دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

| | |
|---|---|
| العنوان: | الاستحسان واثرة فى فقة المعاملات |
| المصدر: | مجلة كلية أصول الدين |
| الناشر: | جامعة أم درمان الإسلامية - كلية أصول الدين |
| المؤلف الرئيسي: | منير، عبدالمحمود بلال |
| المجلد/العدد: | ع13 |
| محكمة: | نعم |
| التاريخ الميلادي: | 2015 |
| الشهر: | ذو الحجة |
| الصفحات: | 185 - 220 |
| رقم MD: | 758524 |
| نوع المحتوى: | بحوث ومقالات |
| اللغة: | Arabic |
| قواعد المعلومات: | IslamicInfo |
| مواضيع: | الفقة الاسلامى، المعاملات، الاستحسان |
| رابط: | http://search.mandumah.com/Record/758524 |

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

# الاستحسان وأثره في فقه المعاملات

د. عبد المحمود بلال منير (*)

**مقدمة**:

يزخر الفقه الإسلامي بثروة كبيرة من الأحكام الفقهية التي تستوعب النشاط الإنساني في هذه الحياة، وكان لكل مذهب نصيب في المشاركة في بناء صرح الفقه الإسلامي استنادا إلى الأصول والأدلة التي اعتمدها وجعلها مناهج للاستنباط ولذا تعددت الأدلة والأصول التي سار عليها الفقهاء، واتفقوا على بعض الأدلة والأصول واختلفوا في البعض الآخر، ومن الأدلة التي وقع الخلاف في اعتبارها الاستحسان، ولأهمية هذا الموضوع وكونه محتفا بشيء من الغموض في توصيفه، واعتباره من عدمه، رأيت أن أكتب في هذا الموضوع تجلية لماهيته، وتحقيقا لحجيته، وأثر ذلك في اختلاف الفقهاء في الفروع الفقهية في باب المعاملات.

(*) أستاذ أصول الفقه المشارك بكلية الشريعة والقانون

## تعريف الاستحسان وتحرير محل الخلاف

**تعريف الاستحسان في اللغة:**

الاستحسان في اللغة: استفعال من الحسن، وهو عد الشيء واعتقاده حسنا[1]. ويستحسن الشيء أي يعده حسنا [2].

وأما في اصطلاح الأصوليين فقد عرفوه بتعريفات متعددة، ونورد بعضا منها:

1/ فقد عرفه الغزالي[3] الشافعي في كتابه (المستصفى) بقوله: "ما يستحسنه المجتهد بعقله ". وقال معلقا على هذا التعريف إنه: هو الذي يسبق إلى الفهم [4].

2/ وعرفه الموفق ابن قدامة[5] المقدسي الحنبلي في كتابه (روضة الناظر): "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة" [6].

3/ وعرفه القاضي يعقوب [7]: "أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه" [8]، وعلق ابن قدامة على هذا التعريف وقال: "وهذا مما لا ينكر".

4/ وعرفه أبو إسحاق الشاطبي [9] المالكي بقوله: "وهو – في مذهب مالك – الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي" [10]

5/ وعرفه ابن العربي[11]: "الاستحسان إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص ، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته [12]

6/ وعرفه ابن رشد[13]: فقال: "الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس : هو: "أن يكون طرحا لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع[14].

7/ وعرفه أبو الحسن الكرخي [15] الحنفي بقوله: "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلاف لوجه هو أقوى يقتصي العدول عن الأول[16].

وقد علق الشيخ محمد أبو زهرة [17] في كتابه (أبو حنيفة ) على هذا التعريف ووصفه بأنه أحسن التعاريف، حيث قال: "وأحسن تعريف – في رأيي– هو ما قاله أبو الحسن الكرخى. وقال: وإنما رأينا ذلك التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه "[18].

واختلفت عبارات الحنفية في تفسير الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة– رحمه الله: قال بعضهم: "بأنه دليل يقابل القياس الجلي، وقولهم هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه، وقال بعضهم هو القياس الخفي "[19].

وعرفه بعض متقدمي الحنفية بقولهم : هو: "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه". ولذلك أطلقوا عليه أنه : القياس الخفي [20]

ومنهم من قال: "إنه عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه [21] ومنه من قال إنه: "العدول عن حكم الدليل إلى العادة "[22]. حينما نستعرض الأقوال المتقدمة في تعريف الاستحسان نجد أنها ترجع في الجملة إلى الآتي:

1- القول بالهوى والتشهي.

2- قول ينقدح يفي نفس المجتهد لا يستطيع التعبير عنه.

3- العمل بأقوى الدليلين.

4- ترجيح قياس خفى على قياس جلي بناء على دليل.

**تحرير محل الخلاف في معنى الاستحسان:**

بعد أن ذكرنا التعاريف المتعددة للاستحسان نحاول أن نحرر محل الخلاف فيه فنقول: ليس الخلاف في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه، فإن هذا اللفظ وارد ومستعمل في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين.

قال الآمدي: "الخلاف ليس في نفس إطلاق لفظ الاستحسان جوازا وامتناعا لورود في الكتاب والسنة وإطلاق أهل اللغة "[23].

أما الكتاب فقوله تعالى: " الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ" [24]، وقوله تعالى: " وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا "[25] وقوله سبحانه: " اللَّهُ نَزَّلَ أَحْسَنَ الْحَدِيثِ "[26]، وقوله تعالى: " وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ "[27].

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[28].

وأما إطلاق المجتهدين: فما نقل عن الأمة من أنهم استحسنوا دخول الحمام من غير تقدير عوض الماء المستعمل، ولا تقدير مدة السكون فيها وتقدير أجرته "[29] وكذلك ما نقل عن الشافعي أنه قال في المتعة: "استحسن أن تكون ثلاثين درهما"، وقوله: "استحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام "، وقوله: "استحسن ترك الشيء للمكاتب من نجوم المكاتبة "[30].

فلم يبق الخلاف إلا معنى الاستحسان وحقيقته ولاشك أن الاستحسان قد يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبحا عند غيره ، وهو في اللغة استفعال من الحسن ، وليس ذلك هو محل الخلاف لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين – على امتناع حكم المجتهد في شرع الله تعالى بشهواته وهواه من غير دليل شرعي، وأنه لا فرق في ذلك

بين المجتهد والعامى[31]. وإنما محل الخلاف وراء ذلك، وإذا أمعنا النظر في التعاريف السابقة للاستحسان تلخص لدينا ما يلي:

1/ إذا نظرنا إلى الاستحسان بالمعنى الذي عرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي وما شابهه من التعاريف، وجدنا أن العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة وإن اختلفوا في التسمية ، وذلك لأننا نجد أن الاستحسان بهذا المعنى لا يخرج عن الأدلة الشرعية المتفق عليها، وكذلك إذا أخذناه بالمعنى المذكور في تعريفات الحنفية: "دليل يقابل القياس الجلي "، تخصيص قياس بدليل أقوى منه"، "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه".

