

أدلة وقوع الأحكام

قواعد وتطبيقات

أ. محمد سلامة محمد الغرياني

قسم الاقتصاد الإسلامي / كلية العلوم الشرعية - تاجوراء / جامعة طرابلس

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً، وبعد:

فإن الأصل في اعتبار وجود الأحكام الشرعية الوضعية من الأسباب والشرائط والموانع لترتيب الحكم الشرعي المناط بها، من عدمه هو: العلم، وهو الإدراك الجازم المطابق للواقع عن دليل، لقوله تعالى: ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾، وفي هذا يقول الفقهاء: المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما تترتب عليه الأحكام، العلم⁽¹⁾. وهذا عند إمكانية العلم كما يقول القرافي: "حيث ظفرنا بالعلم لا نعدل عنه إلى الظن"⁽²⁾.

والعلم يحصل في النفس من أمور⁽³⁾، منها:

¹ - انظر تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، القاعدة رقم (1): الغالب هل هو كالحق، أو لا؟

² - الذخيرة، للقرافي، 1 / 177.

³ - انظر المستصفي، (1 / 36).

1 - المعاينة الحسية: كما ندرك بالعين رؤية الهلال، وزوال الشمس، وندرك بالشم تخمر الشراب.

2 - المعاينة الباطنة: أي المشاهدات الباطنة التي يجدها الإنسان في نفسه، كعلمه بأنه أدى ما عليه من الواجبات، وتحققه من صلاة أربع في الظهر، وتحققه من دفع ما عليه من الزكاة أو الدين، وتحقق الطهارة أو الحدث.

3 - التجريبيات: ويعبر عنها باطراد العادات، وهي يقينية عند من جربها، كما في دلالة الحمل على الوطاء، ودلالة تقيؤ الخمر على شربها، وذلك مثل ما روي: " أن رجلين شهدا عند عثمان: أحدهما شهد على رجل أنه شرب خمرًا، وشهد آخر أنه رآه يتقيأ، فقال عثمان: إنه لم يتقيأ حتى شربها، فجلده " ⁽¹⁾

ومن ذلك الآلات الدالة على الوقت وعلى الجهة، كالإسطرلاب، والميزان ⁽²⁾، فإنها ما أصبحت دليلاً على الوقت إلا بعد اطراد المشاهدات.

4 - الأخبار المتواترة.

واستثنى المالكية من ذلك قضاء القاضي بعلمه، فلا يجوز له أن يقضي بعلمه من غير استناد لبينة ⁽³⁾، سدا لذريعة الفساد على القضاة.

فإن تعذر العلم اتجه الفقيه لطلب الترجيح من خلال الأمارات والقرائن، المفيدة لغلبة الظن، أو حتى لمجرد الظن؛ لأن ترك الظن معناه الذهاب إلى ما يقابله من الوهم.

فإن تعذر ذلك رجع الفقيه إلى " الأصل " إن كان.

¹ - صحيح مسلم، باب حد الخمر، حديث رقم (1707).

² - انظر الفروق، الفرق (16).

³ - الشرح الكبير، 4 / 158.

وأطلق القرافي على هذه القضية اسم " أدلة وقوع الأحكام "، فقال: " أدلة وقوع الأحكام هي أدلة وقوع أسبابها، وحصول شروطها، وانتفاء موانعها، وهي غير محصورة، وهي إما معلومة بالضرورة: كدلالة الظل على الزوال، أو كمال العدة على الهلال، وإما مظنونة: كالأقارير، والبيئات، والأيمان، والنكولات، والأيدي على الأملاك، وهذا باب لا يعد ولا يحصى⁽¹⁾.

مجال البحث:

مجال البحث هو الحالة التي يتعذر فيها اليقين، فيتردد المكلف في خاصة نفسه، أو الفقيه المفتي، أو القاضي بين ثبوت العلة أو عدم ثبوتها.

فإذا وجد أحدهم نفسه أمام هذا التردد، فقد رسمت القواعد الفقهية على مذهب الإمام مالك طريقاً للتعامل مع هذه الحالة من خلال قواعد: الأصل، والغالب، ولذلك اخترت أن يكون عنوان البحث: " أدلة وقوع الأحكام، قواعد وتطبيقات"، للربط بين المصطلح الذي ذكره القرافي، وبين قواعد الأصل والغالب وتطبيقاتهما.

وحرصت أن تكون هذه الدراسة مبنية على أمرين:

الأول - قواعد الأصل والغالب من خلال كتاب " أو ضح المسالك إلى قواعد أبي عبد الله مالك ".

الثاني - التطبيقات الفقهية من خلال كتاب " الشرح الكبير " للدردير، والذي يعتبر أشهر كتاب للفتوى بمشهور المذهب.

¹ - شرح تنقيح الفصول (ص: 454).

أهمية البحث:

تكمّن أهمية البحث في أن هذه القضية جزء من تحقيق المناط الذي يجب ألا ينقطع إلى قيام الساعة، كما قال الشاطبي: " لأن انقطاعه يؤدي إلى تعطيل الأحكام الشرعية "(1)، وإلى الحكم بخلاف مقتضى الأسباب، التي قال فيها القرافي: " فإذا قضى القاضي بالقتل على من لم يقتل أو للبيع على من لم يبيع أو الطلاق على من لم يطلق أو الدين على من لم يستدن، فهذا قضاء على خلاف الأسباب فإذا اطلع على ذلك وجب نقضه عند الكل "(2).

الهدف من الدراسة:

تعميق فهم الباحث لهذه القضية، والمساهمة في نشر هذا العلم ليستفيد منه القارئ عموماً، والمفتي والقاضي على وجه الخصوص؛ لأنهما الشخصان اللذان يتعاملان مع الوقائع المعينة، فيحتاجان إلى معرفة كل الظروف والملابسات التي وقعت فيها المسألة، بخلاف غيرهم من الوعاظ والخطباء الذين يتناولون المسألة من جانبها النظري فقط.

خطة البحث:

جاءت خطة البحث في هذه المقدمة، وتمهيد، وثلاثة مباحث:

المبحث الأول - في الغالب.

المبحث الثاني - في الأصل.

¹ - انظر الموافقات للشاطبي، الطرف الأول في الاجتهاد، 5 / 12 - 17.

² - الفروق، للقرافي، الفرق الثالث والعشرون والمائتان بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك، 4 / 41.

المبحث الثالث - في تعارض الأصل والغالب.

تمهيد

من المعروف أن الأحكام الشرعية في الأدلة التفصيلية: القرآن، والسنة، جاءت منسوبة إلى مسميات معينة: أفعال، أو أقوال، أو ذوات، أو أوصاف، أو أحوال، وكل مسمى جاء في الدليل التفصيلي يعتبر مناط للحكم؛ لأن الحكم جاء منسوبا إليه ومعلقا عليه.

وأن هذه المسميات يتكون منها ما يسميه الفقهاء متعلقات الحكم، وهي: المحكوم فيه، والمحكوم عليه، وعلة الحكم، ومحل الحكم.

والكلام هنا على نوع معين من هذه الأنواع، وهو علة الحكم، من جهة خفائها وظهورها، أي من جهة التردد بين وجودها من عدمه.

وذلك أن هذه العلة أو هذا السبب قد يكون أمرا خفيا، كالصفات التي لا تدرك بالحوس، فيتردد المكلف أو المفتي أو القاضي في وجودها من عدمه، كالطهورية التي هي سبب في حل استعمال الماء، والملك الذي هو أساس الحكم بالمال لهذا المدعي أو ذاك.

وكالأنواع والأقوال التي يدعى وقوعها من شخص معين، كالبيع، أو الطلاق، فيتردد الفقيه أو القاضي في الحكم على أساس وجوده أو على أساس عدمه.

وكالتردد في دخول وقت الصلاة بالتردد في وقوع الزوال أو الغروب أو طلوع الفجر، والتردد في رؤية هلال العيد أو رمضان أو ذي الحجة.

وأطلق العلماء على هذه القضية مصطلح تحقيق المناط، وعرفوه بأنه: أن تكون القاعدة الكلية متفقاً عليها، أو منصوفاً عليها، ويجتهد في تحقيقها في الفرع⁽¹⁾، أي إثبات العلة في الفرع⁽²⁾، والمراد بالفرع المسألة التي هي محل نظر الفقيه أو القاضي.

