المحور الثاني

أنواع الاستحســـان

إنّ المتتبّع للفروع الفقهية لدى مذاهب القائلين بالاستحسان يجد أنّهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عدّة، وهي الاستحسان بالنصّ وبالإجماع والضرورة والعرف والمصلحة والقياس الخفي ومراعاة الخلاف، وفيما يلي بيانها :

1 – الاستحسان بالنصّ: وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنّة، ويندرج في هذا جميع المسائل التي استثناها الشارع من عموم نظائرها كالسلم والإجارة والوصية وبقاء صوم الناسي، وتفصيل ذلك كما يلي:

أ ـــ السلم: والسلم – كما تقدّم لنا – بيع ما ليس عند الإنسان، والأصل فيه عدم الجواز للنهي الوارد فيه، وهو قوله ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك)[1]، وهو عامّ، ولكن استثني السلم وأجازه الشارع لحاجة الناس إلسه، وهو بيع المفاليس كما يقول الفقهاء، ودليل الاستحسان قوله ﷺ: (مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)[2]، فإنّ هذا البيع من أفراد بيع المعدوم الذي ليس عند الإنسان، يشمله دليله وهو عموم حديث: (لا تبع ما ليس عندك)، لكن استثني من العموم للحاجة..

ب ـــ الإجارة: هي عقد على المنافع بعوض، لأنّ الإجارة في اللغة هي بيع المنافع، وهي معدومة، والأصل في المعدوم عدم صحّة تملّكه وعدم إضافة التمليك إليه، ولكنّ النصّ ورد بجوازها لحاجة الناس إليها، فقد ثبت عن النبيّ ﷺ فيما رواه عنه ابن عمر رضي الله عنه قوله: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه)[3]، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ اسْتِئْجَارِ الْأَجِيرِ حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ وَعَنْ النَّجْشِ وَاللَّمْسِ وَإِلْقَاءِ الْحَجَرِ)[4]، فالقياس يقتضي عدم جوازها، لكنّها أجيزت على خلاف القياس بالنصّ لحاجة الناس فثبتت استحساناً بالأثر..

جـــ ـــ الوصيّة: مستحبّة، والقياس يأبى جوازها، لأنّها تمليك مضاف إلى حال زوال ملكيته، وهو ما بعد الموت، والأصل في التمليك الشرعي أن لا يضاف إلى زمنِ زوال الملك، إلاّ أنّها صحّت استحساناً

---

[1] – رواه الترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجة والإمام أحمد. .

[2] – رواه الجماعة، واللفظ للبخاري، كتاب السلم، رقم 2086. .

[3] – رواه ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب أجر الأجراء، رقم 2434.

[4] – رواه الإمام أحمد في مسنده مرفوعاً إلى النبيّ ﷺ، مسند أبي سعيد الخدري، رقم 11139 ؛ ورواه النسائي موقوفاً على أبي سعيد، كتاب الأيمان والنذور، رقم 3797 ولفظه: إذا استأجرت أجيراً فأعلِمْه أجرَه.

لورود النصّ بذلك، وهو قوله تعالى: {من بعد وصيّة يوصي بها أو دين}[5]، وحديث أبي هريـــرة عن النبيّ ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ)[6]. .

د ـــ بقاء صوم الناسي مع الأكل والشرب في نهار رمضان: والأصل أن يفسد الصوم لزوال ركنه وهو الإمساك، لأنّ القاعدة أنّ الشيء لا يبقى بعد فوات ركنه، ولكن استثني ذلك بالحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبيّ ﷺ: (مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ أَوْ شَرِبَ فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاه)[7]، وهكذا ثبت بقاء صوم الناسي استحساناً[8]. .

2 – الاستحسان بالإجماع: وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدّي إليه القياس، ومن أمثلته :

أ ـــ عقد الاستصناع: وهو أن يتّفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوباً – مثلاً – نظير مبلغ معيّن من المال مع بيان صفته ومقداره، ولا يذكر له أجـــلاً، فالقياس يقتضي أنّه لا يجوز لأنّه بيع معدوم، لكنّهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمّة به من غير نكير. .

ب ـــ دخول الحمّام من غير تعيين أجرة ومن غير تقدير مدّة المكث فيه ثابت بالاستحسان، فإنّ الناس فعلوا ذلك وتعاملوا به من غير إنكار من أحد، مع أنّ هذا يعدّ إجارة، ولا بدّ فيها من بيان المدّة، وهي واردة على استهلاك العين، ولا بدّ من بيان مقداره، ففيها جهالة المعقود عليه وجهالة المدّة، وكلّ واحد من الجهالتين كافية في إفساد الإجارة، لكن أبيح ذلك لتساهل الناس عادة في أمثال تلك الأشياء بالإجماع. .

3 – الاستحسان بالضرورة: وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة سدّاً للحاجة أو دفعاً للحرج، وذلك عندما يكون اطّراد الحكم القياسي مؤدّياً لحرج أو موقعاً في مشكلة، فيعدل عنه – حينئذ – استحساناً إلى حكم آخر يزول به الحرج وتنحلّ به المشكلة، ومن أمثلته:

---

[5] – سورة النســـاء: الآية 11.

[6] – رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، رقم 2700.

[7] – متّفق عليه واللفظ لمسلم.

[8] – وقد مثّل له **المالكية** بجواز بيع العرايا، وهو بيع الرطب بالتمر اليابس بخرصها فيما دون خمسة أوسق لما فيه من الرفق ورفع الحرج، فإنّ مقتضى القياس عدم جوازه لأنّ النبيّ ﷺ نهى عن بيع كلّ رطب من حبّ أو تمر بيابسه في الحديث الذي أخرجه أحمد وأصحاب السنن عن سعد بن أبي وقّاص، إلاّ أنّه أجيز بالنصّ وهو أنّ النبيّ ﷺ رخّص في بيع العرايا أن تباع بخرصها كيلاً في الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة ت، وقد خالف **الحنفية** في ذلك وقصروا العرية على الهبة..

أ ــ عدم الفطر بما لا يوجب الاحتراز منه: وذلك كالذباب يدخل حلق الصائم فلا يفطر، والقياس فساد صومه لوصول المفطر إلى جوفه، وإن كان لا يتغذّى به كالتراب والحصاة، ووجه الاستحسان أنّه لا يستطاع الاحتراز منه، فأشبه الغبار والدخان..

ب ــ الحكم بطهارة سؤر سباع الطير كالغراب والنسر والحدأة التي تأكل النجاسات، ومنقارها لا يخلو عنها عادة، والحكم يقتضي قياسها على سباع البهائم كالنمر والأسد والذئب، فيكون سؤرها نجساً، إلاّ أنّها لّما كانت تنقضّ من الهواء ولا يمكن الاحتراز منها خصوصاً سكّان الصحاري والفلوات الذين لا يتمكّنون من صون أوانيهم حكموا بطهارة السؤر استحساناً بالضرورة، وإن كانت مكروهة..

ج ــ ومن أمثلة هذا النوع تطهير الآبار والأحواض التي تقع فيها نجاسة، فمقتضى القياس أنّه لا يمكن تطهيرها بنزع الماء كلّه أو بعضه، لأنّ نزع بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثّر في طهارة الباقي فيها، ونزع كلّ الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد لملاقاته محلّ النجاسة في قاع البئر وجدرانِه، والدلوُ تتنجّس – أيضاً – بملاقاة الماء، فلا تزال تعود وهي نجسة، إلاّ أنّهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس، فحكموا بالطهارة بنزع مقدار من الماء للضرورة المحوجة لذلك[9]..

