حاشية الدُسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، (مصر)، 479/2. فواكه الدواني للنفراوي، (د. ط) دار الفكر 1415هـ-1995م)، 41/2.

³ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت (لبنان)، 1416هـ-1991م)، 34/6.

⁴ المبسوط، 3/11.

⁵ الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 37/3.

الفرع الثالث: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري

عرف قانون الأسرة الجزائري المفقود في المادة 109 منه بأنه: «هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم». أما المادة (110) من نفس القانون فقد عرفت الغائب على أنه: «الغائب الذي منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

باستقراء نص المادتين (109 و 110) من قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن المقتنن الجزائري وضع ضابط تفرقة بين حقيقة المفقود والغائب بحيث اعتبر أن الغائب هو الذي منعتة الظروف القاهرة من العودة إلى موطنه ومحل إقامته لفترة من الزمن حددها بمدة سنة من الغياب وحياته معلومة ومكانه معلوم ولكن تسبب غيابه في إلحاق الضرر بالغير، سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً يلحق بالزوجة مما يعطيها القانون حق طلب التطبيق طبقاً للمادة 53 ف 5 من ق أ ج، أو يسبب غيابه بإلحاق ضرر مالي بالغير، فاعتبر كالمفقود حكماً لا حقيقة.

المطلب الثاني: حكم زواج المفقود في الشريعة والقانون

من المسائل الفقهية والقانونية المبنية التي بنى عليها قانون الأسرة الجزائري على دليل استصحاب الحال مسألة حكم زواج المفقود استصحاباً لما ذهب إليه الفقه الإسلامي، وبناءً على ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حكم زواج المفقود في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: حكم زواج المفقود في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: حكم زواج المفقود في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم زواج المفقود على مذاهب تبعاً لاختلافهم في حجية دليل استصحاب الحال، وعليه سنفصل الكلام في المسألة تبعاً لأقوال كل مذهب من المذاهب الأربعة.

أولاً: حكم زواج المفقود عند المالكية

ذهب المالكية في حكم زواج المفقود إلى أربعة أقوال، بناءً على قولهم بأن حال المفقود لا يخلو من أربعة أقسام، وهي:

1- إذا كان المفقود ببلاد الإسلام قالوا في هذه الحالة ينظر في حاله بكل الوسائل الممكنة بالبحث والسؤال عنه إلى المكان الذي خرج إليه، فإن استمر فقدانه، فلزوجته البقاء في عصمته أجل أربع أعوام، ثم تعتد بعد ذلك عدة وفاة، ولها أن تتزوج بعد ذلك¹.

¹ ينظر: المدونة، 450/2، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 99/3، المنتقى شرح الموطأ، الباجي، 91/4، حاشية الدسوقي، 479/2، الفواكه الدواني، 66/2.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

2- أما إذا كان المفقود ببلاد الكفر، قال المالكية أن حكم زواجه يستمر إلى سن التعمير (سبعون سنة) بشرط وجود ما ينفق عليها من مال المفقود، وإلا لها الحق في التطبيق قياساً على الضرر اللاحق بها¹، وقيل «تطلق للضرورة وهي أولى من معدومة النفقة»².

3- أما إذا كان المفقود في حرب بين المسلمين، قال مالك: ليس في ذلك أجل وتعتد زوجته من يوم التقاء الصفيين، أي حكمه حكم المقتول دون تلوم³ (أي دون مدة انتظار) ويتلوم له (أي له مدة الانتظار) بحسب بعد المعركة وقربها، وآخر أجل في ذلك مدة سنة من آخر يوم التقاء الصفيين وهو يوم الانفصال⁴.

4- أما إذا كان المفقود في حرب المسلمين مع الكفار، قال المالكية: يحكم بموته بانقضاء مدة سنة كاملة، بعد البحث عنه بكل الوسائل الممكنة، ويبدأ حساب المدة من تاريخ رفع القضية للحاكم للنظر فيها⁵.

ثانياً: حكم زواج المفقود عند الشافعية

ذهب الشافعية بأنه ليس لزوجة المفقود أن تنكح غيره حتى يتيقن موته، لأن الأصل بقاء حياته، ولا يصار إلى غيره إلا بيقين⁶، أخذاً باستصحاب حال حياته الثابت بيقين، واليقين لا يزول إلا بيقين مثله، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

¹ ينظر: حاشية الدوسوقي، 479/2، الفواكه الدواني، 67/2-68.

² الشرح الصغير، 694/2.

³ ينظر: بداية المجتهد، 100/3، الفواكه الدواني، 68/2، حاشية الدوسوقي، 483/2، الشرح الصغير، 699/2.

⁴ ينظر: بداية المجتهد، 100/2، حاشية الدوسوقي، 482/2.

⁵ ينظر: الفواكه الدواني، 68/2، حاشية الدوسوقي، 483/2، الشرح الصغير، 699/2.

⁶ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، 131/5.

الفصل الرابع: طليقات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدفونة والأموال الشخصية (شراح قانون)

1- ما روى المغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»، وفي رواية (الخبر)¹.

وجه الاستدلال: والحديث يدل صراحة على أن زوجة المفقود لا تتزوج حتى يظهر، فإن لم استمر غيابها استمرت على عصمته حتى يثبت العكس.

2- حديث علي رضي الله عنه قال: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت، أو طلاق»².

وجه الاستدلال: بمعنى حتى يأتيها دليل بموته يقينا الذي ينقلنا عن استصحاب حياته الثابت بيقين.

ثالثا: حكم زواج المفقود عند الحنابلة

فصل الحنابلة في حكم زواج المفقود بحسب حاله إلى قولين هما:

1- القول الأول: فما إذا كان المفقود الغالب من حاله الهلاك نحو: كالذي خرج إلى الحرب في قتال ولم يعد منه؛ أو كمن ركب البحر وانكسر بهم المركب فغرق منه بعض ولم يعلم خبر البعض الآخر أو من خرج لحاجة قريبة ولم يعد ولم يعلم خبره بعدها... الخ، ففي هذه الحال تنتظر زوجة المفقود أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر، اعتدت زوجته عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، وحلّت بعدها للأزواج³.

¹ رواه الدارقطني، كتاب النكاح، رقم: (3849)، 483/4، والبيهقي في كتاب العدد، باب: من قال امرأة المفقود امرأته، رقم: (15565)، 731/7 من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

² رواه البيهقي، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم، رقم: (15574)، 735/7، وعبد الرزاق في مصنفه، باب: التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم: (12330)، (7/90).

³ المغني، 186/9.

الفصل الرابع: تليين الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شريعة وقانون)

واستدلوا في ذلك بقضاء عمر بن الخطاب حيث جاء في الأثر عن أبي عثمان، قال: أتت امرأة عمر بن الخطاب، فقالت: استهوت الجن زوجها، فأمرها أن تترئص أربع سنين، ثم أمر ولي الذي استهوتته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً¹.

2- القول الثاني: فما إذا كان المفقود الغالب من حاله السلامة، كالمسافر للتجارة، أو طلب

علم أو سياحة... الخ، ولم يعلم خبر حاله، فإنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع منذ ولد².

رابعاً: حكم زواج المفقود عند الحنفية

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول ببقاء زواج المفقود استصحاباً للأصل، وعللوا ذلك بقولهم: أنه يعتبر حياً في حق الأحكام التي تضره وهي المتوقفة على ثبوت موته³ يقيناً، والتفريق بينه وبين زوجته في هذه الحالة هي من الأحكام التي تضره فيحكم ببقاء الزوجية استصحاباً لحياته.

الفرع الثاني: حكم زواج المفقود في قانون الأسرة الجزائري

باستقراء نصوص القانونية لقانون الأسرة الجزائري الخاصة بأحكام المفقود والغائب نستنتج أن القاعدة العامة الذي أخذ بها مقنن الأسرة الجزائري تقضي أن الأصل في المفقود استصحاب حياته لأنها ثابتة بيقين، وما احتمال وفاته إلا مجرد شك، واليقين لا يزول إلا بيقين مثله كما هو مقرر في قواعد الفقه الإسلامي، وبناء على القاعدة العامة هو بقاء زواج المفقود استصحاباً لحياته حتى يثبت بالدليل القاطع خبر وفاته، أو بحكم القاضي بوفاته حكماً، أما إذا طال غياب المفقود لمدة سنة كاملة ولحق الزوجة ضرر مادي كعدم النفقة، فهنا أجاز مقنن الأسرة الجزائري في المادة (112) أن تطلب الطلاق بحكم قضائي طبقاً لأحكام المادة (53 ف5) من نفس القانون والتي تنص على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لأسباب الآتية: (ف5): الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة».

¹ رواه الدارقطني، كتاب النكاح، باب القسم في ابتداء النكاح، رقم: (3848)، 4/482.

² كشف القناع، 4/465.

³ رد المختار، 6/457.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

ولعل السبب الذي دفع بمقنن الأسرة الجزائري تخيير زوجة بطلب التطليق طبقاً لأحكام المادة (53 ف 5) خلافاً للقاعدة العامة التي تنص بقاء الزوجية هو معارضة استصحاب الحال للقياس، ذلك أن استصحاب الحال يوجب ألا تنحل الرابطة الزوجية للمفقود بزوجه إلا بالطلاق أو الوفاة (المادة 47 ق أ ج) حتى يدل الدليل على غير ذلك¹، وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من مدة غيابه لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة، وبذلك يكون القانون الجزائري قد أعطى لزوجة المفقود الخيار إما البقاء في عصمة المفقود حتى يظهر استصحاباً لحياته، أو طلب التطليق من القضاء للضرر اللاحق بها كما نص على ذلك الفقهاء.

¹ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 99/3.

المطلب الثالث: حكم ميراث وأموال المفقود

سنتطرق في مسألة حكم ميراث المفقود وأمواله وممتلكاته وموقف قانون الأسرة الجزائري، ثم نستعرض آراء الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة وأقوالهم في المسألة، لنصل في الأخير إلى الرأي الفقهي الذي أخذ به المقنن الجزائري في المسألة، وعليه تم تقسيم المطلب الثالث إلى فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: حكم أموال وميراث المفقود في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: حكم أموال وميراث المفقود في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: حكم أموال وميراث المفقود في الفقه الإسلامي

وتفصيل حكم أموال المفقود وميراثه في المذاهب الأربعة هي:

أولاً: مذهب المالكية

ذهب عامة المالكية إلى القول بأن ميراث المفقود لا يقسم حتى يبلغ خبر وفاته يقيناً، أو يحكم القاضي بوفاته حكماً إذا بلغ الشخص المفقود من الحياة ما لا يعيش مثله، فقيل: سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل: تسعون، وقيل: مئة.

قال مالك: «لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله فيقسم ميراثه من يوم يموت وذلك اليوم يقسم ميراثه»¹.

ثانياً: مذهب الشافعية

ذهب عامة فقهاء الشافعية إلى أن المفقود لا يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله، وإن مات له من يرثه، دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه، ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره².

¹ المدونة الكبرى، 32/2.

² المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي، ط1، دار القلم (دمشق) دار الشامية (بيروت)، (1412هـ/1992م) 83/4.

الفصل الرابع: تعيين الاستصحاب في أحكام المعاملات المرهنة والأموال الشخصية (شريعة وقانون)

وقال الشافعي: «وَكَانَ مَعْفُودًا عَنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ثُمَّ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ثُمَّ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ وَقَوْلِ عَوَامِّ أَهْلِ الْعِلْمِ بِيَدِينَا أَنَّ أَمْرًا لَا يَكُونُ مَوْزُونًا أَبَدًا حَتَّى يَمُوتَ، ... وَقُلْنَا بِهِ فِي الْمَفْقُودِ وَقُلْنَا لَا يُقَسَّمُ مَالُهُ حَتَّى يُعْلَمَ يَقِينٌ وَفَاتِهِ»¹.