قال الغزالي: "التأويل الثالث للاستحسان ذكره الكرخى وبعض أصحاب أبي حنيفة ممن عجز عن نصرة الاستحسان وقال ليس هو عبارة عن قول بغير دليل بل هو بدليل وهو أجناس: منها العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص من القرآن مثل قوله ما لي صدقة أو لله على أن أتصدق بمالي فالقياس لزوم نظير بكل ما يسمى مالا، لكن استحسن أبو حنيفة التخصيص بمال الزكاة لقوله تعالى: " خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً "[32]، ولم يرد إلا مال الزكاة، ومنها أن يعدل بها عن نظائرها بدليل السنة كالفرق في سبق الحديث، والبناء على الصلاة بين السبق والتعمد على خلاف قياس الأحداث ، وهذا مما لا ينكر، وإنما يرجع إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة [33].

ويقول المحلى في شرحه على جمع الجوامع ، بعد ذكره تعريف بعض متقدمي الحنفية : "هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، ولا خلاف فيه بهذا المعنى ، فإن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعا [34].

ومثل هذا الكلام يقال : من باب أولى – في المعنى الذي ذكره ابن قدامة المقدسي، فإنه نقل عن القاضي يعقوب قوله: "القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله وهو أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه، وهذا مما لا ينكر، وإن اختلف في تسميته فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى [35].

2/ وإذا أخذنا الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الشاطبي وجدنا: أنه يمكن اعتبار هذا المعنى محلا للخلاف ، حيث إنه: "عدول عن القياس في مسألة جزئية إلى حكم آخر اقتضته مصلحة جزئية في هذه المسألة "، والاستحسان على هذا النحو مسلك– في استخراج الأحكام – غير الكتاب والسنة والقياس والإجماع ، فهو يصلح محلا للنزاع ، لكن البحث فيه يتعلق ببحث المصالح المرسلة أكثر من تعلقه بالاستحسان ، لأنه فرع منها، إذ إن فيه عدولا عن مقتضى حكم اليأس في قضية إلى حكم آخر إذا كان القياس يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر غالب أعظم من المصلحة المتوخاة في إعمال القياس، يؤكد هذا ما قاله الشاطبي بعد تعريفه الاستحسان : "ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشبهه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضى فيها أمرأ إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك "[36]، وهذا هو الاستصلاح على الإجمال.

على أننا نستطيع القول: إن الاستحسان بهذا المعنى يختلف عن قاعدة الاستصلاح، من حيث أن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية تخالف مقتضى القواعد القياسية على سبيل الاستثناء من تلك القواعد، بينما بناء الحكم على مقتضى المصلحة المرسلة لا يشترط فيه أن يكون ثمة قياس يعارضها، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

قال الشاطبي بعد ذكره مسائل على الاستحسان: "إن قيل: هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا: نعم، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة [37].

3/ ذكر الامدي[38] في الإحكام: "وإنما النزاع في إطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل إلى العادة )[39].

على أن الأصوليين – منهم الآمدي – يرون أن هذا المعنى لا يصلح محلا للنزاع أيضا وذلك لأن العادة إن كان يراد بها ما ثبت في زمانه صلى الله عليه وسلم – من غير إنكار منه – كان الحكم ثابتا بالسنة . أو ما جرى في عهد الصحابة – رضي الله عنهم – من غير إنكارهم عليه- كان الحكم ثابتا بالإجماع.

وفي هذين الحالين يعمل بهذه العادة بالاتفاق، وإن كان يراد بالعادة شيء آخر ما ذكر مما لم تثبت حجيته كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم كانت هذه العادة مردودة قطعا، ويمتنع ترك الدليل الشرعي بها وعلى هذا لا يصلح هذا المعنى للاستحسان محلا للنزاع [40].

**والظاهر من كلام الأصوليين أن الخلاف ظهر في موطنين:**

**الموطن الأول:** استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به متقدمو الحنفية بقولهم : "الدليل ينقدح في ذهن المجتهد لا تساعد العبارة عنه، حيث وصفه بعض النافين للاستحسان بأنه هوس ووهم وخيال.

وقيل إن هذا المعنى هو أكثر ما كان يقصده متقدمو الحنفية، ويشبه أن يكون هو مراد الإمام أبي حنيفة نفسه [41].

على أن أكثر الأصوليين يرون أن هذا المعنى – أيضا – لا يصلح محلا للنزاع لأنه متردد بين القبول والرد، إذ إن ما ينقدح في نفسه إن كان بمعنى أن المجتهد قد تثبت واطمأن لها انقدح في ذهنه من دليل ، وأنه من الأدلة الشرعية ، فلا خلاف في وجوب العمل عليه بهذا الدليل ، ولا أثر لعجزه عن التعبير عنه، إلا إذا أراد أن يجادل غيره فلابد من إظهاره .

وإن كان بمعنى أن المجتهد شاك ومتردد: هل ما انقدح في نفسه دليل محقق، أم هو وهم مجرد فاسد، فلا خلاف حينئذ في رد هذه المعنى ، وبطلان مثل هذا الدليل.

**الموطن الثاني:** هو استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الغزالي بقوله: "ما استحسنه المجتهد بعقله " حيث إن هذا المعنى للاستحسان هو الذي يسبق إلى الفهم ، كما قال الغزالي: والظاهر أن المراد بهذا ما يستحسنه المجتهد بعقله دون أن يكون هناك دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس ، ولذلك وصفه الشافعي بقوله : "إنما الاستحسان تلذذ"[42]. ولا يمكن أن يكون مراد الشافعي ما سبق في معنى الاستحسان التي مردها إلى الأدلة المقبولة اتفاقا، ويؤكد هذا قوله: "ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان "[43]، وقوله: "باب إبطال الاستحسان، قال الشافعي: وكل ما وصفت مع ما أنا ذاكر وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر من حكم الله ثم حكم رسوله صلى الله عليه وسلم ثم حكم المسمين دليل على أنه لا يجوز لمن استاهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتى إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب ثم السنة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني "[44].

