جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

عنوان المذكرة :

الاستحسان عند الأصوليين

مذكرة تخرج ليسانس ل م د علوم إسلامية

تخصص: فقه و أصول

من اعداد الطلبة :

1- نويبات نبيل
2- بن سالم عماد
3- بن مجدوب أسامة

إشراف :

د/ كتاب حياة

السنة الجامعية : (2018/ 2019)

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى من جاهدوا وبذلوا الغالي في تربيتنا، إلى نواة الإصلاح بعد الله تعالى، إلى آبائنا الأعزاء وأمهاتنا العزيزات.

إلى من ساهم بكل قول أو عمل في إخراج هذه المذكرة .

إلى طلبة العلم الشرعي.

شكر وتقدير

تطبيقا لـ قوله صلى الله علي وسلم: (من لم يشكر الناس لم يشكر الله)

فإنا نتوجه بالشكر إلى عمادة كليتنا المباركة، وأعضاء الهيئة التدريسية كافة

ونتوجه بالشكر إلى الأستاذة المشرفة: د. كتاب حياة

لصبرها علينا وملاحظاتها القيمة لإثراء هذه المذكرة

نسأل الله لهم جميعا التيسير والتوفيق والحفظ وجزاهم الله عنا خير الجزاء.

مقدمة :

الحمد لله الذي هدى المؤمنين بآياته، وأنار للسالكين سبيل مرضاته، وأفاض عليهم من فضله وبركاته، فهداهم الصراط المستقيم، وأنزل عليهم الكتاب العظيم، وأرسل إليهم الرسول الكريم، الذي علَّمهم وزكَّاهم، وهَداهم لما فيه هُداهم {لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ}؛ فصلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً أما بعد:

فقد سلك الأئمة المجتهدون في اجتهاداتهم الفقهية مناهج مختلفة من الاستدلال، وتمسّكوا في سبيل ذلك بأصول من الأدلة مختلفة، ومدارك من الشرع متنوعة. وكل ذلك آيل في الاعتبار إلى الاستدلال من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، إذ ليس الاستدلال والاحتجاج بهما بمقصور على الاستدلال المباشر بما تضمناه من الأحكام الشرعية، بل إن ذلك عام ليشمل المنهج الذي على أساسه بنى الشارع أحكامه، والأسس المرضية التي لوحظت في تشريعها؛ فمن سلك مناهج الشرع في التشريع اجتهادا، فهو سالك في اجتهاده مسالك دقيقة من الاستدلال بالكتاب والسنة.

واتفق العلماء على أصول من الأدلة هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس. ومن وراء هذه الأدلة المتفق عليها: أدلة قيل بوقوع الخلاف في أصل حجيتها، لكن النظر المتفحص يرشد إلى:

تحقُّق الخلاف في بعض تلك الأصول بين أهل العلم. والخلاف في بعض منها نظريٌّ لا يقدح في أصل الاتفاق. كما أن بعض الخلاف المأثور في جملةٍ من تلك الأدلة راجع إلى مدى التّضييق والتوسيع في إعمالها، والاتفاق على بعض مضامين تلك الأصول دون بعض. كما أن بعض الأدلة نجدها مشمولة ضمن أدلة أخرى هي أشمل في مفهومها، وأوسع في مسماها. لذلك لا يتحقق وصف الاختلاف على جملة هذه الأدلة، لذلك آثر

كثير من أهل العلم أن لايسمُّوا هذه الأصول بالأدلة المختلف فيها، وكان أن أطلقوا عليها: الأدلة التبعية. ومن الادلة المختلف فيها (الاستحسان) .

ويُعدّ مصطلح "الاستحسان" من المصطلحات الأصولية التي ثار حولها نقاش كبير في كتب أصول الفقه. ومما أذكى تلك النقاشات قلَّة وضوح معنى هذا المصطلح حتى عند القائلين به والمدافعين عنه. ويظهر الغموض الذي يلفّ المصطلح في اختلافات القائلين به في تعريفه، وفي بيان حقيقة المراد به عند مؤسسي المذاهب التي يُنْسَب إليها القول به

وبحث الاستحسان هذا قد اشتهر عند الأحناف الأخذ به، حتّى أن المتفحص في

كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة: (الحكم في هذه المسألة قياساً كذا، واستحساناً كذا) وقد اعتبروه دليلاً خامساً في الشرع يترك به مقتضى القياس؛ لأنه أحد نوعي القياس، فهو قياس خفي في مقابل القياس الجلي، ويسمى كذلك إشارة إلى أنّه أولى بالعمل به كما قال البزدوي.

لقد كان الأخذ بالاستحسان مثار بحث العلماء، فبعد ما أقره المالكية والحنابلة واشتهر به الحنفية عده الشافعية والظاهرية بدعة وتشريعاً في الدين، ولذا قال الشافعي عبارته المشهورة . فيما تنقل في كتب الأصول وإن لم تكن في كتابه "الرسالة" .: (من استحسن فقد شرع أي: وضع شرعاً جديداً.

إنّ هذا البحث يعرض لهذه المسألة، ويناقش الآراء فيها، ويحاول الوصول إلى رأي ناضج.

أهمية الموضوع وفائدته :

تتضح أهمية البحث في إدراك معنى الاستحسان وتطبيقاته عند الأصوليين، كما لا يخفى على شريف علمكم أنّ الاستحسان ذو وظيفة مقاصدية ظاهرة من خلال تتبع أنواعه

وتطبيقاته، كما لا نبالغ إذا قلنا أن الاستحسان يعتبر أهم وظيفة أصولية بعد القياس من حيث قدرته على إيجاد المخارج للأقيسة والقواعد العامة جوابا على القضايا المستجدة والنوازل.

مشكلة البحث :

تبرز إشكالية الدراسة في بحث الاستحسان عند الأصوليين في الأدلة المختلف فيها. ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة:

- ما المقصود بالاستحسان؟
- متى ظهر هذا المصطلح ؟
- ما آراء العلماء في حجيته؟

أهداف الموضوع :

--بيان المقصود بالاستحسان.

- يهدف البحث لمعرفة آراء العلماء في الاستحسان.

- ابراز بعض التطبيقات الفقهية المعاصرة للاستحسان.

أسباب اختيار الموضوع :

- نجمل الدواعي التى دعتنا الى طرق باب هذا البحث دون غيره من البحوث بما يأتي:

1- لِما ذكرنا آنفا من حيث أهمية الموضوع.

2- إن هذا البحث يجمع بين الجانب التأصيلي والتطبيقي فالأول يجيب عن مدى صلاحية اعتبار أصل الاستحسان والثاني يعرض المسائل المبنية عليه عند الأصوليين.

3- إِن دراستنا للجانب التطبيقي ومعرفتنا للمسائل المبنية عليه عند الأصوليين.

4- في هذا البحث اثبات لمرونة الفقه اتجاه المعاندين، الذين يزعمون بجمود الشريعة وعدم ملاءمتها لروح العصر، وذلك من خلال المرونة التي بنى عليها الاستحسان مسائله وبدأ التيسير ورفع الحرج .

الدراسات السابقة:

ومن الكتب التي تناولت موضوع الاستحسان بالدراسة:

1- الاستحسان بين النظرية والتطبيق للدكتور شعبان محمد إسماعيل - نشر دار الثقافة في الدوحة | قطر/ سنة 1408هـ- 1988م.

2 - الاستحسان عند علماء أصول الفقه وأثره في الفقه للدكتور السيد صالح عوض - نشر في مصر سنة 1410هـ -1990م.

3- نظرية الاستحسان لأسامة الحموي أشرف عليها الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي. كتبها مؤلفها لتكون رسالة ماجستير. نشر في سوريا / دمشق / سنة 1412 - 1992م.

4- مرآة الجنان في إيضاح الاستحسان - لسليمان بن محمد ألفيفي / كراس صغير.

5- الاستحسان الأصولي حقيقته وحجيته - (بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية - العدد 4 -الإمارات العربية المتحدة (ص 35-9) سنة 1995م.

6- الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي -الفاروق عبدالله عبدالكريم - رسالة دكتوراه من جامعة بغداد سنة 1995م ولم أطلع عليها.

7- نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة للدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور.

صعوبات البحث:

تكمن صعوبات البحث التي واجهتنا أثناء انجازه في اختلاف نظرة الأصوليين والفقهاء إلى المصطلح، فللمصطلح الواحد تفسيرات وتأويلات متعددة بل قد يستعمل أصولي أو فقيه مصطلحا، فيقوم شخص آخر بتفسير لهذا المصطلح ثم يعطينا مفهوم هذا المصطلح على أنه المقصود لدى صاحبه، فتنشأ نزاعات دون تحرير لمحلها، وهي نزاعات ربما تكون وهمية لو حرر محلها.

منهج البحث:

أولا: فيما يتعلق بصلب البحث :

اتبعنا فيه الخطوات الآتية:

1- عرض المباحث النظرية المتعلقة بدليل الاستحسان.

2- نحرص على ذكر آراء مشاهير علماء الأصول.

3- المقارنة مع الأقوال والترجيح.

4-إبراز الجزء التطبيقي والمتمثل في (تطبيقات الاستحسان)

5- نُركّز على موضوع البحث، ونتجنب الحشو والاستطراد إلا فيما كان له صلة قوية في البحث.

6- نُعرّف بمصطلحات البحث، ونشرح غريب الألفاظ.

ثانيا: المصادر :

1- إعتمدنا على أمهات المصادر والمراجع الأصلية، في جميع المذاهب.

2- واعتمدنا على بعض المصادر التي لها بالموضوع .

ثالثاً: العزو والتخريج :

1- نقوم بعزو الآيات القرآنية في صلب البحث، وذلك بذكر اسم السورة ورقم الآية.

2- نذكر المصادر الأصلية للحديث أو الأثر، فإن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين، فإننا سنكتفي بهما، وكذلك إن لم يكن إلا في أحدهما فإننا سنكتفي بالتخريج منه، وإلا فإننا سنخرجه مبتدئين بسنن أبي داود ثم الترمذي ثم النسائي ثم ابن ماجه، ثم الإمام أحمد في مسنده، ثم نرتب المصادر الأخر وفق الأقدمية.

3 - نوضح كلام أهل العلم في درجة الحديث.

4 - نذكر في التوثيق اسم الكتاب والباب الذي ورد فيه الحديث ورقمه والجزء والصفحة

رابعاً: الأعلام :

1- نترجم لكل ما يرد في البحث من أعلام.

2- نعرف بالعلم، بذكر اسمه وتاريخ وفاته، و شيء من سيرته وصفاته ومذهبه العقدي والفقهي، ونحو ذلك، ثم نختم بذكر بعض آثاره، ومصادر ترجمته.

خامساً: - الحواشي والإحالات :

1-نوثق في الحاشية المصدر أو المرجع الذي أحيل إليه، وذلك بذكر المؤلف مبتدئين بشهرته أو لقبه أو نسبته، ثم اسمه ثم تاريخ نشر مصنفه، ثم اسم المصدر أو المرجع، ثم رقم الطبعة، ثم التحقيق إن وجد، ثم اسم البلد الناشرة، ثم اسم الدار، ثم عدد المجلدات، ثم الجزء والصفحة. وهذا في المرة الأولى.

2-في المرة الثانية نذكر المصنف والجزء والصحيفة فقط.

3-عند العزو إلى أكثر من مرجع ومصدر فنرتبه حسب وروده في صلب البحث أو وفق الأقدمية.

4-عند تكرار المصدر أو المرجع في نفس الصحيفة بالتوالي، نكتفي بالقول: المصدر نفسه أو المرجع نفسه ، ثم نذكر الجزء و رقم الصفحة.

5-عند تكرار المصدر أو المرجع – الموثق في نهاية الصفحة – في بداية الصفحة التالية نكتفي بالقول: المصدر السابق أو المرجع السابق، ثم نذكر الجزء و رقم الصفحة.

6-ننقل النص كما هو، نوثق في الحاشية بذكر المصدر كما هو، وعندما ننقل مع بعض التعديل الطفيف نذكره في الحاشية بقولنا: ينظر، وإذا تم النقل مع التعديل نذكر في نهاية التوثيق كلمة (بتصرف)

سادساً: الإخراج :

سنراعي في هذا البحث:

1- الاعتناء بقواعد اللغة العربية، والإملائية، وعلامات الترقيم، ونحو ذلك.

2 - رسم الآيات القرآنية بالرسم العثماني المشكول.

ثامناً:- خطة البحث :

هي مقدمة ؛ وثلاثة مباحث؛ وفي كل مبحث ثلاثة مطالب؛ وخاتمة؛ موزّعة على الشكل الآتي:

- **المبحث الأول : حقيقة الاستحسان.**

المطلب الأول: تاريخ ظهور الاستحسان كمصطلح أصولي.

المطلب الثاني: المفهوم اللغوي والإصطلاحي للاستحسان.

المطلب الثالث: التعريف المختار للاستحان وشرحه.

