الاستحسان

الطريق الثانى من طرق الاجتهاد بالرأى الاستحسان . والبحوث التى نخصها بالبيان من بحوثه هى :

(١) تمهيد فى إجمال الفرق بين القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح .

(٢) تعريف الاستحسان .

(٣) أنواعه .

(٤) مذاهب الأصوليين فى أنه حجة وأدلة كل مذهب .

(٥) تحرير محل الخلاف .

١ — تمهيد فى إجمال الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح من جهة مجال الاجتهاد بكل منها .

إذا عرضت للمكلف واقعة فيها حكم دل عليه نص فى القرآن أو السنة أو انعقد عليه إجماع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور وجب اتباع هذا الحكم ولا مجال للاجتهاد بالرأى فى حكم هذه الواقعة .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولكن ظهر للمجتهد أنها تساوى واقعة فيها حكم بنص أو إجماع فى العلة التى بنى عليها حكم النص أو الإجماع فإنه يسوى بين الواقعتين فى حكم النص لتساويهما فى العلة التى بنى عليها ، وهذه التسوية هى القياس وهو أول طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يستنبط علة حكم النص باجتهاده برأيه . ويتحقق من وجودها فى الواقعة المسكوت عنها باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة يقتضى عموم النص حكما فيها أو يقتضى القياس الظاهر المتبادر حكما فيها . أو يقتضى تطبيق الحكم الكلى حكما فيها وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلى عليها أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدى إلى مفسدة فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناؤها من الكلى أو اقتضاه قياس خفى غير متبادر ، فهذا العدول هو الاستحسان وهو من طرق

الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه ويرجح دليلا على دليل باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولا قياس ولا يتعارض فيها دليلان ، وظهر للمجتهد أن هذه الواقعة فيها أمر مناسب لتشريع حكم أى أن تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة مطلقة لأنه يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً فاجتهد فى تشريع الحكم لتحقيق هذه المصلحة فهذا هو الاستصلاح . وهو من طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يهتدى إلى الأمر المناسب فى الواقعة برأيه ويهتدى إلى الحكم الذى يبنيه عليه برأيه .

فواقعة القياس واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ألحقت بواقعة فيها حكم بنص وإجماع . وواقعة الاستحسان واقعة تعارض فى حكمها دليلان وعدل المجتهد فيها عن حكم أظهر الدليلين لسند استند إليه فى هذا العدول .

وواقعة الاستصلاح واقعة بكر لا حكم فيها بنص ولا إجماع ولا قياس ، ويشرع فيها المجتهد الحكم لتحقيق مصلحة معينة .

فالحكم بأن أى نبيذ فيه خاصية الإسكار يحرم شربه لأنه يساوى الخمر وعلة التحريم حكم بالقياس والحكم بأن الموصى له إذا قتل الموصى يمنع من الوصية لأنه يساوى الوارث إذا قتل المورث ، حكم بالقياس ، والحكم بأن السارق فى عام المجاعة لاتقطع يده استثناء من عموم والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما حكم بالاستحسان ، والحكم بأن حقوق الرى والصرف والطريق تدخل فى وقف الأرض الزراعية بدون ذكرها قياساً على إجارتها وعدولاً عن القياس على بيعها استحسان .

واشتراط الإشهاد الشرعى لصحة الوقف أو التغيير فيه . واشتراط وثيقة الزواج الرسمية لسماع الدعوى به واشتراط سن معينة للزوجين لتوثيق عقد الزواج بينهما استصلاح . وبالتحقيق الدقيق يظهر أن مرجع الاستحسان والاستصلاح إلى القياس وسنبين هذا إن شاء الله .

٢ — تعريف الاستحسان : الاستحسان فى اللغة العربية هو عد الشىء حسنا أو اتباع الشىء الحسن فى الحسيات وفى المعنويات ، يقال استحسن الرأى أو القول

أو الطعام أو الشراب أى عده حسنا ويقال هذا مما استحسنه المسلمون أى مما عدوه حسنا .

وأما الاستحسان فى اصطلاح الأصوليين فقد اختلفت فيه عباراتهم تبعا لاختلاف نواحيه واتجاه كل منهم إلى ناحية منها .

وأنا أورد بعض تعريفاتهم ثم أستخلص أوضحها وأجمعها :

بعض تعريفات الحنفية :

البزدوى : الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

النسفى : الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل يعارض القياس الجلى .

الكرخى : الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم فى المسألة بمثل ماحكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى العدول عن الأول .

بعض تعريفات المالكية :

ابن العربى : الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة مايعارض به فى بعض مقتضياته .