ثالثا: مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة في مسألة حكم ميراث المفقود إلى نفس ما ذهبوا إليه في حكم زواجه فنظروا إلى المفقود بحسب حاله إلى قولين هما²:

1- القول الأول: إذا كان المفقود الغالب من حاله الهلاك، فقالوا هذا ينتظر به أربع سنين

فإن لم يظهر له خبر قسم ماله.

2- القول الثاني: إذا كان المفقود الغالب من حاله السلامة، كالمُسافرِ لِتِجَارَةٍ، أو طَلَبِ

عِلْمٍ، أو سِيَاحَةٍ، ونحو ذلك، قالوا: ينتظر به تمام تسعين سنة وزاد بعضهم غير ذلك، فقالوا إن لم يظهر له خبر في هذه الحال قسم ماله.

لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله³.

رابعا: مذهب الحنفية

ذهب عامة فقهاء الحنفية إلى القول بأن المفقود لا يرث غيره منه استصحابا لبقاء حياته وهو الأصل الثابت عندهم بيقين حتى يثبت العكس، أي أن الاستصحاب عندهم حجة لحفظ أموال المفقود وممتلكاته من القسمة بين من يستحقها من ورثته، لأنه يدفع قولهم بتغير الحال (بوفاته)، ولا

¹ الأم للشافعي، 5/153.

² المغني، 9/187.

³ كشف القناع، 4/465.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

يرث هو من غيره لأن الاستصحاب عندهم حجة للدفع لا للإثبات¹، أي ليس له أن يرث غيره حتى يتبين حاله بظهوره حياً حتى يستحق نصيبه من ميراث غيره.

وبناء على ما تقدم في حكم ميراث المفقود وأمواله بعد عرض ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري، وكذلك آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة نستنتج أن المقنن الجزائري أخذ بقول جمهور أهل العلم في المسألة بنصه على أن الأصل في المفقود بقاء حياته استصحاباً باعتباره ثابتة بيقين، واليقين لا يزول إلا بمثله، وعليه الأصل في أموال المفقود وممتلكاته تبقى محفوظة ولا تقسم حتى يظهر له خبر وهو ما جاء في مضمون المادتين (111) بنصها: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقداً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويستلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون»، كما نصت المادة (115) على أنه: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها».

أما في حالة تقدير مدة انتظار المفقود التي يحكم بها القاضي على وفاته وفاة حكمية في الحالات التي تغلب فيها السلامة، فيلاحظ أن المقنن الجزائري أخذ بما ذهب إليه فقهاء الحنابلة بتقديرها بمضي مدة أربع سنوات، أما في الحالات التي يغلب فيها الهلاك مثل الحروب والحالات الاستثنائية فنص كذلك على جواز الحكم بموت المفقود بمضي أربع سنوات بعد عملية التحري والبحث بالوسائل الممكنة طبقاً لنص المادة (113) من قانون الأسرة الجزائري.

¹ المبسوط، 54/30.

الفرع الثاني: حكم أموال وميراث المفقود في قانون الأسرة الجزائري

تقضي القاعدة الفقهية التي أخذ بها مقنن الأسرة الجزائري أن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة فقدته أخذا بقاعدة استصحاب الحال¹، لأن حياته ثابتة بيقين قبل فقدانه كما أن وفاته في الواقع غير محققة، وأن الشك بوفاته مجرد احتمال عارض، واليقين لا يزول بالشك، كما أن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت العكس، وتأكيدا على ذلك نصت المادة (111) بنصها: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويستلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون»، كما نصت المادة (115) من نفس القانون على أنه: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها».

وبناءً على ما تقدم نستخلص الأحكام القانونية الآتية:

- 1- بناء على نص المادة (111) من قانون الأسرة الجزائري فإن القاضي يحكم بحصر أموال المفقود وحفظها، كما يعين وكيل مما يراه أهلا بذلك على تسيير أمواله، واستلام ما يستحقه من ميراث أو حقوق مالية أخرى كالتبرع مثلا.
- 2- بناء على نص المادة (115) من قانون الأسرة الجزائري، لا يتم تقسيم أموال المفقود إلا بصدور حكم بوفاته بناء على طلب أحد ورثته أو من له مصلحة، أو من طرف النيابة عامة.
- 3- استرجاع المفقود حال ظهوره ما بقي عينا من أمواله في حال قسمتها أو استرجاع قيمتها في حال بيعها.

¹ الوجيز في التركات والموارث لبلحاج العربي، دار هومة، (الجزائر)، 2013، ص 507.

الفصل الرابع: تكييف الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأموال الشخصية (شرحاً وقانوناً)

وبهذا يكون المقنن الجزائري قد سلك مذهب الجمهور في حكم أموال المفقود وميراثه، أي أن المفقود يعتبر حياً بالنسبة إلى أمواله الثابتة ملكيتها له، وفي حقوقه الأخرى، حتى تقوم البينة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته.

حالتهم

في ختام هذه الدراسة البحثية البحث، وبعد تفصيل لحيثيات مسائلها؛ ومناقشة جزئياتها والإجابة على الإشكالية المطروحة في موضوع الدراسة، تم استخلاص جملة من النتائج والتوصيات تجمع أطراف الموضوع، وتقرر أهم ما توصل إليه الباحث في دراسته:

أولاً: نتائج البحث

- 1- الاستصحاب مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، ومبحث أصولي ببحثه الأصوليون قديماً وحديثاً، وهو أصل معتبر وحجة عند جمهور أهل العلم.
- 2- الاستصحاب من الأصول التي بنى عليها فقهاء الشريعة الإسلامية، عدد كبير جداً من القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية التي تشمل جميع أبواب الفقه الإسلامي.
- 3- قاعدة اليقين لا يزول بالشك أحد القواعد الخمس الكبرى في الفقه الإسلامي التي تستند على أصل الاستصحاب.
- 4- الاستصحاب من الأدلة الشرعية التي استمد منها شراح القانون وفلاسفته جملة من المبادئ القانونية التي أصبحت تمثل مع تطور الفكر القانوني، مبادئ جوهرية تقوم عليها مختلف القوانين والأنظمة المعاصرة، وعليه تتحقق سمات العدالة المنصفة في الأنظمة القضائية الوضعية على اختلاف مدارسها القانونية وفلسفتها الفكرية.
- 5- تبنت القوانين الجنائية الحديثة، في تطبيقاتها في نصوصها القانونية جملة من المبادئ الجوهرية التي تستند على استصحاب الحال، ومن أبرزها استصحاب براءة المتهم حتى تثبت أدانته بحكم نهائي وبات وفي محاكمة عادلة ومنصفة.
- 6- من المبادئ الجوهرية التي استندت عليها القوانين الجنائية الحديثة في تطبيقاتها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، كتطبيق عملي مبني على استصحاب الحال.
- 7- اليقين القضائي من التطبيقات العملية للاستصحاب في المجال القضائي الذي يستند فيه القاضي الجزائري في بناء أحكامه القضائية على استصحاب اليقين في بناء قناعته الشخصية بناء على

أدلة قاطعة وجازمة للوصول إلى حكم نهائي في القضية الجنائية المعروضة عليها، لا على مجرد الشك والاحتمال.

8- تركز قواعد الإثبات في المجال المدني في تأسيس قواعدها على جملة من قواعد استصحاب الحال ومن أبرزها قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر باعتبارها قاعدة جوهرية في الإثبات التي تتفرع عليها باقي قواعد الإثبات الأخرى

9- مبدأ الحيازة سند الملكية أو كما يعبر عليه في الفقه الإسلامي باستصحاب وضع اليد الظاهر من أبرز التطبيقات الذي تمسك به المقنن المدني في مجال إثبات الملكية بالشروط القانونية التي حددها في ذلك.

10- أحكام المفقود من المسائل التي تمسك بها المقنن الجزائري في قانون الأسرة الجزائري عملا باستصحاب الحال في كل ما يرتبط به سواء فيما يخص حياته وزواجه وأمواله وميراثه، تماشيا إلى ما ذهب إليه جمهور أهل العلم في الفقه الإسلامي.

ثانيا: توصيات البحث

بعد عرض أهم النتائج التي توصل إليها الباحث في موضوع بحثه، عمد إلى عرض جملة من التوصيات والاقتراحات التي يمكن لها إثراء المجال القانوني بما يزخر به الفقه الإسلامي وأصوله بنظريات ومبادئ جوهرية، كفيلة بتحقيق الجودة الفكرية والقانونية ومن أبرز التوصيات نذكر الآتي:

1- دعوة المختصين في المجال القانوني إلى الاهتمام بالدراسات الفقهية والأصولية لما لها من الأهمية في ضبط التفكير العقلي وما لها من نظريات وأصول مهمة تبنى عليها الأحكام القانونية والقضائية.

2- دعوة المقنن الجزائري إلى تفعيل قواعد الفقه الإسلامي في نصوص القانون باعتبارها ضابط لجملة من الأحكام الشرعية والقانونية.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

ثالثاً: فهرس قائمة المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	نص الآية	رقم الآية	السورة
30	﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ﴾	43	البقرة
44-62-68- 120	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	29	
210	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى﴾	178	
74	﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾	219	
73	﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾	228	
169	﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾	237	

141	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾	275	
165	﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾	10	النساء
326	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾	20	
60	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾	22	
165-127	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾	29	
213	﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾	34	
212	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾	92	

183	﴿وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدْ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾	112	
204	﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِقَلَّ يُكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾	165	
125-71	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بِهَيْمَةَ الْأَنْعَامِ﴾	1	المائدة
54	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ﴾	3	
71-119	﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾	4	
44	﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾	5	
209	﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنْ	33	

	الأرضِ ذَلِكَ لَهُمْ حَزْبِي فِي الدُّنْيَا وَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿		
243	﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿	34	
166-208	﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿	38	
210-212	﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴿	45	
-36-74	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿	90	
130-133	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءٍ إِن تُبَدَ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ ﴿	101	
69	﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴿	119	الأنعام
204	﴿ذَلِكَ أَنْ لَمْ يَكُنْ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْفَرَى بِظُلْمٍ وَأَهْلِهَا غَافِلُونَ ﴿	131	

54	﴿وَمِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ قُلْ الذَّكْرَيْنِ حَرَّمَ أَمِ الْأُنثَيَيْنِ أَمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ أَرْحَامُ الْأُنثَيَيْنِ﴾	144	
44-70	﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعُمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِعَیْرِ اللَّهِ بِهِ﴾	145	
63	﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ﴾	151	
45-68	﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾	32	الأعراف
63	﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾	33	
300	﴿فَكُلُوا مِمَّا عَنِتُّمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾	69	الأنفال
297	﴿أَوْ مُتَحَيِّرًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ﴾	16	
300	﴿فَكُلُوا مِمَّا عَنِتُّمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾	69	

140	﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾	8	التوبة
97-234	﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾	36	سورة يونس
67-133	﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾	59	
54	﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾	5	سورة النحل
301	﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حَلِيَّةً تَلْبَسُونَهَا وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاحِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾	14	
212	﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ هُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾	126	

81	﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَصَتْ غُرُبًا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا﴾	92	
67-69	﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ﴾	116	
140-203	﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾	15	سورة الإسراء
141	﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا﴾	78	
54	﴿وَأَحَلَّتْ لَكُمْ الْأَنْعَامَ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ﴾	30	سورة الحج
207	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾	2	سورة النور
342	﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾	4	سورة الأحزاب
337-342	﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾	5	

74	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾	49	
300	﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ ﴾	71	يس
71	﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ أَفْضَلُ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾	21	سورة الشورى
338	﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾	15	سورة الأحقاف
210	﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾	9	سورة الحجرات
97	﴿ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمُ الْهُدَى ﴾	23	سورة النجم

