جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الاستحسان وتطبيقاته الفقهية

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: فقه مقارن وأصوله

إعداد الطالبة:
- ميلي رقية

إشراف الأستاذة الدكتورة:
-أ. د كتاب حياة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. عيسات الخير	محمد بوضياف-المسيلة	رئيسا
أ. د كتاب حياة	محمد بوضياف -المسيلة	مشرفا ومقررا
أ. نايلي فريد	محمد بوضياف -المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022

بسم الله الرحمان الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: /2023

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): حملي رفيقة

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 204975107

الصادرة بتاريخ: 2019/08/29 عن دائرة: المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: فقه مقارن وأصوله تحت رقم التسجيل: 125073274

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه)

عنوانها: آلية استحسان وتطبيقاته الفقهية

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2023/09/14

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: الإستحسان و تخييقاته الفقهية

إعداد الطلبة:

1- حيليا رقية رقم التسجيل:

2- / رقم التسجيل: /

القسم: علوم إسلامية الشعبة: التخصص فقه مقارن وأصوله

إشراف: أ.د. كتاب حياة الرتبة: أستاذة دكتورة

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2022-2023 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

أ.د. كتاب حياة

رئيس فريق الاختصاص

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
قسم العلوم الإسلامية
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

د. بشير حسان

رئيس القسم

لتحميل الوثيقة ومن ثم توقيعها

إهداء:

أهدي هذا العمل المبارك بإذنه تعالى إلى

جميع طلاب العلم المهتمين بموضوع مذكرتي وأسال الله تعالى أن ينفعني وينفعهم بها.

إلى زوجي الذي ساندني ودعمني طوال مشواري الدراسي لنيل شهادتي الليسانس والماستر تخصص علوم إسلامية.

إلى ابني فرحتي الأولى.

إلى ابنتي وردة بيتي.

إلى أبي العظيم بأخلاقه ومواقفه.

إلى أمي الحبيبة التي أنا ثمرة من بستانها.

شكر وتقدير:

بداية، تمام الحمد والشكر والثناء لله تعالى على منه وكرمه على أن وفقني لهذا.

إلى فضيلة الأستاذة الدكتورة كتاب حياة التي أسعدتني وشرفتني بقبولها الإشراف على مذكرة تخرجي لنيل شهادة الماستر

كل الشكر والتقدير لمجهوداتها وتوجيهاتها القيمة وإرشاداتها وصبرها.

إلى لجنة المناقشة الموقرة التي توجهني وتنتقد الإنتقاد البناء لمذكرتي لتكون أقرب ما يكون إلى المنهج العلمي الصحيح

وعساها تكون مرجعا مهما لطلاب العلم مستقبلا.

مختصرات البحث:

ت: توفي.

ج: جزء.

د ت ن: دون تاريخ نشر.

د ط: دون طبعة.

د م ن: دون مكان النشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

م: ميلادي (السنة الميلادية).

ه: هجري (السنة الهجرية).

مقدمة:

بسم الله الرحمان الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد الهادي الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن سار على نهجه ودربه بإحسان إلى يوم الدين أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية شريعة شاملة كاملة متكاملة، صالحة لتلبية الحاجات الإنسانية المتجددة كلها، بتغير الزمان وفي كل مكان مهما تغيرت وتطورت ظروف الحياة.

فشريعتنا التي أنزلها ربنا تبارك وتعالى رحمة لنا وبنا، إنما أنزلها سبحانه بغية تحقيق مصالح الناس في الدنيا والاخرة، ضمن نظام أقل ما يقال عنه أنه أعظم نظام وجد لتسيير وتنظيم علاقات الناس العامة والخاصة، ضمن قواعد وأصول وأحكام تتميز بها لتكون صالحة للوفاء بحاجات الإنسانية المتجددة، وهذه القواعد والأحكام والأصول الشرعية في الشريعة الإسلامية جاءت على نوعين:

النوع الأول: أحكام وأصول وقواعد لا تقبل الاجتهاد؛ وتشمل أحكام العقيدة وأصول العبادات.

النوع الثاني: أحكام وأصول معللة بتحقيق مصالح الناس؛ وتشمل في الغالب ما يتعلق بالمعاملات.

وفي شريعة الإسلام كل ما يواجه الأمة من وقائع في هذه الحياة سواء للأفراد أو المجتمعات له قواعد وأحكام، يعرف بعضها من نصوص القرآن والسنة، ويعرف بعضها الآخر من دلائل أخرى أرشد اليها الشارع ليعرف بها حكم ما لم يدل على حكمه نص من الكتاب أو السنة النبوية.

وقد اعتمد علماء التشريع في الإسلام على الإجماع والقياس لمعرفة حكم مالم يأت حكمه في نصوص القرآن والسنة، فتحددت بذلك مصادر التشريع الإسلامي المتفق عليها؛ وهي على الترتيب القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس.

وفي حين أن الإجماع والقياس كانا ولا يزالا سبيلين عند علماء المسلمين لمعرفة حكم مالم يأت حكمه في نصوص القرآن والسنة، إلا أنهما لم يكونا السبيلين الوحيدين لذلك، إنما كانت هناك مصادر وأصول أخرى اتبعوها لمعرفة أحكام الشرع، والغاية منها ومن اعتماد علماء المسلمين عليها إنما هو لإحدى أمرين: إما معرفة حكم لم يأت نص عليه، وإما لمعرفة ما كان من الأحكام في تطبيقها مخالفة لغايتها التي هي المصلحة المقصودة للشارع منها في تطبيق تلك الأحكام.

ومن المصادر والأصول التي اعتمد عليها العلماء في التشريع بغية تحقيق مقصود وغاية الشارع من الأحكام الشرعية: الاستحسان؛ وهو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي التبعية والمختلف فيها، فمن الفقهاء من يأخذ به، ومنهم من يرفضه ويبطله، وهو موضوع مذكرتي هذه المعنونة بـ:" **الاستحسان وتطبيقاته الفقهية**".

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في:

- تبيين مفهوم الاستحسان ومنزلته في التشريع الإسلامي، وسبب اختلاف الأصوليين في تعريفهم له.
- إبراز حقيقة موقف الإمام الشافعي منه خاصة وأنه عمل به في العديد من مسائله.
- ذكر نماذج مختارة لتطبيقات فقهية للاستحسان عند القدامى وعند المعاصرين.

أسباب اختيار الموضوع:

-رغبتي الشديدة في البحث في موضوع أصولي كموضوع الاستحسان.

-معرفة مدى اختلاف الأصوليين في تعريفهم له ومدى قوة الاستدلال به.

أهداف الموضوع:

- الاهتمام بالبحث في المواضيع الأصولية التي لها الأثر الواضح في الفروع الفقهية.
- تنمية الملكة الأصولية والفقهية في باب الاستحسان وتطبيقاته الفقهية لدى طالب العلم الشرعي.

-إثراء المكتبة بمثل هذه المواضيع التي لا غنى عنها لكل باحث خاصة الباحث في مواضيع أصول الفقه.

إشكالية الموضوع:

يمكن طرح الإشكالية التالية:

هل هناك خلاف حقيقي في اعتبار الاستحسان مصدرا من مصادر التشريع في الإسلام؟ أم أن الخلاف مجرد خلاف لفظي؟ وماهي أبرز التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى وعند المعاصرين؟

التساؤلات الفرعية:

وللإلمام بجوانب الإشكالية المطروحة ارتأيت طرح جملة من الأسئلة الفرعية وهي:

- ما المقصود بالاستحسان؟
- ما مدى قوة الاستدلال بالاستحسان؟
- لماذا اختلف الأصوليين في حجية الاستحسان؟
- وما علاقة الاستحسان بالرأي الشخصي للمجتهد؟

المناهج العلمية المعتمدة في البحث:

اعتمدت في إعداد هذه المذكرة المناهج العلمية التي ارتأيت أنها مناسبة، والمتمثلة في:

- المنهج الاستقرائي لمواقف وآراء علماء الأصول حول الاستحسان.
- المنهج الوصفي لما قرره الأصوليون بشأن الاستحسان.
- المنهج التحليلي لأجل الإجابة عن الإشكالية الأساسية ومعالجتها.

الدراسات السابقة:

1- **لفاروق عبد الله،** الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1433ه-2012م، ط 1.

-المناهج التي اعتمدها في كتابه هي: المنهج الاستقرائي والوصفي لآراء الأصوليين في الاستحسان، والمنهج المقارن بين تلك الآراء، والمنهج التحليلي لتحديد الراجح من الأقوال.

-من النتائج التي خلص اليها:

-الاستحسان ليس دليل مستقل، ولم يدع ذلك أحد من القائلين به وذكرهم له في مبحث مستل لم يكن إلا من أجل إبانة المراد به، ثم إن أقوالهم صريحة في أن الاستحسان قياس أو نوع من القياس.

-لا فرق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة إلا في أن الاستحسان قياس معارض بقياس آخر، بخلاف المصلحة المرسلة فإنها قياس لا يصادمه قياس آخر.

- ليس الاستحسان محصورا على ما كانت الغاية منه رفع حرج بل هو أعم من ذلك وظهوره كعنوان لرفع الحرج إنما هو لكثرة مسائله المائلة نحو التخفيف لا لأن عمله مقصور على ذلك.

2- لحسان عوض إبراهيم أبو يعقوب، رسالة ماجيستير في الفقه وأصوله (2006)، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية (دراسة تحليلية مقارنة لأمثلة مختارة)، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.

-الإشكالية التي عالجها: لماذا اختلف فقهاء الحنفية في تعريفهم للاستحسان، ولماذا رفضه الإمام الشافعي؟ علما أنه تلميذ الإمامين الجليلين: مالك بن أنس، ومحمد بن الحسن، وكلاهما يقول به، فما هي حقيقة موقفه منه؟ وما مدى قوة الاستدلال بالاستحسان إذا قوبل بأدلة أخرى؟ وهل لا زال وسيلة من وسائل الاجتهاد أم أنه عفا عليه الزمن؟

-المناهج التي اعتمدها: غلبة المنهج الوصفي لما قرره الأصوليون بشأن الاستحسان، وكذا المنهج الحواري حيث إستعمل الباحث أسلوب المقارنة بين المذاهب الأربعة، أما في الجزء التطبيقي فإتبع المنهج التحليلي، إلا أن الباحث لم يذكر أركان الاستحسان ومقوماته، وأيضا لم يفصل في قول الإمام الشافعي وفي أخذه بالاستحسان في بعض مسائله.

-من النتائج التي خلص إليها الباحث:

-إن مبدأ الاستحسان من حيث كونه استثناء من دليل بدليل محل اتفاق بين الأئمة.

-أن معارضة الإمام الشافعي للاستحسان تنصب على استحسان العادة، واستحسان المصلحة.

- إن استحسان العرف، واستحسان الضرورة والحاجة، من أهم أنواع الاستحسان؛ لأنها تمنح المجتهد قدرة على مواكبة روح العصر.

والاختلاف في دراستي مع هذه الدراسة تكمن في وتوسعي في أقوال الشافعية مع ذكر مسائل متنوعة عند القدامى والمعاصرين، في حين أنه ركز في رسالته على أحكام البيوع عند الحنفية.

3-نبيل نويبات، عماد سالم، أسامة، بن مجدوب، مذكرة تخرج ليسانس علوم إسلامية، فقه وأصوله(2019)، الاستحسان عند الأصوليين، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلام الإسلامية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة.

- **الإشكالية المعالجة:** ما المقصود بالاستحسان؟ متى ظهر هذا المصطلح؟ ما آراء العلماء في حجيته؟

- **المناهج المعتمدة:** المنهج الاستقرائي لآراء علماء، الأصول، المنهج مقارن لأقوال العلماء.

- **من النتائج التي خلصوا اليها:**

- أن مصطلح الاستحسان لم يكن في عهد الصحابة ولا التابعين، بل ظهر مطلع القرن الهجري الثاني.

-أن الاستحسان عبارة عن استثناء من عموم القاعدة أو الدليل لسبب من الأسباب وأنه ليس دليل قائم بنفسه.

وإضافتي عن هذه الدراسة تتمثل في توسعي في الاستحسان بذكر شروطه ومقوماته، وعرض آراء المنكرين للاستحسان وذكر أسباب الخلاف في حجيته، في حين أنهم ذكروا بدايات ظهور مصطلح الاستحسان.

<u>الصعوبات والعوائق:</u>

واجهت بعض الصعوبات في إنجازي لهذه المذكرة، أذكر منها:

- ضيق الوقت فمن جهة نظري أن البحث في مجال العلوم الشرعية كلما أخذ وقته كانت النتيجة أقرب للصواب.
- قلة المسائل الفقهية للاستحسان المدروسة والمتناولة بطريقة منهجية ملمة ومتكاملة خاصة بالنسبة للتطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى.

ولقد تناولت موضوع الاستحسان في فصلين لا غنى لأحدهما عن للثاني على النحو التالي:

الفصل الأول حقيقة الاستحسان وموقف علماء الأصول منه.

المبحث الأول: مفهوم الاستحسان وحجيته وضوابطه الشرعية وأركانه وأنواعه.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: حجية الاستحسان (أدلة المثبتين له).

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للاستحسان.

المطلب الرابع: أركان الاستحسان ومقوماته.

المطلب الخامس: أنواع الاستحسان.

المبحث الثاني: حقيقة الاستحسان عند الإمام الشافعي وسبب الخلاف فيه.

المطلب الأول: حقيقة الاستحسان الذي أبطله الإمام الشافعي.

المطلب الثاني: سبب الخلاف بين الإمام الشافعي والقائلين بحجية الاستحسان.
المطلب الثالث: حقيقة أخذ الإمام الشافعي بالاستحسان في بعض المسائل.
المطلب الرابع: أدلة المنكرين لحجية الاستحسان.
المطلب الخامس: ثمرات الاستحسان.

الفصل الثاني: التطبيقات الفقهية للاستحسان.

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى.

المطلب الأول: مسألة بيع الاستصناع (من مسائل الجمهور)
المطلب الثاني: مسألة وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان (من مسائل الإمام الشافعي)

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للإستحسان عند المعاصرين.

المطب الأول: مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها
المطلب الثاني: مسألة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج

الخاتمة.

ملخص البحث.

