الاستحسان عند الأصوليين
وأثره في الفروع الفقهية

إعداد الدكتور

سليمان عبد الوهاب الشحات بدوي

مدرس أصول الفقه – في كلية الشريعة والقانون بتفهنا
جامعة الأزهر

الاستحسان عند الأصوليين وأثره في الفروع الفقهية

سليمان عبد الوهاب الشحات بدوي
قسم أصول الفقه – بكلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف– دقهلية
البريد الإلكتروني:
tv.63257440soulmanabdalwhab.31@azhar.edu.eg26904091301517

الملخص :

بالبحث في موضوع الاستحسان عند الأصوليين وأثره في الفروع الفقهية تبين أن معناه في اللغة عد الشيء واعتقاده حسناً، وفي الاصطلاح عرفه الأصوليون بتعريفات كثيرة من أهمها ما عرفه بعض أصحاب أبي حنيفة بأنه: "عبارة عن العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه"، وعرفوه أيضاً بأنه: " العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى يقتضي العدول عن الأول"، وعرفه الشافعي بأنه: "ما استحسنه المجتهد بعقله"، وبالنظر إلى هذه التعريفات تبين أن الخلاف بينهم في التعريف إنما هو خلاف لفظي يرجع للتسمية فقط، وبينت أن للاستحسان أنواع منها: [الاستحسان بالنص، والاجتماع، والضرورة والحاجة، والعرف والعادة، والمصلحة، والقياس الحفي]، وبينت الفرق بين الاستحسان والقياس، والمصالح المرسلة ، واختلف العلماء في حجيته على مذهبين: الأول، وبه قال الحنفية، والمالكية والحنابلة أن الاستحسان حجة شرعية، ويستدل به على إثبات الأحكام الشرعية، والثاني، وبه قال الشافعية والظاهرية، والشيعة، أنه ليس حجة، ولا يستدل به على إثبات الأحكام الشرعية، وذكرت أدلة كل فريق وناقشتها، وترجح لي أن الخلاف بينهم خلاف في اللفظ فقط دون المعنى، وأنه لا يوجد استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلاً للنزاع، وذكرت بعض الفروع الفقهية في العبادات، والمعاملات، والقضايا المعاصرة التي يمكن تخريجها على الاستحسان.

الكلمات المفتاحية : الاستحسان ، القياس ، المصلحة ، الضرورة ، النص ، العرف ، العادة .

Approval of the fundamentalists and its impact on the branches of jurisprudence

Suleiman Abdul-Wahhab Al-Shahat Badawi

Department of Fundamentals of Jurisprudence - Faculty of Sharia and Law in Tafahna Al-Ashraf – Dakahlia

E-mail:

tv.63257440soulmanabdalwhab.31@azhar.edu.eg26904091301517

Research Summary :

By researching the subject of approval for the fundamentalists and its impact on the branches of jurisprudence, it was found that its meaning in the language is to count something and to believe it is good In terminology, the fundamentalists defined it with many definitions, the most important of which is what some of Abu Hanifa's companions defined as:It is about turning away from a positive analogy to an analogy that is stronger than it.They also defined it as: "Reversing in an issue from the like of what was ruled in its analogues to its opposite because it is stronger and requires abandoning the first," and Al-Shafi'i defined it as: "what the mujtahid approves of with his reasoning." , Looking at these definitions, it became clear that the difference between them in the definition is only a verbal disagreement that is due to the naming only, and it showed that there are types of approval, including: [Approval by text,

meeting, necessity and need, custom and habit, interest, and analogy [Hafi], and showed the difference between approval and analogy, and sent interests,The scholars differed regarding his argument on two schools of thought:the first, according to which the Hanafis, the Malikis and the Hanbalis said that approval is a legitimate argument It is inferred to prove the legal rulings, .and the second, and with it the Shafi'is, the Zahiriyya, and the Shiites said that it is not an argumentIt is not inferred to prove the legal rulings, and I mentioned the evidence of each group and discussed them, and it seems to me that the difference between them is a difference in the wording only, not the meaning . And that there is no different approval in it is suitable to be a subject of dispute, and I mentioned some branches of jurisprudence in worship Transactions, and contemporary issues that can be graduated to approbation.

Keywords: Approval , Analogy , Interest , Necessity , Text , Custom , Habit.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستهديه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير.

وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً رسول الله، أرسله الله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، ولو كره المشركون، أدى الأمانة، ونصح الأمة، وكشف الله به الغمة، وتركنا على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها إلا هالك، فصلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، صلاة وسلاماً دائمين إلى يوم الدين.

وبعد...

أهمية الموضوع: إن الاستحسان من الأدلة الشرعية المختلف فيها وهو من المصطلحات الأصولية التي صار حولها نقاش كبير في كتب الأصول فالعلماء قديماً وحديثاً اختلفوا في تفسيره وفي حجيته، وسلكوا مسالك عديدة في تأويله، ولقد نال هذا الموضوع صدى واسعاً في الأوساط المذهبية، وما صاحب ذلك من اعتراض من قبل المخالفين، كما أن الاستحسان يفتح مجالات واسعة للنظر في المستجدات والحوادث المعاصرة ويردها إلى أصول معتبرة شرعا.

فأردت ببحثي هذا دراسة هذا الموضوع دراسة وافية مستفيضة مبرزاً أهم ما أثير حول استدلال بعض الفقهاء والمذاهب لدليل الاستحسان، ومبيناً أهم الفروع الفقهية التي تخرجت عليه.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى: (مقدمة، وفصلين، وخاتمة)

أما المقدمة فهي تشتمل على ما يلي: افتتاحية البحث- أهمية الموضوع- خطة البحث.

الفصل الأول: تعريف الاستحسان، وأنواعه، وحجيته، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة.

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان اصطلاحا.

المبحث الثاني: أنواع الاستحسان، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: الاستحسان بالنص.

المطلب الثاني: الاستحسان بالإجماع.

المطلب الثالث: الاستحسان بالضرورة والحاجة.

المطلب الرابع: الاستحسان بالعرف والعادة.

المطلب الخامس: الاستحسان بالمصلحة.

المطلب السادس: الاستحسان بالقياس الخفي.

المبحث الثالث: الفرق بين الاستحسان والقياس والمصلحة المرسلة.

المبحث الرابع: حجية الاستحسان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع بين العلماء.

المطلب الثاني: مذاهب العلماء في حجية الاستحسان.

المطلب الثالث: أدلة المذاهب ومناقشتها، وبيان المذهب الراجح.

الفصل الثاني: أثر الاستحسان في الفروع الفقهية، وفيه مبحثان :

المبحث الأول: أثر الاستحسان في العبادات.

المبحث الثاني: أثر الاستحسان في المعاملات والقضايا المعاصرة .

الخاتمة: في أهم النتائج والتوصيات

الفصل الأول

تعريف الاستحسان، وأنواعه، وحجيته.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة.

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان اصطلاحا.

المبحث الثاني: أنواع الاستحسان: وفيه مطالب:

المطلب الأول: الاستحسان بالنص.

المطلب الثاني: الاستحسان بالإجماع.

المطلب الثالث: الاستحسان بالضرورة والحاجة.

المطلب الرابع: الاستحسان بالعرف والعادة.

المطلب الخامس: الاستحسان بالمصلحة.

المطلب السادس: الاستحسان بالقياس الخفي.

المبحث الثالث: الفرق بين الاستحسان والقياس والمصلحة المرسلة.

المبحث الرابع: حجية الاستحسان.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع بين العلماء.

المطلب الثاني: مذاهب العلماء في حجية الاستحسان.

المطلب الثالث: أدلة المذاهب ومناقشتها، وبيان المذهب الراجح.

المبحث الأول

تعريف الاستحسان لغة، واصطلاحاً

المطلب الأول

تعريف الاستحسان لغة

الاستحسان لغة: هو عد الشيء واعتقاده حسناً، وهو مشتق من الحسن، والحسن ضد القبح ونقيضه، والحسن نعت لما حسُن.

فقولك: استحسنت كذا أي اعتقدته حسناً، ويقال: استحسن كذا أي عده حسناً، ويقال استحسن الرأي أو القول أو الطعام أو الشراب أي عده حسناً[(١)].

ولم يوجد خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان، وذلك لوروده في الكتاب والسنة، وإطلاق أهل اللغة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾[(٢)]، وقوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا ﴾[(٣)].

أما السنة: فقوله (ﷺ): (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[(٤)].

---

(١) يُراجع لسان العرب مادة (حسن): ١١٤/١٣، ١١- ط: دار صادر بيروت، القاموس المحيط: ٢١٤/٤.

(٢) سورة الزمر من الآية (١٨).

(٣) سورة الأعراف من الآية (١٤٤).

(٤) الحديث: رواه الإمام احمد في مسنده بلفظ: [إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد (ﷺ) خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب الصحابة خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ]، ورواه البزار في مسنده، والطبراني في المعجم الكبير، يُنظر: مسند الإمام أحمد: ٨/٦ رقم ٣٦٠٠ ط: مؤسسة الرسالة، مسند البزار: ٢١٢/٥ رقم ١٨١٦ ط: مكتبة العلوم والحكم، المعجم الكبير للطبراني: ١١٢/٩، رقم ٨٥٨٣ ط:

وأما الإطلاق: فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل، ولا تقدير مدة السكون فيها، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير في الماء وعوضه.

وما نقل عن الشافعي[١] أنه قال: " أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى، فقطعت: القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع"[٢].

دار النشر مكتبة ابن تيمية.

(١) الشافعي: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد اليزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي المطلبي، نسيب رسول الله (ﷺ) وناصر سنته ولد سنة ١٥٠ه بغزة على الأرجح، وحمل منها إلى مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة، من مؤلفاته (الأم، الآمالي الكبرى، والإملاء الصغير، والرسالة) وغيرها، توفي سنة ٢٠٤ه. يُراجع: شذرات الذهب: ٩/٢، ط: دار الفكر، طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي: ١٩٢/١ ط: دار إحياء الكتب العربية، الاعلام: ٢٥٧/٥ ط: دار العلم للملايين، البداية والنهاية: ٧٨١/١٠ ط: ....

(٢) يُنظر: المجموع: ٣٩١/١٩، مختصر المزني: ٢٨٣/٨، الأم: ٢٣١/٣، ٣٦٢/٧، ١٣٣/٦، الإحكام للآمدي: ١٥٦/٤-١٥٧، نهاية السول للإسنوي: ١٩٠/٣ ط: دار الكتب العلمية، المحصول للرازي: ٥٦١/٢ ط: دار الكتب العلمية.

المطلب الثاني

تعريف الاستحسان اصطلاحا

ذكر العلماء للاستحسان تعريفات كثيرة أهمها:

١) الاستحسان هو عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد ولا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه، وهذا التعريف لبعض أصحاب أبي حنيفة، وقد اعترض على هذا التعريف كثير من العلماء بما يلي:

فقال الإمام الإسنوي[١]: "وأبطله المصنف بأن الذي يقوم قد يكون صحيحاً، وقد لا يكون فلابد من ظهوره أي بيانه ليتميز صحيحه من فاسده"[٢].

وقال الإمام الغزالي[٣]، بعد أن ذكر هذا التعريف: "وهذا هوس لأن مالا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه الأدلة أو تزيفه، أما الحكم بما لا يدري ما هو فمن أين يُعلم جوازه، أبضرورة الفعل أو نظره، أو بسمع متواتر أو أحاد؟، ولا وجه لدعوى شيء من ذلك"[٤].

---

(١) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر بن علي بن إبراهيم الأموي الشيخ جمال الدين أبو محمد الإسنوي، ولد في العشر الأخير من ذي الحجة سنة ٧٠٤ه بإسنا، قدم إلى القاهرة سنة ٧٢١ه، أخذ العلم عن جمع كبير من أئمة عصره نبغ في كثير من الفنون كالفقه، والأصول، والنحو، والعروض، من مؤلفاته: (التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، والكواكب الدرية في تنزيل الفروع الفقهية على القواعد النحوية، نهاية السول) وغيرها كثير، توفي سنة ٧٧٢ه. يُراجع: الأعلام: ٦٠/٦ ط: دار العلم للملايين، شذرات الذهب: ٣٣٥/٦ ط: دار الفكر.

(٢) يُنظر: نهاية السول للإسنوي: ١٩٠/٣.

(٣) الغزالي: هو محمد بن محمد بن أحمد، حجة الإسلام زين الدين الإمام أبو حامد الغزالي، ولد بطوس سنة ٤٥٠ه وأخذ عن إمام الحرمين ولازمه حتى صار أنظر أهل زمانه، وأفقه أقرانه من مؤلفاته: (إحياء علوم الدين، المستصفى، المنخول، شفاء الغليل، الوسيط) وغيرها كثير، توفي رحمه الله تعالى سنة ٥٠٥ه، يُنظر: الأعلام: ٢٢/٧، شذرات الذهب: ١٠/٤، البداية والنهاية: ٣٧١/١٢ ط: دار الغد العربي.

(٤) يُراجع: المستصفى للغزالي: ٢٨١/١.

وقال الآمدي[١]: " الوجه في الكلام عليه أنه تردد فيه بين أن يكون دليلاً محققاً ووهماً فاسداً، فلا خلاص في امتناع التمسك به (إن كان وهماً فاسدا) وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً، وإن كان ذلك في غاية البعد، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون حالة إمكان التعبير عنه، ولا حاصل للنزاع اللفظي"[٢].

وقال عضد الدين الإيجي[٣]: " إنه متردد بين القبول والرد، إذ نقول ما المعنى بقوله: ينقدح؟، إن كان بمعنى أنه يتحقق ثبوته فيجب العمل به اتفاقا، ولا أثر لعجزه عن التعبير فإنه يختلف بالنسبة إلى الغير، أما بالنسبة إليه فلا، وإن كان بمعنى أنه شاك فيه فهو مردود اتفاقاً إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك"[٤].

٢) وعرفه بعض أصحاب أبي حنيفة أيضا بأنه عبارة عن العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه[٥].

وهو بهذا المعنى لا نزاع في قبوله والأخذ به، لأن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعا.

واعترض عليه: بأنه غير جامع لخروج أنواع الاستحسان الأخرى منه

---

(١) الآمدي: هو سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي الحنبلي ثم الشافعي صاحب الإحكام، ومنتهى السول وغيرها، تفنن في علوم النظر، وتفقه على ابن فضلان الشافعي، وكان من أذكياء العالم، توفي سنة ٦٣١ه. يُنظر: البداية والنهاية ١٢/١٢، شذرات الذهب: ١٣٤/٥، طبقات الشافعية الكبرى: ٣٠٦/٨ ط: دار إحياء التراث العربي.

(٢) يُراجع: الإحكام للآمدي: ١٥٧/٤.

(٣) عضد الدين الإيجي: هو عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار أبو الفضل عضد الدين الإيجي ، كان رأساً في العلوم العقلية والكلام، عالماً بالأصول والعربية، جرت له محنة مع صاحب كرمان، فحبسه حتى مات سنة ٧٥٦ه. يُنظر: الأعلام: ٦٦/٤- بغية الدعاة: ص٢٩٦ ط: عيسي البابي الحلبي.

(٤) يراجع: شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٨/٢.

(٥) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٩١/٤- شرح التلويح على التوضيح: ١٧١/٢- شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٨/٢- أصول الفقه لابن مفلح: ١٤٦٣/٤- إرشاد الفحول للشوكاني ط: دار الكتب العلمية.

كالاستحسان بنص الكتاب أو السنة أو العادة.

أما الكتاب فكما في قول القائل: مالي صدقة، فإن القياس لزوم التصدق بكل ماله، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾[(١)]، ولم يرد سوى مال الزكاة.

وأما السنة: فكاستحسانهم أنه لا قضاء على من أكل ناسياً في نهار رمضان، وإنما عدل عن حكم القياس وهو وجوب القضاء عليه لدليل أقوى وهو قوله (ﷺ) لمن أكل ناسيا: (إنما أطعمك الله وسقاك)[(٢)].

وأما العادة: فكالعدول عن موجب الإجارات في تقدير الماء المستعمل في الحمام، وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة كما ذكرناه فيما تقدم للعادة في ترك المضايقة في ذلك[(٣)].

٣) وعرفه بعض أصحاب أبي حنيفة أيضاً: بانه تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه[(٤)]، وهذا التعريف يُنسب إلى أبي حنيفة كما قال الشوكاني.

وهذا التعريف لا نزاع أيضاً في قبوله، وحاصله يرجع إلى تخصيص العلة كما ذكر الآمدى والتفتازاني[(٥)].

---

(١) سورة التوبة من الآية (١٠٣).

(٢) الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده، وابن حبان في صحيحه، ومالك في موطأه. يُراجع: صحيح ابن حبان: ٢٨٨/٨ رقم: ٣٥٢٢ ط: مؤسسة الرسالة- موطأ الإمام مالك: ٤٣٩/٣ رقم ١٠٨٥ ط: مؤسسة زايد بن سلطان.

(٣) يُراجع: الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤- شرح العضد على مختصر المتهي: ١٨٨/٢- كشف الأسرار للبخاري: ٤/٤ ط: دار الكتب العلمية.

(٤) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤- شرح التلويح على التوضيح: ١٧٢/٢- كشف الأسرار للبخاري: ٤/٤- إرشاد الفحول: ص٣٥٦.

(٥) التفتازاني: هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني سعد الدين، ولد سنة ٧١٢ ه ١٣١٢م، بتفتازان من بلاد خراسان، وأقام بسرخس، اشتهرت تصانيفه في الآفاق، من مؤلفاته (التلويح في كشف حقائق التنقيح في الأصول، تهذيب المنطق والكلام، شرح الأربعين النووية وغيرها)، توفي بسمرقند سنة ٧٩٣ه.

ويرد على هذا التعريف ما ورد على التعريف السابق من كونه غير جامع لخروج أنواع الاستحسان الأخرى منه.

٤) وقال الكرخي[١]: الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى يقتضي العدول عن الأول[٢].

وهذا التعريف قال عنه الغزالي: بأنه مما لا يُنكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة[٣].

واعترض عليه: بأنه غير مانع، لأنه يدخل في الاستحسان ما ليس منه إذ يشمل العدول عن حكم العموم إلى مقابله للدليل المخصص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابله للدليل الناسخ، وهما أي التخصيص والنسخ ليسا من باب الاستحسان ولا نزاع فيهما[٤].

٥) وعرفه أبو الحسين البصري[٥]: بأنه ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل

يُنظر: الأعلام: ٢١٩/٧- أصول الفقه تاريخه ورجال: ص٤١٩- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: ٢١٤/٢ ط: عبد الحميد أحمد حنفي.

(١) الكرخي: هو عبد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، مولده بالكرخ، ووفاته ببغداد، من مؤلفاته: (رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، وشرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير، وكلاهما في فقه الحنفية، توفي سنة ٣٤٠ هـ). يُراجع: الأعلام: ١٩٣/٤- شذرات الذهب: ٣٥٨/٢- البداية والنهاية: ٢٨٩/١١.

(٢) يُنظر: كشف الأسرار للبخاري: ٤/٤- شرح التلويح: ١٧٢/٢- نهاية السول: ١٩٠/٣- المستصفي: ٢٨٣/١- المحصول للرازي: ٥٥٩/٢- أصول الفقه لابن مفلح: ١٤٦٤/٤- الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤..

(٣) يُراجع: المستصفى: ٢٨٣/١.

(٤) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤- نهاية السول للاسنوي: ١٩١/٣- كشف الأسرار للبخاري: ٥،٤/٤- الاستحسان للدكتور/ يعقوب الباحسين: ص ٢٣ ط: مكتبة الرشد..

(٥) أبو الحسين البصري: هو محمد بن علي الطيب أبو الحسين البصري أحد أئمة المعتزلة، ولد في البصرة، وسكن بغداد، وتوفي بها سنة ٤٣٦هـ، وله تصانيف كثيرة انتفع بها الناس من مؤلفاته: كتاب المعتمد في أصول الفقه، شرح الأصول الخمسة وكتاب في الإمامة وأصول الدين). يُنظر: الأعلام: ٢٧٥/٦- البداية والنهاية: ٥٢١/١٢- وفيات الأعيان: ٤٨٢/١ ط: دار صادر بيروت.

شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو حكم الطارئ على الأول[١].

شرح التعريف:

- قصد بقوله: (ترك وجه من وجوه الاجتهاد) إشارة إلى أن الواقعة التي اجتهد فيها المجتهدون لها وجوه كثيرة، واحتمالات متعددة فيأخذ المجتهدون بواحد منها ثم إنه يترك ذلك الوجه لما هو أقوى.

وقصد بقوله: (غير شامل شمول الألفاظ) الاحتراز عن العدول عن العموم إلى القياس لكونه لفظاً شاملا.

وقصد بقوله: (وهو في حكم الطارئ) احتراز عن قوله: تركنا الاستحسان بالقياس، فإنه ليس استحسانا من حيث إن القياس الذي ترك له الاستحسان ليس في حكم الطارئ بل هو الأصل، وذلك كما لو قرأ آية سجدة في آخر سورة، فالاستحسان أن يسجد بها ولا يجتزئ بالركوع، ومقتضى القياس أن يجتزئ بالركوع، فإنهم قالوا بالعدول ههنا عن الاستحسان إلى القياس، وهذا الحد أقرب مما تقدم لكونه جامعاً مانعا، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه من نص أو إجماع أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به[٢].

٦) وقُيل: هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس، هذا التعريف ذكره ابن مفلح، وابن الحاجب وعبروا عنه بلفظ (قيل)، ومثلوا له بدخول الحمام من غير تعيين زمان المكث، ومقدار الماء المسكوب والأجرة، وذلك على خلاف الدليل، وكذلك شرب الماء من السقاء من غير تعيير مقدار الماء وبدله[٣].

