نظرية الاستحسان

Approval Theory

م.د. يوسف محمد علي احمد حمود

تدريسي في كلية الإمام الأعظم (رحمه الله) الجامعة

M.D. Youssef Muhammad Ali Ahmed Hammoud

I teach at the Great Imam College

(may God have mercy on him) University

المقدمة

الحمد لله رب العلمين والصلاة والسلام على النبي الكريم وعلى اله وصحبه اجمعين، وبعد لم تنفك آيات الكتاب العزيز من التأكيد على ارتباط احكام الشريعة الإسلامية بالحكم والمقاصد والمصالح التي تبناها الشارع من اصل تشريعه حيث الناظر في كتاب الله الكريم ذلك الارتباط الوثيق بين الاحكام الشرعية التي تتعلق بأفعال المكلفين من جهة وبين المصالح الحيوية التي ستتمخض عن الامتثال بهذا الاحكام من جهة اخرى وهذا ظاهر في العديد من الآيات الكريمة التي عبرت عن هذا المعنى مثل قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾[1]، وقوله تعالى ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾[2]، وقوله تعالى ﴿ خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيۡهِمۡۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٞ لَّهُمۡۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[3]، الى غيرها من الآيات الكثيرة التي ارشدت الى ان التكليف ليس مجرد اوامر ونواة فقط وانما هو قبل ذلك وبعده حكم ومصالح ومقاصد تتحقق بها سعادة الفرد والمجتمع والامة والانسانية جمعاء.

مثل هذا نجده ايضا في احاديث الرسول الكريم والتي عززت ذلك الاقتران بين الاحكام الشرعية وبين مصالحها وان الاحكام لم تشرع عبثا او عبثا وانما شرعت لمصالح حيوية للتكفل بتحقيق امن الانسان واستقراره وسعادته وبناء على هذا المنهج التشريعي الذي استقر في كتاب البه الكريم وسنة النبي ﷺ قرر العلماء ان التكاليف كلها راجعة

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٣.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

(٣) سورة التوبة، الآية: ١٠٣.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الى مصالح العباد في دينهم واخرهم[1]، وان الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها وانها ترجيح خير الخيرين وشر الشرين وتحصيل اعظم المصلحتين بتفويت ادناهما ودفع اعظم المفسدتين باحتمال ادناهما[2]، وان اوامر الشرع المصالح الخالصة او الراجحة ونواهيه تتبع المفاسد الخالصة او الراجحة[3]، ولقد افرز هذا الوعي بأهمية المصالح وارتباطها بالتشريع الاسلامي ارتباطا مطردا اشتراط العلماء في المجتهد الذي يريد التصدي للنوازل والقضايا المختلفة ان يكون محيطا بمقاصد التشريع وهذا ما نبه اليه الامام السبكي في شروط العالم حتى يصل الى كمال رتبة الاجتهاد بقوله (ان يكون له من الممارسة والتتبع لمقاصد الشريعة ما يكسبه قوة يفهم منها موارد الشرع من ذلك وما يناسب ان يكون حكما لها في ذلك المحل وان لم يصرح به)[4]، ومثله ايضا قول الشاطبي: (انما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: احدهما فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها)[5]، ولهذا فان العلم بمقاصد الشريعة الاسلامية هو شرط

(١) ينظر: قواعد الاحكام في اصلاح الانام، العز بن عبد السلام (ت: ٦٠٠هـ) تحقيق: د. نزيه حماد ود عثمان ظميرية، دار القلم، بيروت: ٢/٦٢.

(٢) مجموع الفتاوي لابن تيميه: تقي الدين احمد، مكتبة المعارف، الرباط: ٢٠/٤.

(٣) الفروق، ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، (ت: ٦٨٤هـ) عالم الكتب، عدد الاجزاء ٤: ٢/١٢٦.

(٤) الابهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول الى علم الاصول) للقاضي البيضاوي (ت: ٧٨٥هـ) لتقي الدين ابو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين ابو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية – بيروت، عدد الاجزاء ٣: ١/٨.

(٥) الموافقات، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) تحقيق: ابو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، دار ابن عفان، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧ م عدد الاجزاء ٧: ٥/٤١-٤٢.

ضروري في سبيل سلامة عمل المجتهد سواء اكان مجال الاجهاد هو في فهم النص واستنباط مدلوله منه ام كان مجاله هو في تطبيق الاحكام الشرعية على الافراد والافعال والمواقع المناسبة ذلك ان النظر الاجتهادي كما يكون في فهم النص واستنباط معانيه فكذلك يكون في تطبيقه على افراده وجزئياته المناسبة.

والناظر في الضوابط التي يحتكم اليها في عملية تطبيق الاحكام الشرعية يجد ان من ابرزها وأظهرها النظر العميق لمقاصد الشريعة الاسلامية والادراك الواعي للغايات والمصالح التي شرعت الاحكام من اجلها ووجه اشتراط هذا الضابط: ان الحكم قد شرع ابتداء لتحقيق مقصد شرعي، فكان لابد اثناء التطبيق ان يحقق الحكم هذا المقصد الذي شرع من اجله حتى يكون التطبيق على الوجه الذي اراده الشارع والا وقع التفاوت والاختلاف بين التشريع الذي يصبو الى تحقيق مصالح معينة وبين التطبيق الذي لا يعبر هذه المصالح اية اهمية وينزل الحكم الشرعي على الافراد بطريقة الية مجردة دون اي اعتبار للنظر المقاصدي الكلي العميق فان الاستحسان وعلاقته بمقاصد الشريعة ووجود مجالات وميادين للتجديد فيه مازال يحتاج الى المزيد من البحث والضبط والبلورة والتحديد، لاسيما في مجال تحرير المصطلح، ثم موضوع التوظيف له في القضايا المعاصرة.

خطة البحث:

وقد جعلت البحث من ثلاثة مطالب وخاتمة:

المطلب الاول: التعريف بالاستحسان.

المطلب الثاني: التجديد في توصيف الاستحسان.

المطلب الثالث: التجديد في توظيف الاستحسان.

الخاتمة.

قائمة المصادر.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

المطلب الاول: التعريف بالاستحسان

معناه في اللغة: عد الشى حسنا[١].

وليس هناك خلاف بين الاصوليين والفقهاء في جواز استعمال لفظ الاستحسان[٢]، لوروده في القران الكريم كقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾[٣]، وقوله تعالى ﴿ وَكَتَبْنَا لَهُۥ فِى ٱلْأَلْوَاحِ مِن كُلِّ شَىْءٍ مَّوْعِظَةً وَتَفْصِيلًا لِّكُلِّ شَىْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا۟ بِأَحْسَنِهَا ۚ سَأُو۟رِيكُمْ دَارَ ٱلْفَٰسِقِينَ ﴾[٤] ولوروده في السنة كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال ((... فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن...))[٥].