97	﴿وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾	28	
300	﴿وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾	10	سورة الرحمن
75	﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾	3	سورة المجادلة
73	﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾	4	سورة الطلاق
141	﴿تَكَادُ تَمَيَّرُ مِنَ الْغَيْظِ كُلَّمَا أُلْتِمِيَ فِيهَا فَوْجٌ سَأَلْتَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ (8) قَالُوا بَلَى قَدْ جَاءَنَا نَذِيرٌ فَكَذَّبْنَا وَقُلْنَا مَا نَزَلَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ كَبِيرٍ﴾	8-9	سورة الملك

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
1	إذا شكَّ أحدكم في صلاته... ..	45
2	لو يُعطى الناس بدعواتهم... ..	46-142-158-184
3	ادزؤوا الحدودَ عن المسلمين ما استطعتم	46-150
4	ادفعوا الحدودَ ما وجدتم لها مدفعا	47
5	ادزؤوا الحدودَ، ولا ينبغي لإمام أن يعطلَّ الحدودَ	150
6	إنَّ أعظمَ المسلمين جُرمًا	47-63-70-121-134
7	ما أحلَّ الله في كتابه فهو حلالٌ	60-70-120
8	ما بال أقوامٍ يشترطون شروطًا ليست في كتابِ الله؟	71
9	أعطاه النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلم دينارًا يشترى به أضحيةً أو شاةً	88
10	لا ينصرفُ حتى يسمعَ صوتًا، أو يجدَ رجلاً	98
11	إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدِرِ واحدةً صلى أو اثنتين؟	98
12	ألقوها وما حولها فاطرحوه، وكلوا سمنكم	107
13	إن كان جامدًا فالقوها وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه	107
14	إنَّ اللهَ فرضَ فرائضَ فلا تُضيعوها	121-142
15	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنٌ	134
16	أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم مرَّ بقومٍ يُلقحون	134
17	فضى باليمين على المدعى عليه	158

166	يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخَذَ مَا لِي	18
166	فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ حِفْظَ الْحَوَائِطِ بِالنَّهَارِ	19
167	كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ: دَمُهُ وَمَالُهُ وَعَرْضُهُ	20
184	شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ	21
184	أَنَّهُ وَقَعَ خِلَافٌ أَوْ خِصْمَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ابْنِ عَمِّ لَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: بَيْنْتُكَ	22
205	مَنْ أَحْسَنَ فِي الْإِسْلَامِ لَمْ يُؤَاخَذْ بِمَا عَمِلَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ	23
170	أَنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَايَا دَابَّةً، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْنَهُ	24
204	أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ: أُبْسِطْ يَمِينَكَ فَلَا بُأْيَعَكَ فَبَسَطَ يَمِينَهُ فَبَسَطْتُ يَدِي، فَقَالَ: مَا لَكَ يَا عَمْرُو؟	25
208	أَتَى رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ، فَنَادَاهُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي زَيْتٌ فَأَعْرَضَ عَنْهُ	26
211	مَنْ أُصِيبَ بِقَتْلِ، أَوْ خَبَلٍ، فَإِنَّهُ يَخْتَارُ إِحْدَى ثَلَاثٍ:	27
211	من قتل له قتيل	28
212	فَقَضَى أَنَّ مَنْ قُتِلَ خَطَأً فَدَيْتُهُ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ:	29
213	أُتِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ، قَالَ: «اضْرِبُوهُ»	30
215	لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جُلْدَاتٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ	31
237	أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ الْأَسْلَمِيَّ، أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ ظَلَمْتُ نَفْسِي، وَرَبَّيْتُ	32

242	أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وُلِدَ لِي غُلَامٌ أَسْوَدٌ	33
242	يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا بَارِضٌ بَارِدَةٌ نُعَالِجُ فِيهَا عَمَلًا شَدِيدًا	34
243	أَيُّمَا رَجُلٍ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ فَادَّعُهُ	35
244	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمَ بْنَ حذيفةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضْرِبُهُ	36
171	جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتٍ، وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ، إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ:	37
290	مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَفْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ هُوَ عَلَيْهَا فَاجِرٌ لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ	38
209	كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ	39
209	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ضَرَبَ فِي الخَمْرِ بِالْجَرِيدِ والنَّعَالِ	40
207	وَالْبِكْرُ جَلْدٌ مِئَةٌ، ثُمَّ نَفْيٌ سَنَةً	41
301	مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ	42
301	مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ	43
301	مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعَرِيقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ	44
320	عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ	45
320	لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ لَاعِبًا وَلَا جَادًّا	46
337	الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ	47
50	جَاءَ رَجُلٌ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ يَسْأَلُهُ عَنِ السُّحُورِ	48

49	دَخَلَ رَجُلَانِ عَلَى أَبِي بَكْرٍ وَهُوَ يَتَسَخَّرُ فَقَالَ أَحَدُهُمَا:	50
50	رَأَيْتُ ابْنَ عُمَرَ أَخَذَ دَلْوًا مِنْ زَمْزَمَ، فَقَالَ لِلرَّجُلَيْنِ: «أَطْلَعِ الْفَجْرُ؟»	50
51	إِذَا طُفَّتِ بِالْبَيْتِ فَلَمْ تَدْرِ أَتَمَّمْتَ أَمْ لَمْ تُتِمِّمْ؟	51
52	إِذَا فَقَدَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى يَقْدَمَ	51
53	لَيْسَ الَّذِي قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شَيْءٌ يَعْنِي فِي امْرَأَةِ الْمُفْقُودِ هِيَ	52
54	أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ، طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ وَهُوَ مَرِيضٌ	108
55	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ غَدَا إِلَى أَرْضِهِ بِالْحَرْفِ فَوَجَدَ فِي ثَوْبِهِ احْتِلَامًا	108
56	فِي رَجُلٍ وَجَدَ فِي ثَوْبِهِ أَثَرَ احْتِلَامٍ	151
57	إِذَا اشْتَبَهَ عَلَيْكَ الْحُدُّ فَادْرَأْهُ مَا اسْتَطَعْتَ	151
58	لَأَنَّ أُعْطِلَ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ	151
59	إِذَا حَضَرْتُمُونَا فَاسْأَلُوا فِي الْعَهْدِ جُهِدْكُمْ فَإِنِّي إِنِ أَخْطِئُ فِي الْعَفْوِ	151
60	ادْرَأُوا الْجِلْدَ وَالْقَتْلَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ	185
61	انْطَلَقْتُ فِي رَكْبٍ حَتَّى إِذَا جِئْنَا ذَا الْمَرْوَةِ سُرِقَتْ عَيْبَةٌ	185
62	أَنَّ قَوْمًا مِنَ الْكَلَّاعِيِّينَ سُرِقَ لَهُمْ مَتَاعٌ فَاتَّهَمُوا أَنَا	238
63	أَنَّ شِرَاحَةَ الْهُمْدَانِيَّةِ، أَتَتْ عَلِيًّا، فَقَالَتْ: إِنِّي زَنَيْتُ	239
64	شَهِدْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ وَأُتِيَ بِالْوَلِيدِ قَدْ صَلَّى الصُّبْحَ رَكَعَتَيْنِ	240
65	جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَشَهِدَ عَلِيَّ الْمُغِيرَةَ	241
66	لَا يَقْطَعُ فِي عِدْقٍ، وَلَا عَامِ السَّنَةِ	

ثالثاً: فهرس قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره وعلومه

- القرآن الكريم برواية حفص.
- كتب التفسير
- 1- تفسير القرطبي، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة (مصر) (1384هـ-1964م).
- 2- تفسير القرآن العظيم، أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، ت: سامي بن محمد السلامة، ط2 دار طيبة، الرياض (السعودية)، (1420هـ/1999م).
- 3- فتح البيان في مقاصد القرآن، صديق حسن خان، ت: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت، (لبنان) (1412هـ/1992م).
- 4- مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، ت: صفوان عدنان داوودي، ط4، دار القلم دمشق (سورية)، ودار الشامية، بيروت (لبنان)، (1430هـ/2009م).
- 5- العذب النمير من مجالس الشنقيطي في التفسير لمحمد الأمين الشنقيطي، ت: خالد بن عثمان السبت، ط5، دار عطاءات العلم (الرياض) ودار ابن حزم (بيروت)، (1441هـ/2019م).
- 6- فتح القدير للشوكاني، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، (دمشق، بيروت)، 1414هـ.
- 7- تفسير البغوي، ت: محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، ط4، دار طيبة، (1417هـ/1997م).
- 8- تفسير السعدي، ت: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1420هـ/2000م).

9- محاسن التأويل للقاسمي، ت: محمد باسل عيون السود، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت (لبنان)، (1418هـ).

10- تفسير الآلوسي، ت: علي عبد الباري عطية، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، (1415هـ).

11- تفسير الطبري، ت: عبد المحسن التركي، ط1، دار هجر، (السعودية)، (1422هـ-2001م).

ثانياً: كتب السنة (الأحاديث والمصنفات والتخريج والشروح)

12- صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق-لبنان، (1423هـ-2002م).

13- صحيح مسلم، ت: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، ط1، دار طيبة، الرياض (السعودية) (1427هـ-2006م).

14- سنن النسائي، ت: حسن عبد المنعم شلي، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) (1421هـ/2001م).

15- سنن أبي داود، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قروبلي، ط1، دار الرسالة العالمية، دمشق (سورية)، (1430هـ/2009م).

16- سنن الترمذي، ت: بشار عواد معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، (1996م).

17- سنن ابن ماجة، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة (مصر).

18- سنن الدارمي، ت: حسين سليم أسد، ط1، دار المغني، الرياض (السعودية)، (1421هـ-2001م).

19- موطأ، مالك بن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (لبنان) (1406هـ - 1985م).

20- مسند الإمام أحمد، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان).

21- سنن الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط وحسن عبد المنعم شلي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد بهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان).

- 22- السنن الكبرى للبيهقي، ت: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1424هـ-2003م).
- 23- السنن الصغرى للبيهقي، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية كراتشي (باكستان).
- 24- التعليق الممجد على موطأ الإمام محمد، عبد الحي اللكنوي، ت: تقي الدين الندوي، (ط1) دار السنة والسيره، (بومبائي) ودار القلم (دمشق)، (1413هـ/1992م).
- 25- أوجز المسالك إلى موطأ مالك، محمد زكريا الكاندهلوي، كتاب الاستئذان، باب ما جاء في الفأرة تقع في السمن، ط1، دار القلم، دمشق، (2003/1424م).
- 26- بذل المجهود في حل سنن أبي داود، خليل أحمد السهارنفوري، ت: تقي الدين الندوي، (ط1) مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، (1427هـ-2006م).
- 27- الفتح الباري شرح البخاري لابن حجر العسقلاني، ت: عبد القادر شيبه أحمد، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، (1421هـ-2001م).
- 28- بهجة قلوب الأبرار وقره عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار لعبد الرحمان آل سعدي، ت: عبد الكريم بن رسمي ال دريني (ط1)، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية)، (1422هـ-2002م).
- 29- المعجم الكبير للطبراني، ت: حمدي عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (مصر).
- 30- الاستذكار لابن عبد البر، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، دار قتيبة (دمشق-بيروت)، دار الوعي (حلب-القاهرة)، (1414هـ-1993م).
- 31- بلوغ المرام لابن حجر، ت: ماهر ياسين الفحل، ط1، دار القبس (السعودية)، (1435هـ-2014م).
- 32- المنتقى شرح موطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ط1، مطبعة السعادة، (مصر) (1332هـ).

