

الاستحسان

الطريق الثاني من طرق الاجتهاد بالرأى الاستحسان . والبحوث التي تخصها
بالبیان من بحوثه هي :

- (١) تمهيد في إجمال الفرق بين القياس ، والاستحسان ، والاستصلاح .
- (٢) تعريف الاستحسان .
- (٣) أنواعه .
- (٤) مذاهب الأصوليين في أنه حجة وأدلة كل مذهب .
- (٥) تحرير محل الخلاف .

١ - تمهيد في إجمال الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح من جهة
مجال الاجتهاد بكل منها .

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

وإذا عرضت واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولكن ظهر له جتهدها تساوى
واقعة فيها حكم بنص أو إجماع في الملة التي بنى عليها حكم النص أو الإجماع فإنه
يسوى بين الواقعتين في حكم النص لتساويهما في الملة التي بنى عليها ، وهذه التسوية
هي القياس وهو أول طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يستنبط علة حكم النص
باجتهاده برأيه . ويتحقق من وجودها في الواقعة المسكوت عنها باجتهاده برأيه .

وإذا عرضت واقعة يقتضى عموم النص حكماً فيها أو يقتضى القياس الظاهر المتبادر
حكماً فيها . أو يقتضى تطبيق الحكم السكوى حكماً فيها وظهر له جتهده أن لهذه
الواقعة ظروفاً وملازمات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم السكوى عليها
أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة فمدل فيها عن
هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناءها من السكوى أو
اقتضاه قياس خفى غير متبادر ، فهذا المدول هو الاستحسان وهو من طرق

الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه ويرجع دليلاً 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 للتشريع حكم أى أن تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة مطلقة لأنه يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً فاجتهد في تشريع الحكم لتحقيق هذه المصلحة فهذا هو الاستصلاح . وهو من طرق الاجتهاد بالرأى لأن المجتهد يهتدى إلى الأمر المناسب في الواقعة برأيه ويهتدى إلى الحكم الذى يبينه عليه برأيه .

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

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

فالحكم بأن أى نبيذ فيه خاضعة الإسكر يحرم شربه لأنه يساوى الخمر وعله 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 الجماعة لا تقطع 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 .

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

٢ - تعريف الاستحسان : الاستحسان فى اللغة العربية هو عد الشيء حسناً أو اتباع الشيء الحسن فى الحسيات وفى المعنويات ، يقال استحسنت الرأى أو القول

أو الطعام أو الشراب أى عدوه 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 أوجهها وأجمعها :
بعض تعريفات الحنفية :

الزردوى : الاستحسان هو المدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

النسفى : الاستحسان هو المدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل يمارض القياس الجلى .

الكرخى : الاستحسان هو أن يمدل الإنسان عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى المدول عن الأول .
بعض تعريفات المالكية :

ابن العربى : الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لممارسة ما يمارض به فى بعض مقتضياته .

الشاطبى : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرده 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 : أوجد تعريف للاستحسان أنه المدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص ، وهو مذهب أحمد .

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

أحدها - المدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .
ثانيها - ما يستحسنه المجتهد بمقله .

ثالثها - دليل ينقذح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه .

وقد جمع الإمام الشوكاني في كتابه - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف إلى قائله فقال : « واختلف في حقيقته . فقيل هو دليل ينقذح في نفس المجتهد ويمسر عليه التعبير عنه وقيل هو المدول عن قياس أقوى وقيل هو المدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي » .

وبالنظر في هذه التعريفات نستنتج أمرين :

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

وثانيهما أن المدول 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 وتمريف الطوفي من الحنابلة ومنها نستخلص التعريف الواضح الجامع للاستحسان فنقول :

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

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

٣ - أنواعه : الاستحسان عند القائلين به يتنوع تنوعاً باعتماد ما عدل عنه وما عدل إليه وتارة باعتبار السند الذى بنى عليه المدول .

فأما أنواعه باعتبار ما عدل عنه وما عدل إليه ، فقد يكون الاستحسان عدولاً عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفى ، وقد يكون عدولاً عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص ، وقد يكون عدولاً عن حكم كلى إلى حكم استثنائى . من أمثلة النوع الأول :

(١) قال فقهاء الحنفية حقوق الرى والصرف والمرور لا تدخل في وقف الأرض الزراعية تبما بدون ذكرها قياساً وتدخل استحساناً .

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

والقياس الخفى قياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود بكل منهما الانتفاع بربع العين لا تملك رقبتهما وفي إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ربيها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها فكذلك في وقفها ، وهذا المدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفى هو الاستحسان ووجهه أى الدليل الذى نبى عليه هذا المدول أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بربع الموقوف لا تملك رقبته والانتفاع بربع الأرض الزراعية لا يتحقق إلا بربيها وصرفها والمرور إليها

فالتقياس الذي يقتضى دخول هذه الحقوق في وقفها بدون ذكرها أقوى أثراً وأرجح من ناحية أنه يحقق المقصود من الوقف .

