

نماذج من تطبيقات الاستحسان المعاصرة

دكتور/ فهد العيفي عبيد الدوسري (*)

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى بيان مدى حجية الاستحسان، والتعرف على التطبيقات الفقهية المعاصرة للاستحسان.

وقد انتظم في مقدمة ومبحثين المبحث الأول: تعريف الاستحسان وحجتيه وتناولت فيه:

تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً، وحجتيه، والمبحث الثاني: تناولت فيه: أنواع الاستحسان وأثره في البيوع المعاصرة وتضمن: الاستحسان القياسي، والاستحسان النصي.

وقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي؛ حيث قمت باستقراء المادة العلمية المتعلقة بموضوع دراستي من كتب الأصول والفقه.

الكلمات المفتاحية: (الاستحسان، النص، الاستصناع، العرف، مقبول، مردود).

Abstract:

This research aims to demonstrate the authority of istihsan, and to identify the jurisprudential applications of istihsan.

The first topic is organized in an introduction and two sections: the definition of approval and its validity, in which it deals with:

Definition of approval, linguistically, idiomatically, and its authenticity, and the second topic: I dealt with: the types of approval and its impact on sales, and included: standard approval, and textual approval.

(*) دكتوراه في الفقه المقارن، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، جامعة الكويت.

The approach followed, in this research, is based on the inductive approach; Where I extrapolated the scientific material related to the subject of my study from the books of assets and jurisprudence.

(Keywords:) Istihsan, te, custom, acceptable ,return.

المقدمة:

إن علم أصول الفقه علم جليل القدر، بالغ الأهمية، وغزير الفائدة؛ يقول الإمام القرافي: (لولا أصول الفقه لم يثبت من الشريعة لا قليل ولا كثير، فإن كل حكم شرعي لا بد له من سبب موضوع، ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة فلا يبقى لنا حكم ولا سبب، فإن إثبات الشرع بغير أدلته وقواعده بمجرد الهوى خلاف الإجماع، ولعلهم لا يعبؤون بالإجماع، فإنه من جملة أصول الفقه، أو ما علموا أنه أول مراتب المجتهدين، فلو عدمه مجتهد لم يكن مجتهداً قطعاً)^(١).

وله فوائد وعوائد كثيرة ومن أهم مباحثه إن لم تكن أهمها مبحث الأدلة وحجيتها وستتناول في هذا البحث دليلاً من الأدلة الشرعية المختلف فيها المذكورة في أصول الفقه وهو دليل الاستحسان وأثره في البيوع المعاصرة فأسأل الله التوفيق والسداد والرشاد.

أسباب اختيار الموضوع، وأهميته:

١- محاولة حل الإشكالات التي تدور حول الاستحسان وعلاقته بالفروع الفقهية .

٢- جمع ما يتعلق بهذا الموضوع في بحث مستقل بحيث يسهل على الباحث

(١) نفائس الأصول في شرح المحصول للقرافي (١/ ١٨).

الوصول إليه.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف منها:

١- بيان مدى حجية دليل الاستحسان.

٢- التعرف على التطبيقات الفقهية المعاصرة للاستحسان.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في بيان حجية المصلحة المرسلة والتطبيقات المعاصرة، وذلك من خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية:

(١) هل دليل الاستحسان حجة؟

(٢) ما التطبيقات المعاصرة للاستحسان؟

منهج البحث:

المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي

طريقة البحث:

(١) عزوت الآيات إلى محلها من المصحف الشريف.

(٢) خرجت الأحاديث فإن كانت في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بعزوها إليهما وإن كانت في غير الصحيحين أخرجتها من كتب السنن ونقلتها أحكام أهل الحديث عليها كابن حجر والنووي وغيرهما ما أمكن.

(٣) حررت المسائل موضع الخلاف من كتب الأصول المعتمدة، والفقه.

(٤) وثقت المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة.

(٥) عرفت بالمصطلحات من كتب الفن المعتمدة الذي يتبعه المصطلح أو

من كتب المصطلحات المعتمدة.

خطة الدراسة:

تم تقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين.
المقدمة، وتشتمل على: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والمشكلة التي يعالجها، ومنهج البحث في الموضوع.
المبحث الأول: تعريف الاستحسان وحجته وفيه مطلبين:
المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة، واصطلاحاً.
المطلب الثاني: حجية الاستحسان.
المبحث الثاني: أنواع الاستحسان وأثره في البيوع وفيه مطلبان:
المطلب الأول: الاستحسان القياسي (الاجتهادي).
المطلب الثاني: الاستحسان النصي.

الخاتمة

فهرس المصادر والمراجع



المبحث الأول

تعريف الاستحسان وحجيته

المطلب الأول

تعريف الاستحسان لغة، واصطلاحاً

أولاً: تعريف الاستحسان لغة:

الحسن ضد القبح ونقيضه والحسن نعت لما حسن حسن وحسن يحسن حسنا فيهما فهو حاسن وحسن قال الجوهري والجمع محاسن على غير قياس كأنه جمع محسن وحكى اللحياني احسن إن كنت حاسنا فهذا في المستقبل وإنه لحسن يريد فعل الحال وجمع الحسن حسان تقول قد حسن الشيء وإن شئت خففت الضمة فقلت حسن الشيء ولا يجوز أن تنقل الضمة إلى الحاء؛ لأنه خبر وإنما يجوز النقل إذا كان بمعنى المدح أو الذم؛ لأنه يشبه في جواز النقل بنعم وبئس، وذلك أن الأصل فيهما نعم وبئس فسكن ثانيهما ونقلته حركته إلى ما قبله فكذلك كل ما كان في معناه ما أرادوا حسن ذا أدبا أراد حسن هذا لم يمنع الناس مني ما أردت وما أعطيتهم ما أرادوا حسن ذا أدبا أراد حسن هذا أدبا فخفف ونقل ورجل حسن بسن إتباع له وامرأة حسنة وقالوا امرأة حسناء ولم يقولوا رجل أحسن قال ثعلب وكان ينبغي أن يقال لأن القياس يوجب ذلك وهو اسم أنث من غير تذكير كما قالوا غلام أمرد ولم يقولوا جارية مرداء فهو تذكير من غير تأنيث^(١).

قال ابن فارس: "مأخوذ من الحسن وهو ضد القبح، واستحسن الشيء أي عدّه حسناً"^(٢).

١) لسان العرب لابن منظور ط دار المعارف (٢ / ٨٧٧).

٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٢ / ٥٧).

ثانياً: تعريف الاستحسان اصطلاحاً:

عرفه الكرخي من الحنفية بقوله: " هو العدول عن حكم في مسألة بمثل حكمه في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى منه " (١).

وعرفه الشيرازي من الشافعية بقوله: " هو ترك القياس بما يستحسنه الإنسان برأي نفسه من غير دليل " (٢).

قال ابن السمعاني: " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به. ثم حكى كلام أبي زيد أنه اسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي، حتى كان القياس غير الاستحسان على سبيل المعارضة، وكأنهم سموه بهذا الاسم لاستحسانهم ترك القياس أو الوقوف عن العمل به بدليل آخر فوجه في المعنى المؤثر أو مثله، ولم يكن لهم من هذه التسمية إلا التمييز بين حكم الأصل الذي يبنى على الأصل قياساً، والذي قال استحساناً وهذا كما ميز أهل النحو بين وجوه " (٣).

