



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بغداد

كلية العلوم الاسلامية

قسم الشريعة

{ الاستحسان ونماذج من تطبيقاته }

بحث مقدم من قبل الطالب

((فراس سمير عباس ممشش الدفاعي))

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في جامعة بغداد / كلية العلوم الاسلامية /

قسم الشريعة

إشراف

أ.م.د. محمد جاسم محمد

2017م

1438هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
((الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ))

صدق الله العظيم

سورة الزمر الآية (18)

وقوله تعالى

((وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَا أُخْدُودًا بِأَحْسَنِهَا))

صدق الله العظيم

سورة الأعراف الآية (145)



الأهداء

الى من حملتني في بطنها وهناً على وهن وربتني فأحسنت تربيتي وتغذيتي وعلمتني
ان الحياة أخذاً وعطاء ولكنها اعطتني كل شيء

{امي الحنونة }

الى من علمني كيف اصارع الحياة فأغلبها

{ابي }

الى من كانوا الصوت الذي يؤنس وحدتي

{اخوتي }

الى من كان سندي في دربي الشاق حتى انشق الغبار عن عملي هذا واشرقت
شمسه مشرفي الفاضل الدكتور

{محمد جاسم محمد }

الى من احببت لقاءهم وكرهت فراقهم فدمعت عيني حين الفراق ودق قلبي
شوقاً حين اللقاء

{اصدقائي }

الى من أحب قلبي من دون الناس وبادلتهم اطراحي وافراحي فكانوا لي
كأزهار استأنس حين رؤيتها وأمال تعيد الي ما فقدته من العزم والابتسامة
حينما يدب الضعف فيني وأنا في جوف أحزاني

(المقربون مني)



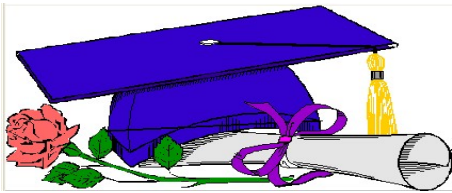
الشكر والامتنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد (صلى الله عليه واله وسلم) وعلى آله الطيبين الطاهرين (رضوان الله عليهم) أجمعين وبعد فالحمد لله حمداً كثيراً على إتمامي مشروعني هذا فلولاه لما كان لي خطوة تقدم واحدة في طريق رحلة الألف ميل، وأسجل شكري وامتنانني إلى جامعة بغداد - كلية العلوم الاسلامية / قسم الشريعة التي كنت وسأبقى جزءاً منها إن كنت موجودةً فيها أو لا فستبقى هي الأم التي علمتني الكثير خلال سنين دراستي هنا وكذلك أسجل شكري وتقديري واحترامي البالغ إلى مشرفتي، الأستاذة مساعداً الدكتور (محمد جاسم محمد) على ما بذله من جهد وصبر معي على كلماته التي كانت تدفعني إلى الأمام رغم الصعاب التي واجهتني وما قدمه من مشورة علمية أغنت البحث بالشيء الكثير فجزاه الله عني خير الجزاء وسدد خطاه ،

الباحث

فراس سمير عباس



ثبت المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع	ت
1	المقدمة	1
1	منهجية البحث	2
1	مشكلة البحث	3
2	الدراسات السابقة	4
3	المطلب الأول	5
3	تعريف الإستحسان في اللغة والاصطلاح	6
4	انواع الاستحسان	7
9	المطلب الثاني	8
9	حجية الإستحسان	9
13	المبحث الثاني	10
13	تطبيقات في الإستحسان	11
20	الخاتمة	12
21	المصادر	13

المقدمة

الحمد لله نعمده ونستعينه ونستغفره ونتوب اليه ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد ﷺ أما بعد :

تهدف هذه الدراسة إلى النظر في مبحث من مباحث علم اصول الفقه كثير النزاع والجدال حوله الى الحد الذي أوقع كثيراً من طلبة العلم الشرعي في الاشكال واللبس فيه حول حجية الاستحسان كمصدر من مصادر التشريع وجواز الاعتماد عليه لاستخراج احكام كثيرة من المسائل الفقهية الخلافية .

أ - المنهج في البحث

أولاً : أنيقدم بتبني تعريف الاستحسان من الكتب الأصولية المعتمدة في كل مذهب .

ثانياً : تمت الإشارة في كل تعريف إلى المذهب الذي قال به ، والقائلة بالتحديد -
(إنعرفتهوأمكناالوقوفعليه) ، وأشرت إلى التعريفات التي نسبت إلى الحنفية في كتب مخالفيهم ، ولمأعثرعليه
أفيكتبهم .

ب - مشكلة الدراسة :

تكمن في الخلاف الحاصل بين الشافعية والحنفية في حجية الاستحسان حيث أشتهر أن الشافعية يردون الاستحسان كمصدر لاستنباط الاحكام الشرعية مع العلم أننا قد وقفنا على أحكام شرعية قال بها الشافعية . وليس لهم من مستند إلا الاستحسان الذي قصدته الحنفية .