- 33- المنهاج للنووي، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، (1392هـ).
- 34- المنهاج في شرح صحيح مسلم للنووي، ط2، قرطبة، (1414هـ-1994م).
- 35- شرح معاني الآثار للطحاوي، كتاب القضاء والشهادات، باب الرجل يكون عنده الشهادة للرجل هل يجب عليه أن يخبره بها وهل يقبله الحاكم على ذلك أم لا؟، رقم: (6134)، عالم الكتب، بيروت (لبنان).
- 36- شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية لابن دقيق العيد، ط6، مؤسسة الريان (1424هـ/2003م).
- 37- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم لأبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، ت: أحمد محمد السيد وآخرون ط1، (دار ابن كثير، دمشق - بيروت)، (دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت)، (1417هـ-1996م).
- 38- البدر المنير لابن ملقن، ت: مصطفى أبو الغيط وآخرون، ط1، دار الهجرة، الرياض (السعودية) (1425هـ-2004م).
- 39- تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب لابن كثير، ط2، دار ابن حزم، (1416هـ-1996م).
- 40- تهذيب سنن أبي داود لابن القيم، ت: علي العمران، طبعة دار عطاءات العلم، (الرياض).
- 41- الخلاصة للنووي، ت: حسين إسماعيل الجمل، طبعة مؤسسة الرسالة.
- 42- فتح الغفار للرُّباعي، ت: علي العمران وآخرون، ط1، عالم الفوائد، (1427هـ).
- 43- مصنف عبد الرزاق، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المجلس العلمي - الهند، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت، (1403هـ-1983م).
- 44- مصنف ابن أبي شيبة، ت: حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد إبراهيم اللحيان، مكتبة الرشد الرياض (السعودية)، (1425هـ-2005م).

- 45- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للنمري، ت: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، (المغرب)، (1387هـ).
- 46- مسند البزار، ت: عادل بن سعد، (ط1)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة (السعودية) (1988م-2009م).

ثالثاً: المعاجم والقواميس اللغوية ودواوين الشعرية

- 47- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1399هـ/1989م.
- 48- المصباح المنير في غريب شرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة.
- 49- لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان.
- 50- القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين، محمود حامد عثمان، ط1، دار الزّاحم، السعودية (1423هـ/2002م).
- 51- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات وآخرون، ط1، مجمع اللغة العربية مطبعة مصر 1960.
- 52- القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب فيروزآبادي، ت: مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1426هـ-2005م).
- 53- تاج العروس لمرتضى الزبيدي، ت: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (الكويت) (1385هـ/1965م).
- 54- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، ت: أحمد عبد الغفور عطار (ط4)، دار العلم للملايين، بيروت (لبنان)، 1990م.

55- معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، ط1، عالم الكتب، القاهرة (مصر)، (1429هـ-2008م).

56- مختار الصحاح لزين الدين بن عبد القادر الرازي، ت: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية الدار النموذجية، بيروت - صيدا، (لبنان)، (1420هـ/1999م).

57- التعريفات للجرجاني، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة (مصر).

58- معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، ط2، دار النفائس، بيروت (لبنان)، (1408هـ-1988م).

59- ديوان امرئ القيس، ت: المصطاوي، ط2، دار المعرفة - بيروت (لبنان)، (1425هـ/2004م).

رابعاً: كتب التراجم

60- الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي، ط15، دار العلم للملايين (2002م).

61- سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، (1405هـ - 1985م).

62- معجم الأصوليين، محمد مظهر بقا، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، مكة المكرمة (السعودية) 1414هـ.

63- طبقات الشافعية، تاج الدين السبكي، ت: محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو (ط2)، هجر للطباعة والنشر، (1413هـ).

64- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ابن فرحون، ت: محمد الأحمد، دار التراث القاهرة (مصر).

65- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن العماد العكري الحنبلي، ت: محمود الأرنؤوط، ط1، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، (1406هـ-1986م).

66- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، أبو محمد محيي الدين الحنفي، ت: عبد الفتاح محمد الحلو (ب.ط)، هجر للطباعة والنشر.

67- تاج التراجم، زين الدين السؤدوني، ت: محمد خير يوسف رمضان، ط1، دار القلم، دمشق - بيروت، (1413هـ-1992م).

68- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ابن سالم مخلوف، ت: عبد المجيد خيالي، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، (1424هـ-2003م).

69- الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي، ت: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث - بيروت (لبنان)، (1420هـ-2000م).

خامسا: كتب أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية

70- المستصفى من علم الأصول، الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة بيروت (لبنان)، ط1، (1417هـ-1997م).

71- مقدمة في أصول الفقه، أبي الحسن علي بن عمر البغدادي المعروف بابن القصار، ت: مصطفى مخدوم، ط1، دار المعلمة، الرياض، السعودية، (1420هـ/1999م).

72- كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري، (ب.ط)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (مصر).

73- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن الجوزي، (السعودية) 1423هـ.

74- ميزان الأصول في نتائج العقول، محمد بن أحمد علاء الدين شمس النظر السمرقندي، مطابع الدوحة، (1404هـ-1984م).

75- إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ت: عبد الله محمد الجبوري، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (1409هـ-1989م).

- 76- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى الزحيلي، ط2، دار الخير، بيروت، لبنان (1427هـ-2006م).
- 77- ابن حزم وموقفه من قواعد الاستدلال بتعددية الحكم بغير القياس، خالد عبد الخالق العتلة، (ب-ط)، دار الخليج، عمان، 2016م.
- 78- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، محمد بن حسن الجيزاني، ط7، دار ابن الجوزي (السعودية)، (1429هـ).
- 79- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، ط2، دار الصفوة، القاهرة، (مصر) (1413هـ-1992م).
- 80- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت: شعبان محمد إسماعيل، ط1، المكتبة المكية، مكة-السعودية، المكتبة التدمرية، الرياض السعودية، مؤسسة الريان بيروت-لبنان، (1419هـ-1998م).
- 81- أصول الفقه، محمد أبو زهرة، (د. ط)، دار الفكر العربي، (د. س).
- 82- الدليل عند الظاهرية، نور الدين الخادمي، ط1، دار ابن حزم، لبنان، (1431هـ-2000م).
- 83- تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية، ت: علي بن محمد العمران ومحمد عزيد شمس، دار عالم الفوائد.
- 84- الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين دراسة تحليلية لنظريتي الدليل والترتيب والموازنة، محمد بن عبد السلام عواد، ط1، المعهد العالي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية (1435هـ/2014م).
- 85- الإحكام في أصول الأحكام، محمد بن علي الآمدي، ت: عبد الرزاق عفيفي، ط1، دار الصمعي، الرياض (السعودية) (1424هـ-2003م).

- 86- مختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن محمد بن علي بن عباس بن شيان البعلي المعروف "بابن اللحام"، ت: محمد مظهربقا، دار الفكر، (دمشق) سوريا (1400هـ/1980م).
- 87- المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، ط1، مكتبة الرشيد الرياض (السعودية) (1420هـ-1999م).
- 88- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، ت: محمد حسن هيتو، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان).
- 89- منتهى السؤل في علم الأصول ويليهِ تحصيل المأمول مختصر إرشاد الفحول، علي بن محمد الآمدي سيف الدين أبو الحسن صديق حسن خان، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان (1424هـ/2003م).
- 90- الواضح في أصول الفقه، أبي الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1420هـ-1999م.
- 91- مذكرة أصول الفقه، محمد الأمين الشنقيطي، ط1، مجمع الفقه الإسلامي بجدّة - دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، 1426هـ.
- 92- الوصول إلى لأصول، أحمد بن علي بن برهان البغدادي، ت: عبد الحميد علي أبو زنيد، ط1، مكتبة المعارف، الرياض (السعودية)، (1404هـ-1984م).
- 93- الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، حاتم باي، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت (1432هـ/2011م).
- 94- المنهاج في ترتيب الحجاج، أبو الوليد الباجي، ت: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي.
- 95- شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرني، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة (مصر)، (1393هـ-1973م).

- 96- نشر البنود على مراقبي السعود، عبد الله بن إبراهيم العلوي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب.
- 97- لباب المحصول في علم الأصول، الحسين بن رشيق المالكي، ت: محمد غزالي حبابي، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي-الإمارات العربية المتحدة، (1422هـ-2001م).
- 98- البحر المحيط، بدر الدين الزركشي، ط2، دار الصفوة، القاهرة، (مصر)، (1413هـ-1992م)
- 99- نظم مراقبي السعود لمبتغي الرقي والسعود، عبد الله إبراهيم العلوي الشنقيطي، كتاب الاستدلال، البيت 829.
- 100- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية دراسة أصولية تأصيلية، يعقوب الباحسين، ط4، مكتبة الرشد الرياض (السعودية) (1422هـ-2001م).
- 101- الإمام في بيان أدلة الأحكام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي، ت: رضوان مختار بن غربية ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1407هـ - 1987م).
- 102- الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، محمد سليمان الأشقر، ط2، الدار السلفية، الكويت (1403هـ-1983م).
- 103- الموافقات، للأبي إسحاق الشاطبي، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، السعودية، (1417هـ-1997م).
- 104- الاجماع، أبي بكر ابن المنذر، ت: أحمد حنيف، ط2، مكتبة الفرقان (عجمان) ومكتبة مكة الثقافية (رأس الخيمة)، (الإمارات العربية المتحدة)، (1420هـ/1999م).
- 105- مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني (2011).

- 106- الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي لحسن بن إبراهيم الهنداوي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) (1425هـ/2004م).
- 107- تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول لكamal الدين الكاملية، ت: عبد الفتاح أحمد قطب الدخيسي ط1، دار الفازوق الحديثة، القاهرة (مصر)، (1423هـ-2002م).
- 108- الابهاج في شرح المنهاج للسبكي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1404هـ-1984م).
- 109- غاية الوصول في شرح لب الأصول لذكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، دار الكتب العربية الكبرى، (مصر).
- 110- المحصول في علم أصول الفقه لفخر الدين الرازي، ت: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت (لبنان).
- 111- التقرير والتحبير لابن الأمير الحاج، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1403هـ-1983م).
- 112- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم، ت: إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت (لبنان).
- 113- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمرير بادشاه، مصطفى البابي الحلبي، مصر، (1351هـ-1932م).
- 114- التبصرة للشيرازي، ت: محمد حسن هيتو، ط1، دار الفكر، دمشق (سورية)، (1980م).
- 115- العدة لأبو يعلى، ت: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط2، (د. ن)، المملكة العربية السعودية (1410هـ-1990م).
- 116- قواطع الأدلة للسمعاني، ت: محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1418هـ-1999م).

سادسا: كتب الفقه الإسلامي

• المذهب المالكي

- 117- الفروق، شهاب الدين القرافي، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، دار النوادر، (الكويت)، (1431هـ/2010م).
- 118- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ت: محمد حجي وآخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية (الرباط) ودار الغرب الإسلامي، (بيروت)، (1401هـ-1981م).
- 119- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي بيروت (لبنان).
- 120- مدونة الفقه المالكي وأدلتها، الصادق عبد الرحمان الغرياني، ط1، مؤسسة الريان، بيروت (لبنان) (1423هـ-2002م).
- 121- تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي، دار عالم الكتب، الرياض، (المملكة العربية السعودية) (1423هـ-2003م).
- 122- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الدردير، ت: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة (مصر).
- 123- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، محمد بن يوسف الكافي، ط3، دار الفكر (1393هـ/1973م).
- 124- الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد ميارة ت: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، (مصر)، (1432هـ/2011م).

- 125- رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، ت: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة (مصر).
- 126- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1415هـ/1994).
- 127- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، عيسى البابي الحلبي مصر.
- 128- التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب البغدادي، محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض مكة المكرمة (السعودية).
- 129- القوانين الفقهية، محمد بن جزى، ت: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان) (1424هـ/2013).
- 130- توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، ط1، المطبعة التونسية (تونس)، (1339هـ).
- 131- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، ت: محمد صبحي حسن حلاق، ط1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة (مصر) (1415هـ).
- 132- حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، (لبنان).
- 133- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لعبد الله بن أبي زيد، ت: محمد عبد العزيز الدباغ، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان).
- 134- التبصرة للحمي، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (قطر) (1423هـ-2011م).
- 135- فواكه الدواني لأحمد بن غانم النفراوي، (د. ط) دار الفكر، (1415هـ-1995م).

136- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس، ت: حميد بن محمد لحر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، (1423هـ-2003م).

137- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، ط3، دار الفكر، (1412هـ-1994م).

• المذهب الشافعي

138- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن حبيب الماوردي، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1414هـ-1994م).

139- الأم، محمد بن ادريس الشافعي، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، دار الوفاء، المنصورة (مصر) (1422هـ/2001م).

140- المهذب في الفقه الإمام الشافعي، أبي إسحاق الشيرازي، ط1، دار القلم (دمشق)، دار الشامية (بيروت)، (1412هـ/1992م).

141- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت (لبنان)، (1416هـ-1991م).

142- حاشية البجيرمي على الخطيب لسليمان البجيرمي، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 2017م.

143- المجموع شرح المهذب لمحي الدين بن شرف النووي، ت: عادل أحمد عبد الموجود وأحمد عيسى حسن المعصراوي وآخرون، ط1 دار الكتب العلمية، 1993.

• المذهب الحنبلي

144- الفروع، الشمس الدين محمد بن مفلح، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، ودار المؤيد، المملكة العربية السعودية، (1424هـ/2003م).

145- المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه الجنائيات والحدود»، لعبد الكريم بن محمد اللاحم، (ط1) دار كنوز إشبيلية، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (1432هـ/2011م).

- 146- المغني، ابن قدامة، ت: عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية)، (1417هـ-1997م).
- 147- سبل السلام، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ت: ناصر الدين الألباني ط1، مكتبة المعارف (المملكة العربية السعودية)، (1427-2006).
- 148- كشف القناع، منصور بن ادريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت (لبنان)، (1403هـ/1983م).
- 149- شرح منتهى الإرادات، منصور بن ادريس البهوتي، ت: عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1421هـ/2000م).
- 150- مطالب أولي النهى، مصطفى السيوطي الرحباني، ط2، المكتب الإسلامي (1381هـ/1961م).
- 151- إغاثة اللفهان، ابن القيم الجوزية، ت: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد.
- 152- المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1418هـ-1997م).
- المذهب الحنفي
- 153- المبسوط للسرخسي، مطبعة السعادة-دار المعرفة، بيروت (لبنان)، (1409هـ-1989م).
- 154- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ط2، دار الكتاب الإسلامي، (د. س).
- 155- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ط1، طبعة الأميرية الكبرى ببولاق، 1314هـ.
- 156- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ت: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1424هـ-2002م).

- 157- رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب الرياض-(المملكة العربية السعودية)، (1423هـ-2003م).
- 158- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان).
- 159- شرح فتح القدير على الهداية شرح بديهة المبتدي للمرغيناني: ت: عبد الرزاق غالب مهدي، (ط1) دار الكتب العلمية بيروت (لبنان)، (1424هـ-2003م).
- 160- الأصل لمحمد بن الحسن، ت: محمد بونوكال، ط1، دار ابن حزم، بيروت (لبنان) (1433هـ-2012م).
- 161- التنبيه على مشكلات الهداية لابن أبي العز الحنفي، ت: عبد الحكيم بن محمد شاکر وأنور صالح أبو زيد، ط1، مكتبة الرشد ناشرون (السعودية)، (1424هـ-2003م).
- 162- البناية شرح الهداية للعيني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1420هـ-2000م).
- 163- مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (اختصار الجصاص)، ت: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1417هـ).
- 164- درر الحکام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ترجمة: فهمي الحسيني، (طبعة خاصة)، دار عالم الكتب، (السعودية)، دار الجيل (بيروت)، (1423هـ/2003م).
- 165- درر الحکام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية) (1423هـ-2003م).
- 166- شرح المجلة، سليم رستم باز اللباني، ط3، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1923م.
- كتب الفقه المقارن
- 167- الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، ط2، دار الفكر، دمشق (سورية) (1985/1405م).
- 168- الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان).

• كتب الفقه العام

- 169- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق-سورية، (1425هـ-2004م).
- 170- من العقود المالية المركبة، عبد الله العمراني، ط2، دار كنوز إشبيليا، الرياض (السعودية).
- 171- فقه العصر لفضل بن عبد الله مراد، ط2، الجيل الجديد ناشرون، صنعاء (اليمن)، (1437هـ - 2016م).
- 172- اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها -دراسة مقارنة- لفاضل محمد جواد السهلاني دار الزهراء، بيروت (لبنان).
- 173- العقوبة، محمد أبو زهرة، (ب. ط)، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، (د. س).
- 174- في أصول النظام الجنائي في الإسلام دراسة مقارنة، محمد سليم العوا، دار المعارف، القاهرة (مصر).
- 175- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، محمد رأفت عثمان، ط2، دار البيان (1415هـ/1994م).
- 176- الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ناصر علي ناصر الخليفي، ط1 (1412هـ-1992م).
- 177- مسقطات العقوبة التعزيرية، عبد الحميد إبراهيم المجائي، المركز العربي لدراسات الأمانة والتدريب الرياض (المملكة العربية السعودية)، (1412هـ/1992م).
- 178- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد مصطفى الزحيلي، ط2، دار البيان، دمشق (1414هـ/1994م).
- 179- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1413هـ/1993م).

180- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة، مصطفى شلبي، ط4، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1983م.

181- مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (اختصار الجصاص)، ت: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1417هـ).

• الجوامع

182- مجموع الفتاوى لابن تيمية، ط1، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد (السعودية)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (السعودية)، (1425هـ/2004م).

• الموسوعات

183- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، (من 1404هـ - 1427هـ).

184- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، سعدي أبو الحبيب، ط4، دار الفكر، دمشق (سورية) (1432هـ/2011م).

• الرقائق والآداب

185- مدارج السالكين بين منازل إيتاك نعبد وإيتاك نستعين لابن القيم الجوزية، ط1، دار الكتب العلمية بيروت (لبنان).

186- الأذكار للنووي، ت: عبد القادر الأرناؤوط، مطبعة الملاح، دمشق (سورية)، (1391هـ - 1971م).

• كتب السياسة الشرعية والأقضية

187- تبصرة الحكام لابن فرحون، ت: جمال مرعشلي، دار عالم، الرياض (السعودية)، (1423 - 2003).

188- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ت: محمد الاسكندراني وعلي محمد دندل، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، (1428هـ-2007م).

189- الأحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، ت: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة (مصر)، (1427هـ-2006م).

سابعاً: قواعد الفقه الإسلامي

190- معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مؤسسة زايد آل نهيان، ط1، (1434هـ-2013م).

191- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1403هـ/1983م).

192- الأشباه والنظائر لابن نجيم، ت: الشيخ زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان) (1419هـ-1999م).

193- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، ط3، دار الفكر دمشق (سورية)، (1430هـ-2009م).

194- تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لابن رجب، ت: أوعبيدة، بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، (السعودية).

195- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي آل بوزنو، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، (1416هـ-1996م).

196- مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، صالح بن محمد بن الحسن الأسمرى، ط1، دار الصميعي، الرياض (السعودية)، (1420هـ/2000م).

197- المنتور في القواعد الفقه الشافعي، بدر الدين الزركشي، ت: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (1421هـ-2000م).

- 198- القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامة، عبد الواحد الإدريسي، ط2، دار ابن القيم (مصر) ودار ابن عفان، (السعودية)، (1429هـ، 2008م).
- 199- شرح القواعد الفقهية لمصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق (سوريا)، (1409هـ-1989م).
- 200- قاعدة اليقين لا يزول بالشك -دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية- ليعقوب عبد الوهاب الباسين ط1، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية)، (1421هـ-2000م).
- 201- القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، ط1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة (السعودية) (1423هـ/2003م).
- 202- القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية، لعادل عبد القادر، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1425هـ-2004م).
- 203- القواعد الفقهية للفقهاء الإسلاميين شأنها رجالاتها آثارها لأحمد محمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية، (1423هـ، 1993م).
- 204- مؤسوعة القواعد الفقهية لآل بورنو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) (1424هـ/2003م)

ثامنا: كتب الفقه القانوني

- 205- نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري لمحمد مروان، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، (1999).
- 206- شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجريمة، عبد الله سليمان، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- 207- الوافي في الإثبات الجنائي، هشام الجميلي، دار الفكر والقانون، مصر، 2006.

- 208- أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، بلعيات إبراهيم، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2007.
- 209- التحقيق القضائي لأحسن بوسقيعة، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 210- مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري لرؤوف عبيد، دار الجيل للطباعة، القاهرة مصر 1985.
- 211- الإثبات في المواد الجنائية محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، محمد زكي ابو عامر، دار الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية مصر.
- 212- الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1938م.
- 213- الوجيز في التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، أحمد صلاح الدين.
- 214- موسوعة مقومات التميز والكفاءة في أداء أعمال الحمامة، كمال عبد الواحد الجوهري، طبعة (2015)، المركز القومي للإصدارات القانونية، (مصر).
- 215- الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، بلحاج العربي، دار هومة، الجزائر، 2016.
- 216- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ولد خصال سليمان، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع (الجزائر)، (2012).
- 217- محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي لمروك نصر الدين، دار هومة الجزائرية، (2003م).
- 218- الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي للعربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، (د.ط)، دار الهدى، الجزائر، 2006.

219- إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي دراسة مقارنة، نجيمي جمال، دار هومة، الجزائر، ط1 2011.

220- مقدمة في النظرية العامة للإثبات لمشاعل عبد العزيز الهاجري، بحث علمي خاص، جامعة الكويت، كلية الحقوق (قسم القانون الخاص)، 2004.

221- حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته لموسى مسعود رحومة، ط1، الدار الجماهيرية، مصراتة (ليبيا)، 1988م.

222- الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، لإبراهيم الغماز، عالم الكتب، القاهرة (مصر)، 1980.

223- أصول الإثبات لرمضان أبو السعود، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، 1986م روح القوانين لمونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة الهداوي، (2017م).

224- روح القوانين لمونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة الهداوي، (2017م).

تاسعا: كتب الشريعة والقانون

225- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي بيروت (لبنان).

226- الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، محمد منصور الحفناوي ط1، مطبعة الأمانة، (1406هـ/1986م).

227- نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنيا وجنائيا شرعا وقانونا، حسين المؤمن، (ب. ط)، دار الكتاب العربي، مصر 1948م.

228- موضوع النسب في الشريعة والقانون، أحمد حمد، ط1، دار البعث، قسنطينة (الجزائر) (1983م).

229- الوجيز في التركات والموارث، بلحاج العربي، دار هومة، (الجزائر)، 2013.

230- الحيازة والملكية في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية لحسين علي محمد سعيد (ب. ط)، (بحث خاص)، (مصر)، (ب. ت).

عاشرا: الرسائل العلمية

231- القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية، عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت (لبنان)، (1425هـ-2004م).

232- براءة الذمة وتطبيقاتها الفقهية، مولاي عائشة، رسالة ماجستير فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية جامعة وهران1، الجزائر (2013-2012).

233- رؤوس المسائل «المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية» للزمخشري، ت: عبد الله نذير أحمد، رسالة ماجستير للمحقق، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة (السعودية).

234- المستثنيات الفقهية من قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وتطبيقاتها القضائية عبد الرحمان بن محمد الموسى، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية (السعودية)، (1429هـ/1430هـ).

235- قرينة البراءة وأثرها في المحاكمة العادلة دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الجزائري بوسعيد زينب، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة أحمد دراية أدرار، (الجزائر) (2015/2016).

236- مبدأ شرعية عقوبة التعزير وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، عبد الرحمان بن براهيم بن عبد الله الجويري، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، (1420هـ-2000م).

237- نظرية ظروف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، لريد محمد أحمد أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران1، (2009-2008).