وإثبات العلة يكون من خلال الأدلة الدالة على وجودها، كشهادة الشهود على رؤية الهلال، أو القتل، أو البيع.

والفرق بين تحقيق المناط هذا وتحقيق المناط الذي عرفه الشاطبي بأنه: "تعيين محل الحكم" حيث قال: "الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط هو: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله... وذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدها، وإنما أتت بأمر كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام..."⁽³⁾.

هو: أن الذي ذكره الشاطبي هو عبارة عن جواب سؤال تقديره "ما هو هذا الشيء، هل هو من جنس كذا، ليشمله حكمه؟ أو لا.

أما هذا فهو عبارة عن جواب سؤال تقديره: هل وجد أو لا؟ مثل السؤال: هل وجد الزوال لوجوب الصلاة أو لا؟ وهل وقع هذا الأمر من شخص ما كالبيع مثلاً أو لا؟ وهل صلى أو لا؟ وهل قام به الوصف الفلاني الذي هو سبب الحكم أو لا:

¹ - روضة الناظر، وجنة المناظر، موفق الدين بن قدامة، 2 / 145.

² - نثر الورود على مراقي السعود، محمد الأمين الشنقيطي، 1 / 524.

³ - انظر الموافقات، 5 / 12 - 17.

كالسفه للحجر، والقتل للقصاص، والسرقه للقطع؟ وهو أمر يحتاج إلى ما يثبت وقوعه من الأدلة والقرائن المختلفة.

فمثلاً: إذا رفعت قضية سرقة أمام القاضي فعليه أولاً النظر في أركان الجريمة، فإذا توفرت في الجريمة أركان السرقة كيفت الواقعة على أنها سرقة، وهذا هو النوع الأول من تحقيق المناط، فينتقل بعد ذلك إلى تحقيق وجودها في هذا الشخص أو ذاك لوجود ما يدل عليه، وهذا هو النوع الثاني من تحقيق المناط، أو أدلة وقوع الأحكام.

المبحث الأول - في الغالب

الغالب هو: " إدراك الطرف الراجح " ⁽¹⁾، والمراد بالرجحان مطلق الرجحان، فيشمل ما يفيد مجرد الظن الذي هو إدراك الطرف الراجح مع احتمال نقيضه، قال د. أحمد الريسوني: " التغليب هو الأخذ بأحد أمرين، أو بأحد أمور، وتقديمه على غيره في الاعتبار، لمزية " ⁽²⁾.

كما يشمل من باب الأولوية ما يفيد غلبة الظن الذي هو إدراك الطرف الراجح الذي يستلزم طرح نقيضه، كالظن الغالب عند سماع البيّنات المقررة شرعاً كما في شهادة الشاهدين، أو ما يقوم مقامها من كل دليل يفيد غلبة الظن.

ويدل على أن المراد مطلق الرجحان أو الظن قاعدة تعارض الأصل والغالب، لأنه إن كان المراد غالب الظن فالأمر لا يستقيم؛ لأن الأصل ضعيف كما صرح الفقهاء، فلا يجاوز مرتبة مجرد الظن، فلا يكون معارضاً للغالب.

¹ - انظر تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، د. الصادق الغرياني، القاعدة الأولى / 37.

² - نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، للأستاذ الدكتور أحمد الريسوني /

مرادفات مصطلح " الغالب ":

كل أمر يوجب الظن برجحان أمر على أمر فهو غالب، قال في البهجة: " وقد عُلِمَ مما مرّ أن الشبه والغالب والعرف والعادة كلها بمعنى " (1) .

ومنها قرائن الحال، قال ابن فرحون: " القرائن والأمارات التي تؤدي إلى غلبة الظن من جملة البينات التي تبين الحق وتظهره، فتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة: عمل بها، واستدلوا على اعتبارها بقصة يوسف مع إخوته حين ادعوا أن الذئب أكله، قال القرطبي: لما أراد إخوة يوسف أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص، وأن يعقوب استدل على كذبهم به؛ فاستدل الفقهاء بهذه الآية على إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه " (2) .

ومنها بعض العادات المطردة في عرف من الأعراف، فإنها قد تكون في منزلة الشاهد الواحد أو الشاهدين، كما يأتي في قاعدة: العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين؟

درجات الغالب:

الغالب أو قرائن الحال ليس على درجة واحدة من القوة، بل تتفاوت بين إفادتها لمجرد الظن، فلا بد حينئذ من يمين تعاضدها فيما يُكْتَفَى فيه بالشاهد واليمين، كمن عرّف اللقطة، فإنه إن عرّفها بوكائها فقط، فإنه يقضى له بها مع يمينه، لإفادته مجرد

¹ - البهجة في شرح التحفة، فصل في معرفة أركان القضاء، 1 / 48.

² - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، القسم السابع في ذكر البينات، الفصل الأول في التعريف بحقيقة البينة، 1 / 241.

الظن، فإن عرّف اللقطة بعفاصها ووكائها معا، فلا تجب اليمين؛ لإفادته غلبة الظن⁽¹⁾.

قال العدوي: الظاهر أن من عرف أوصافا يقوى بها الظن [يقدم] على من عرف أوصافا يحصل بها ظن دونه يمين⁽²⁾.

والعادة التي يرجع إليها عند التداعي وفقد البيّنات، أو تعارضها، كنزاع المطلقين في أثاث البيت، ونزاع الجارين على الجدار، هذه العادة منها:

1 - العادة المطردة: ومعنى المطردة في اللغة هي التي تثابت أفرادها وجرت مجرى واحداً⁽³⁾، وهذا النوع عبّر عنه في الشرح الكبير بقوله: "العادة كالشرط"⁽⁴⁾، فيحكم بها دون يمين، كما يأتي في قاعدة: العادة هل هي كالشاهد أو الشاهدين.

2 - العادة الغالبة، ومعناها أن غالب الناس في عرف من الأعراف تجري شؤونهم على وفق هذه العادة، وأن هناك قلة من الناس لا تجري شؤونهم على وفق هذه العادة، وهم وإن كانوا قلة، لكن وجودهم يمنع من وجود قوة الشرط في المطردة، فلا تفيد إلا مجرد الظن فتكون في مقام الشاهد الواحد، فيحكم بها مع اليمين.

¹ - تبصرة ابن فرحون 4 / 154.

² - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (282 / 2).

³ - التعاريف، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، 1 / 54.

⁴ - الشرح الكبير، 113/3، الفواكه الدواني 2 / 105.

قواعد الغالب

القاعدة الأولى - الغالب هل هو كالحقق أو لا؟⁽¹⁾.

قال القرافي: "إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب".

وقال في الذخيرة: الظن معتبر في الأحكام كالقياس وخبر الواحد⁽²⁾.

وقال ابن فرحون: غالب الأحكام والشهادات إنما تنبني على الظن وتنزل منزلة التحقيق⁽³⁾.

وهذا الغالب نوعان: الغالب في الذهن، والغالب في الوقوع.

أولاً - الغالب في الذهن:

والمقصود بالغالب في الذهن: المتجرد عن القرائن الحسية والأمارات الظاهرة، أي مجرد ما يجده الإنسان في نفسه من الإدراك، وهو معتبر في المسائل التي بين الإنسان وخالقه، كما في النية التي قال فيها ابن عبد السلام: إنما يكتفي بالنية في التكليف المتعلقة بالقلب، لا فيما بين الآدميين⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات الغالب في الذهن:

1 - " الغالب على ظنه عدم وجود الماء أو لحوقه أو زوال المانع قبل خروج الوقت يتمم ندبا (أول المختار) ليدرك فضيلة الوقت (والمتردد) أي الشاك أو الظن ظنا

¹ - إيضاح المسالك، إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت: د. الصادق عبد الرحمن الغرياني، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ط: الأولى / 58.

² - الذخيرة، (1 / 116).

³ - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (1 / 332).

⁴ - انظر البهجة في شرح التحفة، 1 / 569.

قريبا منه (في لحوقه) مع علمه بوجوده أمامه (أو) في (وجوده) يتيمم ندبا (وسطه) ومثله مريض عدم مناو لا وخائف لص أو سبع ومسجون فيندب لهم التيمم وسطه وظاهره ولو آيسا أو راجيا (والراجي) وهو الجازم أو الغالب على ظنه وجوده أو لحوقه في الوقت يتيمم (آخره) ندبا⁽¹⁾.

