

الاستحسان حقيقته وآراء العلماء فيه

أ. محمد علي ناصف الجامعة

كلية الآداب - الأسمرية الإسلامية

المقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد؛ فإن الأحكام الشرعية منارات على طريق الهدى، يهتدي بها السالكون، وينشدها الراغبون الطالبون؛ ليسيروا على الطريق المستقيم، ويسلكوا نهج الرسول الكريم، وأدلة هذه الأحكام بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، ومن المختلف فيه (الاستحسان) فما حقيقته، وما آراء العلماء فيه؟ للإجابة عن هذا السؤال وغيره، كان هذا العمل الذي يأمل الباحث أن يوفق فيه.

مشكلة الدراسة: تدور مشكلة الدراسة حول معرفة حقيقة الاستحسان، والأخذ به كدليل شرعي، في بعض المسائل التي تعرض للناس اليوم، والتي يحتاجون فيها لمعرفة الدليل الشرعي، والأخذ به يعتبر من باب التيسير على الناس؛ انطلاقاً من أن الشريعة تتسم بالمرونة، وتلبية مطالب الإنسان المعتدلة المتجددة، فهي ليست طقوساً جوفاء، ولا أحكاماً جائرة لا ترعى مصالح الناس، ولا تتفق ومقاصدهم المعتدلة.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى تحقيق الأمور الآتية:

- 1- التعريف بحقيقة الاستحسان كأصل من أصول الشريعة الإسلامية.
- 2- معرفة آراء الفقهاء القائلين به وأدلتهم.
- 3- معرفة آراء الفقهاء المنكرين له وأدلتهم.
- 4- بيان لبعض المسائل التي أخذ عمل بها بدليل الاستحسان

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تناولها أصلاً من أصول الشريعة قد يكون مهملاً، أو منسياً، وقد يكون طريقاً يلج منه الفقهاء؛ لاستخراج أحكام شرعية ملائمة لما يستجد من نوازل تقع في حياة الناس اليوم.

وسيكون منهج الدراسة وفق المنهج الاستقرائي، والوصفي.

خطة البحث:

قسّمت البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث؛ بينت في المقدّمة مشكلة الدراسة، وأهدافها، وأهميتها، والمنهج المتبع في البحث فيها.

المبحث الأول: ماهية الاستحسان، وأنواعه..

المبحث الثاني: آراء العلماء في حجّية الاستحسان.

المبحث الثالث: نماذج من تطبيقات الاستحسان.

وقد قسّمت كل مبحث إلى مطلبين، ثم كانت خاتمة البحث، ونتائجه، وقائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول: ماهية الاستحسان، وأنواعه

المطلب الأول: تعريف الاستحسان

أولاً- تعريفه لغة:

الاستحسان في اللغة: "استفعال" مأخوذ من الحسن، "والحسن ضد القبح، والجمع محاسن، وقد حسُن الشيء بالضم حُسْنًا، ورجل حسن وامرأة حسنة، وقالوا: امرأة حسناء، ولم يقولوا رجل أحسن، وهو اسم أنثى من غير تذكير، كما قالوا: غلام أمرد ولم يقولوا جارية مرداء، فذكروا من غير تأنيث، وحسّن الشيء تحسينا زَيَّته، وأحسن إليه وبه، وهو يحسن الشيء أي يعلمه، ويستحسنه أي يعده حسنا، والحسنة ضد السيئة، والمحاسن ضد المساوئ، والحسنى ضد السوءى، وحستان اسم رجل، إن جعلته فعالا من الحسن أجريته، وإن جعلته فعلا من الحسن وهو القتل أو الحسّ بالشيء لم تجره"⁽¹⁾.

وليس الخلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان لوروده في القرآن الكريم والسنة النبوية، وعبارات بعض الفقهاء، وإنما وقع الخلاف في معناه، وتعريفه الاصطلاحي.

ثانيا - تعريف الاستحسان اصطلاحا:

وأما في الاصطلاح فللاستحسان عدة تعريفات، من أهمها وأشهرها ما يأتي:

1- تعريف الشاطبي، وهو مالكي المذهب بقوله: "هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"⁽²⁾.

(1) مختار الصحاح تأليف: محمد بن أبي بكر الرازي ص: 167، مادة: حسن.

ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في جملة أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة من جهة أخرى، ويُعد هذا التعريف انعكاساً لمفهوم الاستحسان عند المالكية، إذ هو عندهم صورة من صور المصالح المرسلّة؛ قال الشاطبي: إنهم صوّروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلّة، فمن هذا الكلام يتضح أن المصالح المرسلّة منها ما هو استحسان، وهو الذي كان على سبيل الاستثناء، ومنها ما لم يكن كذلك فهو مصلحة فقط.

2- وعرف أبو الحسن الكرخي الحنفي⁽¹⁾ الاستحسان بقوله: "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى"⁽²⁾ فيدخل في هذا التعريف العدول عن حكم العموم إلى مقابلة للدليل المخصص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابلة للدليل الناسخ، فهو في حقيقته يشمل إخراج بعض الجزئيات عن أن يتناولها حكم القياس الأصولي، كما يشمل حكم القواعد العامة المقررة⁽³⁾.

3- وقد ذكر له ابن قدامة الحنبلي⁽⁴⁾ ثلاثة تعريفات:-

أولها - "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة"

ثانيها - "ما يستحسنه المجتهد بعقله"

وثالثها - "هو دليل ينقذ في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه"⁽⁵⁾.

إن الذي يتضح من النظر في التعريفات التي قيلت في الاستحسان وما ذكره عنها، فهو أن العلماء متفقون على الناحية الشكلية منه، وهي استثناء جزئية من انطباق حكم الدليل الكلي عليها، قاعدة كان أو قياساً، ولكنهم لم يبدوا اهتماماً بما يدفع إلى هذا الاستحسان، وإنما نسبوه إلى الأدلة التي

(1) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي الفقيه العابد . درس في بغداد وتلمذ على يديه الكثيرون . من مؤلفاته شرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير . في فروع الفقه الحنفي توفي في بغداد سنة 340 هـ، تاج التراجم ص 39 .

(2) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه تأليف: عبد الوهاب خلاف - ص 70 .

(3) الإحكام في أصول الأحكام ، تأليف: علي بن محمد الآمدي-4/ 158 .

(4) هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الصالحي، يتصل نسبه إلى الخليفة الثاني عمر بن الخطاب، ولد عام 541هـ. 1146 في إحدى قرى نابلس، كان إمام عصره في علم العربية والنحو والعقيدة وهو من أئمة فقهاء الحنابلة ومن مؤلفاته: المغني، المتنع، والكافي توفي عام 620هـ . 1223م، ذيل طبقات الحنابلة، 2\133.

(5) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، - مرجع سابق. - ص 70.

أثبتته، ونوعوا بحسب اختلافها، مع أن الأدلة التي يتنوع بتنوعها الاستحسان يجمعها خيط واحد، هو التخفيف ورفع الحرج، كما سيتضح ذلك من خلال دراسة الأنواع، وتحليل بعض الأمثلة عنها، وكان ينبغي أن يُصنَّ على هذه الحقيقة في التعريف.

