

الاستحسان بين الحنفية والشافعية وأثره في مسائل مختارة من المعاملات المالية- دراسة أصولية تطبيقية مقارنة د. أحمد بن خالد بن أمين العطاس*

اعتمد للنشر في ١٢/٢١/١٤٤٧هـ

سلم البحث في ١١/١٩/١٤٤٧هـ

ملخص البحث:

يتناول هذا البحث إشكالية التباين المنهجي والأصولي بين المدرستين الحنفية والشافعية في التعامل مع مبحث الاستحسان، ويهدف إلى تحرير محل النزاع وبيان طبيعة الخلاف حوله: أهو خلاف لفظي تصويري، أم خلاف حقيقي منهجي، مع كشف أثر هذا الخلاف في فقه المعاملات المالية. وقد اعتمد البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، من خلال تتبع مفهوم الاستحسان في المدونات الأصولية عند الحنفية والشافعية، وتحليل طرائق المدرستين في تصويره والاحتجاج به أو الاعتراض عليه، مع توظيف المنهج التطبيقي في دراسة ثماني مسائل مالية كاشفة عن الأثر الفقهي للخلاف الأصولي.

وخلص البحث إلى نتائج محورية، من أهمها: أن الخلاف في الاستحسان ليس على مرتبة واحدة، بل هو ذو طبقتين: طبقة لفظية تصويرية تعود إلى تباين التصور المبكر للمصطلح، وطبقة منهجية حقيقية تتعلق بمدى حجية العرف المطرد، والحاجة العامة، والإجماع العملي، والقياس الخفي، ومدى صلاحية هذه المعاني لمعارضة القياس الظاهر أو تخصيصه. كما بين البحث أن كلا المذهبين يحقق مقاصد شرعية معتبرة؛ فالمنهج الحنفي يبرز فيه مقصد رفع الحرج والتيسير ومراعاة الأعراف والحاجات، بينما يبرز في المنهج الشافعي مقصد الضبط والاحتياط وصيانة العقود من الغرر والنزاع. وانتهى البحث إلى إبراز إمكان التكامل الوظيفي بين المنهجين في النوازل المالية المعاصرة؛ حيث تظهر قابلية المنهج الحنفي في استيعاب العقود التشغيلية والمتوسطة التي يحكمها العرف والحاجة، وتظهر فاعلية المنهج الشافعي في ضبط العقود الاستثمارية الكبرى والحد من منازعاتها.

الكلمات المفتاحية: الاستحسان، أصول الفقه المقارن، الحنفية، الشافعية، المعاملات المالية، مقاصد الشريعة، التكامل الوظيفي.

ABSTRACT

This study examines the methodological and uṣūlī divergence between the Ḥanafī and Shāfi'ī schools in their treatment of istiḥsān. It seeks to define the precise locus of disagreement and to determine the nature of the dispute:

* أستاذ الفقه المساعد بجامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية.

whether it is merely a terminological and conceptual disagreement, or a substantive methodological one. The study also investigates the practical impact of this disagreement on the jurisprudence of financial transactions. To achieve this, the research adopts an inductive, analytical, and comparative methodology by tracing the concept of istihsān in the uṣūl works of both the Ḥanafī and Shāfi'ī schools, analyzing their respective approaches to its conceptualization, justification, and critique. It further employs an applied method through the study of eight financial issues that reveal the juristic impact of the underlying uṣūlī disagreement.

The study reaches several central conclusions. Most notably, the disagreement over istihsān is not of a single nature; rather, it consists of two layers: a terminological-conceptual layer arising from early differences in the understanding and representation of the term, and a substantive methodological layer relating to the probative value of established custom, general need, practical consensus, and hidden analogy, as well as the extent to which these considerations may oppose or qualify apparent analogy. The study also demonstrates that both schools pursue valid Sharī'ah objectives: the Ḥanafī approach gives greater prominence to the objectives of removing hardship, facilitating transactions, and considering customs and needs, whereas the Shāfi'ī approach emphasizes legal precision, caution, and the protection of contracts from uncertainty and dispute. The study concludes by highlighting the possibility of functional complementarity between the two approaches in contemporary financial issues: the Ḥanafī methodology shows particular capacity for accommodating operational and medium-scale contracts governed by custom and need, while the Shāfi'ī methodology demonstrates effectiveness in regulating major investment contracts and reducing disputes arising from them.

Keywords: istihsān, comparative uṣūl al-fiqh, Ḥanafī school, Shāfi'ī school, financial transactions, objectives of Sharī'ah, functional complementarity.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين القائل {وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ} [النمر: ٥٥] الذي أحسن كل شيء خلقه فتبارك الله أحسن الخالقين، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله سيدنا ونبينا محمد سيد المحسنين وأحسن خلق الله أجمعين، وعلى آله الطيبين وصحبه الأكرمين، وبعد: فهذا بحث أردت أن أكشف فيه عن حقيقة الخلاف في مفهوم الاستحسان الذي يعمل به الحنفية وأنكره الإمام الشافعي رحمه الله وكان مفهومه ضبابياً عند أصوليي الشافعية، من خلال تتبع مفهومه في كتب الأصول عند الفريقين، ثم استجلاء أثر هذا الخلاف من خلال مسائل فقهية مختارة من المعاملات المالية بنيت على الاستحسان الحنفي وخالف فيها الشافعية، لمعرفة حقيقة هذا الخلاف، أهو مجرد خلاف لفظي؟ أم خلاف له أثر حقيقي في واقع التطبيق الفقهي، ولمعرفة منهج المدرستين في التفكير الفقهي الاجتهادي، للاستفادة من هذه المناهج

الاجتهادية في النوازل المعاصرة. وبالله التوفيق.
أولاً: إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية هذا البحث في التباين المنهجي في التعامل مع الاستحسان بين المدرستين الحنفية والشافعية؛ إذ تقرره المدرسة الحنفية مسلماً اجتهادياً منضبطاً له أصوله وضوابطه ويبنى عليه حكم فقهي معتبر، بينما تُدرجه كتب أصول الفقه الشافعية ضمن الأدلة المردودة، وتنتقل عن الإمام الشافعي عبارات شديدة في إنكاره، أشهرها قوله المنسوب إليه: "من استحسَن فقد شرَّع".

غير أن العرض الشافعي لمبحث الاستحسان يكشف عن تباين في تحديد حقيقته وضبط مفهومه، مقابل وضوح في تصوير الحنفية له وربطه بالقياس والاستثناء والضرورة والمصلحة.

ويثير هذا التباين سؤالاً علمياً مركزياً حول طبيعة الخلاف في الاستحسان: هل هو خلاف حقيقي في المنهج والدليل، أم خلاف في التصوير والتعريف، وما أثر ذلك في اختلاف الأحكام الفقهية الناتجة عن اختلاف مناهج الاجتهاد؟
ثانياً: سؤال البحث:

ما حقيقة الاستحسان عند الحنفية، وما طبيعة الخلاف حوله مع الشافعية: أهو خلاف حقيقي في المنهج والدليل، أم خلاف في التصوير والتعريف، وما أثر ذلك في اختلاف الأحكام الفقهية التطبيقية؟
ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

١. تحرير حقيقة الاستحسان عند الحنفية وضبط مفهومه كمسلك اجتهادي.
٢. بيان طبيعة موقف الشافعية من الاستحسان وتحرير محل النزاع فيه.
٣. تحديد طبيعة الخلاف حول الاستحسان: أهو حقيقي أم لفظي.
٤. بيان العلاقة المنهجية بين الاستحسان والقياس.
٥. كشف أثر الخلاف الأصولي في الاستحسان على اختلاف الأحكام الفقهية التطبيقية المختارة من مسائل المعاملات المالية.
٦. الإفادة من تباين مناهج وطرق الاجتهاد بين المدرستين لتكوين الملكة الفقهية، والاستفادة من ذلك في النظر في النوازل المعاصرة وتخريج أحكامها على أكثر من منهج اجتهادي فيتنوع النتائج الفقهي ثم يتخير منه الأصلح للواقع.

رابعاً: أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يعالج إشكالاً أصولياً مؤثراً في بنية

الاجتهاد الفقهي واختلاف الأحكام، وذلك من خلال ما يأتي:

١. الإسهام في تحرير مفهوم الاستحسان وتحديد حقيقته الأصولية بعيداً عن العرض الجدلي أو التوصيف الانطباعي، بما يعيد ضبط أحد أكثر مباحث أصول الفقه إشكالاً.

٢. إبراز الفروق المنهجية العميقة بين المدرستين الحنفية والشافعية في بناء الحكم والاستدلال، وعدم حصر الخلاف في مجرد نتائجها الفقهية.

٣. بيان الأثر التطبيقي الحقيقي للخلاف الأصولي في الاستحسان على اختلاف الأحكام الفقهية، ولا سيما في مسائل المعاملات المالية، التي تمس الحاجة إليها في واقعنا المعاصر.

٤. دعم منهج المقارنة الأصولية المنضبطة بوصفها أداة لفهم تنوع الاجتهاد لا سبباً للتشنيع أو الإقصاء المذهبي.

٥. الإسهام في تكوين الملكة الفقهية الاجتهادية القادرة على الإفادة من تعدد المناهج الأصولية في تخريج الأحكام والنظر في النوازل المعاصرة.

٦. خدمة الاجتهاد الفقهي المعاصر من خلال توسيع أفق الاختيار المنهجي بما يحقق مقاصد الشريعة في التيسير، ورفع الحرج، وتحقيق المصلحة.

خامساً: أسباب اختيار البحث:

يعود اختيار هذا الموضوع إلى الأسباب الآتية:

١. تباين تصوير الاستحسان في كتب أصول الفقه الشافعية مقارنة بتقريره المنهجي في مصادر الحنفية.

٢. شيوع تناول الاستحسان في كتب أصول الشافعية بوصفه محل إنكار، دون تحرير دقيق لحقيقته أو ضبط محل النزاع بين المدرستين.

٣. غلبة المعالجة الجدلية لمبحث الاستحسان، مع قلة الدراسات التي تناولته دراسة تحليلية منهجية تطبيقية مقارنة.

٤. الحاجة العلمية إلى فهم الخلاف الأصولي في الاستحسان من داخل مناهجه الاجتهادية، لا من خلال نتائجه الفقهية فقط.

٥. اتصال المبحث بتكوين الملكة الاجتهادية، وأثره في تنويع النظر الفقهي في المسائل التطبيقية والنوازل المعاصرة.

سادساً: منهج البحث:

اعتمد هذا البحث على المنهج التأصيلي الاستقرائي التحليلي المقارن مع بعد

تطبيقي، وذلك من خلال:

١. استقراء نصوص الاستحسان في مصادر أصول الفقه الحنفية والشافعية المعتمدة.
 ٢. تحليل المفهوم الأصولي للاستحسان وضبط تعريفه ومناطقته وضوابطه عند كل مدرسة.
 ٣. المقارنة المنهجية بين طريقة الحنفية والشافعية في بناء الحكم والاستدلال في مسائل الاستحسان.
 ٤. تحرير محل النزاع وتفكيك الخلاف إلى عناصره المفاهيمية والمنهجية.
 ٥. تتبع الأثر التطبيقي للخلاف الأصولي في الفروع الفقهية المختارة، بوصفها كاشفة عن الأثر المنهجي لا موضوعاً مستقلاً للدراسة.
- سابعاً: حدود البحث:**

يقتصر هذا البحث على الحدود الآتية:

١. الحدّ الموضوعي: دراسة مبحث الاستحسان من حيث حقيقته الأصولية والخلاف فيه بين الحنفية والشافعية، دون التوسع في بقية الأدلة المختلف فيها.
 ٢. الحدّ المذهبي: الاقتصار على المدرستين الحنفية والشافعية في التأصيل والمقارنة، دون تناول مواقف بقية المذاهب.
 ٣. الحدّ النصي: الاعتماد على المصادر الأصولية المعتمدة لدى كل مذهب، وتوظيف الفروع الفقهية بوصفها تطبيقات كاشفة للأثر المنهجي لا موضوعاً مستقلاً للدراسة.
 ٤. الحدّ التطبيقي: اختيار نماذج فقهية ممثلة لأثر الاستحسان دون استقصاء شامل لجميع الفروع.
 ٥. الحدّ المنهجي: الالتزام بالتحليل الأصولي المقارن، دون الدخول في المباحث الكلامية أو التاريخية الخارجة عن صلب البحث.
- ثامناً: الدراسات السابقة:**

تعددت الدراسات التي تناولت موضوع الاستحسان، وتنوعت مناهجها بين التأصيل النظري والتطبيق الفقهي والمقارنة المذهبية. ويمكن تصنيفها على النحو الآتي:

أولاً: الدراسات التأصيلية في حقيقة الاستحسان وحجبيته:

١. النشمي، عجيل جاسم (١٩٨٤م). "الاستحسان: حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج ١، ع ١، جامعة الكويت، ص ١٠٧-١٣٧.

عرضت الدراسة تعريفات الاستحسان عند المذاهب الأربعة، وخلصت إلى أن الخلاف فيه راجع إلى اختلاف الاصطلاح لا الحقيقة.

٢. الجلال، محمد سنان سيف. "الاستحسان: إشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى"، مجلة البحوث الإسلامية. أكدت أن التباين في الاستحسان نشأ من عدم ضبط المفهوم، وأن المشكلة في تحديد المصطلح وتحرير محل النزاع، وأن عبارة الشافعي "من استحسنت فقد شرع" من قبيل المماحكات النظرية ولم تصح نسبتها إليه.

٣. النمر، منير محمد (٢٠٢٢م). "وظائف الاستحسان"، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، مج ٩، ع ١٤، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ص ٤٤٣-٤٧٩. بحثت وظائف الاستحسان من مراعاة الضروريات والحاجيات، وتحقيق المصالح، ومعالجة المعضلات، ومراعاة الأعراف، وخلصت إلى سعة هذا الأصل وكثرة فوائده.

٤. عبدالرحمن، عبدالله الزبير (٢٠٠٧م). "الاستحسان ومواقف الأصوليين منه"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ٤٤، ص ٢٣٠-٢٥٢. دراسة مرجعية جامعة لمواقف الأصوليين من الاستحسان.

ثانياً: الدراسات التطبيقية عند الحنفية:

٥. الزيود، عبدالله محمد. "الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الإمام العيني من باب التحكيم إلى آخر كتاب الإجارة"، مجلة الثقافة والتنمية، جمعية الثقافة من أجل التنمية، الأردن. خلصت إلى أن الاستحسان مر بمرحلتين: الأولى الغموض والاضطراب (التي رفضها الشافعي)، والثانية وضوح التعريف بما استقر عليه الحنفية، وأنه بهذا المعنى حجة عند المذاهب الأربعة وإن لم ينص عليه البعض صراحة.

٦. أبو حماد، ربي سلمان (٢٠١٩م). "حقيقة الاستحسان عند الحنفية: دراسة تأصيلية تطبيقية"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج ١٥، ع ١، جامعة آل البيت، ص ٢٦٥-٢٨٧. خلصت إلى أن الاستحسان في المذهب الحنفي لا يُعد أصلاً مستقلاً من أصول الاستنباط، بل هو راجع إلى الأدلة المتفق عليها.

٧. الحافي، باسل محمود محمد (٢٠١٧م). "ترجيح القياس على الاستحسان وتطبيقاته في مذهب الحنفية"، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة. أثبتت أن ترجيح القياس على الاستحسان عند الحنفية أمر استثنائي نادر لا يتجاوز بضع عشرة مسألة، بينما رجحوا الاستحسان في آلاف المسائل، مما يدل على أصالته في المذهب.

ثالثاً: الدراسات في موقف الإمام الشافعي:

٨. السعد، خالد خليفة (٢٠١٧م). "ماهية الاستحسان الذي أنكره الشافعي"، مجلة

التجديد، مج ٢١، ع ٤١، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ص ١٣٠-١٥٥. دراسة نقدية خلصت إلى أن النافين للاستحسان لم يتبينوا حقيقته عند القائلين به، فظنوه من التشريع بغير دليل، أو لعل الشافعي نُقل إليه معنى الاستحسان عن مالك وأبي حنيفة خطأً.

٩. عدوان، محمود فرحان أحمد (٢٠٢١م). "حقيقة الاستحسان عند الشافعية"، مجلة الجامعة العراقية، ع ٤٩، ج ٢، ص ١٣٧-١٤٧. بينت أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه؛ لأن ما ذكره العلماء في تفسيره إما مقبول اتفاقاً أو مردود اتفاقاً، وأن الخلاف لفظي ظاهري لا حقيقي.

١٠. باوزير، مريم بنت محمد بن أبو بكر (٢٠٠٩م). "موقف الإمام الشافعي في حجية الاستحسان: دراسة نظرية تطبيقية"، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، مج ٥، ع ١٠، جامعة القاهرة، ص ٤٠٧-٤٦٢. أثبتت بالدليل ألا تناقض بين كلام الشافعي النظري في رفض الاستحسان الباطل وبين استدلاله به في الفروع الفقهية، وأن عبارة "من استحسَن فقد شرع" لا أصل لها في جميع كتبه التي صنفها.

١١. الجيماز، محمد (٢٠٢١م). "المسائل التي قال الإمام الشافعي فيها بالاستحسان"، مجلة المراقبة للدراسات والبحوث الإسلامية، مج ٤، ع ٧، هيئة علماء فلسطين في الخارج، ص ١٧٥-٢٠٥. تتبعت نماذج فقهية قال فيها الشافعي بالاستحسان (تقدير المتعة بثلاثين درهماً، تقدير أجل الشفعة بثلاثة أيام، وضع المؤذن إصبعيه في أذنيه)، وخلصت إلى أن الشافعي لا يرفض الاستحسان المستند إلى أصل شرعي، وإنما يرفض الاستحسان الهوائي.

رابعاً: الدراسات في المعاملات المالية والتطبيقات المعاصرة:

١٢. منير، عبد المحمود بلال (٢٠١٥م). "الاستحسان وأثره في فقه المعاملات"، مجلة كلية أصول الدين، ع ١٣، جامعة أم درمان الإسلامية، ص ١٨٥-٢٢٠. طبقت على مسائل تطبيقية (شرط الخيار لغير المتعاقدين، اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة، قبض الهبة بغير إذن الواهب)، وخلصت إلى أنه لا يوجد استحسان مختلف فيه في الواقع.

١٣. مسارة، آلاء ربحي شاکر (٢٠١٩م). "الاستحسان وأثره في تصحيح العقود المالية"، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الشريعة، الأردن، ص ١١٨. درست أثر الاستحسان في تصحيح العقود المالية الأصيلة والمعاصرة، وبينت أنه يصح العقود التي يحتاجها الناس وإن لم تجر على القواعد العامة، لرفع الحرج والمشقة.

