A-PDF Merger DEMO : Purchase from www.A-PDF.com to remove the watermark

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الوادي

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإنسانية

شعبة العلوم الإسلامية

الاستحسان وأثره الفقهي

-المعاملات أنموذجا -

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية تخصص: الفقه وأصوله

إعداد الطالب:

أحمد سعود

إشراف الأستاذ:

أحمد خويلدي

لـــــــجنة المناقشة

د/محمد رشيد بوغزالة	أستاذ محاضر	جامعة الوادي	رئيسا
أ/أحمد خويلدي	أستاذ مساعد	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
أ/مصطفى بريشي	أستاذ مساعد	جامعة الوادي	مناقشا

السنة الجامعية:2014/2013 م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

إيمانا مني أن ثواب ربي جزيل وخيره عميم ورحمته وسعت كل شيء .

أسأله ثواب هذا العمل إهداءا مني :

إلى: والديَّ الكريمين خفضا لهما بجناح الرحمة ودعاء لهما بالجنة والمغفرة .

والدي: من عايشته– مع أمينه– محبا للعلم والعلماء وأهل القرءان وحبيبي فيهم فنلت بسببه رشفا من ريقهم، والدي الحنون الذي كان لي أبا وأمّا رحمه الله أبدا .

أمي: من لم أرها – ولا صورة – ولم أعرفها إلا سماعا، أمي ما أعذبه من هتاف، قرنَها الله برحمته، وأسكنها جنته .

إلى أم البنين: من كانت سبب دفعي لبلوغ هذا المرام ثم فرقَنا القدر بغتة، رحمها الله شهيدة السر .

إلى من كانت أمّا بعد أمي– أطال الله عمرها– حاضنتي ومربيتي، أم إخوتي وأخواتي .

إلى كل إخواني وأخواتي، وأَخَصَّهم أكبرنا– الساسي– الذي كان لنا سندا ومعينا .

إلى كل أحبابي وأقاربي وأبنائي وأبناء إخوتي وأخواتي وجيراني وأخصَّهم من أسعفني بجهده ووقته نجي سعود، توفيق مهدية، أحمد غدير إبراهيم، لزهر صالحي، إبني أيمن . . .

إلى كل مشائخي الأفاضل وكل من علمني صغيرا وكبيرا .

إلى بلدي الجزائر أدام الله عليها وعلى أهلها الأمن والأمان، وإلى كل أوطان الإسلام .

إلى زملائي الذين سلكنا معا درب العلم بخلية الأخلاق والاحترام طوال سنين الدراسة .

خنانا وإلى من مدت يديها إلى حضانة أبنائي وبناتي بعد أمهم .

إلى كل هؤلاء وغيرهم ممن لهم الفضل عليَّ أهدي ثواب هذا العمل، وأبقى أجره لهم في ذمة الله مدخراً .

* والله حسبنا ونعم الوكيل *

شكر وعرفان

أشكر الله العلي القدير على إتمام هذا العمل ، وأرجو منه أن يكون خالصا لوجهه الكريم .

إذا كان من جزاء مسدي المعروف الشكر له، والعرفان لجميله ومكافئته بالثناء عليه، والذكر له بخير والدعاء والمبالغة في ذلك .

فإني أتوجه بأعلى مقامات الشكر والتقدير والثناء والعرفان إلى كل من أكرمني الله تعالى بالتلمذة على أيديهم كل سنوات الجامعة – الشيوخ الأجلاء دون استثناء – .

ثم أتوجه بالشكر وسمو الثناء إلى الشيخ الكريم أحمد خويلدي الذي تفضل بالإشراف على مذكرتي فكان موجهاً ومصححاً ومعقباً.

كما أتوجه بالشكر ومعالي التقدير للشيوخ الذين تكرموا عليَ بالمناقشة والتصويب .

ثم أتوجه إلى كل طاقم جامعة الوادي ورجالها الساهرين على رفعة صرح هذا المعلم العلمي في ولايتنا

وأشكر كل من أعانني نحتا وكتابة وتوجيها، لكرمني جميعا توسلا إلى الله إليكم أن يمنعكم بالصحة والسلامة والعافية والأمن بين أسرابكم وفي بلدكم ووطنكم.

أخوكم وحبيبكم أبو الشافعي ..... وسليمة

ملخص البحث

الحمد لله رب العالمين، وصل الله وسلم على محمد سيد المرسلين أما بعد :

فمن الأدلة التبعية في أصول الفقه للأدلة المتفق عليها الاستحسان الذي كانت دراستي له في هذا البحث إظهارا لأثره الفقهي خصوصا في فقه المعاملات كتطبيقات له، مرورا بتعريفه اللغوي والأصولي، ثم تحقيقا لترجيح القول بحجيته حيث تباينت فيه الآراء ووجهات النظر، إذ كان القول في الاستحسان أنه ليس دليلا مستقلا بنفسه، وإنما هو استثناء له سند شرعي إتباعا لضبط أنواعه، والفائدة منه متجلية في ترك العسر إلى اليسر وفي استعانة المجتهد به على ضبط الأحكام خصوصا نوازل ومستجدات كل عصر كما أسهم الاستحسان في بيان مرونة الفقه الإسلامي ومسايرته لواقع الناس في كل زمان ومكان وذلك هو خير الشريعة التي تعبدنا الله بها والحمد لله رب العالمين .

Abstrat

Praise be to Allah, Lord of the worlds, and God blessings and peace upon our Prophet Muhammad .

Preference is one of the proofs following the agreed upon proofs of the principles of jurisprudence. In this study, I tried to highlight the particular impact of preference on jurisprudent transactions as an application of it. After defining preference from the linguistic and religious point of view, I tried to investigate the claim that it can stand as argument in a bid to outbalance this view. Preference underwent a great debate, and the contemporary studies don't view it as an autonomous element, but rather an exception with a legal support considering its categories .

The great benefit of preference is that it helps facilitate what is difficult and that it can be used by specialists to set rules that fit what is new in every era. In addition, it contributed to show the flexibility of the Islamic jurisprudence in getting along with people's affairs in every time and place .

قائمة الرموز والإشارات المستخدمة في البحث.

ج	جزء
ص	صفحة
هـ	هجري
ت	توفي
م	ميلادي
تحق	تحقيق
لا.ن	لا ناشر
لا.م	لا مكان طبع
لا.ط	لا طبعة
د.ت	بدون ذكر تاريخ
*	شرح كلمة في الهامش

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمدا على جميع نعمه وإفضاله، وأسأله المزيد من عونه وإكرامه .

أشهد أنه لا اله إلا هو المحسن البديع ، الذي خلق فسوى، قدر فهدى ودعا إلى قول الحسنى.

وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ وعلى آله و صحبه وآل بيته إلى يوم الدين.

أما بعد : لقد تعبدنا الله بدين عظيم، وشريعة سامية وفـيَّ نظامها بحاجات الأمم ومصالح العباد في كل زمان ومكان .

لنا أن نتساءل ما الذي ميز هذه الشريعة حتى سايرت واقع البشر ؟ والجواب أفصح عليه الفقهاء المحققون، والعلماء الراسخون في العلم الذين إستقرَؤُوا نصوص الشريعة، وغاصوا في أسرار دلالاتها فاستخرجوا من مكنونها ما زاد الفقه الإسلامي ثروة وخصوبة ونماء، وما أفسح المجال للاجتهاد وبلوغ الأحكام مهما تغير المكان ومضى الزمان، كل ذالك منضبطاً بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ؛ لأنهما أصل الشرع الحكيم، والعلم بهما فرض على أهل الإسلام، والطريق إلى معرفة أحكامهما هو علم أصول الفقه، الذي أَلَـمَّ بالأدلة المتفق عليها، وبالأدلة التبعية لها التي كان للعلماء مناهج لهم فيها، فربما اتفق أكثرهم عليها وربما انفرد ببعضها بعضهم دون بعض .

ومن هذه الأدلة الاستحسان الذي تباينت في حقيقته وحجيته الآراء، وتعارضت فيه وجهات النظر، وأثير حوله الجدل من معتبر له وملغٍ مغلظ له في الانتقاد .

وعليه رأيت أن موضوع الاستحسان من الموضوعات التي تحتاج إلى دراسة تجلي ما أثير حوله من جدل، وتحقق صواب القول فيه، وتثبت أن الخلاف فيه لا يصلح أن يكون محلا للنزاع؛ لأن منتهى الأمر فيه راجع إلى ترك العسر إلى اليسر، والأخذ بما هو أرفق بالناس وأوفق .

ولما كان الاستحسان يمتاز - كما سنرى - بالمرونة التي تفيد الناس في كل عصر، وفي كل مجال، وبالأخص في معاملات عقودهم المتنوعة ارتأيت اتباع دراسته بتطبيقات عليه في فقه المعاملات القديم منها عبر الحقب بعد زمان التشريع، والمعاصر الحديث المستجد عند الناس؛ لأن مجال فقه المعاملات أرحب وأوسع، والأدلَّ عليه أصلية الإباحة فيه، ومراعاة مصالح العباد واليسر لهم ورفع الحرج عليهم .

أهمية الموضوع:

إن موضوع الاستحسان الذي اشتبكت بشأنه الآراء وتضاربت فيه وجهات النظر، تتجلى أهميته في إثبات الأحكام للنوازل اليومية في حياة الناس، كما تتجلى في كون الاستحسان يدفع إلى التيسير ودفع الحرج، وإبراز محاسن الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان، خاصة إذا ربط الاستحسان بالمعاملات والنوازل المعاصرة .

ثم من أهمية هذا الموضوع أنه آلة المجتهد التي يستعين بها على الفتوى وضبط الأحكام في كثير من المسائل الفقهية التى جرى الخلاف بين الفقهاء فيها خصوصا في هذا العصر الذي لم يبق المسلمون فيه رهن سَكْن ديارهم ومعاملة بعضهم فقط، بل سكنوا بلاداً غير بلاد الإسلام وعاملوا غير المسلمين فيها واستجدت لهم أمور وجب الرجوع فيها إلى الاستحسان كأحد الأدلة التي تبرز مرونة الفقه الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان .

أهداف الموضوع وأسباب اختياره:

إن موضوع الاستحسان مع عظم أهميته يهدف إلى :

- الوصول إلى عرض مفهوم الاستحسان، وبيان أدلة وحجج القائلين به، وأقوال المنكرين له ثم ترجيح الصواب .
- الإفصاح عن استعمالاته في إثبات الأحكام من زمن الصحابة والتابعين ثم الفقهاء من بعدهم إلى كل زمان ، وبه يعرف عظم الرجال الذين قدروه حق قدره كعلم نافع مفيد .

- معرفة أثر الاستحسان في فقه المعاملات وبعض النوازل المعاصرة .

دفعني لدراسة هذا الموضوع أسباب موضوعية وأخرى ذاتية ؛ منها أهمية هذا الموضوع، ومرامي أهدافه،

كما أن رغبتي في معالجة بحث يجمع بين الأصالة والمعاصرة، وبين التأييد والمعارضة، وبين النظر والتطبيق، إضافة إلى حداثة وجدة هذا الموضوع المرتبط أكثر بفقه المعاملات؛ كل هذا دفعني لأقدم ما أنتفع به وأنفع إن شاء الله لي خيرًا .

الدراسات السابقة:

ولم يكن علاج هذا الموضوع سبقا مني إليه، وإنما قولي فيه قطرات رشفتها من بحار الكاتبين فيه إطنابا أو اختصارا، وعلّها كانت دفعا لي وعونا، ومن أبرز الكاتبين فيه .

- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان، حقيقته، أنواعه، حجيته، تطبيقاته المعاصرة .
- عبد اللطيف صالح الفرفور، الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء .
- محمد آشر رسول بخش بن كبير، دليل الاستحسان وحجيته، دراسة تطبيقه في فقه المعاملات - غير أني عثرت على الجزء الأول منه فقط -.

ومن كتب تطبيقات الاستحسان :

- عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية .
- حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية.

إشكالية البحث:

إن من نعم الله على الإنسان أن أودع فيه عقلا إذا ما وظفه اطلع به إلى إثبات الحقائق، ما من حقيقة إلا منطلقها إشكال استجمه الفكر وهوى الوصول إلى فك روابطها وتجلية أسرارها، وموضوع الاستحسان مما استجم الفكر فيه أمورا تحتاج

إلى إشفاء الغليل فيها بثبت العلم ومن ذالك : **هل للاستحسان أثر على أحكام المعاملات وبالأخص نوازله ومستجداته ؟**

ويندرج تحت هذه الإشكالية أسئلة فرعية هي : ما الاستحسان ؟ وما حقيقته ومفهومه حتى يبلغ بالعلماء إلى إثارة الجدل حوله ؟ وهل من موازنة لأقوالهم، وموافقة لأرائهم أخرج بها إلى تحديد وضبط تصوره وحده ومعناه ؟ وهل هو حجة بنفسه ودليل يستند إليه ؟، أم هو حجة بما استَند إليه مما اتفِق عليه من الأدلة ؟ وما ضوابط هذا الاستحسان وأنواعه حتى يُحتَج به على الأحكام ؟ وهل له وجه اِلتقاء مع البدع ؟وهل احتاج إليه حاضر الناس في فقه معاملاتهم خصوصا؟

وسأحاول الإجابة عن هذه الأسئلة والإشكاليات والبحث عنها .

منهج البحث:

أما طريقتي في بحث هذا الموضوع تتلخص فيما يلي :

- الترتيب الموضوعي للبحث، بحيث بَنَيْت عناصره تبعا لبعضها حتى تنتهي موضوعاته، وبذلك يسهل الانتقال، وينتفي الانقطاع .
- الموضوع متشعب المحاور مما ألزمني تنوع المصادر والمراجع، والتنقل بينها لجمع مادته العلمية من الأصول والأمهات والكتب المعتمدة .
- التحلي بالأمانة العلمية في نسب الأقوال إلى قائلها، وبذل الجهد في أخذ القول من مصدره .
- تدعيم البحث بالأدلة من الكتاب والسنة ونصوص العلماء مع إتباع ذلك بعزو الآيات إلى سورها، والأحاديث إلى مصادرها المعتمدة مع التخريج لها .
- بيان معاني بعض الألفاظ الغريبة.
- الترجمة للأعلام باستثناء من تغني شهرتهم عن التعريف من المعاصرين .
- وضع فهارس في آخر البحث لتسهيل الاستفادة منه وهي كالآتي :

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث النبوية .

فهرس الآثار .

فهرس الأعلام المترجم لهم .

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس الموضوعات .

أما المنهج المتبع في البحث فقد ارتأيت فيه استقراء أقوال العلماء وحججهم، وذلك بتتبع جزئيات الموضوع في الكتب الفقهية للفقهاء المتقدمين والمتأخرين وفي الدراسات المعاصرة، وأتبعت ذلك بالتحليل والمقارنة أحيانا ثم استخلاص النتائج منها.

هذا وإني لم آل جهدا في معالجة جزئيات هذا البحث فقد بذلت فيه قصارى جهدي محاولة مني للوصول إلى الصواب فيه ، غير أنه لا يخلو من صعوبات اعترضتني في انجازه وذلك بسبب تناثر مادته العلمية في بطون الكتب الفقهية والأصولية .

خطة البحث:

لغرض الإحاطة والإلمام بموضوع الدراسة في حدود الإشكالية الرئيسية المطروحة والأسئلة الفرعية المرتبطة بها، ارتأيت تناول هذا الموضوع الذي مزج بين علم الأصول والفقه، و بين النظر والتطبيق، كالآتي : مقدمة، وفصلين، وخاتمة .

المقدمة.

الفصل الأول : الاستحسان تعريفه وحجيته وفيه : مبحثان .

المبحث الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا، وفيه : مطلبان .

- المطلب الأول : تعريف الاستحسان، في اللغة .

- المطلب الثاني : تعريف الاستحسان في الاصطلاح .

المبحث الثاني : حجية الاستحسان .

وفيه : ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : القائلون بالاستحسان وعرض أدلتهم .

المطلب الثاني : المنكرون للاستحسان وعرض أدلتهم .

المطلب الثالث : موازنة لأدلة الفريقين والترجيح .

الفصل الثاني : الاستحسان، ضوابطه، أنواعه، أثره الفقهي، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الاستحسان، ضوابطه وأنواعه، وفيه : ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : ضوابط الاستحسان .

المطلب الثاني : أنواع الاستحسان .

المطلب الثالث : علاقة الاستحسان بالبدع .

المبحث الثاني : الأثر الفقهي للاستحسان – تطبيقات في فقه المعاملات – وفيه : ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : أثر الاستحسان في فقه المعاملات عند الصحابة .

المطلب الثاني : الأثر الفقهي للاستحسان عند القائلين به، - نماذج من فقه المعاملات-

المطلب الثالث : الأثر الفقهي للاستحسان في الفتوى والمعاملات المعاصرة .

الخاتمة : وفيها أهم النتائج والتوصيات .

الفصل الأول

الاستحسان تعريفه وحجيته

وأتناول فيه مبحثين

المبحث الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا .

المبحث الثاني: حجية الاستحسان .

المبحث الأول : تعريف الاستحسان لغة و اصطلاحا .

إليك تعريفاته مرورا بالمراد بحقيقته لغة، ثم اصطلاحا.

المطلب الأول : تعريف الاستحسان في اللغة.

الاستحسان في اللغة مشتق من الحسن، والحسن ما حسن من كل شي . ويسْتحسِنُ الشيءَ أي يَعدّه حَسناً.[1] .

(حسن) الحاء والسين والنون أصل واحد. فالحسن ضد القبح. يقال رجل حسن وامرأة حسناء وحسانة وحسنانة [2].

وأصله من فعل (حَسُنَ) و هو فعل لازم، ففي الحديث أن رجلا قال : يا رسول الله أي الناس خيرا ؟، قال : " من طال عمره وحسن عمله ... "[3]. ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : أن الفعل (حَسُنَ) اكتفى بفاعله ، فهو فعل لازم لأنه لم يحتج إلى المفعول به لتمام المعنى، فإذا زيدت (الألف و السين و التاء) عليه صار متعديا [4]، نقول استحسن العالم السؤال.

والتعريف اللغوي إذا كان قريبا من المعنى الشرعي فهو أفضل، ولذلك أؤثر تعريفا لغويا أفضل للاستحسان فنقول هو: طلب الأحسن لإتباعه مثل:الاستئذان وهو طلب الإذن للدخول [5].

وقد ورد هذا المعنى في القران الكريم في قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ

---

(1)محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور ، لسان العرب.ج13،(ط:3 ، بيروت ـ لبنان: دار صادر، 1414هـ)، ص117.

(2)أحمد بن فارس بن زكرياء ، معجم مقاييس اللغة ، ج 2،(ط: لا ، بيروت: دار الفكر، 1399 هـ/ 1979م)، ص57 .

(3)أخرجه: الترمذي، ت 279هـ، سنن الترمذي،تحق: أحمد محمد شاكر ج 4، (ط: 2، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي،1395 هـ / 1975م)، أبواب الزهد، باب ما جاء في طول العمر للمؤمن، ص 566. وقال: حديث حسن.

(4)حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية ، مذكرة لنيل متطلبات الدكتوراه، الجامعة الأردنية، 2006 ، ص 7.

(5)محمد آشر رسول بخش بن كبير ،دليل الاستحسان وحجيته دراسة تطبيقاته في فقه المعاملات ،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في أصول الفقه، جامعة أم القرى، المملكة السعودية، سنة 1424هـ/1425 هـ ،ج1، ص 122.

أَحْسَنَهُۥٓ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمْ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ [الزمر: 18]

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الاصطلاح :

الاستحسان من المسائل التي أثارت جدل العلماء و الباحثين ابتداء من تعريفه فكل أخذ بتعريف يتفق مع فهمه و منهجه في الأخذ به، حتى صار نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد .

فالناظر في تعريف الاستحسان في كتب أصول الفقه يجد هناك تعريفات متعددة، بعضها أهم من بعض. فبعضها تعريف له بالحد، و بعضها تعريف له بالرسم بأنه لا يعرف إلا شِقا أو صورة من صوره .

الفرع الأول: عرض لتعريفات الاستحسان ومناقشتها .

للاستحسان تعريفات متعددة أتعرض لها في هذا الفرع وأتبعها بمناقشة لكل تعريف ليتضح مدى الاتفاق والاختلاف في قبول الاستحسان كمصدر لتشريع الأحكام عند القائلين به[1] .

تعريفه عند الحنفية ومناقشته:

لقد كان لأصحاب أبي حنيفة في تعريف الاستحسان أقوال متعددة نورد أهمها:

أولا: "إنه عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه**"** [2] .

(1)منصور راجح مقدادي،" الاستحسان حقيقته و تطبيقاته عند الشافعية "، دراسات علوم الشريعة والقانون.الأردن، المجلد:37، العدد:1، 2010، ص 118 بتصرف.

(2)علي بن أبي علي بن محمد الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام، تحق: عبد الرزاق عفيفي، ج4،(لا. ط ، بيروت ،المكتب الإسلامي، د.ت)، ص 157.

ذكر هذا التعريف الآمدي (ت 631 هـ)[1] ، وابن الحاجب (ت646هـ)[2] ، وجمع أخر من العلماء وعزي إلى بعض علماء المالكية [3] هذا التعريف .

و معنى التعريف أن الدليل قد ظهر في نفس المجتهد و أثر فيها، إذ لما نظر في المسألة لمعرفة حكمها وقر في نفسه و استبان له ما يريد، لكنه لما أراد أن يعبر عن هذا الدليل الذي عرف به حكم المسألة المعينة لم يستطع ذلك و عجز عن البيان [4].

وتُلقِيَ هذا التعريف بالنقد من أغلب العلماء، ومنهم من تحفظ له، ومنهم من قبِل.

فمن الرافضين له الغزالي (ت 505 هـ) [5] ، ومن تبعه رحمهم الله ، حيث قال: "وهذا هوس" [6] لأن مالا يقدر عن التعبير عنه لا يُدرى أنه وهم و خيال أو تحقيق و لابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه هذه الأدلة أو تزيفه.

---

(1)سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد أبو الحسن التغلبي الآمدي الحنبلي ثم الشافعي ولد بآمد وهي مدينة كبيرة مجاورة لبلاد الروم سنة 551هـ برع في المنطق و أصول الفقه وكان احتفظ أهل زمانه للعلوم، انتقل إلى عدة بلدان كالشام ومصر وبغداد توفي بدمشق سنة 631 هـ من مؤلفاته غاية المرام في علم الكلام ، الأحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه .(شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان ، وفيات الأعيان 3/ 293 ،عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، 7/ 253).

(2)أبو عمرو عثمان أبو عمر الكردي المالكي المعروف بان الحاجب لكون أبيه كانا حاجبا عند الأمير عرف بالفقه و الأصول و النحو والصرف ولد بمصر و تفقه بمذهب مالك انتقل إلى بلدان عده و درس فيها كدمشق و القاهرة و توفي بالا سكندريه سنة 646 هـ من مؤلفاته : منتهى السول و الأمل في علمي الأصول و الجدل. (شمس الدين أحمد بن محمد بن خلكان ، وفيات الأعيان، 248/3، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد، شذرات الذهب ، 405/7).

(3)يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة ، (ط:1، الرياض:مكتبة الرشد،1428هـ/،2007م) ص 15.

(4)محمد اشر رسول بخش ، دليل الاستحسان و حجيته دراسة تطبيقيه لفقه المعاملات ،مرجع سابق، ج1 ، ص 133.

(5)زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد المعروف بحجة الإسلام و الغزالي ، ولد بطوس سنة 450 هـ، كان والده يغزل الصوف من أبرز علماء المسلمين في الحكمة و الكلام و الفقه و الأصول و التصوف ، و ارتحل في طلب العلم إلى نيسابور، وبغداد، والحجاز، توفي في بطوس سنة 505 هـ، و من مؤلفاته إحياء علوم الدين ، المستصفى في أصول الفقه ، تهافت الفلاسفة . (عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد ، شذرات الذهب ،18/6 ، أبو بكر بن هداية الله الحسيني، الطبقات الشافعية، ص 192) .

(6)الهوس: طرف من الجنون .(إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي،ت 393هـ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،ط: 4، بيروت: دار العلم للملايين، 1987م، 992/3).

أما الحكم بما لا يُدرى ما هو فمن أين يعلم جوازه ؟ أبضرورة العقل و نظره ؟ أو بسمع متواتر أو آحاد ؟ و لا وجه لدعوى شيء من ذلك [1]، أما المتحفظ المتردد، ومثله من قَبِل فموقفهم مترتب على كلمة ينقدح في التعريف، فإن كانت بمعنى يتحقق ثبوته فيجب العمل به اتفاقا، ولا أثر لعجزه عن التعبير عنه ... و إن كان بمعنى أنه شاك فيه فمردود اتفاقا ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال و الشك [2].

وهذا التعريف قد أسيئ فهمه ، و كِيلَ له من النقد ما لا ينبغي، فالذي يتمرس في الفقه و يحيط علما بنصوص الشارع و مقاصده تصبح عنده ملَكة يستطيع بها معرفة ما هو موافق للشرع و ما هو مخالف له[3]، وممن نبه لذلك الإمام الطوفي (ت 716 هـ) [4] فقال: " من المعلوم بالوجدان أن النفوس يصير لها في ما تعانيه من العلوم و الحِرف ملكات قارة فيها تدرك بها الأحكام العارضة في تلك العلوم و الحرف ، و لو كُلفت الإفصاح عن حقيقة تلك المعارف بالقول لتعذر عليها "[5] ، وقريبا من هذا القول معنًى ما نُقل عن ابن تيمية (ت 728 هـ) [6] قوله: " القلب المعمور بالتقوى إذا رجَّح بمجرد رأيه فهو ترجيح شرعي " [1]،

---

(1)أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ،المستصفى ، ج1، (ط:1،لا. م، دار الكتب العلمية، 1413هـ،1993م)،ص 173.

(2)عضد الدين عبد الرحمان بن أحمد الإيجي، شرح مختصر المنتهى،ج 2(لا.ط ، بولاق، المطبعة الأميرية،1316هـ)،ص 288.

(3)يعقوب البا حسين ،الاستحسان حقيقته أنواعه ، حجيته ، مرجع سابق، ص 18.

(4)هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري العراقي ، من علماء الحنابلة ، تنقل في البلدان و أسهم في علوم كثيرة توفي في مدينة الخليل سنة 716 هـ . من مؤلفاته : الذريعة إلى معرفة أسرار الشريعة ، البلبل في أصول الفقه شرح الأربعين النووية المسمى بالتعيين . (خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي ،الأعلام، 3/ 127، ابن العماد ، شذرات الذهب، 8/ 71.)

(5)سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، شرح مختصر الروضة ،تحق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. ج3،(ط: 1، بيروت: مؤسسة الرسالة،1407هـ ، 1987م) ، ص 192 .

(6)هو الإمام تقي الدين أبو العباس احمد بن المفتي شهاب الدين شيخ الإسلام الحراني الحنبلي الدمشقي المعروف بابن تيمية، ولد سنة 661 هـ ، انتقل إلى مصر و تعصب له جماعة، و سجن بها ثم أطلق سراحه فعاد إلى دمشق، كان عالما بالفقه و الأصول و الحديث، من ابرز علماء الحنابلة و مجتهديهم توفي بدمشق سنة 728 هـ . من مؤلفاته := =مجموع الفتاوى ، منهاج السنة ، أصول التفسير ، اقتضاء الصراط المستقيم، السياسة الشرعية، (الزركلي،

وكذلك الذي يتمرس في الفقه يجد المقصود بالانقداح في التعريف لا يخرج عن احتمالين [2].

1 أن يراد بالانقداح الثبوت، فهذا لا نزاع في وجوب العمل به، وأما العجز عن التعبير عنه فلا أثر له في حجية الدليل .

2 أن يراد بالانقداح الشك و التردد فلا خلاف في بطلانه، وعدم جواز العمل به .

ثانيا: و قال بعضهم : " إنه ما يستحسنه المجتهد بعقله "[3] .

وحكي عن أبي حنيفة (ت150هـ)[4] أنه قال: " هو حجة " .

و قد ناقش الغزالي رحمه الله هذا التعريف و ذكر أن هذا المعنى الذي يسبق إلى الفهم من معنى الاستحسان واعتبره باطلا، لأنه أرجع الاستحسان إلى عقل المجتهد واجتهاده، دون أن يقيده بالنصوص الشرعية، و ذلك مبني على التشهي و الهوى و التقول في الدين بغير علم، و بالتالي يجعل غير العالم بنصوص الكتاب و السنة مجتهدا [5] وفي ذلك يقول : " إنا نعلم قطعا بإجماع الأمة قبلهم على أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة، والاستحسان من غير نظر أدلة الشرع حكم بالهوى، و هو استحسان العامي إذ لا يستحق النظر "[6].

الأعلام 1/ 144 ، ابن العماد، شذرات الذهب 8/ 147.).

(1)جمال الدين القاسمي، قواعد التحديث، (لا. ط ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، لا. ت) ، ص 168.

(2)محمد بن علي الشوكاني ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، تحق: أحمد عزو عناية ، ج 2 ، (ط 1 ، لا . م ، دار الكتاب العربي ، 1419هـ/1999 م) ، ص 182 .

(3)المستصفي، الغزالي، مصدر سابق، ج1 ، ص 171.

(4)هو النعمان ابن ثابت الكوفي التميمي ولد بالكوفة سنة 80 ونشأ فيها تفقه على شيخه حماد ابن سليمان وروي عنه وكيع ابن الجراح، وابن المبارك واخذ عنه الفقه كثير منهم أبو يوسف، وحمد ابن الحسن، وزفر عرض عليه قضاء الكوفة فامتنع، وعرض عليه قضاء بغداد فامتنع فحبس كانت وفاته ببغداد سنة 150 هـ ، من أثاره العلم الأكبر في علم الكلام، المسند في الحديث. (ابن العماد ، شذرات الذهب ،229/2 ، الزركلي ، الأعلام ، 36/8.)

(5)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة و الاستحسان و تطبيقاتهما الفقهية ،(ط: 1، الرباط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1425هـ) ، ص135.

(6)الغزالي، المستصفى ، مصدر سابق، ج 1 ، ص 172 .

ومعلوم أنه لا فرق بين العامي و المجتهد إلا معرفة الأدلة الشرعية، و تمييز صحيحها من فاسدها، فإذا استحسن العالم من غير نظر في الأدلة كان هو والعامي على حد سواء، و لعل مستند استحسانه خيال لو عرض على الأدلة لم يحصل منه على طائل ولم يفد شيئا [1].

فإنا نعلم أن الصحابة رضي الله عنهم حصروا نظرهم في الوقائع التي لا نصوص فيها في الاستنباط، والرد إلى ما فهموه من الأصول الثابتة، ولم يقل أحد منهم قط: إني حكمت في هذا بكذا لأن طبعي مال إليه، أو لأنه يوافق محبتي، ورضائي. ولو قال ذلك لاشتد عليه النكير، وقيل له من أين لك أن تحكم على عباد الله بمحض ميل النفس وهوى القلب؟ وهذا مقطوع ببطلانه. [2].

فالاستحسان إذًا لابد له من دليل و مستند يستند إليه المستحسن، لأن الحكم في المسألة بغير دليل ضَربٌ من الخيال والميل إلى الهوى المنْهيِ عنه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ﴾ [ص:26]، و أحكام الشريعة في منأى عن اتباع الهوى، ولقد أنكر الأحناف المتقدمون منهم والمتأخرون على السواء نسبة القول بالاستحسان على معنى الحكم بما يستحسنه المجتهد من غير دليل إلى الإمام أبي حنيفة، و تبرؤوا من القول به[3].

ونوقش هذا التعريف بأنه - كذلك - أًسيئ فهمه و تفسيره، مع أنه يحتمل ما يستحسنه المجتهد بعقله لدليل قام عنده، لأنه بعد نظره في الأدلة أخذ بما هو أقوى عنده فقدمه على غيره و لم يقدمه لمجرد الهوى و التشهي، ولهذا فإن نسبة القول بالاستحسان إلى أبي حنيفة

(1)عبد اللطيف العلمي ، المصلحة المرسلة و الاستحسان و تطبيقاتهما ، مرجع سابق ، ص 136.

(2)إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الاعتصام، تحق هشام بن إسماعيل الصيني ، ج3 ،(ط:1، لا.م ، دار ابن الجوزي ، 1429 هـ / 2008م) ، ص 66.

(3) عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، ص136 .

صحيحة لا تنكر، ولكن لو بُحِث في كل مسألة من المسائل التي قال فيها بالاستحسان لوجد أن مستنده فيها دليل شرعي قدمه على غيره لأمر يوجب تقديمه[1] .

ثالثا: هو "العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه"[2] .

