الاستحسان

وصوره المعاصرة

Istihsan and Its Contmporary Forms

د. ياسين علي فتحي المولى *

Dr.Yassin Ali Fathi

Email : yassenalmola@gmail.com

Orcid: ٠٠٠٩-٠٠٠٩-٦٩٢٢-٢١٦٦

الملخص

يسلط هذا البحث الضوء على دليل مختلف فيه من أدلة استنباط الأحكام وهو الاستحسان، ويفترض البحث ترجيح القول به ويتناول ما بني على ذلك من فروع فقهية معاصرة أفتى بها الفقهاء المعاصرون وبعض المجامع والهيئات المختصة بالفتوى، وكان دليلهم في كل من هذه الفروع الاستحسان الأصولي الذي تعده بعض المذاهب دليلا شرعيا معتبرا.

A bstract

This research sheds light on a compendium of evidences used by jurists for deriving various rulings, among which is istihsan (juridical preference). The research assumes the preference of this method and discusses contemporary jurisprudential branches that have been ruled upon by contemporary jurists, some councils, and fatwa bodies. Their evidence in all of these branches is istihsan, an established juridical proof considered legitimate by some schools of thought.

* ديوان الوقف السني /دائرة التعليم الديني والدراسات الإسلامية / ثانوية المرحوم صالح اليونس الإسلامية

The Sunni Endowment Diwan/ Directorate of Religious Education / Salih Al-younis Secondary School

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه من تبعه بإحسان الى يوم الدين أما بعد:

فإنَّ النوازل والحوادث الجديدة والمعاصرة حتمت على أهل التخصص في علوم الشريعة إمعان النظر وسبر أدلة الأحكام للوصول الى حلول مناسبة وعلاجات ناجعة لمشاكل العصر وصورها الحادثة.

ومن أهم الأدلة القابلة للاجتهاد والتطور ومواكبة الحوادث المعاصرة هو الاستحسان عند من يقول به، فهو دليل قادر على احتواء المشكلات المستجدة وتأطيرها بالأطر الشرعية بحسب الضوابط المعتمدة عند اسلافنا من الفقهاء والأصوليين.

ولهذا كان موضوع الاستحسان وصوره المعاصرة في بحث وجيز حريا بالدراسة جديرا بالعناية والاهتمام، ولقد جاء هذا البحث لبنة تضاف إلى ما سبقه من كتابات في هذا الإطار، وقد وقع البحث في مطلبين وخاتمة، فكان المطلب الأول تنظيريا تناولت فيه تعريف الاستحسان وحقيقته وحجيته وأنواعه وأسباب القول به، ثم جاء البحث الثاني العملي التطبيقي الذي أخترت فيه بعضا من صور تحقق الاستحسان والاستدلال به في القضايا المستجدة المعاصرة، ثم ختمت البحث بخلاصة احتوت أهم النتائج والتوصيات والله تعالى هو المسؤول أن يتقبله عنده يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأن ينفعنا ومن يقرأه ويطلع عليه به إنَّه ولي ذلك والقادر عليه وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المطلب الأول

الاستحسان في اللغة والاصطلاح

- **تعريف الاستحسان في اللغة:** الاستحسان لغة مشتق من الأصل الثلاثي "حسن" وهو ضد القبح[١]، والاستحسان ((استخراج المسائل الحِسان، وهو أفضل ما قيل فيه؛ فإن الاستفعال يجيء

[١] معجم مقاييس اللغة: ٢/٥٧.

بمعنى الافعال كما يقال أخرج واستخرج؛ فكأن الاستحسان هاهنا إحسان المسائل وإتقان الدلائل))[١].

- **تعريف الاستحسان في الاصطلاح:**

عرف الاستحسان في اصطلاح الأصوليين بتعريفات عدة منها:

التعريف الأول: ((دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه))[٢]. وهو تعريف مرفوض من قبل اغلب العلماء لأنه غير جامع وتوجد فيه اشكالات لعدم وضوح طبيعة ذلك الدليل[٣]، وقد اعتبره بعضهم فقال: ((من المعلوم بالوجدان أن النفوس يصير لها فيما تعانيه من العلوم والحرف ملكات قارة فيها تدرك بها الأحكام العارضة في تلك العلوم والحرف، ولو كلفت الإفصاح عن حقيقة تلك المعارف بالقول، لتعذر عليها، وقد أقر بذلك جماعة من العلماء، ويسمي ذلك أهل الصناعات وغيرهم: دربة، وأهل التصوف: ذوقا، وأهل الفلسفة ونحوهم: ملكة))[٤].

