الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة

إعداد الدكتور

مصلح عبدالحي النجار

الأستاذ المشارك

في قسم الدراسات الإسلامية بكلية الآداب

جامعة الإمام عبدالرحمن بن فيصل

بسم الله الرحمن الرحيم

?لمقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله

إن العمل بأصول الشريعة وقواعدها فيه مصلحة المكلف ومنفعته، ولكن يصبح أحياناً القياس العام غير محقق لمقصود الشارع في جلب المصلحة ودرء المفسدة، ولذلك استنبط الأصوليون دليل الاستحسان للحد من غلو القياس واستمراره عند تحقق المقصد منه.

وتناول القضايا الفقهية المعاصرة كتطبيقات عملية لبعض الأصول الفقهية يخرج علم الأصول من جانبه النظري إلى المجال التطبيقي العملي، وبهذا تتضح لنا الثمرات المترتبة على القواعد الأصولية.

وكذلك يحقق الربط بين علمين مهمين هما: الفقه وأصوله، مما يزيل ذلك الإنفكاك الذي خيم عليهما قروناً كثيرة، نتيجة للدراسة النظرية وحدها في مجال الأصول.

وإن الجمع بين القواعد الأصولية والقضايا المستجدة ينمى الملكة الفقهية، وتجعل الفقيه حاذقاً في علم الفقه وأصوله، متمكناً منهما، قادراً على الإبداع فيهما والعطاء، بالتأليف وتصوير المسائل، تصويراً دقيقاً.

وتمكن الفقيه من الوصول إلى آراء فقهية ناضجة، مبنية على أصول الإستنباط، وعلل الأحكام ومآخذها. وذلك أن الحذق في العلم والتفنن فيه والإستيلاء عليه- كما يقول ابن خلدون في مقدمته (٣/٩٨٥)- إنما هو بحصول ملكة في الإحاطة بمبادئه وقواعده والوقوف على مسائله، وإستنباط فروعه من أصوله. وما لم تحصل هذه الملكة لم يكن الحذق في ذلك المتناول حاصلاً..والملكة إنما هي للعالم أو الشادي في الفنون دون من سواهما.

المبحث الأول
تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً

الاستحسان لغة :

مشتق من الحسن، وهو عد الشيء واعتقاده حسناً[١]. يقول ابن منظور: ((ويستحسن الشيء؛ أي يعده حسناً)) [٢].

فالحاء والسين والنون أصل واحد. فالحسن ضد القبح. يقال : رجل حسن، وامرأة حسناء وحُسانة، يقول الشاعر :

دار الفتاة التي كنا نقول لها يا ظبية عُطُلاً حسانة الجيد[٣]

وهكذا يدور المعنى اللغوي للاستحسان حول عد الشيء حسناً، تقول : استحسنت كذا؛ أي اعتقدته حسناً، ويقال : استحسن الرأي أو القول، أو الطعام أو الشراب ؛ أي عده حسناً. ويقال : هذا مما استحسنه المسلمون أي : عدوه حسناً[٤].

معنى الاستحسان في الاصطلاح :

للاستحسان عدة تعريفات، فيما يلي نسوق أبرزها في كل مذهب من المذاهب الأربعة :

---

(١) الكفوي، الكليات (١٠٨). الجرجاني، التعريفات (٣٢) .

(٢) ابن منظور، لسان العرب (١١٧/١٣) مادة (حسن) .

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٥٧/٢) .

(٤) خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (٦٩). والحسن عبارة عن كل مبهج مرغوب فيه، وهو على ثلاثة أضرب: مستحسن من جهة العقل، ومستحسن من جهة الهوى، ومستحسن من جهة الحس. وأكثر وروده في القرآن الكريم بمعنى المستحسن من جهة البصيرة والمعنى. والاستحسان قد يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني.

أولاً : عرف أبو الحسن الكرخي الاستحسان بأنه : ((عدول الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول)) (١).

وقال أبو بكر الجصاص : ((لفظ الاستحسان يكتنفه معنيان :

أحدهما : استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا، نحو تقدير متعة المطلقات. قال الله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ (٢). فأوجبها على مقدار يسار الرجل وإعساره، ومقدارها غير معلوم إلا من جهة أغلب الرأي وأكبر الظن... (٣).

وثانيهما : ترك القياس إلى ما هو أولى منه، وذلك على وجهين :

أ- أن يكون فرع يتجاذبه أصلان يأخذ الشبه من كل واحد منهما، فيجب إلحاقه بأحدهما دون الآخر، لدلالة توجبه، فسموا ذلك استحساناً؛ إذ لو لم يعرض للوجه الثاني لكان له شبه من الآخر يجب إلحاقه به.

وأغمض ما يجيء من مسائل الفروع، وأدقها مسلكاً : ما كان من هذا القبيل، ووقف هذا الموقف، لأنه محتاج في ترجيح أحد

(١) البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٧/٤). السرخسي، أصول السرخسي (٢٠٠/٢).
(٢) قرآن الكريم، سورة البقرة، آية رقم (٢٣٦).
(٣) الجصاص، أصول الجصاص ((الفصول في الأصول)) (٣٤٣/٢).

الوجهين على الآخر إلى إنعام النظر، واستعمال الفكر والروية في إلحاقه بأحد الأصلين دون الآخر.
ب - وأما الوجه الثاني منهما : فهو تخصيص الحكم مع وجود العلة. وفيه خلاف بين الفقهاء)) [١].

ثانياً :ذكر محمد بن خويز منداد من فقهاء المالكية أن معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك رحمه الله: القول بأقوى الدليلين)) [٢].

وعرف الشاطبي الاستحسان بأنه : ((الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي)) [٣]. ثم نقل عن ابن العربي تعريفه للاستحسان بأنه : ((إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته)) [٤]. ثم قسم الاستحسان إلى أربعة أقسام هي : (والتقسيم لابن العربي)

(١) ترك الدليل للعرف : كرد الأيمان إلى العرف.
(٢) ترك الدليل للمصلحة : كتضمين الأجير المشترك.
(٣) ترك الدليل للإجماع : كإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي.
(٤) ترك الدليل للتيسير ودفع المشقة : كإجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة [٥].

---

(١) المصدر نفسه، (٣٤٤/٢).
(٢) الباجي، إحكام الفصول (٥٦٤/٢). القرافي، شرح تنقيح الفصول (٣٥٥).
(٣) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة (٥٦٢/٤/٢).
(٤) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة (٥٦٣/٤/٢).
(٥) المصدر نفسه، (٥٦٣/٤/٢- ٥٦٣).

ثالثاً ذكر الإمام الغزالي للاستحسان ثلاثة معانٍ هي:

(أ) ما يستحسنه المجتهد بعقله. ثم قام الغزالي بتفنيد هذا التعريف بقوله: ((إنا نعلم – قطعاً – إجماع الأمة قبلهم على أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته، من غير نظر في دلالة الأدلة. والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد، وهو كاستحسان العامي ومن لا يحسن النظر)) [١].

(ب) دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا تساعده العبارة عنه، ولا يقدر على إبرازه وإظهاره. وهذا هوس، لأن ما لا يقدر على التعبير عنه، لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة، لتصححه الأدلة أو تزيفه[٢].

(ج) العدول بحكم المسألة عن نظائرها، بدليل خاص من القرآن أو السنة ثم ضرب الغزالي الأمثلة عليه بقوله: أن يقول الرجل مالي صدقة، أو لله عليّ أن أتصدق بمالي. فالقياس: لزوم التصدق بكل ما يسمى مالاً، لكن استحسن أبو حنيفة التخصيص بمال الزكاة لقوله تعالى:

﴿ خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيۡهِمۡۖ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٞ لَّهُمۡۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٣]. ولم يرد إلا مال الزكاة.

وأيضاً أن يعدل بها عن نظائرها بدليل السنة، كالفرق في سبق الحدث والبناء على الصلاة بين السبق والتعمد على خلاف قياس الأحداث[٤].

---

(١) الغزالي، المستصفى (٤٦٨/٢ – ٤٦٩) بتحقيق: حمزة زهير حافظ.

(٢) المصدر نفسه، (٤٧٤/٢).

(٣) قرآن كريم، سورة التوبة، آية رقم (١٠٣).

(٤) قال صاحب الهداية: ((من سبقه الحدث في الصلاة انصرف، فإن كان إماماً استخلف. وتوضأ وبنى)) ثم قال ابن الهمام: ((والقياس أن يستقبل، وهو قول =

ثم قال الإمام الغزالي: وهذا مما لا ينكر. وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة [١].

وقد عرف الشيرازي الاستحسان بقوله: ((الاستحسان هو ترك القياس بما يستحسنه الإنسان برأي نفسه من غير دليل)) [٢].

رابعاً :عرفه الطوفي بقوله :

وأجود ما قيل فيه : ((أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص)) وهو مذهب أحمد. وقد قرر محققو الحنفية الاستحسان على وجه بديع في غاية الحسن واللطافة [٣]. والمشهور من معاني الاستحسان عند شيخ الإسلام ابن تيمية أنه مخالفة القياس لدليل[٤]. وقد يراد به غير ذلك.

=الشافعي، لأن الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها، فأشبه الحدث العمد، ولنا قوله صلى الله عليه وسلم: من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته، فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم)). ابن الهمام، فتح القدير(٢٦٧/١).

(١) الغزالي، المستصفى (٤٧٥/٢- ٤٧٧).

(٢) الشيرازي، شرح اللمع(٩٦٩/٢). الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه (٢٩٤) وانظر المراجع التالية: الأرموي، التحصيل من المحصول(٣١٨/٢). الزركشي، البحر المحيط(٨٧/٦). الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام(١٥٧/٤/٢).

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة(١٩٠/٣). ابن النجار، شرح الكوكب المنير(٤٣١/٤).

(٤) ابن تيمية، قاعدة في الاستحسان(٤٧) تعليق: محمد عزير شمس. وانظر تعريف الاستحسان أيضاً: ابن قدامة، روضة الناظر(٥٣١/٢).