- 238- شرح الأربعين النووية لمحمد عبد الكريم حسن الإسحاقى، رسالة ماجستير في الحديث النبوي كلية الحديث الشريف والدراسات الإسلامية بالجامعة الإسلامية المدينة المنورة (السعودية) (1437/1436هـ).
- 239- قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة لهيثم أحمد فتيخان الجميلي، رسالة ماجستير، في الدراسات الإسلامية، جامعة النيلين الخرطوم (السودان).
- 240- الشبهة وأثرها في إسقاط العقوبة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، حباس عبد القادر أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران 1، (الجزائر)، (2016-2015).
- 241- يقين القاضي الجنائي، إيمان الجابري، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي، جامعة الإسكندرية- كلية الحقوق، (مصر)، 2002.
- 242- أحكام دعاوى الحيازة في نظام المرافعات الشرعية، فهد بن علي الحسون، رسالة ماجستير جامعة الإمام فهد بن علي الحسون، المملكة العربية السعودية، (1427هـ-1428هـ).
- 243- اليقين القضائي وسلطة الرقابة عليه دراسة مقارنة بين الفقه النص والاجتهاد القضائي، نعمون آسيا، رسالة ماجستير في الحقوق جامعة منتوري قسنطينة (الجزائر)، (2011/2010). 14- من العقود المالية المركبة لعبد الله العمراني، ط2، دار كنوز إشبيليا، الرياض (السعودية) (1431هـ-2010م).
- 244- البراءة في القانون الجنائي لرائد أحمد محمد، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد (العراق) (2006).
- 245- الاقتناع الشخصي للقاضي في المواد الجنائية في القانون المقارن لطواهري إسماعيل، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، (الجزائر)، (2013م-2014م).
- 246- المنطق القضائي ودوره في سلامة الحكم الجزائي، مستاري عادل، أطروحة دكتوراه في الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)، (2011/2010).

247- قرينة البراءة، كريمة خطاب، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، (الجزائر) (2015/2014).

248- تسبيب الأحكام الجزائية في القانون العراقي -دراسة مقارنة- لحميد البياتي، رسالة ماجستير كلية القانون، بغداد (العراق)، 1983م.

الحادي عشر: المقالات العلمية

249- الاستصحاب عند شيخ الإسلام ابن تيمية جمعاً ودراسة، عبد الرحمان بن عبد الله بن محمد البراهيم، مقال منشور بمجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، ع (3)، م (7)، 2014م.

250- قاعدة الأصل في الصفات العارضة العدم دراسة مقارنة، حسين بن عوض بن حسين الشهري مجلة الدراسات العربية، المجلد 43، العدد (2)، يناير 2021، كلية دار العلوم، جامعة المنيا.

251- استصحاب الإجماع في محل النزاع -دراسة أصولية تطبيقية- لغازي بن مرشد بن خلف العتيبي مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 51.

252- نظرية براءة المتهم حتى تثبت إدانته وحظّها من الاعتبار في الشريعة الإسلامية، عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة البحوث الإسلامية، العدد السابع، الإصدار 1403هـ.

253- الاستصحاب المقلوب (تحكيم الحال) لأحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي، مقال منشور بمجلة جامعة الإمام، ع 1، 1427هـ.

254- قاعدة الأصل في الحادث إضافته إلى أقرب أوقاته وتطبيقاتها للمطروودي علي بن عبد العزيز بن براهيم، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (ع13)، 2012.

255- تسبيب الأحكام الجزائية أو الضمان ضد التعسف، بغانة عبد السلام، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، مجلد ب، ع 41، جوان 2014.

256- دور قاعدة الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، كيفاجي الضيف مقال منشور بمجلة المعيار، م18، ع35.

- 257- عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، سعادنة العيد، مقال منشور بمجلة المفكر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، (م9)، (ع2)، سبتمبر 2014.
- 258- عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، الطاهر برايك، مجلة العلوم الإنسانية (جامعة محمد خيضر بسكرة)، م (13)، ع (3)، ماي 2013.
- 259- مساهمة المتهم في تدعيم قرينة البراءة لإدريس جمال، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، م (50) ع (4)، (2013م).
- 260- أساسيات في التشريع الجنائي الإسلامي لمحمد سليم العوا، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد (1)، (1397هـ/1977م).
- 261- الإطار القانوني لتطوير نظام التقاضي وتكوين مبدأ الاقتناع القضائي لمحمود سيد عامر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، م (32)، ع (2)، 2020.
- 262- نطاق القناعة الشخصية للقاضي الجنائي واستقرار اليقين القضائي لمصطفى معتبر، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المغرب، م (2021)، ع (S)، المنشور بتاريخ: 2021-08-31.
- 263- دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، الضيف كيفاجي، مقال منشور بمجلة المعيار، ع (35)، م (18)، المنشور بتاريخ: 2014-06-13.
- 264- الحياة وأثرها في كسب الملكية العقارية بالتقادم في القانون الجزائري لفراجي كوثر، مجلة القانون العقاري والبيئة، م (6)، ع (1) جانفي (2018).
- 265- حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، محمد علي السالم عياد الحلبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، (العدد 3، السنة 31 سبتمبر 2007).
- 266- مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري لمنصور داود وساعد العقون، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م (4)، ع (2)، 2019.

267- الأساس القانوني لقاعدة الحياة في المنقول سند الملكية وشروط تطبيقها، مقال منشور بموقع

محامة، بتاريخ: 2018/02/07 الرابط: <https://www.mohamah.net>

الثاني عشر: القوانين والموثيق والإعلانات الدولية

أ- القوانين الجزائرية

268- الدستور الجزائري (سنة 1989)، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب عام 1409 الموافق 28 فبراير سنة 1989.

269- الدستور الجزائري (سنة 1996)، الصادر 27 رجب عام 1417 هـ الموافق 8 ديسمبر 1996 م.

270- الدستور الجزائري (سنة 2020)، الصادر 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق 30 ديسمبر 2020 م.

271- قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/07/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بموجب القانون رقم 19/10 المؤرخ في 11/12/2019، المعدل بموجب الأمر رقم 20-04، مؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر عدد 51، الصادرة بتاريخ: 31 أوت 2020.

272- الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 هـ الموافق 23 يونيو سنة 2015 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

273- قانون العقوبات، الصادر بموجب الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. بالقانون رقم 20-06 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2020.

274- قانون رقم 21-14 مؤرخ في 23 جمادى الأولى عام 1443 هـ الموافق 28 ديسمبر سنة 2021 والمتضمن قانون العقوبات.

- 275- القانون المدني، صادر بموجب الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني.
(الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30-09-1975) معدل ومتمم.
- 276- قانون الأسرة، صادر بموجب القانون، رقم: 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
(مرسوم تنفيذي رقم: 06-154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006).
- 277- قانون الجمارك، القانون رقم: 04/17 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان عام 1399 الموافق 21 يوليو سنة 1979.

ب- القوانين العربية

- 278- الدستور المصري، الصادر بتاريخ: 12 سبتمبر 1971، معدل ومتمم، بدستور 2019، الصادر بتاريخ: 23 أبريل 2019 قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم 38 لسنة 2019 بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء.
- 279- دستور مملكة البحرين الصادر بعام 1973 والمعدل سنة 2018، نُشر في الجريدة الرسمية العدد: 3390، بتاريخ: الخميس 25 أكتوبر 2018م.
- 280- الدستور اليمني، الصادر بتاريخ: يناير/ كانون الثاني سنة 2015.
- 281- الدستور الكويتي، الصادر بتاريخ: 14 جمادى الثاني 1382 الموافق 11 نوفمبر 1962.
- 282- الدستور السوداني، الصادر بتاريخ: كانون الثاني/ يناير 2005.
- 283- الدستور المغربي، الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011.
- 284- الدستور الاماراتي، الصادر عام 1971 شاملا جميع تعديلاته لغاية 2009.

- 285- الدستور التونسي، الصادر بتاريخ: 26 يناير 2014، انتهى العمل به رسمياً بتاريخ 25 يوليو 2022 بعد الموافقة على إقرار دستور جديد للبلاد في استفتاء دستوري.
- 286- نظام الإجراءات الجزائية السعودي، بموجب الرقم: أ/90 الصادر بتاريخ: 1412/8/27 هـ.
- 287- قانون الإجراءات السوداني لسنة (1974)، المعدل والمتمم بالقانون الصادر بتاريخ: 1991/11/12.
- 288- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (9) لعام 1961، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم: 1539 بتاريخ: 1961/1/1 والمعدل بقانون 19/2009، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم: 4979، بتاريخ: 2009/9/1، والمعدل بقانون النيابة العامة المؤقت، رقم: 11/2010، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم: 5034، بتاريخ: 2010/06/01.
- 289- قانون المسطرة الجنائية المغربي، قانون المسطرة الجنائية المغربي، بموجب القانون رقم: 22.01، المتعلق بالمسطرة الجنائية، صيغة محينه بتاريخ: 18 يوليو 2019، المعدل والمتمم.
- 290- قانون الإجراءات السوداني لسنة (1991)، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 3 الصادر بتاريخ: 1991/11/12.
- 291- قانون العقوبات المصري، القانون رقم 58 لسنة 1937 القاضي بإصدار قانون العقوبات المصري المعدل طبقاً لقانون 95 لسنة 2003م.
- 292- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، المعدل طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 2017، والمعدل بموجب القانون رقم (10) لسنة 2022.
- 293- قانون العقوبات المغربي، القانون رقم 13.103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 هـ (22 فبراير 2018) ج ر عدد: 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 هـ (12 مارس 2018) ص 1449.

294- قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الصادر بتاريخ: لسنة (2000)

295- قانون الإجراءات الجنائية السويسري الصادر بتاريخ: 07 أكتوبر 2007.

ث- الإعلانات العالمية والمواثيق الدولية

296- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم

المتحدة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

297- النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة، بوصفه الوثيقة المؤرخة في

1998/07/17، والمصوب بموجب المحاضر المؤرخة بتاريخ: 1998/11/10، و1999/07/12،

و1999/11/30، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ: 2002/07/01.

298- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام

بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966

تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976.

ج- الاجتهاد القضائي

299- المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1991، المحكمة العليا بالجزائر: القرار رقم الصادر بتاريخ:

1988/06/22.