ومثَّلوا لذلك بالدلالين في الأسواق الذين صار لهم دربة بمعرفة قيم الأشياء لكثرة دورانها على أيديهم ومعاناتهم لها حتى صاروا أهل خبرة يرجع إليهم شرعا في تقييم الأشياء، فيركب أحدهم الفرس، فيسوقه، أو يراه رؤية مجردة أو يأخذ الثوب أو غيره من الأعيان على حسب ما هو دلال فيه، فيقول: هذا يساوي كذا، أو قيمته كذا، فلا يخطئ بحبة زيادة ولا نقصا، مع أنا لو قلنا له: لم قلت: إن قيمته كذا؟ لما أفصح بحجة، بل يقول: هكذا أعرف[٥].

ومن هنا فلا يبعد أن يكون لبعض المجتهدين ملكة ودربة في استخراج الأحكام لكثرة نظره فيها، حتى تلوح له الأحكام سابقة على أدلتها وبدونها، أو تلوح له أحكام الأدلة في مرآة الذوق والملكة على وجه تقصر عنها العبارة، فإذا اتفق ذلك للمجتهد، وحصل له به علم أو ظن، جاز العمل به، وإنما امتنع من هذا كثير من الناس خوفا من أن يكون حكما في الشرع بما يشبه الإلهام، وأحكام الشرع إنما بنيت على ظواهر الأدلة، فتدور معها وجودا وعدما، والله – سبحانه وتعالى – أعلم[٦].

---

(١) طلبة الطلبة، النسفي،: ٨٩.

(٢) شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني: ١٧٢/٢.

(٣) ينظر: الإحكام، للآمدي: ٣٩١/٤.

(٤) شرح مختصر الروضة، للطوفي: ١٩٢/٣.

(٥) ينظر المصدر السابق: ١٩٣/٣.

(٦) ينظر: المصدر السابق: ١٩٤/٣.

التعريف الثاني: ((كل دليل في مقابلة القياس الظاهر من نص او اجماع او ضرورة))[١]. وهذا تعريف غير جامع لأنه حصر الاستحسان في مقابل الظاهر من القياس وهو غير ذلك .

التعريف الثالث: نقل عن الكرخي تعريفه ((بأنَّه العدول عن حكم في مسألة بمثل حكمه في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى منه))[٢]. وفيه أنَّه لا يمنع دخول النسخ والتخصيص فيه.

التعريف الرابع: ((العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه))[٣] وهذا كذلك غير جامع؛ لأنه لم يدخل فيه الاستحسان الثابت بدليل آخر غير القياس مثل ما ثبت بالأثر أو الإجماع والضرورة.

التعريف الراجح: ((عدول المجتهد عن حكمه في واقعة بمثل ما حكم به في نظائرها الى حكم آخر مخالف للأول لوجه اقتضى هذا العدول))[٤] وهذا تعريف جامع مانع فانه يدخل فيه كل انواع الاستحسان الاستحسان ويمنع غيره من الدخول فيه، وبعبارة أخرى هو ((عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة اذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي))[٥].

- **حقيقة الاستحسان**

يأتي الاستحسان عند القائلين به وهم الحنفية ومن وافقهم بمعنيين هما ما يأتي[٦]:

أحدهما: العمل بالاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا، نحو تقدير متعة المطلقات ونفقات الزوجات وكذلك أروش الجنايات التي لم يرد في مقاديرها نص، ولا اتفاق، ولا تعرف إلا من طريق الاجتهاد وليس في هذا المعنى خلاف بين الفقهاء، ولا يمكن لأحد القول بخلافه.

والثاني: فهو ترك القياس إلى ما هو أولى منه، وهذا على وجهين: الوجه الأول منهما أن يكون هناك فرع يتجاذبه أصلان، يأخذ الشبه من كل واحد منهما، فيجب إلحاقه بأحدهما دون الآخر، لدلالة توجبه، أي بمعنى ترك حكم إلى حكم هو أولى منه، لولاه لكان الحكم الأول ثابتا.

---

(١) تيسير التحرير، امير بادشاه الحنفي: ٧٨/٤.

(٢) الإحكام، للآمدي: ١٥٨/٤.

(٣) كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري: ٤:٤.

(٤) ينظر: المحصول : ١٢٥/٦، المسائل التي قال فيها الإمام الشافعي بالاستحسان، محمد الجيماز: ٤.

(٥) أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصطفى الزلمي: ١٦٤.

(٦) ينظر: الفصول في الأصول : ٢٣٣/٤-٢٤٦، أصول السرخسي: ٢٠٠/٢.

والوجه الثاني منهما هو تخصيص الحكم مع وجود العلة، ومثاله قولهم في الأكل ناسيا في رمضان: إن القياس يقضي الفساد، إلا أنهم تركوا القياس فيه للأثر.