١٤. النجار، مصلح بن عبد الحي السيد (٢٠١٧م). "الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة"، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، ع٣٣، الإصدار ٨، جامعة الأزهر، ص١٤٦-٢٠٦. طبقت على نوازل معاصرة (مداواة الرجل للمرأة، نقل الأعضاء الأدمية وزرعها، عقد السلم في المصارف الإسلامية)، وأكدت صلاحية الفقه الإسلامي لجميع مستجدات العصر.

١٥. بوضو، مالك (٢٠٠٦م). "الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة في المجال المالي"، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، تونس.

١٦. كتاب معاصر: "مسائل الاستحسان المعاصرة في المعاملات المالية"، دراسة تحليلية لبعض قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي (صدر حديثاً).

خامساً: الدراسات المقاصدية:

١٧. العساف، أنس سعد عبد الهادي (٢٠٢٠م). "المقاصد وعلاقتها بالاستحسان"، مجلة الجامعة العراقية، ع٤٧، ج١، ص١٢٤-١٣٥. خلصت إلى أن الاستحسان وسيلة وأداة تحقق مقصد التشريع في حفظ مصالح المكلفين ورفع الحرج عنهم.

١٨. التميمي، إبراهيم علي (٢٠٢٢م). "الاستحسان وعلاقته بالرخص الشرعية"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج٣٠، ع٤٤، غزة، ص٢٩-٤٩. بينت أن أبرز وجوه الاتفاق بينهما أن كليهما استثناء من حكم كلي إلى حكم جزئي آخر.

١٩. الغرابي، جمال محمد عز الدين (٢٠٠٨م). "الاستحسان وعلاقته بفقه المال"، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان.

سادساً: دراسات منهجية نقدية:

٢٠. نعمان جعيم. "دراسة تحليلية لمفهوم الاستحسان في المذهب الحنفي بين مرحلتي التأسيس والتدوين"، دراسة نشرت على الشبكة العالمية. دراسة نقدية خلصت إلى أن ما كان يعبر عنه مؤسسو المذهب الحنفي بالاستحسان لم يكونوا يعدونه أصلاً من أصول الاستنباط، وأن المتأخرين هم من جعلوه أصلاً مستقلاً، وهو رأي يحتاج إلى مناقشة.

التعقيب على الدراسات السابقة:

أوجه الاتفاق:

- اتفقت الدراسات على أن إشكالية الاستحسان ناشئة من عدم ضبط المفهوم وتباين

التصوير بين المدرستين.

- أكدت أن الاستحسان عند الحنفية مسلك منضبط له أصوله، وليس تشريعاً بالهوى.
- اتفقت على أن موقف الشافعي غير موجه للاستحسان المنضبط، بل للاستحسان الهوائي.

الثغرات البحثية:

رغم وفرة الدراسات، لم تُعالج:

١. المقارنة المنهجية المفصلة بين ضبابية المفهوم عند الشافعية ووضوحه عند الحنفية.
٢. الجمع المنهجي بين التأصيل النظري + التطبيق على المعاملات المالية + الأثر على النوازل المعاصرة في دراسة واحدة.
٣. تحليل الأثر الفقهي للخلاف الأصولي على اختلاف الأحكام في مسائل محددة بدقة.
٤. التكامل الوظيفي للمذهبيين: متى يُفضّل الاستحسان الحنفي ومتى يُفضّل الضبط الشافعي في التطبيقات المعاصرة.

يتميز هذا البحث عن الدراسات السابقة بـ:

١. المحور الأصولي: تسليط الضوء على الضبابية المفهومية عند الشافعية كإشكالية محورية، مقابل وضوح المنهج عند الحنفية، وهو ما لم تفرد له الدراسات السابقة معالجة مستقلة مفصلة.
٢. المنهج التكاملي الثلاثي بالجمع بين:
 - التأصيل الأصولي المقارن بتحرير محل النزاع.
 - التطبيق على مسائل محددة من المعاملات المالية (شركة المفاوضة، خيار النقد، خيار التعيين، الاستصناع، ضمان العارية، إجارة الأرض).
 - الأثر على النوازل المعاصرة (المصرفية الإسلامية، العقود الحديثة، قرارات المجامع).
٣. التكامل الوظيفي للمذهبيين: بيان أن المنهج الحنفي أنسب للمعاملات الصغيرة والمتوسطة والأعراف التجارية، بينما المنهج الشافعي أنسب للعقود الاستثمارية الكبرى، وهو توصيف لم تنطرق إليه الدراسات السابقة.
٤. الربط المؤسسي: إبراز كيف تبنى مجمع الفقه الإسلامي الدولي الاستحسان الحنفي في قرارات رئيسة (الاستصناع، المقاولات، التمويل العقاري)، مما يكشف عن الأثر

الحضاري للاستحسان.

٥. تكوين الملكة الفقهية: بيان كيفية الإفادة من تباين المناهج في النظر في النوازل المعاصرة، بدلاً من الاقتصار على الانتصار لمذهب واحد.

تاسعاً: خطة البحث:

جاء هذا البحث في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة.

المقدمة/ واشتملت على إشكالية البحث، وسؤال البحث، وأهداف البحث، وأهمية البحث، وأسباب اختيار البحث، ومنهج البحث، وحدود البحث، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

المبحث الأول/ مفهوم الاستحسان عند الشافعية. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الاستحسان عند الإمام الشافعي رحمه الله.

المطلب الثاني: مفهوم الاستحسان عند أصوليي الشافعية.

المبحث الثاني/ مفهوم الاستحسان عند الحنفية.

المبحث الثالث/ الأثر الفقهي للخلاف الأصولي في مسائل المعاملات المالية. وفيه ثمان مسائل:

المسألة الأولى: شركة المفاوضة.

المسألة الثانية: خيار النقد.

المسألة الثالثة: خيار التعيين.

المسألة الرابعة: الاستصناع.

المسألة الخامسة: ضمان العارية عند ردّها إلى موضع ملك المالك دون يده.

المسألة السادسة: إذا استأجر أرضاً ولم يبين نوع الانتفاع.

المسألة السابعة: الإجارة على أحد الشرطين.

المسألة الثامنة: حكم جهالة التابع في إجارة الدواب.

المبحث الرابع/ طبيعة الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان وأثره المنهجي. وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: تحرير محل النزاع.

المطلب الثاني: طبيعة الخلاف - خلافٌ ذو طبقتين.

المطلب الثالث: أثر التصوير على الحكم.

المطلب الرابع: الأبعاد المنهجية والمقاصدية للخلاف.

الخاتمة/ وتشتمل على النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الاستحسان عند الشافعية

المطلب الأول: مفهوم الاستحسان عند الإمام الشافعي رحمه الله

الدليل الشرعي عند الإمام الشافعي رحمه الله هو النص والإجماع ومعنى النص، والنص كتاب وسنة، ومعناه القياس على النص، والاستحسان ليس شيئاً من ذلك، فهو قول بغير دليل، وهو تلذذ عقلي وقول بالهوى وبما سنع في الوهم. هذا هو تصور الشافعي عن الاستحسان بأنه قول بالهوى والتلذذ، ولا خلاف بأن ذلك ليس دليلاً ولا يقول بذلك أحد. وقد فتشت في كلام الشافعي رحمه الله فلم أجد هذه العبارة التي تنسب إليه "من استحسَن فقد شرع" بل وجدت أول من عبر بذلك هو الجويني كما سيأتي، وفيما يلي نقل لكلام الإمام الشافعي عن الاستحسان من كتابه الرسالة ومن كتاب إبطال الاستحسان الملحق بالأم لنستجلي كلامه كما هو. قال الشافعي في الرسالة: (وهذا يبين أن حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسانُ الخبرَ.. وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد، والاجتهاد ما وصفتُ من طلب الحق، فهل تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير قياس؟ فقلت: لا يجوز هذا عندي والله أعلم لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه 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 يحضرون من الاستحسان، وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله^(١)).

وقال في الرسالة: (وإنما الاستحسان تلذذٌ، ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار، عاقل للتشبيه عليها، وإذا كان هذا هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم، وجهة العلم الخبر اللازم بالقياس بالدلائل على الصواب، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبيراً، وطالب الخبر بالقياس كما يكون متبع البيت بالعيان، وطالب قصده بالاستدلال بالإعلام مجتهداً، ولو قال بلا خبر لازم وقياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم^(٢)). وقال الإمام الشافعي في الأم في باب إبطال الاستحسان: (لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب ثم السنة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو

(١) الرسالة للإمام الشافعي، ٢٣٥/١، دار النشر: دار الوفاء - مصر، الطبعة: ١ (١٤٢٢هـ).

(٢) الرسالة للإمام الشافعي، ٢٣٦/١.

قياس على بعض هذا، لا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني).^(١) وقال الشافعي: (وكان معقولا عن الله عز وجل أنه إنما يأمرهم بتولية وجوههم شطره بطلب الدلائل عليه لا بما استحسنا ولا بما سنع في قلوبهم ولا خطر على أوهامهم بلا دلالة جعلها الله لهم لأنه قضى ألا يتركهم سدى)^(٢). وقال الشافعي: (ومن قال أستحسن لا عن أمر الله ولا عن أمر رسوله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال ولم يطلب ما قال بحكم 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)^(٣).

وقال: (ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ولا قياس عليه كان محجوجا بأن معنى قوله: أفل ما هويت وإن لم أؤمر به)^(٤). وقال: (وإن زعمتم أن واسعاً لكم ترك القياس والقول بما سنع في أوهامكم وحضر أذهانكم واستحسنته مسامعكم حُججتم بما وصفنا من القرآن)^(٥).

المطلب الثاني: مفهوم الاستحسان عند أصوليي الشافعية:

قال الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) في التبصرة: (القول بالاستحسان باطل، وهو ترك القياس لما يستحسن الإنسان من غير دليل)^(١). وقال الجويني (ت: ٤٧٨هـ) في نهاية المطلب: (ومعظم قواعد الاستحسان استصلاح جلي أو خفي لا أصل له في الشريعة، ومعنى قول صاحب المقالة: الاستحسان مقدم على القياس: أن القياس الجاري على وفق قواعد الشريعة مؤخر عن استصلاح لا أصل له في الشريعة. وقد عبّر الشافعي عن غور هذا الفصل بكلمات وجيزة، إذ قال: "من استحسّن فقد شرّع"^(٢). وقال الجويني في التلخيص: (واشتهر عن أبي حنيفة القول بالاستحسان، ثم اختلف أصحابه فجماهير بعضهم بالخلاف" وقال: هو ترك القياس بما يستحسن عقلا. وليس على المستحسن إقامة دلالة توجه عليها القوادح. وإنما هو تلويح يعين في العقل. وقال بعضهم: الاستحسان إمالة فرع إلى أصل هو ادعى به. قالوا: ومعنى ذلك إنه

(١) الأم للإمام الشافعي، ٦٨/٩، الناشر: دار الوفاء المنصورة، الطبعة: ١ (٢٠٠١م).

(٢) الأم للإمام الشافعي، ٧١/٩.

(٣) الأم للإمام الشافعي، ٧٣/٩.

(٤) الأم للإمام الشافعي، ٧٣/٩.

(٥) الأم للإمام الشافعي، ٧٤/٩.

(٦) التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق الشيرازي، ٤٩٢/١، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: ١ (١٤٠٣هـ).

(٧) نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، ٤٧٣/١٨، الناشر: دار المنهاج، الطبعة: ١ (١٤٢٨هـ).

تخصيص العلة لمعنى تقتضيه على قولهم بجواز تخصيص العلل. وقال الكرخي من متأخري أصحاب أبي حنيفة: الاستحسان ترك ما يقدر دليلاً، بما هو أقوى منه وأن يكون المستحسن غير مطالب بدليل يصح على مقتضى السير^(١).

وقال السمعاني الحنفي الشافعي (ت: ٤٨٩هـ) في قواطع الأدلة: (واعلم أن مرجع الخلاف معهم في هذه المسألة إلى نفس التسمية، فإن الاستحسان على الوجه الذي ظنه بعض أصحابنا من مذهبهم لا يقولون به، والذي يقولونه لتفسير مذهبهم به: العدول في الحكم من دليل إلى دليل هو أقوى منه، وهذا لا ننكره)^(٢).

وأما الإمام الغزالي (ت: ٥٠٥هـ) في المستصفى فعد الاستحسان من الأصول الموهومة، ولا يعده كأصل مستقل، بل يقسمه إلى:

- استحسان بلا دليل، أو بخاطر نفس، وهذا باطل.
- واستحسان بمعنى ترك قياس إلى نص أو إجماع أو قياس أقوى أو مصلحة منضبطة، وهذا حق، لكنه يسميه «دليلاً» أو «ترجيحاً» لا «استحساناً»؛ أي أن النزاع لفظي في الاسم، لا حقيقي في المعنى.^(٣)

وأما الإمام الرازي (ت: ٦٠٦هـ) في المحصول فيقرر أن لفظ «الحسن» و«الاستحسان» ورد في القرآن والسنة وكلام الأئمة، كقوله تعالى: {وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَا أُخْدُودُ بِأَحْسَنِهَا} [الأعراف: ١٤٥]، {فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ} [الزمر: ١٨]، وحديث ابن مسعود رضي الله عنه «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٤)، وكاستحسان الشافعي ثلاثين درهماً في المتعة ونحوها؛ فيقرر أن الخلاف ليس في مجرد اللفظ، وإنما في المعنى الأصولي الخاص الذي جعله الحنفية أصلاً مقابل القياس. ومحل النزاع عنده: أن تكون صورة معينة داخلية في قياس جارٍ في نظائرها، ثم يُترك القياس في تلك الصورة، ويعمل بخلافه مع إبقاء القياس معمولاً به في باقي الصور، وهذا عند الرازي والجمهور هو القول بتخصيص العلة، وقد قرّر سابقاً بطلان تخصيص العلة. بناء على ذلك يحكم الرازي بأن الاستحسان بالمعنى الذي يثبتته الحنفية - أي ترك القياس الجاري في نظائره في بعض الصور لوجه يزعمونه أقوى مع بقاء القياس في غيرها -

(١) التلخيص في أصول الفقه لإمام الحرمين الجويني، ٣/٣١٠، الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: ١ (١٤١٧هـ).

(٢) قواطع الأدلة لأبي المظفر السمعاني، ٢/٢٧٠، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: ١ (١٤١٨هـ).

(٣) انظر: المستصفى لأبي حامد الغزالي، ص ١٧١، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: ١ (١٤١٣هـ).

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده موقوفاً على ابن مسعود رضي الله عنه برقم (٣٦٠٠).

قول باطل أصولياً؛ لأن قبول هذا يفتح باب تخصيص العلة وتزك القياس المنضبط إلى ترجيحات غير منضبطة.^(١)

وأما الأمدي (ت: ٥٦٣١هـ) في الإحكام فيقرر أن الاستحسان إن أريد به العدول عن القياس أو الدليل لمجرد الهوى أو عادة العوام فباطل، وإن أريد به ترك دليلٍ لدليلٍ أقوى منه من نص أو إجماع أو قياس راجح فحق، لكنه ليس أصلاً مستقلاً بل داخل في الأصول المعروفة، فيكون الخلاف فيه - في هذه الصورة - لفظياً لا حقيقياً.^(٢)

وأما التاج السبكي (ت: ٥٧٧١هـ) رحمه الله فكلامه في جمع الجوامع يشعر بأن مفهوم الاستحسان غير متحقق للوضوح، ولذا خلص إلى أن الخلاف لفظي، وهذا نصه: (الاستحسان قال به أبو حنيفة، وأنكره الباقر، وفسر: بدليل ينقدح في نفس المجتهد تقصر عنه عبارته، ورد: بأنه إن تحقق فمعتبر. وبعُدول عن قياس إلى أقوى، ولا خلاف فيه. أو عن الدليل إلى العادة، ورد: بأنه إن ثبت أنها حق فقد قام دليلها وإلا ردت. فإن تحقق استحسان مختلف فيه فمن قال به فقد شرع. أما استحسان الشافعي التحليف على المصحف والحط في الكتابة ونحوهما فليس منه)^(٣).

وأما الإمام الزركشي (ت: ٥٧٩٤هـ) في بحر المحيط فيصرح بأن أبا حنيفة رحمه الله بريء من إثبات حكم بلا حجة، ويخلص إلى أن الاستحسان إن فُسر بـ:

- «القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي بلا دليل» فهو باطل ولا يقول به محقق من أهل المذاهب، وهو الذي أنكره الشافعي.
- وإن فُسر بأنه «العدول من دليل إلى دليل أقوى منه» (نص، إجماع، قياس أرجح، مصلحة معتبرة، عرف معتبر) فهذا في نفسه صحيح، ولا نزاع في صحته، لكن تسميته استحساناً اصطلاحاً محلّ اعتراض؛ لأن هذا النوع داخل في أبواب القياس والترجيح المعروفة، فلا حاجة لإحداث اسم يوهم دليلاً مستقلاً.
- يقرر أن الخلاف مع الحنفية في هذا المعنى الثاني أقرب إلى أن يكون لفظياً:
- فهم يسمون ترجيح الدليل الأقوى «استحساناً».
- والشافعية يرونه من باب الترجيح وترك القياس الظاهر إلى قياس خفي أو نص أو إجماع أو مصلحة راجحة، ولا يرون تسميته استحساناً؛ لأن اسم الاستحسان في ظاهره يوهم العمل بالهوى.

(١) انظر: المحصول للرازي، ١٢٣/٦، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: ٣ (١٤١٨هـ).

(٢) انظر: الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الأمدي، ١٦٠/٤، الناشر: المكتب الإسلامي.

(٣) الغيث الهامع شرح جمع الجوامع لأبي زرعة العراقي، ص ٦٤٨، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: ١ (١٤٢٥هـ).

• وذكر الزركشي ما ورد عن الشافعي من قوله «أستحسن» في مواضع (المتعة ثلاثين درهماً، مدة الشفعة ثلاثة أيام، الحلف بالمصحف، ترك شيء للمكاتب)، ويقرر أن هذه المواضع مبنية على أدلة (أثر صحابي، إجماع، قياس مناسب، مراسيل ثابتة) وليست تلذذاً أو هوى.^(١)

خلاصة المبحث:

يتبين من خلال استقراء نصوص الإمام الشافعي وأقوال أصوليي مذهبه أن موقف الشافعية من الاستحسان لم يكن موقفاً واحداً ثابتاً، بل مرّ بتطور منهجي واضح، انتقل فيه من الرفض الحاد إلى التمييز والتحرير، ثم إلى تضيق محلّ النزاع وحصره.

فالإمام الشافعي رحمه الله أنكر الاستحسان إنكاراً شديداً؛ لأنه تصوّره على أنه قول بالحكم بلا مستند من نص أو إجماع أو قياس منضبط، وعده حينئذٍ تلذذاً عقلياً واتباعاً للهوى، وفتحاً لباب التشريع بالرأي المجرد. ولم يكن إنكاره موجّهاً إلى مجرد العدول عن القياس، ولا إلى الترجيح بين الأدلة، بل إلى إطلاق اسم الاستحسان على حكم لا يستند إلى دليل معتبر. ولهذا فإن الشافعي لا ينازع في الترجيح ولا في العدول عن القياس الظاهر إلى دليل أقوى، وإنما ينازع في إثبات حكم باسم يوهم الاستقلال بلا ضابط.