ومن خلال التعاريف السابقة يرى الباحث أن المعرفين اختلفوا في بيان حقيقة الاستحسان فالأول ذكر أن سبب ترك القياس هو وجود وجه أقوى منه والثاني ذكر أن سبب ترك القياس هو الرأي بلا دليل مما يدل على أنه أنواع .

ولذلك ذكر الغزالي (٤) رَحِمَهُ اللهُ أَنْ للاستحسان ثلاثة معان فقال: " الأول العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، الثاني ما يستحسنه المجتهد بعقله، الثالث دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على

١- (الإحكام للأمدى (٤ / ١٥٦).

٢- شرح اللمع للشيرازي، (٢ / ٩٧٠).

٣- (البحر المحيط في أصول الفقه، (٨ / ٩٨).

٤- (المستصفى للغزالي، (١ / ١٣٧).

التعبير عنه ^(١).

وذكر الشيخ يعقوب باحسين تعريفا مختارا يشمل معاني الاستحسان فقال: "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي التخفيف ويكشف وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم" ^(٢).

تعقيب: مما سبق يتبين أن القياس يقتضي حكماً عاماً في جميع المسائل، لكن خُصّصت مسألة وعُدل بها عن نظائرها لدليل أقوى ^(٣)، وصار لها حكم خاص بها نظراً لثبوت دليل قد خصصها وأخرجها عما يماثلها، وهذا الدليل هو أقوى من مقتضى العموم في نظر المجتهد ^(٤).

المطلب الثاني

حجية الاستحسان

الاستحسان دليل لاستنباط الأحكام الفقهية مختلف عليه صورة، متفق عليه حقيقة، وينبغي قبل البدء في بيان محل الخلاف في الاستدلال بالاستحسان بيان مواقع اتفاق بين الفقهاء.

أولاً: ورود لفظ الاستحسان بالكتاب والسنة قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ﴾ [الزمر: ١٨]، قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾ [الأعراف: ١٤٥].

(١) وروضة الناظر لابن قامة، (١/ ٤٠٧).

(٢) الاستحسان للشيخ د. يعقوب باحسين، (ص ٤١).

(٣) انظر: الواضح لابن عقيل (٢/ ١٠٥).

(٤) انظر: المصدر السابق (٢/ ١٠٥)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران (ص: ٢٩١).

وأما السنة فقوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" (١).
ثانيا: اتفقوا كذلك على جواز الاستحسان بالأثر كالسلم، والاجماع
كالاستصناع، والضرورة كطهارة الآبار والحياض.
قال صاحب كشف الأسرار (٢): "اعلم أيضا أن المخالفين لم ينكروا على
أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ الاستحسان بالأثر والاجماع والضرورة؛ لأن ترك القياس
بمثل هذه الدلائل مستحسن بالاتفاق" (٣).
ثالثا: اتفق الفقهاء على رده إن أريد به معناه اللغوي، وهو الحكم بما يشتهي
الانسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحا عند غيره (٤)، أما
الاستحسان بمعناه الاصطلاحي فهو ما وقع فيه الخلاف بين الفقهاء، حيث
أكثر الحنفية من الأخذ به والاعتماد عليه في كثير من مسائلهم، وأنكره عليهم
الشافعي وأعتبره نوع من التشهي والترجيح بالهوى، وهو ما سماه الاستحسان

(١) أخرجه: الإمام أحمد في مسند الإمام أحمد بن حنبل لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن محمد بن حنبل
بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ) المحقق: أحمد محمد شاكر - الناشر: دار الحديث -
القاهرة (٣٤١٨)، (٨/ ٤٥٣)، صحيح: المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم
محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري
المعروف بابن البيع (ت ٤٠٥هـ) - تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا - الناشر: دار الكتب
العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى، (١٤١١ - م ١٩٩٠) (٤٤٣٩) (١٠/ ٢٥٧)، وقال فيه
صحيح الأسناد.

(٢) علاء الدين البخاري الحنفي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري: فقيه حنفي
من علماء الأصول. من أهل بخاري. من تصانيفه شرح أصول البزدوي بكتابه المسمى
بكشف الأسرار.

(٣) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعلاء الدين البخاري الحنفي - الناشر دار الكتاب
الإسلامي - بدون طبعة (٤/ ٤).

(٤) أصول الفقه للأستاذ الدكتور/ محمد أبو النور زهير - الناشر المكتبة الأزهرية للتراث - (ص
١٥٧).

بالرأي^(١) ولكن بالبحث يتبين أنه لم يختلف أحد من الفقهاء في العمل به حقيقة.

عند الحنفية: كان التعبير بالاستحسان كدليل لبعض الأحكام أكثر ما يذكر في كلامهم؛ ولذا اشتهر أنهم وحدهم هم الذين يعتبرونه وكان على رأسهم الإمام أبو حنيفة النعمان؛ حيث أكثر من الاستحسان وكان فيه لا يجارى، وقال عنه تلميذه محمد رحمته الله: "أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد، ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح، فإذا قبح القياس استحسن"^(٢) ومعنى قبح القياس هو ضعف أثر قياس جلى في مقابلة قوة أثر قياس خفي، فإذا تعارض قياسان في حادثة وجب ترجيح أحدهما ليعمل به، قال صاحب كشف الأسرار: "فإذا قال أبو حنيفة رحمته الله تركت الاستحسان أراد بذلك التنبيه على أن فيه علة سوى علة الأصل أو معنى آخر يوجب ذلك الحكم، وأن الأحب أن يذهب إليه لكن لما لم يترجح عندي ما أخذت به"^(٣).

والاستحسان عندهم اسم لدليل يعارض القياس الجلي، واستحسن فيه ترك القياس أو الوقف عن العمل به بدليل آخر فوقه في المعنى المؤثر أو مثله وإن كان أخفى منه إدراكا، ولم يروا القياس الظاهر حجة قاطعة لظهوره، ولا أن الظهور رجحانا، بل النظر إلى قوة الدليل في نفسه من الوجه الذي تتعلق به

١ () كشف الاسرار (٤ / ٤).

٢ () أبو حنيفة عصره وآراؤه الفقهية للشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - (ص ٣٨٧).

٣ () كشف الاسرار (٤ / ٤).

صحته، ومتى تعارض الدليلان في حكم الحادثة، وجب الأخذ بالراجح منهما وهو المستحسن الممال بحكمه عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي لا بهوى النفس^(١).

والسبب في تسميته بالاستحسان تميزا له عن القياس الظاهر المتبادر إلى الذهن، فكان العمل به مستحسنا لكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر.

عند المالكية: نسب إمام الحرمين^(٢) القول به إلى مالك؛ حيث قال: "الاستحسان تسعة أعشار العلم"، "إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة"^(٣)، وقال أصبغ^(٤) في الاستحسان: "قد يكون أغلب من القياس"

١) كشف الاسرار (٤/٤).

٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين، من تصانيفه: البرهان في أصول الفقه، العقيدة النظامية في الأركان الإسلامية، المطلب في دراية المذهب. توفي بنيسابور. ينظر: الأعلام للزركلي (٢٠٠٢م).

٣) أصول الفقه للشيخ أبي زهرة - دار الفكر العربي - بدون طبعة - (ص ٢٣٩).