- **المبحث الثاني: حجية الاستحسان وأنواعه.**

  المطلب الأول: حجية الاستحسان.

  المطلب الثاني: أنواع الاستحسان.

- **المبحث الثالث:صور من التطبيقات المعاصرة للاستحسان.**

  المطلب الأول: مسألة زراعة الأعضاء.

  المطلب الثاني: مسألة التلقيح الاصطناعي.

  المطلب الثالث:مسألة صور عقد السّلَم.

- **الخاتمة:** وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

- **فهرس الموضوعات.**

المبحث الأول

حقيقة الاستحسان

المبحث الأول :حقيقة الاستحسان

تطرقنا في مبحثنا هذا إلى تاريخ ظهور مصطلح الاستحسان كمصطلح أصولي، وتعريف الاستحسان لغة، وعند المذاهب الأربعة، وكذلك اخترنا تعريفا واحد للاستحسان.

المطلب الأول : تاريخ ظهور الاستحسان كمصطلح أصولي

لم يكن هذا المصطلح متداولا في عصر الصحابة ، ولا التابعين، إذ لم يكن إطلاق هذا اللفظ دليلا على معنى أصولي إلا في مطلع القرن الهجري الثاني، ويعد إياس بن قرة[1] أول من قال في القضاء: ((قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا))[2]، ثم تردد هذا المصطلح على ألسنة العلماء كمعارض للقياس.

أ- ففي عهد أبي حنيفة رضي الله عنه: وردت عبارات على لسانه في مجلس درسه؛ جعل الاستحسان عنوان على دليل بنفسه؛ كقوله في شأن الرجم: ((إنا أثبتنا الرجم بالاستحسان على خلاف القياس))[3].

وقوله: ((لو شهدوا بالزنا فقضي بجلده، فلم يكمل الحد، أو كمل، ثم شهد شاهدان بالإحصان فالقياس أن يرجم ، ويدرأ عنه الرجم و ما بقي من الحد استحسانا))[4].

---

[1] هو: القاضي إياس بن معاوية المزني، أحد من عرف بالذكاء والفطنة، وضرب به المثل فقيل (أذكى من إياس)، ولي القضاء في البصرة على عهد الخليفة عمر بن عبد العزيز، وقد أورد ابن خلكان طائفة من الوقائع التي تدل على ذكائه وفطنته، توفي في (واسط) سنة122هـ . ينظر: وفيات الاعيان223/1 ، والأعلام 33/2

[2] ينظر: القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (1410هـ) العدة في أصول الفقه، ط2، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي ، مج 5، /1606هـ.

[3] ينظر: الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (1406هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، مج7 ،58/7

[4] المرجع السابق نفسه 59

قال أبو زهرة: ((إن أصحاب أبي حنيفة كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد))[1].

وقد وردت بعض عبارات الاستحسان على ألسنة أصحابه؛ كقول أبي يوسف[2] في من زنى بأَمَة ثم قتلها: ((أنّي استحسن أن ألزمه الدية ولا أحده))[3].

وعدّ محمد بن الحسن [4] الاستحسان من جملة شروط الاجتهاد[5].

ب- وفي عهد الإمام مالك رحمه الله:

قال ابن القاسم[1]، يروي عن مالك أنه قال : ((تسعة أعشار العلم الاستحسان))[2].

---

[1] أبو زهرة، محمد(1945م)، كتاب أبو حنيفة، حياته وعصره آراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، ص342.

[2] هو أبو يوسف؛ يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة، من الفقهاء والأصوليين المجتهدين، تفقه على الإمام أبي حنيفة، تولى القضاء للمهدي والهادي والرشيد،. توفي في بغداد سنة 182 هـ. من أثاره: كتاب الخوارج، وأدب القاضي. ينظر: الجواهر المضيئة 611/3، الفهرست ص 289، معجم المؤلفين 240/13.

[3] ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط2، دار الكتاب الإسلامي، مج2، 35/5 . وشبلي، محمد مصطفي، تعليل الأحكام، ص 331.

[4] هو أبو عبد الله، محمد بن الحسن بن الفرقد الشيباني، صاحب الإمام أبي حنيفة ومدون المذهب، كان مقدما في الفقه والعربية والحساب، ولي القضاء بالرقة ثم بالري ثم في عهد الخليفة هارون الرشيد، وكانت وفاته بالري سنة189 هـ. من مؤلفاته: كتب ظاهر الرواية المعتمدة في المذهب الحنفي، منها الجامع الكبير، والجامع الصغير. ينظر: الجواهر المضيئة 122/3، ووفيات الأعيان 324./3

[5] البحر الرائق،20/5،

وقال أصبغ[3]: (إن الاستحسان عماد العلم))[4]. وبهذا نعرف أن الإمام مالك وأصحابه استخدموا لفظ الاستحسان في الوقت الذي استعمله أبو حنيفة وتلاميذه، وقد أفتي مالك رحمه الله بمقتضى الاستحسان في عدة مسائل[5]: كالقصاص بالشاهد واليمين، و تقدير دية أنملة[6] الإبهام بخمس من الإبل وغيرها.

ج- وفي عهد الإمام الشافعي[7] : أن الشافعية لم يعدّوا الاستحسان دليلا شرعيا مأخوذا به، لذلك من الصعب تحديد الوقت بالضبط الذي استعمل فيه أصوليو الشافعية هذا التعبير.

د- وفي عهد الإمام أحمد بن حنبل : ورد عنه أنه قال: ((أستحسنُ أن يُتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث أو يجد الماء))[1]. وقال: ((يجوز شراء أرض السواد ولا يجوز بيعها. فقيل له: كيف نشتري ممن لا يملك؟ فقال: القياس كما تقول،

---

[1]هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن الاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ،كان من أصحاب مالك البارزين ، صحبه عشرين عاما، ونقل عنه الكثير من أرائه، وهو صاحب المدونة في مذهب مالك، توفي في مصر سنة 191 هـ. ينظر: وفيات الأعيان 311/2، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص150.

[2]ينظر: الموافقات 209/42، البحر المحيط77/6.

[3] هو: أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الفقيه المالك المصري؛ تفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب، وقال عبد الملك بن الماجشون في حقه: ما أخرجت مصر مثل أصبغ ..توفي سنة 220هـ. ينظر: ترتيب المدارك 2/ 561، 565، وفيات الأعيان 240/1.

[4] الموافقات 210/4.

[5] ينظر: الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، مج4، 479/ 3.

[6] الأنملة: هي المفصل الأعلى من الأصابع الذي فيه الظفر. المناوي: محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت، دمشق (ط1-1410هـ)، تحقيق: د. محمد رضوان الداية. ص ٩٩.

[7] ينظر : الشافعي، الأم ، كتاب إبطال الاستحسان،316/7-309.

ولكن هو استحسان))[2]. ونحو ذلك من المسائل. ويبدو من هذا العرض الوجيز أن الاستحسان لم يكن معنى غامضة مجهولا في كتب الفقهاء الأوائل، بل كان دليلا معتبرا عند أغلبهم، وقع في كلامهم كما بينت، ثم جاء أصحابهم وتلامذتهم فعقدوا هذا المعنى ووصفوا له مفاهيم ودلالات، سنأتي على بيانها في المبحث الثاني إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للاستحسان.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للاستحسان

لغة: مشتقٌّ من الحسن، وهو عدُّ الشيءِ وأعتقادهُ حسناً[3]، ويستحسن الشيء، أي يعده حسنا[4]. والحسن ضد القبح، يقال: رجل حسن، وامرأةٌ حَسناء وحُسانة[5]. وقد يطلق على ما يهواه الإنسان ويميل إِليه وإِن كان مستقبحا عند غيره.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للاستحسان

عرفه علماء الأصول تعريفات كثيرة نذكر منها:

1-تعريف الاستحسان عند الحنفية:

---

[1] ينظر: المرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى:885هـ) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه ، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، السعودية، الرياض،3818/8.

[2] ينظر: آل تيمية إبدأ بتصنيفها الجد: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ) ، وأضاف إليها الأب، : : عبد الحليم بن تيمية (ت: 982هـ) ، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ)] المسودة في أصول الفقه تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، دار الكتاب العربي، ص 451 -452.

[3] التعريفات، للجرجاني ص (32) .

[4] انظر: لسان العرب، لابن منظور(124/4).

[5] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (57/2).

– الاستحسان: هو العدول عن مسألة في مثل ما حكم به في نظائر مسألة إلى خلافه لوجه أقوى منه، وهذا التعريف لأبي الحسن الكرخي[1] .

يعدُّ هذا التعريف من أشمل تعاريف الحنفية، لأنه شامل لكل الصور المتوقعة في مذهبهم. يقول محمد أبو زهرة تعقيبا على هذا التعريف: ((هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان عند الحنفية) [2]؛ لأنه يشمل كل أنواعه ويشير إلى أساسه (هو أن يجيء الحكم مخالفا لقاعدة مطردة، لأمر يجعل الخروج من القاعدة أقرب إلى الشرع من التمسك بالقاعدة فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا في المسألة، من القياس الجلي أو الظاهر).

ومن أمثلة ذلك[3]: لو قال قائل: مالي صدقة لله، علي أن أتصدق بمالي، فالقياس يلزمه التصدق بكل ما يسمى ما، لكن الإمام أبي حنيفة رحمه الله استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة ((خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ ۖ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)) التوبة(103) .

وهذا عدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل من القرآن الكريم.

---

[1] هو أبو الحسن، عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي، كان صبور على الفقر، كثير العبادة، أصيب أخر عمره بالفالج، وتوفي في بغداد سنة 340هـ. من مؤلفاته: شرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير في فروع الفقه الحنفي. ينظر: الجواهر المضيئة 2/492 ، والفهرست لابن النديم ص293

[2] أبو زهرة ، محمد، أصول الفقه، ص251.

[3] حجة الإسلام، محمد الغزالي، المستصفى،1/283.

–الاستحسان: ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع [1]، وهذا تعريف الحلواني الحنفي [2]، وفي هذا التعريف كما يلاحظ تقييد للاستحسان على وجه واحد من وجوهه، وهو العدول عن القياس لدليل أقوى منه.

– الاستحسان: هو دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام[3]، وهذا تعريف (صدر الشريعة)[4].

2 – الاستحسان عند المالكية:

عندهم تعاريف عديدة للاستحسان، لاسيما أنهم من أكثر من توسّع من المذاهب في الاعتماد على دليل الاستحسان. نذكر أهم ثلاثة تعاريف عندهم:

– الاستحسان: (هو القول بأقوى الدليلين)[5]. وينسب هذا القول لابن خويز منداد[6] وكأنه يعد ضربا من ضروب الترجيح مثال ذلك:

---

[1] ينظر: أصول السرخسي 200/2.

[2] هو : عبد العزيز بن أحمد بن نصر، شمس الأئمة الحلواني. نسبته إلى بيع الحلواء، فقيه حنفي، كان إمام الحنفية ببخارى. توفي في كش سنة 448 هـ ، ودفن ببخارى. من تصانيفه: ((المبسوط)) في الفقه؛ و ((شرح أدب القاضي)) لأبي يوسف. ينظر: الجواهر المضية 318.

[3] التوضيح، 82/2، أصول السرخسي 204/2.

[4] هو عبيد الله بن مسعود بن محمود البخاري المحبوبي الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر، كان محدثا ومفسرة ونحوية ولغوية وأدبية ومنطقية. توفي سنة 747هـ. من مؤلفاته: التوضيح في حل غوامض التنقيح في أصول الفقه، والوشاح في المعاني والبيان. ينظر: كشف الظنون 496/1 ، وهدية العارفين 649.

[5] ينظر الباباجي ابن الوليد، أحكام الفصول في أحكام الأصول، ص987 .

[6] هو : محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد المالكي، العراقي، فقيه، أصولي صاحب أبي بكر الأبهري. قال القاضي عياض: وقد تكلم فيه أبو الوليد الباجي، توفي سنة 390 هـ. من تصانيفه: "

• تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر بدليل أن رسول الله لا رخص في بيع العرية بخرصها تمرا[1].

والعرية: أن يشتري الرجل ثمر النخل الطعام أهله رطبا بخرصها تمرا.

• ومثل ذلك تخصيص الرعاف دون القيئ، إذا حدث للمصلي أثناء صلاته بالبناء على ما صلي.

–الاستحسان: هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلّي، وهذا التعريف ذكره الشاطبي[2]. وعقب عليه بقوله: ((أنّهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة)[3]. وعلى هذا ما كان مستثنى من دليل كلي فهو استحسان، وما لم يكن كذلك فهو مصلحة.

–الاستحسان[4]: هو ترك مقتضى الدليل عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته. وهذا التعريف لابن العربي المالكي[5]

كتاب كبير في الخلاف "، و " كتاب في أصول الفقه ". ينظر: الوافي بالوفيات 52/2 ومعجم المؤلفين 280.

[1] في صحيح مسلم، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا بالعرية، (1939)، 1169/3.