وفحواه يفيد العدول بالمسألة إلى الأقوى، وهذا المعنى للاستحسان لا نزاع في الأخذ به، لأن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعا، غير أنه - هذا التعريف - ليس بجامع لخروج أنواع الاستحسان الأخرى منه، كالاستحسان بنص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو الضرورة[3].

ولما كان هذا الاعتراض أجد من عرفه من غير الحنفية بما يشمل هذه الأنواع جميعا، فيقول: " الاستحسان ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع"[4] .

و تبعا لهذا التعريف قال بعضهم : " بأنه تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه"[5].

وهذا يشير إلى أن الاستحسان هو تخصيص بالعلة*، وبحكم تخصيصها جرى الخلاف، وجمع أبو الحسن الكرخي (ت 340هـ)[6] عبارات هذه التعريفات جميعا فقال : " الاستحسان هو العدول في المسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى، يقتضي هذا العدول"[7].

---

(1)محمد اشر رسول ، دليل الاستحسان و حجيته دراسة تطبيقيه، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 132.

(2)علي بن حبيب البصري الماوردي،أدب القاضي،تحق:محيي هلال السرحان،ج1، (لا.ط،بغداد،مطبعة الإرشاد ،1391هـ/1971م) ص 650.

(3)يعقوب الباحسين ،الاستحسان حقيقته حجيته، مرجع سابق، ص 20 ،21.

(4)آل تيمية، المسودة، تحق. محمد محيي الدين عبد الحميد،(لا.ط ، القاهرة، المدني، لا.ت)، ص 404.

(5)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ،مصدر سابق ، ج 4 ، ص 158.

* العلة هي: الباعث على شرع الحكم،(الآمدي ، الإحكام ، مصدر سابق ،ج 4، ص 224.)

(6)هو أبو الحسن عبيد الله بن دلال الكرخي الحنفي، كان رئيس العلم في أصحاب أبي حنيفة درس ببغداد وتتلمذ عليه كثيرون، توفي سنة 340هـ ببغداد من مؤلفاته شرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغير في فروع الفقه الحنفي، رسالة في أصول الفقه.(الزركلي ، الأعلام 193/4،ابن العماد، شذرات الذهب 220/4.)

(7)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ج 4 ،ص 158.

وانتُقِدَ هذا التعريف بأنه غير مانع، إذ يُدخِل في الاستحسان ما ليس منه فيشمل العدول عن حكم العموم إلى مقابله للدليلٍ المخصص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابله للدليل الناسخ[1].

وهذا النقد مبني على أن الاستحسان والنسخ والتخصيص حقائق متباينة ولا شيء مشترك بينها ... والذي يبدو أن الاستحسان نوع من أنواع التخصيص لا أن التخصيص نوع من أنواع الاستحسان، وإن استقراء الجزئيات في كلِ من الاستحسان والتخصيص يبين أن الاستحسان غرضه التيسير ورفع الحرج، أما التخصيص فيما عدا الاستحسان فهو أعم من ذلك، هذا أما بالنسب ة للنسخ فإنه يخالف الاستحسان، فالنسخ زمانه عصر الرسالة، وميدانه النصوص الشرعية بينما الاستحسان دائرته الزمنية أوسع[2].

وقد لاقى هذا التعريف قبولا من الأصوليين القدامى حتى من غير الحنفية، وكذلك من المعاصرين[3].

هذه بعض التعريفات التي نقلت عن أبي حنيفة وأصحابه للاستحسان، يظهر أن هناك شبه اتفاق من طرف المذهب حول هذا التعريف[4] .

ونُقِدَ أبو حنيفة وأصحابه في استحسانهم، وتوالت عليهم الطعون من المحدثين والفقهاء من ناحية، والمتكلمين من ناحية أخرى، غير أن أصحابه كشفوا عن حقيقة الاستحسان وأثبتوا أنه دليل شرعي، وليس تشريعا بالهوى[5].

---

(1)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ج 4 ،ص 158.

(2)يعقوب الباحسين ، الاستحسان حقيقته حجيته، مرجع سابق، ص 23، 24. بتصرف.

(3)من القدامى أمثال الشيرازي (ت 476 هـ) الغزالي (ت 505 هـ) ومن المعاصرين : الأستاذ عبد الوهاب خلاف (ت 1375هـ) الزرقا مصطفي (ت 1420هـ)

(4)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما، مرجع سابق، ص 135.

(5)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، (لا.ط ، لا.م ، مطبعة الأزهر، 1947م)، ص 333 بتصرف.

تعريفه عند المالكية ومناقشته :

اشتهر الإمام مالك رضي الله عنه(ت 179 هـ) [1] بالقول بالاستحسان وجرى على لسانه ورفع مكانته فعن أصبغ (ت 225هـ) [2] أنه قال روي عن مالكٍ أنه قال تسعة أعشار العلم الاستحسان[3]، وبالغ أصبغ في القول بالاستحسان فقال الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس فإن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة والاستحسان عماد العلم لكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان [4]،وروي عن مالك كذلك :" تسعة أعشار العلم الاستحسان، وإذا أدى طرد القياس إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، كان العدول عنه إلى الاستحسان أولى، ولا تكاد تجد التغَرُّق في القياس إلا مخالفا لمنهاج الشريعة " [5] ، فهذه الروايات عن مالك تثبت استعماله للاستحسان الذي استعملعه أبو حنيفة وتلاميذه، وقد أفتى بمقتضاه في مسائل عدة كتضمين الصناع المؤثرين للأعيان بصنعتهم وتضمين الحمالين للطعام والإدام دون غيرهم، إلى غير ذلك من المسائل التي تدل على أخذه بالاستحسان[6] .

لكن إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة ككثرتها في الفقه الحنفي، يُظهر أنه كان يكتفي بالمعنى ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج القول

---

(1)أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني ، ولد بالمدينة سنة 93 هـ الإمام المجتهد فقيه أهل المدينة وأحد أئمة المذاهب الفقهية ،أخذ العلم عن ربيعة الرأي، ونافع مولى ابن عمر من أثاره الموطأ المدونة الكبرى توفي سنة 179هـ.(الزركلي، الأعلام، 257/5.محمد حسين مخلوف،شجرة النور الزكية في طبقات المالكية،52/1-54.)

(2) أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد، من فقهاء المالكية البارزين تفقه عن الإمام مالك وتفقهوا عليه ورَوَوْا من آثاره كتاب الأصول وتفسير حديث الموطأ توفي سنة 225هـ ، (ابن خلكان، وفيات الأعيان 1/ 217، مخلوف، شجرة النور الزكية ص 66).

(3) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة، شرح وتعليق عبد الله دراز، ج 4 (لا.ط، بيروت، دار المعرفة د.ت)ص209 .

(4) المصدر نفسه، ج4 ص 118

(5) أبي الوليد محمد بن أحمد، بن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحق: مجموعة من الأساتذة ج11،(لا.ط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1404 هـ، 1984م)، ص120،

(6) يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته ، أنواعه، مرجع سابق، ص49 – 50 .

بالمصالح... ولعل القائلين أنه لم يقل بالاستحسان إلا في مسائل معدودة يَعنون بها المسائل التي صرح فيها بلفظة الاستحسان[1].

أما أتبَاعُه فقد وافقوا الحنفية في القول بالاستحسان، ولم يقصروا الدلي ل المقابل للاستحسان على القياس الخاص، بل صرحوا بأنه أعم منه ومن أهم تعريفاتهم للاستحسان نذكر منها :

أولا: عرفه الشاطبي (ت 790هـ)[2] بقوله: " هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"[3] .

فمن استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة، لكن ترك الدليل الكلي عندما يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة أعم من أن يكون عرفا أو عادة[4].

ويلاحظ هنا أن المذهب المالكي قد أبرز نظرية المصالح المرسلة[5] في صورة أعم من الاستحسان، بحيث جعل الاستحسان فرعا من تلك النظرية ... ومن ثَم فالاستحسان في المذهب المالكي نوع واحد لا غير، هو العدول عن القياس رعاية لمصلحة تعارضه في مسألة معينة[6].

---

(1)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام ، مرجع سابق، ص 365.

(2)هو أبو إسحاق إبراهيم بن موس ى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي أصولي مجتهد، محقق في الفقه والحديث والأصول واللغة والتفسير أخذ عن شيوخ منهم الشريف التلمساني، والإمام أبو سعيد ابن لب توفي سنة 720 هـ من مؤلفاته الموافقات، الاعتصام.(الزركلي، الأعلام، 75/1، مخلوف،شجرة النور الزكية ، 231/1.)

(3)الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، مصدر سابق، ج 5 ص 194.

(4)يعقوب الباحسين ،الاستحسان حقيقته أنواعه حجيته، مرجع سابق، ص 28.

(5)المصالح المرسلة هي ترتيب الحكم الشرعي في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناءا عل ى مراعاة مصلحة مرسلة، ينظر: عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه،(ط:6 ، الكويت ، دار القلم، 1414هـ/1993م) ،ص 86 .

(6)منصور راجح مقدداي، الاستحسان حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مرجع سابق ، ص 120.

ثانيا: وعرفه ابن العربي المالكي (ت 543هـ)[1] فقال :" ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته "[2] .

فهذا التعريف صرح بأن الاستحسان رخصة يؤخذ بها استثناء من مقتضى الدليل [3]، وهو فهم جيد لهذا الدليل .

كما صرح ابن العربي في موضع آخر بأنه : " العمل بأقوى الدليلين "[4] .

ثالثا: وعرفه ابن رشد (ت 595هـ)[5] بما هو شبيه بتعريف ابن العربي فقال:" الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرحا لقياسٍ يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع بمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع[6]، ثم قال : والحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام "[7] .

قلت: وهذا خاص إن فُسِّرَ القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين، وأما إن فُسِّرَ بالمعنى الأعم كان مرادفا لتعريف ابن العربي .

---

(1)هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المالكي الاشبيلي الأندلسي المعروف بابن العربي، الحافظ الفقيه المفسر الأديب، تلقي بداية علومه في اشبيلية، ثم رحل إلى المشرق فتفرغ إلى العلم من شيوخه الإمام المازري، أبو بكر الطرطوشي، ومن أصحابه في العلم أبي حامد الغز الى توفي بمراكش ودفن بفاس سنة 543 هـ من مؤلفاته : المحصول في علم الأصول، أحكام القرآن، عارضة الأحوذي في شرح الترمذي،العواصم من القواصم .(الزركلي،الأعلام 230/6، ابن خلكان ، وفيات الأعيان 296/4).

(2)محمد بن عبد الله بن محمد بن العربي، المحصول في علم الأصول ، تحق: حسين علي اليدري - سعيد فودة ،ج1 (ط:1 ، عمان، دار البيارق، 1420هـ/ 1999م) ص 132.

(3)يعقوب الباحسين،الاستحسان حقيقته أنواعه حجيته، مرجع سابق ص 35.

(4)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص366.

(5)ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي القرطبي الغرناطي المالكي الشهير بالحفيد تمييزا له عن جده محمد بن أحمد ت 520 هـ ، فيلسوف وأصولي، وفقيه، وطبيب، قال ابن الآبار : كان يفزع إلى فتواه في الطب كما يفزع إلى فتواه في الفقه توفي سنة 595هـ ، من مؤلفاته الضروري في أصول الفقه، التحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، بدية المجتهد ونهاية المقتصد ،(ابن العماد، شذرات الذهب، 522/6، الزركلي، الأعلام، 318/5.)

(6)الشاطبي،الاعتصام، مصدر سابق ، ج 3 ص 49.

(7)المصدر نفسه، ج 3 ص 54.

والحاصل أنهم اختلفوا - المالكية - في تعريفه كما عند الحنفية، والذي يؤخذ من مجموعها أنه: - الاستحسان - استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل اقتضى ذلك، وهذا الدليل قد يكون عرفًا، أو مصلحةً، أو مراعاةً للخلافِ، أو دفعا لمشقةٍ، أو إيثارًا لتوسعةٍ على الناسِ... الخ[1] .

تعريفه عند الحنابلة ومناقشته : أما الإمام أحمد رحمه الله (ت 241 هـ)[2] فقد عمل بالاستحسان وقال به كغيره من الحنفية والمالكية .

فمما روي عنه قوله: "يجوز شري أرض السواد، ولا يجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك ؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان"[3] .

وقد صرح بهذا جماعة من الحنابلة البارزين كابن تيمية ، وابن القيم(ت 751 هـ)[4]، ونجم الدين الطوفي[5]، وإن كان الحنابلة لم يتوسعوا في الاستحسان كما توسع فيه الحنفية والمالكية؛ لأن معتمد إمامهم في فتاويه أصول أربعة هي[6]:

1- النصوص من الكتاب والسنة، فإذا وجد النص أفتى بموجبه .

---

(1)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 366.

(2)هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني أحد أئمة المذاهب الفقهية السنية الأربعة ولد ببغداد سنة 164 هـ ونشأ فيها وتلقى العلم على مشايخها أمتحن في فتنة خلق القرآن حتى ضرب وعذب من مؤلفاته المسند في الحديث ، الناسخ والمنسوخ توفي سنة 241 هـ (ابن العماد، شذرات الذهب 187/3، الزركلي، الأعلام ، 203/1).

(3)أبو عمرو يوسف بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحق: مجموعة من الأساتذة، ج 4 ،(لا.ط، المملكة المغربية، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ت)، ص87 .

(4)هو الإمام شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، الفقيه الحنبلي المفسر الأصولي الشهير بابن قيم الجوزيّ ولد سنة 691 هـ صاحب ابن تيمية واخذ عنه العلم وسجن معه في قلعة دمشق توفي سنة 751 هـ ودفن في سفح بدمشق من مؤلفاته إعلام الموقعين عن رب العالمين، زاد المعاد في هدي خير العباد (ابن العماد ، شذرات الذهب287/8، الزركلي ،الأعلام،56/6.)

(5)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 377.

(6)محمد آشر رسول بخش بن كبير، دليل الاستحسان وحجيته ،ج 1 ، ص 175 وما بعدها بتصرف.

2- فتوى الصحابي إذا لم يكن له مخالف، فإذا اختلفوا تخيّر من أقوالهم الأقرب إلى الكتاب والسنة .

3- الأخذ بالحديث المرسل والضعيف وترجيحهما على القياس إذا لم يوجد ما يدفعهما.

4- الأخذ بالقياس حيث لا يوجد في المسالة نص ولا قول للصحابة ولا أثر مرسل ولا ضعيف، وإن كان الحديث المرسل أو الضعيف عنده لا يقدم على فتوى الصحابة بخلاف تقديم النصوص المتواترة والصحيحة على فتاويهم .

والإمام أحمد يُعَدّ من فقهاء مدرسة الحديث التي تعتمد النص و الأثر أكثر من اعتماد الرأي، وإضافة إلى كونه من أئمة الحديث تأثره بالإمام الشافعي الذي يُعَدّ أحد شيوخه الذين أخذ عنهم أصول الفقه... وقد نُسِبَ إليه القول بالاستحسان كما نُسِبَ إلى غيره، وأنه أخذه مبدءا اجتهاديا، ولكن لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنابلة في كتبهم الأصولية قليلة ومعدودة [1].

وبعد هذا العرض والبيان لمنهج الإمام أحمد في الاجتهاد والأخذ بالاستحسان - وإن قلّ أخذه به- أذكر بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان وإن كان أغلبها يتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية .

أولا: عرفه ابن قدامة المقدسي (ت 620 هـ)[2] بقوله : "الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة" [3].

وهذا التعريف منتقض؛ لأنه غير جامع لمعاني الاستحسان؛ ولأنه قصره على الاستحسان بالنص، كي يترتب عليه كون العدول عن المنسوخ إلى الناسخ وعن العموم إلى

---

(1)محمد آشر رسول بخش بن كبير، دليل الاستحسان وحجيته ، مرجع سابق ، ج 1 ،ص 176 و 177 بتصرف.

(2)هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدام ة العدوي القرشي المقدسي الحنبلي الدمشقي من أئمة المذهب الحنبلي، أكثر الترحال في طلب العلم، توفي سنة 620 هـ من مؤلفاته المغني، الكافي، المقنع، العمدة، روضة الناظر في أصول الفقه، (ابن العماد، شذرات الذهب 155/7، الزركلي، الأعلام، 64/4.)

(3)عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ج 2 ،(ط: 2، بيروت ، مؤسسة الريّان ، 1423هـ/2002م)، ص31.

الخصوص استحسانا وهو ليس كذلك [1].

وعرفه أيضا بقوله :" أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله "[2] .

وهذا التعريف قال فيه ابن قدامه - نفسه - هو مردود لأن المجتهد ليس له الرجوع في اجتهاده إلى عقله المجرد في تحسين شيء[3].

وعرفه أيضا بقوله :"الاستحسان دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر عل ى التعبير عنه"، ثم قال:" وما لا يُعَبَّرُ عنه لا يُدْرَى أهو وَهْمٌ أو تحقيق، فلا بد من إظهاره ليعتبر بأدلة الشريعة فلتصححه أو تزيفه" [4].

ثانيا: وعرفه الطوفي بقوله : " أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص" [5]، ثم قال مشيرا إلى أن هذا الذي ذكره في تعريف الاستحسان قد حاز القبول عنده[6].

ثالثا: وعرفه المجد بن تيمية بقوله :" ترك القياس الجلي وغيره، لدليل نصٍ من خبر واحد أو غيره، أو ترك القياس لقول الصحابي فيما لا يجري فيه القياس "[7] .

وهذا التعريف اقتصر على نوعين للاستحسان فقط، هما : الاستحسان بالنص، والاستحسان بقول الصحابي[8].

---

(1)محمد آشر رسول ، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1، ص179.

(2)ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، مصدر سابق، ج2 ص31.

(3)محمد آشر رسول ، دليل الاستحسان، مرجع سابق ،ج1، ص180.

(4)ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر ، مصدر سابق، ج2 ص 34.

(5)سليمان بن عبد القوي الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحق : عبد بن عبد المحسن التركي ، ج3،(ط:1، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1407هـ/1987م)، ص190.

(6)المرجع نفسه ،ج 3 ص 197.

(7)آل تيمية، المسودة، مصدر سابق ، ص 402.

(8)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1، ص 181.

فهؤلاء الأعلام الثلاثة ابن قدامة، الطوفي، والمجد بن تيمية هم الحنابلة الأحرار الذين لم يُدْخِلُوا ربقة التقليد في أعناقهم، فنضجت عقولهم، وسمت أفكارهم، ووقفوا على الشيء الكثير من أسرار الشريعة [1].

رابعا: وعرفه بعضهم فقال : " ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه "[2] .

وهذا التعريف ُمنَتقد، وهو خارج عن معاني الاستحسان؛ لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض، أو أقوى من بعض، وإنما القوة و الأولوية تكون للأدلة[3].

هذا بعض العرض لمعاني الاستحسان التي ذكرها الحنابلة .

الفرع الثاني: تحقيق وموازنة بين التعريفات :

تلك التعاريف وغيرها للاستحسان الواردة في كتب الأصول، والتي قال بكلٍ منها عالمٌ من مذهبٍ معينٍ، أجد فيها نقاط التقاءٍ، فهم متفقون في معناه الجوهري الذي عبرو ا عنه بالترك، أو العدول، أو التخصيص، أو الاستثناء، أو إيثار حكم عن حكم، أو طرح حكم، كما هم متفقون على أن هذا المعنى الجوهري لابد أن يستند إلى دليل شرعي من نص، أو معقول، أو مصلحة، وهو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين وجه الاستحسان، وسند الاستحسان، وهو التخفيف ورفع الحرج .

فالاستحسان المستند إلى دليل معتبرٍ شرعًا مقبول بالاتفاق بين العلماء ... من حيث الحقيقة والواقع على العمل به، وإن اختلفوا في التسمية فالخلاف لا يعدو كونه لفظيا ولا يدخل في الفحوى والحقيقة[4].

وإذا كان هذا هو شأن الاستحسان فينبغي أن يُنَص على هذه الحقيقة في التعريف الجامع، ولعل ما ذكره أبو الحسن الكرخي من الحنفية وابن قدامة من الحنابلة وابن رشد من المالكية هو أجمع التعاريف[5].

---

(1)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 379.

(2)محمد بن الحسين أبي يعلى، العدة في أصول الفقه، ج5، (ط :2،لا.م ، لا.ن ، 1410 هـ/1990م)، ص 1607.

(3)محمد آشر رسول ،دليل الاستحسان وحجيته ،مرجع سابق، ج1، ص 183 .

(4)المرجع نفسه، ص 193.

(5)عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها،(ط: 2، لا. م، لا. ن، 1401هـ)ص 162

وقد استخلص عبد الوهاب خلاف منها التعريف الواضح الجامع للاستحسان فقال: الاستحسان في اصطلاح الأصوليين القائلين به هو " العدول عن حكمٍ اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول "، وهذا الدليل الشرعي المقتضي للعدول هو سند الاستحسان، فالاستحسان عند التحقيق هو "ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح مُعتَبر شرعا "[1] .

المبحث الثاني : حجية* الاستحسان.

بعد ذكرِ معنى الاستحسان في اللغة، ثم في اصطلاح الأصوليين، كذا آراؤهم في ضبط حد تعريفه، يجدر معرفة حجيته من عدمها، إذ هذا محل التردد بين الأئمة في الإعمال به أو الإبطال، فارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب .

أتناول في أولها : عرض حجج وأدلة القائلين بالاستحسان، وأتناول في الثاني عرض حجج وأدلة المنكرين له، ثم أبين في ثالثها مناقشة أدلة الفريقين، وأخيراً إبراز القول الراجح منها .

المطلب الأول : القائلون بالاستحسان وعرض أدلتهم .

قال بالاستحسان وحجيته الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة، وإن اختلفت طريقتهم في المراد بالاستحسان- كما مر في تعريفهم له - لكن اتفقوا على كونه حجة و دليلا شرعيا تثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس أو عموم النص، وعلى هذا فهو حجة عندهم يؤخذ به أصلا وطريقا للاجتهاد بالرأي واستنباط الأحكام للمسائل المستجدة، وبهذا القول قال المالكية والحنفية، كما قال به أيضا الآمدي والتفتازاني(ت 792 هـ) [2] - وإن كانا

---

(1)عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، مرجع سابق، ص 71-72 .

* والحجة: البرهان. تقول حاجَّهُ فحجَّه أي غلبه بالحُجَّةِ.(إسماعيل بن حماد الجوهري ت: 393هـ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحق: أحمد عبد الغفور عطار،ج1، ط:4، بيروت: دار العلم للملايين، 1407هـ/1987م)ص 304.

(2)مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الملقب بسعد الدين ولد بتفتزان، وأقام بسرخس، كان إمام ا في علوم كثيرة من العربية والبيان والمنطق شافعيُ المذهب، توفي بسمرقند سنة 792 هـ من مؤلفاته : تهذيب المنطق والكلام، التلويح

شَافعِيّين - وقال به من المتكلمين أبو الحسين البصري (ت 436 هـ)[1] ، فالاستحسان حجة عند هؤلاء جميعا[2]. وأدلتهم لحجية الاستحسان الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولا :الكتاب

استدلوا على حجية الاستحسان من القرآن، بـقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ [الزمر: 18] قال فيها ابن عباس رضي الله عنهما[3]: هو الرجل يسمع الحسن والقبيح فيتحدث بالحسن ويكف عن القبيح لا يتحدث به[4].

ويقول السرخسي (ت 490 هـ)[5] ، والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن[6].

وَوَجْهُ الدلالة : أن الآية وردت في معرض المدح والثناء على الذين يتبعون أحسن القول[7]، والشرع كله حسن، وقد أثنى على متبع الأحسن فدل على أن اتباع الاستحسان مقبول في الشرع، والاحتجاج بالآية بأن الأمر فيها للوجوب[8]

في كشف حقائق التنقيح في الأصول، (الزركلي، الأعلام، 7 /219، ابن حجر، الدرر الكامنة، 6/ 112).

(1)أبو حسين محمد بن على بن الطيب البصري المعتزلي، أصولي ومتكلم سكن بغداد ودرس فيها توفي سنة 436 هـ، من مؤلفاته غرر الأدلة في الأصول، المعتمد في أصول الفقه،(ابن العماد،شذرات الذهب،172/5، الزركلي، الأعلام 275/6).

(2)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1، ص201 .

(3)أبو العباس، عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم، بن عم النبي ﷺ كان ذكيا عالما وفقيها حتى لقب بحبر الأمة توفي بالطائف بعد أن كف بصره سنة 68 هـ (ابن العماد، شذرات الذهب، 294/1، الزركلي، الأعلام 95/4.)

(4)محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج 15،(ط:2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1384هـ /1964 م)، ص 244 .

(5)أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي فقيه ومتكلم، عد من المجتهدين في الفقه الحنفي توفي سنة 483 هـ من مؤلفاته أصول الفقه طبع باسم أصول السرخسي،المبسوط في الفرع،والمحيط في الفروع .(الزركلي، الأعلام،315/5.)

(6)محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط ،تحق:خليل محيي الدين الميس،ج10،(ط:1،بيروت،دار الفكر،1421هـ/2000م)، ص 250 .

(7)الآمدي، الأحكام ،مصدر سابق، ج4،ص 159.

(8)المصدر نفسه .

وَوَجَّهَ العضد (ت 756 هـ)[1] ذلك فقال: " فيكون اتباع أحسن ما أُنزل واجبا، وهو يدل على ترك بعضٍ واتباع بعضٍ، ليس لأمر إلا لأنه أحسن، وهذا معنى الاستحسان، إذ هو اتباع الأحسن وترك ما عداه" [2].

وبهذا يرون أن الاستحسان أمر مأمور به فيكون حجة، لأن الأمر إن كان واردا مع العقاب على ترك الفعل حينئذ فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً، إلا أن جانب الوجوب يقوي الأولى فيكون العمل بالاستحسان واجبا.

وقوله تعالى: ﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبۡلِ أَن يَأۡتِيَكُمُ ٱلۡعَذَابُ بَغۡتَةٗ وَأَنتُمۡ لَا تَشۡعُرُونَ ﴾[الزمر :55]

ووجه الدلالة أن قوله تعالى : ﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ ﴾ فعل أمر، والأمر للوجوب وقد أمر باتباع البعض لكونه أحسن، فدل على أن الاستحسان حجة[3].

ثم إن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول، وأحسن: هو أفعل تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن، واتباع بعض القول لكونه أحسن هو الاستحسان[4] وهو العدول العدول الذي يقول به المستحسنون .

واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ وَلِتُكۡمِلُواْ ٱلۡعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ وَلَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ﴾ [البقرة :175]

---

(1)عبد الرحمن بن احمد بن عبد الغفار، الإيجي الشيرازي المعروف بعضد الدين الشافعي من العلماء البارزين في الأصول والبيان والنحو والفقه كان ثريا يساعد طلبته على مواجهة الحياة ومتطلباتها ، سجن بقلعة درميان إلى أن مات فيها سنة 756 هـ من مؤلفاته المواقف في علم الكلام، شرح مختصر منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب (ابن العماد، شذرات الذهب،298/8، الزركلي، الأعلام، 295/3.)

(2)العضد، شرح مختصر المنتهى، مصدر سابق، ج2، ص 289 .

(3)ابن قدامة، روضة الناظر، مصدر سابق، ج1، ص410 .

(4)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما ، مرجع سابق، ص172 .

وقالوا: إن في الأخذ بالاستحسان ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين[1].

ثانيا: السنة

ومن استدلالاتهم بحجية الاستحسان من السنة ما يلي :

- قوله ﷺ: " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "[2].

وَوَجهُ الدلالة منه أن ما استحسنه المسلمون حقٌ ولولا أنه ما كان حسنا عند الله تعالى، فالاستحسان حجة لأنه حسنٌ عند الله، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون حسنا ومنه الاستحسان لما كان عند الله حسنا[3].

قلت: وفي هذا الأثر تزكية قولية لما استحسنه المسلمون ولا محالة أنه من الحسن عند الله .

ومن الاستحسان الفعلي منه ﷺ ما صح عنه في ترجيح رأي أبي بكر الصديق [4] على رأي عمر بن الخطاب[5] في حكم أسرى بدر، فقد روي أنه ﷺ لما جمع أسرى بدر استشار فيهم أصحابه، فقال أبو بكر ﷺ: يا رسول الله هم بنو العم والعشيرة أرى أن تأخذ منهم فدية يتقوى المسلمون بها... وقال عمر : لا يا رسول الله بل نضرب أعناقهم فإنهم أئمة الكفر، وبمثل هذا القول قال عبد الله بن رواحه [6] ، فهوى ﷺ ما هوى أبو بكر ومال إليه ، ولم يهو

---

(1)السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج10 ،ص250.

(2)أخرجه: أحمد بن حنبل ت 241هـ، المسند، تحق: شعيب الأرنؤوط ،ج6،(ط: 1، بيروت، مؤسسة الرسالة ، 1421 هـ/2001)، ص84، قال الزيلعي: " قلت: غريب مرفوعا، ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود "،(الزيلعي، نصب الراية، تحق: محمد عوامة، ج4، ط:1 ، بيروت مؤسسة الريان ،1418هـ/1997م، ص 133.)

(3)الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام ، مصدر سابق ، ج4 ص160 . بتصرف.

(4)هو عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب ابن سعد بن تيم بن مرة التميمي ابن أبي قحافة من أوائل من آمن برسول الله ﷺ وصدقه، صحب رسول الله في الهجرة ، ولي الخلافة بعد النبي ﷺ سنتين وشيء ، توفي يوم الاثنين في جمادى الأولى سنة 13 هـ وعمره 63 سنة .(ابن العماد، شذرات الذهب،154/1 ، الزركلي، الأعلام ، 102/4.)

(5)عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي، أبو حفص، أسلم علنا وبإسلامه أُعلن الإسلام، وهاجر علنا شهد بدرا وبيعة الرضوان ولي الخلافة بعد أبي بكر، وبقي فيها عشر سنين وعدة أشهر ، دوّن الدواوين في العطاء ، ورتب الناس فيه على سوابقهم ، وأول من أرخ بالتاريخ من الهجرة ، قتل على يد أبي لؤلؤة المجوسي طعنه بالسكين ست طعنات حتى قتل وهو ابن 63سنة (ابن حجر، الإصابة 588/4، ابن عبد البر، الاستيعاب 1 /354)

(6)عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الأمير السعيد الشهيد أبو عمرو الأنصاري الخزرجي البدري النقيب =

ما هوى عمر[1] فنزل قول الله تعالى: ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [الأنفال : 67].

وكون النبي ﷺ يرجح واحدا من أراء بعض الصحابة إنما هو الاستحسان بعينه[2].

ونهى رسول الله ﷺعن بيع المعدوم، ورخص في بيع السلم – وهو بيع لمعدوم – وهذا عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي العدول، من جلب مصلحة أو درء مفسدة وهذا ما نسميه بالاستحسان[3].

إذاً الحكم الاستحساني يكون مستندا إلى دليل يقابله دليل آخر،فإن عدول المجتهد، ومنهج اجتهاده، وخطة استنباطه للحكم، هو في الحقيقة الاستحسان ما دام مستندَ الحكم إلى دليل[4].

ثالثا: الإجماع

أما الإجماع المُستدَل به على مشروعية الاستحسان فهو كإجماع الأمة على جواز دخول الحمام، والمُكث فيه من غير تقدير أُجرة، أو عِوَضٍ للماء، ولا تقدير مدة اللبث فيه، وكذلك استحسانهم شرب الماء من أيدي الساقين من غير تقدير العِوَض، ولا مقدار الماء المشروب، لأن التقدير في مثل هذا قبيحٌ عادة، فاستحسنوا ترك ذلك، وهذا على خِلاف قاعدة البيع والإجارة[5]

=الشاعر، شهد العقبة، يكنى أبو محمد وأبو رواحة وليس له عقب ، استخلفه النبي على المدينة في غزوة بدر ، مات في غزوة مؤتة ،(الذهبي ،سير أعلام النبلاء 345/2 .)

(1)القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج8، ص46-47 .

(2)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق ، ج1،ص 147.

(3) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع، مرجع سابق، ص 77-78 .

(4)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1 ص 289.

(5)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج4 ص 162 .

وقد عورض دليل الإجماع هذا بأن استحسان الأمة لِمَا مر بنا هو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ، مع علمه به وتقريره لهم عليه رفعا للحرج و المشقة، في تقدير الماء المشروب والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة[1].