---

(١) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤- نهاية السول: ١٩١/٣- المحصول للرازي: ٥٦٠/٢- شرح التلويح على التوضيح: ١٧٢/٢.
(٢) يُنظر: المراجع السابقة.
(٣) يُراجع: أصول الفقه لابن مفلح: ٤٦٥/٤- مختصر المنتهي مع شرح العضد: ٢٨٨/٢- إرشاد الفحول للشوكاني: ص٣٥٦.

وهذا النوع من الاستحسان متردد في قبوله، وذلك لأنه إن استند إلى عادة معتبرة بجريانه في زمان النبي (ﷺ)، فإن ثبوته يكون بالسنة، أو بجريانه في عهد الصحابة ، مع عدم إنكارهم عليه، فإن ثبوته يكون بالإجماع لا بها، وإن استند إلى نص أو قياس مما تثبت حجيته، فإن ثبوته يكون بهما، وأما إن استند إلى مالا تثبت حجيته فهو مردود قطعا[١].

٧) وقيل: هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي[٢].

وهذا التعريف للمالكية كما ذكره الإمام الشاطبي[٣].

- ومقتضى هذا التعريف: الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك، وكثير ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي وهو ظاهر.

ومثال ذلك: القرض مثلاُ، فإنه ربا في الأصل، لأنه الدرهم بالدرهم إلى اجل، ولكنه أبيح لما فيه من الرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل

(١) يُنظر: المراجع السابقة.
(٢) يُنظر: الموافقات للشاطبي: ١٣٩/٤ ط: المكتبة التوفيقية- الاعتصام للشاطبي: ٤٧٢/٢.
(٣) الشاطبي: هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي العلامة المؤلف المحقق النظار الأصولي، المفسر الفقيه اللغوي المحدث الورع الزاهد، أخذ عن ابن الفخار الألبيري وأبي عبد الله البلنسي وغيرهم، من مؤلفاته: (الموافقات في الأصول والاعتصام في الحوادث والبدع، وشرح جليل على الخلاصة في النحو)، توفي رحمه الله يوم الثلاثاء الثامن من شعبان سنة ٧٩٠ه.
يُنظر: الأعلام: ٢٥/١- أصول الفقه تاريخ ورجاله: ص٤١٧- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: ٢١٢/٢.

المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين[١].

٨) وعرفه الحنابلة: بأنه عبارة عن العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة.

وهذا التعريف هو بعينه تعريف الكرخي الحنفي، وقد سبق أن بينا أنه لا يصلح أن يكون محلاً للخلاف أو النزاع بين العلماء[٢].

٩) وعرفه الشافعية: بأنه عبارة عن عما يستحسنه المجتهد بعقله[٣].

وقال الإمام الغزالي عن هذا التعريف أنه هو الذي يسبق إلى الفهم حينما يذكر الاستحسان[٤].

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلاً للنزاع بين أحد الأئمة، لأن أدلة الأحكام لا تؤخذ عن طريق استحسان العقل لها، وإنما طريقها كتاب الله وسنة رسوله (ﷺ)، وما ألحق بهما من إجماع أو قياس عليهما.

أما ما يستحسنه المجتهد بعقله بدون أن يكون له دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس فهو باطل ومرفوض من جميع الأئمة، لأنه يعتبر قولاً في الدين بالهوى والتشهي، والأمة كلها متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي[٥].

والراجح:

بعد عرض هذه التعريفات للاستحسان وبيان الاعتراضات الواردة عليها، وبيان ما

---

(١) يُراجع: الموافقات للشاطبي: ١٦٩/٤.
(٢) يُنظر: روضة الناظر: ٥٣١/٢- بحوث الأدلة المختلف عليها للدكتور/ محمد السعيد عبد ربه: ص٥٨.
(٣) يُراجع: المستصفى: ٢٧٤/١- روضة الناظر: ٥٣١/٥ ط: مكتبة الرشد.
(٤) يُنظر: المراجع السابقة.
(٥) يُنظر: بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٥٩.

يقبل منها ومالا يقبل يتبين لنا أنه لم يوجد تعْريف منها يْصلح لأن يكون محلاً للخلاف أو النزاع بين الأئمة، ولذا فإنه يتحقق لدينا أن الخلاف هنا لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً يرجع إلى التسمية فقط.

ويؤيد هذا ما قاله عضد الدين الإيجي: " والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أمور لا تصلح محلاً للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً أو بعضها متردد بين ما هو معقول اتفاقاً، وبين ما هو مردود اتفاقا"[١].

وقال الآمدي: "وحاصل النزاع فيه راجع إلى الاطلاقات اللفظية، ولا حاصل له"[٢].

وقال الاسنوي: "وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه"[٣].

والتعريف الذي اختاره وأرجحه هو تعريف الكرخي وهو: "العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى يقتضي العدول عن الأول".

لأنه أشمل تلك التعاريف وأبينها، وهو اختيار بعض الأصوليين المعاصرين كالشيخ أبو زهرة، والدكتور الزرقا[٤].

(١) يُراجع: شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٨/٢- إرشاد الفحول: ص٣٥٧.
(٢) يُراجع: الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤
(٣) يُراجع: نهاية السول للإسنوي: ١٩٢/٣.
(٤) يُنظر: المدخل الفقهي العام: ص٤٨.

المبحث الثاني

أنواع الاستحسان

المطلب الأول

الاستحسان بالنص

ذكر كثيراً من الأصوليين أنواعاً كثيرة للاستحسان من أهمها:-

١) الاستحسان بالنص: والمقصود بالنص هنا هو القرآن الكريم والسنة المطهرة. ومعناه العدول عنه حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة[١].

وهذا النوع قال عنه الإمام الغزالي: "وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار فيه إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة[٢].

وهذا النوع ينقسم قسمين:

القسم الأول: الاستحسان بالقرآن الكريم:

ومثاله: إباحة أكل الميتة للمضطر الثابت بقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾[٣]، استثناء من القاعدة العامة وهو تحريم الأكل من الميتة الثابت بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾[٤] فاستثناء أكل الميتة للمضطر استحساناً بالنص الوارد بجواز الأكل

(١) يُراجع: بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور/محمد السعيد عبد ربه: ص٦٨- الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء لعبد اللطيف صالح فرفور: رسالة جامعية، ص٧٢.
(٢) يُنظر: المستصفى للغزالي: ٢٨٣/١.
(٣) سورة البقرة من الآية (١٧٣).
(٤) سورة المائدة من الآية (٣).

منها[١].

ومثاله أيضا: الوصية فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت[٢]، ومعلوم أن الملكية تزول بعد الموت، والقياس أي القاعدة المقررة في التمليك أنه لا يجوز أن يضاف إلى زمن زوال الملك، ومقتضى هذا بطلان الوصية وعدم جوازها.

ولكنها استثنيت من ذلك استحساناً للنص الوارد بجوازها وهو قوله تعالى: ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٣].

القسم الثاني: الاستحسان بالسنة:

ومثاله: الحكم بصحة من أكل أو شرب ناسيا، حيث إن القياس يقتضي أن يحكم بفطره لفساد صومه بالأكل أو الشرب عامداً كان أم مخطئاً أم ناسيا، غير أن حالة النسيان استثنيت من هذا القياس استحساناً للحديث الوارد في ذلك عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: (من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه)[٤].

وفي هذا القول يقول السرخسي[٥]: فأما تركه بالنص فهو فيما أشار إليه أبو حنيفة[٦] رحمه الله في أكل الناسي للصوم: لولا قول الناس لقلت يقضي، يعني بعد

(١) يُراجع: الاستحسان للدكتور/ يعقوب الباحسين: ص ٨٧ ط: مكتبة الرشد.
(٢) يُراجع: مغني المحتاج: ٤٩/٣ طبعة دار الفكر، شرح العناية على الهداية: ٤١٢/١٠ ط: دار الفكر.
(٣) سورة النساء من الآية (١١)، ويُراجع بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٩- الاستحسان لعبد اللطيف فرفور: ص٧٢.
(٤) الحديث: سبق تخريجه.
(٥) السرخسي: هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة، قاض من كبار علماء الحنفية مجتهداً من أهل سرخس في خراسان، كان متكلماً محدثاً، مناظراً أصولياً له مؤلفات في الأصول والفقه منها: (المبسوط في الفقه- شرح التيسير الكبير- أصول السرخسي)، توفي سنة ٤٨٣ه. يُنظر: الأعلام: ٣١٥/٥- الفتح المبين: ٢٧٧/١- أصول الفقه تاريخه ورجاله: ص١٩٤.
(٦) أبو حنيفة: هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت التميمي بالولاء الكوفي الفقيه المحقق إمام الحنفية، وصاحب المذهب المشهور، وهو أحد الأئمة الأربعة، ولد بالكوفة سنة ٨٠ه، ونشأ بها، وتفقه على حماد بن سليمان، وكان قوي الحجة، ومن أحسن الناس منطقاً، من مؤلفاته (له مسند

رواية الأثر عن رسول الله (ﷺ) وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته واعتقاد البطلان في كل قياس يُخالفه[١].

ومثاله أيضا: السلم، وهو ما يعرف بالسلف، وهو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن عاجل[٢]، فهذا بيع ولكنه يختلف عن بقية البيوع حيث إن من شروط المبيع أن يكون موجوداً عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بل هو معدوم، ومقتضي النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله (ﷺ) قال لحكيم بن حزام [لا تبع ما ليس عندك][٣]، ولكنه استثنى عقد السلم من ذلك استحساناً لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه وهو ما روي أن النبي (ﷺ) قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: [من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم][٤].

في الحديث جمعه تلاميذه- والمخارج في الفقه رواه عنه تلميذه أبو يوسف) توفي رحمه الله تعالى ١٥٠ه ببغداد.

يُراجع: شذرات الذهب: ٢٢٧/١- الأعلام: ٢٥٧/٥- البداية والنهاية: ٥٩٩/١٠.

(١) يُنظر: أصول السرخسي: ٢٠٢/٢- الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص٩٠- أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٧- كشف الأسرار للبخاري: ٧/٤.

(٢) يُراجع: مغني المحتاج: ١٤٠/٢

(٣) الحديث: رواه الترمذي في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وأبو داود، وابن ماجة، والنسائي، كلهم في النهي عن بيع ما ليس عندك. يُنظر: سنن أبي داود: ٢٨٣/٣ رقم ٣٥٠٣- سنن الترمذي: ٥٢٦/٣ رقم ١٢٣٢- سنن ابن ماجة: ٧٣٧/٢ رقم ٢١٨٧- سنن النسائي: ٥٩/٦ رقم ٦١٦٢.

(٤) الحديث: رواه البخاري في باب السلم في وزن معلوم، ومسلم في باب السلم.

يُراجع: صحيح مسلم بشرح النووي: ٤٨/١١ رقم ١٦٠٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٥٢٧/٤ رقم ٢٢٤٠.

ويُنظر في ذلك: أصول السرخسي: ٢٠٣/٢- كشف الأسرار للبخاري: ٧/٤- التقرير والتحبير: ٢٢٢/٣- أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٦- الاستحسان للباحسين: ص٩١.

المطلب الثاني

الاستحسان بالإجماع

٢) النوع الثاني من الاستحسان هو الاستحسان بالإجماع:

ومعناه أن يترك موجب القياس في مسالة لانعقاد الاجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويتحقق هذا النوع من الاستحسان بأن يفتي المجتهد في حادثة على خلاف الأصل أو القاعدة العامة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم لما يفعله الناس إذا كان ما يفعلونه مخالفاً للأصول المقررة.

ومثاله: عقد الاستصناع وهو أن يتعاقد شخص مع أحد الصناع أن يصنع له شيئاً نظير مبلغ معين بشروط مخصوصة(١).

فإن القاعدة العامة المقررة في البيع تقتضي عدم جواز مثل هذا العقد لأن المعقود عليه وهو الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، ولكن الناس تعارفوا على هذا النوع من التعامل في كل زمان، ولم ينكر عليهم أحد من أهل الاجتهاد، فكان ذك إجماعاً منهم على الجواز، وهذا الإجماع مبني على مراعاة الحاجة ودفع الضرر المترتب على المنع من ذلك التعامل.

ومن أجل هذا قال فقهاء الحنفية ومن وافقهم بجواز عقد الاستصناع، وقالوا هذا العقد جائز استحساناً على خلاف القياس(٢).

ومثاله أيضاً: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستئجارها لهذا الغرض بأجر معلوم من غير تقدير للماء المستهلك أو مدة المكث في الحمام، فإن القاعدة المقررة

(١) يُنظر: شرح العناية على الهداية: ١١٤/٧.
(٢) يُراجع: أصول السرخسي: ٢٠٣/٢- التقرير والتحبير: ٢٢٢/٣- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٠- الهداية مع شرح فتح القدير: ١١٤/٧- بدائع الصنائع: ٢/٥.

تقتضي عدم جوازه، لجهالة مقدار الماء المستهلك أو المدة، لأن الناس يتفاوتون فيما يستهلكون، ولكنه جاز استحساناً لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان من غير أن ينكر عليهم أحد من أهل الاجتهاد، فكان هذا اجماعاً منهم على الجواز، وهو أيضاً مبني على رعاية حاجة الناس ودفع الضرر عنهم[1].

(١) يُراجع: أصول في الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٨- كشف الأسرار للبخاري: ٧/٤، بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٠- الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص٩٨.

المطلب الثالث
الاستحسان بالضرورة والحاجة

٣) النوع الثالث من أنواع الاستحسان الاستحسان بالضرورة والحاجة.

والضرورة هي مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له[١].

وعرف الشاطبي الضرورات بأنها هي التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدين على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[٢].

والحاجة هي كل ما تحتاج إليه الأمة والأفراد من حيث التوسعة ورفع الحرج وانتظام الأمور بحيث إذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة[٣].

وهذا النوع من الاستحسان يتحقق في أي مسألة يترتب على العمل فيها بمقتضى الدليل العام حرج وضيق يلحق الناس فيترك العمل بمقتضي الدليل العام في هذه المسألة الجزئية تفادياً للضرر ودفعاً للحرج عن الناس[٤].

ومثاله: الحكم بطهارة مياه الآبار والحياض إذا وقع فيها نجاسة، فإن الفقهاء قالوا بطهارتها إذا نزح منها عدد من الدلاء يتناسب مع النجاسة التي وقعت فيها ومع كمية مائها.

والقاعدة في التطهير أن الشيء إذا تنجس فإنه لا يطهر إلا بإزالة النجاسة وعدم

---

(١) يُراجع: التعريفات للجرجاني: ص٩٨.
(٢) يُنظر: الموافقات للشاطبي: ٦/٢.
(٣) يُنظر :الموافقات للشاطبي: ٨/٢- الوجيز في القواعد الفقهية للدكتور/عزام: ص٨٠.
(٤) يُنظر: أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٩.

بقاء أثرها، وهذا يقتضي نجاسة تلك الآبار والحياض وأنها لا تطهر أبداً سواء نزح جميع الماء الذي كان موجوداً وقت تنجسها، أو نزح بعض هذا الماء، وذلك لأن نزح بعض الماء الذي كان موجوداً في البئر أو الحوض وقت التنجس لا يؤثر في طهارة الماء الباقي كما هو واضح، ونزح جميع الماء الموجود وقت التنجس لا يفيد طهارة الماء الذي ينبع من البئر أو الذي يُصب في الحوض، لأن الماء الذي ينبع من البئر أو يُصب في الحوض لابد أن يلاقي نجساً في قاع البئر أو الحوض وجدرانها فيتنجس بذلك، وهكذا، ولكن ترك العمل بالقاعدة العامة في التطهير للضرورة وهي تبيح المحظور، وقالوا بطهارة البئر إذا نُزح بعض مائها، أو نُزح قدر ما كان فيها وقت تنجسها دفعاً للحرج على الناس[١].

فالمراد بالاستحسان في هذا المثال هو العدول عن الحكم بنجاسة تلك الآبار أو الحياض وأنها لا تطهر أبداً إلى الحكم بطهارتها إذا نُزح بعض مائها أو قدر ما كان فيها من الماء عند تنجسها بناء على الضرورة ورفع الحرج عن الناس، والمراد بالقياس المقابل بهذا الاستحسان القاعدة المقررة في التطهير، وهي إزالة النجاسة وعدم بقاء أثرها التي تقتضي نجاسة تلك الآبار والحياض، وأنها لا تطهر أبداً، والتي ترك العمل بها لأجل الضرورة ورفع الحرج عن الناس[٢].

ومن أمثلته أيضا:

الحكم بطهارة سؤر[٣]، سباع الطير كالصقر والنسر والحدأة والغراب، لأن هذه الحيوانات تأكل النجاسات، ومناقيرها لا تخلو منها عادة، كما أن لعابها يتصل

(١) يُراجع: أصول السرخسي: ٢٠٣/٢- التقرير والتحبير: ٢٢٢/٣- كشف الأسرار للبخاري: ٨/٤- أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٩- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص ٧١.

(٢) يُراجع: أصول في الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٤٩.

(٣) السؤر: هو بقية الشيء، ويطلق على بقية الماء أو الشراب الذي خالطه لعاب من شرب منه. لسان العرب مادة (سأر): ٣٣٩/٤.

بالماء عند الشرب وهو متولد من لحمها النجس، فيكون نجساً مثله، والقياس أن يتنجس الماء بشربها كما يتنجس بشرب سباع البهائم كالأسد والفهد والنمر لنجاسة اللعاب في كل.

والعلة في نجاسة سؤر هذه الحيوانات هي مخالطة اللعاب النجس للماء في سؤر سباع البهائم لأنه متولد من لحمها وهي تشرب بلسانها، وهو رطب فينفصل منه شيء في الماء عادة، ولكن هذه العلة تنتفي في سؤر سباع الطير، لأنها تشرب بمنقارها العظم الطاهر، لأنه جاف ولا رطوبة فيه، وإذا كان طاهراً من الميت فمن الحي أولى، ثم تأخذ به ثم تبتلعه ولا ينفصل شيء من لعابها في الماء فانتفت علة النجاسة وهي مخالطة النجاسة للماء في سؤرها، فكان طاهراً كسؤر الآدمي.

ولما كانت تنتقض من الهواء ولا يمكن الاحتراز منها خصوصاً بالنسبة لسكان الصحارى والخلوات، قال علماء الحنفية بطهارة سؤرها استحساناً رعاية لهذه الضرورة على خلاف ما يقضي به القياس على سؤر سباع البهائم[1].

(١) يُراجع: أصول السرخسي: ٢٠٤/٢- شرح التلويح على التوضيح: ١٧٣/٢- التقرير والتحبير: ٢٢٣/٣- أصول الفقه الإسلامي: ص١٥٠- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٢.

المطلب الرابع
الاستحسان بالعرف والعادة

٤) النوع الرابع من أنواع الاستحسان هو الاستحسان بالعرف والعادة.

والمراد بالعرف: هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة[١].

ومعناه: هو العدول عن مقتضى القياس والقواعد المقررة إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك أو عملاً بما اعتاده الناس[٢].

وهذا النوع من الاستحسان ذكره الكرخي من أقسام الاستحسان.

جاء في المنخول: "والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي، وقد قسمه أربعة أقسام ذكر منها اتباع عادات الناس، وما يطرد به عرفهم كمصيرهم إلى أن المعاطاة صحيحة، لأن الأعصار لا تنفك عنه، ويغلب على الظن جريانه في عصر الرسول (ﷺ)[٣].

وعده الجصاص[٤] من أنواع الاستحسان أيضاً، ومثل له بدخول الحمام، لأن القياس عدم جواز دخول الحمام للإنسان حتى يبين مقدار ما يعطي من الأجرة، ومقدار لبثه في الحمام، وما يصب على نفسه من الماء، إلا أنهم تركوا القياس في

---

(١) يُنظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف: ص٩٩ ط: دار الحديث.
(٢) يُنظر: بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٢.
(٣) يراجع: المنخول للغزالي: ص٤٧٧-٤٧٨.
(٤) الجصاص: هو أحمد بن علي الرازي الملقب بالجصاص، ولد سنة ٣٠٥ه، ودخل بغداد في شبيبته درس الفقه على أبي الحسن الكرخي وتخرج عليه، وانتفع بعلمه، من مؤلفاته: (أصول الجصاص- وأحكام القرآن- وشرح مختصر الكرخي في الفقه) توفي سنة ٣٧٠ه.
يُنظر: شذرات الذهب: ٧١/٣- الفتح المبين: ٢١٤/١- الفوائد البهية: ص٢٧-٢٨.

ذلك واتبعوا عمل الناس وإجازاتهم له[١].

ومثاله: استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها، فإن استئجار المرضعة بأجرة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقال أبو يوسف[٢]، ومحمد[٣] رحمهما الله تعالى: "لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما استأجرها للخبز والطبخ فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم.

ووجه استحسان أبي حنيفة: أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة والعادة الجارية التوسعة على المراضع شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة[٤]، بخلاف الخبز والطبخ، لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة[٥].

ومن أمثلته أيضاً: جواز وقف المنقولات استقلالاً عن العقار فإن القاعدة المقررة في الوقف أن يكون مؤيداً، ومقتضى ذلك عدم جواز وقف المنقول استقلالا عن العقار، لأن المنقولات على شرف الهلاك، فلا تكون قابلة للتأبيد، ولكن الإمام محمد

---

(١) يُنظر: الفصول في الأصول: ٢٤٨/٤ ط: وزارة الأوقاف الكويتية.

(٢) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي ثم البغدادي، أبو يوسف صاحب الإمام أبو حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، وهو أول من لقب بقاضي القضاة، وأو من صنف في أصوله الفقه على مذهب أبي حنيفة، من مؤلفاته: (الخراج – وأدب القاضي- والآمالي في الفقه) توفي سنة ١٨٢ه.
يُراجع: شذرات الذهب: ٢٩٨/١- الأعلام: ١٩٣/٨.