[2] هو أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي، عالم مجتهد محقق في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة توفي سنة790هـ. من تصانيفه: الموافقات، شرح الخلاصة في النحو، والاعتصام. ينظر: هدية العارفين18/1، الأعلام 17/1، معجم المؤلفين 118.

[3] ينظر: الموافقات ، 206/4.

[4] ينظر: المحصول ص 132، والاعتصام 119.

[5] هو: القاضي أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد المالكي المعروف بابن العربي الأندلسي الإشبيلي، ولي قضاء إشبيلية فترة ثم صرف عنه، فتفرغ للعلم. توفي سنة 543هـ. من مؤلفاته:

وهذا التعريف يلتقي مع التعريف الذي قبله، لكن هنالك سمي الاستحسان استثناء، وهنا سمي رخصة واستثناء.

3- تعريف الاستحسان عند الشافعية:

إن الأصوليين الشافعيين لم يعدوا الاستحسان دليلا شرعية من الأدلة الشرعية المعتبرة، لهذا دار مفهوم الاستحسان عندهم على قول المجتهد بعقله لا بالدليل الشرعي.

4- تعريف الاستحسان عند الحنابلة:

كذلك أهتم الفقهاء الحنابلة بتأصيل الأدلة التشريعية ومن بينها الاستحسان اهتماما كبيرا لكنه دون المكانة التي نالها في المذهب الحنفي والمالكي.

فعرّفوا الاستحسان: بأنه (العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص في الكتاب والسنة) [1]،

وهذا ما اختاره ابن قدامة[2].

والخلاصة : إن المحقق في هذه التعاريف للاستحسان، يلمس مدى الاتفاق في مفهوم الاستحسان بين المذهبين الحنفي والمالكي، وأن الاستحسان وإن كان دليلا تشريعية يلجأ إليه، إلا أنه كذلك وجه من وجوه الاجتهاد وطريق من طرق التوسع على الأمة.

المحصول في علم الأصول، وأحكام القرآن، وعارضة الأحوذي في شرح الترمذي، والعواصم في القواصم، ومشكل القرآن والسنة، وغيرهما. ينظر: الأعلام 109/7

[1] ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر وجنة الناظر ص 407

[2] هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، من قرى نابلس بفلسطين، اشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين، رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين ثم عاد إلى دمشق. توفي سنة 620 هـ. من تصانيفه (المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي) عشر مجلدات ،وله في الأصول ((روضة الناظر)) . ينظر: والأعلام للزركلي 4 / 191، ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ص 133 – 146.

المطلب الثالث: التعريف المختار للاستحسان:

يمكن أن نختار تعريفا جامعاً للاستحسان، وهو: "عدول المجتهد عن الحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[1].

شرح التعريف:

– (عدول المجتهد): قيد في التعريف يخرج غير المجتهد، لأن الاستحسان نظر في الأدلة، وغير المجتهد لا نظر له.

– (أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه) يعني: أن للمسألة المراد بيان حكمها، مسائل أخر مشابهة لها في الصورة، ولتلك المسائل حكم معين، لكن المجتهد ترك ذلك الحكم إلى ما يخالفه.

– (لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول) أي: أن المجتهد ترك الحكم إلى ما يخالفه بناء على دليل أقوى من دليل الحكم الأول، وهذا قيد في التعريف الإخراج الاستحسان بالتشهي من دون دليل

[1] الغزالي، المستصفى، 283/2.وينظر: عبدالرحيم بن الحسن ابن علي الإسنوي الشافعي ابو محمد، جمال الدين، نهاية السول ،169/2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ-1999م.

المبحث الثاني

حجية الاستحسان وأنواعه

المبحث الثاني: حجية الاستحسان وأنواعه

في هذا المبحث تطرقنا إلى اعتبار الاستحسان عند علماء الأصول، وإثبات حجيته، كما تطرقنا لأنواع الاستحسان المختلفة عند علماء الأصول وهي على ستة أنواع.

المطلب الأول: حجية الاستحسان

نحاول في هذا المطلب أن نحرر محل الخلاف، ثم ستعرض آراء الفقهاء في الاستحسان، ونتعرف على الأدلة التي اعتمدوها في ذلك، والاعتراضات التي واجهتهم وكيف ناقشوها.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع و الخلاف :

يُنظر إليه من جهتين:

الجهة الأولى : إن من العلماء من جعل الخلاف حقيقي، وأن محل النزاع راجع للاختلاف في تخصيص العلة[1]. اختلف المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة في معنى الاستحسان، فقال بعضهم: هو تخصيص العلة بمعني يوجب التخصيص، وقال بعضهم: هو قول بأقوى الدليلين ، وقد يكون هذا الدليل إجماعا، وقد يكون نصا، وقد يكون قياسا، وقد يكون استدلالا. فالنص مثل قولهم: إن القياس أن لا يثبت الخيار في البيع؛ لأنه غرر، ولكن أستحسن للخبر. والإجماع مثل قولهم: إن القياس أن لا يجوز دخول الحمام إلا بأجرة معلومة؛ لأنه انتفاع مكان ولا الجلوس فيه إلا قدر معلوما، ولكن استحسناه للإجماع. والقياس مثل قولهم: فيمن حلف أنه لا يصلي: أن القياس أنه يحنث بالدخول في الصلاة لأنه يسمى مصليا، ولكن أستحسن أنه لا يحنث إلا أن يأتي بأكثر الركعة؛

[1] ينظر: ابن الموقت ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج الحنفي (1903ه) التقرير والتحبير ط2، بيروت ، دار الكتب العلمية، مج3، 177.

لأن ما دون أكثر الركعة لا يعتد به فهو بمنزلة ما لو لم يكبر. والاستدلال مثل قولهم: إن القياس أن من قال: إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني أنه لا يكون حالفا؛ لأنه لم يحلف بالله تعالى، ولكن أستحسن أنه يحنث بضرب من الاستدلال، وهو أن الهاتك للحرمة بهذا القول بمنزلة الهاتك لحرمة قوله: والله.

قال الآمدي: (ومنهم من قال إنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه، وحاصله يرجع إلى تخصيص العلة، وقد عرف ما فيه) . وقال أبو الحسين البصري : (الكلام في الاستحسان على ما فسره أصحاب أبي حنيفة يقع في المعنى وفي العبارة، أما في المعنى فهو أن بعض الأمارات قد يكون أقوى من بعض، ويجوز العدول من أمارة إلى أخرى من غير أن تفسد الأخرى، ذلك راجع إلى تخصيص العلة)[1] . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: (ولهذا فسر غير واحد الاستحسان بتخصيص العلة، وهو كذلك، فإن غاية الاستحسان تخصيص العلة) . وليس الخلاف في من جعل الاستحسان تخصيص للعلة أو نقضها، فكلاهما متفق على القول بالاستحسان سواء كان مخصصة للعلة أو ناقضة لها، فذلك لا يقدح بالقياس في جميع المذاهب، كبيع الرطب في العرية، فإنه ناقض لعلة حرمة الربا، التي هي الطعم أو القوت أو الكيل أو المال، ولا زائد على هذه الأربعة، وكل منها موجود في بيع العرايا) . لكن الخلاف في من منع تخصيص العلة من أساسه كالشافعي في قوله: وهذا الخلاف هو الخلاف الأتي في القياس في أن النقض هل يقدح في العلة أم لا؟ ، والمختار أنه إن كان النقض لمانع لم يقدح، وإلا قدح.

الجهة الثانية: من العلماء من قال: إن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ دون المعنى، وقالوا لا يتحقق استحسان مختلف فيه.

[1] ينظر: أبو الحسين البصري، المعتمد، 839/2.

يقول الإسنوي: والحق ما قاله ابن الحاجب[1] ، وأشار إليه الآمدي ، من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد به ما يعده العقل حسنة فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد به ما أردناه فهو حجة عند الكل فليس هو أمر يصلح للنزاع). وبهذا القول قال جملة من المعاصرين منهم الدكتور مصطفى البغا حيث يقول: (إذا نظرنا إلى الاستحسان بالمعنى الذي عرفه أبو الحسن الكرخي بقوله: "الاستحسان العدول بحكم المسألة عن حكم نظائرها بدليل يخصها"، وما شابهه من التعاريف، وجدنا أن العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة، وإنما اختلفوا في التسمية وذلك لأننا نجد أن الاستحسان لهذا المعنى لا يخرج عن الأدلة الشرعية المتفق عليها)[2] . ومنهم الدكتور أبو بكر إسماعيل ميقا في قوله: ((وبهذا ننتهي إلى أن الخلاف الواقع في تعريف الاستحسان ما هو إلا خلاف لا يسمى حقيقته وجوهره كدليل من أدلة الاستنباط والاجتهاد بالرأي، ولا يخالف أحد من الأئمة من أئمة العلم والفقه هذه الحقيقة لا الإمام الشافعي ولا غيره، بل هو من أوائل من يقول بالاستحسان على هذا المعنى)[3] .

الفرع الثاني :عرض الأدلة:

استدل القائلون بالاستحسان بجملة من الأدلة في الكتاب والسنة والإجماع منها:

---

[1] ابن الحاجب (590 – 646 هـ) . هو : عثمان بن عمر أبي بكر بن يونس المعروف بابن الحاجب ، نشأ في القاهرة. فقيها من فقهاء المالكية، بارعا في العلوم الأصولية، من تصانيفه ((مختصر الفقه)) ؛ و ((منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل)). ينظر: الديباج المذهب ص ١٨٩، ومعجم المؤلفين 6 /295.

[2] البغا، مصطفى ديب (1974م)، أثر الأدلة المختلف فيها، بيروت، الدار الشامية، ص 125.

[3] ميقا، أبو بكر إسماعيل محمد،(1985)، الرأي وأثره في في مدرسة المدينة_ دراسة منهجية تطبيقية تثبت صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، بيروت، مِسسة الرسالة، ص 202.

1- دليلهم من الكتاب قوله تعالى:(الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ۚ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ ۖ وَأُولَٰئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ)الزمر-18_، وقوله تعالى:(وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ) _الزمر_55_، ووجه الاستدلال أنها وردت في معرض الثناء والمدح لمن اتبع أحسن الأقوال المستمع إليها، والاستحسان داخل ضمنها، فيكون مما امتدح إتباعه [1] .

وقال ابن حاجب المالكي: بأن الأمر فيها للوجوب فيكون إتباع أحسن ما أنزل واجبا وهو يدل على ترك بعض.

واتباع بعض ليس لأمر إلا أنه مستحسن، إذ هو اتباع الأحسن وترك ما عداه .[2]

وأجاب الماوردي عنها بثلاثة أوجه هي:

أ- أنه أمره بالتباع الأحسن دون المستحسن.

ب- إنه وارد في ماجاء به الكتاب من ثواب الطاعات وعقاب المعاصي فيتبعون الأحسن في فعل الطاعات واجتناب المعاصي.

ج- إنه محمول على ماجعل له من استيفاء الحق، وندب إليه من العفو.[3]

كما أجاب أبو الوليد الباجي عنها: بأن أحسن هو الذي يكون معه الدليل،وأن هذه الآية لوكانت محمولة على عمومها لوجب أن يكون استحساننا لتحريم القول بالهوى والشهوة

---

[1] الآمدي، الإحكام، ج4، ص 198، تحقيق عبد الرزاق عفيفي طبعة 1 ، دار الصميعي سنة 1424 . 2003

[2] ابن حاجب المالكي عبد الرحمن عضد الدين، شرح مختصر المنتهى، ج2، ص 289، تحقيق محمد حسن اسماعيل، المطبعة الاميرية بولاق مصر، سنة1317، د.ط .

[3] الماوردي، أدب القاضي، ج1، ص 655، تحقيق حسين خلف الجبوري، طبعة 1سنة، 1409- 1989.

عليكم حسنا،ولوجب اتباعه [1].

أما ابن حزم فإنه لم يلتفت الى أن الآية لا دلالة فيها على الوجوب، بل إنه نفى أساسا أن يكون المقصود من (أحسن القول) الاستحسان قال: إن الله لم يقل فيتبعون ما استحسنوا وإنما قال: (و اتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَكُمُ الْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ) الزمر_55_، وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا هو الإجماع المتيقن.

وحمل الإمام الغزالي إتباع أحسن القول في هذه الآية، على أحسن ما أنزل إلينا وهو إتباع الأدلة.

وذكر أيضا: أنه يلزم من ظاهر الآية إتباع استحسان العامي والطفل المعتوه بعموم لفظ (القول فيها)، فإن خصصوه بأهل النظر فإنا نخصصه بما صدر من أدلة الشرع ، إذ لا وجه لاعتبار أهلية النظر مع الاستغناء عن النظر نفسه [2].

وأجابو عن الآية الثانية أنها أمرت بالتباع الأحسن في خصوص ما أنزل عليهم، لأن الأحسن هو بعض ما أنزل بحكم إضافته الى ما، ولادليل على أن ماصارو إليه من الأخذ بالاستحسان هو دليل منزل، فضلا على أن يكون أحسن ما أنزل [3].