ثم جاء أصوليو الشافعية في القرنين الخامس والسادس، فتابع بعضهم موقف الشافعي بالتعميم، وصوّروا الاستحسان على أنه استصلاح بلا أصل أو تخصيص للعلة، فاشتدّ الخلاف مع الحنفية، ولا سيما عند إمام الحرمين والرازي، حيث حُدّد محلّ النزاع الأصولي الدقيق في مسألة تخصيص العلة وترك القياس الجاري في بعض الصور مع إبقائه في نظائرها، وهو مسلك يمنعه الشافعية والجمهور؛ لما فيه من الإخلال بانضباط القياس.

ثم تطوّر النظر عند المتأخرين من الشافعية، كالغزالي والآمدي والسبكي والزركشي، فحرّر مفهوم الاستحسان، وقسّم إلى صحيح وباطل، وتبين أن الاستحسان المذموم -وهو الحكم بالهوى أو بلا دليل- لا يقول به الحنفية، وأن كثيراً مما يسمّيه الحنفية استحساناً إنما هو عدول من دليل إلى دليل أقوى من نص أو إجماع أو قياس

(١) انظر: البحر المحيط للزركشي، ٩٥/٨، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: ١ (١٤١٤هـ).

أرجح أو مصلحة معتبرة أو عرف صحيح، وهو أمر لا ينكره الشافعية في الحقيقة، وإنما يُدرجونه تحت أبواب القياس والترجيح ولا يسمونه استحساناً. وبذلك انتهى التحقيق عند متأخري الشافعية إلى أن جوهر الخلاف مع الحنفية ليس في العمل بالدليل الأقوى، بل في التسمية والمنهج الاصطلاحي، وفي مسألة تخصيص العلة على وجه غير منضبط، وأن جانباً كبيراً من النزاع لفظي أو ناشئ عن قصور الاطلاع المبكر على حقيقة الاستحسان الحنفي وتطبيقاته الفقهية مع عدم التحرير الواضح المبكر لمفهوم الاستحسان عند الحنفية.

المبحث الثاني

مفهوم الاستحسان عند الحنفية

قال الدبوسي (ت: ٤٣٠هـ) في تقويم النظر: (أما الاستحسان لغة: فوجود الشيء حسناً، يقال استحسنت كذا، اعتقدته حسناً واستفبته على ضده، وعن هذا ظن بعض الفقهاء أن من قال بالاستحسان فقد ترك القياس، والحجة الشرعية باستحسانه تركها من غير حجة شرعية، فطعن بهذا على علمائنا، وإنما هذا تفسير الاستحسان لغة. فأما عند الفقهاء الذين قالوا بالاستحسان: فاسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي، حتى كان القياس غير الاستحسان على سبيل التعارض، وكأنهم سموه بهذا الاسم لاستحسانهم ترك القياس أو الوقف عن العمل به بدليل آخر فوقه في المعنى المؤثر أو مثله، وإن كان أخفى منه إدراكاً ولم يروا القياس الظاهر حجة قاطعة لظهوره ولا رأوا الظهور رجحاناً، بل نظروا إلى قوة الدليل في نفسه من الوجه الذي يتعلق به صحته. ولم يكن غرضهم من هذه التسمية والله أعلم إلا ليميزوا بين الحكم الأصلي الذي يدل عليه القياس الظاهر، وبين الحكم الممأل عن تلك السنن الظاهرة بدليل أوجب الإمامة، فسموا الذي يبقى على الأصل قياساً، والذي يُمال استحساناً... فمتى تعارض الدليلان في حكم الحادثة وأحدهما رأي ظاهر طريقه واضح سبيله والآخر خفي أثره، سرَّ خبره، فالظاهر قياس والآخر استحسان، والترجيح بينهما بالطرق التي مرت في باب مراتب القياس وسائر الأدلة، والأخذ واجب بالراجح منهما، فصار الفصل المستحسن هو الممال بحكمه عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي لا بهوى النفس فإنه كفر. وإنما سموه بهذا الاسم: لاستحسانهم ترك الظاهر بالخفي الذي ترجح عليه، فلما كان العمل به مستحسناً شرعاً سموا الدليل به^(١).

(١) تقويم الأدلة في أصول الفقه لأبي زيد الدبوسي الحنفي، ص ٤٠٤. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: ١ (١٤٢١هـ).

وقال الفخر البزدوي (ت: ٤٨٢هـ) في أصوله: (أما أحد نوعي القياس فما ضعف أثره، والنوع الثاني ما ظهر فسادُه واستترت صحته وأثره. وأحد نوعي الاستحسان ما قوي أثره وإن كان خفياً، والثاني ما ظهر أثره وخفي فسادُه. وإنما الاستحسان عندنا أحد القياسين، لكنه يسمى به إشارةً إلى أنه الوجه الأول في العمل به)^(١)، فهو ترجيح قياس على آخر والسبب ما قاله: (ولما صارت العلة عندنا علةً بأثرها سميها الذي ضعف أثرها قياساً، وسميها الذي قوي أثرها استحساناً، أي قياساً مستحسناً، وقدما الثاني - وإن كان خفياً - على الأول - وإن كان جلياً -؛ لأن العبرة لقوة الأثر دون الظهور والجلال)^(٢). ثم ذكر أن للاستحسان أقساماً أخرى وهي الاستحسان بالنص والإجماع والضرورة، فهو عدولٌ عن مقتضى القياس إلى ما دلَّ عليه أثرٌ خاصٌّ، أو إجماع، أو ضرورة. ثم ختم بقوله: (وإنما أنكر على أصحابنا بعضُ الناس استحسانهم؛ لجهلهم بالمراد، وإذا صح المراد على ما قلنا بطلت المنازعة في العبارة وثبت أنهم لم يتركوا الحجة بالهوى والشهوة. وقد قال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه: "أستحب كذا"، وما بين اللفظين فرق! والاستحسان أفصحهما وأقواهما)^(٣).

وقال السرخسي (ت: ٤٩٠هـ) في المبسوط: (الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس. وقيل: الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام. وقيل: الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة. وقيل: الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة. وحاصل هذه العبارات: أنه ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقال ﷺ: «خير دينكم اليسر»^(٤)، وقال لعلي ومعاذ رضي الله تعالى عنهما حين وجههما إلى اليمن «يسرا ولا تعسرا قربا ولا تتفرا»^(٥)، وقال ﷺ: «ألا إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله عباد الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى»^(٦). والقياس

(١) انظر: أصول البزدوي "كنز الوصول إلى معرفة الأصول"، ص ٢٧٦، الناشر: مطبعة جاويد بريس - كراتشي.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) رواه أحمد في مسنده برقم (١٥٩٧٨) عن أبي قتادة عن الأعرابي الذي سمع رسول الله ﷺ يقول: (إن خير دينكم أيسره إن خير دينكم أيسره). وحسن إسناده الشيخ شعيب الأرنؤوط.

(٥) رواه البخاري في صحيحه برقم (٤٣٤٤) عن أبي بردة قال: بعث النبي ﷺ جده أبا موسى ومعاذا إلى اليمن، فقال: «يسرا ولا تعسرا، ويشرا ولا تتفرا ونطاوعا».

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم (٤٧٤٣) عن جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ أنه قال: (إن هذا الدين متين، فأوغل فيه برفق، ولا تبغض إلى نفسك عبادة الله، فإن المنبت لا أرضا قطع، ولا ظهرا أبقى). وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: وفيه يحيى بن المتوكل أبو عقيل، وهو كذاب.

والاستحسان في الحقيقة قياسان، أحدهما جليّ، ضعيفٌ أثره.. فسمي قياساً، والآخر خفيّ، قويٌّ أثره.. فسمي استحساناً، أي قياساً مستحسناً، فالترجيح بالأثر، لا بالخفاء والظهور؛ كالدنيا مع العقبي فإن الدنيا ظاهرة والعقبي باطنة، وترجحت بالصفاء والخلود. وقد يقوى أثر القياس في بعض الفصول فيؤخذ به، وهو نظير الاستدلال مع الطرد، فإنه صحيح، والاستدلال بالمؤثر أقوى منه. والأصل فيه قوله تعالى: {فَبَشِّرْ عِبَادِ (١٧) الَّذِينَ يَسْمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ} [الزمر: ١٧-١٨]، والقرآن كله حسن، ثم أمر باتباع الأحسن. وبيان هذا: أن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة هو القياس الظاهر وإليه أشار رسول الله ﷺ فقال «المرأة عورة مستورة»^(١)، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع منها؛ للحاجة والضرورة، فكان ذلك استحساناً لكونه أرفق بالناس^(٢).

آثرت نقل نصوص كلام أصولي الحنفية المتقدمين ليعلم وضوح مفهوم الاستحسان لديهم، وخصوصاً كلام السرخسي في مبسوطه الفقهي الذي بين أن غرض الاستحسان العدول عن القياس الظاهر إذا كان فيه غلواء أو مشقة إلى دليل آخر معتبر أقوى أثراً في تطبيق ما أمر الله به من التيسير ورفع الحرج. وأنقل الآن ما استقر عليه كلام المتأخرين من أصولي الأحناف في مفهوم الاستحسان.

قال الحصكفي رحمه الله (ت: ١٠٨٨هـ) في إفاضة الأنوار شرح المنار: (والاستحسان اسم لدليل يقابل القياس الجلي. يكون بالأثر والإجماع والضرورة والقياس الخفي. أمثلة ذلك: كالسلم فإنه جائز بالأثر، وهو: "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم"^(٣). والاستصناع جائز بالإجماع لتعامل الناس. وتطهير الأواني والآبار والحياض للضرورة المحوجة إلى التطهير. وطهارة سور سباع الطير بالقياس الخفي؛ لأنها تشرب بمنقارها، وهو عظم، وهو ليس بنجس من الميت، فالحي أولى^(٤). وقال ابن أمير الحاج رحمه الله (ت: ٨٧٩هـ) في التقرير والتحبير معرفاً الاستحسان: (اسم لدليل متفق عليه نسا كان أو إجماعاً أو ضرورة أو قياساً خفياً، إذا وقع في مقابلة قياس

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١١٧٣) عن عبد الله، عن النبي ﷺ قال: «المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان». وقال: «هذا حديث حسن صحيح غريب».

(٢) المبسوط للسرخسي، ٢٥٠/١٠، دار الفكر ط١، ١٤٢١هـ.

(٣) أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٢٤٠) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ﷺ: (من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم).

(٤) إفاضة الأنوار شرح المنار لعلاء الدين الحصكفي، ص ٢٥٨، الناشر: مكتبة الإمام الأوزاعي دمشق، الطبعة: ٢ (١٤٢٩هـ).

يسبق إليه الإفهام، حتى لا يطلق على ما لا يقابل منها القياس الجلي، فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف^(١).
وخلص الدكتور يعقوب الباحثين إلى تعريف الاستحسان بأنه: (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم)^(٢).
ومما سبق يتبين وضوح مفهوم الاستحسان عند الحنفية ورضه وأنواعه وعلاقته بالقياس.

المبحث الثالث

الأثر الفقهي للخلاف الأصولي في مسائل المعاملات المالية

المسألة الأولى/ شركة المفاوضة:

تصوير المسألة:

المفاوضة في اللغة: من (فَوَّضَ) إليه الأمر أي رده إليه. وقوم فوضى: متساوون مختلطون. والمفاوضة: الاشتراك في كل شيء. فالكلمة تدل على التفويض والتساوي والاشتراك.^(٣)

ومفهومها عند الحنفية: متسق مع المعنى اللغوي؛ لأن مقتضاها التساوي في المال الذي يصح عقد الشركة عليه كالأثمان، والتساوي في الربح. وصورتها: أن يشترك اثنان فيتساويان في مالهما وتصرفهما وديئهما، وتتعقد على الوكالة والكفالة، فيكون كل واحد وكيلاً عن الآخر في التصرف وكفيلاً ضامناً فيما يلزم. فما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم، وما يلزم كل واحد من الديون التي يصح فيها الاشتراك كالبيع والشراء والاستئجار والاستقراض. فالآخر ضامن له. فهي شركة عامة يفوض فيها كل واحد صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات. وهي مبنية على المساواة بين الشريكين في حدود التصرفات، فتجوز بين

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، ٢٢٣/٣، الناشر: المكتبة الأميرية، الطبعة: ١ (١٣١٨هـ).

(٢) انظر كتابه: الاستحسان حقيقته-أنواعه-حجتيه-تطبيقاته المعاصرة، ص ٤١، الناشر: مكتبة الرشد، الطبعة: ١ (١٤٢٨هـ).

(٣) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي، ص ٦٥١، الناشر: مؤسسة الرسالة، ط: ٨ (١٤٢٦هـ).

المسلمين البالغين العاقلين. ولا تجوز بين الحر والمملوك، ولا بين الصبي والبالغ، ولا بين المسلم والكافر؛ لعدم التساوي في التصرف والكفالة.^(١) ومفهومها عند الشافعية: أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان.^(٢) **منهج الحنفية:**^(٣)

هذه الشركة جائزة عندهم استحساناً، ولا تجوز قياساً.

وجه القياس (المنع):

• أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول، وكل ذلك بانفراده فاسد، فعند انضمامهما فالفساد أولى.

وجه الاستحسان (الجواز):

- الأثر: (فاوضوا فإنه أعظم للبركة)^(٤).
 - التعامل والعرف العملي: فالناس يتعاملون بها من غير نكير، وبه يترك القياس.
 - الجهالة تابعة: فالجهالة هنا متحملة تبعا وليست مقصودة فتؤثر كما في المضاربة.
 - انتفاء المنازعة: لأن الجهالة المفسدة إنما تُبطل عند تحقق النزاع، وهو منتفٍ في المفاوضة لما فيها من الرضا والتساوي.
- منهج الشافعية:**^(٥)

هذه الشركة باطلة عندهم، قال الإمام الشافعي رحمه الله: (شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا... وإن زعم أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفادا بوجه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة بينهما فاسدة، ولا أعرف القمار إلا في هذا)^(١). وأدلتهم:

- الحديث: الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ

(١) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، للشيخ أبي بكر الحدادي اليمني، ٢٨٦/١، الناشر: المكتبة الخيرية،

ط: ١ (١٣٢٢هـ). واللباب شرح الكتاب، للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، ١٢٢/٢، الناشر:

المكتبة العلمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

(٢) انظر: المهذب للإمام الشيرازي، ١٥٨/٢، الناشر: دار الكتب العلمية.

(٣) انظر: البناء شرح الهداية للشيخ بدر الدين العيني، ٣٧٦/٧، الناشر: دار الكتب العلمية، ط: ١ (١٤٢٠هـ).

(٤) ولم أجد حديثاً بهذا اللفظ بعد البحث.

(٥) انظر: المهذب للإمام الشيرازي، ١٥٨/٢.

(٦) الأم للإمام الشافعي، ٢٣٦/٣، الناشر: دار المعرفة (١٤١٠هـ).

عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر^(١)، والنهي يقتضي الفساد، وشركة المفاوضة تشتمل على أنواع من الغرر والجهالة الكثيرة.

• القياس على الإرث والهيئة: لأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح؛ قياساً على ما لو عقدا الشركة على ما سيملكان بالإرث والهيئة.

• القياس على الضمان بالجناية: لأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح؛ قياساً على ما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية.
التفريع عندهم:

إن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضماناً.. أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه؛ لأن الشرط قد سقط، وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه؛ لأنه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم، فوجب أجرة عمله.

المقارنة بين المنهجين:

الحنفية خرجوا عن مقتضى القياس استحساناً بسبب شيوع تعامل الناس بهذه المعاملة المشعر باحتياجهم لذلك، فتركوا القياس ورجحوا عليه رفع الحرج عن الناس بتلبية حاجتهم المتجسدة في عرفهم العملي مع التراخي بين العاقدين، واغفروا الجهالة الحاصلة لأنها ضمنية تبعية لا مقصودة. وفي ذلك تحقيق لمقصد الشرع في رفع الحرج وتوسيع دائرة التعامل المباح.

أما الشافعية فتمسكوا بالقياس المنضبط، وهو الدليل الشرعي المعتبر، ولم يروا أن تعامل الناس دليل يقدم على القياس الصحيح المعتبر، إذ قد يكون تعامل الناس على غير مقتضى الشرع، وتعاملهم ليس حجة، فوقفوا عند مقتضى القياس. وفي ذلك تحقيق لمقصد الشرع في ضبط العقود من كل شبهة غرر أو ضمان لما لا يلزم، احتياطاً للأموال وصيانةً للحقوق.

وجه المقارنة	الحنفية	الشافعية
الدليل المعتمد	الاستحسان بالتعامل والعرف العملي، وتقديمه على القياس	النص والقياس
الموقف من الجهالة	مغترة تبعاً لا استقلالاً	مفسدة للعقد

(١) صحيح مسلم، كتاب البيوع-باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣).

الأساس العملي	اعتبار تعامل الناس وعموم الحاجة	سلامة العقد من الغرر
المقصد الشرعي	رفع الحرج وتيسير المعاملات	ضبط المعاملات منعاً من النزاع

الثمرة العملية:

تتجلى ثمرة هذه المسألة في الواقع المعاصر في صورة شركة التضامن كما نصَّ عليها نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، إذ تُعد من أقرب الصور النظامية إلى شركة المفاوضة في الفقه الحنفي، من حيث قيامها على التضامن الكامل بين الشركاء في الحقوق والالتزامات، ومسؤوليتهم المطلقة في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة، إضافة إلى أن لكل شريك فيها صفة الوكالة عن باقي الشركاء ما لم يُنصَّ على خلاف ذلك في عقد التأسيس. ومن ثمّ، فإن استحسان الحنفية لجواز شركة المفاوضة - رغم مخالفتها للقياس - يجد تطبيقه الواقعي في اعتماد الأنظمة الحديثة لهذا النوع من الشركات، لما يحققه من مرونة في التعامل التجاري، وتكامل في الإدارة، وضمان للدائنين، وهو ما يشير إلى حكمة الاستحسان وعمق نظر الفقه الإسلامي في مواكبة متطلبات الحياة الاقتصادية.^(١)

الخلاصة:

تُبرز هذه المسألة نموذجاً تطبيقياً لتمييز منهج الاستحسان الحنفي القائم على المرونة والواقعية والتيسير، في مقابل المنهج الشافعي القياسي القائم على الانضباط والاحتياط في الضمانات.