(ب) قال فقهاء الحنفية سؤر سباع الطير كالصقر والنسر والغراب والجدأة نجس قياساً ظاهر استحساناً ، فالتقياس الظاهر هو قياس سباع الطير على سباع البهائم كالذئب والفتد والنمر بجامع أنها كلها غير مأكول لجمها .

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

ومن أمثلة النوع الثاني ، تخصيص السارق في عام الجماعة من عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطموا أيديهما ، كما ذهب إليه عمر . وتخصيص الأم الرقيقة المنزلة التي 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 مجهلاً الأمانة لأن التجهيل نوع من التخصيص في الحفظ ويستثنى الأب استحساناً إذا مات مجهلاً مال ابنه لأن للأب أن يتجر في مال ابنه وأن ينفق عليه منه فربما اتجر فيه فحس أو أنفق عليه .

المحجور عليه للسفه لا يصح الوقف منه لأنه غير أهل للتبرع ويستثنى من هذا استحساناً 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 في يده من غير تعد أو تقصير ويستثنى من هذا استحساناً لتطمين الناس على ما يكون عند الأجير يده إلا إذا كان هلاكه بقوة قاهرة وذلك الأجير المشترك فإنه يضمن ما يهلك في المشترك كالخياط والكواء والصباغ .

وأما أنواعه باعتبار سنده فقد قال الحنفية : أنواعه أربعة .

(١) استحسان سنده القياس الحفى وتقدمت أمثلته .

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

ورخص في السلم - نهى رسول الله عن بيع الرطب باليابس ورخص في المرايا - نهى رسول الله عن أن يخضد شجر مكة وأن يختلي خلالها ورخص في الإذخر . ففي كل مثال من هذه عدول عن الحكم السكلي إلى حكم استثنائي في جزئية وسند العدول هو الأثر أي النص نفسه وتسمية هذا استحصانا تجوز ظاهر لأن الحكم في الجزئية ثابت بالنص لا بالاستحصان .

(ح) استحصان سنده المرف ، ومن أمثلته عقد الاستصناع عقد على معدوم وضح استحصانا للمرف . وقف المقبول الذي لم يرد بوقفه نص لا يصح ولكن إذا تعورف وقفه صح . من حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث للمرف .

(د) استحصان سنده الضرورة كطهارة الحياض والآبار واغتفار الغبن اليسير والعفو عن رشاش البول فالحكم بهذه الطهارة والاعتفار والعفو استحصان سنده الضرورة . ومن أمثلتهم لهذا النوع يؤخذ أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الضروري والحاجي أي مالا بد منه للحياة وما لا بد منه لرفع الحرج .

قال سمسعد الدين التفتازاني الاستحصان حجة لأنه إما بالأثر كالسلم والإجارة وبقاء الصوم مع الأكل ناسياً . وإما بالإجماع كالأستصناع . وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار . وإما بالقياس الحلفي وأمثلته كثيرة . وقال المالكية أنواعه ثلاثة .

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

الثاني : استحصان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال في يده مقتضى القياس أنه لا يضمن ، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة وهي المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحصان سنده رفع الحرج ، ولهذا يفتقر الغبن اليسير في الماملات ويتسامح في التافه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدّها الحنفية ، وأنواعه التي عدّها المالكية ، يتبين أنهم اتفقوا في نوعين : في الاستحسان الذي سنده المرف ، وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالمدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للمرف ، أو للمصلحة ، أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بمعدّ نوعين : الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي ، والاستحسان الذي سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين حكماً بالاستحسان لا يظهر له وجه ، لأن الحكم في النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يمارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، وكذلك الحكم في النوع الثاني وهو الذي سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كاستثناء لا يخرج عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، فمصدر الحكم في النوع الأول القياس ، ومصدر الحكم في النوع الثاني النص ، وفي 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 الذي سنده قياس خفي يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى . وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص ، أو المرف ، أو الضرورة ، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه في هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله . ومثلاً لتعمدية الحكم الذي سنده قياس خفي بتخالف البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا : هذا حكم بالاستحسان وسنده استحسانه قياس خفي فيتمدى من البائع والمشتري إلى ورثتهما ، فلو مات البائع والمشتري قبل قبض المبيع وختلف ورثتهما في مقدار الثمن تحالفا . ويتمدى أيضاً

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

وفي هذا نظر في وجهين ؛ أحدهما : أننا قدمنا في بحوث القياس أن الحكم الذي يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص . وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى . وبيننا وجه هذا وإثبات التحالف بين ورثتي البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع ليس بالقياس على البائع والمشتري وإنما هو تطبيق للحكم الكلي لكل متداعيين معتبر كل واحد منهما مذهبيا ومنكرا في وقت واحد . وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر .

وثانيهما : أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التي تحققت فيها علته . ولهذا لما ورد الترخيص في المرايا وهي بيع الرطب على النخل بالتمر ، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس ، وأن التقدير فيه بالحرص والتخمين يقرب من الحقيقة ، وأن يسير التفاوت عفو ، عدى هذا الترخيص إلى بيع العنب على الكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل المرايا . وقد أثبتنا في 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 في حجية الاستحسان - أشهر المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة : فذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس ، أو عموم النص . وقد تعددت عباراتهم في تعريفه وفي بيان أنواعه كما قدمنا . ومذهب الشافعي أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأى في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي . ومذهب فريق من العلماء أنه دليل شرعي 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 الشوكاني ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه « فقد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل

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

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنا :

أولها : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم ، أو تميم الكلي ، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملابسات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكلي يجلب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن المدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب للمدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة . وهذا المدول المقصود به درء المفسد وجلب المصلح هو الذي نسميه الاستحسان . وإلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله الاستحسان طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس . ومن أنعم النظر في أمثلة الاستحسان من أى نوع من أنواعه يقين أن المدول عن موجب القياس أو عموم العام في كل جزئية منها إنما هو جلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة . فإله 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 المدوم ورخص في السلم ، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضى هذا المدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم المزيمة . وأما أدلة منكرى الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعي بعدة عبارات أوردها في كتابه الأم وفي رسالته الأصولية . وأنا أكتفي بذكر نصوص

بعض عباراته في كتابيه ؛ قال في الأم^(١) : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واحداً ولا في واحد من هذه المعاني » .

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

وقال في رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبداً إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراماً 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 طالب الحق » .

وقال فيها أيضاً : 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 » .

وقال فيها أيضاً : « إذا كان هذا هكذا — يشير إلى تقدير المثل في 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 في الجزء السابع من الأم .

(٢) انظر فهرس رسالة الشافعي في الأصول والصفحات التي ورد فيها الاستحسان —

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 القياسي » .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعي أن ينسكركم 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 وضعي لا شرعي وهو مبني على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص في كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الواجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله : « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعي بقوله أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه وبقوله : « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » وهذا ما أراده الشافعي 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 الذي أرشد الله إليه وهو القياس . وبالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذي يقتضيه النص أو القياس إلى حكم يقول إنه استحسنه ، لأن في هذا تقديم حكم الرأي على حكم الدليل الشرعي .

وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعياً مستقلاً ، فدليلهم أنه بالنظر في كل نوع من الأنواع التي سميت استحساناً يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره هو دلائل من الأدلة الشرعية المسماة . ففي النوع الأول وهو الاستحسان الذي سنده قياس حفي ترجح على قياس جلي ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان ، كل واحد منهما يقتضي قياساً لتعدية حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية في ترويح الولي للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعي مناسبه البكارة لثبوت الولاية . وفي النوع

الثاني وهو الاستحسان الذي سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفي النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعرف . وفي النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . أى بالمصلحة ، وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يمد دليلاً شرعياً مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان .

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

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

ومن هذا يؤخذ أن المختلفين في الاستحسان لم يحرزوا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي فالتائلون بالاستحسان يقررون حجبة الاستحسان الذي هو عدول عن الحكم في مسألة عما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى هذا المدول كما عرفه الكرخي من علماء الحنفية أو هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضى استثناء من ذلك القياس كما عرفه ابن رشد من علماء المالكية . أو هو المدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص كما عرفه الطوفي وابن قدامة من علماء الحنابلة .

والمنكرون لحجبة الاستحسان ينكرون الاستحسان الذي معناه استحسان المجتهد بعقله وهواه .

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغي أن يخالف فيه أحد لأنه ما هو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً 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 ما يصلح محلاً للنزاع فإن كان النزاع فى صحة المدول عن موجب دليل إلى دليل أقوى منه فهذا لا ينبغي أن يكون محلاً للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لاخلاف فيه . وإن كان النزاع فى تسمية هذا المدول استحساناً فلا مشادة فى الاصطلاح » وقال الشاطبى فى الموافقات « من استجن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب منسدة كذلك » .
والذى وسع الخلاف فى هذا الموضوع وأمثاله هو أن المقلدين للأئمة غلوا منهم فى نهرة أئمتهم كان الواحد منهم إذا ظفر بمباراة لإمام غير إمامه ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر وأخذ فى الرد والإبطال وجاء سلفه مؤيداً 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 لنا وصل إلى مبحث الاستحسان فى كتابه روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب أحمد قال : الاستحسان له ثلاثة ممان .

١ - أحدها أن المراد به المدول 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 البنى .

٢ - وثانيها أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله قال حكي عن أبي حنيفة أن هذا حجة ثم قال ولنا على فساده مسلحان وأخذ فى بيان فساد هذا المذهب على أنه مذهب أبي 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 .