رابعا: من المعقول

استدل القائلون بحجية الاستحسان بالمعقول فقالوا: ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطِّرَاد القياس، أو استمرار العموم، أو تعميم الكل، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصالح الناس، فكان من العدل والرحمة بهم أن يُفْتَح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياسِ، أو عن الحكم الكلي إلى حكمٍ آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا العدول الذي يُقصَد به درء المفاسد وجلب المصالح هو ما نسميه الاستحسان[2].

هذه هي أهم الأدلة التي تمسك بها القائلون بأن الاستحسان حجة وهي قوية في نظر القائلين بها، لكنها لم تَسْلَم من المناقشات والاعتراضات من المخالفين [3] التي سأورِدها في مطلب الموازنة والمناقشة لأدلة الفريقين .

المطلب الثاني : المنكرون للاستحسان وعرض أدلتهم .

بعدما تقدم الكلام على أدلة المثبتين للاستحسان وحججهم، لأتطرق في هذا المطلب لأدلة المنكرين والمخالفين والرَّادين للاستحسان وحجيته، وأنه ليس بدليل شرعي، وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي [4]، وعلى هذا فهو ليس بحجة ويمثل هذا الرأي مجموعة من العلماء، وعلى رأسهم الإمام

(1)محمد آشر رسول ، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1 ص 287 .

(2)عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، مرجع سابق، ص 178 .

(3)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما، مرجع سابق، ص184 .

(4)الشافعي، الأم، ج7،(لا. ط ، بيروت، دار المعرفة ، 1410هـ /1990م)، ص309.

الشافعي (ت 204 هـ)[1] حتى أنه نقل عنه قوله :" من استحسن فقد شرع "[2] .

وابن حزم الظاهري (ت 456 هـ)[3] حيث قال :" والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة وإتباع للهوى وضلال "[4] .وهذه أدلتهما كأنموذج لمنكري الاستحسان بصفتهما متزعِمَي هذا الرأي .

الفرع الأول : أدلة الشافعي لإبطال الاستحسان .

إذا ذكرت الاستحسان أمام من له ولو قليل إلمام بأصول الفقه عند الشافعية قال لك من استحسن فقد شرع، وهي مقولة منسوبة إلى الإمام الشافعي كما مرَّ بنا، نقلها عنه الغزالي في كتابه المنخول تشير إلى رأيه في هذا الموضوع، وكذلك الدارس إلى ما كتبه الشافعي عن الاستحسان يعرف مفهومه عنده، وما الأدلة التي ساقها لإبطاله [5].

وقبل إيراد الأدلة التي بها أبطل الاستحسان يجدر ذكر مصادر التشريع التي اعتمدها في الاستنباط ليتبين لكل دارس مدى أخذه بالاجتهاد بالرأي ، والتي نصَّ عليها في كتابه

---

(1)محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي، أحد أئمة المذاهب السنية الأربعة ولد بغزة سنة 150هـ وحمل إلى مكة فنشأ فيها وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين، حفظ الموطأ وهو ابن عشر سنين، تفقه على مسلم بن خالد الزنجي فقيه مكة، كما لازم مالكا. قدم إلى بغداد ودرس بها و أخذ عنه علماؤها ثم ارتحل إلى مصر وأقام بها حتى توفي سنة 204 هـ . من آثاره الأم، الرسالة في أصول الفقه، أحكام القرآن، اختلاف الحديث . (الإسنوي ، طبقات الشافعية، 1 /18، ابن خلكان،وفيات الأعيان 1 /163، ابن العماد، شذرات الذهب 3 /19).

(2)اشتهرت هذه العبارة عن الإمام الشافعي رحمه الها، ونقلها الغزالى في المنخول ، ج1،(ط :3، بيروت ، دار الفكر، 1419هـ/1998م)، ص 476. ولكن الإمام السبكي في الأشباه والنظائر قال : أنا لم أجد إلى الآن هذا في كلامه ولكن وجد في الأم أن من قال بالاستحسان فقد قال قولا عظيما ووضع نفسه في رأيه واستحسانه على غير الكتاب والسنة، انظر : عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر ، ج 2،(ط:1، بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1411هـ/1991م)، ص 194 .

(3)أبو محمد بن على بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي فارسي الأصل ، برع في الفقه والأصول والحديث والتاريخ والأنساب والنحو واللغة والمنطق والفلسفة ، عرف بالذكاء والاجتهاد والاستنباط للأحكام من الكتاب والسنة، وانتقاد العلماء والفقهاء . توفي سنة 456 هـ بالأندلس من مؤلفاته المحلى في الفقه ، الفصل في الملل والأهواء والنحل، الأحكام في أصول الأحكام. (ابن العماد، شذرات الذهب، 5 /239، ابن خلكان، وفيات الأعيان ،3 /325).

(4)علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحق: أحمد محمد شاكر ، ج6،(لا.ط ، بيروت :دار الآفاق الجديدة، د.ت)ص17.

(5)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق ج1 ص 230.

الأم حين قال: (والعلم طبقات شتى: الأولى الكتاب والسنة إذا ثبتت السنة، ثم الثانية الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة ، والثالثة أن يقول بعض أصحاب النبي ﷺ ولا نعلم له مخالفا منهم، والرابعة اختلاف أصحاب النبيﷺ في ذلك، الخامسة القياس على بعض الطبقات ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان) [1].

وبالنظر إلى الأدلة التي اعتمدها في استنباط الأحكام الشرعية أرى أن آخرها اعتماده على الاجتهاد بالرأي ينحصر في القياس، ولم يصرح أنه أخذ بغير القياس من استحسان وغيره في هذا المجال.

وجملة ما استدل به الشافعي على إنكار الاستحسان وبطلان الاستدلال به ما يلي:

أولا: من الكتاب[2] :

قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ [النساء: 59] .

وقال أيضا: ﴿وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا﴾ [النساء :83].

وقال أيضا: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ﴾ [الحشر:7].

دلت هذه الآيات على أن المؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، حيث يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصا أو دلالة، والإجماع مستمد من السنة، فالعمل به عمل بالسنة، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة كذلك، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة، أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعا للكتاب ولا السنة، ولا رداً إليهما،

(1)الشافعي، الأم، مصدر سابق ، ج7، ص 280.

(2)المصدر نفسه ، ج7، ص314 .

وهو شيء غير الإجماع والقياس فالأخذ به إذاً زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها، فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلا ومردودا[1].

واستدل أيضا بقوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى﴾ [القيامة: 36].

فوجه الدلالة من الآية الكريمة أن من حكم أو أفتى بخبر لازم أو قياس عليه فقد أدى ما عليه، وحكم وأفتى من حيث أمر، فكان في النص مؤديا ما أمر به نصا، وفي القياس مؤديا ما أمر به اجتهادا، وكان مطيعا لله في الأمرين، ثم لرسوله فإن رسول اللهﷺ أمرهم بطاعة الله ثم رسوله، ثم الاجتهاد [2].

بل الله تعالى لم يترك الإنسان سدى، فبين شرعه بالكتاب والسنة والقياس عليهما واتباع جماعة المسلمين، لذا فاستنباط الأحكام بطريق غير هذه الطرق هو اجتهاد باطل، والاستحسان كذلك؛ لأنه ليس على مثال سبق بل هو حكم بالهوى والتشهي[3] .

وقال أيضا: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ ۖ فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ ۚ إِلَى ٱللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ [المائدة: 48] فهذه النصوص القرآنية تدل على أن المطلوب من المسلم أن ما يتبعه هو حكم الله ورسوله ﷺ، أو حكما مقيساً على حكم الله ورسولهﷺ، والحكم المُسْتَحْسَنُ للمجتهد هو حكم وضعي لا شرعي، واعتبره استنباطا للأحكام الشرعية بالهوى والتلذذ[4].

(1)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية،مرجع سابق، ص187.

(2)محمد بن إدريس الشافعي، الأم،مصدر سابق، ج7،ص315.

(3)المصدر نفسه، ج7،ص314.بتصرف.

(4)عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ،(لا:ط، مصر: مطبعة المدني، د.ت) ، ص80 .

واستدل كذلك بقوله تعالى : ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ [النساء : 59].

ووجه الدلالة أنه تعالى لم يقل فردوه إلى ما تستحسنون، ولو كان الاستحسان مما يمكن أن يرد إليه لقاله[1].

ثانيا: من السنة :

واستدل على إنكار الاستحسان من السنة بقوله ﷺ: "ما تركت شيئا مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به، ولا شيئا مما نهاكم عنه إلا وقد نهيتكم عنه، وإن الروح الأمين قد ألقى في روعي أنه لن تموت نفس حتى تستوفي رزقها فأجملوا في الطلب"[2] .

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ قد بين ما أمر الله به وما نهى عنه، فلم يترك الناس سُدى، وليس يُؤمر أحدٌ أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ولا يكون الحق معلوما إلا عن الله نصا أو دلالة ... فالاجتهاد بالاستحسان إذاً باطلا[3].

ثالثا: من المعقول :

واستدل على إبطال الاستحسان بالعقل فقال الشافعي:" أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في نازلة ليس فيها نَصُّ خبرٍ، ولا قياس، وقال استحسن فلا بد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم و الفتيا، وإن كان هذا جائزا عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاءوا وإن كان ضيقا... "[4].

فلو جاز لكل حاكم أو مفتٍ أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيه لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في المسألة الواحدة[5].

---

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه...، مرجع سابق، ص 136 .

(2)أخرجه:الحاكم،ت:405هـ،المستدرك، تحق: مصطفى عبد القادر عطا، ج 2،(ط : 1،بيروت:دار الكتب العلمية،1411هـ/1990م)، ص5، وقال:هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(3)الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج7، ص317 .بتصرف.

(4)المصدر نفسه، ج7 ص316 .

(5)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1، ص249 .

والاجتهاد بطريق الاستحسان أساسه العقل، وفيه يستوي الجاهل والعالم، ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبرٌ، لجاز ذلك أيضا لغيره من العوام ذوي العقول، وهذا لا يجوز[1].

هذه أبرز الأدلة التي ساقها الإمام الشافعي لإبطال الاستحسان .

الفرع الثاني: أدلة ابن حزم الظاهري لإبطال الاستحسان :

لقد نهج ابن حزم في إبطال العمل بالاستحسان منهج الشافعي، وهذا يرجع إلى كون ابن حزم في بادئ أمره كان مقلدا للشافعي[2] .

ثم إن المصادر التي اعتمدها لاستنباط الأحكام الشرعية في اجتهاداته هي النصوص وظواهرها، ولا عبرة بغيرها، فقال في كتابه الإحكام:" ثم بينا أقسام الأصول التي لا يُعرف شيء من الشرائع إلا منها، وأنها أربعة وهي: نص القرآن، ونص كلام رسول الله ﷺ الذي إنما هو عن الله تعالى مما صح عنه عليه السلام بنقل الثقات أو التواتر، وإجماع جميع علماء الأمة، أو دليل منها لا يحتمل إلا وجها واحدا"[3] .

وترجع جملة ما استدل به لإبطال الاستحسان إلى :

أولا: من الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُبَرِّئُ نَفۡسِيٓۚ إِنَّ ٱلنَّفۡسَ لَأَمَّارَةُۢ بِٱلسُّوٓءِ إِلَّا مَا رَحِمَ رَبِّيٓۚ إِنَّ رَبِّي غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [يوسف : 53].

وقال أيضا: ﴿وَأَمَّا مَنۡ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِۦ وَنَهَى ٱلنَّفۡسَ عَنِ ٱلۡهَوَىٰ﴾ [النازعات : 40]

وقال أيضا ﴿بَلِ ٱتَّبَعَ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوٓاْ أَهۡوَآءَهُم بِغَيۡرِ عِلۡمٖۖ فَمَن يَهۡدِي مَنۡ أَضَلَّ ٱللَّهُۖ وَمَا لَهُم مِّن نَّٰصِرِينَ﴾ [الروم : 29].

(1)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، ص191 .

(2)محمد بن أحمد أبو زهرة، ابن حزم، (ط:2، مصر: مطبعة أحمد علي مخيمر، 1945م)، ص39 .

(3)ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج1 ص71 .

واستدل بقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ [النساء : 59]

وفي هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم ورازقهم وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفته ولا مرئ لما نافرته قلوب لم تعتده، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتمرن بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به رسوله ﷺ أو أباحاه ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه تعالى ورسوله ﷺ [1].

ثانيا: من السنة

ومن الأدلة على إبطال الاستحسان من سنة النبي ﷺ ما روي عن سعيد بن المسيب (ت 93 هـ)[2] .عن أبي هريرة رضي الله عنه [3] قال: قال رسول الله ﷺ :"تعمل هذه الأمة برهة بكتاب الله، وبرهة بسنة رسوله ﷺ، ثم يعملون بالرأي فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا وأضلوا"[4] .

ووجه الدلالة من الحديث أن إعمال الرأي في استنباط الأحكام ضلال ويتجلى ذلك في تجرؤ كل متقول بما يراه، ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنته

---

(1)ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق ،ج6، ص19 - 20.

(2)سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب، القرشي المخزومي، عالم أهل المدينة وسيد التابعين ولد بعد سنتين من خلافة عمر برز في العلم والفقه قال فيه قتادة ما رأيت أعلم من سعيد بن المسيب توفي سنة 94 هـ وقيل سنة 93 هـ على الأصح كما قال الذهبي .(الذهبي، سير أعلام النبلاء 4 /217 .ابن سعد، الطبقات ، 5 / 119).

(3)هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي، كان أحفظ أصحاب رسول الله، أسلم بين الحديبية وخيبر . قدم المدينة مهاجرا وصحب أهل الصفة في مسكنهم، توفي سنة 77 هـ على المعتمد كما ذكر بن حجر، (ابن حجر،الإصابة في تميز الصحابة ، 4 / 300).

(4)أخرجه:أبو يعلى،ت:307هـ،المسند،تحق:حسين سليم أسد،ج10،(ط:1، دمشق: دار المأمون للتراث،1404هـ/1984م)، ص 240، وقال الهيثمي:" رواه أبو يعلى، وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري، متفق على ضعفه."، (ينظر: مجمع الزوائد، نور الدين الهيثمي،ج1، لا:ط،القاهرة: مكتبة القدسي، 1414 هـ، 1994 م،)ص179.

أنت واستقبحه غيرك ؟ وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت ؟ وما الذي جعل إحدى السبيلين أولى بالحق من الأخرى ؟ وهذا ما لا انفكاك عنه[1].

ثالثا: من الإجماع

واستدل ابن حزم على نفي الاستحسان بالإجماع فقال :

" أجمع الصحابة على عدم استعمال الرأي ومنه الاستحسان والقياس "[2].

ثم أورد أثارا عن بعضهم :

قال أبو بكر الصديقﷺ: " أي أرضٍ تُقِلني، وأي سماء تُظِلني إن قلت في أية من كتاب الله بغير ما أراد؟[3] .

وعن عمر بن الخطاب ﷺ قال :" إياكم وأصحاب الرأي، فإنهم أعداء السنن، أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا[4] .

فهذه الآثار أوردها ابن حزم استدلالا لإبطال الاستحسان في الباب الخامس والثلاثين من كتابه الإحكام[5] .

رابعا: من المعقول

المكلف مطالب بالأخذ بالاحتياط في الفعل والترك، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله سبحانه به وما أمر به رسوله ﷺ، والشناعة كلها في مخالفتهما، ولا حسن إلا ما أمر به الله تعالى ورسوله ﷺ أو أباحه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه [6]، والاستحسان ليس مما أمر به ولا أباحه .

---

(1)ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج6 ص 21 .

(2)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1 ص276 .

(3)أخرجه: ابن أبي شيبة، ت: 235هـ ،مصنفه ،تحق: كمال يوسف الحوت، ج6،(ط:1، الرياض: مكتبة الرشد،1409هـ) ،ص136.

(4)أخرجه: الدار قطني، ت: 385هـ ، السنن، تحق: شعيب الأرنؤوط ج5،(ط:1، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة،، 1424 هـ/ 2004م)،ص256.

(5)ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج6 ص 42 .

(6)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، ص 193.

فالاستحسان شطط في الاجتهاد، ذلك لأنه يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان، ويؤدي إلى تضاد الأدلة وتعارض البراهين، فهو يؤدي إلى الاختلاف فيما استحسنه بعض المجتهدين، وقد يستقبحه غيرهم، وما يعده بعضهم مصلحة يراه آخرون مضرة، فيؤدي ذلك إلى إبطال الحقائق الشرعية ...والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوي والضلال[1].

والملاحظ أن ابن حزم نهج في إبطال الاستحسان منهج الشافعي على الرغم من اختلافهما في اعتماد الأصول التي يعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية، وإن جزءا من أدلة ابن حزم لإبطال الاستحسان تطابق ما استدل به الشافعي في الموضوع[2].

المطلب الثالث: موازنة ومناقشة لأدلة الفريقين والترجيح

إن كلا من الجمهور القائلين بالاستحسان الذين دللوا لإثبات حجيته بالنصوص، والمعقول لم تَسلم هذه الأدلة من اعتراضات وانتقادات وردود من الذين أنكروا وأبطلوا الاستحسان وحجيته، بل أضافوا إلى دعم ردودهم أدلة نافية داحضة لفكرة الاستحسان والاحتجاج به .

غير أن هؤلاء كذلك لم يُسَلَم لهم فيما استدلوا به، ولا ما اعترضوا به وانتقدوا .

ولن يبق السجال قائما حين ينبري الموضوعيون لدراسة المناقشات والاعتراضات والانتقادات من كليهما، والتي تنتهي إلى ترجيح الأقوى دليلا و الأجمع حجة، - وإن بقيت ثمرة الخلاف قائمة - .

ولكي أتوصل إلى هذا الترجيح أدرس احتجاجات الفريقين وردودهم، وذلك بعد تحرير محل النزاع وعقدة الخلاف في هذا المطلب الذي قسمته إلى أربعة فروع كالآتي:

الفرع الأول : اعتراضات منكري الاحتجاج بالاستحسان :

مر أن أكثر من تصدوا للاستحسان وجمعوا الأدلة لإبطاله هما الإمام الشافعي وابن حزم، ولم يكتفيا عند حد الاحتجاج للإنكار بل اعترضا وانتقدا أدلة غيرهم ومن ذلك قالوا:

---

(1)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، ص193-194 .

(2)ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ،مصدر سابق، ج6، ص 16 .

احتج القائلون بالاستحسان بقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾.[الزمر : 18]

ولا دلالة فيها على اتباع أحسن القول وهو محل النزاع [1]، وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم؛ لأن الله تبارك وتعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنوا وإنما قال:﴿ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ ﴾ .

وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ، وهذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم ومن قال غير هذا فليس مُسْلِم ا وهو الذي بينه الله عز وجل إذ يقول: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يُزَكُّونَ أَنفُسَهُم ۚ بَلِ ٱللَّهُ يُزَكِّى مَن يَشَآءُ وَلَا يُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴾ [النساء : 49]

وردوا على احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿ وَٱتَّبِعُوٓا۟ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ ٱلْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ ﴾ [الزمر : 55] والمراد بالأحسن الأظهر والأولى، وعند التعارض فإن الأحسن هو الراجح بدلالته، وعند تساويهما في الدلالة فإن الأحسن هو الراجح في حكمه[2].

ويقول الغزالي وهو يعترض على الاستدلال بهذه الآية :" نحن نستحسن إبطال الاستحسان، وأن لا يكون لنا شرع سوى المُصَدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم "[3].

واعترضوا على احتجاجهم بحديث « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »، فالغزالي بعد أن ذكر هذا الحديث قال :" إنه لا حجة فيه من ثلاثةِ أوجه: إن معناه يشير إلى

(1)عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، مرجع سابق، ص 176 .

(2)جمال الدين عثمان بن عمر المالكي، ابن الحاجب، مختصر المنتهى بشرح العضد ،ج2(لا: ط، مصر: المطبعة الأميرية، 1317هـ) ص 289 .

(3)محمد بن محمد الغزالي، المستصفى ، تحق: محمد عبد السلام عبد الشافي ،ج1،(ط:1، لا.م، دار الكتب العلمية،1413هـ / 1993م)، ص 172 .

حجية إجماع المسلمين، والإجماع لا يكون إلا عن دليل، وليس فيه دلالة على أن مارآه آحاد المسلمين حسن فهو عند الله حسن، وأنه خبر آحاد لا تثبت به الأصول، وأنتم تقولون: الاستحسان أصل يستدل به على الأحكام فلا يستدل به عليه، والحديث موقوف على ابن مسعود[1] "[2] .

ولم يسند إلى رسول الله ﷺ وهذا يعني أنه لا يوجد في مسند صحيح فلا يكون حجة[3].

واعترضوا على استدلال الجمهور بالإجماع على ثبوت حجية الاستحسان فقال الغزالي:" من أين عرفوا أن الأم ة فعلت ذلك من غير حجة ولا دليل، ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريره عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام والمشقة وسبب الرخصة وأن نقول شرب الماء بتسليم السقاء مباح، وإذا أتلف ماء فعليه ثمن المثل إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض في ما بذله في الغالب، وما يبذل له في الغالب يكون ثمن المثل ...فليس هذا أمرا مبدَعا ولكنه منقاس والقياس حجة"[4] .

واعترضوا على استدلال الجمهور بالمعقول فقالوا:إن العدول الذي يسمونه بالاستحسان ليس هو الدليل على الحكم بحكم آخر يخالف الحكم الذي اقتضاه القياس، أو العام أو الكلي، وإنما الدليل عليه ما دل على استحسانهم له، وهو المصلحة التي يترتب تحقيقها عليه، أو المفسدة التي يترتب درؤها عليه [5].

---

(1)عبد الله ابن مسعود بن غافل بن حبيب بن شخص، الذهلي أبو عبد الرحمن، صحابي من أكابرهم، فضلا وعقلا، وقربا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من السابقين إلى الإسلام، وأول من جهر بقراءة القرآن بمكة. خادم رسول الله، وصاحب سره، ورفيقه في غزواته ، شهد بدرا والمشاهد كلها نظر إليه عمر يوما وقال: "وعاء ملئ علما"، ولّي بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بيت مال الكوفة ، ثم قدم المدينة في خلافة عثمان، فتوفي فيها عن نحو ستين عاما ، ، توفي سنة 32هـ (ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة 2/ 390، الزركلي، الأعلام، 4/ 137) .

(2)الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ص 172 .

(3)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مصدر سابق، ج7 ص 759 .

(4)الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج1 ، ص 172 .

(5)عبد العزيز بن الرحمان الربيعة، أدلة التشريع المختلف الاحتجاج بها، مرجع سابق، ص 178- 179 .

هذه أهم الاعتراضات التي رد بها المنكرون للاستحسان حجج القائلين به، لكنها لم تسلم هي الأخرى، وأدلتهم - كذلك - من الاعتراضات والردود والمناقشات التي أوردها المستحسنون تقوية لمتمسكهم وإليك ردودهم .

الفرع الثاني :اعتراضات وردود المستحسنين على منكري الاستحسان.

بعد ما تقدم الرد والاعتراض من المنكرين للاستحسان على أدلة مخالفيهم وكان قبلها الكلام على أدلتهم – منكري الاستحسان - في إبطال الاستحسان، إليك مناقشة المثبتين لأدلة المنكرين وردودهم عليها، وقوفا على أدلة الشافعي أولا ثم ابن حزم .

استدل الشافعي بآيات فهِم من خلالها بطلان العمل بالاستحسان كما مر في عرض أدلته، لكن يُعترض عليه بأن الاستحسان عند القائلين به قد يكون سنده النص أو الإجماع أو الضرورة أو المصلحة، أما إذا كان مصدر الاستحسان الهوى والتشهي - وهو الذي يرده الشافعي – فهذا يكون موضوع النزاع، ولا يقول به أحد من العلماء القائلين بحجية الاستحسان[1].

أما الاعتراض على استدلاله بقوله تعالى : ﴿أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى﴾[القيامة : 36]

فإن القائلين بالاستحسان لم يقل أحد منهم بنقصان الدين، أو إن الاستحسان تكملة لهذا النقصان، فإن أصحاب هذا الرأي أجل قدرا وأرفع شأنا من أن يقولوا مثل هذا القول [2].

وأما احتجاجه بقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء : 59] بأن الله تعالى لم يقل فردوه إلى ما تستحسنون، غريب، لأنه استدلال وارد حتى على الإجماع نفسه، حيث لم يقل فردوه إلى ما تجمعون

(1)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1، ص254 .

(2)المرجع نفسه، ج1،ص255 .

عليه، على أنه لا يُسَلّم له بأن الاستحسان ليس فيه رد إلى الله والرسول بل هو مردود إلى النصوص الشرعية أو ما ثبت بها[1].

أما احتجاجه بالحديث النبوي: «ما تركت شيئا مما أمرتكم به... » فإعمال هذا الحديث دليل لبطلان الاستحسان، وإطلاق الفكر يعارض نصوصا عدة أقر فيها النبي ﷺ الصحابة العدول إلى آرائهم، وإن كانت مسألة اجتهادهم في عصره ﷺهل تجوز أم لا ؟ تضاربت فيها الآراء، فمنهم من قال يجوز، كما يجوز الاجتهاد في عصرنا، ودليل ذلك إقرار النبي ﷺ معاذا[2] حين قال: « اجتهد رأيي »، فقال ﷺ «الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله إلى ما يرضاه »[3] وهذا المختار.

أما استدلاله بالمعقول في إبطال الاستحسان بكونه يفتح الباب للجميع أن يتقولوا، بحيث يستوي العالم والجاهل، والمجتهد وغيره، وهذا تشبيه في غير محله؛ لأنه يوجد فرق بين المجتهد وأهل النظر والأدب من أصحاب العقول الراجحة، فهؤلاء لا يعرفون القواعد الشرعية التي تبنى عليها الأحكام، بينما المجتهد لا يصدر رأيه أو فتواه إلا بناءا على دليل شرعي، فلو أن مجتهدا قد أفتى بلا دليل لا تقبل فتواه، ولا يعد هذا القول الذي قال به اجتهادا، فلا مجال لأهل النظر والأدب من أصحاب العقول الراجحة أن يشاركوهم في القول بالاستحسان[4] .

ثم إن هذا الإنكار من الشافعي يعارضه ما نقل عنه من أحكام مختلفة قال فيها بالاستحسان، غير أنه لم يسندها إليه - الاستحسان- وإنما أسندها إلى الأدلة التي أثبتها، واستعمل هذا اللفظ - الاستحسان - في أكثر من موضع فقال: أستحسن في المتعة ثلاثين

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص140 .

(2)معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس أبو عبد الرحمن الأنصاري، شهد بدر مع رسول الله ﷺ وعمره إحدى وعشرين سنة، كما شهد المشاهد كلها، أعطي الإمارة من النبي ﷺ على اليمن، توفي بالشام بداء الطاعون سنة 17 هـ وعمره 34 سنة، (ابن حجر،الإصابة في تميز الصحابة، 107/6) .

(3) أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند ،مصدر سابق، ج36،ص333.والترمذي، السنن، مصدر سابق، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ج3، ص608، وقال: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل .

(4)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1 ص263 .

درهما، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع ثلاثة أيام، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم المكاتبة، وقوله في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت، القياس أن تقطع يمناه والاستحسان ألا تقطع[1].

واستحسن التحليف على المصحف وقال: وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن[2] .

كما روي عنه تعليل الأحكام بالمصالح والأعراف، قال الزنجاني(ت: 656)[3]–وهو من الشافعية – " ذهب الشافعي إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع ، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة ، جائز " [4]، فإذا عارض دليل دليلين فالعقلاء يعملون بموجب الدليلين، ويخطئون تصرف من عدل على الدليلين إلى موجب الدليل الواحد، وإذا كان الأمر كذلك في العرف وجب أن يكون كذلك في الشرع؛ لأن الأصل تنزيل التصرفات الشرعية منزلة التصرفات العرفية[5]، وفى هذا إيحاء إلى إعمال المصلحة والعرف.

ومن أمثلته: عَدْلُ أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة قتل الجماعة بالواحد... هذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين في الشرع ولا دل عليها نص من كتاب ولا سنة، بل هي مستندة إلى كلي الشرع وهو حفظ قانونه في حقن الدماء، مبالغة في حسم مواد القتل واستبقاء جنس الإنس، واحتج الإمام الشافعي في ذلك بأن الوقائع الجزئية

---

(1)الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ، مصدر سابق، ج4، ص157 .

(2)محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6 ص278 .

(3)ظهير الدين أبو المحامد محمود بن عبد الله بن أحمد الزنجاني، من فقهاء الشافعية، الفقيه الزاهد الفاضل، من أهل زنجان (بقرب أذربيجان) استوطن بغداد، وولي فيها نيابة قضاء القضاة، سمع وحدث الذهبي في تاريخه، له مؤلفات منها ترويح الأرواح في تهذيب الصحاح،و تخريج الفروع على الأصول، توفي سنة 656هـ ،(الإسنوي، طبقات الشافعية 312/1، الزركلي ، الأعلام، 161/7) .

(4)شهاب الدين، محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، تحق: محمد أديب صالح، (ط. 5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1404هـ)، ص 320.

(5)يمينه ساعد بو سعادي ، مقاصد الشريعة وأثرها في الجمع والترجيح بين النصوص ، (ط،،1، لبنان، دار ابن حزم، 2007)، ص 290 .

التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذا من طريق أخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشارع ومقاصده على نحو كلى وان لم يستند إلى أصل جزئي ...، ومنها أن مستحق القصاص في النفس إذا قطع اليد وعفا عن النفس لم يلزمه أرش اليد عندنا سواء وقف القطع أو سرى؛ لأن استحقاق المحل - أعني - جملة نفس القاتل يوجب إهدار الأطراف في حق المستحق من حيث أنه وسيلة إلى استيفاء حقه ، إذ لا يمكنه الاستيفاء إلا بقطع جزء من أجزاء البنية ، وتضمينه مما يمنع الاستيفاء ، فوَجب إهداره ...، ومن ذلك جعل ا لشافعي رضي الله عنه قتل الجماعة بالواحد أصلا، ثم ألحق به المثقل ثم ألحق به المكره على القتل ثم تدرج من الإكراه إلى شهود القصاص كل ذلك مبالغة في حقن الدماء [1]، وفي هذا إيحاءٌ منه إلى القول بالاستحسان .

كما روي عنه أنه: أفتى بجواز قطع الشوك من فروع الشجر في الحرم بما يصيب الناس من أذاه مع النهي عن قطعه، قال النووي (ت 676هـ)[2] وكل شجرة ذات شوك، فإنها كالحيوان المؤذي، فلا يتعلق بقطعها ضمان على الصحيح الذي قطع به الجمهور ...، ولو احتيج إلى شيء من نبات الحرم للدواء، جاز قطعه على الأصح [3]، وهو تعليل بالحكمة، وهذا عين الاستحسان بالعلة .

وبهذا يتبين أن الإمام الشافعي ممّن يقولون بالاستحسان، وأما ذمه وأصحابه للاستحسان فمحمول على ترك القياس لرأي أو هوى وهذا مرفوض بالاتفاق[4] .

---

(1) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول ، مصدر سابق ، ص 312 – 325 بتصرف .

(2) النووي محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف الأنصاري بن مرّي، الشافعي، ولد سنة 631هـ بنوا وإليها نسبته، دَرس بدمشق ودرَّس فيها، كان فقيها لغويا زاهدا ورعا، من مؤلفاته: منهاج الطالبين، شرح صحيح مسلم، رياض الصالحين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، وتوفي بنوا سنة 676هـ (ابن العماد، شذرات الذهب 5/ 354، الزركلي، الأعلام، 8/ 149)

(3) يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاويش، ج 3 ، (ط.3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1412هـ/1991م) ص165 .

(4)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص125 .

وقد قال الشافعي بالاستحسان في حكم مدعي سلعة معينة أنه يملكها وأقام على ذلك البينة والشهود غير أن السلعة في غير بلد رفع الدعوى، وقُضي بأن تحضر السلعة موضع الشهود قوله : فإن قطع عليه الشهود بعدما رأيا سلم إليه وإن لم يقطعوا رد وهذا استحسان، وقد قال غيره إذا وافق الصفة حكمت له، والقياس أن لا يحكم له حتى يأتي الشهود الموضع الذي فيه تلك الدابة فيشهدوا عليها[1]، وذلك يقتضي أن يزور الشهود بلادا كثيرة حتى يشهدوا على سلعة المدعي، مما يوقعهم في الحرج والعنت،فيكتم الناس الشهادة، فتضيع حقوق الناس، أما استحسان الإمام الشافعي أن تجمع السلع، وترسل إلى بلد المدعي حيث الشهود هناك، فيعرفون السلعة محل الدعوى فيعينونها، فتُسلم لصاحبها، إنما هو استحسان للمصلحة [2] .

