واجاز في المادة (34) انحلال العقد بطريق الطلاق في حالة صعوبة استمرار الحياة الزوجية ، واجاز في المادة (40) لكلا الزوجين طلب التفريق متى ما توافرت اسباب معينة ، وفي المادة (46) اجاز انحلال هذا العقد بطريق الخلع ، واذا كانت هذه امثلة على رعاية المشرع للمصلحة الخاصة بالأسرة ، فلا شك في ان جميع نصوص هذا القانون تهدف الى تحقيق مصالح الاسرة لضمان ديمومتها واستمراريتها ولا يختلف الامر في التشريعات المدنية الخاصة بتنظيم معاملات الناس ، اذ ان الدافع في تشريع النصوص فيها هو تحقيق المصالح المالية للأفراد فتشترط هذه التشريعات مثلا التراضي في العقود للحيلولة دون اكل الاموال بطريق غير مشروع ، وتوجب التعويض عن الاعمال غير المشروعة سواء اكانت اتلافا ، ام غصبا ، ام اضرارا بالنفس وما دون النفس ، وتقرر طرقاً مختلفة لأنتهاء الالتزامات سواء اكان ذلك بالوفاء او بما يعادل الوفاء ، او بالتجديد والانابة ، او بالمقاصة او باتحاد الذمة او بالإبراء، وتحدد الاحكام الخاصة بالعقود المختلفة كالبيع والايجار والمقاولة ، والعمل والوكالة ، وغيرها من العقود .

ولا شك في ان الهدف من جميع هذه الاحكام هو تحقيق مصالح الناس المختلفة وتيسير امورهم ، ودفع الضيق والحرج عنهم ولا يختلف الامر بالنسبة للأحكام التي تأتي بها القوانين الجنائية وكذلك القوانين التجارية ، فالمصلحة دافع مهم واساسي من دوافع تشريع هذه القوانين .

الفرع الثالث

الإستحسان

المقصد الاول : تعريف الإستحسان

الاستحسان لغة : عد الشيء حسناً ، تقول استحسنت هذا الشيء اذا رأيتهُ من الامور الحسنة ، وعكسه الاستقباح ، او هو ما يميل اليه الانسان ويهواه من الصور والمعاني وان كان مستقبحاً من غيره ، فيقال : استحسن فلاناً الطعام او الشراب او الراي او القول اذا عده حسناً .

اما اصطلاحا : فالاستحسان هو عدول المجتهد عن الحكم في مسالة عما حكم في نظائرها الى حكم اخر لوجود دليل يقتضي مثل هذا العدول ، فالاستحسان ان يعدل المجتهد عن الحكم في مسالة معينة عن الحكم بمثل ما حكم في سابقاتها ، لوجود دليلا يقتضي مثل هذا العدول والاخذ بحكم جديد مغاير للأحكام السابقة ،

أي ان يترك قياسها بسابقاتها من الاحكام الى حكم جديد ، فاذا تبين للمجتهد ان المسالة التي يحكم فيها لها شبه ظاهر بأصل معين ، ولها شبه خفي بأصل اخر ، فيعدل المجتهد عن قياسها الظاهر الى قياس خفي واذا عدل المجتهد في مسالة جزئية عن تطبيق حكم القاعدة العامة الكلية عليها ، وحكم بحكم اخر لدليل معين ، كان استثناؤه لها من القاعدة العامة استحسانا وكان الدليل الذي اعتمده في الاستثناء هو وجه الاستحسان.

ويأتي الاستحسان عند بعض الفقهاء بمعنى " العمل بأقوى الدليلين " فالقاضي اذا وجد نفسه امام مسالة فيها دليلين احدهما اقوى من الاخر فأن تركه للدليل الاضعف واخذه بالدليل الاقوى يسمى استحسانا كذلك .