ووجه القياس: أنهم وجدوا سائر العبادات لا يختلف حكمها إذا تركت على جهة السهو، أو العمد فإنَّ الأكل في الصلاة لا يختلف حكمه في حال السهو والعمد، وكذلك الجماع، والحلق، واللبس في الإحرام. وكما لا تختلف نية الصوم في تركها سهوا أو عمدا، فكان القياس على هذا أن لا يختلف حكم السهو والعمد في الأكل والشرب في نهار شهر رمضان، من حيث كان تركه من فروضه، إلا أنهم تركوا القياس فيه للأثر.

- حجية الاستحسان:

اختلف العلماء في حجية الاستحسان على قولين[١]:

القول الأول: انه دليل شرعي معتبر، وهو من الأدلة التي عمل بها الحنفية والمالكية، فقد قال محمد بن الحسن: ((كان أبو حنيفة يناظر أصحابه في المقاييس فينتصفون منه ويعارضونه، حتى إذا قال استحسن لم يلحقه أحد منهم، لكثرة ما يورد في الاستحسان من مسائل فيذعنون جميعاً ويسلمون له))[٢].

وعلَّق الشيخ محمد أبو زهرة على ذلك بقوله: ((وما ذاك إلاَّ لإدراكه لدقيق المسائل، وصلتها بالناس ومعاملاتهم وأغراضهم، فإن استحسن فإنما يأخذ مادته من دراسته لأحوالهم مع دراسات أصول الشرع الشريف ومصادره))[٣]، وروي عن الإمام مالك أنه كان يقول: ((تسعة أعشار العلم في الاستحسان))[٤].

وقد تقدم في التعريف الراجح للاستحسان أنَّه اختيار للأحسن عند المجتهد بمعيار شرعي، وهذا أمر ممدوح؛ لأنَّ الله تعالى اثنى على اختيار الأحسن من بين الأمور المتعارضة فقال تعالى: ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ

---

(١) ينظر: مختصر منتهى السول، ابن الحاجب: ١١٩٢/٢، المهذب ،عبد الكريم النملة: ٩٩١/٣، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصطفى الزلمي: ١٦٣.

(٢) اخبار ابي حنيفة واصحابه للصيمري : ٢٥، الامام ابو حنيفة، محمد ابو زهرة: ٧٥.

(٣) الإحكام لابن حزم: ١٦/٦.

(٤) البيان والتحصيل، ابن رشد: ١٥٥/٤.

(١٧) الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ}[١]، وأمر سبحانه بالإحسان الذي هو جلب منفعة أو دفع مضرة فقال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ}[٢] [٣].

وقد ارشد الشرع الحنيف الناس إلى الأخذ بالأيسر والأحسن في الكتاب والسنة، والعدول عن تطبيق الحكم الصعب إلى ما هو أسهل كلما اقتضى الأمر ذلك، فقال تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٤]، وقال: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[٥]، وجاء في حديث السيدة عائشة رضي الله عنها انها قالت: ((ما خير رسول الله صلى الله عليه و سلم بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما))[٦].

وأساس فكرة الاستحسان كما يقول مصطفى الزلمي: إنما هو دفع الحرج عن الناس قبل وقوعه ورفعه وإزالته عند وقوعه[٧].

قلت: ومن يستعرض كتب الحنفية والمالكية يجد فيها كثيرا من العبارات التي تدل على أخذهم به واعتباره دليلا شرعيا يؤخذ به في اثبات الأحكام، كقولهم وإن قص ثلاثة أظافير فعليه دم استحسانا وقوله نأخذ في كذا بالاستحسان والقياس خلافه وقولهم كذا جائز استحسانا.

القول الثاني: وهو رأي المانعين منه، وابرزهم الشافعي الذي قال بأنكاره وشنع على القائلين به، بل اعتبره تشريعا كما يذكر ذلك عنه الجويني رحمه الله[١] وأنه قال: "من استحسن فقد شرع"[٢]، إلا إنَّ المتتبع لكتب الشافعية يجد فيها الكثير من المواضع التي يقولون فيها بالاستحسان[٣].

---

[١] سورة الزمر، الآية: ١٨.

[٢] سورة النحل، الآية: ٩٠.

[٣] ينظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد: ١٦٤.

[٤] سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

[٥] سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

[٦] رواه البخاري، كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم: (٣٣٦٧)، ومسلم، كتاب فضائل النبي صلى صلى الله عليه وسلم، باب في اختياره، رقم: (٦١١٥).

[٧] ينظر أصول الفقه في نسيجه الجديد: ١٦٧.