٤) أصبغ: هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري: الإمام الثقة الفقيه المحدث العمدة النظار. روى عن الدراوردي ويحيى بن سلام وعبد الرحمن بن زيد وسمع ابن القاسم وأشهب وابن وهب وتفقه معهم وكان كاتباً لابن وهب، روى عنه الذهبي والبخاري وأبو حاتم الرازي وابن وضاح ومحمد بن أسد الخشني وسعيد بن حسان وتفقه به ابن المواز وابن حبيب وأحمد بن زيد القرطبي وابن مزين وغيرهم، قال ابن الماجشون في حقه: ما أخرجت مصر مثل أصبغ له تأليف منها: كتاب الأصول وتفسير حديث الموطأ وكتاب آداب الصيام وكتاب سماعه من ابن القاسم وكتاب المزارعة وكتاب آداب القضاء وكتاب الرد على أهل الأهواء وغير ذلك. ولد بعد سنة (١٥٠) ومات بمصر سنة (٢٢٥ هـ = ٨٣٩ م).

ينظر: (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية - لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف - تعليق: عبد المجيد خيالي - الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان - الطبعة: الأولى، (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، (١/٩٩)، الاعلام (١/٣٣٣)، سلم الوصول إلى طبقات الفحول لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني - تحقيق محمود عبد القادر الأرناؤوط (١/٣٣٥)، طبقات الفقهاء أبو اسحاق الشيرازي، تحقيق إحسان عباس - دار الرائد العربي بيروت - الطبعة الأولى (١٩٧٠ م - ١/١٥٣).

(١)، وعرفه ابن العربي (٢) وهو من المالكية "الاستحسان إيثار ترك مقتضى الدليل عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته" (٣)، كما وكان القرافي يفتي بمقتضى الاستحسان أحيانا يقول فيه: قال به مالك رَحِمَهُ اللهُ في عدة مسائل: في تضمين الصانع المؤثرين في الاعيان بصنعتهم، وتضمين الحاملين للطعام والآدام دون غيرهم (٤). وقال الإمام أبو زهرة (٥): "إن الاستحسان الذي كان يأخذ به المالكية هو

١) أثر الادلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور/ مصطفى ديب البغا- الناشر دار الإمام البخاري بدمشق (١٣١).

٢) ابن العربي: هو الإمام العلامة الحافظ القاضي، أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله، ابن العربي الأندلسي الإشبيلي المالكي. ولد سنة ثمان وستين وأربع مئة. سمع من خاله الحسن بن عمر الهزني وطائفة بالأندلس. وكان أبوه أبو محمد من كبار أصحاب أبي محمد بن حزم الظاهري بخلاف ابنه القاضي أبي بكر، فإنه مناصر لابن حزم. تفقه بالإمام أبي حامد الغزالي، والفقيه أبي بكر الشاشي، والعلامة الأديب أبي زكريا التبريزي، وجماعة. برع في فنون العلم وكان فصيحاً بليغاً خطيباً. له مصنفات عديدة منها: عارضة الأحوذ في شرح جامع أبي عيسى الترمذي، الأصناف في الفقه، نزهة الناظر، المحصول في الأصول. ولي قضاء إشبيلية، فحمدت سياسته، وكان ذا شدة وسطوة، فعزل، وأقبل على نشر العلم وتدوينه. وقيل فيه أنه بلغ رتبة الاجتهاد.

ينظر: (سير اعلام النبلاء لشمس الدين الذهبي - تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط - الناشر مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة ١٩٨٥م) (٢٠/١٩٧)، الأعلام للزركلي (٦/٢٣٠).

٣) الموافقات للشاطبي - تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - الناشر دار بن عفان - الطبعة الأولى (١٩٩٧م - ٥/١٩٦).

٤) الإمام مالك حياته وعصره للشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي (٣٧٨).

٥) محمد بن أحمد أبو زهرة: أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره. مولده بمدينة المحلة الكبرى وتربى بالجامع الأحمدي وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي (١٩١٦ - ١٩٢٥) وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات. عين أستاذاً محاضراً للدراسات العليا في الجامعة (١٩٣٥) وعضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية. وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكيلاً لمعهد الدراسات الإسلامية وأصدر من تأليفه أكثر من (٤٠) كتاباً، منها: (الخطابة) و (تاريخ الجدل في الإسلام) و (أصول الفقه) و (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية) و (مذكرات في الوقف)، وغيرها. وكانت وفاته بالقاهرة. ينظر: (الأعلام ٢٦/٦).

إما أن يكون حكم جزئي في مقابل أصل كلي كعدم اشتراط العدالة في الشهود إذا كان القاضي في بلد يندر فيه الشهود العدول فلا استحسان هنا ترخص من قاعدة عامة أدى اطرادها إلى وقوع ضرر، أو أن يكون موجب القياس مؤدياً إلى حرج كما في إباحة القرض فإنه في الأصل ربا؛ لأنه مبادلة الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيع استحساناً؛ لما فيه من الرفق والتوسعة على الناس بحيث لو بقي على أصل المنع لكانوا في حرج شديد^(١).

عند الحنابلة: تذكر بعض كتب الأصول أن الحنابلة يقولون بالاستحسان مع الحنفية قال ابن الحاجب والآمدي: الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة، وأنكره غيرهم^(٢)، وقال القاضي يعقوب^(٣): "طالقول بالاستحسان مذهب أحمد رحمته الله وهو أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه وهذا مما لا ينكر"^(٤). وخالفهم في ذلك الجلال المحلى في شرحه على جمع الجوامع

١) بتصرف من الامام مالك للشيخ أبو زهرة (٣٧٦).

٢) الإحكام في أصول الأحكام لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (ت ٦٣١ هـ) - المحقق: عبد الرزاق عفيفي - الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان (١٥٦/٤)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ هـ) - الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة: الطبعة الثانية (١٤٢٣ هـ) - ٢٠٠٢م (١/٤٧٣).

٣) هو: يعقوب بن إبراهيم البرزيني، أبو علي، قاض من فقهاء الحنابلة، من أهل "برزين" من قرى بغداد، تتلمذ على القاضي أبي يعلى، وولي قضاء "باب الأزج" وتوفي بها سنة (٤٨٦ هـ) من مؤلفاته: "التعليقة" في الفقه والخلاف

ينظر: (معجم البلدان لشهاب الدين الرومي الحموي - الناشر دار صادر بيروت - الطبعة الثانية ١٩٩٥م) (٢/١٢٣)، والأعلام (٩/٢٥٣)

٤) روضة الناظر وجنة المناظر (١/٤٧٣).

فقال: (الاستحسان قال به أبو حنيفة وأنكره الباقر من العلماء منهم الحنابلة)^(١).

والسبب في هذا: الاختلاف هو فهم البعض منهم بالمراد بحقيقة الاستحسان، فالاستحسان الذي هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة^(٢). فهو متفق عليه.

أما إذا أريد به ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو الدليل الذي ينقذ في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه، فهذا مردود؛ لأنه ليس للمجتهد الحكم بمجرد هواه أو شهوته من غير نظر في الأدلة، كما أن عدم القدرة على التعبير عن الدليل هوس؛ فإن ما لا يعبر عنه لا يدري أهو وهم أو تحقيق، فلا بد من إظهاره ليعتبر بأدلة الشريعة^(٣).

وقد أطلق الإمام أحمد رحمته الله القول بالاستحسان في مسائل، فقال في رواية صالح^(٤). في المضارب، إذا خالف فاشترى غير ما أمره به صاحب المال "فالربح لصاحب المال، ولهذا أجرة مثله، إلا أن يكون الربح يحيط بأجرة مثله فيذهب، وكنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال، ثم استحسنت"، وقال في

١) حاشية العطار على شرح جلال المحلي على جمع الجوامع لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي - دار الكتب العلمية بدون طبعة، (٢/ ٣٩٥).