ومن خلال ما سبق يمكننا أن نعطي للاستحسان تعريفاً شاملاً يبيّن حقيقته ويظهر علته، وهو التعريف الآتي:

الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي التخفيف، ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم.⁽¹⁾

المطلب الثاني: أنواع الاستحسان

قسم بعض الأصوليين الاستحسان باعتبار الأصل الذي ثبت به إلى تقسيمات متعددة، وفيما يلي تفصيل لبعض تلك التقسيمات:-

أولاً - عند المالكية:

قسم علماء المالكية الاستحسان إلى أربعة أقسام على المشهور، وهي:

1- ترك مقتضى الدليل للعرف، مثاله كمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً، لا يحنث مع أن السمك لحم، والقرآن سماه لحماً في قوله تعالى ﴿وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾⁽²⁾ ولكن العرف لا يسمي السمك لحماً، فعدل على موجب القياس للعرف.⁽³⁾

2- ترك مقتضى الدليل لإجماع أهل المدينة، وهو أعم من أن يكون بإفتاء المجتهدين في حادثة علي خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، ومن أمثلة هذا النوع عقد الاستصناع، فهو جائز استحساناً، والقياس عدم جوازه؛ لأنه عقد على معدوم، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة، ووجه الاستحسان فيه جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعاً. ومثله أيضاً: دخول الحمامات بأجر معلوم، فالقاعدة العامة تقضي بفساده لجهالة ما يستهلكه الداخل من الماء، وجهالة المدة التي يمكنها في الحمام، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحساناً لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعاً للحرج عن الناس فكان إجماعاً.

(1) ينظر: الاستحسان، تأليف: يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، ص 41.

(2) سورة فاطر الآية 12.

(3) ينظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، تأليف: عبد الوهاب خلاف، ص 74-75.

3- ترك مقتضى الدليل للمصلحة: ومثاله تضمين الأجير المشترك، فمقتضى القياس أن الأجير المشترك إذا هلك المال في يده لا يضمن، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه، تحقيقاً للمصلحة المتمثلة في المحافظة على أموال الناس وتأمينها⁽¹⁾.

4- ترك مقتضى الدليل لرفع المشقة: إثارة للتوسعة على الخلق ورفع الحرج، ومثاله: إجازة التفاضل اليسير في المرافطة الكبيرة، وبيع دون وصف اليسير، ولهذا يغتفر الغبن اليسير في المعاملات، ويتسامح في التافه⁽²⁾.

ثانياً- الحنفية:

الاستحسان عند علماء الأحناف أربعة أنواع وهي كالآتي:-

1- الاستحسان بالقياس الخفي: وهو يتحقق في كل مسألة يجتمع فيها قياسان أحدهما ظاهر جلي، والثاني خفي، فيترك الظاهر، ويؤخذ الخفي إذا ظهر للمجتهد دليل يحفره على هذا الترك، وفيه يكون الشيء متردداً بين أصليين في كل منهما حكم ثابت شرعاً، وقد أخذ شبهها من كل منهما فيلحق بأقواهما شبهاً، ومثاله:- إذا وقفت أرضاً زراعية ولم ينص على حقوق ارتفاقها من شرب وطريق وغيرهما، فهل تدخل المرافق في الوقف أم لا؟

فهذه المسألة تعارض فيها قياسان لوجود شبيهين لها، فالوقف يشبه البيع من جهة أن كل منهما يخرج العين من ملك صاحبها، ويشبه الإجارة من جهة أن كل منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين لمن صدر العقد له، ومقتضى الأخذ بالشبه الأول عدم دخول المرافق إلا بالنص عليها، كما هو حكم البيع، ومقتضى الأخذ بالشبه الثاني دخولها ولو لم ينص عليها، كما هو حكم الإجارة؛ لأن الانتفاع المقصود بالإجارة لا يمكن بدون المرافق، لكن القياس الأول وهو القياس على البيع ظاهر يتبادر إلى الفهم بمجرد النظر، ومع ذلك رجحوا العمل بالثاني لقوته، حيث إن الانتفاع بالموقوف لا يمكن بدون المرافق فكان شبهه بالإجارة أقوى من شبهه بالبيع، ولذلك قالوا: القياس ألا تدخل المرافق في الوقف إلا بالنص عليها، والاستحسان يقتضي دخولها وإن لم ينص عليها⁽³⁾.

2- الاستحسان بالنص:- وهو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي هذه الواقعة حكماً يخالف الحكم الكلي الذي يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل

(1) ينظر المصدر نفسه، ص 75.

(2) ينظر القاضي أبي بكر بن العربي المغافري المالكي، المحصول في أصول الفقه، 1/131.

(3) ينظر: مُجَدِّ مصطفى شلبي، أصول الفقه الاسلامي، 1/282-283.

العام، أو القاعدة المقررة، وهو يشمل جميع الصور التي استثناها الشارع من حكم نظائرها، ومثاله: قول أبي حنيفة فيمن أكل أو شرب ناسيا وهو صائم " لولا قول الناس لقلت يقضى"⁽¹⁾ وهو يقصد بذلك أن أكل الصائم ناسيا يفسد صومه؛ لأن ركن الصوم الإمساك عن المفطرات، فإذا زال الركن لا يبقى الصوم في القياس، والقاعدة المقررة في الصوم من أنه يفسد بكل ما ينافيه عمدا أو نسيانا، ويجب القضاء على المفطر، ولكن استثني أكل الناسي، وقيل فيه بعدم الفساد، فلا قضاء عليه للأثر المروي في ذلك، وهو قول الرسول - ﷺ - "من أكل ناسيا وهو صائم فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"⁽²⁾

3- الاستحسان الثابت بالضرورة: ومثاله طهارة سؤر سباع الطير كالحداة والغراب، رغم أكلها النجاسات، استحسانا لتعذر منعها⁽³⁾.

4- الاستحسان بدليل الإجماع: ويتحقق هذا النوع بإفتاء المجتهدين في حادثة على خلاف الدليل العام أو القاعدة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم لما يفعله الناس، إذا كان ما يفعلونه مخالفا للقياس على أي أصل من الأصول المقررة، ومثاله: استعمال الحمام دون تقدير الأجرة ومدة المكث، فإن القياس يقتضي عدم الجواز - للجهالة - لكن تعوّد الناس على ذلك دون أن ينكر عليهم أحد من المجتهدين، مما يدل - إجماعا - على جوازه استحسانا⁽⁴⁾.

هذه الأنواع الأربعة المشهورة عند علماء الأحناف، بالإضافة إلى أن بعضا منهم أضاف الاستحسان باتباع قول الصحابي فيما خالف القياس⁽⁵⁾.

هذه هي الأنواع الثمانية المشهورة عند المالكية والحنفية، التي تهدف جميعها إلى التخفيف ورفع الحرج.

وبالمقارنة بين أنواع الاستحسان التي عددها الحنفية، وتلك التي عددها المالكية، يتبين أنهم اتفقوا في نوعين: الاستحسان الذي سنده الإجماع، والاستحسان الذي سنده المصلحة، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة، وما سماه المالكية رفع الحرج، فالعدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام، أو عن الحكم الكلي مراعاة للإجماع أو للمصلحة، أي جلب نفع أو دفع ضرر،

(1) أصول الفقه الإسلامي، تأليف أحمد فراج حسين، وعبد الودود الريسي ص: 160 .

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه - كتاب الصيام - باب ما جاء فيمن أظفر ناسيا - رقم الحديث 1673 - 535/1.

(3) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة، تأليف محمد سلام مذكور ص: 240 .

(4) ينظر: المنهاج الواضح في علم أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام، تأليف: عبد المجيد عبد الحميد الذيباني 262/2.

(5) أحمد بن علي الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، تأليف أحمد بن علي الرازي الجصاص 248 /4.