وأسأل الله تعالى أن يجعل هذه المذكرة من الأعمال المقبولة عنده، فما كان من توفيق فمن الله وحده، وما كان فيها من خطأ فمن نفسي، فسؤالي لربي أن يغفر لي، والحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول:

حقيقة الاستحسان وموقف علماء الأصول منه

المبحث الأول:

مفهوم الاستحسان وحجيته وضوابطه الشرعية وأركانه وأنواعه

المبحث الثاني:

حقيقة الاستحسان عند الإمام الشافعي وسبب الخلاف فيه

تمهيد:

لدراسة موضوع الاستحسان يجب بداية أن نحدد مفهومه لغويا واصطلاحا، ونتحرى أقوال العلماء في حجيته، ودراسة ضوابطه الشرعية، وكذا أركانه وأنواعه بالتفصيل لكي نلم به، مع عرض أسباب الخلاف في حجيته، كل هذه العناصر وأكثر سأتناولها في هذا الفصل؛ حقيقة الاستحسان وموقف علماء الأصول منه.

المبحث الأول:

مفهوم الاستحسان وحجيته وضوابطه الشرعية وأركانه وأنواعه

الاستحسان مصدر من مصادر التشريع المختلف فيها في الإسلام، وهو حجة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية الحنابلة، وفي هذا المبحث سأستعرض المفهوم اللغوي والاصطلاحي للاستحسان وآراء العلماء فيه وحجيته وضوابطه الشرعية وأركانه وأنواعه مع التمثيل لكل نوع.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا

لتعريف الاستحسان نحدد مفهومه اللغوي والاصطلاحي:

الفرع الأول: الاستحسان في اللغة:

مشتق من الحسن، قال ابن منظور :(والحسن ما حسن من كل شيء، فهو استفعال من الحسن، يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسيا كان هذا الشيء أو معنويا، وإن كان مستقبحا عند غيره).[1]

واستحسن الشيء أي اعتقد، عده حسنا[2]، والأحسن هو الأفضل، [3]ومثال ذلك قوله تعالى: {الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ **أَحْسَنَهُ**}، [سورة الزمر: 18].

الفرع الثاني: الاستحسان في الاصطلاح:

ذكر علماء الأصول تعريفات كثيرة للاستحسان ومنها:

1- من تعريفات المالكية:

- ابن العربي: (الاستحسان هو إيثار ترك مقتضي الدليل علي طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته). [4]

- ابن رشد: (الاستحسان هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس). [5]

2- من تعريفات الحنفية:

البزدوي: (الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص بقياس أقوى منه). [6]

وقال بعضهم:(هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه). [7]

---

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت711ه)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 ه، ج13، ص117.

[2] عمرو بن قميئة وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، بالقاهرة، ط2، 1382 ه، ج 1، ص174.

[3] عمرو بن قميئة وآخرون، المرجع السابق، ص174.

[4] محمد عبد اللطيف صالح فرفور، نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة، دار دمشق، سوريا، ط1، 1987م، ص61.

[5] محمد عبد اللطيف صالح فرفور، المرجع السابق ـ ص61.

[6] محمد عبد اللطيف صالح فرفور، المرجع السابق ص61.

[7] علاء الدين عبد العزيز البخاري (ت730 ه)، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، ط1، 1307 ه، 1890م، ج4، ص3.

3- من تعريفات الحنابلة:

ابن قدامى في كتابه روضة الناظر :(الاستحسان له ثلاثة معان:

إحداها: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة.

ثانيها: ما يستحسنه المجتهد بعقله.

ثالثها: دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه). [1]

وعرفه الطوفي في مختصره بقوله: (أجود تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص، وهو مذهب أحمد).[2] على تقدير كون الطوفي من الحنابلة

وعرفه الجصاص فقال: الاستحسان هو ترك القياس إلى ما هو أولى منه وذلك على وجهين:

الأول: ترك حكم إلى حكم هو أولى منه، لولاه لكان الحكم الأول ثابتا.

أما الوجه الثاني: فهو تخصيص الحكم مع وجود العلة.[3]

أما التعريف الذي يحقق المعني الذي قصده الأصوليون في هذا الأصل فهو تعريف أبو الحسن الكرخي وهو من علماء الحنفية بقوله: (هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول).[4]

ومن أمثلته ما قاله الإمام أحمد أنه يجب التيمم لكل صلاة استحسانا، والقياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث.

وقال الإمام الشوكاني: (وجعلوا من صور الاتفاق على القبول –أي قبول الاستحسان – قول من قال: أن الاستحسان العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه).[5] ومعنى ذلك أن الاستحسان هو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه، فهذا مقبول دون شك وغير مردود على من قال به.

4- ومن تعريفات بعض المعاصرين من الأصوليين:

الاستحسان في اصطلاح الأصوليين القائلين به (هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول). وهذا الدليل الشرعي المقتضي للعدول هو سند الاستحسان. [6]

---

[1] محمد عبد اللطيف صالح فرفور، المرجع السابق ـ ص61.

[2] الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم (ت716 ه)، شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، د م ن، ط1، 1407 ه – 1987م، ج3، ص197.

[3] الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت 370 ه)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط 2، 1414ه-1994م، ج4، ص234.

[4] شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه الميسر، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1429 ه -2008 م، ج1، ص478.

[5] الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت1250 ه)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي، ط1، 1419 ه-1999 م، ج 2، ص182.

[6] محمد عبد اللطيف صالح فرفور، المرجع السابق، ص 62-63.

وقد استخلص بعض العلماء المعاصرين من مجموع هذه التعريفات: أن المقصود من الاستحسان هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو استثناء مسألة جزئية عن أصلي كلي لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء، أو ذاك العدل.[1]

الفرع الثالث: الفرق بين القياس والاستحسان والمصالح المرسلة:

القياس كما عرفنا: هو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه، لاشتراكهما في علة الحكم، فالحالة هنا إمام واقعة ثابتة بنص أو إجماع، ثم إلحاق واقعة أخرى بها في الحكم للاشتراك في العلة الجامعة لهما. مثال: قياس النبيذ على الخمر في تحريم التناول لعلة الإسكار الموجود في كل منهما.[2]

أما الاستحسان فهو كما عرفنا أيضا: العدول عن حكم دليل إلى نظيره بدليل أقوى منه، كالعدول عن نص عام أو قياس إلى نص خاص، أو قياس خفي لدقة علته أو بعدها عن الذهن، لأن في ذلك مراعاة المصلحة أو دفع الضرر، مثل جواز عقد الاستصناع مع أن المعقود عليه معدوم حين انعقاد العقد.[3]

أما المصلحة المرسلة: فالمدار فيها على وجود وصف مناسب لتشريع الحكم عنده، ولكن لم يتعرض له الشرع بالاعتبار ولا بإلغاء، أي أنه ليس هناك نص ولا إجماع ولا قياس في المسألة المجتهد فيها، مثل: جمع القرآن في عهد أبي بكر وعثمان رضي الله عنهما.[4]

وبه يتبين أن القياس يجري في الوقائع التي لها نظير أو مماثل في النص أو الإجماع، وأن الاستحسان يجري في مسألة لها نظير ولكنها استثنيت من حكم لدليل يوجب ذلك، وأما المصلحة المرسلة: فإنها تطبق في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه، وإنما يثبت الحكم فيها ابتداء.[5]

المطلب الثاني: حجية الاستحسان (أدلة المثبتين له)

استدل المثبتون للاستحسان بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

الفرع الأول: من القرآن الكريم:

استدلوا بعدة آيات من القرآن الكريم، تدل على حجية الاستحسان -وجهة نظرهم -منها:

1-قول الله تعالى: {وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم}، [سورة الزمر: 55].

أ- ووجه الدلالة من الآية الكريمة:

[1] طاهر محمود، الاستحسان أنواعه وحكمه، جريدة باكستان الإسلامية، إسلام أباد، 10-2012، ص174.
[2] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق-دار الفكر المعاصر بيروت، ط 1، 1986م، ج 2، ص21.
[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص21.
[4] محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، ط 5، 1427ه، ص 233.
[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص21.

أن الآية الكريمة فيها أمر باتباع الأحسن، والأمر هنا للوجوب، إذ لا صارف له عنه في هذا المقام، فدل ذلك على أن الاستحسان حجة. قال ابن الحاجب: (والأمر للوجوب)[1]، فدل علي ترك بعض، واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهو معنى الاستحسان.

ب- مناقشة هذا الدليل:

وقد ناقش النافون لحجية الاستحسان الاستدلال بهذه الآية على النحو التالي:

قال الغزالي: (إن اتباع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة، فبينوا لنا أن هذا مما أنزل إلينا، فضلاً عن أن يكون من أحسنه، وهو قوله تعالى: {وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم}. ثم نقول: ونحن نستحسن إبطال الاستحسان، وألا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة، فليكن هذا حجة عليهم).[2]

ج- الرد على المناقشة:

والواقع أن هذا الاعتراض لا محل له، لأن الشأن في الذي يستحسن أن يستند إلى الأدلة الشرعية، وهذا ما يقول به المثبتون للاستحسان، وإلا لما كان لاعتبار أهلية النظر في الأدلة الشرعية معنى.

2 -قول الله تعالي في معرض المدح والثناء لعباده الصالحين: {فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ}، [سورة الزمر: 18].

أ- وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أنها ذكرت في مقام المدح والثناء على المتبعين لأحسن الأقوال، ولا يكون المدح إلا على شيء مأمور به.

قال الآمدي: (وجه الاحتجاج بالآية ورودها في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول)[3].

وقال السرخسي: (والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع ما هو أحسن)[4].

ب- مناقشة هذا الدليل

وقد ناقش ابن حزم الاستدلال بهذه الآية فقال: (وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل: فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال عز وجل: {فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ} وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم، ومن قال غير هذا فليس بمسلم، وهو الذي بينه الله -عز وجل-إذ يقول: {فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ

---

[1] البابرتي: محمد بن محمود بن أ حمد البابرتي الحنفي (ت 786)، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: ترحيب بن ربيعان الدوسري، مكتبة الرشد ناشرون، ط 1، 1426ه-2005م، ج2، ص42.

[2] أبو حامد الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505 ه)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، د م ن، ط 1، 1413ه-1993م، ج2، ص165.

[3] الامدي أبو الحسن: علي بن محمد الامدي، الاحكام في أصول الاحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي بيروت، ط 2، 1402ه، ج 4، ص 159.

[4] شمس الائمة السرخسي:محمد بن أحمد بن ابي سهل شمس الائمة السرخسي(ت 483ه)، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، د ط، د ت ن، ج 10، ص145.

إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ} [سورة النساء: 59]. ولم يقل تعالى: {فردوه إلى ما تستحسنون})[1].

ج- الرد على المناقشة:

واعتراض أبن حزم هنا لا وجه له، لأنه ليس هناك مسلم علي وجه البسيطة ينكر أن القرآن والسنة هما مصدرا التشريع الإلهي، باعتبارهما يمثلان الوحي المتلو، وغير المتلو، وإذا كان الاستحسان المستند إلى دليل نوعاً من أنواع الرأي والاجتهاد، فلا معنى للاعتراض عليه، لأنه في الحقيقة ونفس الأمر إنما يرد ما يستحسنه إلى القرآن والسنة، لا إلى الهوى والتشهي، فلا وجه للحمل على القائلين به.

3-قول الله -تعالى -خطاباً لموسى عليه السلام: {وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا}، [سورة الأعراف: 144].

أ- وجه الدلالة من الآية الكريمة:

فقد دلت الآية الكريمة على أن قوم موسى الذين كانوا مأمورين باتباع الأحسن، مع وجود ما هو حسن والجمهور على أن شرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد ما ينسخه بل جاء في شرعنا ما يؤيده، وهو الآيات السابقة [2].

وغيرها من الآيات التي استدل بها المثبتون لحجية الاستحسان

الفرع الثاني: من السنة:

كما استدل المثبتون للاستحسان بأحاديث كثيرة أهمها:

1-قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[3].

أ- وجه الدلالة:

فقد دل الحديث الشريف على أن ما يراه المسلمون بعقولهم حسنا، فهو عند الله تعالى كذلك، وهذا يدل على حجية الاستحسان[4].

ب- مناقشة الدليل:

وقد ناقش العلماء الاستدلال بهذا الحديث على النحو التالي:

فقال عنه ابن الحاجب:(المسلمون صيغة عموم، فالمعنى ما رآه جميع المسلمين حسنا، فيتناول إجماع جميع أهل الحل والعقد، لا ما رآه كل واحد حسنا، وإلا لزم حسن ما رآه آحاد العوام، حسنا، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله، لأن الإجماع لا يكون إلا علي دليل)[1].

---

[1] ابن حزم: أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم (ت 456ه)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د ط، د ت ن، ج 7، ص993.

[2] إسماعيل عبد الحميد أبو المكارم، الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي، دار المسلم، القاهرة، د ط، 1983، ص248-249.

[3] أخرجه احمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي (ت241ه) في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله ابن مسعود، رقم الحديث: 3600، مسند الإمام احمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-عدل مرشد وآخرون، مؤسسة الرسالة، د م ن، ط1، 1421ه-2001م، ج6، ص84.

[4] الآمدي: علي بن محمد الآمدي، الأحكام في اصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي: بيروت، ط 2، 1402ه، ج3، ص202.

كما ناقش الغزالي الاستدلال بهذا الحديث من عدة أوجه:

الأول: أنه خبر آحاد، فلا تقوم به الحجة.

ثانياً: أن المراد به ما رآه جميع المسلمين[2]، كما قال أبن الحاجب.

كذلك ناقش ابن حزم الاستدلال بهذا الحديث بنحو ما ناقشه به ابن الحاجب والغزالي، ثم قال: ونحن نقول لمن قال بالاستحسان: ما الفرق بين ما استحسنت أنت واستقبحه غيرك؟ وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الأخرى، وهذا مالا انفكاك منه وبالله التوفيق[3].

ج- الرد على المناقشة:

ويمكن رد ما اعترض به الغزالي بأن خبر الآحاد حجة عند جمهور الأصوليين، وبخاصة إذا تقوى بقرائن خارجية، وهذا متحقق فيما نحن فيه، فقد دلت الآيات السابقة على حجية الاستحسان كما دل على ذلك الوقوع في كثير من مسائل الفقه المختلفة.

كما يمكن رد ما قاله في الوجه الثاني، وكذلك ما قاله ابن الحاجب، بأن حمل الحديث على الإجماع خلاف الظاهر، فحمله عليه بعيد.

وينبغي أن يكون معلوما أن ابن حزم إنما يأخذ بظواهر النصوص – كما هو معروف حتى إنه يخالف في حجية القياس، الذي يقول به جمهور المسلمين. فإنكاره للاستحسان من باب أولى.