ج - الدراسات السابقة

أنهذهالدراسة.....ةهي ليس.....ت

الأولوالوحيدةفيبحثموضوعالاستحسان،فلقدسبقتهادراساتعدةمنهاعلى

سببالمثالالحصر:

-1

ماكتبهاستاذناالدكتورمصطفنديبالبغايفيكتابه:أثرالأدلةالمختلفةفيهايفيقهاالإسلامي،حيثأفردالاستحسانكدايلمناالأدلةالمختلفةفيهابالبحث،وبيئناأثرهفيأختلاففقهاالحنفيةمعالمجمهورفيأربعمشروعمسألة،ولكنالدراسةلمتأبأيتطبيقلاستحسانمنفقهاالشافعية.

-2

ماكتبهاالدكتورعبداللطيفالعلميفيكتابه:المصلحةالمرسلتوالاستحسانوتطبيقاتهاالفقهية،غيرأنهذهالدراسةلمتخرجعناالتطبيقاتالتذكرتهاالدراسةالسابقة،حيثأفردالباحثالثلاثشروعمسألةمنالمسائلالتذكرهاالدكتورالبغا،ولميزدعليها،أولمخرجعنها.

المطلب الاول

((تعريف الاستحسان في اللغة والاصطلاح))

أولاً : الاستحسان لغةً : أصله من الحسن ، والحسن ضد القبيح ونقيضه ، وجمعه محاسن على خلاف القياس ، وتقول (حسنت الشيء تحسناً إذا زينيه ويستحسنه بعده حسناً وأحسن الظن به نقيض أساه والمحاسن هو القمر ، والمحسنة خلاف السيئة ، والمحاسن ضد المساوى) (1)

ثانياً : الاستحسان اصطلاحاً :

- 1-عرفه الاحناف بأنه (العدول عن موجب قياس الى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بديل أقوى منه) (2)
- 2-عرفه الكرخي : - (انه العدول عن حكم في مسألة يمثل حكمة في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى منه) .

وهذا يوجب كون العدول عن العموم الى الخصوص والمنسوخ الى الناسخ استحساناً.

- 3-وعرفه الامام مالك : الاستحسان : هو العمل بأقوى الدليل ، أو الاخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي فهو اذاً تقديم الاستدلال المرسل على القياس) (3) .

وهذا التعريف ما حكي عن الإمام مالك وهو القول بأقوى الدليلين . (3)

¹-لسان العرب لابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم المصري (ت 711هـ)، نشر دار صادر، بيروت ط، 13 / 114 .

²- الإحكام في أصول الأحكام، علب بن أبي علي بن محمد الأمدي (ت: 631 هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصمعي، الرياض، ط/ 1، 1424 هـ، (4/ 292)، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (8/ 145)، شرح الكوكب المنير لابن النجار (4/ 619)، 2 : 136 ، وشرح الأسنوي 3 : 168 .

³- الإحكام للأمدي 2 : 136 ، وشرح الأسنوي 3 : 168 .

4- معرفة أبو الحسين : (وهو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل مشمول الألفاظ لوجه أقوى منه وهو حكم طارئ على الأول) خرج بالأول : الطارئ ، ولو كان في حكمه لكان استحساناً. (4)

: انواع الاستحسان (5):

النوع الأول : استحسان النص :

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل من الكتاب أو السنة ومن أمثلة ذلك:

- حكم الوصية : القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح إلا أنهم استحسنا جوازها بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تبارك وتعالى : يوصيكم الله في أولادكم إلى قوله تعالى : من بعد وصية يوصى بها أو دين

فشرع الميراث مرتبا على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى : يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض ندبنا سبحانه وتعالى إلى الإثهاد على حال الوصية فدل أنها مشروعة .

4- أصول السرخسي 2 : 200

5- المبسوط، للسرخسي(12/216)، و الاختيار لتعليل المختار، البلدي- المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت: 683هـ) عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ/1937 م (وصورتها دار الكتب العلمية، بيروت، وغيرها)(12/3).

وأما السنة فما روي أن سعد بن أبي وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله فقال : يا رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا ، فقال : بثلثي مالي ؟ قال : لا قال : فبنصف مالي ؟ قال : لا قال : فبثلث مالي ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : " الثلث والثلث كثير إنك إن ندع وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " متفق عليه .

- جواز السلم : القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكنه ترك بالنص وهو الرخصة الثابتة في السنة أنه : " رخص في السلم " وفي الحديث : " من أسلم فليسلم في كيل معلوم .. " الحديث

النوع الثاني : استحسان الإجماع :

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل الإجماع ومن أمثلة ذلك :

- الاستصناع : القياس يأبى جواز الاستصناع ؛ لأنه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازا من السلم لأن المسلم فيه تحتمله الذمة لأنه دين حقيقة و المستصنع عين توجد في الثاني و الأعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم

لكنه جاز ؛ لأن الناس تعاملوه في سائر الأمصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز فيترك القياس .

النوع الثالث : استحسان الضرورة :

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل الضرورة ومن أمثلة ذلك :

- الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما نجست فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة يتنجس بملاقاته .

لكن حكم بطهارتها للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس فإن الحرج مدفوع بالنص .

- وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا يتحقق ؛ لأنها لا تبقى زمانين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام الإجارة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك

النوع الرابع : استحسان العرف :

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس لدليل العرف ومن أمثلة ذلك :

- استئجار الحمام بأجرة معينة دون تحديد كمية الماء ومدة المكث فالقياس يمنع من جواز ذلك لجهالة الكمية والمدة لكنهم استحسنا ترك هذا القياس ؛ لأن الجهالة المذكورة لا تفضي إلى المنازعة والخصومة لتعارف الناس على ذلك .

