أثـر الاستحسان
فـي المعاملات المالية
دراسة تطبيقية لأصل من أصول الفقه

د.نورالدين صغيري

مـدخـــل:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، وبعد

في هذا البحث سوف لا أتعرض ـ كما هو متعارف عند الباحثين ـ إلى التعاريف اللغوية والاصطلاحية للاستحسان ومناقشتها، ولا إلى بيان حجية الاستحسان وأدلة القائلين بحجيته، لأن ذلك من شأنه يدخلنا في دوامة التكرار، وتسويد الصحايف بما هو مدون في المختصرات والمطولات ولن أزيد على ما أصله الأصوليون في مدوناتهم ، لكن المجال التطبيق أراه ثريا ، وبحاجة لكشف وإماطة اللثام على بعض التطبيقات إن في العبادات أو الأسرة أو الجنايات أو المعاملات المالية وبيان الترجيح فيها بهذا الأصل أو غيره من الأصول ، وسوف أختصر في هذا البحث عن التطبيقات لأصل الاستحسان في المعاملات ، فالاستحسان في مجال المعاملات له دورٌ ملحوظ في تأثيره على نظر الفقيه في تأصيل القضايا المالية ، لأنه في حقيقته رعاية لمصالح العباد ، فيغلّب دائماً جانب المصلحة . فيما إذا ظهرت للفقيه . على جريان القياس الكلي ، ولا شك أن باب المعاملات كله مرتبط بالناس ومصالحهم، لذلك كان دور الاستحسان فيه ملحوظاً .

وسأتعرض لأثر الاستحسان في البيوع والمعاملات من خلال ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في أثر المعاملات بالاستحسان عموماً ، فنجري فيه تطبيقات عامة بحسب أنواع الاستحسان على قضايا البيوع والمعاملات بياناً لأثره في باب المعاملات .

والمبحث الثاني : في تطبيقات الفقهاء من المذاهب الأربعة المتبوعة للاستحسان في حكمهم على المسائل المالية ومعاملات الناس فيها .

والمبحث الثالث : في التطبيقات المعاصرة لأصل الاستحسان في مجال البيوع والمعاملات لتسهيل النظر الأصولي للمتعاملين في هذه المجالات حتى يتمكّنوا من الاستفادة من هذه الأصول في معاملاتهم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المالية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول

تأثّـر الـمعامــلات بالاستحسان

الاستحسان في أصله رعاية للمصلحة الجزئية في مقابلة القياس الكلي ، فيترك القياس الذي جرى في أكثر أحوال التشريع عند ملاحظة الفقيه أن ثَمَّة ضرر سيلحق بالناس أو الأفراد ، أو أن نوعاً من الحرج والمشقة ستعنتهم ، أو أن مصلحة لهم ستفوتهم ، أو أن حاجتهم تقتضي الانصراف عن القياس الكلي ، فيترك لأحد هذه الأسباب أو غيرها إجراء القياس الجاري ويقيم بدله ما يدفع الضرر أو ينفي الحرج أو يجلب المصلحة أو يرعى الحاجة في الناس فرداً كان أو جماعة ، على ضوء القواعد العامة الشرعية والمبادئ المرعية في الشرع .

لو عرفنا ذلك ؛ فإن أمر المعاملات كله تتنازعه المصلحة والمفسدة ، ويدخله الحرج والعنت ، ويلحق بالمتعاملين فيها الضرر ، وتطرأ عليهم الحاجات عامّة وخاصّة ، لذلك تتأثر المعاملات بالاستحسان تحليلاً وتحريماً، وتوجيهاً وإفتاءًا .

ويمكننا تأكيد هذه الدعوى باستعراض أنواع الاستحسان .كما قسمه العلماء . نُظهر من خلالها تأثر المعاملات بالاستحسان ، وذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول

استحسان النصّ والأثر :

يعني استحسان النصّ أن يُترك القياس المطّرد في المسائل الشبيهة لوجود نصّ في المسألة الخاصّة ، فيدخل تحته جميع الصور التي استثناها الشارع من عموم نظائرها ، ومن ذلك في مجال المعاملات :

1. بيع السَّلَم :

فإنه بيع ما ليس عند الإنسان ، فالأصل فيه عدم الجواز للنهي الوارد في بيع ما ليس في يد البائع ، ومنه قوله ρ : (لا يحلّ بيعٌ وسلف ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) [1] وقوله . : (لا

(1) أخرجه أبو داود برقم 3504 ، ج3 ص 283 كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تبع ما ليس عندك) [1].. فهذا النهي عام في كل بيع لما ليس في يد البائع ، ولكن الشارع استثنى من هذا النهي العام صورة خاصّة لحاجة الناس إلى التعامل به ، لأنه لو بقي على تحريمه ومنعه ؛ للحق الناس حرج ومشقة بدون التعامل به ، لذلك استثنى صورة السَّلَم من دون بقية صور بيع ما ليس عند البائع ، لأنه . كما يسميه الفقهاء بيع المفاليس . إذ المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله ، أو إصلاح حاله ، أو تسيير أعماله ، وهو بالسلم أسهل ، إذ لا بدّ من كون المبيع نازلاً عن القيمة فيربحه المشتري ، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة ، فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المآلية ، فلهذه المصالح شُرع السّلم [2].

فالمزارع مثلاً قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك ، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال ، ولذلك فهو في حاجة شديدة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يسيّر له أعماله ويصلح له أرضه ويعينه على الزراعة وتحصيل الغلّ. وإلاّ فاتت عليه مصلحة استثمار أرضه ، وكان في ذلك حرج عليه ومشقة وعنت ، لذلك أبيح السَّلم [3].

وقد ذكر الإمام ابن قدامة المقدسي رحمه الله هذه الجوانب من حكمة استثناء هذه المعاملة استحساناً فقال : « لأنّ المثمن في البيع أحد عوضي العقد ، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن ، ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل ، وقد تعوزهم النفقة ، فجوز لهم السّلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص » اهـ [4].

وكونه من استحسان النصّ ؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم هو الذي أباح هذه المعاملة فقال : (من أسلف في شيءٍ فليُسْلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) وذلك حين قدم عليه الصلاة والسلام المدينة فوجدهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث [5].

فكان الاستحسان هنا استحساناً بالنصّ ، لأن النصّ استثنى هذه المعاملة من ضمن المعاملات التي تشبهها في الصورة للحوق الحرج والضرر بالناس بدونها ، فترك الحكم بالتحريم وأبيح استثناءً وتخصيصاً .

---

(1) أخرجه أبو داود كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما لس عنده، برقم 3503 ، ج3 ص 283 .

(2) انظر : تعليل الأحكام ، محمد مصطفى شلبي ، ص 348 . 349 .

(3) انظر : عقد السلم في الشريعة الإسلامية ، د. نزيه حماد ، ص 11 .