قال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (الشافعي)، بعد سوقه هذا النص: "هذه الجملة لها نظائر في كتاب إبطال الاستحسان ، وفي كتاب جماع العلم ، وفي الرسالة وفي غيرها من ثنايا كتاب الأم ، وهى تدل على أمرين:

أحدهما: أن كل اجتهاد لم يعتمد فيه المجتهد على الكتاب أو السنة أو أثر أو إجماع أو قياس على واحد منها يكون استحسانا، لأن المجتهد يكون ق أخذ فيه بما يستحسن، لا بما أعطاه الدليل بنصه، أو بدلالته.[45]

على أن هذا المعنى – الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى ومن بعده الغزالي – لا يصلح – في الحقيقة – محلا للنزاع ، لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالتشهي والهوى ، وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي.

ومن ناحية آخري: نرى أن معاني الاستحسان المتعددة التي سبق ذكرها– وخاصة ما ذكره القائلون بالاستحسان – لا تنطبق على هذا المعنى.

قال الشاطبي : بعد ذكره تعريف الاستحسان وأقوال بعض الأئمة: "وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم قبل، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه، فإن مثل هذا لا يكون شمعة أعشار العلم ، ولا أغلب من القياس الذى هو أحد الأدلة "[46].

هذا، وبعد هذه الجولة في تحرير محل النزاع، نضطر إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين في هذا الباب: من أنه – في الحقيقة – لا يتحقق معنى الاستحسان الذي يصلح محلا للنزاع، ولا يعدون الخلاف أن يكون خلافا في التسمية ، ولا حاصل للنزاع اللفظي.

قال العضد: "والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه"[47]، وقال الأسنوي[48]: وقد تلخص من هذه المسألة: "أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه"[49].

وقال المحلى بعد ذكر التعاريف والجواب عليها: فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلا للنزاع "[50].

## أدلة القائلين بالاستحسان والنافين له

بالرغم مما ذكرنا في تحرير محل النزاع من أنه لا يتحقق الاستحسان المختلف فيه، ويصلح محلا للنزاع ، فلقد اختلفت المذاهب الأربعة في موقفهم من الاستحسان ، ولم تتحد آراؤها في مدى حجيته بحسب ما ذكره علماء الأصول ، ومن هنا كان لزاما أن نذكر أدلة الطرفين كما وردت في كتابات الأصوليين.

**أولا: أدلة القائلين بالاستحسان**

تمسك القائلون بالاستحسان بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع .

**من الكتاب:**

1- **قوله تعالى** (كَذَّبَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ)[51].

وجه الاستدلال: ورود الآية في معرض الثناء والمدح للذين يتبعون أحسن القول.

2- **قوله تعالى**: (أَوَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ)[52].

وجه الاستدلال: أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل ، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن ، وهو معنى الاستحسان ، والأمر للوجوب، ولولا أنه حجة لما كان كذلك.

**ومن السنة:**

قوله صلى الله عليه وسلم : "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[53].

**وجه الاستدلال:** دل الحديث على أن ما رآه الناس في عاداتهم ، ونظر عقوله مستحسنا فهو حسن في الواقع ، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله، وما هو حق وحسن عند الله تعالى فهو حجة.

**ومن الإجماع :**

أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدي أجرة وعوض الماء، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه.

وكذلك استحسانهم شرب الماء من أدي السقائيين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب، ولا سبب لذلك إلا المشاحة في مثله قبيحة في العادة ، فاستحسن الناس تركه.

هذه بعض الأدلة ذكرها الأصوليون حججا، وتمسك بها القائلون بالاستحسان وإن كان بعضهم قد سماها سببا كالغزالي، وردها [54]

**أدلة الشافعي – رحمه الله – في إبطال الاستحسان:**

استدل الشافعي – رحمه الله تعالى – بأدلة كثيرة لإبطال القول بالاستحسان، منها:

1/ أن الله تعالى لم يترك الإنسان سدى بل أمره ونهاه وبين له ما أمره به، وما نهاه عنه في كتابه على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم نصا أو دلالة ، ومن قال بالاستحسان أجاز لنفسه أن يكون بمعنى السدى ، وخالف ما قال الله تعالى.

قال في الأم : "فإن قال فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا؟ قيل قال الله عز وجل: (أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى) (55) فلم يختلف أهل العمل بالقرآن فيما علمت أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى ورأى أن قال أقول بما شئت وادعى ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفى السنن فخالف منهاج النبيين وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين (56).

ثم ذكر أمثلة عن حكم النبي صلى الله عليه وسلم بما أوحي إليه، وانتظاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بما أوحي إليه به.

2/ لا يجوز الحكم إلا بالخبر أو الإجماع أو القياس عليهما، والقول بالاستحسان ليس قولا بالخبر أو الإجماع ولا قياسا عليهما، قال الشافعي في الرسالة: "وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز، بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله، ولا في القياس. فقال : أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك، لأنه إذا أمر النبي بالاجتهاد، فالاجتهاد أبدا لا يكون إلا على طلب شيء، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس (57).

وقال أيضا: "ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع والآثار، وما وصفت من القياس عليهما(58).

وقال في الأم: "وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ولا يكون الحق معلوما إلا عن الله نصا أو دلالة من الله فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه – صلى الله عليه وسلم نبيه تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصا أو جملة (59).

3/ أن الصحابة – رضوان الله عنهم – كانوا يحكمون بالخبر أو بالقياس عليه، كما فعلوا في الحكم في جزاء الصيد، فقد حكموا فيما ليس له مثل بأقرب الأشياء شبها بالنعم، ولم يقولوا برأيهم واستحسانهم، قال في الأم : وقال الله جل ثناؤه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) (60) فكان معقولا عن الله في الصيد النعامة وبقر الوحش وحماره والتيتل والظبي الصغير والكبير والأرنب واليربوع وغيره ومعقولا أن النعم الإبل والبقر والغنم وفي هذا ما يصغر عن الغنم وعن الإبل وعن البقر فلم يكن المثل فيه في المعقول وفيما حكم به من حكم من صدر هذه الأمة إلا أن يحكموا في الصيد بأولى الأشياء شبها منه من النعم ولم يجعل لهم إذ كان المثل يقرب قرب الغزال من العنز والضبع من الكبش أن يبطلوا اليربوع مع بعده من صغير الغنم وكان عليهم أن يجتهدوا كما أمكنهم الاجتهاد وكل أمر الله جل ذكره وأشبه لهذا تدل على إباحة القياس وحظر أن يعمل بخلافه من الاستحسان لأن من طلب أمر الله بالدلالة عليه فإنما طلبه بالسبيل التي فرضت عليه ومن قال استحسن لا عن أمر الله ولا عن أمر رسوله – صلى الله عليه وسلم – قلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال ولم يطلب ما قال بحككم الله ولا بحكم رسوله ، وكان الخطأ في قول من قال هذا، بينا بأنه قد قال : أقول وأعمل بما لم أؤمر به ولم أنه عنه وبلا مثال على ما أمرت به ونهيت عنه وقد قضى الله بخلاف ما قال فلم يترك أحدا إلا متعبدا (61)

4/ ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله – فيما ليس فيه خبر – أجاز لغيره من العوام – أصحاب العقول – أن يقولوا ذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق فكذلك لا يجوز للمجتهد ان يستحسن بعقله.