(٣) محمد: هو محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيباني، ولد بواسط ونشأ بالكوفة، وطلب الحديث، صحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه، وكان أعلم الناس بكتاب الله، ماهر في العربية والنحو والحساب، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، من مؤلفاته: (المبسوط- الجامع الكبير والصغير)، توفي سنة ١٨٩ه. يُراجع: الأعلام: ٨٠/٦- الفوائد البهية: ص١٦٣.

(٤) القفيز: مكيال كان يكال به قديما، يختلف مقداره في البلاد.
الصُّبرة: الطعام المجتمع كالكومة بلا كيل ولا وزن.
يُنظر: المعجم الوجيز مادة (قفز)، ومادة (صبر) ص: ٥١٠، ص٣٥٩.
ويُنظر: لسان العرب مادة (قفز)، ومادة (صبر): ٣٩٥/٥، ٤٤١/٤.

(٥) يُراجع: الهداية شرح بداية المبتدي: ١٠٤/٤- الفصول في الأصول: ٢٤٨/٤- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٣.

بن الحسن أجاز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه كالكتب وآلات القتال ونحوها استحساناً على خلاف القياس، فمحمد ابن الحسن قد عدل عن الحكم بفساد وقف المنقول الذي تعارف الناس وقفه إلى الحكم بصحة وقفه مستنداً في ذلك إلى العرف، وسمي هذا العدول استحسانا[1].

(١) يُنظر: الهداية شرح بداية المبتدي: ٢١٦/٦- أصول الفقه الإسلامي: ص١٥١- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٣.

المطلب الخامس
الاستحسان بالمصلحة

٥) النوع الخامس من أنواع الاستحسان هو الاستحسان بالمصلحة.

والمصلحة في اللغة هي كالمنفعة وزناً ومعنى، وهي بذلك إما أن تكون مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع، وإما أن[١]، تكون اسم للواحدة من المصالح كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع.

واصطلاحا: عرفها الغزالي بأنها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة[٢].

والمقصود من استحسان المصلحة هو أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة المقررة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج والمشقة على الناس وتيسير معاملاتهم[٣].

وهذا النوع من الاستحسان لم يذكره الحنفية في كتبهم إلا أن فروعهم الفقهية تشهد له بالاعتبار، وذكره المالكية في كتبهم، وعرف الإمام مالك[٤] الاستحسان بأنه استعمال مصلحة جزئية، في مقابلة قياس كلي، ومقتضاه

(١) يُراجع: لسان العرب مادة (صلح): ٥١٧/٢.
(٢) يُراجع: المستصفى للغزالي: ٢٨٦/١.
(٣) يُنظر: الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص١١٣
(٤) مالك: هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري أبو عبد الله إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنسب المالكية، ولد بالمدينة سنة ٩٣ه، من مؤلفاته: (الموطأ- ورسالته في القدر والرد على القدرية- تفسير غريب القرآن). يُنظر: شذرات الذهب: ٢٨٩/١- الأعلام: ١٢٨/٦- البداية والنهاية: ٦٨٤/٥- تهذيب التهذيب: ٥/١٠.

الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[١].

ومثال ذلك: تضمين الصناع والأجراء العاملون، فالقياس يقتضي عدم التضمين، لأنهم بعقد الإجارة أمناء فلا يضمنون ما يتلف بأيديهم إلا بالتعدي أو التقصير، ولكن الاستحسان يقضي بتضمينهم منعاً لتهاونهم في المحافظة على أموال الناس[٢].

ومن أمثلته في كتب الحنفية: أن من سرق للمرة الثالثة لم يقطع، ويخلد في السجن حتى يتوب، وهذا الحكم مخالف للقياس، لأن السرقة جناية توجب الحد، قال تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[٣].

وهي متحققة في الثالثة كما هي في الحالتين الأولى والثانية.

فعدم القطع إخراج لهذه السرقة عن أن يتناولها حكم أمثالها من السرقات، كما أنه مخالف للحديث: (من سرق فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه)[٤].

وقد وجه الحنفية استحسانهم بعدم القطع في المرة الثالثة بأمور منها: ما ذكروه من قول علي ﷺ: "إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها،

(١) يُراجع: الموافقات: ١٦٩/٤- الاعتصام للشاطبي: ٤٧٢/٢.
(٢) يُنظر: شرح تنقيح الفصول: ص٤٥٢- الاعتصام: ٤٧٣/٢- الاستحسان عند الأصوليين لعبد اللطيف فرفور:ص٧٧.
(٣) سورة المائدة: الآية (٣٨).
(٤) الحديث رواه الدارقطني في كتاب الحدود، وذكره صاحب التلخيص الحبير في المدخل.
يُنظر: سنن الدارقطني: ٢٣٩/٤ رقم: ٣٣٩٢- التلخيص الحبير: ١٨٩/٤ رقم ١٧٨١ ط: دار الكتب.

ويستنجي بها، ورجلاً يمشى عليها"[(١)]، وقالوا بأن الإمام علياً حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعاً[(٢)].

وقال الإمام الشاطبي: "وله في الشرع أمثلة كثيرة كالقرض مثلاُ فإنه ربا في الأصل لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين، ومثله بيع العرية بخرصها تمراً، فإنه بيع الرطب

باليابس، لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة للمعري والمعتري، ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع الإعراء، كما في ربا النسيئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه، ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وجمع المسافر وقصر الصلاة والفطر في السفر الطويل، وصلاة الخوف، وسائر الترخصات التي على هذا السبيل فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه ومثله الاطلاع على العورات في التداوي والقراض، والمساقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع وأشياء من هذا القبيل كثيرة"[(٣)].

---

(١) رواه الدارقطني في كتاب الحدود والديات، وذكره ابن حجر في التلخيص، وأبو حنيفة في المسند.
يُنظر: سنن الدارقطني: ٩٩/٤ رقم ٣١٦٦- التخليص الحبير: ١٩١/٤- مسند أبي حنيفة: ١٦٠/١ ط: مكتبة الكوثر بالرياض.
(٢) يُراجع: الهداية مع شرح فتح القدير: ٣٩٥/٥، ٣٩٦- بدائع الصنائع: ٨٦/٧.
(٣) يُراجع: الموافقات للشاطبي: ١٦٩/٤-١٧٠.

المطلب السادس

الاستحسان بالقياس الخفي

٦) النوع السادس من أنواع الاستحسان هو الاستحسان بالقياس الخفي.

والقياس لغة التقدير والمساواة[١].

واصطلاحاً: إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت[٢].

ومعناه: هو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأحق من الأول، لكنه أقوى حجة وأسد نظراً وأوضح استنتاجاً منه[٣].

مثاله: وقف الأراضي الزراعية، فإن الوقف يشبه البيع من حيث إن كلا منهما يخرج العين من ملك صاحبه، ومقتضى الأمر ألا يدخل الشرب والطريق والمسيل في الوقف إلا بالنص عليها من الواقف كما هو الحكم في البيع.

ويشبه الإجارة من حيث إن كلاً منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين ومقتضى هذا أن يدخل الشرب والطريق والمسيل في الوقف ولو لم ينص الواقف عل دخولهما في الوقف كما هو الحال في الإجارة، ولما كان شبه الوقف بالبيع أظهر من شبهه بالإجارة لتبادر الأول إلى الفهم بمجرد النظر، واحتياج الثاني إلى إمعان النظر، كان قياس الوقف على البيع هو الظاهر، وقياس الوقف على الإجارة هو الخفي، وقد ترجح هذا القياس الخفي على القياس الظاهر لقوته حيث إن الانتفاع بالعين

(١) يُنظر: لسان العرب مادة (قيس) ١٨٦/٦.
(٢) يُنظر: منهاج الوصول في علم الأصول مع نهاية السول للإسنوي: ٣/٣.
(٣) يُراجع: حاشية الرهاوي على شرح المنار: ص٨١٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٤.

الموقوفة بالزراعة لا يتأتى إلا بالشرب والمسيل الطريق، فكان شبه الوقف بالإجارة أقوى من شبهه بالبيع.

ومن أجل هذا قال الحنفية: إن دخول الشرب المسيل والطريق في الوقف، وإن لم ينص عليها الواقف استحسان وعدم دخولها في الوقف إلا بالنص عليها قياس، وبالاستحسان نأخذ(١).

ومن أمثلته أيضا:

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن قبل أن يقبض المشتري المبيع، فإن موجب القياس الظاهر أن البائع هو الذي يجب عليه إقامة البينة لأنه هو مدع الزيادة لأنهما اتفقا على مقدار، والاختلاف في الزيادة فهو المدعي، والبينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشترى لأنه المدعي عليه، ولكن استحسن أن يحلف البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئاً يدعيه الآخر، فالبائع يدعي الزيادة وينكر استحقاق المشتري للمبيع من غير أدائها، والمشتري يدعي استحقاقه المبيع من غير هذه الزيادة وينكر وجوبها.

ويظهر من ذلك أن للاستحسان علة هي أقوى أثراً من علة القياس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض، فالاستحسان أيضاً أن يتحالفا، ولكن ذلك لورود السنة المثبتة للتحالف، لأن النبي (ﷺ) يقول: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا)(٢).

وإن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبني على علة، والعلة تتعدى، ولذلك

(١) يُراجع: أصول الفقه الإسلامي: ص١٥٣- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٥.

(٢) الحديث: رواه أحمد في مستنده، ومالك في الموطأ، وابن الجوزي في التحقيق، والطحاوي في مشكل الآثار، وعبد الرازق في مصنفه، وابن حجر في التلخيص.
يُنظر: مسند أحمد: ٣٣٣/٣٦ رقم (٢٢٠٠٧)- شرح مشكل الآثار: ١٦١/٦ رقم (٢٣٥٩)- التحقيق في مسائل الخلاف: ١٨٤/٢ رقم (١٤٥٤)- موطأ مالك: ٢٧٨/١ رقم (٧٨٦)- مصنف عبد الرازق: ٣٤٣/٤ رقم (٢٠٨٥٦)- التلخيص الحبير: ٨٥/٣ رقم (١٢٢٣).

قالوا إنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع، أما بعد القبض فإنه لا تحالف إلى في البيع[١].

هذا وقد مثل كثير من الأصوليين لهذا النوع بطهارة سؤر سباع الطير وقالوا في توجيه ذلك: إن سؤر سباع الطير كالنسر والصقر والحدأة والغراب يجتمع فيه قياسان أحدهما: ظاهر جلي وهو قياسه على سؤر سباع البهائم كالأسد والفهد والنمر والذئب، لأن لعاب كل منها يتولد من اللحم النجس، ومقتضى هذا أن يكون سؤر سباع الطير نجساً كما هو الحكم في سؤر سباع البهائم.

والثاني: خفي وهو قياسه على سؤر الإنسان، لأن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر، ولا يتصل لعابها بالماء، ومقتضي هذا أن لا يتنجس الماء بشربها كما لا يتنجس بشرب الإنسان[٢].

وهذا التمثيل غير صحيح، لأن سباع الطير وإن كان لعابها لا يتصل بالماء كما قالوا إلا أن مناقيرها لا تخلو من النجاسة عادة، فلا يصح أن يقاس سؤرها على سؤر الإنسان لأنه يكون قياساً مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه، ومن ثم لا يكون في سؤر سباع الطير قياسان أحدهما جلي، والآخر خفي، بل هو قياس واحد فقط، وهو قياسه علي سؤر سباع البهائم، وقد ترك العمل بهذا القياس للضرورة والحاجة كما تقدم.

فالحق في هذه المسألة أن يجعل الاستحسان فيها من الاستحسان الثابت بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس

(١) يُراجع: الهداية شرح بداية المبتدي: ١٦٠/٣- بدائع الصنائع: ٢٦٠/٦- أصول الفقه للشيخ أبو زهرة: ص٢٤٨- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٥.

(٢) يُراجع: كشف الأسرار للبخاري: ٩/٤- شرح المنار لابن مالك: ٨١٦/٢- أصول السرخسي: ٢٠٤/٢- التقرير والتحبير: ٢٢٣/٣- شرح التلويح على التوضيح: ١٧٣/٢- أصول الفقه للشيخ أبو زهرة: ص٢٤٨.

المعروف في علم الأصول أو بمعنى القاعدة المقررة[1].

(١) يُراجع: أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص ١٥٤- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص ٧٦.

المبحث الثالث

□الفرق بين الاستحسان والقياس والمصالح المرسلة

سبق أن عرفت الاستحسان بأنه العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها على خلافه لوجه هو أقوى يقتضي العدول عن الأول[١].

كالعدول عن نص عام إلى نص خاص، أو قياس خفي لدقة علته وبُعدها عن الذهن، لأن في ذلك مراعاة المصلحة أو دفع المفسدة مثل إجارة عقد الاستصناع مع أن المعقود عليه معدوم حين انعقاد العقد.

وأما القياس: فقد عرفه الأصوليون بأنه إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت[٢].

وعرفوه أيضاً بانه: مساواة فرع الأصل في علة حكمة[٣].

كقياس النبيذ على الخمر في تحريم التناول لعلة الإسكار الموجودة في كل منهما، وقياس حرمة بيع الأموال الربوية التي لم يثبت فيها نص على الأموال التي نص على حرمة بيعها لعلة القدر والجنس في كل منهما.

وأما المصالح المرسلة: فهي الوصف الذي لم يشهد له الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين[٤]، أي ليس هناك نص ولا إجماع ولا قياس في المسألة المجتهد فيها.

---

(١) يُراجع: كشف الأسرار للبخاري: ٤/٤- شرح التلويح على التوضيح:١٧٢/٢- الإحكام للآمدي: ١٥٨/٤- المستصفى للغزالي: ١٧٢/١.
(٢) يُنظر: منهاج الوصول في علم الأصول مع نهاية السول للإسنوي: ٣/٣.
(٣) يُنظر: مختصر المنتهي لابن الحاجب بشرح العضد: ٢٠٤/٢.
(٤) يُراجع: المستصفي: ٢٤٨/١- شرح مختصر الروضة للطوفي: ٢٠٦/٣.

كجمع القرآن في عهد أبي بكر وعثمان ، وبناء المآذن والقباب للمساجد[١].

وبذلك يتبين أن القياس يجري في الوقائع التي لها نظير في الكتاب أو السنة أو الإجماع يمكن قياسها عليه بواسطة المعنى المناسب الذي لأجله شرع الحكم في المنصوص أو المجمع عليه.

وأن الاستحسان يجري في مسألة لها نظير، ولكنها استثنيت حكم عام أو قاعدة كلية كدليل يوجب ذلك.

أما المصالح المرسلة، فإنها تطبق في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه، وإنما يثبت الحكم فيها ابتداء.

ولتوضيح ذلك نقول: بأن حكم الاستحسان في مسألة هو ما كان مخالفاً لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد إما رعاية لمصلحة عامة كتضمين الأجراء العموميين ما في أيديهم من أموال، وإما رعاية لمصلحة جزئية.

وأما المصالح المرسلة: فلا يشترط فيها أن تكون مخالفة لقياس يعارضها، فقد يكون الحكم الثابت بها من الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد، كفرض الضرائب الإلزامية عند الحاجة، وتحديد عقوبات الجرائم منعاً لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام، وكإلزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم، ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفاً بصورة ثابتة مستقرة، فكل ذلك وأمثاله مما تتجدد فيه الحاجات ولا تحصى، ولا يوجد في الشريعة دلائل قياسية كانت تقتضي خلافه وإنما هو استصلاح محض[٢].

(١) يُنظر: الاستحسان عند الأصوليين لعبد اللطيف فرفور: ص٣٠.
(٢) يُنظر: أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان: ص١٥٦- الاستحسان عند الأصوليين لعبد اللطيف فرفور: ص٣١.

قال الإمام الشاطبي: " فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة"[١].

وقال القرافي[٢]: سؤال ما الفرق بين المصلحة المرسلة والاستحسان فقد جعلتموهما مدركين مع أنه لا معنى للاستحسان إلا مصلحة خاصة أو راجحة تقع في نفس الناظر.

جوابه: الاستحسان أخص، لأننا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح، ويرجع الاستحسان عليه، ولذلك قلنا: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد لوجه أقوى منه، والمصلحة المرسلة لا يشترط فيها معارض، بل يقع تسليمها عن المعارض[٣].

ويقول الدكتور الزرقا: "يتضح مما تقدم أن النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق، فالاستصلاح خولف فيه القياس، وليس كل ما بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يُعد استحسانا، لأن الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية"[٤].

(١) يُنظر: الاعتصام للشاطبي: ٤٧٤/٢.
(٢) القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية، ولد سنة ٦٢٦ه، كان بارعاً في الفقه والأصول، من مؤلفاته: (شرح تنقيح الفصول في أصول الفقه، شرح المحصول للرازي) وغير ذلك، توفي سنة ٦٨٤ه. يُنظر: الأعلام: ٩٤/١- الفتح المبين: ٨٩/٢- أصول الفقه تاريخه ورجاله: ص٢٨٩.
(٣) يُراجع: نفائس الأصول: ٢٠٢/٣- بحوث في الادلة المختلف فيها: ص١٢٠.
(٤) يُنظر: المدخل الفقهي العام للدكتور الزرقا: ص٨٠.

المبحث الرابع

حجية الاستحسان

المطلب الأول

تحرير محل النزاع بين العلماء

يمكن تحرير النزاع بين العلماء في حجية الاستحسان فيما يلي:

أولا: أنه لا خلاف بين العلماء في أن الاحتجاج بالاستحسان جائز عقلاً، إذ أنه لا يترتب على فرض الاحتجاج به محال لذاته ولا لغيره، وكل ما كان كذلك يكون جائزاً عقلاً، فيكون الاحتجاج به جائز عقلا.

قال الإمام الغزالي في المستصفى: " ولاشك في أنا نجوز ورود التعبد باتباعه عقلاً، بل لورود الشرع بأن ما سبق إلى أوهامكم أو استحسنتموه بعقولكم، أو سبق إلى أوهام العوام مثلاُ فهو حكم الله عليكم لجوزناه، ولكن وقوع التعبد لا يعرف من ضرورة العقل ونظره بل من السمع، ولم يرد فيه سمع متواتر، ولا نقل آحاد، ولو ورد لكان لا يثبت بخبر الواحد، فإن جعل الاستحسان مدركاً من مدراك أحكام الله تعالى ينزل منزلة الكتاب والسنة والاجماع، وأصلاً من الأصول لا يثبت بخبر الواحد، ومهما انتفي الدليل وجب النفي"[(١)].

ثانيا: لا خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان لوروده في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين.

- أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ

(١) يُراجع: المستصفى للغزالي: ٢٧٤/١-٢٧٥، التلخيص لإمام الحرمين: ٣١٤/٣، الاعتصام للشاطبي: ٤٨١/٢.

فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾[٣].

- أما السنة: فما روي أن النبي (ﷺ) قال: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[٤].

وأما أقوال الأئمة المجتهدين: فمنها ما نقل عن الإمام مالك رحمه الله أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان"[٥].

- وما نقل عن الإمام الشافعي أنه قال: "أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام".

- وما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير الماء المستعمل، ومدة اللبث فيه، وتقدير الأجرة، واستحسان شرب الماء من أيدي السقاة من غير تقدير الماء وعوضه[٦].

ثالثا: أنه لا خلاف بين العلماء في أن الاستحسان بمعناه اللغوي وهو استفعال من الحسن ويطلق على ما يميل إليه الإنسان، ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره ليس بحجة شرعية، وذلك لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين على امتناع حكم المجتهد في شرع الله تعالى بشهواته وهواه من غير دليل شرعي، وأنه لا

(١) سورة الزمر: من الآية (١٧-١٨).
(٢) سورة الأعراف: من الآية (١٤٥).
(٣) سورة الزمر: من الآية (٥٥).
(٤) الحديث سبق تخريجه في البحث.
(٥) يُراجع: الموافقات للشاطبي: ١٧١/٤- الإحكام لابن حزم: ١٩٥/٢.
(٦) يُنظر: المجموع للنووي: ٣٩١/١٦- مختصر المازني: ٢٨٣/٨- الأم: ٢٣١/٣، ٣٦٢/٧- الإحكام للآمدي: ١٥٦/٤، ١٥٧- نهاية السول: ١٩٠/٣- المحصول للرازي: ٥٦١/٢- شرح التلويح على التوضيح: ١٧١/٢.

فرق في ذلك بين المجتهد العامي، وإنما محل الخلاف فيما وراء ذلك[١].

رابعا: أنه لا خلاف بين العلماء في الاحتجاج بالاستحسان الثابت بالنص أو الاجتماع أو الضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق، وإن كان البعض لا يسميه استحساناً، وإنما يسميه تخصيصا، أو ترجيحاً بين الأدلة، فيكون الخلاف معه آيلاً إلى اللفظ.

- قال الشيخ عبد العزيز البخاري في كشف الأسرار: "واعلم أيضاً أن المخالفين لم ينكروا على أبي حنيفة -رحمه الله- الاستحسان بالأثر، والاجتماع، أو الضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق، وإنما أنكر عليه الاستحسان بالرأي فإنه ترك القياس بالتشهي على زعم"[٢].

- وقال إمام الحرمين[٣]في التلخيص: " فإذا أحطت علماً بما قلناه، فوجه الكلام في ذلك أن نقول: "من زعم منهم أنا نحيد من دليل إلى دليل هو أقوى منه، وهو مما يظهر ويعترض عليه، ويجاب عن الاعتراضات فيه، فلا خلاف مع هؤلاء في هذه المسألة، وإنما الكلام في ترجيح الأدلة وإفسادها على ما سبق في مراتب الأدلة"[٤].