- وكذا في الشركة إذا سافر أحدهما بالمال و قد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند إطلاق الشركة فالقياس أن لا ينفق شيئاً من ذلك على نفسه أو طعامه ؛ لأن الإنفاق من مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصاً لكن ترك القياس لاستحسان العرف فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في الاستئجار والطعام ونحوهما من رأس المال ؛ لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة و المعروف كالمشروط .

النوع الخامس : استحسان القياس الخفي :

ك

وهو أن يترك العمل بمقتضى القياس (الضعيف سواء كان ظاهراً أو خفياً)
لدليل القياس الخفي القوي الأثر ومن أمثلة ذلك :

يقول السرخسي في بيانه : (ثم كل واحد منهما _ أي القياس والاستحسان _
نوعان في الحاصل فأحد نوعي القياس : ما ضعف أثره وهو ظاهر جلي ،
والنوع الآخر منه ما ظهر فساده واستتر وجه صحته وأثره ، وأحد نوعي
الاستحسان : ما قوي أثره وإن كان خفياً ، والثاني ما ظهر أثره وخفي وجه
الفساد فيه ، وإنما يكون الترجيح بقوة الأثر لا بالظهور ولا بالخفاء لما بينا أن
العلة الموجبة للعمل بها شرعا ما تكون مؤثرة وضعيف الأثر يكون ساقطا في
مقابلة قوي الأثر ظاهرا كان أو خفيا ، وبيان ما يسقط اعتباره من القياس ؛ لقوة
الأثر الاستحسان الذي هو القياس المستحسن في سؤر سباع الطير فالقياس
فيه النجاسة اعتبارا بسؤر سباع الوحش بعلّة حرمة التناول وفي الاستحسان لا
يكون نجسا ؛ لأن السباع غير محرم الانتفاع بها فعرفنا أن عينها ليست بنجسة
، وإنما كانت نجاسة سؤر سباع الوحش باعتبار حرمة الأكل ؛ لأنها تشرب
بلسانها وهو رطب من لعابها ولعابها يتجلب من لحمها وهذا لا يوجد في سباع
الطير ؛ لأنها تأخذ الماء بمنقارها ثم تبتلعه ومنقارها عظم جاف والعظم لا
يكون نجسا من الميت فكيف يكون نجسا من الحي ، وتأييد هذا بالعلة
المنصوص عليها في الهرة فإن معنى البلوى يتحقق في سؤر سباع الطير لأنها
تنقض من الهواء ولا يمكن صون الأواني عنها خصوصا في الصحارى وبهذا
يتبين أن من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقد أخطأ ؛
لأن بما ذكرنا تبين أن المعنى الموجب لنجاسة سؤر سباع الوحش الرطوبة
النجسة في الآلة التي تشرب بها وقد انعدم ذلك في سباع الطير فانعدم الحكم
لانعدام العلة)

المطلب الثاني (حجية الاستحسان))

اختلف العلماء في حجية الاستحسان اذ ذهب بعضهم الى الاخذ به وبعضهم لم يأخذ به كما يأتي :

1- الامام أبو حنيفة :

يعد الامام أبو حنيفة أشهر من أحتج بالاستحسان وأكثر الائمة استعمالاً لو المشهور عند الحنفية ان الاستحسان عند ابي حنيفة هو الاستحسان المستند إلى دليل معارض للقياس وهذا ما قرره أتباعه

بينما ينسب إليه كثير من الشافعية أن الاستحسان الذي يحتج به هو ما يستحسنه المجتهد بفعله ولاشك أن هذه النسبة تخالف المأثور عنه في أقواله وتخالف ما نسبه اليه أتباعه وهو أعلم بمذهبه من غيرهم

2- الامام مالك :

وقد اختلف المالكية في النقل عن مالك في الاحتجاج بالاستحسان على قولين:

الأول : أنه لا يحتج به وهذا ظاهر كلام ابن الحاجب المالكي حيث يقول :

(الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة وأنكره غيرهم) .

الثاني : أنه يحتج به وهذا ما نقله عن ابن خويز منداد والقرافي والشاطبي و ذكر الشاطبي عن مالك قوله : (الاستحسان تسعة أعشار العلم)

ومما ذكره القرافي من الفروع التي افتى فيها مالك بالاستحسان تضمنين الصانع المؤثرين في الاعيان بصفتهم ، وتضمنين الحمالين للطعام و الإدام دون غيرهم من الخالين .⁽⁶⁾

3- الامام الشافعي :

⁶ - الموافقات للشاطبي 4 ، 208 - 214 ، الاعتصام 2 : 139 .

اشتهر الامام الشافعي ردة الاستحسان وتشنيعه على من قال بالاستحسان كما
في كتاب الرسالة ومن ذلك :

أ- قوله :- من أستحسن فقد شرع

ب- وقوله في الرسالة : الاستحسان تلذذ

ت- الاجتهاد لا يكون الاعلى مطلوب والمطلوب لا يكون ابدأ إلا على قائمة
تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، وتشبيهه على عين قائمة وهذا يسمى ان حراماً
على احد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر .

ث- وقوله في الرسالة : ولوجاز تعطيل العقول لأهل من غير أهل العلم أن
يقولوا فما ليس فيه خير بما يحضرهم من الاستحسان و إن القول بغير خبر ولا
قياس لغير جائز .

ج- وقوله في الأم : باب إبطال الاستحسان وكل ما وصفت مع ما أنا ذاكر
وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم اذكر من حكم الله ثم حكم رسول الله (ﷺ)
ثم حكم المسلمين دليل على ان لايجوز لمن استأها ان يكون حاكماً أن
مفتياً ان لا يحكم ولا يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك : الكتاب ثم السنة أو ما
قاله أهل العلم لا يختلفون فيه او قياس على بعض هذا ولايجوز له ان يحكم ولا
يفتي بالاستحسان واجباً ولا في واحد من هذا المعاني .

ح- وقوله في الأم : - (فجعل عليهم طلب الدلائل على شطر المسجد الحرام
فقال : ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا
وجوهكم شطره ، وكان معقولاً عن الله عز وجل إنما يأمرهم بتولية وجوههم شطره
بطلب الدلائل عليه لا بما استحسنوا ولا بما سنع في قلوبهم ولا خطر على
أوهامهم بلا دلالة جعلها الله لهم)

الى غير ذلك من النصوص عن الامام رحمه الله والتي تفيد رده للاستحسان والتشنيع على عمل به لكن وجد الامام رحمه الله يفتي بالاستحسان بدل احياناً ، و احياناً يستحسن بعض المسائل ويعبر عنها بقوله استحسنت بدل استحسن مع انها في الحقيقة سواء كما قال السر خسي . ومن الفروع التي عمل فيها الشافعي بالاستحسان ما يلي :

- 1- الاستحلاف على المصحف حيث يقول كما في الأهم : وقد كان من حكام الافاق من يستحلف على المصحف وذلك عندي حسن .
- 2- العمرة في أشهر الحج حيث سئل عنها فقال :
(حسنة استحسنتها وهي أحب منها بعد الحج لقوله الله عز وجل : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج)
ولقول رسول الله (ﷺ) (ما دخلت العمرة في الحج) .
- 3- وضع المؤذن أصبعيه في أذنيه حال الأذان حيث يقول :
(وحسن أن يضع بضع أصبعيه في أذنيه) .
- 4- وقال في دفع الزكاة الفطر قبل العيد بيومين :
(هذا حسن واستحسنه لمن فعل) .
- 5- أنه استحسن في المتعة في حق الغنى أن يكون خادماً وفي حق الفقير مقنعة وفي حق المتوسط ثلاثين درهماً .
- 6- أنه استحسن في خيار الشفعة أن تكون ثلاثة أيام .
- 7- أنه نص استحسن في أحد اقواله انه يبدأ في النضال بمخرج السيف اتباعاً لعادة الرماة قال اصحابه استحساناً .

خلاصة ما سبق : - أن العلماء الاربعة يحتجون بالاستحسان وإن كانوا يتفاوتون في التوسع في الاحتجاج به فأكثرهم استعمالاً له ابو حنيفة وأتباعه ، ثم أحمد وأتباعه ثم مالك وأتباعه ، ثم الشافعي وأتباعه .

4- الامام أحمد :

قد نقل الحنابلة - كالقاضي ابي يعلى وابي الخطاب وابن قدامة وابن تيمية وابن النجار - عن الامام أحمد قوله بالاستحسان في كثير من المسائل فمن ذلك .

أ- قال في رواية الميموني : ((استحسن أن يقيم لكل صلاة والقياس أنه بمنزلة الماء يصلي به حتى يحدث أو يجد الماء)) .

ب- وقال في رواية بكر بن محمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ((الزرع لرب الارض وعليه النفقة وهذا شيء لا يوافق القياس ولكن استحسن ان يدفع اليه نفقته .))

ت- وقال في رواية الروذي : "" يجوز شراء أرض السواد ولا يجوز بيعها فقليل له كيف يشتري من لا يملك فقال القياس كما تقول ولكن هو استحسان ""
ث- وقال في رواية صالح - في المضارب إذا خالف فأشترى به صاحب المال))

فالربح لصاحب المال ولهذا اجره مثل إلا ان يكون الربح ويحيط بأجره مثله فيذهب وكنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال ثم استحسننت))

المبحث الثاني

((تطبيقات في الاستحسان))

لقد ظهر لنا مما سبق ان الحنفية والشافعية متفقون على القول بالاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكرخي والعقد التقتا وبهذا يتبين أن الامام الشافعي ممن يقولون بالاستحسان ومما يدل على أن الشافعية يقولون بالاستحسان بمعنى ترك دليل لآخر أقوى منه ، وروود ذلك في مصفاتهم في ابواب الفقه المختلفة ، اسوق فيما طرق منها

1-المسألة الأولى : حلف شخص ليضربن فلان مائة سوط فأخذ الحالف مائة سوط وضرب المحلوف عليه دفعة واحدة فإنه يكون قد أيد بيمينه ، ولو اخذ الحالف عقالا فيه مائة شمراخ وضرب المحلوف عليه ، فإنه يبر بيمينه ، إن علم اصابه كل شمراخ منها ليبر المضروب بأن رأى اثرها على جسمه ، أو ببسطها بعضها بجانب بعض أو تراكمت فوق بعضها ووصل المها إلى بدنه (7)