٢) روضة الناظر، (١/ ٤٧٣).

٣) المرجع السابق.

٤) صالح بن أحمد بن محمد بن حنبل أبو الفضل الشيباني ابن هلال بن أسد، الإمام، المحدث، الحافظ، الفقيه، القاضي، أبو الفضل الشيباني، البغدادي، قاضي أصبهان. سمع: أباه، وتفقه عليه. قال ابن أبي حاتم: كتبت عنه بأصبهان، وهو صدوق، ثقة. ولد: سنة ثلاث ومائتين، وهو أكبر إخوته. قيل فيه: كان صالح سخيا جدا. وتوفي بأصبهان في رمضان سنة ست وستين ومائتين. وقيل مات سنة خمس وستين.

ينظر: (سير أعلام النبلاء (١٢/ ٥٣٠).

رواية الميموني^(١): "استحسنُ أن يتمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يُحْدِث، أو يَجِدَ الماء"، وقال في رواية بكر بن محمد - فيمن غصب أرضا فزرعها: "الزرعُ لرب الأرض وعليه النفقة، وليس هذا بشيء يوافق القياس، استحسنُ أن يدفع إليه نفقته"^(٢).

عند الشافعية فقد أنكروا الاستحسان، ولم يقولوا بالتعويل عليه باعتبار أن الاستحسان ليس إلا تشريعا بالرأي الصرف، ثم هو مبني على التلذذ والهوى. وجاء عن الشافعي (من استحسن فقد شرع)، (لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب أو السنة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا. ولا يفتي بالاستحسان؛ إذ لم يكن الاستحسان واحدا ولا في واحد من هذه المعاني)^(٣). واستدل الشافعي رَحِمَهُ اللهُ عَلَى أَبْطَالِ الْقَوْلِ بِالْإِسْتِحْسَانِ بِأَدْلَةٍ مِنْهَا^(٤):

(١) الميموني أبو الحسن عبد الملك بن عبد الحميد الإمام العلامة، الحافظ، الفقيه، أبو الحسن، عبد الملك بن عبد الحميد بن عبد الحميد بن شيخ الجزيرة ميمون بن مهران، الميموني، الرقي، تلميذ الإمام أحمد، ومن كبار الأئمة. سمع: إسحاق بن يوسف الأزرق، وحجاج بن محمد، وخلقًا كثيرًا. حدث عنه: النسائي في سننه ووثقه، وأبو عوانة الإسفراييني، وآخرون. مات: في شهر ربيع الأول سنة أربع وسبعين ومائتين، وهو في عشر المئة - رحمة الله عليه - ينظر: سير أعلام النبلاء (١٣/ ٨٩).

٢) العدة في أصول الفقه - القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء - تحقيق د/ أحمد بن علي بن سير المبارك - الطبعة: الثانية (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) - (٥٠٤/١٦٠٤).

٣) (الأم) للإمام محمد بن إدريس الشافعي - الناشر دار المعرفة بيروت (٣١٣/٧)، أصول الفقه للشيخ طه العربي (٢٥٣).

٤) (الأم: (٣١٣-٣١٥/٧)، الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي تحقيق أحمد شاكر الناشر مكتبة الحلبي الطبعة الأولى (١٩٤٠م)، (ص ٥٠٣-٥٠٧).

أولاً: أن الله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَمْ يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه، في كتابه وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً أو دلالة، ومن قال بالاستحسان أجاز لنفسه أن يكون بمعنى السدى وخالف ما قاله الله تعالى.

ثانياً: لا يجوز الحكم إلا بالخبر، والإجماع أو القياس عليهما، والقول بالاستحسان ليس قولاً بالخبر أو الإجماع أو القياس عليهما.

ثالثاً: أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحكمون بالخبر أو بالقياس عليه، كما فعلوا في الحكم في جزاء الصيد، فقد حكموا فيما ليس له مثل بأقرب الأشياء شَبَهاً بالنعيم، ولم يقولوا برأيهم واستحسانهم.

رابعاً: لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبر لجاز لغيره من العوام - أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضاً، وهذا لا يجوز بالاتفاق، فكَذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله.

ويفهم مما سبق من قول الشافعي وأدلته أن الاستحسان الباطل عنده وهو القول والتشهي بالهوى دون الاستناد إلى دليل، فليس هذا هو ما أراده الحنفية وكان فيه الإمام الأعظم أبو حنيفة لا يجارى، وليس هو ما قال فيه الإمام مالك أنه تسعة أعشار العلم، فهو استحسان بمعناه اللغوي المردود.

ويكفي في الرد على المذهب الشافعي ما نقل عن الإمام الشافعي بالأخذ بالاستحسان في بعض المسائل منها: ما قاله في السارق: "إذا أخرج السارق يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت، القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع"، وقال كذلك: "استحسن ترك شيء من نجوم الكتابة للمكاتب"، وكذلك قال في باب المتعة: "استحسن أن تكون ثلاثين درهماً"، وقال في باب الشفعة: "استحسن أن يثبت للشفيع الشفعة إلى ثلاثة أيام"، وكذلك استحسن

الشافعي وضع المصحف في حجر الحالف عند التحليف تغليظاً^(١). وبناء على ما سبق يمكن القول بأن الاستحسان باعتباره دليلاً شرعياً لم يختلف العلماء في الأخذ به واستعماله، والنزاع كان في تخصيصه باسم الاستحسان، فالاختلاف لفظي لا حقيقي، فهو أصل جنت عليه التسمية، فلولا الإسم ما جرا عليه الخلاف^(٢).

١ (المحصول للإمام فخر الدين الرازي تحقيق د/ طه جابر فياض الناشر مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة (١٩٩٧م) - (١٢٧/٦).

٢ (المستصفى للإمام أبو حامد الغزالي تحقيق محمد عبد السلام الشافعي الناشر دار الكتب العلمية الطبعة الأولى (١٩٩٣م) - (١٣٩/١)، وأثر الأدلة المختلف فيها (١٢٩).

المبحث الثاني

أنواع الاستحسان وأثره في البيوع المعاصرة

المطلب الأول

الاستحسان القياسي (الاجتهادي)

وهو العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه، أو الاستحسان بالقياس. وحقيقته: تردد الفرع - في نظر المجتهد - بين أصليين، له شبه بكل منهما؛ وإلحاقه بأقربهما شبهاً له، وهذا لا يدرك إلا بعد التأمل.

ويتضح ذلك في المسألة التي تعرض للمجتهد وتكون محلاً للقياس، ويكون لها شبه بأصليين ثبت كل منهما حكم شرعي؛ غير أن أحد الشبهين أقرب في تبادره إلى ذهن المجتهد من الآخر، والآخر أدعى إلى الميل إليه، لكونه أدنى إلى تحقيق المصلحة؛ فيعدل المجتهد عن الشبه في الأصل المتبادر، ويُرجح إلحاق المسألة بالأصل الذي دقت فيه العلة؛ لقوته وتحقق المصلحة فيه، وخلو الأصل الذي تبادر شبهه عن ذلك.

فهذا العدول والإلحاق يُعدّ في عرف الأصوليين نوعاً من أنواع الاستحسان؛ والدليل الذي اقتضى هذا العدول يسمّى وجه الاستحسان. أي: سنده؛ والحكم الثابت بالاستحسان هو الحكم المُستحسن. أي: الثابت على خلاف القياس الجلي.