2 - تكفي غلبة الظن بدخول وقت الصلاة إذا خفيت علامات دخول الوقت⁽²⁾.

3 - " (وإن التبتست) عليه الشهور فلم يعرف رمضان من غيره عرف الأهلة أم لا (وظن شهرا) أنه رمضان (صامه) "⁽³⁾.

ثانيا - الغالب في الوقوع:

وهو: رجحان الظن بثبوت أمر أو نفيه، بناء على قرائن وأمارات أدت إلى هذا الظن.

فالاحتكام هنا إلى القرائن لا إلى مجرد الظن، وُجد هذا الظن في نفس المخاطب بالحكم أو لم يوجد، فهو من باب تسمية الشيء بلازمه؛ لأن الاستقراء أثبت تلازما بين القرينة ومدلولها، وهو هنا علة الحكم.

وأطلق القرافي على هذه القرائن لفظ: المظنة، فقال: " هي التي يوجد عندها الظن ... ومظنة الشيء تعطي حكم ذلك الشيء، كالنوم فإنه مظنة الحدث، والقبلة في الفم لا تشترط فيها اللذة؛ لأنها لا تنفك عنها غالبا "⁽⁴⁾.

¹ - الشرح الكبير، (1 / 157).

² - الشرح الصغير، 1 / 86.

³ - الشرح الكبير، (1 / 519).

⁴ - الذخيرة، 1 / 226.

وقال ابن فرحون: " اعلم أن الشرع لم يعتبر مطلق الظن في غالب المسائل، وإنما يعتبر ظنوننا مستفادة من أمارات مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع، كالشهادة أن المديان معدم، فإنهم إنما يشهدون على علمهم، وقد يكون الباطن بخلافه؛ فاستظهر باليمين في ذلك على المشهود له "(1).

التطبيقات:

- 1 - " ما يصنعه الكافر وغير المصلي محمولة عند الجهل بحالها على الطهارة لأن الغالب على الصنع تحرُّهم "(2) .
- 2 - " اللقيط إن وُجد في بلد من بلاد المسلمين حُكم بإسلامه؛ لأن الغالب أنه منهم، والنادر أن يكون من غيرهم "(3).
- 3 - تجوز إجارة المركوب إلى مكان معين على شرط أن المستأجر إذا ظفر بحاجته قبل الوصول فسخ الإجارة وحاسب صاحب المركوب بأجرة المسافة التي ركبها فقط؛ لخفة الغرر؛ إذ الغالب عدم استغنائه فيها(4).
- 4 - قال ابن القاسم: " إذا شهدت إحدى البينتين أنه أوصى وهو صحيح والأخرى أنه أوصى وهو موسوس قدمت بينة الصحة لأنها الأصل "(5)؛ أي والغالب.
- 5 - إذا تنازع الزوجان في أثاث البيت ولم تشهد البينة لأحدهما، حُكمت العادة بينهما، فما شهدت به العادة أنه للزوجة كالخلي وما يناسبها من الملابس، حُكم لها به

¹ - التبصرة، 2 / 12.

² - الشرح الكبير، 1 / 61، ومواهب الجليل 1 / 122.

³ - الشرح الكبير، 4 / 125.

⁴ - الشرح الكبير، 4 / 10.

⁵ - حاشية الدسوقي، 4 / 221.

بمين، وهو مبني على أن العادة كالشاهد الواحد، وهو المشهور في المذهب، أما ما كان خاصا بالرجال، أو كان للرجال والنساء معا كالطشت وسائر الأواني، فالقول فيه للرجل بمين⁽¹⁾.

6 - تعجيل أقل من ربع دينار من الصداق وتأجيل الباقي، أو تأجيله كله إلى خمسين عاما، مفسد للنكاح، لأنهما لا يعيشان إلى ذلك غالبا.⁽²⁾

7 - وضع اليد على شيء وحيازته حيازة شرعية، شاهد على ملكية ذلك الشيء عند التنازع، قال في الشرح الكبير: "و (رجح (بيد) أي بوضع اليد بأن تكون الدار أو العرض أو النقد في حوز أحدهما مع تساوي البينتين" ⁽³⁾ .

8 - إذا تعاقدا المتبايعان، ولم يبينوا النقد الذي تم به البيع، والحال أن ببلدهما أكثر من عملة، فإن استوى التعامل بهما فسد العقد للجهل وعدم العلم، وإن غلب على عادة الناس التعامل بأحدها، حُمل عليه⁽⁴⁾.

9 - إذا ادعى أحد المتعاقدين في الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَالْمُسَاقَاةِ ما يوجب فسادَه، وادعى الآخر عدم موجب الفساد، فالقول لمدعي الفساد؛ لأنه الغالب، فَإِنَّهَا لِكَثْرَةِ الشُّرُوطِ فِيهَا يَغْلِبُ عَلَيْهِمَا الْفَسَادُ⁽⁵⁾.

القاعدة الثانية - العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين؟⁽⁶⁾.

¹ - الشرح الكبير، 2 / 236.

² ، حاشية الدسوقي 2 / 304.

³ - الشرح الكبير، 4 / 221.

⁴ - الخطاب، 4 / 277.

⁵ - الشرح الكبير، 3 / 193.

⁶ - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (117) / 142.

وذلك يختلف باختلاف ما تفيده هذه العادة أو تلك من: مجرد الظن فيحتاج المتمسك بها إلى يمين، أو ما تفيده من غلبة الظن، فيحكم له بها دون يمين، كما يدل له قول الشيخ في الشرح الكبير: " (تأويلان) مبنيان على أن العرف هل هو كشاهد فيحلف معه، أو كشاهدين فلا " (1).

التطبيقات:

أولا - تطبيقات ما يحتاج إلى يمين:

1 - " (وصدقت في) دعوى الوطء في (خلوة الاهتداء) يمين إن كانت كبيرة، ولو سفهية بكرا أو ثيبا إذا اتفقا على الخلوة وثبتت، ولو بامراتين.

قال في الحاشية: (قوله: في خلوة الاهتداء) من الهدء والسكون؛ لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وخلوة الاهتداء هي المعروفة عندهم بإرخاء الستور، كان هناك إرخاء ستور أو غلق باب أو غيره، وحاصله أن الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة اهتداء أي خلا بينه وبينها، ثم طلقها وتنازعا في المسيس فقال الزوج: ما أصبتها وقالت هي: بل أصابني، فإنها تصدق في ذلك بيمين، كانت بكرا أو ثيبا كان الزوج صالحا أم لا " (2).

2 - " الرهن المحوز باعتبار قيمته (كالشاهد) للراهن أو المرتهن إذا اختلفا (في قدر الدين) فمن شهد له حلف معه وصدق " (3)؛ لأن عادة الناس أنهم يرهنون ما يساوي الدين أو ما يقاربه.

¹ - الشرح الكبير، 4 / 114 .

² - الشرح الكبير، 2 / 301 .

³ - الشرح الكبير، 3 / 258 .

3 - " إذا اختلف رب المال وعامل القراض في جزء الربح الذي للعامل، فالقول للعامل إن أشبه مع يمينه، ولا عبرة بشبهه رب المال إن أشبه هو أيضا، وكان المال بيد العامل، وإن أشبه رب المال فقط فالقول قوله يمينه " (1) .

4 - " وإن تنازعا في قبض ما حل من الصداق بعد البناء، فالقول قوله يمين، إن كانت العادة الدفع قبل البناء، فإن جرى العرف بتأخيره بعد البناء فقولها، لكن يمين " (2) .

5 - " إذا تنازع الزوجان في أثاث البيت ولم تشهد البيئة لأحدهما، حُكِّمَت العادة بينهما، فما شهدت به العادة أنه للزوجة كالخلي وما يناسبها من الملابس، حُكِّمَ لها به يمين، وهو مبني على أن العادة كالشاهد الواحد، وهو المشهور في المذهب، أما ما كان خاصا بالرجال، أو كان للرجال والنساء معا كالطشت وسائر الأواني، فالقول فيه للرجل يمين " (3) .