الاستحسان في نظر المعاصرين :

يقول الشيخ عبدالوهاب خلاف في بيان معنى الاستحسان: ((إذا عرضت واقعة يقتضي عموم النص حكماً فيها، أو يقتضي تطبيق الحكم الكلي حكماً فيها وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلي عليها، أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة. فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام، أو استثناؤها من الكلي، أو اقتضاء قياس خفي غير متبادر، فهذا العدول هو الاستحسان، وهو من طرق الاجتهاد برأيه، لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه، ويرجح دليلاً على دليل باجتهاد برأيه)) (١).

وقد رجح أبو زهرة تعريف الكرخي للاستحسان، فقال رحمه الله :

((وإنما رأينا أن ذلك التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه، ويبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمساك بالقاعدة، فيكون الاعتماد عليه اقوى استدلالاً في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان كيفما كانت صوره وأقسامه يكون في مسألة جزئية ولو نسبياً في مقابل كلية، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية لكيلا يؤدي الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه)) (٢).

وفي نظر الدكتور يعقوب الباحسين، الاستحسان هو: العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود مشقة أو حرج، عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم)) (٣).

---

(١) خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه(٧٠).
(٢) أبو زهرة، أبو حنيفة ((حياته وعصره وآراؤه وفقهه)) (٣٠٢).
(٣) الباحسين، قاعدة المشقة تجلب التيسير(٣١٨).

المبحث الثاني
تحرير محل النزاع بين العلماء في الاستحسان:

ما أشد الاختلاف بين العلماء في الاستحسان، فقد نقل عن الإمام مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم، وعلى النقيض من ذلك يقول الإمام الشافعي: من استحسن فقد شرع.

ولإزالة هذا الإشكال؛ لابد أن نحرر المراد بالاستحسان حتى يزول التشنيع. والحقيقة أن أقوال المجوزين والمانعين لم ترد على شيء واحد. فالمانعون منعوا الاستحسان بمعنى ما يستحسنه المجتهد بعقله دون الرجوع إلى الأدلة الشرعية المعتبرة.

والمجوزون القائلون بحجية الاستحسان يقصدون به العدول بالمسألة عن نظائرها لدليل معتبر من أدلة الشرع، وهم مع المانعين في إبطال الاستحسان بمعنى ما يستحسنه المجتهد برأيه دون الرجوع إلى الأدلة الشرعية المعتبرة. ويؤيد هذا المعنى ما ذكره الإمام التفتازاني:

((الاستحسان هو في اللغة عد الشيء حسناً، وقد كثر فيه المدافعة والرد على المدافعين، ومنشؤهما عدم تحقيق مقصود الفريقين، ومبنى الطعن من الجانبين على الجرأة وقلة المبالاة، فإن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة، والقائلون بأن من استحسن فقد شرع يريدون أن من أثبت حكماً بأنه مستحسن عنده من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم، حيث لم يأخذه من الشارع. والحق أنه

لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع، إذ ليس النزاع في التسمية لأنه اصطلاح..)) [1].

بهذا نستطيع أن نقول إن الخلاف بين العلماء في الاستحسان هو من الخلاف اللفظي، ناشيء من اختلاف وجهة نظر كل منهم، وأنهم في النهاية يلتقون عند هدف واحد.

فالإمام الشافعي، الذي حمل لواء إنكار الاستحسان، إنما فعل ذلك تورعاً من الفتوى بالتلذذ والتشهي واتباع الهوى من غير نص أو دليل، ولا يعيب على أبي حنيفة استحسانه، ما دام ذلك الاستحسان مستنداً إلى النص، أو الإجماع، أو الضرورة، أو العرف...

وفيما يلي نستعرض كلام بعض المحققين من علماء الأصول؛ للدلالة على أن الاستحسان لا خلاف فيه بمعنى العدول بالمسألة عن حكم نظائرها لدليل خاص، أو العمل بأقوى الدليلين:

أ- يقول ابن السمعاني: ((إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به)) ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به. والذي يقولون به أنه: العدول في الحكم من دليل إلى دليل هو اقوى منه. فهذا مما لم ينكره أحد. [2]

ب- ويؤكد التفتازاني على هذه النتيجة، وأن الكل متفق عليها بقوله: ((ولما اختلفت العبارات في تفسير الاستحسان مع

(١) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه (١٧١/٢) ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: ذكريا عميرات.
(٢) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه(٨٩/٦-٩٠).

أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان مستقبحاً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه، إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه. وبعدما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً أو قياساً خفياً إذا وقع في مقابلة قياس يسبق إليه الأفهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف)) [(١)].

ج- ويحلل لنا الإمام الآمدي النوع الثالث(الاستحسان) من الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، ويصل إلى نتيجة وهي أنه لا نزاع في صحة الاحتجاج به.. فيقول رحمه الله: ((الخلاف ليس في نفس إطلاق لفظ الاستحسان جوازاً وامتناعاً؛ لوروده في الكتاب والسنة وإطلاق أهل اللغة. أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمْ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ [(٢)].

وقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا لَهُۥ فِى ٱلْأَلْوَاحِ مِن كُلِّ شَىْءٍ مَّوْعِظَةً وَتَفْصِيلًا لِّكُلِّ شَىْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا سَأُوْرِيكُمْ دَارَ ٱلْفَٰسِقِينَ ﴾ [(٣)].

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)) [(٤)].

---

(١) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح(١٧٢/٢).

(٢) قرآن كريم، سورة الزمر، آية رقم(١٨).

(٣) قرآن كريم، سورة الأعراف، آية رقم(١٤٥).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٣٧٩/١) وصححه الحاكم في المستدرك (٧٩/٣). ولكن رغم شيوع واشتهار هذا الحديث، إلا أنه لم يثبت رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم =

وأما الإطلاق – أي إطلاق أهل اللغة- فما نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للماء المستعمل، ولا تقدير مدة السكون فيها، وتقدير أجرته، واستحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير في الماء وعوضه. وقد نقل عن الشافعي أنه قال : استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، واستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة. وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى ، فقطعت: القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع.

فلم يبق الخلاق إلا في معنى الاستحسان وحقيقته، ولاشك أن الاستحسان قد يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبحاً عند غيره وهو في اللغة استفعال من الحسن، وليس ذلك هو محز الخلاف لإتفاق 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 والعامي، وإنما محز الخلاف فيما وراء ذلك)) [1].

ثم نقل رحمه الله تعريفات كثيرة للاستحسان – كتعريف الكرخي – وختم ذلك بقوله: ((غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارىء

=بل ثبت وقفه على ابن مسعود رضي الله عنه.. قال العلائي: ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً؛ ولا سند ضعيف بعد طول البحث، وكثرة الكشف، والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه) الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٢). العجلوني، كشف الخفاء (١٨٨/٢). وكونه موقوفاً على ابن مسعود لا يضر في الاستدلال به، لأن ما تضمنه ودل عليه مما لا يدرك بالرأي، فله حكم الرفع.

(١) الآمدي، الإحكام في أصول الإحكام (١٥٦/٤/٢-١٥٧).

عليه أقوى منه، من نص أو إجماع أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية)) (١).

د - ويقول الشيرازي : ((فإن كان مذهبهم على ما قال الكرخي وعلى ما قال القائل الآخر وهو القول بأقوى الدليلين، فخن نقول به وارتفع الخلاف)) (٢).

* وقصارى القول إن الخلاف بين العلماء في الاستحسان إنما هو خلاف لفظي لا جوهري، والظاهر من كلام بعض الأصوليين أن الخلاف في الاستحسان ظهر في موطنين :

أ- استعمال الاستحسان بالمعنى الذي ذكره متقدمو الحنفية بقولهم : ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا تساعده العبارة عنه، ولا يقدر على إبرازه وإظهاره. حيث وصفه بعض النافين للاستحسان بأنه هوس ووهم وخيال(٣).

ب- عدم تحديد المقصود باعتبار الاستحسان أو عدم اعتباره عند نقل الخلاف والنزاع، هل المقصود اعتبار الاستحسان دليلاً مستقلاً أم لا؟ فبعضهم يرى أنه راجع إلى التخصيص، ويري البعض أنه راجع إلى التخصيص وتقييد المطلق، والبعض الآخر يرى أنه راجع إلى الترجيح بأقوى الدليلين(٤).

وقد رجح الشاطبي أنه راجع إلى الأدلة بقوله : ((فهذا كله يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومالآتها)) (٥).

---

(١) المصدر نفسه، (٢/٤/١٥٨-١٥٩).
(٢) الشيرازي، شرح اللمع (٢/٩٧٠)بتحقيق: عبد المجيد تركي.
(٣) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي(١٢٧) وما بعدها.
(٤) اليوبي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية (٥٦٣).
(٥) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة(٢/٤/٥٦٥).

المبحث الثالث
حجية الاستحسان

ذكرنا سابقاً أن من مواطن الخلاف في الاستحسان ما ذكره متقدمو الحنفية في بيان حقيقة الاستحسان من أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا تساعده العبارة عنه.

إلا أن الإمام الشاطبي – بعد أن ذكر ثلة من أقوال أهل العلم في مدح الاستحسان – قال: ((وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بمعنى الذي تقدم قبل، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه؛ فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم، ولا أغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة)) (١)

لهذا سنقتصر على ذكر أدلة الآخذين به، لأنها تخدم مواضيع الكتاب، والتطبيقات المعاصرة التي سنستعرضها – بمشيئة الله تعالى – لاحقاً، وفيما يلي أهم الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع على حجية الاستحسان:

أولاً :من القرآن الكريم :

استدلوا بعدة آيات من القرآن الكريم على حجية الاستحسان، منها: قوله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾(٢).

(١) الشاطبي، الاعتصام (٦٣٨/٢) تحقيق: سليم الهلالي.
(٢) قرآن كريم، سورة الزمر، آية رقم(١٨).

وقوله تعالى : ﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم مِّن قَبۡلِ أَن يَأۡتِيَكُمُ ٱلۡعَذَابُ بَغۡتَةٗ وَأَنتُمۡ لَا تَشۡعُرُونَ ٥٥ ﴾ [1].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة الأولى: أنها ذكرت في مقام المدح والثناء يقول الآمدي في ذلك: ((ووجه الاحتجاج ورودها في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول)) [2].