ومن هنا كان حمله على القائلين بالاستحسان مبنياً على أصول مذهبه المتقدم، وفي هذا ما فيه.

الفرع الثالث: الإجماع:

كذلك استدلوا على حجية الاستحسان، بالإجماع، حيث قالوا: أجمعت الأمة على جواز دخول الحمام من غير تقدير أجرة، وعوض الماء، ومدة اللبث،

وكذلك الشرب من يد السقاءين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب وقدره، وجواز بيع السلم مع أن المعقود عليه معدوم عند العقد، والحكم بصحة الصوم وبقائه مع الأكل والشرب ناسيا، وغير ذلك من الأحكام الفقهية التي أجمع المسلمون على جوازها، أخذاً من مبدأ الاستحسان[4].

---

[1] عضد الدين الايجي: عضد الدين عبد الرحمان الايجي، (ت756)، شرح مختصر المنتهى الاصولي للإمام ابي عمرو عثمان ابن الحاجب المالكي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1424ه-2004م، ج 2، ص279.

[2] أبو حامد الغزالي، المرجع السابق، ج2، ص 137-138.

[3] ابن حزم، المرجع السابق، ج8، ص994.

[4] الآمدي، المرجع السابق، ص 203.

أ- مناقشة هذا الدليل:

وقد ناقش الآمدي دليل الإجماع فقال: (... وعن الإجماع على الاستحسان ما ذكروه، لا نسلم أن استحسانهم لذلك هو الدليل علي صحته، بل الدليل ما دل على استحسانهم له، وهو جريان ذلك إلى زمن النبي

صلى الله عليه وسلم مع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك)[1].

ب- الرد على المناقشة:

ويمكن رد مناقشة الآمدي لدليل الإجماع؛ بأن مقصود القائلين بأنه ثبت بالاستحسان، أنه ثبت بالاستحسان المستند إلى دليل، فالحكم ثابت بالدليل الذي استحسنه واجتهد فيه المجتهد.

كما اعترض الغزالي عليه بقوله: والجواب من وجهين:

(الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم مع معرفته به وتقريره عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب والمصبوب في الحمام وتقدير مدة المقام والمشقة سبب للرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل؛ إذ قرينة حاله نزل علي طلب العوض فيما بذله في الغالب وما يبذل له في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء، فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة وترك الماسكة في العوض، وهذا مدلول عليه من الشرع وكذلك داخل الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقينة حال الحمامي، ثم ما يبذله إن ارتضى به الحمامي واكتفى به عوضاً أخذه وإلا طالبه بالمزيد إن شاء، فليس هذا أمرا مبدعا ولكنه من قياس والقياس حجة)[2].

الفرع الرابع: المعقول:

في بعض الوقائع قد يؤدي اطراد القياس، أو استمرار العموم، أو تعميم الكلي، إلى تفويت مصلحة الناس، فمن المعقول بل والعدل والرحمة بهم أن يفتح للمجتهد باب العدول في مثل هذه الوقائع إلى ما يحقق المصلحة، ويدفع المفسدة، دون إخلال بمقاصد الشريعة وقواعدها وهذا العدول هو الاستحسان.

هذه هي أهم الأدلة التي تمسك بها القائلون بأن الاستحسان حجة، وهي كما نرى قوية، لكنها لم تسلم من المناقشات والاعتراضات، كما سيأتي في المبحث الثاني للفصل الأول ولو وقف كل منهما على مقصد الآخر لاتفقت وجهتهما.

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للاستحسان

الضوابط الشرعية للاستحسان هي الضوابط التي يجب على المجتهد مراعاتها عند اعماله للاستحسان في مسألة شرعية ما، وهي ستة(6) ضوابط كالآتي:

---

[1] الآمدي، المرجع السابق، ص203.

[2] أبو حامد الغزالي، المرجع السابق، ص248.

-الضابط الأول: أن يكون الاستحسان معتدا به عند قبح القياس أو عدم صلاحية الحكم الأصلي الاجتهادي للتطبيق فقط، بهاذين الشرطين يقوم الضابط الأول للاستحسان، فلا يعتد بالاستحسان عندما يكون القياس صالحا للمسألة الشرعية لدى المجتهد، أو عندما يكون الحكم الاجتهادي الأصلي صالحا للتطبيق، إذا الاستحسان في حقيقة الأمر جنوح نحو العدالة، اي ميل المشرع إلى روح العدل وهو معنى ما قاله ابن القيم: (فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه)[1].

-الضابط الثاني: أن يندرج الحكم الاستحساني تحت أصل من أصول التشريع العامة، وهذا الضابط لا يختص به الاستحسان فقط بل هو ضابط عام لكل اجتهاد أو رأي في الدين.

-الضابط الثالث: أن يحقق الحكم الاستحساني مقصدا من مقاصد الشريعة العامة من درئ المفاسد وجلب المصالح ودفع الضرر ورفع الحرج، فاستحسان الذي لا يحقق المقصد العام للتشريع لا يعتد به.

-الضابط الرابع: ألا يصادم الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة أو نصا محكما من الكتاب أو السنة المتواترة أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة، ولعل هذا الضابط أشد الضوابط لزوما وأعظمها خطرا في الفقه الإسلامي، فمتى ما صادف الاستحسان ما ذكرت يبقى مرفوضا ولا يكون حكما شرعيا لله تعالى.

-الضابط الخامس: ألا يؤدي الحكم الاستحساني إلى ذريعة فساد، وقاعدة مقدمة الواجب معلومة، إذن ما أدى الى شيء أخذ حكمه، وكل ما أدى إلى صلاح فهو صلاح وكل ما أدى الى فساد فهو فساد والحكم الاستحساني معتبر مالم يؤد إلى ذريعة فساد وإلا فسيكون مردودا.

-الضابط السادس: أن يكون المستحسن هو المجتهد فقط، والاستحسان صادر منه دون غيره، فبما أن الاستحسان هو عدول المجتهد، فهذا العدول يجب أن يكون صادرا عن المجتهد المطلق سواء كان مستقلا أو منتسبا، واختلف في مجتهد المذهب، والذي يركن ليه ويطمئن القلب له أن مجتهد المذهب يحق له الاستحسان كالمجتهد المطلق بشروطه، لأن المجتهد المطلق في هذه الأعصر يكاد يكون منعدما فيتعطل الاستحسان مصدرا من مصادر التشريع فيقوم مجتهد المذهب بهذه المهمة تخريجا على استحسانيات إمامه واقتداء به في ذلك.

المطلب الرابع: أركان الاستحسان ومقوماته

لقد اعتاد الأصوليون على بيان أركان القياس وشروطه ومسالك العلة وإلى غير ذلك، إلا أنهم لم يصنعوا ذلك مع الاستحسان، بل انشغلوا في البحث في حجيته ومدى صلته بالرأي المحض والهوى.

لكن ذلك لا يعني أن الاستحسان لا أركان له، ولا شروط تشكل المقومات التي يستند عليها المجتهد عند استثماره للاستحسان في الحكم على المسائل، بل له مقومات أربع (4) هي :

[1] ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية(ت751ه)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، د ط، د ت ن، ص13.

- المقوم الأول: المسالة الاستحسانية

وهي الواقعة التي ينظر فيها المجتهد باحثا عن حكم الشرع فيها مستخدما مصدر الاستحسان، وقد تكون هذه المسألة قضية مستجدة من عصر المجتهد، أو مسألة على عهد الرسالة، فليس الاستحسان مصدرا للقضايا المستجدة وحسب. بل من أنواعه ما كان على عهد الرسالة كاستحسان النص.

- المقوم الثاني: حكم القياس

والقياس في الاصطلاح الأصولي له عدة استعمالات أحدها بمعنى المصدر الرابع في التشريع، والثاني بمعنى الحكم الشرعي الكلي أو القاعدة العامة، إذ من المعلوم أن الشريعة تنظم شؤون مكلفيها بأنماط متعددة منها أحكام شرعية كلية كحرمة بيع المعدوم، أو بقاعدة عامة كمنع الضرر. ويسمى مثل ذلك قياس الشريعة وسننها، وهذه الأمور ما غدت كذلك إلا بتوارد الأدلة عليها من النقل والعقل الصحيح.

بيد أن تطبيق مثل هذه الأقيسة على كل الحالات والصور الداخلة في المسمى قد يفضي في بعض الحالات إلى نقيض مقصود الشارع مما يستلزم استثناء هذه الحالة أو تلك من حكم القاعدة العامة، وهو المقصود هنا بالاستحسان، ولذا وجدنا الحنفية يسمونه عدولا، والمالكية والحنابلة يسمونه تركا للقياس والقاعدة العامة.

فمن الأهمية بمكان التنبيه على **اتفاقهم على معيار حقيقة الاستحسان** فإن الأصوليون لا سيما الحنفية والمالكية، وإن تعددت تعريفاتهم للاستحسان، إلا أن الجميع متفق على أن معيار حقيقة الاستحسان: ترك الدليل سواء كان نصا، أم قياس علة، أو القياس بمعنى القاعدة العامة والذي ما كان كذلك إلا بتعاضد النصوص على تقرير هذه القاعدة. فالاستحسان عبارة عن تخصيص الحكم مع وجود العلة، فإنه متى وجب حكم لمعنى من المعاني قد قامت الدلالة على كونه علما للحكم، وسميناه علة له، فإن إجراء ذلك الحكم على المعنى واجب حيثما وجد، إلا موضعا تقوم الدلالة فيه على أن الحكم غير مستعمل فيه مع وجود العلة التي من أجلها وجب الحكم في غيره، فسموا ترك الحكم مع وجود العلة استحسانا. وقد يترك(حكم) العلة تارة بالنص، وتارة بالإجماع، وتارة بقياس آخر يوجب في الحادثة حكما سواه، وإلحاقها بأصل غيره.

فليس الاستحسان أصلا تشريعيا فيما لا نص فيه بل هو بما فيه النص، إذا ان أعمال النص، أو القياس المبني على العلة المستنبطة منه، أو حتى أعمال القاعدة العامة لأحكام تشريعية خاصة وهي الثابتة بالنصوص، أو الإجماع قد لا يعود يحقق الحكمة المقصودة والمصلحة المرجوة، وليس المهم تطبيق النص، أو القاعدة كيفما اتفق، بل بما يكفل تحقيق إرادة الشارع.

بيد أن الحكم بأن هذا النص، أو قياسه، أو هذه القاعدة العامة لا تحقق المقصود للشارع في حالة ما، لا يمكن أن يكو بناء على الهوى والتشهي-وإن كان لفظ الاستحسان قد ينبئ بذلك-

بل لابد لهذا الترك من أدلة ترجح هذا التحول في الحكم. وهي في الحقيقة أنواع الاستحسان ومستنداته المخصصة لهذه الأصول النقلية، والتي في أعمالها تحقيق الحكمة المقصودة. [1]

- المقوم الثالث: العلة الاستحسانية

ويقصد بها ذلك المعني المناسب الذي يقدر المجتهد وجوده في المسألة الاستحسانية مما يستلزم استثناؤها من حكم القياس. وهذه العلة ليست وصفا ظاهرا؛ بل هي معنى خفي يحتاج إلى نظر وتأمل المجتهد للوصول اليه، ولهذا اقترن الاستحسان بالقياس الخفي عند الحنفية.

وهذه العلة مناسبة من حيث تحقيقها لمقاصد الشارع تجعل إناطة الحكم بها لا حكم قياس هو المحقق لمقصود الشرع.

قد يكون للعلة الاستحسانية في الشروط والمسالك تصفيات خاصة، لكن يبقى شأنها شأن أنواع أخرى من العلل من حيث تحقق الشروط الأساسية، فكذلك العلة الاستحسانية يجب أن تحقق الحد الأدنى من الشروط والسلامة من القوادح، بما يكفل إطلاق صفة العلية عليها حالها حال جميع أنواع العلل.

- المقوم الرابع: مستند الاستحسان

وهو الدليل الذي يعتمد عليه المجتهد عند استثناءه للمسألة الاستحسانية من حكم القياس بناء على تقديره وجود معنى مناسب، وحتى يكون هذا الاستثناء تشريع منضبطا لا بالرأي المحض.

ومستندات الاستحسان هي التي عول عليها القائلون به عند قولهم بحجيته؛ لأنها في المجمل عبارة عن أصول التشريع المتفق عليها.

وخاصية **استناده الاستحسان لأدلة شرعية** بقدر ما تضفي على الاستحسان صفة الأصالة في التشريع؛ فإنها قد أثارت نزاعا فيما يعد استحسانا أم أخذا بأدلة شرعية أخرى، مفضيا ذلك إلى الوصول لفرضية: أن من أنكر الاستحسان قد أنكر الأخذ بالأدلة.

المطلب الخامس: أنواع الاستحسان

قلنا في تعريف الاستحسان انه هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول، لوجه يقتضي التخفيف. وبما أن التخفيف عندهم ليس منضبطا فإنهم لجؤوا إلى وسائل تضبط لهم ذلك فنوعوا الاستحسان بحسبها، وقد ذكرت للحنفية خمسة(5) أنواع من الاستحسان وهي:

- الاستحسان بالنص.
- الاستحسان بالإجماع.

[1] رائد نصري أبو مؤنس، "مقومات منهجية التشريع بالاستحسان عد الأصوليين-دراسة تحليلية-"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 01 -2014، ص454.

-الاستحسان بالضرورة.
-الاستحسان بالقياس الخفي.
-الاستحسان بالعرف.

وأضاف أبي حسن الكرخي نوع آخر من الاستحسان وهو الاستحسان باتباع قول الصحابي[1]. فبذلك تكون أنواع الاستحسان عند الحنفية ستة(6).

وأما المالكية فقد ذكر ابن العربي المالكي أربعة(4) أنواع للاستحسان عند المالكية[2]، وهي:

-ترك مقتضى الدليل للعرف.
-ترك مقتضى الدليل لإجماع أهل المدينة.
-ترك مقتضى الدليل للمصلحة.
-ترك مقتضى الدليل لرفع المشقة، وإيثار التوسعة، في اليسير لتفاهته.

وذكر الشاطبي نوعا خامسا عند المالكية، هو الاستحسان بمراعاة الخلاف[3].فبذلك تكون أنواع الاستحسان عند المالكية خمسة(5).