(4) المغني لابن قدامة ، ج4 ص 305 .

(5) أخرجه البخاري في كتاب البيوع برقم 2240 ، 2241 ، ومسلم كتاب البيوع برقم 1604 ، وأبو داود في البيوع برقم 3463 ، والترمذي برقم 1311 ، وابن ماجة في التجارات برقم 2280 وغيرهم .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. عقد الإجارة :

والإجارة حقيقتها أنها عقد على المنافع وهي معدومة ، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه ولا إضافة التمليك إليه ، فالعقد على منفعة معدومة لا يجوز ، ولكن الشرع استثنى صورة الإجارة من عقود المنافع المعدومة فأجازها لحاجة الناس [1].

ووجه كونه مستثنى من العقود الممنوعة شرعاً ؛ « أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين ، كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غرراً ، ومن بيع ما لم يخلق » [2].

ولكن الشارع أجازها لما فيها من رفع حرج كثير وعنت شديد عن الناس ، فكان جوازها لحاجة الناس استحساناً بالنصّ ، فقد جاء في القرآن جواز عقد الإجارة في قوله تعالى (**إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج**) [3] .. وفي قوله تعالى (**فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ**) [4].. وفي السنة عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله ρ وأبو بكر τ رجلاً من بني الدِّيل هادياً خرِّيتاً وهو على دين كفار قريش » الحديث [5].

3. عقد القرض :

والقرض كما يقول الشاطبي رحمه الله : « فإنه ربا في الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقي على أصل المنع ؛ لكان في ذلك ضيقٌ على المكلفين » [6]..

وكما يقول برهان الدين بن مفلح في مبدعه : « هو نوعٌ من المعاملات مستثنى عن قياس المعاوضات لمصلحة لاحَظَها الشارع رفقاً بالمحاويج » [7].

---

(1) انظر : المغني لابن قدامة ، ج5 ص 227 .
(2) بداية المجتهد ، ج3 ص 420 .
(3) سورة القصص ، 27 .
(4) سورة الطلاق ، 6 .
(5) أخرجه البخاري ، في صحيحه برقم 3905 ج7 ص 230 .
(6) الموافقات ، ج4 ص 117 .
(7) المبدع في شرح المقنع ، ج4 ص 204 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال القرافي رحمه الله : « اعلم أن قاعدة القرض خولفت فيها ثلاثة قواعد شرعية : (قاعدة الربا) إنْ كان في الربويات كالنقدين والطعام ، (وقاعدة المزابنة) وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إنْ كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات ، (وقاعدة بيع ما ليس عندك) في المثليات ، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحةُ المعروف للعباد » اهـ [1].

ومع ذلك أجازه الشارع استثناءً عن قاعدة المنع في مثله ، لمصلحة المعروف للعباد ورفقاً بالمحاويج ، من قبيل الاستحسان بالنصّ ، وقد جاء في القرآن الكريم مشروعيته في قوله تعالى (**من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة**) [2].. وفي الحديث عن عبد الله بن مسعود τ مرفوعاً : (ما من مسلم يُقرض مسلماً قرضاً مرتين إلاّ كان كصدقة مرة) [3].

* * *

المطلب الثاني
استحسان الإجماع في المعاملات

وكما رأينا تأثر المعاملات المالية باستحسان النصّ والأثر ، فإنّ الاستحسان الذي يُترك القياس فيه بالإجماع كذلك أثّر في أمور المعاملات، وبنى الفقهاء به أحكاماً تتعلق بالمعاملات المالية من البيوع والعقود .

من ذلك :

1. عقد الاستصناع :

والاستصناع هو طلب الصنعة ، أو طلب عمل الصانع، ويقصد به شرعاً في اصطلاح الفقهاء : أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفاراً اصنع لي خفّاً طوله كذا وسعته كذا ، أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا ، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيقبل الآخر منه [4].

ووجه كونه متأثّراً بالاستحسان أنه على خلاف القياس الجاري في مثل صورته في البيوع والعقود ، لكنه لما كان الناس يتعاملون به من لدن الصحابة رضوان الله عليهم إلى يوم الناس هذا ؛ جاز التعامل به تركاً للقياس وعملاً بالاستحسان .

---

(1) الفروق للقرافي، ج4 ص 2، الفرق الحادي والمائتان بين قاعدة القرض وقاعدة البيع .
(2) سورة البقرة ، 245 .
(3) أخرجه ابن ماجة في السنن، ج2 ص 812، وابن حبان في صحيحه ج7 ص 249 .
(4) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ، ج6 ص 185 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقول السرخسي في ذلك : « وإذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس ، فالقياس أن لا يجوز ذلك ، لأنّ المستصنع فيه مبيع ، وهو معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه ρ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ثم هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد ، لم يجز بيعه ، فكذلك إذا كان معدوماً ، بل أولى ، ولكنا نقول: نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك ، فإنهم تعاملوه من لدن رسول الله ρ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر ، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله ρ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) وقال ρ : (لا تجتمع أمتي على ضلالة)[1].

وكما يقول ابن نجيم رحمه الله عن دليل الاستصناع : « دليله وهو الإجماع العملي وهو ثابت بالاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لكونه بيع المعدوم وتركناه للتعامل »[2].

فالأصل في مثل الاستصناع منعه ، لأنه من صور بيع المعدوم ، ولكنه جاز على خلاف القياس لتعامل الناس به على مرّ العصور ، فكان إجماعاً عملياً مارسه الصحابة ومن بعدهم دون نكير منكِر ، أو اعتراض معترض، فصحّ التعامل به استحساناً لا قياساً .

2. أجرة الحمام :

كذلك تعامل النّاس بدخول الحمام بأجر دون تحديد مقدار المكث فيه ، ومقدار ما يصبّ من الماء وما يستعمل، فكل هذا مجهولٌ، فأصله أن لا يجوز التعامل به، ولكن لما كان الناس يتعاملون بذلك من غير نكير من أحد جاز على خلاف القياس عملاً بالإجماع على سبيل الاستحسان .

وقد ذكر الإمام السرخسي رحمه الله هذه المعاملة على أنه نظير الاستصناع ومثله فقال في المبسوط : « وهو ـ أي الاستصناع ـ نظير دخول الحمام بأجر ، فإنه جائز لتعامل الناس ، وإن كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولاً .. »[3].

وكذلك يلحق بالاستصناع وبدخول الحمام بأجر : شرب الماء من السقّا بفلس ، والحجامة بأجر ، فكل ذلك جائز لتعامل الناس وإن لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع أو أن يشرب أو أن يمكث في الحمام أو أن يصنع من الكنة على ظهره فكل هذا غير معلوم ، فإذا ثبت هذا يترك كل قياس في مقابلته

---

(1) المبسوط للسرخسي ، ج12 ص 138 . 139 .

(2) البحر الرائق ، لابن نجيم ، ج6 ص 185 .