وهو الاستحسان بين القائلين به؛ وقد انفرد الحنفية بنوعين: الاستحسان الذي سنده قياس خفي قد ترجح على قياس جلي، والاستحسان الذي سنده نص.

المبحث الثاني: آراء العلماء في حجية الاستحسان

انقسم العلماء والفقهاء باختلاف مذاهبهم حول حجية الاستحسان إلى فريقين، فريق قائل بالاستحسان، وفريق منكر له، ولكلٍ دليله وحججه، وسأعرض لرأي الفريق الأول في المطلب الأول من هذا المبحث، ورأي الفريق الثاني في المطلب الثاني:

المطلب الأول: القائلون بالاستحسان وأدلتهم

يرى هذا الفريق أن الاستحسان دليل معتبر من الأدلة الشرعية، تثبت به الأحكام الشرعية وسأستعرض أهم آراء أهل المذاهب القائلة بذلك، ثم أذكر ما استدلووا به من أدلة وحجج وبراهين لإثبات مذاهبهم:

أولاً: المذاهب القائلة بالاستحسان كمصدر معتبر للأحكام الشرعية:

1- الحنفية:-

ظهرت كلمة الاستحسان بكثرة أول ما ظهرت على لسان أبي حنيفة، فكثرت ترديدها فيما نقل عنه من فروع، وفي أغلب مواضعها تذكر مقرونة بكلمة القياس، وقد برع أبو حنيفة في الاستحسان وكثرت مسأله عنده، حتى قيل عنه إنه إمام الاستحسان، وقد قال عنه أحد تلاميذه إن أبا حنيفة يناظر أصحابه في المقاييس فينتصفون منه ويعارضونه، حتى إذا قال استحسن لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد في الاستحسان من مسائل⁽¹⁾، وتابعه تلاميذه الذين بلغوا في ذلك درجة الاجتهاد، وكثر ذكر الاستحسان في المسائل المنقولة عنه وعن أصحابه، على وجه يفيد أنه دليل من الأدلة الشرعية.

فهذه الحقيقة لا نحتاج إلى الكثير لإثباتها، فكتب الأصول تذكر أن الحنفية يقولون بالاستحسان، وأي كتاب من كتب الفروع في المذهب الحنفي حافل بذلك.

وخدمة للموضوع فقد ذكر الدكتور مصطفى ديب البغا صاحب كتاب "أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي" أنه تصفح كتاب الهداية للمرغيناني، الذي يعتبر عمدة في المذهب الحنفي، وأحصى المسائل الاستحسانية فيه، فإذا بما بضع وسبعون ومائة مسألة، وهذا يكفي للقول بأن الحنفية هم على رأس من يقولون بالاستحسان⁽²⁾.

(1) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف: محمد مصطفى شلي 1/ 270.

(2) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، محمد شلي، مصدر سابق ص 270.

2- المالكية:-

أخذ المالكية بالاستحسان، وعدّوه أهم من المصلحة المرسلّة، بل جعلوا المصلحة فرعاً منه، فقد عزّفوا الاستحسان بأنه "الأخذ بأقوى الدليلين"، وكما نقل عن الإمام مالك وتلاميذه العمل بالاستحسان في بعض المسائل، وفي عبارات مجمّلة فقد روى تلاميذه أنه قال: "الاستحسان تسعة أعشار العلم"⁽¹⁾.

وقال أصبغ أحد تلاميذه: "الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس"، بل بالغ وقال: "أن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وأن الاستحسان عماد العلم"⁽²⁾.
فهذه النصوص صريحة في أن الإمام مالكا وأصحابه - رحمهم الله تعالى - قد أخذوا بالاستحسان، وأكثروا منه.

3- الحنابلة:-

أما الحنابلة فهم أيضاً قد أخذوا بالاستحسان، كما قرر الآمدي⁽³⁾، الذي يذكر في كتابه الإحكام قائلاً: "قد اختلف فيه، فقال به أصحاب أبي حنيفة، وأحمد بن حنبل، وأنكره الباقر"⁽⁴⁾.
ثانياً - أدلة القائلين بالاستحسان، والمناقشات الواردة عليها.
استدل المثبتون للاستحسان، وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة، على ما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة، والإجماع

1- أما دليلهم من الكتاب، فهو قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾⁽⁵⁾ وقوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾⁽⁶⁾ ووجه الاحتجاج على ما ذكره الآمدي: أنها وردت في معرض الثناء والمدح لمن اتبع أحسن الأقوال المستمع إليها، والاستحسان داخلٌ ضمنها، فيكون مما امتدح أتباعه.

(1) الموافقات في أصول الفقه، تأليف إبراهيم بن موسى الشاطبي، 209/4.

(2) أصول الفقه الإسلامي، مصدر سابق، 271/1

(3) هو سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد التغلبي الآمدي الحنبلي ثم الشافعي، جمع بين الحكمة والمنطق والكلام والأصول والفقه، ومن مؤلفاته: غاية المرام في علم الكلام- دقائق الحقائق في الحكمة- الإحكام في أصول الأحكام، وغيرها، توفي سنة 631هـ، وفيات الأعيان (455/2)

(4) الإحكام في أصول الأحكام-، تأليف علي بن محمد الآمدي، 156/4.

(5) سورة الزمر - الآية 18.

(6) سورة الزمر - الآية 55.

ووجه الاحتجاج بالآية الأخرى على ما ذكره الأمدي أيضا: أن الله أمر باتباع أحسن ما أنزل، ولولا أنه حجة لما كان كذلك.

وقد عارض ابن حزم هذا الاستدلال، ونفى دلالة الآية على الوجوب، بل إنه نفى أساسا أن يكون المقصود من أحسن القول الاستحسان، حيث قال: "إن الله - تعالى - لم يقل فيتبعون ما استحسنا، وإنما قال عز وجل: ﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن، وكلام -رسول الله- ﷺ - وهذا هو الإجماع المتيقن"⁽¹⁾.

وأن يقال أنه لا توجد أدلة أخرى سوى الإجماع ترجع إلى الكتاب والسنة، فإن القياس الذي ينكره ابن حزم راجع إلى هذه الأدلة، والاستحسان فيه تقديم قياس على قياس لموجب، وقد قامت الأدلة عند جمهور العلماء على حجّية القياس، ودلت الآية المذكورة على حجّية الاستحسان عند القائلين به.

واعترض أيضا بعض الأئمة على هذا الاستدلال حينما قالوا: إن اتباع الأحسن هو اتباع الأدلة، وليس الاستحسان دليلا منزلا، فضلا عن كونه أحسن ما أنزل إلينا، فلا دلالة في الآية الكريمة على ما ذهبوا إليه.

ويمكن الرد على هذا القول بأن الاستحسان في أي مسألة لم يخل عن النظر، بل إن العلماء الذين قالوا بالاستحسان لم يقولوا به دون نظر دقيق في الأدلة وبذل جهد، وإعمال فكر في تقديم دليل على آخر، أو العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل هو أقوى⁽²⁾، وكباحث أوافق على هذا الكلام لأن الاستحسان لم يكن في يوم هو عمل بغير دليل، ولا أخذ بالهوى والتشهي.

2- وأما دليل القائلين بحجّية الاستحسان من السنة فهو قوله: - ﷺ - فيما نقله عبد الله بن مسعود: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"⁽³⁾، وقد قالوا بأن هذا يدل على أن ما رآه الناس في عاداتهم، ونظر عقولهم مستحسنا فهو حقّ في الواقع، لأن ما ليس بحق فليس بحسن عند الله، وهو أيضا يدل على أنه حجة؛ لأنه لو لم يكن كذلك لما كان عند الله حسنا.