فالاستحسان هنا ليس مخالفة للقياس بلا موجب، بل هو ترجيح مصلحة معتبرة وعرف مطرد على قياس؛ تحقيقاً لمقصد الشريعة في رفع الحرج عن الناس في معاملاتهم.

المسألة الثانية/ خيار النقد:

تصوير المسألة:^(٢)

(١) انظر: نظام الشركات السعودي، المادة (٩) وما بعدها من الباب الثالث، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ، حيث عرّف شركة التضامن بأنها: (شركة تتكون من شريكين أو أكثر يكونون مسؤولين بالتضامن في جميع أموالهم عن ديون الشركة)، وجاء في المادة "١٢": (لكل شريك صفة التاجر، وله أن يباشر أعمال الشركة بوصفه وكيلاً عن بقية الشركاء ما لم يُفقد ذلك بنص في عقد التأسيس).
(٢) البناية، ٤٨/٨.

أن يتفق البائع والمشتري على: أنه لو اشترى بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما.
ويمكن تعريفه بأنه: خيارٌ يشترطه العاقدان يجعل لزوم العقد موقوفاً على نقد الثمن خلال مدةٍ معيّنة، فإن لم يُنقَد انفسخ العقد بدون حاجةٍ إلى تراضٍ جديد.
فهو ليس تعليقاً لأصل البيع، بل تعليقٌ للزومه وحسمه على حصول النقد، فيكون كالخيار لا كشرط إقالةٍ فاسدة.
منهج الحنفية: (١)

هذه الصورة جائزة استحساناً، ولا تصح قياساً.

وجه القياس (المنع):

• أن هذا بيع علقته إقالته بشرط عدم نقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فهو بيع شرطت فيه إقالة فاسدة؛ بسبب تعلقها بالشرط وهو عدم النقد. واشترط الصحيح منها في البيع مفسد للعقد، فاشترط الفاسد_ وهو تعليق البيع بإقالة معلقة_ أولى بأن يفسد البيع. فكان هذا بيعاً دخله شرط فاسد؛ فيكون فاسداً كسائر الأنواع التي دخلتها شروط فاسدة.

وجه الاستحسان (الجواز):

• القياس على خيار الشرط: فهذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار؛ لوجود التعليق بشرطٍ في كل واحد منهما. فإنه علق إقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده بشرط سقوط الخيار. فخيار النقد ملحق بخيار الشرط نظراً إلى المعنى المناط به الحكم، وهو الحاجة، وهي موجودة فيهما.
• الحاجة: فالحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد، وهي متحققة هنا مستدعية للجواز. وبيانها أن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافق 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؟ (قدرة المشتري على النقد واطمئنان البائع على القبض). فكان هذا بيعاً مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار، فورود الشرع بالجواز هناك يكون وروداً ههنا دلالة.

منهج الشافعية: (١)

(١) انظر: البناية للعيني، ٥٤/٨. وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، ١٧٥/٥، الناشر: دار الكتب العلمية، ط: ٢ (١٤٠٦هـ).

البيع باطل، ودليلهم:

• القياس: لأن هذا ليس بشرط خيار، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع؛ لأنه شرط في العقد شرطاً مطلقاً، فأشبهه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد فلا بيع بينهما. ولأنه يؤدي إلى تعليق البيع على الخطر؛ لأن تقديره: إذا نقد الثمن إلى ثلاثة فسأبيع، وإن لم ينقد لم يكن بينهما بيع، والبيع لا يتعلق على الخطر. وليس كذلك شرط الخيار؛ لأن البيع غير معلق فيه على الخطر؛ لأن البيع واقع صحيح، والخيار مشروط للفسخ.

ويمكن أن يجاب عن هذا القياس:

- بأنه ليس تعليقاً لأصل العقد على خطرٍ مجهول، بل تعليق لزومه على وصفٍ معلوم الأجل مقدور عليه غالباً.

- والغرر محدود بالمدة القصيرة وبإمكان المشتري الوفاء فوراً؛ فلا يفضي إلى منازعاتٍ عظيمة، بل يدفعها.

- والمقصد: تحقيق التيسير (للحاجة) مع الضبط (بتعيين الأجل).

المقارنة بين المنهجين:

الحنفية عدلوا عن القياس الظاهر إلى قياس آخر مرجحين اعتبار الحاجة؛ تحقيقاً لمقصد الشرع في التيسير ورفع الحرج وجلب المصالح.

أما الشافعية فوقفوا عند دليل القياس الظاهر، ولم يروا صحة هذا الخيار وقوفاً على ما ورد في السنة فقط. وفي مسلكهم ضبط للعقود، ودرء لمفسدة التنازع بسبب عدم الوضوح.

الثمرة العملية:

مذهب الحنفية لعله أقرب إلى واقع تعاملات الناس، وفيه مرونة ومراعاة لحاجة الناس في سوقهم. أما مذهب الشافعية ففيه الاحتياط والانضباط والوضوح المبكر وحسم لمادة الخلاف والتنازع بين المتعاملين.

وفي التطبيق المعاصر، يُستفاد من الجمع بين المنهجين:

فحيث أمكن تنظيم خيار النقد في العقود الحديثة - كعقود البيع الإلكتروني أو الحجوزات التجارية - من خلال توثيق الشرط وإعلانه بوضوح للطرفين، فإنه يحقق

(١) انظر: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لسيف الدين أبي بكر الشاشي القفال، ٢٨/٤، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة، ط: ١ (١٩٨٨م). والمجموع شرح المهذب للإمام النووي، ١٩٣/٩، الناشر: دار الفكر. والتعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف على مذهب أحمد للفاضل أبي يعلى الفراء، ١١٣/٣، الناشر: دار النوادر، ط: ١ (١٤٣١هـ).

مقصد الحنفية في التيسير دون الإخلال بمقصد الشافعية في الضبط، فيجتمع اليسر والانضباط في آن واحد.

ويمكن الاستفادة من هذا الخيار وتحويله إلى صيغة عقد على النحو التالي:
“اتفق الطرفان على أن يكون العقد غير لازم إلى نهاية الساعة ... من يوم
.../.../... فإن نُقِد الثمن كاملاً بوسيلة السداد المحددة قبل هذا الأجل لزم العقد،
وإلا انفسخ تلقائياً دون تعويضات، وتُرَدّ المبيعات بحالتها، ويتحمل المتسبب تكاليف
الردّ المعتادة.”
الخلاصة:

يتبين أن خيار النقد صورة من صور الاستحسان العملي الذي يُبرز منهج الحنفية في ترجيح الحاجة والمصلحة على ظاهر القياس، فجعلوا هذا البيع جائزاً استحساناً تحقيقاً للتيسير ورفع الحرج، معتمدين على المعنى المشترك بينه وبين خيار الشرط، وهو الحاجة إلى التروي والتأمل من الطرفين.

أما الشافعية فتمسكوا بظاهر القياس، فحكموا ببطلانه؛ لأنه اشتمل على شرط فاسد يؤدي إلى تعليق العقد على أمرٍ محتمل، والبيع عندهم لا يصح مع التعليق على الخطر، محافظةً على ضبط العقود ومنع التنازع.
ومن هنا يظهر أن الخلاف بين الفريقين خلاف في النظر إلى مقاصد الشريعة وحدود النصوص:

- الحنفية نظروا إلى مقصد التيسير ورفع الحرج وحاجة الناس في المعاملات.
- والشافعية نظروا إلى صيانة العقد عن الغرر والتعليق تحقيقاً للانضباط والوضوح.

المسألة الثالثة/ خيار التعيين:

تصوير المسألة: (١)

أن يقول البائع: بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا، على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا، وترد الباقي.
فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد.
منهج الحنفية: (٢)

هذا بيع جائز استحساناً فيما دون أربعة سلع، ولا يصح قياساً.

(١) انظر: البناية للعيني، ٧٤/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ١٥٧/٥. والعناية شرح الهداية للشيخ البابرقي الحنفي، ٣٢٦/٦، الناشر: دار الفكر.

وجه القياس (المنع):

• جهالة المبيع؛ لأن البيع لا يصح إلا بعلم كل من العوضين علمًا يرفع الجهالة المؤدية للنزاع، والمبيع هنا غير متعين حال العقد.

وجه الاستحسان (الجواز):

• القياس: استدلالاً بخيار الشرط؛ والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون وروداً ههنا.

• ثبوت الحاجة بالتعامل: لأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك، ولا تعامل إلا لحكمة دعت إليه، فصار العرف في قوة الشرط، والحاجة في قوة الضرورة. فليس كل أحد يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه، خصوصاً الأكاير والنساء، فيحتاج إلى أن يأمر غيره، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس؛ لما عسى لا يوافق الأمر، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقي، فجاز ذلك لتعامل الناس. ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة؛ لأن الحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة؛ لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة على أصل القياس. فالتقييد بما دون الأربعة بناءً على الاستقراء العرفي؛ لأن مقصدهم ضبط الحد الذي تندفع به الحاجة دون فتح باب الغرر.

• انعدام الجهالة المفضية للمنازعة: فالجهالة في المعقود عليه لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه إذا شرط الخيار بأن قال: على أن تأخذ أيها شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال، والمعقود عليه عند اختياره معلوم. ولأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة.

منهج الشافعية:

هذا بيع باطل للغرر بسبب جهالة المبيع، لما رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر)^(١). فمنهجهم في النظر الاعتماد على قاعدة منع الغرر، واعتبروا الجهالة مطلقاً مفسدة للعقد، إذ لا يُستثنى منها إلا ما دل عليه دليل خاص كالسلم.

المقارنة بين المنهجين:

الحنفية لما رأوا تعامل الناس بهذه المعاملة واطراد عرفهم بذلك لمسيس حاجتهم عدلوا عن القياس الظاهر المعلل بمطلق الجهالة إلى القياس على خيار

(١) صحيح مسلم، كتاب البيوع-باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، (١٥١٣).

الشرط بجامع الحاجة في كل، ورجحوا هذا القياس الأخير على القياس الأول بسبب مسيس الحاجة، ولانتفاء مفسدة الغرر؛ لكون الجهالة لا تفضي إلى النزاع. فهو ترجيح قياس على آخر، وترجيح للعرف العملي، وترجيح لمقصد رفع الحرج والتيسير تلبية لحاجة الناس على القياس الظاهر.

فالاستحسان هنا من قبيل الاستحسان بالعرف والحاجة، المقدم على القياس الظاهر؛ لورود الشرع برفع الحرج وتحقيق مقاصد المعاملات من دفع الغبن وتيسير التعايش. فوازنوا بين مفسدة الجهالة ومصلحة التيسير، ورأوا أن الحاجة أقوى من التحريم المبني على ظن الغرر؛ لأن الغرر هنا يسير لا يفضي إلى نزاع. أما الشافعية فاعتمدوا قاعدة الغرر أصلاً في نظرهم الفقهي فمنعوا مطلق الغرر والجهالة؛ لحماية العقود من الجهالة، فوقفوا مع ظاهر النهي النبوي، وقدموا على جانب التيسير جانب الصيانة والاحتياط لسلامة العقود ووضوحها؛ درءاً لمفسدة التنازع.

الثمرة العملية:

تظهر الثمرة العملية في عقود التوكيلات التجارية والمشتريات الإلكترونية، حين يُعرض على المشتري عدة بدائل بسعر موحد ليختار منها لاحقاً، وهو ما يقارب خيار التعيين.

فبمقتضى منهج الحنفية، يجوز هذا البيع إذا كانت الخيارات محدودة معروفة لا تؤدي لنزاع، بينما وفق منهج الشافعية لا يصح حتى يتم تعيين المبيع بعينه. وتظهر الثمرة أيضاً في عقود المناقصات والممارسات الحكومية حيث تُخبر الجهة المشتري بين عينين متقاربتين في المواصفات، فيجري الحكم على وفق الاستحسان بالحاجة.

الخلاصة:

خيار التعيين بيع ظاهره الجهالة، استُحسن جوازه للحاجة والعرف وانتفاء النزاع.

الحنفية قدّموا المصلحة العملية على القياس الظاهر؛ مراعاةً لرفع الحرج وتحقيق مقصود المعاملة.

والشافعية تمسكوا بظاهر النص سداً لذريعة الغرر.

فالمسألة من أدقّ تطبيقات الاستحسان بالعرف والحاجة في الفقه الحنفي، حيث تبرز روح الشريعة في التيسير، وفي المقابل يتجلى ضبط الشافعية لسلامة

العقود.

المسألة الرابعة/ الاستصناع:

تصوير المسألة: (١)

هو عقد يتضمن طلب صناعة شيء موصوفٍ في الذمّة، على أن تكون المادة من الصانع، والعمل منه، بثمن معلوم يسلمه كاملاً أو بعضه أو لا، من غير اشتراط أجل.

فإن كانت المادة من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً. ومثاله أن يقول شخصٌ لصانع: "اصنع لي خفاً أو سيفاً أو أنيةً من نحاس من عندك، بهذه الصفة، بثمن كذا"، فيقبله الصانع.

والمعقود عليه هو العين لا العمل.

وللمشتري خيار الرؤية؛ لأنه اشترى ما لم يره.

وللصانع بيعه قبل الرؤية؛ لأنه ملكه، والعقد لم يقع على هذا بعينه، فإذا رآه

المستصنع ورضي به لم يكن للصانع بيعه؛ لأنه تعين.

وله شروط:

١. بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته.

٢. أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس.

٣. ألا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً؛ صار سلماً فتعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البديل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم. وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال الصحابيان: هذا ليس بشرط.

واختلفوا في معنى هذا العقد وتكييفه على رأيين:

١. فقال بعضهم: هو مواعدة وليس بيعاً.

٢. وقال آخرون: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح. واستدلوا على ذلك بما يلي:

■ أن محمد بن الحسن - رحمه الله - ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العادات.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢/٥. والبنابة للعيني، ٣٧٣/٨. والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، ٣٩/٢، الناشر: مطبعة الحلبي (١٣٥٦هـ). ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشياخي زاده، ١٠٦/٢، الناشر: دار إحياء التراث العربي.

- وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات.
- وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود.
- ثم اختلفوا في نوع هذا البيع على رأيين:
- ١. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة. ووجه هذا الرأي:
- أن الصانع لو أحضر عينا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع.. لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد.. لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.
- ٢. وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. وهو الصحيح. ووجه هذا الرأي:
- أن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً؛ فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه.
- ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل.
- وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع؛ فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما.

منهج الحنفية:

- هذا العقد جائز استحساناً، ولا يصح قياساً.
- وجه القياس (المنع):
- لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم.
- وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم.^(١)
- وجه الاستحسان (الجواز):
- لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير تكبير، وقد قال ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(٢)، وفي الأثر: «ما رآه المسلمون حسناً؛ فهو

(١) قال ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك). رواه أبو داود في سننه عن حكيم بن حزام، كتاب الإجارة-باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (٣٥٠٣). وسكت عنه، وما سكت عنه فهو صالح.

(٢) بهذا اللفظ رواه الدولابي في الكنى والأسماء من حديث أنس ﷺ (٩٣٧). وعند الترمذي عن ابن عمر ﷺ: (إن الله لا يجمع أمتي -أو قال: أمة محمد ﷺ- على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شذ شذ إلى النار)، قال المباركفوري في تحفة الأحوذى بشرح الترمذي ٣٢٢/٦: (وهو حديث ضعيف، لكن له شواهد. قال الحافظ في التلخيص: قوله: "وأمة معصومة لا تجتمع على الضلالة" هذا في حديث مشهور، له طرق كثيرة لا يخلو واحد منها من مقال).

عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا؛ فهو عند الله قبيح»^(١)، والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، فكذا هذا.

- ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج.
- والجواب على دعوى أنه بيع معدوم: أنه ملحق بالموجود؛ لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه. فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق.
- ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهما السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزا.

منهج الشافعية:^(٢)

هذا العقد غير صحيح في مذهب الشافعي؛ لقوله ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك)^(٣)، واستثني منه السلم بشرط تسليم رأس المال في المجلس؛ لقوله ﷺ: (من أسلف ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)^(٤)، والاستصناع لا تنطبق عليه شروط عقد السلم؛ للجهالة بالمبيع وبالأوصاف التي يختلف بها الغرض. قال الإمام الشافعي رحمه الله في الأم: (ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد أو نحاس وورصاص لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ في الثوب؛ لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع. قال: وهكذا كل ما استصنع)^(٥). والطريقة الصحيحة عند الإمام الشافعي بينها بقوله: (وإنما يجوز في هذا: أن يبتاع النعلين والشراكين، ويستأجر على

(١) هذا أثر أخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم (٣٦٠٠) موقوفاً عن ابن مسعود ﷺ: (... فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء)، وقال الشيخ شعيب الأرنؤوط عليه: إسناده حسن.
(٢) انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج لكمال الدين الدميري الشافعي، ٢٥٧/٤، الناشر: دار المنهاج، ط: ١ (١٤٢٥هـ).

(٣) رواه أبو داود في سننه عن حكيم بن حزام ﷺ، كتاب الإجارة-باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (٣٥٠٣). وسكت عنه، وما سكت عنه فهو صالح.

(٤) رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس ﷺ، كتاب السلم-باب السلم في وزن معلوم، (٢٢٤٠).

(٥) الأم للإمام الشافعي، ١٣٤/٣.

الحدو وعلى خراز الخفين^(١). فمن أراد استصناع شيء فليشتر كل مواد الصنع، ثم يعطيها الصانع ويعقد معه عقد إجارة على صنعها.

فيفهم من صنيع الشافعية الميل إلى ضبط الاستثناءات العقدية عن مقتضى القياس بما ورد به النص أو ما ألحق به إلحاقاً منضبطاً، احتياطاً من الغرر والجهالة. فلا يُشرع عقد جديد لم يرد فيه نص ولا إجماع، ولا يُتوسع في القياس إلا في الفروع الداخلة تحت أصلٍ منصوصٍ عليه.

ولذا قصرت المدرسة الشافعية الجواز على مورد النص (السلم)، ولم تُلحق به الاستصناع؛ لأنه عقدٌ مستحدث لم يرد به نص ولا إجماع.

المقارنة بين المنهجين:

الشافعية كعادتهم في منهجهم في النظر الفقهي التزموا بالنص أو ما هو في معنى النص الذي هو القياس، ولما كان الأصل هو منع بيع المعدوم لم يجوزوا منه إلا ما ورد به النص وهو السلم، فاقتصروا في الاستثناء على مورد النص. ثم سدوا حاجة الناس إلى الاستصناع ببيان كيفية صحيحة مركبة من عقدين صحيحين، فطالب الاستصناع يشترى كل المواد اللازمة، ثم يعطيها للصانع وفق عقد إجارة ليصنعها.