6 - " (و) إن تنازعا قبل البناء (في قدر المهر) بأن قال عشرة وقالت عشرين (أو صفته) بأن قالت: بعد رومي وقال: بعد زنجي، أو قالت: بدنانير محمدية، وقال: بل يزيديّة (أو جنسه) بأن قالت بذهب، وقال بفضة أو بعد، وقال بثوب أو قالت بفرس، وقال بحمار إذ الجنس لغة صادق بالنوع (حلفا) إن كانا رشيدين وإلا فوليهما كما يأتي وتبدأ الزوجة (وفسخ) النكاح بطلاق ويتوقف الفسخ على الحكم، وكذا إن نكلا هذا إن أشبه أو لم يشبهها معا، أما إن أشبه أحدهما فالقول له يمينه فإن نكل حلف الآخر ولا فسخ. " (4) .

1 - الشرح الكبير، 3 / 537 .

2 - الشرح الكبير، (2 / 335)

3 - الشرح الكبير، 2 / 236 .

4 - الشرح الكبير، (2 / 333)

8 - " (وصدق) يمين (في) دعوى (نفيه) أي نفي إرادة الطلاق في اعتدي بأن قال: لم أرد الطلاق وإنما مرادي عد الدراهم مثلاً (إن دل بساط) أي قرينة (على العد) دون إرادة الطلاق "(1).

9 - " إن اختلف البائع والمشتري في أصل الأجل، بأن قال البائع: بعثك نقداً، وقال المشتري: بل إلى أجل، عمل بالعرف باليمين "(2).

10 - " إن اختلفا (في موضعه) [السلم] الذي يقبض فيه (صدق مدعي موضع عقده) يمينه "(3).

ثانياً - تطبيقات ما لا يحتاج إلى يمين:

1 - " إن تنازع الزوجان في قبض ما حل من الصداق قبل البناء، فالقول قولها يمين؛ لأن الأصل عدم الدفع، إلا أن يكون الصداق مكتوباً بكتاب، أو أن يكون بيدها رهن على الصداق، فالقول قولها بلا يمين "(4).

2 - " من حاز عقاراً وتصرف فيه تصرف الملاك بكراء أو هدم أو بناء أو زراعة أو قطع شجر، ثم ادعى شخص حاضر يشاهد تصرف الحائز وهو ساكت لا ينكر عليه، مع عدم المانع من التكلم، فإن هذه الحيازة تكون دليلاً على صدق الحائز؛ لجري العادة أن الإنسان لا يسكت عن ملكه كل هذه المدة "(5).

¹ - الشرح الكبير، (2 / 378)

² - الشرح الكبير، (3 / 191)

³ - الشرح الكبير، (3 / 194)

⁴ - الشرح الكبير، (2 / 335)

⁵ - الشرح الكبير، 4 / 233 .

3 - " إذا زنت المتزوجة، فادعت أنها بكر بعد قيامها مع زوجها عشرين سنة، والزوج يدعي الوطء، فإنها تُكذب ولا تُسمع دعواها، فيقام عليها حد الرجم لا الجلد؛ لأن العادة تُكذبها "(1).

4 - " (وإن لم يجب) المدعى عليه بإقرار ولا إنكار (حبس وأدب) بالضرب (ثم) إن استمر على عدم الجواب (حكم) عليه بالحق؛ لأنه في قوة الإقرار (بالحق بلا يمين) من المدعي؛ لأن اليمين فرع الجواب وهو لم يجب "(2).

7 - " لو ادّعى شخص على ورثة ميت أن له عليه ديناً ولا بينة له به، فالحكم أنهم إن علموا به وجب عليهم قضاؤه من تركته بعد يمين القضاء، وإن لم يعلموا به حلفوا على عدم العلم إن ادعى عليهم العلم وإلا فلا، وإن ادعى عليهم ولم يجيبوا كان من أفراد ما تقدم من قوله وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم بلا يمين "(3).

9 - " (ورد) المال الملتقط (بمعرفة مشدود فيه) وهو العفاس أي الخرقعة، أو الكيس ونحوه المربوط فيه المال (و) المشدود (به) وهو الوكاء بالمد أي الخيط (و) بمعرفة (عدده بلا يمين)، أي يقضى لمن عرف ذلك بأخذه من غير يمين، وكذا بمعرفة الأولين فقط، فالأولى حذف العدد ليكون جارياً على المشهور، ويستفاد منه ما ذكر بالأولى، وما لا عفاص له ولا وكاء يكتفى فيه بذكر الأوصاف المفيدة لغلبة الظن بصدق الآتي بها "(4).

القاعدة الثالثة - زيادة العدالة هل هي كشاهد أو كشاهدين؟(5).

1 - الشرح الكبير، 4 / 323 .

2 - الشرح الكبير، 4 / 151 .

3 - حاشية الدسوقي - (4 / 229) .

4 - الشرح الكبير، 4 / 118 .

5 - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (118) / 143 .

يدل لفظ "زيادة العدالة" أن الاختلاف في كونها كالشاهد أو كالشاهدين أنها خاصة بالترجيح بين شهادات العدول إذا تعارضت فيما شهدت به، وتساوت، كشاهدين لكل منهما، أو شاهد واحد وامرأتين لكل منهما، فيقع الترجيح بينها بزيادة العدالة، ثم يكون الاختلاف هل هي كالشاهد الواحد فلا بد من يمين المدعي معها، أو هي كالشاهدين فيقع الترجيح ويحكم به دون يمين.

فلا تكون زيادة العدالة كالشاهد ابتداء، بحيث يُكتفى بشهادة المبرز في العدالة بلا يمين المدعي مثلاً، ولا يُكتفى بشهادة المبرز في العدالة في إثبات النسب مثلاً بناء على أن شهادته تعادل شهادتين.

ولا تمنع زيادة العدالة في الشاهد المبرز في العدالة من القدح في عدالته من عدل دونه في العدالة، قال في الشرح الكبير: "وهو المختار من الخلاف، وهو قول سخون، ورجح، لأن الجرح مما يكتمه الإنسان في نفسه، فلا يكاد يطلع عليه إلا بعض الأفراد، فمن علم شيئاً كان شهادة عنده يؤديها كسائر الشهادات" (1).

وكما لا تكون زيادة العدالة كالشاهد في غير حالة التساوي بين البيئات عند تعارضها، فلا يتم الترجيح بزيادة العدالة إذا تفاوتت البيئات في القوة، أي فلا تكون زيادة العدالة سبباً في تعديل الكفة، بل فقط في الترجيح، فلو كان من جانب شاهدان، ومن الآخر شاهد ويمين فإنه يرجح بالشاهدين على الشاهد واليمين، ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه.

ولو كان من جانب شاهدان، ومن الآخر شاهد وامرأتان فإنه يرجح بالشاهدين ما لم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل فيقدم هو والمرأتان على الشاهدين.

¹ - الشرح الكبير، (4 / 182).

والفرق بينهما هو أن شهادة العدل مع المرأتين وإن كانت تأتي في الرتبة بعد شهادة العدلين إلا أنها قريبة منها، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾؛ ولأن الشاهد والمرأتين معمول بهما اتفاقاً بخلاف الشاهد واليمين⁽¹⁾.

وإذا كان الأمر على هذا الحال، فهل تكون زيادة العدالة كالشاهد، أو كالشاهدين؟ قال التسولي في البهجة: "زيادة العدالة كشاهد واحد على المشهور"⁽²⁾، ولذلك فهي لا تعمل إلا فيما يكتفى فيه بالشاهد الواحد مع يمين المدعي، وهو الأموال.

وفي حاشية الدسوقي: "الترجيح بزيادة العدالة خاص بالأموال ونحوها من كل ما يثبت بالشاهد واليمين، دون غيرها مما لا يثبت إلا بعدلين: كالعتق والنكاح والطلاق والحدود، فلا يقع الترجيح في شيء من ذلك بمزيد العدالة؛ لأن زيادة العدالة بمنزلة الشاهد الواحد على المشهور، وهو مذهب المدونة ... وقيل: إنه يرجح بمزيد من العدالة في غير الأموال أيضا"⁽³⁾.

التطبيقات:

1 - "ورجح بمزيد عدالة في إحدى البينتين، ويحلف مقيمها، بناء على أن زيادتها كشاهد، وهو الراجح"⁽⁴⁾.

2 - "لو أقام أحدهما بينة أن نكاحه سابق ونكاح غيره لاحق، وأقام غيره بينة على عكسه، وكانت إحداها أعدل من الأخرى، فإن زيادة العدالة كغيرها من المرجحات الآتية في باب الشهادة غير معتبرة هنا ولو صدقتها المرأة، لقيام زيادة

¹ - شرح مختصر خليل للخرشي، (7 / 231).

² - البهجة في شرح التحفة، (1 / 233).

³ - حاشية الدسوقي، (4 / 220).

⁴ - الشرح الكبير، 4 / 220.

العدالة مقام شاهد، وهو ساقط في النكاح دون غيره، وحينئذ فتسقط البيئتان لتناقضهما وعدم مرجح⁽¹⁾.

المبحث الثاني - الأصل

تعريف الأصل:

قال القرافي: استصحاب الأصل هو: "اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال"⁽²⁾.

ونفهم من هذا: أن الأصل هو: الحال المعهود، أي الذي عرف له وجودٌ في السابق.

سواء كان الموجود في السابق إثباتاً، فيقال: الأصل وجوده، كما في حالة الشك في طهورية الماء، فيقال: الأصل وجودها، أو نفياً، فيقال: الأصل عدمه، كما في الشك في حصول الطهارة، فيقال الأصل عدمها.

أما استصحاب الأصل، فهو الحكم ببقاء الشيء على حاله التي عهد عليها، عند عدم الدليل على انقطاع تلك الحالة.

فإذا ترددنا في أمر ما بين كونه على هذا النحو أو ذاك، وكان أحدهما معهوداً في السابق؛ فالمرجح بينهما هو الأصل، أي الأمر الذي عرف وجوده في السابق من الأمور التي وقع التردد بينها، فإلى أي جانب كان الأصل اتبعه الحكم.

- كالتردد في ماء: هل هو طاهر أو تنجس، فبما أن الطهورية هي أصل في الماء فالحكم يكون ببقائها عند عدم الدليل على انقطاع هذا الأصل.

¹ - الشرح الكبير، 2 / 236 .

² - الذخيرة للقرافي (1 / 151).

- وكدعوى رد الدين، وهو أمر لم يكن موجودا بعد ثبوت الدين بالإقرار أو البينة، فإذا ادعى المدين الرد والدائن ينكره، فالحكم يكون لصالح الدائن؛ لأن دعواه توافق الأصل.

متى يتم الاحتكام إلى الأصل:

مما تقدم نتبين أن تحكيم الأصل لا يكون إلا في نوع واحد من أنواع التردد، وهو أن يكون لأحد الشقين المتردد بينهما وجود في السابق، أي فيما مر من الزمان، فإن كان الأمر على هذا النحو حكم القاضي أو المفتي باستصحاب الحال الذي كان موجودا في السابق، وعدم قبول دعوى انقطاع هذا الحال في حال لم يقم مدعي الانقطاع الدليل على دعواه.

أما إذا لم يعلم وجود لأحد جانبي الدعوى في السابق، كالتردد في بقعة حمراء بين أن تكون دما أو مجرد حبر أو طلاء، والتردد في مال يدعيه شخصان كل واحد يدعي أنه ملكه، دون أن يثبت ملك سابق لأحدهما لهذا المال، فهذا لا يمكن تحكيم الأصل فيه، وإنما تحكم فيه قاعدة الغالب كما في المبحث السابق، ومن هذا تفريق الفقهاء في المال المتنازع فيه بين ما عرف أصله، وبين ما لم يعرف أصله، كما في:

1 - " لو ادعى الأب أن بعض الجهاز له على سبيل العارية وخالفته البنت، قبلت دعوى الأب في إعارته لها شيئا من الجهاز إن كانت دعواه في السنة من يوم البناء لا العقد، إذا بقي بعد ما ادعاه من العارية ما يفي بجهازها المشتراط أو المعتاد ولو أزيد من صداقها، فإن لم يكن فيما بقي وفاء فالذي في العتبية وهو المذهب: أنه لا

يقبل منه، إلا أن يعرف أن أصل المتاع له فيحلف ويأخذه، ويتبع بما فيه وفاء، والأب والأجنبي فيما عرف أصله سواء" (1).

2 - من المدونة: "أرأيت لو أن رجلا مات فأخذت ماله وزعمت أني وارثه وأنه مولاي، فأتي رجل بعد ذلك فأقام البينة أنه مولاه، وأقمت أنا البينة أنه مولاي، وتكافأت البينتان في العدالة، أيكون المال للذي في يديه في قول مالك؟ قال: المال بينهما.

قلت: ولم ذلك؟ وقد قال مالك: إذا تكافأت البينتان فالمال للذي هو في يديه. قال: إنما ذلك في مال في يديه ولا يعرف من أين أصله، فأما إذا عرف أصله فهو للذي له أصل المال، وقد أقاما جميعا البينة أنهما استحقا جميعا هذا المال، من الذي كان له أصل هذا المال؟ فهو بينهما" (2).

قواعد الأصل

القاعدة الأولى - الأصل بقاء ما كان على ما كان (3).

أي استصحاب الحال التي عهد عليها.

¹ - الشرح الكبير، (2 / 323).

² - المدونة، (2 / 585).

³ - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (114) / 140.

صور من الأصل في كلام الفقهاء :

1 - الأصل البراءة قبل ثبوت التكاليف وعمارة الذمة⁽¹⁾، فإذا شككنا هل عمرت الذمة أو لا؟ رجحنا عدم التعمير؛ لأن الأصل عدمه، فن ادّعي عليه بحق لا تُقبل دعوى المدعي حتى يُقيم البينة.

2 - الأصل عدم البراءة بعد ثبوت التكاليف وعمارة الذمة⁽²⁾، فإذا علمنا عمارة الذمة ثم ترددنا في بقاء التعمير رجحنا بقاءه، ولا تُقبل دعوى الرد حتى يُقيم البينة.

3 - الأصل الصحة دون المرض: " فإذا شهدت إحدى البينتين أن الميت أوصى وهو صحيح والأخرى أنه أوصى وهو موسوس قدمت بينة الصحة؛ لأنها الأصل "⁽³⁾، وعلى مدعي المرض إثباته.

3 - الأصل الطوع دون الإكراه⁽⁴⁾.

أ - قال في الشرح الكبير: " وإن تنصر أسير فيحمل على الطوع عند الجهل، فتبين زوجته ويوقف ماله، فإن مات مرتدا فله مسلمين، وإن أسلم كان لورثته "⁽⁵⁾ .

ب - قال الدسوقي: " وإذا تصادقا على الوطاء، وادعت الإكراه، وادعى الطوع، كان القول قوله بيمين "⁽⁶⁾ .

¹ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 482.

² - السابق.

³ - حاشية الدسوقي، 4 / 221.

⁴ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 482.

⁵ - الشرح الكبير، 2 / 482.

⁶ - الشرح الكبير، 2 / 407 .

4 - الأصل الحرية حتى يثبت الرق⁽¹⁾، " فمن ادعى عليه أنه رقيق فعلى المدعي البينة؛ لأن الأصل الحرية، بخلاف مدعي أنه عتق؛ إذ الأصل عدم العتق، فيكون مدعياً، فعليه البينة كمدعي الدين، وسيده مدعى عليه كالمدين " (2).

5 - الأصل عدم الإذن⁽³⁾: ومن ذلك إذا تصرف شخص في مال رجل وادعى أنه وكله، وصاحب المال ينكره، فالقول للموكل دون يمين؛ لأن الأصل عدم الإذن⁽⁴⁾.

6 - الأصل عدم العداء⁽⁵⁾، ومن ذلك:

أ - إذا كان المال بيد غير صاحبه، وادعى رب المال أنه غصبه منه، وادعى من بيده المال أنه قبضه قراضاً، فالقول لمدعي القراض بيمين؛ لأن الأصل عدم العداء⁽⁶⁾.

ب - " من زرع أرضاً بوجه شبهة بأن اشتراها أو ورثها أو اكتراها من غاصب ولم يعلم بغصبه، ثم استحقها ربها قبل فوات ما تراد له تلك الأرض، فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة، وليس له قلع الزرع؛ لأن الزارع غير متعدي، وإن جهل حال الزارع هل هو غاصب أم لا؟ حُمل على أنه ذو شبهة؛ لأن الأصل في الناس عدم العداء " (7).

¹ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 486.

² - الشرح الكبير 4 / 145 .

³ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 490.

⁴ - الشرح الكبير، 3 / 393 .

⁵ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 491.

⁶ - الشرح الكبير، 3 / 537.

⁷ - الشرح الكبير، 3 / 462.

7 - الأصل في الناس أنهم محمولون على الجهل فيما ادعي عليهم علمه حتى يثبت العلم⁽¹⁾، كما لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر، فيُصدَّق ولو طال؛ لأن الأصل عدم العلم.

8 - الأصل عدم انتقال الملك، فالقول لمنكر البيع لأنه الأصل.

9 - الأصل في الأعيان الطهارة ، لطرو النجاسة⁽²⁾

القاعدة الثانية - الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط. ⁽³⁾.

الشك في الشرط شكٌ فيما اشترط الشارع وجوده، وهو إما شرط في الحكم، كالبلوغ لوجوب الصلاة، والعلم بالمبيع لحلّ البيع، أو شرط في صحة العمل، كالطهارة للصلاة، والعلم بالمبيع - أيضاً - لصحة البيع.

وإذا كان الشك في الشرط شكٌ فيما اشترط الشارع وجوده، فالأصل عدم وجوده، فإن لم تقم قرينة على وجوده؛ حُكِمَ الأصل.

تطبيقات القاعدة:

1 - " الشك في حصول الطهارة بعد حدث عُلِمَ لا بد فيه من الطهارة " ⁽⁴⁾؛ لأن الشك في الطهارة شك في وجودها بعد تحقق عدمها بالحدث.

كما لو شك في الصلاة: هل توضأ، أو لا: يعني لو أحرم بالصلاة معتقداً أنه متوضئ ثم طرأ عليه الشك فيها هل حصل منه وضوء بعد أن أحدث أم لا؟ فإنه يجب عليه

¹ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 491.

² - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية / 482.

³ - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (21) / 75.

⁴ - الشرح الكبير، 1 / 123.

قطع الصلاة⁽¹⁾؛ لأن الأصل عدم وقوعه.

2 - بناء على أن الحنث شرط في وجوب الكفارة، من حلف ثم شك هل حنث أم لا، فقال الدسوقي: "اختار أبو محمد والخمي عدم الحنث، وأنه لا يؤمر بالفراق لا بفتيا ولا بقضاء، مثل ما إذا حلف على فعل غيره، وهذا هو المشهور"⁽²⁾.

3 - "إذا مات قريبان معا كل منهما يرث الآخر، ولم يعلم السابق من اللاحق، فلا ميراث بينهم لأن الميراث لا يكون بالشك"⁽³⁾، أي لوقوع الشك في الشرط، وهو تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه.

4 - "إن قال لها أنت طالق إن كنت دخلت الدار، فإن قالت لم أدخل، لم يلزمه شيء، إلا أن يتبين خلافه"⁽⁴⁾.

5 - "(و) إن اشترى على رؤية متقدمة فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها، وادعى البائع أنه عليها، حلف البائع على (بقاء الصفة) التي رآه المشتري عليها ولم يتغير (إن شك) أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا"⁽⁵⁾.

وهذا من الشك في شرط لزوم البيع وهو بقاؤه على الصفة التي رآه عليها، فكان الأصل بقاؤه، وكان القول للبائع بيمينه في حالة الشك.

¹ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير. (1 / 241).

² - حاشية الدسوقي، 2 / 402.

³ - البهجة في شرح التحفة، (2 / 696).

⁴ - الشرح الكبير، 2 / 401.

⁵ - الشرح الكبير، 3 / 25.

6 - في بيع الربوي بمثله يشترط التماثل بين العوضين، فإذا وقع الشك في التماثل بزيادة أحدهما على الآخر امتنع البيع؛ لأنه ربا، والسبب في تحريمه في حالة الشك هو أن الأصل والغالب عدم التماثل، ولهذا قالوا: " الشك في التماثل كتحقق التفاضل".

القاعدة الثالثة - الشك في المانع لا أثر له⁽¹⁾.

الشك في المانع شكٌ فيما اشترط الشارع نفيه، وهو إما مانع من الحكم، كالدين لوجوب الزكاة، والغرر لحلّ البيع، أو مانع من الحكم (الوجوب، أو الإذن، أو المنع) ومن الصحة أيضا، كالحيض للصلاة، والغرر في البيع، فإنه يمنع حل البيع وصحته معا.

وإذا كان الشك في المانع شكٌ فيما اشترط الشارع نفيه، فالأصل هو وجوده، فإن لم تقم قرينة على نفيه؛ حكّم الأصل.

تطبيقات القاعدة:

1 - الطلاق مانع من بقاء العصمة، فإذا شك هل طلق أو لا، ألغى المانع؛ لأن الأصل عدمه، فلا يؤمر بالفراق⁽²⁾.

2 - "إن قامت قرينة على تحقق الخصام [بين الشاهد والمشهود عليه] أو على ظنه أو على تحقق الشكاية أو ظنها عمل بذلك، وإن فقد ما ذكر من القرينة حمل على أنه غير مخاصم؛ لأن الشك في المانع ملغى"⁽³⁾.

¹ - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (22) / 75.

² - انظر الشرح الكبير، 2 / 401.

³ - الشرح الكبير، (4 / 172).

3 - الإنسان إذا أحرم بحج أو عمرة ثم علم بوجود ما يُمكن أن يمنعه من دخول مكة، فإن ظنّ المنع كان له التحلل بالنية، وإن شك في المنع ألغى الشك، ولم يكن له أن يتحلل حتى يتحقق المنع أو يظنه⁽¹⁾.

4 - تردد الفقهاء فيما خرج من الدم بعلاج قبل وقته المعتاد هل يسمى حيضاً أو لا، واستظهروا عدم كونه حيضاً، قال الدسوقي: "لأن هذا شك في المانع وهو لغو، وحينئذ فالظاهر أنها لا تترك الصلاة والصيام، ولا تبرأ به من العدة، لكنها تقضي الصوم احتياطاً؛ لاحتمال أنه حيض"⁽²⁾.

6 - تغير الماء بما ينفك عنه غالباً كالطعام، مانع من صحة الوضوء به، فإذا شك في مغير الماء هل حصل من جنس ما يضر، وهو ما ينفك عنه غالباً، أو ليس من جنس ما يضر كقراره، فهو شك في المانع الأصل عدمه، فالأصل بقاءه على الطهورية، ولا ينتقل الماء عن أصله حتى يتحقق ما يؤثر فيه⁽³⁾.

7 - "الولي إذا وهب لمحجوره فإنه يحوز له إلى أن يبلغ رشيداً، فإذا بلغ رشيداً حاز لنفسه، فإذا بلغ رشيداً ولم يحز لنفسه وحصل مانع للواهب بطلت، لا إن بلغ سفياً، أو حصل المانع وهو صغير، فإن جهل الحال ولم يدر هل بلغ رشيداً، أو سفياً والحال أن الواهب حصل له المانع بعد البلوغ فقولان، والمعتمد أنه يحمل على السفه، وحينئذ فتصح الهبة، لما تقدم أن الرشد لا يثبت إلا ببينة فيحمل على السفه عند جهل الحال"⁽⁴⁾.

¹ - انظر: شرح مختصر خليل للخرشي (2 / 388)، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي (2 / 587).

² - الشرح الكبير، (1 / 167).

³ - شرح مختصر خليل، (1 / 66).

⁴ - الشرح الكبير، (4 / 107).

واستثنى المالكية من إهمال الشك في المانع:

الشك في وقوع الناقض بعد تيقن الوضوء، فمع أن الأصل هو بقاء الطهارة، وعدم المانع، كان مقتضى القاعدة الحكم ببقائها، لكن قال المالكية بأن الشك في الحدث ينقض الوضوء إذا كان خارج الصلاة، وعللوا ذلك:

1 - بأنه احتياط لأعظم أركان الإسلام، فلا يجوز الدخول فيها ابتداء بطهارة مشكوك فيها.

2 - بسبب سهولة الوضوء وكثرة نواقضه وغلبة وقوعها⁽¹⁾.

وعلى التعليل الثاني فلا استثناء، لأنه عمل بقاعدة الغالب إذا تعارض مع الأصل، كما يأتي في المبحث الثالث.

القاعدة الرابعة - الشك في النقصان كتحققه⁽²⁾.

الشك في النقصان شك في وجود ما ينبغي على المكلف إيجاده حتى تبرأ ذمته، كالشك في عدد الركعات، أو الشك في أداء الحقوق، والشك في جميع ما تقدم شك في وجود ما كان معدوماً، والشك في وجود شيء كان معدوماً الأصل فيه أن يبقى على ما كان عليه من عدم، فيترتب على ذلك وجوب الفعل.

التطبيقات:

1 - " من شك: أصلي ثلاثاً أم أربعاً فهذا يصلح بالبناء على الأقل والإتيان بما شك فيه "⁽³⁾.

¹ - منح الجليل، (1 / 115).

² - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (26) / 76.

³ - حاشية الدسوقي، (1 / 276).

ومثل الشك في عدد الركعات الشك في عدد أشواط الطواف والسعي من طرح الشك والبناء على الأقل؛ استصحاباً لتعمير الذمة.

2 - " من ترتب عليه سجود سهو قبلها كان أو بعديا فسجد له، ثم شك هل سجد له واحدة أو اثنتين، فإنه يبني على اليقين فيأتي بالثانية "(1).

القاعدة الخامسة - الشك في الزيادة كتحققها(2).

هذه القاعدة - في تقديري - مستثناة من قاعدة تحكيم الأصل، وبيان ذلك: أن الشك في الزيادة شك في وجود شيء الأصل عدمه، ومع أن الأصل العدم لا تبرأ ذمة المكلف بالبناء على الأصل وهو عدم الزيادة، ومن ذلك:

1 - الشك في الزيادة في الصلاة موجب للسجود البعدي على المشهور(3).

2 - من شك في نقصان صلاته بنى على الأقل؛ لأنه الأصل ووجب عليه الإتيان بما شك في نقصاته، فإذا فعله كان هذا الفعل موجبا للشك في الزيادة فيجب عليه السجود(4)، مع أن هذه الزيادة الأصل عدمها.

المبحث الثالث

تعارض الأصل والغالب

تقدم أن الغالب هو إدراك الطرف الراجح، أو هو: رجحان الظن بثبوت أمر أو نفيه، ولما وصف هذا الأمر بأنه غالب، كان من الضروريات العقلية أن يقابله الطرف المغلوب، وهذا الطرف المغلوب إما أن يسانده الأصل أو لا.

¹ - الشرح الكبير، (1 / 278).

² - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (28) / 76.

³ - التاج والإكليل، (2 / 35).

⁴ - حاشية الدسوقي، (1 / 276).

الحالة الأولى - ألا يسانده الأصل، وهذا يتحقق بصورتين:

الصورة الأولى - أن يساند الأصل الغالب: وفي هذا المعنى نجد الفقهاء يقولون: " لأنه الأصل والغالب"، كما في مسألة: " وحكم بإسلام اللقيط إن وجد في قرية من قرى المسلمين؛ لأنه الأصل والغالب" (1).

ومسألة: " إذا شهدت إحدى البينتين أنه أوصى وهو صحيح العقل وشهدت الأخرى أنه أوصى وهو موسوس فقال ابن القاسم في العتبية تقدم بينة الصحة لأنها الأصل والغالب" (2).

أو يقولون: " على خلاف الأصل والغالب"، كما في مسألة " كاحتمال طرو القضاء في الدين الثابت فهو خلاف الأصل، والغالب" (3).

الصورة الثانية - ألا يعرف أصل أحدهما:

مثل أن يجد الإنسان بقعة حمراء على ثوبه، فيتردد: هل هذا دم أو حبر، فلا يقال: الأصل أنه دم، أو الأصل أنه حبر، فلا مدخل للأصل في مثل هذه المسألة، بل يقال: الغالب أنه حبر، إن كان الشخص يكثر تعامله معه، أو يقال: الغالب أنه دم، لأن جسم الإنسان كالقربة المملوءة دما (4).

ومثل مال الإنسان، فلا يقال: الأصل فيه أنه حلال أو حرام، بل يقال: الغالب فيه أنه حلال أو حرام.

1 - الشرح الكبير، 4 / 125.

2 - شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي (7 / 386).

3 - البهجة في شرح التحفة، 2 / 365.

4 - حاشية الدسوقي، 1 / 73.

ومثل اختلاف المدعين في ملكية مال، فلا يقال: الأصل أنه ملك لهذا المدعي، أو ذاك، بل يقال: الغالب أنه لهذا المدعي لوجود قرينة تؤيد دعواه.

ومن ذلك: من تحقق إصابة النجاسة، ولم يعرف موضع النجاسة، فلا يقال: الأصل أن يكون المصاب هذا المكان أو ذاك، بل يقال: الغالب أن يكون هذا الموضع هو الذي أصابته النجاسة دون الآخر.

فإذا دار الأمر بينهما، بأن جهل حاله، هل هو من جنس الغالب، أو من جنس النادر، كان شأن الشريعة تقديم الغالب؛ لأن الغالب إذا قُدِّم على الأصل - كما يأتي - فأولى أن يقدم على النادر الذي لم يسانده الأصل كما تقدم في تطبيقات قاعدة: الغالب هل هو كالحقق أو لا؟ إلا في بعض المسائل قُدِّم فيها النادر على الغالب رحمة بالعباد ورفعاً للحرج عنهم⁽¹⁾.

الحالة الثانية - أن يساند الأصل النادر: فيتعارض مع الغالب، وهو موضوع القاعدة: إذا تعارض الأصل والغالب، هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟ فيه قولان. (2).

الطرف المغلوب (النادر) إذا سانده الأصل، فقد تعارضت الأدلة: الأصل، والغالب، وفي هذا التعارض اختلف المالكية والشافعية في المقدم منهما، فنقل القرافي في الفروق عن الشافعية: التمسك بالأصل⁽³⁾، أما المالكية فتمسكوا بالغالب، قال الدسوقي: "من قواعد المذهب استصحاب الأصل ما لم يعارضه غالب، فإذا تعارضاً صار المنظور إليه الغالب"⁽⁴⁾.

¹ - الفروق، 4 / 104.

² - إيضاح المسالك، القاعدة رقم (17) / 70.

³ - انظر الفروق، الفرق (159).

⁴ - حاشية الدسوقي، 4 / 145.

وسبب تقديم الغالب على الأصل أمران:

الأول - أن الغالب إذا أفاد غلبة الظن، بمعنى إدراك الطرف الراجح مع طرح نقيضه الذي هو الوهم، فقد تَرَجَّحَ على الأصل الذي لا يرقى إلى درجة غلبة الظن، بل غايته إدراك الطرف الراجح فقط؛ لأنه يعتمد على استحضار صورة سابقة ثابتة من الماضي، وإذا كان الأمر كذلك، وجب المسير إلى الطرف الراجح وهو الغالب؛ لأن العمل بالمرجوح وترك الراجح خلاف صريح العقل والمنطق.

قال في الأجوبة الصغرى: إذا غلب طريان محرم على الحلال بسبب معتبر في غلبة الظن فإنه يرفع الاستصحاب ويقضي بالتحريم؛ إذ الاستصحاب ضعيف، ولا يبقى له حكم مع غلبة الظن، كما إذا ظن نجاسة إناء بعلامة معينة، فلا يجوز التوضؤ به ولا شربه⁽¹⁾.

الثاني - أن الغالب إذا لم يفد إلا مجرد الظن، فهو مُقدم عند تعارضه مع الأصل؛ لأنه ناقل، والقاعدة: أن الناقل مُقدم على المستصحب، قَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: "تقدم البينة الناقلة على المستصحبة"⁽²⁾

التطبيقات

1 - ثياب الكافر، وغير المصلي، ومن عُرف بشرب الخمر وهو لا يصلي؛ محمولة عند الجهل بحالها على النجاسة، مع أن الأصل في الأشياء الطهارة، تغليباً للغالب على الأصل؛ وسبب إفادتها للظن الغالب أن النجاسة ملازمة للإنسان واستصحاب الأصل يحتاج إلى عناية واهتمام والأصل عدمهما، والغالب عنهم عدم تحرزهم من النجاسة.

¹ - الأجوبة الصغرى، لأبي محمد الفاسي، بهامش عمدة البيان في معرفة فروض الأعيان، لأبي محمد المرداسي / 19.

² - جامع الأمهات، في تعارض البيئتين / 487.

أما نسج الكافر فإنه يُحمل على أصل الطهارة؛ لأن الغالب على الصانع تعهد صنعته⁽¹⁾، فهي من اتحاد الأصل والغالب.

2 - لا يُصلى في ثياب نوم شخص آخر ولو مصليا؛ لأن الغالب أن ثياب النوم لا يتعهدها صاحبها بالتطهير⁽²⁾.

4 - "إن جهل حال المفلس هل هو مليّ أو معدّم حيس حتى يعلم حاله، لأنّ الناس محمولون على الملاء وهذا ممّا قدّم فيه الغالب على الأصل وهو الفقر لأنّ الإنسان يولد فقيراً لا ملك له"⁽³⁾.

5 - الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة اهتداء، ثم طلقها وتنازعا في المسيس، فقال الزوج: ما أصبتها، وقالت هي: بل أصابني، فإنها تصدق في ذلك بيمين على المشهور، مع أن الأصل العدم، وهو مبني على تقديم الغالب، وعلى أن العادة كالشاهد الواحد⁽⁴⁾.

6 - الرجل إذا تزوج أمة ثم ادعى أنها غرّته، فالأصل عدم التغير، وعادة الأحرار أنهم لا يتزوجون إلا حرة، فالعادة هنا تقوم مقام الشاهدين، ويكون القول قول الزوج⁽⁵⁾.

¹ - الشرح الكبير، 1 / 61، ومواهب الجليل 1 / 122.

² - الشرح الكبير، 1 / 61.

³ - الشرح الكبير، 3 / 279.

⁴ - الشرح الكبير، 2 / 301.

⁵ - البيان والتحصيل، 5 / 73.

والمرأة الحرة يتزوجها عبدٌ، ثم تدعي التغير، فالقول قولها يمين إن ادَّعيَ عليها العلم، فتكون العادة هنا منزلة الشاهد الواحد⁽¹⁾.

7 - إذا اختلف الزوجان في دفع الحال من الصداق، فالأصل عدم الدفع، فإن كان اختلافهما بعد البناء، وادعى الزوج دفعه قبل البناء، وادعت الزوجة عدم الدفع، فالقول قول الزوج؛ لأن العادة تشهد أن الزوج لا يبيي بزوجه إلا بعد الدفع، فأقام الفقهاء العادة منزلة الشاهد وألزموا الزوج اليمين.

ولو اتفقا على عدم وقوع الدفع قبل البناء، وادعى أنه دفعه بعد البناء، وادعت الزوجة عدم الدفع فالقول قول الزوجة مع يمينها؛ لأن الأصل عدم الدفع، والعادة ضعف الاستشهاد بها عندما أقر أنه عند البناء لم يدفع المهر⁽²⁾.

8 - إذا اختلف الزوجان في النفقة، فادعت الزوجة عدم الإنفاق فيما مضى، والحال أن العشرة مستمرة، لم يقبل قولها، لأن دوام العشرة قرينة تبلغ مبلغ القطع في تكذيبها⁽³⁾، مع أن الأصل عدم الإنفاق.

9 - إذا استؤذنت البكر، فسكت، فالأصل عدم الرضا، والغالب أن السكوت للاستحياء من التصريح بالرضا، فيكون دلالة على الرضا.

12 - بيع الشيء الغائب على رؤية سابقة، وقد مر على الرؤية زمن دلت التجربة فيه على تغير السلعة، حكم بفساده؛ لأن الغالب فيه التغير، مع أن الأصل هو استمراره على حاله التي رُوي عليها.

¹ - البيان والتحصيل، 5 / 46.

² - شرح ميارة على التحفة، 1 / 186.

³ - تبصرة ابن فرحون، 1 / 250.

13 - اللوث: قرينة تقوي جانب الدعوى ويغلب على الظن صدقها، وهو مأخوذ من اللوث وهو القوة، وهي مثل أن يرى رجل مقتول في دار، وليس في الدار أحد، وقد رُئي رجل يخرج من الدار في حالة منكرة؛ فهذا لوث يوجب القسامة للقرينة الظاهرة⁽¹⁾، مع أن الأصل العدم.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الغاية من هذا البحث ليس التوصل لنتائج جديدة لم تكن معلومة من قبل، بل الغاية هي إبراز هذا النوع من العلم كوحدة متكاملة، أجمع فيها مسائل ماثورة في كتب مختلفة، وترتيبها بشكل متجانس ومتتابع على نسق منطقي، مصحوباً بشيء من التحليل والمقارنة.

وبعد أن منَّ الله عليَّ بإنهاء هذا البحث بصورة أرجو أن أكون قد وفقت فيها إلى الغرض المطلوب، فإني أسأل الله عز وجل أن يغفر لي ما وقع في هذا البحث من خطأ وزلل، وأن يتقبل مني، وأن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون هذا البحث مفيداً لقارئه، ونافعاً بمضمونه كل من يهتم بدراسة مسائل تحقيق مناط الحكم، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

وفقنا الله جميعاً لما يحبه ويرضاه آمين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

¹ تبصرة ابن فرحون، 2 / 97.

المصادر والمراجع

ت	الكتاب	المؤلف	تحقيق	منشورات	الطبعة
1	الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام	محمد بن أحمد الفاسي		دار المعرفة	
2	الأجوبة الصغيرة، بهامش عمدة البيان	أبو محمد الفاسي			
3	البهجة في شرح التحفة = شرح تحفة الحكام	أبو الحسن علي التُّسولي	محمد عبد القادر شاهين	دار الكتب العلمية	الأولى
4	البيان والتحصيل	أبو الوليد محمد بن رشد	د. محمد حجي وآخرون	دار الغرب الإسلامي	الثانية
5	التاج والإكليل	أبو عبد الله، محمد المواق		دار الكتب العلمية	الأولى
6	التوقيف على مهمات التعاريف	زين الدين محمد المناوي		عالم الكتب	الأولى
7	الذخيرة	أبو العباس شهاب الدين القرافي	د. محمد حجي وآخرون	دار الغرب الإسلامي	الأولى
8	الشرح الصغير = أقرب المسالك	الشيخ أحمد الدردير		دار المعارف	
9	الشرح الكبير على مختصر خليل	الشيخ أحمد الدردير		دار الفكر	
10	الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق	أبو العباس شهاب الدين القرافي		عالم الكتب	
11	المدونة الكبرى	الإمام مالك بن أنس		دار الكتب العلمية	الأولى
12	المستصفى	أبو حامد محمد بن محمد الغزالي	محمد عبد السلام عبد الشافي	دار الكتب العلمية	الأولى
13	الموافقات = القواعد الفقهية	إبراهيم بن موسى	مشهور بن حسن	دار ابن عفان	الأولى

		آل سلمان	(الشاطبي)	والسياسة الشرعية	
الأولى	كلية الدعوة الإسلامية	د. الصادق الغرياني	أحمد بن يحيى الوشريطي	إيضاح المسالك، إلى قواعد الإمام مالك	14
الأولى	مكتبة الكليات الأزهرية		إبراهيم بن علي (ابن فرحون)	تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام	15
	جامعة الفاتح		د. الصادق عبد الرحمن الغرياني	تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية	16
الثانية		أبو عبد الرحمن الأخصري	أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب	جامع الأمهات	17
	دار الفكر		محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير	18
	دار المعارف		أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي	حاشية الصاوي على الشرح الصغير	19
	دار الفكر	يوسف الشيخ محمد البقاعي	علي بن أحمد الصعدي العدوي	حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني	20
الثانية	مؤسسة الريان		موفق الدين بن قدامة	روضة الناظر وجنة المناظر	21
الأولى	دار الكتب العلمية	عبد السلام محمد أمين	عبد الباقي بن يوسف الزرقاني	شرح الزرقاني على مختصر خليل	22
	دار الفكر للطباعة		محمد بن عبد الله الخرشبي	شرح مختصر خليل للخرشي	23
	دار إحياء التراث العربي	محمد فؤاد عبد الباقي	الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري	صحيح مسلم	24
	دار الفكر		محمد بن أحمد بن محمد عليش	منح الجليل شرح مختصر خليل	25
الثالثة	دار الفكر		أبو عبد الله محمد (الخطاب)	مواهب الجليل في شرح مختصر خليل	26
		محمد ولد سيدي			

27	نثر الورود على مراقبي السعود	محمد الأمين الشنقيطي	الشنقيطي	دار المنارة للنشر	الأولى
28	نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها	د. أحمد الرسوني		دار الكلمة للنشر	الأولى