- **أنواع الاستحسان**

نوَّع الاصوليون الاستحسان تبعا للمستند الذي يستند إليه وذكروا له انواعا عدة اهمها[٤]:

١- استحسان سنده النص: وهو ترك الحكم بالقياس والقاعدة العامة والحكم بغيره لورود النص كتابا أو سنة به. ومثلوا له بعقد السلم الثابت بحديث ((من أسلف في شيء ففي كيل معلوم إلى أجل معلوم))[٥]، وإلا فهو عقد على مفقود وهو ممنوع شرعا، بناء على قاعدة ((لا تبع ما ليس عندك))[٦] وإنَّما جاز استثناءً واستحسانا بالنص.

٢- استحسان سنده الإجماع: وهو ترك الحكم بالقياس والقاعدة العامة والحكم بغيره لورود الإجماع، ومثلوا له بعقد الاستصناع وصورته أن يتعاقد شخص مع صانع على أن يصنع له بابا أو شباكا بمبلغ معين متفق عليه بينهما بشروط معينة، فهذا لا يجوز؛ لأنه بيع معدوم بناء على القاعدة والحديث السابق، لكنهم عدلوا عن تحريمه إلى جوازه؛ نظراً لتعامل الأمة به من غير نكير، فصار إجماعاً.

٣- استحسان سنده المصلحة: وهو ترك العمل بالقياس والاخذ بما يخالفه لمصلحة عامة، ومثاله تضمين الأجير المشترك وهو الذي يقدم خدمة لكل من يحتاجها مقابل أجرة معينة يتفق عليها، ويد الأجير يد أمانة، والمؤتمن لا يضمن إلا بالتقصير، ولكنهم حكم بتضمينهم وإن لم يقصروا لمصلحة صاحب المال ولفساد ذمم الأجراء في الغالب.

---

(١) نهاية المطلب: ٤٧٣/١٨.

(٢) ينظر: نهاية المطلب ٤٧٣/١٨.

(٣) ينظر: الأم، الشافعي: ٢٥٣/٢، الحاوي الكبير، الماوردي: ٤٧٧/٩.

(٤) ينظر: المهذب في اصول الفقه: ٩٩٢/٣.

(٥) رواه البخاري، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، رقم: (٢١٢٥)، ومسلم، كتاب البيوع، باب السلم، رقم: (٤١٢٦).

(٦) رواه أحمد في مسنده عن حكيم بن حزام رضي الله عنه برقم: (١٥٣١٢).

٤- استحسان سنده الضرورة: وهو ترك العمل بالقياس والأخذ بما يخالفه للضرورة، مثاله الحكم بطهارة البئر أو الحوض إذا تنجست وذلك بنزحها حتى يذهب أثر النجاسة من لون أو طعم أو ريح، والقياس أنَّها لا تطهر بهذا إذا ما قيست على تطهير الآنية؛ لأنَّها لا يمكن غسلها كالإناء فكما صب ماء للغسل لاقى ماء نجسا فتنجس، ولو نزحت تماما بقي الجدار نجسا فإذا نبع ماء جديد تنجس بملاقاته للنجاسة.

٥- استحسان سنده القياس الخفي: وهو ترك الحكم بالقياس الظاهر والأخذ بخلافه للقياس الخفي، ومثاله الحكم بطهارة سؤر سباع الطيور التي تأكل الميتة، فالقياس الجلي يقتضي نجاسة سؤرها لأنَّها تأكل النجاسة فإذا لاقت الماء تنجس قياسا على سؤر غيرها من الحيوانات المفترسة، ولكنَّ القياس الخفي أوجب إعطاءها حكما خاصا وهو الحكم بطهارة سؤرها لأنَّ لها مناقيرا، والمنقار لا رطوبة فيه فلا ينقل التلوث فقياسها على سؤر الدجاج السائب الذي قد يأكل النجاسة أولى.

٦- استحسان سنده العرف: وهو ترك العمل بالقياس والأخذ بما يخالفه لجريان العرف والعادة بذلك، ومثاله من حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل السمك، لأنَّ العرف جرى على عدم تسميته لحما، وإن كان يجري عليه اسم اللحم لغة.

- **اسباب القول بالاستحسان**

لا بُدَّ لدارس الفقه وأصوله من الاطلاع على تاريخ التشريع الإسلامي، ومن يستعرض هذا التاريخ يجد أنَّ المدارس الفقهية الإسلامية انقسمت -تبعا لانتشار الصحابة الكرام رضي الله عنهم في الأمصار، وتبعا لتفاوت وجهات نظرهم في التعامل مع النص الشرعي -كتاباً وسنة- إلى مدرستين رئيستين هما مدرسة الرأي في العراق ومدرسة الحديث أو "الأثر" في الحجاز والمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام.