(1) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، تأليف علي بن أحمد بن حزم 194/6.

(2) ينظر: إرشاد ذوي النجابة إلى حجية القياس والاستحسان وأقوال الصحابة، تأليف: قاسم عبد العزيز الدايم ص 188.

(3) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده: مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن مسعود برواية عبد الله بن مسعود- رقم الحديث 3600- تحقيق شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد- مؤسسة الرسالة- 84/6، والحديث موقوف على ابن مسعود، وأورده الألباني في السلسلة الضعيفة 17/2.

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الاستدلال، ومن هذه الاعتراضات ما يأتي:-

1- إن هذا الحديث مروى عن ابن مسعود⁽¹⁾ وليس بمسند إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم- وإن كان ذلك كذلك فلا يكون حجة⁽²⁾.

2- إن لفظ "المسلمون" الوارد في النص، هو من صيغ العموم، فيكون معناه ما رآه جميع المسلمين حسناً، لا ما رآه آحادهم، وجميع المسلمين يدخل ضمنهم أهل الحلّ والعقد، الذين ينعقد بهم الإجماع، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله؛ لأنه لا يكون إلا عن دليل، فالنص لا يدل على حجية الاستحسان؛ لأنه جاء بلفظ "ما رآه المسلمون" وهو من ألفاظ العموم، فلا يدل على حسن ما رآه الآحاد.

ويرى الغزالي⁽³⁾ -رحمه الله- أن هذا الحديث خبر آحاد لا تثبت به الأصول، وأنتم تقولون إن الاستحسان أصل يستدل به على الأحكام فلا يستدل به عليه.⁽⁴⁾

ويمكن الرد على هذه الاعتراضات كالآتي: إن خبر الآحاد حجة عند جمهور العلماء وأثبتوا به المسائل العلمية، وما كان وسيلة إليها، وإن كانوا قد منعوا إثبات المسائل العلمية الاعتقادية به، فذلك أمر آخر.

3- الإجماع:- يستدل المثبتون للاستحسان بالإجماع على ثبوت حجية الاستحسان، فقالوا: أجمعت الأمة على جواز دخول الحمام والمكث فيه، من غير تقدير أجره وعضو الماء ولا تقدير مدة المكث واللبث، وكذلك الشرب من أيدي السقاة من غير تقدير عوض، ولا مقدار الماء المشروب، لأن التقدير في مثل هذا فيبيع عادة، فاستحسنوا ترك ذلك.

وعارض المعارضون هذا بعدم التسليم بأن صحة هذه الأفعال ثابتة بالاستحسان، بل إن صحتها تعود إلى أنها كانت جارية في عهد النبي -ﷺ- مع علمه بها، وتقريرهم عليها، أو أنها ثابتة بدليل آخر غير الاستحسان.⁽¹⁾

(1) هو عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلي، أحد القراء الأربعة، من علماء الصحابة، هاجر هجرتين، عرف بالفقه وكان حجة في القرآن حفظاً وفهماً، توفي سنة 32هـ، وقيل 33هـ. أسد الغابة لابن الأثير 280/3.

(2) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم. مصدر سابق - 194/6.

(3) هو أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي، المعروف بحجة الإسلام والغزالي، من أشهر علماء المسلمين وأبرزهم في ميدان الحكمة والكلام والفقه والأصول والتصوف، من مؤلفاته: إحياء علوم الدين والمستصفي في أصول الفقه والوجيز في فروع الفقه الشافعي، وغيرها، توفي سنة 505هـ. طبقات الشافعية الكبرى - 4، 10، 102.

(4) ينظر: المستصفي تأليف أبي حامد الغزالي: 1/ 272.

ونظرا إلى ما ذكر من أدلة على حجّية الاستحسان مما يمكن مناقشته، وهو ليس مما يقنع الخصم فقد قال صاحب كتاب الاستحسان: والذي يغلب في ظننا بعد عرض هذه الأدلة هو الآتي :-

1- إن القائلين بالاستحسان لاحظوا مجموعة من الأحكام المتشابهة في كونها مستثناة من قياس، أو أصل مقرر عندهم، أو عموم، فأطلقوا على كل منها اسم الاستحسان، وسوّوا الدليل الذي يتم العدول به استحسانا، سواء كان الدليل نصا، أو إجماعا، أو مصلحة، أو عرفا، أو ضرورة أو قياسا خفيا، أو غيرها؛ فالاستحسان بهذا المفهوم الكلي لا وجود له إلا بوجود أفراد، أيا ما كان الشيء الذي تنتمي إليه.

2- إن هذا المفهوم الكلي للاستحسان، عائد إلى التيسير ورفع الحرج، واستخراجه -في حقيقته- مظهر للفهم الأصيل لروح الشريعة الإسلامية، وهذا المعنى ثابت قطعا في الشريعة الإسلامية، وقد قامت على صحته وثبوته عشرات الأدلة، وهو مما أجمعت الأمة عليه، وعلى هذا فتكمن حجّية الاستحسان في كونه رافع للحرج، وهذا لا يجوز أن يكون موضع نزاع؛ ولكن لما كان الحرج أو المشقة الجالبة للتيسير غير منضبطة عندهم، لم يعلقوا بهما الأحكام، ولجأوا إلى وسائل معرفة لذلك، وهذه الوسائل هي الأدلة التي يعدل بها، والمسماة عندهم بوجوه الاستحسان⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر هنا أن هناك فريقا من العلماء قال بالاستحسان؛ غير أنهم لم يجعلوه مصدرا مستقلا بذاته، بل هو مصدر تبعي، راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، ويستدل هؤلاء بالآتي:

- بالنظر إلى كل نوع من أنواع الاستحسان تبين أن سند الحكم الشرعي فيه (دليل مقتضى العدول) أحد الأدلة المسلم بحجّيتها، فمثلا: في الاستحسان الذي سنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي سنده العرف يكون ثابتا بالعرف، والذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي، نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس، وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص، والإجماع، والقياس يسمى الاستحسان⁽³⁾.

المطلب الثاني: المنكرون للاستحسان وأدلتهم

ظهر مقابل ذلك الاتجاه الذي يقول بالاستحسان كمصدر لاستنباط الأحكام الشرعية، اتجاه آخر مخالف له في الرأي، وتصدّى بحزم لهذا النوع من الاستدلال بالنقد، ويرى هذا الفريق أن

(1) ينظر: - أصول الفقه الإسلامي - تأليف أمير عبد العزيز - ص 449.

(2) ينظر: الاستحسان تأليف: يعقوب بن عبد الوهاب الباسين - ص 153.

(3) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف: بدران أبي العينين بدران ص 206.

الاستحسان ليس دليلاً شرعياً تثبت به الأحكام، وإنما هو تقوّل في دين الله - تعالى - بالهوى والتشهي، وفيما يأتي عرض لأهم آرائهم، ثم الأدلة التي استدلوا بها على ذلك:

أولاً - المنكرون للاستحسان:

1- الشافعية:

وعلى رأسهم الإمام مُجَدُّ بن إدريس الشافعي⁽¹⁾، فالمشهور عندهم أنهم لا يقولون بالاستحسان، بل شددوا النكير على من اعتبره حجة في استنباط الأحكام، فقد نقل عن الشافعي أنه قال: من استحسّن فقد شرّع⁽²⁾.

