

الإحسان

عند الرؤوس والفقراء

(وما رأى المسلمين حسناً فهو عند الله حسن)

عبد الله بن مسعود رضي الله عنه

(الاستحسان تسعة أشار علم)

الإمام مالك رضي الله عنه

رسالة جامعية

من إعداد خادم الإسلام

عبد الطيف صالح فرفور

محاضر في الشريعة

والاستاذ الدكتور الشيخ

وهبه الزبيدي

وكييل كلية الشريعة بجامعة دمشق

أستاذ علم الأصول والفقه بجامعة دمشق

تحت اشراف العلامة صاحب الفضيلة

الشيخ صالح فرفور

قرظ هذه الرسالة :

- ١ - صاحب الساحة العلامة الكبير الدكتور الشيخ محمد أبو اليزيد عابدين
- ٢ - صاحب الساحة العلامة الكبير الشيخ عبد الوهاب دبس وزيت
- ٣ - صاحب الفضيلة الاستاذ الدكتور الشيخ وهبه الزبيدي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاهداء

إلى من رباني ترية القرآن الكريم ، وأنشأني خادماً للإسلام العظيم
إلى من نور عقلي بنور الفقه في الدين ، وقلبي بنور المعرفة واليقين

إلى استاذي وشيخي

فضيلة الأستاذ الملامة

الشيخ

محمد صالح فرفور

لتكون هذه الرسالة وثيقة عهد بيني وبين الله أن أسير في الدرب التي
رسمتها لي خدمة الإسلام العظيم .

خادم الإسلام

ابنكم

أبوهنيه

عبداللطيف صالح فرفور

٦١
من هندي رسول الله صلس الله عليه وسلم
وأئمَّةُ الديانِ

٠ عن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى المعلميه وسلم قال :
(إذا قيس القاضي فاجتهد وأصاب فله عشرة أجور وإذا اجتهد خطأ
فله أجر أو اجران)

رواها حميد والطبراني في الأوسط

٠ عن عقبة بن عامر الجهني عن النبي صلى المعلميه وسلم قال :
(اجتهد فلن أصيّر فلك عشر حسناً وإن لم تصب فلك حسنة)

رواها الطبراني في الصفيه والأوسط

٠ عن ابن رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال :
(يكثروا ولا تعسروا ويشروا ولا تنفرروا)

متفق عليه ورواه احمد في مسنده وصححه رواه النساء

٠ روى ابن القاسم عن مالك رضي الله عنهما قال :
(عشرة أشعار العلم الاستحسان)

المواقف للشاطئي

٠ روى أبي صالح البكري قال :

(إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وإن الاستحسان عاد العلم)

٠ روى محمد بن الحسن الشيباني قال :

(كان أبو حنيفة إنما قاس نازفة أصحابه المقاييس فإذا قال استحسن
لم يلحق به أحد)

من سور كِتاب الله

(يُوتِي الْحِكْمَةَ مِنْ يَشَا، وَمَنْ يُوتِي الْحِكْمَةَ قَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا)
 (وَمَا يَذَكِّرُ إِلَّا أَوْلُوا الْأَلْبَابِ) البقرة ٢٦٩ صدق العالظيم

هـ قال الله تعالى

(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) سورة البقرة

هـ وقال تعالى

(وَأَمْرُ قَوْمَكَ يَا أَخْذُدْ وَايَّا حَسْنَتِهِ) سورة الأعراف

هـ وقال تعالى

(وَاتَّهِمُوا أَخْسَنَ مَا نَزَّلْنَا لَكُمْ مِنْ رِبْكُمْ) سورة الزمر

هـ وقال تعالى

(فَبَشِّرْ عِبَادِ الدِّينِ يَسْتَمِعُونَ الْقُولَ فَيَتَبَعَّونَ أَحْسَنَهُ، أَوْلَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمْ وَأُولَئِكَ هُمُ أَوْلُو الْأَلْبَابِ) سورة الزمر

هـ وقال تعالى

(وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ، مِلَّةُ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَائِكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلِهِ) . وفي هذا المكون الرسول شهيداً عليكم وتكونوا شهيداً على الناس فاقتصوا الصلاة واتّثروا الزكاة واعتصموا بالله هُوَ مُوْلَاكُمْ فَنِعِمْ الْمَوْلَى وَنِعِمْ النَّصِيرِ) سورة الحج

التحنیظ الأول

كلمة صاحب السطحة العلامة الأصولي الكبير فقيه الأحناف في الديمار الشامية وموسعة المعلم والفضل والستقوى سليل الامجاد وبيت النبوة الاستاذ الدكتور الشيخ محمد أبي الياسير عبد بن المقeti العام للجامعة السورية العربية السورية سابقًا حفظه الله ذخراً للمسلمين ومد في حياته وحياة العلماء العاملين آمين .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لقد اطلعت على بعض نصوص وابحاث هذا الكتاب بدون استيعاب الذي جمله الشاب النجيب والعالم الليبي الشيخ عبد اللطيف نجل مولانا العلامة الشيخ صالح فرفور . فوجده تمهيداً حاوياً لسائل تفيد الطلاب وقد توسيع بما توخاه من فصل مستطاب ، وحاول ضبط مسائل الاستحسان بأقسام تسهيل الصواب وطرق كذلك لا يبحث لا حقه باسهاب . لكن مناقشات الائمة فيه اطالت الخطاب ، وأرى ان يلحقه بملخص ليكون اولى بالاعجاب .
فوفقاً للله ولذلك وجراه احسن الثواب . واكثر من امثاله النجباء
واسأله ان لا ينساني من غير الداء ، واصلني يا سالم على سيدنا محمد
الاصفيا ، والله وصحبه في الصبح والمساء آمين .

٢٨١ ربيع الآخر

كتبه خادم العلم الشريف

الطيب

محمد ابو الياسير

عبد بن



الستقربي الثاني

كلمة سماحة علامة الشام الأستاذ الكبير فقيه النفس مفتى
الأحداف الشيخ الأجل عبد الوهاب الحافظ الشهير بدبي وزيرت مد الله
في حياته وحياة العلماء العاملين من أمثاله وأداسه ذخرا للإسلام وال المسلمين
آمين .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة
للعالمين وعلى آل بيته الطاهرين وصحابته الكرام والعلماء العاملين ومن تبعهم
بإحسان إلى يوم الدين .

ما بعد فاني قد اطلعت على هذا المؤلف المحترم في قسم من اصول الفقه مسمى
بالاستحسان فوجدت كتاباً ذا حجج قاطمة وبراهين ساطعة حول ما يدل على ذلك
من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وأثار العلماء من الكتب المحتدة ونصوص الأئمة
الفقهية فهي تشهد لمؤلفه العالم الاديب والفاضل الليثي الاستاذ الشيخ محمد
عبد اللطيف افندي فرفور بالعلم والفضل وسعة الاطلاع بالأدلة والاحكام فقد تفدى
بالمعارف والعلوم مع التحقيق والتدقيق وتخلص بالأدلة بالمنطق والمفهوم وكيف لا وهو
نجل الأخ المشهور الجامع بين المحقق والمنقول وبين الشريعة والحقيقة سماحة
الاستاذ العزيز الكبير الحلامه الشيخ محمد صالح افندي فرفور فوالله لقد وجه للعلم
واذا وعم فضله في دمشق وغيرها من البلاد فحفظه الله واراد نفعه العظيم ووفق
نجله السيد الى ما فيه الخير والسعادة وجعل جزاءه النظر الى وجهه الكريم
ويسأله تعالى ان يمدنا جميعاً بدد الرسول العظيم صلى الله عليه وسلم
ويحسن لنا الخاتم والحمد لله رب العالمين .

دمشق في ٢٤ ربيع الآخر ١٣٨٨هـ الموافق ٢٠ / ٢ / ٩٦٨ م

خادم العلماء والقراء
عبد الوهاب الحافظ المتقرب
بدبي وزیر

عبد الوهاب
الحافظ للمقرب
بدبي وزیر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

— تَكْبِيرٌ —

نالت هذه الرسالة الجامعية للسيد محمد عبد اللطيف فرف
 ذات المعنوان "الاستحسان عند الاصوليين والفقها" درجة

((جيد جداً))

فتهنىء صاحبها ونرجو له اطهار التوفيق وللبیان حرر »

دمشق سا / ١٣٨

١٩٦١ / س

وكيل كلية الشريعة بجامعة دمشق
المشرف على الرسالة

الدكتور وهبة الرحيمي

أستاذ : الاصول والفقه بجامعة دمشق

د. وهبة الرحيمي

بین یہی الرسالۃ
=*=

لأزلت منذ نعومة اظفاری وأنا اسمع في الدروس الفقهية التي كان يلقیها سیدی الوالد على اخوانه أن هناك علمًا يقال له علم اصول الفقه ، لا يمكن لطالب العلم ان يسمع فقيها وأن يعد من العلماء حتى يتقن هذا الفن ويتعمق فيه ، ولقد كانت تلك الدرس في المسجد وكان يقرأ فيها حاشية ابن عابدين على الدرر ، ولقد كتب بها شفوفاً شففاً عظيماً ، وكان درس الفقه الحنفي وتفصي التسفي بمکان عليٰ شاعری واخذان بمجامع قلبی ، فازداد يوماً بعد يوم اهاناً بهذا الفقه الرائع وهذا التراث الخالد ، وهذا الاسلام العظيم .

ولقد كنت اتمنى ان اكون يوماً ما فقيها اصولياً مفسراً متيناً لعلوم الآلة وكانت تراودني تلك الامنيات الصغيرة منذ طفولتي المبكرة ، وأعتبر ذلك غاية الامال فما كان يخطر في بالي ما يخطر في بالي ذاتي ، بل كان اكبر همي ان أنسك في يوم من الايام كتاباً في اصول الفقه الاسلامي أقرأه وأقرئه ، وأدرسه وأدرسه وأدركت منذ تلك الايام أن علم اصول الفقه هو النابض الحساس الذي يمكن فيه سر التشريع وتظهير حكمه المشرع من وراءه ، وهو العصب المتحرك الرئيسي الذي تتجه عليه فروع كثيرة وأحكام متفرقة تظهر بمجملها اصولها وفروعها أن الاسلام الرائع دين قم واسع صالح لكل زمان ومكان أن يعمل به نظام دشوري مذهبي وكذا من أخرى تعبدی ، وفي كلتا الناحيتين فهو الاسلام العظيم الذي قال الله تعالى فيه :

(الْيَوْمَ أَكْلَمْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَّتُ عَلَيْكُمْ رِزْقَنِي وَرَضِيَتْ لَكُمُ الْإِسْلَامُ دِينَا)
الساقدة / ٤

ومن اصول الفقه ذلك العلم المحبب الى قلبي ، من اصول الفقه انطلق لا ظهر وأوضح في كل مجال بشكل علمي موضوعي صلاحية الاسلام للتطبيق في جميع المجالات ، ومن اصول الفقه انطلق قلبي ولسانی معتبرین عما يختلي في شرایطی ودینی من محبة لهذا الدين ، ودفع عنہ وذور عن حیاضه وصدق في التفاصی فی سبیله .

ومن اصول الفقه ذلك العلم الذي يعرفه الناس علماً جاماً متحجراً في عباراته وقواعده ، منه بالذات أدرك كه السر الكبير الكامن خلف معجزة الاسلام

الخالدة ، وأدركت ايضاً سراً آخر يمكن وراؤه أحاديث نبي الإسلام عليه السلام وتجيئاته وأقواله وأفعاله أنها كانت ^{تصدر} عن مخطوط علمي حكم عليه الله أباه وأوهاء ^{الله} وأحکمه له من فوق سبع سماوات .

ولذلك عشت مع اصول الفقه منذ وعيت الدنيا وكانت اسعافه يدرس للطلاب
النجاء ، عند فضيلة الشيخ شم في الجامعة ، فما كدت اقرؤه في كتبه حتى
ازدلت ايمانا فوق ايمان وتوسعت فهمي للإسلام على ضوء هذا العلم الكبير ، وفيه
ما يجعل الانسان يقف متحيرا كيف استطاع النبي الامي العظيم ان يلقن هذا العلم
الدقيق - ولو لم يكن له هذا الاساس اصحابه ومن بعدهم ، ويجعلهم يسكنون
بأسرار التشريع بأيديهم ، بل كيف استطاع ان يربى منهم الفقهاء والعلماء والاصوليين
والصحابيين ، وما كانوا الا أمة جاهلة متأخرة فأنشأ منهم ومن بعدهم علماء حكاما
فقهاء كادوا من فقيههم ان يكونوا انباء .

بل كيف كان هذا المعلم الضخم نابعاً من اقوال الرسول النبي الامي وأفعاله ومن الوحي الذي نزل عليه . . .

انه لسر من أسرار السماء !!

وبعد فان في اصول الفقه الاسلامي ولا سيما المذهب الحنفي الذى اشتهر بالقياس والاجتهاد والاستباهات ئ خبرة طيبة مباركة تجعل من هذا الفقه فقهنا نابضا بالحياة ، ومن تلك النظريات الكبرى الموجودة في اصول الفقه نظرية الاستحسان التي اشتهر بها الحنفية والمالكية ، وهي نظرية جديدة باهتمام الباحثين لأن فيها مادة طيبة لجعل الشريعة خصبة مشربة مباركة ذات ابتكار وابداع .

ويشاء الله ان أرجع بعد دراستي الجامعية الى مطلع حياتي ، الى اصول الفقه ، فأحبببت ان تكون هذه الرسالة في هذا العلم وعلى وجه الخصوص في نظرية الامتحان عند الاصوليين والفقهاء .

وأحببت أن أبين فيها قيمة هذه النظرية الحنفية المنشأ المالكية
المحتد من حيث التطبيق الفقهي في عصرنا الحاضر الذي ينبغي علينا ان
نظهر فيه للدنيا ما عندنا من تراث فقهي إسلامي خالد .

واني لا" رجو الله سبحانه ان يجازى شيخي الوالد وأستاذى الدكتور وهبه
الزهطلي خير الجزاء لما أبدى له من عطف وشرف فلهما مني جزيل الشكر
وأطيب الثناء .

وأسأل الله العظيم ان يوفقني لاؤدم هذا الفقه الرائع والاسلام
العظيم " .

خادم الاسلام

محمد عبد اللطيف فرفور

الفقه الاسلامي الخالد

من معجزات الاسلام وسر خلوده وعظمته وانتشاره وصلاحه للتطبيق والبقاء . وجود ذلك الكنز العظيم فيه الا وهو الفقه الاسلامي الخالد ، الفقه الذي يمكن فيه سير خلود الاسلام ، والذى يرقى الى أن يكون الفقه الذى نضاهى به فقهاء الدنيا بعرونته وصلاحيته للتطبيق والعمل به في كل زمان ومكان ، وبما يحييه من احكام دينية وأخروية تكفل للبشر سعادتي الدنيا والآخرة وتقيم لهم مجتمعا اسلاميا مثاليا في سلوكه وفي تصوره ، مثاليا في اخلاقه ومعاملاته ، مجتمعا تعمه الرحمة والعدل وترفرف عليه المحبة والسلام .

والفقه الاسلامي هذا فقه خالد باشتمل عليه من اصول وفروع وقواعد كليلة وجزئية اثبت الزمان خلودها وبقاءها كيف لا وهذا الفقه انما هو جواهرة نيرة مضيئة متأللة من صنع الخالق العظيم وتصميمه لازال الفقهاء المسلمين يصدقونها ويلسمونها حتى أصبحت تبهر الانظار وتخلب الالباب ، وشهاد بذلك العبد وقبل الصديق ، وكان هذا الفقه العظيم موضع احترام من فقهاء العصور المتلاحقة الى يومنا هذا والى أن يرت الله الا رض ومن عليها .

هذا وإن سر خلود هذا الفقه انما هو مصدره الالهي قواعده الاولى وأسمه الثابتة من وضع الله سبحانه وتعالى وهو حكم الحاكمين (أَلَا يَعْلَمُ مِنْ خَلْقٍ ؟ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ) . الملك / ١٤

ثم ان الرسول الكريم بعقله الوافر وهديه الطيب وقد وته الشلي زاد هذا الفقه عظمة فوق عظمة وغلودا بعد خلود بما شرعه من احكام وما قدّم من قواعد وما أسس من ادلة وأحكام تبقى سامة شامخة ما بقي الدهر وتتوالى الجدیدان .

هذا ، وإن المذاهب الاسلامية على اختلافها زادت هذا الفقه الرائع شرورة تشريعية ضخمة لا توجد في اي فقه آخر منها كان شأنه فمقول أئمة المذاهب وأفكارهم الرائعة كانت سبب خصي ونما ، في فقها الاسلامي العظيم لاسما وهي رضي الله عنهم يشربون من مصين واحد ويأخذون من مشكلة واحدة من معن - النبوة ومشكلة الوحي ، فلا غرو اذا أتونا بما يبهر العقول المفكرة من نظريات فقهية كبرى تكون عادة لما يبنى المسلمون من احكام تفصيلية كثيرة لوقا - غير متناهية .

ثم ان المذهب الحنفي بعد من ابرز المذاهب الفقهية في الإسلام اتساعاً ومروراً ، مع مالبيبة المذاهب الاجتهادية من مكانة ورقة ، غير أن هناك في هذا المذهب نظريات تبناها الحنفية وأسسوها عليها قواعد وأحكاماً مختلفة كانت سبب اتساع دائرة فقههم وقوتهم دليلاً لهم وحجتهم وكثرة احتمالهم المبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد ومن جملة هذه النظريات الاستحسان الذي سيكون موضع بحتنا في هذه الرسالة ان شاء الله تعالى .

واذا كان العالم يفاخر بالتشريع الروماني أو الفرنسي أو ما شابه ذلك فائنا ففاخرهم بالتشريع الإسلامي الذي كان ولم يزل تشريحاً مثالياً واقعياً حكيمياً وفقها متزناً واسعاً يشمل كل تصرفات الإنسان ويجعل من الإنسان ذاته شخصية ممتازة ومن المجتمع الإنساني مجتمعاً صالحاً مباركاً .

واني ان أجعل هذه الكلمة عن الفقه الإسلامي الخالد فاتحة الرسالة وكل كتاب فاتحة فاني أرفع رأسي عالياً يوم يذكر فقها العظيم وفقها علينا الأفضلون الخالدون ، وأستطيع القول بأن الله سبحانه وتعالى منّ على العالم أجمع بالإسلام .

ومن على الإسلام بالفقه الإسلامي الخالد .

وقد صدق الرسول الكريم عليه الصلوة والسلام حين قال :
 (ان لكل شيء دعامةً ودعامةً لهذا الدين الفقه ولفقهه واحد أشد على الشيطان من الفركابي) (١)

(١) أخرجه البهقي في شعب الإيمان والخطيب في التاريخ عن أبي هريرة رضي الله عنه .

الحمد لله رب العالمين ، والصلوة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين وهم ،

فاني سأذكر في هذه الرسالة فصولا عن الاستحسان عند الاصوليين والفقها، وسيكون البحث اصوليا فقهيا مع تطبيقات وسائل وأمثلة كثيرة ان شاء الله تعالى .

وقد استندت المدون من الله عز وجل وشرعت في العمل مستلهمها حديث النبي عليه الصلاة والسلام (فضل العلم خير من فضل العبادة) (١) سعتبرا هذا المسلم عبادة يتقرب بها الى الله عز شأنه ، وذهبوا متقصيا ما كتب في هذا الباب من القديم والحديث فجاءت بحمد الله بهذه صالحة أرجو الله ان يتقبلها مني و أن يثب عليها من كان لهم الفضل في تعليمها وارشادى فهي في صاحفهم ومن لمسات اعمالهم .

مخطط البحث :

هذا وقد قسمت البحث الى عدة فصول وكل فصل الى عدة مباحث نوجز القول عنها بما يلي :

- ١ - الفصل الأول : الاجتهاد في الفقه الاسلامي ومكانة الاستحسان منه ويتفرع الى عدة مباحث وهي أربعة ،
 - ١ - المبحث الأول : تصريف الاجتهاد لغة واصطلاحا ،
 - ٢ - المبحث الثاني : حجية الاجتهاد
 - ٣ - المبحث الثالث : اقسام الاجتهاد ومكانة الاستحسان منها .
 - ٤ - المبحث الرابع : قواعد الاجتهاد الاستحساني .

(١) الترغيب والترهيب ج ١ ص ٧٥ بلفظ : عن خذيفة بن اليمان رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (فضل العلم خير من فضل الجهادة وخيراً منكم الورع) رواه الطبراني في الأوسط والتبررار باسناد حسن .

٢ - الفصل الثاني : تعريف الاستحسان : ويتفرع إلى عدة مباحث وهي
ثلاثة :

- ١ - المبحث الأول : تعریفه لغة واصطلاحا .
- ٢ - المبحث الثاني : وصف الاستحسان .
- ٣ - المبحث الثالث : الفرق بين الاستحسان والقياس والمصلحة المرسلة .

٣ - الفصل الثالث : حجية الاستحسان : ويتفرع ذلك إلى عدة مباحث وهي
أربعة :

- ١ - المبحث الأول : أدلة المشتبئين .
- ٢ - المبحث الثاني : أدلة المنكريين .
- ٣ - المبحث الثالث : أئمة النذاهب والاستحسان - أبو حنيفة
مالك - أحمد - الشافعي - ابن حزم - موازنات .
- ٤ - المبحث الرابع : حقيقة الاستحسان .

٤ - الفصل الرابع : أنواع الاستحسان أو فقه الاستحسان : ويتفرع إلى
عدة مباحث وهي أربعة :

- ١ - المبحث الأول : تمهيد عن تقسيم الاستحسان عند الأصوليين .
- ٢ - المبحث الثاني : تفصيل التقسيمات الخمسة للإحسان .
- ٣ - المبحث الثالث : التعارض والترجيح عند الفقهاء بين القياس
والاستحسان .
- ٤ - المبحث الرابع : أمثلة فقهية وتطبيقات على الاستحسان .

٥ - الفصل الخامس : الفروق بين الاستحسان القياسي وبقية أنواع الاستحسان
وهو مبحثان :

- ١ - المبحث الأول : التحديدة .
- ٢ - المبحث الثاني : صحة اطلاق الاسم .

٦ - الفصل السادس : شروط المستحسن والمستحسن : وهو مبحثان :

- ١ - المبحث الأول : شروط الحكم المستحسن .
- ٢ - المبحث الثاني : شروط المستحسن .

٧ - الفصل السابع : شرات الاستحسان : وهو ثلاثة مباحث :

١ - المبحث الأول : امكان ايجاد حلول جديدة على ضوء الاستحسان
القياسى .

٢- المبحث الثاني : امكان الحكم ببعض القضايا الجديدة - النوازل -
بلاستحسان الضروري .

٣ - المبحث الثالث : مرنة الفقه الإسلامي بسبب الاستحسان بنوعيـه
و حاجة الفقهاء اليـه .

خاتمة الكتاب وتشتمل على :

اسماء اهم المراجع

الفهرس —

وقد قال تعالى :

(مَا يَفْتَحُ اللَّهُ مِنْ رَحْمَةٍ فَلَا مُسْكِنَ لَهَا)

"صدق الله العظيم"

الفصل الأول



الاجتهاد في الفقه الاسلامي ومكانة الاستحسان منه

- ١ - البحث الأول : تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا .
- ٢ - البحث الثاني : حجية الاجتهاد .
- ٣ - البحث الثالث : اقسام الاجتهاد ومكانة الاستحسان منها .
- ٤ - البحث الرابع : قواعد الاجتهاد الاستحساني .



الفصل الأول

الاجتهاد في الفقه الإسلامي ومكانة الاستحسان منه

١ - تحرير الاجتهاد لغة واصطلاحاً ٢ - حجية الاجتهاد ٣ - اقسام الاجتهاد
ومكانة الاستحسان منها . ٤ - قواعد الاجتهاد الاستحساني .

المبحث الأول : تحرير الاجتهاد لغة واصطلاحاً .

الاجتهاد في اللغة عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في تحقيق
امر من الأمور الهمامة ولا يستحمل إلا فيما فيه كلفة ومشقة .

(١) وفي اصطلاح الأصوليين هو : (استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية)
ذكره القاضي البيضاوي ، والاستفراغ معناه بذل الوسع والطاقة وذرك
الأحكام اعم من ان يكون على سبيل القطع أو الظن ، ويمثل ذلك عرفة ابن الهمام
 فقال : (هو بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعى عقلياً كان أو نقلياً
قطعاً أو ظنناً) والخلاصة ان الاجتهاد هو عملية استباط الأحكام الشرعية من
أدلةها التفصيلية في الشريعة (٢) .

المبحث الثاني : حجية الاجتهاد ،

والاجتهاد كأصل من اصول الشريعة دلت أدلة كثيرة على جوازه اما بطريق
التصريح او الاشارة :

- أما من القرآن الكريم فقد ورد قوله تعالى (إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ
لِتَعْكِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَى اللَّهُ) النساء / ١٠٤

فإن هذا النص يتضمن اقراراً لاجتهاد بطريق القياس (٢)
ومنها قوله تعالى : (إِنَّ فَوْنَاكَلَّا يَاتِ لَقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) الرعد / ٣

(١) شرح الاسنوى للمنهج ج ٣ ص ٢٣٢

(٢) الوسيط لاستاذنا الدكتور الشيخ وهبة الزحيلي ص ٥٠٩

(٣) المواقف للشا طبي ج ٣ ص ٣٦٨ مicus ١٦٢

- ومن السنة ما ورد بتجويز الاجتهاد فقد ورد عن عمرو بن العاص رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (اذا حكم الحاكم فاجتهد فاصاب فله اجران واذا حكم فاجتهد ثم اخطأ فله اجر) . (١)

- ومنها حديث معاذ رضي الله عنه حينما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضيا الى اليمن فقال :

(بم تقضي) .. قال بما في كتاب الله ، قال : فان لم تجد في كتاب الله ؟
قال : اقضي بما قضى به رسول الله ، قال : فان لم تجد فيما قضى به رسول الله ؟
قال : اجتهد برأيي ، قال الحمد لله الذي وفق رسوله) (٢).

- وقد اتبع الصحابة طريق الاجتهاد فيما لم يصروا فيه على نصرة ائمته او سنة
فكان أبو بكر رضي الله عنه اذا نزلت به قضية فلم يجد في كتاب الله تعالى منها اصلا
ولا في السنة اثرا اجتهد رأيه . (٣)

وعلى ذلك اجماع الصحابة ، (٤)

هذا وقد وردت في الرأى آثار تزمه وآثار تدعجه ، والمذموم هو الرأى عن هوى
والمندوح هو استنباط حكم النازلة من النص ، على طريقة فقهاء الصحابة والتبعين
وتبعهم بورن النظير الى نظيره في الكتاب والسنة ، وقد خرج الخطيب غالب تلوك
الآثار في (الفقيه والمتفقة) وكذلك ابن عبد البر مع بطن موارد تلك الآثار ، والقول
المحتم في ذلك ان فقهاء الصحابة والتبعين وتبعهم جروا على القول بالرأى بالمعنى
الذى سبق (أعني استنباط حكم النازلة من النص) وهذا من الاجماعات التي
لا سبيل الى انكارها (٥) وقد قال الامام ابو بكر الرازي في (الفصول) يمد
أن سرد ما كان عليه فقهاء الصحابة والتبعين من القول بالرأى ، (الى أن نشأ
 القوم ذوو جهل بالفقه واصوله ، لا معرفة لهم بطريقة السلف ، ولا توقي للاقدام على
الجهالة واتباع الاهواء البشعة التي خالفوا فيها الصحاوة ومن بعدهم من اخلافهم
فكان أول من نفى القطبان والاجتهاد في احكام العوادث ابراهيم النظام وطعن على

(١) الرسالة ص ٩٤ ، مجمع الزوائد ٤ ص ١٩٥ واللطف في مجمع الزوائد (اذا قضى القاضي فاجتهد واصاب فله عشرة اجر و اذا اجتهد واخطأ فله اجر او اجران) رواه احمد والطبراني في الاوسط .

(٢) كشف الأسرار ج ٣ ص ٩٩٨

(٣) الاحكام لأبي حزم ٦ ص ٢٨٥

(٤) الملل والنحل ١ ص ١٩٨

(٥) مقدمة نصب الرأية للزيلعي ص ٢١ و ٢٠ وهذه النصوص نقلناها من المقدمة للكوثري
رحمه الله تعالى بتصرف .

الصحابة من أجل قولهم بالقياس ، ونسبهم إلى مالا يليق بهم وإلى ضد ما وصفهم الله به ، وألقوا به عليهم ، بتهمة وقلة علمه بهذا الشأن - ثم تبعه على هذا القول نفر من المتكلمين البخداديين ، إلا أنهم لم يطعنوا على السلف في قولهم بالاجتهاد والقياس ، وذلك أنهم زعموا أن قول الصحابة في الحوادث كان على وجه التوسط والصلح بين الخصوم . . . لا على وجه قطع الحكم وإبرام القول ، فلأنهم قد حسنو مذهبهم بمثل هذه الجهة ، وتخلصوا من الشناعة التي لحقت النظام - بخطئه السلف ، ثم تبصّرهم رجل من الحشو جهول - يريد داود بن علي - (١) لم يدر ما قال هؤلاء ولا ما قال هؤلاء ، وأخذ طرفاً من كلام النّظام وطرفاً من كلام متكلمي بغداد من نفأة القياس وبسطلية ، وقد كان مع ذلك ينفي حجج العقول وزعم أن العقل لا حظ له في ادراك شيء من علوم الدين . . . وأبا سعيد بن الرازى أطسال النفس جداً في اقامة الحجة على حجية الرأى والقياس ، بحث لا يدع أى مجال للتشكيك ضد حجيته .

فالرأى بهذا المعنى وصف يارجع بوصفه كل فقيه يبني عن درقة الفهم وكمال الفوض ولذلك تجد ابن قتيبة يذكر في كتاب "ال المعارف" الفقهاء بمنسوبيهم " أصحاب الرأى " . وبعد ذيهم الأوزاعي وسفيان الثورى ، ومالك بن أنس رضي - الله عنهم ، وكذلك تجد الحافظ محمد بن الحارث الخشنى يذكر أصحاب مالك في قضاة قرطبة باسم أصحاب الرأى ، وهكذا يفعل أيضاً الحافظ أبو الوليد بين الفرضي في تاريخ علماء الأندلس ، وكذلك الحافظ أبو الوليد الباقي ، يقول في شرح حديث الداء العضال من الموطا :

في صدر الرد على ما يرويه النقلة عن مالك في تفسير الداء العضال ، ولم يرو مثل ذلك عن مالك أحد من أهل الرأى من الصحابة ، يعني أهل الفقه من أصحاب مالك ، إلى غير ذلك مما لا حاجة إلى استقصائه هنا .

وبهذا يتبيّن أن تنزيل الآثار الواردة في ذم الرأى عن هو في فقه الفقهاء وفي ردّهم النوازل التي لا تنتهي إلى انتهاء تاريخ البشر إلى المنصور في كتاب الله وسنقر رسوله إنما هو تتبّه حجج الشرع ، وأما تخصيص الحنفي

(١) هذا الكلام للرازى في كتاب الفصل .

بهذا الاسم فلا يصح الا يمعنى البراعة بالبالغة في الاستنباط فالفقه حينما كان يصح به الرأى سواء كان في المدينة أو في المراق ، وطوائف الفقهاء كثيرة انما يختلفون في شروط الاجتهاد بما لاح لهم من الدليل ، وهم متتفقون في الاخذ بالكتاب والسنّة والاجماع القياس ولا يقتصرن على واحد منها .

واما اهل الحديث فهم الرواة النقلة ، وهم الصيادلة كما أن الفقهاء هم الاطباء ، كما قال الأعشن ، فإذا اجترأ على الافتاء أحد الرواة الذين لم ينتفوا يقع في مهزلة كما نص الراصي في الفاصل ، وابن الجوزي في التلبيس وأخبار الحمق والخطيب في الفقية والمتفقه على نماذج من ذلك .

ولقد قال الشهاب ابن حجر العسقلاني الشافعى في خبرات الحسان ص ٣٠ - (يتحسّن عليك أن لا تفهم من أقوال العلماء ، أى المؤاخرين من مذهبـه - عن أبي حنيفة وأصحابـه - أئمـهم أصحابـ الرأى أن مرادـهم بذلك تنقيصـهم ولا نسبـهم إلى أنـهم يقدـمون رأـيـهم على سـنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا على قولـ أصحابـه لأنـهم بـراءـ من ذـلك ، ثم بـسطـ ما كانـ عليه أبوـ حنيـفة وأصحابـه فيـ الفـقهـ منـ الآخذـ بـكتـابـ اللهـ ثمـ بـسـنةـ رسـولـهـ ثمـ بـأـقوـالـ الصـحـابةـ ردـاـ عـلـىـ توـهمـ خـلـافـ ذـلـكـ .

ولا انكر أن هناك نفرا من الصالحين يخسرون أبا حنيفة وأصحابـه بالوقـعـةـ منـ بينـ الفـقـهـاءـ ، وذـلكـ حيثـ لا يـنتـبهـونـ إلـىـ العـلـلـ القـادـحةـ فيـ الـأـخـبـارـ التيـ تـرـكـهاـ ابوـ حـنـيفـةـ وأـصـحـابـهـ فـيـ ذـلـكـ وـهـمـ اـنـهـمـ تـرـكـواـ الـحـدـيـثـ إلـىـ الرـأـىـ وـكـثـيرـاـ مـاـ يـعـلـمـ عـلـىـ مـدـارـكـهـ وـجـهـ اـسـتـنـبـاطـ هـؤـلـاءـ الـحـكـمـ مـنـ الدـلـيلـ لـدـقـةـ مـدـارـكـهـ وـجـمـودـ قـرـائـبـ النـقلـةـ فـيـ طـيـعـتـهـنـوـنـ فـيـ الفـقـهـاءـ اـنـهـمـ تـرـكـواـ الـحـدـيـثـ إلـىـ الرـأـىـ وـهـذـاـ النـبـزـ مـنـ لـاـ يـؤـذـىـ إـلـاـ اـنـفـسـهـمـ .