ودليل ذلك : أولا : قوله تعالى (لسيدنا أيوب عليه السلام :) (وخذ بيدك ضغثاً به ولا تحنث) (8)

ومعنى الضغث مجموعة الشماريخ التي ترتبط بعضها بعضاً بساق واحدة .(9)

المسألة الثانية : من كتاب الأم للشافعي - رحمه الله - وذلك فيما لو أقام المدعي البينة بشهادة الشهود على ملكيته لسلعة معينة كعبد أو دابه على ما ذكره الشافعي ، أو سيارة مثلاً في زماننا وكانت السلعة المدعى بها في بلد آخر غير محلر فعاد عوى ، فإن القاضي خلف المدعى أن هذا السلعة له ، وما زال تقييمه ، ولم يخرج منه بأى طريق من طرقه والاملكية من بيع ، أو هبة ، أو وفاء دين ، إلغير ذلك من طرق والهائم يقوم القاضي كتابة كتابا لبلد من البلدان التي يمكن أن تكون السلعة فيه ، فيبعثوا بالسلعة - السيارة أو الدابة

التي توافقا لصفة التيشهد بها الشهود ، ويختم على كل واحد منها بما يجعلها تتميز عن غيرها ، ويؤخذ كفالة بقييم

⁷ - معنى المحتاج ، الشريبي : ج 6 / ص 230

⁸ - سورة ص ، آية 44

⁹ - مسند الامام احمد ، رقم الحديث 985 (2) .

ة كسلعة منها، ثمير سلو ابها إبالا قاضيها بالذير فعتفيها الدعوى، فإذا قطعالشهود عليا حد بتلك السلعة أن
ها سلعة المدعي؛ سلمته، وإن لم يجر موارد السلعة لأصحابها كلفي بلده، وقد نص الشافعي -
رحمها لله بأن هذا الحكم إنما هو من قبيل الاستحسان، والقياس أن لا يحكم لها حتى أتى الشهود المكان الذي تو
جد فيها السلعة، فيشهدوا عليها بأنها سلعة
المدعي .

يقول الشافعي - رحمها الله -
"فإن قطعت عليها الشهود بعدما رأيا مسلما إليه، وإن لم يقط عوارده، وهذا استحسان، وقد قال غيره :
إذا وافق الصفة حكمته، والقياس أن لا يحكم لها حتى أتى الشهود الموضوع الذي فيها تلك الأدابة فيشهدوا عليها⁽¹⁰⁾
".

وليس أدل علنا أن المقصود بالاستحسان هنا إنما هو الاستحسان لأصولها الذي نحن بصدده، وليس الاستحسان أن لا
لغوي كما قد يدعى، أكثر من استعماله في مقابلة القياس، فالقياس هنا أن يذهب الشهود إلى المكان الذي توجد فيها الع
ينأ والسلعة، فيشهدوا عليها، وذلكية تضيأ نيزور الشهود بلادا كثيرة حتى يشهدوا على سلعة المدعي، مما يوق
عهم في الحرج والعنت، فيكتم الناس الشهادة، فتضيع حقوق الناس،
أما استحساننا لإمامنا الشافعي أن تجمعالسلع، وترسل إلى بلد المدعي، حيث الشهود هناك، فيعرفون السلعة مد
لادعوى، فيعينونها، فتسلم صاحبها، إنما هو استحسان للمصلحة - كما أفهم .

المسألة الثالثة : وقت إخراج زكاة الفطر، حيث نص الشافعي - رحمها الله -
على جواز إخراجها قبل عيد الفطر بيومين أو ثلاثة، واستحسن ذلك، استنادا إلى أن النبي عليه الصلاة والسلام تسل
فصدقة العباس قبل مواعدها، وفعلا ذلكا بن عمر -
رضيا لله عنه -

، وأسوق إليك نصها لتقف عليه، ثم أعود إليها بالتعليق، يقول الشافعي :
"أخبرنا ما الكعنا فاعنا بن عمر أنه كان نبي عثر زكاة الفطر بالذي تجمعونده قبل الفطر بيومين أو ثلاثة، قال الشاف
عي :

¹⁰ - الشافعي، الرسالة، الأم، بيتا لأفكار، 1297، ص 505 .

هذا حسن، واستحسنه لمن فعل، والحجة بأن النبي صلى الله عليه وسلم تسلف صدقة العباس قبل أن تحل (11).
ويقول ابن عمر وغيره (12).

فقد نص الشافعي صراحة وقال :

واستحسنه لمن فعل، مستنداً إلى الحديث من جهة، وفعالاً لصحابي من جهة أخرى، وقد ساق الشافعي رأياً مخالفاً
بأن الأصل إخراج صدقة الفطر في موعد محدد هو وقت الوجوب فقط، وقد اختلف الشافعي في تحديد هباً أو الثلاثة
:

أظهرها كما اختارها النووي بأنها تجب بغروب شمس ليلة العيد، والثاني أنها تجب بطلوع فجر يوم العيد، والثالث أنها
تجب بمجموع الوقتين (13).