فهذه النصوص المختلفة تدل أن الإمام قد استعمل الاستحسان، وتلكم الأدلة التي ساقها الشافعي في كتابه الأم لإبطال الاستحسان ... لا تصلح محلا للنزاع، لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره من العلماء، فالاستحسان الذي قال الشافعي برده شيء، والذي قال به الحنفية والمالكية شيء آخر غيره [3]، وسيتضح ذلك عند تحرير محل النزاع والترجيح .

وبمثل ما نوقشت به أدلة الشافعي تناقش أدلة ابن حزم لأنه- كما سلف- نهج في إبطال العمل بالاستحسان منهج الشافعي .

فهو ينطلق من أن الاستحسان شطط في الاجتهاد، ولأن ما استحسنه بعض المجتهدين قد يستقبحه غيرهم، وما يعده بعضهم مصلحة يراه آخرون مضرة فنلاحظ هنا أنه اعتبره حكما بالهوى والتشهي، والحقيقة أنه حكم لا بالهوى ولا بالشهوة، ولكنه حكم مستمد من

(1)الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6، ص126. بتصرف .

(2) منصور راجح مقدادي، الاستحسان حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مرجع سابق، ص126.

(3)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، ص192 .

مجموع علم الفقيه بمقاصد الشريعة وغاياتها، وليس الحكم فيه إلى الهوى، ولكن إلى العقل الإسلامي المتتبع لمصادرها وموارداها[1].

وعند النظر الدقيق لا أرى لكلامه – يعني ابن حزم – موردا إذا أُخذ بالاستحسان والمصالح في غير موضع النص، وعند عدم وجوده. وذلك لأن هذا الاختلاف لا يؤدي إلى تعدد الحق، بل الحق واحد، بيد أنه في حال يكون أمرا لفعل، وفي حال أخرى ذات الحق يكون ناهٍ عن الفعل نفسه، وهو واحد في الأمرين، والباعث واحد في الأمرين[2].

ومن استدلالاته قوله تعالى:﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ...﴾ ووجه الدلالة أن ما كان مأخوذا من غيرهما يؤدي إلى التنازع.

فيقال: إننا لا ننكر عليهم ذلك، فإن الكتاب والسنة هما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي، فمن خالفهما وحكم برأيه فقد ضل عن طريق الحق وخالف مبادئ الشريعة، إلا أن الاستحسان الذي يقول به أصحاب هذا الرأي ليس من قبيل ذلك؛ لأنه قد يكون سنده النص أو الإجماع، أو الضرورة أو المصلحة، وبهذا الأسلوب لا يترتب عليه وقوع نزاع، ولا يصير الدين هملا كما يزعمون، ولا حقا باطلا، أو حلال حراما، ومثل هذا الأمر لا يكون إلا إذا كان مصدر الاستحسان هو الهوى والتشهي، ولا شيء من ذلك ثابت عند أصحاب الرأي القائل بالحجية، ومقتضى الاستحسان عندهم هو العدول إلى دليل مما شرعه الله من الأدلة أقوى من الدليل المعدول عنه [3].

واستدل بحديث رسول الله ﷺ المحذر من إعمال الرأي وأنه ضلال، والحديث قد ذكر الهيثمي[4] الاتفاق على ضعفه وذلك قرينة في رده وعدم الاستدلال به في نفي الدليل، وعلى فرض صحته فهو يحذر من ترك الكتاب والسنة لإعمال الرأي .

---

(1)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1، ص290 .

(2)محمد أبو زهرة، ابن حزم، مرجع سابق، ص 468 -471 .

(3)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق ج1 ص 294 .

(4)علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، أبو الحسن، نور الدين، المصري القاهري: حافظ. ولد في رجب سنة 735هـ، وصحب الشيخ زين الدّين العراقي وهو صغير،فسمع معه من ابتداء طلبه على أبي الفتح الميدومي،ثم رحل جميع=

وقول عمر أن أصحاب الرأي هم أعداء السنن، ترده وصيته لشريح[1] حينما بعثه قاضيا قال له : اقض بما استبان لك من كتاب الله، فإن لم تعلم كل كتاب الله فاقض بما استبان لك من قضاء رسول الله ﷺ، فإن لم تعلم قضاء رسول الله فاقض بما استبان لك من أئمة المهتدين، فإن لم تعلم كل ما قضت به أئمة المهتدين فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح [2].

أما استدلاله بالمعقول عن إبطال الاستحسان فلا يبعد عن ما استدل به الشافعي وقد يعزى ذلك إلى كونه كان مقلدا له .

ومن خلال ما سبق يتضح أن ابن حزم ومن لف لفه خالف الجمهور في عدم التوسع في الأدلة حيث وقفوا عند النصوص الواردة فقط، حين أن الجمهور أخذ بالنصوص الواردة، وبالقياس المبني على الأدلة، وبروح الشريعة الإسلامية في رفع الحرج، وأيضا قالوا بتعليل الأحكام ولم يقل ابن حزم بذلك فكان الخلاف بين الجمهور وابن حزم واسعا في الأمور التي أخذ بها الجمهور وهو استعمال الرأي، ومنه الاستحسان الذي هو إعمال قياس خفي في مقابل جلي، ولم يكن صنيع الجمهور بدعا وإنما اتبع ما نهجه الأولون من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم [3]، وهذا الكلام يقود إلى الوقوف على تحرير محل النزاع .

=رحلاته معه، وحجّ معه حجّاته، ولم يكن يفارقه حضرا ولا سفرا، وتزوج بنته، وتخرّج به في الحديث. له كتب وتخاريج في الحديث، منها : مجمع الزوائد ومنبع والفوائد و ترتيب الثقات لابن حبان وغيرها، توفي سنة807هـ. (الزركلي، الأعلام، 266/4، ابن العماد، شذرات الذهب، 105/9).

(1)شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أمية ، قاضي الكوفة ، وهو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن ممن أسلم في حياة النبي ﷺوانتقل من اليمن زمن الصديق بعثه عمر قاضيا على الكوفة ، استعفى من القضاء قبل موته بسنة توفي سنة 80 هـ عاش 108 سنين، (الذهبي، سير أعلام النبلاء 4/ 54) .

(2)أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم آبادي ، عون المعبود على سنن أبي داوود، ج9، (ط: 2، بيروت:دار الكتب العلمية، 1415هـ)، ص 371 - 372 .

(3)خليفة باكر الحسن، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، (ط.3، القاهرة، مكتبة وهبة، 1417هـ، 1987م)، ص262، وعبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان، مرجع سابق، 197 – 198 .

الفرع الثالث : تحرير محل النزاع

بعد الوقوف على الأدلة و الحجج والاعتراضات المقدمة من كلا الرأيين يحسن بي أن أخرج من بعدها بقول راجح، وليعرف السبب ليَبطل العجب، وبه يقوى التمحيص والاستنباط، فأقول مما لابد إدراكه من العلم والبحث في أقوال المذاهب عن مدى حجية الاستحسان من عدمه .

أولا : أن الخلاف ليس في استعمال لفظ الاستحسان، فإن هذا اللفظ وراد في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين .

ثانيا : لا خلاف في رد الاستحسان بهوى النفس والتشهي إن كان دون دليل ومستند .

وعليه تكاد أقوالهم تجمع على أن الاستحسان عدول عن دليل إلى ما هو أقوى منه، والرجوع إلى الدليل الأقوى مقبول إجماعا .

يقول سعد الدين التفتازاني:" اعلم أن الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو: أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام، وهو حجة؛ لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعا...؛ لأنه إما بالأثر، أو بالإجماع أو بالضرورة أو بالقياس الجلي... وأنت خبير بأنه على هذه التفاسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة[1].

ولعل أحسن الكلام في محل النزاع ما قاله محمد سعيد رمضان البوطي في ضوابط المصلحة : ولما اختلفت العبارات في الاستحسان مع أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الإنسان ويميل إليه، وإن كان مستقبحا عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق، كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنا، حتى يتبين المراد منه، إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه ... فالاستحسان ليس دليلا مستقلا عن الأدلة الشرعية المعتبرة في الحقيقة، وهو إذاً لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال مجرد مصلحة لا سند لها تعارض القياس الصحيح وتُرَجح عليه ... ويمكننا – على حد قوله – بأنه استثناء خاص من قاعدة اقتضاه دليل شرعي صحيح [2].

---

(1)التفتازاني، حاشية السعد على العضد، مصدر سابق ، ج2، ص289 .

(2)محمد سعيد رمضان البوطي،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية،(ط:3،سوريا،الدار المتحدة،1987م)،ص215.

وليس استعمال لفظ الاستحسان هو سبب الخلاف بل اختلافهم في تصويرهم لحقيقة معناه ... حتى تصوره بعضهم على أنه ترك لبعض الأدلة لمجرد الرأي والهوى والقول في دين الله بغير دليل أو أنه محض استذواقٍ لحكم فقهي يتأدى بالفقيه أن يقدمه في العمل على غيره فيكون نصاً للشرع بالهوى ... ومما جعل الخلاف يتسع في هذا الأمر أن العلماء في الفترة الأولى التي استعمل فيها لفظ الاستحسان في عبارات الأئمة والفقهاء لم يذكروا تعريفا يوضح معناه، وأيضا من أسباب اتساع الخلاف في معرفة الاستحسان كون المقلدين للأئمة غالوا في نصرة المذاهب التي قلدوها، فلو أنهم أحسنوا الفهم وأحكموا النظر في العبارات المنقولة عن الأئمة ما كان للخلاف مكان [1]، بل ولو أنهم حرروا محل النزاع لما كان استحسان مختلفٌ فيه، ولكان خلافهم ظاهريا [2]، يسهل الخروج منه إلى القول الفصل المبين الراجح .

الفرع الرابع : جمع الرأي والترجيح

من خلال عرض ما استَنَد إليه كل طرف بشان حجية الاستحسان من عدمها، وبعد مناقشة الأدلة وبعض الردود على الاعتراضات المختلفة، يمكنني أن أخرج ببعض النقاط تكون عَلَمًا لاختيار الرأي الأرجح في الموضوع :

1 -قوة أدلة القائلين بالاستحسان، وسهولة وبساطة ردود المعترضين عليهم.

2 -أدلة القائلين بعدم حجية الاستحسان لا تقوى على مواجهة أدلة القائلين بالاستحسان، وذلك بسهولة ردها كذلك[3].

3 -عند تحقيق تحرير محل النزاع تبين أنه لا يوجد استحسان مختلفٌ فيه وإن كان فهو ظاهريا[4]، أو معركة في غير معترك .

4 -الاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي هو ليس بحجة عند الجميع .

---

(1)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1 ، ص 152 .

(2)بدران أبو العينين بدران،أصول الفقه الإسلامي،(لا:ط، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، د.ت) ،ص 207 .

(3)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1،ص322 .

(4)بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص207 .

5 - نُفاة القول بالاستحسان هم أنفسهم لجؤوا إليه في أحكام كثيرة كما مر بنا سابقا .

6 - الإمام الشافعي وإن أنكر الاستحسان وبالغ في رده فهو معترف بالحكم الذي يستثنى من عموم النص أو الإجماع، ومخالفته إنما هي في الاسم فقط . قال الغزالي : "وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار من اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل لتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة"[1].

7 - إن الخلاف بين علماء الأصول القدامى في مسألة حجية الاستحسان لا يخرج عن كونه خلافا شكليا مصطلحيا غالى في نصرته المقلدون للأئمة ولو أحسنوا الظن وحمل العبارة على محملٍ حسن ما وجد محل للخلاف ... ولو كان المختلفون يحررون محل الاختلاف قبل تبادل الحجج لاستراح المسلمون من عناء البحث في كثير من الاختلافات اللفظية[2].

وبناءا على ما تقدم من أقوال العلماء القدامى والمعاصرين قال بعض الباحثين بأن الخلاف في حجية الاستحسان إنما هو خلاف شكلي لفظي لا أثر له .وما ورد من أدلة الجمهور وأدلة الشافعية فإن كلاً منهما قد نحى منحًا غير الذي نحى الآخر، ولذا لم تتوارد الأدلة على محلٍ واحد، وبهذا يعود الشقاق إلى وفاق، والاختلاف إلى ائتلاف، وهذا هو المراد، وهو الحق الذي لا ينبغي العدول عنه، لذا فإن الرأي الأرجح هو رأي الفريق القائل بحجية الاستحسان المعتمد على دليل من الأدلة المعتمدة ...، وأستخلص مما سبق ذكره أن الأرجح هو القول بحجية الاستحسان إذا كان العدول عن الأصل إلى الاستحسان راجع إلى دليل أقوى... أما إذا كان الاستحسان بلا دليل بناء عن الهوى والشهوة فإن هذا لا يجوز؛ لأن الاستحسان لابد أن يستند إلى دليل من الأدلة الشرعية المُسَلم بها عند الجميع من نص أو إجماع أو قياس أو ضرورة[3].

---

(1)الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ج2، ص283 .

(2)عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص82 – 83 .بتصرف

(3)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1،ص332 .-333 .بتصرف

فالاستحسان دليل شرعي، ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى المعتبرة، وهذا التعريف سلك قائلوه المسلك الوسط بين القائلين بحجيته والنافين لها[1]، ومن أصحاب هذا القول الشوكاني (ت 1250هـ)[2] حيث قال : إن ذكر الاستحسان ببحث مستقل لا فائدة فيه أصلا؛ لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة – يعني بذلك الأدلة المتفق عليها – فهو تكرار، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء بل هو من التقول على الشريعة بما لم يكن فيها تارة، وبما يضادها أخرى [3]، وبهذا المعنى قال التفتازاني والشاطبي، وقد سبق ذكر قوليهما في معنى الاستحسان [4]. والاستحسان إضافة إلى الأصل العام المقرر له وهو مبدأ رفع الحرج يعتبر حجة بسبب وجوهه، و بسبب الأدلة التي يعدل بها إليه مباشرة كالاستحسان بالنص أو الإجماع، أو غير المباشرة التي حجيتها هي حجية له كالمصلحة أو العرف أو الضرورة ...[5] .

(1)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج1، 202 .

(2)الشوكاني، هو أبو على محمد بن على بدر الدين عالم أصولي من مؤلفاته نيل الأو طار شرح منتقى الأخبار، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول توفي سنة 1250هـ، (المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين،3/ 144- 145)

(3)الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول،تحق: الشيخ أحمد عزو عناية، ج2 (ط:1، لا. م، دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م)ص 184 .

(4)ينظر : قول التفتازاني ص: 40 من المذكرة، وقول الشاطبي ص: 11 من المذكرة .

(5)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص 154-155 . بتصرف

الفصل الثاني

الاستحسان ، ضوابطه ، أنواعه ، أثره الفقهي

وأتناول فيه مبحثين

المبحث الأول : الاستحسان ضوابطه وأنواعه .

المبحث الثاني: الأثر الفقهي للاستحسان – تطبيقات في فقه المعاملات- .

المبحث الأول : الاستحسان ضوابطه وأنواعه .

الاستحسان على اختلاف تعريفات الأصوليين له واختلاف نظراتهم إلى ماهيته وكونه منهجا من مناهج الاجتهاد و دليلا من الأدلة التبعية فإنه لا محالة تحكمه ضوابط شرعية، وتميزه أنواع وأقسام، وتربطه ببعض الأدلة الفقهية والمسائل صلات، كل هذا سأدرسه في مطالب هذا المبحث .

المطلب الأول : ضوابط الاستحسان .

إن الاستحسان عند من قالوا بحجيته، وكونه دليلا تبعيا ضبطوه بما ينظم عمل المجتهد، وبما يصد أرباب الهوى والتشهي بما يلي :

الضابط الأول : أن يكون الحكم الاستحساني محققا لمقاصد الشريعة العامة[1].

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مقصد مصالح العباد في العاجل والآجل، فمقاصد الشريعة هي المعاني والحِكم التي شرعت من أجلها الأحكام لإسعاد الخلق عاجلا وآجلا[2].

وهي بهذا الاعتبا ر تنقسم إلى مصالح ضرورية وهي التي بها قيام مصالح الدين والدنيا، ومجموع الضروريات حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل. ومصالح حاجية يُحتاج إليها في التوسعة ورفع الحرج والمشقة .

ومصالح تحسينية يُؤخذ بها لتحقيق مكارم الأخلاق .

وعليه فالحكم الاستحساني يجب أن يسير في ظل هذه المقاصد [3]، فقد جوز الشارع بيع السَّلم، وهو بيع للمعدوم، وبيع المعدو م غير جائز[4]، وهذا - بيع السَّلم -استثناءٌ، ومنه يحقق مقصدا شرعيا مهما، وهو رفع الحرج والمشقة .

---

(1)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية ، مرجع سابق.ص 15.

(2) يمينه ساعد بو سعادي ، مقاصد الشريعة وأثرها في الجمع والترجيح بين النصوص ،مرجع سابق ،ص 28 .

(3) حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 15.

(4)عن حكيم بن حزام قال:" نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي " رواه الترمذي وقال ، حديث حسن ، سنن الترمذي ، (كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، ج3، ص 526).

وهذا هو مقصد الشريعة في المصالح الحاجبة، إذ كُلا من البائع والمشتري محتاج إليه، وله مصلحة بالعمل بموجبه[1].

الضابط الثاني : أن يكون للحكم المستحسن سندا شرعيا .

إن الأصوليين باختلاف عباراتهم في تعريف الاستحسان متفقون في جوهره بأنه عدول عن حكم إلى حكم، أو تخصيص، أو استثناء، أو إيثار أو ترك، ثم هم متفقون أن هذا الجوهر لابد أن ينضبط بسند شرعي، يخرج الحكم المُسْتَحْسَن من كونه هوىً للمستحسن إلى صف منظومة الأحكام الشرعية المعتد بها[2].

ومن هذا الضابط أخذ بعضهم أنواع الاستحسان كما سيأتي، فمهما تنوع المقصود من الاستحسان فلا بد من سند شرعي يدعمه ويضبطه ليكون حكما شرعيا معتبرا.

الضابط الثالث : أن لا يعارض الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة أو نصا محكما من الكتاب أو السنة المتواترة، أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة.

لا يُتَصَور أن يعارض الحكم الاستحساني سندا نصا أو إجماعا أو قياسا إذ هذا صار من المُسَلَّمَات، إنما يحتمل المعارضة إذا كان السند ضرورة، أو مصلحة، أو عرفا، أو مراعاة للخلاف، أو دفعا لمشقةٍ .

ولأجل ضمان عدم التعارض وضع هذا الضابط لئلا يكون الاستحسان فاسدا ومثال الاستحسان الفاسد بيع الوفاء [3]، ثم هذا السند لا بد أن يكون معتبرا بالأدلة الشرعية الصحيحة[4].

الضابط الرابع : أن لا يؤدي الاستحسان إلى ذريعة فساد .

إذا كان الاستحسان أمينا على مآل الأحكام فيُضبط بأن لا يفوق الحكم المُستحسَن سدا للذرائع، مقاصد الشارع .

ومثال هذا الضابط بيع الوفاء الذي يؤول تجويزه – عند القائلين به – إلى إباحة الربا[5].

---

(1)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان ، مرجع سابق، ص 15 بتصرف .

(2)المرجع نفسه ، ص 17 .

(3)ينظر : للتمثيل عن بيع الوفاء في المذكرة ص 92.

(4)محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة ، مرجع سابق، ص 211 .

(5)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 20 .

هذه أهم الضوابط للاستحسان وهي غير بعيدة عن ضوابط مصالح العباد [1] التي بحثها كثير من العلماء، وإن كان هناك تقارب بين ضوابط الاستحسان وضوابط المستحسِن وضوابط تطبيقه – الاستحسان - وإعماله[2]، والاستحسان من مظان مقاصد الشريعة .

المطلب الثاني : أنواع الاستحسان.

إن المتتبع للفروع الفقهية عند القائلين بالاستحسان من أصوليي الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم من المعاصرين– وإن اختلفوا في ضبط تعريفه - أجدهم متفقون في معناه الجوهري بأنه "عدول عن حكم إلى حكم آخر أو طرح حكم أو تركه، أو استثناء جزئية من حكم كلي، أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص"، ثم هم متفقون أن هذا العدول لا بد أن يستند إلى دليل شرعي أو معقوله أو مصلحة أو عرف وهذا الدليل هو الذي يسمى في اصطلاح الأصوليين وجه الاستحسان و سند الاستحسان[3].

فالاستحسان في اصطلاح القائلين به " هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلي حكم أخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول، وهذا الدليل الشرعي الذي اقتضى هذا العدول هو سند شرعي "[4].

فيتلخص مما سبق أن أنواع الاستحسان تنحصر في محاور يضيفها هذا التعريف هي الفروع الآتية :

الفرع الأول : أنواع الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه .

الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه لا يعدو الأنواع الآتية :

أولا: استحسان هو عدول عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي.

وبيان ذلك أن من المسائل والوقائع ما لم يرد بحكمه نص من كتاب أو سنة، ولا وقع عليه إجماع، فيلجؤ إلى معرفة حكمه عن طريق قياسه على نظير له ورد النص أو الإجماع

---

(1) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص 107 إلى ص 279 .

(2)ينظر: الضابط الرابع والخامس من كتاب : حسان عوض أبو عرقوب تطبيقات الاستحسان ، مرجع سابق، ص 18 – 19، بتصرف .

(3)عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، مرجع سابق، ص 71 .

(4)المرجع نفسه ، ص 71 .

بحكمه، ولكنه قد يكون له شبه بأصلين مختلفي الحكم ليسا على مستوى واحد من حيث ظهور العلة وخفاؤها، فإحداهما قريبة إلى الذهن والأخرى بعيدة عنه .

فما ظهرت علته يسمى قياسا ظاهرا، وما خفيت علته يسمى الإلحاق به قياسا خفيا.

فإذا عدلنا بما لم يرد بحكمه نص ولا إجماع عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول، كان هذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي استحسانا[1].

ومن أمثلة هذا النوع :

حقوق الريّ والصرف والمرور لا تدخل في وقف الأرض الزراعية تبعا بدون ذكرها قياسا، وتدخل استحسانا، فالقياس الظاهر : هو قياس الوقف على البيع في أمرٍ كليهما يخرج الملكية، فالبيع يخرج المبيع من ملك البائع، والوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف، وبيع الأرض الزراعية لا يدخل فيه حقوق ريها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها، وكذلك في وقفها لو وقفت، والقياس الخفي : قياس الوقف على الإجارة بجامع أنه المقصود من كل منهما هو الانتفاع بريع العين، لا بتملك رقبتها، وفي إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريّها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها، فكذلك في وقفها، وهذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي هو الاستحسان[2] .

فوجه هذا العدول أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بريع الموقوف، لا تَمَلُّك رقبته، والانتفاع في هذا المثال لا يتحقق إلا بريّها وصرف الماء إليها، فالقياس على ما يقتضي دخول هذه الحقوق في وقفها بدون ذكرها – على الإجارة – أقوى أثرا وأرجح من ناحية تحقيق مقصود الوقف[3].

ثانيا : الاستحسان الذي هو عدول عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص .

وبيان ذلك أن من بين الوقائع ما يندرج تحت دليل من الأدلة الشرعية العامة، إلا أنه وجد دليل خاص من نص أو إجماع اقتضى استثناء الواقعة وإعطائها حكما غير الحكم

---

(1) عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعة ، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، مرجع سابق ، ص 163.

(2)عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، مرجع سابق، ص72 .

(3)المرجع نفسه، ص 72 .

المستفاد من الدليل العام، فإذا عدل المجتهد عما يقتضيه الدليل العام من الحكم إلى ما يقتضيه الدليل الخاص، كان هذا العدول استحسانا[1].

ومثال هذا النوع :

العدول في السلم: وهو عقد على موصوف في الذمة يؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد عن مقتضى العموم في قوله ﷺ:" لا تبع ما ليس عندك " [2]، الذي يدل على عدم جواز بيع المعدوم، والسلم بيع لمعدوم، والعدول عن ذلك العموم إلى ما يقتضيه النص الخاص وهو قوله فيما يرويه ابن عباس :" من أسلف فليسلف، أو من أسلم فليسلم في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم "[3].

وهذا هو جواز بيع السلم، واستثناؤه من الوقائع التي تشبهه في العدمية ، وإعطاؤه حكما غير الحكم المستفاد من الدليل العام[4].

ثالثا : استحسان هو عدول عن حكم كلي إلى حكم استثنائي.

وبيان ذلك : أن من الوقائع والمسائل ما يندرج تحت قاعدة من القواعد الكلية إلا أنه وُجِد دليل خاص اقتضى استثناء الواقعة وإعطاءها حكما غير الحكم المستفاد من القاعدة الكلية.

ومثال ذلك : العدول في الأجر المشترك، كالخياط والكواء والصباغ عما تقتضيه القاعدة الكلية من عدم ضمانه ما يُتلُف في يده من غير تعدٍ ولا تقصير، لكون يده يد أمانة إلى ما يقتضيه الدليل الخاص وهو ضمانه على ما يتلف في يده، ما لم يكن التلف بقوة قاهرة، كحرق وغرق، تطمينا للناس على ما يكون لهم عند الأجير، وتأمينا لأمتعتهم من التلف، نظرا لتفشي التساهل والخيانة بين الأجراء[5].

---

(1)عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة، أدلة التشريع المختلف فيها ،مرجع سابق، ص 164.

(2)أخرجه: مالك بن أنس، الموطأ، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي،ج 2 ،(لا.ط ، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1406هـ/ 1985م)، كتاب البيوع ، باب العينة وما يشبهها ، ص 642 .

(3)أخرجه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح ،كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم،(85/3)، .ومسلم، الجامع الصحيح ، كتاب المساقاة، باب السلم،(1226/3).

(4) عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة ،أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ، مرجع سابق، ص 165.

(5)المرجع نفسه ، ص 166

الفرع الثاني : أنواع الاستحسان باعتبار السند الذي بني عليه العدول .

إن الحكم الشرعي المستَحسَن حتى يخرج من كونه هوى للمستحسنين إلى صف الأحكام الشرعية المعتد بها، وحتى ينهج المنهج الاجتهادي السليم الذي يُعدل فيه عن حكم شرعي إلى حكم شرعي آخر، لا بد من سند ووجه يقتضي التخفيف والتيسير ورفع الحرج والمشقة.

وعليه فالمتتبع للفروع الفقهية لدى مذاهب القائلين بالاستحسان يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عدة ففي أغلب كتب أصول الحنفية ذكرت أربعة أنواع من الاستحسان[1]:

1 -قد يكون نصا .

2 -وقد يكون ضرورة .

3 -وقد يكون إجماعا .

4 -وقد يكون قياسا خفيا.[2]

وذكر بعضهم ما يفيد أن من أنواع الاستحسان: الاستحسان بالعرف، أو عمل الناس ودللوا لذلك[3]، وأضاف الغزالي الاستحسان بإتباع قول الصحابي على خلاف القياس [4]، فتكون أنواعه عند الحنفية ستة .

أما المالكية فقد ذكر ابن العربي أربعة أنواع :

1 -استحسان بترك مقتضى الدليل للعرف .

2 -استحسان بترك مقتضى إجماع أهل المدينة .

3 -استحسان بترك مقتضى المصلحة .

---

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، ص57.

(2)عبيد الله بن عمر الدبوسي ، تقويم الأدلة في أصول الفقه ، تحق: خليل محي الدين الميس. (ط،1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1421ه- ، 2001م) ص 405 .

(3)أحمد بن علي الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، ج 4 (ط،2، لا.م، وزارة الأوقاف الكويتية ، 1414هـ - 1994م،.)ص 248، بتصرف .

(4)الغزالي، المنخول، مصدر سابق ،ص 477 .

4 -استحسان بترك مقتضى رفع المشقة وإيثار التوسعة[1].

وأضاف الشاطبي نوعا خامسا عند المالكية، وهو الاستحسان بمراعاة الخلاف[2].

هذه أنواع مشهورة عند الحنفية والمالكية تعود جميعها إلى التخفيف والتيسير ورفع الحرج والمشقة، وفيما يلي بيان[3] لهذه الأنواع مع التمثيل لها والتحليل .

النوع الأول: استحسان القياس* الخفي .

وهو من أنواع الاستحسان عند الحنفية، فقد اصطلحوا وشاع في كتبهم وعلى ألسنة فقهائهم تسمية القياس الخفي بالاستحسان، فإذا ذكروا في المسألة وجهين من القياس، قالوا: الوجه الأول هو القياس – ويعنون به القياس الجلي – وقالوا إن الوجه الآخر هو الاستحسان – وهو القياس الخفي– [4]

وقد صوره السرخسي بأنه : قياسان أحدهما جلي ضعيفٌ أثره، والأخر خفي قوي أثره فيسمى استحسانا، أي قياسا مستحسنا. فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الوضوح [5]، وقد مر هذا النوع للاستحسان، في ذكر أنواع الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه .

وأذكر مثالا أخر لذلك: إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع، فادعى البائع أن الثمن تسعون دينارا، وادعى المشتري أنه ثمانون دينارا، فإنهما يتحالفان استحسانا، مع أن القياس أن لا يحلف البائع؛ لأنه يدعي الزيادة البالغة عشرة دنانير، بينما المشتري ينكرها، والقاعدة:" أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "[6] .

فلا يمين على البائع، ولا وجه لتحليفه في القياس الظاهر إلحاقا لهذه المسألة بكل مسألة بين مُدعٍ ومنكر، وقد وجّه الاستحسان بأن :"البائع مُدعٍ ظاهرا بالنسبة إلى الزيادة، ومنكر

---

(1)ابن العربي، المحصول، مصدر سابق، ص 131 بتصرف .

(2)الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق، ج 3، ص 56 .

(3)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص 60 .

*القياس هو التقدير والمساواة، وفي الاصطلاح: رد الفرع إلي الأصل بعلة تجمعهما في الحكم، ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ص 198 .

(4)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1 ص 340 ، بتصرف .

(5)السرخسي، المبسوط ، مصدر سابق، ج 4 ص 145 .

(6)وهي نص حديث، أخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه ، ج3،ص 618 .

حق المشتري تسليم المبيع بعد دفع الثمانين دينارا "، والمشتري منكرٌ ظاهرا الزيادة التي ادعاها البائع، وهي العشرة، ومدعٍ حق تسليمه المبيع بعد دفع الثمانين، فكل منهما مدعٍ من جهة، ومنكر من جهة أخرى، فيتحالفان. وإدراك هذا الوجه حصل بعد التأمل، ولهذا فإن إلحاق هذه المسألة بكل واقعة بين متداعيين يكون كل منهما مدعيا ومنكرا في وقت واحد يسمونه قياسًا خفيا واستحسانا. وإذا تأملنا هذه المسألة جيدا رأينا أن تحليف المشتري دون البائع – مع أنه منكر أيضا – فيه مجانبة للعدالة، وتفريق بين المتماثلين من دون مسوغ مما يُوَلِد عند المشتري حرجا وضيقا.

ولهذا فإن هذه المسألة خارجة على أن يتناولها القياس الظاهر لكون المدعي منكرا أيضا، فلا يكون مستثنى من حكم اليمين، ولئن أخذنا بما قيل في استحسان القياس، من أن هذه المسألة هي فرد من أفراد القياس الخفي فينبغي تحليفه، فإنه سَيوجد في هذه المسألة قياسَانِ متعارضان أحدهما ظاهرٌ وآخرَهُما خفيٌ، وقد أُخِذ بالقياس الخفي لكونه أكثر تحقيقا للعدالة وأبعد عن أن يلحق بأحد المتداعيين المتساويين في الإنكار عبئا فيلزمه بما يلزم به خصمه، ويوقعه في الحرج[1].

ومسائل الاستحسان الخفي باستقرائها يتضح أنها مستثناة من حكم القياس الظاهر بسبب أن تطبيق حكمه عليها يؤدي إلى المشقة والحرج فعُدل عن حكمه إلى ما يحقق التيسير... وكذلك بعد استقراء واستعراض عدد كبير من الجزئيات الفقهية التي يمكن أن يتحقق فيما بينها وبين الجزئية المراد إخراجها من القياس الظاهر شَبَهٌ، فرجحوا هذا الشَبَه الجديد، بما ذكروه من قوة الأثر التي ترجع في حقيقتها إلى التيسير ورفع الحرج[2].

ومثال هذا الترجيح: في بيع السلم فيمن أسلم إلى رجل في ثوب موصوف، ثم اختلفا فقال ربُ السلم: شرطت طوله عشرة أذرع، وقال المسلَّمُ إليه، شرطْتَ طوله خمسة أذْرُع، أن القياس أن يتحالفا ويترادا السلم، والاستحسان أن يكون القول قول المسلم إليه وبالقياس نأخذ، فذكروا القياس والاستحسان جميعا، ثم تركوا الاستحسان وأخذوا بالقياس[3] .

---

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته، أنواعه، مرجع سابق، ص 69 – 70 .

(2)المرجع نفسه، ص 73 – 74 ، بتصرف .

(3)الجصاص، الفصول في الأصول، مصدر سابق، ج 4 ، ص 240 .

وإنما لم يوجب الاستحسان التحالف لكون الاختلاف واقعا في الذراع وهو وصْفٌ زيادته تحقق جودة في الثوب، وليس شأنه كالكيل و الوزن، وإذا كان الذراع وصفا فالاختلاف فيه اختلاف في الوصف، فلا يوجب التحالف كما هو الشأن في الاختلاف في وصف المبيع، وفي القياس الظاهر يجب التحالف لكون الاختلاف واقعا في أصل المستحق بالعقد، فالموصوف بأنه خمس في سبع غير الموصوف بأنه أربع في ست، فبهذا يتبين أن الاختلاف هنا في أصل المستحق بالعقد فأخذنا بالقياس لهذا[1].

النوع الثاني : الاستحسان بالنص .

وهو أحد أنواع الاستحسان عند الحنفية، ومعناه العدول عن حكم القياس في المسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة[2].

أو هو أن يَرِد من الشارع نص خاص في جزئية تقتضي حكما لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة[3].

والاستحسان بالنص لا عمل للمجتهد فيه؛ لأن الأحكام الثابتة بالاستحسان بالنص إنما أثبتتها النصوص نفسها، وهذا ما لا يُنكر وإنما يرجع الإنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة [4]، والمسألة اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح .

والنصوص الشرعية التي يقع بها الاستحسان لا يخرج عن أن تكون قرآنا أو سنة، وعليه سأورد التمثيل عليهما بالترتيب .

أولا: الاستحسان بالقرآن .

ومثال ذلك مشروعية الوصية بالتمليك بعد الموت، فالأصل أن الإنسان إذا مات لا يملك شيئا، وخرج المال من ملكيته إلى ملكية الورثة الشرعيين، والوصية تمليك مضاف

---

(1)محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ،أصول السرخسي، ج 2، (لا. ط، بيروت، دار المعرفة ، د.ت)ص 205 - 206.

(2)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية ، مرجع سابق ، ص152.

(3) مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي ، (مذكرة ماجستير) ، الجامعة الإسلامية العالمية ،باكستان، 1999- 2000 ، ص 68 .

(4)عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ، مرجع سابق ، ص 169.

إلى زمان زوال الملك وهو ما بعد الموت، والقياس يأبى صحة هذه الوصية قياسًا على أن الأصل في التمليك الشرعي أن لا يضاف إلى زمان زوال الملك[1].

إلا أن العدول عن ذلك استحسانا إلى صحة الوصية لورود النص الذي يدل على الصحة وهو قوله تعالي: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: 12] .

وجاء في الهداية: الوصية غير واجبة وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال ملكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال: ملكتك غدا، كان باطلا، فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيان يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك، فشرعناه... وقد نطق به الكتاب [2] ثم ذكر الآية الماضية من سورة النساء .

فالقياس المعدول عنه استحسانا بنص القرآن هو قياس الوصية على أن الأصل في التمليك الشرعي أن لا يضاف إلى زوال الملك .

ثانيا : الاستحسان بالسنة .

والنص من السنة في مثال الوصية السابق الذي عدل به استحسانا قوله ﷺ:" إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم "[3].

وأُضِيف مثالا أخر في الاستحسان بالسنة - واخترت فقه المعاملات كما هو وارد في عنوان المذكرة، وإن لم أتعرض في هذه الأمثلة لذكر خلاف الفقهاء فيها؛ لأن المقصد التمثيل - جواز الإجارة استحسانا، فالقياس يأبى جوازها؛ لأن المعقود عليه في الإجارة هو

---

(1)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة و الاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية ، مرجع سابق ، ص 153.

(2)علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدى، تحق: طلال يوسف، ج4، (لا:ط ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي،د. ت) ص 513.

(3)أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند، (475/45)، قال ابن حجر: " وإسناده ضعيف "، (أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت: 852هـ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،ج 3، ط: 1، بيروت، دار الكتب العلمية،1419هـ ، ص 200).

المنفعة، والمنفعة معدومة في الحال، إذ أن المنفعة أغراض تتجدد وتنعدم غير قابلة للعقد عليها، وإضافة التمليك إليها، ولا يمكن جعل العقد مضافا إلى زمان وجود المنفعة؛ لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع والنكاح، إلا أن العلماء عدلوا عن ذلك استحسانا إلى جواز الإجارة وصحة عقدها لورود النص الذي يدل على ذلك، وهو قوله ﷺ في ما رواه ابن عمر[1] رضي الله عنهما:" أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه "[2] .

فالأمر بإعطاء الأجر دليل صحة العقد[3]، وسند الاستحسان في هذا النص الوارد سابقا.

وجاء في الهداية: الإجارة عقد على المنافع بعوض، لأن الإجارة في اللغة بيع للمنافع، والقياس يأبى جوازها، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار، منها قوله ﷺ :" من استأجر أجيرا فليعلمه أجره "[4]، ثم قال : ولم يقتض القياس جوازها، إلا أنها جوُّزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس إليها، فكان استحسانا بالأثر[5].

النوع الثالث : الاستحسان بالإجماع .

وهو أحد أنواع الاستحسان عند الحنفية والمالكية ، وإن كان المالكية يسمونه أحيانا الاستحسان بترك مقتضى الدليل لإجماع أهل المدينة[6].

ويكون هذا بأن يفتي المجتهدون في حادثة على خلاف الأصل أو القاعدة العامة المقررة في أمثالها ، أو بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم لما يفعله الناس إذ كان ما يفعلونه

---

(1)عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، من صغار الصحابة، أسلم وهو صغير، ثم هاجر مع أبيه ولم يحتلم، استصغر يوم أحد، أول غزواته الخندق، وهو ممن بايع تحت الشجرة. روى: علما كثيرا نافعا عن: النبي ﷺ وعن: أبيه، وأبي بكر، وعثمان، وغيرهم كثير. (الذهبي، سير أعلام النبلاء، 3/ 203.)

(2)أخرجه: ابن ماجة ،محمد بن يزيد القزويني ت 273هـ ، سنن ابن ماجه. تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، (ط:1، مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت) كتاب الرهون، باب أجر الأجراء،ص 816. قال ابن حجر: " وفيه شرقي بن قطامي وهو ضعيف ومحمد بن زياد الراوي عنه"، (ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير ،ج3، ص 143).

(3)عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة ، أدلة التشريع المختلف بالاحتجاج بها ، مرجع سابق ، ص 68.

(4)أخرجه: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم ت 235هـ، المصنف. كتاب البيوع والأقضية، باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، ص366. قال ابن حجر: " وهو منقطع "، (ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير ،ج3، ص 145).

(5)محمد بن محمد البابرتي، العناية شرح الهداية ، ج 9، (لا. ط، بيروت ، دار الفكر، د.ت)، ص 58 .

(6)ابن العربي، المحصول، مصدر سابق، ص 131 .

مخالفا للأصول المقررة[1]،ومثل الإفتاء أن يسكتوا عن فعل الناس دون إنكار، استحسانا إلى جوازه[2].

ومن أمثال هذا النوع : جواز دخول الحمام من غير تعيين للأجرة ، وتقدير للماء المستهلك ، ومدة المكث فيه .والقياس يقتضي عدم جواز ذلك؛ لأن دخول الحمام إجارة، والإجارة لا بد فيها من بيان المدة، ومقدار الاستهلاك للماء، ففيها جهالتان في المعقود عليه ، وفي المدة، وكل واحدة منهما تكفي في إفساد الإجارة[3].

لكنهم عدلوا عن ذلك استحسانا إلى جوازه للإجماع الثابت على الجواز لتساهل الناس عادة في أمثال تلك الأشياء [4] .

وقد اعتبر الكثيرون هذا الاستحسان من أفراد الاستحسان بالإجماع، ويمكن أن يكون من أفراد الاستحسان بالعرف أو الحاجة أيضا، والإجماع وقع عليه لهذا السبب .[5]

هذه الأنواع الثلاثة: الاستحسان بالقرآن أو السنة أو الإجماع فأنه إذا ثبت النص، أو تحقق الإجماع في الحكم فلا يلتفت إلى الأدلة الأخرى من قياس أو استحسان، ولا داعي لجعلها من أنواع الاستحسان؛ لأن المقصود من هذا الأخير إنما هو عدول من الفقيه المستنبط، وإن القرآن والسنة والإجماع مصادر ثلاثة أساسية مقدمة في الرتبة على القياس، فلا مجال لقياس ولا استحسان إلا في ما لم يرد من الأحكام في أحد تلك المصادر الثلاثة، فإطلاق اسم الاستحسان على هذه الأنواع هو حشر للشيء في غير زمرته، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباها في تمييز الحقائق[6].

إلا إن كان المراد والغرض قطع حجة منكري الاستحسان، ودعواهم بأنه قول بالرأي والهوى دون سند ودليل .

---

(1)عبد اللطيف العلمي، المصلحة المرسلة والاستحسان ، مرجع سابق ص 155 .

(2)عبد الوهاب خلاف، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 68 .

(3)محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام ، مرجع سابق ، ص 352 .

(4)عبد العزيز بن عبد الرحمان الربيعة، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ، مرجع سابق ، صفحة 170 .

(5)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق ص 99 .

(6)مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام،ج1 (ط. 1 ، دمشق ، دار القلم ، 1418هـ/1998م) ، ص 85 ، فما بعدها – بتصرف -.

فعلماء الحنفية وغيرهم ممن أخذ بالاستحسان إنما كانوا بصدد تقرير نظرية شرعية عامة تتعلق بالفروع المستثناة من حكم نظائرها وبالأدلة التي يمكن أن تصلح سندا للاستثناء، وهذا لا يعارض أن الأحكام ثابتة بالنصوص، كما لا يبرر سلب حق العلماء في جمع المتشابهات والتوفيق فيما بينها، وإعطائها اسم نظرية ما، والاستحسان كاستحسان لم يثبت به شيء لأن الإثبات للأحكام واقع بوجوه الاستحسان لا بالاستحسان نفسه، سواء كانت تلك الوجوه نصا أو إجماعا أو مصلحة... أو غير ذلك[1] .

النوع الرابع : الاستحسان بالضرورة .

وهو من أنواع الاستحسان عند الحنفية، وبه قال المالكية كذلك، ويسمونه استحسان المصلحة ورفع الحرج وهو يعني تعذر الأخذ بالمسألة وفق الأصول العامة أو القواعد المقررة أو القياس، أو إن أُخذ بها وقع العسر، فيعدل بها عن الحكم فيها بمثل ما حكم به في نظائرها للسبب المذكور إلى حكم آخر يزول به الحرج وتندفع به المشكلة [2]... فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقا للفقهاء للأحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة[3]، ولمعرفة هذا النوع من الاستحسان أُعرّف قبل ذلك الضرورة، وحالاتها التي يتم استثنائها من القياس أو القواعد العامة وضوابط تحققها .

تعريف الضرورة :

لغة : مشتقة من الضرر وهو النازل بلا مدفع له[4] .

اصطلاحا:قيل فيها تعاريف متعددة متقاربة المعنى تفيد " أنها حالة يترتب عليها إباحة وترك ما هو مأمور" ، وإن كان استحسان الضرورة منصبا عند أغلبهم – خصوصا الحنفية – على ما يشمل الضروري والحاجى أي ما لا بد منه للحياة وما لابد منه لرفع الحرج[5].

ويبدو أنه حد قاصر لا يشمل المعنى الكامل للضرورة التي هي أن تطرأ حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر، أو أذى بالنفس أو بالعضو أو

---

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته ، أنواعه ، مرجع سابق ، ص 85 ، 86 - بتصرف - .

(2)المرجع نفسه، ص 100 بتصرف .

(3)مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج1 ص 91 .

(4)الجرجاني، الزين الشريف، التعريفات، (ط، 1، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، 1403هـ -1983م) ، ص128 .

(5)عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 74 .

بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع [1]، فالضرورة هي الحالة التي تطرأ على الإنسان، وبإغفالها تضيع مصالحه التي قصد الشارع حفظها .

أما حالات الضرورة التي يتم استثناؤها من الدليل العام أو القياس فقد أورد وهبة الزحيلي أقوالا عدة للعلماء في حالات الضرورة ثم قال: "والواقع أن للضرورة بمعناها الأعم الشامل لكل ما يستوجب التخفيف على الناس حالات كثيرة بلغ بها إلى أربعة عشر حالة، هذا وللضرورة ضوابط لابد من تحققها لمن أراد تفعيلها في الاجتهاد ، وليصح الأخذ بحكمها ولا تخطئ القواعد العامة في التحريم والإيجاب بسببها ولعلها إجمالا ما يلي:

- أن تكون الضرورة قائمة في الحال، منذرة بالهلاك والتلف .
- انعدام وسائل المباح لدفع الضرر .
- أن لا تبيح هذه الضرورة حقوق الآخرين، وأصول العقيدة .
- أن يأخذ بالضرورة أدنى حدها حالا وزمانا ومكانا .
- أن تتحقق مصلحة عامة ومرجوة بهذه الضرورة"[2] .

ومن أمثلة استحسان الضرورة :

جواز الشهادة في الأنساب والموت، والنكاح وغيرها، مما يتعلق به أحكام تبقى على انقضاء القرون، ويسع في الشهادة عنها إخبار من يثاق به وهذا استحسان _ وهو ما يسمى بالشهادة على الشهادة _ ، فالأصل العام أن لا تجوز الشهادة لأنها مشتقة من المشاهدة، وذلك لا يتحقق إلا بالعلم، والاكتفاء بالأخبار لم يحصل به العلم صار كالبيع لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة، فعدل عن هذا الأصل فيما ذكر استحسانا، وذلك لحاجة الناس واضطرارهم له .

ووجه الاستحسان أن هذه الأمور يختص بمعاينة أسبابها خواص الناس وتتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، فلو لم تقبل فيها الشهادة – استحسانا – بالتسامح أدى ذلك

---

(1)وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص 67 – 68 .

(2)المرجع نفسه، ص 68 – 72 بتصرف .

إلى الحرج وتعطيل الأحكام بخلاف البيع فإنه يسمعه كل أحد [1]، ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره من يثق به وهذا استحساناً .

النوع الخامس : الاستحسان بالمصلحة* .

وهو ما قال به الحنفية وسموه بالاستحسان بالضرورة، و قد مر في النوع الرابع وبه يقول المالكية ويسمونه استحسان المصلحة ورفع الحرج .

فالحكم الاستحساني بالمصلحة هو من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقتضي القواعد القياسية خلافه، ذلك أن نصوص الشريعة الإسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع الحرج [2]، فالعلماء متفقون على أن أحكام الله تعالى وضعت لرعاية مصالح العباد وأنها لا تخلو عن حكمة ومقصود، بل لا يوجد حكم عبثي لا مصلحة فيه...، والاستحسان بالمصلحة يعني أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج والمشقة عن الناس وتيسير معاملاتهم[3].

فالاستحسان بالمصلحة هو عدول وترك الدليل لها[4].

ومثّل الأصوليون لهذا القسم بصحة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير .

فمقتضى القياس الظاهر عدم صحة تبرعات المحجور عليه، لأن في ذلك تبديدا لأمواله، ولكن الاستحسان يقضي بجواز تبرعاته في سبيل الخير، لأن المقصود من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه، وعدم ضياعه كي لا يكون عالة على غيره، والوصية في سبيل الخير لا تعارض ذلك، لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه،

---

(1)البابرتي ، العناية شرح الهداية ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 388- 389، مصطفي ديب البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، (لا.ط، دمشق، دار الإمام البخاري، د.ت)، ص 146.

* المصلحة، واحدة مصالح وتعني المنافع وفي الاصطلاح: هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها انظر: محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة، ص 27 .

(2) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 96.

(3)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق ، ص 113 .

(4)الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 641.

فاستثنيت الوصية من ذلك الأصل العام لمصلحة تحصيل الثواب له مع عدم الإضرار به في حياته[1].

النوع السادس : الاستحسان بالعرف .

العرف في اللغة : بمعني المعرفة، أو الشيء المألوف المستحسن[2].

واصطلاحا : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول [3]، فهو الأمر التي اطمأنت إليه النفوس وتحقق في قراراته ا وألِفَته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة[4].

وبه قال الحنفية ويسمونه أحيانا الاستحسان بعمل الناس، وبه قال المالكية كذلك، ويسمونه استحسان ترك مقتضى الدليل للعرف، وربما كان المالكية هم الأكثر أخذا وإعمالا له من غيرهم... والعرف الذي يستحسن به هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع – السليمة - بالقبول[5]، والاستحسان بالعرف هو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم أخر يخالفه لجريان العرف بذلك، أو عملا بما اعتاده الناس [6]، مما لا ترده الشريعة.

ورفع الحرج في الأخذ بالأعراف بَيِّنٌ، لأن الأعراف والعادات طبائع ثابتة، وفي نزع الناس عنها خروج عن مبدأ التيسير الثابت في الشريعة .

ومثال الاستحسان بالعرف :

جاء في الهداية : وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وهذا وجه الاستحسان. وفي القياس يضمن، لأنه ما ردها إلى مالكها، بل ضيعها [7]، ووجه

---

(1)عبد اللطيف صالح فرفور، الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 77 .

(2)الفيومي، المصباح المنير، ج 2 ص 404 .

(3)على بن محمد الجرجاني، التعريفات، ص193 .

(4)إبراهيم رحماني، المدخل إلي دراسة التشريع الإسلامي،(ط،1، الوادي، مطبعة سخري، 1431هـ /2010م)، ص 198.

(5)على بن محمد الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص 193 .

(6)مصطفي ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، مرجع سابق، ص 143 .

(7)البابرتي، العناية شرح الهداية، مصدر سابق ، ج9 ، ص 17.

الاستحسان بالعرف أنه سلَّمها بما هو متعارف عليه، لأن رد العواري إلى دار المُلاك معتاد كآلة البيت، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط .

النوع السابع : الاستحسان بترك مقتضى الدليل لرفع المشقة وإيثار التوسعة.

وهو ما اعتبره المالكية ، ويعبرون عنه بالاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته رفعا للمشقة وإيثارا للتوسعة على الخلق [1]، فالجزئيات التي يتحقق بها وصف النزارة والتفاهة لقِلتها تستثنى من مقتضى الدليل أو القاعدة تيسيرا على المكلفين وتخفيفا عنهم، وهذا هو الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته.

ومثال ذلك: أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وأجازوا البيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للأخر، وأجازوا بدل الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما[2].

مع أن المقرر في ذلك هو المنع، بقوله ﷺ:"لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق إلا وزنا بوزن مثلا بمثل سواء بسواء"[3]، ولكنهم أفتوا بجواز ذلك استثناء لأن التافه التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف[4].

النوع الثامن : الاستحسان بمراعاة الخلاف .

ومن جملة أنواع الاستحسان خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب الإمام مالك تبنى عليه مسائل كثيرة [5]... فإن الله تعالى اقتضى بحكمته أن تكون فروع هذه الملة قابلة لاختلاف الأنظار، ومجالا للظنون .

فقد ثبت عند النُّظار أن النظريات لا يكمن الاتفاق فيها عادة، فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف فيها، لكن في الفروع دون الأصول، وفي الجزئيات دون الكليات، فلذلك لا يضر هذا الاختلاف[6].

---

(1)الشاطبى، الاعتصام، ج 2 ص 373 .

(2)المصدر نفسه ، ج 2 ص 373 .

(3)رواه :مسلم، الجامع الصحيح ، كتاب المساقاة، باب الربا، ج3، ص 1208.

(4)الشاطبي، الاعتصام، المصدر السابق ،ج 2 ص 373 .

(5)المصدر نفسه ج 2 ص 375 .

(6)الشاطبي، الإعتصام، مصدر سابق ، ج 2 ،ص 487.

وقبل المرور إلى التمثيل عن هذا النوع يحسُن الوقوف على معنى مراعاة الخلاف.

- تعريف مراعاة الخلاف :

لغة : مراعاة الخلاف مركب من لفظين :

مراعاة : مصدر راعى، بمعنى لاحظ، ونظر العاقبة، والخلاف: ضد الوفاق[1].

اصطلاحا: مراعاة الخلاف مركبا إضافيا صار لقبا لمفهوم خاص ومصطلح عند علماء المالكية يقصدون به إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[2].

ومراعاة الخلاف ليس هو الخروج من الخلاف، بل كلاهما قاعدة، لكن بينهما أوجه تداخل وأجه تمايز،_ ليس المقام محلا لذكرها _.

كما أن لكل منهما خصائص... ومما تتسم به قاعدة مراعاة الخلاف الأخذ بالأيسر ورفع المشقة والحرج ودفع الضرورة فيما إذا كان مآل الأفعال تترتب عليه مصالح، وذلك لأنها من جملة أنواع الاستحسان[3].

ومن هنا يتضح الرباط بين الاستحسان و مراعاة الخلاف، بأنه وجه من وجوه الاستحسان، وصورة من صُوَره وهو قولهم: "إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة الخلاف"[4].

ووجه كون مراعاة الخلاف من صور الاستحسان أنها عبارة عن عدول عن مقتضى القياس إلى حكم خاص بعد وقوع الحادثة على سبيل الاستثناء والترخص[5].

---

(1)أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، ج 1 (لا.ط، بيروت، المكتبة العلمية، د.ت)، ص 179 – 231 .

(2) الونشريسي، أبـو العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب والجامع المغرب، عن فتاوي علماء إفريقية، والأندلس والمغرب، تحق: جماعة من الأساتذة بإشراف الدكتور محمد حجي، ج 6 ، (لا.ط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1401هـ ، 1981م)، ص 388 .

(3)مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، ص 53 وما بعدها، - بتصرف - .

(4)الشاطبي، الإعتصام، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 375 .

(5)مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص 74 .

فيكون تعريفه: "هو العمل بلازم مدلول المخالف بعد وقوع الفعل دفعا للمفسدة".

فالمدلول:هو الحكم المستفاد من الدليل الشرعي، ولازم المدلول: هو الأثر المترتب عن ذلك الحكم[1].

ومثال الاستحسان بمراعاة الخلاف :

قررت السنة أن المرأة لا تزوج المرأة، ولا تزوج نفسها، وإن وقع بهذه الكيفية فالزواج باطل لحديث أبي هريرة ﷺأنه ﷺ قال:" لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها "[2] وأيضا من حديث عائشة[3] رضي الله عنها قالت :"أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل – ثلاث مرات – فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"[4] .

فحُكِم أولا ببطلان العقد، وأكد البطلان بالتكرار ثلاثاً، وسماه زنا، ولم يعتبره عقدا جملة، ثم عقب بما يقتضي اعتباره بعد الوقوع بقوله:"ولها مهرها بما أصاب منها"[5].

ووجه الاستحسان بمراعاة الخلاف: أن القائل به يعمل أولا بمقتضى دليله أمرا أو نهيا، فإذا وقعت النازلة اعتبر دليل المخالف استحسانا. فالاستحسان بمراعاة الخلاف هو العمل بالدليل ابتداء، وبدليل المخالف بعد وقوع النازلة، فمراعاة الخلاف إذن يكون بعد الوقوع،

---

(1)يمينه ساعد بو سعادي، مقاصد الشريعة وأثرها، مرجع سابق، ص 220 .

(2)أخرجه: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد، ت 275هـ ، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بِوَلِي، ص 606.

(3)عائشة أم المؤمنين، بنت أبي بكر الصديق،ولدت بعد البعثة بأربع سنين، او خمس، ما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم بكرا غيرها، وهي المطهرة نزلت براءتها في القرآن، كانت تكنى بأم عبد الله، عرفت بمذهب في الفقه كان مرجعا للصحابة والتابعين، وهي صاحبة الجمل، توفيت في رمضان سنة 58هـ، ودفنت بالبقيع ،(ابن حجر العسقلاني، الإصابة ، 4 / 248) .

(4)أخرجه: أحمد بن حنبل، ت 241هـ، المسند، مصدر سابق، ج40، ص 435، والترمذي، ت279هـ، سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، مصدر سابق، ج3، ص 399، وقال: «هذا حديث حسن» .

(5)الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق، ج 2 ، ص 338 .

ويعد استثناء مما يقتضيه دليل المذهب الراجح عندهم، والتيسير فيه واضح [1]... فَتَسْويغُ أمرٍ بسبب وجود مذهب آخر يقول به هو أكثر يسرا وسهولة للفرد من أن يلتزم بوجه واحد من القول، فالاستحسان بمراعاة الخلاف يزيل قلق الإنسان وتشككه في الخروج من العهدة، وإزالة القلق رفعٌ واضحٌ للحرج[2].

هذه أهم أنواع الاستحسان عند القائلين به، يربطها ببعضها مقصد التيسير والتخفيف ورفع الحرج، وتعود في حقيقتها إلى نوعين – عموما – هما الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة، لأن ما ثبت حكمه استحسانا بالنص أو بالإجماع والذي هو الآخر ينتهي دائما إلى النصوص هو من استحسان الشارع الذي لا يكون الحكم فيه مضافا إلى عمل الفقيه، بل إلى نص المشرع نفسه، لأن الاستحسان المقصود إنما هو من الفقيه المستنبِط عن حكم القياس لفقدان النص التشريعي .

ولعَّل الإكثار من سرد الأنواع من الاستحسان هو رغبة القائلين به لإفهام معارضيهم أن الاستحسان ليس قولا بالرأي والهوى المجرد عن الدليل الشرعي والسند من نص أو إجماع أو قياس[3].

بعد العرض الماضي لأنواع الاستحسان على حسب رأي القائلين بها، فما مدى تعدى الحكم المستحسن إلى واقعةٍ أُخرى وآراء العلماء في ذلك؟ .

إن مما قرره علماء الحنفية أن الحكم الثابت للاستحسان الذي سنده قياس خفي يصح أن يتعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى؛ لأن حكم القياس الشرعي التعدية، أما أنواع الاستحسان الأخرى فلا يتعدى الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص أو العرف أو الضرورة، بل يقتصر على محله؛ لأنه معدول بها عن سنن القياس، ومن شرط حكم الأصل أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس[4].

ومثال ذلك أن البائع والمشتري إذا اختلفا قبل قبض الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه، ولا يجب على البائع يمينا قياسا، لأن البائع يدعي عليه زيادة في حقه وهو الثمن،

---

(1)الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق، ج 2، ص 338 .

(2)المصدر نفسه، ج 2 ص 126 .

(3)مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1 ص 94 – 95 .

(4)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، مرجع سابق، ج 1 ص 352 .

والمشتري منكر، واليمين بالشرع بجانب المُنْكِر، فكان القياس أن يُسَلَم المبيع إلى المشتري ويأخذ منه ما أقر به، ويحلف المشتري على الباقي، ولا يحلف البائع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا، وإنما المدعي هو البائع ولكن الاستحسان يتحالفان، وسند الاستحسان القياس الخفي، وهذا الحكم بالاستحسان الذي سنده قياس خفي في هذه المسألة يتعدى من البائع والمشتري إلى ورثتهما، ويتعدى أيضا من البيع إلى الإجارة، هذا ما قرره علماء الحنفية في كتبهم ، وخالفهم في الرأي من المعاصرين عبد الوهاب خلاف، إذ يقول: إن الحكم الثابت بالاستحسان إذا كان سنده النص وعُقِلت علته فإنه يصح أن يُعَدَى إلى ما تحققت فيه تلك العلة من الوقائع[1] .

المطلب الثالث : تباين الاستحسان عن البدع .

ذكرت أن الاستحسان تحكمه ضوابط شرعية، تنظم عمل المجتهد، وتصد أرباب الهوى والتشهي أن يقولوا ما ليس بحق، وله أنواع صيغت بناء على سند الحكم المستحسَن والعدول به عن نظائره، وبكليهما تنكشف صلة الاستحسان بالبدع من عدمها .

وهذا يسوق إلى الوقوف على معرفة مفهوم البدعة أولا .

تعريفها لغة :

أصل مادة (ب د ع) الاختراع على غير مثال سابق، قال تعالى: ﴿ **بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ** ﴾ [الأنعام: 101]أي مخترعها من غير مثال سابق .

وقال تعالى : ﴿ **قُلۡ مَا كُنتُ بِدۡعٗا مِّنَ ٱلرُّسُلِ** ﴾ [الأحقاف: 9] أي ما أنا بأول من جاء بالوحي والتشريع، بل قبلي رسل أنا على هداهم، ويقال فلان بدع في هذا الأمر أي هو أول من فعل[2].

(1)عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، مرجع سابق، ص 76، بتصرف.

(2) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، مادة (أبدع)، ج1 ،ص 38 .

وتعريفها اصطلاحا :

أورد لها الشاطبي تعريفين هما[1] :

1 -طريقة في الدين مخترعة، تضاهي الشرعية، يقصد بالسلوك عليها المبالغة في التعبد لله تعالى .

2 -طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشرعية، يقصد بالسلوك عليها ما يقصد بالطريقة الشرعية.

فالأول خاص بالأمور الدينية كالعبادات، والتعريف الثاني قد يشمل بعض الأمور المتعلقة بمصالح الناس... والبدع كلها مردودة ليس منها شيء مقبولا وكلها قبيحة ليس فيها حسن، وكلها ضلال ليس فيها هدى، وكلها أوزار ليس فيها أجر، وكلها باطل ليس فيها حق[2]، يردها قول النبي ﷺ:"كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد"[3] .

علاقة الاستحسان بالبدعة :

البدعة لا تعتمد على أصل شرعي من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، والاستحسان قد مر أنه عدول عن حكم في مسألة لوجه هو أقوى ، وهذا الوجه هو سند الاستحسان.

ومن هذا يتضح الفرق بينهما من الاستثنا ء، فالبدعة أمر مخترع لا دليل عليه ، بينما الاستحسان يعتمد الحكم فيه على دليل ومستند شرعي فافترقا، ومن هنا يمكن القول بأن البدعة لا مجال لها في الاستحسان، أما من أنكر الاستحسان ورعًا حتى لا يترك مجالا للمبتدعين فإنه بعد هذه المقارنة يمكن له التمييز بين الاستحسا ن المقبول والبدعة المردودة، وأنهما لا يجتمعان أبدا بأي حال من الأحوال[4].

---

(1)الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق، ج 1 ،ص 8 .

(2)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، وحجيته، دراسة تطبيقية معاصرة، مرجع سابق، ج 1 ص 396 .

(3)أخرجه البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ج 3 ، ص 184، ومسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، ج 3 ،ص 1343 .

(4)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، وحجيته، دراسة تطبيقية معاصرة مرجع سابق، ج 1 ص 396 .

ولا مقارنة بينهما، والفرق كبير جدا، فالبدعة أمر مخترع يوجده الإنسان من ذات نفسه على غير مثال سابق ولا مستند له من الشرع، لأنه لو كان له مستند لم يكن بدعة، وهذا يخالف الاستحسان لأنه لا يكون من غير سند[1].

المبحث الثاني: الأثر الفقهي للاستحسان - المعاملات نموذجا -*

أدركنا أن الاستحسان إذا ما استند إلى وجه شرعي فهو حجة، ثم إنه بأنواعه وصلاته بباقي الأدلة يعالج الغلو، ويدفع الحرج والمشقة، الذي هو قصد الشارع ابتداء مراعاة لمصالح العباد الدنيوية و الأخروية، وهذا المنهج أجد الصحابة أنفسهم والتابعين لهم، وأئمة المذاهب السُنية والأمة جمعاء اقتدوا بطريقة الشارع في ذلك، تطبيقا لمبدأ التيسير والتخفيف ورفع الحرج في كل ما هو مستجد محتاج إلى إثبات حكمه، ولقد كان لدليل الاستحسان قدم السبق ماضيا وحاضرا - إن لم أقل واستشرافا لنوازل المستقبل - في العدول بالأحكام وفق روح الكمال والتيسير الذي ميزت به الشريعة .

وهذه التوطئة تجمع فكرة مطالب ثلاثة لهذا المبحث هي كالآتي :

1 -أثر الاستحسان في فقه المعاملات عند الصحابة .

2 -أثر الاستحسان في فقه المعاملات عند القائلين به .

3 -أثر الاستحسان في تغيير الفتوى وفي المعاملات المعاصرة .

المطلب الأول: أثر الاستحسان في فقه المعاملات عند الصحابة .

لقد كان في واقع الصحابة الذي لم يبعد على زمان التشريع ونزول الوحي مستجدات ونوازل على ما يوافق حالهم كنوازل ومستجدات كل واقع بعدهم، وأُثِرَ عليهم أنهم حكَّموا الاستحسان في شؤون معاملاتهم وإن كان إطلاق لفظ الاستحسان واستخدامهم له بالمعنى الأصولي لم يرد عنهم ولا عن التابعيين من بعدهم [2]، لكن لم يكونوا جامدين عند النصوص

---

(1)محمد آشر رسول، دليل الاستحسان، وحجيته، دراسة تطبيقية معاصرة مرجع سابق، ج 1 ص 396 .

* يعبر أكثر الفقهاء بلفظ الأنموذج، والأصح: النموذج وهو لفظ معرب، أما التعبير الأول – الأنموذج – فهو لحن شائع ، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (ط،4، دمشق، دار الفكر، 1418هـ /1997م) هامش ج5، ص 3591 .

(2)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص 47 .

لا يحيدون عنها قيد أنملة... فاجتهدوا فيها وفق ما يحقق المصلحة لهم، الأمر الذي جعلهم يتطورون تطورا سريعا في وقت وجيز دون أن يبتعدوا عن شريعة الإسلام وتعاليمه[1].

وهذه نماذج عن فقهم الاستحساني في بعض المعاملات :

1 -**قضاء عمر رضي الله عنه في أرض السواد*:**

كان لعمر رضي الله عنه رأي لما افتتحت في عهده أرض السواد من العراق والشام، ولم يستجب لمخالفيه في الرأي الذين سألوه أن يقسم الأرض على الفاتحين كما تقسم بينهم غنيمة العسكر، فأبى عمر ذلك عليهم مع أن القياس جواز ذلك، لكنه ترك وعدل عن القياس لما في تركه من مصلحة عامة مؤبدة، وأجَّر أرض السواد بأجرة مؤبدة مجهولة المقدار [2]، وكان مستند استحسانه ورأيه هذا آيات سورة الحشر:

قال تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ [الحشر: 07].

و قال تعالى : ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ...﴾ [الحشر: 08]

وقال تعالى أيضا : ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ...﴾ [الحشر: 09]

وقال أيضا : ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ...﴾ [الحشر:10]

قال عمر رضي الله عنه :" قد أشرك الله تعالى الذين يأتون من بعدكم في هذا الفيء ، فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء، ولئن بقيت ليبلغن الراعي بصنعاء نصيبه من الفيء ودمه في وجهه"[3] .

---

(1)يمينه ساعد بو سعادي، مقاصد الشريعة وأثرها ، مرجع سابق ، ص67 .

* السواد: أرض الجزيرة بالعراق سمي سوادا لأنه أرضُ زَرع تظللها الشجر والزروع فتبدوا سوداء على خلاف الأرض البيضاء ، فهي أرض قاحلة لا نبات فيها، (شهاب الدين بن عبد الله الحموي ، معجم البلدان ، ج 3 ، ط : 2 ، بيروت ، دار صادر ، 1995م ، ص 273 .)

(2)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص 46 بتصرف .

(3)أبو يوسف، الخراج، تحق: طه عبد الرءوف سعد،(لا.ط، لا.م، المكتبة الأزهرية للتراث، د.ت)،ص 34 .

فهو قد ترك حكم القياس لأرض الشام على قسمة رسول الله ﷺلخيبر وجعلها تأجيرا من وجه ، وموقوفة للمسلمين من وجه أخر[1].

وقد عبر الفقهاء عن حكم الإسلام فيها بأنها تصير وقفا للمسلمين يضرب عليها خراج معلوم يأخذ منها في كل عام، يكون أجرة لها، وتقر في أيدي أربابها ماداموا يؤدون خراجها، سواء كانوا مسلمين أم من أهل الذمة[2].

2- ترك قطع يد من قطعت يده ورجله .

قال صاحب الهداية [3]، ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم، فإن سرق ثانية قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهو استحسان... ووجهه قول علي[4] رضي الله عنه إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها، ورجلا يمشي عليها، بهذا حاجَّ بقية الصحابة فانعقد إجماعا، فيمكن اعتباره ترك القياس لقول الصحابي[5]: وهو نوع للاستحسان أو كونه استحسانا بالإجماع .

فعدم القطع إخراج لهذه السرقة عن أن يتناولها حكم أمثالها من السرقات ... والذي يعنينا هو حكم الإمام علي الذي أخذ به الأحناف والذي رُوعيت فيه مصلحة الحاجة الخاصة

3- المسألة المشتركة في الفرائض .

من الأمثلة التي يبرز فيها غلو اطراد القياس الظاهر وجُوره، واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان: القضية المعروفة باسم المسألة المشتركة في الفرائض. وصورتها: أنْ تموت امرأة عن زوج وأم وأخوين لأم وأخوين شقيقين .

---

(1)أبو عبيد، القاسم بن سلام ، كتاب الأموال، تحق: خليل محمد هراس، (لا.ط، بيروت ، دار الفكر، د.ت)، ص 55 بتصرف .

(2)يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها على ضوء القرآن والسنة، ج1، (ط،18، لا.م، مؤسسة الرسالة، 1409 / 1988 م)، ص407 .

(3)علي بن أبى بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، مصدر سابق ، ج4 ص 347 .

(4)علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، الهاشمي القرشي أبو الحسن، ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل البعثة بعشر سنين، أول الغلمان إسلاما، شهد كل المشاهد إلا تبوك، خلف رسول الله ﷺفي مرقده ليلة الهجرة، من المقربين من رسول الله وزوج ابنته فاطمة وخليفة المسلمين الرابع، قتل ليلة17 رمضان سنة 40 هـ(ابن حجر العسقلاني، الإصابة ، 2 /502).

(5)مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المخلف فيها، مرجع سابق، ص 143 .

فالزوج و الأم و الإخوة لأم هم من أصحاب الفرائض المحددة، أما الإخوة الأشقاء فهم من العصبات، والقاعدة في الميراث تقول: أن العصبات يأخذون مازاد عن أصحاب الفرائض، وعليه فبمقتضى هذه القاعدة يكون التقسيم في هذه الحادثة أن يرث الإخوة لأم ولا يرث الأشقاء ، لأن الفريضة الإرثية للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة لأم الثلث وعليه فلا يبقي شيء للأخوة الأشقاء وهم العصبات، وهذا أدى إلى مشكلة طرحت بين يدي الصحابة عليهم رضوان الله تعالى في حضرة أميرهم عمر ﷺ إذ كيف يرث الإخوة لأم ويحرم الأشقاء وفيها ذهب الصحابة إلى رأيين، ثم استقر رأي عمر ﷺ وفريق آخر من الصحابة رضي الله عنهم إلى إشراك الأشقاء مع الإخوة لأم في نصيبهم بالثلث استحسانا باعتبار أن الجميع أولاد أم واحدة، فالأشقاء يشاركونهم في سبب الإرث من جهة الأم، وبذلك سنَّ عمرﷺ سنة الاستحسان المقيم للعدالة و الدافع للحرج[1].

المطلب الثاني : الأثر الفقهي للاستحسان عند القائلين به - المعاملات نموذجا -

لم يرد استخدام الاستحسان في الدلالة على المعنى الأصولي إلا في مطلع القرن الثاني هجري[2]، ومن أوائل المعبرين به إياس ابن معاوية (ت 120 هـ)[3] ، في قوله :" قيسوا للقضاء ما صلح للناس ، فإذا فسدوا فاستحسنو ا "[4]، ثم تردد على ألسنة الفقهاء والعلماء، حتى بدا تصورهم للاستحسان واسعا .

فأبو حنيفة كان نافذ البصر و كان أصحابه يناظرونه في المقاييس فينتصفون منه حتى إذا قال استحسن لم يلحقه أحد منهم بكثرة ما يورد في الاستحسان من المسائل [5]، فقد أدرك المقاصد المصلحية للشريعة الإسلامية معبرا عنها بكثير من تعليلاته، لا سيما في باب الاستحسان الذي كان المجال الأوسع و الأرحب لمناقشاته واستدلالاته، والاستحسان في نظر

(1)مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، ج 1،ص97 .

(2)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته أنواعه، مرجع سابق ، ص47.

(3)إياس بن معاوية أبو واثلة المزني،رَوَى عَن: أَنَس بْن مالك، وسَعِيد بن حبير، وسَعِيد بْن المُسَيَّب، وغيرهم، كان يضرب به المثل في الذكاء، والدهاء، والسؤدد، والعقل. وكَانَ قاضيا على البصرة توفي: سنة إحدى وعشرين ومائة، كهلا (الذهبي، سير أعلام النبلاء5 /155) .

(4)أبو يعلى الفراء، العدة في أصول الفقه، تحق: أحمد بن علي بن سير المباركي ، ج5، (ط،2، لا،م، لا،ن، 1410 هـ - 1990م) ص 1606 .

(5)محمد أبو زهرة، أبو حنيفة ،(لا،ط، مصر، دار الثقافة العربية للطباعة، 1947م)، ص 342 .

الإمام مالك، هو ذاته الحرص في جلب المصلحة ودرء المفسدة ...، لذا أجد علماء المالكية يأتون بأمثلة للاستحسان وملحظهم في ذلك اعتبار إخراجها عن عموم الدليل، ويعتبر فقه الإمام أحمد أغنى فقه قائم على اعتبار المصالح بعد المالكية [1]، ثم اقتفى تلاميذهم ومن تبعهم الأثر في اعتبار الاستحسان كأحد أصول تخريج الأحكام مما ترك أثرا في الفقه الإسلامي الواسع، ولأقف في هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: التعريف بفقه المعاملات .

ما إن مضى عصر الصحابة وجاء بعدهم عصر التابعين وتابعيهم، ثم الأئمة أصحاب المذاهب المقلدة وأتباعهم، وكانوا هؤلاء كسلفهم ورثة وأمناء لشرع الله وحفظ حدوده، وإن اختلفت وتنوعت مشارب تلقيهم وبيئة تكوينهم وظروف زمانهم لكن كان المقصد واحدا وهو إصابة الحق أنى كان، وميز هذه الحقبة إعمال الرأي، وتعليل الأحكام، وكان أقرب الموضوعات الفقهية عند هؤلاء الأئمة وفقههم وأصولهم مسائل الاستحسان الذي عبروا عنه بما خالف القياس [2]، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات، وكان للمعاملات وفقهها المجال الأفسح في تطبيق الاستحسان وأثره فيها، وهذا يسوق إلى معرفة حقيقة فقه المعاملات، مع فهم خصائصه في الإسلام .

تعريف مصطلح فقه المعاملات :

هذا المصطلح الفقهي مركب من كلمتي فقه ومعاملات، وسأُعرفهما لغة واصطلاحا.

1- تعريف الفقه :

الفقه في اللغة : هو الفهم للشيء[3]، وقد ورد بهذا المعنى في قوله تعالى حكاية على قوم شعيب : ﴿ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ ﴾ [هود: 91] .

والفقه اصطلاحا : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية[4].

---

(1)يمينه ساعد بو سعادي، مقاصد الشريعة وأثرها في الجمع والترجيح بين النصوص، مرجع سابق، ص47 إلى 85 بتصرف .

(2)محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 341 بتصرف.

(3)الفيومي ، المصباح المنير،مصدر سابق، ج 1، ص656، (مادة فقه) .

(4)الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، ج1 ،ص23 .

2- تعريف المعاملات :

المعاملات لغة :هي جمع معاملة،وهي مأخوذة من عاملتُ الرجل أُعامله معاملة[1].

والمعاملات اصطلاحا: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا - المعاوضات المالية، المناكحات، المخاصمات، الأمانات والتركات - وخصها البعض بالتعامل المالي .

فالمعاملات إذاً: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال[2]، وهي محك يختبر به دين المسلم وورعه ووقوفه عند حدود الله، ففقه المعاملات هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المنظمة لتعامل الناس في الأموال.

وفقه المعاملات يتفق مع فروع الفقه الأخرى، من حيث المصدر الرباني المتمثل في القرآن والسنة، إلا أنه فقه يقوم في تشريعه على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية، ولم يوغل في التفصيلات ليترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور التي يستحدثها الناس، فالأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة، إلا ما حظره النص، وهو مبني على مراعاة العلل والمصالح؛ لأن غالبية المعاملات غير تعبدية، ثم من خصائصها الجمع بين الثبات والمرونة[3].

الفرع الثاني : نماذج على اثر الاستحسان في فقه المعاملات .

لقد مر أن الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه أنواع متعددة عند القائلين به على حسب اختلافهم في ضبط تلك الأنواع، وهذه أمثلة تطبيقية للاستحسان في فقه المعاملات وفق هذه الأنواع .

أولا: أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالنص في فقه المعاملات .

ذكرت في تحقيق القول بالاستحسان مسلَّمَاتٍ هي محل اتفاق بين العلماء منها:

أن لا نزاع في أن الأحكام الثابتة بالاستحسان بالنص إنما أثبتتها النصوص نفسها...، لكن الأخذ بالاستحسان بالنص يعتبر تقريرَ نظرية شرعية عامة تتعلق بالفروع المستثناة من

---

(1)ابن منظور، لسان العرب،مصدر سابق، ج 11، ص 476 .

(2)محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في فقه الإسلامي، (ط:6، عمان، الأردن، دار النفائس ، 1427هـ / 2007م) ص 17 .

(3)المرجع نفسه، ص 18 إلى 22 بتصرف .

حكم نظائرها، وبالأدلة التي يمكن أن تصلح سندا للاستثناء، وهذا لا يعارض الأحكام الثابتة بالنصوص[1].

والنصوص الشرعية التي يقع بها الاستحسان إما قرآنا أو سنة، وهي الموقف في الأمثلة الآتية:

1- البيع بشرط لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم له، أو فيه منفعة لأحد المتعاقدين .

لا شك أن كل طرف في عقد البيع – البائع أو المشتري – يحاول أن يحقق لنفسه صفقة رابحة، مع ضمان حقه، وتحقق غايته من العقد، فيتجه كل طرف إلى إضافة شروطه الخاصة به عند إنشاء العقد[2].

وهذه الشروط الأصل فيها المنع عند الجمهور بدليل حديث عمرو بن شعيب [3]، عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط[4].

وفي رواية:" لا يحل سلف و بيع، ولا شرطان في بيع " [5]، والشرط والشرطان سواء عند أكثر العلماء [6]، إلا ما استثناه الكتاب والسنة بدليل قوله ﷺ:" ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مئة

(1)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته أنواعه، مرجع سابق، ص 85 .

(2)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية، مرجع سابق، ص 54 .

(3)عمرو بن شعيب بن محمد السهمي، الإمام، المحدث، أبو إبراهيم، وأبو عبد الله القرشي، السهمي، الحجازي، فقيه أهل الطائف ومحدثهم ،ابن صاحب رسول الله ﷺعبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل. وكان يتردد كثيرا إلى مكة، وينشر العلم، وله مال بالطائف.وأمه: حبيبة بنت مرة الجمحية ، حدث عن: أبيه - فأكثر، قال الذهبي : " ولم نعلم متى توفي، فلعله مات بعد الثمانين، في دولة عبد الملك"(الذهبي، سير أعلام النبلاء 5 / 165) .

(4)أخرجه: الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب، ت 360هـ، المعجم الأوسط ، تحق: طارق بن عوض الله بن محمد ج4 (لا.ط، القاهرة، دار الحرمين 1415هـ)ص335، قال الهيثمي: " وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال "، مجمع الزوائد،ج4، ص 85.

(5) أخرجه: أحمد، المسند، مصدر سابق، ج11، ص 253، الترمذي، مصدر سابق، ج3، ص 527 ،وقال: " هذا حديث حسن صحيح ".

(6)الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مدونه الفقه المالكي وأدلته ، ج 3 ، (ط.1، بيروت – لبنان، دار إبن حزم، 1429هـ، 2008م) ص 437 .

مرة، شرط الله أحق وأوثق" [1]، وهذه الشروط المستثناة بالكتاب هي شرط أداء الثمن وقت اليسر بدليل قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: 280]

أو شرط تأخير الثمن إلى أجل بدليل قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة: 282]، أو اشتراط الرهن في البيع لدليل قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: 283]، أو شرط صفة في المبيع على تراض لدليل قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[النساء: 29] .

ومن السنة ذكر ﷺ اشتراط المشتري أخذ ثمر النخل المؤبر (الملقح)؛ لأن الأصل أن ثمرتها من نصيب البائع، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:" من ابتاع نخلا بعد أن تأبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع "[2] .

وذكر ﷺ خيار الشرط في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: ذكر رجل للنبي ﷺ أنه يُخْدَع في البيوع فقال :"إذا بايعت فقل لا خلابة"[3]، وذكر ﷺ كذلك اشتراط المشتري ما هو تابع للمباع كعبد له مال بدليل قوله ﷺ في حديث ابن عمر السابق، فهذه الشروط التي ورد النص بها هي ما يعرف باستحسان النص عند الحنفية - وإن قال غيرهم هو استثناء

(1)رواه الشيخان: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، ج 3، ص 71، ومسلم ، الجامع الصحيح، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ص 1141.

(2)رواه الشيخان : البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب إذا باع نخلا قد أبرت ولم يشترط الثمرة، ج 3 ،ص 189، ومسلم ، الجامع الصحيح، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر، ج 3 ، ص 1172 .

(3)رواه الشيخان : البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ج 3 ،ص65، ومسلم، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، ج3 ، ص1165 .

ثبت ابتداء – هي استثناءات واردة على أصل حَظَر الشروط في عقد البيع [1]، فالنتيجة واحدة .

2- البيع باشتراط البائع على المشتري أن يعطيه بدل الثمن المؤجل رهنا .

الحنفية يقولون هذا شرط لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم له لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى، مؤكدا إياه [2]، وهم يجيزونه استثناء من عموم النهي بالنص عن بيع وشرط بسبب ملائمته لعقد البيع، ولأن فيه توثيقا بالثمن، وتحقيقا للموازنة بين البائع والمشترى، وهنا يبرز الاستحسان[3] .

3- اشتراط البائع على المشتري كفيلا بالثمن .

وهي مسألة شبيهة بما مضى، وإن اختلفوا في شرط حضور الكفيل من عدمه – ومهما كان الأمر – فالمقصود من الكفيل كالمقصود من الرهن، وهو كذلك ملائم للعقد .

فمن كلام المالكية قولهم: "كشرطِ رهن وحميل وأجل" [4] أي أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور، وعند الحنفية يقول ابن الهمام (ت 861 هـ) [5] "وشرط الحوالة كالكفالة" [6].

فلو باع التاجر واشترط عليه المشتري أن يحيله على غيره بالثمن فسد البيع قياسا – على منع بيع وشرط – وجاز استحسانا لأنه شرط ملائم للعقد، إذ الحوالة عادة تكون على الأملإ والأحسن قضاء فيكون في هذا الشرط تعجيل اقتضاء البائع للثمن.

---

(1)حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع، مرجع سابق، ص 56 – 57، بتصرف .

(2)أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج 5، (ط.2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405هـ) ص 173 .

(3)حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع، مرجع سابق ، ص 76 – 77، بتصرف .

(4)محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3 ،(لا.ط، لا.م، دار الفكر،د.ت)ص 67.

(5)ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام: إمام، من علماء الحنفية.عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق، أصله من سيواس ، ولد بالإسكندرية، ونبغ في القاهرة ، وأقام بحلب مدة، وجاور الحرمين ، ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر ، وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة ، توفي بالقاهرة سنة 861هـ، من كتبه: فتح القدير في شرح الهداية، التحرير في أصول الفقه، المسايرة في العقائد المنجية في الآخرة،(الزركلي، الأعلام 6 / 255) .

(6)محمد بن الواحد، ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية ، ج 6 ، (لا.ط، لا.م، دار الفكر، د.ت) ص443 .

أما لو باع على أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشتري فسد البيع قياسا على منع بيع وشرط، وفسد استحسانا لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبائع لأنه يدفع – عن نفسه – مطالبة غريمه له، ويسلطه على المشتري [1]، فمما يقع أحيانا من الشروط بين المشتري والبائع، كالبيع بثمنٍ مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلا أو رهنا فإذا كان الرهن والكفيل مجهولين فسد البيع، أما إن كانا معلومين بالإشارة أو التسمية فالقياس: ألا يجوز البيع لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد فسد في الأصل، وفى الاستحسان: يجوز، وهو الصحيح عند جمهور الحنفية؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى؛ لأن الرهن والكفالة شرعا توثيقا للثمن[2] .

4- البيع بشرط الخيار .

إن من يسر وسماحة الشريعة التي تعبدنا الله بها أن جعل العقود تخضع للزوم وعدمه، وفقا لتحقيق مصالح العباد، وإن كان الأصل في عقد البيع إذا تمت أركانه لزم، لكن لاختلاف الناس ومؤهلاتهم، ولاحتياج بعضهم إلى استشارة أهل الخبرة والاختصاص، ولِما قد يكون في المبيع من عيوب أو غبن، ولإبعاد الناس عن الضيق والحرج أُعطيت للمتعاقديْن خيارات كان من أدلة جوازها الاستحسان[3].

نورد منها ما يلي:

أ -**البيع بخيار الشرط:** ويسمى خيار التروي ، وهو ما يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما عند العقد لينظر هل يمضي في البيع أو يتركه وذلك خلال مدة معلومة لا يجوز تجاوزها [4].

وصورته: أن يقول المشتري للبائع، اشتريت منك هذه السلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام، فيقبل البائع .

---

(1)محمد أمين بن عمر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج4 ،(لا.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت) ص 294 .

(2)وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج5 مرجع سابق ،ص 3467 -3468 .

(3)حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع، مرجع سابق، ص 92 بتصرف:

(4)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3 ، ص308 .

أو يقول البائع للمشتري : بعتك هذه السلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام، فيقبل المشتري، أو يشترطاه - يعني الخيار- جميعا[1] .

و بمشروعيته - شرط الخيار - يقول الجمهور على الرغم من أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد ، إذ الأصل أنه يدخل في عقود الغرر المنهي عنها، للتردد فيه وعدم الجزم بما يؤول إليه الحال من إمضاء البيع أو تركه ، وإنما جوزه الشرع لحاجة الناس إليه[2].

لكن افترق الفقهاء في سند جواز خيار الشرط في البيع ، فالجمهور غير الحنفية قالوا سنده النص الوارد عن رسول الله ﷺ من حديث ابن عمر" أن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر أو يكون بيع خيار "[3] .

والحنفية نصوا على أن هذا الشرط جائز استحسانا، ووجه الاستحسان النص الوارد سابقا، وهذا حسب منهجهم إذ جعلوا حديث النهي عن بيع وشرط أصلا وعمموا علته، حتى إذا اصطدمت هذه العلة وهذا التعميم مع نص آخر ظهر فساد هذه العلة في الصورة التي ورد بها النص فعدلوا عن أصلهم وتعميمهم واستثنوا الصورة التي ورد بها النص من ذاك العموم وسموا هذا الاستثناء استحسانا ، مشيرين بذلك إلى أن هذه الصورة خارجة عن الأصل والقياس[4].

ب -مدة خيار الشرط :

قال الجمهور بجواز اشتراط الخيار لمدة ثلاثة أيام فما دونها مستدلين بحديث ابن عمر أنه قال : سمعت رجلا من الأنصار – وكانت بلسانه لوثة – يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه يغبن في البيع فقال له ﷺ :" إذا بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فأردد "[5].

---

(1)حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص93 .

(2)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3 ، ص309 .

(3)رواه الشيخان : البخاري، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع، كم يجوز الخيار، ج 3، ص64. ومسلم، الجامع الصحيح ، كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج3، ص1163 .

(4)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 24 .

(5)أخرجه: البيهقي، أحمد بن الحسين ت 458هـ، سنن البيهقي الكبري تحق: محمد عبد القادر عطا، ج 5 (لا.ط، مكة المكرمة، دار الباز، 1994م) ص273، كتاب البيوع، باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، قال الزيلعي :"والحديث ضعيف" (الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص6 .)

واختلفوا في زيادة المدة على ثلاثة أيام، فغير الحنفية جوزوا الزيادة عن ثلاث وقالوا التحديد بالثلاث في هذا الحديث ونحوه خرج مخرج الغالب فلا يدل على منع الزيادة على الثلاثة عند الحاجة[1].

غير أن الحنفية قالوا القياس يقضي بفساد هذا الشرط – أي الخيار ثلاثا – لأنه مخالف لمقتضى العقد، وهو اللزوم، إلا أنه أجيز استحسانا لورود النص به على خلاف القياس ، فوجب الاقتصار على المدة المذكورة في النص ، وما جاوزها وجب أن يضل على القياس وهو الفساد [2].

وقال ابن قدامة في المغني، فإن قال: بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا، فالبيع صحيح نُص عليه[3].

والحكم إذا ورد على خلاف النص اقتصر به على أقصى ما ورد فيه، وعليه لم يجز الزيادة على ثلاثة أيام. لكن عند التمحيص والمناقشة يترجح قول غير الحنفية في جواز الزيادة عن ثلاثة أيام[4].

ج- شرط الخيار لأجنبي عن العقد :

اتفق الفقهاء على صحة خيار الشرط إذا اشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما، لكن إذا كان شرط الخيار لأجنبي على العقد ففي المسألة رأيين، رأي بعدم الجواز ورأي بالجواز، وهذا الأخير هو قول الجمهور: الحنفية والمالكية والحنابلة .

ومن استدلالاتهم على ذلك الاستحسان، وبيانه: أن النص معلل بالحاجة إلى التأمل لدفع الغبن، والناس يتفاوتون في بصارتهم في السلع، فإذا علم الإنسان من نفسه قصورا في الرأي والتدبير وأنه لن ينتفع بالخيار إن اشترطه لنفسه صارت حاجته داعية إلى اشتراطه

(1)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، ص 312 .

(2)الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص 174 .

(3)ابن قدامة المقدسي، المغني ، مصدر سابق، ج3 ، ص504-505 .

(4)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص101 .

للغير ممن يعرف برجاحة عقله وسداد فكره، ليتحقق المقصود من شرعية القياس [1]، وهو استحسان بالنص القائل : "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[2]

د - الاستحسان في خيار النقد :

وصفته أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين فلا بيع بينهما، وفي مشروعيته اختلف الفقهاء، فمن قائل إلى أن هذا الشرط فاسد، مفسد للعقد، وهو مذهب الشافعية [3]، وقال به بعض المالكية كذلك وإن كان معتمد المذهب بطلان الشرط والعقد صحيح مع الكراهة[4] .

ومن يقول بصح ة الشرط والعقد معا وهو مذهب الحنفية [5] والحنابلة[6]، ومما دللوا به على قولهم بصحة الشرط والعقد الاستحسان، ووجهه أن شرط نقد الثمن في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة إليهما... وهاهنا الحاجة قد مست إلى فسخ العقد عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ، وإذا تبين أن خيار النقد في معنى خيار الشرط قد جاز بالنص فإن خيار النقد ينبغي أن يجوز بدلالته، لأن حكمه بمعنى خيار الشرط، وفي هذا نظرٌ إلى النص ومعناه، وفي ذلك تجنُب للوقوف على ظواهر النصوص وحرفيتها مما يوسع من دائرة الاجتهاد في الكثير من الوقائع والنوازل[7] .

---

(1)الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص174 .

(2)أخرجه: الترمذي ، سنن الترمذي، كتاب أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح، ج 3، ص 622، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(3)يحي بن شرف، النووي، المجموع شرح المهذب، ج9 ، (لا.ط ، بيروت، دار الفكر، د.ت) ، ص193 .

(4)الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج3، ص 175 .

(5)الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص175 .

(6)ابن قدامه، المغني على مختصر الخرقي، مصدر سابق، ج3 ، ص420 .

(7)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان ، مرجع سابق ، ص113 -115 .بتصرف .

5 ـ الشهادة بالسماع :

الشهادة لغة : هي البيان، ويسمي الشاهد شاهدا لأنه بين الحق للحاكم[1].

قال تعالى:﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾[يوسف: 26]، كما تأتى بمعنى علم وأخبر.

واصطلاحا: الشهادة إخبار عدل حاكما في مجلس القضاء عن علم ليحكم بمقتضاه [2] والشهادة أنواع، منها شهادة السماع، وتعني أن يستند فيها الشاهد إلى السماع من غير مُعِينٍ، ويشترط فيها الفشو والاشتهار ولا تشترط فيها العدالة كشهادة الصبيان[3] .

وحكمها : في الأصل يحظُر على المسلم أن يشهد أمام القضاء بأمر لم يشاهده وإنما سمعه من غيره[4] .

فالأصل في الشهادة المعاينة ، وهو صريح قوله ﷺ لما سأل عن الشهادة قال للسائل : هل ترى الشمس؟ قال نعم، قال:" على مثلها فاشهد أو دع "[5].

لكن الحنفية والمالكية رأوا أن هناك موضوعات تُقبل فيها شهادة السماع حفظا للحقوق والمصالح ودفعا للحرج الشديد الذي يلحقهم، وهذا استثناء من الأصل العام السابق، وهو استحسان[6].

---

(1)ابن منظور، لسان العرب، (مادة ش هـ د) ،ج 3 ، ص 238.

(2) أحمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة، تحق: محمد أبو خبزة ، ج9 ،(ط:1 ، بيروت ، دار الغرب الإسلامي ، 1994م)، ص115 .

(3) الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق، ج 4 ص 414

(4)عبد اللطيف صالح الفرفور، الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء، رسالة جامعية لنيل شهادة الماجستير، بإشراف الشيخين صالح الفرفور، ووهبة الزحيلي، دمشق، 1388هـ ، 1968م، ص 94 .

(5) أخرجه أبو نعيم ، أحمد بن عبد الله الأصبهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج 4 ،(لا.ط، مصر ، دار النشر للسعادة، 1394هـ/ 1974م)، ص 18، قال الحافظ في التلخيص ج 4 ، ص 478، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف .

(6)محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام، ص 354 – 353 بتصرف .

ثانيا: أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالإجماع في فقه المعاملات .

كما ثبتت أحكام بأثر الاستحسان بالنص في فقه المعاملات من القرآن أو السنة فإن للاستحسان بالإجماع أثر في مسائل فقهية في هذا الباب أذكر بعضا منها تمثيلا .

1 - **عقد السلم:**

السلم لغة : كالسلف وزنا ومعنا، وهو لغة أهل الحجاز والسلف لغةُ أهل العراق[1].

أما اصطلاحا :

فإن تعريفات أصحاب المذاهب لعقد السلم تكاد تكون متفقة على أنه: "عقد بيع يعجل فيه تسليم الثمن، ويؤخر فيه تسليم المُثمَّن لأجل"[2].

وقيل: "هو بيع مؤجل بمُعجل"[3].

وهو عقد مشروع ثبت بالنص ابتداء، كما نقل الإجماع على جواز عقد السلم [4]، ويقول المالكية هو رخصة على خلاف الأصل المستثنى من بيع الإنسان ما ليس عنده [5] ،بيمنا نجد الحنفية يصرحون بأنه ثبت استحسانا على خلاف القياس، ووجه الاستحسان أدلة الكتاب والسنة المجيزة للْدَيْن والسلف.

أما وجه الاستحسان المعدول عنه أن المُسَلَّمَ فيه - المبيع - معدوم وقد نُهِيَ عن بيع ماليس عند الإنسان، فإذا كان بيع الموجود غير المملوك، أو المملوك غير مقدور التسليم ممنوعا، فبيع المعدوم أولى بالمنع [6] .

---

(1)الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، باب (س ل م) ،ص 109.

(2)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 139 .

(3)سالم مازن القبحِ، مجلة الأحكام العدلية : مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، (ط.1، الأردن، دار الفتح للدراسات والنشر، 2008)، مادة: 123، ص 102 .

(4)ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي،مصدر سابق، ج 4 ، ص 338 .

(5)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 3، ص 324 .

(6)ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 6 ص 242 .

2- عقد الاستصناع:

تعريفه لغة: الاستصناع على وزن استفعال، يقال استصنع الشيء إذا دُعِيَ إلى صنعه[1] واصطنع النبي ﷺ خاتما[2].

وفي الاصطلاح :هو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا[3].

وصورته :أن يقال للصانع اصنع لي سريرا أو نعلا بوصف محدد من المستصنِع .

وهو مشروع عند الجمهور مُلحق بعقد السلم، وعليه يشترط في الاستصناع ما يشترط في السلم[4] وهو جائز على خلاف الأصل مستثنى من بيع الإنسان ما ليس عنده، وذلك لحاجة الناس إليه استحسانا ورفقا، وبهذا قال الحنفية... بل إنهم في كتب الأصول يأتون بالاستصناع مثالا على استحسان الإجماع، ويذكرون أن حجية الاستصناع مستمدة من الإجماع العملي - فقد تعامل الناس بالاستصناع من غير نكير من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم - وإن كان النص في المسألة سابق على الإجماع، ولهذا يترجح كون الاستصناع مثالا كذلك على استحسان النص[5].

(1)ابن منظور، لسان العرب، باب (ص ن ع)، مصدر سابق، ج 8 ص 209 .

(2) متفق عليه من حديث نافع أن عبد الله حدثه: أن النبي ﷺ اصطنع خاتما، البخاري،الجامع الصحيح ، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، ج 5 ،ص2205، مسلم: الجامع الصحيح ، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته بالرجال، ج 3 ،ص 1655.

(3)سالم مازن القبحِ، مجلة الأحكام العدلية، مصدر سابق، مادة: 241 ، ص 102.

(4) أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل، ج3، (لا.ط ، بيروت، دار الفكر، د.ت) ، ص217

(5) حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 157.

3- عقد الإجارة :

الإجارة لغة : مصدر أجر كنصر،وهي الأجرة على عمل أو منفعة ذات [1]، قال تعالى:

﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ [القصص 27].

اصطلاحا: هي تمليك المنافع المباحة مدة معلومة بعوض، وفرَّق المالكية بين الإجارة والكراء تفرقة عرفية وهو مجرد اصطلاح وإلا فالكل يسمى إجارة [2]، وهي من العقود المشروعة المجمع على جوازها لحاجة الناس إليها، ومن أدلة جوازها زيادة عن الكتاب والسنة، والإجماع، فهي استحسان بالإجماع، كما هي استحسان للحاجة .

و الأصل أنها عقد على المنافع، وهي معدومة، والمعدوم في الأصل لا يصح تملُّكه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس إليها استثناء لها منه [3]، إذاً لا يبعد أن يقال : الإجارة مشروعة بالنص و الإجماع والضرورة .

هذه الأمثلة التي مرت في تطبيقات أثر الاستحسان بالنص والإجماع قا ل بها الأصوليون القدامى، واعترض من المعاصرين القول باستحسان النص والإجماع لأن الحكم الثابت بالكتاب أو السنة أو الإجماع لا يصح أن يطلق عليه اسم الاستحسان؛ لأن ثبوته يضاف إلى القرآن أو السنة أو الإجماع ، لا إلى قياس أو استحسان، وإن المراد هو استحسان الفقيه ، أي ما يدخل في مجال اجتهاده، مما ليس فيه نص شرعي أو إجماع ... فإطلاق الاستحسان عليها حشر للشيء في غير زمرته ، وتوسع يورث اشتباها في تمييز الحقائق[4].

ثالثا : أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالقياس في فقه المعاملات .

من المُسَلَم به أن الاستحسان عبارة عن عدول عن القياس الجلي لوجه هو أقوى، فالاستحسان دليل أقوى من القياس... ففي القياس نجد أنفسنا أمام مسألة ثابتة بالنص أو بالإجماع، ثم إلحاق مسألة أخرى بها في نفس الحكم للاشتراك في ما بينهما في علة واحدة.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، (مادة أج ر)، ج 4 ، ص 154 .

(2)الدردير، الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق ، ج4، ص2 .

(3)محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام ، مرجع سابق، ص 349 .

(4) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1 ص 85 - 86 بتصرف .

أما الاستحسان فإنه يجري في مسألة لا نظير لها، ولكن تستثنى هذه المسألة من حكم نظائرها لدليل أخر أقوى في اعتبار الشرع وليتضح التمييز بين استحسان النص والإجماع عن استحسان القياس أورد الأمثلة الآتية :

1 -وقف الأرض الزراعية.

هذه المسألة فيها قياسان، قياس جلي: هو أن الوقف يشبه البيع في أن كلا منهما يتضمن إخراج العين عن ملك صاحبها، فلا يدخل في الوقف حقوق الشرب والمسيل والطريق، أي حقوق المرور في الوقف، إلا بالنص عليها من الواقف كما في البيع. وقياس خفي، وهو أن الوقف يشبه الإجارة في إفادة كل منهما بمجرد الانتفاع بالعين، ومقتضى هذا أن تدخل حقوق الشرب والطريق والسبيل في الوقف، ولم ينص الواقف عليها كما في الإجارة، فيرجح المجتهد القياس الثاني على القياس الأول؛ لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع، وهو لا يمكن إلا بأن يدخل الشرب والطريق والمسيل في الوقف الأرض دون نص عليها، وهذا هو الاستحسان[1] .

2- الدين المشترك .

مسألة الدين المشترك بين اثنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحد، إذا قَبَضَ مِنه أحد الدائنين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها، بل لشريكه في الدَّين أن يطالبه بحصته من المقبوض، فإذا هلك هذا المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حصته منه فإن مقتضى القياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين؛ لأنهما كما يتقاسمان المقبوض إذا سُلِّم، ينبغي أن يتحملا معا تبعة هلاكه إذا هلك، ولكن في الاستحسان يعتبر الهالك في يد القابض هالكا من حصته فقط، وتكون الحصة التي لم تُقبض هي للشريك الثاني، وذلك لأنه في الأصل لم يكن ملزما بمشاركة القابض فيما قبض، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته[2] .

(1)وهبة الزحيلي، أصول الفقه، ج2، (ط:1، دمشق، دار الفكر للطباعة، 1406هـ) ، ص 746 .

(2)مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 88 – 89 .

3- الوكالة في الدين .

من القواعد المقررة أن المرء مؤاخذ بإقراره في حق نفسه لا في حق غيره، فلو أقر مثلا أنه وأخاه مدينان بمبلغ، يُلزم هو بما يصيبه منه - إن أقر - ولا يُلزم أخوه إن أنكر. وعلى هذا، لو ادعى شخص أنه وكيل على دائن غائب بقبض دينه، فأقر المدين بوكالته، يُأمر بدفع الدين إليه عملا بإقراره . وبناء عليه إذا أودع أحد شيئا عند آخر وغاب، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته، فأقر الوديع له بالوكالة، فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يُلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه .

لكن الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إليه ولو كان الوديع مقرا بوكالته لاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل، وتكون وديعته قد ذهبت، وربما لا يمكن استرداده ا وإن حقه متعلق بعينها. بخلاف صورة الدين، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض، فإذا حضر الدائن فأنكر الوكالة يتبين أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحا للدين، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقيا على حاله في ذمة المدين، ويكلف بالدفع ثانية، وله حق الرجوع على القابض ليسترد منه ما دفعه إليه، ويؤمر بالدفع ثانية إلى الذي أنكر الوكالة، فعملية وفاء الدين بالنظر الفقهي هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين، فإقراره بوكالة القبض هو اعتراف منه بلزوم تسليم ماله إلى مدعي الوكالة وفاء لدين الدائن، فهو إقرار على نفسه، فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه، فيؤمر بالدفع ثانية إلى الدائن الذي أنكر الوكالة[1] .

رابعا : أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالضرور ة ورفع الحرج والعرف والعادة في فقه المعاملات .

إن مما هو محل اتفاق بين العلماء أن أحكام الله تعالى وضعت لمصالح العباد في حفظ دينهم، و نفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأحوالهم، وإنه لا يوجد حكم عبثي لا مصلحة فيه ولا تيسير فيه لمعاملات الناس، وبالأمثلة الآتية يدرك أثر الاستحسان بالمصلحة والضرورة ورفع الحرج والعرف والعادة .

(1)مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ،ج1، ص 89 .

1 -دخول التابع للمبيع في عقد البيع :

فمن باع أرضًا عليها شجرا أو بناء دخل التابع للمبيع في العقد، ولو لم ينص عليه، استحسانا، إلا أن يستثنى في العقد، أو يجري العرف بالاستثناء، والعقد على البناء في البيع أو والكراء أو الهبة أو غيرها يشمل جميع ما بها من أشياء ثابتة وقت العقد، كالباب والرف والسُّلم والمسَّمَر، لا الأشياء المنقولة والأثاث والأدوات والأبواب غير المركبة والحيوانات[1].

ويدخل في هذا الشراء شرط الضمان والتصليح لمدة متفق عليها بين البائع والمشتري، أو معلومة عرفا، كشراء الساعة أو الغسالة أو الثلاجة أو المذياع بشرط أن يصلحها البائع لمدة سنة واحدة مثلا إذا أصابها خلل، فيجوز هذا البيع استحسانا – لتعارف الناس عليه - والقياس لا يجوز، وهو قول زُفر(ت 158 هـ)[2]، ووجه القياس أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقِدِيْن، وأنه مفسد، كما إذا اشترى قماشا بشرط أن يخيطه البائع له قميصا ونحوه، ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع، كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع[3] .

2 -خيار التعيين :

تعريفه : هو حق يثبت لأحد المتعاقدين تأخير تعيين المبيع إلى أجل معلوم إذا شُرط ذلك في العقد[4].

وصورته تحديد مبيعًا من مبيعات عدة من طرف المشتري أو البائع لمدة معلومة، يَمضِي بعدها البيع أو يُلغي .

---

(1)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، ص 246 .

(2)هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل العنبري الحنفي كان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي صحب أب ي حنيفة وأقام بالبصرة، وولي بها القضاء توفي سنة 158، (ابن خلكان، وفيات الأعيان، 71/2، الزركلي، الأعلام، 45/3) .

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 3471 .

(4)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق، ص 116

حكمه : ذهب الشافعية [1]، والحنابلة[2]، إلى فساد هذا الشرط - خيار التعيين - وأنه لا يصح .

وذهب الحنفية[3]والمالكية[4]، إلى جوازه، ومن أدلتهم على ذلك الاستحسان.

ووجه هذا الاستحسان أن خيار التعيين ملحق بخيار الشرط من حيث الجواز دلالة[5].

والقياس أن يفسد البيع؛ لأن المبيع مجهول الإمضاء من عدمه، ووجه الاستحسان القياس على مشروعية خيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن[6] .

وحاجة الناس في التعامل بهذا البيع هو من جواز الاستحسان بالضرورة والحاجة والعرف والمصلحة .

3 - الشراء بشرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري :

الأصل في عقد البيع إذا تم أن يستلم البائع الثمن ويستلم المشتري السلعة، لكن إذا اشترط المشتري على البائع إيصال السلعة إلى داره أو سوقه أو محل تجارته... الخ، فصحة العقد بهذا الشرط قال به جمهورُ القائلين بالاستحسان - وإن قيدوه بشروط لكلٍ فقيه منهم - ودليل هذا الجواز الاستحسان بالعرف .

وبيانه: أن العرف قد جرى بين الناس أن يشترو ا الحطب والشعير على الدابة داخل المصر ولا يستأجرون دابة أخرى لحمل ما اشتروه عليها، بل يقوم البائع بحمله إلى المكان الذي يحدده المشتري[7]، وهي عبارة عن بيع وإجارة وهي جائزة .

جاء في المدونة: ولا بأس أن تجمع الصفقة الواحدة شراء سلعة وكراء[8] .

---

(1)النووي، المجموع، مصدر سابق، ج9، ص286 .

(2)ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 4، ص 95 .

(3) الكاساني، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج 5 ص 156 .

(4)مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي، ت240هـ، عن عبد الرحمان بن القاسم، ت191هـ، ج7، (لا.ط، مصر، مطبعة السعادة، 1323هـ)، ص 127 .

(5)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان، مرجع سابق ، ص 119 .

(6) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج 5 ص 3442 .

(7) الكاساني ، مصدر سابق ، ج 5 ص 171

(8)مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، باب: الرجل يشتري الطعام بالفسطاط علي أن يوفيه الريف، ج9، ص 98.

فاشتراط ما جرى العرف على التعامل به محل اتفاق بين الحنفية والمالكية وعليه يصح العقد بهذا الشرط استحسانا بالعرف، وإن كان أحد المتعاقدين خارج المصر خلافا لما ذكره الحنفية في كتبهم، إذ لم يكن ذلك من أعرافهم لكنه يسير وفق قواعدهم من تصحيح الشرط الفاسد الذي جرى به العرف[1] .

وأصبح هذا الشرط في زماننا - اليوم - عرفا دوليا عاما يشمل بلاد المسلمين وغيرهم، أما إن لم نقُل بجواز هذا الشرط إذا كان البيِّعيْن خارج المصر - على حد قول الحنفية -لوقع الناس في حرج وضيق لا يخفيان على أحد، بسبب خنق حركة التجارة الخارجية وعمليات الاستيراد والتصدير[2].

4 - مسألة إسقاط دين لك نظير دين عليك :

وهي المقاصة للدينين جنسا وصفة، وهي جائزة ومشروعة باتفاق لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال:" أتيت النبي ﷺ فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير و أخذ الدراه م وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء "[3]، ومن صُوَر المقاصة في الدينين، المقاصة برأس مال السَّلم، وصورتها : بأن يكون رب السلم قد باع إلى المسَلَّم إليه ثوبا بعشرة دراهم مثلا، ولم يقبضها، ثم عقدا عقد سَلَم بينهما، كأن أسلم رب السَّلم إلى المسلَّم إليه عشرة دراهم في مد حنطة، فإن تراضيا على المقاصة بالدينين، – الدين السابق وهو ثمن المبيع والدين اللاحق وهو رأس مال السلم – صحت المقاصة استحسانا، وإن أبى أحدهما لم تقع المقاصة، والقياس يقضي بعدم وقوع المقاصة، ووجه هذا القياس: أن قبض رأس مال السَّلم شرط شرعي لصحة السَّلم كما هو معروف، ولكن بالمقاصة لم يحصل القبض فعلا، فيبطل السلم إذا افترقا العاقدان بدون تحقيق شرط القبض، ووجه الاستحسان: أن القبض وإن كان مطلوبا في عقد السَّلم، إلا أنه إذا تمت المقاصة تبين أن عقد السَّلم لا يتطلب تحقيق قبض رأس المال فعلا،

---

(1) حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان ، مرجع سابق ، ص 67

(2)المرجع نفسه، ص 77.

(3) أخرجه :الترمذي ، سنن الترمذي ، مصدر سابق ، ج 5، ص 24 ، قال الترمذي هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر.

وإنما يكفي أن يتم القبض بطريقة المقاصة[1]، مراعاة لمصلحة الناس، ودفعا للمشقة عليهم .

من خلال تطبيقات الاستحسان على أنواعه جميعا تبين أنها تعود إلى التيسير والتخفيف و رفع الحرج و مراعاة ضرورات الناس وحاجاتهم .

المطلب الثالث: الأثر الفقهي للاستحسان في فتاوى المعاملات المعاصرة.

بعد عرض تطبيقات الاستحسان في عصر الصحابة، ثم في عصر الفقهاء والأصوليين القائلين به كنماذج في فقه المعاملات، أتعرض في هذا المطلب إلى مدى أثر الاستحسان في فتاوى المعاملات التي استحدثها الناس اليوم في هذا العصر، وهل يمكن إجراؤه في النوازل والمستجدات التي تَغَيَّر موجب الحكم عليها نتيجة التطور الطبيعي لعلاقات الناس، و نتيجة الظروف الطارئة، وعليه أقف في هذا المطلب على فرعين هما :

الفرع الأول : أثر الاستحسان في تغيير الفتوى .

أولا : تعريف الفتوى لغة واصطلاحا .

تعريف الفتوى لغة : الفتوى: بالواو بفتح الفاء يقال فَتوى، وبالياء تضم الفاء ويقال فُتيا، وهي من أَفْتى العالمُ إذا بيَّن الحكم، ويقال أفتيته في الأمر أي أَبَنْته له .

ويقال أفتيت فلانا رؤيا أي عبرتُها له، وأفتيته في مسألته إذا أجبته عنها... فالفتيا تبيين المشكل من الأحكام[2] .

وقيل أصلها من الفتي وهو الشاب القوي، فكأنه يقوي ما أشكل من المسائل ببيانه فيشب ويصير قويا[3] ،والجمع فتاوِي بكسر الواو على الأصل، وقيل يجوز الفتح للتخفيف [4]، وهي

---

(1)وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص 3669 - 3670

(2) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 15 ص 147 ، فصل: الياء، باب الفاء محمد ابن أبى بكر الرازي، مختار الصحاح، ج1، ص206 .

(3)ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص147 .

(4)الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق ، ج 2 ،ص 462 .

عبارة تفيد أن الفتوى بالفتح لا غير [1]، وجاء ورودها في القرآن قال تعالى: ﴿قَالَتْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْمَلَؤُا۟ أَفْتُونِى فِىٓ أَمْرِى﴾ [النمل 32].

وهذا في غير أحكام الشريعة، فهي تقول: أشيرو ا عليَّ في أمري الذي قد حضرني، فجعلت المشورة فتيا[2]،وفي الحديث:"الإثم ما حاك في صدرك، وإن أفتاك الناس وأفتوك"[3].

تعريفها في الاصطلاح :

جاءت عدة تعريفات في الاصطلاح أضافت قيودا للمعنى اللغوي للفتوى سواء عند القدامى أو المعاصرين يحوي مجموعها التعريف الآتي: الفتوى: بيان من عرف الحق بدليله حكم الشرع جوابا لسؤال على واقعة من غير إلزام[4].

والتعريف الاصطلاحي للفتوى أخص من التعريف اللغوي لها، فبينهما خصوص وعموم مطلق، فالفتوى في الاصطلاح جزء من الفتوى في اللغة، ذلك لتقيد المعنى الاصطلاحي بقيود ضيقت من اتساع المعنى اللغوي للفتوى[5] .

ثانيا : أثر الاستحسان في الفتوى .

إن مما يعلمه أهل الاختصاص أن الفتوى تُأثر في تغييرها الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والأعراف والعادات، لأن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد[6] .

---

(1)محمد جمال الدين القاسمي، الفتوى في الإسلام، تحق: محمد عبد الحكيم القاضي، (ط.1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ/1986م) ، ص 48 .

(2)أبو جعفر محمد ابن جرير، الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، تحق: عبد الله بن محسن التركي، ج 18، (ط.1، لا.م، دار هجر القاهرة، 1422هـ /2001م) ص 39 .

(3) أخرجه: احمد بن حنبل، المسند، مصدر سابق، ج 29، ص 179 .أخرجه الحاكم في المستدرك، مصدر سابق ، ج 2، ص 14 ، وقال إسناده صحيح على شرط مسلم.

(4)محمد يسرى إبراهيم، الفتوى أهميتها ضوابطها آثارها، بحث مقدم لنيل جائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة لعام 1428هـ /2007م،(ط.1، لا.م، لا.ن، 1428هـ، 2007م،)ص38.

(5)المرجع نفسه، ص 38 – 39.

(6)محمد جمال الدين القاسمي ، الفتوى في الإسلام ، ص 125

ثم إن للفتوى أدوات لا تستغني عنها، ألا وهي : الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وكذلك مبدأ مراعاة المصالح، فكل الشريعة مصالح وخير ورحمة ومن هنا يبرز أثر الإستحسان في تغيُّر الفتوى، وثمراته في تحقيق مقاصد الشارع، فبالاستحسان يمكن إيجاد حلول لمشاكل جديدة... وهكذا نرى أن الإستحسان مصدر مرونة في الفقه الإسلامي وسعة في أحكامه، مما جعله في كثير من الأحكام فقها رائعا متمشيا مع المصلحة العامة، ومع واقع المجتمع الإنساني في كل عصر[1].

والمحقق في أثر الاستحسان في تغير الفتوى يجده واضحا من حيث أن الاستحسان انتقال من حكم إلى حكم آخر. من حكم ثبت بدليل عام أو قياس إلى حكم آخر ثبت بدليل خاص أو قياس خفي، أو انتقال من حكم في مسألة مندرجة تحت قاعدة كلية أو أصل عام إلى حكم مستند للضرورة أو الحاجة أو المصلحة أو مقتضى العرف والعادة،وبذلك يتضح أن الاستحسان أداة من أدوات تغير الفتوى، ويعطي المفتي مساحة من المرونة يلتمس فيها المصلحة المتفقة مع مقاصد الشرع[2].

الفرع الثاني : تطبيقات لأثر الاستحسان في فقه المعاملات المعاصرة :

إذا كان للاستحسان قدم فائدة في عصر منشئوه ومَنْ قبلهم، ثم من جاء بعدهم ، فإن فائدته تبقى مستمرة في كل عصر، ويبقى إجراؤه في المعاملات والنوازل والمستجدات المعاصرة قائما في كل زمان ومكان .

وإذا عرفنا معنى فقه المعاملات، فلأعرف مصطلح المعاصرة المضاف إليها . المعاصرة يراد بها الوقت الحاضر، أو العصر الحديث إذا ما ظهرت فيه مسائل فقهية تتعلق بتعامل الناس... وتحتاج إلى حكم شرعي، واجتهاد فقهي [3].

وأكثر الإستحسانات المعاصرة تدخل في مجال استحسان الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، وهي معان يقرب بعضها من بعض، واستحسانات النص أو الإجماع تدور حولها أيضا [4] .

---

(1)عبد اللطيف صالح الفرفور، الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 109

(2)محمد يسري إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، مرجع سابق ص 394 – 395 .

(3) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص 13 .

(4)يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته أنواعه، مرجع سابق ، ص157 .

وهذه نماذج تطبيقية للاستحسان في فقه المعاملات المعاصرة .

1 -بيع العربون :

تعريف العربون، لغة: من أعرب في كذا، وعَرَب، وعرَّبَنَ، فهو عُرْبون، وعُرْبان، وعَرْبون، سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع، لئلا يملكه غيره بشرائه[1] .

واصطلاحا: عرَّفه الإمام مالك بقوله: وذلك فيما نرى – والله أعلم – أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدابة ، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه : أنا أعطيك دينارا أو درهما أو أقل منه، على أني إن أخذت السلعة، أو ركِبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة ، فما أعطيتك فهو لك باطلا بغير شيء [2].

حكمه : قال الجمهور من الفقهاء بمنعه وبطلانه، لأنه من بيع الغرر، ومن أكل المال بغير عوض، ودليلهم ما رواه مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان[3] .

وأجازه أحمد بن حنبل، ودليله أن النبي ﷺ سؤل عن العربان في البيع فأحله[4] .

والقول بجوازه استحسانا قياسا له على صحة الإجارة بالعربون، والأخذ به عملا بالعرف لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لم تصح [5] .

والعادة أن صاحب الجمال يرسلها إلى المرعى، فإذا اتفق مع التاجر على يومٍ بعينه فأحضر له الإبل، فلم يتهيأ للتاجر السفر، أضر ذلك بحال الجمال لما يحتاج إليه من العلف، فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه التاجر على نفسه إذا أخلف ليستعين به الجمال على العلف [6].

---

(1)أبو سليمان حمد بن محمد إبراهيم بن الخطاب، غريب الحديث والأثر، تحق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي،ج 2 (لا.ط، لا.م، دار الفكر، 1412هـ) ، ص 76 .

(2)مالك، الموطأ، مصدر سابق ، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العُرْبان ، ج 2 ، ص 609.

(3) المصدر نفسه.

(4) أخرجه : ابن أبي شيبة، المصنف، مصدر سابق ، كتاب البيوع والأقضية ، ج5 ، ص 7 ، قال الحافظ في التلخيص ، ج 3 ص 45 ، وهذا ضعيف مع إرساله.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج 5 ، ص 3435 .

(6)أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، ج5 ، (ط.1، القاهرة، دار الريان، التراث، 1407هـ ، 1986م) ، ص 272 .

2- عقد بيع الوفاء :

وصورته هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع [1] .

ويظهر أن في هذا البيع عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن[2]، كأن يبيع المحتاج إلى النقد عقارا عنده بألف دينار، على أنه إذا رد على المشتري الثمن رد المشتري عليه العقار .

حكمه: أبطل الجمهور من المالكية والحنابلة هذا العقد، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بجدة بقوله: إن هذا العقد غير جائز شرعا[3] .

ودليلهم أن هذا العقد جمع بين عقدين بيع وسلف ، وهو منهي عنه .

وذهب الحنفية إلى جواز هذا النوع من البيوع ومن أدلتهم الاستحسان، ويتجلى رأيهم في عصرنا الحاضر إذ أصبح أصحاب رؤوس الأموال لا يتعاملون بالقرض الحسن الخال عن أي منفعة، ولا يثقون بإمكانية رد المقترض المال إذا تعاملوا معه بالقرض الحسن، لسوء الأحوال أو لفساد الذمم، ومنه ظهر بيع الوفاء، ووجه الاستحسان فيه حاجة الناس إلى هذا العقد[4] .

3- البيع بشرط عدم نقل الملكية إلا بعد السداد لكل الثمن .

يقع هذا الشرط عموما في الإجارة المنتهية بالتمليك التي تتعامل بها المصارف أو البنوك بتأجير عين كسيارة إلى شخص لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المِثل على أن يملِّكه إياها بعد انتهاء المدة المحددة ودفع جميع الأقساط بعقد جديد، فهي تشبه بيع التقسيط من حيث المقصد الذاتي للمتعاقدين، والنتيجة تختلف عنه من حيث تكوينها، فهي تتكون من عقدين مستقلين : عقد إجارة أولاً يتم ابتداء، ويأخذ كل أحكامها في تلك الفترة، وعقد تمليك ثانيا للعين عند انتهاء المدة حسب الوعد المقترن بالإجارة، ولهذا التعامل التجاري خطوات وضوابط قانونية أخذت المدنيَّة المعاصرة بها، على أنها بيع تقسيط على

---

(1) سالم مازن القبحِ، مجلة الأحكام العدلية ، مصدر سابق،مادة 118 ، ص 102 .

(2)ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 4 ، ص 246 .

(3)قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورات، 1- 10 ، القرارات 1-97 ، تنسيق وتعليق، عبد الستار أبو غدة، (ط.2، دمشق، دار القلم، 1418هـ ، 1998م)، قرار رقم 66 ، ص 146 .

(4)حسان عوض أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع ، مرجع سابق ، صفحة 163 .

شرط سداد الثمن كاملا لتنقل ملكية المبيع بعد الوفاء. وفي هذا الشرط اختلف الفقهاء إلى رأيين : - ذهب الجمهور إلى عدم الجواز لهذا الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد .

- وذهب المالكية والحنابلة إلى جوازه، لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولأنه يحقق غرضا مشروعا للبيع .

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من جواز اشتراط هذا الشرط، لأن المبيع بمنزلة الرهن هنا فتبقى ملكية المبيع للبائع قائمة حتى يستوفي جميع الثمن ، فهي معاملة جائزة استحسانا[1] .

4- عمليات التمويل بعقد السلم .

ذكرت من العقود الجائزة بالاستحسان بيع السلم، وهذا العقد الذي ثبت استحسانا على خلاف القياس يمكن الاستفادة منه في هذا العصر وتطويره وتوسيع مجاله، ومن ذلك:

يصلح عقد السَّلم في العصر الحاضر معاملة لتمويل العمليات الزراعية المختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يُتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلَّموها... فيقدِم لهم هذا التمويل نفعا بالغا، كما يصلح استخدام عقد السلم في النشاط الصناعي وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سَلما و إعادة تسويقها بأسعار مجزية، كما يصلح في عقود المقاولات الضخمة مما لا يستطيع أن يقوم بقسم كبير منها إلا الشركات والمؤسسات ذواتي رؤوس الأموال الضخمة الممكنة للقيام بمثل هذه الأعمال وكل هذا استحسانا للعرف والتعامل مع تطور الحياة وارتقاء الحضارات[2] .

5- مسألة التبرع بالأعضاء، ونقلها وزرعها :

مما اختلف فيه العلماء المعاصرون وتضاربت فيه اجتهاداتهم من مجيز ومن مانع مسألة التبرع بالأعضاء، ونقلها من جسم إلى أخر، فالأصل والقياس أن لا يجوز للإنسان أن يتصرف في بدنه لا كُلا ولا جزْءا... وإن القيام باقتطاع أي جزء من أجزاء الجسم يُعد مخالفا للأصل الناهي عن قتل الإنسان لنفسه أو إهلاكها .

---

(1)محمد عثمان شبير، المعاملات الإسلامية المعاصرة في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص321 وما بعدها ، بتصرف .

(2)يعقوب الباحسين، الاستحسان ، حقيقته ، أنواعه ، مرجع سابق ، ص 166 –168 ، بتصرف .

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾ [النساء: 29].

وقال أيضا: ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ وَأَحۡسِنُوٓاْۛ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ [البقرة: 195].

غير أن القائلين بجواز بعض حالات التبرع ونقلها وزرعها استثنوا هذا من القاعدة والأصل العام استحسانا، لأنه لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه[1].

وهو عمل مشروع وحميد إذا ما توفرت فيه الشروط التي جاء بها قرار الدورة الثامنة المنعقدة في 28 ربيع الأخر سنة 1405 هـ، إلى 07 جمادي الأولي من نفس السنة بمجمع الفقه الإسلامي[2] .

6- التداوي بالنجس عن طريق الإدهان الخارجي :

كثير من المراهم ولكِريمات ومواد التجميل دخل في تركيبها شحم الخنزير بعد استحالته إلى مركب جديد، أو عدم استحالته وأكثر ما يُلجؤ إلى استعماله في الأغراض العلاجية. فحكمه حسب إعمال الاستحسان الجواز، بينما القياس الظاهر الجلي تحريم ذلك، قياسا على حرمة التضمخ بالنجاسة لكن القياس الخفي يجيز ذلك قياسا على استنجاء الإنسان بيده وإزالته النجاسة بها [3]، وكذلك قياس ذلك على جواز لباس الحرير للحاجة والعلاج ، ورخص في الحرير للحكة والضرورة[4].

وبناء على ذلك يجوز الدهان بالنجاسات استثناء من القاعدة أو الأصل لهذا القياس الخفي أو للحاجة[5] ، وممن جوز ذلك ابن تيمية في فتاواه[6]وهذا مبني على الاستحسان.

---

(1) يعقوب الباحسين، الاستحسان ، حقيقته ، أنواعه ، مرجع سابق، ص 170 – 172 بتصرف

(2)قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورات، 1- 10 ، القرارات 1- 97 ، تنسيق وتعليق، عبد الستار أبو غدة، (ط.2، دمشق، دار القلم، 1418هـ ، 1998م) قرار رقم1، دورة 8 .

(3)أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، النجدي، ج 24، ص 270 .

(4)الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ج 2 ، ص292 .

(5)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته، أنواعه،مرجع سابق، ص200 – 201 بتصرف .

(6)ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، مصدر سابق ، ج 24 ، ص 270.

7 -مستجدات قيست على دخول الحمامات .

من أنواع الاستحسان جواز دخول الحمام من غير تعيين أجرة، وتقدير مدة اللبث، فإن الناس فعلوا ذلك وتعاملوه من غير إنكار من أحد مع أن هذا إجارة ولا بد فيها من بيان المدة ، وهي واردة على استهلاك العين - الماء والمنظفات - ولابد من بيان مقداره ذلك [1]، لكن عللوا تجويزه استحسانا لحاجة الناس إلى ذلك، ويمكن أن يلحق بهذه المسألة من المعاملات المعاصرة - على وجه الاستحسان - ما يسمى في بعض المطاعم الخليجية خصوصا " أُخْدم نفسك " فإن الجميع يأكلون بسعر واحد، وهم يختلفون في اختيار النوع، وكمية المأكول، فهو بيع لمجهول لكن جرت عادة الناس وعرفهم بتجويزه استحسانا، ويلحق بهذه المسألة من المعاملات المعاصرة كذلك الحلاقة ذات الأجر الواحد فإنها تجوز مع جهالة ما يأخذ من الشعر، وتنوع طرق الناس في حلق شعورهم، وما تفعله النساء في محلات الحلاقات، من تجفيف الشعر أو تجعيده، أو حلاقته أو صبغه، مع اختلاف الناس في ذلك من حيث اختلاف الشعر جفافا ونعومة وخشونة، فإن كل ذلك قبل مباشرة الحلاقة مجهول، وجعله بأجر واحد محدد للجميع مخالف للقياس ولكن جرى العرف بتجويزه والتساهل فيه رفعا للحرج كذلك استثناء من الأصل وهذا استحسانا[2].

ويمكن إلحاق بتلك المسألة من المعاملات المعاصرة كذلك الاشتراك في النوادي الرياضية والثقافية، والملاعب والمسابح، والمتاحف والمسارح والأماكن الأثرية بأجر واحد للجميع اختلافهم في قدر الاستفادة ، فليس كل واحد سينتفع بكل ما ذكر، وفي هذا جهالة محققة في المنفعة المعقود عليها، ولكن جرى العرف بجواز ذلك استثناء من قياس ما تقتضيه العقود في سائر الجزئيات وهذا من استحسان العرف[3].

---

(1) محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام، مرجع سابق، ص 352 .

(2) يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته، أنواعه، ص 206.

(3)المرجع نفسه ، ص 207.

8- المضاربة المشتركة :

المضاربة هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركا بينهما على ما اشترطاه ، والخسارة على رب المال [1]، والمضاربة المشتركة هي صيغة معاصرة متطورة عن المضاربة الفردية .

أما تكييفها الفقهي: هي عرض المصرف أو البنك الإسلامي على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم لهم، ثم عرض المصرف أو البنك الإسلامي كذلك على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال، على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق المبرم في العقد ابتداء... فحكم دخول المصرف كعنصر في إدارة هذه المضاربة المشتركة واستحقاقه الربح اختلف فيه الفقهاء، فالقدامى قالوا بجواز دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة بناء على التفويض العام وهو قول الحنفية والحنابلة عملا بعرف التجارفقد جرى عرفهم على أن التفويض العام يقتضي دفع المال إلى الغير مضاربة لأن هذا الغير قد يكون أبصر وأحذق بالتجارة من المضارب الأول... وهو الراجح لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وعلى هذا يجوز للمصرف الإسلامي - أو أي جهة تستقبل استثمار الأموال - أن يعطي المال لغيره مضاربة ويستحق على عمله الربح[2] .

والفقهاء قرروا أن كل ما للمضارب أن يعمله فله أن يُوَّكِلَ فيه غيره ، والقياس على خلاف ذلك لأن من شرط المضاربة عدم التعدي، وقد يؤدي هذا التوكيل إلى التعدي لكن جوَّزُوه استحسانا ورفعا للحرج والمشقة وجلبا للمصلحة، ووجه الاستحسان أن الإطلاق والتفويض العام استثناء من الأصل العام[3].

9 -تعديل الإلتزامات بالطوارئ :

الأصل في العقود الالتزام بما تضمنته من شروط، ومواصفات، وأسعار، وغير ذلك بضابط قوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]

(1) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 3924.

(2) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص345 بتصرف .

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ص 3590، 3591 بتصرف .

فالعقد قوة ملزمة يجب تنفيذه، غير أنه إذا طرأ ظرف أو حادث استثنائي لم يكن متوقعا عند العقد كالجوائح السماوية أو الحروب أو المعيقات الآدمية وغيرها، فإنه يُعَّدَل العقد وما فيه من التزامات، أو يخفف لإزالة الضرر وهذا استثناء من الأصل اقتضته العدالة ورفع الحرج والمشقة، وجلب الرفق بالناس استحسانا بنص حديث جابر [1] "لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، فبم تأخذ مال أخيك بغير حق "[2]، وعلى هذا فالحالات التي روعي فيها جانب الضرورة وحصول الأعذار كالجوائح و الطوارئ هي استثناءات مما يقتضيه القياس أو قاعدة العقد، فهي تدخل وفق مقاييس أهل الأصول القائلين بالاستحسان[3].

بهذه الأمثلة المعاصرة لتطبيقات الاستحسان يتبين أن هذا الأصل – الاستحسان – يُعَد طريقا ممهدا لتحصيل أحكام كثيرة من الوقائع والنوازل المعاصرة، سواء كان بتطبيقه منهجا للحصول على الأحكام أو بتوسيع مجال ما استحسن، فهو آلة المجتهد يستعين بها على الفتوى ويتوصل بها إلى مستجدات الأحكام ويثبت بها صلاح الشريعة في الحال والمآل – والله اعلم –

(1) هو جابر بن عبد الله الخزرجى الأنصاري ، من الصحابة الأكثر رواية عن رسول الله ﷺ، كانت له حلقة علم في مسجد النبي في أخر حياته ، توفي سنة 78 هـ ، (الزركلي، الأعلام 2 /104).

(2)رواه : مسلم، الجامع الصحيح ، كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح، ج 8 ، ص 182.

(3)يعقوب الباحسين، الاستحسان، حقيقته، أنواعه، مرجع سابق، ص 180 .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، في ختام هذا البحث أرى لزاما أن أسجل أهم النتائج والتوصيات التي انتهيت إليها من هذه الدراسة .

1- الاستحسان مر بمرحلتين :

- الأولى شهد من خلالها عدم الوضوح والاضطراب، وعليها يحمل خلاف الشافعي للجمهور في حجية الاستحسان .

- الثانية تتمثل فيما استقر عليه الحنفية في تعريفه، والتي تعتبر قد رقى فيها الاستحسان إلى منزلة شبه اتفاق بين المذاهب .

2- إن مبدأ الاستحسان من حيث كونه استثناء من دليل بدليل أخر محل اتفاق بين الأئمة.

3- الاستحسان ليس دليلا قائما بنفسه، إنما هو استثناء له سند شرعي .

4- مضمون الاستحسان التيسير والتخفيف، وملاحظة الضرورة والحاجة التي تندفع بتلبيتهما المشقة والحرج عن الناس .

5- الاستحسان يعد طريقا ممهدا لتحصيل أحكام كثيرة نازلة ومعاصرة .

6- من بين أسباب مرونة الفقه الإسلامي الاستحسان، وحاجة الفقهاء إليه ملحة، لإمكان إيجاد حلول جديدة على ضوئه .

7- تعميق دراسته، وتخصيص أبحاث ومحاضرات حوله في المسائل المستجدة أمر ضروري .

وأخيرًا أنهي كلامي بما ابتدأت به، فالحمد لله الذي وفقني ومنَّ عليَّ بإتمام هذا البحث، فما وقفت فيه من صواب وخير فمن الله، وما تعثرت فيه فمن نقص البشر - وكذلك الله خلقنا-. وصلى الله وسلم على محمد، وآله وصحبه والتابعين والمقتدين بهم إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

شطر الآية- السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة [2]		
﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ ... ﴾	175	19
﴿ وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ... ﴾	195	95
﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ ... ﴾	280	74
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم ... ﴾	282	74
﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ ... ﴾	283	74
سورة النساء [4]		
﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى ... ﴾	12	54
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ ... ﴾	29	74
﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ ... ﴾	29	95
﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ يُزَكُّونَ ... ﴾	49	31
﴿ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ ... ﴾	59	24-26-28-33
﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ ... ﴾	83	24
سورة المائدة [5]		

﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ وَلَا تَتَّبِعۡ ...﴾	48	25

سورة الأنعام [6]

﴿بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ...﴾	101	65

سورة الأنفال [8]

﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسۡرَىٰ...﴾	67	21

سورة هود [11]

﴿قَالُواْ يَٰشُعَيۡبُ مَا نَفۡقَهُ ...﴾	91	71

سورة يوسف [12]

﴿وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ ...﴾	26	80
﴿وَمَآ أُبَرِّئُ نَفۡسِيٓۚ إِنَّ ٱلنَّفۡسَ...﴾	53	27

سورة النمل[27]

﴿قَالَتۡ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمَلَؤُاْ أَفۡتُونِي ...﴾	32	90

سورة القصص[28]

﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ...﴾	27	83

سورة الروم [30]

﴿بَلِ ٱتَّبَعَ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوٓاْ أَهۡوَآءَهُم ... ﴾	29	27

سورة ص [38]

﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن...﴾	26	7

سورة الزمر [39]

﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ ... ﴾	18	2-18-31
﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم ... ﴾	55	19-31

سورة الأحقاف [46]

﴿ قُلْ مَا كُنتُ بِدْعًا مِّنَ ٱلرُّسُلِ ... ﴾	9	65

سورة الحشر [59]

﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ ... ﴾	7	24-68
﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ... ﴾	8	68
﴿ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ ... ﴾	9	68
﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ... ﴾	10	68
﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ ... ﴾	17	

سورة القيامة [75]

﴿ أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ ... ﴾	36	25-33

سورة النازعات [79]

﴿ وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِۦ ... ﴾	40	27

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الصفحة
الإثم ما حاك في صدرك...	90
إذا بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت بالخيار...	77
إذا بايعت فقل لا...	74
أعطوا الأجير أجره...	55
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم...	54
أن المتبايعين بالخيار في بيعهما...	77
أيما امرأة نكحت بغير إذن...	63
تعمل هذه الأمة برهة بكتاب الله...	28
الحمد لله الذي وفق ...	34
سؤل عن العربان في البيع...	92
كل عمل ليس عليه...	66
لا بأس أن تأخذ بسعر يومها...	88
لا تبع ما ليس...	49
لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق...	61
لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج...	63
لا يحل سلف و بيع...	73
لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته...	98

ما تركت شيئا مما أمركم الله به...	26
ما رآه المسلمون حسنا...	20
مال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله...	74
المسلمون على شروطهم..	79
من ابتاع نخلا بعد أن تأبر فثمرتها للبائع...	74
من استأجر أجيرا فليعلمه...	55
من أسلف فليسلف، أو من أسلم فليسلم...	49
من طال عمره و حسن...	2
نهى عن بيع العربان....	92
نهى عن بيع وشرط...	73
هل ترى الشمس...	80

فهرس الآثار

طرف الأثر	الراوي	رقم الصفحة
اقض بما استبان لك من كتاب	عمر بن الخطاب	39
أي أرض تقلني ، وأي سماء...	أبو بكر الصديق	29
إياكم وأصحاب الرأي فإنهم...	عمر بن الخطاب	29
قد أشرك الله تعالى الذين يأتون	عمر بن الخطاب	68
قيسوا للقضاء ما صلح للناس	إياس بن معاوية	70

فهرس الأعلام المترجم لهم

إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشاطبي ت 790 هـ .	11
أحمد بن عبد الحَلِيم بن عبد السَّلام ، ابن تيمية ت 726 هـ.	5
أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، ت 241 هـ .	13
أصبغ بن الفرج بن سعيد ، ت 225 هـ .	10
إياس بن معاوية بن قرة المزني ، ت 122 هـ	70
جابر بن عبد الله الخزرجى الأنصاري ، ت 78 هـ.	98
زفر بن الهذيل بن قيس العنبري ، ت 158 هـ.	86
سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب ، ت 94 هـ.	28
سليمان بن عبد القوي ، الطوفي ت 716 هـ .	5
شريح بن الحارث بن قيس ، القاضي ت 80 هـ .	39
ظهير الدين محمود بن عبد الله ، الزنجاني ، ت 656 هـ	35
عائشة بنت أبي بكر الصديق ، أم المؤمنين ت 58 هـ.	63
عبد الرحمان بن أحمد بن عبد الغفار ، عضد الدين الشافعي ت 756 هـ .	19
عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أبو هريرة ت 77 هـ .	28
عبد الله بن أحمد ، ابن قدامة المقدسي ت 620 هـ .	14
عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري ، ت 8 هـ.	20
عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، ت 68 هـ .	18
عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، ت 73 هـ.	55
عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب، ت 32 هـ.	32
عبيد الله بن الحسين ، الكرخي ت 340 هـ.	8

عثمان بن عفان بن أبي العاص ، ت 35 هـ .	20
عثمان بن عمر بن أبي بكر، ابن الحاجب ت 646 هـ .	4
علي بن أبي بكر بن سليمان ، الهيثمي ، ت 807 هـ .	3
علي بن أبي طالب ابن عبد المطلب ، ت 40 هـ .	6
علي بن أبي علي بن محمد ، الآمدي ت 631.	4
علي بن أحمد بن سعيد ، ابن حزم الأندلسي ت 456 هـ .	23
عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي ، ت 23 هـ .	20
عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ت 118 هـ .	73
مالك بن أنس الأصبحي المدني ، ت 179 هـ .	10
محمد بن عبد الواحد الحنفي ، ابن الهمام ت 861 هـ .	75
محمد بن أبي بكر بن أيوب الزُّرعي ، ابن قيم الجوزية ت 751 هـ .	13
محمد بن أحمد بن أبي سهل ، السَّرَخْسِي ت 483 هـ .	18
محمد بن أحمد بن محمد ، ابن رشد الحفيد ت 595 هـ .	12
محمد بن إدريس بن العباس ، الشافعي ت 204 هـ .	23
محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله ، ابن العربي ت 543 هـ .	12
محمد بن علي بن الطيب ، أبو الحسين البصري ت 436 هـ .	18
محمد بن علي بن محمد بن عبد الله ، الشوكاني ت 1250 هـ .	43
محمد بن محمد أبو حامد ، الغزّالي ت 505 هـ .	4
محيي الدين يحي بن شرف ، النووي ، ت 676 هـ .	36
مسعود بن عمر بن عبد الله ، التفتازاني ت 792 هـ .	17
معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس ، ت 17 هـ .	34

النعمان بن ثابت الكوفي ، أبو حنيفة ت 150 هـ .	6

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: الكتب.

1. ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد، **المصنف** ، تحق: كمال يوسف الحوت ، ط.1، الرياض، مكتبة الرشد، 1409هـ .
2. ابن الحاجب،جمال الدين عثمان بن عمر المالكي، **مختصر المنتهى بشرح العضد**، لا: ط، مصر: المطبعة الأميرية، 1317هـ.
3. ابن الحجاج، مسلم ، **الجامع الصحيح** ، تحق محمد فؤاد عبد الباقي ،لا:ط، بيروت ، دار إحياء التراث العربي، د.ت .
4. ابن العربي، محمد بن عبد الله بن محمد ، **المحصول في علم الأصول** ، تحق: حسين علي اليدري - سعيد فودة ، ط:1 ، عمان، دار البيارق، 1420هـ/ 1999م.
5. ابن العماد، عبد الحي بن أحمد بن محمد، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، لا.ط، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.ت .
6. ابن الهمام، محمد بن الواحد، **شرح فتح القدير على الهداية** ، لا.ط، لا.م، دار الفكر، د.ت .
7. ابن أنس ، مالك، **المدونة الكبرى**، رواية سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي، عن عبد الرحمان بن القاسم، لا.ط، مصر، مطبعة السعادة، 1323هـ .
8. ابن أنس ، مالك، **الموطأ**، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي،لا.ط ، بيروت، دار إحياء التراث العربي،1406هـ/ 1985م.
9. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ، **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، النجدي ، لا.ط، الرياض ، مكتبة المعارف، د. ت .
10. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، ط.1، القاهرة، دار الريان، التراث، 1407هـ ، 1986م....

11. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، **الإصابة في تمييز الصحابة** ،تحق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، ط:1 بيروت، دار الكتب العلمية،1415.
12. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، ط: 1، بيروت، دار الكتب العلمية،1419هـ
13. ابن حزم، علي بن أحمد، **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحق: أحمد محمد شاكر ، لا.ط، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.ت.
14. ابن حنبل، أحمد ، **المسند**، تحق: شعيب الأرنؤوط ، ط: 1، بيروت، مؤسسة الرسالة ، 1421 هـ/ 2001م .
15. ابن رشد، ابى الوليد محمد ابن أحمد، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة** ، تحق: مجموعة من الأساتذة ، لا.ط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1404 هـ، 1984م.
16. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، **حاشية رد المحتار على الدر المختار** ، لا.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت .
17. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** ، تحق: علي محمد البجاوي، ط:1 ، بيروت ، دار الجيل ، 1412هـ/1992م.
18. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** ، تحق: مجموعة من الأساتذة (لا.ط، المملكة المغربية، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ت).
19. ابن فارس ، ابن فارس أبى الحسين، معجم مقاييس اللغة، ط: لا ، بيروت: دار الفكر، 1399 هـ 1979م .
20. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن محمد، **روضة الناظر وجنة المناظر** ، ط:2، بيروت، مؤسسة الريّان، 1423هـ/2002م .
21. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، **سنن ابن ماجه**. تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط:1، مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت .

22. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، جمال الدين ، **لسان العرب**، ط:3 ، بيروت ـ لبنان: دار صادر، 1414هـ .

23. أبو زهرة، محمد، **ابن حزم**، ط:2، مصر: مطبعة أحمد علي مخيمر، 1945م

24. أبو زهرة، محمد، **أبو حنيفة** ، لا،ط، مصر، دار الثقافة العربية ، 1947م .

25. أبو نعيم ، أحمد بن عبد الله الأصبهاني، **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**،لا.ط، مصر ، دار النشر للسعادة، 1394هـ/ 1974م.

26. أبو عبيد، القاسم بن سلام ، **كتاب الأموال**، تحق: خليل محمد هراس،لا.ط، بيروت ، دار الفكر، د.ت.

27. أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد، **العدة في أصول الفقه**، ط :2،لا.م ، لا.ن ، 1410 هـ/ 1990م .

28. أبو يوسف، **الخراج**، تحق: طه عبد الرءوف سعد ، لا.ط، لا.م، المكتبة الأزهرية للتراث، د.ت .

29. آل تيمية، **المسودة**، تحق. محمد محيي الدين عبد الحميد ،لا.ط ، القاهرة، المدني، لا.ت .

30. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحق: عبد الرزاق عفيفي، ط: لا، بيروت ـ لبنان: المكتب الإسلامي، د.ت .

31. الإيجي، عضد الدين عبد الرحمان بن أحمد ، **شرح مختصر المنتهى** ، لا.ط، بولاق، المطبعة الأميرية،1316هـ .

32. البابرتي، محمد بن محمد ، **العناية شرح الهداية** ، لا. ط، بيروت ، دار الفكر، د.ت.

33. الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، **الاستحسان حقيقته أنواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة** ، ط:1، الرياض:مكتبة الرشد،1428هـ،2007م .

34. البخاري، محمد بن إسماعيل، **الجامع الصحيح** ، تحق ت: محمد زهير بن ناصر الناصر ، ط:1، لا.م، دار طوق النجاة، 1422هـ.

35. بدران، بدران أبو العينين، **أصول الفقه الإسلامي** ، لا.ط، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، د.ت .
36. البغا، مصطفي ديب، **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، لا.ط، دمشق، دار الإمام البخاري، د.ت .
37. بن خلكان ، شمس الدين أحمد بن محمد ، **وفيات الأعيان** ، وأنباء أبناء الزمان، تحق: محمد محي الدين عبد الحميد، لا.ط، مصر، مطبعة السعادة، 1367 هـ ، 1948م.
38. بوسعادي ، يمينه ساعد ، **مقاصد الشريعة وأثرها في الجمع والترجيح بين النصوص** ،ط:1، لبنان، دار ابن حزم، 2007 .
39. البوطي، محمد سعيد رمضان ، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ، ط:3، سوريا، الدار المتحدة ، 1987م.
40. البيهقي، أحمد بن أحمد بن الحسين بن على، **سنن البيهقي الكبرى** ، تحق: محمد عبد القادر عطا، لا.ط، مكة المكرمة، دار الباز، 1994م .
41. الترمذي، محمد بن عيسى، ت 279هـ، **سنن الترمذي**،تحق: أحمد محمد شاكر ط: 2، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي،1395 هـ - 1975م .
42. الجرجاني، عبد القاهر، الزين الشريف، **التعريفات**، ط:1، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، 1403هـ -1983م .
43. الجصاص، أحمد بن علي، **الفصول في الأصول** ، ط: 2، لا.م، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ - 1994م .
44. الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**،ط: 4، بيروت: دار العلم للملايين، 107هـ ، 1987م .
45. الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله بن محمد ، **المستدرك على الصحيحين** ، تحق: مصطفى عبد القادر عطا ، ط، 1، بيروت، دار الكتب العلمية ،1411هـ /1990م.

46. الحسن، خليفة باكر، **الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين**، ط.3، القاهرة، مكتبة وهبة، 1417هـ، 1987م.
47. الحسيني، أبو بكر بن هداية الله ، **الطبقات الشافعية**، تحق: عادل نويهض، لا.ط، بيروت، دار الآفاق الجديدة ، 1390هـ .
48. الحموي، شهاب الدين بن عبد الله ، **معجم البلدان** ، ط : 2 ، بيروت ، دار صادر ، 1995م .
49. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد إبراهيم بن الخطاب، **غريب الحديث والأثر**، تحق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، لا.ط، لا.م، دار الفكر، 1412هـ.
50. خلاف، عبد الوهاب، **مصادر التشريع فيما لا نص فيه** ،ط:6 ، الكويت ، دار القلم، 1414هـ/1993م .
51. الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، **سنن الدارقطني**، تحق: شعيب الأرنؤوط، ط.1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1424هـ /2004م.
52. الدبوسي، عبيد الله بن عمر ، **تقويم الأدلة** ، ، تحق: خليل محي الدين الميس. ط،1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1421ه- ، 2001م .
53. الدردير، أحمد بن محمد ، **الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل** ، لا.ط ، بيروت، دار الفكر، د.ت .
54. الدسوقي، محمد بن أحمد ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير**، لا.ط، لا.م، دار الفكر،د.ت .
55. الذهبي ،محمد بن أحمد بن عثمان، **سير أعلام النبلاء** ، ط. 1، القاهرة، مكتبة الصفا، 1424هـ ، 2003م .
56. الربيعة، عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي، **أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها**، ط: 2، لا. م، لا. ن، 1401هـ.
57. رحماني، إبراهيم، **المدخل إلي دراسة التشريع الإسلامي** ، ط:1، الوادي، مطبعة سخري، 1431هـ /2010م .

58. الزحيلي، وهبة ، **أصول الفقه**، ط:1، دمشق، دار الفكر للطباعة، 1406هـ
59. الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته** ،ط: 4، دمشق، دار الفكر، 1418هـ /1997م .
60. الزرقا، مصطفى ، **المدخل الفقهي العام**، ط. 1 ، دمشق ، دار القلم ، 1418هـ/1998م.
61. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد ، **الأعلام** ، ط. 3، بيروت، لا.ن، 1389هـ ، 1975م .
62. الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد، **تخريج الفروع على الأصول** ، تحق: محمد أديب صالح، ط:5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1404هـ .
63. الزيلعي، عثمان بن على، **نصب الراية** ، تحق: محمد عوامة ، ط:1 ، بيروت مؤسسة الريان ،1418هـ/1997م .
64. السبكي، عبد الوهاب بن علي، **الأشباه والنظائر** ، ط:1، بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1411هـ/1991م .
65. السرخسي، محمد بن أحمد، **أصول السرخسي**، لا. ط، بيروت، دار المعرفة ، د.ت
66. السرخسي، محمد بن أحمد، **المبسوط** ،تحق:خليل محي الدين الميس، ط:1،بيروت،دار الفكر،1421هـ/2000م.
67. الشاطبي، إبراهيم بن موسى ، **الاعتصام**، تحق هشام بن إسماعيل الصيني ، ط: 1، لا . م ، دار ابن الجوزي ، 1429 هـ / 2008م .
68. الشاطبي، إبراهيم بن موسى ، **الموافقات** ، تحق: مشهور بن حسن آل سلمان ، ط1 ، لا. م ، دار ابن عفان ، 1417هـ/ 1997م.
69. الشافعي، محمد بن إدريس، **الأم**، لا.ط ، بيروت، دار المعرفة ، 1410هـ /1990م .

70. شبير، محمد عثمان ، **المعاملات المالية المعاصرة في فقه الإسلامي** ، ط:6، عمان، الأردن، دار النفائس لنشر والتوزيع، 1427هـ / 2007م .
71. شلبي، محمد مصطفى، **تعليل الأحكام**، لا.ط ، لا.م ، مطبعة الأزهر، 1947م .
72. الشوكاني ، محمد بن علي، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** ، تحق أحمد عزو عناية ، ط 1 ، لا . م ، دار الكتاب العربي ، 1419هـ/1999 م .
73. الطبراني، سليمان بن أحمد، **المعجم الأوسط** ، تحق: طارق بن عوض الله بن محمد، لا.ط، القاهرة، دار الحرمين1415هـ .
74. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل القرآن** ، تحق: عبد الله بن محسن التركي، ط.1، لا.م، دار هجر القاهرة، 1422هـ /2001م.
75. الطوفي ، سليمان بن عبد القوي، **شرح مختصر الروضة** ، تحق : عبد بن عبد المحسن التركي ، ط:1، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1407هـ/1987م .
76. العظيم آبادي، محمد شمس الحق، **عون المعبود على سنن أبي داوود** ، ط:2، بيروت:دار الكتب العلمية، 1415هـ.
77. العلمي، عبد اللطيف ،**المصلحة المر سلة و الاستحسان و تطبيقاتهما الفقهية**، ط: 1، الرباط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1425هـ .
78. الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونه الفقه المالكي وأدلته**، ط:1، بيروت – لبنان، دار إبن حزم، 1429هـ، 2008م.
79. الغزالي، محمد بن محمد، **المستصفى**،ط:1 ،لا.م، دار الكتب العلمية، 1413هـ،1993م .
80. الغزالي، محمد بن محمد، **المنخول**، تحق محمد حسن هيتو، ط : 3، بيروت ، دار الفكر، 1419هـ/1998م .
81. الفيومي، أحمد بن محمد ، **المصباح المنير**، لا.ط، بيروت، المكتبة العلمية، د.ت
82. القاسمي، جمال الدين ، **الفتوى في الإسلام**، تحق: محمد عبد الحكيم القاضي، ط.1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ/1986م.

83. القاسمي، جمال الدين، **قواعد التحديث**، لا.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د. ت .

84. القرافي، أحمد بن ادريس ، **الذخيرة**، تحق: محمد أبو خبزة ، ط:1 ، بيروت ، دار الغرب الإسلامي ، 1994م .

85. القرضاوي، يوسف، **فقه الزكاة**، ط:18، لا.م،مؤسسة الرسالة،1409هـ/ 1988 م

86. القرطبي، محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن**، تحق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط:2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1384هـ /1964 م .

87. الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، **بدائع الصانع في ترتيب الشرائع** ، ط:2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1405هـ .

88. الماوردي، علي بن حبيب البصري، **أدب القاضي**،تحق:محيي هلال السرحان، لا.ط،بغداد،مطبعة الإرشاد ،1391هـ/1971م .

89. مخلوف، محمد بن محمد ، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** ، ط. 1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1349 هـ .

90. المراغي ، عبد الله مصطفى ، **الفتح المبين في طبقات الأصوليين**، ط: 2، بيروت ، نشر محمد أمين دمج وشركاه ، 1394هـ/1974م .

91. المرغيناني، علي بن أبى بكر، **الهداية في شرح بداية المبتدى**، تحق: طلال يوسف، لا:ط ، بيروت، دار إحياء التراث العربي،د. ت.

92. النووي، يحي بن شرف، **المجموع شرح المهذب** ، لا.ط ، بيروت، دار الفكر، د.ت .

93. النووي، يحي بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، إشراف زهير الشاويش، ط:3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1412هـ/1991م ص165.

94. الهيثمي، على بن أبى بكر، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، تحق: حسام الدين القدسي، لا.ط،القاهرة، مكتبة القدسي، 1414هـ/1994م .

95. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب** ، تحق: جماعة من الأساتذة بإشراف الدكتور محمد حجي، لا.ط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1401هـ ، 1981م .

ثالثا: المقالات والبحوث والرسائل الجماعية .

1. إبراهيم، محمد يسرى، **الفتوى أهميتها ضوابطها آثارها** ، بحث مقدم لنيل جائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة لعام 1428هـ / 2007م، (ط.1، لا.م، لا.ن، 1428هـ، 2007م .

2. أبو عرقوب، حسان عوض إبراهيم، **تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية** ، مذكرة لنيل متطلبات الدكتوراه الجامعة الأردنية، 2006 .

3. الفرفور، عبد اللطيف صالح، **الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء** ، رسالة جامعية لنيل شهادة الماجستير، بإشراف الشيخين صالح الفرفور، و وهبة الزحيلي، دمشق، 1388هـ ، 1968م .

4. القبحِ، سالم مازن، **مجلة الأحكام العدلية : مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي**، ط.1، الأردن، دار الفتح للدراسات والنشر، 2008 .

5. **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي** المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورات، 1- 10 ، القرارات 1-97 ، تنسيق وتعليق، عبد الستار أبو غدة، ط.2، دمشق، دار القلم، 1418هـ ، 1998م .

6. قوادري، مختار ، **مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي** ، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية العالمية ،باكستان، 1999- 2000 .

7. مقدادي، منصور راجح ، الاستحسان حقيقته و تطبيقاته عند الشافعية ، **دراسات علوم الشريعة والقانون**.الأردن، المجلد:37، العدد:1.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
ملخص البحث	
قائمة الرموز والإشارات	
المقدمة.....	أ
الفصل الأول: الاستحسان تعريفه وحجيته.....	1
المبحث الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا.....	2
المطلب الأول: تعريف الاستحسان في اللغة.....	2
المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الاصطلاح.....	3
الفرع الأول: عرض لتعريفات الاستحسان ومناقشتها.....	3
تعريفه عند الحنفية ومناقشته.....	3
تعريفه عند المالكية ومناقشته.....	10
تعريفه عند الحنابلة ومناقشته.....	13
الفرع الثاني: تحقيق وموازنة بين التعريفات:.....	16
المبحث الثاني: حجية الاستحسان.....	17
المطلب الأول: القائلون بالاستحسان وعرض أدلتهم.....	17
المطلب الثاني: المنكرون للاستحسان وعرض أدلتهم.....	22
الفرع الأول: أدلة الشافعي لإبطال الاستحسان.....	23
الفرع الثاني: أدلة ابن حزم الظاهري لإبطال الاستحسان.....	27
المطلب الثالث: موازنة ومناقشة لأدلة الفريقين والترجيح.....	30

الفرع الأول: اعتراضات منكري الاحتجاج بالاستحسان.....30
الفرع الثاني: اعتراضات وردود المستحسنين على منكري الاستحسان...33
الفرع الثالث : تحرير محل النزاع.....40
الفرع الرابع : جمع الرأي والترجيح.....41
الفصل الثاني:الاستحسان ضوابطه ، أنواعه ، أثره الفقهي.....44
المبحث الأول: الاستحسان ضوابطه وأنواعه.....45
المطلب الأول: ضوابط الاستحسان.....45
الضابط الأول : أن يكون الحكم الاستحساني محققا لمقاصد الشريعة العامة.....45
الضابط الثاني : أن يكون للحكم المستحسن سندا شرعيا 46
الضابط الثالث : أن لا يعارض الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة أو نصا محكما من الكتاب أو السنة المتواترة، أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة.....46
الضابط الرابع : أن لا يؤدي الاستحسان إلى ذريعة فساد.....46
المطلب الثاني: أنواع الاستحسان.....47
الفرع الأول: أنواع الاستحسان باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه.....47
أولا: استحسان هو عدول عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي.....47
ثانيا : الاستحسان الذي هو عدول عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص.....48
الفرع الثاني: أنواع الاستحسان باعتبار السند الذي بني عليه العدول.....50
النوع الأول: استحسان القياس الخفي.....51
النوع الثاني : الاستحسان بالنص.....53

أولا: الاستحسان بالقرآن.....53
ثانيا : الاستحسان بالسنة.....54
النوع الثالث : الاستحسان بالإجماع.....55
النوع الرابع : الاستحسان بالضرورة.....57
النوع الخامس : الاستحسان بالمصلحة.....59
النوع السادس : الاستحسان بالعرف 60
النوع السابع : الاستحسان بترك مقتضى الدليل لرفع المشقة وإيثار التوسعة.....61
النوع الثامن : الاستحسان بمراعاة الخلاف.....61
المطلب الثالث : تباين الاستحسان عن البدع 65
المبحث الثاني: الأثر الفقهي للاستحسان - المعاملات نموذجا.....67
المطلب الأول: أثر الاستحسان في فقه المعاملات عند الصحابة.....67
المطلب الثاني: لأثر الفقهي للاستحسان عند القائلين به، المعاملات نموذجا.....70
الفرع الأول: التعريف بفقه المعاملات 71
الفرع الثاني:. نماذج على اثر الاستحسان في فقه المعاملات.....72
أولا: أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالنص في فقه المعاملات.....72
ثانيا: أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالإجماع في فقه المعاملات.....81
ثالثا: أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالقياس في فقه المعاملات.....83
رابعا : أمثلة تطبيقية على أثر الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج والعرف والعادة في فقه المعاملات.....85

المطلب الثالث: الأثر الفقهي للاستحسان في فتاوى المعاملات المعاصرة.....89
الفرع الأول : أثر الاستحسان في تغيير الفتوى 89
الفرع الثاني : تطبيقات لأثر الاستحسان في فقه المعاملات المعاصرة.....91
الخاتمة.....99
فهرس الآيات القرآنية.....101
فهرس الأحاديث النبوية.....104
فهرس الآثار.....106
فهرس الأعلام المترجم لهم.....107
فهرس المصادر والمراجع.....110
فهرس الموضوعات.....119