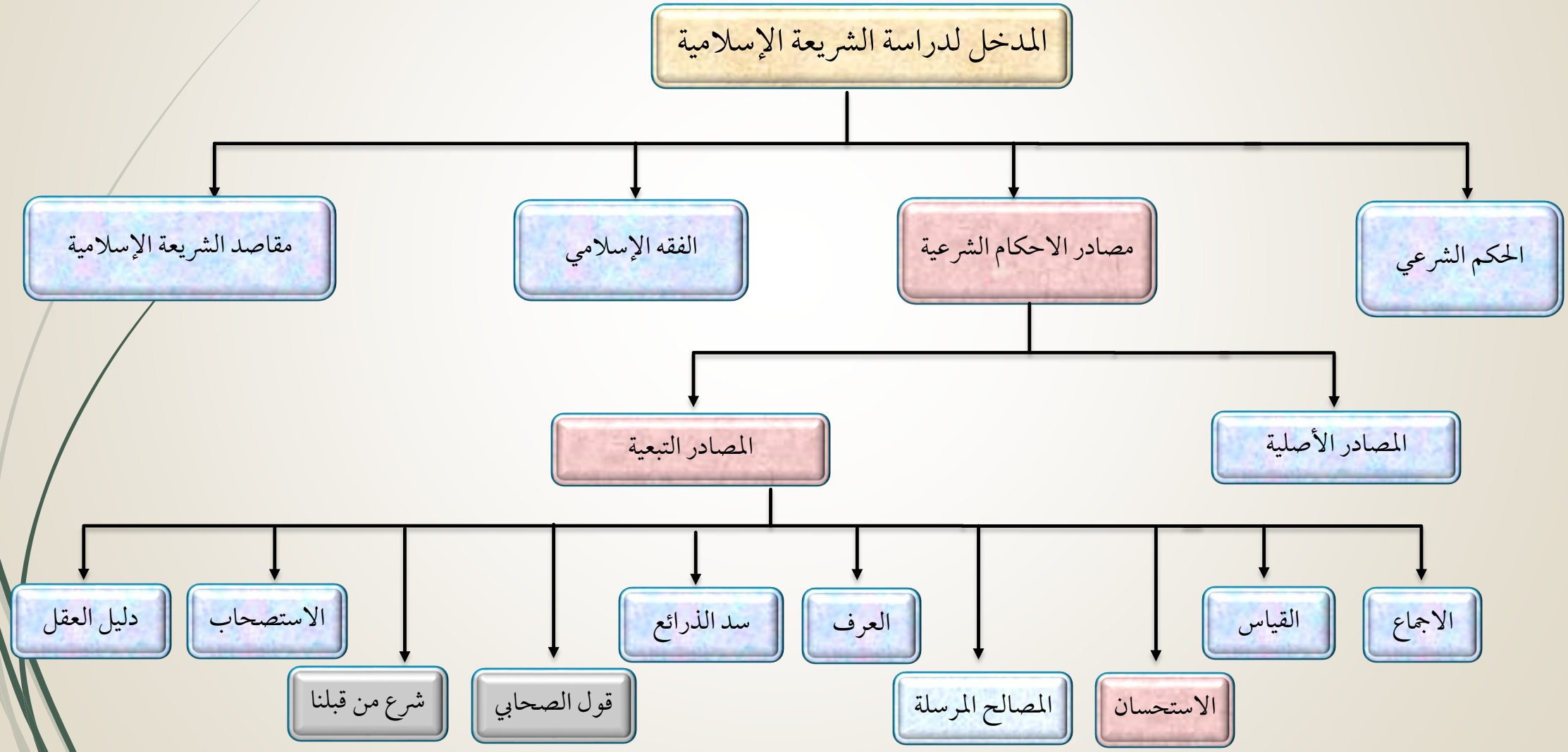
المحاضرة رقم (٧)

المصادر التبعية (الاستحسان)



❑ ثالثاً : الاستحسان

❖ تعريف الاستحسان:

هو عدول المجتهد عن الحكم في مساله بمقتضى القياس الجلي الى الحكم فيها بمقتضى القياس الخفي او استثناء مساله جزئيه في الحكم من اصل كلي دليلا كان او قاعده لدليل خاص يقتضي العدول او الاستثناء.

