

المطلب الثاني: المصادر المختلف فيها

الفرع الأول: الاستحسان

أولاً: تعريف الاستحسان لغة

هو أداة لاستنباط الأحكام الشرعية عند غياب النصوص، وهو مصدرا من مصادر التشريع بعد القرآن الكريم والسنة الشريفة والقياس والاجماع، والاستحسان جاء من الحسن.

ويعرف الاستحسان على أنه: "عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي، أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل استنبط في عقله فرجح هذا العدول.

فقد تعرض واقعة لم يرد نص يبين حكمها، وبالتأمل يلاحظ أنه ثمة قياسان أحدهما ظاهر جلي يقتضي حكما، والآخر خفي يقتضي حكما مخالفا، فيعدل المجتهد عن القياس الظاهر ويعدل بالثاني فسمي هذا العدول استحسانا.

ثانياً: أمثلة عن الاستحسان

قرر فقهاء الحنفية أن الأرض الزراعية لو تم وقفها تدخل حقوق الارتفاق كحق المرور وحق المسيل وحق الشرب في الوقف تبعا للعين الموقوفة دون النص عليها في الوقف استحسانا، والقياس يفضي بعدم دخولها إلا بنص عليها كالبيع، ووجه الاستحسان أن المراد من الوقف انتفاع الموقوف عليهم.

-القياس الظاهر: هو إلحاق الوقف بالبيع، أما القياس الخفي يكون بقياس الإجازة لأن كلا منهما المقصود منه الانتفاع، فكما تدخل حقوق الارتفاق في إجازة الأرض الزراعية دون ذكرها، تدخل في وقفها دون النص عليها استحسانا.

ثالثاً: أنواع الاستحسان

أ- ترجيح قياس خفي على قياس جلي (الاستحسان القياسي): العدول بالمسألة التي لم يرد بشأنها نص أو إجماع إلى يحكم مخالف ثابت بأصل آخر، ويكون الحكمان متعارضان فيعدل المجتهد عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي.

مثال: نص فقهاء الحنفية على أنه : اختلف بائع ومشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع مثلاً: ادعى البائع مثلاً أنه 1000 دج وإدعى المشتري 800 دج هنا يتحالفان استحساناً، مع أنه القياس ألا يحلف البائع.

والقاعدة تقول: البينة من إدعى واليمين على من أنكر، فلا يلزم البائع باليمين فكل منهما مدع ومنكر فيتحالفان استحساناً.

ب- استثناء جزئية من قاعدة كلية أو أصل عام بدليل:

هذا النوع تستثنى جزئية من قاعدة كلية وقد يكون نصاً إجماعاً أو مصلحة أو عرفاً أو ضرورة.

1- الاستحسان بالنص أو الاستحسان بالأثر: جواز الوصية التي تعد تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فالقواعد العامة تأبى جوازها، باعتبار أن الموت مزيل للملك فهو يتصرف في ملك وراثته، غير أنها استثنت من هذه القاعدة العامة بقوله تعالى: "مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ" سورة النساء الآية 11.

2- الاستحسان بالإجماع: مثلاً: جواز عقد الاستصناع وهو عقد بين شخص وصانع يطلب فيه الأول في الثاني أن يصنع له شيئاً معيناً بمقابل متفق عليه بينهما، والقاعدة العامة تنص على عدم جواز هذا العقد لأنه بيع لمعدوم وهي منهي عنه: "لا تبع ما ليس عندك" غير أن العلماء استثنوه من القاعدة من أجل جريان التعامل به وحاجة الناس له وهذا بدون انكار العلماء له.

3- الاستحسان بالعرف: تقضي القاعدة العامة بأن المشتري إذا تسلم المبيع صار في ضمانه، فإذا هلك المبيع أو تلف تحمل هو تبعه الهلاك، ولكن الفقهاء أجازوا شرط الضمان لجريان العرف به في عقود الآلات الكهرومنزلية والسيارات وغيرها.

4- الاستحسان بالمصلحة: صحة وصية السفية المحجور عليه في سبيل الخير، خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بعدم صحة تبرعاته، لأنه يترتب على ذلك تبديد أمواله، ولكن

أجاز الفقهاء تبرعه في أوجه الخير، والوصية في سبيل الخير لا تتعارض مع هذه الغاية، لأنها لا تفيد المالك إلا بعد وفاة المحجور عليه.

رابعاً: حجية الاستحسان

1- المنكرون للاستحسان: "أَيْحَسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى" سورة القيامة الآية 36 فلقد بين شرعه بالكتاب والسنة والقياس عليهما، واتباع جماعة المسلمين قال استنباط من غير هذه الطرق باطلاً.

2- المثبتون بالاستحسان: قوله تعالى: "الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ" سورة الزمر الآية 18، وقد نقل عن الإمام مالك أنه قال: "الاستحسان تسعة أعشار العلم".

إن الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر، وهو أصل في الدين قال الله تعالى: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ" سورة البقرة الآية 185.

الفرع الثاني: المصالح المرسلة

أولاً: تعريفها

أ- **التعريف اللغوي:** يقصد بها الصلاح والمنفعة.