خامسا: مما تقدم يظهر أنه لا خلاف بين العلماء إلا في معنى الاستحسان وحقيقته، وما يؤدي إليه، أهو قول في الدين بمجرد الهوى والتشهي من غير استناد إلى دليل، أم أنه شيء آخر لم تتضح معالمه؟، فانحصر محل النزاع بين العلماء إذا

(١) يُراجع: نهاية السول للإسنوي: ١٩٠/٣- الإحكام للآمدي: ١٥٧/٤.
(٢) يُنظر: كشف الأسرار للبخاري: ٥/٤.
(٣) إمام الحرمين: هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي، ولد في جوين من نواحي نيسابور ورحل إلى بغداد فمكة وذهب إلى المدينة، فأفتى ودرس جامعاً طرق المذاهب، ومن مؤلفاته (البرهان في أصول الفقه، والنهاية في الفقه، والشامل في أصول الدين) وغيرها، توفي سنة ٤٧٨ه. يُنظر: شذرات الذهب: ٣٥٨/٣- الأعلام: ١٦٠/٤- طبقات الشافعية: ١٦/٥
(٤) يراجع: التلخيص في أصول الفقه: ٣١٣/٣.

في معنى الاستحسان وحقيقته.

– فالذين أنكروا الاستحسان ظنوه قولاً في الدين بمجرد الهوى والشهوة من غير استناد إلى دليل، فلذلك أنكروه وبالغوا في إنكاره.

والذين قالوا به عرفوه بما سبق ذكره في مبحث تعريف الاستحسان، وقد تبين من خلال ما قالوه في تفسيره أنه في حقيقته راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وليس قولاً في الدين بمجرد الهوى والشهوة كما زُعِمَ، فالفريقان لم يلتقيا على محز واحد[1]. والله أعلم .

(١) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٧/٤- بحث في الاستحسان للدكتور/ عبد السلام عفيفي: ص١١٣.

المطلب الثاني
مذاهب العلماء في حجية الاستحسان

اختلف الأصوليون في الاستحسان من حيث كونه يصلح دليلاً شرعياً يُستدل به على إثبات الأحكام الشرعية وعدم صلاحيته لذلك على مذهبين:

- المذهب الأول: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الاستحسان حجة شرعية يستدل به على إثبات الأحكام الشرعية[(١)].

- المذهب الثاني: ذهب الشافعية والظاهرية والشيعة إلى أن الاستحسان ليس بحجة شرعية ولا يستدل به على إثبات الأحكام الشرعية، بل لقد قال الإمام الشافعي: " من استحسن فقد شرع"، وهو يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه، لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع، وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة[(٢)].

وهذه طائفة من أقوال العلماء تؤيد هذين المذهبين:

- قال صدر الشريعة[(٣)]: "وهو حجة عندنا، لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً ضمير وهو راجع إلى الاستحسان، قد أنكر بعض الناس العمل بالاستحسان

---

(١) يُراجع في ذلك: التوضيح مع شرح التلويح: ١٧١/٢- روضة الناظر: ٥٣٢/٢- المستصفى للغزالي: ٢٧٤/١- الإحكام للآمدي: ١٥٦/٤- المحصول: ٥٢٩/٢- التقرير والتحبير: ٢٢٢/٣- مختصر المنتهي مع شرح العضد: ٢٨٨/٢- الإحكام لابن حزم: ١٩٥/٢- الاعتصام للشاطبي: ٤٧١/٢- الموافقات: ١٦٩/٤.

(٢) يُنظر: المراجع السابقة.

(٣) صدر الشريعة: هو عبدالله بن مسعود بن تاج الدين الملقب بصدر الشريعة الأصغر، الإمام الحنفي الأصولي سليل بيت أهل العلم، كان حافظاً بقوانين الشريعة، محيطاً بمشكلات الفروع والأصول ، من مؤلفاته (شرح كتاب الوقاية الذي ألفه جده ثم اختصره وسماه النقاية) له في الأصول متن التنقيح وعليه شرح يسمى التوضيح، توفي رحمه الله تعالى سنة ٧٤٧ه. يُنظر: الفوائد البهية: ص١٠٩- الفتح المبين: ١٦١/٢- أصول الفقه تاريخه ورجاله: ص٣٦٥.

جهلاً منهم، فإن أنكروا هذه التسمية فلا مشاحة في الاصطلاحات، وإن أنكروه من حيث المعنى فباطل أيضاً، لأنا نعني به دليل من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى من القياس"[١].

- وقال الشاطبي: "إن الاستحسان يراه معتبراً في الأحكام مالك وأبو حنيفة بخلاف الشافعي فإنه منكر له جداً حتى قال: "من استحسن فقد شرع"[٢].

- وقال الغزالي:" وقد قال به أبو حنيفة، وقال الشافعي: "من استحسن فقد شرع"[٣].

- وقال ابن الحاجب[٤]: " قال الحنفية والحنابلة بكونه دليلاً، وأنكر غيرهم حتى قال الشافعي:" من استحسن فقد شرع"، يعني من أثبت حكماً بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لأنه لم يأخذ من الشارع وهو كفر أو كبيرة[٥].

- وقال الآمدي: "وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وأنكره الباقون حتى نقل عن الشافعي أنه قال: "من استحسن فقد شرع"[٦].

(١) يُراجع: التوضيح شرح التنقيح مع شرح التلويح: ١٧١/٢.
(٢) يُنظر: الاعتصام للشاطبي: ٤٧١/٢.
(٣) يُراجع: المستصفى للغزالي: ٢٧٤/٢.
(٤) ابن الحاجب: هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، يلقب بجمال الدين، ويكنى بأبي عمرو وشهرته ابن الحاجب، فقيه مالكي من كبار العلماء بالعربية، ولد بإسنا من صعيد مصر ٥٧٠ه، ثم انتقل به والده إلى القاهرة فاشتغل بالقرآن، ثم الفقه على مذهب الإمام مالك ثم العربية، ثم القراءات، من مؤلفاته (الكافية في النحو، والشافية في الصرف، مختصر منتهي السول والأمل)، توفي سنة ٦٤٦ه. يُراجع: الأعلام: ٢١١/٤- البداية والنهاية: ١٥٥/١٣.
(٥) يراجع: مختصر المنتهى مع شرح العضد: ٢٨٨/٢.
(٦) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٦/٤.

- وقال ابن حزم[١]: " قال المالكيون بالاستحسان في كثير من مسائلهم، وأما الحنفيون فأكثروا فيه جدا، وأنكره الشافعيون"[٢].

- وقال الإسنوي: "وقد قال به أبو حنيفة وكذا الحنابلة كما قاله الآمدي وابن الحاجب، وأنكره الجمهور لظنهم أنهم يريدون به الحكم بغير دليل، حتى قال الشافعي: "من استحسن فقد شرع" أي ضع شرعاً جديدا[٣].

وقال ابن قدامة[٤]: " القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله، وهو أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه، وهذا مما لا ينكر ... وقد حكى عن أبي حنيفة أنه قال هو حجة، ... قال الشافعي رحمه الله: "من استحسن فقد شرع"[٥].

(١) ابن حزم: هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة، وكان له ولأبيه من قبله رياسة الوزراء وتدبير المملكة، من مؤلفاته (الفصل في الملل والأهواء والنحل، والمحلي في ١١ جزء، والناسخ والمنسوخ) توفي سنة ٤٥٦ه: يُراجع: الأعلام: ٢٥٤/٤- شذرات الذهب: ٢٩٩/٣.

(٢) يُنظر: الإحكام لابن حزم: ١٩٥/٢.

(٣) يراجع: نهاية السول للإسنوي: ١٨٩/٣.

(٤) ابن قدامة: هو عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي أبو محمد موفق الدين، ولد بجماعيل سنة ٥٤١ه، هاجر مع أخيه أبو عمر سنة ٥٥١ه ثم ارتحل إلى بغداد، وأخذ عن الشيخ عبد القادر، من مؤلفاته: (المغني شرح به مختصر الخرقي، روضة الناظر في الأصول والمقنع)، وغير ذلك توفي سنة ٦٢٠ه، يُنظر: الأعلام: ٦٧/٤، شذرات الذهب: ٨٨/٥.

(٥) ينظر: روضة الناظر لابن قدامة: ٥٣١/٢-٥٣٣.

المطلب الثالث

أدلة المذاهب ومناقشتها، وبيان المذهب الراجح

أولا: أدلة المذاهب ومناقشتها.

أدلة المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بحجية الاستحسان بالكتاب، والسنة، والاجتماع.

الدليل من الكتاب:

١) استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾[١].

وجه الاستدلال من الآية:

إن الآية الكريمة وردت في معرض الثناء والمدح لمن اتبع أحسن الأقوال المستمع إليها، والاستحسان داخل فيها، فيكون الاستحسان مما امتدح اتباعه فيكون حجة بذلك[٢].

ويقول السرخسي: والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن[٣].

وجاء في جامع البيان: "فيتبعون أحسنه" أي أحسن ما يؤمرون به فيعملون به"[٤].

به"[٤].

- وأجاب الآمدي عن هذا الدليل بأنه في غير محل النزاع، لأن محل النزاع

(١) سورة الزمر: من الآية (١٧-١٨).
(٢) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٦/٤ – روضة الناظر: ٥٣٢/٢- شرح التلويح على التوضيح: ١٧١/٢- المستصفى: ٢٧٦/١- المحصول: ٥٦١/٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦١.
(٣) يُنظر: المبسوط للسرخسي: ١٤٥/١٠.
(٤) يُنظر: جامع البيان في تأويل القرآن: ٢٧٤/٢ طبعة مؤسسة الرسالة.

إنما هو في وجوب اتباع أحسن القول، والآية لا دلالة فيها على الوجوب[١].

- وأجاب الباجي[٢]: " بأن أحسنه هو الذي يكون معه دليل"

وأجاب أيضا: "بأنه لو كانت الآية محمولة على عمومها لوجب أن يكون استحساننا لتحريم القول بالهوى والشهوة عليكم حسناً ولوجب اتباعه، وهذا يبطل تعلقكم به[٣].

- وأجاب ابن حزم عن هذا الدليل: "بأن هذه الآية عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال عز وجل: "فيتبعون أحسنه" وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام الرسول (ﷺ)، وهذا هو الاجماع المتيقن من كل مسلم، ومن قال غير هذا فليس مسلما، وهو الذي بينه الله عز وجل إذ يقول: ﴿ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾[٤]، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون"[٥].

وأجاب الغزالي: " بأن اتباع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة فبينوا أن هذا مما أنزل إلينا فضلاً عن أن يكون من أحسنه".

٢) وقال تعالى: ﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾[٦].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

---

(١) يُراجع الإحكام للآمدي بتصرف: ١٥٩/٤.

(٢) الباجي: هو سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي المالكي الباجي، ولد في بيطليوس (مدينة كبيرة في الأندلس) سنة ٤٠٣ه ثم رحل إلى باجة وأقام بها، وتتلمذ على كبار علماء الأندلس، وولي القضاء، وكان نظاراً قوي الحجة، من مؤلفاته: (إحكام الفصول في أحكام الأصول- وكتاب المنتقي في شرح الموطأ- وكتاب الحدود) وغيرها، توفي سنة ٤٧٤ه. يُنظر: الفتح المبين: ٢٦٥/١-٢٦٧- أصول الفقه تاريخ ورجاله: ص١٧٣،

(٣) يُراجع: إحكام الفصول: ٦٩٥/٢.

(٤) سورة النساء: من الآية (٥٩).

(٥) يُراجع: الإحكام لابن حزم: ١٩٦/٢- يُنظر: المستصفى: ٢٧٧/١.

(٦) سورة الزمر: من الآية (٥٥).

- إن الله عز وجل أمر في الآية باتباع أحسن ما أنزل، والأمر للوجوب فيكون اتباع أحسن ما أنزل واجباً، وهو يدل على ترك بعض، واتباع بعض بمجرد كونه أحسن، وهذا هو معنى الاستحسان إذ هو اتباع الأحسن وترك ما عداه(١).

- جاء في جامع البيان: " معناه واتبعوا أيها الناس ما أمركم به ربكم في تنزيله، واجتنبوا ما نهاكم فيه عنه، وذلك هو أحسن ما أنزل إلينا من ربنا"(٢).

وأجيب عن هذا الدليل:

- بأن المراد بالأحسن في الآية هو الأظهر والأولى، وعند التعارض يكون الأحسن هو الراجح بدلالته، وعند التساوي يكون الأحسن هو الراجح بحكمه(٣).

- وأجاب الآمدي: "إن الآية لا دلالة فيها على أن ما صاروا إليه من الأمر بالاستحسان دليل منزل فضلاً عن كونه أحسن ما أنزل"(٤).

- وأجاب الغزالي: "بأنه لو كان الاستحسان حجة كما تقولون فنحن نستحسن إبطال الاستحسان"، وأن لا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم".

وأجاب الغزالي أيضا: " بأن يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العاصي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ، فإن خصوه بأهل النظر، فإننا نخصه بما صدر من أدلة الشرع إذ لا وجه لاعتبار أهلية النظر مع الاستغناء عن النظر نفسه"(٥).

---

(١) يُراجع: مختصر المنتهي مع شرح العضد: ٢٨٩/٢- الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤- روضة الناظر: ٥٣٢/٢- الاستحسان للباحسين: ص١٤٤.
(٢) يُراجع: جامع البيان: ٣٢١/٢١.
(٣) يُنظر: مختصر المنتهى مع شرح العضد بتصرف: ٢٨٩/٢.
(٤) يراجع: الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤.
(٥) يُنظر: المستصفى للغزالي: ٢٧٧/١- الاستحسان للباحسين: ص١٤٦.

الدليل من السنة:

- استدلوا بما رواه عبد الله بن مسعود[١]، عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

- إن النبي (ﷺ) أراد بقوله: "ما رآه المسلمون حسناً" أي ما رأوه بعقولهم، وإلا لو كان حسنه بالدليل الشرعي لم يكن من حسن ما يرون، إذ لا مجال للعقول في التشريع على ما زعمتم فلم يكن للحديث فائدة، فدل على أن المراد ما رأوه برأيهم وهذا هو الاستحسان[٣].

- وقال العضد: " إن هذا الحديث دل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله"[٤].

وأجيب عن هذا الدليل بما يلي:

- قال ابن حزم: إن هذا الحديث ليس بمسند إلى رسول الله (ﷺ)، وأنه لا يوجد في مسند صحيح وإنما هو موقوف على ابن مسعود، فلا يصح الاحتجاج به[٥].

- وقال الغزالي: إن هذا الحديث لا حجة فيه من أوجه:

الأول: إنه خبر واحد، وخبر الواحد لا تثبت به الأصول.

---

(١) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهزلي صحابي من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً وقربا من رسول الله (ﷺ)، وهو أحد القراء الأربعة، ومن السابقين في الإسلام، هاجر الهجرتين، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة، روى ٤٤٨ حديثاً، توفي سنة ٣٣ه. يُنظر: شذرات الذهب: ٣٨/١- الأعلام: ١٣٧/٤- أسد الغابة: ٣٧٩/٣.

(٢) الحديث: سبق تخريجه في البحث.

(٣) يُنظر: الاعتصام للشاطبي: ٤٧٠/٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦١.

(٤) يُنظر: شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٩/٢- الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤.

(٥) يُنظر: الإحكام لابن حزم: ١٩٧/٢.

الثاني: إن لفظ المسلمون الوارد في النص هو من صيغ العموم فيكون معناه ما رآه جميع المسلمون حسناً لا ما رآه آحادهم، وجميع المسلمون يدخل ضمنهم أهل الحل والعقد الذين ينعقد بهم الإجماع، وما أجمعوا عليه فهو صحيح وحجة، لأن الأمة لا تجتمع على حسن شيء إلا عن دليل، فيكون الحديث دليل على حجية الإجماع، وليس دليلاً على حجية الاستحسان لأنه إن كان ما رآه جميع أهل الحل والعقد فهو إجماع، وهذا ليس محلاً للنزاع.

وإن أراد بلفظ: "ما رآه المسلمون" آحاد المسلمون دخل فيه استحسان العوام، فإن فرقوا بأنهم ليسوا أهلاً للنظر، قلنا: إن كان لا ينظر في الأدلة فأي فائدة لأهلية النظر[1].

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأني استحسنته، ولو قال ذلك لشددوا الإنكار عليه، وقالوا من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً وتكون شارعاً لنا، وما قاله معاذ[2]، حين بعثه إلى اليمن إني أستسحن بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد فقط[3].

(١) يُراجع: المستصفى للغزال: ٢٧٨/٢، الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤- إحكام الفصول للباجي: ٦٩٥/٢- الاعتصام للشاطبي: ٤٨٣/٢- الإحكام لابن حزم: ١٩٧/٢- شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٩/٢.

(٢) معاذ: هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي شهد بيعة العقبة والمشاهد كلها مع رسول الله (ﷺ) وكان اعلم الأمة بالحلال والحرام، بعثه النبي (ﷺ) إلى اليمن قاضياً ومرشداً، توفي سنة ١٨ه.
يُراجع: الأعلام: ٢٥٨/٧- تذكرة الحفاظ: ١٩/١- البداية والنهاية: ١٢٦/٧- تهذيب التهذيب: ١٨٦/١٠.

(٣) يُراجع: المستصفى للغزالي: ٢٧٨/١- الاعتصام للشاطبي: ٤٨١/٢.

الدليل من الاجماع:

- أجمعت الأمة على الأخذ بالاستحسان في بعض الأحكام.

ومثاله: استحسانهم دخول الحمام، وشرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير لزمان السكون وتقدير الماء والأجرة، لأن التقدير في مثل هذا قبيح في العادات، فاستحسنوا ترك المضايقة فيه(١).

وأجيب عن هذا الدليل:

- لا نسلم لكم أن الدليل على صحة هذه الأشياء هو الاستحسان، بل الدليل على صحتها هو جريان ذلك في عهد الرسول (ﷺ) مع علمه بها وتقريرهم عليها، أو أنها ثابتة بأي دليل آخر غير الاستحسان(٢).

- وأجيب أيضاً عن هذا الدليل: بأن شرب الماء بتسليم السقاء مباح، وإذا أتلف ماء فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على 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 الاباحة بالمعاطاة والقرينة وهو ترك المماسكة في العوض، وهذا مدلول عليه من الشرع، وكذلك دخول الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي ثم يبذله إن ارتضى به الحمامي واكتفي به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بالمزيد إن شاء فليس هذا أمراً مبدعاً ولكنه منقاس والقياس حجة(٣).

أدلة المذهب الثاني:

- استدل أصحاب المذهب الثاني المنكرون للاستحسان والقائلين بعدم حجيته بما يلي:

---

(١) يُراجع: الإحكام للآمدي: ١٥٩/٤- المستصفى للغزالي: ٢٧٩/١.
(٢) يُنظر: المراجع السابقة.
(٣) يُنظر: المستصفى: ٢٨٠/١.

أدلة الإمام الشافعي:

١) إن الله تعالى لم يترك الإنسان سُدى بل بين له شرعه بالكتاب والسنة والقياس عليهما، واتباع جماعة المسلمين، فاستنباط الأحكام الشرعية بطريق غير هذه الطرق إنما هو اجتهاد باطل والاستحسان كذلك، لأنه ليس على مثال سابق، بل هو حكم بالهوى والتشهي، والله تعالى يقول: ﴿ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾[١]، فيكون الاستحسان باطلاً ولا يحتج به[٢].

٢) ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تأمرنا بطاعة الله وطاعة رسوله وتأمرنا عند التنازع برد المتنازع فيه إلى كتاب الله حيث يقول تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿ مَّن يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ﴾[٤]، وقال تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا ﴾[٥]، وقال تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾[٦].

والاستحسان ليس كتاباً ولا سنة ولا رداً للكتاب والسنة، وإنما هو أمر غير ذلك، وإن كان الأمر كذلك فهو يزيد عليهما، والتزيد عليهما لا يقبل إلا بدليل منهما يدل على قبوله، ولا دليل يدل على ذلك، فيكون القول بالاستحسان قولاً من غير دليل فيكون باطلاً[٧].

---

(١) سورة المائدة: من الآية (٤٨) ومن الآية (٤٩).
(٢) يُراجع: الاستحسان للباحسين: ص١٣٣- الاستحسان لفرفور: ص٥١- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٢.
(٣) سورة النساء: من الآية (٥٩).
(٤) سورة النساء: من الآية (٨٠).
(٥) سورة الحشر: من الآية (٧).
(٦) سورة النساء: من الآية (٥٩).
(٧) يُنظر: الاستحسان لفرفور: ص٥١- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٢.

٣) لا يجوز للحاكم أن يحكم إلا بالخبر سواء كان من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس عليهما، والحكم بالاستحسان ليس حكماً بالخبر أو الإجماع ولا قياساً عليهما فيكون الحكم باطلاً فلا يصح أن يكون حجة.

– قال الشافعي في الرسالة: " إن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله، وقال: أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك لأنه إذا أمر النبي (ﷺ) بالاجتهاد فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس، وقال: لم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والاجتماع والآثار، وما وضعت من القياس عليها"[(١)].

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 سنة نبيه (ﷺ) فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة[(٢)].

٤) لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبر لجاز لغيره من العوام أن يقولوا ذلك أيضا، وهذا لا يجوز باتفاق فكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله[(٣)].

– قال الشافعي: " فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس، فقلت: لا يجوز هذا عندي –والله أعلم– لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليسه فيه الخبر بالقياس على الخبر، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما

(١) يراجع: الرسالة: ص٥٠٥.
(٢) يُنظر: الأم للشافعي: ٣١٣/٧.
(٣) يُنظر: الاستحسان لفرفور، ص٥٣ – بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٣

يحضرهم من الاستحسان، ثم قال: ولو قال بلا خبر لازم وقياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم، وكان القول لغير أهل العلم جائز"[١].

٥) إن القول بالاستحسان يؤدي إلى أن تكون في المسألة الواحدة أحكام مختلفة على حسب استحسان كل مفتي أو حاكم، لأن الاستحسان ليس له ضابط ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل كالقياس، فمن أجاز لنفسه أن يستحسن فإنه يجوز لغيره أن يستحسن كذلك فيقال في الشيء الواحد بضروب مختلفة من الحكم والفتيا[٢].

قال الشافعي في الأم: " أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نصٌ خبر ولا قياس، وقال أستحسن فلابد أن يزعم أنه جائز لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا[٣].

٦) إن النبي (ﷺ) وهو الذي لا ينطق عن الهوى ما كان يفتي في أمور الشريعة باستحسانه، بل كان ينتظر الوحي، فقد سئل (ﷺ) عن الرجل يقول لامرأته أنت عليَّ كظهر[٤] أمي، فلم يفت باستحسانه، بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار[٥] وكفارته، وسئل عمن يجد مع امراته رجلاً ويتهمها فلم يجب بل انتظر حتى نزلت

---

(١) يُنظر: الرسالة: ص٥٠٣.
(٢) يُراجع: حجية الاستحسان: ص٧٨- الاستحسان للباحسين: ص١٣٣- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٣.
(٣) ينظر: الأم للشافعي: ٣١٦/٧.
(٤) الظهار: هو تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلاله. يُنظر: مغني المحتاج: ٤٤٨/٣.
(٥) آية الظهار قوله تعالى: **(الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ۖ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ ۚ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّـهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ)** الآية(٢) من سورة الحشر.

آية اللعان[1]، ولو جاز لأحد أن يفتي باستحسانه لجاز ذلك لرسول الله (ﷺ) من باب أولى، ولكنه لم يفعل بل كان ينتظر نزول الوحي بالأحكام، فامتناعه (ﷺ) عن الاستحسان يوجب علينا أن نمتنع عن الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله أسوة حسنة لقوله تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّـهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّـهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّـهَ كَثِيرًا ﴾[2].

ويمكن الجواب عن استدلالات الشافعي بما يلي:

١) إن إنكار الإمام الشافعي للاستحسان إنما هو إنكار الاستحسان المبني على الهوى والتشهي وينسبه إلى التلذذ وهذا النوع لم يقل به أحدٌ، أمّا الاستحسان المبني على الضوابط والقواعد والذي أخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة، فالظاهر أن الإمام الشافعي لا ينكره بل أخذ به، ولا يعقل أن من يستحسن لا يقول بالاستحسان.

فقد نقل عن الشافعي أنه قال: (أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة"[3].

٢) إن القول بإبطال الاستحسان لأنه يؤدي إلى تباين الأحكام في المسألة الواحدة أمر غريب من الشافعي لأنه لو أبطل ما يؤدي إلى ذلك لانسد باب الاجتهاد مطلقاً مهما كانت مصادره، لأن الاختلاف واقع بين المجتهدين في الاستنباط من

---

(١) اللعان: كلمات معلومة جُعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد. مغني المحتاج: ٤٦٧/٣. وآية اللعان هي قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّـهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّـهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّـهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّـهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩)) سورة النور/٦،٧،٨،٩.

(٢) سورة الأحزاب: الآية (٢١). يُراجع: الاستحسان لفرفور: ص٥٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٤- الاستحسان للباحسين: ص١٣٣.

(٣) يُراجع: شرح المحلي على جمع الجوامع: ٢٨٨/٢- الإحكام للآمدي: ١٥٧/٤- الاستحسان للباحسين: ص١٣٧- الاستحسان لفرفور: ص٥٧.

المصادر كافة، ولا وجه لتخصيص ذلك بالاستحسان، وإنا لنجد الشافعي نفسه قد قال في بيان اختلاف القائلين أن المسألة قد تحتمل أن تقاس فيوجد لها في الأصلين شبه فيذهب ذاهب إلى أصل والآخر إلى أصل غيره فيختلفان، فليس قول أهل العراق بالاستحسان إلا ذهاباً بالمسألة إلى أصل آخر خاص أو عام(١).

٣) وأجاب الشيخ أبو زهرة على قول الشافعي: " إذا جاز للعلماء أن يستحسنوا جاز لغيرهم لعدم احتياج الكل إلى النصوص" فقال: إن هذا الرد لا يستقم في هذا المقام، لأن الاستحسان لم يحكم به أحد في مورد النص، فكان لا يجوز إلا من العالم بالكتاب والسنة لكيلا يستحسن في موضع قد نص عليه فيهما، فكان بين العالم والجاهل فرق مؤثر في الاستحسان، وبذلك لا يستقيم ذلك الدليل"(٢).

٤) إن الخوف من وقوع الخلاف بين العلماء إذا أجيز العمل بالاستحسان، لا يصح رد الاستحسان به، لأن للخصم أن يقول القياس مؤد إلى الاختلاف، بل في نصوص القرآن والسنة النبوية ما يمكن أن يقع الاختلاف في فهمهما وليس مختلفة بحسب الأصل، فهل هذا التخوف يؤدي إلى إبطال كل ما كان سبباً في وقوع الاختلاف(٣).

٥) لا نسلم أن النبي (ﷺ) كان دائماً يتوقف في كل أمر ليس فيه نص، بل اجتهد (ﷺ) في أسرى بدر وفي إذنه للمنافقين في غزوة تبوك، وفي الظهار، وفي مسائل أخرى، وكونه توقف في بعض القضايا فهذا صحيح، لكنه لا يعني أنه هو الأمر الوحيد في مثل هذا الشأن، بل كان (ﷺ) يجتهد والوحي ينزل مؤيداً، أو مصوباً، أو يرده إلى الأولى، وكان يتوقف حتى يأتيه الوحي كما ذكر الشافعي(٤).

- وبعد هذا العرض لأدلة الإمام الشافعي والإجابة عليها أجدني أتفق مع

(١) يُنظر: الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص١٣٨.
(٢) يُراجع: الشافعي لأبي زهرة: ص٣٠٥- حجية الاستحسان لعمر عبد الرحمن: ص٨٠.
(٣) يُراجع: حجية الاستحسان لعمر عبد الرحمن: ص٨١.
(٤) يُنظر: المرجع السابق.

الإمام الشافعي في رد الاستحسان إذا كان قولاً بالهوى والتشهي وتركاً للنصوص، أما الاستحسان ا لمبني على القواعد والضوابط وما كان عن دليل يستند إليه فإن الشافعي فقد قال به وعمل به كما سبق أن ذكرنا من الأمثلة، على ذلك وهذا النوع أتفق معه في العمل به.

أدلة الظاهرية على نفي الاستحسان:

- إن ابن حزم[1]: عقد في كتابه الإحكام بابا خاصا لإبطال الاستحسان والاستنباط في الرأي، وقد عرف الاستحسان بأنه الحكم بما رآه الحاكم أصلح في العاقبة وفي الحال، وبدأ بتعقب الأدلة التي استدل بها القائلون بحجية الاستحسان من القرآن والسنة، وقد أبطل هذه الأدلة ورد عليها بردود ذكرناها في موضعها.

وقد ذكر في هذا الباب أدلة عقلية على رفض الاستحسان أذكرها فيما يلي:

- جاء في الإحكام: " ومن المحال أن الحق فيما استحسنا دون برهان، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا مالا نطيق، ولبطلت الحقائق، ولتضادت الدلائل، وتعارضت البراهين، ولكان الله تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي قد نهانا عنه، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلاً أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد على اختلاف هممهم وطبائعهم وأغراضهم، فطائفة طبعها الشدة، وطائفة طبعها اللين، وطائفة طبعها التصميم، وطائفة طبعها الاحتياط، ولا سبل إلى الاتفاق على استحسان شيء واحد مع هذه الدواعي والخواطر المهيجة واختلافها واختلاف نتائجها وموجباتها، ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استقبحه المالكيين، ونجد المالكيين قد استحسنوا قولاً قد استقبحه الحنفيون، فبطل أن يكون الحق في دين الله عز وجل

(١) ابن حزم: هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة، وكان له ولأبيه من قبله رياسة الوزراء وتدبير المملكة، من مؤلفاته (الفصل في الملل والأهواء والنحل، والمحلي في ١١ جزء، والناسخ والمنسوخ) توفي سنة ٤٥٦هـ: يُراجع: الأعلام: ٢٥٤/٤- شذرات الذهب: ٢٩٩/٣.

مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما كان يكون هذا –وأعوذ بالله– لو كان الدين ناقصاً، فأما وهو تام لا مزيد فيه مبين كله منصوص عليه أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحسن شيئاً منه أو من غيره، وإلا لمن استقبح أيضاً شيئاً منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال"[(١)].

– ومن الأدلة أيضاً على إبطال الاستحسان ما جاء في كتاب ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد لابن حزم.

قال: " يكفيهم إقرارهم أن القياس حق، ثم يتركونه للاستحسان، وما استحسان فقيه بأولى بالاتباع من استحسان آخر غيره، لو صار الدين إلى هذا، كان لكل أحد أن يشرع باستحسان ما شاء.

فإن قالوا: إنكم تتركون آية لآية، وحديثاً لحديث قلنا نعم، لأن النصوص فيها النسخ، ولا يدخل النسخ في القياس.

فإن أوردوا: " ما رآه المسلمون حسنا ... "[(٢)]، فهذا موقوف، ولو صح لما كان لهم فيه متعلق، لأن ما رآه المسلمون حسنً هو الإجماع، ولم يقل ما رآه بعض المسلمين.

واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾[(٣)]، فبطل بهذا كل اختيار وكل استحسان، وقال تعالى: ﴿ وَعَسَىٰ أَن تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ ﴾[(٤)]، وقال عليه السلام: (حفت الجنة

(١) يُنظر: الإحكام لابن حزم: ١٩٨،١٩٩/٢.
(٢) الحديث سبق تخريجه
(٣) سورة الأحزاب: الآية (٣٦).
(٤) سورة البقرة: من الآية (٢١٦).

بالمكاره)[1].

وأيضا: "فأصحاب القياس مختلفون في الاستحسان، فالشافعي، والطحاوي من الحنفية ينكرونه جملة"[2].

وقال: ابن حزم رداً على من قال: "الاستحسان هو أدق القياسين".

– هذا القول يبطله كل ما نورده إن شاء الله في باب إبطال القياس، ثم قال: إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده ويبطله فقد صح بطلان دلالة القياس بإقراركم، وصح بالبرهان الضروري إبطال القياس كله جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضاد ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهان برهاناً أبداً، لأن معنى المضاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشيء إذا أبطله الحق فقد بطل، والباطل لا يكون حقاً في حالة كونه باطلاً، وإذا أبطل بعض الشيء بعضاً فواجب أن يكون كله باطلاً لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضا، فإذا شهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر، فنوع القياس كله متفاسد مبطل بعضه بعضا، فهو كله باطل"[3]، وكأن ابن حزم يشعر بأن هناك رداً قوياً على ذلك بأن ظاهر النصوص قد تتعارض ولا يبطل بعضها بعضا، فقال إن القياس ليس فيه ناسخ لا منسوخ، والنصوص فيها ذلك[4].

مناقشة أدلة ابن حزم في إبطال القياس:

١) ما اعترض به على ما استدل به القائلون بحجية الاستحسان من الآية والحديث نعترف به ونؤيده.

(١) الحديث رواه الإمام مسلم في كتاب الجنة، وأحمد في مسنده. يُنظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٣/١٧ رقم ٢٨٢٢- مسند أحمد ٤٩٧/١٢ رقم ٧٥٢٩.
(٢) يُراجع: ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد لابن حزم: ص٧٥-٧٦.
(٣) يُراجع: الاحكام لابن حزم: ١٩٨/٢، ١٩٩.
(٤) يُنظر: حجية الاستحسان لعمر عبد الرحمن: ص٨٣.

٢) يظهر من تعريف ابن حزم للاستحسان أن الاستحسان عنده قول بلا برهان وهذا النوع لا يخالف أحد في رده.

لكن ما عبر عنه من أخذ بالاستحسان هو قول بدليل سواء كان هذا الدليل قياساً آخر أو مصلحة راجحة أو اعتباراً عقلياً يعود لحفظ مصلحة شرعية وهذا لا شيء فيه بل هو حجة[١].

٣) أما قوله بأن الاستحسان مؤد إلى الاختلاف، فقد سبق رد هذا القول عند الرد على الشافعي فلا داعي للتكرار.

٤) وأما ما أورده أن هذا يعني تعارض الأقيسة فيبطل كل قياس وبالتالي يبطل الاستحسان، فهذا من مبالغات ابن حزم فتعارض دليلين لا يعني أنهما متضادين أي ينطبق عليها القاعدة المنطقية "الضدان لا يجتمعان ولا يرتفعان" فقد تتعارض المصالح ولا يتساقطان، بل نأخذ بالأرجح، وقد يتعارض ضرران، فيدفع الأشد بالأخف ولا يتساقطان[٢].

أدلة الشيعة على إبطال الاستحسان:

استدل الشيعة على إنكار الاستحسان بما يلي:

- إن الأحكام وأدلتها لا يستقل العقل بإدراكها ابتداء أي أنه ليس بإمكان العقل أن يتوصل إليها ابتداء من دون السماع أو من الملازمات العقلية، ولا يوجد شيء من ذلك.

- ولو صح للعقل أن يدرك ذلك لما كانت هناك حاجة إلى بعثة الرسل إذ أنه حينئذ يصبح على كل ذي عقل متمكنا بنفسه من معرفة أحكام الله تعالى، ويصبح

(١) يُنظر: المرجع السابق.
(٢) يُراجع: حجية الاستحسان لعمر عبدالرحمن: ص٨٤.

كل مجتهداً نبياً أو إماماً[١].

- قال المظفر: "إن الاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع هذه أفراد الظن المنهي عنه، وهي دون القياس من ناحية الاعتبار، وأنه إذا أخرجنا هذه الأدلة من عمومات حرمة العمل بالظن لا يبقى هناك ما يصلح لانطباق هذه العمومات عليه، ويبقي النهي عن الظن بلا موضوع، وليس للعقول أن تستقل بإدراك الأحكام ابتداء، ولو صح هذا لما كان هناك حاجة إلى بعثة الرسل"[٢].

- ورد بعضهم الاستحسان إلى القياس والمصالح المسلة، وأحال في رد الاستحسان إلى الأدلة التي رد بها كل من القياس والمصلحة، وأكثر أدلتهم هي مناقشة أدلة مثبتي القياس، وقولهم إن القياس مظنون، وأنه لا يجوز العمل بالظن المطلق، مالم يثبت من الشرع حجيته مثل خبر الواحد[٣].

- قال الحيدري بعد أن عرف الاستحسان: "فهو راجع إلى القياس والمصالح المرسلة، فإذا لم تثبت حجيتها لم تثبت حجيته، فلا نطيل الكلام فيه بخصوصه"[٤].

مناقشة أدلة الشيعة في إبطال الاستحسان:

- إن القائلين بالاستحسان لم يقولوا إن العقل يستقل بإدراك الأحكام الشرعية وأدلتها ليثبتوا على ذلك عدم الحاجة إلى وجود الأنبياء والرسل، ولو نظروا إلى أنواع الاستحسان وأقسامه لعلموا أنه لابد في الاستحسان من دليل، وأن كل نوع منه هو نوع من أنواع الأدلة.

- وأما اعتراضهم على الأدلة نفسها من قياس ومصلحة وعرف وضرورة

(١) يُنظر: حجية الاستحسان لعمر عبد الرحمن: ص٨٤- والاستحسان للباحسين: ص١٣٦.
(٢) يُنظر: أصول الفقه للشيخ/ محمد رضا المظفر: ص٢٠٥ ط: دار النعمان.
(٣) يُنظر: الاستحسان للباحسين: ص١٣٦.
(٤) يُنظر: أصول الاستنباط للحيدري: ص٢٦٤ ط: مطبعة الرابطة.

وغيرها فهذا يعود إلى الأدلة نفسها، فهي عند القائلين بها ليست من إدراك العقل استقلالا، وإنما هي أدلة قامت على صحتها براهين واضحة، منها ما هي نصوص من الكتاب والسنة.

– ودعواهم إن القياس مظنون، وأنه لا يجوز العمل بالظن مالم يثبت به من الشرع حجة كخبر الواحد، كلام في غير محله، لأن القياس مما قام الدليل على إفادته الظن، والكشف عن أن الفرع داخل في حكم الأصل الثابت بالنص فكلامهم في هذا المجال لا وجه له(١).

ثانيا: بيان المذهب الراجح:

– بعد عرض المذاهب وأدلتهم ومناقشتها يتبين لنا أن الخلاف بين العلماء في الاحتجاج بالاستحسان إنما هو خلاف في اللفظ فقط دون المعنى ولا يوجد استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلاً للنزاع والخلاف، ويحتاج للاستدلال إلى إثباته أو إبطاله.

– ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الإمام الإسنوي بقوله: " وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه"(٢).

– وقال العضد: " والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح محلاً للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقا، وبين ما هو مردود اتفاقا"(٣).

(١) يُنظر: حجية الاستحسان لعمر عبد الرحمن : ص٨٥- الاستحسان للباحسين: ص١٤٠.
(٢) يُراجع: نهاية السول: ١٩٢/٣.
(٣) يراجع: شرح العضد على مختصر المنتهي: ٢٨٨/٢.

- وقال الجلال المحلي[1] بعد ذكره تعاريف الاستحسان وجوابه عنها: " فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع"[2].

- وأما ما قاله الإمام الشافعي من إنكاره للاستحسان واستدلاله عليه، وقوله: "من استحسن فقد شرع".

فإن هذا يحمل على الاستحسان الذي أنكره باقي الأئمة وهو ما كان نتيجة للهوى والرغبة والشهوة، والغير مؤيد بدليل من أدلة الشرع المتفق عليها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وهذا الانكار محل اتفاق من الجميع حيث إن الأئمة كلها متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي.

- وأما الاستحسان الذي قال به الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو ما كان نتيجة لترجيح قياس على أخر أو تخصيص لعام أو تقييد لمطلق، فإن الإمام الشافعي لا يعارضه ولا يمانع فيه، بل إنه يقول به، ويؤيد هذا ما ثبت عنه من القول به في بعض المسائل، فقد نقل الآمدي عنه في الإحكام أنه قال في المتعة: " أستحسن أن تكون ثلاثين درهما"، وقال في الشفعة: " أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام"، وقال في الكتابة: " أستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة "، وقال في السارق: " إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمني فقطعت، القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع"، فهذا وغيره يعد اعترافاً صريحاً من الإمام الشافعي بأنه يقول بالاستحسان ويعمل به ويعده أصلاً من الأصول التي تثبت بها الأحكام

(١) الجلال المحلي: هو محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي، أصولي مفسر، مولده بالقاهرة، عرفه ابن العماد بتفتازاني العرب، كان يقول عن نفسه إن ذهني لا يقبل الخطأ أخذ عن البدر محمود الأفرائي، والشمس البساطي، من مؤلفاته: (شرح جمع الجوامع في الأصول، شرح المنهاج في الفقه، شرح بردة المديح)، توفى رحمه الله تعالى سنة ٨٦٤هـ بالقاهرة. يُنظر: شذرات الذهب: ٣٣٣/٥- الأعلام: ٣٠٣/٧- الفتح المبين: ٤٠/٣.

(٢) يُنظر: حاشية البناني على جمع الجوامع: ٣٥٣/٢.

الشرعية، وإلا لما قال به إطلاقاً ولما أثبت به أحكاماً في بعض المسائل[١].

– ومما يؤيد ذلك ما جاء في مسلم الثبوت: "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد ما يعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد به ما أردنا نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمر يصلح للنزاع[٢].

– وقال ابن السمعاني[٣]: " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان وتشتهيه من غير دليل فهو باطل قطعاً، ولا نظن أن أحد يقول بذلك، ثم ذكر أن الخلاف لفظي ثم قال: فإن تفسير الاستحسان بما يشنع به عليهم لا يقولون به وإن تفسير الاستحسان بالعدول في الحكم عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد عليه"[٤].

– وقال القفال[٥]: "إن كان المراد بالاستحسان ما دلت عليه الأصول بمعانيها فهو حسن لقيام الحجة به، قال فهذا لا ننكره ونقول به، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو

(١) يُنظر: الإحكام للآمدي: ١٥٧/٤- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٤- المجموع: ٣٩٦/١٦- مختصر المزني: ٢٨٣/٨- الأم: ٢٣١/٣، ٣٦٢/٧، ١٣٣/٦.

(٢) يراجع: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت: ٣٢١/٢.

(٣) ابن السمعاني: هو منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي أبو المظفر، ولد سنة ٤٢٦ه بمرو، وهو من العلماء بالحديث والأصول، وكان مفتي خراسان، تفقه على أبيه بمرو على مذهب أبي حنيفة، ثم انتقل إلى مذهب الشافعي فأخذ عن أبي اسحاق الشيرازي وابن الصباغ، من مؤلفاته: (تفسير القرآن الكريم، البرهان والاصطلام في الرد علي أبي زيد الدبوسي، قواطع الأدلة في أصول الفقه)، توفي سنة ٤٨٩ه. يُراجع: شذرات الذهب: ٣٩٣/٣- الأعلام: ٣٠٣/٧- النجوم الزاهرة: ١٦٠/٥- وفيات الأعيان: ٢٠٩/٣.

(٤) يُراجع: قواطع الأدلة لابن السمعاني: ٢٦٨/٢- إرشاد الفحول: ص٣٥٧.

(٥) القفال: محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال الكبير أحد الأعلام في المذهب الشافعي وأئمة المسلمين، ولد سنة ٢٩١ه وكان إماماً في الحديث والتفسير والكلام والأصول والفروع، وعنه انتشر المذهب الشافعي في بلاد ما وراء النهر، من مؤلفاته: (له كتاب في الأصول، وشرح رسالة الإمام الشافعي، ودلائل النبوة)، وغيرها توفي رحمه الله تعالى بشاش سنة ٣٦٥ه. يُراجع: طبقات الشافعية الكبرى: ٢٠٠/٣- الأعلام: ٢٧٤/٦- شذرات الذهب: ٥١/٣.

محظور والقول به غير سائغ"[١].

- فهذه النقول تدل على أن إنكار الإمام الشافعي 0 ومن تابعه للاستحسان إنما هو إنكار للاستحسان المبني على محض العقول، ومجرد القول بالرأي والتشهي من غير اعتماد على دليل شرعي، وهذا المعنى لم يقل به الحنفية وغيرهم من القائل بالاستحسان.

- والظاهر أن أتباع الإمام الشافعي لم يعرفوا مراد الشافعي من قوله: "من استحسن فقد شرع" فحملوه على ظاهره.

- قال الشيخ الأكبر خاتم الولاية المحمدية في الفتوحات المكية: إن مقصود الإمام الشافعي من قوله: " من استحسن فقد شرع " مدح المستحسن وأراد أن من استحسن فقد صار بمنزلة نبي ذي شريعة، وأتباع الشافعي لم يفهموا كلامه على وجهه هذا[٢].

- ولقد ذهب البعض إلى التشنيع على أئمة الحنفية القائلين بالاستحسان ظناً منهم أن الاستحسان الذي يقولون به إنما هو الاستحسان الذي مرده الرجوع إلى الرأي والهوى دون رعاية دليل من أدلة الشرع الثابتة.

- ولقد قام كبار الأصوليين من الحنفية بالرد على هؤلاء والدفاع عن أئمتهم وبينوا حقيقة الاستحسان عندهم وأثبتوا أنه دليل من الأدلة المتفق عليها بين الجمهور وليس تشريعاً بالهوى والرأي كما فهم المنكرون.

- ومن هذه الردود ما قاله صاحب كشف الأسرار فقد قال: " واعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله في تركهم القياس بالاستحسان، وقال حجج الشرع والكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان قسم

(١) يُراجع: إرشاد الفحول للشوكاني: ص٣٥٨.
(٢) يُراجع: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت: ٣٢١/٢.

خامس لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبي حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ولم يقم عليه دليل، بل هو قول بالتشهي، فكان ترك القياس به تركاً للحجة لاتباع الهوى أو شهوة نفس فكان باطلاً.

– ونقل عن الشافعي أيضا: أنه بالغ في إنكار الاستحسان، وقال: "من استحسن فقد شرع"، وكل ذلك طعن من غير رؤية وقدح من غير وقوف على المراد، فأبو حنيفة رحمه الله أجل قدراً وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي، أو عمل بما استحسنه من غير دليل قام عليه شرعاً"[(١)].

وقد نفى الكرخي وجود هذا النوع من الاستحسان عند الحنفية فقال: " ليس الاستحسان قولاً بغير دليل، بل هو بدليل ثم ذكر أنواعه وهي عبارة عن أدلة لا خلاف فيها"[(٢)].

(١) يُراجع: كشف الأسرار للبخاري: ٤/٤.
(٢) يُراجع: نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر: ٤٠٨/١- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٦٧

الفصل الثاني

أثر الاستحسان في الفروع الفقهية

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: أثر الاستحسان في العبادات.

المبحث الثاني: أثر الاستحسان في المعاملات والقضايا المعاصرة.

المبحث الأول
أثر الاستحسان في العبادات

الفرع الأول: لو أتى الإمام بفعل من الأفعال التي تبطل الصلاة حسب اعتقاد المأموم:

- وهذا بأن كان الإمام حنفياً وقد مس ذكره فانتقض وضوؤه عند المأموم الشافعي، أو ترك الإمام الحنفي قراءة الفاتحة أو البسملة التي يعتقد المأموم الشافعي وجوبها.

- فالأصح عند الشافعية عدم صحة الاقتداء، لأن الاعتبار لنية المأموم أو المقتدي؛ لأنه عنده محدث بالمس(١).

- أما لو حافظ الإمام المخالف للمأموم في الفروع على واجبات الطهارة فيصح الاقتداء به حتى لو شك المأموم بإتيانه بهذه الواجبات، وذلك من باب حسن الظن بالإمام أنه يراعي الخلاف، ولا يضر عدم اعتقاده لوجوبها، وإنما يضر في الإمام الموافق لعلم المأموم ببطلانها عندهما.

- وقال الحليمي: "إن اقتدى بولي الأمر أو نائبه صح مع تركه الواجبات عندنا لما في المفارقة من الفتنة، واستحسناه بعد نقلهما عن تصحيح الأكثرين، وقطع جماعة بعدم الصحة وهو المعتمد، وما استحسناه مخالف لنظائره كصحة الجمعة السابقة وإن كان السلطان مع الأخرى"(٢).

فهذا النص يبين لنا أن هذه المسألة مخالفة لنظائرها من عدم الصحة مثلها في ذلك مثل مسألة عدم صحة الجمعة الثانية إذا كانت بغير داع، وإن كان السلطان شاهداً لها، والصحة للجمعة الأولى، وإن لم يكن السلطان أو نائبه حاضراً فيها، وهذا هو الأصل أو القياس.

---

(١) يُراجع: مغني المحتاج: ٣٢٦/١- البناية شرح الهداية: ٥٠٢/٢- المغني لابن قدامة: ١٤١/٢.
(٢) يُنظر: مغني المحتاج: ٣٢٦/١.

وهذه المسألة وهي ترك الإمام لبعض واجبات الطهارة أو الصلاة، استثنيت وقطعت عن نظائرها لمصلحة أولى وهي مفارقة الجماعة، وحصول الفتنة، واختلاف المسلمين، وتعدد الجماعات في المسجد الواحد بالصلاة الواحدة وفي ذلك من الضرر ما فيه.

- فالقياس هو إعطاء هذه المسألة حكم نظائرها، وهو عدم صحة الصلاة في هذه الحالة، وإنما عدل عن هذا القياس للمصلحة وقلنا بصحة الصلاة وهذا هو الاستحسان(١).

الفرع الثاني: عدم الفطر مما يصعب الاحتراز عنه:

- من مبطلات الصيام الأكل والشرب عمداً، أما إذا دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه فلا يفطر عند الحنفية استحسانا، والقياس أنه يفطر(٢).

- جاء في الهداية: "ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر، وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة"(٣).

ووجه الاستحسان أنه لا يستطيع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان.

جاء في تحفة المحتاج: "وكونه بقصد فلو وصل جوفه ذباب أو بعوضة لم يفطر"(٤).

- وفي القوانين الفقهية: "ويفطر إجماعاً بما يصل إلى الجوف بثلاث قيود الأول أن يكون مما يمكن الاحتراز منه، فإن لم يكن كالذباب يطير إلى الحلق

(١) يُراجع: الاستحسان لمنصور راجح مقدادي: ص١٢٧-١٢٨.
(٢) يُراجع: الهداية: ٣٣٢/٢- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ٤٠٣/٣- الروض المربع: ٢٣٢/١- القوانين الفقهية: ٨٠/١.
(٣) يُنظر: الهداية شرح بداية المبتدى: ٣٣٢/٢.
(٤) يُنظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ٤٠٣/٣ ط: المكتبة التجارية.

وغبار الطريق لم يفطر إجماعا"[١].

- وفي الروض المربع: "أو طار إلى حلقه ذباب أو غبار من طريق أو دقيق أو دخان لم يفطر لعدم إمكان التحرز من ذلك أشبه النائم"[٢].

الفرع الثالث: تعجيل زكاة الفطر:

- الزكاة في اللغة هي النماء، والزيادة، والبركة، والطهارة[٣].

والفطر اسم مصدر من قولك أفطر الصائم إفطاراً.

وأضيفت الزكاة إلى الفطر لأنه سبب وجوبها، وقيل لها فطرة كأنها من الفطرة التي هي الخلقة المرادة بقوله تعالى: ﴿ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ﴾[٤].

- وفي الاصطلاح: صدقة تجب بالفطر من رمضان[٥].

واختلفوا في إخراجها على مذهبين:

- أحدهما: إن وقت إخراجها هو طلوع الفجر من يوم عيد الفطر، وبه قال الحنفية ومالك في إحدى الروايتين، وقول للشافعي.

وحجتهم: أنها قربة تتعلق بالعيد، فلم يتقدم وجوبها يوم العيد، وأن الإضافة للاختصاص، والاختصاص للفطر باليوم دون الليل[٦].

- وثانيهما: إن وقت إخراجها هو غروب شمس ليلة عيد الفطر، أي أول ليلة العيد[٧].

---

(١) يُنظر: القوانين الفقهية لأبي القاسم الكلبي: ٨٠/١.
(٢) يُنظر: الروض المربع شرح زاد المستنقع: ٢٣٢/١.
(٣) يراجع: لسان العرب مادة (زكا): ٣٥٩/١٤- المعجم الوجيز مادة (زكا): ص٢٩٠.
(٤) سورة الروم: من الآية (٣٠).
(٥) يُنظر: الموسوعة الكويتية: ٣٣٥/٢٣.
(٦) يراجع: الهداية: ٢٩٧/٢- المغني لابن قدامة: ٦٠/٤- بداية المجتهد: ٢٢٥/١- حاشية الدسوقي: ٧٨٧/١.
(٧) يُنظر: مغني المحتاج: ٥٤٣/١- المغني لابن قدامة: ٦٠/٤- بداية المجتهد: ٢٢٥/١- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي: ٢٠٤٢/٣.

وحجتهم: قول ابن عباس[١]: إن النبي (ﷺ) فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو ومن الرفث[٢].

ولأنها تضاف إلى الفطر فكانت واجبة كزكاة المال، ولأن الإضافة تقتضي الاختصاص، وأول فطر يقع من جميع رمضان، ولا صوم بعده بمغيب الشمس من ليلة الفطر وانقضاء الصوم بغروب الشمس[٣].

وسبب الخلاف هو هل زكاة الفطر متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان، لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان[٤].

أما تعجيلها:

- فعند الشافعية: يجوز تقديمها من أول شهر رمضان، لأنها تجب بسببين أحدهما: صوم رمضان، وثانيهما الفطر منه.

فإذا وجد أحدهما جاز تقديمها على الآخر كزكاة المال بعد ملك النصاب، وقبل الحول، ولا يجوز تقديمها على شهر رمضان، لأنه تقديم على السببين فلا يجوز كإخراج زكاة المال قبل الحول والنصاب[٥].

---

(١) ابن عباس: هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم ابن عم رسول الله (ﷺ)، حبر هذه الأمة، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات، ودعا له رسول الله (ﷺ) بالفقه في الدين، وكان يدعى بترجمان القرآن، توفي سنة ٦٨هـ.
يُنظر: الأعلام: ٢٢٩/٤- أسد الغابة: ١٨٥/٣- الإصابة: ١٤١/٤.

(٢) الحديث رواه ابن ماجة، وأبو داود، والدارقطني كلهم في باب زكاة الفطر. يراجع: سنن ابن ماجة: ٥٨٥/١ رقم ١٨٢٧- سنن أبي داود: ١١١/٢ رقم ١٦٠٩- سنن الدارقطني: ٦١/٣ رقم ٢٠٦٧.

(٣) يُنظر: مغني المحتاج: ٥٤٣/١- المغني لابن قدامة: ٦١/٤- الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي: ٢٠٤٢/٣.

(٤) يُنظر: بداية للمجتهد: ٢٢٦/١.

(٥) يُراجع: مغني المحتاج: ٥٦١/١- المغني لابن قدامة: ٦٣/٤.

- وعند المالكية والحنابلة: يجوز تقديمها قبل العيد بيوم أو يومين لا أكثر من ذلك[١]، لقول ابن عمر[٢]: "كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين"[٣]، ولا تجزئ قبل ذلك لفوات الإغناء المأمور به في قوله (ﷺ): "أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم"[٤].

- وعند الحنفية: يجوز تعجيلها من أول الحول لأنها زكاة فأشبهت زكاة المال[٥].

- ووجه تقديمها عند الشافعية: إنما هو الاستحسان حيث نص الشافعي على ذلك في كتابه الأم فقال: "أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أنه كان يبعث بزكاة الفطر إلى الذي تجمع عنده قبل الفطر بيومين أو ثلاثة، قال الشافعي: هذا حسن وأستحسنه لمن فعل، والحجة بأن النبي (ﷺ) تسلف صدقة العباس[٦]، قبل أن تحل، وبقول ابن عمر[٧].

فقد نص الشافعي على ذلك صراحة وقال وأستحسنه لمن فعل مستنداً إلى الحديث من جهة وفعل الصحابي من جهة أخرى.

- ومن المعلوم شرعاً أن للعبادات وقتاً محدداً تفعل فيه، ولا يجوز تقديمها

---

(١) يُنظر: المغني لابن قدامة: ٦٣/٤- حاشية الدسوقي: ٧٩٣/١.
(٢) هو: عبد الله ابن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد بعد بعثة النبي (ﷺ) بثلاث سنوات، وكان إسلامه مع أبيه، وهاجر إلى المدينة وهو ابن عشر سنين، وعرض على النبي يوم بدر فاستصغره ورده، ثم عرض يوم أحد فاستصغره ورده، وأجازه يوم الخندق، توفي سنة ٧٣ه، وقيل ٧٤ه. يُراجع: الإصابة ١/١/٤، البداية والهاية: ٧/٩، الأعلام: ٢٦٤/٤، أسد الغابة: ٢٣٥/٣.
(٣) رواه أبو داود في باب من روى نصف صاع من تمر، وأبو خزيمة في صحيحه.
يراجع: سنن أبي داود: ١١٤/٢ رقم ١٦٢١- صحيح أبو خزيمة: ٨٢/٤ رقم ٢٣٩٧.
(٤) رواه البيهقي في باب وقت إخراج زكاة الفطر، والدارقطني في كتاب زكاة الفطر.
يُراجع: السنن الكبرى للبيهقي: ٢٩٢/٤ رقم ٧٧٣٩- سنن الدارقطني: ٨٩/٣ رقم ٧٧٣٩.
(٥) يراجع: الهداية: ٢٢٩/٢، المغني لابن قدامة: ٦٣/٤.
(٦) رواه البيهقي في باب تعجيل الصدقة، والبغوي في باب تعجيل الصدقة. يُنظر: السنن الكبرى للبيهقي: ١٨٦/٤ رقم ٧٣٦٤- شرح السنة للبغوي: ٣٥/٦.
(٧) يراجع: الأم: ٢٧٣/٧.

عليه كالصلاة والصيام والحج، وصدقة الفطر من هذه العبادات وهذا هو الأصل العام أو القياس.

ولكن الشافعي عدل عن هذا الأصل العام أو القياس للنص الوارد بخصوص صدقة الفطر، والقول بجواز إخراجها قبل يومين أو ثلاثة استحساناً، وهذا ما يعرف عند الأصوليين بالاستحسان الذي يكون مستنده النص أو مذهب الصحابي ذلك تيسيرا على المكلفين، ليتمكن المكلف المستحق للصدقة من شراء حاجاته ومتطلباته يوم العيد.

- ومن جهة أخرى حتى يتمكن من تجمع عنده الصدقات من إيصالها إلى المستحق قبل إنهاء وقت الإخراج، وهذا مالا يوجد في الصلاة والحج فبقيت على الأصل بعدم جواز فعلها قبل دخول الوقت[1].

ولا يجوز لمدع أن يدع أن هذا مجرد استحسان لغوي فقط بل هو عدول عن الأصل العام إلى ما يخالفه لدليل يقتضي العدول.

بل لقد أنكر الشافعي على من خالفه في ذلك في كتابه الأم، وأخذ يناقشه بجواز الإخراج استناداً إلى النص.

- جاء في الأم: "فقلت للشافعي: فأنكر لأحد أن يؤدي زكاة الفطر إلا مع الغدو يوم الفطر وذلك حين يحل بعد الفجر، قال الشافعي: قد خالفتم ابن عمر في روايتكم، وما روي غيركم عن النبي (ﷺ) أنه تسلف صدقة العباس بن عبد المطلب قبل محلها لغير قول واحد علمتكم رويتموه عنه من أصحاب النبي (ﷺ) ولست أدري لأي معنى تحملون ما حملتم من الحديث، إن كنتم حملتموه لتعلموا الناس أنكم قد عرفتموه فخالفتموه بعد المعرفة فقد وقعتم بالذي أردتم وأظهرتم للناس خلاف السلف، وإن كنتم حملتموه لتأخذوا به فقد أخطأتم ما تركتم منه، وما تركتم منه كثير في قليل ما رويتم، وإن كانت الحجة عندكم ليس في الحديث فلم تكلفتم روايته واحتججتم بما

(١) يُنظر: الاستحسان لمنصور راجح: ص١٢٧.

وافقتم منه على من خالفه؟ ما تخرجون من قلة النصفة والخطأ فيما صح إذا تركتم مثله وأخذتم بمثله ولا يجوز أن يكون الشيء مرة حجة ومرة غيرة حجة"[(١)].

وهذا يدل على أن هناك بعض الشافعية من لا يجيز الإخراج قبل وقت الوجوب رغم وجود النص متمسكاً بالأصل العام، وما أجازه المجيز إنما هو استحسان للنص الوارد بذلك.

الفرع الرابع: عورة المرأة الأجنبية:

- إن الأصل المقرر شرعاً حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية عملاً بالنصوص الشرعية الدالة على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع.

- فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ﴾[(٢)].

- ومن السنة ما روي من أنه (ﷺ) سئل عن نظرة الفجأة فقال: (اصرف بصرك) [(٣)]، وقال لعلي: (لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الأولى وليس لك الثانية)[(٤)].

- وأما الإجماع: فإن العلماء اتفقوا على وجوب حجب عورة المرأة والرجل البالغين بسترها عن نظر الغير الذي لا يحل له النظر إليها[(٥)].

- وقد استثني من ذلك النظر إلى المرأة الأجنبية بقصد التداوي للضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلتها، وهذا التجويز المستثنى من الأصل المذكور هو نوع

---

(١) يُنظر: الأم للشافعي: ٢٧٣/٧-٢٧٤.

(٢) سورة النور: من الآية (٣٠).

(٣) الحديث رواه مسلم في نظر الفجأة، وأبو داود في باب يؤمر به من غض البصر، وأحمد في مسنده. يُنظر: صحيح مسلم بشرح النووي: ١٣٩/١٤ رقم ٢١٥٩- مسند أبي داود: ٢٤٦/٢ رقم ٢١٤٨- مسند أحمد: ٥٣٤/٣١ رقم ١٩١٩٧.

(٤) الحديث رواه الترمذي في باب ما جاء في نظر الفجأة، وأبو داود في باب ما يؤمر به من غض البصر، وأحمد في مسنده، والحاكم في المستدرك: يُراجع سنن الترمذي: ١٠١/٥ رقم ٢٧٧٧- سنن أبي داود: ٢٤٦/٣ رقم ٢١٤٩- مسند أحمد: ٤٦٢/٢ رقم ١٣٦٩- المستدرك: ٢١٢/٢ رقم ٢٧٨٨.

(٥) يُنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: ٩/١٧- الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: ٦٩/٥.

استحسان بالضرورة، لأن النظر بقصد المداواة هو جزئية مستثناة من حكم نظائرها[١].

– ويرى الشيخ محمد أبو زهرة أن ذلك فيه تعارض بين قياسين أحدهما: ما قررته القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة.

والوصف الثاني: ما عساه أن يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال كحال العلاج عند عدم وجود سيدات متخصصات، فأعملت علة التيسير هنا في هذا الموضع[٢].

– وما ذكر هنا يمثل أكثر من وجه، وكل ذلك صحيح إذ يمكن اعتبار ذلك من استحسان القياس كما يرى الشيخ أبو زهرة.

كما يمكن اعتباره من الاستحسان الذي هو استثناء جزئية من حكم نظائرها، ووجه الاستحسان هو الضرورة أو الحاجة[٣].

– قال الإمام السرخسي: "والمرأة عورة مستورة، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة، فكان ذلك استحساناً لكونه أرفق بالناس"[٤].

الفرع الخامس: صلاة الخوف:

– وهي مشروعة عند جمهور الفقهاء، وهي سنة ثابتة بالكتاب والسنة في أثناء قتال الكفار[٥].

– أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِن وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ ۗ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ

(١) يُراجع: بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٤- الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص٢٠٣.
(٢) يُنظر: أصول الفقه للشيخ أبو زهرة: ص٢٤٧.
(٣) يُنظر: الاستحسان للباحسين: ص٢٠٣.
(٤) يراجع المبسوط للسرخسي: ١٤٥/١٠.
(٥) يراجع: الهداية مع شرح فتح القدير: ٩٣/٢- مغني المحتاج: ٤٠٩/١- المغني مع الشرح: ٥٨٣/٢.

أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَاحِدَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰ أَن تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ ۖ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ﴾[1].

- وأما السنة: فثبت أن النبي(ﷺ) كان يصلي صلاة الخوف وحكمها باق في قول جمهور أهل العلم، وقال أبو يوسف: إنما كانت مختصة بالنبي (ﷺ) بدليل قوله سبحانه: ﴿ وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ ﴾، وما قاله أبو يوسف غير صحيح لأن ما ثبت في حق النبي ثبت في حقنا مالم يقم على اختصاصه به دليل لأن الله تعالى أمرنا باتباعه.

ولأن الصحابة رضي الله عنهم قد أقاموها بعده عليه الصلاة والسلام وهم أعرف بانتهاء الجواز أو بقائه، وقد أجمعوا على فعلها[2].

والأصل والقياس أن تؤدي الصلاة الرباعية في أوقاتها المحددة أربع ركعات بشروطها وأركانها التي بينها النبي (ﷺ) غير أن حالة الخوف أخرجت الصلاة الرباعية عن أصلها فقلل عدد ركعاتها، وبدلت كيفيتها إلى حالة تمكن المسلمين من أدائها مع المحافظة على موقفهم من العدو، وهذا من قبيل الاستحسان بالنص، ولولا هذه الرخصة من الشارع بالتخفيف عن المسلمين لما استطاع المسلمون المحافظة على دمائهم وأرواحهم ومدافعة عدوهم، ولوقعوا في ضيق وحرج ومشقة، وربما انتصر عليهم عدوهم بسبب انشغالهم في صلاتهم، فكان هذا التخفيف من الشارع من قبيل الاستحسان بالضرورة[3].

(١) سورة النساء: الآية (١٠١، ١٠٢).
(٢) يُراجع: شرح فتح القدير: ٩٨/٢- المغني لابن قدامة مع الشرح: ٥٨٣/٢.
(٣) يُنظر: الاستحسان للباحسين: ص٨٧.

المبحث الثاني
أثر الاستحسان في المعاملات والقضايا المعاصرة

الفرع الأول: عقد الاستصناع:

- الاستصناع هو افتعال من الصنعة وهو العطية والكرامة والاحسان واستصنع الشيء دعا إلى صنعه[١].

- وشرعاً: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[٢].

- وصورته: أن يطلب شخص من حذاء أو نجار أن يصنع له حذاء أو قمطراً، والجلد والخشب والمسمار من عند الصانع، ويبين له نوع المصنوع وصنعته ويعين له الثمن، وينقد إياه أو يتفقا على التأجيل[٣].

وقد اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع على مذهبين:

- المذهب الأول: لا يجوز الاستصناع مطلقاً، وبه قال جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، وزفر من الحنفية[٤].

وقد استدلوا على مذهبهم بما يلي:

١) أن الاستصناع من بيع المعدوم، وبيع المعدوم منهي عنه لحديث النبي (ﷺ): (لا تبع ما ليس عندك)[٥].

---

(١) يُنظر: لسان العرب مادة (صنع) ٢٠٩/٨.
(٢) يُراجع: بدائع الصنائع: ٢/٥،
(٣) يُنظر: بدائع الصنائع: ٢/٥- العناية على الهداية: ١١٤/٧.
(٤) يُنظر: الأم للشافعي: ١٣٤/٣- حاشية الدسوقي: ٢١٧/٣- مواهب الجليل: ٥٣٩/٤- الفروع: ١٤٧/٦- كشاف القناع: ١٦٥/٣- شرح فتح القدير: ١١٤/٧.
(٥) الحديث رواه الترمذي في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وأبو داود في باب الرجل يبيع ما ليس عنده، وابن ماجة والنسائي في باب النهي عن بيع ما ليس عند البائع. يُنظر:

٢) إن المبيع في الاستصناع مؤجل في الذمة، ومن تم فلا يصح إلا مع تعجيل الثمن لئلا يكون من بيع الدين بالدين المنهي عنه[١].

٣) الاستصناع يشترط فيه عمل شخص معين وهو الصانع ولا يدري أيسلم ذلك الصانع إلى الأجل أم لا؟ ومن ثم فيكون من بيع الغرر المنهي عنه[٢].

- المذهب الثاني: جواز الاستصناع وهو مذهب الحنفية[٣].

وقد استدلوا على مذهبهم بما يلي:

١) ما روي أنه (ﷺ): "استصنع خاتما"[٤].

٢) إن الأصل عدم جواز الاستصناع، لأنه لا يمكن إدخاله في أي عقد من العقود المشروعة، فإن أقرب العقود إليه البيع والإجارة بناء على أن المعقود عليه فيه العين أو المنفعة، ثم هو لا يصح بيعاً، لأنه معدوم حال العقد، ولا إجارة، لأنه استئجار على تحصيل عمل في ملك الأجير.

ولكنه عدل عن هذا الأصل وجوزناه استحساناً على خلاف هذا الأصل، وذلك لجريان التعامل به في كل الأزمان من لدن رسول الله (ﷺ) إلى يومنا هذا من غير إنكار من أحد من أهل الاجتهاد، فكان إجماعاً منهم على الجواز، فجواز الاستصناع يكون من قبيل الاستحسان بالإجماع، وهذا الإجماع مبني على مراعاة

سنن الترمذي: ٥٢٦/٣ رقم ١٢٣٢- سنن ابن ماجة: ٧٣٧/٢ رقم ٢١٨٧- سنن أبي داود: ٢٨٣/٣ رقم ٣٥٠٣- سنن النسائي: ٥٩/٦رقم ٦١٦٢.

(١) قال الإمام النووي: " أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز" نقل ذلك ابن المنذر. يُراجع: المجموع للنووي: ١٠٧/١٠- الإجماع لابن المنذر: ص١٦٠.

(٢) الحديث رواه الإمام مسلم في باب بطلان بيع الحصاة، والترمذي في باب كراهية بيع الغرر. يُراجع: صحيح مسلم بشرح النووي/ ١٨٦/١٠ رقم ١٥١٣- سنن الترمذي: ٥٢٤/٣ رقم ١٢٣٠.

(٣) يُنظر: شرح فتح القدير: ١١٤/٧- العناية على الهداية: ١١٤/٧.

(٤) الحديث رواه البخاري في باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، ومسلم في باب تحريم خاتم الذهب على الرجال. يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٤٠١/١٠ رقم٥٨٧٦- صحيح مسلم بشرح النووي: ٦٦/١٤ رقم ٢٠٩١.

الحاجة ودفع الضرر المترتب على المنع من ذلك التعامل[١].

- وإذا كان التعامل بالاستصناع جارياً كما يقول السرخسي منذ عهد رسول الله (ﷺ) فينبغي أن يكون من باب الاستحسان بالنص، لأنه يعتبر سنة تقريرية مخصصة للنص العام المانع من بيع المعدوم، بل لو صح خبر أنه (ﷺ) استصنع خاتماً فيكون من باب السنة العملية[٢].

الفرع الثاني: لا قطع على من سرق من مدينه:

- السرقة: لغة أخذ المال خفية[٣].
- وشرعا: أخذ المال خفية ظلماً من حرز مثله[٤].
- والأصل: فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[٥].

وأما السنة: فما روي عن عائشة أن رسول الله (ﷺ) قال: (تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً)[٦].

وقوله (ﷺ): (إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه،

(١) يُراجع: التقرير والتحبير: ٢٢٢/٣- أصول السرخسي: ٢٠٣/٢- شرح فتح القدير: ١١٥/٧- بدائع الصنائع: ٢/٥- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٠.
(٢) يُنظر: أصول السرخسي: ٢٠٣/٢- الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص٩٨.
(٣) يُنظر: لسان العرب مادة (سرق) ١٥٦/١٠- المعجم الوجيز مادة (سرق): ص٣٠٩.
(٤) يُنظر: مغني المحتاج: ١٩٦/٤- المغني لابن قدامة: ٣٢٣/١٢.
(٥) سورة المائدة: الآية (٣٨).
(٦) الحديث رواه البخاري في كتاب الحدود، ومسلم في كتاب الحدود.
يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ١١٧/١٢ رقم ٦٧٨٩- صحيح مسلم بشرح النووي: ٢١٧/١١ رقم١٦٨٤.

وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد) [١].

وأما الاجماع: فقد أجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة[٢].

- فالأصل أن السارق تقطع يده إذا سرق ولكنه يستثنى من ذلك من كان له دين حال على آخر من دراهم أو دنانير، فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها منه، فإن أخذه لها ليس سرقة ولا قطع فيه لأن أخذه لها استيفاء لحقه.

- أما إذا كان الدين مؤجلاً، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل، لكن لا تقطع عند الحنفية استحساناً[٣].

- جاء في الهداية ما يؤيد ذلك: "ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً لأن التأجيل لتأخير المطالبة"[٤].

- وجاء في فتح القدير: "والقياس أن يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل، ووجه الاستحسان أن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة للحد، وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن"[٥].

- فيتلخص من ذلك أن من سرق دينه من مدينه الأصل والقياس أن تقطع يده لوجود السبب وهو السرقة، ولكن استثني عدم القطع استحساناً لوجود الشبهة الدارئة للحد، وهو من قبيل الاستحسان بالقياس الخفي.

---

(١) رواه البخاري، ومسلم في كتاب الحدود.
يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ١٠٥/١٢ رقم ٦٧٨٨- صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٢٢/١١ رقم ١٦٨٨.
(٢) يُنظر: الإجماع لابن المنذر: ص١٨٢.
(٣) يُراجع: الهداية مع شرح فتح القدير: ٣٧٧/٢- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٦.
(٤) الهداية شرح بداية المبتدى: ٣٧٧/٣.
(٥) شرح فتح القدير: ٣٧٧/٢.

الفرع الثالث: قبول الشهادة بالتسامع:

- الشهادة في اللغة هي خبر قاطع، وأصلها الإخبار بما شاهده، والشاهد هو العالم الذي يبين ما علمه[١].

- وشرعاً: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء[٢].

- والأصل: فيها الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[٤].

وأما السنة: فخبر الصحيحين: (ليس لك إلا شاهداك أو يمينه)[٥].

وخبر أنه سئل عن الشهادة فقال للسائل: (ترى الشمس؟ قال نعم فقال: (على مثلها فاشهد أو دع)[٦].

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء عليها، ويجب على الحاكم قبولها إذا كان رجلين أو رجل وامرأتان ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب

---

(١) يُنظر: لسان العرب مادة (شهد) ٢٣٩/٣، ٢٤٠- المعجم الوجيز مادة (شهد): ص٣٥٢.
(٢) يُنظر: شرح فتح القدير: ٣٦٤/٧.
(٣) سورة البقرة: من الآية (٢٨٢).
(٤) سورة البقرة: من الآية (٢٨٢).
(٥) الحديث: رواه البخاري في باب اليمين على المدعي عليه، ومسلم في كتاب الإيمان.
يراجع: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٣٣٤/٥ رقم ٢٧٦٧- صحيح مسلم بشرح النووي: ١٦١/٢رقم٢٢١.
(٦) الحديث رواه أبو بكر البهقي في باب الجود والسخاء، والزيلعي، وابن حجر في باب الشهادات، والمتقي الهندي.
يُراجع: شعب الإيمان: ٣٤٩/١٣ رقم ١٤٦٩- نصب الراية: ٨٢/٤- التلخيص الحبير: ٤٧٨/٤ رقم ٢١٠٧- كنز العمال: ٢٣/٧ رقم ١٧٧٨١.

الرجوع إليها[١].

والأصل في الشهادة أن الإنسان لا يشهد إلا بما يراه، ولا يجوز له أن يشهد بشيء لم يعاينه.

ولكن هناك أمور مستثناة من هذا الأصل فيجوز الشهادة فيها بالسماع ويكون ذلك من قبيل الاستحسان.

- فقد جاء في الهداية: " ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبر بها من يثق به، وهذا استحسان، والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع، أي لا يجوز للشاهد أن يشهد بالسماع بل لابد من المشاهدة.

- ووجه الاستحسان هنا أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى لسنوات بل إلى قرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى عدم القبول إلى الحرج وتعطيل الأحكام، وذلك بعكس البيع فإنه يسمعه كل أحد ولهذا كان لابد فيه من المشاهدة والمعاينة[٢].

- جاء في المغني مسألة قال: "وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة".

قال ابن قدامة: هذا النوع الثاني من السماع وهو مالا يعلمه بالاستفاضة وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة[٣].

- وقال النووي: "وله الشهادة بالتسامع على نسب من أب أو قبيلة، وكذا أم في

(١) يُنظر: الإجماع لابن المنذر: ص ١٢٤- المغني لابن قدامة: ٦/١٤.
(٢) يُنظر: الهداية مع شرح فتح القدير: ٣٨٨/٧- بحوث في الأدلة المختلف فيها: ص٧٢.
(٣) ينظر: المغني لابن قدامة: ٣٢/١٤.

الأصح وموت على المذهب"[١].

- وقال الشيخ الدردير: "وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم"

- وقال ابن عرفة: "المراد بالجواز هنا الإذن كالذي قبله، لأنها قد تجب بسبب سماع فشا أي انتشر عن ثقات وغيرهم المراد أنهم يعتمدون في شهادتهم على ذلك.

ثم قال: واعلم أن شهادة السماع إنما جازت للضرورة على خلاف الأصل، لأن الأصل أن الإنسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه"[٢].

فتكون الشهادة بالسماع من باب الاستحسان بالضرورة على ما ذكر.

الفرع الرابع: تضمين الأجير المشترك:

- الضمان في اللغة: الكفالة والالتزام، والضامن هو الكفيل أو الملتزم أو الغارم[٣].

- وشرعا: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً ولصاحب الحق مطالبتهما جميعا[٤].

- والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[٥].

قال ابن عباس: الزعيم الكفيل[٦].

وأما السنة: فما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: (الزعيم غارم) [١].

---

(١) يُنظر: منهاج الطالبين مع مغني المحتاج: ٥٦٨/٤.
(٢) يُنظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٠١/٤.
(٣) يُنظر: لسان العرب مادة (ضمن) ٢٥٧/١٣- المعجم الوجيز مادة (ضمن): ص٣٨٣.
(٤) يُراجع: المغني لابن قدامة: ٣٥٠/٦.
(٥) سورة يوسف: من الآية (٧٢).
(٦) يُنظر: جامع البيان في تأويل القرآن لابن جرير الطبري: ١٧٨/١٦ ط: مؤسسة الرسالة.

وأما الاجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة[٢].

فالأصل المقرر فقهاً أن الأمين كالوديع إذا هلك لديه مال الأمانة بلا قيد ولا تقصير في حفظه فلا يضمن شيئاً من قيمته، ويستمر العمل بهذا القياس في كل أمانة بيد كل أمين مثل مال الشركة في يد أحد الشريكين، والمأجور في يد المستأجر، والعارية في يد المستعير، ومال المستأجر في يد الأجير، فينبغي ألا يضمن مطلقاً إذا تلف بلا تعد عليه من الأجير ولا تقصير منه في حفظه[٣].

- ولكن فقهاء الحنفية فرقوا بين الأجير الخاص، والأجير العام أو المشترك، فالأجير الخاص هو الذي يبيع وقته جميعه لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سواه فهذا لا يضمن ما هلك بيده.

وأما الأجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب كالصباغ والخباز والنجار والخياط فهذا يضمن عندهم استحسانا.

فالقول بتضمين الأجر المشترك إنما هو من قبيل الاستحسان بالمصلحة إلا إذا كان التلف بسبب قاهر كالحريق والموت وغيرهما فلا يضمن، وإنما قلنا بتضمين الأجير المشترك استحساناً لكي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر مما يطيق طمعاً في زيادة الربح فيعرض أموالهم للهلاك والضياع لديه بطول المكث عنده[٤].

---

(١) الحديث رواه الترمذي في باب ما جاء في العارية مؤداة، وابن ماجة في باب الكفالة، وأبو داود في باب تضمن العور، وأحمد في مسنده. يُنظر: سنن الترمذي: ٥٥٧/٣ رقم ١٢٦٥- سنن ابن ماجة: ٨٠٤/٢ رقم ٢٤٠٥- سنن أبي داود: ٥٩٦/٣ رقم ٣٥٦٥- مسند أحمد: ٦٣٣/٣٦ رقم ٢٢٢٩٦.

(٢) يُنظر: المغني لابن قدامة: ٣٥١/٦.

(٣) يُراجع: المغني لابن قدامة: ٣٥٢/٦- درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٢٢/٢- الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر: ٣٥١/٦ ط: مكتبة مكة الثقافية- الاستحسان لعبد اللطيف فرفور: ص٩٢.

(٤) يُراجع: بداية المجتهد: ١٨٧/٢- الهداية شرح بداية المبتدي: ٢٤٣/٣- درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٣/٢- الاستحسان لعبد اللطيف فرفور: ص٩٢.

- ومما يؤيد ذلك ما جاء في الهداية قال: "والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر"(١).

- وجاء في درر الحكام: "ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله أما الأول فلأن العين أمانة في يده بالإجماع، أم عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن تضمين الأجر المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير طمعاً في كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده طويلاً فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه لئلا يتساهل في حفظها، وأجير الواحد لا يتقبل الأعمال فأخذ فيه بالقياس".

وأما الثاني: فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر، فإذا امره بالصرف إلى ملكه صح وصار نائباً منابه، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه"(٢).

- ومما يؤيد القول بالتضمين أيضاً ما جاء في الاعتصام للشاطبي حيث قال: "والخامس ترك الدليل لمصلحة كما في تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعا، فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين، كتضمين صاحب الحمام والثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين، وكذلك حمال الطعام على رأي مالك فإنه ضامن ولاحق عنده بالصناع، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا نعم، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصلحة، ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك لدليل فدخلت تحت

(١) يُراجع: الهداية شرح بداية المبتدي: ٢٤٢/٣.
(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٢٣٧/٢.

معنى الاستحسان بذلك النظر"[١].

الفرع الخامس:إذا سافر احد الشريكين أو الشركاء بمال الشركة، وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك، فإن له أن ينفق من رأس مال الشركة على نفسه في طعامه وشرابه، وإدامه، ونحوه استحساناً، وهو قول أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى:

- والقياس أنه لا يكون له ذلك، لأن الإنفاق من مال الغير لا يكون إلا بإذنه نصا.

- ووجه الاستحسان: هو العرف والعادة، لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا، ولأن الظاهر هو التراضي بذلك إذ الظاهر أن الشريك لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون، ويحتمل أن لا يكون، فكان إقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة، فترك القياس لذلك[٢].

الفرع السادس: عمليات التجميل:

الأصل أنه لا يجوز تغيير الهيئة التي خلق الله الإنسان عليها، فالله سبحانه وتعالى قال: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ ﴾ [٤].

وتوعد من يغير هذه الهيئة التي خلقها الله عليها، وعدها من أعمال إبليس التي يضل بها العباد، وقال تعالى عن إبليس: ﴿ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا

(١) يُراجع: الاعتصام للشاطبي: ٤٧٣/٢-٤٧٤.
(٢) يُراجع: بدائع الصنائع: ٧١/٦، ٧٢- بحث في الاستحسان للدكتور/ عبد السلام عفيفي: ص١٧٧.
(٣) سورة التين: الآية (٤).
(٤) سورة غافر: الآية (٦٤).

مَّفْرُوضًا﴿١١٨﴾ وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ﴾[1].

وورد عن النبي (ﷺ) ما يؤيد ذلك المعنى فعن عبد الله بن مسعود قال: لعن الله الواشمات[2]، والمتوشمات، والنامصات، والمتنمصات[3]، والمتفلجات[4]، للحسن المغيرات خلق الله ما لي لا ألعن من لعن رسول الله وهو في كتاب الله[5].

وقال (ﷺ): (لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة) [6].

فهذا هو الأصل، أو القاعدة في هذا الشأن، وبتعميم هذا الأصل وهذه القاعدة نجد أن حكم عمليات التجميل يكون هو التحريم والمنع عملاً بهذا الأصل وتلك القاعدة، ولكن أكثر العلماء قالوا بجواز إجراء هذه العمليات استحساناً للضرورة والحاجة فتكون مستثناة من هذا الأصل، فعلى هذا يكون تجويزها من نوع الاستحسان بالضرورة.

- وهذه التشوهات التي أبيحت لها عمليات التجميل منها ما هو أصلي، ومنها ما هو طارئ.

---

(١) سورة النساء: من الآيات (١١٨-١١٩).

(٢) الواشمات: جمع واشمة وهي التي تشم، والمستوشمات جمع مستوشمة، وهي التي تطلب الوشم، والوشم هو أن يغرز إبرة في العضو أو نحوها حتى يسيل الدم ثم يحشى بنؤرة أو غيرها فيخضر. يُنظر: فتح الباري: ٤٥٨/١٠- لسان العرب: ٦٣٨/١٢.

(٣) المتنمصات: جمع متنمصة، والمتنمصة هي التي تفعل ذلك بنفسها، والنامصة هي التي تزين النساء بالنمص، والنماص: إزالة شعر الوجه بالمنقاش. ينظر فتح الباري: ٤٦٥/١٠- لسان العرب مادة (نمص): ١٠١٠٠/٧.

(٤) المتفلجات: جمع متفلجة، وهي التي تطلب الفلج أو تصنعه، والفلج هو انفراج ما بين الثنيتين، والتفلج هو أن يفرج بين الملاصقين. ينظر: فتح الباري: ٤٥٨/١٠- لسان العرب مادة(فلج): ٣٤٦/٢.

(٥) الحديث رواه البخاري في كتاب اللباس، باب المستوشمة، ومسلم في كتاب اللباس، باب فعل الواصلة والمستوصلة. ينظر: فتح الباري بشرح صحيح الباخري: ٤٦٦/١٠ رقم ٥٩٤٢- صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠٥/١٤ رقم ٢١٢٥.

(٦) الحديث رواه البخاري في كتاب اللباس، باب الموصولة. يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٤٦٥/١٠ رقم ٥٩٤٠.

– فمن التشوهات الأصلية التي ولد الإنسان بها الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين، اختلال الأسنان وعدم انتظامها، زيادة بعض الأعضاء أو نقصها، أو كبرها أو صغرها في صورة تخرج عن الخلقة المعهودة.

– ومن التشوهات الطارئة على الإنسان بسبب خارجي كمرض، أو حرق، أو حادث أو غير ذلك، كسور الوجه الشديدة بسبب الحوادث المتنوعة.

التصاق أصابع اليدين أو الرجلين بسبب حريق، تضرر الجلد بسب الآلات القاطعة أو الحريق، زوال الشعر بسبب التساقط المستمر ولاسيما عند النساء [1].

– فهذا النوع من العمليات يكون جائزاً، ولقد جاء في السنة ما يدل على ذلك فعن عرفجة بن أسعد انه أصيب في أنفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ أنفاً من ورق (أي فضة) فأنتن عليه

– فأمره النبي (ﷺ) أن يتخذ أنفاً من ذهب [2].

– فهذا النوع من العمليات يجوز استحساناً للضرورة والحاجة أما إذا كانت جراحة التجميل لتحسين المظهر في نظر فاعلها مثل تجميل الأنف بتصغيره، أو تجميل الثديين بتصغيرهما أو تكبيرهما ومثل عمليات شد الوجه وما شابهها.

– وهذا النوع من الجراحة لا يشتمل على دوافع ضرورية ولا حاجة فهذا النوع يكون محرماً ولا يجوز فعله لأنه يكون فيه تغيير لخلق الله المنهي عنه شرعا، وقد

(١) يراجع: الحاجة وأثرها في الأحكام: ص٦٥٧-٦٦٠ رسالة دكتوراه للشيخ أحمد رشيد – الاستحسان للدكتور/ يعقوب الباحسين: ص١٩٧-١٩٨.

(٢) الحديث رواه البخاري أبو داود والترمذي في باب ما جاء في ربط الأسنان بالذهب والنسائي في باب من أصيب أنفه هل يتخذ أنفاً من ذهب وحسنه الألباني. سنن أبو داود: ٩٢/٤ رقم ٤٢٣٢- سنن الترمذي: ٢٤٠/٤ رقم ١٧٧٠- سنن النسائي: ٣٦٣/٨ رقم ٩٤٠٠.

سبق إيراد الأدلة على ذلك[١].

الفرع السابع : الصور الشمسية:

المراد بها الصور التي يحصل عليها من عملية التصوير الضوئي، وذلك بسقوط الضوء على سطح حساس للضوء.

والأصل في تصوير ذات الروح المنع والتحريم لورود النصوص من الشارع الدالة على النهي عن ذلك، والمهددة للمصورين بأشد العذاب.

- فعن عبد الله بن مسعود عن النبي (ﷺ) أنه قال: (إن اشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون)[٢]، وقال: (كل مصور في النار يجعل الله له بكل صورة صورها نفساً فتعذبه في جهنم)[٣].

- والنهي عن ذلك يعم كل أنواع الصور كافة، ولكن بعض العلماء فرقوا بين ما كان مجسماً كالتماثيل، وما كان تصويراً باليد سواء كان في ورق أو قماش أو جلداً أو جدار أو غير ذلك.

- أما الصور الشمسية التي تؤخذ بآلة التصوير فهي شيء مستحدث لم يكن في عصر الرسول(ﷺ) ولا في سلف الأمة، ولا نعلم فيه خلافاً بين العلماء والمعاصرين، فقد أجازوه للضرورة والحاجة كالصور التي توضع في الجواز،

(١) حكم عمليات التجميل فتوى على شبكة الانترنت، وأحكام الجراحة الطبية للشيخ محمد مختار الشنقيطي.
(٢) الحديث رواه البخاري في باب عذاب المصورين يوم القيامة، ومسلم في باب تحريم تصوير صور الحيوان. يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ٤٧١/١٠ رقم ٥٩٥٠، صحيح مسلم بشرح النووي: ٩٢/١٤ رقم ٢١٠٩.
(٣) الحديث رواه مسلم في باب لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة، ورواه أحمد في مسنده. يُنظر: صحيح مسلم بشرح النووي: ٩٣/١٤ رقم ٢١١٠- مسند أحمد ٢٣/٥ رقم ٢٨١٠

ورخص السيارة، وتصوير الجريمة[١].

– وقد أفتى الشيخ محمد نجيب المطيعي مفتي الديار المصرية الأسبق بأن أخذ هذه الصورة الفوتوغرافيا، التي هي عبارة عن حبس الظل بالوسائل المعلومة لأرباب هذه الصناعة ليس من التصوير المنهي عنه في شيء، لأن التصوير المنهي عنه هو إيجاد صورة أو صنع صورة لم

– تكن موجود ولا مصنوعة من قبل يضاهي بها حيواناً خلقه الله تعالى، وليس هذا المعنى موجوداً في أخذ تلك الصور بهذه الآلة[٢].

– وبالنظر في هذا الأصول نجد أن الحكم العام للتصوير هو التحريم، ولكن بعض العلماء استثنوا من هذا الأصل جواز تصوير ذوات الروح فيما عدا التماثيل والمجسمات استحساناً للضرورة والحاجة وعملاً بالقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات" فالقول بجواز الصور الشمسية هو من قبيل الاستحسان بالضرورة والحاجة.

ومن الحالات التي تدعوا إليها الضرورة والحاجة:

– البطاقات الشخصية– جوازات السفر– رخص قيادات السيارات– إقامات الأجانب– شهادات الوثائق الدراسية في المدارس والجامعات– صور المجرمين للتعرف عليهم وتجنب خطرهم.

وربما أمكن القول بجواز المجسمات للأغراض العلمية أيضاً سواء كانت للجسم كله أو لبعض أجزائه، استثناء من قاعدة المنع على وجه الاستحسان للضرورة أو الحاجة.. والله أعلم[٣].

---

(١) يُراجع: حكم التصوير الفوتوغرافي لدى جمهر العلماء المعاصرين فتوى رقم ٩٧٣٥٧ لسنة ١٤٢٨ه-٢٠٠٧م بشبكة الانترنت- الاستحسان للباحسين: ص١٧٦.

(٢)الحلال والحرام للدكتور/ يوسف القرضاوي: ص١١٢.

(٣) الاستحسان للباحسين: ص١٧٨.

- وأما التصوير الذي يحصل به الحرام أو يفضي إلى الحرام كتصوير الفساق والعرايا، وترويج الفواحش، وما يؤدي للغلو وما أشبه ذلك فلا نعلم من أباحه.

- وأما التصوير التذكاري وما أشبه ذلك مما لا تدعو له الضرورة كتصوير الطالب زملاءه، وتصوير المسافر بعض أفراد عائلته، فقد اختلف فيه المعاصرون على قولين:

- القول الأول: قالوا بتحريمه وهؤلاء هم: الشيخ محمد بن إبراهيم، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء برئاسة الشيخ ابن باز، والشيخ الألباني وتابعهم كثير من المحققين.

واحتجوا على ذلك بأن التصوير الفوتوغرافي تشمله أدلة التحريم العامة، وأنه يخشى من الغلو من المصورين الذي هو أصل الشرك وأن فيه التشبه بأفعال المشركين وإضاعة المال، ومنع دخول الملائكة.

- القول الثاني: قالوا بإباحته، وأنه لا يلحق بالتصوير المحرم، ومن هؤلاء: الشيخ نجيب المطيعي، والشيخ الشعراوي، والسيد سابق.

- والراجح: هو القول بالمنع، لأنه أورع وأحوط للمسلم[1] ، وهذا ما ذهب إليه بعض العلماء[2].

(١) حكم التصوير الفوتوغرافي لدى جمهور العلماء المعاصرين فتوى رقم ٩٧٣٥٧ شبكة الانترنت- حكم التصوير الفوتوغرافي فتوى رقم ٤٥٣٩. شبكة الإنترنت

(٢) يراجع: الاستحسان ليعقوب الباحسين: ص٢٠١.

الخاتمة
أهم النتائج والتوصيات

من خلال البحث في موضوع الاستحسان وأثره في الفروع الفقهية يمكن استخلاص النتائج التالية:

١) إن الاستحسان في اللغة عد الشيء واعتقاده حسناً، وأن الحسن ضد القبح، وأنه لا خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان لوروده في الكتاب، والسنة، وإطلاق أهل اللغة.

٢) إن القائلين بالاستحسان وهم: الحنفية والمالكية والحنابلة، عرفوه بتعريفات يرجع حاصلها إلى أن الاستحسان عبارة عن العدول عن موجب القياس الظاهر لدليل هو أقوى منه من نص أو إجماع، أو ضرورة، أو قياس خفي أقوى أثراً من القياس الظاهر، وهو بهذا المعنى متفق عليه بين العلماء ولا يصلح أن يكون محلاً للخلاف، لأن ترك الدليل الأضعف للدليل الأقوى مما لا خلاف فيه.

٣) إن المنكرين للاستحسان وهم: الشافعية– والظاهرية– والشيعة، عرفوا الاستحسان بما يرجع حاصله إلى أن الاستحسان هو ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو برأي نفسه من غير دليل، وهو بهذا المعنى مردود بالاتفاق، ولا يصلح أن يكون محلاً للخلاف بين العلماء لأنه بهذا المعنى يكون قولاً في الدين بمجرد الهوى والشهوة من غير رجوع إلى دليل شرعي وهو بهذا المعنى باطل بالاتفاق.

٤) إن الاستحسان بالنص هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب والسنة.

٥) إن الاستحسان بالإجماع أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس.

٦) إن الاستحسان بالضرورة والحاجة يتحقق في كل مسألة يترتب على العمل فيها بمقتضى الدليل العام حرج وضيق يلحق الناس فيترك العمل بمقتضي الدليل العام في هذه المسألة الجزئية تفادياً للضرورة ودفعاً للحرج عن الناس.

٧) إن الاستحسان بالعرف والعادة هو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، بحريان العرف بذلك، أو عملاً بما اعتاده الناس.

٨) إن المقصود من استحسان المصلحة هو أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة المقررة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج والمشقة عن الناس وتيسير معاملاتهم.

٩) إن الاستحسان بالقياس الخفي هو العدول بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول، لكنه أقوى حجة وأسد نظراً وأصح استنتاجاً منه.

١٠) لا خلاف بين العلماء في أن الاحتجاج بالاستحسان جائز عقلا.

١١) لا خلاف بين العلماء في أن الاستحسان بمعناه اللغوي، هو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحاً عند غيره ليس بحجة شرعية.

١٢) لا خلاف بين العلماء في الاحتجاج بالاستحسان الثابت بالنص أو الاجماع أو الضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن اتفاقا، وإن كان البعض لا يسميه استحساناً، وإنما يسميه تخصيصاً أو ترجيحاً بين الأدلة، فيكون الخلاف معه آيلاً إلى اللفظ.

١٣) اختلف الأصوليون في الاحتجاج بالاستحسان على مذهبين:

فالمذهب الأول للحنفية والمالكية والحنابلة وهؤلاء قالوا بأن الاستحسان حجة، ويستدل به على إثبات الأحكام الشرعية.

وأصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والظاهرية والشيعة قالوا بأن الاستحسان ليس بحجة ولا يستدل به على إثبات الأحكام الشرعية.

وبالتحقيق في المذهبين وأدلتهم تبين أن الاستحسان الذي قال به أصحاب المذهب الأول مرده إلى الأدلة الشرعية والقواعد الكلية للشريعة، وهذا لم ينكره الإمام الشافعي ولا واحد من أصحابه وتفريعاتهم في كتبهم شاهدة على ذلك، وإن كانوا لا يسمونه استحساناً، فالخلاف بينهم راجع إلى اللفظ دون المعنى.

أما الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي فهو ما كان مرجعه الهوى والشهوة من غير استناد إلى دليل شرعي، وهذا لم يقل به أصحاب المذهب الأول.

١٤) إن جميع الأئمة عند التحقيق قائلون بالاستحسان الذي مرده إلى الأدلة لاشرعية، وأن الخلاف بينهم إنما هو خلاف لفظي دون المعنى.

١٥) إن للاستحسان أثر كبير في الفروع الفقهية إذ لا يكاد يخلوا منه باب من أبواب الفقه الإسلامي، وأنه معمول به عند أصحاب المذاهب الأربعة.

١٦) إن الاستحسان يُعد طريقاً ممهداً لتحصيل أحكام كثيرة من الوقائع والنوازل المعاصرة، سواء كان بتطبيقه منهجاً للحصول على الأحكام، أو بتوسيع مجال ما استحسن، وجعله شاملاً حتى للصور المعاصرة، فهو آلة للمجتهد يستعين بها على فتواه، وما يتوصل إليه من الأحكام.

١٧) وأخيراً أوصي الباحثين بالاهتمام والبحث في أصول الشريعة وأدلتها وتطبيقاتها على واقع الناس المعاصر، والتمثيل على معناها بأمثلة حيوية واقعية لكي يستفاد منها الواقع العملي، ولا تبقى مجرد أدلة تعيش ماضي الأمم ولا تعيش حاضرها، لكي تتصف الشريعة الاسلامية بالمرونة ومسايرتها للعصر الحاضر، بدلاً من اتصافها بالجمود والتأخر.

أهم مراجع البحث

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: كتب الحديث وعلومه:

١) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، طبعة دار الكتب العلمية.

٢) الجامع الصحيح للسنن والمسانيد لصهيب عبد الجبار ط: غير مطبوع.

٣) الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي لأبي عيسي محمد بن عيسى ط: دار الحديث.

٤) السنن الكبرى لإمام المحدثين أبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي المتوفي سنة ٤٨٥- طبعة دار المعرفة، وطبعة دار الكتب العلمية.

٥) المستدرك على الصحيحين في الحديث للحافظ الكبير إمام المحدثين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفي سنة ٤٠٥هـ طبعة دار ا لكتب العلمية.

٦) المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ط: دار الحرمين.

٧) المعجم الأوسط للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ط: مكتبة الرشد.

٨) الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان لمحمد بن حبان ط: مؤسسة الرياض- الرسالة بيروت.

٩) سنن أبي داود للإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشقر طبعة دار الحديث.

١٠) سنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي طبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية- حلب.

١١) سنن الدارقطني لشيخ الإسلام علي بن عمر الدارقطني طبعة دار المعرفة.

١٢) سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة طبعة دار الحديث.

١٣) شرح السنة للبغوي طبعة المكتب الإسلامي.

١٤) صحيح مسلم بشرح النووي للإمام مسلم بن الحجاج طبعة مكتبة الدعوة.

١٥) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان لعلاء الدين علي بن بلبان الفارسي ط: مؤسسة الرسالة- بيروت.

١٦) صحيح ابن خزيمة لمحمد بن اسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري ط: المكتب الإسلامي.

١٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ط: مكتبة الإيمان بالمنصورة.

١٨) مسند الإمام أحمد بن حنبل طبعة المكتب الإسلامي.

١٩) مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق المعروف بالبزار ط: مكتبة العلوم والحكم.

٢٠) مصنف عبد الرزاق لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ط: المكتب الإسلامي.

٢١) مصنف ابن أبي شية لأبي بكر بن أبي شيبة ط: مكتبة الرشد- الرياض.

٢٢) نصب الراية لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، ط: مؤسسة الريان.

٢٣) موطأ الإمام مالك طبعة مؤسسة زايد بن سلطان.

ثالثا: كتب التفسير وعلوم القرآن:

١) أحكام القرآن لمحمد بن عبدالله أبو بكر بن العربي ط: دار الكتب العلمية.
٢) تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء ابن كثير ط: دار الريان للتراث.
٣) جامع البيان في تأويل القرآن لمحمد بن جرير الطبري ط: مؤسسة الرسالة.

رابعا: كتب أصول الفقه:

١) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ط: دار الكتب العلمية.
٢) أصول السرخسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي ط: دار المعرفة.
٣) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط: دار الفكر العربي.
٤) أصول الفقه لمحمد بن مفلح بن مفرج أبو عبد الله شمس الدين المقدسي ط: مكتبة العبيكان.
٥) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ط: دار الوفاء
٦) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ط: دار الكتب العلمية.
٧) التحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمام ط: دار الكتب العلمية.
٨) المحصول لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ط: دار الكتب العلمية.
٩) المستصفى من علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي ط: دار الفكر.
١٠) الفروق أو أنواء البروق في انواء الفروق للقرافي ط: دار الكتب العلمية.
١١) الإحكام لعلي بن محمد الآمدي طبعة المكتب الإسلامي.
١٢) الاعتصام لأبي إسحاق الشاطبي ط: المكتبة التوفيقية.
١٣) الموافقات في أصول الشريعة لأبي اسحاق الشاطبي ط: المكتبة العلمية.

١٤) الرسالة لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ط: مكتبة الحلبي.

١٥) تيسير التحرير لمحمد بن أمين المعروف بأمير بادشاه طبعة دار الباز.

١٦) شرح تنقيح الفصول اختصار المحصول في الأصول للقرافي ط: مكتبة الكليات الأزهرية.

١٧) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ط: دار الكتب العلمية.

١٨) شرح عضد الدين الإيجي على مختصر المنتهي لابن الحاجب المالكي ط: مكتبة الكليات الأزهرية.

١٩) شرح متخصر الروضة لنجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي بن سعد الطوفي ط: مؤسسة الرسالة.

٢٠) شرح التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ط: دار الكتب العلمية.

٢١) شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير لابن النجار ط: مكتبة العبيكان.

٢٢) شرح المنار وحواشيه في علم الأصول لعز الدين عبد اللطيف عبد العزيز بن ملك ط: دار السعادات.

٢٣) فصول البدائع في أصول الشرائع للفناري ط: الشيخ يحيى أفندي.

٢٤) قواطع الأدلة لأبي المظفر منصور بن محمد عبد الجبار السمعاني ط: دار الكتب العلمية.

٢٥) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت الأنصاري مع المستصفى ط: دار الفكر.

٢٦) كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي لعبد العزيز البخاري ط: دار الكتب العلمية.

٢٧) التلخيص في أصول الفقه لعبد الملك بن يوسف بن محمد الجويني ط: دار

البشائر الإسلامية.

٢٨) نهاية السول للإمام جمال الدين بن عبد الرحيم الإسنوي ط: دار الكتب العلمية.

المراجع الحديثة في أصول الفقه:

١) أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ط: دار الكتاب الجامعي.

٢) بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين د/ محمد السعيد عبد ربه.

٣) الاستحسان حقيقته وأنواعه، حجيته، تطبيقاته المعاصرة د/ يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ط: مكتبة الرشد.

٤) الاستحسان حقيقته وتطبيقاته عند الشافعي لمنصور راجح مقدادي بحث في مجلة علوم الشريعة والقانون مجلد ٣٧ العدد (١).

٥) الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة لعبد الرحمن زيد الكيلاني بحث منشور في كلية الشريعة جامعة مؤتة المجلد السادس عشر العدد الأول.

٦) حجية الاستحسان عند الأصوليين للدكتور/ عمر بن محمد عمر عبدالرحمن.

٧) الاستحسان عند الأصوليين والفقهاء رسالة لعبد اللطيف صالح فرفور.

خامسا: كتب الفقه:

١) إعانة الطالبين على حل ألفاظ متن المعين لأبي بكر المشهور بالبكري.

٢) إعلام لموقعين عن رب العالمين لابن القيم طبعة المكتبة التوفيقية.

٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم المصري ط: دار احياء الكتب.

٤) البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى الغياتي ط: دار الكتب العلمية.

٥) العدة شرح العمدة لعبد الرحمن بن ابراهيم بن أحمد أبو محمد بهاد الدين

المقدسي ط: دار الحديث.

٦) المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ط: دار الحديث.

٧) الروض المربع شرح زاد المستنقع لمنصور بن يونس البهوتي ط: دار المؤيد مؤسسة الرسالة.

٨) المدونة للإمام مالك بن أنس ط: دار الكتب العلمية.

٩) المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ط: دار الفكر.

١٠) المغني لابن قدامة المقدسي ط: دار الحديث، ومكتبة القاهرة.

١١) الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي لمحمد بن مفلح ط: مؤسسة الرسالة.

١٢) القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي.

١٣) القوانين الفقهية لزيد الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ط: دار الكتب العلمية.

١٤) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر.

١٥) الكافي في فقه أهل المدينة لابن قدامة المقدسي ط: دار عالم الكتب.

١٦) الهداية على شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن أبي عمر المرغيناني ط: دار الفكر.

١٧) الأم للإمام محمد بن ادريس الشافعي ط: دار المعرفة – بيروت.

١٨) الإجماع للإمام ابن المنذر ط: مركز الإسكندرية للكتاب.

١٩) الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ط: دار الكتب العلمية.

٢٠) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ط: دار الكتب العلمية.

٢١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط: دار الفكر.
٢٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ط: دار الكتب العلمية.
٢٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفه الدسوقي.
٢٤) دُرر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ط: دار إحياء الكتب العلمية.
٢٥) تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحد بن علي بن حجر الهيتمي ط: المكتبة التجارية الكبرى.
٢٦) رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين ط: دار الفكر.
٢٧) شرح العناية على الهداية للبابرتي مع شرح فتح القدير ط: دار الفكر.
٢٨) شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ط: دار الفكر.
٢٩) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب الرعيني المالكي ط: دار الفكر.
٣٠) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ط: مكتبة الكليات الأزهرية.
٣١) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي الحنبلي ط: دار الكتب العلمية.
٣٢) مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى ابن اسماعيل أبو ابراهيم المزني ط: دار المعرفة.

المراجع الحديثة في الفقه والطب:

١) الموسوعة الفقهية الكويتية ط: وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية.
٢) المدخل الفقهي للشيخ مصطفي أحمد الزقاء.
٣) الحاجة واثرها في الأحكام للشيخ أحمد الرشيد، رسالة دكتوراه.
٤) موسوعة الفقه الإسلامي طبعة بيت الأفكار الدولية.
٥) الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي.

سادسا: كتب اللغة:

١) التعريفات للشريف الجرجاني، طبعة دار الفكر.
٢) المعجم الوجيز طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم.
٣) المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ط: المكتبة العصرية.
٤) القاموس المحيط للشيح مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ط: المطبعة الأميرية ببولاق.
٥) مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ط: مكتبة لبنان.
٦) لسان العرب لأبي الفصل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن منظور الإفريقي المصري ط: دار صادر بيروت.