اما ابن حزم فتبرأ من القياس جملة وتفصيلا ، فحظـ أبيـ حـنـيفـةـ منـ شـائـمهـ مثلـ حـظـ باـقـيـ الـأـئـمـةـ الـقـائـلـينـ بـالـقـيـاسـ ، وـالـقـاضـيـ اـبـوـ بـكـرـ بـنـ الصـرـبـيـ مـنـ قـيـامـ بـوـاجـبـ الـرـبـ عـلـيـهـ فـيـ (ـ الـسـوـاصـمـ وـالـقـوـاصـ)ـ وـلـيـسـ لـاـبـنـ حـزمـ شـبـهـ دـلـيلـ فـيـهـ مـاـ يـدـعـيهـ مـنـ نـفـيـ الـقـيـاسـ غـيـرـ الـجـازـفـ بـنـفـيـ مـاـ ثـبـتـ مـنـ الصـحـابـةـ فـيـ حـجـيـةـ الـقـيـاسـ ، وـغـيـرـ الـاجـتـرـاءـ عـلـىـ تـصـحـيـحـ روـاـيـاتـ وـاهـيـةـ وـرـدـتـ فـيـ ردـ الـقـيـاسـ . (١)

هذا واني توسيط في بحث حجية الاجتهاد وعرضت اقوال الائمه فيه لما لست في ذلك من ضرورة لفهم معنى الرأي والاجتهاد الذي اخذه به الائمه الاربعة رضوان الله عليهم ولا سيماء لهم حنفية ترمذية وأصحابها ، كي يكون القاريء على بينة وبصيرة من ذلك .

المبحث الثالث :

اقسام الاجتهاد ومكانة الاستحسان منها :

قصر الإمام الشافعى رحمة الله الاجتهاد بمعنى الاستنباط على القياس على أمر ورد في الكتاب والسنة ، فقد سأله سائل : فما القياس ؟ ، أهوا الاجتهاد ؟ أم هما مفترقان ؟ فأجاب : هما اسنان لمحني واحد ، (١) ، ذلك لأنّه لم يأخذ رضي الله عنه بالرأى السبئي على الاستحسان أو المصالحة المرسلة .

اما جمهور الفقهاء والاصوليين فانهم وسعوا في معنى الاختهار فجعلوا مفهوم الاختهار شاملا للرأي والقياس والتعقل ، والرأي عند هم كما فهم الصحابة هو العمل بما يراه المجتهد مصلحة وأقرب الى روح التشريع الاسلامي من غير نظير الى أن يكون هناك افضل مفهوم للحادية أو لا يكون .

وقد ذكر بعض الاصوليين المعاصرین للراجحتا بـ ثلاثة اقسام :

^١ - الاجتهاد البطني : وذلك لبيان الأحكام الشرعية من نصوص الشارع .

٢ - الاجتهاد القياسي : وذلك لوضع الاحكام الشرعية للواقع الحادثة بما ليس فيها كتاب ولا منة بالقياس على ما في نصوص الشارع ^{يحسن} احكام .

٣- الاجتهاد الاستصلاحي: وذلك لوضع الأحكام الشرعية أيضاً للواقع الحادثة
منا ليس فيها كتابولا سنة بالرأي المبني على قاعدة -
الاستصلاح . (٢)

(١) الرسالة ص ٢٢٤

٢) المدخل الى علم اصول الفقه للدكتور مصطفى الدوالبي ص ٣٨٩ .

وقسمه بعض الاصوليين المعاصرین الآخرين ايضا الى قسمين :

- الاجتهاد المقلبي : وهو ما كانت الحججية الثابتة لمصادره عقلية محسنة غير قابلة للجعل الشرعي كالاستقلات المقلبية ، وقواعد لزوم دفع الضرر المحتمل وقبح العقاب بلا بيان .

— والاجتهاد الشوئي: وهو ما احتاج الى جعل حججته من الحجج الشرعية ويدخل ضمن هذا القسم الاجماع القياسي والاستحسان والاستصلاح والعرف و— الاستصحاب ، (١) هذا واني ارى أن كلا التقسيمين فيما نظر ، فالتقسيم الاول لم يدخل الاستحسان وهو نوع من انواع الاجتهاد الا بوصفه تابعا بسيطا للقياس او الاستصلاح ، والتقسيم الثاني أغفل كذلك الاجتهاد الاستحساني — كاصل يمكن الاعتماد عليه في كثير من الفروع الفقهية ويدخل ضمنه الاستصلاح .

وانى ارى - والله اعلم - أن الاجتهاد ينبغي أن يقسم إلى ثلاثة أقسام،

الاجتهاد في البيان

٢ - الاجتهاد القياسي

٣ - الاجتهاد الاستحساني

ونكون بذلك قد حصرنا جميع أنواع الاجتهاد تحت هذه الأقسام الثلاثة ، وتحت
كلمة الاجتهاد الاستحساني يدخل الاستصلاح تبعا لما سنبيه فيما بعد ، ممتن
أن الاستصلاح ما هو في الحقيقة إلا نوع من أنواع الاستحسان ، وهو استحسان الضرورة
فيكون تبعا له لا بالعكس .

ولا يحترض على تقسيمنا بما يحترض على التقسيمين السابقين ذلك لأن تقسيم الدكتور الدوالبي تقسيم تام لولا جمله الاستصلاح أصلاً والاستحسان تبعاً . أما تقسيم الأستاذ الحكم فتقسيم فيه نظر من وجوه منها :

أن كلامنا إنما هو في الاجتهاد الشرعي لا العقلي لأن الأصوليين إنما يبحثون في القواعد التشريعية والآدلة الشرعية نصاً أو اجتهاداً فلا داعي للبحث في قواعد

الاجتہاد المقلی لأنها خارجة عن نطاق موضوعنا ، وفي الاجتہاد الشرعی لم يأتنا ب التقسيم كما جاء التقسيم الأول فكان هذا التقسيم محل نظر .

وكان التقسيم الأول أوضح وأجود لذلك اخذنا به مع جعل القسم الثالث اجتہاداً استحسانياً كما بينا .

هذا ، وعلى هذی تلك الطریقة التي اشرنا إليها اعلاه اخذ تلامذة النبي عليه الصلاة والسلام يفتون ويقضون ويقيسون ويجتهدون كلما رفعت إليهم قضية ليس فيها نص من كتاب أو سنة فيكون اجتہادهم :

- اما بياناً وتفسيراً للنصوص الكتاب والسنة .
- أو قياساً على الأشباه والأمثال مما في الكتاب أو السنة .
- أو الرأى الذي لا يعتمد على نص خاص ، وإنما على روح الشريعة المبئوثة في جميع نصوصها معلنـة أن غایة الشرع إنما هي المصلحة ، وحيثـا وجدـتـ المصلحةـ فـثمـ شـرعـ اللـهـ ، وـأنـ مـارـأـةـ الـمـسـلـمـونـ حـسـنـ فـهـوـعـنـ اللـهـ حـسـنـ .

ويمکن ان نقدم مثلاً على كل نوع من انواع الاجتہادات الثلاثة فنـرىـ كـيـفـ كانـ الصـاحـابةـ يـفـهـمـونـ وكـيـفـ كانواـ يـقـيـسـونـ وكـيـفـ كانواـ يـتـشـدـدـونـ فيـ طـلـبـ المـصـلـحـةـ وفيـ تـحـقـيقـ غـایـةـ الشـرـعـ عـنـدـ ماـ كانواـ يـسـتـحـسـنـونـ .

- وفيما يلي قضية قسمة الأراضي التي فتحها المقاتلون عنوة في العراق وفي الشام وهي مصر على عهد أمير المؤمنين الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(فـلـقـدـ جـاءـ النـصـ الـقـرـآنـيـ يـقـولـ بـصـراـحةـ لـأـغـمـوضـ فـيـهاـ (ـ إـنـ خـمـسـ الـفـنـائـمـ يـرـجـعـ لـبـيـتـ الـمـالـ وـيـصـرـفـ فـيـ الـجـهـاتـ الـتـيـ عـيـنـتـهـ إـلـيـةـ الـكـرـيـمةـ فـقـدـ قـالـ اللـهـ تـعـالـىـ فـيـ سـوـرـةـ الـأـنـفـالـ :

(وـأـعـلـمـواـ أـنـتـاـ غـيـرـمـنـشـيـ) فـإـنـ اللـهـ غـمـسـهـ وـلـلـرـسـوـلـ وـلـذـيـ الـقـرـنـ وـالـيـتـائـرـ وـالـسـاكـنـ) الـأـنـفـالـ / ٤١ـ

اما الخامس الاربعة الباقية فتقسم بين الخانمين علاـمـ بـفـهـمـ الـأـيـةـ الـمـذـكـورـةـ وـيـفـعـلهـ عـلـيـهـ السـلـامـ حينـ قـسـمـ خـيـرـ بـيـنـ الـغـزـةـ . (١)

وَعِلْمًا بِالْقُرْآنِ وَالسَّنَةِ جَاءَ الْفَانِمُونَ إِلَى عَمِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَطَلَبُوا أَنْ يُخْرِجَ الْخَمْسَةَ لِلَّهِ وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْأَيْةِ وَانْ يَقْسِمَ الْبَاقِي بَيْنَ الْفَانِمِينَ ۝

فقال عمر : فكيف يهمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيرت ؟ ما هذا برأي .

فقال له عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه : فما الرأي ؟ .. ما الا رضوالملوّج
الا ما افاء الله عليهم .

فقال عمر : ما هو الا ما تقول ولست ارى ذلك ؟ والله لا يفتح بعدي بلاد فيكون فيه كبير نيل ، بل عسى ان يكون كلام على المسلمين ، فاذًا قسمت ارض العراق - بعلوچها وأرض الشام بسلاوجها فما يسد به الثغور ؟ (١) وما يكون للذرئـة والارامل بهذا البلد وخيره من اهل الشام والعراق .

فأكثروا على عمر ، وقالوا : تقف ما أفاء الله علينا بأسياقنا على قوم لم يحضروا
ولم يشاهدوا ؟ ولا بناهَا قوم ولا بناهَا ابنائهم ولم يحضرها ؟
فكان عمر لا يزيد على أن يقول : هذا رأيي .

قالوا : فاستشر .

فاستشار المهاجرين الاولين فاختطفوا ، فاما عبد الرحمن بن عوف فكان رأيه ان تقسم لهم حقوقهم ورأى عثمان وطلحة وابن عمر ، وكذلك رأى معاذ بن جبل حيث قال لعمر : (انك ان قسمتها صار الريع العظيم في أيدي هؤلاء القوم ثم يبيدون فيصبح ذلك الى الرجل الواحد أو المرأة ثم يأتي من بعد هم يسيرون من الاسلام سدا وهم لا يجدون شيئا ؟ فانظر امرا يسع أولئك وآخرين) .

فأرسل الى عشرة من الانصار خمسة من الاوس وخمسة من الخزرج من كبرائهم وأشرافهم فلما اجتمعوا حمد الله واثنوا عليه ثم قال :

(اني لم ازعجكم الا لأن تشركوا في امانتي وفيما حملت من اموركم فاني واحد
كأحدكم وأنتم اليوم تقرؤن الحق ، خالفني من خالفني ، ووافقني من وافقني ولست
أريد ان تتبعوا هذا الذي هو اي ، معكم من الله كتاب ينطق بالحق فوالله لئن

(١) التفور : جمع تفمر وهو ما كان على الحدود بين بلاد الاسلام وبلاد الحرب وتسى اليوم الحديث أو الجبيحة .

كنت نطقت بأمر أريده ما أريد به إلا الحق) .

قالوا : قل نسمع يا أمير المؤمنين :

قال : قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أنني اظلمهم حقوقهم
وأني أعوذ بالله أن أركب ظلمًا ، لشن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم واعطيته غيرهم
لقد شفقت ، ولكن رأيت أنه لجحيف شيء يفتح بعد أرض كسرى ، وقد غضبا الله
أموالهم وأرضهم وعلوهم فقسمت ما خعوا من أموال بين أهله ، واخرجت الخمس فوجهته
على وجهه وأنا في توجيهه ، وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوهما ، وأضع
عليهم فيها الخراج وفي رقابهم الجزية يؤذونها فيما لل المسلمين المقاتلة والذرية ولسمن
يأتي بعدهم .

رأيت هذه التغور . لا بد لها من رجال يلزمونها ، رأيت هذه المدن
العظم كالشام والجزيرة والكونية والبصرة ومصر ؟ لا بد لها من ان تشحن بالجيوش
وادرار العطا عليهم فمن أين يعطى هؤلاء اذا قسمت الأرضون والعلو ؟ (١)

قالوا جميعاً : الرأى رأيك فنعم ما قلت وما رأيت ، ان لم تشحن هذه -
التغور وهذه المدن بالرجال وتجرى عليهم ما يتقوون به رجع أهل الكفر الى مدنهم

قال : قد بان لي الأمر ، فمن رجل له جزالة وعقل يضع الأرض موضعها
ويضع على الملوء ما يحتلون ؟

فاجتمعوا له على عثمان بن حنيف ، وقالوا : تبعثه الى أهم ذلك فان لم
بصرا وعقلا وتجرية .

(٢)

فأسرع اليه عمر رضي الله عنهما وولاه مساحة أرض السوار

وأنت ترى ان هذا الاجتهاد الذى رأه عمر رضي الله عنه بياناً وتفسيراً لنصوص ،
الشريعة ، وقد حمل مخالفيه على ان يفهموا النصوص على ضوء المصلحة العامة
التي هي غاية الشريعة ، وبها صلاح الناس .

(١) الملوء : هم الكفار المقيمون على كفرهم من العجم .

(٢) الخراج لأبي يوسف رضي الله عنه ص ٤٣ - ٤٤ ط القاهرة

وقد قال القاضي أبو يوسف رحمة الله (والذى رأى عمر رضي الله عنه من الاستئثار من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله كان له فيما صنع ، وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين وفيما رأه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم ، لأن ، هذا لولم يكن موقوفاً على الناس في الاعطيات والرُّزاق لم تشحن التغور ولم تقو الجيوش على السير في الجهاد) .

هذا ، وإن المثال السابق يمكن أن يكون مثلاً على النوع الأول من الاجتهاد وذلك عن طريق البيان والتفسير للنصوص ، ومثلاً أيضاً نائماً على النوع الثالث من الاجتهاد وذلك عن طريق الرأي الذي يعم الاستحسان والاستصلاح ، والذي لا يعتمد على نص خاص فيما ذهب إليه من الحكم ، وإنما على روح الشريعة المبئثة في جميع نصوصها مملنة أن غاية الشرع إنما هي المصلحة وحيثما وجدها المصلحة فثم شرع الله وأن (ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) .

وإن هذا النوع من الاجتهاد هو الطريقة التي شلت فيها بعد جميع المسائل التي عرفت أخيراً بالمصالح المرسلة عند المالكية وبعض مسائل الاستحسان عند الحنفية .

المصالح المرسلة هي المصالح التي جاء الشرع باعتبارها وبحمايتها بصورة مطلقة دون أن تكون حمايتها مقيدة ببرود نص خاص فيها ، وإنما العمدة في اعتبارها على ماجاء في الشريعة من أصول عامة وقواعد كلية من شأنها أن تعتبر تلك المصالح وأن تحميها .

وإن الاستحسان فهو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول . (١)

وذلك حماية للمصالح التي جاء الشرع باعتبارها وتحقيقاً لغاية الشرع وهي - المصلحة . ، هذا ، ويمكننا أخيراً في مصر تقسيمنا للإجتهاد أن نضرب مثلاً توضيحاً على الإجتهاد القياسي ، وذلك هو توريث الجدة لأب بالقياس على ما ورد في السنة من توريث الجدة لامٌ بل إن الجدة لأب هي أولى .

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ج ٤ ص ٣

(جاءت جدتنا الى ابى بكر الصدیق رضي الله عنه ، فأعطي المیراث ام الام ، دون ام الاّب ، فقال له رجل من الانصار من بنى حارثة يقال له عبد الرحمن بن سهل :

" يا خليفة رسول الله قد أعطيت المیراث التي لو ماتت لم يرثها " ولذلك
رجع ابو بكر عن رأيه في حرمان ام الاّب وجعل المیراث بين الجدتين) (١)

لأنه ليس من المعقول ان تُعطى الجدة لام حقا في تركة أولاد بناتها بينما
أن هؤلاء ليس لهم حق في تركتها ، وأن تحرم في الوقت نفسه الجدة لاب من أن يكون
لها حق في تركة أولاد ابنها بينما ان هؤلاء لهم حق في تركتها ، وإنما المعقول
قياسا على السنة التي ورثت الجدة لام أن نورث ايضا الجدة لاب من باب اولى) (٢)

(١) أعلام المؤمنين عن رب العالمين ص ٢٥٩ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٤

(٢) شرح المؤلف للمرحبيه بحث السادس .

المبحث الرابع
قواعد الاجتهاد الاستحساني

لقد ذكر علماء المالكية قواعد للاستصلاح ولا سيما الامام الشاطئي في كتابه العظيم المواقفات ، واذا كان نظر الحنفية يشير الى أن الاستصلاح نوع من الاستحسان يقال له استحسان الضرورة فيمكننا ان نجعل تلك القواعد الاستصلاحية استحسانية ايضا فنقول :

ان المصالح تقسم الى ثلاثة مراتب :

١ - **الضرورات** : وهي ما لا يمكن الاستغناء عنها في قيام المجتمع الانساني ، وترجع الى المحافظة على الضروريات الخمس التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها وهي :

(حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال)

٢ - **ال حاجيات** : وهي ما تدعو الحاجة اليها ولكن يمكن الاستغناء عنها بشيء من المشقة ، وهي بهذا المضمار ترجع الى كل ما يرفع عن الناس الحرج ويخفف عنهم مشاق التكليف .

٣ - **التحسينيات** : وهي ما لا يرجع الى ضرورة ولا الى حاجة ولكن تقع موقع التحسين والتنزيل والتيسير لرهاية احسن المناهج في العبادات والمعاملات وهي بهذا المعنى ترجع الى مكارم الاخلاق ومحاسن العادات ، وكل ما يقصد به سير الناس في خطتهم على احسن منهج ، (١) والملخص قواعد الاستحسان الضروري :

١ - **القاعدة الاولى** : إن الحاجيات كالنecessity للضروريات ، وكذلك التحسينيات كالتكلمة لل حاجيات ، وان الضروريات هي أصل المصالح .

٢ - **القاعدة الثانية** : واذا كان الضروري قد يختلط باختلال مكلاته كانت المحافظة عليها لا يجله مطلوبة وانه اذا كانت زينة لا يظهر حسنة الا بها ، كان من الاحق ان لا يدخل بها .

(١) ومن اراد التوسيع في هذا البحث فقد افرد له الامام الشاطئي المالكي رحمه الله تعالى الجزء الثاني من كتابه القيم المواقفات فمراجعه المسمى .

٣ - القاعدة الثالثة : ثم ان لكل تكلمة من حيث هي تكمله شرطاً وهو ان لا يعمد اعتبرها على الأصل بالابطال وذلك ان كل تكلمة يقضى اعتبارها الى رفض أصلها فلا يصح اشتراطها .

٤ - القاعدة الرابعة : ولا يراعي حكم تحسيني اذا كان في مراعاته اخلال بحكم ضروري او حاججي ، لأن المكمل لا يراعي اذا كان في مراعاته اخلال بما هو مكمل له ، ولذا ابى كشف العورة اذا اقتضى العلاج ذلك او نحوه لأن ستر الصورة تحسيني والعلاج ضروري . (١)

وهنالك قواعد خاصة ، منها ما هو خاص بدفع الضرر ، ومنها ما هو خاص برفع الحرج وتفرغ عن كل من ذلك عذقة فروع واستبعاد جملة احكام .

ومن ابرز تلك القواعد الخاصة برفع الضرر القواعد التالية :

١ - الضرر يزال شرعاً : ومن فروع هذه القاعدة ايجاب اخذ الملاجات الواقعية من الامراض المعدية في حالة ظهور وباء .

٢ - الضرر لا يزال بالضرر : ومن فروعها انه لا يجوز للانسان ان يدفع الفرق عن أرضه باغرق أرض غيره .

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام : ومن فروعها تسخير اثمان الاشياء اذا غلا اربابها في اشانها .

٤ - يرتكب أخف الضررين لانتقاء اشد هما : ومن فروعها تظلم الزوجة للضرر والاعسار .

٥ - دفع المضار مقدم على جلب المنافع ومن فروعها منع المالك من التصرف في ملكه تصرفًا يخصه بغيره .

٦ - الضرورات تتبع المحظورات : ومن فروعها اخذ الدين من مال المدين بغير انه اذا امتنع من اداء دينه .

٧ - الضرورات تقدر بقدرها : وما جاز لعذر يبطل بزواله . (٢)

(١) المواقف للشاطبي ج ٢ ص ١٢

(٢) من اراد التوسيع في هذه القواعد الفقهية فليراجع الجزء الاول من مجلة الاحكام المدنية شرح الشيخ خالد الائسي يجد هذه القواعد وغيرها حيث افرد هذا الجزء لمائة قاعدة كلية فقهية تقريباً .

ومن ابرز القواعد الخاصة برفع الحرج :

- ١ - المشقة تجلب التيسير وذلك بسبب من الأسباب وحصرها بالاستثناء في سبعة : السفر ، والمرض ، والإكراه ، والنسيان ، والجهل ، وعموم البلوى ، والنفس في الأئمة .
- ٢ - الحرج مرفوع شرعاً .
- ٣ - الحاجات تنزل منزلة المضرورات في اباحة المحظورات (٣)

* الفصل الثاني *

تعريف الاستحسان

المبحث الأول ١ - تعريفه لغة وأصطلاحاً

المبحث الثاني ٢ - وصف الاستحسان

المبحث الثالث ٣ - الفرق بين الاستحسان والقليس والمصالح المرسلة



* الفصل الثاني *

تعريف الاستحسان

١ - تعريف لغة وأصطلاحاً ٢ - وصف الاستحسان ٣ - الفرق بين
الاستحسان والقياس والمصالح المرسلة .

المبحث الأول

تعريف الاستحسان في اللغة وأصطلاح

١ - الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً (١)

قال الفيروز بادي في المحيط تحت مادة حسن : (واستحسنه عده حسناً) (٢)
وقال بعض الأصوليين : الاستحسان في اللغة استعمال من الحسن وهو عد
الشيء واعتقاده حسناً ، تقول استحسنت كذا اي اعتقدت حسناً (٣)

وليس هناك خلاف بين العلماء في جواز استعمال (٤) لفظ الاستحسان
لوروده في القرآن الكريم كقوله تعالى : (الذين يستمعون القول فيتبعون
احسنه) سورة الزمر / ١٨ وقوله سبحانه (وامر قومك يأخذوا
بأحسنها) الاعراف / ١٤٤ ووروده في السنة كما روى عن ابن مسعود رضي
الله عنه (ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (٥) وورد في
عيارات المجتهدين كاستحسان دخول الحمام من غير تقدير في النساء وعوضه
و يقول الشافعى رحمة الله (أستحسن في المتعة أى (الهدية بعد الطلاق)
أن تكون ثلاثين درهماً ، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة
 أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة أى اقسامها) .

(١) التلويح ج ٢ ص ٥٢١ والمعيني شرح النار ص ٢٨٥

(٢) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢١٤ باب النون فصل الحاء

(٣) كشف الأسرار ص ١١٢٢

(٤) الأحكام للأمدي ج ٣ ص ١٣٦ ، شرح الأستوى ج ٣ ص ١٦٨ ، الوسيط ص ٤٠١

(٥) رواه الإمام أحمد في كتاب السنة .

وقال في السارق اذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى عند اقامة الحد فقطعت : (القياس ان تقطع يمناه والاستحسان ان لا تقطع ، واستحسن التحليف على الصحف ونحو ذلك) (١) .

و مثل ذلك استحسان شرب الماء من السقاين من غير تقدير في الماء
وعوضه .

٢ - تعريف الاستحسان عند الاصوليين :

٣ - عرف اليعني الاستحسان اصطلاحا بقوله :
(هو اسم لدليل بعارض القياس الجلي) (٢)

وهو كما ترى قاصر على تعريف نوع من انواع الاستحسان وهو الاستحسان بالقياس الخفي الذي يقابل القياس الجلي كما سأليت بحثه .

ب - وقد ذكر الرهاوى في حاشيته على ابن الملك عدة تعاريف قال :
(وفي الاصطلاح قيل هو الدليل الذى يكون معارض للقياس الظاهر
الذى تسبق الاوهام اليه قبل التأمل)
وقيل هو المدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه
لوجه هو اقوى .

وقيل هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الالفاظ لوجه
هو اقوى منه وهو في حكم الظاهر .) (٣)

(١) شرح المحلى على جمع الجواعج ج ٢ ص ٢٨٨ ، غاية الوصول ١٤٠ .

(٢) الصيفي على المنار بهامش ابن الملك ص ٢٨٥

(٣) حاشية الرهاوى على ابن الملك ص ٨١ وقد ذكر الرهاوى تعریفات اخرى فضلنا ان نذكرها هنا : (قيل هو ترك القياس الجلي بدليل اقوى ، وقيل هو دليل يقتضي في نفس المجتهد يصعب عليه التعميم عنه ، وقيل هو المدول عن قياس الى قياس اقوى ، وقيل هو المدول الى خلاف الظن بدليل اقوى ، وقيل هو تحصيص القياس بدليل اقوى منه ، ولا يخفى ما في هذه التعریفات كلها من القصور عن تأدية المعنى الكامل للاستحسان ، الذي اراده ائمة المذاهب رحمهم الله .

— وقد عرفه الامام عبد المغزيل البخاري رحمة الله في كتابه كشف الأسرار على
أصول فخر الاسلام المبزوري نقلًا عن الاصوليين بثلاث تصريفات :

— (قال بعضهم هو العدول عن موجب قياس الى قياس اقوى منه)
ولكن لم يدخل فيه الاستحسان الثابت بدلليل آخر غير القياس مثل ما ثبت
بالاثر او الاجماع او الشرورة .

— (قال بعضهم هو تخصيص قياس بدلليل اقوى منه)
وهذا التصريف وان عم جميع انواع الاستحسان ولكن يشير الى أن الاستحسان
تخصيص العلة وفي الحقيقة انه ليس بتخصيص كما سيأتي في مبحث وصف الاستحسان .

— وقال الشيخ ابو الحسن الكرجي رحمة الله :
(ان الاستحسان هو ان يعدل الانسان عن ان يحكم في المسألة بمثل
ما حكم به في نظائرها الى خلافه لوجه اقوى يقتضي العدول عن الاول) . (١)

— وقد ذكر شمس الائمة في تصريف الاستحسان قال :
(والاستحسان في الحقيقة قياس احدهما جلي ضعيف اثره فسمى قياسا
والآخر خفي قوي اثره فسمى استحسانا اى قياسا مستحسنا فالترجح بالاثر
لا بالخفاء والوضوح) . (٢)

د — تعريف التفازاني مصدر الشريعة :

وقد عرف التفازاني في التلويح الاستحسان بقوله :

— (وقد استقرت الاراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصاً كان او اجماعاً او
قياساً خفياً اذا وقع في مقابلة قياس تسبقه اليه الافهام حتى لا يطلق على نفس
الدليل من غير مقابلة) . (٣)

(١) كشف الأسرار ص ١١٦٣

(٢) كشف الأسرار ص ١١٦٦

(٣) التلويح شرح التوضيح ج ٢ / ص ٥٧٥ ، وانظر ان شئت
نسمات الاسحار شرح النزار للمفلاحة ابن عابدين ص ٥٥ ط الباعي الحلبي
بصفر .

هـ - تعريف بعض الأصوليين المعاصرین :

ولقد اختار الأستاذ الجليل الزرقا تعريف الكرخي الحنفي وحّوره قليلاً فقال :
(الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه مقوى يقتضي
هذا العدول) (١) وهو اختيار الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة فسي
كتابه أبو حنفه .

و - الرأى المختار في تعريف الاستحسان :

تبين لنا من التعاريف السابقة للاستحسان ان هناك تعريفين اعنى بهما المؤلفون ،
الأهللون ، أولهما تعريف التفتازاني والاخر تعريف الكرخي .

وقد مال بعض الأصوليين إلى الأول وبعضهم إلى الثاني ، وقد رأيت
أن التعريف الأول لا يدل دلالة كافية على انواع الاستحسان كلها كما يدل التعريف
الثاني فلذلك فاني اختار تعريف الكرخي رحمة الله وأمته هنا على أنه التعريف
الصحيح للاستحسان والله أعلم .

* المبحث الثاني *

وصف الاستحسان

توهم بعض مبطلي الاستحسان انه من باب تخصيص العلة ، (١) وذلك أن القياس ثابت في صورة الاستحسان وفي جميع الصور ، وقد ترك العمل به فسي صورة الاستحسان لمانع وعمل به في غيرها لعدم المانع فيكون باطلا .

ورد عليهم جمهور الحنفية المثبتون للاستحسان انه ليس من قبيل تخصيص المعلمة لأن انعدام الحكم في صورة الاستحسان ائما هو لانعدام العلة ، مثال ذلك ان موجب نجاسة سؤر سباع الوحش هو الرطوبة التجسسة في الآلة الشاربة ، ولسم يوجد ذلك في سباع الظير فانتفي الحكم لذلك ، وهذا معنى ترك القياس الجليي الضعيف الاثر بدليل قوى هو قياس خفي قوى الاثر فلا يكون الاستحسان من تخصيص العلة في شيء (٢)

هذا ، وان الحنفية ذكروا ان الاستحسان قسم القياس وليس دليلا خالسا زائدا عليه بل هو احد القياسين (٣) ، سمي بالاستحسان اشارة الى أنه الوجه الأولى في العمل به لترجمته على الآخر .

قال شمس الأئمة رحمة الله عليه :

(سموه استحسانا للتمييز بين القياس الظاهر الذي يذهب إليه الأوهام وبين الدليل المعارض له وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد .

فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التمييز ، وهذا نصب على الطرف ، وهذا نصب على المصدر للتمييز بين المعانى الناصبة ، وأهل العروض (٤) يقولون هذا من البحر الطويل ، وهذا من البحر المتقارب ، وهذا

(١) تخصيص العلة هو : ان القياس ثابت في صورة الاستحسان وفي جميع الصور ، وقد ترك العمل به في صورة الاستحسان لمانع وعمل به في غيرها لعدم المانع انظر ان شئت هذا البحث في التلويح ج ٢ ص ٥٢٨ فانه موسوع هناك .

(٢) التلويح ج ٢ / ص ٥٢٨

(٣) أصول البذري وي ص ١١٢٣

(٤) علم العروض هو علم يعرف به اوزان الشعر صحيحه من فاسده ، والبحر الطويل هو : طويل له دون البحر فضائل فقول مفاعيلهن فقولن مفاعيلهن والبحر المتقارب هو : على ما المتقارب قال الخليل فقولن فقولن فقولن فقولن والبحر المديد هو : لمديد الشعر عندي صفات فاعلاتن فاعلن فاعلاتن

من البحر المديد ، فذلك علماً نا استعملوا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وخصوصاً أحدهما بالاستحسان لكون العمل بـ
استحسناً ولكونه مائلاً عن سنن القياس الظاهر .

فسنوه بهذه الاسم لوجود معنى الاسم فيه منزلة الصلاة فانيها اسم الدعاء قسم
اطلق على العبادة المسموهة لما فيها من الدعاء عادة (١)

وهكذا نرى أن فقهاء الحنفية يجعلون الاستحسان قسم القياس وليس
ليلًا خاسراً زائداً عليه بل هو فرع منه يذهب واليه يمدون .

* المبحث الثالث *

الفرق بين القياس والاستحسان والمصالح المرسلة

- عرف الأصوليون القياس بقولهم : (هو الحق بالحكم الشرعي لأمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه لاشتراكهما في علة الحكم)
وعرفة الصيفي شارح المنار بقوله : (هو تقدير الفرع - المراد به صورة ارتى
الحاقها باخرى - بالأصل - المراد به الصورة الملحقة بها بالحكم والعلة)
وذلك كقياس التبييد على الخمر في تحريم التناول لعله الاسكيم موجودة في
كل منها ، وقياس حرمة بيع الأموال الربوية التي لم يثبت فيها نص على الأموال ،
التي نص على حرمة بيعها لعلة القدر والجنس في كل منها عند الحنفية (٢) .

- وأما الاستحسان فقد عرفه الأصوليون : بأنه العدول عن حكم دليل
إلى نظيره بدليل أقوى منه كالعدل عن نصر عام إلى نصر خاص أو قياس خفي
لدقة عنته وبعدها عن الذهن لأن في ذلك مراعاة المصلحة أو دفع المفسدة مثل
الجازة عقد الاستصناع مع أن المعقود عليه معدوم حين انعقاد العقد .

