الاستحسان
عند علماء أصول الفقه
وأثره في الفقه الإسلامي

الدكتور السيد صالح عوض
عميد كلية الشريعة والقانون
بجامعة الأزهر
بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبى الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

وبعـــد ..

فان بحث الاستحسان عند علماء أصول الفقه من المباحث التى تناولتها فى هذه الدراسة بالبحث لأننى كنت أرى منـــذ فترة أنه من البحوث التى تحتاج الى دراسة تجلى ما أثير حوله من جدل واختلاف بين اعتباره مصدرا من مصادر التشريع أو عدم اعتباره منها .

وفيما يأتى ما وفقنا الله تعالى اليه من دراسة تتعلق به ، والحمد لله أولا وأخيرا ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وســـلم .

القـــاهرة فى عـــام ١٤١٠ هـ
١٩٩٠ م

المـــؤلف
أ . د / السيد صالح عوض

تمهيد :

أن مصادر الاحكام الشرعية المتفق عليها بين العلماء أربعة :

١ — الكتاب .

٢ — السنة .

٣ — الاجماع .

٤ — القياس .

ولا عبرة بخلاف من خالف فى حجية الاجماع والقياس حيث استقر الامر عند علماء أهل السنة أن هذه هى مصادر الاحكام الاربعة الاساسية وان كان الامام أبو حامد الغزالى (١) يعتبر دليل العقل (الاستصحاب) دليلا رابعا بعد الكتاب والسنة والاجماع . وذلك لأن القياس راجع اليها وذكر مثله ابن قدامة (٢) فجعل الاستصحاب كذلك دليلا رابعا وكذلك التلمسانى (٣) فى مفتاح الوصول .

وأقول : أن ماعدا ذلك من الادلة بحثه العلماء تحت عنوان الأدلة المختلف فيها ومنها الاستحسان : الذى نتحدث عنه فيما يأتى :

(١) هو محمد بن محمد أبو حامد الغزالى توفى ٥٠٥ هـ وانظر المستصفى ج ١ ص ٢١٧ .

(٢) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى توفى ٦٢٠ هـ وانظر روضة الناظر .

(٣) محمد بن أحمد المعروف بالشريف التلمسانى توفى ٧٧١ هـ .

الاستحسان فى اللغة :

— عد الشيء حسنا ، حسيا كان أو معنويا ، وهو استفعال من الحسن .

ويطلق على ما يميل اليه الانسان من الصور والمعانى (٤) .

وقد ورد فى القرآن الكريم قوله تعالى : « وبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه (٥) » .

وقوله تعالى : « وأمر قومك يأخذوا بأحسنها (٦) » .

وفى الحديث الشريف : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (٧) » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « أقربكم منى مجلسا يوم القيامة أحسنكم خلقا (٨) » .

كما ورد استعمال لفظ الاستحسان فى عبارات الفقهاء (الائمة الاربعة وغيرهم) ...

(٤) كتب اللغة مادة (حسن) وانظر لسان العرب ج ١٣ ص١١٧ ، وتاريخ العروس ج ٩ ص ١٧٧ ، والقاموس المحيط ج ٤ ص ٢١٥ .

(٥) سورة الزمر ١٨ .

(٦) سورة الاعراف ١٤٥ .

(٧) روى موقوفا على ابن مسعود كشف الخفاء ج ٢ ص ١٨٨ ، والمقاصد الحسنة ٣٦٧ .

(٨) رواه ابن النجار عن على بن ابى طالب — رضى الله عنه — انظر كشف الخفاء للعجلونى ج ١ ص ١٦٠ .

فقد ذكر الموفق المكى عن محمد بن الحسن قال :

لما كان أصحاب أبى حنيفة — رحمه الله تعالى — يناظرونه فى المقاييس فينتصفون منه ويعارضونه ، حتى اذا قال : أستحسن لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد فى الاستحسان من المسائل فيذعنون جميعا ويسلمون له (٩) .

وذلك لانه كان أدقهم فكرا ونظرا ، ولم يكن يلجأ الى الاستحسان الذى حمل لواءه الا اذا كان الاخذ به أولى من الاخذ بالقياس (١٠) .

وروى عن الامام مالك — رضى الله عنه — أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم (١١) » .

وروى عن الامام الشافعى — رضى الله عنه — قوله : استحسن فى المتعة أن تكون ثلاثين درهما « وغير ذلك من المسائل (١٢) .

---

(٩) مناقب ابو حنيفة للموفق بن أحمد المكى ج ١ ص ٨١ .

(١٠) جاء فى المرجع السابق ج ١ ص ٧٥ : عن سهل بن مزاحم قال: كلام ابى حنيفة أخذ بالثقة وفرار من التبح والنظر فى معاملات الناس وما استقاموا عليه وصلح عليه أمورهم ، يمضى الامور على القياس فاذا قبح القياس يمضيه على الاستحسان مادام يمضى له ، فاذا لم يمض له ، رجع الى ما يتعامل المسلمون به ، وكان يوصل الحديث المعروف الذى قد أجمع عليه يقيس عليه مادام القياس سائغا ، ثم يرجع الى الاستحسان ، أيهما كان أوثق رجع اليه أ . هـ ..

(١١) الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ١١٨ .

(١٢) سيأتي بعضها عند الحديث عن حجية الإستحسان .

وروى عن الامام أحمد — رضى الله عنه — القول بالاستحسان فى مواضع متعددة ..

قال أبو الخطاب الحنبلى :

« وقد أطلق امامنا أحمد — رضى الله عنه القول بالاستحسان فى مواضع ثم ذكر منها أنه قال : أستحسن أن يتمم لكل صلاة والقياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث أو يجد الماء » .

ومنها أنه قال : « فيمن غصب أرضا وزرعها : الزرع لرب الارض وعليه النفقة وليس هذا بموافق للقياس ولكن استحسن أن يدفع اليه نفقته (١٣) » .

هذا : وقبل أن نبين حقيقته فى اصطلاح علماء الاصول نقول :

لقد اشتهر أن الاستحسان موضع خلاف بين الفقهاء كمصدر من مصادر التشريع ودليل يعتمد عليه فى تعرف الاحكام الشرعية .

وقد ترك هذا الخلاف أثرا فى العقول والاذهان أن للاستحسان حقيقة مختلف فيها .

ولكن سنرى من خلال عرض آراء العلماء أنه مهما فسر الاستحسان فلن يكون موضع خلاف على الحقيقة لأنه اما مردود باتفاق واما مقبول

---

(١٣) أنظر التمهيد لابى الخطاب الحنبلى (محفوظ بن أحمد ابن الحسن) ج ٤ ص ٨٧ ، ٨٨ نشر مركز البحث العلمي بكلية الشريعة بمكة المكرمة ..

باتفاق ، وأن كل امام قال به أقل من ذلك أو أكثر ، وان اشتهرت نسبته الي الحنفية .

ونقول : أيضا أن الناظر فى الفروع الفقهية التى أخذوا فيها بالاستحسان يجد أنه ليس دليلا مستقلا ، وانما هو تقديم دليل على دليل وجد ما يقتضى تقدمه عليه ، ومثل هذا لا ينبغى أن يكون موضع نزاع بين العلماء وما كان لمجتهد أن يتأتى منه أن يقول فى حكم شرعى تبعا للهوى والشهوة ، بل عرف الائمة جميعا بدقة النظر وعلو الشأن فى العلم .

وكانوا يجتهدون ويختلفون ، وتتعدد أقوالهم بغية الوصول الى الحق والمتتبع لاقوالهم ومنحى كل منهم فى اجتهاده يرى بعد نظرهم وجودة قريحتهم وذكاء فطنتهم وتوقد أذهانهم ، فى تمييز المعانى الدقيقة وتحقيق المسائل الغامضة العويصة والتعمق فى فهمها على وجه لا يجعلهم ينساقون فى تقرير الاحكام الى ما يتبادر الى الذهن فى الاستدلال الا بعد النظر واعمال الفكر فى الواقعة التى تحتاج الى حكم شرعى من جميع وجوهها ، وما كانوا يسارعون الى ابداء الرأى فى مسألة من المسائل متى لاح لهم شىء فيها ، ولم يكن عندهم مايمنع أحدهم من أن يرجع عن قوله لو ظهر له أنه أخطأ وذلك لدينهم وورعهم وتقواهم لا يستحيون أو يترددون فى الرجوع الى الحق كما لم يستنكف واحد منهم اذا لم يعلم الحكم فى أمر ما أن يقول : لا أعلم : وقد نقل ذلك عن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — وعده المسلمون من مناقبه،

وقد اشتهر عن الامام مالك — رضى الله عنه — قوله : « لاأدرى(١٤) » .

وهذا يدل أيضا على أن هؤلاء الائمة الاعلام لم يكونوا متعصبين لترويج آرائهم أو مذاهبهم (١٥) .

واذا كان هذا شأنهم فلا يتأتى لواحد منهم أن يقول بحكم من أحكام الحلال والحرام تبعا للهوى والشهوة دون أن يكون لديه دليل على ذلك .

---

(١٤) هذا هو موقف الائمة الذين نقلت الينا الشريعة — عن طريقهم وعملهم عندما يبحثون وينظرون فى الادلة الشرعية لاستنباط الاحكام منها وقد تمكنوا من آلة الاجتهاد تمكنا لا يختلف فيه اثنان ولا يمارى فيه أحد .

وهذا يجعلنا نشعر بالأسى والأسف عندما ترى من يسارعون الى الفتوى فى الحلال والحرام دون روية وهم يعلمون أن بضاعتهم من معرفة الفقه وأصوله وقواعده قليلة لا تصل بهم الى ادنى رتبة مؤهلة للافتاء والتصدى لبيان الأحكام وذلك لأن مجال تخصصهم بعيد عن مجال هذه العلوم التى أشرنا اليها وغيرها مما يحتاج اليه الفقيه ومن يتصدى لبيان الحلال والحرام فى الشريعة الاسلامية دون خروج عما توجبه ادلتها واصولها وقواعدها .

ومن راجع كتب أصول الفقه فى شروط الاجتهاد لعرف متى تتحقق فى فرد حتى يكون ممن يوصف بأنه من أهل الاجتهاد والفتوى (ورحم الله امرءا عرف قدر نفسه » .

وعرف أن الرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل .

فاتبع الحق وعمل به ، ولم يخف فى الله لومة لائم .

الى أى شىء يرجع انكار الاستحسان :

١ — اذا كان انكار المنكرين للاستحسان راجعا الى اللفظ فقد استعمل لفظ الاستحسان فى اللغة والقرآن والسنة واستعمله الفقهاء ومنهم الامام الشافعى — رضى الله عنه — الذى يروى عنه أنه قال فى الاستحسان : « من استحسن فقد شرع » فليس استعمال لفظ الاستحسان هو سبب الخلاف .

٢ — أن سبب الخلاف فى الاخذ بالاستحسان هو فى الحقيقة اختلافهم فى تصورهم لحقيقة معناه ، حتى تصوره بعضهم على أنه ترك لبعض الادلة لمجرد الرأى والهوى أو أنه محض استذواق لحكم فقهى يتأدى بالفقيه أن يقدمه فى العمل على غيره فيكون نصبا للشرع بالهوى ، حتى رده بعضهم على الاطلاق وعبر عنه بعضهم بأنه من الادلة الموهومة — أى التى يتوهم كونها أدلة يحتج بها وليست كذلك .

٣ — واذا كان سبب الخلاف راجعا الى المعنى من حيث يظن أنه شرع بالرأى المحض عند القائلين به فليس كذلك لأن المراد به عند القائلين به (وخاصة الحنفية الذين حملوا لواءه واشتهرت نسبته اليهم أكثر من غيرهم) أنه :

(١٥) كموقف الامام مالك عندما ابى ان يحمل الخليفة المنصور الناس على الاخذ بما فى موطئه ونبذ ما عداه ، شاهد صدق على ما قلناه . وكان كل واحد منهم يقول رأيى صواب (اى فى نظرة) يحتمل الخطأ ورأى غيرى خطأ يحتمل الصواب . اهـ .

« دليل من الأدلة الشرعية قدم على غيره » وتسميته استحسانا اصطلاح ولا مشاحة فى الاصطلاح .

تنبيه :

١ — لم يذكر العلماء للاستحسان تعريفا فى الفترة الأولى التى استعمل فيها لفظ الاستحسان فى عبارات الأئمة والفقهاء ، وكذلك عندما هاجم الامام الشافعى — رضى الله عنه — الاستحسان بقوله : « من استحسن فقد شرع » وعندما استعمل لفظه فى قوله : « أستحسن فى المتعة أن تكون ثلاثين درهما » .

٢ — قد عمل علماء الحنفية والمالكية والحنابلة — رضى الله عنهم — بعد ذلك على بيان المراد بالاستحسان الذى قال به أئمتهم حتى تتضح حقيقته لمن انتقدوه ، وذلك بعد النظر فى مناحى أئمتهم فى الأخذ بالاستحسان ونظرهم فى الفروع المخرجة عليه .

٣ — أنه لم يبق الا الشافعية الذين أنكروا الأخذ بالاستحسان ، وسيتبين بعد عرض ما ذكره العلماء فى تعريف الاستحسان وبيان حقيقته أن الخلاف غير حقيقى وان النزاع انما هو فى اطلاق لفظ الاستحسان فقط .

تعريف الاستحسان

عند الاصوليين

أولا : الحنفية وتعريف الاستحسان :

١ — لقد نسب الى الحنفية تعريفان للاستحسان أثارت جدلا حوله وطعنا فى اعتباره حتى ذهب بعض العلماء الى القول برده باتفاق، وبعض آخر يرى أنه مردود اذا أريد بالتعريف معنى ، ومقبول اذا أريد به معنى آخر ، وبعضهم يرى أنه لا يحتمل سوى معنى واحدا يجعله مقبولا .

٢ — ذكر الحنفية تعريفات للاستحسان لبيان حقيقته عندهم ولكنها لم تسلم من النقد لها من حيث صلاحيتها كتعريفات تبين حقيقة المعرف بها ، وقبلت من العلماء الذين هاجموا التعريفين الآخرين .

— ونبين هذين القسمين فى الآتى :

أولا : بيان القسم الاول :

من التعريفات التى أثارت الجدل حوله .

التعريف الاول للاستحسان :

« أنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته (١٦) » .

---

(١٦) انظر المستصفى للغزالى ج ١ ص ٢٨١ وشرح جمع الجوامع مع حاشية البنانى ج ٢ ص ٣٧٠ وحاشية العطار ج ٢ ص ٣٩٤ .

ومعنى ذلك أنه لا يستطيع التعبير عما انقدح فى نفسه أو لا تساعده العبارة على ذلك فلا يقدر على ابرازه واظهاره مع انقداحه فى نفسه .

وقبل بيان موقف العلماء من هذا التعريف نقول فى بيان معناه :

« أن قوله : « ينقدح » مشتق من : « قدح » ومعرفة المشتق تتوقف على معرفة المشتق منه » .

ويقال فى اللغة :

١ — قدح بالزند يقدح قدحا ، واقتدح به رام الايقاد به .

٢ — قدح الشىء فى صدرى أثر فيه .

٣ — اقتدح الأمر دبره ونظر فيه ، والاسم القدحة — بكسر القاف .

ويقولون : صدقنى قدحه وقدحته (١٧) : أى قال الحق واستخرج بالنظر حقيقة الامر .

٤ — وقدحت العين : أخرجت منها الماء الفاسد ، وقدح الطبيب العين أخرج منها الماء المنصب من داخل .

---

(١٧) وتضرب القدحة مثلا لاستخراج حقيقة الامر بالنظر ، فيقال — كما ذكر — صدقنى قدحه وقدحته ، ويقال : أبصر وسم قدحك اى اعرف نفسك » .

انظر لسان العرب مادة : قدح ...

٥ — قدحت الماء من أسفل البئر اذا كان ماؤها قليلا .

٦ — قدحت العين غارت ، ويقال خيل مقدحة أى غائرة العيون .

ومعنى ينقدح المذكورة فى التعريف يحتمل :

١ — أن يكون من الاول : والمعنى : أن المجتهد لما أكد ذهنه وشحذ عقله فى استنباط الحكم كان كمن يريد ايقاد النار ليخرجها من كمونها .

٢ — ويحتمل أن يكون من الثانى والمعنى :

أن الدليل أثر فى صدره واقتنع به وتحقق منه .

٣ — ويحتمل أن يكون من الثالث والمعنى :

أن المجتهد نظر فى الأمر وتدبره حتى استخرج حقيقته وتحقق منه فاقتنع به .

٤ — ويحتمل أن يكون من الرابع والمعنى :

أن المجتهد لما جال بفكره فى بيان دليل الحكم أمكنه أن يخلصه من غاشية كانت حوله كما خلص الطبيب العين من الماء الذى أثر فى الابصار .