أما الحنفية لما لاحظوا إطباق الناس على التعامل بهذه المعاملة بحيث صار إجماعاً عملياً بلا تكبير.. رأوا أن هذا الإجماع العملي راجح على القياس النظري الظاهر في منع بيع المعدوم، فاستحسنوا الأخذ بهذا العرف العملي المطرد ورجحوه على القياس؛ لأنه كاشف عن مسيس حاجة الناس إلى ذلك لقضاء حوائجهم ومصالحهم، وفي ذلك تحقيق لمقصد الشرع في التيسير ورفع الحرج عن الناس. فالحنفية يتوسعون في تحقيق مقاصد الشريعة من خلال مراعاة العرف والحاجة العامة، بينما الشافعية يغلبون جانب حراسة النصوص ولو أدى إلى التضيق؛ احتياطاً.

وهذا التباين يعكس اختلاف المدرستين في مفهوم الاجتهاد في المعاملات؛ فالحنفية يجعلونه مجالاً لتفعيل روح الشريعة ومقاصدها الكلية (رفع الحرج، تيسير المعاش)، بينما الشافعية يضبطونه بحدود النص والقياس الجلي، خشية فتح أبواب العقود المجهولة.

(١) الأم للإمام الشافعي، ٣/١٣٤.

الثمرة العملية:

تظهر الثمرة العملية لاعتبار عقد الاستصناع فيما يلي:

- أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم [٦٥ (٧/٣)]^(١) قرر أن عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط، بتحديد الأجل وبيان مواصفات المُستصنع؛ وذلك مراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظرًا لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.
- كما قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم [١٣٩ (١٤/٣)]: جواز عقد المقاولات والتعمير بناء على تكييفه بأنه عقد استصناع.
- وعقد الاستصناع هو الأساس لإباحة عقود التوريد والمناقصات كما هو في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم [١٠٧ (١٢/١)]^(٢).
- واستفاد مجمع الفقه الإسلامي الدولي من عقد الاستصناع في قراره رقم [٥٠ (٦/١)] بشأن: التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها وقرره: (أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع -على أساس اعتباره لازمًا- وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميّزوه عن عقد السلم)^(٣).

الخلاصة:

عقد الاستصناع من العقود التي برز فيها أثر الاستحسان الحنفي مقابل

القياس الشافعي؛

فالشافعية التزموا بالقياس الظاهر في منع بيع المعدوم، بينما الحنفية استحسنا الجواز استنادًا إلى الإجماع العملي والعرف المستقر والحاجة العامة، تحقيقًا لمقصد رفع الحرج.

وهو مثال بديع على مرونة الفقه الإسلامي في تحقيق المقاصد مع التزامه بالأصول، وعلى دور الاستحسان في تطوير المعاملات المالية بما يواكب حاجات الناس دون الخروج عن روح الشريعة.

(١) مجلة المجمع (العدد السابع، ج ٢ ص ٢٢٣).

(٢) مجلة المجمع (العدد الثاني عشر ج ٢، ص ٣٩١).

(٣) مجلة المجمع (العدد الخامس، ج ٤ ص ٢٧٧٣ والعدد السادس ج ١ ص ٨١).

المسألة الخامسة/ ضمان العارية عند ردّها إلى موضع ملك المالك دون يده: تصوير المسألة: (١)

رجل استعار دابة، فلما انتهى من الانتفاع لم يسلمها للمالك مباشرة، بل ردّها إلى اصطلب المالك (مربطه). ثم هلكت الدابة في الاصلب من غير تعدّد ولا تقريط. فهل يضمن المستعير؟

- الحنفية: لا يضمن استحساناً.
 - الشافعية: يضمن قياساً.
- منهج الحنفية: (٢)

لا يضمن استحساناً، ووجه الاستحسان:

١. العادة الجارية أن العارية -خصوصاً الدواب- تُرد إلى دار المالك أو مربطه لا إلى يده مباشرة.
 ٢. ردّ الدابة إلى الاصلب تسليم معتبر عرفاً؛ لأن المالك نفسه لو استلمها سيرجع بها إلى المربط.
 ٣. فاعتُبر الرد كالمناولة الحقيقية، فيسقط الضمان.
- الاستحسان هنا مبني على:
- العدول عن حكم القياس مراعاةً للعرف الجاري والمنتكر.
 - رفع الحرج عن الناس؛ لأن إلزام المستعير بتسليمها يدأ بيد يخالف المعتاد ويوقع مشقة غير معتبرة.
 - أن ضمان العارية يسقط عند "التسليم"، والتسليم العرفي كالشرعي.
- تنبيه:

إن كان الاصلب خارج الدار وبلا حارس لم يبرأ المستعير؛ لأن العرف لا يقوم به هناك، ولأن مظنة التلف أقوى.

منهج الشافعية: (٣)

يضمن قياساً.

والقاعدة الحاكمة عندهم: العارية مضمونة، ولا تبرأ الذمة إلا بردّها إلى يد المالك أو نائبه. والمواضع ليست أيدياً، ولا تتحقق بها الحياة.

(١) انظر: البناية، ١٠/١٥٦.

(٢) انظر: البناية، ١٠/١٥٦.

(٣) انظر: المجموع للنووي، ١٤/٢٠٩.

وجه القياس:

١. أن ردّ العارية إلى مكان المالك لا يُعدّ ردًا إلى يده.
 ٢. أن الاصطبل ليس يدًا حافظة معتبرة شرعًا؛ فهو مكان، والمكان لا يقوم مقام اليد القابضة.
 ٣. لو كان الاصطبل في حكم يد المالك: لكان السارق إذا ردّ المسروق إلى الاصطبل يسقط عنه الضمان، وهذا باطل. فتبقى يد المستعير ضامنة -قياساً على مسألة السارق - حتى يسلم الدابة إلى المالك أو إلى من فوضه بالقبض.
- المنهج الشافعي هنا قائم على:
- القياس الواضح: بقاء الضمان إلى حين تحقق التسليم الحقيقي.
 - الاحتياط: لأن دفع العارية في غير يد المالك قد يفضي إلى النزاع.
 - ضبط الحيابة: فلا تُعتبر إلا بيد، لا بعادة.

المقارنة بين المنهجين:

المسألة	الحنفية (استحسان وعرف)	الشافعية (قياس وضبط)
معيار براءة الذمة	تحقق التسليم العرفي	تحقق التسليم الحقيقي للمالك
النظرة للأعراف	العرف مقدّم ويرفع الضيق	العرف لا يغيّر حقيقة اليد
أثر المكان (الاصطبل)	يقوم مقام يد المالك إن جرت به العادة	لا يقوم مقام اليد
نوع الاستدلال	استحسان مبني على مصلحة الناس وعرفهم	قياس على قواعد الضمان
الأساس الأصولي في بناء الحكم	التيسير ورفع الحرج	الاحتياط للحقوق والأموال

الثمرة العملية:

١. في البلاد التي جرى فيها عرفٌ معتبر بإرجاع العارية إلى مكان المالك:
 - لا ضمان على المستعير على المذهب الحنفي.
٢. في بيئات لا يجري فيها هذا العرف أو حيث يكون المكان غير آمن:
 - الحنفية أنفسهم يرجعون إلى الضمان.
٣. في التعاملات المعاصرة -كاستعارة المعدات، السيارات المشتركة، أدوات الشركات - يتفرع:
 - إن كان نظام الشركة يحدّد أماكن الردّ وتعتبر قبضًا لها: فلا ضمان (على قاعدة الاستحسان والعرف).
 - إن لم يكن، أو كان المكان غير مأمون: فالضمان باقٍ.

الخلاصة:

- القياس يوجب الضمان؛ لأنه لم يسلم العارية إلى يد مالكيها.
- الاستحسان يسقط الضمان؛ لاعتبار العرف الجاري تسليمًا معتبرًا.
- الحنفية بنوا قولهم على التيسير ورعاية العرف، والشافعية بنوا قولهم على الاحتياط للحقوق.

- مناط الخلاف الحقيقي: هل يقوم العرف مقام التسليم الشرعي؟
الحنفية: نعم.
الشافعية: لا.

المسألة السادسة/ إذا استأجر أرضاً ولم يبين نوع الانتفاع: تصوير المسألة: (١)

استأجر أرضاً دون تعيين المنفعة، فلم يذكر أنه يزرعها، ولم يبين أي شيء يزرعها.. فالإجارة فاسدة؛ لعدم تبين المنفعة المعقود عليها. وذلك لأن الأرض تستأجر لمنفعة الزراعة وغيرها. وكذا ما يزرع فيها يختلف ضرره، فمنه ما يضر بالأرض ومنه ما لا يضر. فلا تصح الإجارة حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها.

فإن زرعها ومضى الأجل، فما الحكم؟ هل يستصحب الفساد وبالتالي تجب أجرة المثل، أم يحكم بتصحيح العقد فيجب الأجر المسمى؟ هذا محل الخلاف.
منهج الحنفية: (٢)

إن زرعها ومضى الأجل جاز استحساناً، والقياس ألا يجوز. وبناء على الاستحسان يصح العقد فينقلب من الفساد إلى الصحة ويترتب عليه مقتضاه من استحقاق الأجر المسمى في العقد.

وجه القياس:

- أن العقد وقع فاسداً؛ لجهالة المنفعة المعقود عليها، فلا ينقلب جائزاً.
وجه الاستحسان:

- (زوال الجهالة): أن الجهالة ارتفعت بوقوع ما وقع فيها من الزرع قبل تمام العقد، فينقلب جائزاً؛ لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال، فإذا شهد المزروع في بعض المدة وعرف ضرره من عدمه فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في ذلك الوقت.

(١) انظر: البناية، ٣٠٨/١٠.

(٢) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، ١٣٣/٥. الناشر: المطبعة الأميرية بالقاهرة، ط: ١ (١٣١٣هـ).

- (قياس آخر): قياساً على ما إذا ارتفعت الجهالة في حالة العقد، فصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه، والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع.
 - (سبب الاستحسان): الاستحسان هنا عدول عن القياس الظاهر إلى قياس آخر؛ بجامع زوال العلة المفسدة أثناء العقد، وسبب الاستحسان: مراعاة حاجة المتعاقدين وطلب التيسير ورفع الحرج عنهما بتحقيق مصلحتهما باستمرار واستقرار العقد؛ لرضاهم بالواقع الحاصل؛ لزوال ما يفضي إلى النزاع، ولأنه يغتفر تبعاً ما لا يغتفر استقلالاً.
- منهج الشافعية:** (١)

يشترط تعيين المنفعة في عقد الإجارة؛ لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف المنافع، فإن أطلق لم يصح. فإن زرع ومضى الأجل فلا تستحق الأجرة المسماة في العقد؛ لفساده، بل تجب أجرة المثل مقابل العمل. ولا ينقلب العقد الفاسد صحيحاً استصحاباً للفساد بسبب الجهالة المفضية للنزاع.

المقارنة بين المنهجين:

المحور	منهج الحنفية	منهج الشافعية
حكم وأثرها	الجهالة تُفسد العقد ابتداءً، لكن تزول بزوالها أثناء المدة فيصح العقد استحساناً.	الجهالة تُفسد العقد ابتداءً، ولا يزول الفساد بزوالها لاحقاً؛ المعتبر حال العقد.
الأساس الأصولي	تقديم الاستحسان وزوال العلة على القياس، والعبرة بالواقع المتكشّف	تقديم القياس المنضبط واستصحاب الفساد، والعبرة بالعلم السابق لا اللاحق
أثر زراعة المستأجر فعلياً	زراعة تكشف المنفعة وتزيل الجهالة، فينقلب العقد صحيحاً ويجب الأجر المسمّى	زراعة لا تُصحح العقد، وتجب أجرة المثل لفساد الإجارة بالإطلاق.
المنطق المقاصدي	مراعاة الحاجة، ورفع الحرج، واستقرار التعامل، وتغليب الواقع العملي.	ضبط العقود، وسد ذرائع النزاع، وتنشيط الحقوق قبل التعاقد.
المناسبة للتطبيقات الحديثة	أنسب للإيجارات الزراعية، والوقف، وإجارة أراضي الدولة العامة؛ حيث المنفعة تتضح بالعمل	أنسب للمشاريع ذات الاستثمارات الثقيلة والبنية التحتية؛ حيث يلزم أعلى درجات اليقين التعاقدية.

الثمرة العملية:

- عند القضاء أو التحكيم:
- على مذهب الحنفية يُحكم للمؤجر بالمسمّى، ما دام المستأجر زرع بالفعل.

(١) انظر: مغني المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشرييني، ٤٥٧/٣. الناشر: دار الكتب العلمية، ط: ١ (١٤١٥هـ).

- على مذهب الشافعية يُحكم له ب أجر المثل فقط.
- في المعاملات الزراعية المعاصرة:
- منهج الحنفية أكثر مرونةً في العقود الريفية التقليدية حيث الإطلاق غالب.
- منهج الشافعية أكثر ضبطاً للعقود الحديثة التي تتعلق بالبنية التحتية وحقوق الاستثمار في الأرض.
- في التطبيقات المالية الحديثة:
- الحنفية يوفرون قاعدة تصلح في عقود الإيجار الزراعي والوقف وإجارة الدولة للأرض.
- الشافعية يوفرون أمناً تعاقدياً يمنع المنازعات في المشاريع ذات الاستثمارات الثقيلة.

فيتبين من اختلاف المنهجين أن القاعدة الحنفية في تصحيح عقد الإجارة عند زوال الجهالة أثناء المدة تمنح مرونة كبيرة في التطبيقات المعاصرة، لاسيما في عقود الإيجار الزراعي، وعقود الانتفاع بالأراضي الوقفية، وإجارة الدولة للأراضي المخصصة للاستصلاح الزراعي؛ إذ الغالب في هذه العقود عدم تحديد نوع المزروع أو تفاصيل المنفعة ابتداءً، ويكشف الواقع لاحقاً حقيقة المنفعة ودرجة الضرر، فيتحقق المقصود دون حاجة إلى نقض العقد أو إعادة تسعير المنفعة، مما يجعل منهج الحنفية أكثر قابلية للتفعيل في هذا النوع من المعاملات.

أما منهج الشافعية في اشتراط تعيين المنفعة ابتداءً، وعدم تصحيح العقد بزوال الجهالة لاحقاً، فإنه يوفر أعلى درجات الأمان التعاقدية في المشاريع ذات الاستثمارات الثقيلة، كمشاريع البنية التحتية، والمزارع الصناعية الضخمة، والاستثمارات العقارية الكبرى؛ إذ لا تُقبل فيها الجهالة ولا التقديرات الظنية، بل لا بد من تحديد طبيعة المنفعة، ونوع الاستغلال، ومقدار الضرر منذ بداية العقد، حفظاً للحقوق، ومنعاً للنزاع، وضماناً لسلامة الالتزامات المالية والإنشائية.

وهكذا يظهر أن منهج الحنفية أدعى للمرونة في المعاملات الزراعية والأوقاف، ومنهج الشافعية أدعى للضبط في العقود الاستثمارية الكبرى.

فلو اجتمع فقه المذهبين في تشريعات دولة معاصرة:

- تُطبّق مرونة الحنفية في العقود الصغيرة والمتوسطة التي غالباً ما يكشف الواقع تفاصيلها.
- وتُطبّق صرامة الشافعية في العقود الاستثمارية الكبيرة التي لا تحتل المخاطرة أو

النزاع.

وهذه منقبة للمذاهب الفقهية: تتنوع يغطي جميع حاجات المجتمع والدولة والاقتصاد.

الخلاصة:

- جوهر الخلاف: هل الجهالة المؤثرة إذا زالت أثناء المدة ترفع الفساد؟ الحنفية: نعم، فالعقد ينقلب صحيحاً.
- الشافعية: لا، فالعقد يظل فاسداً.
- منطلق الحنفية: زوال العلة، واعتبار الواقع، والاستحسان، ورفع الحرج، واستقرار التعامل.
- منطلق الشافعية: لزوم العلم ابتداءً، واستصحاب الفساد، ومنع أسباب النزاع قبل وقوعه.
- النتيجة:

منهج الحنفية يحقق المرونة العملية، ومنهج الشافعية يحقق الضبط التعاقدى. والخلاف يدل على اختلاف في زاوية النظر الاجتهادي لا في مقصد الشريعة؛ فكل المذهبين يسعى لتحصيل مصلحة المتعاقدين ودفع الضرر عنهم، لكن بطرائق أصولية مختلفة.

المسألة السابعة/ الإجارة على أحد الشرطين:

تصوير المسألة: (١)

قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسيًا.. فبدرهم، وإن خطته رومياً.. فبدرهمين.

فهل الإجارة فاسدة وله أجره المثل؟

أم هي إجارة صحيحة ويستحق الأجره المسماة إذا عمل أحد الخيارين؟

منهج الحنفية: (٢)

هذه الصورة لا تصح قياساً؛ لجهل العوضين.

لكن المعتمد عند الحنفية صحتها استحساناً، وإذا عمل أحد العاملين استحق

أجره. ووجه الاستحسان:

(١) انظر: البناية، ٣٢٢/١٠.

(٢) انظر: التجريد للقدوري، ٣٧٠٨/٧، الناشر: دار السلام- القاهرة، الطبعة: ٢ (١٤٢٧هـ). بدائع الصنائع للكاساني، ١٨٥/٤. درر الحكام شرح غرر الأحكام لملاً خسرو، ٢٣٧/٢، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، الطبعة: بدون.

- أنه خيره بين عمليين معلومين، كل واحد منهما ببدل معلوم، فانتفت جهالة العوضين، فوجب أن يصح؛ قياساً على ما إذا قال: إن رددت عبدي الأبق من الكوفة فلك درهم وإن رددته من المصر فلك نصف، وقياساً على ما إذا استأجره ليخيط هذا الثوب أو هذا، وهما سواء.
 - ولأن الأجر لا يجب إلا بالعمل وليس بمجرد العقد، وحين يأخذ في أحد العملين يتعين ذلك الأجر، فكأن العقد وقع على منفعة واحدة، فلا غرر.
 - سبب الاستحسان بالعدول عن القياس الواضح إلى القياس الآخر المذكور هو: دفع الحاجة، ولأن هناك فرقاً بين البيع والإجارة، وهو أنه يجب اشتراط خيار التعيين في البيع لا الإجارة؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل، وإذا وجد يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فتتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع النزاع إلا بإثبات الخيار له.
- منهج الشافعية:**^(١)

هذا العقد فاسد عند الشافعية، ولا يستحق الأجر المسمى، بل أجرة المثل، ودليلهم القياس، وبيانه:

- القياس على ما لو قال في عقد البيع: بعثك هذا بدرهم، أو هذا بدرهمين. والجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض، ولا المعوض، فلم يصح؛ لجهالة العوضين.