(١) كشف الأسرار ج ٢ / ص ١١٢٤

(٢) شرح الصيفي على المنار ص ٢٦٠ وانظر أن شئت علم أصول الفقه لعبد
الوهاب خلاف والمدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقا .

(٣) شرح الصيفي على المنار ص ٢٦٣ .

- وأما المصلحة المرسلة فالمدار فيها على وجود وصف مناسب لتشريع الحكم عنده ولكن لم يتعرض له الشرع بالاعتبار ولا بالالغاء ، اى انه ليس هناك ، نص ولا اجماع ولا قياس في المسألة المجتهد فيها ، مثل جمع القرآن في عيد ابى بكر وعثمان رضي الله عنهم ، وبناء المآذن والقباب للمساجد ، وبذلك يتبيّن ان - القياس يجري في الواقع التي لها نظير في النص او الاجماع وأن الاستحسان يجري في مسألة لها نظير ، ولكنها استثنى من حكم دليل يوجب ذلك وأما المصلحة المرسلة فانها تطبق في واقمة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه وانما يثبت الحكم فيها ابتداء (١) .

ويمكن ان توضح ذلك فنقول : ان الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان ، مخالفًا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد اما رعاية المصلحة العامة كتشريع الاجراء العموميين ما في ايديهم من اموال واما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية .

اما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط ان يكون فيها 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 الازامية عند الحاجة ، وتحديد عقوبات الجرائم منعا لفوضى الاحكام ، باختلاف انتظار الحكام ، وكالزام الحكومة الناس بالقضاء بذهاب فهم مخصوص ، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفا بصورة ثابتة مستقرة ، فكل ذلك وأمثاله ماتتجدد الحاجات فيه ولا ت verschwinden يوجد في الشريعة لا قياسية كانت تقضي خلافه وانما هو استصلاح محض ، يقول الامام ابو اسحق الشاطبي في كتابه القيم "الاعتصام" (٢)

(فان قبيل هذا من باب المصالح المرسلة لامن بباب الاستحسان، قلنا نعم الا أنهم صوروا الاستحسان تصويرا لا مستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة) (٣)

(١) المدخل الى مذهب الامام احمد ص ١٣٨ والوسط ص ٤٠٥

(٢) الاعتصام ج ٢ ص ٣٤

(٣) ويقول الاستاذ الجليل الزرقا (اقول يتضح مما تقدم ان النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق . فالاستصلاح اعم ولا استحسان اخص ، فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خوفا فيه القياس ، وليس كل ما يبني من الاعتماد على قاعدة المصالح المرسلة يعود استحسانا لأن - الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية لها هـ المدخل الفقهي العام ص ٨٠)

(*)
الفصل الثالث

(*)

حجية الاستحسان

- ١ - البحث الأول : أدلة المثبتين
- ٢ - البحث الثاني : أدلة المنكرين
- ٣ - البحث الثالث : أئمة المذاهب والاستحسان
- ٤ - البحث الرابع : حقيقة الاستحسان



* الفصل الثالث *

حجية الأدلة للاستحسان

١ - أدلة المثبتين ، ٢ - أدلة المنكرين ، ٣ - أئمة المذاهب والاسْتَحسان
٤ - حقيقة الاستحسان

* المبحث الأول *

أدلة المثبتين للاستحسان

قال الحنفية والحنابلة والمالكية : الاستحسان حجة شرعية (١) ،

- أما الحنفية فقد جعلوا الاستحسان كما قلنا قسم القطبان إن كان الاستحسان
خفياً وداخلاً ضمن الأدلة المتفق عليها أن كان استحساناً نصياً كما سيأتي ببيانه،
واستدلوا على ذلك بأدلة عديدة نذكر منها :

١ - حججته من الكتاب : قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)
البقرة / فقالوا ان في الأئمة به ترك العسر إلى اليسر وهو اصل في الدين (٢)
وقال تعالى : (الذين يستمرون القيل فيتبعون احسنهم) وقال تعالى
(واتبعوا احسن ما انزل اليكم) .

ب - حججته من السنة :

١ - قول الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقعاً عليه (٣) :

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ١٣٥ وما بعدها ، روضة الناظر ص ٤٠٢

(٢) الوسيط في أصول الفقه للإستانzer الجليل الدكتور وهبة الزريحي ص ١٤

(٣) الموقوف : هو (المروي عن الصحابة قولًا لهم أو فعلًا أو نحوه متصلًا كائناً

أو منقطعًا ويستعمل في غيرهم مقيدًا فيقال وقفه فلان على الزهرى ونحوه ، وعند
فقها ، خراسان تسمية الموقوف بالاثر والمرفوع بالخبر ، وعند المحدثين كل هذا
يسمى اثراً) باد التقرير .

وقال السيوطي في التدريب : (من البرفع أيضًا ما جاء عن الصحابي ،
ومثله لا يقال من قبل الرأى ولا مجال للاجتناب فيه فيحمل على السماع ،
جزم به الرازى في المحصل وغير واحد من أئمة الحديث ، وترجم على ذلك
الحاكم في كتابه معرفة المسابيد التي لا يذكر سندها ومثله يقول ابن مسعود

رضي الله عنه : (من أتي ساحراً أو عرّافاً فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله
عليه وسلم) .

(وما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً) (١) ،

- وقد أدخل ابن عبد البر في كتابه عدة آيات يثمن ذلك مع أن موضوع الكتاب المعرفة منها حديث سهل بن أبي خبيرة في صلاة الخوف ، وقال في التمهيد لهذا الحديث موقوف على سهل و مثله لا يقال من قبيل الرأي ، نقل ذلك العراقي وأشار إلى تخصيصه بصحابي لم يأخذ عن أهل الكتاب وصح بذلك شيخ الإسلام في شرح النخبة بما زما به ، ومثله بالأخبار عن الأمور الماضية من بدء الخلق وأخبار الأنبياء ، والاتيـة كالصلاح والفتن وأحوال يوم القيمة وعما يحصل بفعله ثواب مخصوص أو عقاب مخصوص قال : ومن ذلك فعله مالا مجال للاجتهاد فيه ، فينزل على أن ذلك عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم كما قال الشافعي في صلاة علي رضي الله عنه في الكسوف في كل ركعة بأكثر من وجوتين ، قال ومن ذلك حكمه على فعل من الأفعال بأنه طاعة لله ولرسوله أو مخصية ك قوله من صام يوم الشك فقد عصى أبو القاسم وجرم بذلك أيضاً الزركشي في مختصره نقل عن ابن عبد البر ، وأما البليغيني فقال : الأقرب أن هذا ليس معرفة ، لجواز حالة الشيء على ما ظهر من القواعد وسبقه إلى ذلك أبو القاسم الجوهري نقله عنه ابن عبد البر ورده عليه) التدريب للسعوطى ص / ١١٤ ط ١

(١) تخریج الحديث : روى هذا الحديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وورده في موضوعه عن أربعة من الصحابة وهم :
أبو ذر الغفارى ، وأبو بصرة الغفارى : (جميل بن بصرة) وعبد الله
ابن عباس وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم ، فحدث ثابن مسعود رواه أحمد
والبياز والطبراني في الكبير قال :
أن الله عز وجل نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم
خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه وابتاعته برسالته ، ثم نظر في قلوب العباد فوجد
قلوب أصحابه خيراً قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه صلى الله عليه وسلم يقاتلون
عن دينه فما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأه المسلمون سيئاً فهو عند
الله سيئاً) قال الهيثمي ورجاه موثقون وحدث ابن ذر رواه أحمد ونصه : (عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (اثنان خير من واحد وثلاثة خير من اثنين وأربعة
خير من ثلاثة فعلىكم بالجماعة فإن الله عز وجل لم يكن ليجمع أمتي إلا على هدى)
قال الهيثمي وفيه البختري بن عبيد بن سلمان وهو ضعيف .

٢ - ومثل السلم والاجارة وبقاء الصوم مع فعل النافي ، فان القىاس ي-absى جواز السلم لأن المعقود عليه الذى هو محل العقد معدوم حقيقة عند العقد ، والعقد لا ينعقد في غير محله الا أن اتركتاه بالاشر الموجب للترخيص وهو قول الراوى (ورخيص في السلم) . وقوله عليه السلام (من اسلم منكم فليس لم كل معلوم) الحديث (١) وروى ابن عباس رضي الله عنهم عن النبي عليه السلام (من اسلف في شيء فليس له في كيل معلوم وزن مطروح الى أجل معلوم) (٢) ، واقتنا الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في حكم جواز السلم .

رواہ احمد ونقشه

- وحديث ابن بصرة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (سألت ربِّي عز وجل أربعاً ، فأعطاني ثلاثة ومنهني واحدة ، سألت الله عز وجل إلا يجمع أمتى على ضلالٍ فأعطانيها) ، قال الهيثمي وفيه رجل لم يسم . وحديث ابن عباس رواه الطبراني في الكبير قال : قلت يا رسول الله : أرأيت إن عرض لنا أمر لم ينزل فيه القرآن ولم تمض فيه سنة منك ، قال تجعلونه شوري بين الفقهاء والعاديين المؤمنين ولا تقتضونه برأي خاصة قال الهيثمي : وفيه عبد الله بن كيسان قال البخاري : منكر الحديث .

وحيث على رواه الطبراني في الأوسط قال : قلت يا رسول الله : إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهي فما يأمرني ؟ قال : شاوروا فيه الفقهاء والعاديين ولا تمضوا فيه برأي خاصة ، قال الهيثمي ورجله موثقون من أهل الصحيح اهـ انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي والتحفة الجزء الاول القسم الاول ص ٦٤ .

أما سيدنا عبد الله بن مسعود (فهو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل الهدى ابو عبد الرحمن ، اسلمه امه واسلم هو قد يما وهاجر الى مصر شهيد بدرا والمشاهد كلها بعدها ولا زم النبي عليه السلام وكان صاحب تعليمه وحديث عن النبي عليه السلام بالكثير ، كان يقول ((لقد رأيتني سادس ستة وما على الأرض مسلم غيرنا)) وقال النبي عليه السلام له : (من سره ان يقرأ القرآن غضا كما نزل فليقرأه على قراءة ابن ام عبد) وكان اقرب الناسين هدى يا ولانا برسول الله عليه السلام ابن مسعود توفي بالميدان سنة اثنين وثلاثين هجرية رضي الله عنه . ١ هـ النسائيات ص ١٢ لفضيلة الاستاذ الجليل الشيخ محمد صالح فرسور .

(١) رواہ احمد فی مسنده وصححه .

(٢) رواہ احمد فی مسنده وصححه ایضاً .

المقدمة

وكل ذلك القول يأتى جواز الإجارة لأن المعقود عليه وهو المتفق معدوم في الحال ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمان وجوده لأن المعلومات لا تتحقق إلا أضافة كالبيع والنكاح إلا أنا تركاه بالآخر وهو قوله عليه السلام (اعطوا الإيجار حقه قبل أن يجف عرقه) (١) فلامر ياعطا الإجر لليل صحة العقد . وكتاباً الأكل ناسياً يوجب فساد الصوم في القول لأن الشيء لا يتحقق مع وجود ما ينافي كالظهور من الحدث والاختلاف مع الخروج من غير حاجة إلا أنه متترك للآخر وهو قوله عليه السلام : (نم على صومك فانما اطعمك الله وستاك) (٢) .

- (١) رواه ابن ماجة عن ابن عمر وأبو يحيى في مستدرك الطبراني في الأوسط
 (٢) تخريج الحديث :

أخرج الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من افطر في رمضان ناسياً فلاقضاه عليه ولا كفارة) أهـ أما حديث ، (تم على صومك) فقد ورد تخریجه كما يلى : (قال عليه الصلاة والسلام للذى أكل وشرب ناسياً ، تم على صومك فانما اطعمك الله وستاك) قلت : رواه الإمام السيدة في كتبهم من حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه واللفظ لا يبي داود قال :

جاءَ رجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَكَلْتُ وَشَرَبْتُ نَاسِيًّا وَأَنَا صَائمٌ فَقَالَ: (اللَّهُ أَطْعَمَكَ وَسَقَاكَ) وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى لَفْظِ الْمُصْنَفِ وَلَفْظِ الْبَاقِينِ مِنْ نَسِيٍّ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ وَشَرَبَ فَلَيْلَتُ صَومِهِ فَانِّي أَطْعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاهُ وَرَوَاهُ أَبْنُ حَطَّانَ فِي صَحِيحِهِ فِي النَّوْعِ الثَّالِثِ وَالْمُعْشِرِينَ مِنَ الْقَسْمِ الرَّابِعِ وَالْدَّارِقَطْنِيِّ فِي سَنَتِهِ أَنْ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: (إِنِّي كَتَبْتُ صَائِمًا فَأَكَلْتُ وَشَرَبْتُ نَاسِيًّا ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَمْ صَومَكَ فَانِّي أَطْعَمَكَ وَسَقَاكَ) وَرَوَاهُ الدَّارِقَطْنِيُّ فِي لَفْظِهِ لَفْظٌ وَلَا قَضَاءً عَلَيْكَ ، وَرَوَاهُ الْبَيْزَارُ فِي مَسْتَدِهِ بِلَفْظِ الْجَمَاعِيِّ وَرَوَاهُ أَبْنُ حَيَّانَ فِي صَحِيحِهِ فِي لَفْظِهِ لَفْظٌ وَلَا قَضَاءً عَلَيْكَ وَرَوَاهُ الدَّارِقَطْنِيُّ فِي لَفْظِهِ لَفْظٌ وَلَا قَضَاءً عَلَيْكَ وَلَا كَفَارةً ، وَرَوَاهُ أَبْنُ حَيَّانَ فِي صَحِيحِهِ مِنْ حَدِيثِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْإِنْصَارِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرٍو وَعَنْ أَبِي سَلْمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رِضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ :

(مَنْ افْطَرَ فِي رَمَضَانَ نَاسِيًّا فَلَاقَهُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ وَلَا كَفَارةً) رواه عن أبي خزيمة بمستدرك رواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط سلم ولم يخرج به ، رواه الدارقطني من جمهته في سننها قال البهقي في المعرفة تفرد به الانصارى عن محمد بن عمرو وكلهم ثقات انتهى أهـ نصب الراية ج ٢ / ص ٤٤٤ .

جـ - حـجـيـةـ مـنـ الـاجـمـاعـ

ومن أنواع الاستحسان كما بينا ما ثبت بالانساع مثل الاستصناع فيما فيه للناس تعامل والقياس يقتضي عدم جوازه لأنّه يبع محدود لحال حقيقة وهو محدود وصفا في الذمة ، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه حقيقة أو ثبوته في الذمة كالمسلم فاما مع المعد من كل وجيه فلا يتصور عقد لكتهم استحسنوا تركه بالاجماع الثابت بمعامل الأمة من غير نكبة . (١)

د - حججته من المعقول .

وقد قالوا ان ثبوته كان بالادلة المتفق عليها بأنها حجة لائمه اما ان يثبت بالاشارة
الكلسلم والا جارة . . . الخ واما بالاجماع كلا استنادا واما بالضرورة كطبيهارة -
العياض والبار بعد تجسها ، واما بالقياس المفهي واما بالعرف كرد الامان السى
العرف واما بالمصلحه كتضمين الاجير المشترك . (٢)

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الميزاوي ص / ١٢٤

(٢) الوسيط ص / ٤١٤

* المبحث الثاني *

ادلة المذاكرين

واما الشافعية والظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة فاطبة فقد انكروا الاخذ
بلاستحسان كحججة شرعية وزعموا هذا الجناح الامام الشافعى رضي الله عنه .

واما ادلتهم فتليخص في ثلاثة ادلة :

١ - قالوا : انه لا يجوز الحكم الا بالنفس او بما يقاس على النفس لأن في ذلك
شرع بالهوى وقد قال سيبحانه

(وَأَنْ أَحْكُمْ بِمَا يُنْهِمُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَا تَشْبِعْ أَهْوَاهُمْ)

٢ - أن الرسول صلى الله عليه وسلم : ما كان يفتى بلاستحسان وإنما كان يقتضى
الوحي ، ولو استحسن لما كان مخططاً لأنّه لا ينطق عن الهوى .

٣ - وقالوا : ان الاستحسان اساسه المقلّ وفي ذلك يستوي العالم والجاهل
فلو جاز لأحد الاستحسان لجاز لكل انسان ان يشرع لنفسه شرعاً جديداً .

وقد رد الفريق الثاني المثبت على هذه الادلة ردوداً سترد معنا ادنى
شأن الله في بحث (أئمة المذاهب والاستحسان)

فالمعنى هـ ...

(١) ملخص ابطال القیاس والرأي والاستحسان لابن حزم ص ٥٠ ، والاحکام في اصول
الاحکام لابن حزم ايضاً ج ٢ / ص ٧٥٩ .

(٢) الوسيط ص ١٣

* المبحث الثالث *

أئمة المذاهب والاستحسان

١ - الامام الاعظم ابو حنيفة وأصحابه ٢ - الامام مالك واصحابه ٣ - الامام احمد وأصحابه ٤ - الامام الشافعى وأصحابه ٥ - ابن حزم ٦ - موازنات بين المذاهب

١ - الامام أبو حنيفة والاستحسان :

قال الحنفية : الاستحسان حجة شرعية ، أما الاجتهاد الحنفي فقد فتح طريقة الاستحسان وسمها بذلك الاسم وأسسها على نظام مضبوط عندما لمس الحاجة إلى معالجة فلسسو القياس ومشكلاته بنظر مستمد من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوى والطوارى ومن مقاصدها العامة في العدل والصلاح .

وإذا قسمنا الاستحسان إلى نوعين حسب رأي بعض فقهاء الحنفية الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة فانساترى ان استحسان الضرورة بشكل خاص يستند إلى رعاية المصلحة تعددًا لطريقة القياس عندما يؤدي القياس إلى احراج ، لأن من قواعد الشريعة رفع الحرج ، فالاستحسان في الحقيقة التفاتات إلى مقاصد الشريعة العامة في ابتكاء الأصلح وكان يسع هذا الالتفاتات باسم الرأى في العصر الأول ثم سعى باسم الاستصلاح فيما بعد أو الاستحسان .

والظاهر من نظرية الاجتهاد الحنفي انهم لا يمدون الاستحسان مصدرا ، مستقلا زائدا عن المصادر الأربعة الأساسية وانما يرونونه طريقا متفرعا من القياس الشرعى باتجاه معاكير له يسلك لمعالجة ما يظهر من مساوى ، القياس بناء على قاعدة الضرورة ورفع الحرج هذا ، وقد اشتهر الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان بين ثابت الكوفي رضى الله عنه وأتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان أكثر من غيرهم وبينه الأحكام عليها ، وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براءة دلوا فيها كثيرا من غلو القياس الظاهر عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية .

والرأى عن الامام الاعظم انه كان يقيس حتى اذا قبع القياس وأدى إلى غلو في الحكم استحسن أى عدل عنده الى الاستحسان :

قال عنه تلميذه الامام محمد بن الحسن الشيباني (كان ابو حنيفة اذا قال نازعه أصحابه المقايس فما زال قال استحسن لم يتحقق به أحد) (١)

قال الامام السرخسي الحنفي في المبسوط مبينا ان اصل مشروعية الاستحسان
للتيسير ومنع ظو القياس :

(الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل الاستحسان
طلب المسئولة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعاص ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء
السرعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة ، وحاصل هذه العبارات أنه
ترك العسر لليسر ، وهو اصل في الدين ، وقال الله تعالى : (يزيد الله يكثُر
المسر ولا يزيد بكم العسر) وقال صلى الله عليه وسلم (خير دينكم السر) وبيان
هذا أن المرأة عورة من قرنها إلى قدمها وهو القياس الظاهر واليه اشار رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال المرأة عورة مستوره ثم أبىع النظر إلى بعض المواضع منها
لل الحاجة والضرورة فكان ذلك أرقى بالناس) (١)

هذا واني أحب ان اسوق هنا بحثاً فيما مأمورنا من مقدمة نصب الراية
لنوى موقف فقهاء الحنفية من الاستحسان بوضوح يقول فيه المرحوم الكوشري الحنفي
تحت عنوان الاستحسان ما نصه :

(ظن الناس من لم يمارس العلم ، ولم يوت الفهم ان الاستحسان عند الحنفية
هو الحكم بما مشتبهه الانسان ويجهوه ويلذه ، حتى فسره ابن حزم في احكام
بانه ما اشتته النفس ووافقها خطأ كان أو صواباً ، لكن لا يقول بذلك هذا
الاستحسان فقيه من الفقهاء ، فلو كان هذا مراد الحنفية بالاستحسان لكان
للمخالفين ملء الحق في تقريمهم والرد عليهم الا أن المخالفين ساءت ظنونهم
وطاشت احلامهم ففسرّوا سهاماً اليهم تردد الى انفسهم وذلك لتقتصر افهامهم (٢)
عن ادراك ملامهم ودقة مدرك هذا البحث في حد ذاته ، ولن بين بين القائلين
بالقياس من لا يستحسن بالمعنى الذي ي يريدء الحنفية – تأمل – وهذا الموضع
لا يتسع لذكر تفاصي من مذهب الفقهاء في الأخذ بالاستحسان ، وابطال الاستحسان
ما هو الا سبق قلم من الايام الشافعي رضي الله عنه فلو صحت حججه في ابطال
الاستحسان لقضت على القياس الذي هو مذهب قبل أن تقضي على الاستحسان .

(١) المبسوط للسرخسي ج ١٠ / ص ١٤٥

(٢) يزيد الظاهرية الموطدين للإحسان والله أعلم

ومن الحالات الطريفة في هذا الباب نابروي عن ابراهيم بن جابر أنه لما سأله كبار القضاة في عهد المتنبي لله العباسي عن سبب انتقاله من مذهب الشافعى الى مذهب اهل الظاهر أجابه قائلاً (اني قرأت ابطال الاستحسان للشافعى فرأيته صحيحاً في معناه الا أن جميع ما احتاج به في ابطال الاستحسان هو بحثه ببطل القياس فصح عندى بطلانه) .

ويستطرد المؤلف قائلاً : (لكن القياس والاستحسان كلاهما لم يبطل واحداً منهما بالمعنى الذي يريد به القائلون بهما بل الخلاف بين اهل القياس والاستحسان لغطي بحث ، وأود ان اسوق بعض كلمات من فصول أبي يكرز الرازى في بحث الاستحسان :

(وجميع ما يقول فيه أصحابنا بالاستحسان فانهم قالوه مقرورنا بدلاً لهم وحججه لا على جهة الشهوة واتباع الهوى ووجوه دلائل مسائل الاستحسان موجودة في الكتب التي عليناها في شرح كتب أصحابنا ، ونحن نذكرها جملة تفضي بالناظر فيها الى معرفة حقيقة قولهم في هذا الباب بعد تقدمة القول في حواز اطلاق لفظ الاستحسان فنقول :

لما كان ما حسنة الله تعالى باقامة الدلائل على حسن مستحسننا جاز لشنا اطلاق لفظ الاستحسان فيما قامت الدلالة بصحته ، وقد ندب الله تعالى الى فعاله وأوجب المهدى لفاعله فقال عز من قائل :

(فبشر عبادَ الَّذِينَ يَسْتَعْمِلُونَ الْقَوْلَ فَيَتَبَعَّوْنَ أَحْسَنَهُ ، أَوْلَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأَوْلَئِكَ هُمُ أُولُو الْأَيَّابِ) .

وروى عن ابن سعيد وقد روى مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأى المسلمون سيئة فهو عند الله سيئة) (١)

فإذا كنا وجدنا لهذا المفهوم اصلاً في الكتاب والسنة لم يمنع من اطلاقه في بعض ما قامت عليه الدلالة بصحته على جهة تعریف المعنى وفهم المراد ، ثم ليس يخلو العائب للإحسان من ان يترازعنا في المفهوم أو في المعنى فان نازعنا في المفهوم فاللفظ مسلم له فليعتبر هو بما شاء على أنه ليس للمناقشة في المفهوم وجه لأن لكل أحد أن يعبر عن المعنى بما شاء من الألفاظ ، لاسيما بلغة يطابق معناه في الشرع

(١) قد خرجت هذا الحديث موقوفاً ولم اعثر على طريق مرفوع له ولم أر من رفعه فلعل الإمام رحمة الله اطلع على ذلك ولم نطلع عليه .

وفي اللغة ، وقد يغدر الإنسان عن المعنى بالعربية ثارة وبالفارسية أخرى فلانتكره وقد أطلق الفقهاء لفظ الاستحسان في كثير من الأشياء .

وقد روي عن إمام بن معاوية أنه قال : (قيسوا القضاء ، ما صلح الناس فاذ
فسدوا فاستحسنوا) .

ولفظ الاستحسان موجود في كتب مالك بن أنس وقال الشافعي : (أَسْتَحْسِنُ)
ان تكون المتعة ثلاثة درهما) فسقط بما قلنا المنازع في إطلاق الاسم أو منه .
وان نازعنا في المعنى فاما لم يسلم خصمنا تسلیم المعنى لنا بمغير دلالة
وقد اصطحب جميع المعانى التي تذكرها ما ينتظم لفظ الاستحسان عند أصحابنا
اقامة الادلة على صحته واثباته بحجته ، ولفظ الاستحسان يكتفي بمنيان :
أحد هما : استعمال الاجتهاد : وغلبة الرأي في ائمـات المقادير الموكولة إلى
اجتهادنا ورأينا نحو تقدير متعة المطلقات قال الله تعالى :

(وَسَعْوَهُنَّ عَلَى الْمُوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ ، مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى
الْمُحْسِنِينَ) (١) فـا وجبهـا على مقدار يسار الرجل واعساره ، ومقدارـها غيرـ
معلوم الا من جهة أغلب الرأـي وأكـثر الظنـ ونظـيرـها ايـضاـ نـفـاتـ الزـوـجـاتـ قـالـ اللـهـ
تمـالـيـ (وـعـلـىـ الـمـولـودـ لـهـ يـرـزـقـهـ وـكـسوـتـهـ بـالـمـعـرـوفـ) (٢) وـلاـ سـبـيلـ إـلـىـ اـئـمـاتـ
الـمـعـرـوفـ مـنـ ذـلـكـ إـلـىـ طـرـيقـ الـاجـتـهـادـ ، وـقـالـ تـمـالـيـ (وـمـنـ قـتـلـهـ مـنـكـ مـتـمـدـ اـفـجزـهـ
مـثـلـ مـاـقـتـلـ مـنـ النـعـمـ يـحـكـمـ بـهـ ذـوـ عـدـلـ مـنـكـ هـدـيـاـ بـالـكـبـيـةـ أـوـ كـفـارـةـ طـهـامـ ،
مـساـكـنـ ، أـوـ عـدـلـ ذـلـكـ صـيـاماـ) (٣) ثـمـ لـاـ يـخـلـوـ المـثـلـ المـرـادـ بـهـ الـاـيـةـ مـنـ اـنـ يـكـونـ
الـقـيـمةـ أـوـ الـفـطـيرـ مـنـ النـعـمـ عـلـىـ حـسـبـ اـخـتـلـافـ الـفـقـهـاءـ فـيـ وـاـيـهـمـ كـانـ فـيـهـ مـوـكـولـ
إـلـىـ اـجـتـهـادـ الـعـدـلـيـنـ ، وـكـذـلـكـ أـرـوـشـ الـجـنـاـيـاتـ الـتـيـ لـمـ يـوـدـ فـيـ مـقـادـيرـهاـ نـعـ وـلاـ
اـتـفـاقـ ، وـلـاـ تـعـرـفـ إـلـاـ مـنـ طـرـيقـ الـاجـتـهـادـ ، وـنـظـائرـهـ فـيـ اـلـاـصـوـلـ اـكـثـرـ مـنـ اـنـ تـحـصـ
وـانـاـ ذـكـرـنـاـ مـنـهـاـ مـثـالـ بـيـسـتـدـلـ بـهـ عـلـىـ نـظـائـرـهـ ، فـسـيـ اـصـحـابـنـاـ هـذـاـ الضـرـبـ مـنـ
الـاجـتـهـادـ اـسـتـحـسـانـاـ ، وـلـيـسـ فـيـ هـذـاـ الـمـعـنـيـ خـلـافـ بـيـنـ الـفـقـهـاءـ وـلـاـ يـكـنـ اـحـدـاـ مـنـهـمـ
الـقـوـلـ بـخـلـاقـهـ .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

(٣) سورة المائدۃ آية ٩٨ ونص الآية : (يـاـيـهـاـ الـذـيـنـ آتـيـوـ لـاـ تـقـتـلـوـ الصـيـدـ وـلـيـنـتـ
حـرـمـ وـمـنـ قـتـلـهـ مـنـكـ مـسـتـمـداـ فـجزـهـ مـثـلـ مـاـقـتـلـ مـنـ النـعـمـ يـحـكـمـ بـهـ ذـوـ عـدـلـ مـنـكـ هـدـيـاـ
بـالـكـبـيـةـ أـوـ كـفـارـةـ طـهـامـ مـساـكـنـ ، أـوـ عـدـلـ ذـلـكـ صـيـاماـلـيـدـوقـ وـبـالـأـمـرـ عـفـاـ اللـهـ عـاـ سـلـفـ
وـمـنـ عـادـ يـنـتـقـمـ وـالـمـلـهـ مـنـهـ وـالـلـهـ عـزـيـزـ ذـوـ اـنـقـامـ) اـهـ

واما المعنى الاخر من ضرورة الاستحسان فهو ترك القياس الى ما هو اولى منه ، وذلك على وجهين احد هما ان يكون فرع يتجاذب به اصلاح يأخذ الشبه من كل واحد شهها فيجب الحاقه بأحد هما دون الاخر لدلالة توجيهه فسمو ذلك استحسانا ، اذ لو لم يعرض شبه للوجه الثاني لكان له شبه من الاصل الاخر فيجب الحاقه بشهه ، واعض ما يجب من مسائل الفروع وادقها مسلكا ما كان من هذا القبيل ووقف هذا الموقف لأنّه محتاج في ترجيح أحد الوجهين على الاخر الى انعام الانتظار واستعمال الفكر والرواية في الحاقه بأحد الاصلين دون الاخر . . . فنطوي الفرع الذى يتجادبه اصلاح فيلحق بأحد هما دون الاخر ما قال اصحابنا في الرجل يقول لامرأته : اذا حضيت فأنت طالق فتقول قد حضرت : ان القياس ان لا تصدق حتى يعلم وجود الحيف منها او يصدقها الزوج ، الا أنا نستحسن فنوقع الطلاق .

قال محمد : وقد ندخل في هذا الاستحسان بعض القياس قال ابو مكر :
اما قوله ان القياس الا تصدق فان وجيه انه قد ثبت بأصل متفق عليه ان المرأة لا
تصدق في مثله في ايقاع الطلاق عليها ، وهو الرجل يقول لامرأته ان دخلت الدار ،
فأنت طالق ، وان كلمت زيدا فأنت طالق فقالت بعد ذلك قد دخلتها بعد اليمين
او كلمت زيدا وكذبها الزوج انها لا تصدق ولا تطلق حتى يعلم بذلك بيضة او باقرار
الزوج ، فكان قياس هذا الاصل يوجب ان لا تصدق في وجود الحيف الذى جعل
الزوج شرطا لا يقاع الطلاق ، وكما أنه لو قال لها : اذا حضرت فان عبدي حر
او قال فامرأتى الاخرى طالق ، فقالت حضرت وكذبها الزوج لم يعتق العبد ولم
تطلق المرأة الاخرى فقد اخذت هذه الحادثة شبها من هذه الاصول التي ذكرنا
فلو لم يكن لهذه الحادثة غير هذه الاصول لكان سبيلها ان تلحق بها ويحكم لها -
بحكمها ، الا أنه قد عرض لها اصل آخر من الحقائق بالاصل الذى ذكرنا ، وأوجب
الحقائق بالاصل الثاني وهو ان الله تعالى لما قال :

(وَلَا يَحْلِلُ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ) (١) وَرَوِيَ عَنِ السَّلْفِ
أَنَّهُ ارَادَ مِنَ الْحِسْبَرِ وَالْحَمْلِ ، وَعَنْ أَبِي بْنِ كَعْبٍ أَنَّهُ قَالَ : (مِنَ الْأَمَانَةِ أَنْ
أَئْتَمَنَتِ الْمَرْأَةَ عَلَى فَرْجِهَا) دَلَّ عَوْظَهُ إِلَيْهَا وَنَهَيَهُ لَهَا عَنِ الْكِتَابَ عَلَى قِبْلَتِهَا
فِي بِرَاءَةِ رَحْمَهَا مِنَ الْحَبْلِ وَشَفَلَهَا بِهِ ، وَوُجُودِ الْحِسْبَرِ وَدُمْهِ .

(١) صورة البقرة آية ٢٢٨ ، وراجع أن شئت في هذا البحث كتاب تفسير آيات الأحكام للسماينج ١ ص / ١٣٧ - ١٣٨ في تفسير هذه الآية بالذات (والمطلقات) يترخيص بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن أن كن يؤمنن بالله واليوم الآخر ويعولنهن أحق بودهن في ذلك أن أرادوا اصلاحاً .