وأما الآية الثانية فوجه الاستدلال منها أن الله أمر باتباع الأحسن، والأمر هنا للوجوب، إذ لاصارف له عنه في هذا المقام، فدل ذلك على أن الاستحسان حجة... يقول الآمدي في بيان وجه الاحتجاج بهذه الآية: ((أن الله أمر باتباع أحسن ما أنزل، ولولا أنه حجة لما كان كذلك)) [3].

ويجاب عن الاستدلال بهذه الآيات على حجية الاستحسان بما يلي:

(١) أن أحسنه هو الذي يكون مع الدليل.

(٢) أنه لو كانت هذه الآيات محمولة على عمومها، لوجب أن يكون استحساناً لتحريم القول بالهوى والشهوة عليكم حسناً، ولوجب اتباعه، وهذا يبطل تعلقكم به[4].

(٣) أن الآية أمر باتباع ما أنزل ، وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل؛ فلا حجة لكم في الآيتين[5].

---

(١) قرآن كريم، سورة الزمر، آية رقم(٥٥).

(٢) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (١٥٩/٤/٢).

(٣) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (١٥٩/٤/٢). وانظر أيضاً : الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه(٩٤/٦). السرخسي، أصول السرخسي(٢٠٧/٢).البخاري، كشف الأسرار(٢٤/٤). الطوفي، شرح مختصر الروضة (١٩٥/٣).

(٤) الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول(٥٦٧).

(٥) الشيرازي، شرح اللمع(٩٧٢/٢).

ثانياً :من السنة النبوية.

كما استدل المثبتون للاستحسان بقول المصطفى ﷺ : ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح)) [(١)].

ووجه الاستشهاد بهذا الحديث على حجية الاستحسان : أنه دل أن مارآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله تعالى، وما هو حق وحسن عند الله تعالى فهو حجة[(٢)].

وقد نوقش هذا الدليل بعدة وجوه هي :

(١) أن ظاهره يدل على أن ما رآه المسلمون بجملتهم حسناً فهو حسن، والأمة لا تجتمع على باطل، فاجتماعهم على حسن شيء يدل على حسنه شرعاً؛ لأن الإجماع يتضمن دليلاً شرعياً، فالحديث دليل عليكم لا لكم.

(٢) أنه خبر واحد في مسألة قطعية، فلا يسمع[(٣)].

(٣) أنه إذا لم يرد به أهل الإجماع وأريد بعضهم؛ فيلزم عليه استحسان العوام، وهو باطل بإجماع. لا يقال: إن المراد استحسان أهل الاجتهاد؛ لأنا نقول : هذا ترك للظاهر، فيبطل الاستدلال[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه، وهو موقوف على ابن مسعود رضى الله عنه.

(٢) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي(١٣٤).

(٣) ونحن لا نسلم بما قاله الشاطبي في ذلك، فإن العمل بكل ما دل عليه الحديث الصحيح السالم من معارض واجب، سواء كان في الأحكام، أم في العقائد، أم في المسائل القطعية، لأن العمل به هو مقتضى ما دل عليه ظاهر الكتاب العزيز من وجوب طاعة رسول الله × واتباعه في كل ما جاء به. وما ادعاه المفرق بين ما يعمل به من السنة في الأحكام دون غيرها يحتاج إلى دليل من كتاب أو سنة أو إجماع قطعي.

(٤) الشاطبي، الاعتصام(٦٥٥/٢). الشيرازي، شرح اللمع(٩٧٢/٢). الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول (٥٦٧).

ثالثاً :الإجماع.

ومن الأدلة التي استدلوا بها على حجية الاستحسان : الإجماع، حيث قالوا : إن الأمة أستحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض الماء، ولا تقدير مدة السكون والبث فيه. وكذلك شرب الماء من يد السقاء بغير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب.

لأن التقدير في مثل هذا قبيح في العادات، فاستحسنوا ترك المضايقة فيه، ولا يحتمل ذلك في إجارة ولا بيع(١).

والجواب على ذلك من وجهين :

الأول : أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل. ولعل الدليل جريان ذلك في عصر رسول × مع معرفته به وتقريره عليه، لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة.

الثاني : أن نقول شرب الماء بتسليم السقاء مباح، وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبذل له في الغالب يكون فوق ثمن المثل، فيقبله السقاء، فإن منع، فله مطالبته.

فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة وترك المماكسة في العوض، وهذا مدلول عليه في الشرع. وكذلك داخل الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض، بقرينة حال الحمامي، ثم ما بذله إن ارتضى به الحمامي، واكتفى به عوضاً، أخذه وإلا طالبه بالمزيد إن شاء.

(١) الغزالي، المستصفى(٤٧٢/٢). بتحقيق: حمزة زهير حافظ.

فليس هذا أمر مبدعاً، ولكنه منقاس، القياس حجة[1].

هذه هي أهم الأدلة التي تمسك بها القائلون بحجية الاستحسان، وهي كما ترى لا تخلو من المناقشات والردود من المخالفين.

أدلة حجية الاستحسان عند المعاصرين :

استدل الدكتور يعقوب الباحسين على حجية الاستحسان بما يلي :

(١) أن القائلين بالاستحسان لاحظوا مجموعة من الأحكام المتشابهة في كونها مستثناة من قياس أو أصل مقرر عندهم أو عموم، فأطلقوا على كل منها اسم الاستحسان، وسموا الدليل الذي يتم به العدول وجه الاستحسان، سواء كان هذا الدليل نصاً أو إجماعاً أو مصلحة، أو عرفاً، أو قياساً خفياً أو غيرها.

فالاستحسان على هذا مفهوم كلي لا وجود له إلا بوجود أفراده التي هي الأحكام المستحسنة، أياً ما كان النوع الذي تنتمي إليه[2].

(٢) وأن هذا المفهوم الكلي عائد إلى التيسير بدفع المشقة ورفع الحرج، واستخراجه – في حقيقته – مظهر للفهم الأصيل لروح الشريعة الإسلامية، وما انبنت عليه من دفع الضرورة ورفع الحرج. وهذا المعنى ثابت في الشريعة قطعاً، وقد أقيمت على صحته الأدلة، وتحقق الإجماع في شأنه.
وعلى هذا فإن الاستحسان تكمن حجيته في كونه رافعاً للحرج، ودافعاً للمشقة، وهذا لا يجوز أن يكون موضع نزاع. ولكن لما

(١) الغزالي، المستصفى(٤٧٣/٢).
(٢) الباحسين، قاعدة المشقة تجلب التيسير (٣٥٢).

كان الحرج غير منضبط عندهم، لم يعلقوا الأحكام به... ولهذا فقد لجأوا إلى وسائل معرفة للحرج وكاشفة عن وجوده. وهذه الوسائل هي الأدلة التي يعدل بها عن الأقيسة والقواعد، والمسماة عندهم بوجوه الاستحسان، فقولهم: هذا استحسان بالعرف مثلاً؛ يعني أن العرف يكشف عن وجود حرج يرتفع في الأخذ بحكم مخالف في المسألة المستثناة، وقولهم: هذا استحسان بالإجماع؛ يعني أن الإجماع كشف عن وجود حرج كان من الممكن أن يقع لو لم يؤخذ بحكم المسألة المستثناة. وهكذا فكأنهم جعلوا هذه الأمور التي يتحقق بها الاستحسان ضوابط له، دفعاً لما يمكن أن يقال: إن الحرج أمر لا ينضبط، فلا يصح جعل رفعه دليلاً قائماً بنفسه.

(٣) أن الاستحسان إضافة إلى الأصل العام المقرر له وهو مبدأ رفع الحرج، يمكن أن يعتبر حجة أيضاً، بسبب وجوهه أو بسبب الأدلة التي يعدل بها إليه. بل إنها الأدلة المباشرة في إثباته.

فالاستحسان بالنص حجة ودليله حجية النص نفسه، والاستحسان بالإجماع حجة ودليله حجية الإجماع نفسه... وأما الاستحسان بالمصلحة أو العرف أو الضرورة، أو غير ذلك، فإن الذي يقول به إنما يقول بهذه الأدلة فحجيته هي حجية هذه الأدلة ومدى قوتها عند التعارض مع بعضها أو مع غيرها. فمن احتج بالمصلحة وقال بالاستحسان بالمصلحة فإن حجية الاستحسان هي حجية المصلحة عنده مضافة إلى الأدلة العامة في رفع الحرج، وهكذا القائل بالعرف أو الضرورة.[١]

(١) الباحسين، قاعدة المشقة تجلب التيسير((دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية)) (٣٥٣).

المبحث الرابع
أنواع الاستحسان

إذا تأملنا في الكتب الأصولية للأحناف ومن سار على طريقهم؛ نجد أنهم يقسمون الاستحسان باعتبارات مختلفة هي:

أولاً : تقسيم الاستحسان من حيث الدليل.

وهو عبارة عن استثناء مسألة جزئية من أصل عام لدليل خاص يقتضي هذا الاستثناء، وفي هذا القسم تدخل سائر أنواع الاستحسان، وهي كالتالي:

(١) الاستحسان بالنص :

وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة. وفيما يلي الأمثلة على هذا النوع :

المثال الأول : تشريع الوصية، جاء في الهداية – في كتاب الوصايا، باب في صفة الوصية – ما نصه : ((الوصية غير واجبة، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته (ما بعد الموت)، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملكتك غداً كان باطلاً، فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه المرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه... وقد نطق به الكتاب

وهو قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ءَابَآؤُكُمۡ وَأَبۡنَآؤُكُمۡ لَا تَدۡرُونَ أَيُّهُمۡ أَقۡرَبُ لَكُمۡ نَفۡعٗاۚ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمٗا ﴾ (١). والسنة وهو قول النبي ﷺ: ((إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم)) (٢). وعليه أجماع الأمة (٣).

فتشريع الوصية يعتبر استثناء من القياس أو القاعدة المقررة في التمليك الشرعي، وهو أن لا يضاف إلى زمان زوال الملكية.