إذن أنواع الاستحسان المشهورة عند الحنفية والمالكية هي ثمانية(8) أنواع، وإذا أضفنا اليها الاستحسان باتباع قول الصحابي عند الحنفية، والاستحسان بمراعاة الخلاف عند المالكية، تصبح الأنواع عشرة(10) تعود جميعها إلى جلب مصلحة أو دفع ضرر أو التخفيف أو التيسير أو رفع الحرج أو إزالة المشقة أو غيرها. وهذه الأنواع بالتفصيل والتمثيل هي كالآتي:

الفرع الأول: الاستحسان بالنص

هو ترك الحكم الذي يقتضيه القياس أو النص العام، والعمل بمقتضى النص الخاص[4]، أو هو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل من الكتاب أو السنة، وهو يشمل كافة الصور التي استثناها الشارع من حكم نظائرها. ولهذا فقد أطلق عليه بعض العلماء اسم استحسان الشارع، وأطلق على ما عداه اسم استحسان المجتهد، لكونه ثابتا بتحري المجتهد وتقصيه وتعرفه على العلل والأسباب و الحكم الشرعية، ولكثير من العلماء نزاع في تسمية هذا النوع من الاستثناء استحسانا، لأن الأحكام الشرعية فيه لم تثبت به وإنما بالنصوص الشرعية نفسها، فتسميته استحسانا هي حشر للشيء في غير موضعه، ولا نزاع في أن الأحكام الثابتة بالاستحسان بالنص إنما أثبتتها النصوص نفسها ولكن يبدو أن علماء الحنفية وغيرهم ممن أخذوا 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

[1] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان حقيقته -أنواعه -حجيته وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد-ناشرون، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428ه-2007م، ص 58.

[2] أبو بكر ابن العربي: القاضي محمد ابن عبد الله أبو بكر ابن العربي (ت 543 ه)، تحقيق: حسين علي اليدري-سعيد فودرة، دار البيارق، عمان، ط1، 1420ه-1999 م، ص131.

[3] الشاطبي، المرجع السابق، ج2، ص 125.

[4] عياض السلمي: عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدميرية، الرياض-المملكة العربية السعودية، ط11426ه-2005م، ص195.

بالنصوص، كما لا يبرر سلب حق العلماء في جمع المتشابهات والتوفيق فيما بينها وإعطاءهم اسم نظرية ما . والاستحسان كاستحسان لم يثبت به شيء لأن الإثبات للأحكام واقع بوجوه الاستحسان، لا بالاستحسان نفسه، سواء كانت تلك الوجوه نصا أم إجماعا أم مصلحة أم عرفا أم غير ذلك[1].

والنصوص الشرعية التي وقع بها الاستحسان لا تخرج عن أن تكون قرآن أو سنة إذ لا يصلح غيرها من النصوص أن تكون دليلا معارضا للأقيسة والقواعد الشرعية المقررة. وأما قول الصحابي فهو من الأمور غير المتفق على حجيتها. [2]

والاستحسان بالنص قد يكون بسبب الضرورة أو الحاجة أو غيرها من الأمور التي تعود إلى فروع أخرى من الاستحسان. فإفرادها عن أن تلحق بتلك الفروع هو بسبب أن ثبوتها هنا جاء عن طريق التنصيص الشرعي، بينما ثبوتها في الفروع الآخر جاء عن طريق الاجتهاد.

ومن أمثلة ذلك:

1- مثال الاستحسان بالنص من الكتاب:

العدول عن مقتضى العموم في قوله تعالى: {**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**}، [سورة البقرة: 233]. إلى تخصيص الأم الرضيعة المنزلة التي ليس من شان مثلها إن ترضع ولدها، من هذا الحكم الذي اقتضاه العموم، كما ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله تعالى.[3]

إباحة أكل الميتة للمضطر بقوله تعالى: { **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** }، [سورة المائدة : 3] وقوله تعالى:{ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** }[سورة البقرة : 173] [4] ،فالاستثناء ورفع الحرج هنا واضح.

2- مثال الاستحسان بالنص من السنة:

إن القياس أو القاعدة الثابتة عدم جواز بيع المعدوم لقوله: صلى الله عليه وسلم **" لا تبع ما ليس عندك"**[5]. غير أن السلم، وهو بيع ما ليس عند الإنسان، قد رخص فيه بالنص، فاستثنى به حكم أمثاله. قال ابن العباس: قدم النبي صلى الله عيه وسلم المدينة وهم يسلفون الثمار السنة

---

[1] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص85-86.

[2] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص86.

[3] طاهر محمود، المرجع السابق، ص175.

[4] نظر: في الاضطرار أيضا سورة الانعام:119 و145، والنحل 115.

[5] أخرجه الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي (ت279ه) في سننه، وقال: "حديث حسن صحيح"، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1232، سنن الترمذي-الجامع الكبير-، تحقيق، عواد بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م، ج2، ص514.

والسنتين فقال: **"من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم"**[1]. وقد صرح الفقهاء بأن الحكمة من شرعيته هي شدة الحاجة إليه[2].وأنه شرع لأجل ما فيه من مصلحة، وأن كان على خلاف القياس.[3]

الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع:

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل الإجماع.

ومن أمثلة ذلك: دخول الحمام من غير تعيين الأجرة وتقدير للماء المستهلك، ومدة المكث فيه، فالقاعدة العامة تقضي عدم جواز ذلك لما فيه من الجهالة، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة، للإجماع الثابت على الجواز لتساهل الناس عادة في أمثال تلك الأشياء، فسند الاستحسان هنا هو الإجماع[4].

الفرع الثالث: الاستحسان بالقياس الخفي:

ويسمى الاستحسان بالقياس الخفي[5]، وهو المشهور في كتب الأصول، ويقصد به:(ما كان فيه الفرد مترددا بين أصلين في كل منهما حكم ثابت شرعا، وقد أخذ شبها من كل منهما، فيلحق بأقربهما شبها له لدلالة توجبه)[6]. أو هو أن يترك العمل بمقتضى القياس (الضعيف سواء كان ظاهرا أو خفيا) لدليل القياس الخفي القوي الأثر. وقد صوره السرخسي بانه قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره، والآخر خفي قوي أثره فيسمى استحسانا، أي قياسا مستحسنا، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح، فيقدم الاستحسان الذي قوي أثره على القياس الذي ضعف أثره.[7]

مثال ذلك:

1-حقوق الري والعرف والمرور لا تدخل في وقف الأرض الزراعية تبعا بدون ذكرها قياسا، وتدخل استحسانا.

2-جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه الخير، فقد جازت هذه الوصية استحسانا، والقياس عدم الجواز، وكذلك وقفه على نفسه جاز استحسانا، والقياس عدم الجواز.[8]

الفرع الرابع: الاستحسان بالضرورة:

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل الضرورة

ومن أمثلة ذلك:

---

[1] أخرجه الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي (ت279ه) في سننه، وقال: "حديث حسن صحيح"، باب ما جاء في السلف في الطعام والثمر، رقم الحديث: 1311.سنن الترمذي-الجامع الكبير، تحقيق، عواد بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م، ج2، ص579.

[2] المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت 593 ه)، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، لبنان، د ط، د ت ن، ج 1، ص87.

[3] المرغيناني، المرجع السابق، ص 87.

[4] طاهر محمود، المرجع السابق، ص176.

[5] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص64.

[6] أبو بكر الرازي الجصاص: احمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت 370 ه)، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، 1414ه – 1994م، ج 4 ص234.

[7] علاء الدين عبد العزيز البخاري، المرجع السابق، ص6.

[8] طاهر محمود، المرجع السابق، ص175.

1-جواز عقد الإجارة فإنه ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك فان العقد على المنافع بعد وجودها لا يتحقق، لأنها لا تبقى زمانين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام الإجارة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك[1].

2-والعفو عن رشاش البول استحسانا بالضرورة، ودفعا للحرج عن الناس.

الفرع الخامس: الاستحسان بالعرف

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل العرف

ومن أمثلة ذلك: جواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه كالكتب، والأواني وغيرها على مذهب بعض العلماء، عدلا عن الأصل العام في الوقف إلى جريان العرف به استحسانا، والأصل فيه أن يكون الوقف مؤبدا، فهذا لا يصح إلا في العقار غير المنقول.

الفرع السادس: الاستحسان بالمصلحة:

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل العرف

مثاله ذلك: تضمين الأجير المشترك وهو الذي لا يعمل لشخص بعينه بل يقدم خدمة لكل من يحتاج مقابل أجرة معينة كالصباغ والغسال والخياط. ما يهلك عنده من أمتعة الناس، فإن القياس يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي، أو بالتقصير، لأنه أمين، فالأصل أن الغسال إذا أعطي الثوب ليغسله فتلف عنده من غير تفريط لا ضمان عليه، لأن هذا مقتضى عقد الإجارة، ولأنه قبضه بإذن صاحبه فهو مؤتمن عليه، ولكنهم عدلو عن مقتضى ذلك القياس وقالوا يضمن ما تلف عنده إلا أن يكون تلف بقوة قاهرة ظاهرة كالحريق ونحوه[2]، ووجوب الضمان على ما تلف عنده استحسانا رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم.

وسند هذا الاستحسان هو المصلحة، بالمحافظة على أموال الناس من الضياع والهلاك، نظرا لكثرة الخيانة بين الناس وقلة الأمانة. ولو لم يضمن الأجير لامتنع كثير من الناس دفع امتعتهم إليه خوفا عليها من الضياع والتلف أو الخيانة وبذلك تتعطل مصالح الناس وهذا مما لا يرضاه الدين.

الفرع السابع: الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته:

وقد جعله ابن العربي المالكي واحدا من أنواع الاستحسان وسماه الاستحسان بترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته. والجزئيات في هذا النوع تخرج عن القياس كونها يسيرة وتافهة، فيكون إخضاعها لحكم القياس أو القاعدة جالبا للمشقة، فإيثارا للتوسعة على الخلق ورفعا للحرج عنهم تساهلوا فيها[3].

ومثال ذلك: العفو عن النجاسات التي لا يدركها البصر.

---

[1] طاهر محمود، المرجع السابق، ص176.

[2] عياض السلمي، المرجع السابق، ص196.

[3] ابن عابدين: محمد أمين (ت 1252ه)، حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 2، 1386ه، 1966م، ج1، ص323.

الفرع الثامن: الاستحسان بمراعات الخلاف

وقد ذكر بعض العلماء أنه من أنواع الاستحسان وأنه أصل في مذهب مالك، وتنبني عليه مسائل كثيرة، ويعني ذلك: تصحيح التصرف المخالف، بعد الوقوع أو فوات الأوان[1].

مثال ذلك: تكبيرة الإحرام إذا نسيها المصلي وكبر للركوع، وكان مع الإمام، فعليه أن يستمر مع الإمام ولا يقطع صلاته، مراعاة لخلاف من قال: أن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام، لأنه بعد دخوله في الصلاة، تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، وهو قوله تعالى: **{وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ}**، [سورة محمد:33] المرجح لدليل المخالف المقوي له[2].

وأما الحنفية وإن لم يصرحوا بهذا النوع من الاستحسان في كتبهم الأصولية، إلا أننا نجد في تعليلاتهم ما هو من قبيله. ومثال ذلك أنهم قالو في السفيه المحجور عليه: أنه لو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا. مع أن القياس يمنع منها لأنها تطوع فصارت كالحج تطوعا[3].

وأما الشافعية فإنهم وإن كانوا يرفضون الاستحسان، أصلا، إلا أنهم ممن يأخذ بمراعاة الخلاف ومن قواعدهم (الخروج من الخلاف مستحب)، ومما ذكروه من فروعها عندهم كراهة صلاة المنفرد خلف الصف، خروجا من خلاف من أبطلها[4].

ووجه التخفيف ورفع الحرج في هذا النوع من الاستحسان متأت من أن تسويغ أمر بسبب وجود مذهب آخر يقول به، هو أكثر يسرا وسهولة للفرد من أن يلتزم بوجه واحد من القول[5].

من خلال دراسة أنواع الاستحسان وفهمنا لها من خلال الأمثلة يتضح لنا ان هذه الأنواع كلها تعود في أغلبها على الأمة بجلب مصلحة أو دفع ضرر رفع مشقة أو إزالة حرج أو تيسير أو تخفيف.

---

[1] الشاطبي، المرجع السابق، ص127

[2] محمد الأمين ولد محمد سالمبن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، د ط، 2002، ص 92،

[3] لزيلعي: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت 1021ه)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط 1، 1314ه، ج 5، ص 197.

[4] السيوطي: جلال الدين عبد الرحمان السيوطي (ت 911ه)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط 1، 1403ه، 1983م، ص152.

[5] طاهر محمود، المرجع السابق، ص 126.

المبحث الثاني:

حقيقة الاستحسان عند الإمام الشافعي وسبب الخلاف فيه

كان الإمام الشافعي رحمه الله تعالى من أول المنكرين للاستحسان، حيث قال مقولته الشهيرة عن الاستحسان (من استحسن فقد شرع)، أي أنه قد أضاف شيء إلى شرع الله، فما الذي قصده الإمام الشافعي بمقولته؟ وما حقيقة إنكار الشافعي للاستحسان؟ هذا ما سأجيب عنه في هذا المبحث.

المطلب الأول: حقيقة الاستحسان الذي أبطله الإمام الشافعي

انقسم الأصوليون في حقيقة موقف الإمام الشافعي تجاه الاستحسان إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول :إن الإمام الشافعي أنكر الاستحسان بالكلية إنكارًا قاطعًا.[1]

القول الثاني :إن الإمام الشافعي إنما أنكر الاستحسان المبني على التلذذ والهوى والتشهي المفتقر للدليل.[2]

القول الثالث :إن الإمام الشافعي لم ينكر الاستحسان، وفسَّروا كلامه: "من استحسن فقد شرع"، بأنها مبالغة في المدح، وأن المستحسن بمنزلة نبي ذي شريعة؛ وهذا القول غريب جدًّا.[3]

والقول الراجح والصحيح من هذه الأقوال ما ذهب إليه القول الثاني، وهو إنكار الاستحسان بلا دليل المبني على التلذذ والهوى والتشهي، وهذا الاستحسان يرفضه حتى القائلين بالاستحسان.

وقال عبد العالي الأنصاري: (إن أريد به ما يعدُّه العقل حسنًا فلم يقل بثبوته أحدٌ، وإن أريد به ما أردناه نحنُ، فهو حجةٌ عند الكل، فليس هو أمرًا يصلح للنزاع)[4].