كما قال تعالى في الذي عليه الدين : (فَلَمَّا قَرَأَ اللَّهُ رَبُّكَ وَلَا يَخْتَسِرُ شَيْئًا) (١) فوعده ونهاه عن البخس والنقصان علماً أن المرجع إلى قوله في مقدار الدين ، فصارت الآية التي قدمنا أصلاً في قبول قول المرأة ، اذا قالت أنا حائض وتحريم وطئها في هذه الحال ، فإنها اذا قالت قد ظهرت حمل لزوجها قرئها ، وكذلك اذا قالت وهي معتمدة : قد انقضت عدتي صدقت في ذلك وانقطعت رجمة الزوج عنها ، وتم انقطاع الزوجية بينهما ، وكان المعنى في ذلك ان انقضاء العدة بالحيض معنى يخصها ولا يعلم الا من جهتها ، فيوجب على ذلك اذا قال الزوج : اذا حضرت فأنت طالق فقالت : قد حضرت ان تصدق في باب وقوع الطلاق عليها ، كما صدقت في انقضاء العدة ، مع انكار الزوج لأن ذلك معنى يخصها ، اعني ان الحيض لا يعلم وجوده الا من جهتها ، ولا يطلع عليه غيرها ولا جل ذلك انها لا تصدق على وجود الحيض اذا اعلق به طلاق غيرها ، أو علق به عتق العبد لانه انما جعل قوله كالبينة في الاحكام التي تخصها دون غيرها الا ترى انهم قالوا : ان الزوج لو قال قد اخبرتني ان عدتها انقضت ، وأنا أريده ان اتزوج اختها ، كان له ذلك ، ولا تصدق هي على بقاء العدة في حق غيرها وتكون عدتها باقية في حقها ولا تسقط نفقتها فصار كقولها : قد حضر ، ولوه حكمان : احدهما فيما يخصها ويتعلق بها وهو طلاقها وانقضاؤه عدتها وما جرى مجرى ذلك ، فيجعل قوله فيه كالبينة والآخر في طلاق غيرها او عتق العبد فصارت في هذه الحال شاهدة كاخبارها بدخول الدار وكلام زيد اذا اعلق به العتق أو الطلاق ! هـ ثم ضرب ابو بكر الرازى امثالاً كثيرة مما يكون فيه لقولها حكمان من الوجهين وأجاد في ذكر النظائر الى ان اتي دور الكلام في القسم الآخر من الاستحسان وهو تحصيص الحكم مع وجود الملة وشرحه شرعاً ينتليج به الصدر ولا يدع شكاً لمرتاب في ان هذا القسم من الاستحسان مقرن ايضاً في جميع الفروع بدلاًلة ناهضة من نص او اجماع او قياس آخر يوجب حكماً سواه في المادحة ، وهذا القدر يكفي في لفت النظر الى ان قول الغصوم في الاستحسان بعيد عن الوجاهة) (٢)

(١) سورة البقرة آية / ٢٨٢

(٢) مقدمة نصب الرأية للزيلعي ص ٢٣ - ٢٧ . والمقدمة للعلامة محمد زاهر الكوثري رحمة الله تعالى .

وبعد هذه المقالة الرائعة من العلامة الكوثرى رحمة الله تعالى عنها عن الرازى
لا سمعنا الا أن نكرر وجهة الحنفية ونظرهم إلى الاستحسان واعتقادهم
في كثير من الأحكام التفصيلية . وقيل ان نهشى القول عن الحنفية ونظرتهم إلى
الاستحسان نحب ان نذكر مقوله لصاحب كشف الأسرار العنفي فهو يقول :

(اعلم ان بعض اليقاد حسن في النسلمين طعن على أبي حنيفة وأصحابه
رضي الله عنهم في تركهم القياس بلا استحسان ، وقال حجج الشرع الكتاب والسنّة
والجماع والقياس ، والاستحسان قسم خاص لم يعرّف عند أحد من حملة الشرع
 سوى أبي حنيفة وأصحابه ، لأن من دلائل الشرع لم يتم علیه دليل ، بل هو قول ،
 بالتشهي ، فكان ترك القياس به تركا للحججة لا تباع الهوى او شهوة نفس
لسكان باطل ، ثم ان القياس الذي تركوه بالاستحسان ان كان حجة شرعية
فالحججة الشرعية حق ، وما زاد بعد الحق الا ضلال وان كان باطل فالباطل
واجب الترك ، وما لا يختلف بذاته ، وإنهم قد ذكروا في بعض الموضع أنا أأخذ
بالقياس وتركه بلا استحسان به فكيف يجوز الأخذ بالباطل والعمل به ...)

وكل ذلك طعن من غير روية وقدح من غير وقوف على المراد فابو حنيفة أحسن
قدرا وأشد وزنا من ان يقول في الدين بالتشهي او يعمل بما استحسنه من غير
دليل قام عليه شرعا) اهـ

وبهذا نعلم أن الاستحسان عند الحنفية ليس تشهي او اخذ بمجرد
الرأى والهوى بل هو أمر قائم على ضوابط وقواعد مدروسة لا يمكن للفقير المجتهد كأبي حنيفة
وأصحابه رحمهم الله تعالى ان يتركها ويحكموا بأهوائهم . فورعهم وذهبهم
وقد رهم منعهم من ذلك .

٢ - الامام مالك بن انس رضي الله عنه والاستحسان عند المالكة :

اما المالكة فقد ابرز الاجتهاد المالكي نظرية المصالح المرسلة في صورة اعسماً بحيث جعل الاستحسان فرعا منها مخصوصا بحال مخالفة القواعد القياسية عند ما تقتضي المصلحة بمخالفة تلك القواعد اجتنابا لمشكلة يؤدي اليها القياس، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تبعد هي فرعا من الاستحسان لأن الحنفية اتخذوا من استحسان الضرورة الذي يخالف فيه مقتضى القواعد القياسية نقطة انطلاق تؤدي حتى الى اعتبار المصالح المرسلة التي لا مخالفة لها من القواعد فيها .

والاجتهاد المالكي يحتير المصالح المرسلة مصدرا مستقلا بذلك على افتخاره بنصوص الشريعة كما دلت على القياس لثبيتها على اساسها الاحكام الشرعية عقد فقدان التبرير المعنوي في العدالة او فيما يشابهها لتكون المصالح هي الدليل عندما لا يقود تحيل سواها ، كما يخالف بها القياس المستند الى نص في العوائد المشابهة عندما يؤدي اطراد القياس الى خلاف المصلحة ، وهذه الحالة الاخيرة يبرز فيها النظر الى المصالح المرسلة في صورة الاستحسان المخالف لمقتضى القياس ومن هنا يلوح لنا وجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والماليكي في نظرية الاستصلاح فالالفكرة فيها واحدة ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها فيبرزت فيه واشتهر بها (١) ولتوسيع موقف المالكة من الاستحسان نورد هنا بعض اقوالهم :

— فيقول صاحب المواقفات الامام الشاطئي رحمه الله : (الاستحسان عند مالك الاخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع الى تقدم)
الاستدلال المرسل على القياس ، فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشتهيه ، وإنما يرجع الى ما علم به قصد الشارع في الجملة في امثال تلك الاشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها امرا الا أن ذلك الامر يؤدي الى فوت مصلحة من جهة اخرى او جلب مفيدة وكثيرا ما يتافق هذا في الاصل الضروري مع الحاجي ، والجاجي مع التكميلي فيكون اجراء القياس مطلقا في الضروري ي يؤدي الى حرج وشقة في بعض موارد فقيستوى موضع الحرج وكذلك الحاجي مع التكميلي او الضروري مع التكميلي وهو ظاهر) (٢)

(١) المدخل الفقهي العام ص / ٩٠ ، وما بعدها

(٢) المواقفات للشاطئي ص / ٢٠٩ - ج ٢

ثم استطرد يقول رحمة الله (وقد قال ابن العربي في تفسير الاستحسان ، بأنه ابثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص بمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله اقساماً فمه ترك الدليل للعرف كون الأيمان إلى الفرق وتركه إلى المصلحة كتضمين الأجير العشتراك ، او تركه للاجماع كايجاب الغرم على من قط ذنب بفلة القاضي ، وتركه في الميسير لثباته لدفع المشقة وابثار التوسعة على الخلق كجازة التفاضل الميسير في المراطلة وجازة بيع وصرف الميسير ، وقال في حكم القرآن :

« الاستحسان عندنا وعند الحنفية العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرب فان مالكا وأبا حنيفة ويريان تخصيص العموم بما يدل عليه كان من ظاهر أو معنى ويستحسن مالك ان يخسر بالمصلحة ويستحسن ابوحنبيه ان يخسر بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويريان مما تخصيص القياس ونقض المعلمة ولا يرى الشافعي لعلة الشرع اذا ثبتت تخصيصها » .

ثم استطرد يقول (وفي المذهب المالكي من هذا المعنى كثير جداً وفي العقبة من سباع أصبع في الشركين يطأطئ الأمة في ظهر واحد فتأتي بولد فينكرو احدهما الولد دون الآخر انه يكشف منكر الولد عن وطنه الذي أقربه فان كان في صفتة ما يمكن فيه الانزال لم يلتفت الى انكاره ، وكان كما لو اشتراكاً فيه) وان كان يفعى العزل من الوطء الذي أقربه فقال أصبع اني استحسن هنا ان الحقه بالآخر والقياس ان يكونوا سواء فلعله غلب وهو لا يدرى ، قال والاستحسان في الملم قد يكون اغلب من القياس ، قال وقد سمعت ابن القاسم يقول وبروي عن مالك انه قال :

(تسعه عشر اصبع الصلم الاستحسان)

وقد بالغ أصبع من المالكية في الاستحسان حتى قال : ان الفرق في القيام يكاد يفارق السنة ، وان الاستحسان عمد العلم والادلة المذكورة تعضد ما قال) (١) وجواباً عن النظر الشافعي من ان الاستحسان لا ضابط له ، وأنه قول بالتشهي مجرد عن الدليل يقول الاستاذ الشيخ محمد ابوزهرة نقلأ عن الشاطبي المالكي : (ولقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي المترافقون لمناهج الاستبصار في ان استرسال مالك في الأخذ بالمصالح المرسلة كان يتوجه فيه الى قيود تنفي محاذيره ، حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعاً للاهواء والشهوات ، وتلك القيود :

- ١ - الملاحة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع بحيث لا تتفق اصلاً من اصوله ولا دليلاً من ادله القطعية ، بل تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع الى تحصيلها وان لم يشهد دليلاً خاصاً باعتبارها .
 - ٢ - ان تكون معقولة في ذاتها بحيث اذا عرضت على اهل العقول تلقتها بالقبول
 - ٣ - ان يكون في الاخذ بها رفع حرج في الدين بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج والله تعالى يقول (ما جعل عليكم في الدين من حرج) (١) .
- ويقول القرافي المالكي ياتيه :

(المصلحة المرسلة غيرنا يصرخ بإنكارها ، ولكنهم عند التفريع تجد لهم يحللون - بمطلق المصلحة ، ولا يطالبون انفسهم عند الفروق والجواسم بأداء الشاهد لها بالاعتبار ، بل يعتمدون على مجرد الصناسب وهذا هو المصلحة المرسلة) (٢)

وقال فقهاء المالكية بتقسيم احكام الشريعة الى قسمين :

الاول : ما يتعلّق بشؤون الآخرة وهو العبادات .

والثاني : وهو ما يتعلّق بشؤون الدنيا وتنظيمها وهو مسوى العبادات من الامر ، الصادمة والتعاملية ونحوها .

فالقسم الاول اي العبادات لا يسُوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها واتخاذ امر فيها يعني على الاتباع التعبدى .

واما القسم الثاني وهو الذي يتكون منه تشريع النظم التعاملية، فإنه محل سجال العبار ومرتبط بالمعانى المصلحية في هذه الحياة كما تفيده الشريعة نفسها (٣)

وقد توسع الامام مالك رضي الله عنه في النظر الى تلك العلل وللمعاني المصلحية في هذا القسم حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان وثبت عنه انه قال :

(الاستحسان تسعه اعشار العلم) (٤) وهذا منه محضر انصاف وفهم وفقه في الدين رضي الله عنه وأرضاه .

(١) مالك للشيخ محمد ابو زهرة ٢

(٢) تنقیح الفصول ص ٢٠٠ وما بعدها

(٣) الموافقات والاعتراض للإمام الشاطبي ابراهيم ابي اسحاق الفرناطي المتوفى

سنة ٦٩٠

(٤) الموافقات ج ٢ / ص ٢٠٢

٢ - الامام احمد بن حنبل وأصحابه والاستحسان عند الحنابلة

اما الاجتهاد العنيلي فلها منحى الاجتهاد المالكي في اعتبار المصالح اصلًا يعتمد عليه في تقرير الاحكام ولا شك ان الاستحسان كما مر آنفا فرع من الاستصلاح عند المالكية .

٤ - الاستحسان عند الشافعية وموقف الامام الشافعى منه :

— انكر الشافعى رضى الله عنه والظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة قاطبة
الاستحسان كما علمنا (٢) قال الشافعى :
(من استحسن فقد شرع) قال الروياني معناه انه ينصب من جهة ،
نفسه شرعا غير الشرع ، وقد خصص الشافعى فصلا في كتاب الام لابطال الاستحسان
وقال : الاستحسان باطل (٣) وقال في الرسالة الاصولية : (٤)
” وانما الاستحسان تلذذ ولو جاز لاحد الاستحسان في الدين لجاز لاحل
العقل من غير اهل العلم ولجاز ان يشرع في الدين في كل باب وان يخرج
كل احد لنفسه شرعا ” .

وقال ابن حزم :

"والحق حق وإن استقيمه الناس والباطل باطل وإن استحسنوا الناس فضحوا أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال وبالله تعالى نعوذ من الخذلان" (٥)

(١) ابن حنبل للشيخ محمد أبو زهرة.

(٢) السيدى العاشر للفقه الجعفرى ص ٢٩٨

۲۷۷ ص ۲۱۴ (۳)

(٤) الرسالة الاصلية ص ٥٠٢ وما بعدها

(٥) ملخص ابطال القياس والرأي والاستحسان لابن حزم ص ٥٠ والاحكام في اصول الاحكام له ج ٦ ص ٢٥٩ .

هذا ، وقد توسيع الاجتهاد الشافعي بانكار نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة بحججة ان الشريعة الاسلامية قد تقلّبت ببيان كل ما يحتاج الانسان الى معرفته من الاحكام اما بالنص الصريح او بالاشارة او بطرق القياس الشرروع وان الاستحسان لا ضابط له ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل فلو جاز لكل مفت او حاكم او مجتهد ان يستحسن لأصبح الامر فرطاً والاستحسان بتعبيير الشافعي رحمة الله يشمله والمصالح المرسلة معاً .

وقد لک عدّ الامام حجة الاسلام الفزالي في كتابه المستصفي الاستحسان -
والاستصلاح من الادلة الموهومة واعتبرها من قبيل الحكم بالتشهي والهوى
المجرد عن دليل شعري . (١)

لکه لم يرد بذلك ما يشمل الاستحسان القياسي عند الحنفية واحکام
الضرورات الملحوظة بل اقر الشافعي والفزالي ذلك اذ لم مجال للتشبه فيه
ولكن ردّه الشافعي الى القياس .

ب - موقف الامام الشافعي ذاته من الاستحسان :

يقول الامام الشافعي رضي الله عنه في كتاب الاستحسان مانصه : (كل ما وصفت
مع ما انا ذاکر من حکم الله ثم من حکم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم حکم
جامعة المسلمين دليلاً على انه لا يجوز لمن استأهل ان يكون حاكماً أو مفتياً ان يحكم
ولا ان يفتى الا من جهة خير لازم ، وذلك الكتاب ثم السنة ، أو ما قاله اهل العلم
لا يختلفون فيه او قياس على بعض هذا ولا يقتصر بالاستحسان اذ لم يكن الاستحسان
واجباً ولا في واحد من هذه المعناني) .

يعلق الأستاذ الجليل محمد ابو زهرة على قول الامام الشافعي بقوله (٢) ،
(هذه الجملة لها نظائر في كتاب ابطال الاستحسان وفي كتاب جماع العلم
وفي الرسالة وفي غيرها من ثنايا كتاب الام ، وهي تدل ونظائرها على امرین
احدهما ان كل اجتهاد لم يعتمد فيه المجتهد على الكتاب أو السنة أو اشر
أو اجماع أو على قياس على واحد منها يكون استحساناً ، لأن المجتهد يكون
قد اخذ فيه بما يستحسن لا بما اعطاه الدليل بنصه أو بدلاته .

(١) المستصفي للفزالي رضي الله عنه حجة الاسلام ج (ص ١٣٢ - ١٤٤)

(٢) الشافعي للشيخ محمد ابو زهرة في بحث ابطال الاستحسان ص ٢٨٦

ثانيهما ان الاجتهاد بطريق الاستحسان من غير الاعتماد على نعم ثابت ومن غير اعتماد على دلالة مرشدة اجتهاد باطل لا يمت الى الشرعصلة .

ونزد الان ان نثبت مأساقه الشافعي لاثبات القضية الثانية وهي بطلان الاجتهاد بطريق الاستحسان اي بغير الاعتماد على نص او اجماع او قياس ، لأن ذلك هو معنى الاستحسان في نظره على ما ثبت في القضية الاولى .

وان المستبع لما ذكره الشافعي في الام والرسالة يجد انه قد استدل ببطلان الاستحسان بعدة ادلة منشورة في مواضع مختلفة كانت تجيء على لسانه في المنشارات ونريد ان نلخص ما عثنا عليه منها ، وهي ترجع الى ستة ادلة وهي :

١ - قال الله تعالى : (أَيُحِبُّ الْأَنْسَانُ أَنْ يَتَرَكَ سَدِّي) (١) وقال صلى الله عليه وسلم (ما تركت شيئاً مما أمركم الله به الا وقد امرتكم به ولا شئساً ما نهاكم عنه الا وقد نهيتكم عنه ، وان الروح الايمان قد القى في روعي انه لا تموت نفس حتى تستوفي رزقها فأجملوا في الطلب .) ولقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلزوم جماعة المسلمين ومعنى ذلك لازوم قول جماعتهم فهذه الآية وهذا ان الحديث يدلان على ان النبي صلى الله عليه وسلم قد بيّن الشرع كله ، فبين كل ما امر الله به ، وكل ما نهى عنه ، وأن سبحانه لم يترك الامر سدى في شأن من شؤون الجماعة الاسلامية فيما يتعلق بالامر والنواهي فكل شيء قد بين بالنص عليه او بالاشارة اليه فلا اجتهاد الا فيما كان له نص قائم او قياس على نص وحمل عليه ، والا كان ثمة نقص في البيان وذلك غير صحيح لأن الله لم يترك الناس سدى والنبي قد بين كل الامر والنواهي ، فالاجتهاد اذن بالاستحسان باطل .

٢ - قال الله سبحانه وتعالى : (وَأَطْهِمُوا اللَّهَ وَأَطْهِمُوا الرَّسُولَ) (٢) وقال عز وجل (اتبع ما اوحى اليك من ربك) (٣) وقال تعالى (من يطع الرسول فقط اطاع الله) (٤) وقال عز من قائل (وما اتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فاتنهوا) (٥)

(١) سورة القيمة آية ٣٦

(٢) المائدۃ آية ٩٥

(٣) الاحزاب آية ٢

(٤) المساددة ٧٩

(٥) الحشر آية ٧

وقال : (وَانْ احْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَبَعْ أَهْوَاهَهُمْ) (١)

فدللت هذه الآيات كلها على أن المؤمن يتبع كتاب الله وسنة رسوله ولا يتبع شيئاً سواهما ، فكل ماجاء بالنص أو بالدلالة بالتفصيل أو الاجمال ، بالبيان الكلي أو الجزئي فهو واجب الاتباع ولا شيء سواهما يجب اتباعه والقياس اتباع للكتاب والسنة ، لأنّه حمل في المعنى على ما يدلّان عليه ، والجماع مجتهد مستددة من السنة النبوية ، فالحمل به اتباع لها ، ولما كان الاستحسان ليس فيه المماق الاستحسان لواحد منها ، وليس هناك نص يسّرّع الاخذ به فالأجتهاد بطريقه تزييد على ما جاء في الكتاب ، وما جاءت به السنة وليس لأحد اتباع غيرهما ولا الالتزام بغير احكامها التي تثبت منها بالنص أو الاستباط على وجه صحيح من أوجه الاستباط

٣ - ان النبي صلى الله عليه وسلم وهو الذي لا ينطق عن الهوى ما كان يفتني في امور الشريعة باستحسانه فقد كان يحيى الامر لم ينزل فيه قرآن ولم يوح بحكمه السنية فلما يفتني باستحسانه ، وكان يستفتني فيما لا قرآن فيه فلا يجب حتى ينزل عليه وحي .

جاءته امرأة أوس بن الصامت تشكو اليه أوسا فلم يجيئها حتى انزل الله عز وجل (قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركم) ان الله سمع بصير ، الذين يظاهرون من نسائهم ما هن امهاتهم ، ان امهاتهم الا اللائي ولدتهم ، وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لغفور رحيم والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحير ريبة من قبل ان يتناسوا ذلك يتعظون به والله بما تحملون خبير ، فمن لم يجد فضيام شهرين متتابعين من قبل ان يتناسا ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب العذاب (٢)

فالنبي صلى الله عليه وسلم عند ما شكت اليه من ظاهر منها زوجها بأن حرمها على نفسه بمثل قوله أنت على كثيراً لم يفت باستحسانه ولم يقرر ما كان عليه العرب وهو التحرير بل انتظر حتى نزل الوحي وهو في ذلك اسوة حسنة .

(١) المائدة آية ٥٢

(٢) سورة العنكبوت آية ١ - ٥

وذلك جاءه العجلانى يقذف امرأته فلم يفته حتى نزل قوله تعالى : (والذين
يرون أزواجاهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات
بأن الله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرا ،
عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة
إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) النور ، وبها يتبين حكم القذف
وهو اللعن ، ولم يبين النبي الحكم مستحسننا برأيه فلو كان الاستحسان
سائفاً من أحد لساغ من النبي صلى الله عليه وسلم ولا ينقض بمقتضاه ولم ينفظ
وحي السيا ، ولكنه انتظر فحق على كل مجتهد أن يمسك عن الاستحسان ولا يقتني
بما استحسن ، بل لا يأخذ إلا من كتاب الله أو سنة رسوله أوما انعقد عليه الاجماع
أو ما كان فيه قياس على نص .

٤ - إن النبي صلى الله عليه وسلم قد استنكر على الصحابة الذين غابوا وافتوا
باستحسانهم ، فقد كان إذا بحث سوية أمر بطاعة الله ورسوله وأميرهم ما اطاع الله
ورسوله وقد كان منهم في بعض مجازيمهم أموراً انكرها فقد انكروا حرارتهم لرجس
لأن بشجرة ، وأنكر قتل من قال : (أسلمت لله) تحت حر السيف ، فلو كان
الاجتهاد بالاستحسان من غير الاعتماد على نص أو قياس سائفاً جائزًا ما استنكر
النبي صلى الله عليه وسلم مسلكهم ولا اعتبرهم مجتهدين أخطأوا طلب الحق .

٥ - إن الاستحسان لا يتطابل له ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو
جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن فيما لانصر فيه لكان الأمر فرطًا
ولا خالفت الأحكام في النازلة الواحدة على حسب استحسان كل مفت فيقال في الشيء
ضروب من الفتيا والأحكام لا يتطابل لها ولا مقاييس يقاس الحق فيها ، ولا معرفة وجه
الصواب منها وما هكذا تفهم الشرائع ولا تفسر الأحكام الدينية .

ولا يعترض على الشافعي بأن القياس أيضاً قد يؤدي إلى الخلاف لأن الخلاف
في القياس أهون خطأ من ذلك ، ولأن جعل القياس على أساس التشابه في الأوصاف
بين أمر قد نص على حكمه وأمر لم ينص على حكمه قد قرب بذلك بين المختلفين
فيه ، وكانت ثمة ضوابط يمكن الاحتكام إليها والاجتماع حولها ، أما الاستحسان
فلا شيء فيه يمكن أن يكون ضابطاً يجتمع حوله المختلفون ويلتفتون به .

٦ - إن الاستحسان لو كان مقبولاً من المجتهد العالم بالكتاب والسنّة وتراثه
القياس لجاز لغيره من ليس عندهم علم الكتاب والسنّة وخلاف العلماء وجماعهم

والقياس لأن أساس العقل ، والعقل متوفع عند العلماء بالكتاب والسنة توافره عند غيرهم بل إن من غير العلماء بالكتاب والسنة من لهم عقول تفوق عقول هؤلاء ، ولهم إباهة خير من إباهتهم .

وقد فرض الشافعي رحمة الله اعترضا على هذا الدليل وهو أن العلم بالكتاب والسنة ضروري لمعرفة أصول الشرعية ولا يكون استحسان إلا من عليها ، وقد قرر ذلك الاعتراض ورد به بقوله : (فان قلتم لا نعلم لعلمائهم بالأساطيل لكم فمسا حجتكم في علمكم بالأساطيل اذا قلتم بلا أصل ولا قياس على أصل ، هل خفترم على أهل العقول الجهمة بالأساطيل أكثر من أنهم لا يعرفون الأصل ، فلا يحسنون أن يقتصوا بما لا يعرفون ، وهل أكبكم علمكم بالأساطيل القياس عليها أو أحجار لكم تركها ، فإذا جاز لكم تركها جاز لهم القول معكم ، لأن أكثر ما يخاف عليهم ترك القياس عليها أو الخطأ ثم لا أعلمهم إلا أحد على الصواب أن قالوا على غير مثال منكم لو كان أحاديحد على أن يقول على غير مثال لأنهم لم يعرفوا أمثالا فتركوه ، وإنذر بالخطأ منكم .)

ومفري الرد أن العلم بالأساطيل شرطه الأخذ بها ، ومن آثار الاستحسان على القياس فقد ترك النص فكان هو والجاهل بها في اجتهاده على سواه ، وإن كان فند العالم أعظم ويستقيم ذلك الرد على أساس الشافعي إذ الأساس عنده أن ترك القياس على أمر منصوص عليه في الكتاب والسنة كتركها ، فلافرق بين من يترك النص ، ومن يترك ما يرمي إليه النصر من أحكام وما ينضبط به من قياس .

وتحدى (١) أنه مع ذلك الرد لا يستقيم دليل الشافعي في هذا المقام رضي الله عنه لأن الاستحسان لم يحكم به أحد في مورد النص فكان الاستحسان لا يجوز إلا من العالم بالكتاب والسنة لكيلا يستحسن في موضع قد نصر عليه فيما ، فكما بين العالم والجاهل فرق مؤشر في الاستحسان) هذه أدلة جاءت في ثنايا نقاش الشافعي في مواضع متباشرة من كتاب الإمام ولم يكتف بسوقها في مواضعها المختلفة بل أخذ يبطل ماعساه ان يحتاج به دعوة الاستحسان :

الرد على دعوة الاستحسان :

(فقد ساق الشافعي أمرين فرض أن فيهما ما يحتمل الاستئثار به في اثبات الرأي من قياس وهم :

(١) هذا الرأي للشيخ محمد أبو زهرة حفظه الله .

أولاً : حديث : اذا حكم المحاكم فاجتهد فأصاب فله اجران و اذا حكم فأخطأ فله اجر واحد . وحديث معاذ بن جحيل رضي الله عنه المشهور ، فقد فرض الامام الشافعى ان في هذين الحدين ما قد يثبت به الاجتهاد بالاستحسان فقال :

(فان قيل في الحجة في انه ليس للحاكم ان يجتهد على غير كتاب ولا سنة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اجتهد الحكم ... وقال معاذ ... اجتهد برأيي ورضي بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبي وأمي ولن يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اجتهد على الكتاب والسنة - قيل لرسول الله عزوجل (وأطهروا الله وأطهروا الرسول) فجعل الناس تبعا لهما ثم لم يهمليهم) اهـ الام وهو بهذا يشير الى ان الامر باطاعة الله ورسوله عاص لا يقدره شيء ، فاذَا كان اجتهاد فقي حدود هذه الطاعة ، ولا يكون الاجتهاد في حدود هذه الطاعة الا أن يكون الاجتهاد بالرأي مبنيا على الكتاب والسنة .

ثانياً : ان قواما من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا ميتا فأكلوا منه فأقر لهم عليه السلام وأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ في بني قريظة فحكم فيهم بالسيف ، ولو كان الاستحسان منعوا ما اقر النبي من اكلوا ولا جعل الحكم الى سعد بن معاذ ، ولقد قال الشافعى في ذلك رحمة الله (فان قيل فقد امر النبي صلى الله عليه وسلم سعدا ان يحكم في بني قريظة فحكم برأيه فوافق الحكم على غير اصل كان عنده من النبي صلى الله عليه وسلم ، وان قواما من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم خرج لهم حوت من البحر ميتة فأكلوه ثم سألوه عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هل بقي معكم من لحمه شيء ؟ قيل اجاز لصوابه ، كما يجوز كل رأى من يعلم او لا يعلم اذا كان بعضرته من يعلم خطأه وصوابه ، فيجوز من يعلم ذلك منه اذا اصاب الحق بمعنى اجازته له انه الحق لا يمتنع رأى نفسه متفردا دون علمك لأن رأى ذى الرأى على غير اصل قد يصيب وقد يخطئ) اهـ الام .

ويعنى هذا الجواب ان النبي صلى الله عليه وسلم انا اجازه لأنه صادق ، الحق لانه اجاز الاجتهاد على غير اصل من الكتاب او السنة ، وقد يكون ذلك واضحا في مسألة الحوت ، ولكن غير واضح في مسألة سعد فإنه من الواضح ان النبي صلى الله عليه وسلم ترك الحكم في مسألة بني قريظة الى رأى سعد وما يستحسن منه

فلمن في ذلك اقرار الرأى لصوابه فقط بل فيه مبدأ التفويف والرضا قبل ابداء الرأى بما يحکمه سعد ، اللهم الا اذا كان النبي صلى الله عليه وسلم قد استيقن برأى سعد قبل التفويف منه وكان التفويف ليلزمهم بالحكم (١) ويستطرد الشيخ محمد ابو زهرة ملخصا رأى الشافعى رحمة الله تعالى :

(والخلاصة ان الشافعى رضي الله عنه لا يعتمد في الاستدلال للحكام الشرعية الا على امور موضوعية تسند الى الدلالات اللفظية في مالها ، فهو لا يعتبر الا الكتاب او السنة ، يعتبر النص فيما فان لم يجد النص الصريح ولا المؤول استخرج المعانى والصفات في الاشياء المنصوص عليها ، ثم يلحق الحكم الذى لا يجد فيه النص الى اقرب الامور المنصوص عليها وصفاته او ما يشترك معه في ، مفهون الحكم فالحال للفظي مادى لا امر يتصل بالذوق او الشخص فهو لا يعتبر الفهم الشخصي في الشريعة ، بل يعتبر دائما الفهم الموضوعي المادى وان ذلك كان ملا حظا للشافعى عند تقرير ابطال الاستحسان .

الا تراه قد صدر كلامه في كتاب ابطال الاستحسان باثبات ان الشريعة لا تشتبه احكامها في هذه الدنيا الا على اساس الظاهر ويختم كلامه فيه بمثل ذلك، فهو يقول في صدر كلامه في ابطال الاستحسان (انه جلي وعزيز ظاهر عليهم الحرج فيما جعل اليهم من الحكم في الدنيا بـ لا يحكمو الا بما ظهر من المحكوم عليه والا يجاوزوا احسن ظاهره) ويقول في آخر كلامه (ان احكام الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم تدل على ما وصفت من انه لا يجوز للحاكم ان يحكم بالظن وان كانت له عليه دلائل قوية فلا يحكم الا من حيث امره الله بالبينة تقوم على المدعى عليه او اقرار منه بالأمر البين ، وكما حكم الله انا اظهر فله حكم كذلك حكم ان ما اظهره فعليه حكمه لانه اباح الدم بالكفر والنافر كان قوله فلا يجوز في شيء من الاحكام بين الصداق ان يحكم فيه الا بالظاهر لا بالدلائل) (٢) فتصديق
الكلام في الاستحسان وتحقيقه ببيان ان الحكم في الشريعة ينطوي بالظاهر يوضح ما فهمناه من ان الشافعى رحمة الله لا حظ الناحية المادية في تفسير الشريعة واستخراج احكامها عندما ابطل العمل بالاستحسان .

(١) الشافعى للشيخ محمد ابو زهرة ص / ٢٩٢

(٢) الام الجزء السابع ص / ٢٢٦

ان اعتير الاستحسان فيما شخصيا لا يصح الاخذ به مهدا لاستخراج الاحكام ولذا يقول : (اما الاستحسان ثالثا) (١) هذا البحث قسم يقتصر ملخصا من الام والرسالة للشافعى رحمة الله ومن كتاب الشافعى للشيخ محمد ابو زهرة رحمة الله .

أقوال:

وخلاصة القول ان الامام الشافعى الذى قال استحسن في عدة مسائل فقهية اثنا ينكر ويبطل الاستحسان المبني على محض الهوى والتشهي وينسى الى التلذذ وهذا لا يأخذ به احد اما الاستحسان المبني على الضوابط والقواعد والذى اخذ به العرفية والملكية والختالية فالظاهر ان الامام الشافعى لا يذكره بل يأخذ به ولا يعقل ان من يستحسن لا يقول بالاستحسان وايضا حا لذلـك فاني سأسوق كلام الشافعية في كتبهم لتعتبرن للقارئ مرار الامام الشافعى
- بالاستحسان الذى يذكره :

قال الإمام الشافعى : (وقد تلخص من هذه المسألة ان الحق مأallee ابن الحاجب وأشار إليه الأدمى انه لا يتحقق استحسان مختلف فيه) (٢) وقد قال الإمام الشافعى نفسه (استحسن في المتعة ان تكون ثلاثين درهما واستحسن ، ثبوت الشفاعة للشفعى الى ثلاثة أيام واستحسن ترك شيء للملائكة من نجوم الكتابة) (٣)

ويقول الاستئنف (وقال في المحسوب وليس المخلاففي جواز استعمال لفظ الاستحسان لوروده في الكتاب كقوله تعالى " (وامر قومك يأخذوا بأحسنتها) " . وفي السنة كقوله صلى الله عليه وسلم (مارآة المسلمين حسنا فهو عند الله حسناً) وفي الفاظ المجتهد بن قول الشافعي في المتعة استحسن ان تكون ثلاثة وعشرين درهماً (٤)

(١) الرسالة ص ٤٨٢ والشافعى ص ٢٩٢

(٢) نهاية السول شرح منهاج الاصول للاستاذ الشافعى ج ٤ ص ٢٠٣

(٣) شرح المعلق على جمع الجواهير ص / ٢٨٨ ج ٢

(٤) السنوي ج ٤ ص ٣٩٩

وقد قال صاحب سلم الوصول لشرح نهاية السول : (فمن انكر الاستحسان وقال من استحسن فقد شرع لم يدر المراد به والذى قال هذه المقالة هو الامام الشافعى رضي الله عنه فنفهم من حمل قوله هذا على انكار الاستحسان وقوليه فقد شرع على ذم من استحسن وبعضاً هذا الفريق قال فيه انه لم يدر المراد بالقياس عفا الله عنه ، وليس هذا الا كما يقول الشافعى عند تعارض الاقيسه هذا استحسنه وبعضاً كصاحب جمع الجواع قال : (فان تحقق استحسان مختلف في منه فمن قال به فقد شرع) ، قال الجلال بشدید الراء كينا قال الشافعى رضي الله عنه :

(من استحسن فقد شرع اى وضع شوغا من قبل نفسه وليس له ذلك) هـ
ونفهم من حمل قول الشافعى هذا على مدخل من استحسن وقال بالاستحسان اليتافق عليه كالشيخ الاعلى محمد بن عربي الحاتى الشهير بمعنى الدين وخاتم الولاية المحمدية فانه قال في الفتوحات : (ان مقصود الشافعى من قوله هذا مدخل المستحسن وأراد أن من استحسن فقد صار بمنزلة نبي ذى شريعة ، وأثناء اع الشافعى لم يفهموا كلامه على وجهه هذا والله اعلم .

وما قاله صاحب جمع الجواع (وجده) (١)

٥ - الاستحسان عند ابن حزم ومناقشته :

يظهر أن الاستحسان عند ابن حزم هو الاستحسان بمعنىه العام الذي يشمل المصالح المرسلة ، والاستحسان الاصطلاحي الذي ميزه المالكية من بعد ذلك ، وذلك لأن ابن حزم لم يتكلّم في المصالح المرسلة ، وقد اقتصر أخذه على البعض أو الأجماع القائم عليه ولم نر تصدى لبطل المصالح المرسلة فهو بلاشك قد خلّها في الاستحسان .

وأين حزم عرى أن الاستحسان شطط في الاجتهاد ، لأن الاستحسان مختلف بما خلاف الاٰحوال والأشخاص والازمان ، فما يمده حسنا ناس يمده قبيحا آخرون ، وما يمده مصلحة ناس يمده آخرون مضره ، فتبطل الحقائق الشرعية وتنطرب ولذا يقول :

(من المجال ان يكون الحق في ما استحسنا دون برهان ، لأن
لو كان ذلك لكان الله تعالى يكفي ما لا ينطوي ولبساط الحقائق ، ولتضارب الدلائل
وتما رضت البراهين ولكن الله تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي قد نهانا عنه، وهذا
مجال لأنّه لا يجوز أصلاً أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد على
اختلاف هممهم وعلمائهم وأغراضهم ، فطاقة طبعها الشدة وطاقة طبعها
اللن ، وطاقة طبعها التصميم وطاقة طبعها الاحتياط ، ولا سبيل إلى
الاتفاق على استحسان شيء واحد مع هذه الدواعي والخواطر السليمة ، واختلافها
واختلاف نتائجها وموجهاتها .)

ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استقيمه المالكيون ، ونجد المالكيين قد استحسنوا قولًا قد استقيمه الحنفيون ، فيبطل أن يكون الحق في دين الله عز وجل مزدوجا إلى استحسان بعض الناس وإنما يكون هذا - والعياذ بالله - لو كان الدين ناقصا ، فأما وهو تمام لا مزيد فيه ، فيمن كله منصوص عليه أو مجمع عليه فلا معنى لغير استحسن شيئا منه أو من غيره ولا لمن استقيمه أيا شيئا منه أو من غيره والحق حق وإن استقيمه الناس ، والباطل باطل وإن استحسنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلالة والله تعالى نعمون من الخذلان) (١) فابن حزم يرى أن الاستحسان باب من الفقه غير منضبط وأنه يؤدي إلى أن يستحسن فقيه مالا يستحسن آخر فتضطرب الأحكام ،

ولا تتحفظ الشرحنة ، فوق انه لا شرع الا من نص ، وهذا نلا حظ عليه انه اعتبره حكما بالبهوي والشهوة ، والحقيقة انه حكم لا بالبهوي ولا بالشهوة .

ولكنه حكم مستمد من مجموع علم الفقيه بمقاصد الشريعة وغاياتها ، نعم ان بعض المالكية وهو ابن رشد الكبير ذكر أنه ما ينفع في قلب الفقيه من غرائب سرده إلى أصل بعثته ، لكن ذلك ليس معناه ان الأمر يرجع إلى هوى الفقيه وشهوته بل الأمر فيه يرجع إلى سطوة الفقهية أو إلى القراءات العامة للشريعة التي تتجدد إلى صالح الناس وما ينفعهم في معاشهم وسعادهم ، فليس الحكم فيه إلى الهوى ولكن إلى العقل الإسلامي المتبع لمصالح الشريعة ومواردها ومن ذلك ليس كل المالكية قال في الاستحسان مقالة ابن رشد هذه ، التي يجعل المرجع فيها إلى تقدير الفقيه العجوز ، بل كثرة المالكية والحنفية جميعاً قالوا : انه منضبط محكم الرتاج ، وليس الباب فيه منقوحاً على مصراعيه حتى يدخل الهوى والشهوة إليه .

فالمالكية يقررون ان الاستحسان باب من ابواب المصلحة المترقبة الثابتة التي تتصل بضرورات الانسان او حاجاته او كماليته ، اى المصلحة التي يثبت اوامر الشرع ونواهيه انها ملائمة لمقاصده ، وليس متغيرة مع احكامه ، والمهوى والشهوة ليس ارضاًهما من المصالح الملائمة لمقاصد الشارع اذ ان الشريعة الساوية تزلت لتهذيب النفوس والعمل على سيطرتها على اهواه النفس وشهواتها . والحنفية يحيطون بالاستحسان ضبطاً لحكم من هنا ، فلا ينافي بمصلحة بل يناظر اما بالاجماع او بالعرف او بالضرورة ، او علة قياسية اقوى تأثيراً من العلة الظاهرة ، فهو ليس مطلقاً يترك لتقدير الفقيه ، بل هو مقيد، والحنفية يرون في الاستحسان ان مجرى الحكم على خلاف القياس ، ولو كان الذى دعا الى ذلك نص ، فيبطلون على الاخذ بالنص وترك تفاسيس اساسه علة مطردة — كلمة الاستحسان . ومن ذلك قول الامام الاعظم ابى حنيفة رضى الله عنه عندما سمع حد میث امن هريرة في عدم افطار من اكل او شرب ناسها — لولا الحديث لا يُخذل بالقياس .

فليس الاستحسان عند هم اخذها بحكم الشهوة وانما هو أخذ بحكم قواعد مقررة وترجحها على اخرى . هذه نظرات ابن حزم الى الاستحسان الذي هو شعبة من شعب الاجتهاد في الرأي ، وقد رأينا ابن حزم ينظر اليه

من جانبه المتعذر الذى لا يقبل الاراء في الدين جملة وتفصيلاً ، ذلك لأن النصوص عنده كل شيء ولا عبرة عنده بغير النصوص الظاهرة الواضحة (١)

٦ - موازنات في الاستحسان بين المذاهب :

- يمكننا في مستهل هذا البحث ان نوجز الاستحسان عند المالكية فنقول : (عرف ابن العربي المالكي الاستحسان بأنه اشار الدليل على طريق الاستئثار والترخيص لمعارضه ما يعارض به في بعض مقتضياته ، وقسمه الى اربعة اقسام وهي :
للفرق
ترك الدليل / ، وتركه للاجماع ، وتركه للمصلحة ، وتركه للتيسير
ورفع المشقة والتوسعة .) ويورد ذلك ابن الانباري ويقول : الذي يظهر من ذهب مالك القول بالاستحسان ، لاعلي المعنى السابق بل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس . ومثاله ، لو اشتري سلعة بالخيار ثم مات ، فاختلف ورثته في الامضا والرد ، قال اشهب : القياس الفسخ ، ولتكا نستحسن اذا قبل البعض البعض نفيه
الرار اذا امتنع البائع من قبوله ، ان نعطيه .

(الاستحسان
ويقارب ذلك التعريف قوله ابن رشد في الاستحسان / الذي يكثر استعماله حتى يكون اعم من القياس هو ان يكون طرحا لقياس يؤدي الى غلو في الحكم وبما لا فيه ، فعدل عنه في بعض الموارد ، لمعنى يؤثر في الحكم يختص بهذه ذلك الوضع)

ولا شك ان اتجاه هذين التعرفيين مصوب نحوها واحدة ، وهي أن لا يعتقد الفقيه السجته عند بحث الجزئيات بتطبيق ما يؤدي الى اطراوة القياس ، بل يترك لتقدير الفقيه ما يواه المصلحة او الامر الحسن في هذه القضية ما دام لا يخالف نصا من كتاب أو سنة والخلاصة ان الاستحسان عند المالكية فيما يفهم اخذ مصلحة جزئية في مقابل دليل كلي (٢) .

(١) ابن حزم للشيخ محمد ابو زهرة ص ٤٢٨ .

(٢) ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهرة ص ٣٤٤ .

الفرق والفرق بين استحسان المالكة واستحسان الحنفية :

هذا وبظاهر من استقرار المسائل التي كانت الأحكام فيها مبنية على الاستحسان امراه :

احدها : ان الاستحسان كان يقتضي به في المسائل لا على أنه القاعدة بل على أنه استثناء منها ، أو على حد التعبير المالكي ترخيص من القاعدة فهو حكم جزئي في مقابل اصل كل ما رأيت في الافتاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد به عدول ، وكاجازة القرض دفعا للحجاج والمشقة ، ففي هذه المسائل وأشباهها كان الاستحسان ترخصا من قاعدة عامة ادى اطراها الى وقوع ضرر فكان الاستحسان دفعه ،

ثانياً : أنه أكثر ما يكون الاستحسان عندما يكون موجبا للقياس مذكورة الى حرج ، فالاستحسان في المذهب المالكي كما هو في المذهب الحنفي مقابل للقياس ، وإن كانت طرائق المذهبين فيه مختلفة وكل سببوا متنقلاً في الفقه ، ولأن الاستحسان في المذهب المالكي كان لدفع الحرج الناشئ من اطراح القياس ،

هذا ، وانما نقررتنا ما يهدى لنا من الاستحسان في المذهبين فالذى يهدى لنا من تتبع الاستحسان في الفقه المالكي هو أنه كان يعالج ظروف القياس فيه بالرجوع إلى ثلاثة أمور :

١ - بالصرف الغالب ٢ - وبالصلة الراجحة ٣ - ودفع الحرج والمشقة بلاحظة الضرورات المجلدة ،

والمذهب الحنفي كان يدفع غلو القياس بلاحظة على أخرى تختلف العلة الظاهرة في القياس المطرد فالاستحسان في بعض تواجده عندهم معارضته بين قياسين أحد هما علته خفة قوية التأثير وهو مبني بالاستحسان والآخر علته ظاهرة ضعيفة التأثير .

ومن المذهب الحنفي معارضة غير الاحاد والأخذ به في مقابل قاعدة طيبة انتسبها للقياس استحسانا كما سمع الاخذ بالاجماع في مقابل القاعدة استحسانا ايضا .

وقد منع القياس للضرورة والعرف كما قال المالكية وسواه استحسانا .

فالذهاب بخلافيان في اعتبار المشقة والعرف الفالب موجبين للاستحسان فليس مقابل القياس وبقى في أن إياها حنفية جعل من فروع الاستحسان الاخذ بالاجماع وغير الأحادي في مقابل القياس ، وبظاهر أن المالكية لا يسمون ذلك استحسانا .

كما يفترض في أن المالكية يأخذون بالصلحة الجزئية في مقابل القياس الكلي كما لو اشتري شخص سلمقطعل أنة بالخيار ثم مات فاختطف ورثته في الامض والبرد قال اشهد القياس القبيح ولكننا نستحسن اذا قبل البعض المضطري تعيب الراد اذا امتنع اليائعي من قوله ان تضمه) . ونرى من هنا ان القياس متبع اطراده لصلحة جزئية وذلك لعلم يكن في فروع الحنفية .

وعلى الشيخ محمد أبو زهرة ان الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلبي يختلف في بعض الاجزاء ، أما الصالح المرسلة فانها تكون حيث لا يكون شدة دليل سواها .

وأنا أجد ان اثبات المصلحة الجزئية هو بالرغم اخذ بهذا الصالح المرسلة ولذلك يقول علماء المالكية انه اثبات للاستدلال المرسل على القياس ، فهذه المصلحة هي من صور الصالح المرسلة وغير المرسلة ومؤدى الاخذ بها ينتهي الى أن المصلحة تحمل في حالين :

الحال الاولى :

حيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص وفي هذه الحال تكون هي الدليل وحدها وهي عند مالك اصل قائم بذاته .

الحال الثانية :

اذ كان شرط القياس ، ووجد ان طرد القياس يوقع في مشقة او ضيق او يوضع مصلحة فإنه يتறض في ترك القياس لهذا النفع المجلتب ولذلك الشرر المجلتب وسيجي هذا النوع الذي قوله بالقياس من استحسانا ، وينتهي الأثير الى أن مالكا رحمة الله قد اخذ بالقياس ولكنه جعله محكما بالصلحة الكلية والجزئية فلا يطبقه الا من حيث ثبت الا ضرر في تطبيقه ولا تركه ، فلا أساس عنده المصلحة بسوء القياس تحت ملطانها . (١)

(١) مالك للشيخ محمد أبو زهرة ص / ٣٥٨

وخلصة القول أن الاجتهاد المالكي قد اخذ بطريقة الاستحسان وتوسيع فيها أكثر
لن الحنفية علاجاً لغلو القياس غير أنهم لا يسمون القياس الخفي استحساناً كما
في اصطلاح الحنفية وإنما الاستحسان عند المالكية كما رأينا أن يترك القياس الظاهر
لأخذ أمور ثلاثة :

- اذا عارضه عرف غالب - اي خاردة شائعة
- او عارضه مصلحة راحبة .
- او ادى الى حرج ومشقة .

فيكون الحكم الاستحساني عندهم ايضاً من قبيل ترجيح مصلحة
جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد الأساسية بخلافة .

وذلك لأن نصوص الشريعة الإسلامية قد تناقضت على وجوب رعاية
المصلحة ودفع الحرج .

قال تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)
وقال النبي عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار) .

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (١)
(ومفهوم الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والمدخل)
والحقيقة إن الأخذ بالاستحسان لمعالجة غلو القياس يجعل الشريعة الإسلامية
خالية من زلة مشربة مشبعة ل حاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان .

وقد صدق الحديث الموقوف ^ع ابن مسعود رضي الله عنه (ومارآة المسلمين
حسبنا فهو عند الله حسن) .

(١) بداية المجتهد ج ٢ / ص ١٥٤

(٢) لا يأس في هذا السجال ان نذكر نبذة عن قول الصحابي عند الاصوليين
الحنفية : (وتقليد الصحابي وهو اتباعه في قول أو فعل معتقد الحق)
من غير ثأبل في الدليل واجب يترك به القياس من التابعين ومن بعدهم لا حتمال
السمع من النبي عليه السلام بل الظاهر من حاله انه يقتى بالخبر فكان مقدماً على
الرأي ولو سلم فتواه بالرأي فرأيه أقوى من رأى غيره لمشاهدته احوال التزيل .

وقال الكرخي وبعض الحنفية لا يجب تقليده الا فيما لا يدرك بالقياس لتعين
جهة السباع فيه اذ لا تظن فيهم المجازفة ، وأما ما يدرك به فرأيه محتمل للخطأ
فلا يكون حجة لغيره .

وأخيراً يرى الأستاذ الجليل الزرقا، بعض الملاحظات حول الموضوع .

— يرى أولاً أن قول الإمام الشافعي (ليس للمجتهد أن يشرع ومن استحسن فقد شرع) غلوٰ وظلل ذلك بأن من لجاً من المجتهد من إلى الاستحسان والاستصلاح انساً سلكوا طريقاً فتحته لهم الشريعة ولتهم عليهم لائل نصوصها وقواعد هـ
• مصادها

ولكن الحقيقة ان نسبة الام الشافعى للفلو افراط ونسبة انكار الاستحسان
اليه تغريط فالام الشافعى في الحقيقة كما تبين معنا في حقيقة الاستحسان يقول
بالاستحسان ان كان له قواعد وضوابط تمنع المجتهد من الحكم بالتشهيد
والبهوى انظر ان شئت قول الام الشافعى (استحسن كذا) وفي أول هذا
البحث .

- ويسرى أيضاً أن المحنفي يقولون بالصالح المرسلة وبعنتد ونها فهو يقول :
 (فقد تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد اسس نظرية الاستحسان الذي هو
 كما رأينا خروج عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجهة أقوى أو لضرورة تقضي
 مصلحة أو تدفع مفسدة .)

— وقد اتفق عمل الحنفية بالتقليد فيما لا يعقل بالقياس كما في اصل الحبیض
قالوا انه ثلاثة ايام رروا ذلك عن انس وعثمان رضي الله عنهما وكثرا ما باع بأقل
ما باع قبل نقد الشن فقد افسدوه بقول عائشة رضي الله عنها للتي قالت انسى
بحت من زيد بن ارقم خادما بثمانمائة درهم الى العطاء فاحتاج الى شنه فاشترت منه
منه قبل محل الاجل بستمائة بضnas ما شربت واشتربت أبلغني زيد بن ارقم
ان الله تعالى ابطل جهاده ووجهه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب .

واختلف عمل الحنفية فيما يدرك بالقياس منه كما في اعلام قدر رأس المال
في السلم اشترط ابو حنيفة رحمة الله وقال : بلغنا عن ابن عمر ولم يشرط له فيما
اذا كان مشارا اليه بالقياس اذ الاشارة أبلغ من التسمية والاعلام بالعبارة بصح
فكذلك بالاشارة ، وكلا جبر المشترك ضئلاه ما ضاع في يده اذا كان بسبب
يمكن الاحتراز عنه وروي له عن علي رضي الله عنه وخالف ذلك ابو حنيفة رحمة
الله بالرأي لأن الشمان ضمان جزء وهو بالتعمد وضمان بشرط وهو بالعقد
ولم يوجد اتفاق بينهم امانة كالذى يمسه وهو ما يسع في عرف علماء القانون المدني المسؤولية
القصيرة والمسؤولية المقدسة وهذا الاختلاف في آن الصحابي يقلد ام لا في كل ما ثبت عنهم من غير
خلاف بينهم اذ لو اختلفوا لم يجز لأحد ان يقول قوله خارجا عن اقاويلهم ، وقول

فازا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة والخروج لأجلها استحسانا عن طريق القواعد القياسية اذا عارضتها فانهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسلة وبهذا الاحكام على مقتضاهما بطريقة الاولوية عند ما لا تعارضها القواعد القياسية ، وهذا هو معنى الاستصلاح .

فلا يعقل ان من يقول بالاستحسان لا يقول بالاستصلاح لأن الاستحسان هو نهاية الشوط فمن بلطفها فقد اجتاز ماد ونها حتما .

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أن اسم المصالح المرسلة قد ظهر وشاع في اصطلاح المالكة بعد ان ظهر وشاع اسم الاستحسان في اصطلاح الحنفية ، فاختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن فالفرق في نظرنا بين الحنفية والمالكي في هذا الموضوع انما هو اختلاف في اصطلاح لا خلاف في الاستصلاح . (١)

— البعض لا يسقط بقول البعض لاتهم كما اختلفوا ولم يحتجوا بالرفع تحيين وجه الرأي فصار كتعارض القياسين يعمل بأحد هما ومن غير ان يثبت ان ذلك القول المذكور عن بعض الصحابة بلغ غير قائليه فسكت مسلما له اذ لو ثبت لكان اجماعا فلا يجوز خلافه اهـ العيني على المنار ج ٢٥٣
(١) المدخل الفقهي العام ص ٩٦

المبحث الرابع

حقيقة الا

A small diagram consisting of two line segments. The first is a horizontal dashed line segment. The second is a vertical solid line segment that intersects the dashed line. At the point where they intersect, there is a small open circle.

من تعاريف الاستحسان المقدمة وأدلة المثبتين له لا يجد الفقيه الفاحص المنصف خلافاً جوهرياً بين العلماء في الاستحسان .

وأنا الخلاف لفظي كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب والأميدى وأ ابن السبكي والاسنوى والشوكانى (١) وتأسهم جمهور الحنفية والمالكية .

وعبارة تم في ذلك وهي :

(الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العادة أو المصلحة صالحة لتخفيض الدليل العام)

إِنَّ الْمُسْتَحِسَانَ يَشْبِهُ مَا يَسْعَى عَنْهُ رَجُالُ الْقَانُونِ بِالاتِّجَاهِ إِلَى رُوحٍ -
الْقَانُونِ وَقَوْاعِدِهِ الْكَلِيسَةِ .

وَمَا يَدْلِنَا عَلَى أَنَّ الْخَلَافَلْفَظِيَّ كَمَا تَقْدُمُ وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْعِبَارَةِ وَالْأَصْطَلَاحِ ،
وَلَا مُشَاهَةً فِي الْأَصْطَلَاحِ مَا يَقُولُهُ الْبَرْزَوِيُّ فِي كِشْفِ الْإِسْرَارِ :
(ابْوَ حَنِيفَةَ رَحْمَهُ اللَّهُ تَعَالَى اجْلَقَ دَرًا وَأَشَدَّ وَرْعًا مَنْ أَنْ يَقُولُ فِي الدِّينِ
بِالتَّشْهِيْرِ بِلَ عَلَمَ بِمَا اسْتَحْسَنَهُ مِنْ دَلِيلٍ قَاتَلَ عَلَيْهِ شَرِعاً) (٢١)

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١١٦٣

ويقول القفال الشافعى (ان كان المراد بالاستحسان مارلت الاصل بمعناها)
فهؤحسن لقيام الحجة به قال فهذا لانتنكره ونقول به وان كان مايقع في الوهم
من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من اصل ونظير فهو محظوظ ،
والقول به غير سائغ) (١)

فهذا يدل على أن انكار الامام الشافعى رضي الله عنه ومن ثابعه لللاستحسان
انما هو الاستحسان المبني على محض العقول و مجرد القول بالرأى والتشهي من
غير اعتقاد على دليل شرعى وهذا المعنى لم يقل به الحنفية المثبتون لللاستحسان .
وستتضح معنا حقيقة الاستحسان حين نقف على موقف الحنفية منه ان شئنا
الله في البحث التالي .

خلصية :

والحقيقة اننا لو تعمقنا جميع انواع الاستحسان الاتي ذكرها لما وجدنا فيها
ما يدعى الى جعل الاستحسان دليلا مستقلا قائما بذاته .
وابتها يتدخل في بقية المصادر الاخرى كالكتاب والسنة والقياس والمصالحة
المرسلة وأكثر ما يعتمد على المصلحة المرسلة (٢) والشارط لكل ذلك ما قاله المالكية
انه العمل بأقوى الدلائلين .

(١) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٢

(٢) الوسيط ص ٤١٢ و مذكرات الشيخ محمد الزفراوى ص ٣ من الادلة المختلف
فيها .

الفصل الرابع

أنواع الاستحسان أو فن الاستحسان

- ١ - المبحث الأول : تمهيد عن تقسيم الاستحسان عند الأصوليين
- ٢ - المبحث الثاني : تفصيل التقسيمات الخمسة للاستحسان
- ٣ - المبحث الثالث : التعارف والترجيح عند الفقهاء
- ٤ - المبحث الرابع : أمثلة فقهية

الفصل الرابع

أنواع الاستحسان

١) تمهيد عن تقسيم الاستحسان عند الأصوليين ٢) تفصيل التقسيمات الخمسة للاستحسان ٣) التعارض والترجيح عند الفقهاء ٤) أمثلة فقهية

المبحث الأول

تمهيد عن تقسيم الاستحسان عند الأصوليين

قسم الأصوليون الاستحسان إلى تقسيمات عديدة حسب اعتبارات مختلفة ويمكننا أن نرجع التقسيمات كلها إلى خمس تقسيمات :

- التقسيم الأول: وهو التقسيم الأصولي من حيث تقديم الاستحسان على القياس وبالعكس وحسب الضفاف والفساد والصحه والقوة في كل منها انقسام الاستحسان والقياس كل منها إلى قسمين .
- التقسيم الثاني : التقسيم العقلي : ومن حيث التقسيم العقلي انقسم كل من الاستحسان والقياس إلى أربعة اقسام .
- التقسيم الثالث: ومن حيث الدليل الذي يثبت به الاستحسان انقسم إلى ستة اقسام .
- التقسيم الرابع : ومن حيث الاجتهاد وعدمه انقسم الاستحسان إلى قسمين الاستحسان القياسي والاستحسان الضروري .
- التقسيم الخامس: وهو التقسيم الشامل الذي ارتضيته في هذا الكتاب وينقسم الاستحسان بحسبه إلى قسمين الاستحسان النصي والاستحسان الاجتهادي .

المبحث الثاني

تفصيل التقسيمات الخمسة للاستحسان

ويفصلني تفصيل عن كل تقسيم :

١ - أما التقسيم الأول وهو التقسيم الاصلي (١)

فهذا التقسيم الاستحسان والقياس بحسبه من حيث تقديم الاستحسان على القياس وبما يحكم حسب صحف وفساد كل منها او صحته وقوتها الى قسمين :

أ) ما قوى اثره من القياس الخفي ، ويقابلة ما ضعف اثره من القياس الجلي .

ب) وما ظهر صحته وخفي فساده من القياس الخفي – ويقابلة ما ظهر فساده وخفي صحته .

٢ - والتقسيم الثاني هو التقسيم العقلي :
هذا

وينقسم كل من الاستحسان والقياس باعتبار التقسيم الى أربعة اقسام :

١) الاستحسان قوى الاثر (١) ويقابلة قياس قوى الاثر

٢) الاستحسان ضعيف الاثر (٢) ويقابلة قياس ضعيف الاثر

٣) الاستحسان قوى الاثر (٣) ويقابلة قياس ضعيف الاثر

٤) الاستحسان ضعيف الاثر (٤) ويقابلة قياس قوى الاثر

وهو تقسيم التوضيح والتلويح (٢)

٣ - التقسيم الثالث : وهو من حيث الدليل :

وينقسم الاستحسان من حيث الدليل الذي يثبت به الى ستة اقسام :

١) الاستحسان بالمعنى (٤) الاستحسان بالضرورة

٢) الاستحسان بالاجماع (٥) الاستحسان بالقياس الخفي

٣) الاستحسان بالعادة والعرف (٦) الاستحسان بالملحة

وهو تقسيم استاذنا الجليل الدكتور وهمه الزهبي (٢)

٤ - التقسيم الرابع : من حيث الدليل ايضا باعتبار آخر

وهو تقسيم الاستاذ الجليل مصطفى الزرقا ، فقد انتقد في كتابه (المدخل الفقهي) التقسيم التقليدي للاستحسان واعتبر استحسان النص والا جماع استحسانا

(١) المعنوي على المنوار ص ٢٨٦

(٢) التوضيح والتلويح ص ٥٢٥ طبعة استانبولية

(٣) الوسيط ص / ٤١٠

للشارع في الحقيقة وهذا لا ينافي ، وإنما الكلام في استحسان الفقيه المستحبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقيس عليها واستحسن على وفقها بالحدول عن حكم القياس مستلهط من غرض الشارع ومقدار شريسته ، وهذا يشمل نوعين فقط :
هنا : الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة ، وهو اتجاه سليم ونظرة صحيحة فاحصة إلا أن الواقع عند الحنفية وغيرهم هو تضييم الاستحسان لكل ما ذكرناه (١)

التقسيم الخامس للاستحسان

ينقسم الاستحسان بحسب هذا التقسيم إلى (١) الاستحسان النصي
٢) الاستحسان الاجتهادي .

القسم الأول : الاستحسان النصي

المقصود بالنصي هنا هو القرآن الكريم أو السنة المطهرة أو الأجماع المعتبر عند الفقهاء . ومعنى ذلك أن يرد نص يتضمن حكماً بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام قال عنه الفزالي وهذا ما لا ينكر وإنما يرجع الاستئثار فيه إلى اللفظ (٢) وهو ثلاثة أقسام : ١: الاستحسان بالقرآن الكريم ٢: الاستحسان بالسنة المطهرة ٣: الاستحسان بالأجماع .

١- الاستحسان بالقرآن الكريم : مثاله الوحيدة فمقدار القياس عدم جوازها لأنها تملك مضاف إلى زمن زوال الطكية وهو ما يهدى الموت إلا أنها استثنى من تلك القاعدة العامة بقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أودين) .

٢ - الاستحسان بالسنة : ومثاله الحكم ببقاء الصيام مع الأكل والشرب ناسياً فمقتضى القياس فساد الصوم لعدم الامساك عن الطعام ولكن استثنى ذلك بالحديث الشريف (من أكل وشرب ناسياً فلا يفطر فإنما هو رزق رزقه الله) ومثاله أيضاً جواز عقد السلم فمقتضى القياس أنه لا يجوز لأنَّه بيع للمحدث ونَهَا الشارع عن بيع المحدث و حين نهى عن ضرورة الفائض والقائض ولكن استثنى عقد السلم بالحديث الشريف (من أسلف في شر فله سلام في كيل معلوم وزن معلوم إلى أجل معلوم) .

٣ - الاستحسان بالاجماع : وهو ان يفتى المجتهدون في مسألة على خلاف الاصل

(١) المدخل الفقهي ص ٥٧ والوسیط ص ١٢

(٢) المستشفى ج ١ ص ١٣٩

في امثالها او ان يستكتوا على فعل الناس دون انكار مثل اجماع العلماء علس
جواو عقد الاستصناع فان مقتضى القياس بطلانه لأن المعقود عليه وقت العقد محدود،
ولكن أجيزة العمل به لتعامل الناس به في كل الأزمان من غير انكار احد من العلماء
فكان ذلك اجماعا يترك به القياس لصوم البلوى (١)

القسم الثاني: الاستحسان الاجتهادي

وهو مالم يرد فيه نص استحساني الا ان المجتهد عدل من ذات نفسه عن حكم
القياس الظاهر الى حكم هذا النوع المسمى الاستحسان الاجتهادي وينقسم الى اقسام:
١ - استحسان الضرورة ٢ - استحسان العادة والعرف ٣ - استحسان المصلحة
٤ - الاستحسان القياسي او استحسان الفقيه .

القسم الاول : استحسان الضرورة

وهو ان توجد ضرورة تحمل المjtهد على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة
مثال ذلك تطهير الآبار والاحواض التي تقع فيها نجاسة ، فمقتضى القياس انه
لا يمكن تطهيرها بنزع الماء كله او بعضه لأن نزح بعض الماء الموجود فيها لا يؤثر
في طهارةباقي منها ونزح كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبغي من ماء جديدا ملائما فاتنه
 محل النجاسة في جدران البئر وقاعدته والدلوايضا الا انهم استحسنوا ترك العمل
بموجب القياس بنسخ مقدار من الماء للضرورة الموجدة لذلك (٢)

(١) الوسيط ص ٤٠٩

(٢) غير ابن ابي الحاج في شرحه التقرير والتحبير على التعرير لا —
البهائم قال في ذلك : (او ضرورة كطهارة الحياض والآبار المتجمدة ، فسان
الدليل على طهارتها بما هو مشروع فيها من نزح وغيره وهو الضرورة الموجدة
الى ذلك لعامة الناس وللمضروبة اثر في سقوط التكليف بالكتاب والسنن
والاجماع في مقابلة القياس الظاهر الدال على عدم طهارتها بعد تنفسها
وهو بقاء شيء من النجاسة فيها لأن خرون ببعض الماء النجس في الحوض
والبئر لا يؤثر في طهارةباقي ، ولو اخرج الكل فما ينبغي من اسفل او ينزل من
اعلى يلاقي نجسا من طين او حجر او غيرهما فينجس بسلاماته) وبعد ما قرر المسألة كما
قررها ابن البهائم استطرادا معلقا ومتنددا لوضع هذه المسألة في هذا الموضع وكان
الحق في رأيه ان توضع في بحث استحسان الاثر لاستحسان الضرورة ولنستمع
الى ما يقوله

* (قلت والحق ان تطهير الآثار لا يعد مطلقاً من هذا القبيل اذ لا يخفى ان ما وجب فيها نزع البعض فهو من الاستحسان بالاثر ، هل قولهم كما في الحداية : مسائل الآثار مبنية على اتباع الآثار دون القياس ، يفيد ان تطهيرها مطلقاً من الاستحسان بالاثر) التقرير والتحمير ج ٣ ص ٢٢٢

ولعل ابن الهمام ومن تابعه غفلوا عن هذه الناحية الجوهرية وهي ان مسائل الآثار كلها انت هي الاذرية لا ضرورة واثبته فيها من احكام فها اشر، لا باستحسان الفقهاء . يقول صاحب المداهنة ج ١ ص ٦٨ من فتح القدير لابن الهمام :

(وسائل الآبار صنفية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها بسمرة او سمرتان من بحرا الابل او الفتن لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد ملوك ونوع النجاسة في الماء القليل ، وجه الاستحسان ان آبار الفلسطات ليست لها رؤوس - حاجزة والماشي تبعي حولها فلتقيها الريح فيها فتحمل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستثنى الناظر اليه) اه ويقول البابرتسي في شرحه على المداية :

(ان اختلاف المشايخ في جعل التسل غير مفسد وجعل بعضه مفسد ا دون بعض
مرکعه الى وجهي الاستحسان) اه .
و بذلك نعلم ان الاستحسان الضروري مقتصر على ان البصر القليل لا يفسد
الباء استحسانا خلافا للقياس لافي قضية الآبار كما علمت اه .