وفي كتابه الأم عقد فصلاً خاصاً سماه "إبطال الاستحسان"، بيّن فيه أن الأدلة التي لا يجوز للمفتي أن يفتي بغيرها، هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، ومن قال بالاستحسان فقد خرج عنها، ووضع نفسه برأيه واستحسانه على غير كتاب ولا سنة موضعهما في أن يتبع رأيه⁽³⁾.

وفي رسالته الأصولية، تعرّض إلى هذا الدليل في أكثر من موضع وقال: "وإنما الاستحسان تلذذ، وأن حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان"⁽⁴⁾.

ولعل الشافعي بنى رأيه هذا على أساس أن الاستحسان هو ما يتعلقه المجتهد من غير دليل، وعلى هذا اتجه بعض الأصوليين إلى رد الاستدلال به، وعدّوه من الأدلة الفاسدة التي لا يصح الاعتماد عليها⁽⁵⁾.

ومع هذا فقد نقل إلينا الأمدى - وهو من الشافعية - أن الشافعي قد أخذ بالاستحسان وعمل به في بعض الأمور، فمثلاً في الشفعة استحسّن الشافعي أن يبقى للشفيع حقّ المطالبة بها إلى ثلاثة أيام إذا كان حاضراً، وهذا الاستحسان في مقابلة القياس⁽⁶⁾.

(1) هو مُجَدُّ بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطّلي، أحد أئمة المذاهب الأربعة، حفظ القرآن وتفقه في الدين، من مؤلفاته الرسالة في أصول الفقه - اختلاف الحديث - أحكام القرآن - الأم - وغيرها، توفي سنة 204هـ - طبقات الشافعية للإسنوي - 1/ 11.

(2) ينظر: المنخول من تعليقات الأصول، تأليف أبي حامد مُجَدُّ بن مُجَدُّ الغزالي 1/ 476 .

(3) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف مُجَدُّ مصطفى شلبي - 1/ 273.

(4) ينظر: المنخول من تعليقات الأصول - مصدر سابق - 1/ 477.

(5) ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، تأليف: مُجَدُّ سلامة مذكور، ص 239

(6) ينظر: المرجع نفسه - ص 239.

ويذكر الدكتور عبد الوهاب عبد الوهاب خلاف أن الإمام الشافعي قرر في رسالته الأصولية أن "من استحسن حكما مثل من اتجه في الصلاة إلى جهة استحسن أنها الكعبة من غير أن يقوم له دليل من الأدلة التي أقامها الشارع لتعيين الاتجاه إلى الكعبة، وقرّر فيها أيضا: أن الاستحسان تلذذ، ولو جاز الأخذ بالاستحسان في الدين لجاز لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين، وأن يخرج كل أحد لنفسه شرعا"⁽¹⁾.

2- الظاهرية:

من بين الظاهرية ابن حزم الظاهري⁽²⁾، فقد عقد الباب الخامس والثلاثين من كتابه "الإحكام" في إبطال الاستحسان، والرأي، والاستنباط، واعتبرها جميعا ألفاظا واقعة على معنى واحد، لا فرق بين شيء من المراد منها، وإن اختلفت الألفاظ، وهو يرى أن الاستحسان هو الحكم بما رآه الحاكم أصلح في العاقبة وفي الحال مما يراه برأيه، وأن ما اشتتهه النفس ووافقها كان خطأ أو صوابا⁽³⁾. ولعلّ أهم ما عرضه ابن حزم من استدلال على فساد الاستحسان كمصدر للأحكام ما يأتي:-

- 1- أنه يؤدي إلى إبطال الحقائق، وتضاد الدلائل، وتعارض البراهين، لأنه من المستحيل أن يتفق العلماء كلهم على قول واحد، مع اختلاف همهم وأعراضهم، وقال: فنحن نجد الحنفيين استحسنا ما استقبحه المالكيون، ونجد المالكيين قد استحسنا ما استقبحه الأحناف، وإذا كان ذلك كذلك فكيف يجعل الحق في دين الله تعالى مردودا إلى استحسان بعض الناس؟.
- 2- أن الله - تعالى - قال: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽⁴⁾، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسون، ولو كان الاستحسان مما يمكن أن يردّ إليه لقاله.

(1) ينظر: علم أصول الفقه، تأليف: عبد الوهاب خلاف 1/ 83.

(2) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي - من أصحاب الظاهر - برع في الفقه والأصول والحديث والكلام والأدب مع جملة من العلوم الأخرى، عرف بمدة الذكاء والعلم - من مؤلفاته: المحلى في الفقه، والمغرب في تاريخ المغرب، و الإحكام في أصول الأحكام وغيرها - توفي سنة 456 هـ - وفيات الأعيان 3/ 13.

(3) الإحكام في أصول الأحكام، تأليف: علي بن حزم، 6/ 192.

(4) سورة النساء: الآية 59.

3- الشيعة:

وأما الشيعة فإن علماءهم قاطبة ينكرونه، وبحسب وجهة نظرهم أن الأحكام وملاكاتهما، أي أدلتها، لا يستقل العقل بإدراكها ابتداءً من دون السماع أو من الملازمات العقلية، ولا يوجد شيء من ذلك، ولو صح للعقل أن يدرك ذلك، لما كانت الحاجة إلى بعثة الرسل؛ لأنه بذلك يصبح كل شخص متمكن بنفسه من معرفة أحكام الله تعالى⁽¹⁾.

ثانياً - أدلة المنكرين للاستحسان:

يمكن تلخيص أدلة المنكرين لحجية الاستحسان في الآتي:

1- أن الله - سبحانه - شرع لكل حادثة حكماً، وبيّن بعض الأحكام في الكتاب أو السنة، وأرشد إلى ما يجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽²⁾ وهو القياس، فليس للمسلم فيما ورد نص بحكمه إلا اتباعه، وليس له فيما لم يرد النص بحكمه إلا أن يطلب ذلك بالقياس الذي أرشد إليه القرآن، ومن باب أولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذي يقتضيه النص أو القياس، إلى حكم يقول إنه استحسانه؛ لأن في هذا تقديم لحكم الرأي على حكم الشرع.

2- أن الاستحسان لا ضابط له ولا معيار حتى يمكن أن يعرف به ما هو الحق من الباطل، فلو اعتمدنا عليه كدليل شرعي لاختلفت الأحكام في المسألة الواحدة.

3- أن الرسول - ﷺ - استنكر على أصحابه فتواهم باستحسانهم، كما لم يرد عنه - عليه السلام - استعمال الاستحسان في حادثة من الحوادث، فكان إذا استفتاه أصحابه لا يفتيهم باستحسانه، وإنما كان ينتظر الوحي من ربه، وكفى بالرسول قدوة⁽³⁾.

وبالنظر والتحليل لكلام الشافعي، يبدو أنه كان يعني بالاستحسان مجرد الرأي، من غير أن يكون مستنداً إلى أصل شرعي، مع أن الاستحسان عند القائلين به ليس كذلك، ليبطل الاستحسان

(1) ينظر: أصول الفقه، تأليف: محمد رضا المظفر 205/3.

(2) سورة النساء - الآية 59.

(3) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف: بدران أبي العينين بدران، ص 206.

بدعوى أنه يؤدي إلى تباين الأحكام في المسألة الواحدة، غريب من الشافعي رحمه الله هذا القول، لأنه لو أبطل ما يؤدي إلى ذلك لانسد باب الاجتهاد مطلقاً، مهما كانت مصادره⁽¹⁾.

والقول بأن رسول الله -ﷺ- لم يلجأ إليه، يُردّ عليهم، لوجود نماذج في استحسانات السنة. نعم لم يرد عنه-ﷺ- أنه أطلق لفظ الاستحسان على ما استثناه من مقتضى القاعدة أو القياس، ولكن هذا ليس موضع نقاش، وإنما هو اصطلاح، كما أن الشافعي نفسه قد لجأ إليه في أحكام كثيرة غير أنه لم يسندها إليه، وإنما أسندها إلى الأدلة التي أثبتتها عنده، وكما أنه استعمل اللفظ في أكثر من موضع، وقال: أستحسن في المتعة ثلاثين درهما⁽²⁾، ومن الملاحظ أن النصوص التي أوردها الإمام الشافعي -رحمه الله- وغيره من المنكرين لحجية الاستحسان، تدل على أن الاستحسان الذي هاجموه وأنكروه هو الاستحسان بالهوى أو التشهي في دين الله -تعالى- من غير الاعتماد على نص، أو إجماع، أو قياس، وهذا ليس فيه خلاف بين جميع العلماء؛ لأنهم كلهم متفقون على إنكار التشريع بالهوى، وهو ليس موضع نزاع.

المبحث الثالث: نماذج من تطبيقات الاستحسان قديماً وحديثاً

بعد الفراغ من عرض أهم وجهات النظر لدى علماء الأمة حول حجية الاستحسان، والذين انقسموا فيها بين مؤيد ومعارض، ولكل منهم وجهة نظر، وأدلة يدلل بها على وجهة نظره، أستعرض الآن بعض التطبيقات التي استند فيها الفقهاء إلى الاستحسان لاستنباط أحكامها، حيث سأعرض في المطلب الأول التطبيقات القديمة للاستحسان في العبادات، والمعاملات، وسأعرض في المطلب الثاني بعض

التطبيقات المعاصرة للاستحسان.

المطلب الأول: بعض تطبيقات الاستحسان قديماً

أولاً - تطبيقات الاستحسان في العبادات:

هناك العديد من الأمثلة في مجال العبادات، تظهر لنا بوضوح المعنى المراد من الاستحسان كدليل معتبر، ومصدر من مصادر التشريع، منها:

1- أجاز أبوحنيفة إعطاء الزكاة للهاشميين في زمانه استحساناً على خلاف القياس، مع أن الرسول -ﷺ- حرّمها عليهم حين قال:- عليه الصلاة والسلام - "إِنَّ هَذِهِ الصَّدَقَاتُ إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ

(1) ينظر: أصول الفقه، تأليف محمد الحصري ص 328.

(2) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام تأليف: على بن محمد الأمدي مصدر سابق 2157/4.

النَّاسِ، وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ، وَلَا لِأَلِ مُحَمَّدٍ⁽¹⁾، وقد جعل الله لهم في خمس الخمس من الغنائم ما يكفيهم ويغنيهم، وكان مقتضى ذلك أنه لا يجوز دفع الزكاة إليهم في أي وقت، ولكن أبا حنيفة استحسان إعطاءهم من الزكاة، إبقاءً على حياتهم، وحفظاً لهم من الضياع، لما وقع عليهم الاضطهاد في زمنه، ومنع عنهم حقهم في الغنائم، وقد وافقه الإمام مالك في ذلك⁽²⁾.

2- ومن ذلك أيضاً قول أبي حنيفة: إنا أثبتنا الرجم بالاستحسان على خلاف القياس، وهو يقصد بذلك أن الآية التي وردت في حد الزنا: ﴿الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾⁽³⁾، فهذه الآية عامة بلفظها، فيدخل تحتها الزاني المحصن وغيره، وهذا هو القياس، ولما ثبت من فعل الرسول وأصحابه، وهو أنهم كانوا يرمون الزاني المحصن استثناءً، وأخرجوه من عموم الآية، وحكموا فيه بالرجم، وسموه استحساناً على خلاف القياس⁽⁴⁾.

3- في محاذاة الرجل للمرأة في الصلاة: فذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه - رحمهم الله تعالى - إلى أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال، ولا تفسد صلاة المرأة، ودليل أبو حنيفة فيما قاله الاستحسان، ووجهه أنه ورد عن النبي - عليه الصلاة والسلام - بتقدّم الرجل وتأخّر المرأة في الصلاة، فإذا تأخّر عنها، أو حاذها كان تاركاً لفرض المقام فتفسد صلاته، والأمر الوارد هو قوله - عليه الصلاة والسلام - "أخروهن من حيث أخرهن الله"⁽⁵⁾.

4- ومن أمثلة الاستحسان في العبادات أيضاً، في لو أن شخصاً تصدّق بجميع أمواله، ولم ينو الزكاة، ففي قول أبي حنيفة وأصحابه أن الزكاة تسقط عنه فرضاً، ودليلهم في ذلك الاستحسان، ووجه الاستحسان هنا أن الواجب جزء من جميع ماله، وهو ربع العشر، فكان متعيناً في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكلّ، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدّى وسائر الأجزاء، وبإداء الكلّ لله سبحانه وتعالى تحقق الجزء الواجب⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة- باب ترك استعمال آل البيت على الصدقة، برواية عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب- رقم الحديث 1072. - 754/2.

(2) ينظر: أصول الفقه الإسلامي تأليف: محمد مصطفى شلبي 1/ 289 .

(3) سورة النور- من الآية 2.

(4) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف شلبي، - مصدر سابق- 1/ 285.

(5) أخرجه أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني- في مصنف عبد الرزاق- كتاب الصلاة- باب شهود النساء الجماعة- برواية ابن مسعود- رقم الحديث 5115، 3- 149.

(6) ينظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، تأليف: مصطفى البغا، ص 154.

ثانياً - تطبيقات الاستحسان في المعاملات:

هناك عدة أمثلة يتجلى فيها المراد بوضوح من الاستحسان كدليل شرعي في المعاملات، وهذه الأمثلة متنوعة بتنوع الأدلة المثبتة للاستحسان ومنها:

1- عقد الإجارة:

فإن مقتضى القياس الظاهر أن هذا العقد لا يجوز؛ لأن المعقود عليه غير موجود⁽¹⁾، والعقد على المعلوم يؤدي إلى الغرر فيكون باطلاً؛ لكنه جاز استحساناً، وسنده النص القرآني، وذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِخْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَّائِي حِجَجٍ﴾⁽³⁾.

2- بيع السلم:

وهو بيع شيء أجل موصوف في الذمة بثمن عاجل، فإنه بيع ما ليس عند الإنسان، ومقتضى القياس أي الدليل الشرعي العام أنه لا يجوز، لما روي أن رسول الله - ﷺ - قال لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك"⁽⁴⁾، لكنه استثنى ذلك استحساناً لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه⁽⁵⁾، وهو ما روي عن النبي - ﷺ - في توجيهه لأهل المدينة، وكانوا يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"⁽⁶⁾.

3- الاستصناع: وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع أو يبيع له ثوباً، نظير مبلغ معين من المال، مع بيان صفته ومقداره، دون أن يذكر له أجلاً، فهذا جائز سواء سلم إليه المبلغ المتفق عليه أم لم يسلم، استحساناً، بناء على الإجماع الثابت بتعامل الأمة به من غير تكبير، لكن القياس يأبى جوازه؛ لأنه بيع معلوم للحال حقيقة، وهو معلوم من كل وجه، فلا يتصور العقد ويكون عقداً على معلوم⁽⁷⁾.

(1) ينظر: علم أصول الفقه والحكم في الإسلام، تأليف عبدالسلام أبونايجي ص: 322.

(2) الطلاق - الآية 6.

(3) القصص - الآية 27.

(4) أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس البائع، برواية حكيم بن حزام - رقم الحديث 6206-59/6.

(5) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، تأليف: أحمد فراج حسين وعبد الودود محمد السريتي. ص 160.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب السلم - باب السلم في وزن معلوم - رقم الحديث 2240 - 85/3.

(7) ينظر أصول الفقه الإسلامي - بدران أبو العينين بدران - ص 200.

4- وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير:

ومقتضى القياس أو القاعدة الكلية عدم صحة تبرعات المحجور عليه؛ لأن فيها تبذيراً لأمواله، ولكن استثنيت من الأصل العام لتمكينه من تحصيل الثواب، وعدم الإضرار به حال حياته، وهذا استحسان ثابت بالمصلحة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: بعض التطبيقات المعاصرة للاستحسان

إن الاجتهاد الذي نواجهه به قضايا عصرنا، ونعالج به مشاكله، يعتمد على المصادر التي أُقِرَّت حجّيتها، وضبطت طرق تطبيقها، ومن بين هذه المصادر الاستحسان، الذي هو مصدر للتوسعة والمرونة في التشريع السالف، وهو من المصادر الملائمة لمواكبة الأحداث المتعددة، والوقائع المتجددة، فهناك العديد من القضايا الجديدة في المجالات: الطبية، والاجتماعية، والسياسية التي تتطلب أحكاماً شرعية، ومن هذه القضايا التي تبني أحكامها على الاستحسان ما يأتي:

1- التبرع بالأعضاء:

ما يدخل في مجال التطبيقات المعاصرة للاستحسان مسألة التبرع بالأعضاء ونقلها، وزراعتها، وهذه المسألة مما اختلف فيها العلماء، وتضاربت فيها اجتهاداتهم، فمنهم من أجاز، ومنهم من منع، ومنهم من فصل في المسألة، وبإعمال القياس في هذه المسألة ننتهي إلى أنه لا يجوز للإنسان أن يتصرّف في بدنه لا كلاً ولا جزءاً، فليس له أن يقتل نفسه، ولا قتل غيره، ولا قطع أجزاء من جسمه لأكلها عند المخمصة، ومما يدلّ على ذلك:

أ- أن الله تعالى نهي عن قتل النفس الإنسانية، وهددّ القاتل بنار جهنّم، وشرع القصاص والديّة في ذلك، عقوبة لمرتكب هذه الجريمة، وهذا النهي عام قال تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾، وقال أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽³⁾.

ب- ورد في السنّة أخبار كثيرة ومشهورة، تفيد حرمة قتل النفس وعصمة الدماء.

(1) ينظر أصول الفقه تأليف: وهبة الزحيلي . ص: 84.

(2) سورة البقرة الآية 195 .

(3) سورة النساء الآية 29 .

وعلى هذا فإن القيام باقتطاع أي جزء من أجزاء جسم الإنسان، يعد مخالفاً للأصل المذكور، فالقول بجوازه في بعض الحالات يعد استثناء من القاعدة، ومخالفاً للقياس بالقاعدة المقررة، وهذا هو الاستحسان، وقد جُوز ذلك وفق شروط معينة⁽¹⁾ لسنا في مقام بسطها وتفصيلها.

2- تصوير ذوات الروح:

الأصل في تصوير ذوات الروح المنع؛ لورود العديد من النصوص الشرعية الناهية عن ذلك، والمهددة للمصوّرين بأشد العذاب، فعن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصوّرون"⁽²⁾، والنهي عن ذلك يعم أنواع الصور كافة، ولكن بعض العلماء فرّقوا بين ما كان مجسماً كالتماثيل، وما كان تصويراً باليد، سواء كان في ورق، أو قماش، أو جلد، أو جدار، أو غير ذلك.

أما الصور الشمسية التي تؤخذ بآلات التصوير، فهي شيء مستحدث، ولم يكن في القديم، وقد وقع فيه الخلاف بين العلماء المعاصرين، فمنهم من قال بأن أخذ الصورة الفوتوغرافية التي هي عبارة عن حبس الظل، ليس من التصوير المنهي عنه في شيء؛ لأن التصوير المنهي عنه هو إيجاد صورة، أو صنع صورة لم تكن موجودة، ولا مصنوعة من قبل، يضاهي بها حيواناً، أو إنساناً خلقه الله تعالى، وهذا المعنى ليس موجوداً في أخذ الصور بتلك الآلة.

ومنهم من فرّق بين موضوعات الصور، فليس كل ذلك جائزاً، ولا كلها منهي عنها، فالتصوير المثير للشهوات، أو تصوير النساء عاريات أو متكشفات، وتصوير الكفار الفستاق الظلمة الذين يجب على المسلم أن يعاديهم، لا يجوز أن يفتى بحلّه، فهو حرام.

في حين أن تصوير ذوات الروح، حال تدعو إليه الحاجة، أو الضرورة أحياناً، فهو جائز، ومن هذه الحالات: البطاقات الشخصية، وحفاظ النفوس، وجوازات السفر، ورخص قيادة السيارات، وإقامات الأجانب، والشهادات والوثائق الدراسية في المدارس والجامعات، وسجلات الجناة، وصور المجرمين للتعرف عليهم، وغير ذلك مما تدعو إليه الضرورة⁽³⁾.

(1) ينظر: الاستحسان، تأليف: يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، ص 170-172 نقلاً عن حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي - عقيل بن أحمد العقيلي ص 57، 145 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب اللباس والزينة، باب لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة، رواية عبد الله بن مسعود - رقم الحديث 2109 - 1670/3.

(3) ينظر: الاستحسان ليعقوب الباسين ص: 176-178.

3. تغيير الهيئة "الجراحات التجميلية":

الأصل أنه لا يجوز تغيير الهيئة التي خلق الله الإنسان عليها، فالله - سبحانه وتعالى - قال: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾⁽¹⁾ وقال أيضاً: ﴿وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوْرَكُمْ﴾⁽²⁾ ، وتوعد من يغير هذه الهيئة، فقال تعالى ﴿وَقَالَ لَا تَخْذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيْبًا مَفْرُوضًا * وَلَا ضَلَّيْنَهُمْ وَلَا مَمْنُنَهُمْ وَلَا مَرْثَهُمْ فَلْيُبْتِئِكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْثَهُمْ فَلْيُعَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾⁽³⁾ ، وورد عن النبي - ﷺ - أنه قال: "لَعَنَ اللَّهُ الْوَائِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالنَّامِصَاتِ وَالْمُتَمَنِّصَاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُعَيَّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ"⁽⁴⁾ ، وهذا هو الأصل.

غير أن بعض الناس تجئ صورتهم شاذة فيها شيء من التشوه، سواء كان تشوهاً أصلياً أو طارئاً، مما يلحق بصاحبه مشقة وحرماً، ولهذا فإن أكثر العلماء مالوا إلى جواز إجراء الجراحات التجميلية، التي تدعو إليها الضرورة، أو الحاجة استثناءً من هذا الأصل⁽⁵⁾، وكل ذلك من منطلق الاستحسان.

4. النظر إلى المرأة الأجنبية:

إن الأصل المقرّر شرعاً حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، لنصوص الكتاب والسنة والإجماع على ذلك، وقد استثنى من ذلك النظر إليها بقصد التداوي، للضرورة، أو الحاجة المنزلة منزلتها، وعلى هذا فإنّ هذا التجويز المستثنى من الأصل هو نوع استحسان بالضرورة؛ لأن النظر بقصد المداواة هو جزئية مستثناة من حكم نظائرها.

(1) سورة التين الآية 4.

(2) سورة غافر الآية 64.

(3) سورة النساء- الآيات 118-119

(4) أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب اللباس والزينة، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة- برواية عبدالله بن مسعود- رقم الحديث

1678/3 -2125

(5) ينظر الاستحسان ليعقوب بن عبد الوهاب الباحثين ص196.

غير أن الشيخ مُجَدُّ أبا زهرة⁽¹⁾ رأى أن ذلك فيه تعارض بين قياسين، أحدهما ما قررتَه القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة، والوصف الثاني: ما عساه يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال، كحال العلاج، فأعملت علّة التيسير في هذا الموضوع⁽²⁾.

(1) هو مُجَدُّ بن أحمد أبو زهرة- من علماء الأزهر البارزين، تربي بالجامع الأحدي وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي، ألف أكثر من أربعين كتابا في الفقه والأصول، توفي سنة 1974م، الأعلام 6/ 25.
(2) ينظر الاستحسان ليعقوب بن عبد الوهاب الباحثين . ص 205.

الخاتمة:

من العرض السابق لموضوع الاستحسان بشيء من التعمق، والتعرف على مختلف الاتجاهات والمذاهب ذات الآراء المتباينة في نظرتها للاستحسان، كمصدر للأحكام الشرعية، خلصت إلى النقاط الآتية:

1- الاختلاف حول الاستحسان لم يكن في معناه لغة، بل في معناه الاصطلاحي، وقد كان اختلافا شكليا أكثر منه اختلافا حول الجوهر والمضمون.

2- على الرغم من إنكار الشافعية للاستحسان، إلا أنهم عملوا به في كثير من المسائل كما سبق البيان.

3- الاستحسان هو مصدر شرعي للأحكام، يعمل به في المسائل الشرعية، ولكن بشروط وضوابط تتلخص في الآتي:

- أن يحقق الاستحسان مقاصد الشريعة "الضروريات والحاجيات و التحسينات" تحت إطار القاعدة الكلية درء المفسد أولى من جلب المصالح.

- ألا يصادم الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة، أو نصا محكما من الكتاب أو السنة المتواترة، أو ماهو معلوم من الدين بالضرورة.

- أن يندرج الحكم الاستحساني تحت أصل من أصول التشريع العامة.

- أن يكون الحكم الاستحساني معتداً به عن قبح القياس، أو عدم صلاحيته للتطبيق.

- ألا يؤدي الحكم الاستحساني إلى ذريعة فساد.

أن يكون المستحسن هو المجتهد فقط، ذلك لأن الاستحسان هو عدول المجتهد، فهذا العدول يجب أن يكون صادرا عن المجتهد المطلق.

وخلاصة رأبي حول الموضوع، أن الاستحسان يعتبر مصدرا تبعية للأحكام، وليس مستقلا، وآية ذلك أن الاستحسان لا يكون إلا بمستحسن، وهو إما العقل، أو الشرع "الكتاب والسنة"، أو الإجماع، وغيرها من مصادر الأدلة المعتبرة، فإذا قلنا إنه مصدر مستقل فلا فائدة منه؛ لأنه راجع إلى تلك الأدلة، فهو تكرر لا مبرر له، وإذا كان خارجا على ذلك فهو بدعة، وليس من الشرع في شيء، إذا فالاستحسان هو مصدر تبعية للأحكام يلجأ إليه لدفع الحرج والمشقة، وجلب المنافع والمصالح.

قائمة المصادر والمراجع

- أولاً- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- ثانياً- المصادر العامة:
- 1- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، تأليف مصطفى ديب البغا- دار القلم- دمشق- الطبعة الرابعة-1428هـ-2007م.
 - 2- الإحكام في أصول الأحكام، تأليف أبي الحسين سيد الناس علي الثعلبي الآمدي منشورات المكتب الإسلامي- بيروت د.ت.
 - 3- الإحكام في أصول الأحكام تأليف علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، دار الحديث- القاهرة- الطبعة الأولى- 1404هـ.
 - 4- الإحكام في أصول الأحكام، تأليف علي بن مُجَدِّد أبي الحسن الآمدي- دار الكتاب العربي- بيروت- الطبعة الأولى- 1404هـ.
 - 5- إرشاد ذوي النجابة إلى حجية القياس والاستحسان وأقوال الصحابة، تأليف قاسم عبد العزيز الدايم خميس- منشورات جامعة الأزهر- 1421هـ-2001م.
 - 6- الاستحسان، تأليف يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين- مكتبة الرشد- الرياض- الطبعة الأولى- 1428هـ-2007م.
 - 7- أصول الفقه الإسلامي-، تأليف أحمد فراج حسين، وعبد الودود مُجَدِّد السريتي طبعة 1410هـ.
 - 8- أصول الفقه الإسلامي تأليف أمير عبد العزيز دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- ط 1- 1418هـ.
 - 9- أصول الفقه الإسلامي، تأليف بدران أبي العينين بدران- مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر
 - 10 - أصول الفقه، تأليف، مُجَدِّد الحضري- دار الحديث- القاهرة- الطبعة الأولى- 1422هـ-2001م.
 - 11- أصول الفقه- تأليف، مُجَدِّد رضا المظفر- مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت ط2- 1410هـ.
 - 12- أصول الفقه الإسلامي، تأليف، مُجَدِّد مصطفى شلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر- بيروت.
 - 13- أصول الفقه، تأليف وهبة الزحيلي-، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية- طرابلس ليبيا- الطبعة الأولى- 1400هـ- 1990م.

- 14- الفصول في الأصول- تأليف أحمد بن علي الرازي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت- الطبعة الثانية- 1414هـ- 1994م.
- 15- علم أصول الفقه والعلم في الإسلام تأليف عبد السلام أبو ناجي - منشورات الجامعة المفتوحة- الطبعة الأولى.
- 16- المحصول في أصول الفقه تأليف القاضي أبو بكر بن العربي المغافري المالكي - دار البيارق- عمان- الطبعة الأولى- 1420هـ- 1999م.
- 17- مختار الصحاح- تأليف، مُجَّد بن أبي بكر الرازي- مكتبة لبنان بيروت- 1415- 1995م.
- 18- المدخل للفقه الإسلامي تاريخه و مصادره ونظرياته العامة تأليف، مُجَّد سلام مذكور- - دار الكتاب الحديث- القاهرة.
- 19- المستصفي، تأليف أبي حامد مُجَّد بن مُجَّد الغزالي - دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى- 1993م.
- 20- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه تأليف عبد الوهاب خلاف دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الكويت- الطبعة السادسة- 1414هـ- 1993م.
- 21- المنحول من تعليقات الأصول، تأليف أبي حامد مُجَّد بن مُجَّد الغزالي - دار الفكر المعاصر- بيروت - الطبعة الثالثة- 1419هـ- 1998-.
- 22- المنهاج الواضح في علم أصول الفقه وطرق استنباط الأحكام، تأليف عبد المجيد عبد الحميد الديباني- دار الكتاب الحديث.
- 23- الموافقات في أصول الفقه، تأليف إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي - دار المعرفة - بيروت.