المقصد الثاني : ادلة مشروعة العمل بالاستحسان

اساس فكرة الاستحسان في الشريعة الاسلامية هو دفع الضيق والحرج عن الناس ، وهو امر راعاه الشارع الكريم في كثير من الآيات ، قال تعالى **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** [64] ، وثبتت مشروعية العمل بالاستحسان في قوله تعالى **الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ** [65] .

ولما كان الاستحسان يرجع الى الاستثناء من القواعد العامة فلا يستطيع احد انكاره لتقرير اصله في القران الكريم والسنة النبوية وعمل الصحابة ، ففي القران الكريم نجد ان الشارع حرم بعض الامور في قوله تعالى **إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ**[66] ، ثم استثنى من حكم التحريم حالة الاضطرار لأكل هذه المحرمات فقال تعالى **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**[67] .

---

[64] سورة الحج / 78 .

[65] سورة الزمر / 18 .

[66] سورة البقرة / 173 .

[67] سورة البقرة / 173 .

ومن القران ايضا إن الله تعالى اوجب على الناس الصيام في قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (183) أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ**[68] ، ثم استثنى من حكم الصيام المريض والمسافر، فقال تعالى **فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ**[69] .

وفي السنة النبوية أجاز النبي (صلى الله عليه واله) بيع السلم ، استثناءً من قوله (صلى الله عليه واله) (**لا تبع ما ليس عندك**) ، فأجاز هذا البيع استحسانا في قوله (صلى الله عليه واله) (**من اسلف فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم بثمن معلوم الى اجلٍ معلوم**) .

كما قضى الرسول (صلى الله عليه واله) ببقاء الصوم مع الاكل والشرب في حالة النسيان ، فالقياس ان الاكل والشرب يبطل الصوم لزوال ركنه وهو الامساك ، لكن رسول الله (صلى الله عليه واله) عدل عن فساد الصوم ببقائه استحسانا في قوله (صلى الله عليه واله) (**من اكل او شرب ناسيا فليتم صومه فإنما اطعمه الله وسقاه**).

وفي عمل صحابة رسول الله (صلى الله عليه واله) نجد انهم طبقوا مبدا الاستثناء من القواعد العامة والذي هو الاستحسان في كثير من الوقائع منها قضاؤهم بإرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض الموت استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بانتهاء الحق في الارث بانقطاع العلاقة الزوجية لزوال موجب الميراث وهو الزوجية، كما قضوا بتضمين الصناع للأشياء التي تحت ايديهم ، استثناءً واستحسانا من القاعدة العامة التي تقضي بان ايديهم ايدي امانة وليس ضمان .

كما أفتوا بجواز عقد الاستصناع وهو عقد يتفق بموجبه طرفان على ان يضع احدهما للآخر شيئاً معدوما وقت العقد لقاء مبلغ معين من المال، فالقياس يقتضي عدم جواز هذا العقد لان الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد ، والعقد على المعدوم غير جائز ، لكن تُركَ القياس استحسانا لرفع الضيق والحرج عن الناس

---

[68] سورة البقرة / 183-184 .

[69] سورة البقرة / 184 .

كما قضى الصحابة بمشاركة الاخوة الاشقاء للأخوة الأُم في سهمهم للميراث في المسألة المشتركة ، وهي ما اذا توفيت عن زوج وأُم واخوين لأُم واخوة اشقاء مع ان الاصل ان العاصب لا يرث الا بعد استيفاء اصحاب الفروض فرائضهم .

المقصد الثالث : انواع الاستحسان

يتنوع الاستحسان بحسب الدليل الذي يثبت به ، لذا يقسم الفقهاء الاستحسان الى ستة اقسام :

اولاً : الاستحسان بالنص : وهو الذي يكون دليله نصا شرعيا ثابتا ، فيعدل المجتهد عن حكم الى اخر لوجود نص يقتضي مثل هذا العدول ، ومثاله :

1- بيع السلم : وهو بيع جائز كما اشرنا استثناءً من القاعدة العامة التي لا تجير بيع المعدوم ، والنص الدال على هذا الاستثناء قول رسول الله (صلى الله عليه واله) **(من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزنٍ معلوم الى اجل معلوم)** .

