٢١٢ ـ ثالثاً: استحسان سنده العرف:

كجواز وقف المنقول الذي جرى العرف بوقفه، كالكتب، والأواني، ونحوها على رأي بعض الفقهاء، استثناء من الأصل العام في الوقف، وهو أن يكون الوقف مؤبداً، فلا يصح إلا في العقار لا في المنقول، وإنما جاز وقف ما ذكرنا من المنقول لجريان العرف به.

٢١٣ ـ رابعاً: استحسان بالضرورة:

ومثاله العفو عن رشاش البول، والغبن اليسير في المعاملات لعدم إمكان التحرز منه، وأيضاً تطهير الآبار التي تقع فيها النجاسة بنزح قدر معين من الماء منها استحساناً للضرورة ودفعاً للحرج عن الناس.

٢١٤ ـ خامساً: استحسان بالمصلحة:

ومثاله: تضمين الأجير المشترك ما يهلك عنده من أمتعة الناس، إلا إذا كان الهلاك بأمر قاهرة لا يمكن دفعها أو التحرز منها، مع أن الأصل العام يقضي بعدم تضمينه إلا بالتعدي أو بالتقصير لأنه أمين، ولكن أفتى كثير من الفقهاء بوجوب الضمان عليه استحساناً، رعاية لمصلحة الناس بالمحافظة على أموالهم نظراً لخراب الذمم وشيوع الخيانة وضعف الوازع الديني.

٢١٥ ـ سادساً: استحسان بالقياس الخفي:

وقد مثلنا له بوقف الأرض الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية، ومثاله أيضاً: الحكم بطهارة سؤر سباع الطير. فالقياس الجلي ـ وهو قياسه على سؤر سباع البهائم ـ يقضي بنجاسته، ولكن قالوا بطهارته اعتباراً بقياسه على سؤر الآدمي، لأنها تشرب بمناقيرها وهي عظام طاهرة، وهذا قياس خفي، فكان الحكم به استحساناً[1].

٢١٦ ـ حجية الاستحسان:

أخذ كثير من العلماء بالاستحسان واعتبروه دليلاً من أدلة الأحكام، وأنكره بعضهم كالشافعية، حتى نقل عن الإمام الشافعي أنه قال: «الاستحسان تلذذ وقول بالهوى»، وقال: «من استحسن فقد شرع»[2].

والظاهر أن إطلاق لفظ الاستحسان أثار عند بعض العلماء معنى التشريع بالهوى فأنكروه،

(١) البعض يجعل هذا المثال من أمثلة الاستحسان بالضرورة، وله وجه قوي.

(٢) الآمدي ج٤ ص٢٠٩.

Scanned with CamScanner

ومن الأمثلة على استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، جواز وصية المحجور عليه لسفه في وجوه الخير، فقد جازت هذه الوصية استحساناً، والقياس عدم الجواز، وكذلك وقفه على نفسه جاز استحساناً، والقياس عدم الجواز.

وتوضيح هذا الاستحسان في هاتين المسألتين، أن القاعدة العامة تقضي بعدم صحة تبرعات المحجور عليه لسفه حفظاً لماله، ولكن استثنيت وصيته في وجوه البر من هذه القاعدة العامة، لأن الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة الموصي، والوقف كالوصية، يحفظ المال على السفيه، فلا يؤثر هذا الاستثناء في الغرض من القاعدة العامة.

٢٠٩ ـ أنواع الاستحسان:

الاستحسان قد يكون استثناء جزئياً من أصل كلي، أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي، كما مثلنا، وهذه قسمة الاستحسان وأنواعه بالنظر إلى ما عدل عنه، وما عدل إليه.

وقد ينظر إلى الاستحسان من جهة مستنده، أي: دليله، أو ما يعبر عنه في الكتب الفقهية بوجه الاستحسان، فيتنوع إلى الأنواع التالية:

٢١٠ ـ أولاً: الاستحسان بالنص، أي: ما كان مستنده النص:

وهو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية يقتضي حكماً لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة. فالنص يستثني هذه الجزئية من الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى الأصل الكلي. فالقاعدة العامة، والأصل الكلي، يقضيان ببطلان بيع المعدوم، ولكن استثني السلم: وهو بيع ما ليس عند الإنسان وقت العقد بنص خاص وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». ومثله أيضاً خيار الشرط، فقد جاز استحساناً لورود النص في السنة بجوازه إلى ثلاثة أيام، استثناء من الأصل الكلي في العقود القاضي بلزومها.

٢١١ ـ ثانياً: الاستحسان بالإجماع:

كعقد الاستصناع، فهو جائز استحساناً والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم، وإنما جاز استثناء من القاعدة العامة، ووجه الاستحسان 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 المدى التي يمكثها في الحمام، ولكنه جاز استثناء من القاعدة العامة استحساناً لجريان العرف به دون إنكار من أحد دفعاً للحرج عن الناس

Scanned with CamScanner