جاء في الرسالة : "فهل تجيز أنت أن يقول الرجل : استحسن بغير قياس ؟ فقلت: لا يجوز هذا عندي – والله أعلم – لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر بإتباعه فيما

ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان"(62).

وقال: "ولو قال بلا خبر لازم وقياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزا"(63).

وجاء في الأم: "(قال الشافعي ): "ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ولا قياس عليه كان محجوجا بأن معنى قوله أفعل ما هويت وإن لم أؤمر به مخالف معنى الكتاب والسنة فكان محجوجا على لسانه ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفا، فإن قيل ما هو؟ قيل لا أعلم أحدا من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتى ولا بحكم برأي نفسه إذا لم يكن عالما بالذي تدور عليه أمور القياس من الكتاب والسنة والإجماع والعقل لتفصيل المشتبه فإذا زعموا هذا قيل لهم ولم لم يجز لأهل العقول التي تفوق كثيرا من عقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا أو يقولوا فيما قد نزل مما يعلمونه معا أن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع وهم أوفر عقولا وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم"(64).

5/ إن الاستحسان لا ضابط له كما ليس به مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل مفت أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه لأدى ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة ، لا ضابط لها ولا مقاييس تبين الحق فيها، وما هكذا تفهم الشرائع.

قال في الأم : "أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس وقال استحسن فلابد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه فيقول كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا، فإن كان هذا جائزا عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاءوا وإن كان ضيقا فلا يجوز أن يدخلوا فيه وإن قال الذي يرى منهم ترك القياس بل على الناس إتباع ما قلت قيل له من أمر بطاعتك حتى يكون على الناس إتباعك؟ أو رأيت إن ادعى عليك غيرك هذا

أتطيعه أم تقول لا أطيع إلا من أمرت بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على أحد وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته والحق فيما أمر الله ورسوله بإتباعه ودل الله ورسوله عليه نصا أو استنباطا بدلائل أو رأيت إذ أمر الله بالتوجه قبل البيت وهو مغيب عن المتوجه هل جعل له أن يتوجه إلا بالاجتهاد بطلب الدلائل عليه ؟ أو رأيت إذا أمر بشهادة العدل فدل على أن لا يقبل غيرها هل يعرف العدل من غيره إلا بطلب الدلائل على عدله ؟ أو رأيت إذا أمر بالحكم بالمثل في الصيد هل أمر أن يحكم إلا بأن يحكم بنظره ؟ فكل هذا اجتهاد وقياس أو رأيت إذا أمر النبي – صلى الله عليه وسلم بالاجتهاد في الحكم هل يكون مجتهدا على غير طلب عين وطلب العين لا يكون إلا بإتباع الدلائل عليها وذلك القياس لأن محالا أن يقال اجتهد في طلب شيء من لم يطلبه باحتياله والاستدلال عليه لا يكون طالبا لشيء من سنح على وهمه أو خطر بباله منه.

قال الشافعي: "وإنه ليلزم من ترك القياس أكثر مما ذكرت وفى بعضه ما قام عليه الحجة وأسأل الله تعالى لي ولجميع خلقه التوفيق "(65).

هذه أبرز الأدلة التي ذكرها الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – في إبطال الاستحسان وإليها يرجع جملة ما استدل به غيره من الأصوليين والفقهاء لرد الاستحسان والعمل به بالمعاني التي ذكروا أنها تصلح محلا للنزاع – فيما لو جدت، أو أنها هي ما يسبق إلى الفهم منه.

هذا ما قاله الأصوليون من أدلة إثبات الاستحسان وإبطاله ، وإن ما قاله الشافعي – رحمه الله تعالى – حق، فمن استحسن فقد شرع، وتجرأ على الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان ، ولكن هذا كله إذا كان الاستحسان بالمعنى الذي قصده الشافعي – رحمه الله تعالى – وبينه ، وهو القول بالتشهي والهوى دون الاستناد إلى دليل ، لا إذا كان الاستحسان بالمعنى الاصطلاحي

الذي قال عنه المالكية : "أنه تسعة أعشار العلم ، ولا بالمعنى الذي قصده الحنفية ، وهو راجع إلى الأدلة المقبولة والمتفق عليها إجمالا كما رأينا في تحرير محل النزاع .

**أنواع الاستحسان عند القائلين به:**

إن القائلين بالاستحسان يطلقون هذه التسمية على أنواع عدة، نذكرها فيما يلي مع مثال كل نوع:

ينقسم الاستحسان إلى أنواع تبعا للدليل الذي يثبت بهن وهو إما بالنص أو بالإجماع، أو الضرورة ، أو القياس الخفي، أو العرف ، أو المصلحة، أو غيرها.

**1/ الاستحسان بالنص** (66):

إما من القرآن الكريم أو السنة، ومعناه أن يرد النص في مسألة ، ويتضمن حكما بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام ، وقد قال الغزالي عن هذا النوع " هذا " مما لا ينكر"(67) .

مثال الاستحسان بالقرآن: ما قاله الآمدي في الإحكام في قول القائل: "مالي صدقة " فإن القياس لزوم نظير بكل ماله وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى: (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً)(68). ولم يرد به سوى مال الزكاة .

وأما الاستحسان بالسنة : فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا في نهار رمضان ، والعدول عن حكم القياس إلى قوله صلى الله عليه وسلم لمن أكل ناسيا: "الله أطعمك وسقاك "(69).

وقد مثل السرخسي (70) الاستحسان بالسنة في جواز السلم، وقال: "وكذلك القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم، ثم العقد تركناه بالنص وهو الرخصة الثابتة بقوله عليه السلام: "ورخص في السلم (71)

**2/ الاستحسان بالإجماع :**

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس

.

قال السرخسي: "وأما ترك القياس بدليل الإجماع فنحو الاستصناع فيما فيه للناس تعامل فإن القياس يأبى جوازه تركنا القياس للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا"(72).

**3/ الاستحسان بالعرف والعادة :**

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك، أو عملا بما اعتاده الناس.

وقد مثله الآمدي بقوله : "وأما العادة : فكالعدول عن موجب الإجارات في ترك تقدير الماء المستعمل في الحمام، وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة ، كما ذكرناه فيما تقدم للعادة في ترك المضايقة في ذلك(73).

**4/ الاستحسان بالضرورة :**

أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضاه سدا للحاجة أو دفعا للحرج ، وذلك عندما يكون اطراد الحكم بالقياس مؤديا لحرج ، أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل ، فيعدل عنه حينئذ – استحسانا – إلى حكم آخر يزول به الحرج وتنحل به المشكلة.

ومثال هذا النوع من الاستحسان ما ذكره السرخسي في أصوله: "وأما الترك لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما نجست والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجانات فإن

القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة يتنجس بملاقاته تركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس فإن الحرج مدفوع بالنص وفى موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص.

وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا يتحقق لأنها لا تبقى زمانين فلابد من إقامة العين المنتفع بها مقام الإجارة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك"(74).

**5/ الاستحسان بالقياس:**

وهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأولى لكنه أقوى حجة وأسد نظرا، وأصح استنتاجا منه.

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب المذهب الحنفي، ولكثرة هذا النوع من الاستحسان نرى بعض الأصوليين وخاصة الحنفية يقتصر في تعريف الاستحسان على أنه هو القياس الخفي.

ومثال هذا النوع من الاستحسان:

**لا قطع على من سرق من مدينه:**

من المقرر فقها: أن من له على آخر دين حال من دراهم أو دنانير، فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها: يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده.

أما إذا كان الدين مؤجلا فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل ، ولكن في الاستحسان لا تقطع . قال صاحب الهداية : "ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه والمؤجل في سواه لأن التأجيل لتأخير المطالبة (75).

**سؤر سباع الطير:**

وقد يكون قياسا خفيا كما في سؤر سباع الطير، فإنه في القياس نجس، لأنه سؤر ما هو سبع مطلق فكان كسؤر سباع البهائم ، وهذا معنى ظاهر الأثر لأنهما يستويان في حرمة الأكل فيستويان في نجاسة السؤر.

وفي الاستحسان هو طاهر، لأن السبع ليس بنجس العين ، ودليل جواز الانتفاع به شرعا كالاصطياد والبيع تجارة وجواز الانتفاع بجلده وعظمه ، ولو كان نجس العين لما جاز كالخنزير وسؤر البهائم ، وإنما كان نجسا باعتبار حرمة الأكل لأنها تشرب بلسانها، وهو رطب من لعابها، ولعابها يتولد من لحمها، وهذا لا يوجد في سباع الطير لأنها تأخذ الماء بمنقارها ثم تبتلعها، ومنقارها عظم، وعظم الميت طاهر فعظم الحي أولى [76]

## أثر الاختلاف في الاستحسان في فقه المعاملات:

**المسالة الأولى: شرط الخيار لغير المتعاقدين**

اتفق الأئمة على صحة خيار المتعاقدين، واختلفوا هل يجوز أن يشترطاه، أو أحدهما لأجنبي أي لشخص غير المتعاقدين؟

ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في أصح قوليه، وهو الظاهر من مذهب أحمد – رحمهم الله تعالى – إلى أنه يجوز ذلك ، يصح البيع ولزم الشرط.

قال ابن رشد: " من يصح خياره [77] فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك: يجوز ذلك والبيع صحيح.

وقال الشافعي في أحد قوليه: "لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار، ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد، وهو قول أحمد. وللشافعي قول آخر مثل قول مالك ، ويقول مالك قال أبو حنيفة [78]: وفي الهداية : "ومن اشترى شيئا، وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض"[79].

وقال ابن قدامة: "إن شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره، وهذا قول أبي حنيفة، وللشافعي فيه قولان أحدهما لا يصح"[80].

وفى المجموع شرح المهذب في الفقه الشافعي: قال أصحابنا يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط وهو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله "[81].

هذا، وبالرغم من اتفاقهم في الحكم ولكنهم اختلفوا في طريق الوصول إليه، فالحنفية كان عمدتهم الاستحسان، وبمثله احتج الشافعية، ولكنهم لم يسموه استحسانا، بل هو من باب القياس عندهم، بينما الحنابلة يحتجون بالآثار المنقولة عن النبي صلى الله عليه وسلم.

قال في الهداية: "وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه، فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري"[82].

ووجه الاستحسان: ".. إن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض"[83].

جاء في شرح فتح القدير: "(وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان ... وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير، لأن شرعيته لاستخلاص الرأي ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات، فيشترط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه [84].

قال ابن قدامة المقدسي: "ولنا، أن الخيار يعتمد شرطهما، ويفوض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما، وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه ، فلا يجوز إلغاوه مع إمكان تصحيحه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم "[85]. فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ "[86].

**المسألة الثانية: اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة:**

اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول : ذهب أبو حنيفة وأحمد – رحمهما الله تعالى – إلى أن هذا العقد جائز، ويلزم الشرط ، وان كانوا اختلفوا في المدة التي يجوز اشتراطها، فاتفقوا على الثلاثة ، ومنع أبو حنيفة الزيادة عليها، بينما أجازها أحمد، وذكر ابن قدامة عن مالك جوازه في اليومين والثلاثة ونحوها.

قال في النهاية: "ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز. وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبى حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا"[87].

وقال ابن قدامة : فإن قال: بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث، أو مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا. فالبيع صحيح. نص عليه. وبه قال أبو حنيفة ... وقال مالك : يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها ..."[88].

وعمدة الحنفية في هذه المسألة الاستحسان. جاء في بدائع الصنائع : "ولو اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع ... وفي الاستحسان جائز.

(وجه) القياس: أن هذا بيع علقت إقالته بشرط عدم نقد الثمن إلى ثلاثة أيام ، وتعليق الإقالة بالشرط فاسد، فكان هذا بيعا دخله شرط فاسد، فيكون فاسدا كسائر الأنواع التي دخلتها شروط فاسدة.

(وجه) الاستحسان: أن هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار، لوجود التعليق بشرط في كل واحد منهما، وتحقق الحاج المستدعية للجواز، أما التعليق فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام ، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار.

وأما الحاجة فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا؟ فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في الثلاث أم لا؟ وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا؟ فكان هذا بيعا مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعا فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار ، فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا ههنا دلالة "[89].

وأما عمدة الحنابلة فهو الاستدلال بقول الصحابي، استنادا إلى أن هذا روي عن عمر رضى الله عنه، ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار، ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف، ولآن هذا بمعنى شرط الخيار، لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع هل يوافقه أو لا يحتاج إلى التروي في الثمن هل يصير منقودا أو لا فهما سيان في المعنى متغايران في الصورة، إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ وههنا ينفسخ إذ لم ينقد لأنه جعله كذلك [90].

القول الثاني: ذهب الشافعية – رحمهم الله تعالى – في أصح الوجهين إلى أن البيع باطل. قال في المجموع: لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فوجهان حكاهما المتولي وغيره.

أحدهما: يصح العقد ويكون تقدير الصورة الأولى أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط وفي الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط.

والثاني: وهو الصحيح باتفاقهم وبه قطع الروياني وغيره أن البيع باطل في الصورتين " [91].

وعمدة الشافعية: أن هذا ليس بشرط خيار بل هو شرط فاسد مفسد للبيع لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما[92].

**المسألة الثالثة: قبض الهبة بغير إذن الواهب**

القبض في الهبة شرط كمال عند مالك – رحمه الله تعالى – وليس بشرط صحة، فالموهوب له يملك الموهوب بمجرد القبول، ويجبر على القبض.

وهو شرط صحة عند أبي حنيفة والشافعي – رحمهما الله تعالى – فلا يملك الموهوب الهبة ما لم يقبضها، وهو كذلك عند أحمد – رحمه الله تعالى – إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

جاء في بدائع الصنائع : "والكلام في الشرط في موضعين في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا؟ وفى بيان شرائط صحة القبض.

(أما) الأول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك – رحمه الله تعالى: ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض"[93].

واختلف هؤلاء القائلون بشرط القبض فيما إذا قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب.

1/ فذهب الشافعية والحنابلة غلى أنه لا تصح الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في المجلس أم بعده.

قال في مغني المحتاج: "ولابد أن يكون القبض (بإذن الواهب) فيه إن لم يقبضه الواهب سواء أكان في يد الواهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده (94).

قال ابن قدامة : "والواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها. ولا يصح قبضها إلا بإذنه فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ، ولم يصح القبض "(95).

وعمدة الشافعية والحنابلة : أن قبض الهبة بغير إذن الواهب، فلم يصح، كما بعد المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب.

فلا يصح التسليم إلا بإذنه، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه، ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض، بدليل ما بعد المجلس، ولو أذن الواهب –في القبض ، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ، لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه، لأن الهبة تمت(96).

2/ ذهب الحنفية إلى أنه إذا قبض الهبة في مجلس العقد جاز، وإذا قبضها بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن الواهب.

جاء في الهداية: فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز – استحسانا – وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض(97) .

وقال ابن قدامة: "وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح، وإن لم يأذن له(98) .

عمدة الحنفية في هذا التفريق بين القبض في مجلس العقد وفي غيره الاستحسان، ووجه الاستحسان : أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك إلا بالقبض فكان الإقدام على الإيجاب إذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لأن الإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق،

ولأن للقبض في باب الهبة شبها بالركن فيشبه القبول في باب البيع وايجاب البيع يكون إذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون إذنا بالقبض لا بعد الافتراق [99].

## خاتمة البحث

تناولنا في هذا البحث أحد أهم المبادئ التشريعية التي حصل فيها خلاف شديد على المستوى النظري و هو مبدأ الاستحسان ، وبينت المعاني التي يحتملها هذا المصطلح وهذا الدليل من خلال كتابات الأصوليين، وعلى ضوء تحرير معنى الاستحسان بينت حجيته واتضح من خلال الدراسة والتحقيق أنه لا يوجد استحسان مختلف فيه في الواقع، وأن خلاصة تعريفات الاستحسان ترجع إلى معنيين:

أحدهما صحيح وهو العمل بأقوى الدليلين. أو ما يعبر عنه بأنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى.

والثاني باطل: وهو ما يستحسنه المجتهد بعقله المجرد دون أن يستند إلى شيء من أدلة الشريعة المعتبرة.

ومن أثبت الاستحسان من أهل العلم وأخذ به أراد المعنى الصحيح قطعا، وأن من أنكر الاستحسان من أهل العلم وشنع على من قال به فإنما أراد المعنى الباطل قطعا.

وبذلك يتضح لنا أنه لا مدخل للرأي المجرد عن الدليل أو القول بالتشهي وما تمليه الأهواء في الاستحسان.

ثم ذكرت أثر الاستحسان في الفروع الفقهية في أبواب المعاملات، وذكرت ثلاث مسائل تطبيقية وهي شرط الخيار لغير المتعاقدين ، واشتراط نقد الثمن في مدة معلومة ، وقبض الهبة بغير إذن الواهب ، وتبين من خلال استدلالات الفقهاء مدى تأثير الاستحسان في ترجيح أحد الأقوال خصوصا في استدلالات أئمة المذهب الحنفي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

## المصادر و المراجع:


1- أبو حنيفة : حياته وعصره – آراؤه وفقهه : محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي – القاهرة .

2- أصول السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي شمس الأئمة السرخسي، دار المؤيد – الرياض.

3- إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية ، دار الجيل – بيروت.

4- الإحكام في أصول الأحكام : لأبي الحسن سيف الدين علي بن أبي على بن محمد بن سالم الثعلبى الآمدي، دار الكتاب العربي – بيروت.

5- الاعتصام : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، دار الكتاب العربي – بيروت.

6- الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي الدمشقي، الناشر : دار العلم للملايين – بيروت ، ط 4، 1992م.

7- الأم : لأبى عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عبدالمطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي، دار المعرفة – بيروت .

8- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: إبراهيم بن على بن محمد، ابن فرحون، تحقيق د. محمد الأحمدي ، دار التراث للطبع والنشر – القاهرة ، ط1 ،1393 هـ/1973 م.