الاستحسان في اصطلاح بعض الفقهاء:

وورد في عبارات المجتهدين كقول الامام الشافعي رحمة الله: (استحسن في المتعة – اي الهدية بعد الطلاق – ان تكون ثلاثين درهما، واستحسن ثبوت للشفيع الى ثلاثة ايام واستحسن ترك

(١) القاموس المحيط، لمجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز أبادى (ت: ٨٧١ هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، اشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط الثامنة ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، عدد الاجزاء ١: ١/١١٨٩.

(٢) نهاية السول شرح منهاج الوصول لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الاستوي الشافعي، ابو محمد، جمال الدين (ت: ٧٧٢هـ) دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م، عدد الاجزاء:١، ص ٣٦٥.

(٣) سورة الزمر، الآية ١٨.

(٤) سورة الاعراف، الآية ١٤٥.

(٥) مسند الامام احمد بن حنبل، لابي عبد الله احمد بن حنبل بن هلال بن اسد الشيباني (ت: ٢٤١هـ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد واخرون، اشرف: د عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م: ٦/٨٤، قال الذهبي: صحيح.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

شيء للمكاتب من نجوم الكتاب – اي اقساطها وقال في السارق اذا اخرج يده اليسرى بدل اليمنى عند اقامة الحد، القياس ان تقطع واستحسن التحليف على المصحف ونحو ذلك)[١].

وترجم بعض فقهاء الحنفية بالاستحسان لمسائل الحظر والاباحة فيرى ابن عابدين رحمة الله ان الاستحسان (استخرج المسائل الحسان)[٢].

تعريف الاستحسان عند الاصوليين:

بعض تعريفات المالكية: ابن العربي: (الاستحسان هو ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته).

الشاطبي: (الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم اذا استمر والقياس اذا اطرد فان مالكا وابا حنيفة يريان تخصيص العموم باي دليل كان والاستثناء من القياس باي دليل كان).

ابن رشد: (الاستحسان هو طرح القياس الذي يودي الى غلو في الحكم ومبالغة فيه الى حكم اخر في موضع يقتضي ان يستثنى من ذلك القياس).

بعض تعريفات الحنابلة للقياس:

ابن قدامة في كتابه روضة الناظر: (الاستحسان له ثلاثة معان: احدهما: العدول بحكم المسالة عن نظاهرها لدليل خاص من كتاب او سنة).

ثانيها: ما يستحسنه المجتهد بعقله.

ثالثها: (دليل يتقدح في نفس المجتهد

(١) حاشية العطار على الجلال المحلي على جمع الجوامع لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، عدد الاجزاء ٢: ٢/٣٩٥.

(٢) رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) دار الفكر – بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الاجزاء ٦: ٦/٣٣٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

لا يقدر على التعبير عنه)[1].

بعض تعريفات الحنفية: البزدوي: (الاستحسان هو العدول عن موجب قياس الى قياس اقوى منه، او هو تخصيص بقياس اقوى منه)[2].

النسفي: (الاستحسان: هو العدول عن قياس الى قياس اقوى منه او هو دليل ويعارض القياس الجلي).

الكرخي: (الاستحسان: هو ان يعدل الانسان عن ان يحكم في المسالة بمثل ما حكم به في نظائرها الى خلافة لوجة يقتضي العدول عن الاول).

شمس الائمة: (الاستحسان في الحقيقة قياسان احدهما جلي ضعيف اثره فسمي قياسا والاخر خف قوي اثره فسمي استحسانا اي قياسا مستحسنا)[3].

التفتازاني وصدر الشريعة: (الاستحسان: هو اسم الدليل متفق عليه نصا كان او اجماعا او قياسا خفيا اذا وقع في مقابله قياس تسبق اليه الافهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة)

وبالنظر في هذه التعريفات نستنتج امرين:

احدهما: ان الاصوليين من الحنفية والمالكية والحنابلة مع اختلاف عبارتهم في تعريف الاستحسان متفقون في معنى جوهري له وهو انه عدول عن حكم الى حكم في بعض الوقائع او ايثار حكم على حكم او طرح حكم او ترك حكم او استثناء جزئية من حكم كلي او تخصيص بعض افراد العام بحكم خاص

(١) شرح مختصر الروضة لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، ابو الربيع، نجم الدين (ت: ٧١٦هـ) تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٧ه-١٩٨٧م، عدد الاجزاء ٣: ٣/ ١٩٠.

(٢) كشف الاسرار شرح اصول البزدوي لعبد العزيز بن احمد بن محمد محمد علاء الدين البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ) دار الكتاب الاسلامي، عدد الأجزاء ٤: ٤/ ٣.

(٣) المصدر السابق: ٤/ ٣.

ومتفقون على ان هذا العدول او الايثار او الاستثناء او التخصيص لابد ان يستند الى دليل شرعي من النصوص او معقولها او المصلحة او العرف وهذا الدليل هو الذي يسمى في اصطلاح الاصوليين (وجه الاستحسان وسند الاستحسان) ولهذا نرى في الاحكام الفقهية كلما قيل في حكم (انه بالاستحسان) قيل وجه الاستحسان.

وثانيهما: ان العدول قد يكون عن الحكم دل عليه قياس وقد يكون عن حكم افتضاه تطبيق قاعدة شرعية كلية فبعض التعريفات التي عرفت الاستحسان بانه عدول عن قياس الى قياس اقوى او تخصيص قياس.

وقد جمع الشوكاني في كتابه (ارشاد الفحول ابلى تحقيق الحق من علم الاصول) عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف الى قائله فقال (واختلف في حقيقتة فقيل هو دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه وقيل هو العدول عن قياس اقوى وقيل هو العدول عن حكم الدليل الى العادة لمصلحة الناس)[1].

المطلب الثاني: التجديد في توصيف الاستحسان

يرتبط مفهوم الاستحسان بتطبيق الاحكام الشرعية وتنزيلها من فقها التنظيري الى ميدانها التطبيقي ذلك ان الحكم الشرعي بعد ان يستنبط وفق قواعد الاستنباط المعتبرة تأتي مرحلة تطبيقه على الوقائع والافراد التي تصلح ان تكون جزيئات مناسبة لتطبيق الحكم عليها لان طبيعة الحكم الشرعي تتسم بالتجريد والعموم ومن هنا فلابد من

(١) ارشاد الفحول الى تحقيق من علم الاصول محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ احمد عزو عناية دمشق - كفر بطنا دار الكتاب العربي ط١، ١٤١٩ه-١٩٩٩م، عدد الاجزاء ٢: ٢/ ١٨١-١٨٢.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

تعيين المحال والوقائع والافراد التي ينزل عليها هذا الحكم والابقى الحكم محلقا في سماء التجريد والتنظير البعيد عن الواقع والاصوليون وان لم يتنازلوا مصطلح تطبيق الاحكم الشرعية باعتباره مصطلحا خاصا يدل على معنى مخصوص فانهم قد ارشدوا الى جوهر معنى التطبيق من خلال مبحث تحقيق المناط والذي يعني: (ان يثبت الحكم بمدركة الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله)[1].