كالحقوق الاتفاقية للأرض الزراعية، عند الحنفية لا تدخل في عقد البيع دون نص عليها، لكنهم استحسّوا دخولها دون نص؛ وذلك أن وقف الأرض الزراعية يتجاوزه قياساً، الأول قياسه على البيع، والثاني قياسه على الإجارة، والقياس الأول هو الأظهر وهو قياس جلي؛ لاتفاق البيع والوقف في إخراج الملك من مالكه، وعلى ذلك لا تدخل الحقوق الاتفاقية إلا بالنص عليها،

والقياس الثاني مبناه أن كلاً من الإجارة والوقف يفيد ملك الانتفاع بالعين دون تملكها وهذا قياس خفي، ومقتضى هذا القياس دخول الحقوق الارتفاقية في الوقف تبعاً دون حاجة للنص عليها كما هو الحكم في الإجارة، فرجح القياس الخفي على القياس الجلي استحساناً؛ لأن المقصود من الوقف الانتفاع لا تملك الرقبة، والانتفاع لا يتأتى دون الحقوق الارتفاقية^(١).

المطلب الثاني الاستحسان النصي

وهو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، لدليل يقتضي ذلك الاستثناء. بيانه: إذا عرضت للمجتهد مسألة تندرج تحت قاعدة عامة أو يتناولها أصل كلي، ووجد المجتهد دليلاً خاصاً يقتضي استثناء هذه الجزئية من الأصل الكلي، والعدول بها عن الحكم الثابت لنظائرها إلى حكم آخر؛ للدليل الخاص الذي ظهر له^(٢). ويندرج تحت هذا النوع عدة فروع؛ منها:
الفرع الأول الاستحسان بالنص: وهو ترك الحكم الذي يقتضيه القياس أو النص العام، والعمل بمقتضى نص خاص.

مثاله: أن الأصل أن لا يبيع الإنسان ما ليس عنده، هذا مقتضى النص والقياس، أما النص فقولہ ﷺ لحكيم بن حزام رضي الله عنه: «لا تبع ما ليس عندك»^(٣).

١) انظر: الوجيز في أصول الفقه، لعبدالكريم زيدان، (ص ٢٣٢)

٢) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للشيخ د. يعقوب الباحسين، (ص ٢٩٦).

٣) أخرجه: ابن ماجة في سننه (٢/ ٧٣٧)، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، رقم ٢١٨٧، و الترمذي في سننه (٣/ ٥٠٣)، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٢)، صحيح لغيره، وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه، يوسف بن ماهك لم يسمع من حكيم بن حزام فيما نقل العلائي في "جامع التحصيل" (ص ٣٧٧) عن الإمام أحمد، وقال: بينهما عبد الله بن عصمة الجشمي الحجازي، وقد أشار إلى ذلك البخاري في "التاريخ الكبير" (٥/ ١٥٨).

وأما القياس فلأن بيع ما ليس عنده مثل بيع حبل الحبلية. أي: ولد الحمل الذي لم يولد بعد؛ لأن كلا منهما غير معلوم الوصف للبائع والمشتري. ولكن ورد الدليل بإباحة السلم، وهو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد، مثل أن يبيع المزارع مائة صاع من التمر الموصوف تسلم بعد شهر أو شهرين بمائتي ريال مدفوعة حالا في مجلس العقد، فينتفع المزارع بالنقد فإذا حل الأجل دفع التمر للمشتري. فهذا النوع من البيوع يسمى السلم، وقد رخص فيه النبي ﷺ فقال: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(١). وتسمية هذا النوع استحسانا غير مسلمة عند من ينكر العمل بالاستحسان؛ لأن هذا عمل بالنص الخاص، وترك لمقتضى العموم، فهو ترك نص لنص^(٢). التطبيقات المعاصرة لعقد السلم في المصارف الإسلامية:

السلم صورة من صور، البيع تميزت عن غيرها بتعجيل الثمن، وتأخير المثلث ولقد كانت هذه المعاملة مما تعامل به الناس قبل الإسلام فأقرهم عليها رسول الله ﷺ بعد أن وضع لها من الضوابط ما يبعد عنها من الجور، ويبقيها في دائرة العفو والإنصاف، لتحقيق المعنى الذي من أجله شرع هذا العقد، وهو الارتفاق من الجانبين؛ حيث يرتفق البائع بتعجيل الثمن، ويرتفق المشتري برخص المثلث فتتحقق بذلك مصلحة الطرفين. ولما كان السلم طريقا مشروعاً إلى إقرار البائع على الوصول إلى ما يحتاج إليه من مال عندما توصل أمامه سبل القرض الحسن حيث يستطيع أن يبيع

(١) متفق عليه: صحيح البخاري (٣/ ٨٥)، كتاب: السلم، باب: السلم في وزن معلوم رقم، (٢٢٤٠)، صحيح مسلم (٣/ ١٢٢٦)، كتاب: المساقاة، باب: السلم، رقم (١٦٠٤)، ولفظ البخاري: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ...".

(٢) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله د. عياض السلمي (١٩٥).

موصوفاً في ذمته متعجلاً ثمنه لقضاء حاجته، ثم يتكلفه للمشتري عند حلول أجل فقد اتجهت الأنظار إلى مدى إمكانية الإفادة من هذه المعاملة لتحل محل عمليات الإقراض^(١).

وبهذا يتبين لنا أن عقد السلم أبيض استحساناً واستثناءً من عدم جواز بيع المعدوم.

كيفية استفادة المصارف الإسلامية من عقد السلم في التمويل.

يمكن للمصرف الإسلامي أو غيره من المستثمرين أرباب الأموال التوصل بصيغة عقد السلم إلى تمويل النشاطات التجارية، والصناعية، والزراعية على النطاق الفردي ونطاق المشاريع الكبيرة، وتكون مصلحة المصرف الإسلامي في الحصول على مواد آجلة بسعر عاجلاً رخيص نسبياً ثم يقوم بعد قبضها بتسويق ثمن الحاضر أو بضمن مؤجل^(٢).

ولما كان قيام المصرف بتسويق المواد التي اشتراها بطريقة السلم قد تعترضه أحياناً بعض مشاكل التسويق، فيمكن للمصرف اعتماد طرق أخرى، ومما يمكن النظر فيه الطرق الآتية:

الطريقة الأولى:

أن يوكل المصرف بعض الجهات المختصة، كبعض دور التجارة ذات الخبرة، بتسويق تلك المنتجات بعد قبض البنك لها مقابل أجر مقطوع، أو مقابل نسبة أو نسبة مئوية من ثمن المبيع، أو من التكلفة أو من الربح، ولا حرج في ذلك.

١) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، الصاوي (٢٤٣).

٢) عقد السلم ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصاديا معاصرة، الأشقر، محمد، (٢١٣/١)، ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، الصاوي (٦٥٥)، وما بعدها.

ويمكن أن يتولى هؤلاء التجار الوسيط أيضاً عملية المتاجرة، بطريقة السلم من أولها إلى آخرها فيتعاقدون مع المنتجين بالنيابة عن المصرف ويتولون دفع الأثمان المقدمة من المصرف حسب التعليمات المبينة لهم، ويقبضون السلع عند الآجال المحددة ويتولون أيضاً تسويقها بطريقة البيع النقدي أو البيع الآجل حسب تعليمات المصرف التي يحددها .

ويمكن أن يتولى هؤلاء الوسيط بعض هذه الأعمال ويتولى المصرف سائرهما، ليكون إشرافه على تلك العمليات عن قرب. ويمكن أن يوكل المصرف ببعض هذه الأعمال ووسطاء معينين وبعضها الآخر ووسطاء^(١) ..