٥ — ويحتمل أن يكون من الخامس ، والمعنى :

أن المجتهد لما وجد معنى الدليل من المعانى التى يحتاج الوصول اليها الى جهد كبير حتى يتحقق منه لخفائه أو معارضته لغيره كان عمله فى الوصول اليه كمن يستخرج الماء من عين قل ماؤها .

٦ — ويحتمل أن يكون من السادس ، والمعنى :

أن الدليل لما لم يستطع المجتهد التعبير عنه بعد تحققه منه فكأنه غار فى نفسه كما غار ماء البئر فيها .

وبعد بيان هذه المعانى نقول :

قد فسر البنانى الانقداح الوارد فى التعريف المذكور بالظهور والاتضاح ، فقال : قوله « ينقدح » أى يظهر ويتضح (١٨) .

وقال الازميرى :

المتبادر من الانقداح هو الثبوت والتحقق (١٩) .

وعلى هذا : فمعنى التعريف : أن الاستحسان دليل على الحكم الشرعى استقر فى نفس المجتهد بعد تدبر وكد ذهن وأعمال فكر حتى ثبت عنده وتحقق منه فاقتنع به وان لم يستطع التعبير عنه .

ونقول : أن النقد الذى وجه لهذا التعريف والتعريف الآتى (وهو ما يستحسنه المجتهد بعقله) يظهر منه أن الخلاف فى الاستحسان عائد الى استعماله بهذين المعنيين ، ولذا كان النقد الموجه اليهما شديدا ، ولو تدبر الناقدون المسائل التى أخذ فيها بالاستحسان لخفت حدتهم أو تلاشت .

---

(١٨) انظر حاشية البنانى على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٧٠ ط المطبعة الازهرية .

(١٩) انظر حاشية الازميرى على مرآة الاصول ج ٢ ص ٣٣٥ .

« النقد الموجه لهذا التعريف »

١ — قال الغزالى — رحمه الله تعالى — فى حديثه عن تعريفات الاستحسان :

« قولهم : المراد به دليل ينقدح فى نفس المجتهد لا تساعد العبارة عليه ولا يقدر على اظهاره » .

وقد عقب عليه بقوله :

وهذا هوس لان ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه أو تزيفه ، أما الحكم بما لا يدرى ما هو فمن أين يعلم جوازه ؟ أبضرورة العقل أو نظره أو سمع متواتر أو آحاد ؟ ولا وجه لدعوى شىء من ذلك (٢٠) .

فالغزالى — رحمه الله تعالى — فى نقده هذا : يرد التعريف لأن ما لا يقدر على اظهاره وابرازه لا يدرى ما هو حتى يمكن الحكم عليه صحة وفسادا ؟ ولذلك رده لاحتمال أنه وهم وخيال لا سند له من دليل معتبر عقلى أو شرعى ولا وجه لدعوى ثبوته بشىء من ذلك لأنه لو ثبت بشىء منها لاستطاع التعبير عنه لكنه لم يستطع ذلك فكان هوسا وباطلا لا يجوز التمسك به والاعتداد به .

(٢٠) انظر المستصفى ج ١ ص ٢٨١ .

ورد ابن قدامة هذا التعريف بما رده الغزالى وأوجز فيه (٢١) .

وقال : البيضاوى بعد ذكره لهذا التعريف .

« أنه لابد من ظهوره وذلك ليتبين صحيحه من فاسده (٢٢) » .

وقال الغزالى فى المنخول :

« أن معانى الشرع اذا لاحت فى العقول انطلقت الالسن بالتعبير عنها وما لا عبارة عنه لا يعقل (٢٣) » .

ومن هذا الذى تقدم نرى أن الغزالى وابن قدامة والبيضاوى — رضى الله عنهم — قد ردوا هذا التعريف للاستحسان ولم يقبلوه لأن الأحكام الشرعية لا تبنى الا على دليل تحقق منه المجتهد واستطاع اظهاره وابرازه بالتعبير عنه .

ونقول : أن ردهما لهذا التعريف لما ذكراه ليس ردا للاستحسان الذى يستند الى دليل شرعى أو يصدر عنه — كما عبر الغزالى فى مناقشته لأدلة القائلين بالاستحسان وكذلك ابن قدامة فيما اختاره من تعريف له .

ويقول : الشيخ محمد بخيت المطيعى فى حاشيته على شرح الاسنوى على المنهاج للبيضاوى :

(٢١) روضة الناظر مع شروحها نزهة الخاطر ج ١ ص ٤٠٧ .
(٢٢) انظر المنهاج بشرح الأسنوى ج ٣ ص ١٤٣ .
(٢٣) المنخول ص ٣٧٥ .

« اذا لم يكن الاستحسان الذى انقدح فى نفس المجتهد نصا ولا اجماعا ولا قياسا صحيحا فلا يجوز للمجتهد أن يثبت به حكما فالذى تقصر عنه عبارة المجتهد لا يكون واحدا منها فلا يصح اثبات الاحكام الشرعية به » (٢٤) .

ويقول الشيخ محمد الخضر حسين :

« ومن فسر الاستحسان بدليل يقذفه الله فى قلب المجتهد تقصر عنه عبارته فقد فسره بما تتضافر أصول الشريعة على اسقاطه واخراجه من دائرتها ومن هذا الذى وصل الى رتبة استنباط الاحكام ولا يستطيع أن يعبر عما فى ضميره ويدل على ما خطر له من المعانى ، ثم أن قبول مثل هذا الذى ينقدح فى النفس ويعجز اللسان عن بيانه وعده فى أدلة الاحكام يفتح لأصحاب الأهواء بابا يخرجون منه الى ما يشاؤن من الابتداع فى الدين والعبث بأحكامه (٢٥) .

وهذا الذى ذكره من أن قبول ما يعجز عن التعبير عنه يفتح بابا لمن يريدون الابتداع فى الدين والعبث فى أحكامه ، يحتاج الى بيان الفرق بين الاستحسان والبدعة .

---

(٢٤) أنظر المستصفى ج ١ ص ٢٧٧ ، وما يأتى فى مناقشته أدلة الحجية ج ٤ ص ٤٠٠ ، وكان الشيخ محمد بخيت المطيعى مفتيا للديار المصرية فى سنة ١٩٣٥ م وطبع كتابه المشار اليه ١٣٤٥ هـ بالمطبعة السلفية بمصر .

(٢٥) أنظر رسائل الاصلاح ج ٣ ص ٧٢ للشيخ محمد الخضر حسين شيخ الازهر السابق طبع مكتبة القدس سنة ١٣٥٨ هـ / ١٩٣٩ م وكان شيخا جليلا ورعا وعالما فاضلا — رحمه الله تعالى رحمة واسعة .

ونقول هنا بايجاز : أن البدعة أمر مخترع يوجده الانسان من ذات نفسه عى غير مثال سابق ولا مستند له من الشرع لانه لو كان له مستند لم يكن عمله بدعة ، وهذا يخالف الاخذ بالاستحسان لانه لايكون من غير سند — كما سيأتى — وأما عدم استطاعة المجتهد التعبير عنه فهذا أمر جعله كثير من العلماء لا يضر فى عمله بما استحسنه فى خاصة نفسه وفتواه لمن يقلده ولا يجب على غيره الأخذ به . وليس فيه حجة لمبتدع .

وقال الشاطبى : بعد أن ذكر معنى الاستحسان عند الامام مالك وأبى حنيفة — رضى الله عنهما — الذى يفيد أنه الاخذ بدليل أقوى من غيره أو تقديم دليل على غيره لموجب :

« واذا كان هذا معناه عند مالك وأبى حنيفة — رضى الله عنهما — فليس بخارج عن الأدلة البتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا ويخص بعضها بعضا كما فى الادلة السنية مع القرآنية ولا يرد الشافعى مثل هذا أصلا فلا حجة فى تسميته استحسانا لمبتدع على حال (٢٦) » .

٢ — لما كانت عبارة التعريف المذكور : (ينقدح فى نفس المجتهد) ،

يمكن تفسيرها بمعنيين على ما ذكره الآمدى ومن وافقه لم يقولوا برده مطلقا كما صنع الامام الغزالى ومن وافقه .

---

(٢٦) الاعتصام ج ٢ ص ٣٣١ .

وهذان المعنيان هما :

الانقداح : (أ) المحقق والثبوت .

(ب) الشك والوهم .

وقد تردد التعريف بين القبول والرد ، فهو مقبول ان فسر بالمعنى الاول ، وذكر بعضهم أن التمسك به — أى العمل به — فى غاية البعد، ومردود ان فسر بالمعنى الثانى :

وكذلك هو مردود ان تردد بين المعنيين دون ظهور لاحدهما على الآخر .

وقد ذكر بعض العلماء :

أن المتبادر من قوله : « ينقدح » هو التحقق والثبوت دون غيره : فلا يحتمل معنى آخر .

واليك ما ذكروه فى ذلك :

أولا : قال الآمدى فى الاحكام بعد ذكره لهذا التعريف :

« أن تردد فيه بين أن يكون دليلا محققا ووهما فاسدا فلا خلاف فى امتناع التمسك به » .

« وان تحقق (٢٧) أنه دليل من الأدلة الشرعية فلا نزاع فى جواز

(٢٧) قال البنانى : فى حاشيته على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ج ٤ ص ٣٧٠ وقوله : « يتحقق » بالبناء للفاعل : اى ثبت ووجد، وبالبناء للمفعول : اى تيقن وعلم .

التمسك به أيضا وان كان ذلك فى غاية البعد » .

ثم قال : وانما النزاع فى تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون حالة امكان التعبير عنه ، ولا حاصل للنزاع اللفظى (٢٨) .

ونقول : اذا كان استبعاد التمسك به لعدم استطاعته التعبير عنه فانه لم ير ذلك فى كتابه منتهى السول حيث قال :

« ولا نزاع فى جواز التمسك به اذا تحقق المجتهد كونه دليلا شرعيا » وان عجز عن التعبير عنه ، وان نوزع فى اطلاق اسم الاستحسان عليه عاد النزاع الى اللفظ أ هـ (٢٩) » .

وقد يكون استبعاده نه : من جهة أن أى مجتهد تحقق من الدليل وثبت كان عدم استطاعته التعبير عنه بعيدا .

ثانيا : ذكر العضد فى شرح مختصر ابن الحاجب (٣٠) :

« أن هذا التعريف متردد بين القبول والرد لأنه ان كان المراد بانقداح الدليل فى نفس المجتهد أنه يتحقق ثبوته عنده فانه يجب عليه العمل به ولا أثر لعجزه عن التعبير عنه » .

(٢٨) الاحكام فى اصول الاحكام للامدى ج ٤ ص ١٣٧ ط مؤسسة الحلبى .

(٢٩) منتهى السول فى علم الاصول : اختصر فيه الآمدى كتابه الاحكام القسم الثالث ص ٥٦ — طبع محمد على صبيح دون تاريخ .

(٣٠) انظر شرح مختصر ابن الحاجب ج ٢ ص ٢٨٨ .

ثم بين أن الامر يختلف بالنسبة الى غير المجتهد فلا يجب على غيره أن يعمل به .

وان كان معنى ينقدح : أنه شاك فهو مردود باتفاق ، لان الاحكام الشرعية لا تثبت بمجرد الاحتمال والشك فى الدليل الذى يثبت به .

ثالثا : قال ابن السبكى : فى جمع الجوامع وشرحه للجلال المحلى (٣١) :

« وفسر بدليل ينقدح فى نفس المجتهد تقصر عنه عبارته » .

ورد : بأنه أن تحقق عند المجتهد فمعتبر ولا يضر قصور عبارته عند قطعا وان لم يتحقق عنده فمردود قطعا » أ هـ .

وقد فسر البنانى قوله : « فمعتبر » بقوله : أى يجب عليه العمل به وان قصرت عبارته عنه .

« وذكر ابن السبكى أيضا فى الابهاج أن عدم امكان التعبير عنه أمر لا يقدح فى كونه دليلا فجاز التمسك به » .

ويلاحظ بعد هذا : أن تعبيره بالرد فى قوله : « ورد ... الخ » يخالف ما ذكره بعد ذلك لانه ليس ردا للتعريف ، وانما هو نظر فيه وتمحيص له وبيان لما يمكن أن يدل عليه لفظ « ينقدح » الذى

(٣١) انظر جمع الجوامع وشرحه مع حاشية البنانى ج ٢ ص ٣٧٠ وحاشية العطار ج ٢ ص ٢٩٤ والابهاج فى شرح المنهاج ج ٣ ص ١٨٨ .
(٣٢) انظر التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٨١ .

أثار الجدل حوله قولهم ، لا يستطيع التعبير عنه ، أو تقصر عنه عبارته ، أو لا تساعده العبارة عليه ، كما عبروا عنه .

وذكر السعد فى هذا التعريف مثل ما ذكره ابن السبكى هنا (٣٢) .

وهكذا ترى هؤلاء العلماء — رحمهم الله تعالى — يقفون من قضيتى التعريف « ينقدح فى نفس المجتهد » ، « وتقصر عنه عبارته » موقف الناظر المحص له ، فبينوا متى يقبل ومتى يرد ، فيقبل عند التحقق منه ويرد عند الشك فيه . وعند قبوله واعتباره لا يضر قصور عبارته عنه ، على خلاف ما ذكر الغزالى ومن وافقه فيما تقدم حيث ردوه مطلقا دون أى تأويل أو غيره .

موقف الأزميرى (٣٣) من الحنفية :

لقد ذكر أن المتبادر من الانقداح هو التحقق والثبوت لا الشك والوهم .

ومعلوم أن المتبادر الى الذهن من اللفظ يكون اللفظ حقيقة فيه ولذلك قال العلماء التبادر أمارة الحقيقة .

وقد ذكر عدة تعريفات للاستحسان أولها قولهم : أنه دليل ينقدح ... الخ » .

(٣٣) انظر حاشية الازميرى على مرآة الاصول ج ٢ ص ٣٧٠ .

ثم قال :

ولا شك فى قبول الاستحسان على هذه التعاريف :

أما على الأول : فلأن المتبادر من الانقداح هو الثبوت والتحقق لا الشك والتردد ، والا لزم بطلان الاستحسان اتفاقا واللازم باطل اذ لا اتفاق على بطلانه بل الاتفاق على قبوله » . أ هـ .

ومفاد كلامه : أنه لو كان معناه المتبادر منه هو الشك والتردد لزم بطلان الاستحسان بالاتفاق ، وهذا اللازم باطل حيث اتفقوا على قبوله دون بطلانه ..

وذكر بعد ذلك ما يبين سبب الاتفاق على قبوله وهو أن الاستحسان لا يكون الا بدليل شرعى وما كان من الاحكام مأخوذا من دليل شرعى فهو محل اتفاق .

وأنه من المستبعد أنه يقول المجتهد بحكم شرعى الا اذا تحقق من دليل ذلك الحكم نظرا لدينه وورعه وتقواه ، ومنزلته من العلم .

وهذا الموقف من الأزميرى موقف مقابل لموقف الغزالى ومن وافقه ، والتبادر الذى ذكره لمعنى الانقداح تساعد عليه اللغة ، وما يتفق مع منزلة المجتهد العلمية والدينية .

---

(٣٤) انظر السياسة الشرعية والفقه الاسلامى للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٩٦ .

« ما هو المعنى الذى لا يستطيع المجتهد التعبير عنه »

١ — أن المعانى قد تكون واضحة تعينت تعينا تاما وهذه هى التى تلوح فى العقول ولا تقصر العبارة عنها وتنطلق الالسنة بالتعبير عنها ، ولأنها اتفقت فيها وجهات النظر ولم تتعارض فيها الأدلة الظنية مع العمومات القطعية كعمومات رفع الحرج ودفع الضرر والاخذ بما هو أعدل وأصلح وأنفع للناس ، فلم تقصر عبارته عنها .

٢ — وأما اذا كانت المعانى من النوع الذى تختلف فيه وجهات النظر ويقع فيها التعارض بين الأدلة القطعية والعمومات الظنية كما فى كثير من مسائل الاستحسان فان المعنى قد لا يصل فى الوضوح وكمال التعين الى حد تنطلق الالسنة بالتعبير عنه ويكون مع ذلك انقدح فى نفس المجتهد وتحقق منه وعلم أن الاخذ به أولى من غيره فى المسألة التى حدثت والقضية التى عرضت (٣٤) .

« مجال عمل المجتهد بما لا يستطيع التعبير عنه »

٣ — تقدم أن المجتهد اذا تحقق المعنى عنده ولم يستطع التعبير عنه فانه يجب عليه العمل به فى خاصة نفسه وافتائه لمن يقلده .

وذلك لأن المجتهد يجب عليه النظر فى أدلة الأحكام الشرعية ليستنبط منها الاحكام .