(3) المبسوط للسرخسي ، ج12 ص 138 . 139 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

.[1]

3. شركة المفاوضة :

شركة المفاوضة هي : أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ، وهي شركة عامة في جميع التجارات ، يفوّض كل واحد منهما الآخر أمر الشركة على الإطلاق . غيبة وحضوراً ، بيعاً وشراءً ، كراءً واكتراءً ، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة [2].

وقد ذهب إلى جواز هذه الشركة الحنفية والمالكية والحنابلة ، ومنع منها الشافعية . [3]

ووجّه الأحناف الجواز بأنه من باب استحسان الإجماع ، حيث جاء في الهداية: « فهو أن الناس تعاملوا بها من غير نكير ، والتعامل كالإجماع . وبهذا يترك القياس » [4].

* * *

المطلب الثالث
استحسان العُرف في المعاملات

والقياس قد يُترك من أجل إمضاء العرف ، سواء كان عرفاً قولياً أو كان عرفاً عملياً ، حين يخالف عرف الناس مقتضى القياس الجاري في مثل المعاملة وصورتها .

ولقد بنى الفقهاء بعض المعاملات المالية على هذا النوع من الاستحسان تركاً للقياس وتقديماً لأعراف الناس ، إذ أعراف الناس معتبرة في الشرع بنى عليها الشارع أحكاماً في العبادات والعاديات .

ومن المعاملات المالية التي تأثّرت باستحسان العرف ، مسألة :

1. هل يدخل في البيع ما ليس منه ؟ :

فقد أجرى الحنفية رحمهم الله استحسان العرف على مبيع وُجد فيه ما يتولد منه عادة ، أو مبيع وُجد فيه ما لا يتولّد منه عادة ، فالذي وُجد يتبع البائع إن كان مما لا يتولّد من المبيع عادة ، ويتبع المشتري إنْ كان مما يتولّد منه عادة .

---

(1) انظر : المبسوط نفسه الموضع السابق .

(2) الشرح الكبير ، ج3 ص 351 ، الهداية وشروحها ، ج5 ص 5 . 12 .

(3) راجع : المصادر السابقة ، والأم للشافعي ، ج3 ص 206 ومغني المحتاج ، ج2 ص 212 ، المغني لابن قدامة ج5 ص 22 ، وج4 ص 11 . 12 ، بداية المجتهد ، ج3 ص351 .

(4) الهداية وشروحها، ج5 ص 6 . 7، وأثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء، ص 166 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مثاله : [1]

أ ـ لو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة ، فاللؤلؤة للمشتري ، لأنها تتولّد من الصدفة .

ب ـ لو اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة ، كذلك اللؤلؤة للمشتري لأن السمكة تأكل الصدفة وتتولد منها واللؤلؤة تتولّد من الصدفة .

ج ـ لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة أخرى ، فالسمكة الأخرى للمشتري .

د ـ أما لو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة ، فاللؤلؤة هنا للبائع ، لأن اللؤلؤ لا يتولّد من الدجاج ، ولا هو من علفها ، فلا يدخل في بيعها.

هـ ـ قال أبو يوسف رحمه الله : « كل شيء يوجد في حوصلة الطيران كان مما يأكله الطير فهو للمشتري ، لأنه يكون بمنزلة العلف له ، وإن كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع . » [2].

و ـ لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابّة .

ز ـ ولا يدخل ثياب بدن العبد في بيع العبد على القياس ، ولكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة . وهي التي يلبسها في اليوم والليلة . فهذه الثياب تدخل في بيع العبد ، استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم .

جاء في بدائع الصنائع : « القياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابّة .. لكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة ، لتعامل الناس وتعارفهم ، وأما الثياب النفيسة التي لا يلبسها إلاّ وقت العرض للبيع ؛ فلا تدخل في البيع ، لانعدام التعارف في ذلك ، فبقي على الأصل القياس ، وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد ، فبني الأمر فيه على ذلك . » اهـ [3].

2. استئجار دابة ليحمل عليه محملاً :

من استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى بلد كذا ، فإن الفقهاء جوّزوا ذلك استحساناً ، وإن كان المحمل مجهولاً ، ومثل هذا يُفسد الإجارة لجهالته ، فالقياس أن مثل هذا العقد لا يجوز ، ولكن لَمّا تعارف الناس ذلك ، تُرك القياس لعُرف الناس استحساناً ، لأن ما تعارف عليه الناس يقضي على النّزاع الذي ينشأ بسبب تلك الجهالة ، فيصرف إلى ما تعارفه الناس [4].

---

(1) بدائع الصنائع ، ج5 ص 167 .

(2) بدائع الصنائع ، نفسه .

(3) بدائع الصنائع ، نفس المكان .

(4) الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، د. محمد مصطفى شلبي ، ص 178 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3. من ردّ عارية إلى بيت مالكها لا يضمن :

من استعار دابة فقضى بها مراده ثمّ ردّها إلى بيت مالكها، ولم يسلمها لمالكه في يده ، فهلكت، أفتى العلماء أنه لا يضمن استحساناً، مع أن القياس في المال المستعار أن يردّ إلى مالكه في يده، ولكن في هذه الحالة تعارف الناس إلى الردّ إلى بيت المالك وإنْ لم يرد إليه في يده، فتُرك القياس بعرف الناس [1].

* * *

المطلب الرابع

استحسان الضرورة في المعاملات

والقياس الذي جرى في الصور المشابهة من البيوع والعقود المالية . وغيرها . قد يُترك في محل الضرورة ، تقديماً لمقتضي الضرورة على مقتضي القياس ، تخصيصاً على سبيل الاستحسان .

وقد أجرى الفقهاء هذا التخصيص والاستحسان في بعض صور البيوع والمعاملات ، ومن ذلك :

1. الوكالة :

فقد نطق الفقهاء بصحة أن يوكل شخص آخر ليبيع له ويشتري ، ومما استندوا إليه في تصحيح الوكالة اعتبار الضروة ، قال ابن قدامة رحمه الله : « يصح التوكيل في الشراء ... لأن الحاجة داعية إليها ، فإنه لا يمكن كل أحد شراء ما يحتاج إليه فدعت الضرورة إليها » [2].

2. استئجار الظئر للرضاع :

منع الفقهاء من عقد الإجارة على ما تذهب أجزاؤه بالانتفاع به،كالمطعوم والمشروب وغيرهما ، لأنّه عقد على المنافع ، فلا تجوز لاستيفاء العين ، هذا هو القياس ، ولكن جوّز الفقهاء استئجار الظئر للرضاع ، مع أنه من استيفاء العين ، مع ذلك أجازه الفقهاء لمحل الضرورة، فتُرك القياس للضرورة استحساناً .

قال ابن قدامة رحمه الله في الكافي : « ولا تجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاؤه بالانتفاع به كالمطعوم والمشروب والشمع ليسرجه والشجر يأخذ ثمرته والبهيمة يحلبها لأن الإجارة عقد على المنافع فلا تجوز لاستيفاء عين كما لو استأجر ديناراً لينفقه ، إلا في الظئر تجوز للرضاع لأن الضرورة تدعو إليه لبقاء

---

(1) المرجع نفسه .

(2) الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ، ج2 ص 239 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآدمي ولا يقوم غيرها مقامها » اهـ [1].

* * *

المطلب الخامس
استحسان المصلحة في المعاملات

استحسان المصلحة هو النوع الخامس من أنواع الاستحسان ، وتأثّر المعاملات المالية به وارد بأكثر من غيره من أقسام وأنواع الاستحسان ، لأن الشرع ما جاء إلاّ لجلب مصلحة العباد في الدارين ، والمعاملات راعى فيها الشرع ما يجلب للناس المنافع والمصالح .

لذلك بنى الفقه على استحسان المصلحة كثيراً من المعاملات المالية ، فيترك القياس الجاري في المسائل المشابهة من أجل تحصيل المصلحة الخاصة، وللتمثيل يمكن أن نسوق هذه المسائل :

1. تضمين الصُّنَّاع :

ويسميه بعضهم . تضمين الأجير المشترك .كتضمين الصبّاغ والخيّاط وصاحب الحمام وصاحب السفينة ، لما أتلف عندهم من متاع ، والقياس عدم الضمان ، لأنهم مؤتمنون ، والمؤتمن لا ضمان عليه ، لكن هذا القياس تُرك استحساناً لمصلحة الناس وخوفاً على ضياع أمتعتهم ، وسداً لذريعة الإهمال والتسيّب [2].

2. شرط الخيار لغير المتعاقدين :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في أصح قوليه وأحمد في الظاهر من مذهبه إلى جواز أن يشترط المتعاقدين أو أحدهما الخيار لأجنبي من غير المتعاقدين .

وقد وجّه الحنفية تصحيحهم لاشتراط الخيار للأجنبي بالاستحسان للحاجة إليه ، والحاجة مصلحة ، فكان من قبيل استحسان المصلحة .

وتوجيههم لذلك استحساناً : « أن الخيار شرع للحاجة إليه ، لاستخلاص الرأي وتحصيل الأحظّ للمتبايعين ، وهذه الحاجة قد تدعو إلى اشتراطه للأجنبي ، بأنْ كان أعرف بالمبيع أو بالعقد منهما ، أو أن يكون العاقد يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير ، غير واثق في ذلك ، ويعلم بفلان من الناس جودة رأيه ومعرفته بالقيمة وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته ، فيجب تصحيحه ، لأن

---

(1) الكافي نفسه ، ج2 ص 303 .

(2) انظر : المنتقى شرح الموطأ ، ج6 ص 177 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفس الخيار »[1].

فهذه بعض تأثّرات المعاملات بالاستحسان بأنواعه الخمسة ، وإنما أردنا التأصيل دون التفاصيل ، ويكفي في التأصيل التمثيل بالقليل ، وهذا ما كان .

وفيما يلي من مبحث نستعرض تطبيقات الفقهاء من المذاهب الأربعة المتبوعة في بناء قضايا المعاملات والبيوع على أصل الاستحسان ، والله الموفّق والمعين .

المبحث الثاني
تطبيقات المذاهب للاستحسان في المعاملات

في هذا المبحث نحاول بتوفيق من الله تعالى وكرم منه أن نظهر أثر الاستحسان في نظر الفقهاء لجوانب البيوع والمعاملات المالية ، وكيف أنهم طبّقوا الاستحسان في مجال المعاملات ، ولكنا سنكتفي باستعراض تطبيقات الفقهاء من المذاهب الأربعة المتبوعة ، الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، والشافعية . ونؤخر الشافعية مع أنهم في الرتبة الزمنية يأتون قبل الحنابلة ، لأن مذهبهم المشهور إنكار الأخذ بالاستحسان وإعماله ، وهم يبطلون الاستحسان ـ كما رأينا ـ وإنْ كانوا يقولون به في حالات كثيرة .

وبيان ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول

تطبيقات الأحناف للاستحسان في المعاملات

إنّ للأحناف تطبيقات واسعة للاستحسان في مجال البيوع والمعاملات المالية ، لا نستطيع أن نستقصي جميعها في هذا البحث التأصيلي ، الذي يكفي فيه التمثيل ببعضها لا بإيراد جميعها ، ولذلك نمثّل لبعض تطبيقات الحنفية للاستحسان في المسائل الآتية :

المسألة الأولَى : شرط العاقد التعدد :

فقد رأى الأحناف أنه لا يصلح الواحد أن يكون عاقداً من الجانبين ، إلاّ الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته ، أو بما يتغابن فيه الناس عادة ، أو يشتري مال الصغير لنفسه .

فاستحسن الأصحاب الثلاثة هذا ، مع أن القياس أن لا يجوز ذلك، كما هو قول زفر .

ووجه القياس : أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى العاقد ، وللبيع حقوق متضادة ، مثل التسليم

---

(1) انظر : أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء ، ص 155 ـ 156 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والتسلّم والمطالبة ، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلّماً ومتسلّماً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال ، ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلاً من الجانبين في باب البيع ، وإن صلح رسولاً من الجانبين ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي إلى الاستحالة .

ووجه الاستحسان : قوله تبارك وتعالى (**ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن**) [1] فيملكه الأب ، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته وبما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قرباناً على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلاّ في تلك الحال ، لكمال شفقته، فكان البيع والشراء بذلك قرباناً على وجه الأحسن .

وفي هذه الحالة لا يؤدي كون الأب هو العاقد من الجانبين إلى الاستحالة ، لأنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ ، فتعدّد العاقد حكماً ، فلا يؤدّي إلى الاستحالة [2].

فهذه المعاملة من قبيل استحسان النصّ والأثر .

المسألة الثانية : إعارة الوَلِيّ مال الصغير :

يرى الأحناف أنّ الولِيَّ على مال الصغير له أن يسافر بماله ، وله أن يدفع ماله مضاربة ، وله أن يبضّع ، وله أن يوكل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار ، لأن هذه الأشياء من توابع التجارة ، فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها .

كذلك رأوا أنه يملك أن يعير مال الصغير ، ولكن استحساناً لا قياساً. فعلى القياس لا يجوز ، ولكن جاز استحساناً .

ووجه القياس: أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض ، فكان ضرراً في مال الصغير ، والتصرف في مال الصغير يجب أن يكون بما فيه نفعه لا ضرره ، لأنه تصرفٌ بالتي هي أحسن ، لا بالتي هي أسوأ.

ووجه الاستحسان : أن هذا من توابع التجارة وضروراتها ، فتملك بملك التجارة [3].

وهذه المعاملة من قبيل استحسان الضرورة ، إذ جعلوا الإعارة من توابع التجارة الضرورية .

المسالة الثالثة : اشتراط عدم الجهالة المفضية إلى المنازعة :

اشترط الحنفية لصحة البيع شروطاً عامة ، منها أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علماً يمنع من

---

(1) سورة الإسراء ، 34 .

(2) انظر : بدائع الصنائع ، ج5 ص 135 . 136 .

(3) راجع : بدائع الصنائع ، ج5 ص 154 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنازعة ، ، فإن كان أحدهما . المبيع أو الثمن . مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع ، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد البيع ، لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلّم ، فلا يحصل مقصود البيع ، أما إذا لم تكن مفضية إلى المنازعة فلا تمنع من ذلك فيحصل مقصود البيع ، ومن ذلك :

. إذا قال : بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه .

. أو قال : بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا ، وسكت عن الخيار .

في هذه الحالة يكون البيع فاسداً ، لأن المبيع مجهول .

ولو ذكر الخيار ، بأن قال: على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي ، فالبيع صحيح لا يفسد استحساناً ، والقياس أن يفسد.

ووجه القياس : أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحدهما من غير تعيين ، وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولاً ، فيمنع صحة البيع .

ووجه الاستحسان : الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم ، لذلك جوّز الأحناف هذا البيع لتعامل الناس [1].

فكأن هذه المعاملة من قبيل استحسان العرف ، أو من قبيل استحسان الإجماع ، لأنهم يستعملون تعامل الناس في العرف كما يستعملونه في الإجماع .

المطلب الثاني

تطبيقات المالكية للاستحسان في المعاملات

ركّز المالكية استعمال الاستحسان في المعاملات والبيوع فيما يُترك للتيسير ورفع المشقة وإيثاراً للتوسعة والإرفاق بالناس ، فيُترك لأجل ذلك اليسير التافه من الغرر والجهالة .

ويمكن أن نمثّل لذلك بالمسائل الآتية :

المسألة الأولى : استثناء اليسير من لحم الشاة عند بيعها:

فمن باع شاة أو بعيراً أو بقرة واستثنى من لحمها أرطالاً يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز عندهم ، ولكن

(1) انظر : بدائع الصنائع نفسه ، ج5 ص 156 . 157 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعض متأخري المالكية استحسنوا اعتبار صغر البهيمة وكبرها ، فإن كانت البهيمة كبيرة يكثر حجم المستثنى ، وإن كانت صغيرة يقلّ حجم المستثنى .

وقال ابن عرفة : « استحسن بعض المتأخرين اعتبار صغر البهيمة وكبرها » [1].

والقياس : أنه لا يجوز الاستثناء ، لأن النبي ρ منع من ذلك ففي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ρ « نهى عن المحاقلة ، والمزابنة ، والمخابرة ، والمعاومة ، والثُّنْيا » [2].

ووجه الاستحسان : أن هذا الاستثناء من الثُّنْيا اليسير ، فجاز توسعة على الناس وإرفاقاً لهم ، فصحّ في اليسير دون الكثير .

المسألة الثانية : الشفعة في شراء الأرض :

وقد سئل مالك في : قوم حبست عليهم دار فبنوا فيها ، ثم أن أحدهم مات ، فأراد بعض ورثة الميت أن يبيع نصيبه من ذلك البنيان ، فقال إخوته: نحن نأخذ بالشفعة . أفترى لهم في مثل هذا شفعة ؟.

فقال مالك : ما الشفعة إلا في الأرضين والدور ، وإن هذا الشيء ما سمعت فيه بشيء ، وما أرى إذا نزل مثل هذا إلا ولهم في ذلك الشفعة، فاشتهر عن مالك أنه استحسن أن يجعل في ذلك الشفعة .

ووجه الاستحسان : أن ذلك يدخل على الباقين منهم إذا تركه صاحب الأرض مضرة ، إذا صار يهدم نصف كل بيت ، فيدخل في ذلك فساد ، وإنما أصل الشفعة أنها جعلت للمضرة [3].

المسألة الثالثة : ثبوت الشفعة في الثمار :

جاء عن المالكية أنهم استحسنوا الشفعة في الثمار .

ووجه الاستحسان كما ذكر في حاشية الدسوقي : « إنما استحسن الشفعة في الثمار والمقثأة لكونها تجني مع بقاء أصلها ، وهذا المعنى موجود في القول المذكور ، فإلحاقه بالثمار والمقثأة ظاهر ، ولا يحتاج القياس لنص من الإمام ، وإلا كان قياس أهل المذهب ما لم ينص عليه الإمام على ما نص عليه غير صحيح فتأمل » [4].

---

(1) التاج والإكليل لمختصر خليل ، للمواق ، محمد بن يوسف العبدري ، ج4 ص 281 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ج3 ص 175 .

(3) المدونة الكبرى ، ج14 ص 403 .

(4) حاشية الدسوقي ، ج 3 ص 482 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الرابعة : الحجر على المغمى عليه :

جعل ابن الحاجب وابن شاس من المالكية أسباب الحجر سبعة هي : الصبا ، والجنون ، والتبذير ، والرق ، والفلس ، والمرض ، والنكاح في الزوجة.

وجعلوا المجنون محجوراً عليه حتى الإفاقة ، فبالإفاقة ينفك عنه الحجر وفي ذلك تفصيل .

قال في الذخيرة : " ويزول الحجر عن المجنون بإفاقته ، إن كان الجنون طارئاً بعد البلوغ ، لأنه كان على الرشد ، وإن كان قبل البلوغ فبعُد إثبات الرشد " اهـ [1].

وأما المغمى عليه فهل يُحجر عليه أو لا ؟. فقد روي عن مالك أنه استحسن أن لا يُحجر عليه .

قال القرطبي في أوائل سورة النساء : « استحسن مالك أن لا يحجر عليه لسرعة زوال ما به » اهـ [2].

المسألة الخامسة : الشفعة في الكتابة والدين يباعان :

وسئل مالك رضي الله عنه عن الشفعة في الكتابة والدين يباعان ، هل يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟.

فقال : « لهما الشفعة في ذلك » وأخذ به مطرف ، وابن الماجشون، وابن وهب ، وأشهب ، وأصبغ ، وابن عبد الحكم ، وإليه ذهب ابن حبيب ، وحكى في ذلك حديثاً من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله ρ قال : (الشفعة في الكتابة والدين).

وحكي عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها [3].

المسألة السادسة : الردّ بالخيار :

وصورته : لو اشترى سلعة بالخيار ، ثمّ مات ، وله ورثة ، فقيل : يردّ ، وقيل : يختار الإمضاء .

قال أشهب : القياس أن يفسخ ، ولكنا نستحسن إنْ أراد الإمضاء أن يأخذ من لم يُمضِ إذا امتنع البائع من قبوله نصيب الرادّ [4].

المسألة السابعة : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب :

---

(1) مواهب الجليل ، ج5 ص 58 .
(2) تفسير القرطبي ، م3 ج5 ص 26 .
(3) مواهب الجليل ، ج5 ص 314 .
(4) انظر : إرشاد الفحول ، ص 402 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقد نصّ المالكية أنهم يخصّصون بيع العرية بخرصها تمراً ، مع أنه من بيع الرطب باليابس ، قالوا : " لكنه أبيح لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعرّي والمعرّى له ، ولو امتنع مطلقاً ؛ لكان وسيلة لمنع الإعراء، كما أنّ ربا النسيئة لو امتنع في القرض ؛ لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه " [1].

المطلب الثالث

تطبيقات الحنابلة للاستحسان في مجال المعاملات

كذلك الحنابلة . وهم من القائلين بالاستحسان . استعملوا الاستحسان في قضايا البيوع والمعاملات المالية ، ومن تطبيقاتهم للاستحسان في البيوع والمعاملات نذكر هذه المسائل :

المسألة الأولى : إذا تعدَّى الشريك في غير المتعاقد عليه :

ذهب الحنابلة في الشريك لو تعدى في غير المتعاقد عليه بينهما مطلقاً إلى أقوال :

. فقال بعضهم : ضمن والربح لرب المال .

. وقال آخرون : إن اشترى بعين المال فهو كفضولي .

. وذكر فريقٌ منهم : إن اشترى في ذمته لرب المال ثم نقدوه وربح ثم أجازه فله الأجرة ، وإن كان الشراء بعينه فلا.

. وقال في المغنى والشرح الكبير: له أجرة مثله ما لم يحط بالربح.

. وذهب الإمام أحمد رحمه الله إلى أن الربح لرب المال ، ثم **استحسن** هذا بعد .

وقد نظم بعضهم هذا ، فقال :

وإن تعدى عامل ما أمرا به الشريك ثُم ربح ظهرا
وأجرة المثل له وعنه لا والربح للمالك نص نقلا
وعنه بل صدقه إذ يحسن لأن ذاك ربح ما لا يضمن [2].

المسألة الثانية : الردّ بالعيب :

وهو أن يكون المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب ، فقد ذهب الحنابلة إلى أن له

---

(1) الموافقات ، للشاطبي ، ج4 ص 117 ، والإشارة في معرفة الأصول للباجي ، ص 312 . 313 .

(2) الإنصاف للمرداوي ، ج5 ص 426 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ردها وليس معها شيء . وروي ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي و أبو ثور و عثمان البتي .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يمنع الردّ ، ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة وإسحاق ، لأن الوطء يجري مجرى الجناية ، لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال ، فوجب أن يمنع الردّ ، كما لو كانت بكراً .

وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردّها ومعها أرش .

قال ابن قدامة رحمه الله : " فصل : ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج، لم يمنع ذلك الردّ بغير خلاف نعلمه ، فإن زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب ، فإن كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث، وإن كان قد زال ؛ فحكمه حكم وطء السيد .

قال رحمه الله : « وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد ، وهو محمول على الرواية الأخرى ، إذ لا فرق بين هذا وبين وطء السيد »[1].

المسألة الثالثة : إدراك رب الأرض أرضه من الغاصب :

إن أدرك رب الأرض أرضه من الغاصب واسترجعها منه ، وكان قد زرعها ، والزرع قائم ، كان الزرع لصاحب الأرض ، وعليه النفقة ، وإن سحقت بعد أخذ الغاصب الزرع ، فعليه أجرة الأرض.

قال ابن قدامة رحمه الله : " فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب ، لا نعلم فيه خلافا وذلك لأنه نماء ماله ، وعليه الأجرة إلى وقت التسليم ، وضمان النقص ، ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة ، أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضا .

فأما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه وخيّر المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرض نقصها ، وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أكثر الفقهاء : يملك إجبار الغاصب على قلعه والحكم فيه كالغرس سواء ، لقوله عليه السلام : (ليس لعرق ظالم حق) ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغراس .

قال الحنابلة : ولنا ما روى رافع بن خديج قال قال رسول الله ρ : (من زرع في أرض بغير إذنهم

---

(1) المغني لابن قدامة ، ج4 ص 110 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته) [1] فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على قلعه ، لأنه ملك للمغصوب منه . وروي أن النبي ρ رأى زرعاً في أرض طهير فأعجبه ، فقال : ما أحسن زرع طهير ، فقيل له : إنه ليس لطهير ولكنه لفلان . قال : فخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته) قال رافع : فأخذنا زرعنا ورددنا عليه نفقته .. ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر ، أو غصب لوحاً فرقع به سفينة ، فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن التلف ، كذا ها هنا ، ولأنه زرع حصل في ملك غيره ، فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به ، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة وفارق الشجر والنخل ، لأن مدته تتطاول ولا يعلم متى ينقلع من الأرض ، فانتظاره يؤدي إلى ترك رد الأصل بالكلية ، وحديثهم ورد في الغرس ، وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك أولى من إبطال أحدهما.

إذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً أو أحجاراً يحتاج في نقله إلى مدة ، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته .

وفيما يردّ على الغاصب روايتان :

إحداهما : فيه الزرع ، لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته ، كما لو أتلفه ، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه، بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً ، ولو لم يكن ملكاً له لما ملكه بأخذه، فيكون أخذ المالك له تملكاً ، إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته ، ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع ، لأن الزرع كان محكوماً له به ، وقد شغل به أرض غيره

والرواية الثانية : أنه يردّ على الغاصب ما أنفق من البذرة ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره ، وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام : (عليه نفقته) وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسألة ، فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس .

ووجه القياس : أن الزرع لصاحب البذرة ، لأنه نماء عين ماله ، فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له أو طعاماً فعلفه دواب له ، كان الماء له، وقد صرح به أحمد فقال : هذا شيء لا يوافق

(1) أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال الترمذي هذا حديث حسن .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القياس ، استحسن أن يدفع إليه نفقته للأثر ، ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له ، وإذا كان العمل بالحديث ؛ فيجب أن يتبع مدلوله [1].

المسألة الرابعة : فتوى أبي الخطاب في مسألة العينة :

فقد أفتى أبو الخطاب من الحنابلة رحمه الله في مسألة العينة فقال : " وإذا اشترى ما باع بأقلّ مما باع قبل نقد الثمن الأول لم يجز استحساناً ، وجاز قياساً " .

قال الطوفي : فالحكم في هذه المسألة ونظائرها من الربويات الجوازُ، وهو القياس ، لكن عدل عن نظائرها بطريق الاستحسان فمنعت [2].

المسألة الخامسة : بيع المصحف وشراؤه :

فقد أفتى الإمام أحمد رضي الله عنه بالمنع من بيع المصحف وأمر بشرائه استحساناً [3].

المطلب الرابع
تطبيقات الشافعية للاستحسان في المعاملات

الشافعية وإن كانوا اشتهر مذهبهم أنهم يبطلون القول بالاستحسان، مع أننا وجدناهم قائلين بنوع من الاستحسان ؛ ومطبقين للاستحسان في كثير من فتاواهم وأقوالهم ونظرهم في مجال البيوع والمعاملات المالية . وسنذكر بعض تطبيقاتهم للاستحسان في المعاملات من خلال المسائل الآتية :

المسألة الأولى : احتمال الجهالة في البيع للضرورة :

قال النووي رحمه الله : « ونقل الإمام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف في شيء منها ببيع أو هبة لثالث لأنه لا يتحقق الملك ولو باع أحدهما أو وهب للآخر صح على الأصح ، وتحتمل الجهالة للضرورة ولو باعا الحمام المختلط كله أو بعضه لثالث ولا يعلم كل واحد منهما عين ماله ، فإن كان الأعداد معلومة كمائتين ومائة والقيمة متساوية ووزعا الثمن على أعدادهما صح البيع باتفاق الأصحاب ، وإن جهلا العدد لم يصح لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن ، فالطريق أن يقول كل واحد : بعتك الحمام الذي لي في هذا البرج بكذا فيكون الثمن معلوماً ، ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة . قال في

---

(1) المغني لابن قدامة ، ج5 ص 148 .

(2) راجع : نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر ، لبدران الدومي ، ج1 ص 407 .

(3) انظر : المسودة ، لآل تيمية ، ص 400 ، ونزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر ، ج1 ص 407 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوسيط : لو تصالحا على شيء صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع ، ويقرب من هذا ما أطلق في مقاسمتهما ، واعلم أن الضرورة قد تجوز المسامحة ببعض الشروط المعتبرة في العقود كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات قبل الاختيار، يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوي أو بالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق، فيجوز أن تصح القسمة هنا أيضاً بحسب تراضيهما ، ويجوز أن يقال إذا قال كل منهما بعت مالي من حمام هذا البرج بكذا والأعداد مجهولة يصح أيضا مع الجهل بما يستحق كل واحد منهما ، والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه ولو باع أحدهما جميع حمام البرج بإذن الآخر فيكون أصيلا في البعض ووكيلا في البعض جاز ثم يقتسمان الثمن » [1].

فهذا من قبيل استحسان الضرورة الذي يقول به الحنفية ، فإن المنع بالجهالة هو مقتضى القياس ولكنهم جوّزوا ذلك للضرورة ، وهذا من صميم الاستحسان .

المسألة الثانية : مدّة الشفعة :

فقد أفتى الإمام الشافعي رضي الله عنه في مدّة الشفعة فقال : " إذا علم صاحب الشفعة فأكثر ما يجوز له طلب الشفعة في ثلاثة أيام ، فإذا كان في ثلاثة أيام لم يجز طلبه ".

قال الشافعي : " هذا استحسان منّي وليس بأصل" [2].

المسألة الثالثة : إعارة أرض للبناء والغراس :

قال ابن دقيق العيد : " إذا أعار شخص أرضاً للبناء والغراس ، فبنى المستعير أو غرس ، ثم رجع واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمن واحد ، قيل : هو كما لو كان لهذا عبدٌ ولهذا عبدٌ فباعاهما بثمن واحد .

قال : المذهب القطع بالجواز للحاجة ، وهذا مخالف للقياس ، فهو استحسان أو استصلاح " اهـ [3].

وقد ذكر الإمام العزّ بن عبد السلام جملة من المسائل التي خالفت القواعد الشرعية العامة والتي خالفت أيضاً القياس ، وكلها مما هو من قبيل الاستحسان ، وللمعاملات نصيب وافر من هذه المسائل

---

(1) روضة الطالبين ، للنووي ، ج3 ص 259 .

(2) البحر المحيط للزركشي ، ج6 ص 96 .

(3) البحر المحيط نفسه ج6 ص 98، نقلاً عن كتاب ابن دقيق العيد" اقتناص السوانح ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تراجع هناك[1].

المبحث الثالث

تطبيقات معاصرة للاستحسان في المعاملات

ولما كان الاستحسان عبارة عن ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخّص إرفاقاً للناس وتوسعة عليهم ، أو هو العدول عن مقتضى القياس الجاري إلى قياس خفي لمصلحة أو ضرب من الضرر أو لخوف المفسدة أو لخوف تفويت المصلحة الجزئية ، فإننا يمكن أن نستفيد من هذا الأصل كثيراً في قضايانا المعاصرة ، خاصّة في المعاملات المالية .

ويمكنني أن أمثّل ببعض ما يمكن أن يستفاد فيه من الاستحسان كقاعدة شرعية وكدليل شرعي معتبر في مجال المعاملات .

ومن ذلك :

المسألة الأولى : الشرط الجزائي :

قد يتعطل العاقد في عقده حين لا يشترط على الواعد بالشراء شيئاً يمكن به التعويض عن التعطّل والانتظار ، وربما يتراجع المواعد بالشراء ، فيلحق صاحب السلعة الضرر الكبير .

لذلك يرى بعض العلماء جواز العربون في البيع ، وهذا على سبيل الاستحسان لا على مقتضى القياس .

فالقياس أنه لا يجوز ، لأن النبي ρ نهى عن العُربان كما أخرج مالك في الموطأ وأبو داود وابن ماجة .

والعربان : ان يتواعد البائع والمشتري على بيع وشراء سلعة ، ويعطي المشتري البائع مبلغاً ويقول: إنْ تمّ البيع فهو من الثمن ، وإلاّ فهو لك تأكيداً للارتباط بينهما .

فذهب الجمهور إلى المنع من العُربون ، على أنه أخذ لمال بلا عوض[2].

وذهب الإمام أحمد إلى جوازه ، وقد استند إلى ما روي عن نافع بن الحارث . وهو عامل عمر ابن

---

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ، ج2 ص 307 . 326 .

(2) المجموع شرح المهذب ، ج9 ص 334 . 335 ، وشريعة الإسلام صالحة للتطبيق د. القرضاوي ، ص 88 . 89 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخطاب على مكة . أنه اشترى داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ، فإن رضي عمر فالبيع له، وإنْ لم يرض فلصفوان أربع مائة .

وفي عصرنا الأنسب تجويز العربون كشرط جزائي بالمتلاعب أو فيما يظهر فيه لحوق الضرر بالبائع .

قال الأستاذ مصطفى الزرقا عن طريقة العربون : " هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة ، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها ، وهي أساس لطريقة التعهد ، بتعويض ضرر الغير عن التعطّل والانتظار .[1]

قال القرضاوي : " ويلاحظ أنه في فترة الانتظار قد تفوته فرصة أو أكثر للبيع بثمن ملائم " [2].

فيرى بعض العلماء .كالقرضاوي ومصطفى الزرقا وغيرهما . جواز الشرط الجزائي لضمان التعويض عن الانتظار والتعطّل ، وهو الصحيح إن شاء الله .

ووجهه الاستحسان ، لأن القياس امتناعه ، لأنه أخذ مال بلا عوض، وهذا ممنوع . ولكنه جاز للحوق الضرر بصاحب السلعة وبالبائع استحساناً ، وهو من قبيل استحسان العرف ، لأنه صار من عرف التجار، أو هو من قبيل استحسان المصلحة ، لأنه نظر مصلحي لدفع الضرر عن البائع .

وليس هو مخالفة للنصّ ، لأنّ النصّ ضعيف بجميع طرقه كما بيّنه النووي في المجموع .

المسألة الثانية : استثمار مال الزكاة :

فاليوم قد تلجأ بعض مؤسسات الزكاة في بعض الدول الإسلامية إلى استثمار أموال الزكاة لتنمو وتزداد حتى تفي بمطالب الفقراء والمساكين .كما لجأت دولة السودان إلى إنشاء بنك خاصّ باستمثار وادخار أموال الزكاة .

فهذا يجوز استحساناً لا قياساً .

ووجه القياس : أنه لا يجوز ، لأنه من التصرف في ملك الغير ، والتصرّف في ملك الغير لا يجوز إلاّ بإذنه ، فالمال مال الغير ، لأنه مال الفقير والمسكين ، فلا يجوز على القياس الجاري التصرف فيه إلاّ بعد الإذن من أصحاب المال ، ومن العسير استرضاء كل الفقراء والمساكين وتحصيل إذنهم جميعاً ، كما أنه لا يصدق إذن بعضهم على موافقة الجميع في الإذن بالتصرف في مالهم .

ووجه الاستحسان : أنه جاء النص والأثر عن رسول الله ρ على خلاف مقتضى القياس ، بجواز

---

(1) شريعة الإسلام للقرضاوي ، ص 89 .

(2) المرجع نفسه .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التصرف في مال الغير بما فيه نفع صاحب المال وبما يجلب مصلحته .

ولقد صحّ عن عروة البارقي رضي الله عنه : أن النبي ρ أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة ، فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه) [1].

قال الصنعاني رحمه الله : " في الحديث دلالة على أن عروة شرى ما لم يوكل بشرائه ، وباع كذلك ، لأنه أعطاه ديناراً لشراء أضحية ، فلو وقف على الأمر لشرى ببعض الدينار الأضحية وردّ البعض ، وهذا الذي فعله هو الذي تسميه الفقهاء العقد الموقوف الذي ينفذ بالإجازة وقد وقعت هنا.

وللعلماء فيه خمسة أقوال :

. الأول: أنه يصح العقد الموقوف، وذهب إلى هذا جماعة من السلف عملا بالحديث.

. والثاني : أنه لا يصح ، وإليه ذهب الشافعي ، وقال إن الإجازة لا تصححه محتجاً بحديث : (لا تبع ما ليس عندك) وهو شامل للمعدوم وملك الغير ، وتردد الشافعي في صحة حديث عروة ، وعلق القول به على صحته .

. والثالث : التفصيل لأبي حنيفة ، فقال يجوز البيع لا الشراء، وكأنه فرق بينهما بأن البيع إخراج عن ملك المالك وللمالك حق في استبقاء ملكه ، فإذا أجاز ن فقد أسقط حقه ، بخلاف الشراء ، فإنه إثبات لملك فلا بد من تولي المالك لذلك.

. والرابع: لمالك وهو عكس ما قاله أبو حنيفة ، وكأنه أراد الجمع بين الحديثين حديث لا تبع ما ليس عندك وحديث عروة فيعمل به ما لم يعارض .

. والخامس : أنه يصح إذا وكل بشراء شيء فيشتري بعضه ، وهو للجصاص .

وإذا صح حديث عروة فالعمل به هو الراجح . اهـ من الصنعاني[2].

وحسب اطلاعي فقد صحح الحديث النووي والمنذري ، فبموجب الحديث يكون العمل على الراجح .

وعلى هذا ؛ يكون جواز استثمار أموال الزكاة من قبيل استحسان النصّ والأثر . والله أعلم .

---

(1) قال الحافظ ابن حجر : رواه الخمسة إلا النسائي وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه ، وأورد له الترمذي شاهداً من حديث حكيم بن حزام ، الحديث في إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه ، قال المنذري والنووي : إسناده حسن صحيح . بلوغ المرام بشرح سبل السلام ، ج3 ص 31 .

(2) راجع سبل السلام للصنعاني ، ج 3 ص 31 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المسألة الثالثة : أخذ التمر والرطب من نخل الغير :

في كثير من البلدان يتعارف الناس على الرضا من قطف الرطب وأخذ التمر من نخل الغير بغير إذنه ، وهذا من أكل مال الغير بغير إذنه ، والتصرف في مال الغير بدون إذنه لا يجوز . ولكنه جاز استحساناً لتعامل الناس على رضا ، ومن لم يرض يصرّح .

فوجه القياس : أنه تصرف في مال الغير بغير إذنه ، وهو ممنوع .

ووجه الاستحسان : أنه من تعامل الناس وتعارفهم على الرضا من أخذ التمر والرطب من نخيلهم جميعاً ، فجاز على سبيل استحسان العرف والعادة .

الخـاتمـــة

هذه بعض المسائل التي أجرينا فيها تطبيقات تصلح أن تكون معاصرة ، يلحق بها كل ما يطرأ أو يحدث ويكون مخالفاً لمجرى القياس أو مقتضى الدليل ، فيترك مقتضى الدليل ويعمل بمقتضى الاستحسان على طريقة الفقهاء لا على التشهي والهوى .

وكم كان الناس ولا يزالون في حاجّة شديدة إلى معرفة هذه الأصول الشرعية والقواعد العامة الفقهية كلية وجزئية حتى يتسنّى لهم خاصّة من يقتحمون مجالات البيوع والمعاملات ، فإنهم أحوج ما يكونون إلى التعرّف على هذه الأصول والأدلة وتطبيقاتها ، ليصادفوا الصواب كثيراً ويعصموا أنفسهم من الزلل الكثير والخطأ المسيء ، والوقوع في المحاظير ومخالفة الشرع .

أسأل الله تعالى أن ينفع بهذه الورقات كل منتفع ، ويسدّ بها ثغرات بنفسها أو مع غيرها من إسهامات الشيوخ والعلماء .

اللهم اجعل عملي كله صالحاً واجعله لوجهك خالصاً ولا تجعل لأحد فيه شيئاً .

.. وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ..

.. والحمد لله رب العالمين ..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com