فتحقيق المناط هو العمود الفقري الذي ترتكز عليه عملية تطبيق الاحكام باسرها، وان تنزيل الاحكام على جزئياتها من حيز التنظير الى حيز التطبيق لا يتم الامن خلال تحقيق المناط من جهة كونه نظرا في انطباق المعنى العام على جزيئاته سواء اكان هذا المعنى العام علة شرعية ينظر الفقيه في مدى تحققها في الفرع المسكوت عنه تحققها في الاصل المنطوق به، ام كان هذا المعنى العام قاعدة كلية يتحقق الفقيه من الجزيئات التي تصلح لتطبيق التي تصلح لتطبيق القاعدة العامة عليها وان تطبيق الاحكام الشرعية لابد ان يكون مقاصديا، والذي يعتمد على مراعاة الفقيه في تطبيقه لأحكام الشرعية للمعاني والحكم والمصالح الكلية الخاصة والجزئية عندما يريد تعيين الوقائع الصالحة لتنزيل الحكم الشرعي عليها فيتحقق من ان تطبيقه للحكم على هذه الواقعة لن يكون مجافيا او بعيدا عن غاية الشارع وقصده من اصل التشريع.

وتمثيل ذلك فتوى ابن عباس رضي الله عنهما في مسالة قبول توبة القائل فعن سعد بن عبيدة قال جاء رجل الى ابن عباس رضي الله عنهما في مسالة قبول توبة القائل فعن سعد بن عبيدة قال جاء رجل الى ابن عباس رضي الله عنهما: (لمن قتل مومنا توبة؟ قال: لا، الا النار فلما ذهب قال له جلساؤه ما هكذا كنت تفتينا ان لمن قتل مومنا توبة مقبولة فما بال اليوم؟

(١) الموافقات: ٥/١٢.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

قال: اني احسبه رجلا مغضبا يريد ان يقتل مومنا، قال فبعثوا في اثره فوجدوه كذلك)[١]، لقد راعى ابن عباس رضي الله عنهما في هذه المسالة مقاصد الشريعة الاسلامية عند تنزيله للحكم الشرعي على وقائعه وافراده، حيث لاحظ ان الحكم بقبول توبة القائل ينطبق على الفرد الذي يسال عن الحكم ليقترف جريمة القتل لان اعلامه بقبول توبته سيتناقض مع المعنى المصلحي الذي لاجله شرعت التوبة اصلا والمتمثل بأغلاق باب القتل وسفك الدماء والتجاوز على نفس الناس واموالهم واعراضهم فلو افتاه بقبول توبته وحاله لأدى الى فتح باب القتل بدلا من اغلاقه وافضى الى النقيض من المقصود الشرعي الذي اراده الله سبحانه بقوله ﴿إِلَّا مَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَٰلِحًا فَأُوْلَٰٓئِكَ يُبَدِّلُ ٱللَّهُ سَيِّـَٔاتِهِمْ حَسَنَٰتٍ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[٢]، فالتوبة وسيلة للأمن والمحافظة على الانفس والاموال والاعراض وسيلة للخوف والتشجيع على تضييع الحرمات والاعتداء على الابرياء والامنين.

وهكذا جسد ابن عباس رضي الله عنهما مفهوم التطبيق المقاصدي للحكم الشرعي تجسدا عمليا عندما راعى في تنزيله للحكم الشرعي على افراده ووقائعه للمعاني المصلحية التي لأجلها شرع الحكم وتحقق اثناء تطبيقه للحكم من عدم انحرافه عن غايته وحكمة مشروعيته هذا، وان الاصل في كل تطبيق للأحكام الشرعية ان يكون تطبيقا مقاصديا، لان الغاية من عملية التطبيق تحقيق ارادة الشارع على ارض الواقع من خلال تفريغ معنى الحكم العام في الوقائع

(١) الكتاب المصنف في الاحاديث والاثار، ابو بكر بن أبي شيبة بن محمد بن ابراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (ت: ٢٣٥هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط١، ١٤٠٩، عدد الاجزاء ٧: ٤٣٥/٥.

(٢) سورة الفرقان، الآية: ٧٠.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

التي تصلح ان تكون جزيئات مناسبة له غير ان هذا الاصل قد يغيب احيانا عن اذهان بعض المفتين او المشتغلين ببيان الحكم الشرعي فيطبقون الحكم على غير جزيئاته المناسبة نتيجة لقيامهم بعملية التطبيق دون مراعاة المقاصد الشرعية والمعاني المصلحية التي توخاها الشارع من تشريعه وهنا يقع المفتي بالخطأ عندما يعم الحكم على افراد الوقائع لم تتوجه اليهم ارادة الشارع بالتناول والقصد ابتداء او يستثنى من عموم الحكم بعض الافراد والوقائع التي لا يصح استنتاؤها اصلا لأنها من صميم مشمولات القصد الشرعي وغالبا ما يؤدي هذا التطبيق غير المقاصدي للأحكام الى تضيع مصالح الخلق والحاق الحرج والمشقة بالناس اي ان نتائج التطبيق ستكون على الضد من وضع الاحكام الشرعية ومن هنا كانت نظرية الاستحسان التي تعنى بالعدول بالمسالة من حكم نظائرها الى ما هو مخالف لوجه يقتضي هذا العدول.

المطلب الثالث: التجديد في توظيف الاستحسان

المرتكزات والشواهد:

إن تطبيق الاحكام الشرعية تطبيقا مقاصديا من خلال الاستحسان يرتكز على مجموعة من المقومات والاسس التي يعتمدها المجتهد في سبيل تطبيق الاحكام الشرعية تطبيقا سليما مفضيا الى مصالح التشريع وغايته، وعلى الرغم من عدم بحث الاصوليين لهذا الموضوع في مبحث خاص في عنوان محدد فإنه يمكن استخلاص هذه الاسس والمرتكزات من عبارات العلماء المبثوثة في ثنايا البحث الاصولية والفقهية، والتي تعكس خضوع عملية التطبيق لأصول منهجية محددة وهذه الاسس:

الاساس الاول: فهم الواقع الذي ينزل عليه الحكم الشرعي.

الاساس الثاني: الموازنة بين مصلحة الاصل ومفسدة التطبيق. ومفسدة الاصل ومصلحة التطبيق.

الاساس الثالث: النظر الى خصوصية بعض الحالات وما يعترضها من ضرورة او حاجة.