2– وأما دليلهم من السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن) [4]، وهذا يدل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسنا

---

[1] أبو الوليد الباجي، إحكام الفصول، ص 689، فقرة 751، تحقيق عبد المجيد تركي. نشر دار المغرب د،ط .

[2] الغزالي، المستصفى ، ج1،ص،277تحقيق حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة.

[3] الآمدي، الإحكام، ج، 4ص 159، تحقيق عبد الرزاق عفيفي طبعة ،1 دار الصميعي، سنة 1424 2003.

[4] .أخرجه الإمام أحمد بن حنبل موقوفا على ابن مسعود

فهو حق في الواقع لأن ما ليس بحق فليس بحسن عند الله وهو أيضا يدل على أنه حجة في هذا الباب.

وأجيب عن هذا الدليل :

أ- إن ما روي عن ابن مسعود ليس بمسند إلى رسول الله وأنه لا يوجد في مسند صحيح، وإنما هو معروف عن ابن مسعود فلايكون حجة.[1]

ب- إن لفظ (المسلمون) الوارد في النص هو من صيغ العموم، فيكون معناه ما رآه جميع المسلمين حسنا، لاما رآه آحادهم، وجميع المسلمين يدخل ضمنهم أهل الحل والعقد الذين بهم ينعقد الإجماع، وما أُجمع عليه فهو حسن عند الله، لأنه لا يكون إلاّعن دليل. وعلى هذا فليس في النص المذكور دلالة على حجية الاستحسان لأنه إن كان جميع ما رآه أهل الحل والعقد فهو إجماع، وليس متنازعا فيه، وإن كان مما رآه آحاد أهل العقد فالنص لا يدل على حجيته، لأنه جاء بلفظ ما رآه (المسلمون) والمسلمون من ألفاظ العموم فلا يدل على حسن ما رآه الآحاد [2].

ويرى الغزالي : أنه إن أريد به الآحاد فلا وجه لتخصيصه بأهل النظر، بل يدخل فيه إستحسان العامي أيضا، ولا وجه للتفريق بينهما مادام الإستحسان لا ينظر فيه بالأدلة.

ج- وعلى فرض صحته فإنه خبر آحاد ؛ وأخبار الآحاد مما لا تثبت به الأصول .

د- وأنه لا دليل على أن الحسن فيه يطلق على الاستحسان بالمعنى المصطلح، لكونه من المعاني المستحدثة لدى المتأخرين فلا تصح نسبته الى ابن مسعود .

---

[1] الإحكام للآمدي ج4ص 159 تحقيق عبد الرزاق عفيفي طبعة 1 الناشر دار الصميعي سنة 1424 2003.

[2] المستصفى للغزالي ج1ص 289 تحقيق حمزة بن زهير حافظ الناشر شركة المدينة المنورة للطباعة.

الإجماع :

أجمعت الأمة على الأخذ به في بعض الأحكام، كدخول الحمام، وشرب الماء من أيدي السقائين، من غير تقدير لزمان المكث وتقدير الماء والأجرة.

وقد أجيب عن هذا الدليل بعدم تسليم صحة هذه الأفعال ثابتة بالاستحسان، بل إن صحتها تعود الى انها كانت جارية في عهد النبي صلى الله عليه وسلم مع علمه بها وتقريرهم عليها أو إنها ثابتة بأي دليل آخر غير الإستحسان .

الفرع الثالث: أدلة المخالفين:

من أبرز الفقهاء الذين قالو بعدم الاستدلال بالاستحسان هما الإمام الشافعي وابن حزم الظاهري رحمهما الله، حيث عقد الإمام الشافعي في كتابه الأم باب اسمه (باب إبطال الاستحسان)، وذكر فيه أنه لا يجوز لمن استأهل أن يكون مفتيا أو قاضيا أن يفتي بالاستحسان؛ وقال (أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها خبر ولا قياس، وقال استحسن فلا بد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه ، فيقول كل حاكم في بلد بما يستحسن فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا[1].

وقال في كتابه الرسالة (إنما الاستحسان تلذذ، وإن حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالإستحسان).

وقال أيضا (لو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولو فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم الإستحسان) و (إن القول بما استحسن شيء يحدثه لا على مثال سبق)، وخلاصة كلامه أن الحكم بالاستحسان حكم بالهوى والتشهي لقوله تعالى:

[1] محمد ادريس الشافعي، كتاب الأم، ج 7، ص289 ،تحقيق، رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، 1422هـ 2001م.

(وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ) المائدة_49_.

أما ابن حزم فقد عقد في كتابه الإحكام باب في إبطال الاستحسان والرأي والاستنباط، وأهم ما عرضه ابن حزم في كتابه من الاستدلالات مايلي:

1- أنه يؤدي إبطال الحقائق وتضاد الدلائل وتعارض البراهين لأنه من المستحيل أن يتفق العلماء على قول واحد. فنحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما قبحه المالكيون، ونجد المالكيين قد استحسنوا ما قبحه الحنفيون.

وإذا كان الأمر كذلك فكيف يجعل الحق في دين الله مردودا إلى ما ستحسنه بعض الناس

2- إن الله تعالى قال: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)النساء_59_

ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون . ولو كان الاستحسان مما يمكن أن يرد إليه لقاله .[1]

المناقشة:

مناقشة كلام الشافعي : الذي يبدو من كلام الشافعي أنه كان يعني بالاستدلال مجرد الرأي من غير أن يكون مستند إلى أصل شرعي، أو أنه القول على غير مثال سبق، لمجرد أن يسنح ذلك بالوهم أو الخاطر، مع أن الاستحسان عند القائلين به، ليس كذلك.

[1] أبو محمد علي بن أحمدبن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت 456ه) ابن حزم ، كتاب الإحكام في أصول الأحكام، ج 7ص 758طبعة رقم 2 الناشر دار الآفاق الجديدة سنة 1403-1983.

بل لابد أن يكون له مسوغ شرعي يقتضيه، فهو ليس حكما بالهوى والتشهي لينتفي بقوله تعالى: (فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ) المائدة_ 48_ الأحكام في المسألة الواحدة غريب عن الشافعي لأنه لو أبطل ما يؤدي إلى ذلك لأنسد باب الاجتهاد مطلقا، مهما كانت مصادره، لأن الإختلاف واقع بين المجتهدين في الإستنباط من المصادر كافة، ولا وجه لتخصيص ذلك بالاستحسان، والشافعي نفسه قد قال في بيان اختلاف القائلين أن المسألة قد تحتمل أن تقاس فيوجد لها في الأصلين شبه فيذهب ذاهب إلى الأصل، والآخر إلى أصل غيره فيختلفان فليس قول أهل العراق بالاستحسان إلا ذهابا إلى أصل آخر خاص أو عام . [1]

مناقشة كلام ابن حزم: أما ما ذهب إليه ابن حزم من أن الاستحسان هو ماطابت به أنفس المستحسنين، فغير مسلم بل للاستحسان ضوابطه وأصوله. وأنه راجع للأصول الشرعية وما قررته المبادئ العامة فيها، ولا يخرج في جميع أنواعه عن أن يكون مشمولا بقوله تعالى: (هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ) الحج_78_ وقوله إنه يؤدي إلى إبطال الحقائق وتضاد الدلائل علمنا ما فيه عند التعرض للاستدلالات الشافعي رحمه الله

واحتجاجه بقوله تعالى: (أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلً) –النساء 59 – ، بأنه لم يقل فردوه الى ما تستحسنون، غريب، لأنه استدلال وارد حتى على الإجماع نفسه حيث لم يقل فردوه الى ما تجمعون عليه. على

[1] محمد الخضري، تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ، ص 205، مطبعة الشرق الاسلامية القاهرة، طبعة رقم 2،سنة 1357–1939 .

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

الفرع الرابع : التعقيب على حجية الاستحسان:

قال الشيخ د. عمر بن محمد عمر عبد الرحمن (يبدو لي أن الاستحسان يرجع إلى العمل بالقياس، أو بالمصلحة المرسلة، وإن خرج عنهما فهو غير مقبول، ويصدق عليه حينها أدلة نفاة الاستحسان من الشافعية والظاهرية وغيرهم، ومن الأدلة على ذلك أننا لا نكاد نجد فارقا كبيرا على استحسان الأحناف والحنابلة والعمل بالقياس، أو بين استحسان المالكية والعمل بالمصالح المرسلة؛ وهنا قدر مشترك بينهما يجتمع فيه المصالح أو القياس في كل مسألة ترد على الاستحسان.

ويمكن أن نجد ذلك واضحا في القضايا التي أرجعوها إلى الاستحسان ومن ذلك:

1- المسألة المشتركة، ويرجع العمل بها إلى تحقيق القواعد الشرعية في الميراث، في أن زيادة الصلة بالميت إن لم تزده في نصيبه لا تنقصه بحال، والتشريع في المعاملات يقوم على تحقيق المقاصد والمعاني، ولا يقف على الألفاظ والمباني، والنصوص لم تلغ هذا الحق للأخوة الأشقاء، بل هم في الواقع إخوة لأم وزيادة أب، والعمل بقواعد التشريع مما يدخل في العمل بالمصالح الشرعية.

2- قطع يد كل من أشترك في السرقة اشتراكا مؤَثّرا في وقوعـها، ولا يقتصر ذلك على قطع من يد تحمل المسروق كما تقتضي بذلك القواعد أو القياس، وذلك أن هؤلاء جميعا قد اشتركوا في السرقة اشتراكا مؤثرا.

[1] محمد أبو زهرة، حياة ابن حزم وآثاره، ص424،الناشر دار الفكر العربي، سنة 1978،د.ط.

ويصدق على كل منهم وصف السارق، وهذا أدخل في تحقيق المناط منه في العمل بالاستحسان والمصالح أو إجراء القياس.

وهذا يشبه من اشتركوا فيقتلونَ به ويمكن أن تدخل اعتبار المصالح أن عدم قطع يد كل من اشترك في السرقة يفضي إلى تطاول أيدي محترفة في أموال الناس مع الحرص على التغرير ببعض الناشئين في الإجرام ليحملو المتاع، وهذا من عادة اللصوص حيث يكون سيد العُصبة – مثلا– عقلا مدبرا وموجهاً، لكنه لا يحمل متاعا لأن هذا يجعله كأحدهم، فإذا تركنا رأس الأفعى بدون عقاب استطاع أن يستميلَ آخرين، فلا تقف السرقة والحد في السرقة من مقاصده تحقيق الزجر العام عن السرقة وحفظ الأموال.

3– إذا اتسعت أوجه الكسب الحرام في الأرض، وصار من لم يأكل الربا أصاب من غباره. فهل يمتنع الإنسان عن الزواج مثلا وهو تائقٌ إليه حتى لا يوسع حاجته من هذه المكاسب التي تدخلها الشبهات، قد يكون هذا هو القياس، ولكن هناك مصالح أخرى ترجح ذلك، وهي الخوف من الوقوع في الفتن وانقطاع النسل، والتوقف عن عمارة الأرض، وهذه كلها مفاسد يجب دفعها بالإقدام على الزواج، وهذا بالعمل بالمصالح المرسلة أيضا.

إذا كان الفقيه لا يستغني في بعض مسائله التي تستنبط منها الأحكام عند الرجوع إلى مقررات الشريعة الإسلامية وأهدافها في سبل تحقيق مصلحة الناس، ولو أدى ذلك إلى ترك القياس الكلي في هذه المسائل بعينها، وأن هذا لا يكون من قبيل إعطاء حق التشريع المطلق لعقل كل فقيه دون ضابط – وهو ما هاجمه الشافعي في عنف – لأن الفقيه عندئذ يجب أن يلتزم بأن لا يخالف نص القرآن أو سنة أو إجماعا، وأن يتوخى في استنباطه عندئذ أن يجري على نهج ما أقره الشارع في الجملة من قواعد عامة ومقررات مستخلصة من مجموع النصوص التشريعية، وإن لم توجد للأحكام المستنبطة عندئذ نظائر قياسية في النصوص الخاصة تقاس عليها بعينها، ويمكن عندئذ ألا يسمح لكل فقيه منفرد

بذلك باللجوء إلى ذلك بل يعهد إلى مجموعة من كبار الفقهاء الذين يوثق بعلمهم ودينهم وعقلهم، فإن هذا مما يدخل في إطار العمل بالمصالح.

ومن هنا فإنني أتفق مع الشيخ خلاف في قوله {إن وجه الاستحسان سنده دائما هو الدليل، وليس الاستحسان دليلا فلا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص والجماع والقياس يسمى الاستحسان.[1]

يرى الدكتور وهبة الزحيلي أن الاستحسان ليس مصدرا شرعيا من مصادر التشريع [2]

فهؤلاء العلماء لا ينكرون الاستحسان إذا عاد إلى أصل من الأصول السابقة عليه، ومن هنا فليس دليلا مستقلا، وتكون الحجية لما استند إليه من العمل بالمصلحة المرسلة – بعبارة بعض الأصوليين – أو بالقياس والمصلحة بتعبير البعض الآخر، مع التحفظ على ما يسمى استحسان النص واستحسان الإجماع لأن الإجماع له مستند وهو الدليل.

المطلب الثاني: أنواع الاستحسان

الفرع الأول: إستحسان النص

وقد مثلوا لهذا النوع ما يلي:

1– القرض وهو جائز على خلاف القاعدة، لأنه في الأصل ربا، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح للتوسعة على المحتاجين.[1]

---

[1] عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع، ص 81، الطبعة 6، سنة 1414هـ، دار القلم للنشر والتوزيع.

[2] وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه، ص ،496 ط 1، جامعة دمشق سنة 1997م .

2- السلم وهو من بيع المعدوم، حيث يبيع صاحب الأرض حصادًا، وهو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن عاجل ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم حينما رأى أهل المدينة يسلفون في الثمار السنتين والثلاث (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[2]، والأصل فيه أنه لا يجوز لأنه بيع مالا يملك لكنه أبيح للمصلحة ورفع المشقة.

يقول السرخسيُّ في ذلك (القياس يأبى جواز السلم باعتباره أن المعقود عليه معدوم عند العقد؛ تركناه بالنص).

وذكر الحديث وقد أورد ذلك في أنواع الإستحسان. [3]

3- عدم قطع يد السارق في عام المجاعة، فإن فيها القطع مطلقا بعد توفر شروطها وأركان موجبات الحد، لعموم قوله تعالى (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) 38- المائدة-.

لكن عدل عن القطع استحسانا، كما فعل عمر رضي الله عنه. حتى لا يجتمع على السارقين ضررين ضرر الجوع، وضرر قطع السرقة [4].

الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع

---

[1] الشاطبي، الموافقات، ج4 ص 208، دار المعارف بيروت، د.ط.

[2] البخاري ، صحيح البخاري، كتاب السلم ، باب السلم في كيل معلوم ، رقم الحديث 2239 ، ج/ص(428/4)

[3] السرخسي، أصول السرخسي، ج2 ص203، تحقيق ابو الوفا الافغاني، طبعة دار المعرفة بيروت د.ط.

[4] عبد الحميد أبو المكارم، الأدلة المختلف فيها، ص 266، دار المسلم القاهرة .

وذلك بإفتاء المجتهدين بحادثة ما على خلاف القياس أو الأصل العام أو القاعدة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم ما يفعله الناس إذا كان فعلهم مخالف للقياس[1]

وقد مثلوا لهذا النوع بأمثلة منها:

1- عقد الإستصناع: هو الاتفاق مع صانع على صنع شيء معين وتسليمه له بثمن معين، في وقت معين.

ويرى بعض الأصوليين أنه جائز أصلا. جريا على القياس بعدم جواز بيع المعدوم وقت العقد، لكنه جاز استحسانا بالإجماع.

يقول السرخسي:(وأما ترك القياس بدليل الاستحسان فنحو الاستصناع، للإجماع على التعامل به بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا).[2]

2- دخول الحمام دون تقدير الماء المستعمل أو مدة المكث، على أن الاستحسان بالإجماع هو الذي أجاز له هذا التعامل، لأنه في الأصل غير جائز لوجود جهالة في مقدار الماء المستعمل أو مدة المكث في الحمام.

3- تناول الماء من يد السقاء دون الاتفاق على قدر الماء: حيث جاء الإجماع على صحة أخذ الماء على يد السقاء حتى يروى الظمأ دون الاتفاق على قدر الماء، وهذا استحسان بالإجماع كما يقول بعض الأصوليين.[1]

---

[1] زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص 159، 1403هـ .د.ط.

[2] السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص 203، تحقيق ابو الوفا الافغاني، طبعة دار المعرفة بيروت .

الفرع الثالث: الاستحسان بالضرورة

وقد مثلوا له بما يلي:

1_ تطهير الآبار التي وقعت فيها نجاسة بنزح مثل مائها، وهذا استحسان بالضرورة، لأن نزح جميع الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من أسفل البئر، ونزح البعض لا يبرر به الباقي من النجاسة، لذلك استحسن العلماء الحكم بطهارة هذه البئر التي وقعت فيها النجاسة إذا نزح قدر ما فيها من الماء.

مناقشة: هذه القضية ليست من استحسان الضرورة، بل ورد النص عليها، حيث سئل النبي علي: «أتوضأ من بئر بضاعة؟» –وهي بئر يلقي فيها الحيض ولحوم الكلاب والنتن ، فقال : « الماء طهور لا ينجسه شيء».[2]

وهذا الحديث يفيد عدم وجوب نزح مثل الماء، ولا يصح أن يعارض الحديث بالرأي، والأمر هنا من قضايا العبادات التي لا مجال للرأي ولا تعرف بالاجتهاد، ومن ثم فإن المسألة تخرج من دائرة الاجتهاد جملة، فلا يصح إدخالها في أبواب الاجتهاد.

2ـ جواز النظر إلى عورة المرأة للعلاج، حيث يري بعض الأصوليين أن القياس يقتضي عدم جواز كشف المرأة عورتها لغير محرم، ولكن أجيز استحسانا تيسيرا علي الناس ورفعة للحرج[3].

مناقشة: والحق أنه لا مجال هنا للاستحسان أو القياس، لأن النص هو الذي دل على حرمة كشف عورة المرأة إلا لمحرم، وليس القياس، وإذا كانت هناك ضرورة للعلاج فهذا

---

[1] الأمدي، الأحكام في أصول الإحكام، ج4، ص210، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، طبعة 1 دار الصميعي سنة 1424هـ_2003م.

[2] أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب ماجاء أن الماء لا ينجسه شيء برقم (66).

[3] الدكتور عبد الحميد أبو المكارم ،الأدلة المختلف فيها ص275 دار المسلم القاهرة

يدخل في عموم قوله تعالى: (وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ ۚ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)_الحج _78_، ويدخل تحت قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وأن «ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها».

ويمكن تخريج المسألة بأن حفظ النفوس من الهلاك واجب ضروري، وستر العورة واجب تكميلي، فيباح ارتكاب أخف الضررين إذا تعين ارتكاب أحدهما، فإذا كان المكمل والحاجي خادما للضروري، ويختلان باختلاله، فيكون كشف المرأة عورةً للعلاج عملاً بالمصلحة الراجعة إلى قواعد الشريعة ومفرداتها، وليس عملا بالاستحسن.[1]

الفرع الرابع: الاستحسان بالقياس

وقد مثلوا له بأمثلة، منها:

1_ الشهود في الزنا:

إذا شهد أربعة علي حالة زنا في بيت واحد، واختلفوا في الزاوية التي حدث فيها الزنا في نفس البيت أو الحجرة، فإن القياس يقضي بجلي الشهود لاختلافهم في الشهادة .

وقد رجح شيخ الإسلام الغزالي رحمه الله: بأنا نقدر دوران الزانيين على جميع زوايا البيت في زنية واحدة، لإمكان التزاحف، بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت، فإن تقدير التزاحف بعيد[2].

مناقشة: والحق أننا لسنا أمام قياس حقيقي، فأين الفرع الذي لا يوجد له حكم ويتعدي إليه حكم الأصل لعلة جامعة، والمسألة هنا لا تعدو أن تكون تحقيقا لمناط الحكم، فمن رأى

---

[1] عمر بن محمد عمر عبد الرحمن، حجية الاستحسان عند الأصوليين ص24

[2] الغزالي، المستصفى، ج1ص 281 تحقيق حمزة بن زهير حافظ، الناشر شركة المدينة المنورة للطباعة

أن يجلدهم لم يقدر التزاحف، واختلاف الشهود يوجب جلدهم حد القذف، ومن رأى أن إمكان التزاحف وارد على الحجرة يري أنهما زانيان، ويقام الحد على الزناة لا الشهود، وهذا أمر وارد عقلا وواقع من الزانيين أو غيرهما، فلا يوجد هنا قياس أو استحسان بل هو توجيه للنصوص توجيها صحيحا، أو تنزيل النص على الواقعة.

2_ سؤر السباع من الطير:

لما كانت السباع من الطير (مثل الصقر والنسر) تأكل لحم الميتة فتجري عليها قاعدة القياس (مثل الأسد والنمر)؛ لأن السؤر يتبع اللحم لاختلاطه باللعاب المتولد منه، لكن سؤرها – أي السباع من الطير – طاهر قياسا على طهارة سؤر الآدمي، حيث لا يؤكل لحمه، ولا الجوارح من الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر، ولا يسيل لعابها في الماء، فيكون سؤرها طاهر استحسانا)[1].

مناقشة : والحق أن في المسألة نصا، حيث ورد أن النبي سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمير فهل يتطهر بها؟ فقال : (لها ما حملت في بطونها ولنا غبر طهور)[2].

الفرع الخامس: الاستحسان بالمصلحة المرسلة

وقد مثلوا له:

بتضمين الصنّاع، أو الأجير المشترك، إذا لم يكن هناك نازلة تسببت في هلاك العين، ولم يكن ثمة تفريط في الحفظ، وذلك لما كثر ادعاء هلاك ما عند الصانع أو الأجير المشترك، وقد أفتي سيدنا علي رضي الله وكثير من الفقهاء بعده بتضمين هؤلاء الصناع

[1] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة، ص591، دار النهضة العربية سنة 1971 م، د.ط

[2] أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه،173/1 برقم(519).

حرصا على مصالح الناس ورعاية لحرمة أموالهم نظرا لفساد الذمم وضعف الوازع الديني).[1]

مناقشة : هذا المثال من أكثر الأمثلة ورودا في المصالح المرسلة، لأن سند تضمين الأجير المشترك هو العمل بالمصالح التي تعود إلي حفظ الأموال، وهي مصلحة ضرورية، شهد لها الشارع بأدلة كثيرة، ومن ثم فإن تسمية ذلك لا يضيف شيئا في موضوعه .[2]

الفرع السادس: الاستحسان بالعرف والعادة

وقد مثلوا له :

1_ بدخول الحمام مع عدم تقدير الماء المستعمل ومدة المكث[3].

2_ بوقف المنقولات مثل الكتب، فالأصل في الوقف أن يكون مؤبدا، فلا يصح إلا في العقار، لا في المنقول، وإنما جاز هذا استحسانا الجريان العرف به).[4]

مناقشة : لا أدري لماذا جيء بمثال دخول الحمام مع وروده في الاستحسان بالإجماع، وقد بينا أن السند في هذا هو النص، لا الاستحسان ولا الإجماع، لحدوثه زمن النبي عة وعدم إنكاره.

---

[1] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص233، الطبعة 6 ،مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع 1396هـ

[2] عمر بن محمد عمر عبد الرحمن، حجية الاستحسان عند الأصوليين، ص 25

[3] الآمدي، الاحكام في أصول الاحكام ،ج4 ص ،212 تحقيق عبد الرزاق عفيفي ،طبعة 1 ،الناشر دار الصميعي سنة 1424 2003

[4] الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان ص 213

أما المثال الثاني، فالوقف من عقود التبرعات لا المعاوضات، مما يكون مدعاة للتساهل في شروطها ما لا يسمح به في المعاوضات، فيجوز جهالة المتبرع به في التبرعات، على حين لا يصح ذلك في الأثمان في البيوع والمعاوضات، كما لا يجوز جهالة السلعة أو مدة التسليم، وذلك يرجع إلى معني الاحسان والارتفاق في الوقف.[1]

[1] عمر بن محمد عمر عبد الرحمن، حجية الاستحسان عند الأصوليين، ص 26، الطبعة 6 ،مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع 1396هـ

المبحث الثالث: صور من التطبيقات المعاصرة للاستحسان

المبحث الثالث: صور من التطبيقات المعاصرة للاستحسان

بعد ما عرضناه في المبحثين السابقين بما يتعلق بنوع من أنواع الأدلة المختلف فيها ألا وهو الاستحسان من تعريف له وذكر لأنواع الاستحسان وحجيته عند الأصوليين، نعرج في هذا المبحث على بعض تطبيقات الاستحسان المعاصرة، وهذا لنتعرف على مدى أهمية هذا الدليل الشرعي في هذا العصر، ففي كل عصر تظهر مستجدات ونوازل لن تكن في قبله من العصور، والغرض من هذه الدراسة أن نجلي صلة هذه المسائل المستجدة بمبدأ الاستحسان، فيكون تطبيق الاستحسان عاملا لتطبيق الشرع وما جاء به من أحكام وهكذا تكون الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

المطلب الأول: زراعة الأعضاء

الفرع الأول: حقيقة زراعة الأعضاء

تعد مسألة زراعة الأعضاء من المسائل المستجدة في الطب المعاصر، ويراد بنقل الأعضاء: نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف عند المستقبل [1]، وغاية هذه العملية إحياء عضو مفقود عند المتبرع له، أوإعادة شكله أو وضيفته المعهودة، أو إصلاح عيب فيه .

وهذه العملية لها صور وأشكال وحالات مختلفة تختلف بإختلاف الجهة المتبرعة والعضو المتبرع به ، وبحثنا في هذه المسألة محصور في نقل عضو من جسم إنسان حي إلى إنسان حي مثله، بحيث لايترتب عن هذا النقل إضرار على حياة المتبرع ، أو

[1] محمد علي، إنتفاع الإنسان بأعضاء جسم آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدور 4، 1988م، العدد الرابع.

تعطيل لوظيفة أساسية لأعضاء جسمه، كما يجب أن لايحدث في هذه العملية وقوع في مفسدة من إختلاط الأنساب أو غيرها من المفاسد الإجتماعية.[1]

وأمثلة هذه الصورة كثيرة منها:

نقل الدم من سليم إلى مريض، أو التبرع بكلية من قادر على الإكتفاء بكلية واحدة إلى عاجز لاتقوم حياته بكليته الموجودة ، أو أخذ جلد من جسم إنسان لآخر لزراعته بدل التالف أو المشوه أو المحروق، وغيرها من الأمثة في المجال الطبي.

الفرع الثاني : النظر الإستحساني في المسألة

يظهر لنا من خلال عرض لحقيقة نقل الأعضاء معارضة لقاعدة تشريعية كلية، وهي: أن الإنسان لايملك جسمه ولا أعضاءه حتى يتبرع بها وليس له أن يتصرف في جسمه بأي تصرف ناقل للملكية، وسند هذه القاعدة أن جسم الإنسان قد تعلق به حق الله تعالى وحق العبد، وحق الله فيه أغلب، ودلّ على ذلك عدة نصوص، منها تحريم الشارع للإنتحار لما فيه من تصرف في حق الله تعالى بما لايرضيه ، وهذا ظاهر في قوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) النساء.29، وقوله: (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ۛ وَأَحْسِنُوا ۛ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ). البقرة . 195. وكذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم :"من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم، خالدا مخلدا فيها أبدا، ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحاسه في نار جهنم خالدا فيها أبدا."[2]

---

[1] عبد الرحمان زيد الكيلاني، الإستحسان وتطبيقاته في بعض القضيا الطبية المعاصرة، المجلد 16، ص162، مؤتة للبحوث والدراسات ، العدد 2001.

[2] أخرجه الإمام مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحريم قتل الإنسان نفسه وأن من قتل نفسه بشيء يعذب به وأنه لايدخل الجنة إلا مسلم، رقم الحديث (109).

وبناء على هذه الأدلة كلها قرر الإمام القرافي حرمة التصرف في جسد الإنسان، نقلا أو تبرعا، فقال: " وحرم القتل والجرح صونا لمهجته وأعضاءه ، ومنافعها عليه ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك، لم يعتبر رضا، ولم ينفذ إسقاطه "[1]. وأيد الشاطبي هذا المعنى بقوله:"فإذا أكمل الله على العبد حياته وجسمه وعقله التي بها يقين التكاليف لا يصح إسقاط شيئ منها".[2]

ولتعميم هذا الأصل ذهب بعض العلماء المعاصرون إلى حرمة نقل الأعضاء من حي إلى حي لأنه تصرف في حق الله تعالى الذي يخرج من ملكية الإنسان وصلاحيته.

الفرع الثالث : موجب الإستحسان

إن النظر الدقيق والعميق، الملتفت إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، يوجب أستثناء هذه الجزئية من الأصل العام المقتضي منع هذه العملية وحضرها.

ووجه ذلك : أن المقصود بحق الله تعالى هو ما يتعلق به النفع العام، دون أن يختص به شخص معين [3]. ويقوم حق الله تعالى في جسد الإنسان من جهة ما يقوم به العبد من أفعال ترتد إلى إقامة المصالح العامة للأفراد المعبر عنها بحق الله.

وتأسيسا على هذا المفهوم، يعلم أن في إعادة وضيفة الأعضاء التالفة إلى ما كانت عليه عن طريق النقل والزرع، رعاية لحق الله تعالى، فكما أن أعضاء التبرع تسهم في

---

[1] أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس عبد الرحمان المالكي، القرافي، أنوار البروق في أنوء الفروق، الجزء 1، ص 141، (دط)، (د ت).

2 إبراهيم بن موسى بن محمد الخمي الشاطبي الفرناطي أبو إسحاق، الموافقات، ج 2 ، ص376 ،دار إبن عفان ، (د ت).

[3] التفتزاني سعد الدين مسعود بن عمر ، ت (792)، شرح التلويح على التوضيح، ج 2، ص 15، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (د ت).

النفع العام والمصلحة العامة فتقيم حق الله تعالى في الوجود، فكذلك أعضاء المتبرع له تقوم بنفس الوظيفة من إقامة المصالح والمنافع.

وعليه فإن الموجب للإستثناء العدول، هو النظر في مدى إقامة حق الله عزوجل في حال التبرع، وهذا النظر يرشد إلى أن إقامة حق الله عزوجل في حالة نقل الأعضاء وزرعها هو أعظم من إمساك نقلها والتبرع بها، ذلك أن في التبرع دفع لمفسدة عظمى تتعلق بجسد المتبرع له لاتوازيها المصلحة التي تحصل لحق الله في جسد المتبرع.

وقد تنبأ إلى موجب الاستحسان الدكتور نعيم ياسين حيث بين أنه لايصح شرعا تصرف العبد بحقه إذا تعلق به حق الله تعالى، إلى إذا اجتمع مع إذن العبد بنقل حقه، يسمح بنقل حق الله تعالى معه والمسوغ أن يكون هذا المتصرف وسيلة متعينة لإحياء حق الله تعالى في موضع المنقول إليه [1]، وتابع قوله : "أن التبرع بالعضو الآدمي لايكون مشروعا إلا إذا كان سببا مؤكدا لدفع مفسدة عن المتبرع له، إذا قيست بالمفسدة الواقعة للمتبرع بسبب أخذ العضو منه".

وخلاصة القول أن موجب الاستحسان في هذه المسألة، في قطع هذه الجزئية عن الأصل العام للحضر لإقامة حق الله بشكل آكد وأظهر من إلحاقها بالأصل الكلي والقياس العام، لذا جاز العدول والإستثناء في هذه المسألة.

وقد برع الإمام العز بن عبد السلام عندا إلتفاته إلى هذا الموجب المقتَضي للإستثناء في عدة أمثلة منها:

[1] محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص154، ط 2، دار النفائس.

_ مالا يمكن تحصيل مصلحته إلا بإفساد بعضه، كقطع اليد المتآكلة حفظا للروح إذا كان الغالب السلامة في القطع، فيجوز قطعها وإن كان فيها إفسادها حفظا للروح [1].

_ إذا وجد المضطر جسد إنسان ميت أكل منه، لأن المفسدة في أكل لحم الميت أقل منها في هلاك الإنسان المضطر[2].

وغيرها من الأمثلة التي تبين تنبأ الإمام العز بن عبد السلام إلى جواز العدول عن حق الله تعالى في بعض الوقائع الخاصة إذا كان في هذا العدول تحقيق وضمان لحق الله تعالى.

وهذا هو موجب الاستحسان ودليله وسنده ، وتفعيلا لما قاله الإمام الشاطبي في بيانه لحقيقة الإستحسان "أن من إستحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة من أمثال تلك الأشياء المعروضة ، كالمسائل التي يقتضي فيها القياس إلا أن ذلك يؤدي إلى تفوية مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك[3].

الفرع الرابع: شروط النقل والتبرع بالأعضاء

1- أن يتحقق المختصون من الأطباء من أن المصلحة المتحققة في حال التبرع أعظم من حال الإمتناع عن ذلك وهذا بالنظر في الحلة المرضية للمتبرع له.
2- أن يتعين التبرع كوسيلة وحيدة لتفادي المفسة الواقعة على المريض، فإذا كان أمامه خيار آخر فلا مسوغ للاستحسان والاستثناء.

---

[1] أبو محمد ابن عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، ص 87، مطبعة الإستقامة القاهرة.

[2] المرجع السابق.

[3] الشاطبي، الموافقات، ج 3، ص 206.

3- أن لايؤدي التبرع لتفويت حق آخر لله تعالى غير حقه من العضو المتبرع به، كأن يتبرع بالخصية أو المبيض أو المني، الأمر الذي تنتج عنه مفسة إختلاط الأنساب وضياع الأعراض.

4- أن يكون المتبرع كامل الأهلية عند التبرع وإجراء العملية حتى يعتد بإرادته ورضاه.

5- أن لايكون في تنفيذ العملية سببا للإساءة إلى الكرامة الإنسانية ، كإستعمال ذلك للتجارة والكسب والربح.

6- أن تكون هذه العملية تحت أشراف متخصصين في مجال الطب و يقوم عليها أفراد ذو كفاءاة علمية ومأهلات خلقية.

وهذا و قد ذهب كل من المجمع الفقهي الإسلامي في مكة وجدة إلى إقرار مشروعية هذه العملية من نقل للأعضاء ، ملتفتين خلال قرارهم إلى موجب العدول المقتضى للإستثناء، لما في ذلك من جلب المصلحة ودفع المفاسد وحفظا للنفس[1].

المطلب الثاني: التلقيح الصناعي

الفرع الأول: حقيقة التلقيح الصناعي

يقصد بالتلقيح الصناعي: كل طريقة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، أي بغير عملية الجماع الطبيعي.

مسألتنا هنا محصورة بالتلقيح الصناعي، الذي يجري بين الزوجين اللذين تربطهما رابطة الزواج الشرعي الصحيح، أما غير الزوجين، فحكم التلقيح الصناعي بينهما خارجة عن نطاق النقاش والتداول.

[1] قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مكة المكرمة ، الدورة الثانية ، القرار الأول ،ص 147.

ويلجأ إلى هذه الوسيلة، عندما يتعذر تلقيح بيضة الزوجة بالحيوان المنوي من الزوج، عن طريق الوطء المشروع، نتيجةً لوجود جملة من الأسباب، أو واحد منها، تحول دون التلقيح الطبيعي، منها أسباب قد تكون في الزوج، وبعضها قد تكون في الزوجة، مثالها في الزوج : أن تكون قدرته الجنسية ضعيفة جداً، أو معدومة، أو سريع القذف بحيث يقذف قبل الإيلاج، أو عدد الحيوانات المنوية قليل جداً، أو نتيجة لوجود عيب في الذكر يمنع الايلاج، أو يمنع نزول الحيوانات المنوية.[1]

ومثالها في الزوجة : أن يكون عنق الرحم ضيقاً أو مسدوداً بالأورام، ولا يسمح للسائل المنوي بالدخول، أو يكون في الزوجة ما يقتل الحيوانات المنوية كشدة الحموضة، أو وجود أجسام مضادة في جسم المرأة، أو أن يكون مهبل المرأة ضيقاً، لا يسمح بدخول ذكر الزوج الدخول المناسب الذي يتيح عملية التلقيح الطبيعي.

الفرع الثاني: صور التلقيح الصناعي بين الزوجين:

التلقيح الصناعي بين الزوجين له صورتان : تلقيح داخلي، وتلقيح خارجي أما التلقيح الداخلي: فيقوم على أساس أخذ السائل المنوي من الرجل، ثم تحقن كمية ضئيلة منه في داخل عنق الرحم، وتحقن الكمية المتبقية في قعر المهبل خلف عنق الرحم، ويشترط أن تكون عملية الحقن في زمن الإباضة، وتمكث المرأة مدة ساعة، أو ساعتين مستلقية[2]. وتتطلب العملية لزوماً، انكشاف المرأة والاطلاع على عورتها للقيام بالإجراءات اللازمة.أما التلقيح الخارجي : فيعتمد على أخذ البيضة من المرأة عند خروجها من المبيض، وذلك بواسطة مسبار خاص يدخله الطبيب في تجويف البطن عند موعد خروج

[1] أسبير فاخوري، العقم عند الرجال والنساء وأسبابه وعلاجه، ص 38، ط 5، 1988، دار العلم للملايين، بيروت.

[2] المرجع السابق. ص 381.

البيضة من المبيض، فيلتقطها ثم يضعها في طبق في سائل فسيولوجي مناسب لبقاء البيضة ونموها، ثم يؤخذ مني الزوج ويوضع في الطبق مع البيضة فإذا تم التلقيح بأحد الحيوانات المنوية، تركت لتنقسم انقساماتها المعروفة، الخلية الأمشاج ، فتنقسم لتصبح الخلية خليتين، والخليتان أربعاً، وهكذا إلى أن تدخل فيما يعرف باسم مرحلة التوتة، لأنها تشبه التوتة المعروفة، وعند ذاك تبدأ بالتحول إلى ما يعرف بالكرة الجرثومية، ويحدث في داخلها تجويف ويمتلئ التجويف بسائل، وتوضع هذه الكرة في جدار الرحم، حيث تنغرز فيه وتنمو نمو الحمل الطبيعي، حتى الولادة.