9- الرسالة : محمد بن إدريس الشافعي ، تحقيق : احمد شاكر، الناشر : مكتبة الحلبى، مصر، ط1، 1358هـ/1940م

10- الشافعي: محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، القاهرة .

11- المبسوط : محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت- 1414هـ/1993م

12- المجموع شرح المهذب: محي الدين بن شرف النووي، تحقيق : محمود مطرحي، دار الفكر – بيروت، ط ، 1417هـ/ 1996م.

13- المحصول: لأبي عبدالله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي ، دراسة وتحقيق : الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة ، ط 3، 1997/1418

14- المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، تحقيق : محمد عبدالسلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية ، ط1 ،1413 هـ/1993 م

15- المغنى في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر – بيروت ، ط 1،1405 هـ.

16- الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ، دار إحياء التراث العربي – مصر.

17- الهداية في شرح بداية المبتدئ: على بن أبي بكر بن عبدالجليل الفرغاني الميرغيناني، المكتبة الإسلامية – بيروت.

18- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي- بيروت ، ط 2، 1982 م

19- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد، دار الفكر – بيروت

20- تخريج الفروع على الأصول: محمود بن أحمد بن محمود شهاب الدين الزنجاني، تحقيق : محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة – بيروت ، ط 2، 1398 م.

21- تذكرة الحفاظ: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قائماز الذهبي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان.

22- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبدالعزيز السعيد، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية– السعودية.

23- سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة ط3، 1405هـ/1985م

24- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: للمؤرخ الفقيه أبي الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلي، تحقيق : محمود الأرناؤوط، بإشراف الشيخ الأرناؤوط ، دار ابن كثير ، دمشق ، ط 1، 1414هـ/ 1994م.

25- شرح العضد على مختصر المنتهى للإيجى: دار الكتب العلمية ، بيروت.

26- شرح المحلى على جمع الجوامع : تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي، مطبوع مع تشنيف المسامع تحقيق: أبو عمرو الحسبي، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط 1، 1420هـ/2000م.

27- شرح فتح القدير: محمد بن عبدالواحد السيواسي ، دار الفكر – بيروت.

28- صحيح البخاري: (الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيامه ) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، تعليق : د. مصطفى ديب البغا، دار طوق النجاة ، ط 1، 1422هـ.

29- صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ): مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

30- طبقات الشافعية: للإمام أبي بكر بن أحمد بن محمد بن قاضى شهبة الدمشقي، تحقيق: الحافظ عبدالعليم خان، عالم الكتب – بيروت ، ط1، 1407هـ/ 1987م

31- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبدالعزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، تحقيق: عبدالله محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، .1998/1418

32- كشف الأسرار: للنسفي ، دار الكتب العلمية – بيروت .

33- لسان العربي: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل ، جمال الدين ابن منظور الأنصاري ، دار صادر – بيروت ، ط 3، 1414هـ

34- .مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر – بيروت.

35- نصب الراية لأحاديث الهداية : جمال الدين أبو محمد عبدالله بن يوسف بن محمد.

36- نهاية السول شرح منهاج الوصول : عبدالرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي، الشافعي، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، دار ابن حزم – لبنان، بيروت ، ط1، 1420هـ/ 1999م

**الهوامش**:

1- الإحكام، للآمدي، دار الكتاب العربي، بيروت 163/4 ، كشف الأسرار، للبزدوي، دار الكتب العلمية بيروت 4/3.

2- لسان العرب، لابن منظور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،117/13 .

3- محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، أبو حامد، حجة الإسلام ، فيلسوف ، متصوف ، له نحو مئتي مصنف، مولده ووفاته في الطابران (قصبة طوس، بخراسان ) رحل إلى نيسابور ثم إلى بغداد فالحجاز فبلاد الشام فمصر، وعاد إلى بلدته، نسبته إلى صناعة الغزل (عند من يقوله بتشديد الزاي ) أو إلى غزالة ( من قرى طوس) لمن قاب التخفيف من مصنفاته: (إحياء علوم الدين )، توفى سنة505 هـ، انظر : الأعلام ، للزركلي22/7 .

4- المستصفى، للغزالي، دار الكتب العلمية – بيروت، ص171.

5- موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام المقدسي، أبو محمد الشيخ الإمام العلامة المجتهد شيخ الإسلام، شيخ الحنابلة في وقته، وله التصانيف الكثيرة، منها: المغني في الفقه، روضة الناظر وجنة المناظر في الأصول، توفى سنة 629 هـ، سير أعلام النبلاء165/22 .

6- شيخ الحنابلة القاضي أبو على يعقوب بن إبراهيم بن أحمد بن سطورا العكبري الحنبلي ، تلميذ القاضي أبي يعلى وكان صاحب فنون يدرس الأصول والحديث والقرآن، تفقه به خلق كثير، وصنف في المذهب وما درس عليه أحد إلا وتميز، توفى في شوال سنة ست وثمانين وأربعمائة في عشر الثمانين، سير أعلام النبلاء 93/19- 94.

7- روضة الناظر ، ص 167

8- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي: أصولي حافظ من اهل غرناطة، كان من أئمة المالكية، من كتبه (الموافقات في أصول الفقه، والاعتصام )، توفى سنة 790، انظر: الأعلام ، للزركلي 75/1.

9- الموافقات، للشاطبي، تحقيق: محمد فؤاد، دار إحياء التراث العربي ، مصر 4/ .206 الاعتصام، ص 393.

10- الإمام العلامة الحافظ القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبدالله ابن العربي الأندلسي المالكي، صاحب التصانيف ، ولد سنة ثمان وستين وأربعمائة ، وتفقه بالإمام أبي حامد الغزالي والفقيه أبي بكر الشاشي، صنف كتاب عارضة الأحوذي في شرح جامع أبي عيسى الترمذي ، وفسر القرآن المجيد فأتى بكل بديع وله مصنفات كثيرة في مختلف الفنون . سير أعلام النبلاء 196-197.

11- الاعتصام ، ص392

12- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد، من أهل قرطبة ، وقاضي الجماعة ، درس الفقه والأصول وعلم الكلام، ولم ينشأ بالأندلس مثلا كمالا وعلما وفضلا، ولد في سنة 502 هـ، وتوفى سنه586 ، انظر: الديباج المذهب، ص 284 - 285

13- المرجع السابق، ص 393

14- عبيد ب الحسين بن دلال أبو الحسن الكرخى الحنفي الإمام الفقيه، الأصولي شيخ الحنفية في العراق ، وإمامهم وصل إلى درجة الاجتهاد، وان زاهدا ورعا، صبورا على العسر، صواما قواما، ترك مؤلفات كثيرة، انظر : شذرات الذهب، لابن العماد2 /358 .