أقول معلوماً أن صلاة الظهر وقتاً محدداً، لا يجوز أداؤها قبله، ولو فعلها المكلف لم تبرأ ذمته، ولزمته
صلاة بعد دخول الوقت، ومثلها الحج والصيام.

فالأصل إذاً في كمال العبادات وصدقة الفطر منها أن تؤدى في وقتها لا قبله، وهذا هو الأصل العام والقياس، ولكن
دلالة الشافعي - رحمه الله -

عنه النص الوارد بخصوص صدقة الفطر للقول بجواز إخراجها قبل يومين أو ثلاثة، استحساناً كما قال، وذلك
فيما يعرف عند الأصوليين بالاستحسان الذي يكون مستنداً بالنص، أو مذهباً لصحابي.

وذلك لتيسير علما المكلفين ما يمكنه المكلف المستحق للصدقة من شراء حاجاتهم ومتطلباته يوم العيد .

ومن جهة أخرى حيث يمكن من تجمعه عند الصدقات تمنياً يصلها إلى المستحق قبل انتهاء وقت الإخراج، وهذا ما لا
يوجد في الصلاة والحج، فبقيت علماً لأصل بعد مجواز فعلها قبل دخول الوقت.

ولا يدعي عدمه أن هذا مجرد استحسان لغوي فقط، بل هو عدولنا لأصل العام بما يخالفه دليلية تضييق العدول.

بل لقد أنكر علما الشافعي من ساقوا خلافاً فهياً لأم، وأخذنا قسماً بجواز الإخراج استناداً إلى النص (14)، مما يدل لأنهن
كمن الشافعية من لا يجوز الإخراج قبل وقت الوجوب رغم وجود النص، جرياً وراء الأصل العام، وما أجازها للمجدي
زناً هو استحساناً للنص الوارد بذلك.

11- رواه البيهقي في سنن الكبرى، باب تجليل الصدقة، حديث (رقم 7161، 7160، 7159)

، وأبناً بيهقي في المصنف، ما قالوا في تجليل الزكاة، أثر رقم 10098، قالوا لدارقطني في العلل :

رواه الثوري عن منصور عن الحكم عن الحسن بنينا قمر سلاً، وهو أشبهها بالصواب . حديث رقم (351). و (513).

12- الشافعي، الأم، ص 1556 .

13- انظر : الغمراوي، السراج الوهاج ص 100، الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، ص 121.

14- انظر : الشافعي، الأم، ص 1556.

المسألة الرابعة

ومفادها أن شخصاً حلف لياكل البيض، ثم لقي رجلاً معه سلعة فيوعاء لا ترمى خلاله، فحلف أن يأكل مما معالرجل، وهو لا يعلم معه، فلما كشفه تبين أنه بيض.

فهل يأكل من هليبر يمينها الثانية؟ وإن فعل؛ فسوف يحنث باليمين الأولى - لا يأكل لبيض - أم لا يأكل حتى يبر يمينها الأولى؟ وعند هافسوف يحنث بيمينها الثانية - أن يأكل مما بحوزة الرجل. فالحالف كما تلاحظ فليس يمينين كمنهما بخلاف الأخرى، فإذا بر مقتضياً حنث باليمين الأخرى، فتلزمتها الكفارة، وهذا هو الأصل حسب ما يفيد كلامه، فإنها إن أكل حنث، وإن لم يأكل حنث.

وهنا نجد صاحب مغنيا المحتاج قد نقل عن بعض الشافعية المخرج من ذلك بأن يصنع الحالف من البيض الذك أن معالرجل اثنين طفاً، ويأكل من هافسوف، فيكون قد بر يمينه، وأكل مما مع ذلك الرجل، ولم يحنث بيمينها الأولى؛ لأنه لم يأكل لبيض.

يقول الشريبي

"وبها أجاب المسعودي لما توقع الفال فيمن حلف لياكل البيض، ثم لقي رجلاً فحلف لياكل مما فيكمه، فإذا هو بيض، فقال لي اتخذ منها الناطف، ويأكل، ويكون قد أكل مما فيكمه، ولم يأكل لبيض، فاستحسن ذلك (15). والسؤال هنا ما هو مستند هذا الفتوى؟ فليس هو النص ولا الإجماع والقياس، ولا المصلحة المرسله أو سد الذرائع، ولم يذكر الشافعية أصلاً مستند هذا الفتوى، إلا أن يكون العرف مستند لها - كما يرى الباحث - ذلك أن الحالف لم يأكل لبيضاً فيعرف الناس، فمقتضى قياس قول الحالف أن يحنث إذا بر يميناً أو يميناً، ولم يكن حنثاً كمنها، ثم يأكل من هافسوف، فيكون قد أكل مما مع الرجل ولم يأكل لبيض، فلا يحنث است حسناً.

فالأصل والقياس هنا أن يحنث الحالف إذا بر يميناً أو يميناً، وإن لم يأكل، لكن استحسنها أن يصنع من البيض الذك معالرجل حلوى، ويأكل منها، فلا يكون قد أكل لبيض - عرفاً - وفي نفس الوقت قد أكل مما مع الرجل، فبر يمينه، على خلاف القياس، الذي حنثت عليه كالحال.

المسألة الخامسة

مالو أتينا الإمام بفعلنا لأفعال التي تبطل الصلاة حسب اعتقاد المأموم، كأن كان الإمام محنياً وقد مس ذكره، فإن

¹⁵ - الشريبي، مغنيا المحتاج، ج 6، ص 212

تقضوضوءه عند المأموم الشافعي، أو ترك الإمام الحنفية قراءة الفاتحة، أو البسمة التي يعتقد الشافعي المأموم وجوبها، فالأصح عند الشافعية أن لا اعتبار لنيا المأموم أو المقتدي⁽¹⁶⁾.

أما لو حافظ الإمام المخالف المأموم مفيا لفرع وعملوا بواجبات الطهارة والصلاة؛ فيصحا لاقتداء به، حتى لو شكوا مأموميات يأنه بهذا الواجبات، وذلك من باب حسن الظن بالإمام أن يهيرا عيا الخلاف، ولا يضر عدم اعتقاد ه لوجوبها⁽¹⁷⁾.

والذي يهمنافيهذا المسألة ما نقلها الحلبي، وأسوقه بنصها لتفعل عليه يقول :
"إن اقتد بوليا لأمر أو نائبه صدعنا؛ لما في المفارقة من الفتنة، واستحسننا ه بعد نقلهما عن صحيحا لأكثرين، وقطع جماعة بعد ما الصحة، وهو المعتمد، وما استحسننا ه مخالفا لنظره كصحة الجمعة السابقة وإن كانا لسلطان معا لأخرى⁽¹⁸⁾".

فالنصفه يبين لنا أن هذ المسألة مخالفة لنظره ما نعدم ما الصحة، مثلها في ذلك مثل مسألة عدم صحة الجمعة الثانية
- إذا كان تبغير داع -
وإن كانا لسلطانا هذها، والصحة للجمعة الأولى، وإن لم يكنا لسلطانا ونائبه حاضر فيها، وهذ هو الأصل لأوالقياس.

إلأن هذ المسألة - أعني ترك الإمام لمبعض واجبات الطهارة أو الصلاة -
استثنيت وقطعت عن نظائر المصلحة أو لوهي مفارقة الجماعة، وحصولا لفتنة، واختلاف المسلمين، وتعددا لجماعات في المسجد الواحد بالصلاة
الواحدة، وفي ذلك ما لضرر ما فيه.

فإعطاء المسألة حكم نظائر ه هو القياس، وهذ يقتضي عدم صحة الصلاة في هذ ه الحالة، إلأننا خالفنا القيد اسهنا للمصلحة، وقلنا بصحة الصلاة، وهذ هو الاستحسان الذي نحن بصدده.

المسألة السادسة: ما يتعلق بقعيد السارق، والمسألة كما يمكن أن تصور ه منشقين:

الشق الأول :
وذلك فيما لو أخرج السارق ه ليسر بل لجلاد فقطعها الجلاد يظنها اليد اليمنى، أو قال الظننتها تجزئ فيا لقطع، فإن كذبها السارق قعيد عوا ه فإن ه يغرم الدية، ولا تقطع يد الجلاد للشبهة، ويجعلها الدية لحرمة العضو المع

¹⁶ - انظر: الشرييني، مغنبا المحتاج، ج 1، ص 444 .

¹⁷ - انظر: المصدر نفسه، ص 444 .

¹⁸ - انظر: المصدر نفسه، ص 444 .

صوما الذي قطع به غير حق، ويجزئ قطع اليسر عن قطع اليمين، وهذا ما نص عليه الشافعية، يقول الشريبي
: " وإنما غرما لدية لقطع عضو معصوما، وأجزأتها عن قطع اليمين لئلا تقطع يداه بسرقته واحدة " (19).

وهنا أقول
: الأصل أن محل الحد إنما هو اليمين، واليمين ما زال التموجودة، والجلاد إنما قطع اليسرى، فعليه العقوبة منالقة
صا صا والدية، وحيث بقي محل تنفيذ الحد " اليد اليمنى "
فالأصل تنفيذ الحد فيها، وهذا ما يقتضيه القياس، ولكن عدلنا عن موجب الأصل والقياس إلى الحكم بعدمالقة
طع، حيث لا تقطع اليدان معا بسرقته واحدة استحسانا .

والإنما موجب هذا الحكم؟ فقد عدلنا القياس إلى الأصل للمصلحة أكد، والله أعلم
فليس هو النص أو الإجماع أو العرف أو سد الذريعة...

الشق الثاني
: ما لو وجب الحد على السارق، وقبل إقامة الحد عليه سقطت يد اليسر بأقاة وقصاص، مع بقاء اليد اليمنى منفلتة
قطع يمينها أم لا؟

المذاهب عند الشافعية أن قطع اليمين أيضا؛ لأن محل الحد موجود، فيجب تنفيذ هفيه .
والقول الآخر وهو موطننا الشاهد : أن يسهق قطع اليمينها .

وأسوق إليك النص لتفعله
: " أو سقطت يدي سار هبشيء مما ذكر مع بقاء اليمين فلا يسهق قطع اليمين علنا المذاهب بقاء محل القطع، وقيل يسهق
فيقول، وحكما للرجل كما اليد (20) فيما ذكر "

وهنا أقول
: بأن القول بعدم سقوط القطع عن سقطين سار هبأقاة، ووجوب إقامة الحد عليه في اليد اليمنى الباقية، هو المذاهب عند
د الشافعية، وهو ما يقتضيه القياس والأصل؛ إذ إن محل إقامة الحد ما زال الباقيا، وهو مستحقا لقطع بالسرقه،
فتجب إقامة الحد فيه، ولكن القول الثاني أن سقوط اليد اليسرى يسهق قطع اليد اليمنى؛ لئلا يفوت علنا السارق منف
عة الطرف كما لا، فيعيش بلا يدينا أصلا إنما هو من قبيل الاستحسان، وإن لم يسمو هبذلك، فما مستند هإنلم
يكنهو؟

¹⁹ - انظر: الشريبي، مغنبا المحتاج، ج5، ص 517، (الغزالي، الوسيط في المذهب)، ط1، ج6، ص 490، الأمدى،

الإحكام، ج4، ص39 .

²⁰ - انظر: الشريبي، مغنبا المحتاج، ج5، ص 517 .

وهذه تمامًا كما لمسألة السابقة، بل إن الغزالي في الوسيط قد نقل القول بذلك عن أبي إسحاق المرزوي وإنما استبعده، يقول
ل: "وقال أبو إسحاق المرزوي لو سقطت تيسر أهافة
سماوية قبل قطعاليمين فلا يبعد أن يجعل كغط الجاد" (21) .
بمعنا أن فوات اليسر سيسقط القطع عن اليد اليمنى، والأصل أن يجبقطها.

الخاتمة والنتائج

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين وبعد، فهذه خاتمة
تتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، حيث يمكن إجمالها بالآتي :

أولاً: لا خلاف في رفض الاستحسان و عدم جواز التمسك إذا كان بمعنى اتباع الهوى، أو
القول بغير دليل يستند إليه .

ثانياً: الاستحسان بالمعنى الذي انتهى إليه الحنفية لا خلاف فيه عند الأصوليين، ولا
ينازعهم فيه أحد.

ثالثاً: يظهر من خلال ما ذكره الأصوليون أن تحديد معنى الاستحسان قد مر بمرحلتين،
الأولى هي ما قصده الإمام الشافعي برده للاستحسان، وهي ما شدد فيها النكير على

²¹ - الغزالي، الوسيط، ج 6، ص 490 .

القائلين به، وعليها يحمل قوله من استحسان فقد شرع، والحق كل الحق فيما قاله الإمام الشافعي، والمرحلة الثانية وهي ما انتهت إليه الحنفية في تحقيق معنى الاستحسان، والحق فيما قالوه .

رابعاً: الخلاف في حجية الاستحسان لفظي، وليس حقيقياً؛ وذلك لعدم توارد محل النفي والإثبات في حجيته بين الشافعية والحنفية؛ حيث يقصد الشافعية في رد الاستحسان معنى لا تقصده الحنفية عند القول بحجيته، والفرق بين المذاهب إنما هو مقدار الأخذ به، فمنهم المقل كالشافعية، ومنهم المكثرون كالحنفية .

سادساً: إن المنتبِع لفقهِ الشافعية يجدهم يأخذون بالاستحسان وإن لم يسموه بذلك، وقد ذكرت جملة من تطبيقاتهم في هذا البحث .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر

- الإحكام في أصول الأحكام، علب بن أبي علي بن محمد الأمدي (ت: 631 هـ)، تحقيق: الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، ط/ 1، 1424 هـ، (4/ 292)، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (8/ 145)، شرح الكوكب المنير لابن النجار (4/ 619)، 2 : 136، وشرح الأسنوي 3 : 168 .
- انظر: الشربيني، مغنيا المحتاج، ج5، ص 517، (الغزالي، الوسيط في المذهب)، ط1، ج6، ص 490، الأمدي،
- انظر: الغمراوي، السراج الوهاج ص 100، الشربيني، مغنيا المحتاج، ج2، ص 121.

• البصري:

- أبو الحسين محمد بن علي، المعتمد في أصول الفقه، قدم لها الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت.
- رواها البيهقي في سنن الكبرى، بابتعجبالصدقة، حديث (رقم 7161 ، 7160 ، 7159 ،
، وابن أبي شيبة في المصنف، ما قالوا في تعجبالزكاة، أثر رقم 10098 ، قال الدارقطني في العلال :
رواها الثوري عن منصور عن الحكم عن الحسن بنينا قمر سلا، وهو أشبهها بالصواب . حديث رقم (351) . و (513) .

• سورة ص ، آية 44

• الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج حقه طه عبد

الرؤوف سعيد، ورقمه عماد البارودي، المكتبة التوفيقية.

- لسان العرب لابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم المصري (ت 711هـ)، نشر دار
صادر، بيروت ط، 13 / 114 / 1

• المبسوط، للسرخسي (216/12)، و الاختيار لتعليل المختار، البلدحي - المؤلف: عبد

الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت:

683هـ) عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية

أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ/1937م (وصورتها دار الكتب

العلمية، بيروت، وغيرها) (12/3).

• مغني المحتاج، الشربيني - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (ت 977هـ)، مطبعة

مصطفى محمد، القاهرة، 1378هـ/1966م. ج 6 / ص 230

• الموافقات للشاطبي 4 ، 208 - 214 ، الاعتصام 2 : 139 .