الفرع الثالث: النظر الاستحساني في هذه المسألة:

من خلال النظر في آلية العملية، وطريقة اجرائها، يظهر أنَّ فيها معارضة لقاعدتين وقياسين كليين :

أما القاعدة الأولى :_فهي ما تقرر في أصول الشريعة وفروعها من حرمة كشف العورات، ومنع الاطلاع عليها، وعملية التلقيح الصناعي بشقيها، الداخلي والخارجي، لا تخلو من ضرورة كشف العورة لإكمال اجراءات العملية التي تقدم بيانها.

أما القاعدة الثانية : فهي أن الأصل في انجاب الأولاد وإيجاد الذرية، أن يتم عن طريق المعاشرة الزوجية بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، دون تدخل عنصر ثالث بينهما، لما في دخول طرف ثالث من مخاطر ومفاسد قد تورث الشك في النسب.

وفي مسألتنا يمكن أن يحمل عامل الربح والتكسب، بعض الأطباء ممن لا خلق عندهم، إلى استخدام المني الجاهز عندهم لتلقيح امرأة عقيم وزوجها يعاني من ندرة الحيوانات المنوية، كما يمكن أن يقع الخطأ أثناء إجراء العملية باستبدال بيضة امرأة ببيضة أخرى، أو حيوان منوي بآخر.

وهذا المحظور يتوقع حصوله في حال التلقيح الخارجي، بشكل أكبر من توقعه في حال التلقيح الداخلي، بسبب طبيعة التلقيح الخارجي وكيفيته. وإذا ذهبنا إلى تعميم هاتين القاعدتين إطرادهما، فإن الحكم الشرعي في العملية سيكون الحظر والمنع.على أننا نجدُ أمام هذه المقررات العامة، موجبات وأدلة ومقتضيات خاصة تسوغ العدول بهذه القضية من القياس الكلي والقاعدة العامة ، وبيان هذا أنَّه إذا كانت القاعدة العامة توجب حرمة كشف العورات ومنع النظر إليها، حفاظا على مصلحة تحسينية، تتمثل في المحافظة على مكارم الأخلاق، وفضائل الآداب، ومحاسن المروؤة[1]، فإنه في مقابل هذا الأصل التحسيني تنهض ضرورة انسانية تتمثل في إيجاد نسل هذين الزوجين، ومن المقرر أصولياً أن الحفاظ على النسل هو أحد الضروريات الخمس التي لا تقوم الحياة إلا بها.

هذا، وعلاوة على ما في هذه العملية من إقامة لمصلحة ضرورية، فإن فيها أيضاً تلبية لمصلحة حاجية، ذلك أن الرغبة في الأبوة والأمومة رغبة فطرية جبلية لا يستطيع الانسان التغلب عليها أو التفلت من عقالها، يرشِدُ إلى ذلك قوله تعالى (زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۖ وَاللَّهُ عِندَهُ حُسْنُ الْمَآبِ)_آل عمران : 14_ ففي وصف حبّ البنين بالشهوات، إشارة إلى درجة تمكن هذه الرغبة في النفس.والإنسان لا يملك الخروج من صفاته الغريزية إلا بمشقة بالغة، وحرج شديد تصبح معه الحياة جحيماً لا يطاق.

وإنَّ مما يعمق هذا المعنى ويبين مدى الحاجة إلى الولد والرغبة في إيجاد الذرية دعاء نبي الله زكريا عليه السلام (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ ۖ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۖ إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ)_ آل عمران : 38 _. حيث يحمل هذا الدعاء في

[1]. الموافقات، الشاطبي، ج 2، ص 385.

مضمونه الدلالة على قوة هذه الحاجة في النفس الإنسانية، وأنها رغبة لا تموت حتى في نفوس الأنبياء والعباد والزهاد ، لأنها من متطلبات الفطرة التي فطر الله الناس عليها، والمصلحة الحاجية مقدمة على المصلحة التحسينية كما هو مقرر، وبناءً على ذلك كله نجدُ أن في العدولِ عن موجب القياس المقتضي لحرمة كشف العورات في نازلة التلقيح الصناعي ، دليلاً ينهض بشرعية هذا العدول والاستثناء، وهو هنا المصلحة الضرورية والمصلحة الحاجية، وهذا ما أدركه العلماء الذين بحثوا في هذه القضية حيث صرحوا بأن الغرض المشروع في الحصولِ على الولد سواء في ذلك رغبة الزوج أم الزوجة، يمكن أن يعتبر مبيحاً لانكشاف الزوجة في سبيل معالجة العقم أو التلقيح الصناعي.

وهذا ما نصَّ عليه المجمع الفقهي الإسلامي مقرراً صحة هذا العدول والاستثناء أي (الاستحسان) ومبيّناً أن احتياج المرأة إلى العلاج من حالة غير طبيعية في جسمها، تسبب لها ازعاجاً يعتبر ذلك غرضاً مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج، وأن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الصناعي[1]هذا ، وإذا كان الانكشاف وإظهار العورة جاز في التلقيح الصناعي استحساناً للضرورة والحاجة، فإنَّ هذه الضرورة تقدر بقدرها، وعليه كان اشتراط أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم، ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها، إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى".

ومن ذلك كله، يظهر كيف تجلّى الاستحسان في العدول بهذه المسألة من الحظر إلى المشروعية ، لموجب قوي احتف بهذه الواقعة، وهو الحفاظ على مصلحة ضرورية ومصلحة حاجية.

---

[1] قرار مجمع الفقهي، مكة المكرمة، الدورة الثامنة، 7 جمادي الأول 1405هـ، القرار الثاني، ط 5، 1412 هـ، ص 154_155.

أما الأصل الثاني الموجب لقصر عملية الحمل على المعاشرة الزوجية الطبيعية دون تدخل طرف ثالث، وعدم جواز التلقيح الصناعي وذلك حتى لا يفسح المجال للشك في ثبوت نسب الجنين، بخطأ الطبيب في الخلط بين وعاء وآخر، أو حيوان منوي وآخر، أو لقلة أمانته وعدالته في مسايرة رغبة المرأة الراغبة في الأمومة أو مجاراة الرجل الراغب في الأبوة.

إنَّ هذا الأصل يعدل عنه في مسألتنا المعروضة للموجبات التالية :

الموجب الأول: إنَّ مضمون هذا الأصل مبنيّ على أساس سدّ الذرائع، من حيث حسمه للوسيلة التي قويت التهمة في إفضائها إلى مآل محظور، ومن المقرر في قواعد سد الذرائع أن الوسيلة لا تحسمُ إذا كان إفضاؤها إلى المآل المحظور نادراً أو قليلاً، وهذا ما صرَّح به العزّ بن عبد السلام بقوله " ما لا يترتبُ مسبّبه (أي المفسدة) إلا نادراً، فهذا لا يحرم الاقدام عليه لغلبة السلامة من أذيته، إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة خشية وقوع المفاسد النادرة"[1]ويعبر عنه الامام الشاطبي بقوله :"ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً، فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبة، فلا اعتبار ، إذ لا توجد في العادة مصلحة عن المفسدة جملة"[2].

وبناءً على ذلك يعدل عن الأصلِ المقتضي لمنع تدخل عنصر ثالث في عملية الحمل، لما في اطراد هذا الأصل في هذه الحالة الخاصة من سدٍّ لأبواب المصالح لا المفاسد، كون المفاسد مع قيام هذه الضوابط والشروط، أمست مغلوبة مرجوحة. وعليه يجب فتح الذرائع – أي الاستحسان – لاسدّها.

وإنَّ ما يرشد إلى شرعية هذا الاستحسان وسلامة الاستثناء هنا ، ما قرره الإمام ابن

---

[1] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، ص 85.

[2] الشاطبي، الموافقات، ج 2، ص358.

تيمية رضي الله عنه من "أنه ما كان منهياً عنه للذريعة فإنه يفعل لأجلِ المصلحة الراجحة[1].

الفرع الخامس: شروط التلقيح الصناعي

إن هذه العملية التي ثبتت مشروعيتها استحساناً، كما بينا، قد ضبطت بجملة من الشروط، حتى تكفل رجحان مصلحتها، وتسوّغ سلامة الاستثناء والعدول الذي ارتكز عليه الحكم بشرعيتها.

وهذه الشروط هي[2]:

- أن يوجد داعٍ طبي لإجراء هذه العملية، بحيث تتعذر جميع وسائل العلاج الأخرى، التي يمكن أن تجري بها عملية التلقيح الطبيعي.
- أن يحتاط في إجراء هذه العملية غاية الاحتياط، بحيث تمسي معها المفاسد المتوقعة نادرة، أو حتى موهومة.
- أن يكون هناك ضرورة لإجراء هذه العملية، أو حاجة تقرب من درجة الضرورة، كون الحاجة تنزَّل منزلة الضرورة، وعليه فإذا كان للزوجين أبناءٌ وذرية، فلا يصح إجراء هذه العملية، إذ لا ضرورة لها حينئذ).
- أن يقوم بإجراء هذه العملية طبيب مختص حاذق عدلٌ ثقة، وأن يراعى في ذلك درء

---

[1] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 21 ص 251، ط الأوقاف السعودية، 1425-2004.

[2] عبد الرحمان الكيلاني، نظرية الاستحسان عند الأصوليين وإمكانية التجديد في التوصيف والتوضيف، ص 34, بحث مقدم لندوة: فقه العصر مناهج التجديد الديني والفقهي،وزارة الشؤون الدينية الأوقاف ، عمان.

المفاسِد بقدر الإمكان، فكلما كان انكشاف الجنس على نظيره ممكناً، كان مقدماً على انكشاف الجنس على غير نظيره، والطبيب المسلم الثقة مقدم على غير المسلم الثقة.

– أن لا يكون في هذه العملية إضرار بالجنين جسمياً، أو نفسياً، أو عقلياً.

ونلحظ في جميع هذه الشروط أنها في سبيل التحقق والتأكد من أن مصلحة العدول أعظم من مصلحة التطبيق .

هذا وقد انتهى مجمعا الفقه الاسلامي في مكة وجدة، إلى مشروعية التلقيح الصناعي بين الزوجين خاصة خلافاً للأصلِ العام وذلك مراعاةً للحاجة والضرورة.وهذا هو عين الاستحسان على وفق المعنى الذي بيناه ووضحناه .

المطلب الثالث: صور عقد السّلَم

مما يمكن أن يعد من الاستحسانات المعاصرة تجويز صور متعددة لعقد السّلَم، التي لم تكن معهودة في السابق في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه.

الفرع اللأول: حقيقة السّلَّم:

لقد تعددت التعاريف لعقد السّلَم، نذكر منه البعض للإِحاطة بحقيقة عقد السّلَم :

– ذكر ابن الهمام أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل[1].

– وقال ابن قدامة المقدسي (ت 620 هـ)[1]، هو أن يسلّم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إِلى أجل[2]. فالمعقود عليه غير موجود وإِنما هو مؤجّل التسليم.

[1] الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، (ت 1250 هـ)، الفتح القدير، ج 5، ص323، الطبعة الأولى، 1414 هـ، دار ابن كثير دمشق .

وهذا العقد مخالف للقياس، أو القاعدة المقررة في البيع، إذ أنه من بيع المعدوم، أو بيع ما ليس عند البائع والأصل أن يكون المبيع موجودا ومملوكا للبائع.

تعد هذه الصورة الجديدة لبيع السّلَم مخالفة لما جاء به الشرع ، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلَّم حكيم ابن حزام، بقوله:"لا تبع ما ليس عندك"[3]. لكن ورد استثناء السّلَم من حكم البيع المعدوم، أو ما ليس عند الإنسان، فأجيز هذا النوع على وجه الرخصة واستنادا للاستحسان، لأدلة عدّة من الكتاب والسنّة والإجماع.

1_ أما من الكتاب فقد دلّ على جواز جريان هذا العقد قول الله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) – البقرة: 282. ووجه الدلالة في هذه الآية أن اللفظ عام يشمل السّلَم، لأنه نوع من المداينة.

2_ وأما من السنة فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال:"قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[4] .

3_ والدليل من الإجماع فيتحقق باتفاق علماء المسلمين على جواز هذا العقد. وقد قال ابن المنذر (ت309 هـ)، أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن السّلَم جائز[5].

---

[1] هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامى العدوي القرشي الجماعيلي المقدسي ، ثم الدمشقي الملقب بموقف الدّين، كان من أئمة المذهب الحنبلي في زمانه.

[2] ابن قدامة ابو محمد عبد الله بن محمد، المغني على مختصر الخرقي، ج 4، ص 304، طبعة مكتبة الرياض ، الرياض، 1981.

[3] الترمذي، سنن الترمذي، مع شرحه تحفة الأحوذي ، كتاب البيوع ،باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك(1232)، 363/4.

[4] سبق تخريج الحديث في ص 36.

[5] ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج 4 ، ص 304.

ويضاف إلى ذلك أنه من المعقول أن الناس في حاجة إليه والتعامل به، لأن أرباب الزروع والثمار والتجار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم، فيجوز لهم السّلَم.

وبسبب كون أن السّلَم يعد بيعا لمعدوم، عدّه الحنفية عقد مخالف للقياس، ومستثنى من الدليل العام، على سبيل الترخيص، فجوازه يكون من باب الاستحسان. وقد خالف ذلك ابن القيم وعدّ السّلَم موافقا للقياس، فقال: "وقياس السّلَم على بيع العين المعدومة التي لايدرى أيقدر على تحصيلها أم لا، والبائع والمشتري على غرر " وقد عدّ هذا القياس والجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكى، والربا والبيع.

ومهما يكن من أمر فأن السّلَم، سواء أكان ثابتا بالنص أو الإجماع، أو العرف، فإنه يعد جائزا استحسانا ، عند الحنفية، لأنه من بيع الإنسان ما ليس عنده، فهو مخالف للقاعدة والقياس.

الفرع الثاني: شروط عقد السّلَم:

قد وضع العلماء مجموعة من الشروط التي لابد من توفرها في عقد السّلَم حتى يكون جائزا استحسانا، منها:

1- أن يكون المسّلَم فيه مما ينضبط بالوصف التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرا، فيصح في الحبوب والثمار ، والدقيق، والثياب، والحرير، والقطن، والكتان، والصوف، والنحاس، والأدوية، والطيب، والأدهان، والشحوم والألبان، وغيرها مما يدل على سعة المجال الذي يدخل فيه، وللعلماء تفصيل في هذه الجزئيات[1].

2_ أن يعرف المقدار المسلم فيه بالكيل، أن كان مكيلا، وبالوزن إن كان موزونا، وبالعدد إن كان معدودا، وبالذراع إن كان مذروعا.

3_أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم.

[1]. المرجع السابق.

4_ أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله، أي مقدورا على تسليمه عند وجوب تسليمه.

5- أن يقبض الثمن كاملا في مجلس العقد، قبل التفرق.

ولا يجوز السّلَم عند الحنفية إلا مؤجلا، خلافا لشافعية الذين جوزوه حالا.

ويعد هذا العقد اللذي ثبت استحسانا، على خلاف القياس، يمكن الإفادة منه في هذا العصر بتطوره وتوسع مجاله، وأن لا يقتصر فيه على ما حدّه الفقهاء واعتباره أدات تمويل ذات كفاءة عالية في الإقتصاد الإسلامي، وفي نشاط المصارف الإسلامية.

هذا وقد درس مجمع الفقه الإسلامي في جدّة موضوع السّلَم في دورته التاسعة المنعقد في أبو ظبي بالإمارات، من 1-6 ذي القعدة سنة 1415 هـ الموافق ل 1- 6 أبريل سنة 1990م. فاتخذ قرار رقم 85 بشأن السّلَم، فهو قد حدد أولا السلع التي يجري فيها عقد السلم وتشمل كل ما يجوز بيعه، ويمكن ضبط صفاته، ويثبت دينا في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات.[1] ثم ذكر التطبيقات المعاصرة لعقد السّلَم ونذكر منها ما يلي:

يعد السّلَم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءاة عالية في الإقتصاد الإسلامي، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان التمويل قصير الأجل أوطول ، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة من العملاء، ولهذا تعددة مجالات تطبيق السّلَم، ومنها ما يلي:

_ يصلح عقد السّلَم لتمويل عمليات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي

[1] القرار رقم 85 من قرار وتوصيات الدورة التاسعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي في جدّة، المنعقدة في أبو ظبي من 1-6 أبريل سنة 1995.

يمكن أن يشتروها ويسلموها، إذا أخفقو في التسليم من محاصيلهم ، فيقدم هذا التمويل نفعا بالغا ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عند تحقيق إنتاجهم.

_ يمكن استخدام عقد السّلَم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي، كتمويل المراحل السابقة للإنتاج وتصدير السلع والمنتجات وذلك بشرائها سلما وإعادة تسويقها بأسعار مجزئة.

_ يمكن تطبيق عقد السّلَم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين لزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج من آلات ومعدات ومواد أولية.[1]

[1] المرجع السابق.

خاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والذي هدانا إلى شرعه القويم، وصل اللهم علي نبيك الأمين، المبعوث رحمة للعالمين وآله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

قبل الخوض في انجاز هذه المذكرة كنا ندرك تماما ما ينتظرنا من طول السبيل وعقباته، فتوكلنا على الله وعزمنا على اقتحام هذا اللّج الذي لاساحل له وهذا البحر الذي لايدرك عمقه، لكن لكل بداية نهاية. وها نحن نأتي إلى ختام هذه المذكرة بعون الله، بعد زمن قضيناه في كتابتها ورصف حروفها وحبك نسجها، والمعنونة بـ: "الاستحسان عند الأصوليين".

ثم إننا قد خلصنا إلى مجموعة من النتائج من هذا العرض ونذكر منها ما يلي:

_ أن مصطلح الاستحسان لم يكن في عهد الصحابة ، ولا التابعين، إذ لم يكن إطلاق هذا اللفظ دليلا على معنى أصولي إلا في مطلع القرن الهجري الثاني، ويعد إياس بن قرة أول من قال في القضاء: ((قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا)، ثم تردد هذا المصطلح على ألسنة العلماء كمعارض للقياس. ثمّ بدأ هذا المصطلح بالإنتشار، وظهر مع أئمة المذاهب الأربعة فكان له تعاريف مختلفة باختلاف المذاهب.

_ كما تبين لنا أن الاستحسان عبارة عن استثناء من عموم القاعدة أو الدليل لسبب من الأسباب وأنه ليس دليل قائم بنفسه، وإنما هو مفهوم عام يطلق على بعض الجزئيات من حكم الدليل العام إلى الدليل الخاص وهذه الجزئيات لو لم تستثنى من حكم الدليل لوقعت مشقت للمكلفين .

أما عن تعريف الاستحسان فقد تعددت التعاريف و اختلفت من مذهب لآخر، وقد اخترنا تعريفا له ألا وهو: "عدول المجتهد عن الحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول".

_ كما اتضح لنا من استقراء الأمثة المذكورة في جميع أنواع الاستحسان، من قياس خفي أو نص شرعي من كتاب أو سنة، أو إجماع أو ضرورة أو عرف، أو مصلحة، وما أشبه ذلك أنها جميعا مما تعددت في حكمها، على ملاحظة الظرورة أو الحاجة التي تندفع بتلبيتها المشقة عن الناس، ويزول الحرج بها.

_ وفيما يخص حجية هذا الدليل، فالأدلة المذكورة هي كاشفة عن الضرورة أو الحاجة، حتى في نصوص الشارع، فالذي يناقش في حجية الاستحسان ينبغي له ان يناقش حجية هذه الأدلة، فإذا كانت مقبولة عنده كمل بها ولم يلتفت إلى كون مابنت بها استحسانا أو لا. فالقول بالاستحسان هو ثمرة الإعتقاد الجازم بأن القواعد والأقيسة موضوعة لتحقيق غايات وأهداف المكلفين، وتحقيق مصالحهم ودرء المفاسد عنهم. كما أن الاستحسان ليس محصور على ما كانت الحاجة منه رفع الحرج بل هو أعم من ذلك، وظهوره كعنوان لرفع الحرج إنما هو لكثرة مسائله نحو تحقيق المصالح ورفع الحرج.

_ أما عن تطبيقات الاستحسان فأوردناها لنتعرف على مدى أهمية هذا الدليل الشرعي في هذا العصر، حيث يعتبر الاستحسان طريقا ممهدا لتحصيل أحكام كثيرة من الوقائع والنوازل المعاصرة، والغرض من هذه الدراسة أن نجلي صلة هذه المسائل المستجدة بمبدأ الاستحسان، فيكون تطبيق الاستحسان عاملا لتطبيق الشرع وما جاء به من أحكام وهكذا تكون الشريعة صالحة لكل زمان ومكان.

فهذه مجموعة النتائج التي استخلصناها من هذا البحث المتواضع، وندعو الله سبحانه وتعالى أن يتقبل منا عملنا هذا، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم، وأن يعفو عنا ويغفر لنا على ما وقعنا فيه من زلل إنه عفو غفور، وصل اللهم على نبيك ورسولك محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اهتدى بسنته إلى يوم الدين.

قائمة المصادر والمراجع:

1-ابن الموقت ، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج الحنفي (1903هـ) التقرير والتحبير ط2، بيروت ، دار الكتب العلمية.

2-ابن حاجب المالكي عبد الرحمن عضد الدين، شرح مختصر المنتهى، تحقيق محمد حسن اسماعيل، المطبعة الاميرية بولاق مصر، سنة1317، د.ط .

3- ابن قدامة ابو محمد عبد الله بن محمد، المغني على مختصر الخرقي، طبعة مكتبة الرياض ، الرياض، 1981.

4-ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط2، دار الكتاب الإسلامي

5-أبو الوليد الباجي، إحكام الفصول، ، تحقيق عبد المجيد تركي. نشر دار المغرب د،ط.

6-أبو محمد علي بن أحمدبن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت 456هـ) ابن حزم ، كتاب الإحكام في أصول الأحكام، طبعة رقم 2 الناشر دار الآفاق الجديدة سنة 1403-1983.

7-أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة.

8-أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوي، ط الأوقاف السعودية، 1425-2004.

9-أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ ،معجم مقاييس اللغة ،دار الفكر ،1399_1979 م .

10- أسبير فاخوري، العقم عند الرجال والنساء واسبابه وعلاجه، ط 5، 1988، دار العلم للملايين، بيروت.
11- الأمدي، الأحكام في أصول الإحكام ، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، طبعة 1 دار الصميعي سنة 1424هـ_2003م.
12- البغا، مصطفى ديب (1974م)، أثر الأدلة المختلف فيها، بيروت، الدار الشامية.
13- الترمذي أبو عيسى، سنن الترمذي ، تحقيق بشار بن عواد معروف، ط1، 1996، دار الغرب الإسلامي.
14- التفتزاني سعد الدين مسعود بن عمر ، ت (792)، شرح التلويح على التوضيح، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (د ت).
15- السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق ابو الوفا الافغاني، طبعة دار المعرفة بيروت د.ط.
16- الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
17- الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، (ت 1250 هـ)،الفتح القدير، الطبعة الأولى، 1414 هـ، دار ابن كثير، دمشق .
18- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة 6 ،مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع 1396هـ
19- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع، الطبعة 6، سنة 1414هـ، دار القلم للنشر والتوزيع.

20- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ ،كتاب التعريفات ،دار التب العلمية بيروت لبنان ،ط 1 .

21- عمر بن محمد عمر عبد الرحمن، حجية الاستحسان عند الأصوليين، الطبعة 6 ،مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع 1396هـ

22- القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (1410هـ) العدة في أصول الفقه، ط2، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي ، /1606هـ

23- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (1406هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.

24- الماوردي، أدب القاضي، تحقيق حسين خلف الجبوري، طبعة 1سنة، 1409-1989.

25- محمد ادريس الشافعي، كتاب الأم ،تحقيق، رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، 1422هـ 2001م.

26- محمد الخضري، تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ، مطبعة الشرق الاسلامية القاهرة، طبعة رقم 2،سنة 1357-1939

27- محمد بن اسماعيل البخاري أبو عبد الله، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق بيروت،الطبعة الأولى، 1423هـ_2002م.

28- محمد بن أمد ابن عرفة الدسوقي المالكي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار الفكر بيروت ، د ط.

29- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: 711هـ) ، لسان العرب ، دار صادر –بيروت ، ط 3، 1414هـ ، عدد الاجزاء 15

30- محمد بن يزيد بن ماجة القزويني أبو عبد الله، سنن ابن ماجة، دار احياء الكتب العربية.

31- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسبوري المتوفى(261هـ)، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي بيروت.

32- المناوي: محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر المعاصر، دار الفكر بيروت، دمشق (ط1-1410هـ)، تحقيق: د. محمد رضوان الداية

33- وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه ، ط 1، جامعة دمشق سنة 1997م .

فهرس الموضوعات:

المبحث الأول : حقيقة الاستحسان.....8

المطلب الأول : تاريخ ظهور الاستحسان كمصطلح أصولي.....9

المطلب الثاني: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للاستحسان..... 12

المطلب الثالث: التعريف المختار للاستحسان:..... 17

المبحث الثاني: حجية الاستحسان وأنواعه..... 18

المطلب الأول: حجية الاستحسان..... 19

المطلب الثاني: أنواع الاستحسان.....31

المبحث الثالث: صور من التطبيقات المعاصرة للاستحسان..... 38

المطلب الأول: زراعة الأعضاء..... 39

المطلب الثاني: التلقيح الصناعي..... 44

المطلب الثالث: صور عقد السّلَم.....51

خاتمة:..... 56

قائمة المصادر والمراجع:.....58