15- الإحكام، للآمدي، 164/4 كشف الأسرار، للبخاري4/4 .

16- محمد بن أحمد أبو زهرة ، أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، مولده بمدينة المحلة الكبرى ، وتربى بالجامع الأحمدي، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي ( 1916-م1925م) وتولى تدري العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات، وعلم في المدارس الثانوية سنتين ونصفا. وبدأ اتجاهه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين (1933 م) وعين أستاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة ( 1935م) وعضو المجلس الأعلى للبحوث العلمية ، وكان وكيلا لكلية الحقوق بجامعة القاهرة ،

ووكيلا لمعهد الدراسات الإسلامية وأصدر من تأليفه أكثر من40 كتابا، توفى سنة1394هـ. انظر: الأعلام، للزركلي 25/6 .

17- أبو حنيفة لأبى زهرة ، ص 389 .

18- كشف الأسرار، للبخاري 504/4 .

19- الإحكام ،للآمدي.4/163

20- المرجع السابق

21- الإحكام ، للآمدي 165/4 .

22- الإحكام، للآمدي ،.162/4

23- الآية18 ، من سورة الزمر.

24- الآية145 ، من سورة الأعراف.

25- الآية 32 من سورة الزمر

26- الآية 55 من سورة الزمر

27- أخرجه أحمد379/1 . عن ابن مسعود موقوفا وصدره (ان الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه ) وإسناده حسن لأجل عاصم بن بهدلة صدوق، قال الزيلعى عن هذا الحديث: قلت: غريب مرفوعا ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود وله طرق أحدها رواه أحمد في مسنده، انظر: نصب الراية133/4 .

28- الاعتصام، ص 291

29- الإحكام، للآمدي 162/4-163 ، المحصول - 172 /6-173 .

30- الإحكام ، للآمدي 163/4 . المحصول 172/6-173

31- الإحكام، للآمدي، 163/4 .

32- الآية103 ، من سورة التوبة .

33- المستصفى، ص 73

34- شرح المحلى على جمع الجوامع ، 2/546.

35- روضة الناظر، ص546

36- الموافقات 206/4

37- الاعتصام، ص 394.

38- على بن أبى علي بن محمد بن سالم سيف الدين الآمدي شيخ المتكلمين في زمانه، ومصنف الإحكام ، ولد بآمد بعد الخمسين وخمسمائة بيسير، ورحل إلى بغداد وقرأ بها القراءات، وقرأ الهداية على مذهب الإمام أحمد ثم تحول شافعيا. انظر: طبقات الشافعية لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر ابن قاضي شهبة ، تحقيق : د. الحافظ عبدالعليم خان، عالم الكتب – بيروت ، الطبعة الأولى 1407 هـ.

39- الإحكام، للآمدي 164 /4-165 .

40- الأحكام ، للآمدي، .4/164-165 -

41- المستصفى، ص 173، روضة الناظر، ص 169.

42- الرسالة ، 507 .

43- المرجع السابق، ص 505.

44- الأم 298/7 .

45- الشافعي، لأبي زهرة ، ص 258

46- الاعتصام، ص392 .

47- شرح العضد، ص 372.

48- عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين : فقيه أصولي، من علماء العربية . ولد بإسنا، وقدم القاهرة سنة 721 هـ، فانتهت إليه رياسة الشافعية . وولي الحسبة ووكالة بيت المال، ثم اعتزل الحسبة، توفى سنة772 هـ. انظر: الأعلام، للزركلي .344/3

49- نهاية السول ، للإسنوي، ص 192.

50- شرح المحلى على جمع الجوامع .546/23

51- سورة الزمر، الآية25 .

52- سورة الزمر، الآية (52)

53- قال الزيلعى: غريب مرفوعا ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، وله طرق أحدها رواه أحمد، انظر : نصب الراية 4/13

54- انظر هذه الأدلة في: المستصفى، ص 172-173 –، الإحكام، للآمدي ,126/4 روضة الناظر، ص 168 ، الاعتصام 391/2، العضد، ص 273 ، أصول السرخسي 2/299 -300كشف الأسرار، للنسفي 2/ 300

55- سورة القيامة ، الآية36 .

56- الأم 7/298

57- الرسالة ، ص 505

58- المرجع السابق ، ص 508

59- الأم298/6

60- سورة المائدة، الآية 95.

61- الأم.300/7

62- الرسالة ، ص 505.

63- المرجع السابق، ص 508

64- الأم300/7

65- الأم7 / 301

66- انظر: أصول السرخسي163/2 . المستصفى، ص 173 كشف الأسرار، للنسفي 291/2

67- المستصفى، ص173

68- سورة التوبة، الآية103

69- الإحكام، للآمدي.164/4

70- محمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة، قاضي، من كبار الأحناف، مجتهد من أهل سرخس في (خراسان)، أشهر كتبه : المبسوط ، توفى سنة 483 هـ، انظر: الأعلام، للزركلي 315/5 .

71- أصول السرخسي2 /203

72- أصول السرخسي203/2

73- الإحكام، للآمدي 4/ 164

74- أصول السرخسي 203/2

75- الهداية شرح البداية 122/2

76- كشف الأسرار، للنسفى2 / 297

77- بداية المجتهد160/2

78- الهداية شرح البداية، 3/30

79- المغني19/4 .

80- المجموع9 / 186

81- الهداية شرح البداية 3 /30 .

82- المرجع السابق.

83- شرح فتح القدير320/6 .

84- الحديث من رواية عمرو بن عوف أخرجه الترمذي وابن ماجة في الأحكام عن كثير بن عبدالله ابن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الصلح جائز ...." إلى آخره سواء، زاد الترمذي : والمسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا. انتهى . وقال : حديث صحيح . ورواه بتمامه الحاكم أيضا في المستدرك وسكت عنه. انظر : نصب الراية112/4 .

85- المغني 19/4 .

86- الهداية شرح البداية28/3 .

87- المغني 4/23

88- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982 م 175/5 )

89- المغني23/4

90- المجموع .183/9

91- المرجع السابق

92- بدائع الصنائع 123/6

93- مغني المحتاج 400/2

94- المغنى 5/380

95- المرجع السابق

96- الهداية شرح البداية3 / 224

97- المغني .380/5

98- بدائع الصنائع124/6 .