توضيح الاساس الاول: فهم الواقع الذي ينزل عليه الحكم الشرعي يقصد بفهم الواقع العلم بما تجري عليه حياة الناس في مجالاتها المختلفة وما استقر عليه الناس من عادات وتقاليد واعراف، وما استجد من حوادث ونوازل اي ان الفقيه مطالب باستيعاب حقيقة الواقع الذي يريد ان يطبق عليه الاحكام الشرعية المختلفة وان يكون هذا الاستيعاب تام لجميع جوانب الحياة اسرية واجتماعية واقتصادية وسياسية، وان ينأ الفقيه بنفسة من داء العزلة عن الجميع الذي يعيش فيه ويتعامل معه حتى يستطيع ان ينال الاحكام على مواقعها تنزيلا صحيحا موافقا لمقصود الشارع وارادته واستيعاب الفقه الطبيعة الواقع الذي بين فيه قد يستحي منه الاستعانة بالبيانات والاحصاءات والدراسات التي تعطي تصور دقيقا عن هذا الواقع وتفصيلاته ودقائقه والوقوف على امراضه ومشاكله وقضاياه المختلفة.

هذا، ولقد ادرك العلماء الاعلام من سلف الامة اهمية فقه الواقع عن تنزيل الاحكام الشرعية حتى يكون هذا التنزيل محققا لمقاصد الشريعة وهو ما نجده عند الامام احمد رحمه الله في بيانه للخصال التي ينبغي تحققها في المفتي بقوله: (لا ينبغي للرجل ان ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال، اولها: ان يكون نية، فان لم يكن له نية لم يكن عليه نور ولأعلى كلامه نور، والثانية: ان يكون له علم وحلم ووقار وسكينة، وثالثة: ان يكون قويا على ماهوا فيه ومعرفته، والرابعة: الكفاية (اي من العيش) وإلا مضغه الناس، الخامسة: معرفة الناس[1].

(١) اعلام الموقعين عن رب العالمين، ابو عبدالله محمد بن ابي بكر بن ايوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) قدم له وعلق عليه وخرج احاديثه واثاره: ابو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، شارك في

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

والذي يعنينا من هذه الخصال اشتراط الامام احمد في المفتي ان يكون على «معرفة بالناس» فإن هذا الشرط يختزل فقه الواقع بجميع تفصيلاته ومجالاته، وهذا ما فصله ابن القيم بقوله: (معرفة الناس هذا اصل عظيم يحتاج اليه المفتي والحاكم فأن لم يكن فقيها فيه، فقيها في الامر والنهي، ثم يطبق احدهما على الاخر، والا كان ما يفسد اكثر مما يصلح وتصور له الظالم بصور المظلوم وعكسه وراج عليه المكر والخداع والاحتيال بل ينبغي له ان يكون فقيها في معرفه مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرقياتهم فان الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والاحوال وذلك كله من دين الله)[1]، واننا نجد هذا النظر الاستحساني للأحكام الشرعية فيما فعله معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما اخذ قيمة زكاة الحيوية من الذرة والشعير وغيرها بما يساويها من الثياب اليمنية بدلا من ان يأخذ الزكاة من عين الحبوب نفسها وذلك مراعاة منه لواقع اهل اليمن الذين قد يسهل عليهم ان يعطوا من الثياب اليمنية مالا يسهل ان يعطوه من الحبوب والتفاتا منه ايضا لواقع اهل المدينة الذي قد يحتاجون الى الثياب اكثر من حاجتهم الى الحبوب فحقق بذلك منفعة الجهتين بناء على فقهه بواقع المجتمعين وما يحتاج اليه الافراد في كل مجتمع ويندرج تحت فقه الواقع الالتفات الى اعراف الناس المستقرة وعادتهم الجارية عند تنزيل الاحكام الشرعية التي يكون مبناها على اساس العرف والعادة اذ كثيرا ما يكون العرف الجاري موجبا للعدول والاستثناء، وهذا ما قرره الامام القرافي بقوله (ان إجراء الاحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة

التخرج ابو عمر احمد عبدالله احمد دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ، عدد الاجزاء ٧: ١٠٥/٦-١٠٦.

(١) المصدر السابق: ١١٣/٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الى ما تقتضيه المادة المتجددة وليس هذا تجديدا للاجتهاد بين المقلدين حتى يشترط فيه اهلية الاجتهاد) [١]، فتغييب الواقع عند تنزيل الاحكام الشرعية التي يكون مبناها واساها على وفق اعراب الناس وعاداتهم يعتبر جهلا في الدين ومخالفة لاجماع علماء الامة بما استقر عندهم من ضرورة مراعاة الاعراف الجديدة عند اجراء هذه الاحكام وتطبيقها مثال هذا: ان عرف التجار هو المرجع في اعتبار النقص في المبيع عيبا موجبا للخيار وهذا ما بينه ابن قدامه بقوله: والمرجع في تلك اي معرفة العيوب الى العائدة في عرف اهل هذا الشأن وهم التجار وعليه فقد لاتعد بعض انواع النقص عيوبا في عصر او زمان بينما تعتبر عيوبا في زمان اخر بناء على اختلاف اعراف الناس وعاداتهم، وهنا يأتي دور الفقيه المشرف على الواقع والمحيط بأعراف الناس وعاداتهم، لينزل الحكم على وفق هذه الاعراف والعادات فيثبت الخيار او لا يثبته بناء على فقهه ووعيه واحاطته. وان من الخطأ الذي قد يقع فيه بعض المفتين ان ينظر الى المسالة نظرة مجردة عن الواقع والعرف والعادة فيعمم الاحكام ويطلق الأقيسة دون ان يراعي طبيعة الاعراف التي قد تستدعى نوعا من التخصيص والتقييد مما يؤدي الى وقوع الأفراد بالحرج والمشقة، ولقد نبه الامام ابن القيم الى خطورة هذا المنهج في التعامل مع الاحكام الشرعية بقوله: (قالوا وعلى هذا ابدا تجي الفتاوى على طول الايام فمهما تجد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فالغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل اذا جاءك رجل من غير اقليمك يستفتيك فلا تجره على

(١) الاحكام في تمييز عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام، ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، اعتنى به عبد الفتاح ابو غدة، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٢، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، عدد الاجزاء ١: ٢١٨.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

عرف بلدك وسلة عن عرف بلده فاجرة عليه وافته به، دون عرف بلدك المذكور في كتبك قالوا فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات ابدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تخرج ايمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحا تستغني عن النية)[1]، ثم عقب على هذا بقوله: وهذا محض الفقه ومن افتي الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وازمنتهم وامكنتهم واحوالهم وقرائن احواله، فقد ضل واضل، وكانت جنايته على الدين اعظم من طلب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وازمنتهم و طبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على ابدانهم بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل اضر ما على اديان الناس وابدانهم والله المستعان)[2]، وهنا نجد تنبيه ابن القيم الى الزلل الذي يقع به بعض المفتيين عندما يسقطون الاحكام على المسائل بطريقة اليه دون التنبه الى العرف الجاري في كل واقعة مما يؤدي الى مفسدة قد تربو على المصلحة التي اراد الشارع.