وحامل لواء الرأي ومدرسته في العراق ابراهيم النخعي رحمه الله تبعا للصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه نزيل الكوفة وناشر العلم فيها الذي كان ينحو منحى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في التفكير والاجتهاد بالرأي، حتى اشتهر تلامذته في الكوفة بالأخذ بالرأي ونسبت اليهم مقالة "الرأي" فسمي أحد تلامذته بـ "ربيعة الرأي"، ثم ورثه عنه حماد ابن سليمان الذي نقله إلى الإمام الكبير أبي حنيفة النعمان بن ثابت رحمه الله الذي برع في الفقه والاستنباط والغوص في معاني النصوص.

ويرجع انتشار مدرسة الرأي في العراق إلى أسباب مهمة منها[١]:

١- تأثر مدرسة العراق بالصحابي الجليل عبد الله بن مسعود وطريقته في التفكير والأخذ بالرأي حيث لا نص.

٢- اطلاعهم على اجتهادات وأقضية علي بن أبي طالب رضي الله عنه أيام خلافته وإقامته عندهم في الكوفة.

٣- قلة الحديث النبوي عندهم إذا ما بما في أرض الحجاز من ذلك، فإنَّ هذا أدى إلى اعتمادهم على الرأي أكثر من غيرهم.

٤- كان العراق موطنا للفرق الإسلامية التي ظهرت عبر التاريخ، وهذا أدى إلى انتشار الوضع في الحديث تأييدا للمذاهب والمواقف السياسية وهذا ما جعل علماء هذه المدرسة يقلون من رواية الحديث ويتحفظون على كثير منها تحرزا من الوقوع الأحاديث الموضوعة؛ ولذلك كان ما عندهم من الحديث قليلا نسبيا، وهذا جعلهم يلجؤون الى الرأي في كثير من المسائل حيث لا نص.

٥- الموقع الجغرافي للعراق المتاخم للفرس أدى إلى اتصالهم بالحضارة الفارسية اتصالا وثيقا؛ وهذا أدى إلى طروء كثير من الحوادث والوقائع المتجددة والمعقدة التي تحتاج إلى اجتهاد وإعمال للرأي وكثرة قياس، فقد روي عن إبراهيم النخعي أنَّه قال: ((إني لأسمع الحديث الواحد فأقيس عليه مئة شيء))[٢].

وتميزت هذه المدرسة بمميزات مهمة منها[٣]:

١- كثرة الفروع الفقهية؛ لكثرة الحوادث التي تعرض لهم؛ لتحضرهم مما جعلهم يفترضون بعض المسائل قبل وقوعها، فيفرضون السؤال افتراضا ويجيبون عنه حتى اشتهر عنهم قولهم: "أرأيت لو كان كذا" ويقلبون هذا التساؤل على كافة الوجوه الممكنة وغير الممكنة أحيانا.

---

[١] ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان: ٢٩٠.

[٢] جامع بيان العلم وفضله ، لإبن عبد البر: ٨٢/٢.

[٣] ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان: ٢٩١.

٢- قلة روايتهم للحديث واشتراطهم لقبول الرواية شروطا لا يسلم معها إلا القليل منها، واتباعهم في ذلك منهج عمر بن الخطاب وابن مسعود في التقليل من الرواية والتثبت فيها، فكانوا يهابون الرواية عن رسول الله ﷺ ما لا يهابونه في القول بالرأي.

وليس معنى ما سبق انَّ أهل هذه المدرسة لا يأخذون بالسنة، بل هم متفقون مع أهل الحديث على وجوب العمل بالسنة، وإنَّما معنى ذلك كما يقول الشيخ خلاف: ((إن فقهاء العراق أمعنوا النظر في مقاصد الشارع، وفي الأسس التي بنى عليها التشريع، فاقتنعوا بأن الأحكام الشرعية معقول معناها، ومقصود بها تحقيق مصالح الناس، وبأنها تعتمد على مبادئ واحدة، وترمي إلى غاية واحدة، وهي لهذا لا بد أن تكون متسقة ولا تعارض ولا تباين بين نصوصها وأحكامها، وعلى هذا الأساس يفهمون النصوص، ويرجحون نصا على نص ويستنبطون فيما لا نص فيه، ولو أدى استنباطهم على هذا الأساس إلى صرف نص عن ظاهره، أو ترجيح نص على آخر أقوى منه رواية، حسب الظاهر، وهم من أجل هذا لا يتحرجون من السعة في الاجتهاد بالرأي، ويجعلون له مجالا في أكثر بحوثهم التشريعية))[1].

ومدرسة الرأي ومذهب الحنفية من أكثر المذاهب القائلة بالاستحسان -موضوع بحثنا- ومن أكثر المدراس أخذا به في الفروع الفقهية القديمة والمعاصرة على حد سواء، أضافة لبقية المذاهب الأخرى التي يجد المتتبع لها الكثير من الفروع الفقهية المبنية عليه.

المطلب الثاني

صور الاستحسان

تتجدد صور الاستحسان بتجدد الحوادث والنوازل، فالمصادر القديمة تناولت صورا للاستحسان كانت تتناسب مع تلك العصور، وقد مر ذكر أمثلة منها في المطلب السابق، وفيما يأتي أمثلة معاصرة للاستحسان في بعض معاملات الناس وبعض صور عباداتهم منها:

١- الحكم بإباحة الموسيقى استحسانا للضرورة، لأنَّها اصبحت اليوم مما تعم به البلوى، فالموسيقى مصاحبة لنشرات الأخبار ولافتتاح تشغيل الأجهزة الالكترونية من الهاتف النقال الى الآلة الحاسبة وغيرها

[1] علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف : ٢٥١

من الأجهزة التي أصبحت اليوم من ضرورات الحياة التي لا غنى للناس عنها والتي تكون الموسيقى جزءا لا يتجزأ منها[١].

٢- الحكم بجواز أخذ القروض التي فيها أجور ادارية مقطوعة تؤخذ لمرة واحدة بمقدار ٢% أو أكثر، كما أفتت به لجان الفتوى في الوقف السني والمجمع الفقهي العراقي ومجلس علماء العراق وغيرها من لجان الفتوى في العراق، لحاجة الناس لذلك بسبب الوضع الاقتصادي والسياسي للبلد[٢].

٣- تضمين عمال البناء ما يتلف في أيديهم من مواد بناء جراء خطئهم أو إهمالهم في المحافظة على المواد كالسمنت والرمل والحصى والحديد المستعملة في البناء. والأصل أنَّ هؤلاء لا يضمنون ما تلف في أيديهم من مواد عمل إلا بالتقصير؛ لأنَّ هذا مقتضى عقد الإجارة، ولأنَّهم قبضوا هذه المواد بإذن صاحبها، فكانوا مؤتمنين والمؤتمن لا يضمن إلا بالتقصير، ولكن حكم بتضمينهم لمصلحة صاحب العمل ولفساد أرباب الأعمال في الأعم والأغلب[٣].

٤- تضمين الكهربائي والسباك الذي يؤسس مجاري البيوت ما يتلف من مواد عمل من جراء خطئهم في العمل، والأصل أنَّ هؤلاء لا يضمنون ما تلف في أيديهم من مواد عمل إلا بالتقصير؛ لأنَّ هذا مقتضى عقد الإجارة، ولأنَّهم قبضوا هذه المواد بإذن صاحبها، ولكن حكم بتضمينهم لمصلحة صاحب العمل ولفساد أرباب الأعمال في الأعم والأغلب[٤].

٥- جواز نقل الدم النجس من جسم إلى جسم آخر لمصلحة المريض، والأصل في هذا عدم الجواز لنجاسة الدم، والنجس لا يجوز التعامل به بيعا وشراء وتبرعا، وإنما جاز ذلك استحسانا بالمصلحة[٥].

---

[١] ينظر: الحلال والحرام : ٤٧٥ وما بعدها .

[٢] تراجع فتوى المجمع الفقهي العراقي فتوى رقم (١٢٩) بتاريخ ١٧ شوال ١٤٤٣ هـ الموافق ٢٠٢٢/٥/١٨م.

[٣] ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٥، العناية شرح الهداية: ١٢٩/٩.

[٤] ينظر: المبسوط: ١٤٩/١٥، العناية شرح الهداية: ١٢٩/٩.

[٥] ينظر: التبرع بالدم، حسان الهايس، بحث منشور في مجلة ابحاث العلمية المحكمة، العدد(١٤) لعام ٢٠١٩م: ص: ١١٤.

٦- جواز التبرع بالأعضاء كالكلية وجزء من الكبد وغيرها، فالأصل عدم جواز ذلك؛ لأنَّ التبرع كالبيع في اشتراط ملك الشيء والمتبرع لا يملك عضوه الذي يتبرع فيه ولكنه جاز ذلك استحسانا لمصلحة المريض[١].

٧- جواز الوصية بالتبرع بأعضاء الميت بعد موته لمريض آخر أو لطلبة كليات الطب لغرض التشريح، والأصل في هذا عدم الجواز لأنَّ الإنسان لا يملك هذه الأعضاء ليتبرع فيها ولكنها جازت استحسانا للمصلحة[٢].