رابعاً: فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
4	قيس
5	الإهداء
6	شكر و عرفان
8	المقدمة:
19	الفصل الأول: دليل الاستصحاب عند الأصوليين
21	المبحث الأول: حقيقة الاستصحاب وضوابط الاستدلال به
21	المطلب الأول: مفهوم الاستصحاب
22	الفرع الأول: المعنى اللغوي
22	الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي
22	أولاً: مفهوم الاستصحاب بوصفه مصطلحاً أصولياً
25	ثانياً: مفهوم الاستصحاب بإعماله وصفاً قانونياً
27	الفرع الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي
28	المطلب الثاني: أركان الاستصحاب
28	الفرع الأول: الأصل
28	أولاً: معنى الأصل في اللغة
29	ثانياً: معنى الأصل في الاصطلاح

30	الفرع الثاني: الحكم
30	أولا: الحكم في اللغة
30	ثانيا: الحكم في الاصطلاح
31	الفرع الثالث: الفرع
31	أولا: معنى الفرع في اللغة
31	ثانيا: معنى الفرع في الاصطلاح
33	المطلب الثالث: شروط الاستصحاب ودرجات التمسك به
33	الفرع الأول: شروط العمل بالاستصحاب
33	أولا: ثبوت الأصل المستصحب بدليل معتبر
33	ثانيا: عدم تغير الحال أو الواقعة الأصلية المستصحبة
34	ثالثا: بذل الجهد بالبحث والتمحيص عن الدليل المغير
34	رابعا: عدم معارضة الاستصحاب لدليل أقوى منه
35	خامسا: أن يكون العمل بالاستصحاب في الأحكام العملية دون الاعتقادية
35	الفرع الثاني: درجات التمسك بالاستصحاب
35	أولا: أن يكون العمل بالاستصحاب قطعيا
36	ثانيا: أن يكون العمل بالاستصحاب ظنيا
36	ثالثا: أن يكون ترك العمل بالاستصحاب قطعيا
37	رابعا: أن يكون ترك العمل بالاستصحاب ظنيا
38	المطلب الرابع: طبيعة الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة
38	الفرع الأول: طبيعة الاستصحاب

40	الفرع الثاني: حكم الاستصحاب ومرتبته بين الأدلة الشرعية
40	أولاً: حكم العمل بالاستصحاب عند الأصوليين
41	ثانياً: مرتبة الاستصحاب بين الأدلة الشرعية
43	المبحث الثاني: مشروعية الاستصحاب
43	المطلب الأول: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المتفق عليها
43	الفرع الأول: من الكتاب
45	الفرع الثاني: السنة النبوية
48	الفرع الثالث: من الإجماع
50	المطلب الثاني: مشروعية الاستصحاب من الأدلة المختلف فيها
50	الفرع الأول: آثار الصحابة والتابعين
52	الفرع الثاني: من المعقول
54	الفرع الثالث: الاستقراء
57	المبحث الثالث: أقسام الاستصحاب وحجيتها عند الأصوليين
57	المطلب الأول: استصحاب البراءة الأصلية
57	الفرع الأول: مفهوم البراءة الأصلية عند الأصوليين
57	أولاً: معنى البراءة في اللغة
58	ثانياً: مفهوم البراءة الأصلية في اصطلاح الأصوليين
59	الفرع الثاني: حجية البراءة الأصلية
59	أولاً: استصحاب البراءة الأصلية حجة
61	ثانياً: استصحاب البراءة الأصلية ليس بحجة

61	ثالثا: المناقشة والترجيح
62	المطلب الثاني: استصحاب حكم الأصل في الأشياء
62	الفرع الأول: حكم الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع
62	أولا: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الإباحة
65	ثانيا: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الحظر
66	ثالثا: الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الوقف
68	رابعا: الترجيح بين الأقوال
68	الفرع الثاني: حكم الأشياء بعد ورود الشرع
68	أولا: الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع الإباحة
71	ثانيا: الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع الحظر
72	ثالثا: الترجيح بين الأقوال
73	المطلب الثالث: استصحاب دليل الشرع
73	الفرع الأول: استصحاب الدليل مع احتمال المعارض
73	أولا: استصحاب مقتضى العموم حتى يرد المخصص
74	ثانيا: استصحاب مقتضى النص حتى يرد النص
74	ثالثا: حجية استصحاب الدليل مع احتمال المعارض
78	الفرع الثاني: استصحاب ما دلّ الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه
80	المطلب الرابع: استصحاب حكم الإجماع
80	الفرع الأول: حقيقة استصحاب حكم الإجماع
80	أولا: صورته

80	ثانيا: شروطه
81	الفرع الثاني: حجية استصحاب حكم الإجماع
81	أولا: القائلون بحجية استصحاب حكم الإجماع محل الخلاف
82	ثانيا: القائلون بعدم حجية استصحاب حكم الإجماع محل الخلاف
83	ثالثا: نوع الخلاف وأثره في الفروع الفقهية
84	المطلب الخامس: الاستصحاب المقلوب
84	الفرع الأول: حقيقة الاستصحاب المقلوب
84	أولا: المعنى اللغوي
84	ثانيا: المعنى الاصطلاحي
86	الفرع الثاني: حجية الاستصحاب المقلوب
87	أولا: الاستصحاب المقلوب حجة
88	ثانيا: الاستصحاب المقلوب ليس بحجة
90	الفصل الثاني: القواعد الفقهية للاستصحاب والمبادئ القانونية المبنية عليها
93	المبحث الأول: قواعد استصحاب اليقين
93	المطلب الأول: قاعدة اليقين لا يزول بالشك
94	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
94	أولا: صيغ القاعدة
94	ثانيا: شرح مفردات القاعدة
95	ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة
96	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

96	أولاً: من الكتاب
97	ثانياً: من السنة النبوية
98	ثالثاً: الإجماع
98	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
98	الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
99	الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
100	المطلب الثاني: قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان
100	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
100	أولاً: صيغ القاعدة
101	ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة
101	ثالثاً: القيود الواردة على تطبيق القاعدة
102	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
103	الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
103	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
104	المطلب الثالث: قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته
104	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
104	أولاً: صيغ القاعدة
105	ثانياً: شرح مفردات القاعدة
105	ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة
106	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

106	أولاً: الأدلة العامة
106	ثانياً: الأدلة الخاصة
109	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
109	الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
109	الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
110	المطلب الرابع: الأصل في الصفات العارضة العدم
110	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
110	أولاً: صيغ القاعدة
111	ثانياً: شرح مفردات القاعدة
112	ثالثاً: معنى القاعدة
112	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
112	أولاً: الأدلة العامة
112	ثانياً: الأدلة الخاصة
114	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
114	الفرع الرابع: نطاق تطبيق القاعدة في الفقه الإسلامي
115	الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
117	المبحث الثاني: قواعد استصحاب الإباحة
117	المطلب الأول: الأصل في الأشياء الإباحة
118	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
118	أولاً: صيغ القاعدة

118	ثانيا: شرح مفردات القاعدة
119	ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة
119	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
119	أولا: الكتاب
120	ثانيا: السنة النبوية
121	ثالثا: الاستصحاب
122	الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
122	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
123	المطلب الثاني: الأصل في التصرفات حملها على الصحة
123	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
123	أولا: شرح مفردات القاعدة
125	ثانيا: المعنى الإجمالي
125	ثالثا: القواعد الفقهية المتصلة بالقاعدة
126	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة وما تفرع عنها
127	أولا: عموم أدلة قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة
127	ثانيا: عموم أدلة الأصل في العقود الصحة
128	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
128	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
130	المطلب الثالث: العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله
130	الفرع الأول: حقيقة القاعدة

130	أولا: صيغ القاعدة
130	ثانيا: شرح مفردات القاعدة
132	ثالثا: المعنى الإجمالي
130	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
133	أولا: الكتاب
133	ثانيا: السنة النبوية
134	ثالثا: الإجماع
135	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
135	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
138	المبحث الثالث: قواعد الإثبات
138	المطلب الأول: قاعدة الأصل براءة الذمة
139	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
139	أولا: صيغ القاعدة
139	ثانيا: شرح مفردات القاعدة
140	ثالثا: المعنى الإجمالي للقاعدة
140	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
140	أولا: الكتاب
142	ثانيا: السنة النبوية
142	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
143	الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي

143	الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
145	المطلب الثاني: قاعدة درأ الحدود بالشبهات
145	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
145	أولاً: صيغ القاعدة
146	ثانياً: شرح مفردات القاعدة
149	ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة
150	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
150	أولاً: من السنة النبوية
151	ثانياً: آثار الصحابة
152	ثالثاً: الإجماع
152	رابعاً: من المعقول
152	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
153	الفرع الرابع: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
153	الفرع الخامس: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
154	المطلب الثالث: قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر
154	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
154	أولاً: صيغ القاعدة
155	ثانياً: شرح مفردات القاعدة
157	ثالثاً: المعنى الإجمالي للقاعدة
158	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة

158	أولاً: من السنة النبوية
159	ثانياً: الإجماع
159	ثالثاً: المعقول
160	الفرع الثالث: نطاق القاعدة في الفقه الإسلامي
160	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على الاستصحاب
162	المبحث الرابع: قواعد الملك والتمليك
162	المطلب الأول: قاعدة الأصل في الأموال العصمة
163	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
163	أولاً: صيغ القاعدة
163	ثانياً: شرح مفردات القاعدة
164	ثالثاً: المعنى الإجمالي
165	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
165	أولاً: الكتاب
166	ثانياً: السنة النبوية
167	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
167	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبنية على القاعدة
168	المطلب الثاني: قاعدة الأصل بقاء وضع اليد الظاهر
168	الفرع الأول: حقيقة القاعدة
168	أولاً: صيغ القاعدة
169	ثانياً: شرح مفردات القاعدة

170	ثالثا: المعنى الإجمالي
170	الفرع الثاني: أدلة مشروعية القاعدة
170	أولا: الأدلة العامة
170	ثانيا: الأدلة الخاصة
171	الفرع الثالث: علاقة القاعدة بالاستصحاب
172	الفرع الرابع: المبادئ القانونية المبينة على القاعدة
174	الفصل الثالث: تطبيقات الاستصحاب في أحكام الجنايات - شرعا وقانونا-
176	المبحث الأول: المتهم بريء حتى تثبت إدانته
178	المطلب الأول: الموقف الشرعي والقانوني من القاعدة
178	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من القاعدة
180	الفرع الثاني: موقف الفقه القانوني من القاعدة
181	الفرع الثالث: مقارنة وموازنة
183	المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب القاعدة في الشريعة الإسلامية
183	الفرع الأول: أساسها الشرعي
184	الفرع الثاني: تطبيقاتها القضائية
185	أولا: قضية عبد الله بن أبي عامر
185	ثانيا: قضية الكلاءيين
187	المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب القاعدة في النصوص القانونية والقرارات القضائية
187	الفرع الأول: استصحابها في القوانين الوضعية
187	أولا: القانون الجزائري

188	ثانيا: في القوانين العربية
192	ثالثا: القوانين والمواثيق العربية
195	الفرع الثاني: استصحابها في القرارات القضائية
196	المطلب الرابع: مقارنة وموازنة
196	الفرع الأول: أوجه الاتفاق
196	أولا: من حيث تقرير القاعدة
196	ثانيا: من حيث تحمل عبء الإثبات
197	ثالثا: من حيث الإجراءات
198	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف
198	أولا: من حيث النشأة
199	ثانيا: من حيث الأساس
199	ثالثا: من حيث تقييم القاعدة
203	المبحث الثاني: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص
203	المطلب الأول: أساس المبدأ ودلالته في نصوص الشرعية والقواعد الأصولية
203	الفرع الأول: دلالته في النصوص الشرعية
203	أولا: من الكتاب
204	ثانيا: من السنة النبوية
205	الفرع الثاني: دلالته في القواعد الفقهية والأصولية
205	أولا: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص
205	ثانيا: الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة

206	ثالثا: لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف
207	المطلب الثاني: تطبيقاته في الفقه الجنائي الإسلامي
207	الفرع الأول: في جرائم الحدود
207	أولا: جريمة الزنا
208	ثانيا: جريمة القذف
208	ثالثا: جريمة السرقة
208	رابعا: جريمة شرب الخمر
209	خامسا: جريمة الحرابة
210	سادسا: جريمة الردة
210	سابعا: جريمة البغي
210	الفرع الثاني: في جرائم القصاص
210	أولا: جريمة قتل العمد
211	ثانيا: القتل الخطأ
212	ثالثا: جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد
212	الفرع الثالث: في جرائم التعزير
213	أولا: التعزير بالوعظ
213	ثانيا: التعزير بالتوبيخ
213	ثالثا: التعزير بالمهجر
214	رابعا: التعزير بالتهديد والإنذار
214	خامسا: التعزير بالتشهير

214	سادسا: التعزير بالمال
214	سابعا: التعزير بالحبس
215	ثامنا: التعزير بالجلد
215	تاسعا: التعزير بالقتل
216	المطلب الثالث: تطبيقاته في القوانين الوضعية
216	الفرع الأول: استصحابه في القانون الجزائري
216	أولا: الدستور
217	ثانيا: قانون العقوبات
220	الفرع الثاني: في القوانين العربية
221	أولا: الدساتير
222	ثانيا: القوانين الجنائية العربية
224	المطلب الثالث: مقارنة وموازنة
224	الفرع الأول: أوجه الاتفاق
224	أولا: من حيث إلزامية النص ووجوده
225	ثانيا: من حيث تقدير العقوبة
225	ثالثا: من حيث العفو
225	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف
225	أولا: من حيث المصدر والنشأة
227	ثانيا: من حيث التطبيق والتقسيم
230	المبحث الثالث: استصحاب اليقين القضائي في الأحكام الجزائية

230	المطلب الأول: مفهوم اليقين القضائي؛ شروطه وخصائصه
231	الفرع الأول: مفهوم اليقين القضائي
231	أولا: المفهوم الشرعي
231	ثانيا: المفهوم القانوني
232	الفرع الثاني: شروط اليقين القضائي
233	أولا: الاستناد على أدلة مشروعة ومتسائدة
233	ثانيا: بلوغ درجة من القطع (غلبة الظن) والجزم
234	ثالثا: الاستنباط العقلي والمنطقي الصحيح
235	رابعا: الاستقرار النفسي
235	الفرع الثالث: خصائص اليقين القضائي
235	أولا: الازدواجية
235	ثانيا: النسبية
236	ثالثا: الثبات
237	المطلب الثاني: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي شرعا
237	الفرع الأول: استصحاب اليقين المبني على قطعية الأدلة
237	أولا: إقرار الجاني
239	ثانيا: شهادة الشهود
240	الفرع الثاني: استصحاب اليقين المبني على درء الشبهات
240	أولا: الشبهات الواقعة على أدلة الإثبات
240	ثانيا: الشبهات الواقعة على جرائم الحدود

243	ثالثا: الشبهات الواقعة على جرائم القصاص
245	رابعا: الشبهات الواقعة في جرائم التعزير
247	خامسا: درء الشبهة عند تفسير النص
248	المطلب الثالث: تطبيقات استصحاب اليقين القضائي قانونا
248	الفرع الأول: استصحاب اليقين المبني على أدلة الإثبات الجنائي
249	أولا: الاعتراف
249	ثانيا: الشهادة
251	ثالثا: الخبرة
252	رابعا: القرائن القضائية
253	خامسا: المحررات
256	الفرع الثاني: استصحاب اليقين المبني على المنطق العقلي
257	الفرع الثالث: استصحاب اليقين المبني على تفسير الشك لصالح المتهم
259	الفرع الرابع: استصحاب اليقين المبني على وجوب تسبب الأحكام الجزائية
262	المطلب الرابع: مقارنة وموازنة
262	الفرع الأول: أوجه الاتفاق
263	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف
268	الفصل الرابع: تطبيقات الاستصحاب في أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية - شرعا وقانونا-
270	المبحث الأول: قواعد الإثبات المدني
270	المطلب الأول: مفهوم الإثبات

271	الفرع الأول: معنى الإثبات في اللغة
271	الفرع الثاني: معنى الإثبات في الاصطلاح الشرعي
272	الفرع الثالث: معنى الإثبات في الاصطلاح القانوني
274	المطلب الثاني: أحكام الاستصحاب في قواعد الإثبات المدني - شرعا وقانونا-
274	الفرع الأول: تطبيقاته في الشريعة الإسلامية
275	أولا: البيئة لإثبات خلاف الأصل المستصحب (البيئة على من ادعى)
275	ثانيا: اليمين لإبقاء الأصل المستصحب (اليمين على من أنكر)
276	الفرع الثاني: تطبيقاته في القوانين المدنية
276	أولا: القاعدة العامة: البيئة على من ادعى
281	ثانيا: القواعد الفرعية المكملة
285	الفرع الثالث: مقارنة وموازنة
285	أولا: أوجه الاتفاق
287	ثانيا: أوجه الاختلاف
289	المطلب الثالث: تطبيقات الاستصحاب في الأحكام القضائية - شرعا وقانونا-
289	الفرع الأول: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الإسلامي
289	أولا: قضية الحضرمي والكندي
290	ثانيا: قضية الأشعث بن قيس
291	الفرع الثاني: استصحاب قواعد الإثبات في القضاء الوضعي
291	أولا: قرارات المحكمة العليا بالجزائر
291	ثانيا: قرارات محكمة النقض المصرية

293	ثالثا: محكمة التمييز الكويتية
296	المبحث الثاني: تطبيقات الاستصحاب في أحكام الحيابة سند الملكية
296	المطلب الأول: مفهوم الحيابة
297	الفرع الأول: الحيابة في اللغة
297	الفرع الثاني: الحيابة في الاصطلاح
297	أولا: مفهوم الحيابة في الفقه الإسلامي
298	ثانيا: مفهوم الحيابة في القانون الوضعي
299	الفرع الثالث: تحديد العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي
300	المطلب الثاني: مشروعية اعتبار الحيابة سببا للتملك
300	الفرع الأول: من الكتاب
301	الفرع الثاني: من السنة النبوية
302	الفرع الثالث: الاستصحاب
303	المطلب الثالث: شروط الحيابة
303	الفرع الأول: الهدوء
305	الفرع الثاني: الوضوح
305	الفرع الثالث: الظهور
306	الفرع الرابع: الاستمرار
308	المطلب الرابع: أحكام الاستصحاب في الحيابة الشرعية والقانونية
308	الفرع الأول: استصحاب وضع اليد الظاهر في الفقه الإسلامي
308	أولا: تقديم بينة واضع اليد (الداخل) على بينة المدعي (الخارج)

309	ثانيا: الحيابة بالشهادة
309	ثالثا: الحيابة بالإقرار
310	الفرع الثاني: استصحاب الحيابة في الأحكام القانونية والقرارات القضائية
310	أولا: النصوص القانونية
312	ثانيا: القرارات القضائية
316	الفرع الثالث: الأحكام القانونية لاستصحاب حيابة المنقولات والثمار
316	أولا: استصحاب تملك المنقول بطريق الحيابة
318	ثانيا: استصحاب تملك الثمار بطريق الحيابة
323	المبحث الثالث: تطبيقات الاستصحاب في مسائل النكاح
323	المطلب الأول: أثر الاستصحاب في أحكام الصداق
324	الفرع الأول: مفهوم الصداق
324	أولا: الصداق في اللغة
324	ثانيا: مفهوم الصداق عند الفقهاء
325	ثالثا: مفهوم الصداق في قانون الأسرة الجزائري
326	الفرع الثاني: الأصل في الصداق
326	الفرع الثالث: التنازع في الصداق
326	أولا: النزاع في الصداق قبل الدخول
327	ثانيا: النزاع في الصداق بعد الدخول
328	ثالثا: موقف الفقه الإسلامي
329	المطلب الثاني: أثر الاستصحاب في أحكام المنازعة في متاع البيت

329	الفرع الأول: المراد بمتاع البيت
329	أولاً: معنى المتاع في اللغة
330	ثانياً: معنى متاع البيت في الاصطلاح الفقهي
330	ثالثاً: معنى متاع البيت في الاصطلاح القانوني
331	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من النزاع في متاع البيت
331	أولاً: النزاع حول متاع البيت الموجود حقيقة دون البينة على ملكيته
332	ثانياً: النزاع حول متاع البيت مع إنكار وجوده وعدم البينة معاً
334	الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من النزاع في المتاع البيت
334	أولاً: مذهب المالكية والحنفية والحنابلة
334	ثانياً: مذهب الشافعية
336	المطلب الثالث: أثر الاستصحاب في أحكام النسب والتبني
336	الفرع الأول: مفهوم النسب
336	أولاً: النسب في اللغة
337	ثانياً: النسب في الاصطلاح
337	الفرع الثاني: إثبات النسب بمقتضى عقد الزوجية
338	الفرع الثالث: إثبات النسب بالنكاح الفاسد
338	أولاً: مفهوم النكاح الفاسد والباطل
339	ثانياً: حكم إثبات النسب في النكاح الفاسد والباطل
339	الفرع الرابع: إثبات النسب بنكاح الشبهة
339	أولاً: مفهوم نكاح الشبهة

340	ثانيا: حكم إثبات النسب بنكاح الشبهة
340	الفرع الخامس: إثبات النسب بالإقرار والبينة
340	أولا: إثبات النسب بالإقرار
342	ثانيا: إثبات النسب بالبينة
342	الفرع السادس: الأصل في التبني
342	أولا: مفهوم التبني
342	ثانيا: حكم التبني
345	المبحث الرابع: تطبيقات الاستصحاب في مسائل المفقود
345	المطلب الأول: مفهوم المفقود
345	الفرع الأول: المفقود في اللغة
345	الفرع الثاني: المفقود في الإصلاح الفقهي
347	الفرع الثالث: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري
348	المطلب الثاني: حكم زواج المفقود في الشريعة والقانون
348	الفرع الأول: حكم زواج المفقود في الفقه الإسلامي
348	أولا: حكم زواج المفقود عند المالكية
349	ثانيا: حكم زواج المفقود عند الشافعية
350	ثالثا: حكم زواج المفقود عند الحنابلة
351	رابعا: حكم زواج المفقود عند الحنفية
351	الفرع الثاني: حكم زواج المفقود في قانون الأسرة الجزائري
353	المطلب الثالث: حكم ميراث وأموال المفقود

353	الفرع الأول: حكم أموال وميراث المفقود في الفقه الإسلامي
353	أولاً: مذهب المالكية
353	ثانياً: مذهب الشافعية
354	ثالثاً: مذهب الحنابلة
354	رابعاً: مذهب الحنفية
356	الفرع الثاني: حكم أموال وميراث المفقود في قانون الأسرة الجزائري
359	الخاتمة: نتائج الدراسة والتوصيات المقترحة
361	الفهارس
362	أولاً: فهرس الآيات القرآنية
371	ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار
375	ثالثاً: فهرس قائمة المصادر والمراجع
405	رابعاً: فهرس الموضوعات
428	الملخص

الملخص: جاءت دراسة البحث تتناول أصلاً تشريعياً في باب الأدلة، وهو دليل الاستصحاب الذي خصه الأصوليون بالبحث والمناقشة في مسأله، واستنبط الفقهاء منه عدداً من القواعد الفقهية التي بنى عليها الفقه القانوني عدداً من المبادئ والقواعد القانونية في نصوص القانون والقرارات القضائية مثل: مبدأ أصل البراءة، ومبدأ اليقين القضائي، وغيرها، التي كان لها الأثر في تطبيقاتها في فروع القانون بحيث جاء البحث يبرز مقارنة بين تطبيقاته الفقهية والقانونية، ثم خاتمة لأهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الاستصحاب؛ البراءة؛ اليقين؛ الإباحة؛ الأصل.

Abstract: The research study dealt with a legislative asset derived in the section of evidence, which is the evidence of companionship, which was singled out by the fundamentalists to research and discuss its issues, and jurists deduced from it a number of jurisprudential rules on which jurisprudence built a number of principles and legal rules in the texts of law and judicial decisions, such as: the principle of the origin of innocence, the principle of judicial certainty, and others, which had an impact on their applications in the branches of law so that the research highlights a comparison between its jurisprudential and legal applications, and then a conclusion of the most important results and recommendations

Keywords: istishab, innocence, certainty, permissibility, origin

Résumé: L'étude de la recherche a traité d'une origine législative dessinée dans la section de la preuve, qui est la preuve de la camaraderie que les fondamentalistes ont choisie pour la recherche et la discussion sur ses problèmes, et les juristes en ont tiré un certain nombre de règles jurisprudentielles sur lesquelles la jurisprudence juridique construit un certain nombre de principes et de règles juridiques dans les textes de loi et les décisions judiciaires tels que: le principe de l'origine de l'innocence, Et le principe de la sécurité judiciaire, et d'autres, qui ont eu un impact sur ses applications dans les branches du droit, afin que la recherche mette en exergue une comparaison entre ses applications jurisprudentielles et juridiques, puis une conclusion des résultats et recommandations les plus importants

Mots-clés: compagnie ; Innocence; certitude; permissivité; l'origine