وقد قال البغوي: (الاستحسان نوعان: واجب بالإتفاق؛ وهو أن يكون بدليل من: الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس. والنوع الثاني :استحسان على مخالفة الدليل؛ وهو أن يكون الشيء محظورًا بدليل شرعي، وعادة الناس إباحته؛ فلا يجوز المصير إلى العادة).[5]

المطلب الثاني: سبب الخلاف بين الإمام الشافعي والقائلين بحجية الاستحسان

السبب الرئيسي لهذا الخلاف يكاد يكون سببًا واحدًا، وهو الاختلاف في معنى الاستحسان وحقيقته، وكان لعدم استقرار مصطلح الاستحسان في المعنى المراد منه الأثر الأكبر في هذا الاختلال الحاصل في الأخذ به، ورفضه، ومن تلك المعاني التي تطلق على

---

[1] الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي، كتاب الرسالة، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة: دار الوفاء، ط1، 2001م، ج1، ص236.

[2] البخاري :علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، ج4، ص4، 5.

[3] اللكنوي: عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، د ط، 2002م، ج2، ص171.

[4] اللكنوي، المرجع السابق، ج2، ص171.

[5] البغوي: محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997م)، ج8، ص179.

الاستحسان ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبحًا عند غيره، ويطلق كذلك على فعل الواجب المأمور به في الشرع، أو العمل بغلبة الرأي لدى المجتهد، أو تقديم الدليل الشرعي، أو العقلي، وهي معاني معقولة ومقبولة؛ ويأتي كذلك من معانيه الاستحسان بلا دليل بما ينقدح في ذهن، أو قلب المجتهد، ويأتي بمعنى تقديم أقوى الدليلين، كما مر معنا في تعاريف الاستحسان المختلفة.[1]

المطلب الثالث: أدلة المنكرين لحجية الاستحسان ومناقشتها

سبق أن قلنا: إن الإمام الشافعي هو أول من رفض الاستحسان ورفض العمل به، وتبعه على ذلك من، تبعه وممن تشدد لإنكار الاستحسان ابن حزم الظاهري، حيث أورد العديد من الأدلة النقلية والعقلية التي تنفي حجية الاستحسان.

ومن الأدلة على ذلك:

أولاً: أن الشريعة الإسلامية إما نص من كتاب أو سنة وإما حمل عليهما، والاستحسان ليس واحداً منها لأنه إن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم وهذا باطل[2]. قال تعالى: **{أَيَحْسَبُ الإنسان أَن يُتْرَكَ سُدى}**، [سورة القيامة: 36].

فالاستحسان الذي لا يكون مبنياً على قياس صحيح ولا على نص يكون مناقضاً لظاهر هذه الآية، ولقوله تعالى: **{.... اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً}** [سورة المائدة: 03].

ثانياً: أن هناك الكثير من الآيات التي تأمر بطاعة الله تعالى وطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم، ورد الأمور المتنازع فيها إلى كتاب الله تعالى وإلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته وإلى سنته بعد مماته[3]، قال تعالى: **{يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وأولي الأمر مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخر}** [سورة النساء: 59].

والاستحسان لا هو كتاباً ولا سنة ولا ردًّا إليهما، وإنما هو أمر زائد عليهما، فلا يكون مقبولا.

ثالثاً: أنه لو كان جائزا الحكم اجتهاداً بغير الكتاب أو السنة أو القياس عليهما لجاز الاستحسان بغير ذلك أيضا وهذا باطل.

قال الإمام الشافعي:(وأن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله، ثم قال: أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك لأنه إذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالاجتهاد فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس، ثم يقول: ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول

[1] الآمدي: سيف الدين أبي الحسن علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 2002م، ج2، ص317.

[2] محمد الجيماز، المسائل التي قال الإمام الشافعي فيها بالاستحسان، مجلة المرقاة المحكمة، فلسطين، العدد 7، 27-08-2022، ص84.

[3] محمد الجيماز، المرجع السابق، ص85.

إلا من جهة علم مضى قبله وجهة العلم بعد الكتاب والسنة بالإجماع والآثار وما وصفت من القياس عليها)[1].

وقال في الأم: (وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة)[2].

رابعاً: أنه لو جاز للمجتهد أن يقول بعقله استحساناً فيما ليس فيه خبر لجاز لغيره من العوام أن يقولوا بمثل ذلك، فقد تكون عقولهم أنضج من عقول بعض المجتهدين لكن ذلك لا يجوز باتفاق، فلا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله.

قال الإمام الشافعي رحمه الله: (فهل تجيز أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس، فقلت: لا يجوز هذا عندى -والله أعلم -لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم لأن يقولوا في الخبر باتباعه، وفيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر، ولو جاز تعطيل القياس الجاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان، ثم قال: ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً)[3].

خامساً: أن الاستحسان لا ضابط له، ولم توجد مقاييس يقاس بها الحق من الباطل كالقياس فلو جاز لكل حاكم أو مفت أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة على حسب استحسان كل مفت فيكون في الشيء الواحد ضروب من الفتوى من غير ترجيح واحدة على الأخرى إذ لا ميزان ولا ضابط يمكن له الترجيح به ما به ما دام الأساس هو الاستحسان وما هكذا تفهم الشرائع[4].

سادساً: أن النبي صلى الله عليه وسلم سلم ما كان يفتى باستحسانه وهو الذي لا ينطق عن الهوى، فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته أنت على كظهر أمي فلم يفت باستحسانه بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وهو قوله تعالى: {**قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَدِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكَى إِلَى اللهِ وَاللهُ يَسْمَع َتحَاوُرَكُما**}، [سورة المجادلة: 01-04]

ولو كان لأحد أن يفتى بذوقه الفقهي، أو باستحسانه لكان سيد المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم[5].

---

[1] الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي القرشي المطلبي أبو عبد الله، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي، د م ن، د ط، 1358ه-1940م، ص 505.

[2] الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي، الأم، دار الفكر، بيروت، بيروت، ط2، 1983م)، ج7، ص272.

[3] الشافعي، الرسالة، المرجع السابق، ص 504.

[4] االشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 7، ص 473.

[5] محمد السعيد عبد ربه، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة، د م ن، د ط، 1980، ص 64.

مناقشة هذه الأدلة:

إن الأدلة التي ذكرها المنكرين لحجية الاستحسان عند التمعن فيها نجد أنها كلها لا تخرج من أن النصوص قد حملت على ظاهرها، لكن الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة يحملونها على محامل أخرى لا تتعارض مع قواعد الشريعة وأصول الأدلة.

فلم يقل أحد إن الحق في دين الله تعالى مردود إلى استحسان المجتهد وعقله المجرد، بل إن الحق مردود إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ثم إلى اجتهاد المجتهد ليقيس مالم يرد فيه نص متى تحققت العلل التي بين الأصول والفروع، وهذا هو ما أقر الرسول صلى الله عليه وسلم عليه أصحابه كما في حديث معاذ المشهور.

فإذا كان الإسلام قد شرع الاجتهاد والرأي في المسائل التي لا نص فيها، فليس ذلك قولاً بالهوى والتشهي كما يقول المنكرون للاستحسان وإنما للاجتهاد ضوابطه وشروطه ومقوماته.

وقد علق الشيخ أبو زهرة على هذه الأدلة بقوله: (إن نظرة واحدة في أدلة ابن حزم إذ أن منهجه هو منهج الأخذ بظاهر النصوص نجدها تنبني على أصلين:

أحدهما: أن النصوص القرآنية والنبوية قد انتهت بكل الأحكام لازمها أي: واجبها ونفلها ومكروها ومباحها.

ثانيهما: أن القياس زيادة على النصوص الكاملة بعمل الإنسان لا بشرع الأديان)[1].

وعند مناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت مبينة حكم كل شيء ولم يبق شيء من غير بيان بالعبارة وحدها، أو بالإشارة، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان علي العبارة، وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يتوسعون في معنى الدلالة فيقولون: إن الدلالة على الأحكام بألفاظها وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، هي جملة نصوصها وعامة أحوالها، فإذا قال الشارع: {**إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**}، [سورة المائدة: 90] كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة، ونصا عاما على كل ما تحقق فيه سبب تحريم الخمر وكل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب إذ يقول سبحانه وتعالى: {**يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ**}، [البقرة: 219]. فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراماً بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم به القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص.

وإذا كان القياس إعمالاً للنص فيكون من بيان الشريعة، وإذن ينهدم الأصل الثاني وهو منافاة القياس لكمال النصوص، وقد قلنا: إن تعليل النصوص هو أساس للخلاف بين مثبتي القياس والنافين له، فنافوه نفوا التعليل، فقصروا النصوص على العبارة، ومثبتوه أثبتوا التعليل فاعتبروا القياس إعمالاً للنصوص، وفى الحق أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصوص، فقد أداهم إهمالهم له إلى أن قرروا أحكاماً تنفيها الشريعة، فقد قرروا أن بول الآدمي

[1] محمد أبي زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د م ن، د ط، د ت ن، ص 179.

نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعدم النص، وأن لعاب الكلب نجس وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البديهيات على ذلك النحو[1].

فابن حزم ومن سار على نهجه خالف جمهور المسلمين في عدم التوسع في الأدلة حيث وقفوا عند النصوص الواردة فقط، بينما أخذ الجمهور بالنصوص، وبالقياس المبنى أصوله على الأدلة لوجود علة بين الأصل والفرع، وبروح الشريعة الإسلامية في رفع الحرج والمشقة وتحقيق اليسر والتخفيف. وهذا هو ما فعله السلف الصالح من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين.

المطلب الرابع: حقيقة أخذ الإمام الشافعي بالاستحسان في بعض المسائل

إن الدارس لواقع فقه الشافعية، يتضح له عدم مطابقة القول أن الشافعية لا يقولون بالاستحسان جملة وتفصيلا وأن خلاف الشافعية مع الحنفية خلاف لفظي، وليس حقيقيا، إلا أن الشافعية أقل المذاهب أخذا بالاستحسان

فالمسائل المنقولة عن الإمام الشافعي بأنه قال فيها بالاستحسان منثورة في كتب الأصول، وكتب الفقه، فقد نقل الزركشي عن ابن القاص أنه قال: (لم يقل الشافعي بالاستحسان إلا في ثلاثة مواضع، قال: وأستحسن في المتعة أن تقدر ثلاثين درهمًا، وقال: رأيت بعض الحكام يحلف على المصحف وذلك حسن، وقال في مدة الشفعة: وأستحسن ثلاثة أيام).

ونقل الدَّميري في شرحه على المنهاج فقال: (وقال أبو بكر: لم يقل الشافعي بالاستحسان إلا في ستة مواضع: تقرير الصداق بالخلوة، وكتاب القاضي إلى القاضي، وأن الشفعة ثلاثة أيام، والتحليف بالمصحف، وأن المتعة ثلاثون درهمًا، واستحسان مراسيل سعيد بن المسيب)[2].

المطلب الخامس: ثمرات الاستحسان

1- أنه يحول دون تفحش القياس، ويمنع التعسف الذي قد يسببه طرد القياس والقواعد؛ لذلك قال ابن رشد: الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه.

2- أنه يرفع الحرج ويحقق السعة واليسر.

3- الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، وقيل :الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يُبتلَى فيه الخاص والعام، وقيل :الأخذ بالسعة، وقيل :الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين.[3]

---

[1] محمد ابي زهرة، المرجع السابق، ص180.

[2] الدَّمِيري :أبو البقاء كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الشافعي(ت:808ه)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ط1، 2004م، ج7، ص361.

[3] محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشَّريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة -جمهورية مصر العربية، ط 1، 1434ه-2013م، ج 2، ص152.

4- أنه يحقق المصلحة، ويحقق مقاصد الشرع؛ إذ هو يعتمد بقدر كبير على النظر في المآلات والتماس المصلحة، وتحري مقصود الشارع الحكيم، فالاستحسان تحرٍّ للمصلحة وضبطٌ للمآل؛ لأن (كون النظر في مآلات التطبيق معتبرًا شرعًا يؤكده ويدعمه مبدأ الاستحسان الهادف إلى تحري المصلحة إبان تطبيق الحكم، وذلك عن طريق الاستثناء، من مقتضى القواعد والأقيسة)[1].

5- تحقيق المرونة التي تتسم بها الشريعة الإسلامية.

6- الاستحسان له القدرة على إيجاد المخارج للأقيسة والقواعد العامة حيال النوازل والقضايا المستجدة

[1] خالد عبد العليم، الاجتهاد في الوقت الحاضر ومدى الحاجة إليه، ماجيستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون بالأزهر، 2005، ص 305.

ملخص الفصل الأول:

نظرا للأهمية البالغة للإستحسان كونه مصدرا من مصادر التشريع في الإسلام، وإن كان مختلف في حجيته، فإنه يعود على الفقه الإسلامي وعلى أصوله بثمرات أهمها: رفع الحرج وتحقق السعة واليسر الذي هو أصل في الدين، وأنه يحقق المصلحة، ويحقق مقاصد الشرع؛ إذ يعتمد بقدر كبير على النظر في المآلات والتماس المصلحة.

الفصل الثاني:
التطبيقات الفقهية للاستحسان

المبحث الأول:
التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى

المبحث الثاني:
التطبيقات الفقهية للاستحسان عند المعاصرين

تمهيد:

كان الإسلام في ماضيه وحاضره ولا يزال في مستقبله مواكبا لحاجات الناس وداعما لهم لممارسة حرياتهم الاقتصادية ومعاملاتهم وعقودهم، وكان دائماً متجاوباً مع مصالح الناس في تشريعه وذلك بتحقيق حاجاتهم، ومصالحهم المشروعة القائمة على الحق والعدل والتعادل في الأداءات المتقابلة في المبادلات أو المعاوضات، ومظهر هذا التجاوب واضح في أصول الاستنباط ومصادر الاجتهاد، وفي التطبيق الفعلي وواقع الاجتهاد الذي يمارسه المجتهدون في نطاق ما يسمى بالفقه: وهو استنباط أحكام الحوادث والقضايا العملية من الأدلة التفصيلية، كلاً على حدة، بهدف التيسير على الناس في تحقيق حوائجهم، وتلبية لمطالبهم المشروعة دون حرج ولا إعنات ولا إرهاق، لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة و المشقة تجلب التيسير والإسلام دين اليسر لا العسر.ودليل ذلك يتجلى واضحا في التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى وحتى عند المعاصرين فيما يعرف بفقه النوازل والمستجدات، وفي هذا الفصل استعرض ضمن مبحثين بعض التطبيقات الفقهية للاستحسان منها ما كان عند القدامى ومنها ما كان عند المعاصرين.