٨- وقف النقود الاصل فيه أنه لا يجوز؛ لأنَّ من شرط الموقوف التأبيد وعدم التلف بالاستعمال، والأموال تتلف باستعمالها، ولكن جاز وقفها للقرض الحسن استحسانا للمصلحة. فوقف النقود حبس النقود وتسبيل منفعتها بإقراضها للناس قرضا حسنا وهذا قياس خفي[٣].

٩- استثمار الأموال الوقفية، الاصل فيه عدم الجواز لقياس الوقف على البيع بجامع اخراج ملكية العين من البائع أو الواقف الى المشتري أو الموقوف عليه وهذا قياس جلي، ولكن جاز استثمار الأموال الوقفية بالقياس الخفي، وذلك بان يقاس الوقف على الإجارة، بجامع حبس العين والانتفاع بالثمرة في كليهما، فجاز بذلك استثمار الأموال الوقفية تبعا لجواز استثمار العين المؤجرة[٤].

١٠- في رد العارية يجب أن تسلم العارية إلى المعير باليد، ورد السيارة المعارة يكون بايقافها في المكان المخصص لها، ولذلك تبرأ ذمة المستعير بأرجاعها إلى مكانها استحسانا بالعرف الذي يقضي باعتبار تسليم السيارة بركنها في مكانها المخصص لا بقبضيها قبض يد كما في بقية انواع العارية. فإذا تضررت السيارة في أثناء وقوفها في مكانها بعد ردها فلا يضمن المستعير ذلك[٥] .

١١- الاستثمار في أموال الزكاة، أي العمل على تنمية أموال الزكاة بأية طريقة من الطرق المشروعة، وهي من القضايا المستجدة في مجال الاقتصاد الإسلامي، وفي أبواب الزكاة على وجه الخصوص، وقد اختلف فيه المعاصرون من الفقهاء فأجازه بعضهم ومنعه بعضهم، وإنَّما استدل من أجاز ذلك استحسانا بمصلحة الفقراء في تنمية أموالهم وعودة ريعها إليهم، واستدلالاً بحديث أنس رضي الله عنه: ((أن ناسا من عرينة اجتووا المدينة فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من

---

[١] ينظر: صناعة الفتوى: ٤٤٨.

[٢] ينظر: المصدر السابق

[٣] ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٦٣/٤.

[٤] ينظر: المصدر السابق.

[٥] يراجع: برنامج أصول الفقه علوم ومعارف، موسى اسماعيل، برنامج اذاعي على اذاعة القرآن الكريم، منشور بتاريخ ٢٠٢٢/٩/٢٥، الاستحسان انواعه وصوره المعاصرة، محمد علي الهدية، منشور على you tube بتاريخ ٢٠٢١/١/٣.

ألبانها وأبوالها فقتلوا الراعي واستاقوا الذود فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم وتركهم بالحرة يعضون الحجارة))[1]، ففيه دلالة على جواز حبس الصدقة والإفادة من غلتها عند حاجة صنف من أصناف الزكاة منها، وعلى هذا يمكن للدولة أو الجمعيات الخيرية التي تقوم على جمع أموال زكاة الناس أن يستثمروها لمصلحة الفقراء استحسانا[2].

الخاتمة

وفي الختام يخلص البحث إلى النتائج الآتية:

١- عرف الاستحسان بتعريفات كثيرة أرجحها أنَّه عدول المجتهد عن حكمه في واقعة بمثل ما حكم به في نظائرها الى حكم آخر مخالف للأول لوجه اقتضى هذا العدول وبعبارة أخرى هو عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة اذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي.

٢- حقيقة الاستحسان إما العمل بالاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا، نحو تقدير متعة المطلقات ونفقات الزوجات وغيرها وهذا متفق بين الجميع على الأخذ به، وإما ترك القياس والقاعدة العامة إلى ما هو أولى منهما، وهذا النوع هو الذي وقع الخلاف فيه.

٣- اختلف الأصوليون في حجية الاستحسان على قولين، قول باعتباره دليلا شرعيا وبجواز الاستدلال به على اثبات الأحكام وهو قول الحنفية والمالكية، وقول بمنع الاستدلال به نظريا وهو قول الشافعي رحمه الله ولكن المتتبع لكتب الشافعية يجد انه يتفقون عمليا على الاخذ بالاستحسان في كثير من المواضع.

٤- يأتي الاستحسان مستندا على دليل يعضده من نص أو اجماع أو ضرورة أو مصلحة أو قياس خفي أو عرف.

٥- بنيت على الاستحسان بأنواعه الست فروعا فقهية كثيرة في الفقه القديم والمعاصر وقد وقف البحث على بعض منها.

٦- يوصي البحث بدراسة موضوعات النوازل المعاصرة ودور الاستحسان فيها لا سيما في الجانب الطبي الحديث وجانب المعاملات المالية المعاصرة.