إذ الواقع ان الفقيه او المجتهد اذا ما عرضت عليه مسالة من المسائل راعي ظروفها وملابساتها والوسط الذي حدثت، ثم استنبط لها الحكم المتفق مع كل هذا.

فاذا تغير الوسط وتبدل العرف الذي كنت فيه الواقعة تغيرت بذلك المسالة وتبدل وجهها وكانت مسالة اخرى اقتضت حكما اخر لها، وهذا لا ينفي ان المسالة السابقة بظروفها لازالت على حكمها، وانها لو تجندت بظروفها ووسطها لم يتبدل حكمها، فاخذ الاجرة

(١) اعلام الموقعين: ٤/ ٤٧٠.

(٢) نفس المصدر والصفحة.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

على تعليم القران في وسط يقوم اهله بتعليمه احتسابا لوجه الله وطاعة له غير جائز في كل مكان وفي كل زمان، واخذ الاجرة على تعليمه في وسط انصرف اهله عن تعليم القران والدين الا باجر، امر جائز في كل زمان ومكان فالظروف والاعراف والملابسات الخاصة التي تحتف بالواقعة تستدعي ان يكون لها تكييف جديد ينزل على وفقه الحكم الشرعي تنزيلا صحيحا محققا لمقصود الشارع، وهذا الفهم ما تمثله الامام ابو زيد القيرواني حين كان يسكن في اطراف المدينة فاتخذ كلبا للحراسة فقيل له: كيف تفعل ذلك ومالك يكرهه؟ فقال: لو كان مالك في زماننا لاتخذ اسدأ ضاربا، قواقعه اتخاذ الكلب في زمان ابي زيد القيرواني وما حصل فيه من فقدان للأمن وخوف على الانفي والاموال هي في حقيقتها وطبيعتها ومكوناتها غير واقعة اتخاذ الكلب في ومان الامام حيث لم يكن ما يوجب ذلك وعليه فلا يصح تطبيق حكم واحد على واقعتين مختلفتين طبيعة واثرا وان كانتا متشابهتين في الصورة والظاهر.

توضيح الاساس الثاني: الموازنة بين مصلحة الاصل ومفسدة التطبيق ومفسدة الاصل ومصلحة التطبيق: ان من الاسس التي يرتكز عليه منهج الاستحسان النظر الى نتائج تطبيق الحكم ومالاته التي تترتب عليه، وعدم الاكتفاء بما عليه صورة الفعل في الاصل من عدم المشروعية، غير مشروع ولكن تطبيقه على واقعة خاصة مفض الى تفويت مصلحة اكبر من المفسدة التي منع من اجلها فيشرع نظرا لهذا الاعتبار، وهذا المعنى هو ما جسده العلماء من خلال اصل الاستحسان، ولعل من احسن من حلل هذا الموضوع وكشف عن حقيقته وكتبه هو الامام الشاطبي وذلك بقوله: (وقد يكون اي الفعل مشروعا لمصلحة تنشا عنه او مفسدة تندفع به ولكن له مال على خلاف ذلك فاذا اطلق القول في الاول بالمشروعية فربما ادى استجلاب

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة او تزيد عليها فيكون هذا مانع من القول بالمشروعية، وكذلك اذا اطلق القول في الثاني بعدم المشروعية فربما ادى استدفاع المفسدة الى.

مفسدة تساوي او تزيد، فلا يصح اطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، الا انه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة[1].

وهذا الذي كشف عنه الامام الشاطبي هو ما تجده متجسدا من خلال قاعدتي سد الذرائع والاستحسان، وموضوعنا هنا في الاستحسان على وجه الخصوص ذلك ان الاستحسان مبني على اساس توافق مقتضى الدليل عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته وسبب العدول في بعض الوقائع والجزيئات عن موجب الدليل الكلي هو ما يجده المجتهد من نتائج ضرورية ستلحق بالأفراد عند تطبيق موجبات الادلة الكلية عليها فليجا الى الاستثناء والعدول حفاضا على مقصود الشارع في تحقيق مصالح الناس ودفع الفساد والحرج عنهم وهذا المعنى هو ما اشار اليه الامام ابن رشد في تعريفه للاستحسان بقوله: (هو ان يكون طرحا لقياس يؤدي الى غلو في الحكم ومبالغة فيه فعدل في بعض المواقع لمعنى يوثر في الحكم يختص به ذلك الموضع)[2]، مثال ذلك: ان الاصل في كل شهادة يبني عليها القاضي حكمه ان تكون ناشئة عن معاينة للواقعة المشهود بها بمشاهدة الافعال

(١) الفواكة الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، احمد بن غانم (او غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الازهري المالكي (ت: ١١٢٦هـ)، دار الفكر، د.ط، تاريخ النشر:١٤١٥هـ-١٩٩٥م، عدد الاجزاء ٢: ٢/ ٣٤٤.

(٢) الاعتصام، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، عدد الأجزاء ٢: ٢/ ٦٣٩.

وسماع الاقوال لقوله ﷺ لرجل: (ترى الشمس قال نعم، قال: على مثلها فاشهد او دع)[١]، غير ان هذا الاصل العام المشروط في كل شهادة من اجل اعتبارها قد عدل عنه في بعض الوقائع والحالات التي تعذر فيها الاستماع الى الشهود الاصليين الذين عاينوا الواقعة وشهدوها بسبب مرض اصابهم حال دون القدرة على الحضور الى مجلس القضاء او لغيابهم في مكان لا يوصل اليه، او لموتهم او غير ذلك من العوارض التي يتعذر معها اداء الشهادة من قبل الشهود الاصليين.

ففي مثل هذه الحالات يجوز تحميل الشهادة الى الغير، ويؤدي الشاهد الفرع الشهادة التي حمله اياها الشاهد الأصل كما هي، رغم ان الفرع لم يعاين الواقعة المشهود بها شرط ان تكون الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص[٢].

وسبب عدم تطبيق موجب الاصل الكلي، والنزول الى الحكم الاستثنائي، هو الحفاظ على مصالح الناس، لأنه لو تعين على اصحاب الحقوق إحضار الشهود الاصليين المعاينين للواقعة المشهود، بها لأدى هذا الى ضياع الحقوق وفوات المصالح ونزول الحرج، ذلك ان الشهود الاصليين قد تعذر عليهم الحضور للغيبة او السفر او المرض او الموت، فالتفاتا الى

(١) حلية الاولياء وطبقات الاصفياء، ابو نعيم احمد بن عبد الله بن احمد بن اسحاق بن موسى بن مهران الاصبهاني (ت: ٤٣٠هـ) السعادة - بجوار محافظة مصر، ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م: ١٨/٤، قال ابن حجر العسقلاني: وصححه الحاكم، وفي اسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه التلخيص الحبير في تخرج احاديث الرافعي الكبير ابو الفضل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥١هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م، عدد الأجزاء ٤: ٤٧٨/٤-٤٧٩.