وانطلاقاً من أن السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية من حيث مرونتها واستجابتها لحالات التمويل المختلفة سواء أكان تمويلًا قصيرًا الأجل أم متوسط أم طويل الأجل، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصناعيين أم من التجار، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى ولهذا تعدد مجالات تطبيق عقد السلم منها ما يلي:

أ- يصلح عقد السلم لتمويل علميات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلموها

١) عقد السلم ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصاديا معاصرة، الأشقر، محمد، (٢١٦/١)، ومشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام، الصاوي (٦٥٥)، وما بعدها.

إذا اخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً ويدفع عنهم مشقة العجز المالي.

ب- يمكن تطبيق عقد السلم لتمويل الحرفيين علميات وصغار المنتجين الزراعيين مختلفة والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات أو مواد أولية^(١).

الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع^(٢).

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة، انعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس.

ويتحقق هذا النوع بإفتاء المجتهدين في حادثة ما، على خلاف القياس أو الأصل العام أو القاعدة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم ما يفعله الناس، إذا كان فعلهم مخالفاً للقياس أو الأصل المقرر. مثاله: الإجماع على جواز عقد الاستصناع؛ مع أن مقتضى القياس عدم جوازه؛ فإن المعقود عليه معدوم حال العقد؛ وبيع المعدوم ممنوع؛ لكن استثنى الفقهاء هذا العقد من حكم نظائره؛ لجريان التعامل به من غير نكير من أهل العلم، وتقريرهم على ذلك إجماعاً عملياً^(٣). قال السرخسي: "تركنا القياس؛ للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا"^(٤).

مثال: عدم قطع من قطعت يده ورجله فإن حكم القياس أن تقطع يد كل

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع (١/ ٣٧١)، قرار رقم (٨٥).

(٢) - الاستحسان بين النظرية والتطبيق، للشيخ د. شعبان إسماعيل (٧٨).

(٣) تيسير التحرير، لأmir بادشاه (٤/ ٧٨).

(٤) أصول السرخسي (٢/ ٢٠٣).

من سرق وإن عاد قطعت رجله ، وإن عاد قطع أيضا ولكن عدل عن هذا الحكم عندما يسرق مرة ثالثة فإنه لا ينقطع ويوضع في السجن حتى يتوب للإجماع على ذلك

الفرع الثالث: الاستحسان بالضرورة.

ويتحقق هذا النوع في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق الأصل العام أو القواعد المقررة أو القياس أمراً متعذراً ، أو ممكناً لكنه يلحق بالمكلف مشقة وعسراً شديدين؛ فيعدل بها عن مثل ما يحكم به في نظائرها استحساناً ؛ رفعاً لهذا الحرج ، ودفعاً لهذه الضرورة مثاله: مداواة الرجل للمرأة:

تجوز مداواة الرجل للمرأة وفقاً لبعض الضوابط على النحو الآتي:

١ - وجود الضرورة والحاجة فلا بد من تحقق وجودها، فلا يحل للطبيب ولا لغيره أن يطالب المريضة بالكشف عن عورتها إلا إذا تعذر وجود الوسائل التي يمكن بواسطتها تحقيق مهمة الفحص بدون كشف للعورة.

٢ - وكذلك لا يجوز للرجال أن يقوموا بفحص النساء إلا إذا تعذر وجود المثل الذي يمكنه أن يقوم بالمهمة المطلوبة.

٣ - إن قيد الجواز فهو الاقتصار على القدر الذي تسد به الحاجة دون زيادة عليه، فيجب على كل من الطبيب والأشخاص الذين يستعين بهم في مهمة فحص المرضى الجراحي أن يقتصروا في كشفهم ونظرهم إلى عورة المريض على الموضع المحتاج إلى النظر دون غيره.

أن المرأة كُلهَا عورة ؛ لكن أبيع للطبيب النظر إلى ما تدعو الضرورة إلى النظر إليه منها، وذلك استحساناً؛ لأجل الضرورة ؛ فيكون أرفق بالناس .

وبيان هذا أن المرأة عورة من قرناتها إلى قدمها، وهو القياس الظاهر، وإليه

أشار رسول الله ﷺ فقال: "المرأة عورة مستورة"^(١) ثم أُبيح به النظر إلى بعض المواضع منها للحاجة والضرورة، فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس"^(٢).

مثال: عمليات التجميل التحسينية:

تنقسم عمليات التجميل التحسينية التي تجريها بعض النساء، والعمليات المتعلقة بالنساء إلى قسمين:

القسم الأول: عمليات الشكل ومن أشهر صورها:

(أ) تصغير الأنف وتجميله، وتغيير شكله من حيث العرض والارتفاع.
(ب) تصغير الثديين إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويف الثديين

(ج) تجميل البطن بشدة جلدتها وإزالة الجزء الزائد من تحت الجلد^(٣).

القسم الثاني: عمليات التشبيب ومثالها:

(أ) تجميل الوجه بشد تجاعيده، سواء برفع جزء منه، أو برفع جزء منه ومن الرقبة.

(ب) تجميل الحواجب بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظراً لكبر سن المرأة وتقدم عمرها^(٤)، وهذا النوع من الجراحة لا يشتمل على دوافع ضرورية، ولا حاجية، بل غاية ما فيه تغيير خلقة الله - تعالى -، والعبث بها حسب أهواء الناس، وشهواتهم، فهو غير مشروع، ولا يجوز فعله، وذلك لما يأتي:

(١) الترمذي مع شرحه تحفة الأحوذى، (٤/ ٣٣٧).

(٢) انظر: المبسوط (١٠/ ١٤٥) ..

(٣) انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، الشنقيطي، (١٨١).

(٤) انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، الشنقيطي، (١٨٢). وما بعدها.

١ - قوله تعالى حكاية عن إبليس لعنه الله: ﴿وَلَا مَرْتَبَ لَهُمْ فَلَئِنْ غَيَّرْتَ خَلْقَ اللَّهِ﴾، [النساء: ١١٩].

وجه الدلالة: أن هذه الآية الكريمة واردة في سياق الذم، وبيان المحرمات التي يسول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم، ومنها تغيير خلقه الله. وجراحة التجميل التحسينية تشتمل على تغيير خلقه الله والعبث فيها حسب الأهواء والرغبات، فهي داخلة في المذموم شرعاً، وتعتبر من جنس المحرمات التي يسول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم^(١).

٢ - لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلعن المتنمصات والمتفلجات للحسن اللاتي يغيرن خلق الله"^(٢).

أن هذه الجراحة لا يتم فعلها إلا بارتكاب بعض المحظورات؛ مثل قيام الرجال بمهمة الجراحة للنساء الأجنيات، وحينئذ ترتكب محظورات عديدة كاللمس، والنظر للعورة، والخلو بالأجنبية.

وهذه المحظورات لم يثبت الترخيص فيها من قبل الشرع في هذا النوع من الجراحة لانتفاء الأسباب الموجبة للترخيص، فأصبحت باقية على أصلها من الحرمة، فلا يجوز فعل الجراحة التحسينية الموجبة للوقوع فيها. وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن في بروناي دار السلام في الفترة من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤ هـ، بخصوص

(١) حمل بعض المفسرين هذه الآية على الوشم وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه والحسن البصري رحمه الله. ومن المفسرين من قال: إن المراد بتغيير خلق الله تغيير الدين بفعل المحرمات وترك الواجبات. ويدخل في ذلك العبث في الأجساد كما أشار إليه الإمام محمد بن جرير الطبري رحمته الله وغيره من المفسرين. تفسير الطبري ٥/ ١٨٣، والنكت والعيون للماوردي (١/ ٤٢٤)، وتفسير الخازن (١/ ٤٩٩).

(٢) أخرجه: مسلم (٣/ ٣٣٩)، رواه البخاري في صحيحه (٣/ ١٩٩).

مداواة الرجل للمرأة ما يلي: (الأصل أنه إذا توافرت طبية متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة، وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبية غير مسلمة ثقة فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر ذلك يقوم مقامها طبيب غير مسلم. على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة في تشخيص المرض ومداواته، وألا يزيد عن ذلك، وأن يغض الطرف قدر استطاعته، وأن تتم معالجة الطبيب للمرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة خشية الخلوة)^(١).

مثال: نقل الأعضاء الآدمية وزرعها في الفقه الإسلامي:

تعتبر مهمة نقل وزراعة الأعضاء من المهمات الجراحية الحديثة، التي طرأت في العصر الحاضر منذ سنوات قريبة، وقد كان فعلها قبل يعد ضرباً من المستحيل والخيال.

وإن النظر في حكم انتفاع الإنسان بأعضاء آخر حياً أو ميتاً، في الشريعة الإسلامية إنما يدخل في المسائل الاجتهادية الفقهية الحديثة، وتأتي هذه المسألة- نقل وزراعة الأعضاء الآدمية- كتطبيق من التطبيقات المعاصرة على نوع من أنواع الاستحسان التي ذكر وهو استحسان الضرورة حيث توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس العام والأخذ بمقتضياتها، سداً للحاجة أو دفعاً للحرَج.

الأصل أن النصوص الشرعية دلت على تكريم الله للآدمي، وهذا التكريم شامل لحال حياته وما بعد موته. وانتزاع العضو منه مخالف لذلك التكريم، سواء في حال الحياة أو بعد الموت. قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوُجُوهِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٩-٥) قرار رقم (٨٢).

مِمَّنْ خَلَقْنَا تَقْضِيلًا ﴿٧٠﴾ [الإسراء: ٧٠]. ومما لا ريب فيه أن رعاية الكرامة الإنسانية داخلية دخولاً أولاً في المقاصد أو المصالح التي هي محور الشرع الإسلامي الحنيف.

اختلف العلماء المعاصرون في مسألة نقل الأعضاء الآدمية من الشخص الميت أو الحي وزرعها في الإنسان الحي؛ على قولين:
القول الأول: حرمة نقل الأعضاء الآدمية^(١):

وهو قول فضيلة الشيخ محمد متولى الشعراوي، والصادق الغماري، والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، وغيرهم .

استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوُجُوهِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَقْضِيلًا ﴿٧٠﴾﴾ [الإسراء: ٧٠]، وانتزع العضو منه مخالف لذلك التكريم، سواء في حال الحياة أو بعد الموت.

وقوله ﷺ: "كسر عظم الميت ككسره حياً"^(٢).

ووجه قولهم: لأن نقل الأعضاء فيه تمثيل إما بالحي المتطوع أو بالميت المغتصب منه عضوه، فمن أجل هذا لا يجوز.
(٢) القول الثاني: جواز نقل الأعضاء:

(١) لغة: جزء من مجموع الجسد. كاليد والعين والمعدة. انظر: المعجم الوجيز المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، القاهرة مادة (عضو) ص ٤٢٣. واصطلاحاً: اقطاع جزء من بدن آدمي حي أو ميت، لغرسه في بدن آدمي حي مريض يحتاج إليه. انظر: حكم التداوي بالمحرمات، عبد الفتاح محمود إدريس، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م مطبعة النشر الذهبي القاهرة ص ٢٩١.

(٢) أخرجه: أبو داود في سننه كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد عظماً برقم (٣٢٠٧)، وابن ماجه في سننه، كتاب ما جاء في الجنائز، باب في النهي عن كسر عظم الميت رقم (١٦١٦) رواه الإمام أحمد في (باقي مسند الأنصار) حديث عائشة رضي الله عنها برقم (٢٤٢١٨).

وهذا القول صدرت به الفتوى في عدد من المؤتمرات والمجامع واللجان منها: المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا، ومجمع الفقه الإسلامي، والمملكة العربية السعودية، ولجنة الفتوى في مصر، والأردن، والجزائر. ومهما يكن، فإن جواز الإقدام على هذا الأمر منوط بالضرورة - سواء أكانت إنقاذ حياة، ضرورة إحياء عضو تألف وفقا للضوابط الآتية.

أ- في حالات الحاجة العاجلة والضرورات المتوقعة على زرع العضو.

ب - في حالة نقل القلب يجب التأكد من موت صاحبه.

ج - يجب الحصول على إذن من واهب العضو قبل عملية النقل في حالة الموت الطبيعي أو من أهله في الحوادث.

د - يجب أن تتوفر الاحتياطات اللازمة للتأكد من أنه لن يكون هناك قتل أو تجارة في أعضاء الجسد.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرُ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: ١١٥] وقال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَحْصَةِ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣] وقال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

وجه الدلالة من هذه الآيات: أنها أفادت أنه إذا توقف شفاء المريض أو الجريح وإنقاذ حياته على نقل العضو من آخر بأن لا يوجد من المباح ما يقوم مقامه في شفائه وإنقاذ حياته جاز نقل هذا العضو إليه.

الفرع الرابع: الاستحسان بالعرف.

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف

بذلك قولاً أو عملاً بما اعتباده الناس^(١).

مثال: العرف القولي: مثاله: لو حلف شخص وقال: "والله لا أدخل بيتاً" فالقياس يقتضي: أنه يحنث إذا دخل المسجد؛ لأنه يسمى بيتاً لغة، ولكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر، وهو: عدم حنثه إذا دخل المسجد؛ لتعارف الناس على عدم إطلاق هذا اللفظ على المسجد^(٢).

مثال: العرف العملي: فهو على نوعين^(٣):

النوع الأول: عادة عملية، أو عرف عملي، وجد في عصر الرسول ﷺ، وعلمه، وأقره؛ فهذا يعتبر مخصصاً، والحقيقة: أن المخصص هو تقرير النبي ﷺ.

النوع الثاني: عادة عملية، أو عرف عملي وجد بعد عصره عليه الصلاة والسلام؛ فإذا استمر العمل حتى كان إجماعاً عملياً؛ فهو يخصص العموم، عند من يقول بحجية الإجماع العملي، والحقيقة: أن المخصص هو الإجماع. مثاله: بيع المعاطاة - وهو: دفع ثمن المبيع للبائع وأخذ المبيع عن تراض بينهما، دون أن يتلف أحدهما بشيء - جائز عند أكثر العلماء، ودليلهم: العرف؛ لأن البيع قد ورد الشرع بحله مطلقاً، ولم يشترط فيه شيء من الألفاظ، ولم يبين كلفيته، فيرجع ذلك إلى العرف.

وخالف في ذلك الكثير من الشافعية، وقالوا: لا يجوز بيع المعاطاة؛ لأن الشارع شرط الرضى لصحة البيع، وهو أمر خفي لا يعرف إلا بالإيجاب والقبول

(١) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، (١٤٥).

(٢) المذهب في علم أصول الفقه المقارن، (٣/ ٩٩٣).

(٣) العدة في أصول الفقه (٢/ ٥٩٣).

كجواز وقف المنقول من السلاح والفأس و ثياب الجنازة والحصر والبسط عند محمد بن الحسن وجمع من الحنفية مع أن القياس في مذهب الحنفية عدم صحة وقفه؛ لأن الأصل في الوقف التأييد والمنقول لا يتحقق فيه هذا الوصف وقد أجازوه لجريان عمل الناس عليه^(١).

الفرع الخامس: الاستحسان بالمصلحة^(٢).

ويقصد به أن الداعي إلى إخراج جزئية عن حكم القياس أو القاعدة والمصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج عن الناس وتيسير معاملاتهم. كعدم قطع يد السارق إذا سرق في المرة الثالثة للمصلحة وهي عدم وجود

(١) فتح القدير للسرخسي، (٢/ ٥١-٥٢).

(٢) والمصلحة: هي جلب المنفعة، أو دفع المضرّة.

وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: قسم شهد الشرع باعتبارها. فهذا هو القياس، وهو: اقتباس الحكم من معقول النص أو الإجماع.

القسم الثاني: ما شهد بطلانه: كإيجاب الصوم بالوقاع في رمضان على الملك؛ إذ العتق سهل عليه فلا ينزجر، والكفارة وضعت للزجر، فهذا لا خلاف في بطلانه؛ لمخالفته النص، وفتح هذا يؤدي إلى تغيير حدود الشرع.

القسم الثالث: ما لم يشهد له بإبطال، ولا اعتبار معين. وهذا على ثلاثة ضروب: الضرب الأول: ما يقع في مرتبة الحاجات: كتسليط الولي على تزويج الصغيرة، فذلك لا ضرورة إليه، لكنه محتاج إليه؛ لتحصيل الكفو؛ خيفة من القوات، واستقبالا للصالح المنتظر في المال.

الضرب الثاني: ما يقع موقع التحسين والتزيين، ورعاية حسن المناهج في العبادات والمعاملات، كاعتبار الولي في النكاح؛ صيانة. للمرأة عن مباشرة العقد؛ لكونه مشعراً بتوقان نفسها إلى الرجال، فلا يليق ذلك بالمروءة، ففوض ذلك إلى الولي؛ حملاً للخلق على أحسن المناهج.

ولو أمكن تعليل ذلك بقصور رأي المرأة في انتقاء الأزواج وسرعة الاعتراض بالظاهر: لكان من الضرب الأول، ولكن لا يصح ذلك في سلب عبارتها.

فهذان الضربان لا نعلم خلافاً في أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل؛ فإنه لو جاز ذلك: كان وضعاً للشرع بالرأي، ولما احتجنا إلى بعثة الرسل. ولكان العامي يساوي العالم في ذلك؛ فإن كل أحد يعرف مصلحة نفسه.

الضرب الثالث: ما يقع في رتبة الضروريات وهو ما عرف من الشارع الالتفات إليها.

وهي خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسبهم، ومالهم. ومثاله: قضاء الشرع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى البدع، صيانة لدينهم. انظر: روضة الناظر وجنة المناظر (١/ ٦٣٣)، وما بعدها.

يد يأكل بها أو يستنجي بها^(١).

وكالاستحسان بسد الذرائع وسنة الخلفاء الراشدين، فهذا النوع راجع إلى ما يعتمد عليه المجتهد من الأدلة التي تستثني بعض الجزئيات من الأصول الكلية استحساناً^(٢).

مثال: تضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين، وتضمين صاحب الحمام.

نتائج البحث

أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

- ١- الإيمان العميق بصلاحية الفقه الإسلامي، وكمال نهجه.
- القول الصواب في حجية الاستحسان أن الاستحسان منه ما هو مقبول ومنه ما هو مردود، فلا يرد كله، ولا يقبل كله فما كان راجعاً إلى دليل أو أصل عام فهو مقبول، وما كان راجعاً إلى الهوى أو الحكم بالعقل بلا دليل فهو مردود.
- ٢- أن الاستحسان نوعان:

-الأول الاستحسان القياسي وهو العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه، أو الاستحسان بالقياس.

-والثاني الاستحسان النصي وهو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، لدليل يقتضي ذلك الاستثناء.

- ٣- من أنواع الاستحسان النصي الاستحسان بالنص وبالإجماع وبالضرورة وبالعرف وبعمل الخلفاء وغيرها.
- ٤- أن الاستحسان له أثر في البيوع حيث أجاز بيع منفعة الحمام والاستصناع استحساناً في الكل.

(١) بدائع الصنائع للكاسبي، (٧ / ٨٦).

(٢) المنحول، للغزالي: (٤٧٩-٤٧٨)، وأصول السرخسي (٢ / ٢٠٠)، وما بعدها؛ والاعتصام، للشاطبي (٢ / ١٣٩).

المراجع

- ١- القرآن الكريم .
- ١- أحكام القرآن، لابن العربي تحقيق محمد عبد العاطي، مطبعة الباب الحلبي ١٣٩٣ .
- ٢- أصول السرخسي، للسرخسي، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٣- البحر الرائق في شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي .
- ٤- البحر المحيط، للزركشي تحقيق محمد محمد، دار الكتب العلمية.
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، دار الكتب العلمية ١٤٠٦ .
- ٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، دار المعرفة ١٤٠٧ .
- ٧- حاشية الجمل على شرح المنهج لسليمان الجمل، المكتبة التجارية.
- ٨- رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢ هـ)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر (وصورتها دار الفكر - بيروت)، الطبعة: الثانية، ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م.
- ٩- الاعتصام، المؤلف: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠ هـ)، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- ١٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢ هـ /

١٩٩١م.

١١ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي (٥٤١م - ٦٢٠هـ)، قدم له ووضح غوامضه وخرج شواهد: الدكتور شعبان محمد إسماعيل [ت ١٤٤٣ هـ]، الناشر: مؤسسة الريان، الطبعة: الطبعة الثانية ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

١٢ - رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، للشيخ د. يعقوب الباحسين مكتبة الرشد.

١٣ - سنن ابن ماجه: المؤلف: ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجه اسم أبيه يزيد (ت ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

١٤ - سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٠٢ - ٢٧٥ هـ)

١٥ - السنن الكبرى، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨ هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

١٦ - الاستحسان للشيخ د. يعقوب باحسين مكتبة الرشد.

١٧ - شرح معاني الآثار للطحاوي تحقيق محمد النجار دار عالم الكتب ١٤١٤ هـ.

١٨ - شرح منتهى الإرادات - المسمى: «دقائق أولي النهى لشرح المنتهى»، المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، فقيه

الحنابلة (ت ١٠٥١ هـ)، الناشر: عالم الكتب، بيروت. الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

١٩- شرح اللمع، للشيرازي تحقيق عبد الحميد تركي، دار الغرب الإسلامي

٢٠- الصحاح للجوهري، تحقيق أحمد عطار، دار العلم للملايين .

٢١- صحيح البخاري، المؤلف: أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة: السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، ١٣١١ هـ.

٢٢- صحيح مسلم، المؤلف: أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١ هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي - القاهرة (وَصَوَّرَتْهَا: دار إحياء التراث العربي - بيروت)

٢٣- المنخول من تعليقات الأصول، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥ هـ)، حققه وخرج نصه وعلق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، الناشر: دار الفكر المعاصر - بيروت لبنان، دار الفكر دمشق - سورية، الطبعة: الثالثة، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

٢٤- المستصفى، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥ هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.