---

[1] رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب استعمال إبل الصدقة والبانها لأبناء السبيل، رقم: (١٤٣٠)،

[2] ينظر: التوصية الصادرة عن الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي المنعقدة في عمان من ٨-١٣ صفر ١٤٠٧هـ ١١-١٦اكتوبر ١٩٨٦.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١- الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م).

٢- الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٣- أخبار أبي حنيفة وأصحابه، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر، أبو عبد الله الصَّيْمَري الحنفي (المتوفى: ٤٣٦هـ)، عالم الكتب – بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٤- الاستحسان انواعه وصوره المعاصرة، محمد علي الهدية، ندوة علمية أقيمت في الكويت منشورة على you tube بتاريخ ٢٠٢١/١/٣.

٥- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار الكتب العلمية -بيروت- الطبعة الاولى (١٤١٤هـ- ١٩٩٣م).

٦- أصول الفقه علوم ومعارف، موسى اسماعيل، برنامج اذاعي على اذاعة القرآن الكريم من الجزائر، منشور بتاريخ ٢٠٢٢/٩/٢٥.

٧- أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصطفى ابراهيم الزلمي، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب -القاهرة- (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م).

٨- الأم، محمد بن ادريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء المنصورة، الطبعة: الأولى (٢٠٠١م).

٩- الامام ابو حنيفة حياته وعصره -آراؤه وفقهه، محمد ابو زهرة، دار الفكر العربي -القاهرة- (د.ت).

١٠- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى:٥٢٠هـ)، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي -بيروت- الطبعة: الثانية، (١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م).

١١- تاريخ التشريع الإسلامي، مناع بن خليل القطان (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، مكتبة وهبة، -بيروت- الطبعة الخامسة (١٤٢٢هـ-٢٠٠١م).

١٢- التبرع بالدم دراسة فقهية مقارنة، حسان جاسم الهايس، بحث منشور في مجلة ابحاث، مجلة علمية محكمة دورية ربع سنوية تصدرها كلية التربية بالحديدة – جامعة الحديدة- ، العدد(١٤) لعام ٢٠١٩م.

١٣- تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، دار الفكر – بيروت– (١٩٩٨م).

١٤- جامع بيان العلم وفضله، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي –المملكة العربية السعودية– الطبعة: الأولى، (١٤١٤هـ – ١٩٩٤م).

١٥- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – الطبعة: الأولى، (١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.

١٦- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر–بيروت– الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م.

١٧- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي (المتوفى : ٧٩٣هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية –بيروت – الطبعة الأولى (١٤١٦هـ– ١٩٩٦م).

١٨- شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى : ٧١٦هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة –دمشق– الطبعة: الأولى ، (١٤٠٧.– ١٩٨٧م).

١٩- صحيح البخاري، الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، –بيروت– الطبعة الثالثة، (١٤٠٧هـ– ١٩٨٧م).

٢٠- صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (المتوفى : ٢٦١هـ)، تحقيق : مجموعة من المحققين، دار الجيل – بيروت– الطبعة : مصورة من الطبعة التركية المطبوعة في استانبول سنة ١٣٣٤هـ.

٢١- صناعة الفتوى وفقه الاقليات، عبدالله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مسار للطباعة والنشر –دبي– الطبعة الثالثة ٢٠١٨

٢٢- طلبة الطلبة، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، (١٣١١هـ).

٢٣- علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، مطبعة المدني، (د.ت).

٢٤- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، دار الفكر –بيروت– .

٢٥- الفصول في الأصول، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

٢٦- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، تحقيق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت– الطبعة الأولى (١٤١٨هـ–١٩٩٧م).

٢٧- المبسوط محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار – بيروت– الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.

٢٨- مختصر منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل، أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر المالكي المعروف بابن الحاجب (المتوفى: ٦٤٦هـ)، تحقيق: نذير حمادو، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ–٢٠٠٧م).

٢٩- المسائل التي قال فيها الإمام الشافعي بالاستحسان، محمد الجيماز، بحث منشور في مجلة المرقاة للدراسات والبحوث الصادرة عن هيئة علماء فلسطين، السنة الرابعة، مجلد: ٧، العدد السابع (١٤٤٣هـ–٢٠٢١م).

٣٠- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة –دمشق– الطبعة : الثانية، (١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م).

٣١- معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر –بيروت– (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).

٣٢- المهذب في علم اصول الفقه المقارن، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد –الرياض– الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ–١٩٩٩م).

٣٣- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي إمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، (١٤٢٨هـ–٢٠٠٧م).