المبحث الأول:

التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى

إن علماء المذهب الحنفي هم الأكثر إعمالا للاستحسان يليهم المالكية ثم الحنابلة، وفي قليل المسائل نجد الشافعية قد أعملوا لاستحسان وكما ذكرت سابقا أن الإمام الشافعي قد عمل بالاستحسان في بعض المسائل والتي ستناولها في هذا المبحث مسألة بيع الاستصناع (من مسائل الجمهور)، مسألة وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان (من مسائل الإمام الشافعي).

المطلب الأول: مسألة بيع الاستصناع (من مسائل الجمهور)

من أبرز الأمثلة على التطبيقات الفقهية للاستحسان؛ مشروعية عقد الاستصناع. فهو من بين العقود المتكررة في الحياة العملية على سبيل الاستثناء من النصوص أو القواعد العامة.

أولًا: صورة المسألة:

بيع الاستصناع.

ثانيًا: شرح المسألة:

ولشرح مسألة بيع الاستصناع لابد من معرفة مفهوم الاستصناع لغة واصطلاحا:

1- تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: طلب الصنعة، والصنعة: عمل الصانع في صنعته أي حرفته.[1]

أما في اصطلاح الفقهاء: فهو طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص.[2] أو هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع، فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً. وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل[3].

مثاله:

أن يطلب المستصنع (وهو المشتري أو المستأجر) أحد أفراد الناس من الصانع (وهو البائع أو العامل) كنجار وحداد ونحوهم من أصحاب الحرف أو المهن أن يصنع له شيئاً معيناً بأوصاف محددة، كأثاث منزل أو مكتبة أو كراسي أو حلي وغيرها، على ثمن معلوم، إذا جرى فيه التعامل كالآنية ونحوها عملاً بالعرف.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج8، ص209.

[2] ابن عابدين: محمد أمين ابن عابدين، (ت1252ه)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 2، 1386ه-1966م، ج 4، ص 222.

[3] عمرو بن قميئة، وآخرون، موسوعة فقه المعاملات (الأبحاث، التطبيقات، الفتاوى، المصطلحات)، الكتاب مرقم آليا، ج3، ص148.

وصيغته تكون بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع. ويقال للمشتري: مستصنع، وللبائع: صانع، وللشيء: مصنوع، كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو آنية أو ثياب أو أثاث منزلي ونحو ذلك.

2- الفرق بين الاستصناع والإيجار

في الاستصناع تكون المواد من عند الصانع، أما في الإيجار تكون المواد من عند المستصنع. ويختلف الحكم في الضمان.

3-أطراف الاستصناع

- المستصنع: طالب الصنعة. وقد يسمى الآمر، لأنه أمر بالصنع.
- المستصنع إليه: أو الصانع، وهو من يتولى الصناعة بنفسه أو يتولاها عماله.
- المستصنع فيه: وهو الشيء المصنوع.
- البدل النقدي: وهو المقابل المادي، ويسمى الثمن أيضً

4-أنواع الاستصناع:

1. الاستصناع العادي:

حيث يتعامل المستصنع مع الصانع مباشرةً (الذي يقوم بالصنعة، أو عُماله).

2. الاستصناع الموازي:

يستند عقد الاستصناع الموازي على أساس أنه لا يشترط في الاستصناع أن يكون العقد مع صانع. فيصح شرعًا أن يتعاقد الراغب في الاستصناع مع شخص من غير أهل الصنعة، ثم يذهب هذا الملتزم للصنعة يبحث عن شخص يصنع له المطلوب فيأخذه ويسلمه للمستصنع[1].

ثالثا: مستند المسالة

كان الاستصناع في الماضي وليد الحاجة في الصناعة اليدوية في مجال الجلود والأحذية والنجارة والأثاث المنزلي، أما في عصرنا الحاضر قد أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة والمصالح الكبرى، كبناء السفن والطائرات والآلات المختلفة في مصانع ضخمة ومعقدة ودقيقة دقة تامة، مما أدى إلى وجود قفزة لهذا العقد بين العقود التجارية.

يجوز الاستصناع استحسانا لإجماع الناس على مصلحتهم في ذلك، ولأن الحاجة تدعو إليه، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج.

وقد قال بن همام عن الاستحسان:(جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي، من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تجتمع أمتي على ضلالة".

وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما. واحتجم وأعطى الحجام أجره، وفيما لا تعامل فيه رجعنا إلى القياس)[1].

[1] عمرو بن قميئة، واخرون، المرجع السابق، ج 2، ص، 64،

رابعا: نتيجة المسالة

جواز عقد الاستصناع استحسانا بعد استيفاءه لجميع الشروط التالية:

-شروط العاقدين في الاستصناع:

لما كانت عقود المعاوضات المالية كالبيع والسلم والاستصناع والصرف تنشأ بين متعاقدين بإرادتهما، اشترط الفقهاء في كل واحد من العاقدين أن يكون أهلًا لصدور العقد عنه، وأن يكون له ولاية إذا كان يعقد لغيره.

-شروط المستصنع فيه:

1- أن يكون المستصنع فيه قد جرى التعامل في مثله بالاستصناع:

وسبب اشتراط ذلك أنه لما كان الاستصناع نوعًا من بيع المعدوم، وهو في الأصل ممنوع شرعًا، وإنما أجيز الاستصناع استحسانًا لأجل تعامل الناس به، فما جرى التعامل باستصناعه يصح فيه، وما لا فلا، إذ التعامل دليل الحاجة.

2-بيان جنس المصنوع ونوعه:

يشترط في المستصنع فيه أن يوصف في العقد وصفا نافيا للجهالة، لئلا يكون فقد أحد الأوصاف المرغوبة مثار نزاع، وفي هذا قال الكاساني :(من شروط الاستصناع بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، لأنه لا يصير معلوما بدونه).[2]

ومقتضى هذا الشرط أمران:

أولهما: أن ما لا يمكن ضبطه بالوصف لا يصح استصناعه. وقد تقدمت وسائل التصميم والوصف، بالخرائط الهندسية، ونماذج العقود، والخبرات الفنية بما يمكن من الضبط الكامل في أكثر المصنوعات. ويمكن أيضًا استخدام النماذج المصنعة والتعاقد على أساسها.

وثانيهما: إذا لم تضبط الأوصاف أو لم تبين الكميات في العقد، يكون العقد فاسدًا.

3-ذكر الأجل:

اختلف فقهاء الحنفية في مسألة تحديد الأجل في عقد الاستصناع، فاشترط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل[3].

واشترط الفقه المعاصر تحديد الأجل في الاستصناع وهو ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي.

---

[1] الكمال بن همام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام (ت 861ه)، شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 1، 1389ه1970م، ج 7، ص 115.

[2] الكساني: علاء الدين أبو بكر بن الكساني(ت587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط 1، 1327ه، ج 7، ص2678.

[3] عمر ابن قميئة، المرجع السابق، ج1، ص 291.

-لزوم العقد:

الاستصناع عقد غير لازم عند أكثر الحنفية. والاستصناع عند أكثر الحنفية عقد غير لازم قبل الصنع، كما أنه غير لازم بعد الفراغ من الصنع وقبل رؤية المصنوع، ويثبت لكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه أو العدول عنه. فيحق للمستصنع أن يفسخ العقد في أي وقت شاء قبل الرؤية، وله فسخه عند الرؤية، لأنه اشترى ما لم يره.

كما يثبت الخيار للصانع قبل الشروع في العمل وبعده، ما دام الشيء المصنوع في يده، ولم يقدمه إلى المستصنع، فإن قدمه سقط خياره، ولو باع الصانع لآخر ما صنعه قبل أن يقدمه للمستصنع جاز، لأن العقد غير لازم، ولأن المعقود عليه ليس هو عين المصنوع، وإنما مثله في الذمة. فإن انتهى الصانع من المصنوع على الصفة المشروطة، ورآه المستصنع، فيبقى للمستصنع حق خيار الرؤية في الأصح عند أكثر الحنفية.

والمستصنع بالخيار إذا رأى المصنوع: إن شاء أخذه وإن شاء تركه، لأنه اشترى شيئًا لم يره ولا خيار للصانع.[1]

الاستصناع عقد لازم عند بعض فقهاء الحنفية وفي الرأي المعاصر.

قال الإمام أبو يوسف :(الاستصناع عقد لازم، وليس لأحد العاقدين الرجوع فيه إلا برضا الآخر، وإذا توفرت فيه الشروط المتفق عليها فلا يحق للمستصنع رفضه)[2].

ومنه فإنه العقد ملزم في حق الطرفين منذ انعقاده، إلا إذا جاء المصنوع مغايرًا للأوصاف المبينة في العقد فيحق للمستصنع الفسخ بمقتضى التغير على الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في العقد.

-بيع الصانع للمصنوع:

إن قام الصانع بصناعة الشيء المطلوب، وقبل أن يتسلمه المستصنع باعه الصانع لشخص آخر أو استهلكه، أو حجزه لنفسه، فللمسألة حالتان:

1- أن يبيعه قبل أن يراه المستصنع ويرضى به، فلا بأس بذلك، إن كان يمكنه صناعة الشيء المطلوب وإتمامه قبل أن يحل الموعد المتفق على تسليمه فيه. وذلك لأن المستصنع اشترى شيئًا موصوفًا في الذمة، غير متعين في هذا الشيء الذي صنعه بالذات. فإذا صنع له شيئًا آخر مستوفيًا للشروط المتفق عليها وسلمه في الأجل، فقد أدى ما عليه ولم يخل بالعقد.

2- أن يبيعه بعد أن رآه المستصنع ورضي به، فليس للصانع أن يفعل ذلك، لأن المصنوع تعين بالرؤية والقبول، ودخل بذلك في ملك المستصنع.

---

[1] الشوكاني محمد بن علي بن محمد ابن عبد الله الشوكاني اليمني (ت1250ه)، فتح القدير، دار الكلم الطيب، دمشق بيروت، ط1، 1414ه، ج7، ص 115.

[2] برهان الدين بن مازة البخاري. برهان الدين أبو المعالي محمود بن احمد (ت616ه)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1424ه-2004م، ج7، ص137.

ذكر في كافي الحاكم ما نصه: المستصنع بالخيار إذا رآه مفروغًا منه، وإذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه، وإن باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز بيعه [1]

-انتهاء العقد:

ينتهي عقد الاستصناع في احدى الحالات الثلاث:

1 -عند إتمام صنع الشيء وتقديمه إلى المستصنع، وقبوله له.

2 -كما ينتهي العقد بفسخه من أحد المتعاقدين في حالة الظروف القاهرة التي تمنع التنفيذ.

3 -موت أحد العاقدين: لا ينتهي عقد الاستصناع بموت الصانع إلا في حالة اشتراط العمل بنفسه أو تكون مؤهلاته ومهاراته الشخصية ملحوظة في العقد[2].

المطلب الثاني: مسألة وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان (من مسائل الإمام الشافعي)

كنت قد ذكرت سابقا أن الإمام الشافعي رحمه الله قد أنكر العمل بالاستحسان، ولكنه عمل به في بعض المسائل، ومسألة وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان هي من بين المسائل التي قام الإمام الشافعي رحمه الله تعالى التي أعمل فيها الاستحسان.

أولًا: صورة المسألة:

قال الإمام الشافعي:(وحسن أن يضع أصبعيه في أذنيه)

ثانيًا: شرح المسألة:

المقصود من الأذان هو الإعلام بدخول وقت الصلاة، وإذا وضع أصبعيه في أذنيه، كان ارفع لصوته، فيكون ذلك أبلغ في الإعلام.

لذلك قال القاضي حسين (المستحبُّ للمؤذِّن أن يدخل مسبحتيه في صماخي أذنيه؛ لأن ذلك أطن للصوت وأجمع لخروج الصوت العالي)[3]

ثالثًا: مستند المسألة

أ- جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ أنه أمر بلالًا أن يجعل إصبعيه في أذنيه، وقال: إنه أرفع لصوتك.[4]

ب- قد روي عن أبي جحيفة رضي الله عنه، قال (رأيت بلالًا يؤذن ويدور، ويتبع فاهه ها هنا وها هنا وأصبعاه في أذنيه).

---

[1] عبد الله بن منصور العقيني، نوازل الزكاة-دراسة تأصيلية لمستجدات الزكاة، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1430هـ-2009م، ص 324.

[2] ابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص 355.

[3] الحسين: القاضي أبو محمد الحسين بن محمد بن أحمد، التعليقة على مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، د ط، د ت، ج2، ص642.

[4] أخرجه ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني (ت 273ه) في سننه، كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان، ج1، ص457، حديث رقم: 710، وحسنه الحافظ ابن حجر العسقلاني، نتائج الأفكار في تخريج أحاديث الأذكار، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، دار ابن كثير، ط 2، 1429ه-2008م، ج1، ص334

رابعًا: نتيجة المسألة

إن استحسان الإمام الشافعي أن يضع المؤذن إصبعيه في صماخي أذنيه، مستند على دليل من السنة المطهرة، ولفعل الصحابي بلال رضي الله عنه، وقد كان يفعله بمشهد من رسول الله وإقرار منه صلى الله عليه وسلم، وأيضًا؛ لأن ذلك أمد لصوته، وأجمع لخروج الصوت العالي كما نص الحديث آنفًا[1].

[1] الشافعي، الام، المرجع السابق، ج 8، ص737-738

المبحث الثاني:

التطبيقات الفقهية للاستحسان عند المعاصرين

إن التطبيقات الفقهية للاستحسان عند المعاصرين تكثر يوما بعد يوما، وذلك نظرا للمستجدات والنوازل التي لم يكن يعرفها الناس سابقا ولم يكن لها أحكام في الفقه الإسلامي فوجب على علماء الأمة الإسلامية إيجاد الحلول الشرعية مع تقصي مقصد الشارع في الأحكام، وسأتناول في هذا المبحث مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها ومسألة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج.

المطلب الأول: مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها

إن مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها من بين أهم المسائل التي تدخل في مجال التطبيقات المعاصرة للاستحسان. وهذه المسألة مما اختلف فيها العلماء وكثرت اجتهاداتهم فيها، فمنهم من أجاز، ومنهم من منع، ومنهم من فصل في المسألة. وسأكتفي بذكر مقدمات المسألة وعلاقتها بالاستحسان وذلك باستقصاء الأقوال الواردة فيها والأدلة التي تخدمها بتتبعها.