اما الآثار المروية في هذا الباب - باب الآبار - فهبي طاعلي :
الاشراط الاول - عن انس رضي الله عنه انه قال في الفارة اذا ماتت في البئر
فأخرجت من ساعتها ينزع منها عشرون دلوا .

الاشارة الثانية - روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة
اذا ماتت في البئر ينبع منها اربعون دلوا .

الاشر الثالث عن عطاء ان حبشا وقع في زرم فمات فأمر ابن الزبير
فتح ماءها فجعل الماء لا ينقطع فنظر ^{فاز}عن تجري من قبل الحجر الاسود فقال ابن
الزبير حسبيك .

اما الاشر الاول والثاني فقد علق عليه الزيلصي بقوله : (قلت قال شيخنا علاء الدين : رواهما الطحاوى من طرق ، وهذا ن الأثران لم اجد هتفى شن الآثار للطحاوى ، ولكنه أخرج عن حجاج حدثنا حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان انه قال في دجاجة وقعت في البئر فماتت ، قال ينز منها قدر اربعين دلوا او خمسين انتهى) .

وَهَذَا إِلَّا شَرِ رِوَايَةُ أَبْنِ سَيِّدِنَا وَعَطَاءً وَعَسْرُوْبَنْ دَيْنَارَةً وَابْنَ الطَّفْلِيِّ ،
أَمَّا رِوَايَةُ أَبْنِ سَيِّدِنَا فَأُخْرِجَهَا الدَّارِقَطْنِيُّ فِي سَنَنِهِ ص ١٠ وَالبِيْهِقِيُّ ص ٢٦٦ حَدَّثَنَا
عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ زَيْدٍ عَنْ أَعْمَدِ بْنِ مُنْصُورٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ عَنْ هَشَّامِ
عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَيِّدِنَا أَنَّ زَنْجِيَا وَقَعَ فِي زَمْنٍ (يُعْنِي فَطَاتِ)
فَأَمْرَ بِهِ أَبْنِ عَبَّاسٍ فَأَخْرَجَ ،
وَأَمْرَ بِهَا أَنْ تَنْزَحَ قَالَ فَلَبِقَتْهُمْ عَيْنُ جَاءَتْ مِنَ الرَّكْنِ - أَى الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ - قَالَ
فَأَمْرَهَا فَلَمْ يَفْدِ سَتَّةَ سَنَنَهَا فِي الْقِبَاطِيِّ وَالْمَطَارِقِ حَتَّى نَزَحُوهَا ، فَلَمَّا نَزَحُوهَا انْفَجَرَتْ عَلَيْهِمْ اِنْتِهِيَّ
قَالَ الْبِيْهِقِيُّ فِي الْمُعْرِفَةِ (أَبْنِ سَيِّدِنَا عَبَّاسٍ مَرْسُولٌ لَمْ يَلْقَهُ وَلَا سَمِعَ مِنْهُ وَانْتَهَى
هُوَ بِلَاغٍ بِلَفْهَاهُ . أَقُولُ وَمُحَمَّدِ بْنِ سَيِّدِنَا مِنْ أَوْرَعِ النَّاسِ فِي مَنْطَقَةِ ، وَمَرَاسِيلِهِ مِنْ
أَصْحَاحِ الْمَرَاسِيلِ كَذَا فِي مَنْهَاجِ السَّنَنِ ص ١٨٦ - ج ٢٣ وَفِي التَّهْذِيْبِ لِابْنِ عَبَّادِ
الْبَرِّ ، مَرَاسِيلِ أَبْنِ سَيِّدِنَا صَاحَبِ كَذَا فِي الْجَوَهِرِ ص ٤١٦ ، قَالَ شَعْبَهُ عَنْ خَالِدِ
الْحَدَّاءِ ، كُلُّ شَيْءٍ قَالَ مُحَمَّدٌ : نَهَى عَنْ أَبْنِ عَبَّاسٍ اِنْتِهِيَّ عَنْ عَكْرَمَةَ لِقَيْهِ أَيْسَامِ
الْمُغْتَارِ ، كَذَا فِي التَّهْذِيْبِ ، قَلْتَ يَمْدَانَ عَرْفَتَ الْوَاسْطَةَ ، وَهُوَ ثَقَةٌ فَلَاضْمُرْ كَانَ
الْحَدِيثُ مَحْتَاجًا إِلَيْهِ ١٠ هـ .

وَأَمَّا رِوَايَةُ قَتَادَةَ فَرَوَاهَا أَبْنِ أَبِي شَيْبَةَ فِي مَصْنَفِهِ حَدَّثَنَا عَبَادُ بْنُ الْمَسْوَمِ
عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرْوَةَ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَبِي عَبَّاسٍ أَنَّ زَنْجِيَا وَقَعَ فِي زَمْنٍ فَطَاتِ ، -
فَأَنْزَلَ اللَّهُ رَجْلًا ، فَأُخْرِجَهُ ، ثُمَّ قَالَ اِنْزَحُوا مَا فِيهَا مِنْ مَا اِنْتُهُ ، وَقَالَ الْبِيْهِقِيُّ
فِي الْمُعْرِفَةِ وَقَتَادَةَ عَنْ أَبْنِ عَبَّاسٍ مَرْسُولٌ لَمْ يَلْقَهُ وَلَا سَمِعَ مِنْهُ وَانْتَهَى
(أَمَّا رِوَايَةُ أَبِي الطَّفْلِيِّ فَرَوَاهَا الْبِيْهِقِيُّ مِنْ طَرِيقِ جَابِرِ الْبَمْعَفِيِّ عَنْ أَبِي
الْطَّفْلِيِّ عَنْ أَبْنِ عَبَّاسٍ ، فَذَكَرَهُ ، قَالَ وَرِوَايَةُ جَابِرٍ مَرَّةً أُخْرَى عَنْ أَبِي الطَّفْلِيِّ نَفْسَهُ أَنَّ
غَلَامًا وَقَعَ فِي زَمْنٍ فَنَزَحَتْ وَلَمْ يُذَكَّرْ فِيهِ أَبْنِ عَبَّاسٍ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ عِنْ الدَّارِقَطْنِيِّ
ص ١٠ وَالظَّاهِرُ أَيْضًا ص ١٠) (١) وَمِنْ شَاءَ التَّوْسُعَ فِي هَذِهِ الْأَشْارِ الْمَرْوِيَّةِ
فِي الْأَبْسَارِ وَتَخْرِيجِهَا فَعَلَيْهِ بِكْتَبُ الْمَهْنِيَّةِ وَتَخْرِيجِ اَحَادِيْشِهِمْ .

(١) نَصْبُ الرَّايَةِ لِتَخْرِيجِ اَحَادِيْثِ الْهَدَائِيَّةِ لِلزَّيْلِيِّيِّ ج ١ ص ١٢٨ و ١٩٩

** وله علّق المحقق ابن الهيثم على هذه الآثار بقوله : (يتعلّق بهذا الفصل سلطان الآثار والفرع وعبارة الكتاب ظاهرة في ذلك فتشتغل بسرد الآثار وفسرها المأب أباً الأول فما ذكر عن السنن والمنذر في ذكره مثايناً غير أن قصور نظرنا أخفاه عنا ، وقال الشيخ علاء الدين أن الطحاوي رواهما فيكون كونه في غير شرح الآثار وإنما أخرج في شرح الآثار بسنده عن علي قال في بشر وقت فيها فأرة فماتت ينزح ما رواها وسنده إليه أيضاً إذا سقطت الفارة أو الدابة في البئر ظاهرها حتى يفلبك الماء وسنده إلى إبراهيم النخعي في البئر يقع فيها الجرذ أو السنور فتموت قال يدلّوا أربعمائة دلوها وسندته عنه في فأرة وقت في بشر قال ينزح منها قدر أربعمائة دلوها وأربعمائة دلوها وسندته عنه في الأمام وسندته عنه قال يدلّى منها سبعون دلوها ، وسندته عن عثمان بن سبيرة عن الشعبي قال سأله عن الدجاجة تقع في البئر فتموت فيها قال ينزح منها سبعون دلوها وسندته عن حداد بن أبي سليمان قال في دجاجة وقت في البئر ينزح منها قدر أربعمائة أو خمسين ثم يتوضأ منها) اهـ فتح القدير ص ٧١ ج ١

ثم استطرد الكمال بمجموعة صفحات فقال :

(ثم بطهارة البئر يظهر الدلو والرشاء والبكرة وتواحي البئر والبئر لأن - نجاست هذه الأشياء بتجاسة البشر فتطهر بطهارتها روى ذلك عن أبي يوسف، ومثله عروة الباري إذا كان في يده نجاسته رطبة فجعل يده عليها كلما صب عليه اليد فإذا خصل الماء ثلاثة طهرت العروة بطهارة اليد ويد المستنجي تطهر طهارة العجل ، ودن الخمس إذا تخللت) اهـ فتح القدير ج ١ ص ٢٣ .

وقد جاء في الاختيار لتمليل المختار ما يلي :

(وسائل الآبار مروية بالآثار وهي غير مفهولة المعنى ، فصح أن الظاهر انهم نقلوها سطاعاً) اهـ الاختيار ج ١ ص بحث الآبار .

وكل ذلك استحسنوا ظهارة البئر جدرانها وقاعها طرشاً (الحبل) والدلبو
وطبو المستنقى بنزح آخر ولو واجب منها كما ذكر الحنفية (١) وكذلك استحسنوا
تطهير الا واني بالطاء فان القياس يقتضي عدم تطهيرها اذا تتجمست لكن ترك العمل
بالقياس للضرورة الممحوجة الى التطهير (٢)

القسم الثاني : استحسان العادة او العرف .

يقول ابن عابدين رضي الله عنه في رسالته نشر المرف فيما يختص
من الاحكام على العرف :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار
ومثل الأصوليون للاستحسان بالعادة او العرف بجاية الحمام بأجرة معينة
دون تحديد لقدر المال المستعمل في الاستحمام ودة الاقامة في الحمام فلا يصح
هذا العقد قياساً لأنّه عقد على مجهول والجهالة تفسد العقد وجوزوا ذلك
استحساناً منعاً للخرج ورعاية لحاجة الناس الى ذلك العرف (٣)

القسم الثالث : الاستحسان بالمصلحة .

مثل الأصوليون لهذا القسم بصحبة وصية المحجور عليه لسفنه في
سبيل الخير فمقتضى القياس الظاهر عدم صحة تبرعات المحجور عليه لأن في ذلك
تهديداً لامواله ولكن الاستحسان يقتضي بجاية تبرعاته في سبيل الخير لأن المقصود من
الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه وعدم ضياعه كي لا يكون غاللاً على غيره
والوصية في سبيل الخير لا تعارض ذلك لأنها لا تقييد الطرك الا بعد وفاة المحجور
عليه فاستثنىت الوصية من ذلك الاصل العام لمصلحة تحصيل الثواب له مع عدم
الاضرار به في حياته .

ومثل ذلك تضمين الصنائع الاجراء المأمون فالقياس يقتضي عدم التضمين لأنهم
يتحتم الا جارة امناء فلا يخصون ما يتلف بآيديهم الا بالتصدي والتقصير ولكن

(١) الطحاوى شرح مواقن الفلاح ص ٢٢ وكذلك يظهر الون بعد استعماله لغيره إلا .

(٢) شرح ابن الملك على المنار ص ٢٨٥ ، وكذلك استحسنوا الروث اذا انقلب
حمة في حوض لا يملغ عشرًا في عشر بحسب ما في شرح الحناء بتأنيثها
ابن طايه .

(٣) خلافاً لمالك فإنه يوجب عد الطاسات .

الاستحسان يقتضي بتضليلهم منعاً لتهاونهم في المحافظة على أموال الناس وهي فتوى الصالحين من الحنفية.

وقد عرف مالك في رواية عنه الاستحسان بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي و مثل المالكية على ذلك بأمثلة كثيرة والشاطبي حدث متى سمع في التمثيل عليه يقول كالقرض مثلاً فانه ربا في الأصل لأن الدرهم بالدرهم الى اجل لكنه ابيح لعافيه من المرفقه والتتوسيع على المحتاجين بحيث لوبيت على اصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين ومثله بيع المركب مخصوصاً تبراً فانه بيع الرطب بالجافين لكنه ابيح لعافيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة الى المعرى والمعرى ، ولو امتنع مطلقاً لكان وسيلة لمنع الاعراء . كما ان ربا النسبة لواستثنى في القرض لامتناع اصل الرفق من هذا الوجه ومثله الجمع بين المخرب والمعشر والمطر وجسم المسافر وقصر الصلة والفترس في السفر الطويل وصلة الغوف وسائل الترخيصات التي على هذا السبيل فان حقيقتها ترجع الى اعتبار الحال في تحصيل المصالح او درء المفاسد على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك الا اذا توقيعه مع اصل الدليل العام لأدى الى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة . فكان من الواجب رعي ذلك المسأل الى اقسامه ومثله الاطلاع على الموريات في التداوى والقراض (١) والمساقاة وان كان الدليل العام يقتضي المنع وأشياء من هذا القبيل كثيرة (٢).

القسم الرابع : الاستحسان القياسي والقياس الخفي

تعريفه : هو دليل المجتهدين عن حكم قياس جلي الى حكم قياس خفي لحالة خفية انقدت في ذهنه رجحت ذلك . العدول لقوة التأثير .

التقسيم الاول : التقسيم الاصولي :

اقسامه : ١ - ينقسم الاستحسان القياسي باعتبار التقسيم الاصولي حسب كلا الوصفين الضعف والفساد ، الصحة والقوة :
 ٢) ما قوي اثره من القياس الخفي وبمقابلته ما ضعف اثره من القياس الجلي .
 ب) ما ظهر صحته وخفي فساده من القياس الخفي وبمقابلته ما ظهر فساده وخفي

(١) القراض هو شركة المضاربة

(٢) المواقف للشاطبي ج ٤ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ يتصرف

صحته من القياس الجلي .

و هكذا نرى ان كلًا من القياس والاستحسان ينقسم الى نوعين :

فالقياس الجلي نوعان : قياس صرف تأثيره بالنسبة الى قوة اثر مقابلة وهو الاستحسان .

وقياس ظهر فساده وضيقه واستترت صحته وأثره بسبب ما انضم اليه من معنssi خفي مؤثر في الحكم فرجح على مقابلة .

والاستحسان ينقسم الى نوعين ايضاً استحسان قوى اثره وان كان خفياً واستحسان ظهر تأثيره وخفي فساده عند التأمل .

وقوة الترجيح بين القياس والاستحسان بالأشر لا بالخلف والظهور .

فإذا قوى اثر القياس يرجح على الاستحسان اذا تعارضاً . فهناك حالتان :

— فرجح النوع الاول من الاستحسان الذي قوى اثره على النوع الاول من القياس الذي ضعف تأثيره .

— ويرجح النوع الثاني من القياس الذي قوى تأثيره على النوع الثاني من الاستحسان الذي خفي فساده مثل الحالة الاولى . سؤر سباع الطير فقد تعارض القياس والاستحسان فمقتضى القياس نجا سنته قياساً على سؤر سباع البهائم لأن الحكم على السؤر باعتبار اللحم ولحم كل منها نجس فسؤر كل منها نجس .

ومقتضى الاستحسان طهارتنه قياساً خفياً على سؤر الآدمي لأن كل منها غير مأكول اللحم (١) فيقدم الاستحسان لأن القياس ضعف تأثيره وهو مخالف الطبيعة اللعاب النجس للماء في سؤر سباع البهائم اما سباع الطير فعلى العكس فهي تشرب بمناقيرها وهي عظم ظاهر فيكون سؤره ظاهراً كسؤر الآدمي لأنعدام علبة النجاية وهي الرطوبة النجسة في اداة الشرب غير أنه سؤرها ظاهر وظاهر

مكره لعدم احترازها عن الميتات (١).

وفي ذلك يقول ابن المثلـ (مثاله سور سباع الطير فانه نجس بالقياس على سور سباع البهائم وهذا معنى ظاهر الاثر وفي الاستحسان ظاهر لأن نجاسة السبع لعنده بدلليل جواز الانتفاع بجلده وهذا الاستحسان قوى اثره الساطع مرجح على القياس لأن الاعتبار للأثر) (٢)

(١) يقول ابن امير الحاج ج ٣ ص ٤٣ مانصه :

(مثال ما يجتمع فيه اول كل من القياس والاستحسان سباع الطير اي سورها وكان الاولى ذكره كالصقر والبازى اذ القياس نجاسه سورها قياسه والاستحسان على نجاسة سور سباع البهائم كالأسد والنمر لأن السور معتبر باللحم ولحم سباع الطير نجس لأنـه حرام وحرمتـه مع صلاحيته للغذا لا للكرامة آية النجاسة ، فكان سورها نجسا كسور سباع البهائم فـان لحمـها العـاـكـان حرامـاـ وكانت حرمتـه مع صلاحـيـته لـلـغـذاـ لاـ لـلـكـرـامـةـ آـيـةـ النـجـاسـةـ كان سورـهاـ نـجـسـاـ فالـمـعـنـىـ الجـامـعـ بـيـنـهـماـ نـجـاسـةـ الـلـحـمـ وهذاـ معـنىـ ظـاهـرـاـ الأـثـرـ حيثـ استـوـيـاـ فـيـ اـثـرـهـ وـهـوـ نـجـاسـةـ السـوـرـ .

والاستحسان طهارة سورها وهو القياس الخفي على طهارة سور
الآدمي بـجـامـعـ انـ كـلـ مـنـهـ غـيرـ مـأـكـلـ اللـحـمـ وـاـنـ كـانـ حـرـمةـ اـكـلـ لـحـمـ الـآـدـمـيـ
لـلـكـرـامـةـ وـحـرـمةـ اـكـلـ لـحـمـ سـبـاعـ الطـيرـ لـنـجـاسـةـ ،ـ لـضـعـفـ أـشـرـ الـقـيـاسـ المـذـكـورـ
اـيـ مؤـشـرـ حـكـمـهـ الـذـىـ هـوـ نـجـاسـةـ السـوـرـ وـهـوـ مـخـالـطـةـ الـلـعـابـ النـجـسـ لـلـمـاءـ فـيـ
سـوـرـ سـبـاعـ الـبـهـائـمـ لـأـنـهـ مـتـولـدـ مـنـ لـحـمـهاـ وـهـيـ تـشـرـبـ بـلـسانـهاـ وـهـوـ رـطـبـ بـهـ
فـيـنـفـصـلـ شـيـءـ فـيـ الـمـاءـ طـارـةـ لـاـنـتـفـائـهـ اـيـ هـذـاـ المؤـشـرـ فـيـ سـوـرـ سـبـاعـ الطـيرـ
اـذـ تـشـرـبـ سـبـاعـ الطـيرـ بـنـقـرـهـ الـعـظـمـ الـطـاهـرـ لـأـنـهـ جـافـ وـلـأـطـوـيـةـ فـيـهـ
وـاـذـ كـانـ ظـاهـرـاـ مـنـ الـمـيـتـ فـمـنـ الـحـيـ اـولـىـ ثـمـ تـأـخـدـ الـمـاءـ بـهـ ثـمـ تـهـلـلـهـ
وـلـاـ يـنـفـصـلـ شـيـءـ مـنـ لـعـابـهـاـ فـيـ اـنـمـاءـ ،ـ فـاـنـتـفـتـ عـلـىـ النـجـاسـةـ وـهـيـ مـخـالـطـةـ
الـنـجـاسـةـ لـلـمـاءـ فـيـ سـوـرـهاـ فـكـانـ ظـاهـرـاـ كـسـوـرـ الـآـدـمـيـ)ـ ١ـ هـ .

(٢) ابن المثلـ على المشارص ٢٨٦

فقد مثل الاصوليون ايمانا بمثيل آخر وهو وقف الارضي الزراعية ففيه قياسان :
 قيس جلي وهو ان الوقف يشبه البيع في ان كلا منهما يتضمن اخراج العين عن ملك صاحبها فلا يدخل في الوقف حقوق الشرب والمسيل والطريق اي حق المرور في الوقف الا بالنفس عليها من الواقع كما في البيع وقياس خفي : وهو ان الوقف يشبه الاجارة في افادته كل منها مجرد الانتفاع بالعين ومتضمن هذا ان تدخل حقوق الشرب والطريق والمسيل في الوقف ولو لم ينبع الواقع عليها كما في الاجارة فيرجع المجتهد القياس الثاني على القياس الاول لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع وهو لا يمكن الا بامان يدخل الشرب والمسيل والطريق في وقف الارض دون نفس عليها وهذا هو الاستحسان (١)

ويقول ابن الصيني شان المنار (ولما صارت العلة عندنا علة بأثرها غلافا لأهل الطرد قدمنا على القياس الاستحسان الذي هو القياس الخفي اذا قوى اثره وقدمنا القياس لصحة اثره الباطن على الاستحسان الذي ظهر اثره وخفي فساده لأن العبرة بقوة الاثر دون الظاهر - انظر وتأمل - فالدانيا ظاهرة والمعقبي باطننة وترجح استحسان لقوة اثارها وهو الخلود) ا (٢)

ومثال الحاله الثانية :

سجدة التلاوة الواجبة اثناء قراءة آية التلاوة في الصلاة فما النسبة لحكم ادائها بالركوع بنية السجود تعارض قياس واستحسان .

فمقتضى القياس انه يجوز اداء السجدة بالركوع في الصلاة ناويا به سجدة التلاوة وطال المحققون الى ان يقيم وكون الصلاة مقاسها لأن الركوع والسجود يتشابهان في الخصوص فينبوب الركوع من السجود ولهذا اطلق الركوع على السجود في قوله تعالى (وَخُرِّاكِمَا) مجازا فان المفروض هو السقوط موجود في السجود دون الركوع فهذا قياس ظاهر جلي .

ووفقا لمقتضى الاستحسان انه لا يجوزه الا السجود لأنه مأمور به والركوع غيره ولهذا لا ينوب أحد هما في الصلاة عن الآخر والمأمور به لا يتأدى بغيره وهذا اثر ظاهر للاستحسان .

غير ان قوة الاثر المرجحة موجودة في القياس فانه ليس المقصود من السجدة عند التلاوة عينها ولذا لا تلزم بالنذر وانما المقصود هو التواضع مثالفة للمتكبرين وهو يحصل بالركوع ولكن بطريق عبادة وهذا في الصلاة لأن الركوع فيها عبادة بخلاف

(١) الوسيط من ٤١٠

(٢) الصيني على المنار من ٢٦٦ .

سجود الصلاة لأنّه مقصود بنفسه / مضار الاشر الخفي للقياس الجلي وهو أن المقصود قد حصل بالرکوع مع الفساد الظاهر وهو اعتبار نفس الشميمة وهي كونه يترتب عليه صحة بذلك الأمر به بغيره وصحة العمل بالمجاز مع إمكان العمل بالحقيقة – صار أولى من الاشر الظاهر للاستحسان وهو أن الرکوع خلاف السجود للفساد الماطن الموجود في الاستحسان وهو أنه لا يجوز الوجوز عن السجود مع حصول المقصود فكان ذلك مرجحا للقياس الظاهر على الاستحسان الذي هو قياس خفي (١)

وهنالك مثال آخر على هذه المسألة ذكره صدر الشريعة في التوضيح وهو :

(كما اذا اختلفا في ذراع المسلم فيه ففي القياس يتعالقان لأنهما اختلفا في المستحق بمقتضى المثل في الاعتدال لغيره لا لأنهما اختلفا في أصل المبيع بل في وصفه وهذا لا يوجب التعارض لكن علمنا بالصحة الباطنة للقياس وهي ان الاختلاف في الوصف هنا يوجب الاختلاف في الاصول) اعلم انه اذا اختلف المتعاقدان في ذراع المسلم فيه ففي القياس يتعالقان وفي الاعتدال لغيره لا وذلك لأنهما اختلفا في المستحق بمقتضى المثل في الاعتدال كذا في المبيع فهذا قياس جلي بمقتضى المفهوم ثم اذا نظرنا علمنا انهما اختلفا في اصل المبيع بل في وصفه لأنهما اختلفا في المسند راجع والذراع وصفه فالاختلف في الوصف لا يوجب التعارض فهذا المعنى اخفى من الاول فليكتسون هذا استحسانا والاول قياسا (٢)

القسم الثاني التفاصيل:

وهو تقسيم رقم (١) باعتبار قوة الاشر وضفته

والتقسيم العقلي يكون كما يلى :

- د) استحسان قوى الاشر
ب) استحسان ضعيف الاشر
ج) استحسان قوى الاشر
د) استحسان ضعيف الاشر

و عند التعارض لا يرجع الاستحسان الا في صورة واحدة وهي ان يكون القسم ضحيف الاثر ولا استحسان قوى الا شرط في الصور الثلاث الاخرى فالقياس راجع علمي الاستحسان ، اما اذا كان القياس قوى الاثر ولا استحسان ضحيف الاثر فواضح .
اما اذا كانا قويين فالقياس يرجع لظهوره ، وأما اذا كان ضعيفين فاما ان يسقطا

^(٢) او يحصل بالقياس لظهوره

(١) ابن الخط وشرح المصيبي على المغارض ٢٨٦ التقرير والتحميمج ٣ ص ٢٢٣ فواتح الرحمة ج ٢ ص ٢٢٣

(٢) التوضيح ص ٥٧٥ ج ٢

التقسيم رقم (٢) باعتبار صحة الظاهر والباطن وفسادهما

هذا اعتباراً ما أن يكون كل من القياس والاستحسان صحيح الظاهر والباطن أو فاسد هما أو صحيح الظاهر فاسد الباطن أو بالعكس وفي الجمجم يكون القياس جلياً بمعنى سبق الأفهام إليه والاستحسان خفياً بالإضافة إلى وقع التعارض على ستة عشر وجهًا حاصله من ضرب الأقسام الأربعية للقياس في الأقسام الأربعية للاستحسان.

فالقياس الصحيح الظاهر والباطن ترجع إلى جميع أقسام الاستحسان، والقياس الفاسد الظاهر والباطن يكون مرسوداً بالنسبة إلى الكسل.

فيبيق ثانية وجه ، حاصله من ضرب أقسام الاستحسان في الأقسام الأخرى التي للقياس ، فال الأول من الاستحسان يرجع عليهما لصحته ظاهراً وباطناً ، والثاني يرد مطلقاً لفساده ظاهراً وباطناً .
في أخير القياس الأول تعارض الاستحسان الصحيح الظاهر الفاسد الباطن والقياس الفاسد الظاهر الصحيح الباطن ، والثاني بالعكس والثالث تعارض استحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن وقياس كذلك ، والرابع تعارض استحسان صحيح الباطن فاسد الظاهر وقياس كذلك .

وسمى اتفاق القياس والاستحسان في صحة الظاهر وفساد الباطن باتحاد النوع والاختلاف فيما في ذلك باختلاف النوع وحكم صدر الشريعة برجحان الاستحسان في الوجه الثاني من هذه الأربعية السابقة ورجحان القياس في الثلاثة الباقية . (١)

وفي مضمار تقسيم الاستحسان لا يأس بأن نذكر تقسيم الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة الذي وافق تقسيمنا وإن كان صياغة بغير ما سمعناه فهو يقول :

(ويقسم الحنفية الاستحسان إلى قسمين : أحد هما استحسان القياس وهو أن يكون في المسألة وصفان يقتضيان قطعتين متلازمتين لحد ما ظاهر تباين و هو القيلس الاصطلاحي . والآخر خفي يقتضي الحاقها بأصل آخر فتسمى استحساناً أى أن القضية التي ينظر في حكمها يرى الفقيه أن كليهما ينطبق عليها ، ولكن أحد هما ظاهري يصل في نظائر هذه المسألة والآخر خفي في هذه المسألة إذ لا يصل في نظائرها ، ولكن يكون في المسألة ما يجب عمل هذا الخفي الذي لم يطرد في نظائره ، ولذلك يقول شمس الأئمة في هذا النوع من الاستحسان : (والاستحسان في الحقيقة قياساً) : أحد هما جلي ضيق الأثر فقسيمي قياساً ، والآخر خفي قوى الأثر فهمني استحساناً أى قياساً مستحسناً فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح).

وترى من هذا أن ذلك الاستحسان يتفق تمام الاتفاق مع صنف فقهاء الرأي وسائل الك testim في الاجتهاد ، إذ انهم يستمطرون على الاحكام من النصوص ، ثم يعممون احكامها كما بيننا في القياس ، ومن المعقول حينئذ ان تتعارض علتان في مسألة واحدة ، إذ يكون احد الوصفين يمكن تطبيقه عليها ولكنها شرط في الشرفية وان كان ظاهراً ، لأن شرط مطبق في كل نظائرها ، والآخر قوي غير ظاهر لأن شرط غير مطبق ففي نظائرها فيختار الفقيه القوى الأثر لأن شرطه أقوى انتاجاً ويسعني ذلك استحساناً وان كان في حقيقته وكيمه قياساً . ومن امثلة ذلك تحالف البائع والمشتري اذا اختلفا في مقدار الشمن قبل ان يقبض المشتري الصبع والبائع الشمن ، فان القياس كان يوجب ان يخلف المشتري على الزيادة التي يدعى بها البائع في الشمن ، اذ هما قد اتفقا على مقدار ، وهو الذي يقر المشتري به واختلفا في الزيادة فادعواها البائع وانكرها المشتري والقاعدة الخامسة ان البيضة على المدعى والمدين على من انكر ، فلا يعين على البائع لأنه المدعى

هذا فهو القيد ، ولكن استحسن ان يحلف البائع كما يحلف المشتري ، لأن كليهما يدعى شيئاً ينكره الآخر فالبائع يدعى الزيادة كما علمت والمشتري يدعى استحقاق القبض ووجوب التسليم بالثمن الذي يقر به والمائع ينكر ذلك الاستحقاق فكان كلاماً ماديناً ومدعى عليه في الحالان اذا لم يكن ثمة اثبات لأحد هما . وأما اذا كان الاختلاف بعد القبض فانهما يتعالغان استحساناً ايضاً ولكن لا لاستحسن القيد بل لسوء الاشر وهو قوله صلى الله عليه وسلم (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تعالغا وترادا) .

ومن هذا يتبيّن ان الاستحسن قبل القبض كان للعلة الخفية ، ولذلك يتمدّى ذلك الحكم الى كل المقدور اذا كان الخلاف قبل القبض ، ولو كان الخلاف بين احد العاقدين وورثة الآخر ، لأن الاستحسن لأجل العلة الخفية طرد المسموم العلة كما توهنا الى ذلك في القيام ، وما بعد القبض فالاستحسن للأثر فيقتصر على البيع ، وعلى الحال التي يكون الخلاف فيها بين العاقدين انفسهما .

ومن امثلة ذلك النوع من الاستحسن ايضاً مسألة سرور سباع الطير وحقيقة الطاء الذي يشرب منه فان سباع الطير تشبه سباع البهائم في كون لحمها غير مأكول وكون لحمها نجساً ، وبما ان سرور سباع البهائم نجس فينبغي ان يكون سرور سباع الطير كالنسر والحدأة نجساً ايضاً ، وهو وجوب القياس ، ولكن الاستحسن يستجهّ لقياس آخر خفي ، وهو ان سرور سباع البهائم كان نجساً لوجود لعابها فيه ، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنياسته ، اما سباع الطير فهي تشرب بمناقيرها ، فلاتلتقي لعابها في الطاء فلا يتتجّس به فلا يكون السرور نجساً وللاحتیاط قالوا انه مكرورة لا تستعمل .

ولا شك ان ذلك اعملاً للعلة الخفية لأنها اقوى اثراً في المسألة موضع النزاع .
والقسم الثاني من اقسام الاستحسن ان لا يكون الداعي الى الاستحسن ظاهرة خفية اقوى اثراً من العلة الظاهرة ولكن يوجد داع آخر لوصي“ اساسه قياساً معارضًا خفياً يطرد ، هل سببه معارضه القياس لمصادر شرعية او اموراً اوجب الاسلام مراعاتها .

ومعارض القياس في هذه الحال هو الاشر والاجماع والضرورة التي اذا لم يُؤخذ بها كان الناس في حرج شديد ويقسمونه حينئذ الى استحسن السنة واستحسن الاجماع واستحسن الضرورة .