2- خيار الشرط : وهو من الخيارات الخاصة بعقد البيع ، وقد ورد في قوله (صلى الله عليه واله)**(اذا بايعت فقل لا خلابة وليّ الخيار ثلاثة ايام)** ، فهذا الخيار مانع من لزوم العقد حتى تنتهي مدة الخيار مع ان القاعدة العامة في العقود تقضي بلزومها بمجرد تمامها.

ثانياً : الاستحسان بالقياس الخفي : وفيه يكون الشيء مترددا بين قياسين احدهما ظاهر والاخر خفي وفيه شبهٌ منهما فيلحق بالقياس الخفي وليس بالقياس الظاهر من حيث الحكم لأنه اقرب اليه ، ومثاله اذا وقف شخص ارضا زراعية ولم ينص على دخول حقوق ارتفاقها في الوقف فهل تدخل هذه الحقوق في الوقف ام لا ؟ ، وهذه المسالة يتنازعها قياسان :

الاول : قياس الوقف على البيع : اذ يشبهه في ان كل منهما يخرج العين من ملك صاحبها ، **والثاني : قياس الوقف على الاجارة** : ويشتبهان في ان كل منهما يفيد مُلك الانتفاع بالعين ، فاذا قيس الوقف على عقد البيع فان ذلك يقضي عدم دخول حقوق الارتفاق في الوقف الا بالنص عليها وهذا هو حكم البيع ، واذا قيس الوقف على الاجارة فان ذلك يقتضي دخولها ولو لم ينص عليها ، وهذا هو حكم الاجارة ، لان المنفعة لا

تتحصل الا بدخول هذه الحقوق في الوقف ، لكن القياس الاول (القياس على البيع) هو القياس الظاهر والاقرب للفهم ، والقياس الثاني (القياس على الاجارة) قياس خفي ، ومع ذلك يقاس على الاجارة فتدخل هذه الحقوق في الوقف لان المنفعة لا تتحصل الا بها.

ثالثاً : الاستحسان بالإجماع : ويتحقق بإفتاء المجتهدين في حادثة على خلاف الاصل العام المقرر لأمثالها ، ومن امثلة هذا النوع جواز عقد الاستصناع استثناءً من القاعدة العامة التي لا تجير العقد على المعدوم ، مع ان المعقود عليه معدوم وقت العقد ، ومثاله ايضا اجماع الفقهاء على جواز دخول الحمامات العامة دون تقدير مدة البقاء فيها او تقدير كمية الماء المستهلك وذلك استحسانا واستثناءً من القاعدة العامة في العقود وهو وجوب ان يكون المعقود عليه معلوما .

رابعاً : الاستحسان بالضرورة : وهو ما كان دليل الاستثناء فيه راجع الى رفع الحرج والضيق عن الناس ودفع الضرورة عنهم ، ومن امثلة هذا النوع :

1- عدم الاعتداء بالغبن اليسير في المعاملات ، مع ان كل غبن هو أكل لأموال الناس بالباطل وهو محرم وفقاً للأصل العام ، لكنه اجيز وتصح المعاملات معه لضرورة عدم امكان التحرز منه .

2- جواز الشهادة على الشهادة في الحقوق التي لا تسقط بالشبهة ، وقبولها اذا مات الشهود الاصليون او غابوا في مكان لا يمكن الوصول اليه ، مع ان الاصل في الشهادة المعاينة ، وهؤلاء لم يعاينوا ، فاستثني هذا الامر للضرورة لاستحالة احضار الشهود الاصليين ، ومثالها ايضا جواز الشهادة السماعية في النسب والموت والنكاح والدخول وان لم يعاين الشهود ،استثناءً من اشتراط المعاينة ، فأجير ذلك للضرورة .