4 – الاستحسان بالعرف: وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك أو عملاً بما اعتاده الناس، ومن أمثلته:

أ ــ الاستحسان بالعرف الشرعي: كما لو حلف لا يصلّي، فإنّ مقتضى القياس أن يحنث بمجرّد افتتاحه الصلاة قياساً على الصوم الذي يحنث بمجرّد شروعه فيه لو حلف ألاّ يصوم، لكن استحساناً قالوا: لا يحنث في الصلاة إلاّ إذا صلّى ركعة كاملة تامّة الأركان، لأنّ الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان، فإذا لم يأت بركعة كاملة الأركان من قيام وقراءة وركوع وسجود، فلا يسمّى فعله صلاة، بخلاف الصوم فإنّ له ركناً واحداً هو الإمساك، وذلك يتحقّق بالشروع، ويكون في الجزء الثاني مكرِّراً للأوّل..

ب ــ الاستحسان بالعرف العملي: ومثاله وقف المنقول المستقلّ عن العقار، فإنّه لم يرد نصّ يفيد جواز وقفه، لأنّ الأصل في الوقف أن يكون مؤبّداً، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقف المنقول لأنّه يتسارع إليه الفساد ولا يقبل التأبيد، لكن جاز وقف المنقول استحساناً لتعامل الناس به، وإن كان القياس لا يجوّزه، فقد نُقِل عن محمّد بن الحسن الشيباني أنّه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلّة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان..

---

[9] – قال الحنفية: إن وقعت في البئر فأرة أو عصفورة ونحوها فماتت، نزع منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها بعد إخراج الفأرة، فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والهرّ نزع منها ما بين أربعين دلواً إلى ستّين، وإن ماتت فيها شاة أو كلب أو آدميّ نزع جميع ما فيها، فإن انتفخ الحيوان فيها أو تفسّخ نزع جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلّة في أجزاء الماء.. **الهداية مع فتح القدير**، 1/ 68-74.

5 – الاستحسان بالقياس الخفي: وهو أن يُعدَل في المسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدقّ وأخفى من الأوّل، لكنّه أقوى حجّة وأسدّ نظراً وأصحّ استنتاجاً منه، وهذا النوع من الاستحسان هو أحد الإطلاقين اللذين ذكرناهما لمفهوم الاستحسان، وقد مثّلنا له بحقّ المرور في الأراضي الزراعية الموقوفة، ومن أمثلته أيضاً: طهارة سؤر سباع الطير؛ فالسؤر يجري في حقّه قياسان: أحدهما ظاهر والآخر خفي، فالظاهر قياس سؤر سباع الطير على سؤر سباع البهائم كالذئب والأسد بعلّة جامعة في كلّ منهما، هي أنّ كلاًّ منهما غير مأكول اللحم، أمّا الخفي فقياس سؤر سباع الطير على سؤر الإنسان، فالأوّل يقتضي نجاسة السؤر والثاني يقتضي طهارته، فإذا عدل المجتهد عن القياس الظاهر إلى الخفي، وقال بطهارة سؤر سباع الطير، سمّي عدوله ذلك استحساناً، لأنّ سباع الطير وإن كان لحمها محرّماً إلاّ أنّ لعابها المتولّد من لحمها النجس لا يختلط بالماء الذي تشرب منه كالإنسان لأنّها تشرب بمنقارها، وهو عظم طاهر، أمّا سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها، ولعابها نجس لأنّه يتولّد من لحمها النجس فيتنجّس تبعاً لذلك الماء الذي تشرب فيه، فيكون الماء الباقي بعد شربها نجساً..

6 – الاستحسان بالمصلحة: وهو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلّي أو قاعدة عامّة، ومن أمثلته:

أ ــ صحّة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير: فإنّ مقتضى القياس – أي القاعدة الكلّية – عدم صحّة تبرّعات المحجور عليه، لأنّ فيها تبديداً لأمواله، ولكنّ الاستحسان يقضي بجواز تبرّعاته في سبيل الخير، لأنّ المقصود من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه وعدم ضياعه، حتى لا يكون عالة على غيره، والوصيّة في سبيل الخير لا تعارض هذا المقصود لأنّها لا تفيد الملك إلاّ بعد وفاة المحجور عليه، فاستثنيت الوصيّة من الأصل العامّ لمصلحة جزئية، وهي تحصيله الثواب وجلب الخير له مع عدم الإضرار به في حياته، وهذا هو الاستحسان..

ب ــ دفع الزكاة لبني هاشم: فإنّ مقتضى القياس ألاّ يجوز ذلك، لقول النبيّ ﷺ: (إنّ هذه الصدقات إنّما هي أوساخ الناس، وإنّها لا تحلّ لمحمّد ولا لآل محمّد)[10]، ولكنّ **الحنفية والمالكية** استحسنوا إعطاء الزكاة لهم إن كانوا محتاجين رعاية لمصالحهم وحفظاً لهم من الضياع..

جـ ــ تضمين الصنّاع: القياس يقتضي عدم التضمين لأنّهم بعقد الإجارة أمناء، فلا يضمنون ما يتلف بأيديهم إلاّ بالتعدّي أو التقصير في الحفظ، ولكنّ الاستحسان يقضي بتضمينهم منعاً لتهاونهم ومحافظةً على أموال الناس..

---

[10] – رواه مسلم، كتاب الزكاة، باب ترك استعمال آل النبيّ ﷺ على الصدقة، رقم 1784؛ كما رواه النسائي وأبو داود وأحمد. .

وقد مثّل الشاطبي في الموافقات بأمثلة كثيرة منها: **القرض** فإنّه رباً في الأصل لأنّه الدينار بالدينار إلى أجل، ولكنّه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي أصل المنع لكان فيه ضيق على المكلّفين.. ومنها **الاطّلاع على العورات** في التداوي، أبيح على خلاف الدليل العامّ الذي يوجب مفسدة وضرراً. . ومثله **الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وجمع المسافر، وقصر الصلاة الرباعية، والفطر في رمضان، وصلاة الخوف، وسائر الرخص**.. فإنّ حقيقتها ترجع إلى مراعاة المصلحة أو درء المفسدة في مقابلة الدليل العامّ الذي يقتضي المنع..

7 – الاستحسان بمراعاة الخلاف: مراعاة الخلاف هو قاعدة من القواعد التي بُنِي عليها المذهب المالكي، ولكنّ مالكاً قال به مرّة و لم يقل به مرّة أخرى، وضابطه: أنّ القول المخالف إذا كان قويّ الدليل راعاه الإمام مالك، مثل كثير من الأنكحة الفاسدة كنكاح الشغار ونكاح المتعة ونكاح المحلّل وغيره.. فإنّ مثل تلك الأنكحة الفاسدة يفسخ بطلاق وصداق، ويلحق الولد المتكوّن من أحدهما..

وقد أنكر أبو محمّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني أن يكون مراعاة الخلاف من الاستحسان، وعلّل ذلك بأنّ الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين كما مرّ، أمّا مراعاة الخلاف فهو الأخذ بهما معاً من بعض الوجوه، كقراءة البسملة سرًّا في الصلاة الجهرية مراعاة لقول الشافعية بأنّها آية من سورة الفاتحة وإذا لم تقرأ تبطل الصلاة..

نتيجة عامّة: هل يمكن اعتبار الاستحسان دليلاً مستقلاً؟

بعد أن عرفنا معنى الاستحسان وأنواعه تتراءى لنا الحقيقة التي ذكرها الشاطبي وغيره، وهي أنّ الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلّة، إلاّ أنّه نظرٌ إلى لوازم الأدلّة ومآلاتها..

وقال الشوكاني: إنّ ذكر الاستحسان في بحث مستقلّ لا فائدة فيه أصلاً، لأنّه إن كان راجعاً إلى الأدلّة المتقدّمة فهو تكرار، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو من التقوّل على الشريعة ممّا لم يكن فيها تارة وممّا يضادّها أخرى..