(٢) وفي المسالة خلاف بين الفقهاء، انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٨٢/٦، الاختيار لتعليل المختار، الموصلي، دار الارقم بيروت، تحقيق: زهير عثمان الجعيد: ٤١٧/٢.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

ذلك كله صح العدول وجاز الاستثناء استحسانا.

وان هذا الاساس من اسس النظر المقاصدي شواهد معاصرة كثيرة منها مثلا: قضية التبرع بالأعضاء من الاحياء الى الاحياء، عن طريق نقل عضو سليم او مجموعة من الانسجة من متبرع الى مستقبل ليقوم مقام العضو او النسيج التالف عند المستقبل، وغاية هذه العملية ايجاد عضو مفقود عند المتبرع له، او إعادة شكله أو وظيفته المعهودة، او إصلاح دمامة تسبب للشخص أذى نفسيا أو عضويا[1].

فإذا نظرنا الى هذه القضية المعاصرة واردنا ان نتبين حكمها الشرعي في ضوء قواعد الشريعة العامة فإننا سنجد أن النظرة الاولى إليها يوجب عدم مشروعية عملية نقل الاعضاء مطلقا، بناء على القاعدة الطبية التي تقرر ان الانسان لا يملك جسمه ولا اعضاءه، وعليه فليس له أن يتصرف بأي ما عبر عنه العلماء بقولهم: (فإذا أكمل الله على عبد حياته وجسمه وعقله التي بها يقيم التكاليف لا يصح إسقاط شيء منها)[2].

وقد طبق بعض المعاصرين هذا الأصل الكلي على نازلة التبرع بالأعضاء من الاحياء إلى الاحياء، وقرروا حرمة نقل الأعضاء لأنه تصرف في حق الله الذي يخرج عن ملك الأنسان وصلاحيته.

وفي مقابل هذا الاجتهاد، نجدان ثمة اجتهاد اخر عند جمهور الفقهاء المعاصرين يراعي عند تطبيقه للقواعد الكلية مقاصد التشريع من خلال الموازنة بين مصالح التبرع ومفاسدة.

وبيان هذه: أن في إعادته وظيفة الاعضاء التالفة الى ما كانت عليه عن طريق النقل او الزرع، إقامة لحق الله عز وجل ورعاية له وحفاظا عليه بشكل اكبر

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة، ١٩٨٩، العدد الرابع: ٩٧/١.

(٢) الموافقات، ٣٧٦/٢.

واعظم من عدم التبرع، ذلك ان مفهوم حق الله هو بما يتعلق به النفع العام دون ان يختص به شخص معين، ويقوم حق الله اي النفع العام من خلال ما يقوم به العبد من افعال ترتد الى اقامة المصالح العامة للأفراد المعبر عنها بحق الله، ذلك ان مصالح الجماعة لا تتحقق الا بوساطة نفس افرادها بأرواحهم وادمغتهم واعيينهم وقلوبهم، وكل عضو من أعضاء كل فرد من افراد الجماعة يسهم بأقدار متفاوتة في تحقيق مصالح الجماعة وحمايتها[١].

ومن هنا يعلم بأن حق الله سيقوم في المجتمع بشكل أكبر واكد عندما تتم عملية التبرع، لأننا بهذا نكون قد حفظنا حق الله في جسد المتبرع، وحفظنا أيضا حق الله في جسد المتبرع له، وفي حال عدم التبرع ستتحقق مفسدة عظمي بحق الله في جسد الطرف المحتاج للتبرع، لا تساويها او توازيها او تقاربها مفسدة في حق الله في جسد الطرف الاخر[٢].

ومن خلا هذا التأصيل والتطبيق نجد كيف لاحظ أصحاب هذا الفقه موجبات الاستثناء والعدول عن الحكم العام، والمتمثل هنا بالحفاظ على حق الله تعالى، أي على المصلحة العامة للأفراد، وان من شان تطبيق القاعدة التي تمنع من التصرف بجسد الانسان لأنه لا يملك هذا التصرف، التسبب بتفويت حق الله بشكل اكبر من المصلحة التي يرجى تحقيقها في حال التبرع، وكل ذلك مشروط بأن تتحقق في التبرع الضوابط الشرعية التي تكفل بقاء موجب الاستثناء والعدول مثل: ان يتحقق المختصون من الاطباء ان المصلحة المتحققة في حال التبرع وزرع الأعضاء أعظم مصلحة من الامتناع عن التبرع، وان يتعين التبرع

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة، ١٩٨٩، العدد الرابع: ٣١٩/١ و ٤٦٧/١.

(٢) ينظر: ابحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، محمد نعيم ياسين، دار النفائس: ١٥٤.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

وسيلة وحيدة لتفادي المفسدة الواقعة على المريض وان لا يكون التبرع سببا للإساءة الى الكرامة الادمية، الى غير ذلك من الشروط والضوابط الأخرى[1].

أخلص من ذلك الى ان من اسس النظر المقاصدي عند تطبيق الاحكام على الجزيئات والواقع، الالتفات الى مقالات الافعال ونتائجها عن طريق الموازنة بين اثارها المصلحية والمفسدية، واعمال مبدا الاستثناء عند قيام موجبه المقتضي لذلك، وذلك حتى يكون تطبيق الاحكام موافقا لقصد الشارع وارادته فلا يخرج من العدل الى النظام ولا من السعة الى الحرج ولا من الرحمة الى ضدها.

توضيح الاساس الثالث: النظر الى خصوصية بعض الحالات وما يعترضها من ضرورة او حاجة: من المرتكزات الاساسية التي يستند عليها النظر الاستحساني للأحكام الشرعية ضرورة مراعاة المجتهد الظروف الخاصة التي تعترض بعض الوقائع والحالات بما يجعل تطبيق الاحكام العامة عليها سببا في الحاق الحرج والمشقة بها وحينئذ تجري عليهم احكام خاصة تتناسب مع الظرف الخاص الذي يعترضهم وهذا المعنى قد ارشدت اليه آيات الكتاب العزيز حين بينت ان الاحكام التي تطبق في اوقات السعه والاختيار تختلف عن الأحكام التي تطبق في اوقات الضيق والاضطرار، فمن هذا مثلا تقريره تعالى لحرمة اكل بعض انوان المطعومات في الظروف العادية الطبيعية وذلك بقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ

(١) ينظر: الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات الكيلاني عبد الرحمن، المجلد السادس عشر، العدد الأول: ١٦٥-١٦٦.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

ظرف المسافر، وحال السليم مغاير لحال المريض، ووضع المكره والمضطر غير وضع المتمكن المختار.

وهذه النصوص الشرعية توجه الى ضرورة النظر الظروف الضرورية والحاجية التي تكتنف بعض الافراد عند تطبيق الاحكام عليها وافرادها بحكم خاص على سبيل الاستثناء والترخص.

وهذا المعنى هو ما عبر عنه الشاطبي بقوله: (ان الاصل اذا ادى القول بحملة على عمومه الى الحرج او الى ما لا يمكن عقلا وشرعا، فهو غير جار على استقامة ولا اطراد فلا يستمر بأطلاق)[٣]، وهذا هو جوهر الاستحسان وحقيقته ومعناه.

ومعنى هذا ان الحكم في مرحلة التجريد يختلف عنه في مرحلة التطبيق، ففي مرحلة التجريد قد يتسم الحكم بالعموم والاطلاق نظرا لاطراده على جميع وقائعه وجزيئاته، ولكن في مرحله

﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[١]، ثم استثناؤه للمضطر من هذا الحكم العام بقوله: «فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم» ومنه ايضا مراعاة الشارع لواقع اصحاب الاعذار الطارئة كالمريض والمسافر في صيام شهر رمضان، واعتبار حالهما الطارئ موجبة للتخفيف والتيسير عليهم في فولى تعالى ﴿ أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ ۚ وَأَن تَصُومُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[٢]، الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الاخرى التي تكشف عن تأثير الظرف الذي يعترض المكلف على التكليف نفسه، فظرف المقيم مختلف من

(١) سورة المائدة، الآية: ٣.
(٢) سورة البقرة، الاية: ١٨٤.
(٣) الموافقات: ١/١٠٢.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

التطبيق قد توجد بعض الظروف الخاصة التي تعترض الفرد او الجماعة مما يجعل تعميم الحكم عليها سببا في الحرج والمشقة غير المعتادة، مما يستدعى عدم تعميم الحكم عليها، وافرادها بحكم استثنائي خاص.

وهذا الامر هو ما وعاه علماء الامة جزاهم الله خيرا، اذ قرروا العديد من القواعد الفقيه التي تتضمن هذا المعنى وتعبر عنه مثل قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت او خاصة «والمشقة تجلب التيسير» وهو ما نجد شواهده وتطبيقاته في العديد من الصور والوقائع منها مثلا: ما ذهب اليه الامام ابن تيمية وتلميذة ابن القيم في مسالة طواف الافاضة للحائض التي فوات الرفقة، حيث ذهبا الى قوله تعالى ﷺ: ((افعلي كما يفعل الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت حتى تطهري))[1]، انما يتعلق بالمرأة في وقت السعة والاختيار، وانه لا يصح تطبيق هذا الحكم على الحائض التي ان لم تطف بالبيت فتفوتها الرفعة، وهذا ما وضحة ابن القيم بقوله: (فظن من ظن ان هذا حكم عام في جميع الاحوال والازمان ولم يفرق بين حال القدرة والعجز ولا بين زمن إمكان الاحتباس لها حتى تطهر وتطوف، وبين الزمن الذي لا يمكن فيه ذلك وتمسك بظاهر النص وان منافاة الحيض لعبادة الطواف كمنافاته للصلاة والصيام)[2]، وقرر ابن القيم ان هذا الاطلاق الذي يفهم من منطوق قوله ﷺ: (اصنعي ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفي بالبيت) مقيد بحالة الضرورة وهو ليس اول مطلق يقيد بالضرورة، وبناء عليه فأنها (تطوف بالبيت والحالة هذه (اي حائضا) وتكون هذه ضرورة مقتضيه

(١) اخرجة البخاري، كتاب الحيض، باب: كيف بدء الحيض، برقم (١٦٥٠): ٣/ ١.
(٢) اعلام الموقعين: ٣/ ١٤.

لدخول المسجد مع الحيض والطواف معه وليس في هذا ما يخاف قواعد الشريعة، بل يوافقها كما تقدم اذ غايته سقوط الواجب او الشرط بالعجز عنه، ولا واجب في الشريعة مع العجز ولا حرام مع الضرورة)[١]، هذا ويمكن ان يبني على هذا الاساس من اسس المقاصدي عند التطبيق بعض الوقائع والقضايا المعاصرة التي يلاحظ فيها بعض الظروف الخاصة التي يجب مراعاتها عند تطبيق الاحكام الشرعية مثال ذلك: التشريح الجثماني للموتى لغايات علمية طبية، او غايات جنائية امينة ففي واقعنا المعاصر اتخذ علم التشريح غايات واهدافا اوسع مما كان عند القدمين وصارت له حاجة ملحة لم تكن قائمة في العصور الاولى، ويتمثل الغرض من التشريح في ايامنا بأمرين: الاول: طبي علمي، والاخر: جنائي امني.

اما الغاية الطبية فان للتشريح اثرا كبيرا في تطوير العلوم الطبية عن طريق التعرف على اجزاء الانسان الظاهرة والباطنة والوقوف على وظائفها المختلفة، واقدار الاطباء على تعيين العلل والامراض التي تؤثر على وظائف تلك الاعضاء هذا علاوة على اهميتها للطلبة الدراسين للطب ويقرر الاطباء ان علم الطب لا يمكن ان يتقدم بغير التشريح[٢].

اما الغاية الجنائية الامنية فان التشريح ذو اهمية كبرى للوقوف على اسباب وفاة المجني علية وتحديد الوسيلة التي تمت فيها الوفاة ولهذا تيره الكبير في اكتشاف الافعال الجرمية والمساعدة في اكتشاف القاتل وهي في نهايتها منافع ومصالح ترتد على الفرد والمجتمع.

اننا اذا نظرنا الى الاصل العام المقرر في الشريعة الاسلامية نجد انه يحرم المساس بجثة المتوفي وانه يجب تكريم جسد

(١) المصدر السابق: ٣/ ٢٠.

(٢) ينظر: علم التشريح عند المسلمين، د. محمد علي البار السعودية جدة، ١٩٨٧: ١٠.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الانسان حيا وميتا والتعامل معه بأدب واحترام وهذا ما أرشدت.

الية النصوص الشرعية الكثيرة مثل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [1]، واذا طبقنا هذا الاصل العام على واقعه التشريح الجثماني للموتى، دون النظر الى الضرورة الطيبة والامنية التي تحقق بها، انتهينا الى حرمة عملية التشريح وذلك جريا مع اطراد هذا الاصل على كل واقعة يكون فيها مساس بجسد الميت او اعضائه، غير ان النظر المقاصدي عند تطبيق الاحكام الكلية يرشد الى انه قد احتفت بواقعه التشريح مقتضيات خاصة وجب استثناء ها من الاصل العام وهذه المقتضيات هي:

١- الضرورة الطبية التي ترجع الى التعرف على اجزاء الانسان في سبيل معرفة الامراض والعلل التي تؤثر عليه وبغير هذا التشريح فان الكثير من الامراض لن يهتدي الى دواء لعلاجها فتكون انفس الافراد وابدانهم عرضة للهلاك والفساد.

٢- الضرورة الامنية التي ترجع الى الحفاظ على انفس الافراد، عن طريق تحديد سبب الوفاة لحماية المجتمع من المجرمين الذين يعتدون على الامنين.