وأما بالنسبة لغيره فالأمر مختلف حيث لا يجب عليه الأخذ به ولا يكون حجة عليه حتى يعبر عنه بما يوضحه ان شاء أخذ به وان شاء تركه .

٢ — وقد ذكر البيضاوى التعريف المذكور فقال :

« فسر — أى الاستحسان — بأنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد وتقصر عبارته عنه » .

ثم قال : ورد بأنه لابد من ظهوره ذلك ليتبين صحيحه من فاسده » .

فقال الاسنوى معقبا عليه :

ولقائل أن يقول : أن أراد المصنف — البيضاوى — بوجوب اظهاره أنه لا يكون قبل ذلك حجة على المناظر فهذا واضح ، ولكنه ليس محل الخلاف .

وان أريد أن المجتهد لا يثبت به الاحكام فهو ممنوع ، اللهم الا أن يشك فى كونه دليلا فانه لا يجوز العمل به (٣٥) .

وقال : ابن السبكى فى التعقيب على عبارة البيضاوى المذكورة :

« وهذا الرد يتضح منه أنه لا يجدى شيئا فى مجلس المناظرة ، وأما أن المجتهد لا يعمل به فللقوم منع ذلك وأن يقولوا :

« اذا انقدح له دليل على حادثة وهو جازم بها أفتى بها المقلد »

ثم ذكر — كما قدمنا — أن عدم امكان التعبير عنه لا يقدح فى كونه دليلا فجاز التمسك به (٣٦) » .

(٣٥) شرح الاسنوى على المنهاج ج ٣ ص ١٤٠ .

والقول بجواز التمسك به : أى اثبات الاحكام به ، اذا تحقق عنده فى خاصة نفسه ومن يقلده ، هو ما عبر عنه : بالاعتبار ، وهذا يفيد أنه يصلح فى مقام النظر وأن كان لا يصلح فى مقام المناظرة .

هذا : ولا يلزم فى صحة اجتهاد المجتهد أن يكون ما توصل اليه باجتهاده بعد بحثه ونظره فى الادلة مما ينهض فى مقام المناظرة والموافقة لان هذا مقام آخر غير مقام النظر .

ولذلك قرر العلماء فى مثل هذا : أنه يوجد فرق بين مقام النظر ومقام المناظرة وأن ما يصح فى مقام النظر قد لا ينهض فى مقام المناظرة (٣٧) .

هذا : ونقول بعد ما عرضنا آراء العلماء وموقفهم من هذا التعريف:

١ — أن الغزالى وموافقوه ، رحمهم الله — ردوا التعريف ونقدوه نقدا شديدا — كما تقدم .

٢ — أن الازميرى — رحمه الله — قد أخذ بما يتبادر من لفظ الانقداح وهو معنى التحقق والثبوت ، ولم ير أنه يحتمل غيره .

٣ — أن الآمدى وابن الحاجب والعضد ومن وافقهم ، لم يردوا التعريف ... وانما كان لهم فيه نظر وتمحيص وتحليل لتمييز ما يرد

(٣٦) الابهاج فى شرح المنهاج ج ٣ ص ١٨٨ .
(٣٧) السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج بحث الاستحسان ص ١١١ .

وما يعتبر .. وما ذكروه كان فى النهاية تأييدا للتعريف لانه لا يقبل فى حق مجتهد عدل أمين عرف بالتقوى والورع أن يكون اقتناعه بحكم من الاحكام لا يستند الى دليل معتبر عنده وتحقق منه .

وكذلك لا يقبل فى حقه أن يحصل له هذا الاقتناع مع عدم تحقق الدليل عنده وثبوته لديه .

٤ — ونحن مع القائلين أنه ان تحقق منه عمل به فى خاصة نفسه وفى فتواه لمن يقلده وأما ما سوى ذلك فليس مقبولا حتى يعبر عنه .

التعريف الثانى للاستحسان

من القسم الاول

قال الغزالى فى بيان معنى الاستحسان :

« هو ما يستحسنه المجتهد بعقله (٣٨) » .

وقد ذكر أن هذا يسبق الى الفهم من معنى الاستحسان — أى معناه اللغوى ..

وذكر هذا التعريف ابن قدامة فى روضة الناظر ثم قال :

حكى عن أبى حنيفة أنه — أى الاستحسان — حجة : أى بهذا المعنى الذى ذكره .

التعقيب على هذا التعريف :

١ — لقد عقب عليه الغزالى بأنه يجوز ورود التعبير بما يستحسنه المجتهد بعقله ، وأنه لو فرض أن الشرع قال أن ما سبق الى أوهامكم واستحسنتموه بعقولكم أو سبق الى أوهام العوام فاعملوا به فهو حكم الله تعالى . أ هـ .

(ولكن ما يجوزه العقل لا يلزم منه الوقوع لان العقل لا مدخل له فى الوقوع ولا عدمه) .

---

(٣٨) انظر المستصفى جـ ١ ص ١٨٠ ، وروضة الناظر مع شرحها نزهة الخاطر العاطر جـ ٢ ص ٤٠٨ .

٢ — ذكر الغزالى وابن قدامة : أن الاستحسان بهذا المعنى فاسد لأمرين :

الأمر الأول :

أنه لم يقم على اعتباره دليل عقلى ضروريا كان أو نظريا ، وكذلك لم يقم عليه دليل شرعى متواتر أو أحادا .

ويذكر الغزالى أنه لو فرض أن عليه دليلا ، فلابد أن يكون متواترا لان الآحاد لا يصلح فى هذا الموضع اذا قلنا : أن الاستحسان دليل معتبر فى الاستدلال به على الاحكام ، وحيث انتفى ما يدل على اعتباره انتفى كونه دليلا ولا يجوز العمل به لأنه لم يقم على اعتباره دليل ما .

الأمر الثانى :

أن الأمة أجمعت قبل ظهور القول بالاستحسان على أنه ليس للمجتهد أن يحكم بمجرد الهوى والشهوة دون نظر فى الأدلة الشرعية ، لانه يكون كنظر العامى .

ومعلوم أنه لا فرق بين العامى والمجتهد الا معرفة الادلة الشرعية وتمييز صحيحها من فاسدها ، فاذا استحسن العالم من غير نظر فى الادلة كان هو والعامى على سواء ولعل مستند استحسانه وهم وخيال لو عرض على الأدلة لم يحصل منه طائل ولم يفد شيئا .

الرد على ذلك :

١ — انكم فسرتم عبارة التعريف بما ذكرتم مع أنها تحتمل غيره فنقول :

« هو ما يستحسنه المجتهد بعقله لدليل قام عنده ، لانه بعد نظرة فى الأدلة أخذ بما هو أقوى عنده فقدمه على غيره . ولم يقدمه لمجرد الهوى والشهوة .

٢ — لا ينكر أحد أن الأمة أجمعت قبل القول بالاستحسان على أنه ليس لاحد — أيا كان — أن يحكم بشىء تبعا للهوى والشهوة والا عد فاسقا ولم يعتبر قوله فى شىء ما ، وهذا مما لم يخالف فيه أحد .

وقد قال الطوفى : فى مختصر « روضة الناظر » ما يستحسنه المجتهد بعقله فان أريد مع دليل شرعى فوفاق والا منع (٣٩) .

٣ — أن نسبة القول بالاستحسان الى أبى حنيفة صحيحة لا تنكر ، ولكن لو بحثنا فى كل مسألة من المسائل التى قال فيها الامام أبو حنيفة — رضى الله عنه — بالاستحسان وجدنا أن مستنده فيها دليل شرعى قدمه على غيره لأمر يوجب تقديمه .

٤ — واذا كان كذلك فالاستحسان على هذا ليس عملا بالهوى والشهوة .

---

(٣٩) انظر الدليل فى أصول الفقه ص ١٤٣ وهو مختصر روضة الناظر تأليف سليمان بن عبد الطوفى ط الرياض سنة ١٣٨٣ هـ .

لان الشهوة لا تتعلق بالنظر والاستدلال ، فهى لا تختص بمن كمل عقله وعرف الأصول وطرق الاجتهاد فى الاحكام الشرعية ، وأما الاستحسان فهو مختص بالنظر والاستدلال (٤٠) .

وقال أبو الحسين البصرى : « أنهم لم يستحسنوا بغير طريق » أى دليل شرعى لأن استحسانهم أما بالاثر أو لوجه من وجوه الاجتهاد (٤١) .

٥ — والقول بأنه لم يقم عليه دليل متواتر ولا آحاد ، ولو فرض أنه قام عليه دليل من الآحاد فلا يعتبر أيضا ، فيرد عليه بأنه :

« لا يلزم فى كل ما يعمل به أن يقوم عليه دليل متواتر ، بل يكفى العمل بالآحاد فى مثل هذا أن وجد ، وللحنفية أدلتهم على اعتبار الاستحسان — ستأتى بعد .

(٤٠) أنظر أصول مذهب الامام أحمد ص ٥١٠ للدكتور عبد الله التركى نقلا عن العدة للقاضى أبى يعلى القراء سنة ٤١٣ .

(٤١) أنظر المعتمد لابى الحسين البصرى المتوفى سنة ٤٤٦ هـ ج ٢ ص ٨٢٨ .

تعريفات الاستحسان

من القسم الثانى عند الحنفية

١ — أن الاستحسان عند الحنفية له اطلاقان :

الأول : اطلاق بالمعنى الأخص وعرفوه بقولهم :

« هو العدول عن موجب قياس الى قياس أقوى منه (٤٢) » .

أى هو « قياس مستحسن » .

والعدول هو الترك ، وهذا العدول مع الاخذ بالمعدول اليه وترك الاخذ بغيره هو الاستحسان ، وذلك لدليل يقتضى ذلك .

وموجب القياس هو ما يدل عليه باعتبار الظاهر الذى عدل عنه وأخذ بالقياس الخفى لقوة أثره — تأثيره — .

ووجه الاستحسان : هو الدليل الذى اقتضى هذا العدول وهو القياس الأقوى .

النقد الموجه لهذا التعريف :

لقد انتقد بأنه لا يشمل أنواع الاستحسان الثابتة بغير القياس كالاستحسان الثابت بالأثر أو الاجماع أو الضرورة — كما فى أمثلة الاستحسان التى ستأتى :

الثانى : اطلاق الاستحسان بالمعنى الأعم — أى أنه أعم من كونه قياسا قابل قياسا آخر وقد ذكر لذلك عبارتان :

(٤٢) كشف الاسرار ج ٤ ص ٣ والتلويح ج ٢ ص ٨١ .

١ — « هو العدول عن موجب القياس بدليل أقوى » .

وهذا التعريف أشمل من سابقه حيث شمل الاستحسان بالقياس وغيره من الأدلة .

(ب) « وهو تخصيص القياس بدليل أقوى منه » .

« وقد انتقد هذا التعريف بأنه قصر الاستحسان على تخصيص العلة » .

ولكن السرخسى يقول :

من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقط أخطأ، لان العلة قد تكون غير متحدة (٤٣) .

وذلك كالعدول عن قياس سؤر سباع الطير على سؤر سباع البهائم (٤٤) بعلة النجاسة وقياسه على سؤر الآدمى ، أو سؤر الهرة، بعلة الطهارة وعموم البلوى .

تنبيه :

أن القياس فى تعريف الاستحسان قد يكون مرادا به القياس الذى هو أحد الادلة الاربعة وقد يكون المراد به ما هو أعم من ذلك

(٤٣) أصول السرخسى جـ ٢ ص ٢٠٤ .
(٤٤) سباع الطير كالنسر والصقر وسباع البهائم او الوحش كالاسد والنمر .

كقياس القواعد العامة ، واطرادها فيعدل عنها فى بعض الجزئيات لما يوجب ذلك العدول .

ما ذكره الكمال بن الهمام فى التحرير فى هذا الصدد :

جاء فى التحرير وشارحيه (٤٥) :

أن الحنفية قسموا القياس الى جلى وهو ما تبادر الى الافهام والى خفى وهو ما لم يتبادر ، والاول سموه بلفظ القياس ، والثانى سموه بلفظ الاستحسان بالنسبة الى قياس ظاهر متبادر المعنى .

« ثم ذكروا أن لفظ الاستحسان يقال لما هو أعم من القياس الخفى وهو كل دليل واقع فى مقابلة القياس الظاهر ، سواء كان نصا أو اجماعا أو ضرورة » — وستأتى أمثلة لذلك :

وقال السرخسى فى أصوله فى بيان المراد بالاستحسان :

وهو فى لسان الفقهاء نوعان (٤٦) :

(١) العمل بالاجتهاد وغالب الرأى فى تقدير ما جعله الشرع موكولا الى آرائنا نحو المتعة المذكورة فى قوله تعالى : « متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » .

أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأى .

(٤٥) انظر التحرير للكمال بن الهمام مع شرحه تيسير التحرير جـ ٤ ص والتقرير والتحبير جـ ٣ ص
(٤٦) أصول السرخسى جـ ٢ ص ٢٠٠ .

وكذلك قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

« ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الاستحسان » أ هـ .

ونقول : أن هذا النوع من الاستحسان الراجع الى العرف فى تقدير المتعة والنفقة لان الشارع لم يقدر لها قدرا معينا .

(٢) والنوع الآخر : « هو الدليل الذى يكون معارضا للقياس الظاهر الذى تسبق اليه الاوهام قبل انعام التأمل فيه ، وبعد انعام التأمل فيه يظهر أن الدليل الذى عارضه فوقه فى القوة وأن العمل به هو الواجب » . أ هـ .

وهذا النوع الآخر : هو المعبر عنه بقولهم : كل دليل واقع فى مقابلة القياس الظاهر .

وجاء فى المبسوط للسرخسى (٤٧) :

« أن الاستحسان فى الحقيقة قياسان أحدهما ضعيف الاثر يسمى قياسا والآخر خفى قوى الاثر يسمى استحسانا » . « فهو قياس مستحسن » .

وقد وافقه الكمال فيما ذكره فى النوع الثانى ، وان كان ما ذكره أولا يدخل فى الاستحسان بالعرف .

(٤٧) المبسوط للسرخسى ج ٣ ص ١٤٥ .

وعلى هذا فانه اذا وجد قياس تبادر الى الافهام لكنه ضعيف الاثر — التأثير — وقياس خفى لكن علته أقوى أثرا فانه يعمل بالقياس الخفى استحسانا لأن فى العمل به أخذ بالأقوى وترك الأضعف ، حيث انضم اليه ما يجعله أقوى من القياس الظاهر ، وهذا لا يصلح محلا للنزاع .

وقد ذكر بعضهم « أن الاستحسان يطلق فى الغالب على القياس الخفى الذى يقابل القياس الجلى » .

٢ — « تعريف أبى الحسن الكرخى » :

الاستحسان : « هو العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى نظائرها الى خلافه لوجه هو أقوى يقتضى هذا العدول » أ هـ (٤٨) .

وهذا التعريف أجود ما ذكره الحنفية من تعريفات للاستحسان ، وشمل ما لم يشمله غيره حيث يدخل فيه جميع صور الاستحسان التى ذكروها .

ونشير الى معانى مفردات هذا التعريف فى الآتى :

« العدول » ، تقدم : أن معناه الترك . وهو جنس يشمل كل عدول .

(٤٨) كشف الاسرار لعبد العزيز البخارى ج ٤ ص ٣ ، والتلويح على التوضيح ج ٢ ص ٨١ .

وقوله فى مسألة : أخرج به العدول عن غير مسألة ، والمراد بها هنا واقعة أو حادثة أو حالة تقتضى حكما شرعيا .

وقوله : « عن مثل ما حكم به فى نظائرها » .

مثل صفة لموصوف محذوف هو حكم المقدر (أى عن حكم مثل الحكم الذى حكم به فى نظائرها . أى ما يشبهها ويماثلها .

ولفظ « حكم » فى التعريف : أطلق ولم يقيد فيصح أن يكون ثابتا بالقياس أو غيره من الادلة .

قوله : « لوجه هو أقوى » :

المراد بالوجه هو مستند الحكم المستحسن ودليله ، ويسمى وجه الاستحسان ولابد أن يكون أقوى حتى يمكن العدول اليه ، فان لم يكن أقوى ملا عدول الى ما هو أضعف لأنه لا يترك القوى بالضعيف (٤٩) .

وقد أطلق « وجه الاستحسان » ولم يقيد فيصح أن يكون أى دليل معتبر .

وقوله : « يقتضى العدول » : بمعنى يوجب أو يدل أو يطلب .

والمراد أن ذلك الوجه يوجب العدول أو يدل عليه ، أو يطلب ، المجتهد بسببه العدول عن حكم الى غيره .

(٤٩) القوة والضعف أمر نسبى بين العدول عنه والمأخوذ به (المعدول اليه) .

وعلى هذا يكون معنى التعريف :

أنه قد توجد واقعة من الوقائع لها نظير وشبيه ثبت حكمه بدليل شرعى معتبر ، وهذا يقضى بأن حكم هذه الواقعة يكون مثل حكم نظيرها ، ولكن المجتهد يعدل عن حكم النظير الذى ثبت حكمه بدليل، ويعطيها حكما آخر لدليل آخر يقتضى هذا العدول، والاستحسان بهذا المعنى لا يكون محلا للنزاع .

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة فى هذا التعريف :

وهذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان عند الحنفية لأنه يشمل كل أنواعه ويشير الى أساسه ولبه ، اذ أساسه أن يجىء الحكم مخالفا لقاعدة مطردة لامر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب الى الشرع من الاستحسان بالقاعدة فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا فى المسألة من القياس .

ثم قال : وهذا التعريف يصور لنا أن الاستحسان كيفما كانت صوره وأقسامه يكون فى جزئية ولو نسبيا فى مقابل قاعدة كلية فيلجأ اليه الفقيه فى هذه الجزئية لكيلا يؤدى الاغراق فى الاخذ بالقاعدة التى هى القياس الى الابتعاد عن الشرع فى روحه ومعناه » (٥٠) .

وهذا يتفق مع ما ذكره الفقهاء من قبل عن سبب أخذ الامام أبى حنيفة — رحمه الله تعالى — بالاستحسان — كما سيأتى (٥١) .

(٥٠) اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة — رحمه الله تعالى — ص ٢٥١ .

(٥١) انظر ما ذكرناه بعد فى انواع الاستحسان .

والاعتراض على هذا التعريف :

لقد ذكروا أنه يدخل فيه التخصيص والنسخ ، مع أن تخصيص العام ليس استحسانا والاخذ بالناسخ دون المنسوخ ليس استحسانا. وهذا أورده عبد العزيز البخارى وذكر السعد مثله فى التلويح ، وذكر غيرهما مثل ذلك (٥٢) .

وقال البيضاوى : أنه يلزم عليه أن يكون التخصيص استحسانا . وليس كذلك .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

أنه يرد على الكرخى : اذا كان يريد مطلق مخصص ولكنه لايريد ذلك ، بل أنه يخص تعريفه بكل قياس خفى أو نص أو اجماع قابل القياس الظاهر ، ولم يرد مطلق مخصص بل مخصص خاص فى موضع خاص (٥٣) .

(٥٢) أنظر كشف الاسرار ج ٤ ص ٣ ، والمحصول ج ٢ ق ٣ ص ١٦٩ ، والمعتمد ج ٢ ص ٨٤٠ ، والتلويح ج ٢ ص ٨١ .

(٥٣) أنظر حاشية الشيخ بخيت المطيعى على شرح الاسنوى ج ٢ ص ٤٠٠ .

« موقف علماء غير الحنفية من تعريف الكرخى »

١ — الشيخ أبو اسحاق الشيرازى — رضى الله عنه :

لقد ذكر تعريف الكرخى ثم قال :

« فان كان مذهبهم — أى الحنفية — على ما قال الكرخى وعلى ما قال القائل الآخر وهو القول بأقوى الدليلين فنحن نقول به وارتفع الخلاف (٥٤) » .

٢ — الشيخ أبو الحسين البصرى — رحمه الله :

لقد ذكر تعريف الكرخى على أنه تعريف جيد ، واعترض عليه بما ذكر عن البخارى وغيره فيما تقدم .

٣ — الشيخ أبو حامد الغزالى — رضى الله عنه :

لقد ذكر تعريف الكرخى وأمثلته ثم قال : وهذا مما لا ينكر وانما يرجع الاستنكار الى اللفظ وتخصيص هذا النوع بتسميته استحسانا من بين سائر الادلة .

ومن أمثلة ذلك :

لو قال قائل مالى صدقة أو لله على أن أتصدق بمالى فالقياس أنه يلزمه التصديق بكل ما يسمى مالا ، لكن الامام أبا حنيفة — رضى

(٥٤) شرح اللمع ج ٢ ص ٩٧٠ للشيخ أبى اسحاق الشيرازى شيخ الشافعية فى عصره .

الله عنه — أستحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة لقوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة » .

فقد عدل بحكم المسألة عن نظائرها بدليل من القرآن الكريم (٥٥) .

وذلك أن من نذر أن يتصدق بمال معين لزمه ما نذر ولما كان العمل بالقياس هنا يخرجه من كل ماله استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة .

٤ — الامام الرازى — رضى الله عنه — :

لقد ذكر تعريف الكرخى على أنه أحد وجهين حصله المتأخرون فى تحديد الاستحسان .

وقد اعترض عليه بالاعتراض المتقدم عن البخارى وغيره .

والوجه الثانى الذى ذكره هو تعريف أبى الحسين البصرى للاستحسان وسيأتى :

٥ — الشيخ ابن قدامة الحنبلى — رضى الله عنه — :

لقد ذكر فى روضة الناظر . أن الاستحسان يراد به :

« العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة (٥٦) » .

---

(٥٥) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٢٨٣ .
(٥٦) روضة الناظر مع شرحها نزهة الخاطر جـ ٢ ص ٤٠٧ .

وهذا فى معنى تعريف الكرخى ، وان كان الكرخى لم يقيد الدليل الخاص بكونه من الكتاب والسنة فقط بل أطلقه ليشمل كل دليل معتبر فى الدلالة على الحكم الشرعى ، وذكر أن القول بالاستحسان مذهب الامام أحمد — رضى الله عنه .

وقال الطوفى فى مختصر « روضة الناظر » : فى تعريف الاستحسان :

« وأجود ما قيل فيه : أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص » أ هـ ثم قال مشيرا الى أن هذا الذى ذكره تعريف قد حاز القبول عنده .

« وقد قرر محققوا الحنفية الاستحسان على وجه فى غاية الحسن واللطافة . وقد ذكرنا المقصود منه هنا » .

وهو يشير بذلك الى تعريف الكرخى .

ثم ذكر كما ذكر ابن قدامة أن الاستحسان هو مذهب الامام أحمد — رضى الله عنه (٥٧) .

وكذلك ذكر غيره من الحنابلة كأبى يعلى وأبى الخطاب وآل تيمية فى المسودة وكذلك جاء فى شرح الكوكب المنير ، مثل ما ذكرنا هنا (٥٨) .

---

(٥٧) مختصر روضة الناظر المطبوع باسم البلبل فى اصول الفقه للطوفى طبع الرياض ١٣٨٣ هـ .
(٥٨) انظر التمهيد لابى الخطاب جـ ٤ ص ، وشرح الكوكب المنير جـ ٤ ص ، والمسودة ص ٤١٠ .

وما ذكرناه تبين منه رأى علماء الحنابلة فى الاستحسان فى ايجاز يغنى عن ذكر غيره فى هذا الصدد .

« تعريف أبى الحسين البصرى » :

« الاستحسان هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الالفاظ لوجه هو أقوى منه وهو فى حكم الطارىء على الاول » .

قال الاسنوى وغيره :

أشار بقوله : ترك وجه من وجوه الاجتهاد الى أن الواقعة التى اجتهد فيها المجتهد لها وجوه كثيرة يمكن الأخذ بكل منها فيترك المجتهد وجها ويأخذ بما هو أقوى من المتروك .

وقوله : غير شامل شمول الالفاظ : أى أن الوجه المتروك ليس شاملا للحكم شمول اللفظ العام لجميع أفراده ، وبذلك يخرج العدول عن العموم الى التخصيص فلا يكون استحسانا فلا يعترض به عليه كما اعترض على غيره .

ومثاله : « كون الطعم علة فى الربا وترك فى العرايا (بيع الرطب بالتمر على رؤس النخل) لوجه أقوى هو دفع الحاجة الى العرايا .

واحترز بقوله : « وهو فى حكم الطارىء على الأول » : عن ترك أضعف القياسين لاجل الاقوى فان الاقوى منهما ليس فى حكم الطارىء بل هو الاصل ، ولا يكون ذلك استحسانا ، مع أنه الأقوى فى الموضع الذى ترك فيه الاستحسان .

ومثال ذلك أن الحنفية :عملوا بالقياس وتركوا الاستحسان فيما لو قرأ آية فيها سجدة تلاوة فى الصلاة . فالقياس أن يجتزىء بالركوع ولا يسجد لها ، والاستحسان أن يسجد لها ولا يجتزىء بالركوع .

ووجه الاستحسان : أن السجود هو المأمور به وهو مغاير للركوع . كما فى سجود الصلاة لا يتأتى بالركوع .

ووجه القياس : أن المقصود من سجود التلاوة هو تعظيم الله تعالى والقيام بما يدل على الخضوع لله تعالى وعدم الاستكبار ، وهذا يحصل بما يدل عليه من ركوع وسجود فيصح أن ينوب أحدهما عن الآخر ولذلك عبر القرآن الكريم عن السجود بالركوع فقال : « وخر راكعا وأناب » .. وبهذا كان القياس أقوى من الاستحسان فقدم عليه .

وللكمال بن الهمام فى هذا المثال رأى آخر هو :

أن ما جعله الحنفية استحسانا هو القياس الجلى وما جعلوه قياسا هو الاستحسان وذلك أن منع تأدى المأمور به شرعا وهو السجود بغيره أقوى تبادرا من جوازه ولو شارك الركوع فى معناه . كالتعظيم أو لاطلاق لفظه عليه فى قوله : « وخر راكعا وأناب » ، أى ساجدا .

اذ لا يلزم من اطلاق لفظ على غير معناه جواز ايقاع مسماه مكان مسمى الآخر وان كان الذى أطلق هو الشارع .

« ثم بين أن الحكم الواقع بتأديها بالركوع هو الاستحسان

الذى ترك (٥٩) » .

وعلى هذا يكون الاستحسان هنا راجح على القياس على ما يراه الكمال .

« اعتراض الامام الرازى على هذا التعريف » :

أن هذا التعريف يقتضى أن تكون الشريعة كلها استحسانا . لأن جعل ترك ما ترك لوجه أقوى وهو فى حكم الطارىء على الأول .

وذلك لأن دليل العقل — البراءة الاصلية — تترك لدليل أقوى منها من نص أو اجماع أو قياس ولم يقل أحد ان ذلك استحسان .

ويرى الامام الرازى بعد ذلك أن يزاد فى التعريف قيد آخر يجعل هذا الاعتراض لا يرد عليه فيقال فيه :

« الاستحسان ترك وجه من وجوه الاجتهاد مغاير للبراءة الاصلية والعمومات اللفظية لوجه أقوى وهو فى حكم الطارىء على الاول (٦٠) » .

ونقول : أن موضع العمل بالاستحسان هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد فى واقعة ما من الوقائع ، كما عبر الاسنوى — وهذا أمر لا يجعل التعريف المذكور يعترض عليه بأنه يشمل دليل البراءة الاصلية، لانه خارج ابتداء ولم يدخل فيه .

---

(٥٩) انظر تيسير التحرير جـ ٤ ص

(٦٠) المحصول جـ ٢ ص ق ٣ ـ

واذا كانت الشريعة جاءت أحكامها مخالفة للبراءة الاصلية فهذا أمر آخر لا يسمى استحسانا ولا يجوز أن يقال بدخوله فى التعريف لأن الاستحسان رجوع عن حكم دليل خاص الى ما هو أقوى منه .

« رأى الآمدى » :

يرى الآمدى أن تعريف أبى الحسين البصرى أقرب من غيره الى معنى الاستحسان لانه يراه جامعا مانعا ، فلا يرد عليه اعتراض ما .

« ثم ذكر أن حاصله يرجع الى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص الى مقابلة بدليل طارىء عليه هو أقوى منه من نص أو اجماع أو غيره » .

ويرى بعد ذلك أنه لا نزاع فى صحة الاحتجاج بهذا ، وان نوزع فى تلقيبه بالاستحسان ، فحاصل النزاع فيه يرجع الى الاطلاقات اللفظية .

ثم ذكر أن النزاع يكون فى اطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل الى العادة .

ولكنه يعود فيقول :

أن أريد بها ما أتفق عليه أهل الحل والعقد من الامة (أهل الاجتهاد) فان حاصل ذلك يرجع الى الاحتجاج بالاجماع وهو حق .

وان أريد بالعادة عادة من لا يحتج بعادته كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم فذلك مما يمتنع ترك الدليل الشرعى به .

والاستحسان بالعادة (العرف) :

مثاله (أ) : استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض الماء المستعمل وتقدير مدة المكث فيه .

(ب) : استحسان الشرب من أيدى السقائين من غير تقدير فى الماء وعوضه .

وهذا على خلاف القياس القاضى بمعلومية المنفعة فى عقد الايجارة .

ويرى : أن هذا ليس مستنده الاستحسان ، ولكن مستنده سبب الاستحسان وهو الدليل الشرعى الموجب لذلك ، وهو وقوع ذلك فى زمن النبى — صلى الله عليه وسلم — مع علمه به وتقريره عليه (٦١) .

وذلك لأجل المشقة التى توجد فى تقدير الماء المصبوب ومدة المكث فى الحمام .

(٦١) أنظر الاحكام للآمدى جـ ٤ ص ١٣٨ ، ومنتهى السول له ايضا قسم ٣ ص ٥٦ . وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ .

« الاستحسان عند المالكية »

لقد عرف المالكية الاستحسان بعبارات متعددة نذكر منها ما يلى:

٢ — قال ابن خويز منداد (٦٢) وارتضاه الباجى :

« الاستحسان عندنا القول بأقوى الدليل » .

ومثل لذلك بتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر للدليل الوارد فى العرايا .

وتخصيص الرعاف دون القىء اذا حدث للمصلى أثناء صلاته بالبناء على ما صلى للسنة الواردة فى ذلك .

وذلك أنه لو لم ترد سنة بالبناء فى الرعاف لكان فى حكم القىء فى ألا يصح البناء لأن القياس يقتضى تتابع الصلاة .

فاذا وردت السنة بالرخصة بترك التتابع فى بعض المواضع صرنا اليها وأبقينا الباقى على أصل القياس ، وهذا الذى ذهب اليه هو الدليل وان كان يسميه استحسانا على سبيل المواضعة ولا يمتنع ذلك فى حق أهل كل صناعة ، أى أن تسميته استحسانا اصطلاح ولا مشاحة فى الاصطلاح .

وهذا فى النهاية ضرب من الترجيح .

(٦٢) أنظر احكام الفصول فى احكام الاصول ص ٦٨٧ لابى الوليد الباجى المتوفى ٤٧٤ هـ وابن خويز منداد هو محمد بن عبد الله أبو عبدالله البصرى المالكى توفى ٣٩٠ هـ .

٢ ــ قال الشاطبى فى الموافقات :

الاستحسان فى مذهب مالك ــ رضى الله عنه :

« الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى » .

ثم قال : ومقتضاه الرجوع الى تقديم الاستدلال المرسل على القياس فان من استحسن لم يرجع الى مجرد ذوق وتشهيه وانما رجع الى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الاشياء كالمسائل التى يقتضى القياس فيها أمرا الا أن ذلك الامر يؤدى الى فوات مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك .

وقد مثل لذلك بما هو ثابت بالنص كالقرض فانه ربا فى الأصل لانه درهم بدرهم الى أجل وبيع العرايا بخرصها تمرا . وقد أبيح ذلك رفقا وتوسعة للمحتاجين .

ولكن الشيخ عبد الله دراز يرى أن أدلة ما مثل به الشاطبى نصوص لا مصالح فكانت الامثلة غير مطابقة ثم مثل لذلك :

« لو اشترى شخص سلعة بشرط الخيار ثم مات فاختار بعض الورثة امضاء البيع ، واختار غيرهم رده .

قال أشهب : القياس الفسخ ، ولكنا نستحسن اذا قبل البعض الممضى نصيب المراد اذا امتنع البائع عن قبوله أن نمضيه .

والاستحسان : على هذا التعريف نوع واحد هو ما كان وجهه مصلحة مرسلة . ومن لا يقول بها قد ينازع فيه (٦٣) .

(٦٣) انظر الموافقات للشاطبى جـ ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها ، والاعتصام جـ ٢ ص ٣١٩ ، الطبعة الاولى ١٣٣٢ هـ / ١٩١٤ م .

٣ ــ قال ابن العربى :

« الاستحسان : ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته » .

ومعنى هذا : أن يجد المجتهد واقعة تستدعى الاستثناء من حكم دليل عام لدليل آخر عارضه فى هذه الواقعة لملابسات متعلقة بها ، فيستثنيها ويعطيها حكما مغايرا للدليل العام مستندا الى الدليل الخاص المعارض للدليل الأول لما فى ذلك من جلب مصلحة تفوت لو عمل بالدليل الأول أو دفع مفسدة قد توجد لو عمل بالدليل الأول .

وقد قسم ابن العربى الاستحسان أقساما أربعة :

١ ــ ترك الدليل للعرف ــ كرد الايمان الى العرف .

٢ ــ ترك الدليل للمصلحة ــ كتضمين الاجير المشترك .

٣ ــ ترك الدليل للاجماع ــ كجواز الاستصناع .

٤ ــ ترك الدليل لرفع المشقة والتيسير على الناس . وذلك كاجازة البيع مع الغرر اليسير الذى لا يلتفت اليه وكذلك التفاضل باليسير فى المراطلة الكثيرة .

ويقول ابن العربى فى أحكام القرآن :

« الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين » .

« فالعموم اذا استمر والقياس اذا اطرد فان مالكا وأبا حنيفة

يربان تخصيص العموم بأى دليل كان من ظاهر أو معنى (٦٤) .

وهذا يفيد ما ذكره ابن العربى قبل ذلك حيث لم يقيد ترك الدليل فى الاول لما هو أقوى منه ، وهنا قيده به ، وهذا التقييد يكون عندما يكون استمرار الاخذ بالعموم أو القياس مؤد الى فوات مصلحة أو الى وجود مفسدة — كما تقدم .

وهذا الذى ذكره بين لنا متى يلجأ المجتهد الى الأخذ بالاستحسان وهو أيضا ما عبر عنه ابن رشد فى حديثه عن الاستحسان فقال :

« الاستحسان — الذى يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس ، هو أن يكون طرحا لقياس يؤدى الى غلو فى الحكم ومبالغة فيه فعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع » .

قال الشاطبى بعد أن ذكر بعض تعريفات المالكية للاستحسان :

« وهذه تعريفات قريب بعضها من بعض » :

ثم قال : « واذا كان هذا معناه عن مالك وأبى حنيفة — رضى الله عنهما — فليس بخارج عن الأدلة البتة ، لأن الادلة يقيد بعضها ويخصص بعضها بعضا كما فى الادلة السيئة مع القرآنية ، ولا يرد الشافعى مثل هذا أصلا فلا حجة فى تسميته استحسانا لمبتدع على حال (٦٥) » .

(٦٤) أحكام القرآن لابن العربى جـ ٤ ص ٧٤٥ .
(٦٥) الاعتصام جـ ٢ ص ٣٣١ .

خاتمة لما تقدم :

١ — بعد الذى تقدم من بيان معنى الاستحسان عند الحنفية والمالكية وما اختاره ابن قدامة فى الحنابلة وما ذكره أبو الحسن البصرى فى تعريفه .

نقول : أن الاستحسان لم يكن فى يوم من الايام عملا بغير دليل ولا أخذا بالهوى والشهوة من أحد .

قال أبو الحسين البصرى (٦٦) :

« أعلم أن المحكى عن أصحاب أبى حنيفة القول بالاستحسان وقد ظن كثير ممن رد عليهم أنهم عنوا بذلك الحكم بغير دلالة .

ثم قال : والذى حصله متأخروهم هو أن الاستحسان عدول فى الحكم عن طريقة الى طريقة أخرى هى أقوى منها ، وهذا أولى مما ظنه مخالفوهم لانه الاليق بأهل العلم ولان أصحاب المقالة أعرف بمقاصد امامهم وأسلافهم ، ولانهم قد نصوا فى كثير من المسائل فقالوا : استحسنا هذا الاثر ولوجه كذا فعلمنا أنهم لم يستحسنوا بغير طريق شرعى معتبر » أ هـ .

وقد استبعد أبو الحسين البصرى ، كما تدمنا — أن يحكم أحد بغير طريق شرعى معتبر والا تساوى العالم مع الجاهل فى ذلك ، لأنه يكون حكما بالشهوة أو بأول خاطر يخطر له دون تحقيق أو بظن لا دليل عليه .

(٦٦) المعتمد جـ ٢ ص ٨٣٨ .

ولهذا بعد أن تبين معنى الاستحسان واتضح وجه الاخذ به عند العلماء وأنه لا يمكن لاحد من العلماء أن يعمل تبعا للهوى والشهوة ، قال ابن الحاجب وغيره : أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه لأنه اما مردود باتفاق ، وذلك اذا كان حكما بغير دليل ، واما مقبول باتفاق اذا كان حكما بدليل معتبر (٦٧) .

٢ — وبعد هذا فاننا رأينا البعض كأبى اسحاق الشيرازى وابن حزم نسبوا الى الامام أبى حنيفة — رضى الله عنه — القول بالاستحسان من غير دليل (٦٨) .

وما كان للامام أبى حنيفة — رضى الله عنه — أن يقول بذلك فقد روى عنه الآتى :

(أ) قال أبو يوسف :

كان أبو حنيفة اذا وردت عليه المسألة قال : ما عندكم فيها من الاثار فاذا روينا الآثار وذكر ما عنده نظر فان كانت الاثار فى أحد القولين أكثر أخذ بالاكثر ، واذا تقاربت اختار الا أن يفحش القياس عنده فيتركه الى الاستحسان أ هـ (٦٩) .

والمراد بفحش القياس هو أن يكون فى الاخذ به ، مشقة وبعد

(٦٧) انظر شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ج ٣ ص ٢٨٨ ، والاحكام للامدى ج ٤ ص ١٩٠ ، وشرح المنهاج للاسنوى ج ٣ ص ١٤٣ .
(٦٨) شرح اللمع للشيخ ابى اسحاق الشيرازى ج ٢ ص ، والتبصرة له ايضا ص ، والاحكام لابن حزم ج ٦ ص ١٦ ...
(٦٩) مناقب ابن حنيفة للموفق المكى ص ٨٥ .

عن اليسر ورفع الحرج وذلك ينافى طبيعة الشريعة الاسلامية .

(ب) وروى أيضا أن أبا حنيفة — رضى الله عنه — « كان يوصل الحديث المعروف الذى قد أجمع عليه ثم يقيس عليه مادام القياس سائغا ثم يرجع الى الاستحسان أيهما كان ، أوثق رجع اليه » أ هـ (٧٠) .

أى أن رجوعه الى الاستحسان يكون فى حالة ما اذا كان عدم العمل به مؤديا الى العسر والمشقة .

وروى عن اياس ابن معاوية القاضى أنه قال :

« قيسوا ما صلح القياس فاذا فسد فاستحسنوا » (٧١) .

قال بعضهم : أى فسد القياس فخذوا بأدق النظرين أ هـ .

وذلك لأن الاستحسان يحتاج الى نظر دقيق وذهن غواص على المعانى الدقيقة ، وفساد القياس هو تأديته الى الحرج والمشقة .

واذا كان هذا موقف الامام أبى حنيفة — رضى الله عنه — من النصوص والقياس والاستحسان ، فانه ما كان لاحد أن يبادر بالهجوم على القول بالاستحسان دون أن يتضح له بمعناه وما يراد به .

كما أن الاستحسان الذى هوجم بأنه مجرد تلذذ واتباع للهوى لم يقل به أحد من العلماء .

(٧٠) نفس المرجع ص ٧٥ وص ٨١ فيما تقدم ص ٦ هـ .
(٧١) نفس المرجع ص ٨٤ .

خاتمة :

بعد أن تبين معنى الاستحسان عند العلماء نذكر هنا كلمة للسعد التفتازانى (٧٢) ذكر فيها أن انكار العمل به عند عدم معرفة معناه مستحسن حتى يتبين المراد به عند القائلين به .

قال : « ولما اختلفت العبارات فى تفسير الاستحسان مع أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الانسان ويميل اليه وان كان مستقبحا عند الغير وكثر استعماله فى مقابلة القياس على الاطلاق كان انكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنا حتى يتبين المراد منه ، اذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه .

ثم قال : وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان أو اجماعا أو قياسا خفيا اذا وقع فى مقابلة قياس تسبق اليه الافهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف » أ هـ .

(٧٢) التلويح للسعد التفتازانى جـ ٢ ص ٨٢ .

« حجية الاستحسان »

حجية الشىء كونه حجة ، والحجة والدليل بمعنى واحد .

وقد اختلف فى حجية الاستحسان وكونه دليلا معتبرا فى بيان الاحكام الشرعية على الوجه الآتى :

١ — ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة — كما تقدم — الى القول بالاستحسان واعتباره حجة .

٢ — تقدم أنه نقل عن الامام الشافعى — رحمه الله تعالى — أنه رد القول به ولم يعتبره ، ولكن عند التحقيق سنرى أن الاستحسان الذى هاجمه لم يقل به أحد ، وأنه اذا كان قد أخذ بالاستحسان فى بعض المسائل فقد وافق أخذه بالاستحسان المعنى الذى أراده الحنفية والمالكية والحنابلة ولذا قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى والغزالى والفخر الرازى وغيرهم من الشافعية فى تعريف الكرخى ما يفيد أن معناه لا خلاف فيه ، وكذلك ذكر المالكية والحنابلة كما تقدم .

٣ — ذهب الظاهرية والشيعة ومن وافقهم الى عدم القول بالاستحسان .

« وقبل بيان أدلة حجية القياس وعدمها سأقدم القول فيما قاله الامام الشافعى — رضى الله عنه — ثم نذكر الادلة على حجيته بعد ذلك » والله الموفق .

« بيان ما قاله الامام الشافعى »

قال : — رضى الله عنه — فى بيان الادلة التى تؤخذ منها الاحكام الشرعية (٧٣) .

(أ) لا يجوز لمن استأهل (٧٤) أن يكون حاكما أو مفتيا ، أن يحكم ولا أن يفتى الا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو من جهة قياس على بعض هذا .

ثم قال : ولا يفتى بالاستحسان اذا لم يكن الاستحسان واجبا ولا فى واحد من هذه المعانى ، قال الله تعالى : « أيحسب الانسان أن يترك سدى (٧٥) .

ولم يختلف أهل العلم فيما علمت أن السدى الذى لا يؤمر ولا ينهى ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون فى معنى السدى ، وقد أعلمه الله تعالى : « أنه لم يترك سدى » .

(ب) ثم قال رضى الله عنه :

« ومن قال : أستحسن لا عن أمر الله ولا عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — : فلم يقبل عن الله عليه وسلم — ما قال ولم يطلب

(٧٣) الام باب ابطال الاستحسان جـ ٧ ص ٢٧٠ ، ١٧١ ، والرسالة (٥٠٤ ، ٥٠٥) .

(٧٤) قوله « استأهل » اى تحققت فيه اهلية الاجتهاد .

(٧٥) سورة الانسان .

ما قبل بحكم الله ورسوله — صلى الله عليه وسلم — وكان الخطأ فى قول من قال هذا بينا .

(ج) ثم قال أيضا :

« وان زعمتم أنه واسع لكم ترك القياس والقول بما سنح فى أوهامكم وحضر فى أذهانكم واستحسنته مسامعكم حججتم بما وصفنا من القرآن ثم السنة وما يدل عليه الاجماع من أنه ليس لأحد أن يقول الا بعلم » .

(د) وقال أيضا :

« أفرأيت اذا قال الحاكم والمفتى فى النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس وقال استحسن فلابد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه فيقول : كل حاكم ومفت بما استحسن ، فيقال فى الشىء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فان كان هذا جائزا عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا كيف شاؤا وان ضيقوا فلا يجوز لهم أن يدخلوا فيه » أ هـ (٧٦) .

« وقد تكرر مثل هذا عن الامام الشافعى — رضى الله عنه — فى الرسالة أيضا وكتاب جماع العلم » .

ونقول : أن هذا الذى ذكره الامام الشافعى — رضى الله عنه — أفاد أمورا نرى الجواب عنها فى الآتى :

(٧٦) الام المرجع السابق ، والرسالة .

(أ) ، (ب) لقد ذكر أنه لا يجوز لأحد حاكم أو مفت أن يحكم أو يفتى بغير القرآن والسنة وما قاله أهل العلم لا يختلفون وهو الاجماع ، أو قياس عليها ، وهذه الاربعة هى مصادر الاحكام ، والاستحسان ليس واحدا منها ، فلا يعول عليه ولا يحتج به .

وهذا يرد اذا قلنا : أن الاستحسان دليل مستقل خارج عن هذه الاربعة ولكن الاستحسان — كما تقدم — عدول عن دليل الى دليل أقوى منه فهو ليس بخارج عنها .

وما قاله من أن : من قال استحسن لا عن أمر الله ولا عن أمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقد ترك ما قاله الله تعالى ورسوله — صلى الله عليه وسلم — ولم يقبله ولم يطلب الحكم الذى استحسنه بما قاله الله ورسوله .

ونقول : أنه على هدا لو طلب الحكم المستحسن بدليل لما أنكره الامام الشافعى — رضى الله عنه — وهذا يدل على أنه ينكر الاستحسان الذى لا دليل عليه من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس، وما رأينا أحدا من القائلين بالاستحسان استحسنوا شيئا من غير دليل شرعى .

(ج) وما ذكره فى (ج) يرد عليه بأن من قال بالاستحسان وترك القياس لم يتركه الا بعد أن يكون العمل بالقياس غير سائغ وكان ما أخذ به أقوى من القياس الذى تركه ، لانه يكون مؤديا الى العسر والمشقة ، أو مفوتا للمصلحة فى بعض الوقائع ، ومن مقاصد

الشريعة التيسير ورفع الحرج عن المكلفين والاستحسان فى مثل هذا عند الحنفية عدول عن موجب قياس أقوى منه — أى هو قياس مستحسن . فأخذوا بالقياس أيضا ولم يتركوه .

(د) وما قاله فى الفقرة (د) من أنه اذا جاز القول بالاستحسان جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بما استحسن .. الخ .

ويرد على هذا بأن الاستحسان نوع من الاجتهاد فى تقديم دليل على دليل أو ترجيح دليل على غيره ، واختلاف المجتهدين فى اجتهادهم فى تقديم ما يقدمون من الادلة وترجيح ما يرجحون بسبب من أسباب الترجيح المعتبرة عند كل منهم لم يقل بمنعه أحد من العلماء ، ولم يقل أنه قد تعددت الآراء دون داع ، وليس فى ذلك لمن أجازه اهمال لنفسه ولم يمنعه حتى يضيق الامر على غيره .

وهذا القول من الامام الشافعى — رضى الله عنه — خلاف الواقع لان الاختلاف بين العلماء واقع بسبب الاجتهاد .

ونقول : أن خلاصة ما ذكره الامام الشافعى — رضى الله عنه — فيما تقدم عنه وغيره مما ذكره ، يفيد أنه ينكر الاستحسان الذى لا يستند الى دليل شرعى ، وأما ما يستند الى دليل شرعى فهو جائز عنده ، وقد نقل عنه القول بالاستحسان فى مسائل : منها :

١ — أنه قال فى متعة الطلاق : « أستحسن أن تكون ثلاثين درهما » (٧٧) .

(٧٧) الام ج ٥ ص ٥٢ .

وقد أجاب الشافعية عن ذلك بأنه استند فى هذا الى قول ابن عمر — رضى الله عنهما — ومذهبه أن الصحابى اذا انفرد بقول ولم يظهر ما يخالفه فهو حجة .

« وقد روى نافع أن رجلا أتى ابن عمر فذكر له أنه فارق امرأته — أى طلقها — فقال ابن عمر — أعطها كذا ، قال نافع فحسب فاذا نحوا من ثلاثين درهما » .

« وروى عن نافع عن ابن عمر قال : أدنى ما أرى يجزى من متعة النساء ثلاثون درهما أو ما أشبهها .

قال الامام الشافعى : — لا أعرف فى المتعة قدرا موقوتا ، الا أنى استحسن ثلاثين درهما لما روى عن ابن عمر (٧٨).

٢ — قال الامام الشافعى — رضى الله عنه — فى الشفعة :

« أنه يؤجل للشفيع ثلاثة أيام وذلك استحسان منى وليس بأصل » .

قال الماوردى جوابا عن هذا :

وأما استحسانه الشفعة أن تؤجل ثلاثة أيام فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله فى قريب الزمان فى مبيته بقية ليلته وامهاله لزمان أكله وشربه ولباسه فجعل القريب مقدرا بثلاثة أيام لقوله تعالى : « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » (٧٩) فجعلها حدا للقرب .

(٧٨) تلخيص الحبير فى تخريج احاديث الرافعى الكبير ج ٣ ص١١٩ باب المنفعة ط ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م وأدب القاضى الماوردى ج ١ ص٥٨ .

٣ — روى أنه استحسن للحاكم أن يحلف بالمصحف .

قال الماوردى :

وأما استحسانه للحاكم أن يحلف بالمصحف فلأن الايمان قد تغلظ فى كثير الاموال فجاز أن تغلظ بالمصحف الموجب للكفارة لما فيه من فضل الخوف والتحرج .

٤ — استحسن الامام الشافعى : أن يضع المؤذن أصبعيه فى صماخى أذنيه .

وقد ذكر الماوردى أنه استحسن ذلك لأن بلالا فعله فى حضرة النبى — صلى الله عليه وسلم .

وبعد ذلك قال الماوردى :

« فلم يخل ما استحسنه الامام الشافعى — رضى الله عنه — من دليل اقترن به ، والاستحسان بالدليل معمول به وانما تنكر العمل بالاستحسان اذا لم يقترن به دليل » أ هـ (٨٠) .

ونستطيع بعد ذلك أن نقول : أن الامام الشافعى — رضى الله عنه — اذا كان قد هاجم القول بالاستحسان فقد أراد به الاستحسان الذى لا دليل عليه ، وأما الاستحسان الذى يقترن به دليل فقد قال به واعتبره دليلا .

(٧٩) سورة هود ٦٥ .
(٨٠) أدب القاضى المرجع السابق .

ودل على ذلك ما روى عنه من المسائل التى قال فيها بالاستحسان من الناحية التطبيقية الفقهية العملية .

ويقول الآمدى : ونقل عن الشافعى — رضى الله عنه أنه قال :

أستحسن فى المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، وأستحسن ترك شىء من نجوم الكتابة للمكاتب ، وقال فى السارق اذا أخرج يده اليسرى بدل فقطعت :: القياس أن تقطع يمناه والاستحسان أن لا تقطع ..

ثم قال الآمدى : « فلم يبق الا الخلاف فى معنى الاستحسان وحقيقته » أ هـ (٨١) .

ونقول قد تقدم : أن الخلاف فى الاستحسان ليس اختلافا حقيقيا لان الاستحسان الذى ينكره المنكرون كما يؤخذ من كلامهم ، وهو القول بالهوى والتشهى لم يقل به أحد من المسلمين ، والاستحسان الذى يقول به من قالوا بحجيته ، ما هو الا تقديم دليل على دليل ، ولذلك قال ابن الحاجب « ولا يتحقق استحسان مختلف لانه اما مردود باتفاق أو مقبول باتفاق » (٨٢) .

وقال السعد التفتازانى :

« والحق أنه لا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع اذ ليس النزاع فى التسمية لأنه اصطلاح » (٨٣) .

(٨١) الاحكام جـ ٤ ص ١٢٦ .
(٨٢) شرح مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ .
(٨٣) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ٨١ .

« أدلة القائلين بحجية الاستحسان »

لقد استدلوا على ما ذهبوا اليه بالكتاب الكريم والسنة والاجماع والمعقول .

أولا : الكتاب الكريم :

١ — قوله تعالى : « واتبعوا أحسن ما أنزل اليكم من ربكم » (٨٤) .

ووجه الدلالة : أن قوله « اتبعوا » أمر والامر للوجوب ، وقد أمر باتباع البعض لكونه أحسن فدل على أن الاستحسان حجة .

والجواب على هذا : أن الامر باتباع الاحسن وهو الأظهر والأولى انما يكون عند تعارض الأدلة فيقدم الراجح بدلالته : فاذا تساويا فالراجح بحكمه (٨٥) .

وقال الغزالى : « أن أتباع أحسن ما أنزل الينا هو أتباع الادلة فبينوا لنا . أن هذا مما أنزل فضلا عن أن يكون من أحسنه » (٨٦) .

وقال الآمدى : « أنه لا دلالة فى الآية على أن ما صاروا اليه دليل منزل فضلا عن كونه أحسن ما أنزل » (٨٧) .

(٨٤) سورة الزمر ٥٥ .
(٨٥) انظر شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٩ .
(٨٦) المستصفى جـ ١ ص ٢٧٧ .
(٨٧) الاحكام للآمدى جـ ٤ ص ١٣٩ .

٢ — قوله تعالى : « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (٨٨) .

ووجه الدلالة : أن هذه الآية وردت فى معرض المدح والثناء على الذين يتبعون أحسن القول .

وهذه الآية تقوى لديهم وجه الاستدلال بالاية الأولى ، لأن الأولى فيها الامر باتباع أحسن ما نزل ، وفى هذه الآية المدح والثناء على الذين يتبعون أحسن القول .

والجواب : أن الآية لا دلالة فيها على وجوب العمل بالاستحسان وهو محل النزاع .

(أ) قال الغزالى : ردا على ما ذكروه فى وجه الاستدلال بالآيتين (٨٩) :

ثم نقول : نحن نستحسن ابطال الاستحسان وأن لا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم » .

(ب) ثم قال الغزالى :

الجواب الثانى : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامى والطفل والمعتوه لعموم اللفظ .

أى أنه لا فرق بين استحسان هؤلاء الا من جهة الدليل ، وقد

(٨٨) سورة (الزمر آية ١٩) .
(٨٩) المستصفى جـ ١ ص ٢٧٧ .

انعقد الاجماع على أن استحسان العامى والطفل لا يجوز الحكم به لانه حكم من غير دليل لانه قد يكون بالشهوة أو بأول خاطر أو يظن أن عليه دليلا ولا دليل عليه وهذا يتناول الحق كما يتناول الباطل (٩٠) .

ثم ذكر الغزالى بعد ما تقدم :

أنهم لو قالوا : المراد به اتباع بعض الاستحسانات دون بعض وهو استحسان من هو من أهل النظر لكان مقبولا ، وكذلك نقول :

« المراد كل استحسان صدر عن أدلة الشرع ، والا فأى وجه لاعتبار أهل النظر فى الادلة مع الاستغناء عن النظر » أ . هـ .

ونقول : أن الاستحسان فى أى مسألة لم يخل عن النظر بل أن العلماء الذين قالوا بالاستحسان لم يقولوا به دون نظر دقيق فى الأدلة وبذل جهد واعمال فكر فى تقديم دليل على آخر أو العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل هو أقوى .

وقال أبو الوليد الباجى :

والجواب : أن أحسنه هو الذين يكون معه الدليل .

وجواب آخر : « وهو أنه لو كانت هذه الآية محمولة على عمومها لوجب أن يكون استحسانا لتحريم القول بالهوى والشهوة عليكم حسنا

(٩٠) أنظر المعتمد جـ ٢ ص ٨٣٩ وأحكام العقول للباجى ص٦٨٩ .

ولوجب أتباعه وهذا يبطل تعلقكم به » أ هـ (٩١) .

ونقول : فى الرد على ما ذكره الباجى :

« أن الذين قالوا بالاستحسان لم يقولوا به من غير دليل » .

ولذا فليس الاستحسان قولا بالهوى والشهوة .

ويقول ابن حزم فى رد الاستدلال بالآية المذكورة :

« أن الاحتجاج بها على القائلين بالاستحسان لا لهم ، لان الله تعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنوا ، وانما قال : « فيتبعون أحسنه » وأحسن الاقوال ما وافق القرآن الكريم وسنة رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وهذا هو الاجماع — وهو الذى بينه الله عز وجل اذ يقول : « فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » .

ولم يقل سبحانه ردوه الى ما تستحسنون .

ثم قال ابن حزم : ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوا بدون برهان لانه لو كان كذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق ولبطلت الحقائق ولتضادت الدلائل وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذى نهانا عنه وهذا محال (٩٢) .

---

(٩١) احكام الفصول فى أحكام الاصول ص ٦٨٩ لابى الوليد الباجى المالكى المتوفى ٤٧٤ هـ ط بيروت دار الغرب الاسلامى .

(٩٢) الاحكام لابن حزم ج ٦ ص ١٧ طبع ١٣٤٧ هـ مطبعة السعادة وتصحيح وضبط الشيخ أحمد شاكر .

ثم بين أن سبب هذا الاختلاف هو اختلاف طرق العلماء فى الاجتهاد واستنباط الاحكام .

والرد على هذا :

١ — أن ابن حزم لا يقول بحجية القياس وينكر القول بالتعليل أيضا ، ومن تعريفات الاستحسان « أنه عدول عن قياس الى قياس أقوى منه .

وعلى هذا فان قوله : أن أحسن الاقوال ما وافق الكتاب والسنة .

وهذا هو الاجماع فمسلم .

ولكن هذا لا يجعلنا نقول : أنه لا توجد أدلة أخرى سوى الاجماع ترجع الى الكتاب والسنة ، فان القياس الذى ينكره ابن حزم راجع الى هذه الادلة والاستحسان فيه تقديم قياس على قياس لموجب وقد قامت الادلة عند جمهور العلماء على حجية القياس ، ودلت الآية المذكورة على حجية الاستحسان عند القائلين به .

٢ — وأما قوله : « ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوا بدون برهان ودليل .. الخ ..

فالرد عليه : أن الاستحسان لم يكن قولا بدون دليل حتى يؤدى الى ما ذكره من أمور لا يمكن أن يؤدى القول بالاستحسان اليها .

ثانيا : السنة : استدل القائلون بالاستحسان بقوله — صلى الله عليه وسلم .

« وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

ووجه الدلالة : أنه لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسنا لما كان عند الله حسن .

والجواب :

١ — قال الغزالى وغيره بعد أن ذكر هذا الحديث أنه لاحجة فيه من ثلاثة أوجه :

الاول . أنه خبر آحاد لا تثبت به الاصول ، وأنتم تقولون : الاستحسان أصل يستدل به على الاحكام ، فلا يستدل به عليه .

والثانى : أن المراد به ما رآه جميع المسلمين فيدل على حجية الاجماع وهو يتناول أهل الحل والعقد لا ما راه كل واحد من المسلمين.

الثالث : أن الصحابة أجمعوا على منع استحسان الحكم بغير دليل ولا حجة لانهم مع كثرة الوقائع التى حدثت تمسكوا بظواهر النصوص والاشباه وما قال واحد حكمت بكذا لأنه استحسنه ، ولو قال ذلك لانكر عليه .

وكذلك لما بعث النبى — صلى الله عليه وسلم — معاذا الى اليمن لم يقل أنى أستحسن اذا لم أجد الحكم فى الكتاب ولا فى السنة ، بل ذكر الاجتهاد بعدهما .

الرد على هذا . يمكن الرد على الأوجه الثلاثة المتقدمة بالآتى :

أولا : أن خبر الاحاد حجة عند جمهور العلماء وأثبتوا به المسائل العملية وما كان وسيلة اليها ، وان كانوا قد منعوا اثبات المسائل

العلمية (الاعتقادية) به فهذا أمر آخر غير ما نحن فيه .

ثانيا . أن الحديث ان كان ظاهره يدل على حجية الاجماع ، فان المستدل به لا يعارض فى ذلك ويقول : أنه كما يشمل الاجماع ، يشمل غيره كالاستحسان .

ثالثا : (أ) أن منع الصحابة الحكم بغير دليل ولا حجة مسلم، وهذا لا يفيد منع العمل بالاستحسان لان العمل به عمل بدليل وعدل اليه المجتهد وترك غيره لموجب يقتضى ذلك .

(ب) وأما أنهم لم ينقل عن أحد منهم أنه قال استحسن كذا .. الخ فالمعلوم أن لفظ الاستحسان بمعناه الاصطلاحى لم يكن قد عرف بعد فلم يذكروه فيما نقل عنهم .

(ج) وأما حديث معاذ وذكره الاجتهاد أو الرأى بعد الكتاب والسنة ، فان الاستحسان داخل تحت الاجتهاد والرأى ، وهو لايكون من غير دليل — كما تقدم .

هذا وقد رد ابن حزم على الاستدلال بالحديث المتقدم بالآتى :

١ — أنه لا يسند الى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — من وجه أصلا ، ولا يوجد فى مسند صحيح ، وهو معروف عن عبد الله ابن مسعود .

٢ — على فرض صحة هذا الحديث لما كان لهم فيه متعلق لأنه انما يكون فيه اثبات حجة الاجماع فقط لأنه قال : ما رآه المسلمون وهذا هو الاجماع الذى لا يجوز خلافه ، وليس ما رآه بعض المسلمين

بأول بالاتباع من بعض (٩٣) .

والجواب عن هذا : أن هذا الذى ذكره أولا مردود عليه بأن الحديث وان كان موقوفا على ابن مسعود الا أنه روى مرفوعا فى بعض الروايات ، وأنه يعتبر من أخبار الآحاد ، كما ذكر الغزالى وغيره.

وهو كما قدمنا : أن دل على حجية الاجماع بحسب ظاهره فليس هنا ما يمنع من دلالته على غيره .

ثالثا : الاجماع :

فقد أجمعت الامة على جواز دخول الحمام والمكث فيه من غير تقدير أجرة وعوض الماء ولا تقدير مدة المكث واللبث ، وكذلك شرب الماء من يد السقا من غير تقدير عوض ولا مقدار الماء المشروب ، لأن التقدير مثل هذا قبيح عادة فاستحسنوا ترك ذلك . وهذا على خلاف قاعدة البيع والاجارة (٩٤) .

والجواب عن هذا :

١ — أن الدليل على صحة هذا هو جريان ذلك فى زمن النبى — صلى الله عليه وسلم — مع علمه به وتقريره لهم عليه — رفعا للحرج والمشقة .

(٩٣) الاحكام لابن حزم ج ٦ ص ١٨ .
(٩٤) المستصفى ج ١ ص ٢٨٠ ، والاحكام للآمدى ج ٤ ص .

٢ — وذكر الغزالى :

(أ) أن شرب الماء بتسليم السقاء لطالبه مباح واذا أتلف ماء بشرب أو غيره فعليه ثمن المثل اذ قرينه حال السقاء تدل على طلب العوض فيما بذله فى الغالب وما يبذل للسقاء فى الغالب، يكون ثمن المثل فيقبله السقاء فان منع — أى طالب الماء — دفع شىء للسقاء فعليه مطالبته بالعوض .

فليس فى هذا الا الاكتفاء فى معرفة الاباحة بالمعاطاة والقرينة وترك المماكسة فى العوض ، وهذا مدلول عليه فى الشرع .

(ب) وفى مثال دخول الحمام أن ما فى داخله مستباح لداخله بالقرينة وبشرط العوض بقرينة حال صاحب الحمام ، ثم ما يبذله أن رضى به الحمامى واكتفى به عوضا أخذه والا طالبه بالمزيد ان شاء .

ثم قال الغزالى فليس هذا أمر مبدعا ، ولكنه منقاس والقياس حجة (٩٥) .

رابعا : المعقول . وهو استدلال بالمعقول المستند الى الشرع .

أن الاحكام الشرعية انما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد عن الناس ولما كان اطراد الأخذ بالقياس أو استمرار العمل بالعموم قد يؤدى فى بعض الوقائع الى تفويت مصلحة لخصوصية فى هذه الوقائع وظروف وملابسات تحيط بها وتجعل الحكم بموجب القياس الظاهر أو العام مفوتا لمصلحة الناس ، ولما كان من مقاصد الشريعة

(٩٥) المستصفى ج ٢ ص ٢٨٠ .

الاسلامية التيسير ورفع الحرج عن المكلفين ، لقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقوله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

ولما كان الاستحسان — كما تقدم — ليس الا عدولا عن حكم مسألة عن نظائرها الى حكم آخر لدليل تيسيرا على الناس وتحقيقا لمصلحة ، وهذا العدول لابد أن يكون مستندا الى دليل يصح الاعتماد عليه ، فلم يكن الاستحسان خارجا عن الأدلة التى يحتج بها ، ويصح أن يكون مصدرا من المصادر التى يلجأ اليها المجتهد ، فى معرفة بعض الاحكام الشرعية الاجتهادية ا هـ .

هذا : وان القول بالاستحسان والعمل بمقتضاه حيث أنه عدول عن حكم الى حكم لدليل أوجب ذلك بوافق ما ثبت فى القرآن الكريم وما ثبت فى السنة من عدول عن حكم الى حكم تحقيقا لمصلحة ورفعا للحرج مثل « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله بـه » .

وفى حالة الاضطرار عدل عن حكم هذه الآية فقال تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

ومثاله أيضا من السنة : أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن بيع المعدوم ثم رخص فى السلم لحاجة الناس اليه .

ونهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن بيع الرطب بالتمر ثم رخص فى العرايا للحاجة أيضا وهذا أمر لا ينكره أحد .

« أدلة النافين للاستحسان »

١ — تقدم بيان ما ذكره الامام الشافعى — رضى الله عنه — وبيان ما يمكن أن يقال فيه وهو أنه يرد الاستحسان الذى لا يسند الى دليل معتبر .

٢ — وتقدمت أدلة القائلين بحجية الاستحسان ، وما ورد من اعتراضات للنافين له عليها ، وقد بينت هذه الاعتراضات وجهة نظرهم فيما ذهبوا ، لأن هذه الاعتراضات بعضها قد ساقوه على أنه أيضا دليل لهم على نفى حجية الاستحسان .

ونذكر هنا بعض هذه الادلة زيادة على ما تقدم فى الاعتراضات :

١ — الدليل الاول وهو لابن حزم :

أن الاستحسان الذى يقولون به ويرونه أحوط وأخف وأقرب من العادة وأبعد عن الشناعة هو ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك ، وهذا كله راجع الى ما طابت عليه نفوسهم .

وهذا باطل بقوله تعالى :

— « ونهى النفس عن الهوى ، فان الجنة هى المأوى » .

— وبقوله تعالى : « ان النفس لأمارة بالسوء » .

— وبقوله تعالى : « بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم » .

— وقال تعالى : « ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله » .

— وفى هذه الآيات ابطال أن يستحسن أحد بغير برهان من نص أو اجماع .

ـ واقتصاره على النص والاجماع وحدهما ، لأنه لا يقول بحجية القياس .

والجواب عن هذا : أن القول بالاستحسان ليس قولا بما طابت عليه النفوس دون دليل حتى يكون الاخذ به تبعا للهوى ولا ما تمليه النفس الامارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، وقد تقدم ما بين أن العمل به عمل بدليل معتبر .

٢ ـ الدليل الثانى وذكره ابن حزم :

أن المكلف مطالب بالاخذ بالاحتياط فى الفعل والترك ، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله سبحانه وتعالى به وأمر به رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ والشناعة كلها فى مخالفتهما ، ولا حسن الا ما أمر به الله تعالى ورسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع الا ما نهى عنه ، والاستحسان ليس مما أمر به ولا أباحه .

والجواب عن هذا : أن العمل بالاستحسان عندما يكون اطراد العمل بغيره يؤدى الى حرج ومشقة فيقدم المجتهد دليلا على غيره رفعا للحرج عن المكلفين وفى هذا أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والمشقة. لان الله سبحانه وتعالى يقول : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

وقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لمعاذ وأبى موسى الاشعرى ـ رضى الله عنهما ـ لما بعثهما الى اليمن « بشرا ولاتنفرا ويسرا ولا تعسرا » .

٣ ـ الدليل الثالث وذكره ابن حزم :

ان كان الاستحسان كما ذكروا فى بعض تعريفاته هو تقديم قياس على قياس آخر لموجب ، فهذا يؤدى الى بطلان دلالة القياس جملة .

وبيان ذلك أنكم عندما تركتم القياس الظاهر لديكم وأخذتم بغيره فقد صح بطلان دلالة القياس الذى تركتموه باقراركم ، وصح بالبرهان الضرورى ابطال القياس كله جملة بهذا العمل .

وتبين أنه لا يصلح حجة ولا دليلا تثبت به الأحكام ، وبيان ذلك كالآتى :

(أ) أن الحق لا يتضاد ولا يبطل بعضه بعضا ولا يضاد برهان برهانا أبدا لان معنى المضادة أن يبطل أحد المعنيين الآخر .

(ب) اذا أبطل بعض الشىء بعضا وجب أن يكون كله باطلا ، لما قلنا . من أن الحق لا يبطل بعضه بعضا .

(جـ) واذا شهد بعض القياس عندكم بابطال بعض قياس آخر فنوع القياس كله متفاسد مبطل بعضه بعضا فهو كله باطل .

والجواب عن هذا :

(أ) أن تقديم قياس على قياس ليس فيه بطلان القياس الذى ترك وعمل بغيره فى بعض الوقائع التى اقتضت تركه فيها .

(ب) أن القول بأن الحق لا يبطل بعضه بعضا .. الخ مسلم .

ولكن ليس فى تقديم قياس على آخر بطلان كل منها للآخر لأن

الذى ترك لم يترك لبطلانه وانما ترك لما يترتب على الأخذ به من المشقة والتضييق على المكلفين .

(ج) وان القياس الذى قدم ليس شاهدا على بطلان غيره لأن تقديمه لموجب اقتضى العدول بحكم واقعة ما عن نظائرها ، وليس فى هذا بطلان ولا شاهد على بطلان .

والذى دفع ابن حزم الى هذا الرد هو قوله بعدم حجية القياس .

٤ — الدليل الرابع قاله ابن حزم :

« ونحن نقول لمن قال بالاستحسان ما الفرق بين ما استحسنته أنت واستقبحه غيرك وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت ، وما الذى جعل احدى السبيلين أولى بالحق من الاخرى » .

وهذا ما لا انفكاك عنه وبالله تعالى التوفيق .

أى أنه أمر لا تستطيعون الا التسليم به لأنه لا جواب عنه .

والجواب عن ذلك :

أن نقول : قد تقدم مثل هذا عن الامام الشافعى — رضى الله عنه — فى الفقرة (د) والجواب هناك هو الجواب هنا من غير فرق وعليه فلا الزام بما ذكر .

وفيما ذكرنا من الأدلة كاف فى هذا الموضوع وقد استطعنا الرد عليها بما وفقنا الله تعالى له والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب .

« أنواع الاستحسان »

تقدم أن الاستحسان لابد له من سند ودليل يثبت به وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان وهو ينقسم بالنظر الى ذلك الدليل الى أربعة أقسام ، أو أربعة أنواع :

أولا : الاستحسان بالنص وهو :

١ — العدول عن حكم الى حكم نص يقتضى هذا العدول .

٢ — أو نقول : العدول عن حكم اقتضاه القياس أو القاعدة العامة لورود نص فيها على خلافه .

ومن أمثلة ذلك النوع من القرآن :

فلو قال : مالى صدقة ، فالقياس يقتضى التصدق بجميع ماله . والاستحسان تخصيص ذلك بمال الزكاة .

ووجه الاستحسان : قوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة » ، فخصه بمال الزكاة .

ومن أمثلة من السنة :

بيع السلم فان مقتضى ما تدل عليه القاعدة العامة والقياس أنه لا يجوز لانه بيع معدوم وقت العقد ، لكن ورد النص بجواز السلم مثل قول الراوى .

« نهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن بيع المعدوم ورخص فى السلم » .

وقوله — صلى الله عليه وسلم — : « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم الى أجل معلوم » فدل هذا على جواز السلم .

وقال الغزالى عن هذا النوع : أنه مما لا ينكر وانما يرجع الاستنكار الى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الادلة (٩٦) .

ومثل ذلك النوع كل حكم استثنى من أصل كلى كالاجارة والعرايا وما شابه ذلك .

ثانيا : الاستحسان بالاجماع :

ومعناه العدول بحكم مسألة عن نظائرها لانعقاد الاجماع على حكم آخر وقد يكون الاجماع صريحا أو سكوتيا .

ومن أمثلة هذا النوع :

(أ) الاستصناع : وهو طلب الصنعة كأن تطلب من صانع أن يصنع لك شيئا كثوب من خياط وسرير من نجار نظير مبلغ معين .

والأصل فى ذلك عدم الجواز ، لأن المعقود عليه غير موجود وقت العقد ولكنه جاز استحسانا ، وقد جرى العمل به فى كل زمان من غير انكار من أحد من أهل العلم فكان اجماعا على جواز الاستصناع . وهذا على خلاف القياس لانه بيع معدوم وقت العقد عليه ، وأجيز للحاجة التى راعاها المجتهدون رفعا للحرج ولم ينكره أحد (٩٧) .

(٩٦) المستصفى جـ ١ ص ١٨٨ .
(٩٧) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢ ، ٣ .

(ب) ومن أمثلته أيضا : دخول الحمام والمكث فيه والشرب من السقاء من غير تقدير أجرة وزمن المكث ولا لكمية الماء المستعمل . وقد تقدم — بيان ذلك (٩٨) .

ثالثا : الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والاخذ بالاستحسان عندما يكون العمل بالقياس مؤديا للحرج فيعمل بالاستحسان ويترك القياس .

ومن أمثلة هذا النوع :

(أ) الحكم بطهارة مياه الحياض والآبار اذا وقعت فيها نجاسة ، فان القياس يقتضى عدم طهارتها ، لأنه لا يمكن صب الماء عليها ولا يمكن عصرها حتى تخرج منها النجاسة وان نزح بعض الماء منها لا يؤثر فى طهارة الباقى ولو أخرج الكل من البئر فما ينزل من أعلاها أو ينبع من أسفلها يلاقى نجسا من حجر أو طين أو غيرهما فينجس بملاقاته .

ويقول صاحب التقرير والتحبير :

والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل اذ لا يخفى أن ما وجب فيها نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، بل قولهم فى الهداية .

(٩٨) انظر ص ٤٥ .

« مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس يفيد أن تطهيرها مطلقا من الاستحسان بالأثر أ هـ (٩٩) .

(ب) ومن أمثلته أيضا .

اغتفار الغبن اليسير فى المعاملات لتفاهته ونذارته رفعا للحرج والقياس أنه لا يغتفر للدليل الدال على تحريم أكل أموال الناس بالباطل ، ولكنه اغتفر استحسانا للضرورة اذ لا يمكن الاحتراز عنه (١٠٠) .

(جـ) ومن أمثلة ذلك أيضا :

أن جميع بدن المرأة عورة بالنسبة للأجنبى عنها ، ولكن الضرورة قد تقتضى اباحة النظر الى بعض المواضع منها المداواة حفظا لحياتها، استحسانا ، وكذلك اباحة النظر الى الساعد والمرفق ممن أجرت نفسها للخبز أو الطبخ لحاجتها الى كشفهما وابدائهما وكذلك النظر الى الوجه والكفين عند طلب التزوج ونظر القاضى اليها ليحكم أو شاهد يشهد عليها .

رابعا : الاستحسان بالعرف والعادة :

وهو العدول عن مقتضى القياس الى حكم آخر ، عملا بما تعارفه عليه الناس واعتادوه مما لا ترده الشريعة .

(٩٩) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٢ .
(١٠٠) الاعتصام للشاطبى جـ ٢ ص ٣٢٥ .

ومن أمثلة ذلك :

حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا ، فانه لا يحنث لأن السمك لا يسمى لحما عرفا وكذلك لو حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا والمسجد يسمى بيتا لغة ، ولكن العرف عدم اطلاق لفظ البيت عليه .

خامسا : الاستحسان بالمصلحة :

لقد اعتبر بعضهم استحسان المصلحة والاستحسان بالضرورة نوعا واحدا .

ولم يعتبروه نوعا مستقلا .

ومن أمثلة ذلك :

تضمين الاجير المشترك وهو من يعمل للناس حاجاتهم بالاجر كالخياط مثلا اذا دفعت له قباشا ليخطه ثوبا أمين على ما تحت يده من حاجاته وبمقتضى القواعد العامة فى الشريعة أنه لا يضمن ما هلك من ذلك الا اذا ثبت أن الهلاك بتعديه أو بتقصير منه .

ولكن العلماء قالوا :

أنه يضمن استحسانا ، متى ثبت أن الهلاك لا دخل له فيه ، وان كان مقتضى الدليل العام أنه لا يضمن الا أنه وجد ما يعارض ذلك وهو المحافظة على أموال الناس ، فترك مقتضى الدليل العام ، وعمل بمقتضى الدليل المعارض وهو الحكم بالضمان .

ومثل ذلك : تضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السيارة ما تحمله وصاحب السفينة ، والسماسرة المشتركين .

سادسا : الاستحسان بالقياس بالخفى — أى الذى خفيت علته فى مقابلة قياس ظاهر العلة :

وهو العدول بحكم المسألة عن القياس الظاهر الذى يتبادر فيها الى قياس أدق وأخفى من الأول حيث يوجد ما يجعله أقوى من غيره ، وهذا النوع غلب على الاستحسان عند القائلين به حتى عرفه بعضهم: بأنه المعدول عن موجب قياس الى قياس أقوى ، أى أقوى أثرا — تأثيرا — وأصح باطنا — فالنظر فيه الى قوة الاثر وضعفه .

قال السعد : « والمراد بالاستحسان فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا » .

وقال أيضا : « أنه غلب فى اصطلاح الاصول على القياس الخفى خاصة كما غلب اسم القياس على القياس الجلى » .

ومن أمثلة ذلك :

(أ) اذا وقف أرضا زراعية ولم يذكر حقوق الرى والصرف ، فالقياس أن لا تدخل فى الوقف والاستحسان يقضى بدخولها فيه .

والقياس هنا : أن الوقف يشارك البيع فى أن كلا منهما اخراج ملك من مالكه فكما لا تدخل هذه الحقوق فى بيع الارض اذا لم تذكر فى العقد ، لا تدخل فى الوقف بغير ذكرها .

ووجه الاستحسان : أن وقف الارض الزراعية المقصود به هو الانتفاع بريعها ، وهو لا يتحقق الا اذا كان المقصود الانتفاع بريع الوقف لا تملك العين كان كالاجارة لها والاجارة تدخل فيها هذه الحقوق وان لم تذكر ، فكذلك تدخل فى الارض عند وقفها وان لم تذكر . فقياس وقف الارض الزراعية على اجارتها وان كان خفيا لعدم تبادره الى الذهن وخفاء الاشتراك فى العلة أقوى أثرا — تأثيرا — من قياسها على بيعها وان تبادر الى الذهن ، كما أنه يحقق الغرض من الوقف .

(ب) ومن أمثلة الاستحسان بالقياس الخفى فى مقابلة قياس ظاهر العلة :

سؤر سباع الطير « أى بقية الماء الذى شرب منه » وسباع الطير كالنسر والصقر وما شابه ذلك .

القياس الظاهر : يقتضى أنه نجس قياس على سؤر سباع البهائم كالاسد والنمر بجامع أن كلا منهما نجس اللحم لأنه محرم أكله وسؤرها نجس لتولده من لحم نجس ولذا حرم أكل سباع الطير وسباع البهائم .

ولكن الاستحسان الخفى يقتضى طهارته قياسا على سؤر الانسان بجامع أن كلا من الانسان وسباع الطير لا يلعق بلسانه عند الشرب ولانها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف لا رطوبة فيه فلا ينجس الماء لطهارته .

واذا تبين هذا فان العلة فى تحريم سؤر سباع البهائم ليس مجرد كونها غير مأكولة اللحم ، بل مخالطة الرطوبة والتعاب النجس للماء لانها تلغ الماء بلسانها .

وبهذا يتبين أن هذه العلة قد خفيت على من قاسه ظاهرا على سؤر سباع البهائم بعلة أن كلا غير مأكول اللحم ، وهذا هو القياس الجلى .

ثم بعد التأمل يتبين أن العلة هى ما ذكر ، وهى غير متحققة فى سؤر سباع الطير ، فكان قياسه على سؤر الآدمى أولى وهو القياس الخفى وقد سمى استحسانا .

وقال علماء الحنفية :

أن ترجحه على القياس الظاهر ليس لخفاء علته وظهورها فى القياس الجلى بل لانه أصح باطنا وأقوى أثرا .

ويذكر السرخسى :

أنه يقول بطهارة سؤر سباع الطير لطهارة منقارها الذى تشرب به وهو عظم جاف والعظم لا يكون نجسا من الميت فكيف يكون نجسا من الحى ؟

ثم ذكر أن هذا يتأيد بالعلة المنصوص عليها فى الهرة فان معنى عموم البلوى يتحقق فى سؤر سباع الطير لأنها تنقض من الهواء ولا يمكن صون الاوانى عنها خصوصا فى الصحارى .

« فالعلة على هذا وجوب التحرز عن الرطوبة النجسة التى يمكن التحرز عنها من غير حرج » وهذا صار معلوما بالتنصيص على العلة فى الهرة وهى الطواف فى البيوت ولا يمكن التحرز منها .

هذا : وليس حتما أن يكون القياس الخفى أقوى أثرا وأرجح من القياس الجلى وانما الغالب فيه أنه كذلك .

واذا كان القياس الخفى قد سمى استحسانا لأن الأخذ به مستحسن فذلك لا يمنع من أن يسمى استحسانا فى الحالات التى لا يحسن الاخذ به فيها لتحقق معناه وهو خفاء علته ، وطرد التسمية باعطاء الافراد القليلة المرجوحة اسم الكثير الغالب الراجح (١٠١) .

تنبيه : ما ذكر هى الانواع الستة للاستحسان ، وهى بجملتها أنواعه عند الحنفية والمالكية .

ولكن اذا نظرنا فيما تقدم فى تعريفات المالكية نجد أن ابن العربى قد ذكر أن الاستحسان هو ترك مقتضى الدليل لامور أربعة :

١ — تركه للاجماع .
٢ — تركه للمصلحة .
٣ — تركه للعرف .
٤ — تركه لرفع الحرج .

---

(١٠١) انظر مع ما تقدم السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج — رحمه الله تعالى ص ١٠٣ — ١٠٥ .

وعلى هذا فالاستحسان عند المالكية قد يكون سنده الاجماع ، أو المصلحة أو العرف أو رفع الحرج • وعند الحنفية كما تقدم أيضا :

١ ــ استحسان بالنص •
٢ ــ استحسان بالاجماع •
٣ ــ استحسان بالضرورة •
٤ ــ استحسان بالقياس الخفى •

وعلى هذا فالاستحسان عندهم قد يكون سنده النص أو الاجماع أو الضرورة أو القياس الخفى •

فلم يخل استحسان ما عن سند ودليل وليس عملا بغير سند ولا دليل •

« الفرق بين المستحسن بالقياس الخفى وغيره »

« من أنواع الاستحسان »

لقد ذكر الحنفية أن ما ثبت بالقياس الخفى ــ القياس المستحسن يتعدى لان حكم القياس الشرعى هو التعدية ، كما ذكر السرخسى •

وأما أنواع الاستحسان الاخرى فلا تتعدى لانها معدول بها عن سنن القياس أى قياس القواعد العامة ــ ومن شرط حكم الاصل أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس كما ذكر الكمال بن الهمام •

واذا كان القياس الخفى سمى استحسانا لمعنى فهو لا يخرج عن كونه قياسا شرعيا فيكون حكمة التعدية الى صورة أخرى •

ومثال ذلك :

اذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن قبل قبض المبيع والمبيع موجود فالقياس الظاهر أن يكون اليمين على المشترى فقط لانه منكر حيث يدعى البائع عليه زيادة فى الثمن • واليمين شرعا على المنكر ، والمشترى باعتبار الظاهر لا يدعى شيئا على البائع ، فهذا قياس جلى على سائر التصرفات •

ولكن وجوب اليمين على كل منهما ثبت بالاستحسان ، لان المشترى يدعى على البائع وجوب تسليم المبيع اليه عند تسليم أقل الثمنين ، والبائع ينكر وجوب تسليم المبيع بأقل الثمنين (أو ما أقربه المشترى) من الثمن كما أن المشترى ينكر وجوب زيادة الثمن فيتوجه اليمين عليهما استحسانا ، كما فى سائر التصرفات أن اليمين على المنكر •

قال السرخسى : ثم هذا الاستحسان لكونه قياسا خفيا يتعدى حكمه الى الاجارة والى النكاح فى قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن — رحمهما الله — والى الاختلاف بين الورثة بعد موت المتبايعين .

وأما اذا اختلفا بعد قبض المشترى المبيع من البائع فوجوب التحالف ثابت بالنص فى هذا الوضع فلا يتعدى الى غيره ، وذلك ثابت بقوله — صلى الله عليه وسلم — اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فليتحالفا وليترادا (١٠٢) .

« ثم ما هو الحكم المعدى من محل الى آخر هنا » ؟ :

لقد ذكر جمهور العلماء ومنهم الحنفية من شروط القياس :

أن لا يكون حكم الأصل ثابتا بالقياس بمعنى أن يكون فرعا فى قياس آخر وذلك من غير فرق بين القياس الجلى والخفى .

وبعض العلماء قالوا بجواز اثباته بالقياس ، فعلى هذا الرأى لا كلام فيه .

وأما على رأى القائلين بتعدية الحكم المستحسن فانه يقال لهم كيف يصح ذلك وأنتم قد اشترطتم فى التعدية ما تقدم .

(١٠٢) التلويح جـ ٢ ص ٨٤ — ٨٥ . واصول السرخسى جـ ٢ ص ٢٠٨ . وتيسير التحرير جـ ٤ ص ٨٢ — ٨٣ .

والجواب كما ذكر السعد :

أن المعدى بالحقيقة هو حكم أصل الاستحسان كوجوب اليمين على المنكر فى سائر التصرفات .

ثم قال : الا أن صورة التحالف وجريان اليمين من الجانبين لما كانت حكم الاستحسان الذى هو القياس الخفى أضيفت التعدية اليه، اذ لا يوجد فى الاصل الذى هو سائر التصرفات يمين المنكر بهذه الكيفية ؟ وهو أن يتوجه — أى اليمين — على المتنازعين فى قضية واحدة (١٠٣) .

(١٠٣) انظر التلويح المرجع السابق .

« الاستحسان وتخصيص العلة »

العلة كما عرفها العلماء هى :

١ — المعرف للحكم .

٢ — المؤثر فى الحكم . أى أنها تؤثر فى وجوده عند وجودها وفى عدمه عند عدمها أى يدور الحكم معها وجودا وعدما .

واذا وجدت العلة فى محل ولم يوجد فيه الحكم فهذا يسمى نقضا وتخصيصا للعلة عند بعض الاصوليين ، كالبيضاوى والاسنوى وغيرهما (١٠٤) .

٣ — والحنفية يقولون : أن تخصيص العلة غير النقض .

قال عبد العزيز البخارى فى شرحه لأصول البزدوى : تخصيص العلة عبارة عن تخلف الحكم فى بعض الصور لمانع .

وهذا أشار اليه البردوى بقوله :

من أصحابنا من أجاز تخصيص العلل المؤثرة ، وذلك بأن يقول : كانت علتى توجب ذلك لكن لم توجب لمانع ، فصار مخصوصا من العلة بهذا الدليل (١٠٥) .

٤ — ومن أجاز تخصيص العلة أجاز الاستحسان ومن أبطل تخصيص العلة أبطل العمل بالاستحسان (١٠٦) .

---

(١٠٤) انظر شرح الاسنوى على المنهاج جـ ٣ ص ٧٨ .
(١٠٥) كشف الاسرار جـ ٤ ص ٣٢ .
(١٠٦) **ونقول :** العلة قد تكون مستنبطة وقد تكون منصوصة =

وبعد أن ذكر السرخسى ما تقدم فى مثال سؤر سباع الطير للاستحسان بالقياس الخفى قال :

وبهذا يتبين أن من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقد أخطأ ثم بين وجه ذلك فقال :

لانه بما ذكرنا تبين أن المعنى الموجب لنجاسة سؤر سباع الوحش الرطوبة النجسة فى الآلة التى تشرب بها وقد انعدم ذلك فى سباع الطير فانعدم الحكم لانعدام العلة ، وذلك لا يكون من تخصيص العلة فى شىء .

= فالمستنبطة جوز تخصيصها أبو زيد الدبوسى وأبو الحسن الكرخى وأبو بكر الرازى والجصاص .

واكثر الحنفية العراقيين ذهبوا الى أن تخصيصها جائز وهو مذهب الامام مالك والامام أحمد — رضى الله عنه — وعامة المعتزلة .

وذهب كثير من الحنفية وهو ما يميل اليه صاحب كشف الاسرار الى انه لا يجو تخصيص العلة المستنبطة ، وهو أظهر قولى الشافعى وأكثر اصحابه .

وأما العلة المنصوصة فالقائلون بالجواز فى المستنبطة أجازوه فى المنصوصة .

ومن لم يجوزوا التخصيص فى المستنبطة اختلفوا واكثرهم جوز تخصيص المنصوصة ، وبعضهم منع تخصيصها ، وهو اختيار الاستاذ اسحاق الاسفرايينى وعبد القاهر البغداد (أنظر كشف الاسرار جـ ٤ ص٣٢ وأصول السرخسى جـ ٢ ص ٢٠٨ — ٢٠٩ والاحكام للآمدى جـ ٣ ص ٢٠٦ والمعتمد جـ ٢ ص ٨٢٩ .

ثم قال : وعلى اعتبار الصورة (أى المثال المذكور) يتراءى ذلك أيضا ، ولكن يتبين عند التأمل انعدام العلة أيضا (١٠٧) .

أى أن العلة التى وجدت فى سؤر الوحش ليست موجودة فى سؤر سباع الطير ووجدت العلة التى فهمت من التنصيص على العلة فى طهارة الهرة (وهى وجوب التحرز عن الرطوبة النجسة التى يمكن التحرز عنها من غير حرج) وعلى هذا ففى كل موضع ينعدم فيه بعض أوصاف العلة كان انعدام الحكم لانعدام العلة فلا يكون تخصيصا فالاستحسان فى هذا ليس من باب تخصيص العلة لأن التخصيص عبارة عن تخلف الحكم فى بعض الصور مع وجود العلة لمانع .

وذكر صدر الشريعة عن الحنفية أن الاستحسان ليس من باب تخصيص العلة لان ترك القياس بدليل أقوى لا يمكن تخصيصا .

وذكر السعد أن القائل : بأن الاستحسان من باب تخصيص العلة قد توهم ذلك لان القياس ثابت فى صورة الاستحسان وثابت فى جميع الصور وقد ترك العمل به فى صورة الاستحسان لمانع وعمل به فى غيرها لعدم المانع فيكون باطلا لان القول بتخصيص العلة باطل على ما ذهب اليه القائلون بذلك وهم أكثر الحنفية .

وقد أجاب السعد عن هذا :

بأن انعدام الحكم فى صورة الاستحسان انما هو لانعدام العلة

(١٠٧) أصول السرخسى ج ٢ ص ٢٠٤ .

فى سؤر سباع الوحش حيث لم توجد علته فى سؤر سباع الطير — كما تقدم (١٠٨) .

وذهب أبو الخطاب من الحنابلة الى أن الاستحسان راجع الى تخصيص العلة ... فقد قال :

فأما معنى الاستحسان والمراد به فهو أن بعض الامارات قد تكون أقوى من القياس فيعدل اليها من غير أن يفسد القياس ، وهذا راجع الى تخصيص العلة .

ثم قال : وشيخنا يمنع من تخصيص العلة وينصر القول بالاستحسان ولا أعرف لقوله وجها (١٠٩) .

وجاء فى المسودة (١١٠) : بعد ذلك أن القاضى أورد على نفسه هذا فى مسألة تخصيص العلة ، وفرق بين تخصيصها وبين ترك قياس الأصول للحبر ، قال : ولانهم قد يعدلون فى الاستحسان عن قياس وعن غير قياس ، فامتنع أن يكون معناه تخصيصا بدليل أ هـ .

هذا هو الوجه الذى ذكره القاضى أبو يعلى الفراء شيخ أبو الخطاب ، فى بيان نصرته القول بالاستحسان مع منعه من تخصيص العلة لان الاستحسان غير تخصيص العلة وهو ما ذهب السرخسى وصدر الشريعة والسعد من الحنفية وبينوا الوجه فيما ذهبوا اليه فى ذلك .

(١٠٨) التلويح على التوضيح ج ١ ص ٨٥ .
(١٠٩) التمهيد لابى الخطاب الحنبلى المتوفى عام ٥١٠ هـ ج ٤ ص٩٦ طبع مركز البحث العلمى بكلية الشريعة بمكة المكرمة .
(١١٠) المسودة لابى تيمية فى أصول الفقه ص ٤٥٣ ط المدنى بالقاهرة

« الاستحسان والقياس »

أن الاستحسان فى بعض أنواعه قياس خفى وقع فى مقابلة القياس الظاهر وقد أخذ بالقياس الخفى لقوة أثر وصلاحيته .

وما عدا ذلك فاننا لو نظرنا الى تعريف كل منهما نجد أن القياس يكون فى حالة ما اذا وجد محل نص أو أجمع على حكمه ووجدت علته فى محل آخر فان القياس يظهر الحكم فى ذلك المحل ويكون هو دليل اثبات حكمه .

أما الاستحسان فانه يكون اذا وجدت واقعة يقضى فيها دليل من الادلة بحكم من الاحكام ووجد ما يقتضى العدول عن هذا الحكم واثبات حكم آخر بدلا منه لمعنى يوجب ذلك غير متحقق فى غيره أو فى نظائره كما ذكر الكرخى فى تعريفه .

« الاستحسان والمصلحة المرسلة »

١ — المصلحة المرسلة هى ما تترتب على أوصاف يكون فى ترتيب الحكم عليها والقول به عندها جلب مصلحة للناس أو دفع ضرر أو مفسدة عنهم ولم يقم من الشارع دليل على اعتبار هذه الاوصاف ولا الغائها .

وقد سميت هذه الاوصاف أيضا مصالح لان ترتيب الحكم عليها من شأنه أن يحقق مصلحة من المصالح ، فهى مظنة المصلحة ، وكانت مرسلة لارسالها ، أى اطلاقها ، وعدم تقييدها بما يدل على اعتبارها ولا الغائها .

٢ — قد تقدم أن الكرخى عرف الاستحسان : بأنه العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى نظائرها الى خلافه لوجه هو أقوى .

وقد أشار هذا الى الفرق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة .

فالاستحسان فى جميع صوره يقتضى أن يكون للمسألة التى يحكم فيها بالاستحسان نظائر فى جميع صوره — أى مسائل أخرى مشابهة لها — حكم فيها على خلاف ذلك .

كما أن قطع المسألة عن نظائرها واعطائها حكما خاصا بها انما يكون لمعنى يقتضى ذلك غير متحقق فى نظائرها .

وأما المصلحة المرسلة — كما أشرنا اليها — فليس للمحل الذى

عمل فيه بالمصلحة نظائر حكم فيها على خلاف ما تقتضيه المصلحة فى ذلك المحل الذى حكم فيه بالمصلحة المرسلة .

وعلى هذا فليس فى اعتبار المصلحة ومراعاتها استثناء من حكم قاعدة عامة ، ولا عدول بمحلها عن الحكم الذى يقتضيه قياس .

وأكن قد يقال :

تقدم أن من أنواع الاستحسان الاستحسان بالمصلحة ، وقلنا : أن سنده هو لمصلحة والمراد بها هى المصلحة المعتبرة شرعا ، وفى المثال المذكور هناك فى تضمين الاجير المشترك ، أريد به المحافظة على أموال الناس ، وهذا من الضروريات الخمس التى عملت الشريعة على حفظها وهى حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال ، وزاد بعضهم سادسا هو العرض ، ومن لم يره سادسا أدخله فى حفظ النسل فما تقدم ليس من المصلحة المرسلة .

« الفرق بين الاستحسان والبدعة »

لقد أشرنا الى الفرق بينهما من قبل : ونزيدك هنا .

أن البدعة كما قال الشاطبى : طريقة فى الدين مخترعة تضاعى الشريعة يقصد بالسلوك عليها المبالغة فى التعبد لله تعالى» ؟

أو هى طريقة فى الدين تضاعى الشريعة يقصد بها مايقصد بالشرعية .

وعلى التعريف الأول لا تكون البدع الا فى العبادات وعلى الثانى تكون فى العبادات وغيرها .

والاسنحسان ليس كذلك عند العلماء — كما تقدم فى تعريفاته — وأنه تقديم دليل على دليل آخر لموجب يقتضى ذلك .

أما البدعة فهى أمر لادليل عليه ، فهى أمر مخترع لاسند له .

والاستحسان كما سبق عمل بالدليل الشرعى المعتبر شرعا فكان من الشرع وكان دليلا شرعيا ، وهو بهذا الاعتبار مخالف للبدعة لأن العمل بها عمل بغير دليل شرعى (١١١) .

تنبيه :

هناك أمور تستجد فى حياة الناس ، فاذا كان فيها تحقيق مصلحة لهم أو رفع حرج عنهم أو تسهيل لامور حياتهم ، فانها ليست من البدع المنهى المنهى عنها وانها تعتبر من قبيل العمل بالمصالح المرسلة .

« الاجتهاد والاستحسان »

الاجتهاد كما عرفه الأصوليين :

بذل المجتهد الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى — عملى من دليل تفصيلى .

وهذا تعريف للاجتهاد المطلق — أى الذى يقوم المجتهد المطلق — كائمة المذاهب مثلا .

---

(١١١) أنظر ما تقدم ص ١٩ والاعتصام للشاطبى ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها .

وأما الاجتهاد المقيد الذى يقوم به من بلغ رتبة الاجتهاد ولكنه يتبع أصول امام معين فى اجتهاده ليأخذ منها الحكم ، كأبى يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم وابن الحكم من المالكية والمزنى من الشافعية وغيرهم فانه يعرف اجتهادهم بأنه :

« بذل المجتهد الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى عملى من دليل تفصيلى على أصول أمام معين » . أهـ

وعلى هذا فانه يتقيد بطرق استنباطه ووجود استدلاله .

وغير هؤلاء : يوجد من فقهاء المذاهب من يسمون بأهل التخريج والترجيح .

وبعد هذا نقول : ان الاستحسان هو نوع من الاجتهاد سواء كان المجتهد مطلقا كالامام أبى حنيفة وغيره ، أو كان مجتهدا مقيدا أو من أهل التخريج والترجيح .

ولكنه لا يلجأ الى الاستحسان الا اذا لم يجد دليلا سواه يستطيع أن يستدل به على الحكم الشرعى أو أن يكون لاستحسانه وجه معتبر شرعا .

وقد تقدم أن الامام أبا حنيفة — رضى الله عنه — كان يلجأ الى الاستحسان عندما يقبح القياس أى يكون فى الأخذ به ضيق وحرج على المكلفين .

والى هنا تم ما كتبناه فى موضوع الاستحسان والحمد لله أولا وأخيرا وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .