الاداء ان يطلب عدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة به (وان كانت هذه التصرفات مشروعة) دفعاً لمضرة اعسار هذا المدين وهو الامر الذي يترتب عليه الاضرار بالدائن ، اذ نصت هذه المادة على انه **(يجوز لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره)** .

ومثالها ايضاً : نص المادة (415) فقرة (1) والتي منع بموجبها المشرع العراقي المقاصة في الديون اذا كان القصد منها الاضرار بالحقوق المكتسبة للغير دفعاً لهذه المضرة ، اذ نصت هذه الفقرة على انه **(لا يجوز ان تقع المقاصة اضراراً بحقوق اكتسبها الغير)** .

ومثالها اخيراً : نصوص المواد (588،589،590،591،592) والتي منع المشرع بموجبها الولي والوصي والقاضي والوكلاء عن بيع اموال الصغير او المحجور او الموكل لأنفسهم او ان يشتروا هذه الاموال ، وذلك دفعاً لمفسدة الاضرار بهم .

الفرع الخامس

الإستصحاب

المقصد الاول : تعريف الإستصحاب

الإستصحاب لغةً : الملازمة وعدم المفارقة ، **وفي الاصطلاح يعرف الاستصحاب بانه:** الحكم ببقاء امر في الزمن الحاضر بناءً على ثبوته في الزمن الماضي ، حتى يقوم الدليل على تغييره.

وبعبارة اخرى ان كل امرٍ علم وجوده ثم حصل الشك في عدمه يحكم ببقائه استصحاباً حتى يقوم الدليل على غير ذلك ، وكذا كل امرٍ علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده حكم باستمرار العدم بطريق الاستصحاب حتى يقوم الدليل على خلافه ، وعلى ذلك فأن من تزوج امرأة على انها بكر ، ثم ادعى بعد الدخول انها ثيب لم تقبل دعواه الا ببينة ، لان البكارة صفة اصلية في المرأة وثابتة فتستصحب وتبقى الى حين الدخول حتى تقوم البينة على عدمها ، ومن علمت حياته في وقت معين يحكم ببقائه حياً حتى يقوم الدليل على وفاته ، ومن

اشترى حيواناً للصيد على انه يحسن الصيد ثم وجده لا يحسن ذلك قبلت دعواه ، وعلى من يدعي خلافها الاثبات ، لان الاصل في الحيوان عدم معرفته الصيد ، فإذا حصل النزاع في هذه الصفة استصحب هذا الاصل حتى يقوم الدليل على خلافه ، ولو اشترى شخصاً شيئاً بشرط سلامته من العيوب ثم جاء ليرده الى البائع مدعياً وجود عيب فيه ، فالقول قول البائع لتمسكه بالصفة الاصلية وهي السلامة ، وعلى المشتري اثبات عكسها .

فالاستصحاب لا يثبت حكماً جديداً كغيره من الادلة ولكنه يفيد استدامة وبقاء الحكم السابق الثابت بدليله ، لذا اكان اخر الادلة التي يلجأ اليها المجتهد بعد القران والسنة والاجماع والقياس والادلة الاخرى .

المقصد الثاني : انواع الاستصحاب

يتنوع الاستصحاب باعتبار الحكم السابق الى الانواع الاتية :

النوع الاول : استصحاب حكم الاباحة الاصلية للأشياء : فالأصل في الاشياء المباحة للإنسان ان تبقى كذلك فيستطيع الانسان الانتفاع منها والعمل بها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك بتحريمها او بأي حكم اخر ، وقد استدل الفقهاء على هذا النوع من الاستصحاب بآيات من القران الكريم منها :

1- قوله تعالى **هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا**[75].

2- قوله تعالى **وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ** [76].

وهذه الآيات واضحة الدلالة على ان الله سبحانه وتعالى قد سخر الاشياء النافعة للإنسان ، وان ما في الارض من اشياء نافعة مخلوق لفائدة الانسان ، وهذا الحكم باقٍ استصحاباً ، فتبقى الاشياء محتفظة بصفة الاباحة حتى يقوم دليل على اخراج هذه الاشياء او بعضها من نطاق الاباحة .

---

[75] سورة البقرة / 29 .

[76] سورة الجاثية / 13 .

ولا خلاف بين الفقهاء على وجوب العمل بهذا النوع من الاستصحاب وبموجبه يستطيع المجتهد ان يحكم بجواز الانتفاع بكل ما لم يرد دليل في الشرع على تحريمه ، او يحكم العقل بضرره ، فكل طعام او شراب او عقد او تصرف لم يمنعه العقل او الشرع يكون مباحاً ، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.

النوع الثاني : استصحاب حكم العقل بالبراءة الاصلية : وبموجب هذا النوع فأن ذمة كل انسان تكون خالية من أي التزام ، ويبقى هذا الحكم قائماً استصحاباً حتى يقوم الدليل على انشغالها بالتزام معين ، وبيان ذلك ان الانسان يولد وذمته غير مشغولة بأي التزام وان على من يدعي وجود التزام معين ان يثبته ، والاصل في هذا النوع من الاستصحاب دل عليه القران الكريم والسنة النبوية ، والعقل السليم :

اولاً : القران الكريم : في القران الكريم العديد من الآيات الدالة على براءة ذمة الانسان من التكليف من حيث الاصل حتى يقوم الدليل على وجود هذا التكليف ومنها :

1- قوله تعالى **وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا** [77].

2- قوله تعالى **وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا** [78].

فالآيات واضحة الدلالة على إن اساس التكليف وانشغال الذمة به هو التبليغ ، فالإنسان يولد غير مبلغ بتكليف معين ، وتبقى ذمته بريئة من هذه التكليفات حتى يقوم الدليل عليها .

ثانياً : السنة النبوية : في السنة النبوية اكد رسول الله (صلى الله عليه واله) على ان ذمة الانسان بريئة حتى يقوم الدليل على انشغالها ، وان من ادعى وجود التزام في ذمة انسان اخر فعليه اقامة الدليل على ذلك في قولهِ (صلى الله عليه واله) **(البينة على المدعي ، واليمين على من انكر).**

ثالثاً : العقل السليم : يقضي عقل الانسان السليم بأن جميع الحوادث مسبوقة بالعدم فهي وجدت بعد ان كانت غير موجودة ، وان أي التزام في ذمة الانسان سواء اكان التزاماً مدنياً ام جنائياً هو التزام مستحدث وجد

---

[77] سورة الاسراء / 15 .

[78] سورة القصص / 59 .

بعد ان لم يكن ، فذمة الانسان كانت بريئة منه ، وهذا الاصل يبقى قائم استصحاباً حتى تقوم البينة على انشغال ذمة الانسان بهِ.

ومن امثلة هذا النوع من الاستصحاب ما لو ادعى شخصٌ ديناً على اخر ولم يستطع اقامة الدليل على اثباته ، فتكون ذمة المدعى عليه بريئة منه ، لان الاصل براءة الذمة ، واذا كان لشخص شريك في التجارة وكان الشريك هو القائم بشؤنها ، فأدعى ان المال لم ينتج عنه ربح فالقول قوله ، لان الاصل عدم الربح حتى يقيم الشريك الاخر البينة على الربح ، واذا اتلف شخصٌ مال غيره واختلفا في مقدار او قيمة المال المتلف ، كان المعتبر قول المتلف ، لان الاصل براءة الذمة من الزيادة التي لم يُعترَف بها ، وهذا الاصل يبقى قائماً استصحاباً حتى يقيم صاحب المال البينة عليها

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار هذا النوع من الاستصحاب ووجوب العمل به وحجية الاستدلال به في ما لا دليل فيه .

النوع الثالث : استصحاب الحكم الثابت بقاؤه بدليل شرعي : فكل حكم دل الشارع على ثبوته يبقى هذا الحكم قائماً حتى يقوم الدليل على تغيره .

ومن امثلة هذا النوع من الاستصحاب اذا ثبتت ملكية انسان لمال معين بدليل شرعي فان هذه الملكية تبقى قائمة استصحاباً ، ولا يقبل من الغير ان يدعي هذه الملكية حتى يقيم الدليل الشرعي على انتقالها من ملك الاول الى ملكهِ ، لان الملكية الاولى ثابتة بسند شرعي ، وحجية هذا السند تبقى قائمة استصحاباً حتى يقوم الدليل على خلافه .

ومن امثلته ايضاً الحكم ببقاء الحل بين زوجين بموجب عقد صحيح ، واستمرار هذا الحل استصحاباً ، حتى يقوم الدليل على انتهائه بطلاق او خلع او غيره ، ولو استدان شخص من اخر مبلغاً من المال شغلت ذمته به وتبقى هذه المشغولية قائمة استصحاباً حتى يقيم الدليل على البراءة بالأداء او الابراء .

النوع الرابع : استصحاب الصفات المعتبرة في الاحكام والاشياء والالفاظ : فالأشياء التي تحمل صفات معينة يحكم ببقاء صفتها الاصلية حتى يقوم الدليل على وجود صفة عرضية معتبرة فيها ، وذلك وفقاً لقاعدة (الاصل في الصفات العارضة العدم) فالنصوص العامة تبقى محتفظة بصفة العموم حتى يقوم الدليل على تخصيصها

بمخصص معين ، والنصوص المطلقة تبقى محتفظة بصفة الاطلاق حتى يقوم الدليل على تقييدها بمقيد معين ، والمعاني الحقيقية للألفاظ تبقى قائمة استصحاباً حتى يقوم الدليل على ان المراد منها المعاني المجازية وليس الحقيقية ، ومن ذلك مثلاً استصحاب صفة الحياة بالنسبة للمفقود حتى يقوم الدليل على وفاته ، والكفالة وصف شرعي يستمر ثابتاً للكفيل حتى يؤدي الدين فيبرؤه المدين من الكفالة ، ووصف الماء بالطهارة يستمر قائماً حتى يقوم الدليل عن نجاسته.

وقد بينا سابقاً ان الاستصحاب لا يثبت حكماً جديداً ، وانما يستمر بموجبه العمل بالحكم الثابت بدليله سواء أكان هذا الحكم هو الاباحة او الحرمة او الندب او الكراهة وبناءً على ذلك يرى الفقهاء ان الاستصحاب حجة لإبقاء ما كان على ما كان وليس حجة لإثبات ما لم يكن ، ومع هذا فانه لا يجوز العمل به ، الا بعد النظر والبحث عن دليل خاص في الكتاب او السنة او الاجماع ، فأن وجد مثل هذا الدليل عمل به ، وان لم يوجد ذهبنا الى الاستصحاب ، فهو اخر الادلة التي يلجأ اليها المجتهد لمعرفة حكم واقعة معينة.

المقصد الثالث : القواعد التي تبنى على الاستصحاب

بنى الفقهاء على الاستصحاب القواعد الاتية :

1- ان ما ثبت بيقين لا يزول بشك : فإذا ثبتت الزوجية فلا تزول الا بأمر يقين ، واذا ثبت الوضوء لا يزول الا بيقين ، واذا ثبت الحياة فلا تزول الا بوفاة ، واذا ثبت الرشد لا يزول الا بحكم .

2- الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره : وبناءً على هذه القاعدة قال الفقهاء ان المفقود وهو الغائب الذي لا يعلم مكانه ، ولا يدري حياته من مماته تجري عليه احكام الاحياء حتى يقوم الدليل على وفاته ، فلا يورث ماله ، ولا تتزوج زوجته ، ولا تؤخذ وديعته من المودع ، وغير ذلك من الاحكام ، اما اذا مات احد اقارب المفقود ، وكان المفقود من ورثته فلا يورث شيء من الميراث وانما يوقف الامر حتى تعلم حياته من مماته .

3- ان كل شيء لم يقيم الدليل المعين على حكمه فهو على الاباحة الاصلية : ويتفرع عن هذه القاعدة الحكم بصحة كل عقد او تصرف لم يرد من الشارع حكم ببطلانه او بفساده .

4- ما ثبت انه حلال لا يوصف بالحرمة الا اذا تغيرت صفاته او قام الدليل على التغيير: فالعنب حلال حتى يثبت تغير صفته الى خمر ، وكذلك كل ما ثبت تحريمه يستمر على التحريم حتى يقوم الدليل على الاباحة كأن يختلط النبيذ بالماء فتزول عنه صفة الاسكار .

5- الاصل في الصفات العارضة العدم : فالأشياء ونحوها تبقى محتفظة بصفاتها الاصلية وتبنى الاحكام على هذه الصفات استصحاباً حتى يقوم الدليل على ان المعتبر هي الصفات العارضة وليس الصفات الاصلية ، فإذا حدث خلاف بين البائع والمشتري على وجود عيب معين أدعاه المشتري وأنكره البائع ، فالأصل سلامة الاشياء من العيوب وهذه الصفة تبقى قائمة استصحابها ، واذ اراد المشتري نفي ذلك فعليه ان يثبت وجود العيب قبل القبض .

المقصد الرابع : الاستصحاب في النصوص القانونية

جاءت القوانين الوضعية بالعديد من النصوص التي يفهم منها بقاء الاحكام والعمل بها استصحاباً حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، ومن النصوص في هذه القوانين :

1- نص الفقرة (4) من المادة (10) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نص فيها المشرع على ان حجة الزواج المسجلة بصورة رسمية تبقى قائمة ويعمل بها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، بأن يعترض شخص على مضمونها او يدفع بعدم صحتها ، اذ نصت هذه الفقرة على انه (**يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق اصولها بلا بينة ، وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر مالم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة).**

ومثاله ايضاً : نص المادة (39) فقرة (2) من قانون الاحوال الشخصية والتي نص فيها المشرع على بقاء حجة الزواج معتبرة وقائمة استصحاباً حتى يتم ابطالها من قبل المحكمة ، ولا يجوز الامتناع عن العمل بها حتى يصدر هذا الابطال من المحكمة اذ نصت هذه الفقرة على انه (**تبقى حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من المحكمة).**

2- ومن امثلة الاستصحاب في نصوص القانون المدني العراقي نص المادة (160) والتي نص فيها المشرع على ان الاحكام المطلقة تجري على اطلاقها ، ويبقى هذا الاطلاق قائم استصحاباً حتى يقوم الدليل على

التقييد ، اذ نصت هذه المادة على انه (**المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل على تقييده نصاً او دلالة).**

ومثاله أيضا نص المادة (1148) والتي بَينَّ بموجبها المشرع ان حسن النية هو من المسائل المفترضة في التصرفات وان الاصل فيها حُسن النية ، ويبقى هذا الاصل قائم استصحاباً حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك بأثبات سوء النية ، اذ نصت الفقرة (1) من هذه المادة على انه (**يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير وحسن النية يفترض دائماً مالم يقم الدليل على خلاف ذلك).**

القواعد العملية

اولا– اصالة البراءة

ثانيا– اصالة الاحتياط

ثالثا– اصالة التخيير

رابعا– اصالة الاستصحاب

اولا– اصالة البراءة

وتعني ان الاصل براءة ذمة المكلف من التكليف بما فيها انشغال الذمة من اي التزام شرعي او مالي ما لم يقم الديلي على ثبوت انشغال ذمته.

سند اصل البراء – قوله تعالى " ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"

معنى القاعدة " الناس في سعة ما لم يعلموا"

وعليه فان من يدعي بمديونية شخص يقع عليه عبء اثبات انشغال ذمته، اذ للمدعى عليه ان يتمسك بقاعدة اصل البراءة.