ولا يقوم مقام التشريح وسيلة اخرى لتحقق فوائدها ومصالحاها فتعينت كوسيلة اساسية لتقدم علم الطب ومعرفة الدواء المناسب والكشف عن المجرمين وتحديد هويتهم ومن هنا كان لا بد من اعتبار هذه الضرورة عند تنزيل الحكم الشرعي على واقعة التشريح الجثماني واعتبارها في سبيل وصف الفعل بالمشروعية او عدمها، وهذا الفقه المقاصدي السديد هو ما نجده في قرار مجمع الفقه الاسلامي الذي جاء فيه: بناء على الضروريات التي دعت الى تشريح جثث الموتى، والتي يصير بها التشريح

(١) سورة الاسراء، الآية: ٧٠.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

مصلحة تربو على مفسدة انتهاك كرامة الانسان الميت، قرر مجلس المجمع الفقهي: يجوز تشريح جثث الموتى لأحد الاغراض الاتية:

أ- التحقيق في دعوى جنائية لمعرفة اسباب الموت أو الجريمة المرتكبة عندما يشكل القاضي معرفة الاسباب.

ب- التحقيق من الامراض التي تستدعي التشريح، ليتخذ في ضوئه الاحتياطات الواقية والعلاجات المناسبة لتلك الامراض.

ت- تعليم الطب كما هو الحال في كليات الطب[١].

وبعد فهذه هي الاسس العامة التي يجب على الفقيه ان يراعيها اثناء عملية التطبيق حتى يكون تطبيقه للحكم الشرعي موافقا لمقاصد الشارع ومحققا لمصالح التشريع وان اغفال هذه الاسس سيقضي الى الحرج الذي يريد الشارع دفعه وسيوقع في الفساد الذي يريد الشارع رفعه وسيؤدي الى الضد من مقاصد الشريعة ومكارمها، ونرى ان هذه القضايا جميعها يمكن ان تكون تجديدا في توصيف الاستحسان وفي تفعيل الاستحسان وذلك حتى يكون تطبيق الاحكام الشرعية موافقا لمقصود الشارع وحكمته ومصالحة التي يريد تحقيقها[٢].

(١) ينظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي، الدورة العاشرة، القرار الأول: ١٧.

(٢) التطبيق المقاصدي للأحكام الشرعية، المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية، جامعة ال البيت: ٢٠٠٩.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

الخاتمة

من خلال العرض السابق يمكن ان نخلص بالنتائج التالية:

١- الاستحسان: هو قطع المسائل عن نظائرها لدليل خاص يقتضي العدول عن الحكم الاول فيه الى الثاني.

٢- أن من رد الاستحسان من الفقهاء كدليل شرعي، انما ردة تحقيقا لمقاصد الشريعة ومن قبله حجة شرعية قبله تحقيقا لمقاصد الشريعة.

٣- إن الاستحسان هو وسيلة لتحقيق مقصد الشارع من التكليف في حفظ مصالحهم الدنيوية والاخروية.

٤- إن لنظرية الاستحسان أثر ودور فعال في التجديد الفقهي للنوازل والوقائع المستجدة في حياة الانسان، وهذا الدور ينقل بعض المسائل من حكم قديم الى حكم جديد مناسب يتناسب مع حياة وواقع الانسان.

المصادر

القران الكريم

١- ابحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، محمد نعيم ياسين، دار النفائس.

٢- الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام، ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ) اعتنى به عبد الفتاح ابو غدة دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت لبنان، ط٢، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، عدد الاجزاء: ١.

٣- الاختبار لتعليل المختار، الموصلي، دار الارقم بيروت، تحقيق: زهير عثمان الجعيد.

٤- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، محمد بن علي محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) تحقيق: الشيخ احمد عزو عناية دمشق - كفر بطنا دار الكتاب العربي، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، عدد الاجزاء: ٢.

٥- الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، مجلة مؤته للبحوث والدراسات الكيلاني عبد الرحمن المجلد السادس عشر، العدد: الاول.

٦- الاعتصام، ابراهيم بن موس بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط١، ١٤١٢ه-١٩٩٢م، عدد الاجزاء:٢.

٧- اعلام الموقعين عن رب العلمين، ابو عبد الله محمد بن ابي بكر بن ايوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) قدم له وعلق عليه وخرج احاديثه واثاره: ابو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان شارك في التخرج: العربية السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ عدد الاجزاء:٧.

٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني (ت: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.

٩- التاب المصنف في الاحاديث والاثار، ابو بكر بن ابي شيبة عبد الله بن محمد بن ابراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (ت: ٢٣٥هـ) تحقيق كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد - الرياض ط١، ١٤٠٩، عدد الاجزاء: ٧.

١٠- التطبيق المقاصدي للأحكام الشرعية المجلة الاردنية للدراسات الاسلامية جامعة ال البيت ٢٠٠٩م.

١١- التلخيص الحبير في تخرج احاديث الرافعي الكبير ابو الفضل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٨٩م، عدد الاجزاء: ٤.

١٢- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، عدد الاجزاء:٢.

١٣- حلية الاولياء وطبقات الاصفياء، ابو نعيم بن عبد الله بن احمد بن اسحاق بن موسى بن مهران الاصبهاني (ت: ٤٣٠هـ)، السعادة - بجوار محافظة مصر،

ISSN: 2075 - 2954 (Print)

١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.
١٤- رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر - بيروت، ط٢، ١٤١٢ه-١٩٩٢م، عدد الاجزاء:٦.
١٥- شرح مختصر الروضة لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، ابو الربيع نجم الدين (ت: ٧١٦هـ) تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، عدد الاجزاء: ٣.
١٦- علم التشريح عند المسلمين، د. محمد علي البار السعودية جدة ١٩٨٧م.
١٧- الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، احمد بن غانم (او غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الازهري المالكي (ت: ١١٢٦هـ)، دار الفكر د.ط، تاريخ النشر:١٤١٥هـ-١٩٩٥م، عدد الاجزاء:٢.
١٨- القاموس المحيط، لمجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادى (ت: ٨١٧هـ) تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة اشراف: محمد نعيم العرقسوس مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: الثامنة ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، عدد الاجزاء:١.
١٩- قرارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي، الدورة العاشرة، القرار الأول.
٢٠- كشف الاسرار شرح اصول البزدوي، لعبد العزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، عدد الاجزاء:٤.
٢١- مجلة مجمع الفقة الاسلامي، الدورة الرابعة ١٩٨٩م، العدد الرابع.
٢٢- مسند الامام احمد بن حنبل لأبي عبد الله احمد بن محمد حنبل بن هلال بن اسد الشيباني (ت: ٢٤١هـ) تحقيق: شعيب الارنؤوط - عادل مرشد،

واخرون، اشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٢٣- نهاية السول شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الاسنوي الشافعي، ابو محمد جمال الدين (ت: ٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، عدد الاجزاء:١.

ISSN: 2075 - 2954 (Print)