الشاطبى : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان والاستثناء من القياس بأى دليل كان .

ابن رشد : الاستحسان هو طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس .

بعض تعريفات الحنابلة :

الطوفى فى مختصره : أجود تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص ، وهو مذهب أحمد .

ابن قدامة فى كتابه روضة الناظر : الاستحسان له ثلاثة معان :

أحدها — العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .

ثانيها — مايستحسنه المجتهد بعقله .

ثالثها — دليل ينقدح فى نفس المجتهد لايقدر على التعبير عنه .

وقد جمع الإمام الشوكانى فى كتابه — إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول — عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف إلى قائله فقال : « واختلف فى حقيقته . فقيل هو دليل ينقدح فى نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه وقيل هو العدول عن قياس أقوى وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية فى مقابل قياس كلى » .

وبالنظر فى هذه التعريفات نستنتج أمرين :

أحدهما أن الأصوليين من الحنفية والمالكية والحنابلة مع اختلاف عباراتهم فى تعريف الاستحسان متفقون فى معنى جوهرى له وهو أنه عدول عن حكم إلى حكم فى بعض الوقائع أو إيثار حكم على حكم أو طرح حكم أو ترك حكم أو استثناء جزئية من حكم كلى أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص . ومتفقون على أن هذا العدول أو الإيثار أو الاستثناء أو التخصيص لا بد أن يستند إلى دليل شرعى من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العرف وهذا الدليل هو الذى يسمى فى اصطلاح الأصوليين وجه الاستحسان وسند الاستحسان ولهذا نرى فى الأحكام الفقهية كلما قيل فى حكم إنه بالاستحسان قيل وجه الاستحسان .

وثانيهما أن العدول قد يكون عن حكم دل عليه عموم النص وقد يكون عن حكم دل عليه قياس . وقد يكون عن حكم اقتضاه تطبيق قاعدة شرعية كلية فبعض التعريفات التى عرفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى أو تخصيص قياس بدليل أقوى تعريفات غير جامعة .

وأجمع التعريفات فى رأى تعريف الكرخى من الحنفية وتعريف ابن رشد من

المالكية وتعريف الطوفى من الحنابلة ومنها نستخلص التعريف الواضح الجامع للاستحسان فنقول :

الاستحسان فى اصطلاح الأصوليين القائلين به هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعى فى واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعى اقتضى هذا العدول وهذا الدليل الشرعى المقتضى للعدول هو سند الاستحسان .

فالاستحسان عند التحقيق هو ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً .

٣ — أنواعه : الاستحسان عند القائلين به يتنوع تارة باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه وتارة باعتبار السند الذى بنى عليه العدول .

فأما أنواعه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، فقد يكون الاستحسان عدولا عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفى ، وقد يكون عدولا عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص ، وقد يكون عدولا عن حكم كلى إلى حكم استثنائى .

من أمثلة النوع الأول :

(ا) قال فقهاء الحنفية حقوق الرى والصرف والمرور لا تدخل فى وقف الأرض الزراعية تبعا بدون ذكرها قياساً وتدخل استحسانا .

فالقياس الظاهر هو قياس الوقف على البيع بجامع أن البيع يخرج المبيع من ملك البائع . والوقف يخرج الموقوف من ملك الواقف وفى بيع الأرض الزراعية لا تدخل حقوق ريها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك فى وقفها .

والقياس الخفى قياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود بكل منهما الانتفاع بريع العين لا تملك رقبتها وفى إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك فى وقفها ، وهذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفى هو الاستحسان ووجهه أى الدليل الذى نبنى عليه هذا العدول أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بريع الموقوف لا تملك رقبته والانتفاع بريع الأرض الزراعية لا يتحقق إلا بريها وصرفها والمرور إليها

فالقياس الذى يقتضى دخول هذه الحقوق فى وقفها بدون ذكرها أقوى أثراً وأرجح من ناحية أنه يحقق المقصود من الوقف .

(ب) قال فقهاء الحنفية سؤر سباع الطير كالصقر والنسر والغراب والحدأة نجس قياساً طاهر استحسانا ، فالقياس الظاهر هو قياس سباع الطير على سباع البهائم كالذئب والفهد والنمر بجامع أنها كلها غير مأكول لحمها .

والقياس غير الظاهر هو قياسها بالإنسان ؛ لأنه لا يؤكل لحمه وسوره طاهر ، ووجه الاستحسان أن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر وأما سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها .

ومن أمثلة النوع الثانى ، تخصيص السارق فى عام المجاعة من عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ، كما ذهب إليه عمر . وتخصيص الأم الرفيعة المنزلة التى ليس من شأن مثلها أن ترضع ولدها من عموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » كما ذهب إليه مالك ابن أنس .

ومن أمثلة النوع الثالث ، الأمين يضمن بموته مجهلا الأمانة لأن التجهيل نوع من التقصير فى الحفظ ويستثنى الأب استحسانا إذا مات مجهلا مال ابنه لأن للأب أن يتجر فى مال ابنه وأن ينفق عليه منه فربما اتجر فيه فخسر أو أنفقه عليه .

المحجور عليه للسفه لا يصح الوقف منه لأنه غير أهل للتبرع ويستثنى من هذا استحسانا وقف المحجور عليه للسفه على نفسه لأن وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين نفسه من أن يصير عالة على غيره .

الأمين لا يضمن ما يهلك فى يده من غير تعد أو تقصير ويستثنى من هذا استحسانا لتطمين الناس على ما يكون عند الأجير يده إلا إذ كان هلاكه بقوة قاهرة وذلك الأجير المشترك فإنه يضمن ما يهلك فى المشترك كالخياط والكواء والصباغ .

وأما أنواعه باعتبار سنده فقد قال الحنفية : أنواعه أربعة .

(ا) استحسان سنده القياس الخفى وتقدمت أمثلته .

(ب) استحسان سنده النص ومن أمثلته ، نهى رسول الله عن بيع المعدوم

ورخص فى السلم — نهى رسول الله عن بيع الرطب باليابس ورخص فى العرايا — نهى رسول الله عن أن يخضد شجر مكة وأن يختلى خلاها ورخص فى الإذخر . ففى كل مثال من هذه عدول عن الحكم الكلى إلى حكم استثنائى فى جزئية وسند العدول هو الأثر أى النص نفسه وتسمية هذا استحسانا تجوز ظاهر لأن الحكم فى الجزئية ثابت بالنص لا بالاستحسان .

(ح) استحسان سنده العرف ، ومن أمثلته عقد الاستصناع عقد على معدوم وصح استحسانا للعرف . وقف المنقول الذى لم يرد بوقفه نص لا يصح ولكن إذا تعورف وقفه صح . من حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث للعرف .

(ى) استحسان سنده الضرورة كطهارة الحياض والآبار واغتفار النبن اليسير والعفو عن رشاش البول فالحكم بهذه الطهارة والاغتفار والعفو استحسان سنده الضرورة . ومن أمثلتهم لهذا النوع يؤخذ أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الضرورى والحاجى أى مالا بد منه للحياة وما لابد منه لرفع الحرج .

قال سعد الدين التفتازانى الاستحسان حجة لأنه إما بالأثر كالسلم والإجارة وبقاء الصوم مع الأكل ناسياً . وإما بالإجماع كالاستصناع . وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار . وإما بالقياس الخفى وأمثلته كثيرة .

وقال المالكية أنواعه ثلاثة .

الأول : استحسان سنده العرف كمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث مع أن السمك لحم والقرآن سماه لحما فى قوله « ومن كل تأكلون لحما طريا » ولكن العرف لا يسمى السمك لحما ، فعدل عن موجب القياس للعرف .

الثانى : استحسان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال فى يده مقتضى القياس أنه لا يضمن ، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه المصلحة وهى المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحسان سنده رفع الحرج ، ولهذا يغتفر النبن اليسير فى المعاملات ويتسامح فى التافه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدها الحنفية ، وأنواعه التي عدها المالكية ، يتبين أنهم اتفقوا فى نوعين : فى الاستحسان الذى سنده العرف ، وفى الاستحسان الذى سنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحكم الذى يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلى مراعاة للعرف ، أو للمصلحة ، أى جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بعدّ نوعين : الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، والاستحسان الذى سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين حكما بالاستحسان لا يظهر له وجه ، لأن الحكم فى النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يعارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، وكذلك الحكم فى النوع الثانى وهو الذى سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كالاستثناء لا يخرجه عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، فمصدر الحكم فى النوع الأول القياس ، ومصدر الحكم فى النوع الثانى النص ، وفى التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم وإنما حكم ابتداء بأرجح القياسين ، وحكم ابتداء بالنص .

هل يعدى الحكم المستحسن ؟

قرر علماء الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان الذى سنده قياس خفى يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى . وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذى سنده النص ، أو العرف ، أو الضرورة ، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه فى هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله . ومثلوا لتعدية الحكم الذى سنده قياس خفى بتخالف البائع والمشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا : هذا حكم بالاستحسان وسند استحسانه قياس خفى فيتعدى من البائع والمشترى إلى ورثتهما ، فلو مات البائع والمشترى قبل قبض المبيع و ختلف ورثتهما فى مقدار الثمن تحالفا . ويتعدى أيضا

من البيع إلى الإجارة ، فإذا اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار الأجرة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا .

وفى هذا نظر فى وجهين ؛ أحدهما : أننا قدمنا فى بحوث القياس أن الحكم الذى يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص . وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى . وبينا وجه هذا وإثبات التحالف بين ورثتى البائع والمشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع ليس بالقياس على البائع والمشترى وإنما هو تطبيق للحكم الكلى لكل متداعيين معتبر كل واحد منهما مدعيا ومنكرا فى وقت واحد . وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر .

وثانيهما : أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التى تحققت فيها علته . ولهذا لما ورد الترخيص فى العرايا وهى بيع الرطب على النخل بالتمر ، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس ، وأن التقدير فيه بالخرص والتخمين يقرب من الحقيقة ، وأن يسير التفاوت عفو ، عدى هذا الترخيص إلى بيع العنب على الكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل العرايا . وقد أثبتنا فى بحوث القياس أن تعدية الحكم بالقياس إلى غير موضع النص أساسه إدراك علة حكم النص سواء كان حكما مبتدأ أو حكما استثنائيا .

٤ — مذاهب العلماء فى حجية الاستحسان — أشهر المذاهب فى حجية الاستحسان ثلاثة : فمذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعى تثبت به الأحكام فى مقابلة ما يوجبه القياس ، أو عموم النص . وقد تعددت عباراتهم فى تعريفه وفى بيان أنواعه كما قدمنا . ومذهب الشافعى أنه ليس بدليل شرعى وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأى فى مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعى . ومذهب فريق من العلماء أنه دليل شرعى ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس أو العمل بالعرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكانى ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه « فقد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان فى بحث مستقل

لا فائدة فيه أصلا لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع فى شىء ، بل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى .

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنان :

أولها : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم ، أو تعميم الكلى ، قد يؤدى فى بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملابسات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكلى يجلب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب للعدول فى هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلى إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة . وهذا العدول المقصود به درء المفاسد وجلب المصالح هو الذى نسميه الاستحسان . وإلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله الاستحسان طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس . ومن أنعم النظر فى أمثلة الاستحسان من أى نوع من أنواعه يتبين أن العدول عن موجب القياس أو عموم العام فى كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل فى بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة . فالله سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ثم قال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » . وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه ثم قال : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » والرسول نهى عن بيع المعدوم ورخص فى السلم ، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس فى بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضى هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ماهو إلا عدول عن حكم العزيمة .

وأما أدلة منكرى الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعى بعدة عبارات أوردها فى كتابه الأم وفى رسالته الأصولية . وأنا أكتفى بذكر نصوص

بعض عباراته فى كتابيه ؛ قال فى الأم[1] : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتى إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ماقاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتى بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واحدا ولا فى واحد من هذه المعانى » .

وقال فى الأم أيضاً : « إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاجتهاد لعين قائمة إنما هو شىء يحدثه من نفسه ، ولم يؤمر باتباع نفسه ، وإنما أمر باتباع غيره . فإحداثه على الأصلين اللذين افترض الله عليه ، من إحداثه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأى نفسه . فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه ، وعليه أن يتبع غيره . فالاستحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد على غير كتاب ولا سنة » .

وقال فى رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدا إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر . والخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق » .

وقال فيها أيضا : ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز » .

وقال فيها أيضا : « إذا كان هذا هكذا — يشير إلى تقدير المثل فى قول الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم — فيما تقل قيمته من المال ويسهل فيه الخطأ كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ » .

---

(١) انظر كتاب ابطال الاستحسان فى الجزء السابع من الأم .

(٢) انظر فهرس رسالة الشافعى فى الأصول والصفحات التى ورد فيها الاستحسان — طبعة الحلبى .

وقال فيها أيضا : « كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم وعلى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعه . وإذا لم يكن فيه حكم بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياسى » .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعى أن ينكر الاستحسان لأمرين :

أولهما : أن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المستحسن للمجتهد هو حكم وضعى لا شرعى وهو مبنى على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص فى كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الواجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله : « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعى بقوله أو ماقاله أهل العلم لا يختلفون فيه وبقوله : «فإن تنازعتم فى شىء فَرُدُّوهُ إلى الله والرسول» وهذا ما أراده الشافعى بقوله : أوقياس على بعض هذا . فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع النص، وليس له فيما لا حكم فيه بالنص إلا أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذى أرشد الله إليه وهو القياس . وبالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذى يقتضيه النص أو القياس إلى حكم يقول إنه استحسنه ، لأن فى هذا تقديم حكم الرأى على حكم الدليل الشرعى .

وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعياً مستقلا ، فدليلهم أنه بالنظر فى كل نوع من الأنواع التى سميت استحسانا يتبين أن سند الحكم الشرعى فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة . ففى النوع الأول وهو الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان ، كل واحد منهما يقتضى قياسا لتعدية حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها فى جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية فى تزويج الولى للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعى مناسبه البكارة لثبوت الولاية . وفى النوع

الثانى وهو الاستحسان الذى سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفى النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعرف . وفى النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . أى بالمصلحة ، وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان .

تحرير محل الخلاف : قال بعض المحققين : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، لأنهم ذكروا فى تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقا ، وبعضها مردود اتفاقا ، وبعضها متردد بين القبول والرد ؛ فما هو مقبول اتفاقا العدول عن موجب قياس إلى موجب قياس أقوى منه ، أو تخصيص موجب قياس بأقوى منه . ومما هو مردود اتفاقا العدول عن موجب الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة . ومما هو متردد بين القبول والرد العدول عن موجب الدليل للعرف أو المصلحة ، لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعا فالاستحسان بناء عليهما مقبول ، وإذا كانا غير معتبرين شرعا فالاستحسان بناء عليهما مردود .

وقال ابن السمعانى : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل ، ولا يقول به أحد ، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد .

ومن هذا يؤخذ أن المختلفين فى الاستحسان لم يحرزوا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهرى لفظى لا حقيقى فالقائلون بالاستحسان يقررون حجية الاستحسان الذى هو عدول عن الحكم فى مسألة عما حكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى هذا العدول كما عرفه الكرخى من علماء الحنفية أو هو طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى استثناء من ذلك القياس كما عرفه ابن رشد من علماء المالكية . أو هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص كما عرفه الطوفى وابن قدامة من علماء الحنابلة .

والمنكرون لحجية الاستحسان ينكرون الاستحسان الذى معناه استحسان المجتهد بعقله وهواه .

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغى أن يخالف فيه أحد لأنه ماهو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا عند المجتهد .

والاستحسان بالمعنى الثانى لا يقول به أحد لأن ترك الحكم الذى دل عليه دليل شرعى إلى حكم بمجرد استحسان العقل والهوى هو تعطيل للأدلة الشرعية ولهذا قال صاحب التلويح « الحق أنه لا يوجد فى الاستحسان مايصلح محلا للنزاع فإن كان النزاع فى صحة العدول عن موجب دليل إلى دليل أقوى منه فهذا لا ينبغى أن يكون محلا للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لاخلاف فيه . وإن كان النزاع فى تسمية هذا العدول استحسانا فلا مشاحة فى الاصطلاح » وقال الشاطبى فى الموافقات « من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمرا إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك » .

والذى وسع الخلاف فى هذا الموضوع وأمثاله هو أن المقلدين للأئمة غلوا منهم فى نصرة أئمتهم كان الواحد منهم إذا ظفر بعبارة لإمام غير إمامه ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر وأخذ فى الرد والإبطال وجاء سلفه مؤيدا ومبالغا فتتسع مسافة الخلاف ولو أحسن الظن وحمل العبارة على محمل حسن ما وجد محل للخلاف .

هذا ابن قدامة المقدسى من أجل علماء الحنابلة المتوفى فى سنة عشرين وستمائة للهجرة لما وصل إلى مبحث الاستحسان فى كتابه روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب أحمد قال : الاستحسان له ثلاثة معان .

١ — أحدها أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة ، وقال هذا مذهب أحمد وهو مما لا ينكر وإن اختلف فى تسميته فلا فائدة فى الاختلاف فى الاصطلاحات مع الاتفاق فى المبنى .

٢ — وثانيها أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله قال حكى عن أبى حنيفة أن هذا حجة ثم قال ولنا على فساده مسلكان وأخذ فى بيان فساد هذا المذهب على أنه مذهب أبى حنيفة مع أن أئمة علماء الحنفية كالكرخى والنسفى والبزدوى ما عرفوا الاستحسان بهذا وهذا صدر الشريعة من علماء الحنفية يقول إذا ذكرنا الاستحسان فإنما نريد به القياس الخفى فى مقابلة القياس الظاهر .

ولو كان المختلفون يحررون محل الاختلاف قبل تبادل الحجج لاستراح المسلمون من عناء البحث فى كثير من الاختلافات اللفظية .