فاستحسن السنة ان يثبتت من السنة ما يوجب رد القياس كما روى عن صحابة الصيام مع الاكل او الشرب ناسياً فان القياس كان يوجب الافطار ولكن رد ابوحنبل

القياس لهذه الرواية كما نقل عنه .

واستحسان الاجماع ان يترك القياس في مسألة لان عقد الاجماع الى غير مأيددي اليه ، وذلك كان عقدا جماع المسلمين على صحة عقد الاستصناف فان القياس كان يجب بطلانه لأن محل العقد معدوم وقت انشاء العقد ولكن العمل في كل الأزمان على صحته ، وتعارفوا عقد فكان ذلك اجماعا يترك به القياس وكان عدولا عن دليل اقوى منه .

واما استحسان الضرورة ، فهو ان توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها مثل تطهير الا حوض والآبار ، فإنه لا يمكن تطهيرها اذا اخذنا بالقياس ، اذ كما قال صاحب كشف الأسرار (لا يمكن صب الماء على الحوض ، او البئر ليتطهر ، وكذا الماء الداخل في الحوض ، او الذي ينبع من البئر يتتجس بعلاقته النجس ، والدلول تتتجس بعلاقته الماء فلا تزال تعود وهي نجسة ، فاستحسنوا ترك العمل بوجوب القياس للضرورة المحوجة وللضرورة اثر في سقوط الخطاب ولذا قرروا التطهير بمقدار من الادلاء مختلفة ، على ما هو مبين في كتاب الذهب الحنفي وهذا ترك القياس ايضا الى دليل شرعى ثابت او اصل كلي مقرر وهو اعتبار الضرورات مسقطة لبعض المحظوظات تيسير على الناس) .

هذا وان مساقه الحقيقة من تعارض الادلة كان موضع نظر أبي حنيفة رضي الله عنه فقد رأيناه يترك اقيسته اذا قبحت ولم تتفق مع تعامل الناس ، ورأيناه يترك قياسه للاشارة وقد سعى العلامة ذلك الترك لهذه العلل المطردة التي يرى فيها في تطبيقها في بعض المسائل استحسانا فهو اصل للاستنباط عند أبي حنيفة وان لم يؤثر عنده انه ضبطه وعرفه ووضع اقسامه ودون موازيته .

وهناك قضية المسائل التي يترازعها وجوب القياس والاستحسان اتعد مسائل فيها رأيان احدهما القياس والآخر الاستحسان ، وان الأخذ بالاستحسان ارجح من القياس ، ومن سلك مسلك القياس يكون قد اخذ بقول مرجوح أم أنها لا يكون فيها عن أبي حنيفة الا قول واحد ، وهو ما يكون متفقا مع الاستحسان .

يرى الاستاذ الجليل ابو زهرة ان وجه القياس لا يمكن ان يكون قوله لا بي حنيفة ، لأنّه لم يؤشر عليه انه رأاه قوله ، فلا يمكن ان نحمله قوله لم يقله ، ولأن المأثور عنه انه يترك القياس الى الاستحسان اذا قبح القياس ، وطالعه ان ينسب اليه قوله يقال عنه انه ترك دليله ووجد تطبيقه يصبح فكيف يكون رأيا له وهو يحكم بأنه قبيح لا يؤخذ به ، ولأن من انواع الاستحسان ، ما هو اخذ بال الحديث وما كان لا حدد

ان يقول : ان ابا حنيفة له رأى يتفق مع القياس في المسألة التي تركه فيها لا جل الحديث وكذلك الامر في الاجماع والضرورة ، فأبوا حنيفة في هذه المسائل كلها يترك موجب القياس لأجلهما فلا يصح ان يقال بمدئذ ان وجه القياس قول.

ولقد صر بخطاً من قال ذلك السريسي ، فقال (ان بعض المتأخرین من اصحابنا ظن ان العمل بالاستحسان اولی مع جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان ، وهذا وهم عندي ، فان اللفظ المذكور في عامة الكتب ((الا انا تركنا هذا القياس)) والمتروك لا يجوز العمل به ، وربما قيل ((الا انسى استقبح ذلك وما يجوز العمل به شرعاً لكون استقباحه كفراً فعرفنا ان القياس متروك في معاوضة الاستحسان اصلاً وان - الا ضيق يسقط في مقابلة القوى)) (١) وبهذا القول الواضح الجلي يتبيّن خطأ من اعتبر وجه القياس رأياً .

هذا رأى الشيخ ابو زهرة حفظه الله واني ارى ان هذا القسول صادق في بعض انواع الاستحسان وهي الاستحسان النصي بأنواعه وهي استحسان القرآن واستحسان الاجماع وفي باقي انواع الاستحسان كاستحسان الضرورة واستحسان الصرف واستحسان المصلحة دون استحسان القياس الخفي فانه لا يصدق فيه تقديم الاستحسان دائمًا لأنه وإن كان الأغلب ذلك إلا ان تقديم القياس الجلي أو القياس الخفي إنما هو بحسب قسوة الاشر لا بحسب كونه خفياً أو جلياً كما مر معنا فهناك بعض حالات فقهية يقدم فيها القياس الجلي على القياس الخفي المسمى بالاستحسان فعلم ان قول الشيخ ليس على اطلاقه بل هو مخصوص بما عدا الاستحسان القياس والتعامل .

(١) كشف الاسرار ج ٤ ص ١١٢٤ وابو حنيفة للشيخ محمد

السبعين الثالث

التعارض والترجيح عند الفقهاء

بين القياس والاستحسان

ومن أمثلة ذلك مقال الشرنبلالي في مراقي الفلاح نقلًا عن الإمام محمد رحمة الله في الكتاب : (فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يرکع بالسجدة نفسها هل يجزيه ذلك - أى في سجدة التلاوة - قال إما في القياس فالركعة في ذلك كالسجدة سواء لأن كل ذلك صلاة وأما في الاستحسان فيتبين له أن يسجد وبالقياس ما ذكره محمد أن معنى التمعظيم فيما واحد فكان في الحصول التمعظيم بهما جنسا واحدا وال حاجة الى تمعظيم الله اما اقتداء بمن عظم ، وما من الفتن استكثر فكان الظاهر هو المجاز ، وجده الاستحسان ان الواجب هو التمعظيم بجهة مخصوصة وهي السجود بدليل انه لو لم يرکع على الفور حتى طالت القراءة ثم نوى بالرکوع ان يقع عن السجدة لا يجوز ، ثم اخذوا بالقياس لقوة دليله وذلک طارروا عن ابن سمود طين عمر انهم كانوا جازوا ان يرکع عن السجود في الصلاة ولم يرعن غيرهما خلافه فلذا قدم القياس فاتحة ترجيح للخفى لخفائه ولا للظاهر لظهوره بل يرجع في التوجيه الى ما اقرن بهما من المعانى فمعنى قوله اخذوا به او الظاهر اخذوا به غير ان استقر لهم - أى الفقهاء اوجب قلة الظاهر المبادر بالنسبة الى الخفى المعارض له .

فلذا حصروا مواضع تقديم القياس على الاستحسان في بضعة عشر موضعًا تعرف في الاصل هذا اخذها ولا حصر لمقابلته) اد .

وقد علق الطحاوى على ذلك بقوله (تعرف في الاصل :

- ١) منها هذا وهو تأدية سجود التلاوة بالرکوع اذا كانت صلاته .
- ٢) ومنها اذا قال ان ولدت ولدا فأنت طالق وقالت قد ولدت وكذبها الزون في القياس ان لا تصدق ولا يقع عليه الطلاق واخذوا فيها بالقياس .
- ٣) ومنها رجالان في ايديهما دار اقام كل منهما بينة ان فلانا آخر رهنها عنده واقبضها اياه لا تكون لواحد منهما في القياس وبه تأخذ والاستحسان يكون لكل منهما نصفها رهنا بنصف الدين .
- ٤) ومنها لو قال الطالب اسلمت اليك في ثوب هروي طوله ستة اذرع في ثلاثة اذرع ، وقال المطلوب طوله خمسة اذرع في ثلاثة تحالفًا قياسا وبه تأخذ الاستحسان القول للمطلوب .

- ٥) ومنها لو شهد اربعة على رجل بالزنا وشهد عليه رجالان بالاحسان فأمسك القاضي بوجهه ثم وجد الامام شاهد الا حسان عبيدين او رجلا عن الشهادة ولم يعترض المرجوم بعد الا انه اصابه جرحات القياس في هذا ان يقام عليه حد الزنا مائة جلد و هو قولهما لأن ما حصل بعد الرجم لم يكن على وجه الحكم بسبب ظهورهم عبيدا فكان كالحمد وفي الاستحسان يدرأ عنده الحد .
- ٦) ومنها ما شهد وا على رجل بالزنا فقضى القاضي بجلده مائة ثم شهد شاهدان انه محسن ولم يكمل الجلد فالقياس في هذا الرجم وفي الاستحسان لا يرجح وبالقياس نأخذ .
- ٧) ومنها ما لو تزوج امرأة على غير شهر مسعي واعطاها رهنا بهما ثم طلقها قبل الدخول لها المتعة ، ولو هلك الرهن عندها يذهب بالمتعة في قول محمد استحسانا والقياس ان لا يذهب بها وهو قول ابي يوسف وللمرأة مطالبة الزوج بالمتعة .
- ٨) ومنها لو وكل محامي المستأنس مثله بخصوصة في دار الاسلام ثم لحق الموكل بدار الحرب وبقي الوكيل في دار الاسلام بطلب الوكالة في القياس ، وفي الاستحسان لا وبالقياس نأخذ .
- ٩) ومنها : رجل له ابین من امة غيره بالنكاح فاشترى الاب هذه الامة لا ينتمي المعتوه القياس ان يقع الشراء للأب ولا يقع للمعتوه ، وفي الاستحسان يقع وبالقياس نأخذ .
- ١٠) ومنها لو وقع رجل في بئر حفرت في طريق فتعلق باخر وتتعلق الآخر باخر فوقعوا جميعا فطسا فويمدا في البئر بضمهم على بعض ، فان حافر البئر ي ضمن دية الاول ويضمن الاول دية الثاني ، ويضمن الثاني دية الثالث ف سيكون ذلك على عوائلهم - جمع عاقلة وهي قرابة القاتل من ابيه - فهذا هو القياس ومه نأخذ ، وفيه قول آخر هو الاستحسان .
- وليس المقصود حصرها وقد انتهيت الى اثنين وعشرين سائلة ، فاما القسم الذي يرجح فيه الاستحسان على القياس فأكثر من ان يحصل (١٤) .

البحث الرابع

المثلة وتطبيقات على الاستحسان عند الفقهاء

ونورد هنا بعض الأمثلة الفقهية على الاستحسان عند فقهاء الحنفية والمالكية :

١- المسألة الأولى :

ان الدين المشترك (١) اذا قبض منه احد الدائنين مقدار حصته لا يحق لمنه الاختصاص بها ، بل لشريكه في الدين ان يطالبه بحصته من المقبول ، فاذا هلك هذا المقبول في يد القابض قبل ان يأخذ الشريك الثاني حصته منه فقد كان مقتضى القياس الظاهري ان يهلك من حساب الاثنين لأنهما كامباقيسان المقبول اذا سلم بهماني ان يتعامل معاً بحسب هلاكه اذا هلك .

ولكن فقهاء الحنفية يستهرون بالمالك في يد القابض هالگامن حصته فقط استحساناً ، وتكون الحصة التي لم تقبض للشريك الثاني ، وذلك لأنه في الأصل لم يكن طرزاً بمشاركة القابض فيما قبض ، بل له ان يترك المقبول للقابض ويلاحق الددين بحصته وذلك حسب الاستحسان القياسي .

٢- المسألة الثانية :

من المقرر فقها ان المرء موطئاً خذ بما قراره في حق نفسه لا في حق غيره ، فلو اقر مثلاً انه واخاه مدینان بمبليخ ملزم هو بطيبيه منه ولا يلزم اخوه وان انكر ، وعلى هذا لو اعنى شخص انه وكيل عن دائن ظائب بقبض دينه فأقر الدين بوكالته بمؤيد ففع الدين اليه عملاً باقراره .

ولهذا ، اذا اودع احد شيئاً عند آخر وغاب ، فادعى شخص انه وكيل الغائب في قبض ودينه فأقر الوديع له بالوكالة ، فان مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين ان يلزم الوديع بتسلیم الوديعة اليه .

(١) الدين المشترك هو ما ثبت لاثنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحدة كشيء يطأكه شخصان مناصفة بينهما اذا باعاه صفة واحدة بشئ مؤجل ، فشأنه يكون دينا مشتركاً لهما على المشتري ، وكذا لولم يبيعاه بمحابيل اتلله شخص ثالث فانه يضر من قيمته بسبب الاتلاف ، وتكون هذه القيمة دينا مشتركاً لهما على المتألف ، فلو لم يكن سبب الدين واحداً لم يكن مشتركاً ، كما لو افترض شخص قرضين من شخصين كل قرض يعقد على حده اى .

لأن الاستحسان عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة إليه ولو كان الوديع مقسراً
بوكالته، لا يحتمل أن يحضرها حب الوديعة فينكر التوكيل وتكون وديعته قد ذهبت وربما
لا يمكن استردادها، وإن حقه متصلق بسمينها، بخلاف صورات الدين، فإن حق الدائن
فيها متصلق بذمة الدين لا بمحين المبلغ الذي يدفعه هذا الدين إلى زاعم الوكالة
بالقبض، فإذا حضر الدائن فانكسر الوكالة يتبيّن أن الدفع السابق لم يكن قضاً
صحيحاً للدين، لعدم ثبوت وكالة القابض فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة الدين،
وكلف بالدفع ثانية الدائن، وهذه حلة الوجه على القابض ليست دليلاً على أنه عليه

ويمكن ان توضح ذلک فنقول ان عملية وفاة الدين هي ان المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين ، فاقراره بوكالت القرض هو اعتراف منه بلزم تسليم ما له الى مدعى عليه الوكالة وفاة الدين الدائن ، فهو اقرار على نفسه ، فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هبو المفترض في طال نفسه .

اما الوديعة فان حق مالكها متعلق بعینها ذاتها لا يندره الوديع ، فيكون اقرار
الوديع بوكالة قبضها اعتراضا منه بلزوم تسلیم طال غیره الى شخص ثالث فهو اقرار على غيره
لا على نفسه ، فلو انفذ نام كان ذلك تفريطا في حق المالك بمجرد اقرار غيره (١) .

٣- المسألة الثالثة:

من المقرر في فقه الحنفية أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يحادل به الدين، فإذا هلك المرهون في يده وكانت قيمته مساوية للدين سقط الدين، حتى إن المرتهن لو كان قد استوفى الدين قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه.

وعلى هذا لو ابرأ الدائن المرتهن ذمة المدين عن دينه ثم هلك المرهون قبل اعادته ، فان مقتضى القياس الظاهري يضمن المرتهن للراهن قيمة قياساً لحالة الاستفادة على حالة الاستيفاء اذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يهار .

ولكن الاستحسان القهافي عدم ضمان المرهون بعد الابراء عن الدائن
واعتبار المرتهن بعد ابرائه للمدين كالفاكس للرهن ، لأن الدائن المرتهن يستقل
بفسخ الرهن ، اذ هو توثيق لحقه ، واذا فسخه انقلب المرهون امانة في يده ، فسلا
يضمون هلاكه عند ذلك الا بالتحدى عليه او التقصير في حفظه . (٢)

(١) الدر المختار روى المختار باب الوكال قبل الخصومة والقبض ج ٤ / ٤١٣ - ٤١٤

(٢) رد المحتارج ٥ / ٣٣٨ و ٣٣٥ •

٤ - المسألة الرابعة :

من المقرر فقها ان الا مين كالوديع اذا هلك لديه مال الامانة بلا شهد ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته .

ويستمر القياس كذلك في كل امانة بيد امين مثل مال الشركة في يد احد الشركين ، والاجور في يد المستأجر والمأaries في يد المستعير ، وما في يد المستأجر في يد الاجير ، فنبغي ان لا يضمن مطلقاً اذا تلف بلا تحد عليه من الاجير ولا تقصير منه في حفظه .

ولكن فرق فقهاً الحنفية في الاستحسان بين الاجير الخاص — وهو الذي يبيح وقته جميماً لمستأجره ليحصل عنه ولا يستغل في فراغه عند سواه ، وبين الاجير العام او المشتركة وهو الذي يبيح عمله في صفة ممينة لكل راغب كالصباغ والغبار والنجار والخياط .

فالروايات :

ان الاجير المشترك اذا هلك مال مستأجره لديه يضمنه استحساناً — ضرورة — الا اذا كان التلف بسبب ظاهر كالحرق ، وذلك كي لا يتقبل من اعمال الناس اكبر من طاقتها طمعاً في زيادة الربح فيصر عن اموالهم للهلاك والضياع لديه بطريق المكت (١)

وقد اخذ بهذا الحكم ايضاً الاجتهد المالي بداعي المصلحة فقال الاسم الشاطبي في الاعظام :

(واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصناع مع ان الأصل ان ايديهم على الامانة ، ولكن وجدوا انهم لو لم ينتبهوا لاستهانوا بالمحافظة على امتنة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة اليهم فلذات المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ماتحت ايديهم ، ولذلك قال علي رضي الله عنه ((لا يصلح الناس الا ذاك))) .

٥ - المسألة الخامسة :

من القواعد المقررة فقهاً ان من دفع من ماله شيئاً عن غيره بلا أصره في ادائه نفقة او غير ذلك فإنه يعتبر متبرعاً فيما بعد عن غيره ، سواء أقصد التبرع ام لا ، وليس

له المرجع على الدفع عنه الا ان يكون الدافع مضطرا الى الدفع كما لو كان مالاً للإنسان مرهوناً باذنه في دين على غيره والمدين لا يفك قان للملك ان يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه ولا يستحب متبرعاً لاضطراره الى تخلص ماله (١)

وعلى هذا اذا سلم احد الى غيره ما لا يأمره ان يشتري له به شيئاً ويقضى عنه بهنطاً وينفق له منه على عياله او نحو ذلك فأمسك المأمور عنده ماله مسلماً اليه واشتريه او قضى او انفق من مال نفسه فيما امره الدافع بقصد ان يستوفى بعد ذلك ماله فحاله فمقتضى القياس الظاهر ان يستحب المأمور متبرعاً بالدفع ويرد الى الامرأة ماله منه.

ولكن الحنفية استحسنوا ان لا يستحب متبرعاً تيسيراً للمعونات ودفعاً للحرج في سهلها وذلك استحسان الضرورة، فيجري التناقض بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الآخر (٢)

٦ - المسألة السادسة:

ان الاموال الكيلية او الوزنية تسمى شرعاً من الاموال الريوية التي يجري فيها ربا الفضل : اي لا يجوز اقرار شيء منها واستيفاء اكثر منه ، وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه اكثر منه .

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بمحوا استقرار الخير عدد ا بين الجوان وان تفاوت الوزن استحساناً على خلاف القياس للضرورة وحاجة الناس مع انتقاء فكرة الربا والاسترayer هنا لأن هذا التفاوت من التوافه المهدورة عرفاً . (٣)

٧ - المسألة السابعة:

ومن المسائل الاستحسانية المسألة المشتركة في علم الفرائض وهي ان تموت امرأة عن زوج وأم واخوين لأم واخوين شقيقين .

فالزوج والأم والأخوة لأم هم من أصحاب القروض الارثية المحددة . أما الأخوة الاشقاء فهم من العصبات والقاعدة في المهرات ان العصبات انما يأخذون طيزيد عن أصحاب الفرائض .

فمقتضى القياس هنا هو ان يرث الاخوة لأم ولا يرث الاشقاء لأن الفرضية الارثية للزوج هنا نصف التركبة ولأم السدس وللإخوة لأم الثالث فلا يتحقق شيء للإخوة

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ / ٣٣١

(٢) رد المختار ج ٤ / ٤١٥ كتاب الوكالة

(٣) رد المختار ج ٤ / ١٧٢ و ١٨٧

الاشقاء وهذا يؤدي بنا الى مشكلة غريبة حيث يرت الأخ لأم ويحرم الشقيق والى هذا ذهب بعض المصلحة وعليه الاجتهاد ان الحنفي والحنفية .

ولكن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وفريقيان الصحابة ذهبوا الى اشتراك الاشقاء مع الاخوة لأم في نصيبهم بالثلث استحساناً باعتبار ان الجمع اولاد أم واحدة فالاشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الأم والى هذا ذهب الاجتهادان المالكى والشافعى .

ويروى أن الفاروق عمر رضي الله عنه لما رفعت إليه هذه القضية فرأى فيها اولاً أن للأخوة لأم الثالث فريضة فلا يحق شيء للأخوة الاشقاء ، قال له هو علاء (ذهب اهانسا كان حماراً ليست اهناً واحدة) فرجح رضي الله عنه وقضى باشتراكهم جميعاً في الثالث (١)

يقول صاحب الرحبيه في الفرائض :

واخوة للأم حازوا الثالث
واستقرقوا المال بفرض النسب
وأجعلوا أمهاتهم حجراً في التيم
فهذه المسألة المشتركة

وان تجد زوجاً وأباً ورثا
واخوة ايضاً لأم وأباً
فاجعل لهم كلهم لأم
واقسم على الأخوة ثلث التركة

٨ - المسألة الثامنة :

ورد في السنة أن النبي عليه السلام سُئل عن الشهادة فقال للسائل : (هل ترى الشمس ؟) قال نعم فقال على مثلها فأشهد اودع (٢)

وهذه بظاهره يوجب العيا في تحمل الشهادة في جميع الشؤون عامة ويحظى على المسلم أن يشهد أمام القضاة بأمر لم يشاهده وإنما سمعه من غيره . وقد قرر الفقهاء بناءً على هذا عدم قبول شهادة التسامع في اثبات الحقوق .

لكن فقهاء الحنفية رأوا أن هناك موضوعات تقتضي المصلحة فيها قبول شهادة التسامع لأن اشتراط العيان فيها متعدراً وغير متيسر ، فيضيق هذا الاشراط حقوقاً هامة لا يسوع الشرع التفريط فيها .

(١) شرح المنظومة الرحبيه للمؤلف .

(٢) أخرجه البيهقي في سننه والحاكم في كتاب الأحكام من المستدرك وصححه ولكن ضعفه الذهبي والن sai ١٥ نسب الراية لتخريج احاديث الهدایة .

ففسروا بقول شهادة التسامع في امور عديدة منها اثبات اصل الموقف ، اي اثبات ان هذا المقار موقوف وليس ملكا لصاحب اليد عند الاختلاف في وقفيته وملكيته .

وقد علوا ذلك بأن المصلحة تقضي بقبول شهادة التسامع هنا استحسانا على خلاف القياس للضرورة ، وذلك صيانة للأوقاف القديمة عن الضياع ، لأن الوقف اذا تقادم ولم تكن عقاراته مسجلة في سجل المحكمة او فقد سجلها ، يمسك اثبات وقضيتها لانقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقع حينما وقف الوقف . ففيتجرأ كل انسان على غصب الاوقاف القديمة وادعاء ملكيتها دون امكان اثبات وقضيتها اذا اشترطنا العيان فلذا تقبل شهادة التسامع في هذا الا ثبات استحسانا على خلاف القياس .

وما قبل فيه ايضا فقهاء الحنفية شهادة التسامع : اثبات النسب واللوقة ، والدخول بالزوجية الى عشرة مواضع مبينة في كتبهم (١) .

٩ - المسألة التاسعة :

وورد ايضا في الحديث الشريف الثابت (٢) (ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده) و هي قضية بيع المعدوم كما نهى ايضا عن بيع الفرر .

لكن فقهاء المذهب الحنفي خصوا هذين الحدبيتين بجواز بيع المعاansom الشريرة في الكروم وسائر الاشجار ذات الشار المتلاحقة

وهي التي كلامها قطفت اغلقت كالعنبر مثلا - حتى ظهر بعض الشار فقط وبدا صلاحها وذلك لأن المصلحة تقضي بتجویز هذا البيع لحاجة الناس اليه . وذلك من قبيل الاستحسان (٣)

(١) ابن عابدين ج ٤ / ٣٧٥ .

(٢) روى الطبراني في مجمعه عن محمد بن سيرين عن حكيم بن حزم قال : (نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلفه وبيع وشرطين في بيع ، وبيع ما ليس عندك وبيع ما لم يضرن) انتهى بالحديث في الموطأ بلاغ ١ هـ تنصب الراية ج ٤ ص ١٩ - ٢٠ .

(٣) ذن بعض الفقهاء ان بيع المعاansom الشريرة والا شجار ذات الشار المتلاحقة

* غير جائز في المذهب الحنفي اعتماد على متون كتب الذهب وانا نحب ان نعمق
عباوة ابن عابدين لأن الفتوى عليها .

قال صاحب الدر (ولو يرز بفضها دون بعض لا يصح في ظاهر المذهب
وصححه السرجسي وافتى الحلواني بالجواز) علق عليه ابن عابدين يقوله (وزعم انهم روى
عن اصحابنا وكذا حكى عن الامام الفضلي وقال استحسن فيه لتعامل الناس وفي شرط
الناس عن عادتهم حرج قال في الفتح وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد في بيع
الورد على الاشجار فان الورد متلاحق وجوز البيع في الكل وهو قول مالك اهـ قال
الزيلعي وقال شخص الأئمة السرجسي والاصح انه لا يجوز لأن المضارى مثل هذه —
الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان يمكنه ان يبيع الاصل على ما بيننا او يشتري
الموجود ببعض الشن ويفوت العقد في الباقى الى وقت ظهوره ، او يشتري الموجود
بجميع الثمن ويبعث له الانقطاع . بما يحد شنته ، فيحصل مقصود هما بهذه الطريق
فلا ضرورة الى تجويه العقد في المدوم مصادرا للنص وهو ماروى انه عليه الصلاة
والسلام ثنى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم اهـ .

قلت لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا ولا سيما في دمشق الشام
كثيرة الاشجار والشمار فانه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن الزاهم بالتخلى باحد
الطرق المذكورة وان امكن ذلك بالنسبة الى بعض افراد الناس لا يمكن بالنسبة
الى عامتهم ، وفي نزاعهم عن عادتهم حرج كما علمت ويلزم تحريم اكل النثار في هذه البلدان
ان لا تباع الا كذلك والنبي صلى الله عليه وسلم انت رخص في السلم للضرورة مع انه
يبيع المدوم فحيث تتحقق الضرورة هنا ايضا امكن الحاقه بالسلم بطريق
الدلالة فلم يكن مصادرا للنص فلذا جعلوه من الاستحسان لأن القياس عند
الجواز ظاهر كلام الفتح الميل الى الجواز ولذا اورد له الرواية عن محمد قبل تقدم
ان الحلواني رواه عن اصحابنا وما ثائق الامر الا اتسع ولا يخفى ان هذا مسوغ للمدوم
عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف
فراجعتها) ١ هـ رد المختار شرح الدر المختار ج ٤ ص ٣٩ طبعة تاجيرية .

قال صاحب الدر : (وقال محمد لا يفسد اذا تناهت الشمرة للتعارف فلن شرعا
يقتضيه العقد وبه يفتى) قال ابن عابدين (قال في الفتح ويجوز عند محمد استحسانا
وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى) قال (لكن حيث كان قول
محمد هو الاستحسان يتراجع على قولهما) ص ٣٩ ثم ذكر الحيلة بقوله وبالحيلة
ان يأخذ الشجرة معاملة على ان له جزءا من الف جزء وان يشتري اصول الرطبة كالعادنجان
واشجار البطيخ والخيار لكون الحادث للمشتري وفي الزرع والخشيش يشتري الموجود ببعض
الشن ويستأجر ارض مدة مخلوبة يعلم فيها الادراك بما في الشن ١ هـ ج ٤ ص ٤٠
من رد المختار .

١- المسألة الماشية:

قرر فقهاء الحنفية قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليهن
غير النساء، فقط كالجرائم التي تقع في حماماتهن وكشارة القابلة على الولادة
وتعينين الولد عند النزاع فيه.

وقد خصصوا نصوص القرآن والسنّة التي تشترط في الشهادة عصراً
الذكورة بأن يكون الاشخاص رجالاً فقط اورجلاً ونساءً.

وهذا التخصيص يقتضي المصلحة اذ يدرونه تصنّع هذه الحقوق وكسان
ذلك من قبيل الاستحسان. (١)

١- البحث الأول : التقدمة

٢- البحث الثاني : صحة اطلاق الاسم





الفروق بين الاستحسان القياسي وبقية انواع الاستحسان

١ - المبحث الأول : التعديدة

٢ - المبحث الثاني : صحة اطلاق الاسـم



الفصل الخامس

الفرق بين الاستحسان القياسي وبقية انواع الاستحسان

١ - التعدية ٢ - صحة اطلاق الاسم

يتجلى الفرق بين الاستحسان القياسي وبين بقية انواع الاستحسان في ناحيتين اثنتين :

(١) التعدية

(٢) صحة اطلاق الاسم

الفرق الاول - التعدية

سقان الاستحسان دليل يقابله قياساً جلياً سواء كان اثراً او جماعاً او ضرورة او قياساً خفياً غير ان الاستحسان بالقياس الخفي يفارق غيره من انواع الاستحسان بأنه مخلول بالصلة الباطنة.

اما بقية انواع الاستحسان فهو مخلول بل هي معدولة بهما عن القياس.

ومعلوم بالبداهة ان ما هو مخلول يقبل التعدية بخلاف ما هو غير مخلول فحكم الاصوليون بأن الاستحسان القياسي او (القياس الخفي) مخلول ويقبل التعدية دون غيره من بقية انواع الاستحسان كالاستحسان بالأثر والضرورة والاجماع والمصلحة والعرف والعادة فهي لا تقبل التعدية لأنها معدولة عن سنن القياس كما مر.

وفرع على ذلك الفقهاء الحنفية بأن الاختلاف في الشمن بين المأبوع والمشتري قبل قبض المبيع لا يوجب يمين البائع قياساً على سائر التصرفات لاتفاقهما أن المبيع ملك المشتري وأنه لا يدعى المأبوع شيئاً في الظاهر والبائع يدعي زيادة الشمن والمشتري ينكره ، لكنه يوجب يمين البائع استحساناً كالمشتري لأن المشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بأقل الشمنين والمأبوع ينكره فيجب اليمين على كليهما .

وهذا اي وجوب التحالف قبل القبض حكم تمدی الى الوارثين

حتمس لوماتنا وافتلاف رأى هما فيه قبله تحالفًا لقيا بهما مقابلاً لهما .

كما يتحدى إلى الإجارة وجوب التحالف بين المؤجر والاجر إذا اختلفا في البطل قبل استيقاء المعقود عليه تحالفًا وتراد المقد (١) .

واما إذا اختلف بحد القبض فلم يجب يمين البائع ، إلا بالاشارة وقوله عليه السلام (إذا اختلف المتباعان والسلعة قائمة بعدهما تحالفًا وتراداً) وأن المشترى لا يدعى على البائع شيئاً إذا البيع مسلم إليه فلم يصح تعميته إلى الوارثين ولا بحارة لأن ثبوت التحالف كان بالاشارة على خلاف القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما فيقتصر على مورد النص وهو ما يطلق عليه الأصوليون (غير معقول المعنى) (٢) .

الفرق الثاني - صحة اطلاق الاسم

اجمع الأصوليون على صحة اطلاق اسم الاستحسان على القياس الخفي وتساوزوا في الباقى غير ان جمهور الحنفية يجزئون اطلاق اسم الاستحسان على جميع انواع الاستحسان سواء كان بالاشارة او الجماع او الضرورة او العرف او المصلحة .

يقول التفتازاني رضي الله عنه (ويحدّث استقرت الآراء على انه اسْمُ الدليل متفق عليه نصاً كان او جماعاً او قياساً خفيناً اذا وقع في مقابلة قياس يسبق اليه الافهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف) .

ثم انه غالب في اصلاح الاصل على القياس الخفي خاصة كما غالب اسْمُ القياس على القياس الجلي تمييزاً بين القياسين .

اما في الفروع فالطلاق الاستحسان على النص والجماع عند وقوعهما في مقابلة القياس الجلي شایع) (٣) .

ويقول صدر الشريعة : (القياس جلي وخفي فالخفي يسمى بالاستحسان لكنه اعم من القياس الخفي فان كل قياس خفي استحسان وليس كل استحسان

(١) التوضيح والتلويح ص ٥٧٨ ج ٢

(٢) ابن المطر وشرح العيني ص ٢٨٧

(٣) التلويح ج ٢ ص ٥٢٣

قياسا خفيا ، لأن الاستحسان قد يطلق على غير القياس الخفي أيضا كما ذكر في المتن لكن الفالب في كتابه اصطبغنا أنه اذا ذكر الاستحسان اريد به القياس الخفي . (١) .

وهكذا نرى أن جمهور الأصوليين والفقهاء يجيزون اطلاق الاسم الاستحسان على ماءدا القياس الخفي وإن كان الأغلب اطلاقه على القياس الخفي فحسب دون مشاهدة في هذا الاطلاق بينهم وقد ذكر البزدوى هنالاً غلبية والتلازم فقال : (وانما الاستحسان عندنا أحد القياسين لكنه يسمى به اشارة الى انه لو جه الاولى في العمل وان العمل بالآخر جائز) (٢) .