❖ أنواع الاستحسان:

هناك تقسيمان للاستحسان ← التقسيم الاول: يقسم بالنظر الى ما عدل عنه وما عدل اليه (اي الى ترجيح قياس خفي على الظاهر) او استثناء جزءاً من اصل كلي
التقسيم الثاني: ويقسم كذلك بالنظر الى مسنده اي الدليل.
ولا فرق بين التقسيمين، وسنتعتمد التقسيم الاول وهو على نوعين وكما يلي:

➢ النوع الاول ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل

ويقصد بالقياس الجلي ← ما ظهرت علته وتبادرت الى الاذهان.
اما القياس الخفي ← يراد به ما خفيت علته وبعدت عن الافهام .
فاذا عرض على المجتهد مساله يتنازعها قياسان الاول ظاهر الجلي يقتضي حكما معينا والاخر خفي يقتضي حكما اخر وقام في نفس المجتهد دليل يقتضي ترجيح القياس الثاني على القياس الاول فان هذا الترجيح ← هو الاستحسان

✓ مثاله: وقف الاراضي الزراعيه : ما حكم الحقوق الارتفاقية من الشرب والمسيل حال عدم النص عليها ؟
- نجد أن الوقف يشبه البيع من حيث ان كلا منهما يخرج العين من ملك صاحبها ومقتضى هذا لا تدخل الحقوق الارتفاقيه في الوقف الا بالنص عليها كما في البيع. (هذا قياس جلي)
- وهو (الوقف) يشبه الاجاره من حيث ان كلا منها يفيد ملك الانتفاع بالعين ومقتضى هذا دخول الحقوق الارتفاقيه ولو لم ينص عليها كما في الاجاره. (هذا قياس خفي)

فيتبادل الى الذهن اولا ان الوقف يشبه البيع لان التشبه بالاجاره يحتاج الى التامل وامعان النظر الا ان الفقهاء اصطلحوا على دخول الحقوق الارتفاقيه في الوقف مع عدم النص عليها من باب الاستحسان

وجه الاستحسان الذي اقتضى العدول هو أن المقصود بوقف الارض الزراعية هو انتفاع الموقوف منها، وهذا لا يتحقق إلا بان تشبه الاجارة وتدخل الحقوق الارتفاقية دون حاجة الى نص يذكرها.

➢ النوع الثاني: استثناء مسألة جزئية من أصل كلي بدليل

مسائل يتناولها دليل عام الا انه يوجد لكل مساله دليل معين من نص او اجماع او ضروره او عرف او مصلحه يقتضي استثنائها واخراجها من الحكم الكلي الثابت لنظائرها وهو على انواع خمس:

- اولا : استحسان بالنص

✓ القاعده: عدم اباحه اكل الميته لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾
الا ان العلماء جوزوا اكل الميتة حال الاضطرار لورود نص بالاباحة حال الاضطرار قال تعالى ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ باغٍ ولا عادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ اذا ورد نص بالاباحه والحاله الاضطرار وهو من باب الاستحسان

ثانيا: استحسان بالاجماع:

✓ القاعده هي: عدم جواز العقد اذا لم يكن المبيع موجودا، فالعقد على المعدوم لا يجوز
الا ان العلماء جوزوا ذلك في عقد الاستصناع استحسانا على خلاف القاعده وذلك لجريان التعامل به في كل زمان من غير انكار احد من اهل الاجتهاد فهو اجماع منهم على الجواز

ثالثا: استحسان بالضروره

✓ القاعده ان الابار لا تطهر اذا وقعت فيها نجاسه لان نزح البعض لا يؤثر في رفع النجاسه ، وكذلك نزح جميع المال لا يفيد طهاره ما ينبع.
الا ان العلماء استحسنوا ترك العمل بالقاعده وقالوا بطهارتها بنزح مقدار من الماء للضروره الداعيه الى ذلك.

رابعا: استحسان بالعرف

✓ وقف المنقول : القاعده تقول ان يكون الوقف مؤبدا ويقصد به ان يكون عقاراً، ولا يجوز وقف منقول لكونه مشرف على الهلاك.
الا ان العلماء استحسنوا وقف المنقول خلافا للقاعده لتعارف الناس عليه.

خامسا: استحسان بالمصلحه

القاعده: ان الامين لا يضمن الامانه الا بالتعدي، وعليه فالخياط او صاحب المكواه لا يضمن ما يكون في يده من امتعه الناس الا اذا ثبت تعديه وتقصيره.
الا ان العلماء افتوا بوجوب الضمان استحسانا وذلك لمراعاه المحافظه على اموال الناس من الضياع