خامساً : الاستحسان بالعرف : وهو ما كان دليل الاستثناء فيه تعارف الناس على استثناء مسالة معينة من اصلها العام ، ومثالها جواز وقف المنقول كالكتب والسلاح وامثالها ، استثناءً من الاصل العام وهو كون الوقف مؤبدا فلا يتحقق الا في العقار لان المنقول عرضة للهلاك ، لكنه اجيز لتعارف الناس عليه ومثاله ايضا قول الفقهاء : انه من حلف ان لا يأكل لحما فاكل سمكا لا يحنث استحسانا ، لجريان العرف على عدم تسمية السمك باللحم ، استثناءً من الاصل وهو كون السمك نوع من انواع اللحوم .

سادساً : الاستحسان بالمصلحة : ويتحقق هذا النوع في كل مسالة ثبت لها حكم بموجب القواعد العامة ولكن وجدت مصلحة تقتضي استثنائها من هذا الحكم ، ومن امثلة هذا النوع ان القاعدة العامة تقضي بانتهاء عقد المزارعة بموت العاقدين او احدهما الا انه استثني من ذلك بعض الصور منها اذا مات صاحب الارض او المزارع ، والزرع لم ينضج بعد ، فيحكم ببقاء العقد استحسانا خلافا للقاعدة العامة وذلك حفظا لمصالح العمال ودفع الضرر عنهم .

المقصد الرابع : حجية الاستحسان

اختلف الفقهاء في مدى عَدَّ الاستحسان مصدرا من مصادر القاعدة الشرعية على ثلاثة اراء :

الرأي الاول : ان الاستحسان دليل شرعي تثبت به الاحكام ، وقد استدل اصحاب هذا الراي بان القران الكريم قد استثنى الكثير من المسائل من الاحكام والقواعد العامة المقررة لها رعاية لمصالح الناس ولدفع الضرر والضيق والحرج عنهم ، كما في اجازة اكل المحرمات عند الضرورة ، واجازة الافطار عند السفر والمرض ، واجازة دفع الفدية لمن يطيق الصيام .

كما استدلوا بسنة النبي (صلى الله عليه واله) التي ذكرناها ، والتي عدل فيها رسول الله (صلى الله عليه واله) عن القواعد العامة في بعض الاحكام الى احكام استثنائية رعاية لمصالح الناس ولدفع الضرورات عنهم واقراره لبعض اعرافهم ، كترخيصه ببعض البيوع استثناءً من القواعد العامة كعقد السلم .

وكذلك استدلوا بجريان عمل الصحابة ومن تبعهم على مثل هذه الاستثناءات في بعض المسائل ، وهذا هو راي جمهور الفقهاء .

الرأي الثاني : واصحاب هذا الراي انكروا حجية الاستحسان ولم يعتبروه دليلا من ادلة الاحكام الشرعية وانما اعتبروه تشريعا بالهوى ، ومن هؤلاء الامام الشافعي ، واستدلوا على رايهم هذا بالأدلة الاتية:

1- ان الله تعالى شرع لكل حادثة حكما ، وبيّن بعض الاحكام في القران الكريم والسنة النبوية ، وارشد الى ما يجب اتباعه فيما لا نص فيه في قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ**

مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا [70] ، وهو القياس ، وليس للمجتهد ان يعدل عن القياس الى حكم يستحسنه .

2- ان الاستحسان لا ضابط ولا معيار له ، وان الاعتماد عليه يؤدي الى اختلاف الاحكام في المسالة الواحدة.

3- ان الاستدلال بان رسول الله (صلى الله عليه واله) استحسن بعض الامور لا يثبت جواز الاستحسان ، وانما يكون ذلك من باب الوحي للنبي (صلى الله عليه واله) .

الرأي الثالث : ان الاستحسان دليل شرعي الا انه دليل غير مستقل ، فهو راجع الى الادلة الاخرى لان مرده العمل بترجيح قياس على اخر ، او هو العمل بالعرف او المصلحة ودليلهم في ذلك ان الاستحسان بالنص يكون سنده النص ، وليس الاستحسان ، والاستحسان الذي سنده العرف يكون دليله العرف ، وكذلك الاستحسان بالقياس يكون مرد الحكم فيه هو القياس ، لذا لا يوجد دليل مستقل يسمى الاستحسان.

المقصد الخامس : الاستحسان في النصوص القانونية

اذا كان الاستحسان كما بينّا يمثل خروجا عن القواعد العامة والثابتة ، فان المشرع الوضعي كثيرا ما يخرج عن هذه القواعد فيقرر احكاما معينة يهدف من خلالها رفع الضيق والحرج عن الناس ، ولعل ابرز صور رعاية الاستحسان والخروج عن القواعد العامة نجدها في القانون المدني ، اذ ان نصوص هذا القانون تنظم في جانبها الاكبر معاملات الناس لذا نجد المشرع يخرج احياناً عن هذه القواعد رعاية لمصالح الناس ومن الامثلة على ذلك في نصوص القانون المدني العراقي ما يأتي :

1- نص المادة (81) فقرة (1) والتي اقرّ فيها المشرع قاعدة عامة تقضي بان الساكت لا ينسب اليه قول من قبول او رفض ، لكنه عاد في نفس المادة وقضى بان السكوت اذا كان في معرض حاجة الى البيان فانه يعد قبولا ، اذ تنص هذه الفقرة على انه (**لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً**) .

---

[70] سورة النساء / 59 .

2- نص المادة (128) فقرة (1) والتي اوجب فيها المشرع ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا دقيقا دفعا للجهالة والضرر ، اذ نصت هذه الفقرة على انه (**يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ...**) ، وبموجب هذا النص يشترط لتعيين محل الالتزام ان يكون موجودا وقت العقد ، الا ان المشرع خرج عن هذه القاعدة في نص المادة (129) فاستثنى من الحكم السابق الحالة التي يكون فيها محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان بالإمكان وجوده في المستقبل ، اذ نصت الفقرة (1) من هذه المادة على انه (**يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر**).

3 - نص الفقرة (2) من المادة (155) والتي وضع فيها المشرع قاعدة عامة وهي ان الاصل في الالفاظ ان تستعمل في معانيها الحقيقية لكنه اجاز الخروج عن هذه القاعدة في حال تعذر حمل الالفاظ على معانيها الحقيقية وعندها يصار الى المعاني المجازية اذ نصت هذه المادة على انه (**على ان الاصل في الكلام الحقيقية ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز**) .

الفرع الرابع

سد الذرائع

المقصد الاول : تعريف سد الذرائع

الذرائع في اللغة هي الطريق الى الشيء سواء اكان هذا الطريق مفسدة ام مصلحة قولاً ام فعلاً ، اما في الاصطلاح فلا يختلف معنى الذرائع عن معناها اللغوي اذ يراد بها ما كان وسيلة او طريقا الى شيء اخر مشروعا كان ام غير مشروع ، وهي بهذا المعنى قد يحكم بسدها اذا كانت طريقا الى مفسدة ويحكم بفتحها اذا كانت طريقا لمصلحة .

اما سد الذرائع فيراد به اصطلاحا منع الوسائل والطرق المؤدية الى الفساد ، اذ ان من اهم مقاصد الشريعة الاسلامية جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم ، وهذا الجلب او الدفع لا يكون الا بأسباب تؤدي اليه ، فترد التكاليف على هذه الاسباب التي هي من افعال المكلفين ، وما يصدر عن المكلفين من افعال قد يرد النهي عنهُ اذ كان مؤديا الى المفسدة بصورة مباشرة كالسرقة والقتل والزنى والقذف ، وقد لا يتم التوصل الى المفسدة