هذا وهناك ملاحظة اخيرة في هذا الموضوع وهي ان بعض الفقهاء توهموا ان القياس ثابت في صورة الاستحسان وفي سائر الصور وقد ترك العمل به في صورة الاستحسان لمانع وعمل في غيره لعدم الطانع وهو المسمى بتخصيص العلة وهو باطل .

فليس الاستحسان من قبيل تخصيص العلة وليس ترك القياس بدل لدليل اقوى تخصيصا لأن انعدام الحكم في صورة الاستحسان انا هو لانعدام العلة مثلاً موجب تجارة سرير سباع الوحش هو الرطوبة النجمية في الآلية الشاربة ولم يوجد ذلك في سباع الطير فانتفي الحكم لذلك وهو معنى ترك القياس الجلي الضعيف الا ان دليل قوي هو قيام خفي قوي الاثر فلا يكفي من تخصيص العلة في شيء (٣) .

(١) التوضيح ص ٥٢١

(٢) كشف الاسرار ص ١١٢٤

(٣) التلويع للتفتازاني ص ٥٢٩ و ٥٢٨ .

الفصل السادس

شروط المستحسن والمستحسن

١) المبحث الأول : شرط المستحسن

٢) المبحث الثاني : شرط المستحسن

الفصل السادس

شروط المستحسن والمستحسن

سنذكر في هذا الفصل امررين لا بد منهما :

١ - شروط المستحسن :

أى شروط الحكم الاستحساني وقد ذكر الفقهاء له شرطا واحدا وهو ان لا يرد فيه نص تشريعي ، فكان الاستحسان لا يجوز الا من العالم بالكتاب والسنة لكيلا يستحسن في موضع قد نص عليه فيما كان بين الحال والجهل فرق مؤشر في الاستحسان (١)

٢ - واما شروط المستحسن :

فالمستحسن هو المجتهد وقد ذكر الاصوليون له شروطا اهمها (أن يحوى علم الكتاب بمعانيه لغة وشرطه من الخاص والعام الخ وأن يحتوى علم السنة بطرقها من التواتر والاشتثار والآحاد وان يصرف وجوه القياس أى شروطه وملائمة الموصف وتأثيره كما مر) (٢)

وقال بعض الاصوليين (انما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بصفتين : احد هما فهم مقاصد الشريعة على كمالها والثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها) .

ويمكن ان نورد شروط الاجتهاد مقتبسة من عدة كتب للاصوليين :

١ - يشترط في المجتهد ان يعترف معانى آيات الاحكام المذكورة في القرآن الكريم لغة وشرعها وان يكون عالمًا بمواضيعها حتى يرجع اليها في وقت الحاجة وهي مقدار خمسين آية .

اما معرفتها شريحة فبأن يعترف العلل والمعانى المؤثرة في الاحكام وأوجه دلالات اللفظ على المعنى ومعرفة اقسام اللفظ من عام وخاص ومشترك الخ .

(١) الشافعى للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٠

(٢) الصيني على المنار ج ٢٨٨ .

٢ - أن يعرف أحاديث الأحكام لغة وشريعة بأن يكون متكتساً من المرجع
اليها عند الاستنبطأن يعرف مواقصها بواسطة فهرسها ولابد أن
يكون ايضاً غالماً بما اشتغلت عليه مجاميع السنة التي صنفها
أهل الحديث كلامهـات الست وما يلحق بها من علم الرواية . وكذلك
يشترط معرفة سند الحديث وحال الرواية ويكتفى بتحديث الأئمة
الموشق بهم في علم الحديث .

- ٣ - معرفة الناسخ والمسنون من القرآن والسنة في آيات وأحاديث مخصوصة ولا يشترط معرفة جميعه وحفظه بل يكفيه في كل واقعة يتي فهما بآية أو حديث أن يعلم أن ذلك الحديث وتلك الآية محكمان .

٤ - ان يكون متذمّناً من معرفة مسائل الاجماع ومواقعيه حتى لا يفتني بخلافه ويكفيه في ذلك ان يعلم في كل مسألة يفتني فيها انها ليست مخالفة للجماع .

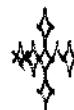
٥ - ان يحرف وجوه القياـن وشرائطـه المعتبرـة وعلـل الـاحـكام وطرقـ استـبـاطـها من النـصـوص وـمـصالـحـ النـاسـ وأـصـولـ الشـرـعـ الـكـلـيـةـ لأنـ الـقـيـاسـ قـاعـدةـ الـاجـتـهـادـ الـذـىـ تـبـنىـ عـلـيـهـ أـحـكـامـ كـثـيرـةـ تـفـصـيلـيـةـ .

٦ - أن يعلم علوم اللغة العربية ولا يتشرط أن يكون حافظاً لها عن ظهر قلب بل تكفي القدرة على استخراجها من مظانها ومؤلفاتها .

ان يكون عالما بعلم اصول الفقه لأنه عمار الاجتهاد وأساسه
 الذى تقوم عليه أركان بنائه ان الدليل التفصيلي يدلنا على الحكم
 بواسطة كيفية معينة لكونه أمراً أو نهياً ونحو ذلك وعند الاستبهاط
 لا بد من معرفة تلك الكيفيات وحكم كل منها ولا يكفي معرفة مسائل
 الاصول فقط بل لا بد أن يدرك هذه اصول بنفسه كما ادركها
 الائمة قبل تدوين علم الاوصول وان ينظر في كل مسألة نظراً مستقلاً
 يوصله الى ما هو الحق فيها ، وذلك يتتوفر له بالاحاطة بمجموع
 الشريعة والتخلص في فهم لسان العرب وتتبع وجوه استعمال اللفاظ
 والمعانى وال فالغة العرب ولا فانه يكون مجتهداً في دائرة امام
 المذهب وليس بمحترفاً مبتلاً (١)

المذهب وليس مجتهداً مستقلاً (١)

٨ — ان يدرك مقاصد الشريعة العامة في وضع الاحكام وذلك لأن فهم النصوص وتطبيقاتها على الواقع متوقف على معرفة هذه المقاصد فمن يريد استنباط الحكم الشرعي من دليله يجب عليه ان يعرف اسرار الشريعة ومقاصدها العامة في تشريع الاحكام ، لأن دلالة الالفاظ على المعانى قد تحتمل اكثر من وجه ويرجح واحدا منها لاحظة قصد الشارع كما ان الادلة الفرعية قد تتعارض فيؤخذ بما هو الافضل مع قصد الشارع ، وكذلك قد تحدث وقائع جديدة لا يعرف حكمها بالنصوص الشرعية فيلجأ الى الاستحسان او العرف بواسطة مقاصد الشريعة العامة من التشريع والتي تتلخص في انها (هي حفظ مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم) هذه هي شروط المجتهد او المستحسن التي تقتضيها طبيعة القيام بهذا العمل الكبير وجزءاً فيها سبق والله اعلم (١)



المصل المحسان

ثمرات الاستحسان

١ - المبحث الأول : امكان ايجاد حلول جديدة على ضوء الاستحسان
القىاسي

٢ - المبحث الثاني : وظلى ضوء الاستحسان الفروري

٣ - المبحث الثالث : مرونة الفقه الاسلامي بسببي
الاستحسان ومدى حاجة الفقهاء الى

الفصل السابع

ثمرات الاستحسان

- ١ - ايجاد حلول جديدة على ضوء الاستحسان القياسي .
 - ٢ - وعلى ضوء الاستحسان الفوري .
 - ٣ - صرامة الفقه الاسلامي بسبب الاستحسان وصدى حاجة الفقهاء اليه .
- (٤) امكان ايجاد حلول لمشاكل جديدة على ضوء الاستحسان القياسي .

لاشك ان الواقع غير متناهية والنصوص متناهية ، وكل يوم يحدث من الامور الجديدة ما لا يخطر على بال انسان . وانما كان فقهائنا السابقون رحمهم الله وجزاهم خير الجزاء قد أقاموا لنا صرحا شامخا من الفقه العظيم وكان من جملة مساعدتهم على ذلك نظرية الاستحسان القياسي فانما نجد انفسنا اليوم امام حوار ث توجب علينا ان نرجع الى الاستحسان القياسي فنعمل به ونستخدمه في سبيل حل صحيح منطقي لتلك الحوارات التي لم تكن على زمان الفقهاء السابقين والنوازل التي لم يعرفوها فيما ماضى من الزمان .

وكثيرا ما يؤدى الامر الى الاخذ بالقياس لدى فقهاء عصرنا الحاضر الذين استجمعوا شرائط الاجتهاد الجزئي الذي يقول به اكثر الاصوليين ، وكثيرا ايضا ما يؤدى غلو القياس الجلي الى عقبات كارء لا يحطمها الاموال الاستحسان القياسي الذى يضمن لنا النتائج الحكيمية المطلقة التي تبني عليها الاحكام الفقهية التفصيلية في النوازل الجديدة .

وهذا شيء ضروري في هذا العصر الذي كثرت فيه هذه النوازل حيث ينفي ان يجرد لها فقهائنا سعاده الهمة ويبحثوا بحثا جديا في حكم الله فيها ، وهو واجب من واجباتهم بينهم وبين ربهم هم مسؤولون عنه امام الله سبحانه عن اسلامهم العظيم قال تعالى :

(ولورده الى الرسول والى اولي الامر منهم لعلمه الذين يستطونه
منهم) النساء / ٨٢

٢) امكان الحكم ببعض القضايا البعدية والنوازل بالاستحسان الضروري :

هذا وإن هذه التوازن التي ذكرتها أعلاه تتطلب إلى جانب الاستحسان القياسي احياناً الاستحسان الضروري لأنها قد تكون مما سكت عنه الشارع ولم يتعرض له أو مما كان متزوكاً للمصلحة اذ قرر الفقهاء (حيثما وجدت المصلحة فتم شرع الله) .

ولذلك فإنه يمكننا أن نستخدم أيضا الاستحسان الضروري في سبيل إيجاد حلول فقهية لتلك التوازنات الواقع الجديدة والتي نذكر منها على سبيل المثال الضرائب ، والتسهيل ، وضرب الإبرة في حالة الصيام وحكمها في الأفطار أو عدمه ، وعقد التأمين والبيع بالتقسيط إلى غير ذلك مما هو معروف في مجتمعنا الحاضر.

٣) مرونة الفقه الإسلامي بسبب الاستحسان بنوعيه وحاجة الفقهاء إليه.

وهكذا نرى أن الاستحسان كان مصدر مرونة في الفقه الإسلامي وسعة في أحكامه بما جعله في كثير من الأحكام فقها رائعاً متبعاً مع المصلحة العامة ومع واقع المجتمع الإنساني في كل عصر.

ولذلك قاتل فقهاء المسلمين يمكنهم ان يقيموا من الاستحسان اساساً
ومنطلقاً لاقامة صرح شامخ من الاحكام الفقهية الضرورية لصلاح الناس
في معاملاتهم وتصرفاتهم ، كفانا انهم بذلك يضمنون لهذا الفقه التقدّم
والعلو والارتفاع ، وسهرولة التطبيق وامكانية جعله فقها عالياً بما يشتمل عليه
من النظريات الكبيرة والقواعد الكلية والأحكام التفصيلية المحكمة كما ان من ملك
نظرية لا استحسان بيد له فقد ملك مفطح الفقها الاسلامي كله وازداد بهملا سرار التشريع الاسلامي
الحال . وبعيد ، فان الفقه الاسلامي ما هو الا جوهرة مضيئة قد اكتنفهم
الغبار والتراكم وطالع فقهاء المسلمين اليوم الا ان يمسحوا بذلك منهن
ويردوا اليها ببريقها ولمعانها وضيائها الذى استمدته من لمحان الحق وضياء
النور الالهى الخلاق المبدع ومن الهبات الوجي طلح حكمه .

وقد صدق الله سبحانه وتعالى حيث يقول في كتابه العظيم:
*(أَنَا نَحْنُ نَزَّلْنَا الْذِكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ) الحجرات: ٩
وماتوفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب.

(وآخر عواهم أن الحمد لله رب العالمين)

دمشق الشام

خادم الاسلام
ابوالخير

محمد عبداللطيف فرفور



كلمة الختام

ختام سك وفي ذلك فليتنافس المتنافسون
صدق الله العظيم

وهدى

فيقول العبد الفقير لله سبحانه وتعالى عبد اللطيف فرفور،
هذا ما تمكن جممه في هذه المجالة من بحث الاستحسان في أصول الفقه
وفي الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالمذاهب المختلفة للفقه الإسلامي
وأخيراً أرفع آيات الشكر إلى سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنني
بإذن الله بمدداته كتبت وبروحانيته استطعت أن أجول في هذه الحلبة، والله
يعلم أنني لست من فرسان هذا الميدان، غير أن الرسول عليه الصلاة والسلام
أكرم من أن يخيب من رجاه.

كما أني أرفع آيات الاعجاب والاكبار للأئمة الأربعة المجتهدین أئمة
المهدی والدین رضوان الله عليهم وعلى من تابعهم من الحلة والفقها، الذين
أناروا الدنيا بعلمهم وفهمهم.

وأخيراً أرفع آيات الشكر الكبير لمربينا الكبير سماحة شيخنا الوالد
حفظه الله والحلما، الحاملين المخلصين من أمثاله

فأللهم ان كنت مصينا فعن فضلک وان كنت مخططا فمني ومن الشيطان ولا حول
ولا قوة الا بك تبارك يا ربنا انت مولانا نعم المولى ونعم النصير.

د مشق

خادم الاسلام

محمد عبد اللطيف فرفور

لُحْمَق

خرج حديث (اذا اختلف المتباهيان والسلمة قائمة تحالفاً وتسارداً) الوارد في الصفحة ()

وفي رواية اذا اختلف المتباهيان تحالفاً وفي رواية اخرى تحالفاً او تساراً اما رواية التزاد فرواها مالك بخلافاً عن ابن سعيد ورواها احمد والترمذى وابن ماجه باسناد منقطع وقال الطبرانى في الكبير نا محمد بن هشام المستمسى نا عبد الرحمن بن صالح نا قضيل بن عياش نا متصور عن ابراهيم عن علقة عن عبد الله مرفوع البیمان اذا اختلفا في البيع تزاداً رواته ثقات لكن اختلف ففي عبد الرحمن بن صالح وما اظنه حفظه فقد جزم الشافعى ان طرق هذا الحديث عن ابن سعيد ليس فيها شيء موصول وذكر السدارقطنى عليه قلم تصرخ على هذه الطريق قوله طريقه اخرى عند ابي داود والنسائي والحاكم والبیهقي من طريق عبد الرحمن ابن قيس بن محمد بن الاشت عن ابيه عن جده قال قال عبد الله بن سعيد فذكر الحديث وصحبه من هذا الوجه الحاكم وحسن البیهقي وقال ابن عبد البر هو منقطع الا انه مشهور الاصل عند جماعة الملة تلقوه بالقبول وبنواعليه كثيراً من فروعه واعلمه ابن حزم بالانقطاع وتابعه عبد الحق واعله ابن القطان بالجهالة ففي عبد الرحمن وابيه وجده وله طرق اخرى رواها الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعيد عن ابيه قال باع عبد الله بن سعيد شيئاً من سعى الامارة بعشرين الفاً يعني من الاشت عن قيس فذكر القصة والحديث مشور جالسه ثقات الا ان عبد الرحمن اختلف في سماعه من ابيه .

وفي رواية : اذا اختلف المتباهيان والسلمة قائمة ولا بينة لا حد هما تحالفاً رواها عبد الله بن احمد فسي زيادات المسند طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده ورواها الطبرانى والدارمى من هذا الوجه فقال عن القاسم عن ابيه عن ابي سعيد وانفرد بهذه الزيادة وهي قوله (والسلمة قائمة) عن ابي ليلى وهو محمد بن عبد الرحمن الفقير وهو ضعيف شيء الحفظ وأسا قوله فيه تحالفاً قلم يقع عند احد منهم وانما عند هؤلئة القسول قول البائع او تزادان اهـ التلخيص الجيرص ١٥٢ - ١٥١



محلق آخر في معنى تخصيص العلة عند المعنفة

قال أصوليو المعنفة في تعريف تخصيص العلة ما يلي :

تخصيص العلة هو تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى عليه
لصانع وذلك أن يقول المعلم إذا أورد عليه ما يكون الجواب فيه بخلاف ما يرrom
اثباته بحليته : كانت على توجب ذلك الحكم لكنه لم يثبت بذلك العلة في صورة
النقض مع قيام تلك العلة لمانع فصار المحل الذي لم يثبت حكم العلة فيه ~~م~~
وجودها مخصوصاً من العلة أى مخرجاً من كونه محل تأثير العلة بهذه الدليل
وهو المانع . فيتخلص عن النقض فيسلسم اجتهاده عن الخطأ ^أ ^د العيني
وابن المطر شرح المدارس ٢٨٩ و ٢٩٠



خاتمة الكتاب

١ - اسماء اهم المراجع

٢ - الفهرس

اسوء أسلوب المراجع

٧) مراجع علم اصول الفقه

- ١) التوضيح شرح التتفيق لصدر الشريعة عبيد الله بن سعood البخاري .
- ٢) شرح التلويح على التوضيح لمتن التتفيق للتفتسازاني
- ٣) المنار وشروحه للهعینی وابن ملک والمحضی . وعزمی زاده وحاشیة الرهاوى على ابن الـک .
- ٤) نهاية السول شرح منهج اصول الى علم اصول للاصنوف الشافعی وعنه شرح البدرخشی ((مناهج العقول))
- ٥) انوار البروق في انواع الفروق للقرافي المالکی وبها مشه تهدیب الفروق والقواعد السنیة في الاسرار الفقہیة للشيخ محمد علي بن الشیخ حسین ٤ اجزاء .
- ٦) شرح ابن قاسم العبادی المسنی بالآیات البینات على شرح الجلال المحتلي على الورقات في اصول لامام الحرمین الجوینی مطبوع بها مش ارشاد الفحول للشوکانی .
- ٧) المواقفات في اصول الفقه للشاطئی المالکی القرناطی المتوفی ٧٩٠ هـ
- ٨) کشف الاسرار لحمد العزیز البخاری على اصول الفقه للبیزدی فی اصول فقه الحنفیة .
- ٩) حاشیة نسمات الاسحار على شرح افاضة الانور على متن اصول المفسار للعلامة محمد علاء الدين الحصینی .
- ١٠) ارشاد الفحول الى علم اصول للشوکانی .
- ١١) الروضة في اصول الحنابلة المسطرة روضة الناظر وجنة الناظر لابن قدامة المقدّسی .
- ١٢) المدخل الى مذهب الامام احمد .
- ١٣) قمر الاقصار شرح المنار للکنونی
- ١٤) حاشیة المبنانی على شرح الجلال المحتلي على جمع الجواسم مع للامام ابن السکیی جزءان المطبعة الامیریة الطبعة الثانية .
- ١٥) الاحکام في اصول الاحکام لا بن حزم ٨ اجزاء مطبعة اوصاہ القاهره .
- ١٦) ملخص ابطال القياس والرأی والاستحسان والتفظیل والتعلیل لا بن حزم مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٠ .
- ١٧) خایة الوصول شرح لب اصول لزکریا الانصاری .

- ١٨ - شرح عضد الملة والدين على مختصر المقتني لابن الحاجب مع حواشى التفتازاني والسيد الشريف الجرجانى والشيخ حسن الهروى جزءان الطبعة الاولى المطبعة الاميرية.
- ١٩ - الرسالة الاصولية للابن الشافعى مطبعة الحلبى الطبعة الاولى.
- ٢٠ - اصول الشاسى مع عصدة الحواشى طبعة دهلى ١٣٠٣ هـ.
- ٢١ - المستصفى من علم الاصول للابن حجة الاسلام الفرزالى رضى الله عنه محمد بن محبوب محدث الفرزالى .
- ٢٢ - الاحكام في اصول الاحكام للابن ٣ اجزاء مطبعة صحيح ١٣٤٧ هـ
- ٢٣ - الاعتصام للابن الشاطبى المالكى الفرنطاوى المتوفى ٧٩٠ هـ
- ٢٤ - الذخيرة لابن الحاجب ومختصر المقتني له ايضا مطبعة العالى فى اسلامى سول .
- ٢٥ - مسلم الثبوت مع مشرحاته جزءان المطبعة الحسينية المصرية لابن عبد الشكور .
- ٢٦ - فواتح الرحمن شرح مسلم الثبوت في اصول الفقه مطبوع بهما سبع المستصفى للفرزالى المطبعة الاميرية بسولاق ١٣٢٢ هـ .
- ٢٧ - الابهان في شرح النهاج الاصولي للقاضى البهضاوى تأليف تقي الدين ونائج الدين النبكى .
- ٢٨ - اللمع في اصول الفقه للشمرازي مطبعة الحلبى ١٣٥٨ هـ ١٩٣٩ م
- ٢٩ - مفتاح الوصول الى بنا، الفروع على اصول للتلمسانى المالكى المطبعة الاهلية بتونس ١٣٤٦ هـ .
- ٣٠ - التقرير والتحبير على تحرير ابن الهمام في علم الاصول الجامع بين اصطلاحى العنفية والشافعية المطبعة الاميرية ببولان ١٣١٦ هـ .
- ٣١ - حاشية على شرح مختصر العالمة منلاخسرو والمسنى مرآة الاصول شرح مرقاة الاصول لسلامى سيرى مجلدان طبعة البوسىوى ١٣٠٢ هـ .
- ٣٢ - سلم الوصول لشرح نهاية السول للاسندى للشيخ محمد يعقوب المطيعى على هامش نهاية السول .
- ٣٣ - الوسيط في اصول الفقه لاستاذ الجليل الدكتور الشيخ وهبة الزحللى المطبعة الاولى عام ١٩٦٢ .

- ٣٤ - اصول الفقه للشيخ محمد ابوزهرة
٣٥ - ابو حنيفة للشيخ محمد ابوزهرة
٣٦ - مالك للشيخ محمد ابوزهرة
٣٧ - الشافعى للشيخ محمد ابوزهرة
٣٨ - ابن حنبل للشيخ محمد ابوزهرة
٣٩ - ابن حزم للشيخ محمد ابوزهرة
٤٠ - المدخل الى علم اصول الفقه للدكتور معروف الدالبي .
٤١ - اصول الفقه لمحمد الخضرى .
٤٢ - علم اصول الفقه لعبد الوهاب خلاف و تاريخ التشريع الاسلامي الطهمة

(السابعة ١٩٥٦ م)

- ٤٣ - كتاب الصتمد في اصول الفقه لأبنى الحسين البصري .
٤٤ - رسالة في اصول الشافعية للامام ابن فورك الاصلباني .
٤٥ - رسالة في اصول الظاهرية للشيخ محي الدين بن عربي الاندلسي
رضي الله عنه .
٤٦ - علم اصول الفقه لسماحة الاستاذ العلامة الدكتور الشيخ أبي اليسر
عابدين مد الله في حياته وحياة العلماء العاملين .

ب) المراجع الفقهية

- ١ - ود المختار شرح الدر المختار للسيد محمد امين عابدين الطهطاوي
الامريكة الاستانبولية قطع كبير وصها تقريرات الرافعي .
- ٢ - الملل والنحل للشهرستاني جزءان مطبعة البابي الحسيني ١٣٨١هـ / ١٩٦١م
- ٣ - الاصول العامة للفقه المقارن طبعة بيروت للأستاذ محمد سقى الحكم
- ٤ - بداية المجتهد لأبي رشد الحفيد في فقه المالكية .
- ٥ - الخراج للإمام ابن يوسف رحمة الله / طبعة القاهرة .
- ٦ - الاجوال لأبي عبيدة بن سلام .
- ٧ - المدخل الفقهي العام للأستاذ الجليل الشيخ بمصطفى احمد الزرقا .
- ٨ - المبادئ العامة للفقه الجعفرى للسيد هاشم مصروف الحسني
طبعة بغداد .
- ٩ - الام للإمام الشافعى رضي الله عنه .
- ١٠ - الطبلواوى شرح مراقي الفلاح في فقه الحنفية ، طبعة المكتبة التجارية بمصر لمصطفى محمد .
- ١١ - الدرر شرح الفرر للعلامة ابن جيم الحنفي في فقه الحنفية مجلدان .
- ١٢ - شرح المنظومة الرحيبة للمؤلف .
- ١٣ - الهدایة شرح البداية للمرغيفياني .
- ١٤ - فتح القدیر للعلامة المحقق الكمال بن البهائم شرح الهدایة في
فقه الحنفية .
- ١٥ - الاختیار لتعلیل المختار للعلامة ابن صود ودموصلي الحنفی .
- ١٦ - المجموع للإمام النووي في فقه الشافعی .
- ١٧ - تحفة الفقهاء للسرقندی في فقه الحنفیة .
- ١٨ - بدائع الصنائع للكلاشانی في فقه الحنفیة .

ج) المراجع القرآنية واللغوية والحديثية .

- ١ - الرشد الى آيات القرآن الكريم وكلماته للمرحوم محمد فارس بركات المبعة الأولى المطبعة الهاشمية بدمشق ١٩٣٩ م .
- ٢ - القاموس المحيط للفيروزبادى ٤ مجلدات .
- ٣ - ناج العروس شرح القاموس للزيبارى طبعة لبنان بيروت .
- ٤ - شرح البخارى للقسطلاني .
- ٥ - شرح النووي على صحيح مسلم .
- ٦ - سنن البيهقي .
- ٧ - الأصابة على تراجم الصحابة ٤ مجلدات .
- ٨ - مستند الإمام احمد وعليه منتخب كنز العمال .
- ٩ - الجامع الصغير للإمام جلال الدين السيوطي وعليه مختصر شرح الجامع الصغير للمناوى الطبعة الأولى مطبعة البانى الخطيب .
- ١٠ - ١٩٥٤ مجمع الزوائد ونبیع الفوائد للسہیمی طبعة لبنان .
- ١١ - النسائیات من الأحادیث النبویة الشریفۃ لفضیلۃ الاستاذ الشیخ محمد صالح فرفور الطبیمة الأولى .
- ١٢ - تفسیر القرطبی والنسفی وابن جریر والطبری .
- ١٣ - نصب الرایة لتفہیج احادیث الهدایۃ للزیلیمی فی تخریج احادیث العنفیة .
- ١٤ - التلخیص الحبیر لابن حجر لتفہیج احادیث الرافعی الكبير علی المجمع للشجاعی مکتبۃ القدسی سنه ١٣٥١ھ .
- ١٥ - کشف الخفا ومزيل الالتباس عما اشتهر من احادیث علی السنّة النّاس للشجاعی مکتبۃ القدسی سنه ١٣٥١ھ .
- ١٦ - فیض القدیر شرح الجامع الصغير للمناوى .
- ١٧ - حقائق عن التصوف للاستاذ الصالحة الصوفی الشیخ عبد القادر عبّاسی الخطیب .

اهم المراجع الفقهية الاخرى من شرق المذاهب

- مختصر الطحاوى مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة في الفقه الحنفى .
- تبيين الحقائق للزيلعى المطبعة الاميرية في الفقه الحنفى .
- حجة المأمور بالخلافة للهشوى المطبعة الخيرية الطيبة الاولى في الفقه الحنفى .
- الباب شرح الكتاب مختصر القدوى للشيخ عبد الغنى المديري مطبعة صبح بالقاهرة في الفقه الحنفى .
- الشرح الكبير للدر درس بحاشية الدسوقي مطبعة الباجي الحلبى بمصر في الفقه المالكى .
- القوانين الفقهية لابن جرزي مطبعة النهضة بتونس في الفقه المالكى .
- سواحب الجليل للخطاب والثاج والاكيل للمراد مطبعة المسناد الطيبة الاولى في الفقه المالكى .
- المنتقى شرح الموطأ للباجي الطيبة الاولى بمطبعة السعادة في الفقه المالكى .
- المهدى لابن اسحاق الشيرازى مطبعة الباجي الحلبى بمصر في الفقه الشافعى .
- مختصر المحتاج للخطيب الشيرازى مطبعة الباجي الحلبى بمصر في الفقه الشافعى .
- نهاية المحتاج للمرملسى المطبعة البهية المصرية في الفقه الشافعى .
- فتاوى ابن حجر اليمى المطبعة البهية بمصر في الفقه الشافعى .
- شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين للنورى في الفقه الشافعى .
- حاشية البيجورى على شرح ابن قاسم على متن ابن شجاع المطبعة الخامسة بمطبعة بولاق بالقاهرة في الفقه الشافعى .
- كشف القاع عن متن الاقطاع للبيهوى مطبعة انصار السنّة المحمدية بمصر في الفقه الحنفى .
- الاحكام السلطانية لابن يعلى .
- المفتى لأبي قدامة الطبعة الثالثة بدار المنارة سنة ١٣٦٢ هـ في الفقه الحنفى .

آثار المؤلف

- (١) بحث في العقيدة شرح في علم التوحيد
نجد سنة ١٩٦٢
- (٢) أغاسيد في الشعر
- (٣) شرح المنظومة الرحبية في علم الفرائض .
- (٤) في محارب الهدایة شعر اسلامي .
- (٥) الاستحسان عند الاصوليين والفقهاء وهو هذا الكتاب .
- (٦) شرح لقانون الاحوال الشخصية السوري المزدوج
واحلاله .



فهرس الكتاب

<u>رقم الصفحة</u>	<u>الموضع</u>
٧	الاهداء
٨	من سور كتاب الله
٩	من هدى رسول الله وأئمة الدين
١٠	تقرير سماحة الاستاذ الشیخ الدكتور أبي اليسر عابدین
١١	تقرير سماحة العلامة الاستاذ الشیخ عبد الوهاب الحافظ
١٢	الشهیر بدین وزیر است
١٣	تقدير الدكتور وهبی الزحیلی وكيل كلية الشريعة بجامعة دمشق
١٤	بین بیدی الرسالة
١٥	الفقه الاسلامي الخالد
٦	المقدمة

الفصل الاول :

٩	الاجتهاد في الفقه الاسلامي ومكانة الاستحسان منه
١٠	المبحث الاول : تعریف الاجتهاد لغة واصطلاحا
١٠	المبحث الثاني : حجمة الاجتهاد
١٤	المبحث الثالث : اقسام الاجتهاد ومكانة الاستحسان منها
٢١	المبحث الرابع : قواعد الاجتهاد الاستحساني

الفصل الثاني :

٢٤	تعريف الاستحسان
٢٥	المبحث الاول : تعریف الاستحسان في اللغة والاصطلاح
٢٩	المبحث الثاني : وصف الاستحسان
٣٠	المبحث الثالث : الفرق بين القياس والاستحسان والمصالح المرسلة

رقم الصفحة	العنوان	المبحث الرابع :
٣٢	حجية الاستحسان	المبحث الاول :
٣٣	ادلة الشبيهين للاستحسان	الباحث الثاني :
٣٨	ادلة المنكريين	المبحث الثالث :
٣٩	أئمة المذاهب والامتحان	الباحث الرابع :
٤٦	الا Imam ابوحنبل والاستحسان عند الحنفية	١ - (الا Imam مالك بن انس والاستحسان عند
٤٩	المالكية	٢ -) (الا Imam احمد بن حنبل والاستحسان
٤٩	(عند الحنابلة)	٣ -) (الاستحسان عند الشافعية و موقف
٥٩	الشافعى منه	٤ -) (الاستحسان عند ابن حزم ومناقشته
٦١	مواضيع في الاستحسان بين المذاهب	٥ -) (حقيقة الاستحسان
٦٢		المبحث الرابع :

الفصل الرابع :

انسواع الاستحسان او فقه الاستحسان

٦٩

٧٠ المبحث الاول : تمهيد عن تقسيم الاستحسان عند الاصوليين

٧٠ المبحث الثاني : تفصيل التقسيمات الخمسة للاستحسان

٧١ التقسيم الاول : وهو التقسيم الاصلي

٧١ التقسيم الثاني : وهو التقسيم العقلي

٧١ التقسيم الثالث: وهو التقسيم من حيث الدليل

٧١ التقسيم الرابع : { من حيث الدليل
} باعتبار آخر

٧٢ التقسيم الخامس للاستحسان

٧٢ - الاستحسان النصي

٧٣ - الاستحسان الاجتهادي

رقم الصفحة

الموضع

البحث الثالث : { التعارض والترجح عند الفقهاء بين
القياس والاستحسان }

٨٨

البحث الرابع : { امثلة وتطبيقات على الاستحسان
عند الفقهاء }

٩٠

الفصل الخامس :

الفرق بين الاستحسان القياسي وبقية أنواع الاستحسان

٩٩

المبحث الأول : الفرق الأول - التمهيد

١٠٠

المبحث الثاني : صحة اطلاق الاس

١٠١

الفصل السادس :

شروط المستحسن والمستحسن

١٠٣

المبحث الأول : شروط الحكم المستحسن

١٠٤

المبحث الثاني : شروط المجتهد المستحسن

١٠٤

الفصل السابع :

ثمرات الاستحسان

١٠٧

المبحث الأول : امكان ايجاد حلول جديدة على ضوء

١٠٨

الاستحسان القياسي

المبحث الثاني : امكان الحكم بمعنى القضايا والتوارز

١٠٩

بلا استحسان الضروري

المبحث الثالث : مرونة الفقه الاسلامي بسبب

الاستحسان بتنوعه وحاجته

١٠٩

الفقهاء اليه .

١١١

كلمة الختام

رقم الصفحة

١١٢

١١٣

١١٤

١١٥

١٢١

الموضع

محلق بتأريخ حديث التحالف

محلق آخر في تخصيص العلة

خاتمة الكتاب :

أسماء أهل المراجع

آثار المؤلف