المثال الثاني : بيع السلم وهو في الاصطلاح الفقهي : ((بيع موصوف في الذمة ببدلٍ يعطى عاجلاً)) (٤).

وقد أبيح بيع السلم، استثناء من عدم جواز بيع المعدوم؛ بنص الحديث الذي رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالثمر السنتين والثلاث، فقال: ((من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) (٥).

(١) قرآن كريم، سورة النساء، آية رقم (١١).
(٢) صححه الألباني في صحيح سنن ماجه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث (١١١/٢) ح (٢١٨٩).
(٣) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي(٥٨٢/٤) بتصرف يسير. ابن الهمام، شرح فتح القدير(٣٤٣/٩).
(٤) نزيه، حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (١٩٣).
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم (٦١/٣/٢)ح(٢٢٤٠).

فإن القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد، وترك بالنص السابق، وهو الرخصة الثابتة، وأنه شرع لأجل ما فيه من شدة الحاجة إليه، ولدفع المشقة والحرج، وإن كان على خلاف القياس[١].

(٢) الاستحسان بالإجماع :

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة، لإنعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس[٢].

يقول السرخسي : ((وأما ترك القياس بدليل الإجماع فنحو الاستصناع فيما فيه تعامل للناس، فإن القياس يأبى جوازه، تركنا القياس للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا)) [٣]. ومن الأمثلة على هذا النوع عند المالكية ما ذكره الشاطبي: ((أنهم يحكمون الإجماع على إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي، يريدون غرم قيمة الدابة لاقيمة النقص الحاصل فيها، ووجه ذلك ظاهر؛ فإن بغلة القاضي لا يحتاج إليها إلا للركوب، وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب، حتى صارت بالنسبة إلى ركوب مثله في حكم العدم، فألزموا الفاعل غرم قيمة الجميع، وهو متجه بحسب الغرض الخاص، وكان الأصل أن لا يغرم إلا قيمة ما نقصها القطع خاصة، لكن استحسنوا ما تقدم)) [٤].

(١) السرخسي، أصول السرخسي(٢٠٣/٢) بتصرف.
(٢) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي(١٤٢). إسماعيل، شعبان، الاستحسان بين النظرية والتطبيق(٧٨).
(٣) السرخسي، أصول السرخسي(٢٠٣/٢). البخاري، كشف الأسرار(١١/٤).
(٤) الشاطبي، الاعتصام (٦٤٢/٢). الشاطبي، الموافقات (٥٦٣/٤/٢).

إلا أن الشيخ مصطفى الزرقاء لم يرض عن هذا التقسيم التقليدي للاستحسان، حيث يقول: ((ولا يخفى أن هذا التعميم والتنويع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد، وهو اقتحام للشيء في غير محله. فمن الواضح أن الحكم الثابت فيما يسمونه استحسان السنة أو استحسان الإجماع إنما يضاف ثبوته إلى السنة أو الإجماع، أي إلى نص الشارع وما في حكمه، لا إلى قياس أو استحسان... فإطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق)) [١].

لكن الذي ينبغي أن يلاحظ هو أن المسألة اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح، ولا نزاع في أن الأحكام الثابتة بالاستحسان بالنص إنما أثبتتها النصوص نفسها، ولكن الذي يبدو أن الأحناف وغيرهم ممن أخذ بالاستحسان إنما كانوا بصدد تعزيز نظرية شرعية عامة تتعلق بالفروع المستثناة من حكم نظائرها، وبالأدلة التي يمكن أن تصلح سنداً للاستثناء. وهذا لا يعارض أن الأحكام ثابتة بالنصوص، كما لا يبرر سلب حق العلماء في جمع المتشابهات والتوفيق فيما بينها وإعطائها اسم نظرية ما [٢].

ويؤكد هذا المعنى ما ذكره الزرقاء نفسه حينما علل ذلك بما يلي : ((ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولاً بالرأي وبالهوى المجرد عن دليل شرعي، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الأصلي أن يفهموهم أن من معناه الاستناد إلى السنة أو الإجماع أو القياس)) [٣].

---

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام (٨٦/١) فقرة (٢٠).
(٢) الباحسين، قاعدة المشقة تجلب التيسير(٣٣٧).
(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي العام(٨٦/١) حاشية رقم(١).

(٣) الاستحسان بالضرورة :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج. ذلك عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج، أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل، فيعدل عنه حينئذ- استحساناً – إلى حكم آخر، يزول به الحرج[١].

مثال ذلك ما ذكره البخاري في كشف الأسرار : ((ومنه ماثبت بالضرورة وهو تطهير الحياض والآبار والأواني. فإن القياس نافي طهارة هذه الأشياء بعد تنجسها، لأنه لا يمكن صب الماء على الحوض أو البئر ليتطهر، وكذا الماء الداخل في الحوض أو الذي ينبغ من البئر تتنجس بملاقاة النجس والدلو تتنجس أيضاً بملاقاة الماء، فلا تزال تعود وهي نجسة.

وكذا الإناء إذا لم يكن في أسفله ثقب يخرج الماء منه إذا أجري من أعلاه، لأن الماء النجس يجتمع في أسفله فلا يحكم بطهارته إلا أنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، وللضرورة أثر في سقوط الخطاب)) [٢].

(٤) الاستحسان بالعرف :

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك قولاً أو عملاً بما اعتباده الناس[٣].

---

(١) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي(١٤٥). الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية (١٤٨).

(٢) البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي (١١/٤).

(٣) البغا، أثر الأدلة المختلف فيها (١٤٥). إسماعيل. الاستحسان بين النظرية والتطبيق(٨٢).

* مثال العرف القولي : رد الأيمان إلى العرف، فقد نقل الشاطبي عن مالك بن أنس في مذهبه أن يترك الدليل للعرف؛ فإنه رد الأيمان إلى العرف، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف ؛ كقوله: والله لا دخلت مع فلاناً بيتاً، فهو يحنث بدخول كل موضع يسمى بيتاً في اللغة، والمسجد يسمى بيتاً، فيحنث على ذلك، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف على مقتضى اللفظ، فلا يحنث[1].

* مثال العرف العملي : ما يعتبر في رد العارية، يقول المرغيناني : ((وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وهذا استحسان، وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها. وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف، لأنه رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده..)) [2].

(٥) الاستحسان بالمصلحة :

ويقصد به أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج عن الناس وتيسير معاملاتهم. يقول الشاطبي في التمثيل على هذا النوع : ((ترك الدليل لمصلحة؛ كما في تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً ؛ فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين؛ كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين،

(١) الشاطبي، الاعتصام (٦٤١/٢).
(٢) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي(٢٤٩/٣).

وكذلك حمام الطعام – على رأي مالك- فإنه ضامن ، ولا حق عنده بالصناع، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع)) [1].

(٦) الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته :

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته، لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق فقد أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وأجازوا البيع بالصرف، إذا كان أحدهما تابعاً للآخر، وأجازوا بدل الدراهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما، والأصل المنع في الجميع؛ لما في الحديث من أن الفضة بالفضة والذهب بالذهب مثلاً بمثل، سواء بسواء، وأن من زاد أو ازداد فقد أربى[2]. ووجه ذلك : أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة ، وهما مرفوعان عن المكلف[3].

(٧) الاستحسان بمراعاة الخلاف :

ذكر الشاطبي أنه من أنواع الاستحسان، وأنه أصل في مذهب مالك وتنبني عليه مسائل كثيرة مثل :

---

(١) الشاطبي، الاعتصام(٦٤١/٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، باب الربا(١٣/١١/٤)بشرح النووي.

(٣) الشاطبي، الاعتصام(٦٤٢/٢). الشاطبي، الموافقات (٥٦٤/٤/٢). والمراطلة في الاصطلاح الفقهي هي: بيع النقد بجنسه وزناً، كبيع ذهب بذهب، أو فضة بفضة وزناً. وهذا المصطلح تفرد المالكية به دون سائر الفقهاء، حيث إنهم قسموا بيع النقد إلى ثلاثة أقسام : مراطلة، ومبادلة، وصرف. وعنوا بالمراطلة: بيع النقد بمثله وزناً. وبالمبادلة: بيع النقد المسكوك بمثله عدداً. وبالصرف: بيع النقد بنقد من غير صنفه، كبيع الذهب بالفضة أو بيع أحدهما بالفلوس. انظر: نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء(٣٠٢-٣٠٣).

أن الماء اليسير ؛ إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه: أنه لا يتوضأ به، بل يتيمم ويتركه، فإن توضأ به وصلى؛ أعاد ما دام في الوقت، ولم يعد بعد الوقت، وإنما قال : ((يعيد في الوقت))؛ مراعاة لقول من يقول : إنه طاهر مطهر، ويروي جواز الوضوء به ابتداء، وكان قياس هذا القول أن يعيد أبداً، إذ لم يتوضأ إلا بماء يصح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم(١). وهذا يعني تصحيح التصرف المخالف بعد الوقوع أو فوات الأوان.

ووجه التخفيف والتيسير في هذا النوع متأت من أن تسويغ أمر بسبب وجود مذهب آخر يقول به، هو أكثر يسراً وسهولة للفرد من أن يلتزم بوجه واحد من القول.

وهذا منسجم، إن قلنا بالاكتفاء بأي من الأمرين مذهبه أو مذهب المخالفين. ولكنه ربما أشكل مع تكرار الفعل أو إعادته، إن وجد متسع له، وليس لذلك جواب إلا أن يقال : إن مراعاة الخلاف وإن كانت في بعض صورها تقتضي تشديداً ومشقة، فإنها مزيلة لقلق الإنسان وتشككه في الخروج من العهدة.
وإزالة القلق والتشكك دفع واضع للمشقة، وقد يهون على الإنسان تكرار الفعل في سبيل إزالة ما يجيش في صدره من ضيق وحرج(٢).

ثانياً : تقسيم الاستحسان من حيث قوة الأثر وضعفه.

يقسم الحنفية الاستحسان – في المشهور منها – بهذا الاعتبار إلى قسمين :

(١) أن يكون القياس ضعيف الأثر، والاستحسان قوي التأثير :

بمعنى أن يكون في المسالة وصفان يقتضيان قياسين متباينين، أحدهما ظاهر متبادر، وهو القياس الاصطلاحي، والآخر خفي

(١) الشاطبي، الاعتصام(٦٤٦/٢).
(٢) الباحسين، قاعدة المشقة تجلب التيسير(٣٤٤).

يقتضي إلحاقها بأصل آخر، فيسمى استحساناً. يقول السرخسي في أصوله: ((ثم كل واحد منهما نوعان في الحاصل: فأحد نوعي القياس ما ضعف أثره وهو ظاهر جلي، و النوع الآخر منه ما ظهر فساده واستتر وجه صحته وأثره. وأحد نوعي الاستحسان ما قوي أثره وإن كان خفياً، والثاني ما ظهر أثره وخفي وجه الفساد فيه. وإنما يكون الترجيح بقوة الأثر، لا بالظهور ولا بالخفاء)) (١).

ومن أمثلة هذا النوع: سؤر سباع الطير، وهو بقية الماء الذي يشرب منه، فإن سباع الطير تشبه سباع البهائم في كون لحمها غير مأكول، وكون لحمها نجساً، وبما أن سؤر سباع البهائم نجس، فينبغي أن يكون سؤر سباع الطير كالنسر، والحدأة ، نجساً أيضاً، وهو موجب القياس.

ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفي، وهو أن سؤر سباع البهائم كان نجساً لوجود لعابها فيه، واللعاب متصل باللحم، فهو نجس بنجاسته، أما سباع الطير فهي تشرب بمناقيرها، فلا تلقي لعابها في الماء فلا يتنجس به فلا يكون السؤر نجساً، وللاحتياط قالوا إنه مكروه الاستعمال(٢).

ولا شك أن ذلك إعمال للعلة الخفية، لأنها أقوى أثراً في المسألة موضع النزاع.

---

(١) السرخسي، أصول السرخسي(٢٠٣/٢). التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح(١٧٣/٢). البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي(١٢/٤). واقتصرنا على قسمين من أقسام الاستحسان لشهرتهما، بخلاف النوع الثالث والرابع- وهما أن يكون كل منهما(أي القياس والاستحسان) قوياً أو ضعيفاً- لرجحان القياس في كليهما؛ لظهوره.

(٢) أبو زهرة، أبو حنيفة((حياته وعصره وآراؤه وفقهه))(٣٠٥). إسماعيل، شعبان، الاستحسان بين النظرية والتطبيق(٨٣)وما بعدها.

(٢) أن يكون القياس قوي الأثر، والاستحسان ضعيفاً :

ومثلوا له بسجدة التلاوة في الصلاة. فالقياس الجلي يقتضي أن تؤدى بالركوع، كما تؤدى بالسجود، حيث إن كلاً منهما تعظيم لله تعالى بالانحناء. والقياس الخفي يقتضي عدم صحة الركوع بدلاً عن السجود – في سجدة التلاوة في الصلاة- قياساً على سجدة الصلاة، التي هي ركن منها، فكما أنه لا يصح أن تودى سجدة الصلاة بالركوع فكذلك سجدة التلاوة، لا تودى بالركوع في الصلاة؛ بجامع ان الركوع مغاير للسجود المأمور به في كل منهما.

وعلى ذلك فإن الركوع يقوم مقام سجدة التلاوة، ويجزئ عنها قياساً، لأن الركوع والسجود متشابهان في معنى الخضوع.

أما الاستحسان فلا يجوز ذلك، لأنا أمرنا بالسجود وهو غير الركوع. لكن العمل بالقياس هنا أولى لقوة أثره[١].

(١) إسماعيل، شعبان، الاستحسان بين النظرية والتطبيق (٨٤).

المبحث الخامس

التطبيقات المعاصرة على أصل الاستحسان :

إن المتأمل في حقيقة الاستحسان وأنواعه ، وفي الأحكام التي استنبطوها به؛ يتبين لنا أن هذا المصدر مصدر توسعة في التشريع، ولرفع الحرج والمشقة، وأنه المصدر الذي يتلافى به ما يحتمل أن يؤدي إليه بعض الأقيسة من تفويت لبعض المصالح، وأنه المصدر الذي يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه، وينقدح في عقله من مصالح ومقاصد معتبره، قد لا تتفق وما يقتضيه القياس، أو ما يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة.

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضي فيها القياس الظاهر المتبادر حكماً، ولكن يستقر في نفس المجتهد – بناء على أدلة قامت عنده – أن هذا الحكم لا يتفق والمصلحة في هذه الواقعة، وأن الذي يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفي، ويعدل عن مقتضى القياس الظاهر، ويسمى حكمه هذا حكماً بالاستحسان. (١)

ويأتي هذا المبحث لنتلمس فيه بعض التطبيقات المعاصرة لهذا الأصل من خلال أنواعه؛ وذلك في المطالب التالية :

(١) خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه(٧١) بتصرف.

المطالب الأول : مداواة الرجل للمرأة :

من القواعد المقررة شرعاً حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، لكن استثني من ذلك : النظر بقصد التداوي للضرورة.

وفي ذلك يقول أبو زهرة في أصوله : ((إن المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كرؤية الطبيب، وإن هذا معارضة بين قياسين :

أحدهما : ما قررته القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة.
والوصف الثاني: ما عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال، كحال العلاج، فاعملت علة التيسير هنا في هذا الموضع)) [(١)].

وأما إذا لم يكن مرض أو ضرورة للمداواة فلا يجوز قطعاً؛ كالتي تتعاين عند الطبيب لتحسين صحتها أو لتخفيف وزنها أو لتجميل جسمها، أو لوهم تتوهمه، فهذه لا يجوز لها أن تنكشف أمام الطبيب.

ويجدر بنا هنا التنبيه إلى بعض جراحات التجميل التحسينية التي تجريها بعض النساء، والعمليات المتعلقة بهذه الجراحات تنقسم إلى قسمين:

(١) أبو زهرة، أصول الفقه(٢٦٥).

القسم الأول :عمليات الشكل، ومن أشهر صورها :

(١) تجميل الأنف بتصغيره، وتغيير شكله من حيث العرض والارتفاع.
(٢) تجميل الثديين بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرها بحقن مادة معينة مباشرة في تجويف الثديين.
(٣) تجميل البطن بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحياً[١].

القسم الثاني :عمليات التشبيب، ومن أبرز صورها :

(١) تجميل الوجه بشد تجاعيده، سواء برفع جزء منه، أو برفع جزء منه ومن الرقبة وهو ما يسمى بالرفع الكامل. وكذلك تجميله بعملية القشر الكيماوي.
(٢) تجميل اليدين، ويسمى في عرف الأطباء ((بتجديد شباب اليدين)) وذلك بشد التجاعيد الموجودة في أيدي المسنات والتي تشوه جمالهن.
(٣) تجميل الحواجب، وذلك بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظراً لكبر سن المرأة وتقدم عمرها[٢].

فهذا النوع من الجراحة لا يشتمل على دوافع ضرورية ولا حاجية، بل غاية ما فيه تغيير خلقة الله تعالى، والعبث بها حسب أهواء الناس وشهواتهم، فهوغير مشروع ولا يجوز فعله، وذلك لما يلي :

(١) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها(١٨١).
(٢) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها(١٨٢). وما بعدها.

(١) قوله تعالى: ﴿ وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ ءَاذَانَ ٱلْأَنْعَٰمِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَّخِذِ ٱلشَّيْطَٰنَ وَلِيًّا مِّن دُونِ ٱللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا ﴾[١]. ووجه الدلالة: أن هذه الآية الكريمة واردة في سياق الذم، وبيان المحرمات التي يسول الشيطان فعلها للعصاة من بني آدم، ومنها تغيير خلقة الله[٢].

(٢) أن هذه الجراحة لا يتم فعلها إلا بارتكاب بعض المحظورات؛ مثل قيام الرجال بمهمة الجراحة للنساء الأجنبيات، وحينئذ ترتكب محظورات عديدة كاللمس، والنظر للعورة، والخلوة بالأجنبية.

وهذه المحظورات لم يثبت الترخيص فيها من قبل الشرع في هذا النوع من الجراحة لإنتفاء الأسباب الموجبة للترخيص، فأصبحت باقية على أصلها من الحرمة، فلا يجوز فعل الجراحة التحسينية الموجبة للوقوع فيها[٣].

وقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن في بروناي دار السلام من ١ – ٧ محرم ١٤١٤هـ، بخصوص مداواة الرجل للمرأة ما يلي ((الأصل أنه إذا توافرت طبيبة متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة، وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبيبة غير مسلمة ثقة، فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر ذلك يقوم مقامه 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

(١) قرآن كريم، سورة النساء، آية رقم(١١٩).
(٢) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية (١٨٣-١٨٧).
(٣) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية (١٨٣-١٨٧).

معالجة الطبيب للمرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة خشية الخلوة))[1].

وقد سقنا هذا المثال – بداية – لئلا يؤدي الأخذ بمبدأ الاستحسان والغلو فيه إلى ارتكاب المحرمات وتجاوز ما ينبغي اتباعه.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٥-٩)قرار رقم(٨٢)، وبهذا نكتشف الخلل الكبير الموجود في كثير من المستشفيات في البلاد العربية والإسلامية.

المطلب الثاني : 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 جسم إنسان آخر، حياً أو ميتاً، في الشريعة الإسلامية إنما يدخل في المسائل الاجتهادية الفقهية الحديثة، ولعله من أهمها ومن أحوجها إلى الدراسة الشاملة التأصيلية، بحيث تستند إلى أدلة يقتنع بها أولو الملكة الفقهية السليمة، ويطمئن إليها أولو البصيرة الإسلامية المخلصة.

ومما لا ريب فيه أن هذا المطلب يتصل اتصالاً مباشراً ووثيقاً بجملة من القواعد الفقهية الكلية من شأنها أن تنير السبيل بوضوح أمام تلمس حكم الشريعة الإسلامية، في هذا الموضوع الهام[1].

ويبدو لنا أن هذا المسألة ذات صلة وثيقة بمبدأ الاستحسان، حيث إن الإبقاء على اطراد الأحكام والقواعد التشريعية العامة في كل الأحوال دون استثناءات، قد يؤدي إلى مآلات ونتائج تصادم المصالح التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها في الوجود، فكان منهج الشارع الحكيم هو الاستثناء من القواعد العامة، وذلك في حال ما إذا كان استمرار الحكم العام أو القاعدة واطرادها ؛ يؤدي غالباً إلى الإضرار بمصالح المكلفين المعتبرة شرعاً، دفعاً للحرج والضيق.

(١) البوطي، قضايا فقهية معاصرة (١١٠)بتصرف يسير.

مما يدل على أن كل قواعد المستثنيات في الشريعة الإسلامية من الاستحسان وغيره، إنما هي قواعد منهجية عملية ضابطة لمسار الاجتهاد التطبيقي، لتمنعه من الوقوع في الغلو ومنافاة العدالة والمصلحة إبان التطبيق.. من هنا فإن الإستحسان كمبدأ وأصل تشريعي هو من سنن الشارع الحكيم في التشريع وضعاً، يوجب على المجتهد الاهتداء والاسترشاد به في الاجتهاد التطبيقي، معالجة للواقع، بحيث يحقق المصالح المقصودة شرعاً ؛ وأن لا يعسف في الاجتهاد المؤدي إلى ترتب مضار ومفاسد بإجراء الأحكام والقواعد العامة على اطرادها في كل الوقائع والتصرفات وظروفها المتغايرة، دون نظر إلى نتائجها في ظروف التطبيق التي احتفت به.

وتأتي هذه المسألة – نقل وزراعة الأعضاء الآدمية – كتطبيق من التطبيقات المعاصرة على نوع من أنواع الاستحسان التي ذكرناها سابقاً، وهو استحسان الضرورة – حيث توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس العام والأخذ بمقتضياتها، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج وذلك عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج، أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل، فيعدل عنه حينئذ استحساناً إلى حكم آخر، يزول به الحرج – وإذا أردنا أن نطبق هذا النوع من الاستحسان على مسألتنا هذه، فنقول :

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 بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ [1]. ومما لاريب فيه أن

(١) قرآن كريم، سورة الإسراء، آية رقم (٧٠).

رعاية الكرامة الإنسانية داخلة دخولاً أولياً في المقاصد أو المصالح التي هي محور الشرع الإسلامي الحنيف.

وكذلك فإن الأصل عصمة دم المسلم وجميع أجزائه بدنه الثابتة فيه، فلا يجوز للإنسان أن يجني على نفسه، أو على عضو من أعضائه أو على بشرته أو على غيره إلا بحق ثابت شرعاً، كما إذا ارتكب جريمة توجب حداً ؛ كالقتل أو القطع أو الجرح، فيقيم عليه الحاكم الشرعي ما يستحقه وأيضاً ؛ فإن الأصل المساواة بين المسلمين في عصمة الدم والأعضاء كما في الحديث الذي رواه النسائي في سننه أن النبي ﷺ قال : ((المؤمنون تكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، يسعى بذمتهم أدناهم، لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده)) (١).

فتجب المحافظة على حرماتهم، فحرمة عباد الله من أشد الحرمات وكرامتهم ثابته بالقرآن والسنة والإجماع.

إلا أننا نرى جواز نقل الأعضاء الآدمية وزرعها استحساناً واستثناء من الأصل العام السابق للضرورة، لدفع الحرج والمشقة.

ويمكننا أن نستدل على ذلك بمجموعة من القواعد الفقهية المستنبطة من نصوص الشريعة، والدالة على الترخيص للمتضرر بإزالة ضررة ولو بالمحظور والممنوع؛ وتتجلى لنا تلك القواعد فيما يلي :
((الضرر يزال)) و ((الضرورات تبيح المحظورات)) و ((إذا ضاق الأمر اتسع))(٢).

(١) صححه الألباني في صحيح سنن النسائي، كتاب القسامة(٩٨٣/٣)ح(٤٤١٣).
(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر(١٧٣). الندوي، القواعد الفقهية (٢٥٢)(٢٧٠)(٣٥٦).

فالقاعدة الأولى دلت على أن إزالة الضرر عن المكلف مقصد من مقاصد الشريعة كما دلت القاعدة الثانية على أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار رخص له في ارتكاب المحظورات شرعاً.

ودلت القاعدة الثالثة على أن بلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها يوجب التوسيع عليه في الحكم، وأن هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت[1].

وكل ذلك موجود معنا هنا، فالشخص المريض متضرر بتلف العضو المصاب، كما أن مقامه يعتبر مقام اضطرار، وفيه ضيق ومشقة، إذ يصل به الحال إلى درجة خوف الهلاك والموت كما في حالة الفشل الكلوي.

فينبغي أن يعمل هنا علة التيسير، دفعاً للحرج والمشقة، والقاعدة الأساسية الكبرى تقول : ((المشقة تجلب التيسير)) [2].

عرض آراء العلماء في نقل الأعضاء الآدمية وزرعها :

اختلف العلماء المعاصرون في مسألة نقل الأعضاء الآدمية من الشخص الميت أو الحي وزرعها في الإنسان الحي ؛ على قولين :

أ – القول الأول :حرمة نقل الأعضاء الآدمية :

وهو قول الشيخ محمد متولي الشعراوي، والشيخ عبد الله بن الصديق الغماري، والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي، والشيخ حسن بن علي السقاف الحسيني، والدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري، والدكتور حسن علي الشاذلي.

(١) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية (٣٥٣). العقيلي، حكم نقل الأعضاء(٧٦).
(٢) الندوي، القواعد الفقهية(٢٦٥).

ب – القول الثاني :جواز نقل الأعضاء الآدمية :

وهذا القول صدرت به الفتوى في عدد من المؤتمرات والمجامع والهيئات واللجان منها : المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا، ومجمع الفقه الإسلامي، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ولجنة الفتوى في كل من الأردن، والكويت، ومصر، والجزائر، وهو قول طائفة من العلماء الباحثين مثل :

الشيخ عبد الرحمن بن سعدي التميمي، والشيخ إبراهيم اليعقوبي، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق، واختاره الدكتور أحمد شرف الدين، والدكتور رؤوف شلبي، والدكتور عبد الجليل شلبي، والدكتور محمود السرطاوي، والدكتور هاشم جميل عبد الله، والدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي، والدكتور محمد نعيم ياسين[1].

ومهما يكن، فإن جواز الإقدام على هذا الأمر منوط بالضرورة – وهذا ما رجحناه سابقاً – سواء أكانت ضرورة إنقاذ حياة، أو ضرورة إحياء عضو تألف. ولكي نزيد بيان هذه الضرورة ضبطاً، نذكر أهم الشروط والضوابط التي ذكرها أهل العلم ؛ لإباحة نقل الأعضاء الآدمية لزرعها، وهي :

(١) أن يكون التبرع بالعضو هو السبيل الوحيد لإنقاذ المتبرع له مما هو فيه، فإن وجد سبيل آخر لم يكن التبرع مشروعاً. وبناء على هذا الشرط لا يجوز التبرع بالعضو الآدمي مالم يقرر الأطباء أن المفسدة الصحية العظمى الواقعة على المريض لا سبيل إلى

(١) هذه أشهر الأقوال في هذه المسألة. انظر الأقوال وضوابطها وشروطها وأدلتها بشكل مستفيض في المراجع التالية: الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية(٣٣١-٣٦٥).العقيلي، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي(٦٠-١٤٥). ياسين، محمد نعيم، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة(١٣٥-١٨٥).

دفعها عنه إلا بغرس عضو بديل في جسد المريض، ويقتضي هذا عدم وجود أي سبيل آخر لتعويض المريض عن عضوه التالف من عضو صناعي أو عضو حيوان أو غير ذلك.
كذلك لا يجوز التبرع بالعضو من الحي إذا تيسر بديل له يمكن الحصول عليه من الميت ؛ لأن مفاسد الأخذ من الميت أقل بكثير من مفاسد الأخذ من الحي.

(٢) ويشترك لجواز التبرع بالعضو الآدمي أن لا يكون هذا التبرع سبباً لتفويت حق آخر لله غير حقه على العضو المتبرع به، كما لو أدى التبرع إلى مفاسد اجتماعية أو خلقية تتعارض مع مقصد من مقاصد الشريعة، ومثال ذلك التبرع بالمني ؛ فإنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وهي مفسدة اجتماعية حاربها الشرع، وحرم أسبابها ولا يسوغها حاجة المتبرع له إلى الولد، ومثل ذلك التبرع بالخصية أو المبيض.

(٣) أن يكون المتبرع له ممن عصم الشرع دماءهم، وهم المسلمون وأهل الذمة والعهد من الكفار ؛ فلا يجوز التبرع لكافر حربي ولا لمرتد، ولا لزان محصن وجب عليه الحد الشرعي، ولا لقاطع طريق قاتل، ولا لقاتل متعمد استحق عليه القصاص، ولم يسقط بسبب من أسباب السقوط[1].

(٤) أن لا يكون التبرع سبباً أكيداً للاساءة إلى الكرامة الآدمية، ويعتبر كذلك إذا كان التبرع بالعضو لجهة يغلب على ظن المتبرع أنها تتاجر بأجزاء الجسد الإنساني، وتستغل حاجة المرضى لبعض هذه الأجزاء، وتتخذ أسلوباً للربح والنفع

(١) ياسين، محمد نعيم، أبحاث فقهية طبية معاصرة(١٦١).البوطي، قضايا فقهية معاصرة (١٢٦). العقيلي،حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي(٧٩-٨٠).

المادي. فجواز التبرع بالأعضاء لا يقتضي القول بجواز بيعها، لأن البيع مبادلة مال بمال بالتراضي، وبدن الإنسان ليس بمال حتى يدخل في دائرة المعاوضة والمساومة، وتصبح أعضاء الجسد الإنساني محلاً للتجارة والبيع والشراء، وهو ما حدث للأسف في بعض الأقطار الفقيرة [١].

(٥) أن يكون المتبرع كامل الأهلية عند التبرع وعند البدء بتنفيذه وإجراء عملية الأخذ منه، أما عند التبرع فلأن التصرفات القولية لناقص الأهلية تعتبر باطلة، ولا يعتد بها. وأما عند إجراء التنفيذ فلأن التبرع لا يكون لازماً بحسب القواعد الفقهية إلا بالتنفيذ، وقبل ذلك للمتبرع أن يرجع عن تبرعه.. ولا يقبل من الصغير والمجنون والمعتوة.

(٦) ولما كان القول بإباحة التبرع بالعضو الأدمي استثناء من الأصل ومشروطاً بشروط وقيود كثيرة، فإن تنفيذ عمليات غرس الأعضاء المبنية على التبرع ينبغي أن يكون تحت إشراف مؤسسات رسمية، مؤهلة علمياً وخلقياً، ليمكن التحقق من جميع الشروط والمبررات، ولا ينبغي أن يترك هذا الأمر للمؤسسات الخاصة والأفراد ؛ خوفاً من التجاوز المتعمد أو التقصير [٢].

رأي مجمع الفقه الإسلامي في نقل الأعضاء الآدمية وزرعها :

لقد طرح مجمع الفقه الإسلامي موضوع ((نقل الأعضاء الأدمية وزرعها)) في دورته الرابعة المنعقدة بجدة في المملكة العربية

(١) القرضاوي، فتاوى معاصرة(٥٣٤/٢). يا سين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة(١٦٢).

(٢) يا سين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة(١٦٣-١٦٥). العقيلي، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي(٨٠).

السعودية من ١٨ – ٢٣ جمادي الآخر ١٤٠٨هـ، الموافق ٦ – ١١ فبراير ١٩٨٨م، وبعد إطلاعه على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، وقرر ما يلي :

* من حيث التعريف والتقسيم :

أولاً : يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكن متصلاً به، أم انفصل عنه.

ثانياً : الانتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت إليها ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه. على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعاً.

ثالثاً : تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية :

(١) نقل العضو من حي.
(٢) نقل العضو من ميت.
(٣) النقل من الأجنة.

الصورة الأولى : وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية :

أ – نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب – نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر. وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة، ومالا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فردياً، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكبد، والثاني كالكلية والرئتين.

وأما ما لا تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم، ومنه ما لا يقوم. ومنه ما يتجدد تلقائياً كالدم، ومنه مالا يتجدد، ومنه ماله تأثير على الإنسان والموروثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه مالا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية :وهي نقل العضو من ميت :

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين :

الحالة الأولى : موت الدماغ بتعطيل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعه فيه طبياً.

الحالة الثانية : توقف القلب والتنفس توقفاً تاماً لا رجعة فيه طبياً[1].

الصورة الثالثة :وهي النقل من الأجنة، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات :

(١) حالة الأجنة التي تسقط تلقائياً.

(٢) حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

(٣) حالة اللقائح المستنبتة خارج الرحم.

من حيث الأحكام الشرعية :

أولاً : يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي(٥٧-٥٨).

عضو مفقود، أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً : يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً : تجوز الاستفادة من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعاً : يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً : يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادساً: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت قبل موته، أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعاً : وينبغي ملاحظة : أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال ما. أما بذل

المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامناً : كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية[1].

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع(٨٩/١).

المطلب الثالث
التطبيقات المعاصرة لعقد السلم في المصارف الإسلامية

السلم صورة من صور البيع، تميزت عن غيرها بتعجيل الثمن وتأخير المثمن. ولقد كانت هذه المعاملة مما تعامل به الناس قبل الإسلام، فأقرهم عليها رسول الله ﷺ بعد أن وضع لها من الضوابط ما يبعد بها عن الحيف والجور، ويبقيها في دائرة الإنصاف والعدل، لتحقيق المعنى الذي من أجله شرع هذا العقد وهو الارتفاق من الجانبين، حيث يرتفق البائع بتعجيل الثمن، ويرتفق المشتري برخص المثمن، فتتحقق بذلك مصلحة الطرفين.

ولما كان السلم طريقاً مشروعاً إلى إقرار البائع على الوصول إلى ما يحتاج إليه من مال عندما توصد أمامه سبل القرض الحسن حيث يستطيع أن يبيع موصوفاً في ذمته متعجلاً ثمنه لقضاء حاجته. ثم يتكلفه للمشتري عند حلول الأجل. فقد اتجهت الأنظار إلى مدى إمكانية الإفادة من هذه المعاملة لتحل محل عمليات الإقراض التربوي[1].

ومن هنا مست الحاجة إلى التعرف على معنى هذا العقد لغة واصطلاحاً وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، كتطبيق عملي على أصل الاستحسان.

السلم لغة :

يقول ابن منظور ((والسلم – بالتحريك - : السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد... يقال : أسلم وسلم إذا أسلف وهو أن

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

تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه))[١].

ويؤكد هذا المعنى الكفوي في كلياته بقوله : ((والسلم محركة : السلف، وهو أخذ عاجل بآجل)) [٢].

والسين واللام والميم معظم بابه من الصحة والعافية... ومن باب الإصحاب والانقياد : السلم الذي يسمى السلف، كأنه مال أسلم ولم يمتنع من إعطائه[٣].

السلم اصطلاحاً :

أما في الاصطلاح الفقهي فهو عبارة عن ((عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطي عاجلاً)) [٤].

وقد اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في شروطه، فالحنفية والحنابلة الذين شرطوا لصحته قبض رأس المال في المجلس وتأجيل المسلم فيه، احترازاً من السلم الحال عرفوه بأنه بيع مؤجل بمعجل. والشافعية الذين شرطوا لصحته قبض رأس المال في المجلس وأجازوا كون السلم حالاً ومؤجلاً عرفوه بأنه عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً.

وأما المالكية الذين منعوا السلم الحال، غير أنهم لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة

(١) ابن منظور، لسان العرب (٢٩٥/١٢) بتصرف، مادة (سلم).
(٢) الكفوي، الكليات(٥٠٧).
(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٩٠/٣).
(٤) النووي، روضة الطالبين(١/٤).

لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم[1]. فالسلم اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى : مسلماً فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى : مسلماً إليه. والمشتري يسمى : رب السلم[2].

مشروعية السلم :

ثبتت مشروعية السلم بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فأما الكتاب ؛ فقول الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ ﴾[3]، وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس، أنه قال : اشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية.

ولأن لفظ الآية يصلح للسلم ويشمله بعمومه.

وأما السنة، فقد روى البخاري عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث ، فقال : ((من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)) [4].

وأما الإجماع فقد نقل ابن قدامة عن ابن المنذر أنه قال : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز[5].

(١) حماد، نزيه، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (١٩٣-١٩٤).
(٢) الجرجاني، التعريفات(١٦٠).
(٣) قرآن كريم، سورة البقرة، آية رقم(٢٨٢).
(٤) سبق تخريجه.
(٥) ابن قدامة، المغني(٦/٣٨٤-٣٨٥).

وأما المعقول، فلأن 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 السلم؛ ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص[1].

وبهذا يتبين لنا أن عقد السلم أبيح استحساناً واستثناء من عدم جواز بيع المعدوم، فإن القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد، وترك بالنصوص السابقة، وهو الرخصة الثابتة، وأنه شرع لأجل ما فيه من شدة الحاجة إليه، ولدفع المشقة والحرج، وإن كان على خلاف القياس.

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 الزراعية والصناعية والتجارية على النطاق الفردي، ونطاق المشاريع الكبيرة. وتكون مصلحة المصرف الإسلامي في الحصول على مواد آجلة بسعر عاجل رخيص نسبياً، ثم يقوم بعد قبضها بتسويقها بثمن الحاضر، أو بثمن مؤجل.

وهذه الصورة هي الأساسية، وعليها ينبغي أن تجري غالب أعمال المصرف في مجال طريقة السلم[2].

(١) المصدر نفسه، (٣٨٥/٦).

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

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 : (كتطبيق من التطبيقات المعاصرة على عقد السلم الذي أبيح استحساناً).

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 مئوية من ثمن البيع، أو من التكلفة، أو من الربح، ولا حرج في ذلك.

ويمكن أن يتولى هؤلاء التجار الوسطاء 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 الوسطاء بعض هذه الأعمال، ويتولى المصرف سائرها، ليكون إشرافه على تلك العمليات عن قرب.

ويمكن أن يوكل المصرف ببعض هذه الأعمال وسطاء معينين، وببعضها الآخر وسطاء آخرين[1].

(١) الأشقر، عقد السلم، ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (٢١٦/١)بتصرف يسير.

الطريقة الثانية :طريقة السلم المتوازي :

وصورتها أن يبيع المصرف إلى الطرف الثالث بضاعة في الذمة من نفس جنس المسلم إليه ومواصفاته، وليس خصوص البضاعة المسلم فيها، مؤجلاً، ويتسلم الثمن مقدماً ؛ أي بطريق السلم، فيكون دور المصرف هنا دور المسلم إليه، فإذا تسلم المصرف البضاعة سلمها إلى الطرف الثالث أداء لما في ذمته.

ولما كان المصرف ايضاُ يبيع سلماً، فسيكون السعر أرخص من السعر الحاضر فإن كان بسعر الصفقه الأولى، مع اتفاق الأجلين، لم يستفد المصرف شيئاً، وإن كان بسعر أعلى حصل له بعض الربح. والغالب أن يكون منشؤه مزيد الثقة بوفاء المصرف في الوعد.

وإن تأخر عقد إحدى الصفقتين عن الأخرى، كأن يشتري في بداية شهر صفر، ويبيع في بداية رمضان من نفس العام، أمكن تحصيل ربح بدرجة معقولة. على أنه إن لم يسلم العميل الأول البضاعة عند الأجل، فعلى المصرف تسليم ما باعه للطرف الثالث بعد تحصيله من الأسواق.

ويمكن التوسع في هذه الطريقة بأن يجري المصرف أولاً عقداً يكون فيه بائعاً، فيبيع بضاعة ما سلماً، ويجري في الوقت نفسه، أو بعد ذلك، عقداً آخر يكون فيه مشترياً، يشتري سلماً من تاجراً ومنتج لمدة موافقة في الجنس والمواصفات والكمية، للمادة التي باعها سلماً، وبأجل مناسب، ليجري التسليم للمشتري في الموعد الذي تحدد في العقد الأول. ولا حرج في هذا التوسع، لأن كلاً من العقدين منفصل عن الآخر تماماً[1].

قرارمجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة :

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ – ٦ ذي القعدة

(١) الأشقر، عقد السلم، ضمن كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (٢١٦/١-٢١٧).

١٤١٥هـ، الموافق ١ – ٦ أبريل ١٩٩٥م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السلم وتطبيقات المعاصرة، قرر ما يلي :

أولاً :بشأن (السلم).

أ – السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه، ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات.

ب – يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم، إما بتاريخ معين، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع، ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد.

ج – الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم.

د – لا مانع شرعاً من أخذ المسلم (المشتري) رهناً أو كفيلاً من المسلم إليه (البائع).

هـ - يجوز المسْلِم (المشتري) مبادلة المسلم فيه بشيء آخر - غير النقد - بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم.

و – إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة.

ز – لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.

ح – لا يجوز جعل الدين رأس مال للسلم لأنه من بيع الدين بالدين.

ثانياً : بشأن (التطبيقات المعاصرة للسلم).

انطلاقاً من أن السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان تمويلاً قصير الأجل أم متوسطة أم طويلة، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصناعيين أم المقاولين أم من التجار، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى ولهذا تعدد مجالات تطبيق عقد السلم، ومنها ما يلي :

أ – يصلح عقد السلم لتمويل عمليات 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 إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم.

ب – يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سلماً وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.

ج – يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين، والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات أو مواد أولية كرأس مال السلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها[1]

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع (٣٧١/١) قرار رقم (٨٥). وانظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (١٩٣- ١٩٥) .

وقد توصلنا الى نتائج إيجابية وقيمة، ومن أبرزها ما يلي:

- الإيمان العميق بصلاحية الفقه الإسلامي، وكمال نهجه، وأنه يتسم بالثراء والوفاء بجميع متطلبات الحياة، ومستجدات العصر.
- القطع بثراء الفقه الإسلامي وتنوعه، وأنه ليس ضئيل الحجم أو سطحي الغوص، كما يدعى الكثير من المستشرقين وتلاميذهم الحاقدين البلهاء.
- نبوغ علماء الإسلام في النواحي الأصولية والفقهية، وإسهاماتهم البديعة، وأنهم خدموا هذه الشريعة خدمة جليلة، فمهدوا بذلك السبيل لمن جاء بعدهم في الغوص في المسائل المستجدة التي تتطلب دراسة علمية جديدة.
- معالجة قضايا العصر ومشكلاته ووقائعه المستجدة، فلكل عصر قضاياه ومشكلاته ووقائعه المتجددة التي لم يتكلم عنها الفقهاء السابقون.

فلابد من الفقهاء ذوى الملكات الفقهية الراسخة، الإجتهاد في تلك القضايا والمشكلات والوقائع، وإلا أدى ذلك الى عزل المجتمع وتجميده.

- بروز الفقه الإسلامي كميزان يجدر الإحتكام إليه في الكشف عن المسائل الغامضة، وحل المشكلات المستعصية على ضوء موازين الفقه الإسلامي، حيث إن من أهم أسباب إعراض الناس عن الفقه في الدين، وعدم تطبيقه في أبعاد الحياة، ظنهم قصور الفقه الإسلامي عن إستيعاب مثل هذه المشكلات والحكم عليها، أو إيجاد الحلول، أو عدم بلوغ الحكم الشرعي إليهم على الوجه المراد.

وتأصيل المسائل الفقهية، وردها إلى الأصول الفقهية، هو الباعث في نظري إلى التوصل وإيجاد الحلول الشرعية المعتبرة والمناسبة من أجل هداية الناس وتوجيههم في كل أعمالهم وتصرفاتهم إلى أقوم سبيل.

- النظر في المسائل والفروع الفقهية المعاصرة المبنية على الاستحسان، وتحريرها وتأصيلها، ومحاولة جمعها قدر

الإمكان، ليكون مَدْرجة إلى تحقيق مناطها، ومرقاة الى الإجتهاد فيها، وتمهيداً يمكن الفقهاء من محاكمة الأصول الفقهية على قضايا الناس ووقائعهم المستجدة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع

- الآمدي، على بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق : عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، ط(٢) ١٤٠٢ هـ – بيروت.
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، توزيع : المكتب الإسلامي، بيروت ١٩٨٦م – ١٤٠٧ هـ.
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن النسائي باختصار السند، أشرف عليه : زهير الشاويش، الناشر : مكتب التربية العربي لدول الخليج، توزيع : المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٨م.
- أحمد، أحمد بن حنبل الشيباني، المسند، المكتب الإسلامي، دار صادر، بيروت – لبنان
- الأرموي، سراج الدين محمود بن أبي بكر، التحصيل من المحصول، تحقيق : عبد المجيد على أبو زنيد، مؤسسة الرسالة، ط(١) ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م.
- إسماعيل، شعبان محمد، الاستحسان بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، الدوحة – قطر، ط(١) ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م.
- الأشقر، محمد، عقد السلم، ضمن كتاب : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس بالأردن، ط(١) ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م.
- البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط(٢) ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣م.
- الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، قاعدة المشقة تجلب التيسير ((دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية))، مكتبة الرشد – السعودية، ط(١) ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م.
- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفارابي – سوريا، ط (٥) ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤م.

- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢م.
- الباجي، سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق : عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، ط(١) ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٩م.
- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، تعليق وتخريج : محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط(١)١٤١١ هـ – ١٩٩١م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، قاعدة في الاستحسان، تعليق : محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد، ط(١) رجب ١٤١٩ هـ.
- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ضبطه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦م.
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، تحقيق : ابراهيم الإبياري، دار الكتاب العربي، ط (٢) ١٤١٣هـ – ١٩٩٢م.
- الجصاص، أبوبكر أحمد بن على، أصول الجصاص المسمى (الفصول في الأصول) تعليق وتخريج : محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. ط (١) ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م.
- حماد، نزيه، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط (٣) ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- الحسن، خليفة بابكر، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، الناشر: مكتبة وهبة بمصر، ط (١) ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان، المكتبة السلفية، ط (٣) ١٤٠٧هـ.
- خلاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم بالكويت، ط (٢) ١٣٩٠هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الريان للتراث، طبعة عام ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- الزركشى، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، قام بتحريره : عبد الستار أبو غدة، وراجعه عبد القادر العاني، من مطبوعات وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ط(٢) ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار المدار الإسلامي، ط(١) بيروت – لبنان.
- أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي (د.ت).
- الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، سنة ١٣٨٧هـ الطبعة العاشرة.
- الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، بيروت- لبنان ط(٤) ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- أبو زهرة، محمد، أبو حنيفة ((حياته وعصره وآراؤه وفقهه)) دار الفكر العربي عام ١٩٩١م
- السبكي، علي بن عبد الكافي وولده عبد الوهاب، الابهاج في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد اسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م.
- السيوطي، جلال الدين عبد الله بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق : محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط(١) ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.
- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق : أبو الوفاء الافغاني، دار المعرفة، بيروت – البنان.
- الشاطبي، ابواسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي، الاعتصام، تحقيق : سليم الهلالي دار ابن عفان – السعودية؛ ط(١) ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الشاطبي، ابواسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة شرح وتعليق : عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق : محمد حسن هيتو، دار الفكر بد مشق، تصوير عن ط(١) ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، شرح اللمع، تحقيق : عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط(١) ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- الشنقيطي، محمد بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصديق، الطائف - السعودية، ط(١) ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الصاوي، محمد صلاح محمد، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، دار المجتمع ودار الوفاء.
- الطوفي، نجم الدين سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق : عبد الله التركي، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، ط(٢) ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- ابن العربي، محمد عبد الله، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه : محمد عبد القادر عطا، دار الكتاب العلمية، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤٠٨هـ -.
- العجلوني، إسماعيل محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الاحاديث على ألسنة الناس، دار الكتب العلمية، ط(٣) ١٩٨٨م - ١٤٠٨هـ.
- العقيلي، عقيل بن أحمد، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، مكتبة الصحابة بجدة عام ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دراسة وتحقيق: د/حمزة زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر بالسعودية.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق : مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، ط(٢)١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، تحقيق : عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، ط(١) ١٤١٣هـ- ١٩٩٣م.

- القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط(١) ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت – لبنان.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق : عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والارشاد بالسعودية، دار عالم الكتب، ط(٣) ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- قرارات، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة للدورات (١-١٠)، والقرارات (١-٩٧) دار القلم- دمشق،ط(٢) ١٤١٨هـ - ١٩٨٨م.
- القرضاوي، يوسف، فتاوى معاصرة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة – مصر، ط(٣) ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى، الكليات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية) تحقيق : عدنان درويش وآخرون، مؤسسة الرسالة.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت – لبنان،ط(١) ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
- مالك، مالك بن أنس، الموطأ، دار الريان للتراث بالقاهرة، ط(١١) ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم مطبوع مع شرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.

- المرغيناني، برهان الدين على بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط(١) ١٤١٠هـ - ١٩٩٠ م.
- ابن النجار، محمد أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيق : محمد الزحيلي ونزيه حماد، من منشورات جامعة أم القرى، ط(١)١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.
- الندوي، علي بن أحمد،القواعد الفقهية، قدم له : مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق – سوريا، ط(٢) ١٤١٢ – ١٩٩١م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، طبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.
- ابن الهمام، كمان الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- اليوبي، محمد مسعد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط(١) ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ياسين، محمد نعيم، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس – عمان، ط(١) ١٤١٦هـ - ١٩٩٦ م.