أولًا: صورة المسألة

جواز التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها استحسانا وهي مسألة تدخل ضمن التطبيقات المعاصرة للاستحسان

ثانيًا: شرح المسألة

بداية إن الأصل أو القياس ألا يجوز للإنسان أن يتصرف في بدنه لا كلا، ولا جزءا، فليس له أن يقتل نفسه، ولا قتل غيره، ولا قطع أجزاء من جسمه لأكلها عند المخمصة[1]. ومما يدل على ذلك:

1- إن الله تعالى نهى عن قتل النفس الإنسانية، وهدّد القاتل بنار جهنم، وشرع القصاص والدية عقوبة لمرتكب هذه الجريمة. وهذا النهي عن القتل عام يشمل قتل الإنسان غيره، وقتله نفسه[2]. قال تعالى: **{وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى الهلكة}**، [سورة البقرة: 195] وقال: **{وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}**، [سورة النساء: 29].

[1] محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، عمان، ط 1، 1416ه-1996م، ص136-137.
[2] العقيلي عقيل بن احمد، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، مكتبة الصحابة، جدة، د ط، 1992م، ص64.

2- وقال تعالى: **{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ}**، [سورة الإسراء: 70]. ووجه الدلالة في الآية أن التكريم يقتضي المحافظة على أبدانهم وصورهم، على نحو ما خلقهم الله تعالى عليه، وعلى نحو ما أمر به[1].

3- ورد في السنة أخبار كثيرة تفيد حرمة قتل النفس، وعصمة الدماء.

وعلى هذا فإنّ القيام باقتطاع أي جزء من أجزاء جسم الإنسان يُعد مخالفاً للأصل المذكور فالقول بجوازه في بعض الحالات يُعد استثناء من القاعدة ومخالفًا للقياس أي القاعدة، المقررة، وهذا هو الاستحسان.[2]

ثالثًا: مستند المسألة

مستند جواز التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها هي جلب المصلحة والنفع ودفع للضرر وفي بعض الأحيان يكون حفاضا على النفس التي هي ضرورة من الضرورات الخمس التي حث الإسلام على حفضها.

وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي جواز ذلك بشروط معينة. فقد جاء في القرار الأوّل من قرارات الدورة الثامنة المنعقدة في 28 شهر ربيع الآخر سنة 1405ه إلى جمادى الأولى سنة 1405ه، بعد المقدمة (... وبعد المناقشة المستفيضة بين أعضاء مجلس المجمع رأى المجلس أن استدلالات القائلين بالجواز هي الراجحة ولذلك انتهى المجلس إلى القرار الآتي:

إن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر، مضطر إليه؛ لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، بالنسبة للمأخوذ منه كما أن فيه مصلحة كبيرة، وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد.

رابعًا: نتيجة المسألة

ان جواز التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها استحسانا يستند على المصلحة بدفع الضرر وإجابة المضطر ولكن وضع العلماء شروطا لا يصح الجواز الا إذا توفرت، وهذه الشروط هي:

1- ألا يضرّ أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية (إن الضرر لا يزال بضرر مثله، ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً.

2- أن يكون إعطاء العضو طوعًا من المتبرع، دون إكراه.

3- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطرّ.

---

[1] العقيلي عقيل بن احمد، المرجع نفسه، ص 64.

[2] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 172.

4- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة، أو غالبًا.

ثانياً: تعتبر جائزة شرعًا بطرق الأولوية الحالات التالية:

1- أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان آخر مضطر إليه، بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفا. وقد أذن بذلك في حالة حياته.

2- أن يؤخذ العضو من حيوان مأكول ومذكّى مطلقا، أو غيره عند الضرورة، لزرعه في إنسان مضطر إليه.

3- أخذ جزء من جسم الإنسان لزرعه أو الترقيع به في جسمه نفسه، كأخذ قطعة من جلده أو عظمة، لترقيع ناحية أخرى، من جسمه عند الحاجة إلى ذلك.

4- وضع قطعة صناعية من معادن أو مواد أخرى في جسم الإنسان، لعلاج حالة مرضية فيه، كالمفاصل، أو صمام القلب، وغيرهما، فكل هذه الحالات الأربع يرى المجلس جوازها شرعًا بالشروط السابقة.[1]

كما بحث مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الأمم الإسلامية هذا الموضوع في دورته الرابعة المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية من 18-23 جمادى الآخرة سنة 1408ه، الموافق 6-11 فبراير سنة 1988م. واتخذ فيه قراراً تفصيليًا فيه تقسيمات متعدّدة للموضوع، **وقد اتخذ القرار الآتي:**

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان في جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد أن من النفع المتوقع من هذه العملية، أرجح من الضرر المترتب عليها، ويشترط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود، أو لإعادة شكله، أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب، أو إزالة دمامة تسبّب للشخص ألماً نفسيًا أو عضوياً.

ثانيا: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدّد تلقائياً كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثًا: تجوز الاستفادة من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر كأخذ قرنية العين لإنسان ما، عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعا: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامسا: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

[1] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص 172-173.

سادسًا: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية، أو لا ورثة له.

سابعا: وينبغي ملاحظة: إن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال ما. أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة، وتكريمًا، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامنا: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية[1].

المطلب الثاني: مسألة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج

إن مسألة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج مسألة بالغة الأهمية وهي مسألة يكثر السؤال عنها من قبل العام والخاص خاصة في ظل التطورات والمستجدات التي نعيشها وقتنا الحالي، وهي مسألة اختلف فيها العلماء وكثرت اجتهاداتهم فيها، فمنهم من أجاز، ومنهم من منع، ومنهم من فصل في المسألة. لذلك ارتأيت أن أذكرها في مذكرتي هذه بذكر مقدماتها وعلاقتها بالاستحسان

أولًا: صورة المسألة: النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج

ثانيًا: شرح المسألة:

في بعض الأحيان يضطر المعالجون في المجال الطبي للنظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج لتشخيص مرض أو للقيام بعلاج موضعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تضطر المريضة لأن تكشف عن عورتها لأجنبي ليشخص لها مرضا أو ليقدم لها علاجا وفي أغلب هذه الأحيان تكون الحالات استعجالية.

وعندما نذكر مسألة النظر لعورة الأجنبية لضرورة العلاج، فالأمر يتعلق أيضا بالنظر إلى عورة الأجنبي خاصة عندما يتعلق الأمر بالحالات المستعجلة التي تتطلب علاج فوري.

إنّ الأصل المقرّر شرعا حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، لنصوص الكتاب والسنّة ولإجماع المسلمين على ذلك[2].

قال الله تعالى: {**قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ**} [سورة النور: 30]

[1] مصلح بن عبد الحي النجار، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، د ط، 1424 ه-2003 م، ج 1، ص273-282.

[2] ابن القطان، علي بن محمد بن عبد الملك ابن القطان أبو الحسن، إحكام النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، تحقيق: إدريس الصمدي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1433ه-2012م، ص87-88.

في هذه الآية أمر من الله تعالى للمؤمنين بوجوب غض البصر، فبذلك يحرم النظر إلى المرأة الأجنبية.

وقال أيضا: {إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا}، [سورة الاسراء: 36]

أي: يسأل المرء عن سمعه، وبصره، وفؤاده .

قال تعالى: {**يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ}، [سورة غافر: 19]**

قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى :{**يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ}**، هو الرجل يدخل على أهل البيت بيتهم، وفيهم المرأة الحسناء، أو تمر به، وبهم المرأة الحسناء، فإذا غفلوا لحظ إليها، فإذا فطنوا غض بصره عنها، فإذا غفلوا لحظ، فإذا فطنوا غض، وقد اطلع الله تعالى من قلبه أنه ود أن لو اطلع على فرجها.

عن أبي سعيد رضي الله عنه: أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم -قال: **"لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد"**[1]. رواه مسلم .

وهذا الحديث دل على تحريم النظر إلى العورات، ولو مع اتحاد الجنس.

ويستثنى من الحرمة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج والتداوي أو الحاجة المنزلة منزلتها، وعلى هذا فإنّ هذا الجواز المستثنى من الأصل المذكور هو نوع استحسان بالضرورة.

ثالثًا: مستند المسألة

مستند الجواز في هذه المسألة هو استحسان بالضرورة؛ لأن النظر بقصد المداواة هو جزئية مستثناة من حكم نظائرها.

رابعًا: نتيجة المسألة

جواز النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج والتداوي أو الحاجة المنزلة منزلتها، وعلى هذا فإنّ هذا الجواز المستثنى من الأصل المذكور هو نوع استحسان بالضرورة.

غير أن الشيخ محمد أبو زهرة رأى أن ذلك فيه تعارض بين قياسين أحدهما ما قرّرته القواعد من كون المرأة عورة؛ لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة والوصف الثاني: ما عساه أن يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال كحال العلاج، فأعملت علة التيسير في هذا الموضع ومهما يكن من أمر فإن ما ذكر يمثل أكثر من وجه، وكل ذلك صحيح إذ يمكن اعتبار ذلك استحسان من القياس، كما يرى الشيخ أبو زهرة رحمه الله، كما يمكن اعتباره من النوع الثاني من

[1] أخرجه مسلم:أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري (ت261 ه) في صحيحه، كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات، رقم الحديث:338، عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن الراجحي، شرح صحيح ابن خزيمة، ج5، ص15.

الاستحسان الذي هو استثناء جزئية من حكم نظائرها ووجه الاستحسان هو الضرورة أو الحاجة .[1]

وهذا الأمر نحتاج إلى تطبيقه بكثرة في هذا العصر، عند الحاجة إلى إجراء عمليات جراحية، أو توليد أو مداواة، أو غير ذلك من إجراء الفحوصات وأخذ العينات مما له علاقة بسلامة المريض، وحفظ حياته أو أحد أعضائه خاصة عندما يتعلق الأمر بالحالات المستعجلة التي لا تحتمل الانتظار أو التأخير ولو حصل تأخير إلى حين توفر فرقة طبية على حسب جنس المريض لحصلت مضاعفات لا يمكن تداركها فيما بعد وقد يصل الأمر إلى وفاة المريض. ويستثنى من ذلك العمليات المتعلقة بالتجميل وتحسين الخلقة أو شد التجاعيد، أو تصغير أحد الأعضاء، أو تكبيره، أو ماشا به ذلك؛ لأن هذه الأمور لا تجيز الاطلاع على العورة بحال. إذ إن ذلك الجواز إنما كان ضرورة لأمور تتعلق بسلامة المريض، أو أحد أعضائه، وبشروط خاصة.

وقد اتخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الأمم الإسلامية في مؤتمره الثامن المنعقد في بروناي - دار السلام من 1-7 من المحرّم ستة 1414هـ، الموافق 21-27 يونيو سنة 1993م القرار رقم (81) بهذا الشأن، والذي جاء فيه: (بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مداواة الرجل للمرأة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي: الأصل أنه إذا توافرت طبيبة متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة، وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبيبة غير مسلمة ثقة، فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر طبيب مسلم يمكن أن يقوم مقامه طبيب غير مسلم. على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة في تشخيص المرض ومداواته، وألا يزيد في ذلك، وأن يغض الطرف قدر استطاعته، وأن تتم معالجة الطبيب للمرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة خشية الخلوة.

ويوصي بما يلي:

أن تولي السلطات الصحية جلّ جهدها لتشجيع النساء على الانخراط في مجال العلوم الطبية والتخصص في كل فروعها، وخاصة أمراض النساء والتوليد نظراً لندرة النساء في هذه التخصصات الطبية حتى لا نضطر إلى قاعدة الاستثناء. والله الموفق.[2]

[1] مصلح بن عبد الحي النجار، المرجع السابق، ص270.

[2] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، المرجع السابق، ص204-205.

ملخص الفصل الثاني:

من بين التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى مسألة البيع بالاستصناع؛ وهو طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص، وهو جائز استحسانا لإجماع الناس على مصلحتهم في ذلك، ولأن الحاجة تدعو إليه، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج.

إن الامام الشافعي قد أنكر العمل بالاستحسان، ولكنه عمل به في بعض المسائل، ومسألة (وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان) هي من بين المسائل التي قام الإمام الشافعي رحمه الله تعالى بإعمال الاستحسان فيها، ومستند استحسان الشافعي هو السنة المطهرة.

أما بالنسبة للتبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها فجائز استحسانا وهي مسألة تدخل ضمن التطبيقات الفقهية المعاصرة للاستحسان وسند الاستحسان في هذه المسألة هو تحقيق المصلحة بدفع الضرر وإجابة المضطر ولكن وضع العلماء شروطا لا يصح الجواز إلا إذا توفرت.

وأيضا من التطبيقات الفقهية المعاصرة للاستحسان النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج ففي بعض الأحيان يضطر المعالجون في المجال الطبي للنظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج لتشخيص مرض أو للقيام بعلاج موضعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تضطر المريضة لأن تكشف عن عورتها لأجنبي ليشخص لها مرضا أو ليقدم لها علاجا وفي أغلب هذه الأحيان تكون الحالات استعجالية.

فالأصل المقرّر شرعا حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، لنصوص الكتاب والسنّة ولإجماع المسلمين على ذلك، إلا أن العلماء قد أجازوا ذلك استحسانا، ومستند الجواز في هذه المسألة هو استحسان بالضرورة؛ لأن النظر بقصد المداواة هو جزئية مستثناة من حكم نظائرها.

الخاتمة:

في ختام هذه المذكرة توصلت إلى **النتائج** التالية وهي: أن للاستحسان معنيان معنى أعم ومعنى أخص.

الاستحسان بمعناه الأعم: هو أن الاستحسان بمثابة مضلة فوق التشريع إذ لا يوجد حكم من الأحكام في الشريعة الإسلامية يخلو من الاستحسان، وهو ما يتوافق مع قول الإمام مالك رحمه الله: (الاستحسان تسعة أعشار العلم)، في حين عارض الإمام الشافعي رحمه الله الاستحسان وأنكره بقوله: (من استحسن فقد شرع)، وقصد بإنكاره للإستحسان ما كان الدليل فيه مبني على التلذذ والهوى والتشهي، وهذا الاستحسان يرفضه حتى القائلين به، بل وانعقد الاتفاق بين علماء الأصول على منع التشريع بالرأي المحض وميل الهوى.

أما الاستحسان بمعناه الأخص: فهو العدول من معنى جزئي إلى معنى كلي في مقابل عرف أو جلب مصلحة أو دفع ضرر أو إزالة حرج أو تيسير أو تخفيف.

والاستحسان بهذا المعنى هو الأكثر إعمالا في التطبيقات الفقهية في مجال فقه النوازل والمستجدات والتي توسعت كثيرا خاصة فيما يتعلق بالمعاملات المالية والطبية، أكثر من غيرها.

التوصيات والمقترحات:

في ختام هذا البحث أوصي طلبة العلم خاصة الباحثين في مواضيع أصول الفقه بضرورة الاهتمام بدراسة الاستحسان دراسة تطبيقية على القضايا المعاصرة والنوازل المستجدة في المعاملات المالية والطبية وغيرها.

الفهارس

فهرس
سور وآيات القرآن الكريم

فهرس سور وآيات القرآن الكريم:

السورة	الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة	{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ}	233	19
سورة البقرة	{فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}	173	19
سورة البقرة	{وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى الهلكة}	195	38
سورة البقرة	{يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ}	219	26
سورة النساء	{فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ}	18	11
سورة النساء	{وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}	29	38
سورة النساء	{يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وأولي الأمر مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْم الآخر}	59	11-24
سورة المائدة	{ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ }	3	24-19
سورة المائدة	{إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ}	90	26
سورة الأعراف	{وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا}	144	12

سورة الاسراء	{إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا}	36	38
سورة الإسراء	{وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ}	70	38
سورة النور	{قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ}	30	41
سورة الزمر	{فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ}	18-17	11
سورة الزمر	وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم}	55	10
سورة الزمر	{الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ **أَحْسَنَهُ}**	59	8
سورة غافر	{يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ}	19	42
سورة محمد	{وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ}	33	21
سورة القيامة	{أَيَحْسَبُ الإنسان أَن يُتْرَكَ سُدى}	36	24
سورة المجادلة	{قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكَى إِلَى اللهِ وَاللهُ يَسْمَـعُ تَحَاوُرَكُما}	04-01	25

فهرس
الأحاديث النبوية

فهرس الأحاديث النبوية:

الحديث	رقم الصفحة
" ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن "	12
" لا تبع ما ليس عندك "	19
" من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم "	19
جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ أنه أمر بلالًا أن يجعل إصبعيه في أذنيه، وقال:" إنه أرفع لصوتك "	36
" لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد "	42

قائمة المراجع والمصادر:

أولا: الكتب

1- ابن القيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت 751ه)، إغاثة الهفان من مصايد الشيطان، كتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، د ط، د ت ن.

2- ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية(ت751ه)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، د ط، د ت ن.

3- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت 456ه)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د ط، د ت ن، ج 7.

4- ابن عابدين: محمد أمين (ت 1252ه)، حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 2، 1386ه، 1966م، ج 1.

5- ابن عابدين: محمد أمين ابن عابدين، (ت1252ه)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 2، 1386ه-1966م، ج 4.

6- ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة الربعي القزويني (ت 273ه)، كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان، ج1، نتائج الأفكار في تخريج أحاديث الأذكار، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، دار ابن كثير، ط 2، 1429ه-2008م، ج1.

7- ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 ه. ج 8.

8- أبو بكر ابن العربي: القاضي محمد ابن عبد الله أبو بكر ابن العربي (ت 543 ه)، تحقيق: حسين علي اليدري-سعيد فودرة، دار البيارق، عمان، ط1، 1420ه-1999م.

9- أبو بكر الرازي الجصاص: احمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، 1414ه – 1994م، ج 4.

10- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505 ه)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، د م ن، ط 1، 1413ه-1993م.

11- أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي (ت241ه)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط -عدل مرشد واخرون، مؤسسة الرسالة، د م ن، ط1، 1421ه-2001م، ج6.

12- إسماعيل عبد الحميد أبو المكارم، الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي، دار المسلم، القاهرة، د ط، 1983.

13- الآمدي: سيف الدين أبي الحسن علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 2002م، ج2.
14- الآمدي: سيف الدين أبي الحسن علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: محمد الآمدي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 2002م، ج 3.
15- الآمدي أبو الحسن: علي بن محمد الآمدي، الاحكام في أصول الاحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1402ه، ج 4.
16- البابرتي: محمد بن محمود بن أحمد البابرتي الحنفي (ت 786)، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: ترحيب بن ربيعان الدوسري، مكتبة الرشد ناشرون، ط 1، 1426ه-2005م، ج2.
17- البخاري :علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، المحقق: عبد الله محمود محمد عمر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج 4.
18- برهان الدين بن مازة البخاري: برهان الدين أبو المعالي محمود بن احمد (ت616ه)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1424ه-2004م، ج7.
19- البغوي: محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، ج 8.
20- الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي (ت279ه)، سنن الترمذي-الجامع الكبير-، تحقيق، عواد بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م، ج2.
21-
22- الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت 370 ه)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط 2، 1414ه-1994م، ج4.
23- الدَّمِيري: أبو البقاء كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى بن علي الشافعي(ت:808ه)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ط1، 2004م.
24- الزيلعي: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت 1021ه)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط 1، 1314ه، ج 5.
25- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمان السيوطي (ت 911ه)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط 1، 1403ه، 1983م.
26- الشاطبي: إبراهيم ابن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت 790 ه)، الاعتصام، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1429ه-2008م، ج 2.

27- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي، الرسالة، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة: دار الوفاء، ط1، 2001م، ج 1.
28- الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي القرشي المطلبي أبو عبد الله، الأم، دار الفكر، بيروت، بيروت، ط2، 1983م، ج 7.
29- الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي القرشي المطلبي أبو عبد الله، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي، د م ن، د ط، 1358ه-1940م.
30- شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه الميسر، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1429 ه-2008م، ج 1.
31- شمس الائمة السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483ه)، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، د ط، د ت ن، ج 10.
32- الشوكاني محمد بن علي بن محمد ابن عبد الله الشوكاني اليمني (ت1250ه)، فتح القدير، دار الكلم الطيب، دمشق بيروت، ط1، 1414ه، ج7،
33- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي، ط1، 1419 ه-1999 م، ج 2.
34- الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم، شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، د م ن، ط1، 1407 ه – 1987، ج 3.
35- عبد الله بن منصور العقيني، نوازل الزكاة-دراسة تأصيلية لمستجدات الزكاة-، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1430هـ-2009م.
36- عضد الدين الإيجي: عضد الدين عبد الرحمان الإيجي، (ت756)، شرح مختصر المنتهى الأصولي للإمام أبي عمرو عثمان ابن الحاجب المالكي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1424ه-2004م، ج 2.
37- علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الدين البزدوي، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، ط1، 1307 ه، 1890م.
38- عمرو بن قميئة وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، بالقاهرة، ط2، 1382ه.
39- عياض السلمي: عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدميرية، الرياض-المملكة العربية السعودية، ط1426، 1ه-2005م.
40- الكساني: علاء الدين أبو بكر بن الكساني (ت587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط 1، 1327ه، ج 7.
41- الكمال بن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام (ت 861ه) شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 1، 1389ه1970م، ج 7.

42- اللكنوي: عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، د ط، 2002م، ج 2.
43- محمد أبي زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د م ن، د ط، د ت ن، ص 179.
44- محمد الأمين ولد محمد سالمبن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية واحياء التراث، دبي، د ط، 2002.
45- محمد السعيد عبد ربه، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة، د م ن، د ط، 1980.
46- محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، ط 5، 1427ه.
47- محمد عبد اللطيف صالح فرفور، نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة، دار دمشق، سوريا، ط1، 1987م.
48- المرغناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت 593 ه)، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، لبنان، د ط، د ت ن.
49- مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري (ت261 ه)، كتاب الحيض، باب تحريم النظر إلى العورات، عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن الراجحي، شرح صحيح ابن خزيمة، ج5.
50- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق-دار الفكر المعاصر بيروت، ط 1، 1986م، ج 2.
51- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان حقيقته -انواعه -حجيته وتطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد-ناشرون، المملكة العربية السعودية، ط1428، 1ه-2007

ثانيا: المقالات

1- رائد نصري أبو مؤنس، "مقومات منهجية التشريع بالاستحسان عد الأصوليين-دراسة تحليلية-"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 01 -2014.
2- طاهر محمود، "الاستحسان انواعه وحكمه"، جريدة باكستان الإسلامية، إسلام أباد، الصادرة في10-2012.
3- محمد الجيماز، "المسائل التي قال الإمام الشافعي فيها بالاستحسان"، مجلة المرقاة المحكمة، فلسطين، العدد 7، الصادرة في 27-08-2022.

ثالثا: البحوث الاكاديمية

1- حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب، تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية (دراسة تحليلية مقارنة أمثلة مختارة)، رسالة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، 2006.

2- خالد عبد العليم، الاجتهاد في الوقت الحاضر ومدى الحاجة إليه، ماجيستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون بالأزهر، 2005.

3- محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشَّريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط 1، 1434ه-2013م.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات:

	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول حقيقة الاستحسان وموقف علماء الأصول منه	
تمهيد	7
المبحث الأول: مفهوم الاستحسان وحجيته وضوابطه الشرعية وأركانه وأنواعه	8
المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا	8
الفرع الأول: الاستحسان في اللغة	8
الفرع الثاني: الاستحسان في الاصطلاح	8
الفرع الثالث: الفرق بين الاستحسان والقياس والمصلحة المرسلة	10
المطلب الثاني: حجية الاستحسان (أدلة المثبتين له)	10
الفرع الأول: من القرآن الكريم	10
الفرع الثاني: من السنة	12
الفرع الثالث: من الإجماع	13
الفرع الرابع: من المعقول	14
المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للاستحسان	14
المطلب الرابع: أركان الاستحسان ومقوماته	15
المطلب الخامس: أنواع الاستحسان	17
الفرع الأول: الاستحسان بالنص	18
الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع	19
الفرع الثالث: الاستحسان بالقياس الخفي	19
الفرع الرابع: الاستحسان بالضرورة	20
الفرع الخامس: الاستحسان بالعرف	20
الفرع السادس: الاستحسان بالمصلحة	20
الفرع السابع: الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته	21
الفرع الثامن: الاستحسان بمراعات الخلاف	22
المبحث الثاني: حقيقة الاستحسان عند الإمام الشافعي وسبب الخلاف فيه	23
المطلب الأول: حقيقة الاستحسان الذي أبطله الإمام الشافعي	23
المطلب الثاني: سبب الخلاف بين الإمام الشافعي والقائلين بحجية الاستحسان	23
المطلب الثالث: أدلة المنكرين لحجية الاستحسان ومناقشتها	24
المطلب الرابع: حقيقة أخذ الإمام الشافعي بالاستحسان في بعض المسائل	27
المطلب الخامس: ثمرات الاستحسان	27
ملخص الفصل الأول	29
الفصل الثاني: التطبيقات الفقهية للاستحسان	
تمهيد	31

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية للاستحسان عند القدامى	32
المطلب الأول: مسألة بيع الاستصناع (من مسائل الجمهور)	32
المطلب الثاني: مسألة وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه عند الأذان (من مسائل الإمام الشافعي)	36
المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للاستحسان عند المعاصرين	38
المطلب الأول: مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها	38
المطلب الثاني: مسألة النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج	41
ملخص الفصل الثاني	44
الخاتمة	45
فهرس سور وآيات القران الكريم	48
فهرس الأحاديث النبوية	51
قائمة المراجع والمصادر	52
فهرس الموضوعات	58
ملخص البحث	60

ملخص البحث:

الاستحسان مصدرا من مصادر التشريع المختلف فيها، وهو حجة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، فقد قال فيه الإمام مالك رحمه الله: (أنه تسعة أعشار العلم)، في حين قال الإمام الشافعي رحمه الله (من استحسن فقد شرع)، وقصد بإنكاره للإستحسان ما كان الدليل فيه مبني على التلذذ والهوى والتشهي، وهذا الاستحسان يرفضه حتى القائلين به، فالدارس لواقع فقه الشافعية، يتضح له عدم مطابقة القول أن الشافعية لا يقولون بالإستحسان جملة و تفصيلا، وأن خلاف الشافعية مع الجمهور خلاف لفظي، وليس حقيقيا، فالمسائل المنقولة عن الإمام الشافعي بأنه قال فيها بالاستحسان منثورة في كتب الأصول، وكتب الفقه، إلا أن الشافعية أقل المذاهب أخذا به.

وبهذا تكون الإجابة عن الإشكالية الأساسية للبحث هي: أن الخلاف في الاستحسان بين علماء الأمة هو خلاف لفظي ذلك أن الاستحسان بمعناه الحقيقي وضوابطه الأصولية عمل به مجتهدو المذاهب الأربعة حتى الشافعية، وأبرز تطبيقاته الفقهية تكون في المعاملات المالية والمعاملات الطبية أكثر ما يكون في غيرها، وبالإجابة على الإشكالية الأساسية أكون قد سعيت سعيي في تحقيق أهداف هذه الدراسة المتمثلة في تنمية الملكة الأصولية والفقهية في باب الاستحسان وتطبيقاته الفقهية لدى طالب العلم الشرعي. وتقديم مرجع جديد في هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية للبحث: استحسان، أصول، تطبيقات فقهية، الرأي، تطبيقات فقهية معاصرة.

Abstract :

Approbation is a source of legislation in which there is a dispute, which is an argument when the audience of jurists from the Hanafi, Maliki and Hanbali, in which Imam Malik said: (It is nine tenths of knowledge), while Imam Shafi'i said (whoever is desirable has legislated), and meant by denying the approval of what the evidence was based on pleasure, passion and lust, and this approval is rejected even by those who say it, the student of the reality of Shafi'i jurisprudence, it is clear to him that there is no conformity to say that the Shafi'is do not say that they are totally approving, and that the Shafi'i disagreement with The public is a verbal disagreement, not real, as the issues quoted from Imam Shafi'i that he said in favor are scattered in the books of assets, and books of jurisprudence, but the Shafi'is are the least of the schools of thought.

Thus, the answer to the basic problem of the research, is there a real disagreement in considering the approval as a source of legislation in Islam?, or is the disagreement just a verbal dispute? Are: The dispute in approbation between the scholars of the nation is a verbal disagreement because the approval in its true sense and fundamentalist controls worked by the mujtahids of the four schools of thought even Shafi'i and answer the basic problem I have sought my quest to achieve the objectives of this study of the development of the jurisprudential queen in the door of approval of the student of legal knowledge and provide a new reference on this subject.

Keywords for research: approbation, origins, jurisprudential applications, opinion, contemporary jurisprudential applications.