ب- **التعريف الاصطلاحي:** وهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم، عقولهم، نسلهم وأموالهم.

ثانياً: أقسام المصالح المرسلة

أ- **المصالح المعبرة:**

هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع ولقد قام دليل على اعتبارها، وشرعت الأحكام لتحقيقها مثل المحافظة على مقاصد الشرع من حفظ الدين وغيرها.

ب- **المصالح الملقاة:**

هي المصالح التي لم يعتبرها الشارع الحكيم، فلقد تم إلغاؤها نظرا لأضرارها، ومن أمثلتها دعوى المساواة بين الذكر والأنثى في الميراث فهي ملغاة بمقتضى الآية: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ" سورة النساء الآية 11.

ج-المصالح المرسلة: ويطلق عليها أيضا بالاستدلال فهي المصالح التي لم يعتبرها الشارع الحكيم ولم يلغها.

ثالثا: حجية المصالح المرسلة

اشتهر الإمام المالك رحمة الله تعالى عليه بالعمل بها، فهو أصل الاستنباط المعاني من جملة الأدلة الأخرى.

أ-المنكرين للمصالح المرسلة:

-راعت الشريعة الإسلامية مصالح الناس بالنصوص، أما المصلحة التي لا يوجد دليل يشهد لها بالاعتبار فهي مصلحة وهمية.

-إن بناء الأحكام على المصلحة يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام أصحاب الهوى الذي يتوهمون المفاسد مصالح.

-إن في بناء الاحكام الشرعية على المصلحة المرسلة هو نيل من وحدة التشريع حيث تختلف الاحكام باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان.

ب-المثبتين لحجية المصلحة المرسلة:

-إن الشريعة الإسلامية وضعت لتحقيق مصالح العباد فالأخذ بالمصلحة المرسلة متوافقا مع طبيعة الشريعة.

-إن وقائع الناس ومسائلهم لا تنحصر فهي متغيرة ومتجددة بتغير أحوال الناس وبيئاتهم.

فلقد جمع أبي بكر الصديق رضي الله عنه القرآن الكريم بعد أن اشتد القتال في معركة اليمامة بمشورة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكان المقصد من ذلك حفظ القرآن الكريم من الضياع.

ج- الرأي الراجح:

من خلال الأمثلة التالية:

- ضرب العملة التي يتعامل بها الناس في البيع والشراء وسائر المعاملات المالية.
- تسجيل عقود الزواج.

رابعاً: شروط العمل بالمصالح المرسلة

- أن تكون مصلحة حقيقية لا وهمية.
- أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشارع الحكيم.
- أن تكون مصلحة عامة.

الفرع الثالث: العرف

أولاً: تعريف العرف

يعرف العرف في اللغة على أنه المعرف، والشيء المعروف المؤلف الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول.

أما اصطلاحاً هو ما عتاده الناس سواء كان قولاً أو فعلاً، والعرف هو العادة الاجتماعية.

ثانياً: أنواع العرف

أ-أنواع العرف باعتبار مظهره:

1-العرف القولي: هو اعتياد الناس على استخدام لفظ معين لمعنى معين حتى وإن خالف معناه في اللغة، مثلاً: إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع انه في اللغة يقصد به الاثنان.

2- العرف العملي: اعتياد الناس على فعل أو تصرف معين، مثلاً تبادل المبيع والثمن دون أن يتم التعبير عن الإرادة باللفظ (هذا في الأشياء البسيطة ك شراء الجرائد والخبز...).

ب- أنواع العرف باعتبار نطاقه:

1- العرف العام: هو اعتياد الناس جميعا او أغلبهم وتعارفهم في زمن معين على شيء معين، كتعارفهم على إطلاق لفظ الحرام بمعنى الطلاق.

2- العرف الخاص: هو ما تعارف عليه أهل بلد أو إقليم أو منطقة معينة، مثلا: تعارف التجار في التعامل بالثقة.

ج- أنواع العرف باعتبار الصحة أو المشروعية:

1- العرف الصحيح: هو ما تعارف عليه الناس دون أن يخالف دليلا شرعيا، أو يحل حراما أو يحرم حلالا، مثلا: تعارف الناس على تقييم المهر إلى معجل ومؤجل، وما يقدمه الخاطب لخطيبته من خلي وثياب هو هدايا وليس جزء من المهر.

2- العرف الفاسد: هو ما تعارف عليه الناس إلا أنه يخالف دليلا شرعيا، كحرمان المرأة من الميراث في بعض المناطق.

ثالثا: حجية العرف

تحيل الشريعة في بعض أحكامها على العرف، قوله سبحانه وتعالى: "خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ" سورة الأعراف الآية 199.

روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لهند بنت تبة زوج أبي سفيان رضي الله عنهما حينما اشتكت إليه شح أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

رابعا: شروط العمل بالعرف

- أن يكون العرف متقفا مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

- أن يكون العرف مطردا بين المتعارفين عليه في كافة معاملاتهم أو غالبا فيها.

- أن يكون العرف موجودا عند إنشاء التصرف الذي يراد تحكيم العرف فيه.