المقارنة بين المنهجين:

المحور	منهج الحنفية	منهج الشافعية
الحكم	العقد صحيح استحساناً	العقد فاسد
المنطلق المنهجي	الاستحسان مع الإقرار بأن القياس يقتضي الفساد	القياس المحض
مناط النظر	حال الاستحقاق والتنفيذ	حال العقد والإنشاء
الجهالة	غير قاذحة؛ لأنها تزول بالعمل	قاذحة؛ لثبوتها عند العقد
تعيين المنفعة والأجرة	يتعينان بالفعل عند اختيار أحد العملين	غير متعينين عند العقد
القياس المعتمد	على الجعالة ورد الأبق ونظائرها	على البيع
التفريق بين البيع والإجارة	معتبر: الأجر يجب بالعمل لا بالعقد	غير معتبر

(١) انظر: حلية العلماء للفقهاء الشافعية أبي بكر بن محمد، ٤٣٩/٥، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة، ط: ١ (١٩٩٨م). البيان للعراني الشافعي، ٣٩٠/٧، الناشر: دار المنهاج - جدة، ط: ١ (١٤٢١هـ).

تعليق الإجارة على شرط	تعيين غير مفسد	تعليق مفسد
الأثر بعد العمل	يستحق الأجرة المسماة بحسب العمل	يستحق أجرة المثل
مراعاة العرف والحاجة	معتبرة وقوية	غير معتبرة
فقه المآلات	معتمد	غير معتمد
القابلية للتطبيق المعاصر	عالية جدًا	ضعيفة إلا بإعادة الصياغة

يتبين أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة خلافٌ منهجي أصولي، مردّه إلى اختلافهم في زمن اعتبار الجهالة فالحنفية اعتبروها زائلة بالعمل، فصَحَّ العقد استحسانًا. بينما اعتبرها الشافعية قاذحة عند الإنشاء، ففسد العقد قياسًا. **الثمرة العملية:**

أولاً: في تطبيق القواعد الأصولية على عقود الأعمال في الفقه: تظهر ثمرة الخلاف بوضوح في فقه التنزيل العملي للمذاهب في عقود المعاملات الحرفية والصناعية التي تتعدد صور أدائها وتختلف أجرتها باختلاف طريقة التنفيذ أو جودته، كأعمال الصنّاع والحرفيين، حيث:

- يجيز منهج الحنفية تصحيح العقد مع اختلاف الأجرة تبعًا لاختلاف طريقة العمل، اعتمادًا على أن الأجر لا يستحق إلا بعد تحقق العمل، وأن الجهالة تزول بالتنفيذ.
- بينما يوجب منهج الشافعية فساد العقد لعدم تعيين المنفعة والأجرة ابتداءً، ويحوّل العلاقة إلى استحقاق أجرة المثل عند العمل.

ويترتب على ذلك أن المنهج الحنفي كان أدر على استيعاب التعاملات الحرفية الواقعية الجارية عرفًا، بخلاف المنهج الشافعي الذي يشترط ضبط الصيغة قبل التنفيذ ولو أدى ذلك إلى تزيث في بعض صور التعامل المعتادة. ثانيًا: في تكييف العقود الحديثة ذات الأداء المتعدد:

يتجلى أثر هذا الخلاف في تكييف كثير من العقود المركبة ومتعددة الأداء في المعاملات المعاصرة التي تختلف فيها الأجرة باختلاف مستوى الأداء أو طريقة التنفيذ، مثل:

- عقود المقاولات ذات المواصفات المتدرجة.
 - عقود البرمجة والتصميم وفق مستويات فنية متعددة.
 - عقود الاستشارات التي تتفاوت أجرتها بحسب عمق الخدمة المقدمة.
- فوفق المنهج الحنفي يمكن تصحيح هذه العقود متى كانت صور الأداء

محددة، وكانت الأجرة معلومة لكل صورة، ويُربط الاستحقاق بما يقع فعلاً من العمل. أما وفق المنهج الشافعي، فلا يصح العقد إلا بعد تعيين صورة واحدة من العمل وأجرتها تعييناً قاطعاً، وإلا فالعقد فاسد ويُرجع إلى أجرة المثل. يظهر من هذا العرض أن الخلاف ليس خلافاً جزئياً في صورة عقد مخصوص، بل هو اختلاف في منهج تنزيل القواعد الأصولية على الواقع العملي، بين من يقدم اعتبار المأل والتنفيذ، ومن يقدم حسم الصيغة عند الإنشاء. **الخلاصة:**

يمكن تلخيص المسألة في النقاط الآتية:

١. الخلاف حقيقي أصولي، لا لفظي.
 ٢. مدار الخلاف: هل العبرة بحال العقد أو بحال الاستحقاق؟
 ٣. الحنفية:
 - قدموا فقه المآلات.
 - وراعوا الحاجة والعرف.
 - فصححو العقد استحساناً.
 ٤. الشافعية:
 - حافظوا على شدة وضوح الصيغة.
 - ومنعوا الجهالة من أصلها.
 - ٥. في الواقع المعاصر:
 - قول الحنفية أقرب للتطبيق العملي.
 - بشرط ضبط النزاع بالوصف واللوائح.
 - ٦. المسألة مثال تطبيقي بديع لفرق المناهج بين:
 - فقه الصياغة.
 - وفقه التنزيل.
- المسألة الثامنة/ حكم جهالة التابع في إجارة الدواب:**
تصوير المسألة: (١)

(١) انظر: البناية، ٣٥٦/١٠.

استأجر دابة (كالجمل) للحمل والركوب إلى مكة، مع وجود محمل يركبه الراكب أو يجعل عليه بعض المتاع، مع الجهل بصفات المحمل دون بيان تفصيلي لصفاته من حيث الوزن أو الهيئة والحج. فهل تفسد الإجارة؟ أم تعتبر صحيحة؟
منهج الحنفية: (١)

يقتضي القياس عند الحنفية عدم جواز الإجارة في هذه الصورة؛ لما في المحمل من جهالة مؤثرة في المنفعة، إذ تختلف المحامل اختلافاً ظاهراً في الوزن والحجم، وهو ما قد يؤثر في قدرة الدابة وفي مقدار الانتفاع، فيقع الغرر وتتهياً أسباب النزاع. وهذا الوجه القياسي منسجم مع القاعدة العامة في العقود: أن الجهالة المؤدية إلى المنازعة مفسدة للعقد.

لكنهم عدلوا عن مقتضى القياس إلى الاستحسان، فحكموا بجواز الإجارة، وعللوا ذلك بأمور:

١. تحقيق المقصود الأصلي: المقصود من الإجارة هو الراكب، وهو معلوم، وأما المحمل فتابع له.

٢. اعتبار التبعية: فالجهالة الواقعة في التابع تُغفر إذا لم تكن مقصودة لذاتها.

٣. إحالة الجهالة إلى العرف: فترفع جهالة المحمل بالصرف إلى المتعارف، أي إلى "المحمل المعتاد" في مثل هذه الإجازات، مما يدرأ مظنة النزاع غالباً.

وعليه، فالاستحسان هنا مبني على مراعاة المقاصد وغلبة السلامة العملية مع اعتماد العرف ضابطاً، لا مجرد تساهل في الجهالة.

منهج الشافعية: (٢)

يُشدّد الشافعية في رفع الغرر في إجارة الدواب للركوب، فيشترطون معرفة الراكب بالمشاهدة أو الوصف التام؛ لأن وزن الراكب وهيئته مؤثران في المنفعة. وكذلك الحال فيما يركب عليه من محملٍ أو غيره إذا كان للمكتر، فيشترطون معرفته كذلك بالمشاهدة أو الوصف التام إن لم يطرد فيه عرف.

أما إذا طرد العرف في نوع المحمل وهيئته، حملوه على المعهود، وسقط اشتراط التفصيل؛ لأن العرف حينئذٍ يقوم مقام التعيين، ويرفع الغرر.

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي الحنفي، ٥٨/٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني، ٤٥٨/٣.

وبذلك يجمع الشافعية بين أصل الاحتياط في رفع الجهالة وبين الاستثناء المنضبط بالعرف المطرد.
ومناطق العرف هنا: كون المحمل تابعاً غير مقصود لذاته، مع أطراد عرفٍ يحدّد هيئته وقدره تحديداً يمنع النزاع عادةً. فليس كل عرفٍ معتبراً، بل العرف الذي يضبط التابع ويُنزله منزلة المعلوم عرفاً.

المقارنة بين المنهجين:

المحور	منهج الحنفية	منهج الشافعية
المنطلق الاجتهادي	المقصود الأصلي للعقد ثم تقدير أثر الجهالة عملياً	رفع الغرر ابتداءً في كل عنصر مؤثر في المنفعة
حكم القياس	المنع للجهالة المؤدية إلى النزاع	المنع للغرر المؤثر
آلية التصحيح	الاستحسان	التقييد بالوصف التام أو العرف المطرد
تحليل المقصود	الراكب معلوم، والمحمل تابع غير مقصود	المنفعة مركبة من الراكب وما يؤثر فيها
التعامل مع التبعية	الجهالة في التابع مغتفرة	تُغفر الجهالة بعرف ضابط
مناطق الصحة	غلبة انتفاء النزاع مع إحالة الجهالة للعرف	تحقق الضبط بالمشاهدة/الوصف أو عرف مطرد
مناطق الفساد	تحقق أو غلبة المنازعة	وجود غرر مؤثر ولو احتمالاً
موقع العرف	مصحح للعقد ورافع للجهالة	مُعين ضابط يقوم مقام التعيين
درجة الاعتماد على العرف	واسعة ومرنة	مقيدة واحترافية
إدارة المخاطر	واقعية تشغيلية مرنة	احتياط توثيقي
أثر المنهج عملياً	سهولة التعاقد وتقليل التعقيد	تقليل النزاعات القانونية
الملاءمة المعاصرة	عقود تشغيلية متكررة	عقود كبيرة واستثمارات ثقيلة
الصيغة العقدية المثلى	إحالة صريحة إلى المتعارف	توصيف فني أو معيار معتمد
الخلاصة المنهجية	تصحيح بالعرف والاستحسان مراعاةً للمقصود	تصحيح بالضبط ورفع الغرر إلا مع عرف مطرد

يظهر أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة منهجي؛ إذ يتفقان على منع الجهالة المؤثرة، ويختلفان في سعة تغطيتها بالعرف، فالحنفية يصححون بالعرف والاستحسان في التوابع عند غلبة السلامة العملية، بينما يشترط الشافعية ضبط المعرفة أو عرفاً مطرداً يقوم مقام التعيين، تحقيقاً لأعلى درجات رفع الغرر.
الثمرة العملية:

تُعدّ هذه المسألة من النماذج الدقيقة التي تكشف عن الفارق المنهجي العميق بين المذهبين الحنفي والشافعي في إدارة الجهالة والغرر في العقود، ولا تقتصر آثارها على الصورة الجزئية المذكورة في كتب الفقه، بل تمتد ثمرتها العملية إلى صناعة العقود المعاصرة في مجالات النقل، والتأجير، والخدمات، والتمويل، والاستثمار. أولاً: الأثر في منهجية الصياغة التعاقدية:

- يُثمر الخلاف بين المنهجين اختلافاً واضحاً في منهج صياغة العقد: فبحسب منهج الحنفية، يجوز الاكتفاء في العناصر التابعة غير المقصودة لذاتها بالإحالة إلى المتعارف عليه، متى كان العرف منضبطاً وغالباً، ومتى غلب على الظن عدم وقوع المنازعة. ويؤدي ذلك إلى اعتماد صيغ تعاقدية مختصرة مرنة، تُراعي طبيعة التعاملات التشغيلية المتكررة.
 - أما منهج الشافعية فيدفع إلى تفصيل المواصفات أو ضبطها بالوصف أو المشاهدة، إلا إذا قام عرفٌ مطردٌ يقوم مقام التعيين، وبذلك تتجه الصياغة التعاقدية إلى مزيد من التحديد الفني والبياني.
- ويظهر أثر ذلك جلياً في العقود المعاصرة؛ حيث تميل العقود التشغيلية اليومية إلى الصيغ العرفية المختصرة، بينما تتطلب العقود الكبرى أو طويلة الأمد صيغاً توصيفية دقيقة.

ثانياً: الأثر في إدارة المخاطر التعاقدية والنزاع القضائي:

- تكشف هذه المسألة عن اختلاف جوهري في منهج إدارة المخاطر: فالحنفية يربطون صحة العقد بغلبة السلامة العملية وانتفاء النزاع غالباً، ويجعلون العرف وسيلةً لتقليل المخاطر الواقعية، ولو ترتب على ذلك اتساع دائرة التقدير القضائي عند النزاع.
 - بينما يعتمد الشافعية منهج الاحتياط الاستباقي، فيسعون إلى تقليل مساحة النزاع أصلاً عبر ضبط عناصر العقد ضبطاً يمنع الخلاف عند التطبيق.
- وعليه، فإن المنهج الحنفي يُقلّل من كلفة التعاقد الابتدائية، بينما يُقلّل المنهج الشافعي من كلفة النزاع اللاحقة.

ثالثاً: الأثر في تطبيقات التمويل الإسلامي:

- تظهر ثمرة هذه المسألة بوضوح في عقود الإجارة المعاصرة، ولا سيما: إجارة المعدات والآلات.
- الإجارة المنتهية بالتملك.

فمسألة "الملحقات" التابعة للأصل (كالأدوات، والتجهيزات، والأنظمة المساندة) تماثل في حقيقتها مسألة "المحمل" في الفقه الأصيل:

- فإن كانت هذه الملحقات تابعة لا يختلف بها مقدار المنفعة أو الأجرة اختلافاً مؤثراً، جاز الاكتفاء بالإحالة إلى العرف، وفقاً للمنهج الحنفي.
- وإن كانت مؤثرة في المنفعة أو القيمة أو السلامة، تعيّن ضبطها بالوصف أو المواصفات الفنية، وفقاً لمنهج الشافعية.

ومن هنا تتشكل في المؤسسات المالية الإسلامية سياسات امتثال فقهية قائمة على التفريق بين التابع غير المؤثر والتابع المؤثر.

رابعاً: الأثر في التدقيق المحاسبي:

ينعكس هذا الخلاف كذلك على الممارسات المحاسبية والتدقيقية:

- فالإحالة إلى العرف تتطلب وسائل إثبات لاحقة، كالسجلات التشغيلية، والمعايير السوقية، والنماذج المعتمدة.
- بينما يسهل التوصيف التفصيلي مهمة المطابقة والتدقيق، ويقلل الخلاف في مرحلة التسليم والاستلام.

وبذلك يتبين أن اختيار أحد المنهجين يؤثر مباشرة في تكلفة الإثبات ووضوح المسؤوليات.

خامساً: قاعدة ترجيحية عملية مستفادة:

يمكن استخلاص قاعدة ترجيحية جامعة من هذه المسألة، مفادها:

كل تابع يؤثر تأثيراً بيئياً في المنفعة أو الأجرة أو السلامة، ولا يضبطه عرف مطرد، فلا تُعْتَفَرُ جهالته، ويجب تعيينه أو وصفه.

وكل تابع لا يؤثر تأثيراً جوهرياً، ويضبطه عرف غالب، تُعْتَفَرُ جهالته وتصح الإحالة فيه إلى المتعارف.

وتمثل هذه القاعدة جسراً منهجياً بين التراث الفقهي والتطبيقات العقدية المعاصرة.

الخلاصة:

يتبين أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة خلاف منهجي في تقدير الجهالة المقبولة، لا خلاف في أصل منع الغرر. فتصحيح الإجارة عند الحنفية مبني على استحسان مؤسس، قوامه التبعية والعرف وغلبة انتفاء النزاع، بينما يربط الشافعية الصحة برفع الغرر ابتداءً، مع قبول العرف إذا بلغ درجة الاطراد

والانضباط. وعليه، فالمسألة مثالٌ دقيق على اختلاف المناهج في إدارة المخاطر التعاقدية بين توسعة عملية منضبطة، وتشديد احترازيٍّ موثَّق. ويُعدّ هذا الخلاف من أنصح النماذج التي تُظهر مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب أنماط التعاقد المختلفة، من خلال التوازن بين الواقعية التشغيلية والاحتياط التوثيقي.

المبحث الرابع

طبيعة الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان وأثره المنهجي

انطلق هذا البحث من إشكالية أصولية دقيقة ظلت تُثير جدلاً في كتب أصول الفقه المقارن؛ وهي طبيعة الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان: أهو خلاف حقيقي في المنهج والدليل، أم خلاف في التصوير والتعريف؟ وقد سعى البحث إلى تحرير هذه الإشكالية تحريراً أصولياً منهجياً، مدعوماً بتطبيقات فقهية من مسائل المعاملات المالية.

وبعد استقراء نصوص الإمام الشافعي وأصولي مذهب، وتحليل المفهوم الأصولي للاستحسان عند الحنفية في مصادرهم المعتمدة، ثم دراسة ثمانية نماذج تطبيقية من مسائل المعاملات المالية المستخرجة من الفقه الحنفي؛ يمكن وصف طبيعة الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان وأثره المنهجي فيما يلي:

المطلب الأول: تحرير محل النزاع

أولاً: ما ليس محلّ نزاع:

اتضح من خلال البحث أن ثمة صوراً للاستحسان لا خلاف بين الحنفية والشافعية في قبولها أو ردّها، وإن تفاوتت التسميات:

فالاستحسان بالنص الصريح والإجماع القطعي: متفق على الأخذ به؛ إذ يُعدّ في حقيقته تخصيصاً للقياس بدليل أقوى.

والاستحسان الهوائي القائم على الرأي المجرد بلا مستند: متفق على ردّه؛ فلا يقول بهذا محقق من أهل العلم في أي مذهب.

وقد كشف البحث أن الإمام الشافعي نفسه استعمل لفظ الاستحسان في مواضع متعددة من فروع الفقهية؛ كتقديره المتعة بثلاثين درهماً، وتقدير أجل الشفعة بثلاثة أيام، والتحليف على المصحف، وهو ما يدلّ على أن إنكاره لم يكن موجّهاً إلى مطلق الاستحسان، بل إلى معنى بعينه.

فضلاً عن ذلك، فقد ثبت بالاستقراء أن عبارة (من استحسَن فقد شرّع) التي تُنسب إلى الإمام الشافعي لم تُعثر في كتبه الثابتة إليه، وإنما أول من نسبها إليه إمام

الحرمين الجويني في نهاية المطالب ومضى عليها من بعده.

ثانياً: محل النزاع الحقيقي:

- تحدّد محل النزاع الحقيقي بين المدرستين في الصور الآتية من الاستحسان، التي انعكست أحكامها اختلافاً ظاهراً في مسائل المعاملات المالية:
- تقديم العرف المطرد على القياس: وهو ما يفعله الحنفية احتجاجاً، ولا يراه الشافعية دليلاً يُعارض القياس.
- تقديم الحاجة العامة على القياس: إذ يُنزل الحنفية الحاجة العامة منزلة الضرورة في درء الحرج، بينما لا يبلغ ذلك عند الشافعية حدّ الدليل المعارض.
- تقديم الإجماع العملي على القياس: وهو إطباق الناس على التعامل بمعاملة ما في سائر الأعصار من غير تكبر، وقد جعله الحنفية مسوغاً للعدول عن القياس، كما في الاستصناع ودخول الحمام ونظائرها.
- تقديم القياس الخفي على الجلي عند تعارضهما: إذ يُرَجِّح الحنفية القياس الذي قوي أثره وإن خفي وجهه على الذي ظهر وجهه وضعف أثره.

المطلب الثاني: طبيعة الخلاف - خلاف ذو طبقتين

توصّل البحث إلى نتيجة محورية تُشكّل مساهمته الأصيلية في هذا الموضوع؛ وهي أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان ليس نوعاً واحداً، بل هو ذو طبقتين متميزتين:

الطبقة الأولى: خلاف لفظي تصويري:

يتجلّى في الاسم والمصطلح والتأصيل النظري؛ فالشافعية يرفضون التسمية وصورة الاستحسان الذي تصوّروه قائماً على الهوى، بينما يقبلون في واقع تطبيقهم جوهر ما يسميه الحنفية استحساناً إذا استند إلى نص أو إجماع صريح. وهذه الطبقة تبين التباين بين إنكار الشافعية للاستحسان نظرياً واستعمالهم له تطبيقياً.

الطبقة الثانية: خلاف منهجي حقيقي:

يتجلّى في حجية الأدلة ومعايير الترجيح؛ فالخلاف هنا ليس في التسمية، بل في حجية العرف المطرد، والحاجة العامة، والضرورة، والإجماع العملي؛ بوصفها أدلةً مستقلة تُقدّم على القياس. وهو خلاف حقيقي أثمر اختلافاً فعلياً في الأحكام الفقهية التطبيقية، كما كشفت عنه المسائل الثماني المدروسة.

وبذلك يصحّ القول إن الخلاف في بعض صورته لفظي تصويري وفي بعضها الآخر منهجي حقيقي في حجية الأدلة ومعايير الترجيح، ولا يصحّ إطلاق أحد

الوصفين على كل صور الاستحسان.

المطلب الثالث: أثر التصوير على الحكم

تجلّت في البحث قاعدة كبرى: (الحكم على الشيء فرع عن تصوّره). وقد برهنت المسائل الثماني المدروسة على أن الاختلاف في تصوير الاستحسان بين المدرستين كان السبب الجذري لاختلاف أحكامهما:

فالشافعية تصوّروا الاستحسان في مرحلة مبكرة تصوّراً غير محرّز، مما أفضى إلى رفضه رفضاً حاداً شاملاً. ثم تطوّر الأمر عند متأخريهم كالغزالي والآمدي والسبكي والزرکشي فحرّروا المفهوم، وقسموا الاستحسان إلى صحيح وباطل، ونصّوا على أن جانباً كبيراً من الخلاف مع الحنفية لفظي.

أما الحنفية فكان تصويرهم للاستحسان واضحاً منذ وقت مبكر كما بيّنه الدبوسي واليزدوي والسرخسي؛ إذ حدّدوا مناطاته وأنواعه وعلاقته بالقياس تحديداً دقيقاً، فجاء حكمهم منسجماً مع تصوّره.

ولو اتفق العلماء على التصوير لاقتربت أحكامهم؛ وهذا درسٌ منهجي بالغ في أصول الفقه المقارن.

المطلب الرابع: الأبعاد المنهجية والمقاصدية للخلاف:

أولاً: البعد المعرفي - فلسفة الدليل:

يعكس الخلاف في الاستحسان اختلافاً أعمق في فلسفة الدليل الشرعي: فالحنفية يتوسّعون في مفهوم الدليل ليشمل كل ما يُفضي إلى الحكم الشرعي بصورة موثوقة، فيجعلون العرف المطرد والإجماع العملي والحاجة العامة أدلةً مستقلة. أما الشافعية فيضيّقون هذا المفهوم حصراً في النص والإجماع والقياس الجلي على النص، ولا يرون في غيرها حجةً مستقلة.

ثانياً: البعد المقاصدي:

تباينت المدرستان في ترتيب أولويات المقاصد عند التعارض: فالحنفية يُقدّمون مقصد اليسر ورفع الحرج وتحقيق مصالح الناس في معاملاتهم، ولذا جوّزوا شركة المفاوضة والاستصناع وخيار النقد والتعيين وسائر ما انعقد عليه عرف الناس مما ينفعهم. والشافعية يُقدّمون مقصد الضبط وسد ذرائع النزاع وصيانة العقود من الغرر؛ احتياطاً للأموال والحقوق.

والمذهبان كلاهما يسعى لتحقيق مقاصد الشريعة، غير أنهما يختلفان في ترتيب هذه المقاصد عند التعارض وفي حدود القياس المعتمد.

ثالثاً: البعد الاجتماعي - الموقف من العرف والحاجة:

يكشف البحث عن فارق جوهري بين المذهبين في النظر إلى العرف والحاجة: فالحنفية يجعلون العرف المطرد حجةً شرعيةً معتبرة وفق قاعدة (العادة محكمة)، ويُنزّلون الحاجة العامة منزلة الضرورة في درء الحرج. بينما لا يجعل الشافعية العرف بمجرد معارضته للقياس الظاهر، إلا إذا كان عرفاً منضباً رافعاً للجهالة والنزاع أو راجعاً إلى أصل معتبر؛ إذ قد يتعامل الناس بالباطل. وقد أثمر هذا التباين اختلافاً عملياً في ثمانية نماذج تطبيقية؛ ففي شركة المفاوضة وخيار التعيين والاستصناع وغيرها جُوز الحنفية استحساناً ما منع منه الشافعية قياساً، مع أن كلّ فريق استند إلى دليل شرعي معتبر في منهجه.

رابعاً: التكامل الوظيفي للمذهبين:

توصل البحث إلى نتيجة تطبيقية أصيلة لم تتطرق إليها الدراسات السابقة؛ وهي أن المنهج الحنفي والشافعي لا يُمثّلان تعارضاً بل يُمثّلان تكاملاً وظيفياً: فالمنهج الحنفي لعله أنسب للمعاملات الصغيرة والمتوسطة والأعراف التجارية الشعبية المتكررة؛ لما يتحده من مرونة ومراعاة للحاجة وتيسير للتعامل. والمنهج الشافعي أنسب للعقود الاستثمارية الكبرى ومشاريع البنية التحتية والمعاملات ذات الاستثمارات الثقيلة؛ لما يوفّره من ضبط دقيق ووضوح في الصياغة وتقليل للنزاعات القانونية.

وفي النوازل المعاصرة يُفيد الجمع الحكيم بين المنهجين بحسب طبيعة كل مسألة؛ فيوظّف المنهج الحنفي في العقود التشغيلية المتكررة وعقود الأوقاف والمعاملات الزراعية والتمويل الصغير والمتوسط، ويوظّف المنهج الشافعي في العقود الاستثمارية والمالية الكبرى التي تتطلب أعلى درجات اليقين التعاقدية.

وقد جلّى البحث ذلك في قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التي تبنت الاستحسان الحنفي صراحةً في عقود الاستصناع والمقاولات والتمويل العقاري، مما يكشف عن حجم الأثر الحضاري لهذا الخلاف الأصولي في المعاملات المعاصرة.

الخاتمة:

أولاً/ نتائج البحث:

خلص البحث، بعد استقراء نصوص الحنفية والشافعية في الاستحسان، وتحليل أثر الخلاف الأصولي في نماذج مختارة من مسائل المعاملات المالية، إلى النتائج الآتية:

١. تبين أن مبحث الاستحسان من أكثر مباحث أصول الفقه احتياجًا إلى تحرير محل النزاع؛ إذ إن كثيرًا من الخلاف فيه نشأ من اختلاف التصوير والتعريف، لا من حقيقة الدليل وحدها.
٢. ظهر من نصوص الإمام الشافعي رحمه الله أن إنكاره للاستحسان كان موجّهًا إلى الاستحسان المجرد عن الدليل، القائم على مجرد الهوى أو ما يسنح في النفس من غير استناد إلى نص أو إجماع أو قياس معتبر، لا إلى مطلق العدول عن القياس لدليل أقوى.
٣. لم أقف في كتب الإمام الشافعي على عبارة: «من استحسَن فقد شرع»، وأقدم من وقفت عليه ممن نسبها إليه إمام الحرمين الجويني.
٤. كشف البحث أن موقف الشافعية من الاستحسان مرّ بتطور منهجي؛ فبدأ بإنكار شديد للصورة غير المنضبطة منه، ثم ظهر عند بعض الأصوليين تصوير له بوصفه استصلاحًا بلا أصل أو تخصيصًا للعلة، ثم انتهى عند عدد من المتأخرين إلى التمييز بين الاستحسان الصحيح والباطل.
٥. تبين أن كثيرًا مما ينكره الشافعية باسم الاستحسان لا ينكرونه من حيث الحقيقة إذا رجع إلى نص أو إجماع أو قياس راجح أو ترجيح معتبر، وإنما ينازعون في تسميته استحسانًا أو جعله دليلًا مستقلًا.
٦. أظهر البحث أن الاستحسان عند الحنفية ليس تشريعًا بالهوى، ولا خروجًا عن الدليل، بل هو مسلك اجتهادي منضبط يقوم على العدول عن مقتضى قياس ظاهر إلى دليل أو معنى أقوى أثرًا.
٧. دلّت نصوص الحنفية على نضج مفهوم الاستحسان لديهم ووضوح علاقته بالقياس؛ فهو في بعض صورته تقديم قياس خفي قوي الأثر على قياس جلي ضعيف الأثر.
٨. ظهر أن من أبرز مناطات الاستحسان عند الحنفية: النص، والإجماع، والضرورة، والقياس الخفي، والعرف، والحاجة، وزوال الجهالة، وانتفاء النزاع، وأن هذه المناطات لا تعمل عندهم بغير ضوابط.
٩. تبين أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في الاستحسان ليس على مرتبة واحدة، بل هو خلاف ذو طبقتين: طبقة لفظية تصويرية، وطبقة منهجية حقيقية.
١٠. تتمثل الطبقة اللفظية التصويرية في الصور التي يقبلها الفريقان من حيث المعنى، كترك القياس لنص أو إجماع أو دليل أقوى، لكن يختلفان في تسميتها:

- فالحنفية يسمونها استحسانًا، والشافعية يدرجونها في أبواب الترجيح أو القياس أو العمل بالدليل الأقوى.
١١. أما الطبقة المنهجية الحقيقية فتظهر في مدى حجية العرف المطرد، والحاجة العامة، والإجماع العملي، والقياس الخفي، ومدى صلاحية هذه المعاني لمعارضة القياس الظاهر أو تخصيصه.
١٢. تبيّن أن الاستحسان بالنص الصريح والإجماع القطعي ليس محل نزاع حقيقي بين المدرستين؛ لأنه في حقيقته عمل بدليل معتبر عند الجميع، كما أن الاستحسان الهوائي المجرد عن الدليل مردود عند الفريقين.
١٣. ظهر أن القاعدة الأصولية: «الحكم على الشيء فرع عن تصوره» من أهم مفاتيح فهم الخلاف في الاستحسان؛ إذ أدى اضطراب التصوير إلى شدة الإنكار، بينما أدى تحرير المفهوم إلى تضيق مساحة النزاع.
١٤. أثبتت التطبيقات الفقهية أن الخلاف في الاستحسان لم يبق خلاقًا نظرًا مجردًا، بل أثمر اختلافًا حقيقيًا في بناء الأحكام في مسائل المعاملات المالية.
١٥. في شركة المفاوضة، ظهر أثر الاستحسان الحنفي في تصحيح عقد اشتمل على وكالة وكفالة وجهالة تابعة؛ اعتمادًا على العرف والتعامل والحاجة وانتفاء المنازعة، بينما أبطلها الشافعية لما فيها من غرر وضمان لما لا يلزم.
١٦. في خيار النقد، صحح الحنفية البيع استحسانًا لإلحاقه بخيار الشرط ومراعاة حاجة الطرفين إلى التروي والاطمئنان إلى حصول الثمن، بينما أبطله الشافعية لكونه شرطًا فاسدًا يؤدي إلى تعليق العقد أو فسخه على أمر محتمل.
١٧. في خيار التعيين، أجاز الحنفية البيع استحسانًا إذا كانت الخيارات محدودة ومنضبطة، مراعاة للحاجة والعرف وانتفاء النزاع، بينما منعه الشافعية لجهالة المبيع وتمسكًا بقاعدة منع الغرر.
١٨. في عقد الاستصناع، أجازته الحنفية استحسانًا لإجماع الناس العملي عليه وعموم الحاجة إليه، بينما لم يصححه الشافعية بصورته المستقلة، وقصروه على ما يدخل في السلم بشروطه أو في صورة إجارة الصانع بعد تملك المواد.
١٩. كشف عقد الاستصناع عن قوة المنهج الحنفي في استيعاب حاجات الصناعة والعقود التمويلية المعاصرة، وهو ما ظهر في توظيف المجامع الفقهية له في قرارات تتعلق بالمقاولات والتمويل العقاري والتوريد.
٢٠. في ضمان العارية عند ردها إلى موضع ملك المالك، اعتبر الحنفية الرد إلى

- الموضع المعتاد تسليمًا معتبرًا إذا جرى به العرف، فأسقطوا الضمان استحسانًا، بينما أبقى الشافعية الضمان حتى يتحقق الرد إلى يد المالك أو نائبه.
٢١. في إجارة الأرض دون بيان نوع الانتفاع، صحح الحنفية العقد استحسانًا إذا زالت الجهالة أثناء مدة الإجارة بظهور نوع الانتفاع فعليًا، بينما أبقاه الشافعية فاسدًا؛ لأن العبرة عندهم بحال العقد وقت الإنشاء.
٢٢. في الإجارة على أحد الشرطين، صحح الحنفية العقد استحسانًا إذا كان كل عمل معلومًا وكل أجر معلومًا، لأن الأجرة لا تستحق إلا بالعمل، وبالعمل يتعين محل الاستحقاق، بينما أبطله الشافعية لعدم تعيين المنفعة والأجرة عند العقد.
٢٣. في جهالة التابع في إجارة الدواب، اغتفر الحنفية جهالة التابع إذا كان المقصود الأصلي معلومًا وكان التابع مضبوطًا بالعرف، بينما شدد الشافعية في ضبط ما يؤثر في المنفعة، مع قبول العرف إذا بلغ درجة الاطراد والانضباط.
٢٤. أظهرت المسائل الثماني أن الحنفية يوسعون أثر العرف والحاجة وزوال الجهالة وانتفاء النزاع في تصحيح العقود، دون أن يعني ذلك إلغاء القياس أو الخروج عن الضوابط الشرعية.
٢٥. كما أظهرت المسائل أن الشافعية لا يقصدون التضييق لذاته، بل يراعون مقصد ضبط العقود، ورفع الغرر، وحماية الأموال، وتقليل أسباب النزاع منذ إنشاء العقد.
٢٦. تبين أن الخلاف بين المدرستين يعكس اختلافًا في زمن اعتبار الجهالة؛ فالحنفية قد يعتدون بزوالها عند التنفيذ إذا انتفى النزاع، بينما يشترط الشافعية غالبًا انتفاءها عند إنشاء العقد.
٢٧. ظهر أن الحنفية أقرب إلى فقه المآلات في عدد من المسائل، إذ ينظرون إلى ما تؤول إليه المعاملة من وضوح واستقرار وانتفاء نزاع، بينما يبرز عند الشافعية فقه الصياغة والضبط الابتدائي للعقد.
٢٨. تبين أن الحنفية يغتفرون الجهالة التابعة أو اليسيرة إذا ضبطها العرف أو أزلتها الحاجة أو لم تقض إلى نزاع، في حين يتشدد الشافعية في الجهالة المؤثرة، ولا يغتفرونها إلا إذا ضبطها عرف مطرد أو وصف كافٍ.
٢٩. ظهر أن العرف المطرد يحتل منزلة قوية في منهج الحنفية، خاصة إذا كشف عن حاجة عامة واستقرار تعامل الناس، بينما لا يجعله الشافعية معارضًا للقياس إلا إذا عاد إلى ضبط معتبر رافع للنزاع.
٣٠. تبين أن الحاجة العامة عند الحنفية قد تكون موجبًا للعدول عن القياس الظاهر

- في بعض المعاملات، إذا تحقق بها رفع الحرج واستقرار التعامل، بينما يتحفظ الشافعية في توسيع أثر الحاجة إذا أدت إلى جهالة أو غرر.
٣١. كشف البحث أن الإجماع العملي أو تعامل الناس المستقر يمثل أحد وجوه القوة في الاستحسان الحنفي، كما في الاستصناع ونظائره، بينما لا يجعله الشافعية بمجرد أصلًا مستقلًا لمعارضة القياس.
٣٢. تبيّن أن القياس الخفي عند الحنفية ليس قياسًا ضعيفًا، بل قد يكون أقوى من القياس الجلي من حيث الأثر والمناسبة وتحقيق المقصود، ولذلك يقدمونه عند التعارض.
٣٣. أظهر البحث أن كلا المنهجين يحقق مقصدًا شرعيًا معتبرًا؛ فالمنهج الحنفي يبرز فيه مقصد التيسير ورفع الحرج ومراعاة الأعراف والحاجات، بينما يبرز في المنهج الشافعي مقصد الضبط والاحتياط وصيانة الحقوق.
٣٤. أظهر البحث أن الخلاف في الاستحسان يعكس اختلافًا في فلسفة الدليل؛ فالحنفية يوسعون دائرة المعاني المؤثرة في بناء الحكم، بينما يضبط الشافعية الاستدلال بالنص والإجماع والقياس وما يرجع إليها.
٣٥. تبيّن أن الخلاف لا ينبغي أن يصور بوصفه صراعًا بين مذهب متساهل وآخر متشدد، بل بوصفه اختلافًا بين منهجين معتبرين في تقدير الدليل، والمصلحة، والحاجة، والغرر، والعرف.
٣٦. خلص البحث إلى إمكان بناء تصور معاصر يقوم على التكامل الوظيفي بين المنهجين؛ فيستفاد من مرونة المنهج الحنفي في العقود التشغيلية والمتوسطة التي يحكمها العرف والحاجة، ومن انضباط المنهج الشافعي في العقود الاستثمارية الكبرى التي تتطلب توثيقًا عاليًا وتقليلاً لمخاطر النزاع.
٣٧. أظهر البحث أن النوازل المالية المعاصرة لا تحتاج إلى الانتصار المطلق لمنهج واحد، بل إلى فقه مقارن واع يحسن توظيف المناهج بحسب طبيعة النازلة، وحجم المخاطر، ودرجة الحاجة، ومآلات العقد.
٣٨. تبيّن أن الاستحسان الحنفي المنضبط يمثل أداة مهمة في خدمة الاجتهاد المالي المعاصر، لأنه يساعد على استيعاب العقود المستجدة التي تدعو إليها الحاجة، مع بقائه محتاجًا إلى الضبط والتوثيق حتى لا يتحول التيسير إلى ذريعة للنزاع.
٣٩. أظهر البحث أن المنهج الشافعي في الضبط والاحتياط يمثل أداة ضرورية في العقود المعاصرة الكبرى، لأنه يقلل الغرر، ويرفع الجهالة، ويحمي الأطراف من

المنازعات اللاحقة.

٤٠. انتهى البحث إلى أن تعدد المناهج الاجتهادية في الفقه الإسلامي ليس عامل اضطراب، بل مصدر ثراء وسعة، متى أحسن تحرير محل النزاع وتوظيف كل منهج في موضعه المناسب.

٤١. من أهم الإضافات العلمية للبحث أنه لم يكتفِ بالحكم على الخلاف بأنه لفظي أو حقيقي، بل قرر أن الخلاف مركب ذو طبقات، وأن توصيفه الصحيح لا يكون إلا بالتفصيل بين صورته ومناطقته.

٤٢. كما أظهر البحث أن دراسة الفروع التطبيقية ضرورية لفهم الخلاف الأصولي؛ لأن الأثر المنهجي للاستحسان لا ينكشف بوضوح في التنظير المجرد، وإنما يظهر عند تنزيله على مسائل المعاملات.

٤٣. خلاص البحث في مجموعه إلى أن الاستحسان الحنفي المنضبط ومنهج الضبط الشافعي ليسا نقيضين متدافعين، بل منهجان متكاملان يسهمان معاً في تحقيق التوازن بين التيسير والانضباط، والمرونة والأمان، ومراعاة الواقع وصيانة الحقوق.

ثانياً/ توصيات البحث:

في ضوء ما انتهى إليه البحث من نتائج، وما كشفه من أثر منهجي وتطبيقي للخلاف في الاستحسان بين الحنفية والشافعية، يوصي الباحث بما يأتي:

أولاً: توصيات منهجية وأكاديمية:

١. الاستفادة من نتائج البحث في تكوين الملكة الفقهية للباحث والمفتي، وذلك بتدريب طلاب الدراسات العليا على تخريج المسألة الواحدة على أكثر من منهج، ثم الموازنة بينها بحسب الدليل والمقصد والواقع والمآل، بدل الاقتصار على الانتصار لمذهب واحد.

٢. تطوير تدريس أصول الفقه المقارن في الجامعات، بحيث لا يقتصر على عرض الخلافات الأصولية بصيغة القبول والرد، بل يدرّب الطالب على تحرير محل النزاع، وتمييز الخلاف اللفظي من الخلاف الحقيقي، وربط القاعدة الأصولية بأثرها في الفروع الفقهية.

٣. إدخال التطبيقات المالية المعاصرة في تدريس مبحث الاستحسان، مثل عقود الاستصناع، والمقاولات، والتوريد، والإجارة، والخيارات التعاقدية، والمعاملات الإلكترونية؛ لأن دراسة الاستحسان من خلال الفروع المعاصرة تكشف قيمته العملية وتمنع بقاءه مبحثاً نظرياً مجرداً.

٤. العناية بفقهاء الصياغة وفقه المآلات معاً في الدراسات الأصولية؛ فقد كشف البحث أن بعض المسائل يبرز فيها فقه الصياغة والضبط الابتدائي، وبعضها يبرز فيها فقه المآل وزوال الجهالة بالتنفيذ، ولا يستغني الاجتهاد المعاصر عن أحدهما.

ثانياً: توصيات بحثية وتطويرية:

٥. إنشاء دراسات تطبيقية مستقلة لأنواع الاستحسان في المعاملات المالية، بحيث يُفرد كل نوع بدراسة خاصة، مثل: الاستحسان بالعرف، والاستحسان بالحاجة، والاستحسان بالإجماع العملي، والاستحسان بالقياس الخفي؛ وذلك لاختبار أثر كل نوع في بناء العقود المالية المعاصرة وضبط حدوده ومناطقته.

٦. بناء موسوعة تطبيقية لمسائل الاستحسان في كتب الحنفية، تجمع المسائل التي نص فيها الحنفية على ترك القياس والعمل بالاستحسان، ثم تصنفها بحسب سبب الاستحسان: نص، إجماع، ضرورة، عرف، حاجة، قياس خفي، زوال جهالة، أو انتفاء نزاع؛ لأن هذا التصنيف يخدم الباحثين والمفتين والهيئات الشرعية في تنزيل القواعد على النوازل.

٧. إفراد الاستحسان بالحاجة العامة في المعاملات المالية بدراسة مستقلة، تبحث متى تُنزل الحاجة منزلة الضرورة، وما الفرق بين الحاجة الحقيقية والحاجة المدعاة، وكيف يمكن تقديرها في الأسواق المالية والعقود التجارية الحديثة.

٨. توجيه الباحثين إلى دراسة الاستحسان في المذاهب الأخرى، كالمالكية والحنابلة، لا من جهة المصطلح فقط، بل من جهة الوظيفة الاجتهادية؛ لمعرفة ما إذا كانت المعاني التي يسميها الحنفية استحساناً تظهر عند غيرهم بأسماء أخرى.

٩. تطبيق منهج "الخلاف ذي الطبقتين" على الأدلة المختلف فيها، كالمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، والعرف، والاستصحاب؛ للتمييز بين الخلاف اللفظي التصويري والخلاف المنهجي الحقيقي، وتطوير منهج أصول الفقه المقارن.

ثالثاً: توصيات للهيئات الشرعية والمجامع الفقهية:

١٠. وضع ضوابط عملية للاستحسان بالعرف في العقود المعاصرة، تبيّن متى يكون العرف معتبراً رافعاً للجهالة، ومتى يكون عرفاً مضطرباً أو فاسداً لا يصلح لتصحيح العقد؛ وذلك لخدمة الهيئات الشرعية والقضاة ومصممي العقود.

١١. تطوير قاعدة فقهية تطبيقية في الجهالة التابعة والجهالة اليسيرة، مستفاداً من المسائل المدروسة، بحيث تميّز بين الجهالة التي تفضي إلى نزاع فتفسد العقد، والجهالة التي يرفعها العرف أو التبعية أو التنفيذ أو الحاجة فتعتفر.

١٢. إعداد دليل إجرائي للهيئات الشرعية بعنوان: "متى يُستفاد من الاستحسان في العقود المالية؟"، يتضمن أسئلة اختيارية عملية، مثل: هل توجد حاجة عامة؟ هل العرف مطرد؟ هل الجهالة تابعة أو أصلية؟ هل تفضي إلى نزاع؟ هل يوجد قياس خفي أقوى أثرًا؟ هل يمكن توثيق العقد بما يحقق الضبط؟

١٣. دعوة المجمع الفقهي والهيئات الشرعية إلى مزيد من الإفصاح عن المناهج الأصولية التي تعتمد في قراراتها، بحيث لا تكتفي بذكر الحكم النهائي، بل تبيّن هل اعتمدت على قياس، أو استحسان، أو عرف، أو حاجة، أو مصلحة، أو مزيج من هذه الأدلة.

١٤. دراسة قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التي ظهر فيها أثر الاستحسان الحنفي، ولا سيما ما يتعلق بالاستصناع، والمقاولات، والتوريد، والتمويل العقاري؛ لمعرفة كيف انتقل الاستحسان من التأصيل المذهبي إلى الفقه المؤسسي المعاصر.

رابعاً: توصيات للصناعة المالية وصياغة العقود:

١٥. الاستفادة من المنهج الحنفي في العقود التشغيلية والمتكررة، التي يغلب عليها العرف والحاجة وسرعة التعامل، مثل عقود الخدمات، والتوريد المتكرر، والمشتريات الإلكترونية، والإجارة التشغيلية، مع اشتراط ضبطها بما يمنع النزاع والغرر الفاحش.

١٦. الاستفادة من المنهج الشافعي في العقود الاستثمارية الكبرى، التي تتطلب أعلى درجات التوثيق والتحديد، مثل عقود البنية التحتية، والتمويلات الكبرى، والمشاريع العقارية، والمقاولات الضخمة؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الجهالة أو الإحالة العامة إلى العرف إلا في أضيق الحدود.

١٧. تبني مفهوم التكامل الوظيفي بين المناهج الفقهيّة في صناعة الفتوى المالية، بحيث لا يُنظر إلى الخلاف بين الحنفية والشافعية بوصفه تعارضاً مذهبياً فقط، بل بوصفه تنوعاً منهجياً يمكن توظيفه بحسب طبيعة العقد، ومخاطره، وحاجات المتعاملين.

١٨. تحويل نتائج البحث إلى نماذج تعاقدية معاصرة تجمع بين مرونة الاستحسان الحنفي وضبط المنهج الشافعي، خاصة في عقود الاستصناع، وخيار النقد، وخيار التعيين، والإجارة متعددة الصور، وعقود الخدمات ذات المستويات المختلفة.

١٩. إجراء بحوث مقارنة بين أثر المنهجين الحنفي والشافعي في تقليل النزاعات العقدية، وذلك من خلال دراسة نماذج واقعية أو افتراضية لعقود مالية: مرة تُصاغ بمرونة عرفية، ومرة بضبط تفصيلي، ثم تقارن النتائج من حيث كلفة التعاقد، واحتمال

النزاع، وسهولة التنفيذ.

٢٠. تطوير معايير عملية للتمييز بين العقود التي تتاسبها المرونة والعقود التي يناسبها الضبط، وذلك من خلال عناصر محددة، مثل: حجم العقد، عدد الأطراف، مقدار المخاطرة، قابلية النزاع، أثر الجهالة، قوة العرف، ومدى الحاجة العامة.

٢١. الاستفادة من نتائج البحث في تطوير الصياغة التشريعية للمعاملات المالية الإسلامية، وذلك بإدخال معايير تجمع بين الإحالة المنضبطة إلى العرف عند الحاجة، وبين التوصيف التفصيلي عند احتمال النزاع أو كبر حجم الالتزام.

٢٢. دراسة أثر الاستحسان في العقود الرقمية والمنصات الإلكترونية والعقود الذكية، خاصة فيما يتعلق بالجهالة التابعة، والخيارات المتغيرة، والخدمات الملحقة، والعرف التقني المستقر، مع مراعاة الضوابط التي تمنع الغرر والنزاع.

٢٣. إعداد دراسة خاصة بعنوان: "من الاستحسان إلى الحوكمة الشرعية للعقود"، تبحث كيف يمكن تحويل قواعد الاستحسان المنضبط إلى معايير حوكمة في المؤسسات المالية الإسلامية، خاصة في تقدير الحاجة، وضبط العرف، وإدارة الجهالة، وتقليل المنازعات.

٢٤. تحويل هذا البحث إلى مشروع أوسع في فقه المعاملات المعاصرة، يبدأ بالاستحسان، ثم ينتقل إلى بقية الأدلة المختلف فيها، مثل المصالح المرسله، والعرف، وسد الذرائع، والاستصحاب؛ لتكوين نظرية متكاملة في توظيف المناهج الأصولية في النوازل المالية.

هذا ما يسره الله وفتح به فضله ومدده وتوفيقه، فما كان من صواب فمن الله وحده، وما كان غير ذلك فأستغفر الله وأتوب إليه، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله وحبيبه سيدنا محمد النبي الأمي الطاهر الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً: كتب أصول الفقه

- الأمدي، سيف الدين. الإحكام في أصول الأحكام. المكتب الإسلامي.
- البيهقي، فخر الإسلام. أصول البيهقي، المسمى: كنز الوصول إلى معرفة الأصول. مطبعة جاويد بريس، كراتشي.
- الدبوسي، أبو زيد الحنفي. تقويم الأدلة في أصول الفقه. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- الرازي، فخر الدين. المحصول في علم أصول الفقه. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ.

- الزركشي، بدر الدين. البحر المحيط في أصول الفقه. دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
 - السمعاني، أبو المظفر. قواطع الأدلة في أصول الفقه. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
 - الشافعي، محمد بن إدريس. الرسالة. دار الوفاء، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
 - الشيرازي، أبو إسحاق. التبصرة في أصول الفقه. دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
 - الغزالي، أبو حامد. المستصفى من علم الأصول. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
 - العراقي، أبو زرعة. الغيث الهامع شرح جمع الجوامع. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
 - ابن أمير الحاج. التقرير والتحرير. المكتبة الأميرية، الطبعة الأولى، ١٣١٨هـ.
 - الجويني، إمام الحرمين. التلخيص في أصول الفقه. دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
 - الجويني، إمام الحرمين. نهاية المطلب في دراية المذهب. دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
 - الحصكفي، علاء الدين. إفاضة الأنوار شرح المنار. مكتبة الإمام الأوزاعي، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٩هـ.
- ثانياً: كتب الفقه الحنفي**
- البابر تي، أكمل الدين. العناية شرح الهداية. دار الفكر.
 - الحدادي اليمني، أبو بكر. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري. المكتبة الخيرية، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.
 - السرخسي، شمس الأئمة. المبسوط. دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
 - شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر. دار إحياء التراث العربي.
 - العيني، بدر الدين. البناء شرح الهداية. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
 - القدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد. التجريد. دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ.
 - الكاساني، علاء الدين. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
 - ملا خسرو. درر الحكام شرح غرر الأحكام. دار إحياء الكتب العربية.
 - الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود. الاختيار لتعليل المختار. مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ.
 - الميداني، عبد الغني الغنيمي الدمشقي. اللباب شرح الكتاب. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. المكتبة العلمية.
 - الزيلعي، فخر الدين. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق. المطبعة الأميرية بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
- ثالثاً: كتب الفقه الشافعي**
- الشافعي، محمد بن إدريس. الأم. دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
 - الشافعي، محمد بن إدريس. الأم. دار المعرفة، ١٤١٠هـ.
 - الشيرازي، أبو إسحاق. المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار الكتب العلمية.
 - الشربيني، الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
 - الشاشي القفال، أبو بكر بن محمد. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء. مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.
 - الدُميري، كمال الدين. النجم الوهاج في شرح المنهاج. دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

- النووي، شرف الدين. المجموع شرح المهذب. دار الفكر.
- العمراني، يحيى بن أبي الخير. البيان في مذهب الإمام الشافعي. دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

رابعاً: كتب الحديث وشروحه والتخريج

- البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري، المسمى: الجامع المسند الصحيح. دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري. صحيح مسلم، المسمى: المسند الصحيح. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- أحمد بن حنبل الشيباني. المسند. مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ.
- الترمذي، محمد بن عيسى. سنن الترمذي، المسمى: الجامع الكبير. دار الغرب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٨م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين. السنن الكبرى. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- الدولابي، محمد بن أحمد. الكنى والأسماء. دار ابن حزم - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ.
- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. دار الفكر، بيروت - ١٤١٢هـ.
- المباركفوري، محمد عبد الرحمن. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي. دار الكتب العلمية - بيروت.

خامساً: كتب اللغة

- الفيروزآبادي، مجد الدين. القاموس المحيط. مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ.
- #### سادساً: الدراسات والكتب المعاصرة
- الباحسين، يعقوب. الاستحسان: حقيقته، أنواعه، حجيته، تطبيقاته المعاصرة. مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
 - أبو حماد، ربي سلمان. حقيقة الاستحسان عند الحنفية: دراسة تأصيلية تطبيقية. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، المجلد ١٥، العدد ١، ٢٠١٩م.
 - باوزير، مريم بنت محمد بن أبي بكر. موقف الإمام الشافعي في حجية الاستحسان: دراسة نظرية تطبيقية. مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، المجلد ٥، العدد ١٠، ٢٠٠٩م.
 - بوصو، مالك. الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة في المجال المالي. رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، تونس، ٢٠٠٦م.
 - التميمي، إبراهيم علي. الاستحسان وعلاقته بالرخص الشرعية. مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، غزة، المجلد ٣٠، العدد ٤، ٢٠٢٢م.
 - الجلال، محمد سنان سيف. الاستحسان: إشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى. مجلة البحوث الإسلامية.
 - الجيمان، محمد. المسائل التي قال الإمام الشافعي فيها بالاستحسان. مجلة المرقاة للدراسات والبحوث الإسلامية، هيئة علماء فلسطين في الخارج، المجلد ٤، العدد ٧، ٢٠٢١م.
 - الحافي، باسل محمود محمد. ترجيح القياس على الاستحسان وتطبيقاته في مذهب الحنفية. مجلة

- كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ٢٠١٧م.
- الزبير، عبد الله عبد الرحمن. الاستحسان ومواقف الأصوليين منه. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤، ٢٠٠٧م.
 - الزبيد، عبد الله محمد. الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الإمام العيني من باب التحكيم إلى آخر كتاب الإجازة. مجلة الثقافة والتنمية، جمعية الثقافة من أجل التنمية، الأردن.
 - السعد، خالد خليفة. ماهية الاستحسان الذي أنكره الشافعي. مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد ٢١، العدد ٤١، ٢٠١٧م.
 - العساف، أنس سعد عبد الهادي. المقاصد وعلاقتها بالاستحسان. مجلة الجامعة العراقية، العدد ٤٧، الجزء ١، ٢٠٢٠م.
 - عدوان، محمود فرحان أحمد. حقيقة الاستحسان عند الشافعية. مجلة الجامعة العراقية، العدد ٤٩، الجزء ٢، ٢٠٢١م.
 - الغزيبي، جمال محمد عز الدين. الاستحسان وعلاقته بفقه المال. رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ٢٠٠٨م.
 - مسارة، آلاء رحي شاكرا. الاستحسان وأثره في تصحيح العقود المالية. رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الشريعة، الأردن، ٢٠١٩م.
 - منير، عبد المحمود بلال. الاستحسان وأثره في فقه المعاملات. مجلة كلية أصول الدين، جامعة أم درمان الإسلامية، العدد ١٣، ٢٠١٥م.
 - النجار، مصلح بن عبد الحي السيد. الاستحسان وتطبيقاته المعاصرة. حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، جامعة الأزهر، العدد ٣٣، الإصدار ٨، ٢٠١٧م.
 - النشمي، عجيل جاسم. الاستحسان: حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، المجلد ١، العدد ١، ١٩٨٤م.
 - النمر، منير محمد. وظائف الاستحسان. مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠٢٢م.
 - نعمان جغيم. دراسة تحليلية لمفهوم الاستحسان في المذهب الحنفي بين مرحلتَي التأسيس والتنويع. دراسة منشورة على الشبكة العالمية.
 - مسائل الاستحسان المعاصرة في المعاملات المالية: دراسة تحليلية لبعض قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي. كتاب معاصر.
- سابعاً: الأنظمة والقرارات والمجلات**
- نظام الشركات السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٣٢، وتاريخ ١٤٤٣/١٢/١هـ.
 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، منظمة التعاون الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الرابع.
 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، منظمة التعاون الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول.
 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، منظمة التعاون الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني.
 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، جدة، منظمة التعاون الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني.