مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية | المجلد 14، العدد 1، (السداسي الأول 2022م)، ص. 419- 448

الاجتهاد الاستحساني عند المالكية حقيقته وتطبيقاته الفقهية

Approval Assiduousness according to the Maliks, its truth and its Jurisprudential applications

أ.مريم بوصبوعة*

جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدّة، كلية العلوم الإسلامية،

m.bousseboua@ univ-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2022/01/05 تاريخ القبول: 2022/02/23 تاريخ النشر: 2022/03/31

ملخص:

تتجلّى أهمّية الدّراسة في كونها تتناول جانبا مهمّا في البحث الأصوليّ والفقهي، متمثّلا في الاجتهاد الاستحسانيّ عند المالكية، باعتباره مسلكا من المسالك المهمّة في فقه العدول عن الأصل في اجتهاد التّنزيل، وتمحورت إشكاليته في بيان حقيقة هذا النّوع من الاجتهاد عند المالكية، ومدى أثره في مذهبهم من خلال نماذج من تطبيقاته في باب العبادات، والمعاملات والشّهادات، والأحوال الشّخصية، بالاعتماد في ذلك على المنهج الوصفي، والتّحليلي والمقارن، والتاريخي.

وكان الخلوص فيه إلى أنّ الاستحسان المالكي مبناه على الاستثناء من الدليل العام سواء كان عموما لفظيا، أو عموما عقليا، بناء على نظر مصلحيّ يقدّره المجتهد في محلّ التنزيل؛ تترجّح به المعاني الاستحسانية عمليّا، فتنوّعت بذلك أشكال الاستحسان المالكي بحسب ما يرتكز عليه المجتهد من المصلحة؛ كمراعاة العرف، ورفع الضّرر، ومراعاة الرّفق والتيسير على الناس.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد؛ الاستحسان؛ المالكية؛ العدول؛ المصلحة.

* المؤلف المرسل

Abstract :

The importance of the study is reflected in the fact that it deals with an important aspect in the fundamental and jurisprudential research, represented in the approval assiduousness among the Malikis, as it is one of the important paths in the jurisprudence renunciation of the origin in revelation assiduousness, and its problem centered on explaining the reality of this type of Assiduousness at the Malikis, and the extent of its impact on their doctrine.

The conclusion of that, was that the Maliki approval is based on the exception from the general evidence, according to a consideration of a reformer that is appreciated by the diligent in the place of revelation, practically, the meanings of approbation predominate, so the Maliki forms of approbation varied according to what the diligent bases on the interest, such as observing custom, damage removal, observing kindness and facilitation for people .

Keywords : Assiduousness, Approval, Maliki, renunciation, Interest.

مقدمة:

يعتمد المالكيّة جملة من الأصول الاجتهادية، التي كفلت مرونة مذهبهم، واتّساع آفاق النّظر الاجتهاديّ من خلاله عبر الزّمان والمكان، ويعدّ الاستحسان واحدا من أهمّ هذه الأصول، باعتباره خطّة اجتهادية تشكّل جزءا مهمّا من مسلك العدول عن الأصل في الاجتهاد والتّنزيل، وهو ما يعكس الاهتمام به في عباراتهم واجتهاداتهم.

أهمّية البحث:

تتجلّى أهمّية الدّراسة في كونها تتناول جانبا مهمّا في البحث الأصوليّ والفقهي، متمثّلا في الاجتهاد الاستحسانيّ عند المالكية، باعتباره مسلكا من المسالك المهمّة في فقه العدول عن الأصل، وتأتي هذه الورقة البحثية الموسومة بـ: "الاجتهاد الاستحساني عند المالكية حقيقته وتطبيقاته الفقهية"، لتجلية حقيقة هذا المسلك في الاجتهاد في المذهب المالكي. وبيان أهمّ مرتكزاته الشرعية التي تعضّده، من خلال عدد من تطبيقاته الفقهية في المذهب، في كلّ من باب العبادات والمعاملات، والشّهادات، والأحوال الشخصية، وهو ما توضّحه الإشكالية الآتية: "**ما هي حقيقة الاجتهاد الاستحساني عند المالكيّة؟ وما هي أهمّ مرتكزاته الشرعية للعدول به عن حكم الأصل من خلال تطبيقاته الفقهية المتعدّدة في المذهب؟**"

أهداف الدّراسة:

تهدف الدّراسة إلى الإجابة على عناصر الإشكالية المعروضة من خلال:

- ✓ الوقوف على حقيقة الاجتهاد الاستحساني عند المالكية باعتباره لقبا.
- ✓ الإشارة إلى أهمّ المرتكزات الشرعية للاجتهاد الاستحساني في مذهب المالكية، من خلال تطبيقات هذا النّوع من الاجتهاد في مذهبهم، عبر مختلف أبواب الفقه.
- ✓ الوقوف على عدد من التطبيقات العملية، للاجتهادات الاستحسانية عند المالكية، في باب العبادات، والمعاملات، والشهادات، والأحوال الشّخصية.

الدّراسات السّابقة:

الدّراسات السّابقة في باب الاستحسان أكثر من أن تعدّ في هذه المقدّمة، وهنا سيكون الاقتصار على أهمّها وأشهرها في الباب ومنها:

1/ أصول الفقه الإسلامي لمحمّد مصطفى شلبي، حيث ركّز فيه على الجانب النّظري بدلا عن التطبيقي، إلاّ ما أشار فيه إلى أنواع الاستحسان، ومثله في ذلك:

2/ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، وعلم أصول الفقه لعبد الوهّاب خلاّف، فيما يحاول هذا البحث الجمع بين الجانبين النّظري والتطبيقي في الاستحسان من خلال عدد من تطبيقاته عند المالكية.

3/ أثر الأدلّة المختلف فيها في الفقه الإسلامي لمصطفى ديب البغا، حين أفرد الحديث عن الاستحسان باعتباره واحدا من الأدلّة المختلف فيها، وبيّن أثره في اختلاف الفقه الحنفي مع فقه الجمهور، من خلال عدد من المسائل.

4/ الاستحسان حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، لمنصور راجح مقدادي، وكما هو واضح من العنوان، فالدّراسة تعنى بحقيقة الاستحسان، التي اختلف الأصوليون في شأنها، مع أهم تطبيقاته في المذهب الشّافعي، وهو ما يتقاطع مع هذا البحث وما ركّز عليه من حقيقة الاستحسان المالكي، وما انبنى عليه من تطبيقات فقهية في المذهب.

منهج الدّراسة:

تنوّع المنهج المتّبع في هذه الدّراسة بين المنهج الوصفي، والتّحليلي، والمقارن وحتّى التاريخي؛ فأمّا المنهج الوصفيّ فكان اعتماده للإلمام بتعريفات الاجتهاد والاستحسان، وأمّا المنهج التحليلي، فمن خلال تحليل تلك التعريفات، وكذا الآراء الأصولية والفقهية في الدّراسة، وأمّا المنهج المقارن فللمقارنة بين عناصر المادّة العلمية في البحث، لا سيما ما تعلّق بآراء المالكية في تطبيقات الاجتهاد الاستحساني في مذهبهم، وأمّا المنهج التاريخي فكان اعتماده في خصوص المبحث الأوّل عند التطرّق إلى التطوّر المعرفي في مفهوم الاجتهاد.

وتأتي الإجابة على عناصر الإشكالية السّابقة، من خلال الخطّة الآتية:

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستحساني عند المالكية.

المطلب الأوّل: حقيقة الاجتهاد.

المطلب الثاني: حقيقة الاستحسان المالكي.

المبحث الثاني: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية.

المطلب الأوّل: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في العبادات.

المطلب الثاني: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في المعاملات والشهادات.

المطلب الثالث: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في الأحوال الشّخصية.

الخاتمة والتوصيات.

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد الاستحساني عند المالكية:

يتمّ الوقوف عند حقيقة الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، باعتباره مركّبا إضافيا ببيان حقيقة جزأيه وهما: الاجتهاد والاستحسان، ومن ثمّ الجمع بينهما في تعريف الاجتهاد الاستحساني باعتباره لقبا، وهو ما سيكون بيانه في ثلاثة مطالب على النّحو الآتي:

المطلب الأوّل: حقيقة الاجتهاد:

تتجلّى حقيقة الاجتهاد في جانبين، أحدهما لغوي والآخر اصطلاحيّ على ما يأتي عرضه:

الفرع الأوّل: حقيقة الاجتهاد لغة.

الاجتهاد في اللّغة العربية افتعال من الجهد والطّاقة، وهو بالفتح أي: الجَهْد، معناه المشقّة التي تجهد المرء من مرض، أو أمر يشقّ عليه، فيكون بذلك مَجهودا[1]، كما يطلق على بلوغ غاية الأمر، والمبالغة فيه.[2]

وأمّا الجُهد بالضّم فمعناه الطّاقة والوسع، ومنه قولهم: اجهد جُهدك أي طاقتك ووسعك، كما يطلق على الشيء القليل يعيش به صاحبه،[3] وأصبح الاجتهاد يطلق تدريجيّا على بذل الوسع والطّاقة، في ردّ المسائل العارضة من طريق القياس إلى الكتاب والسنّة، ومنه المجتهد، وهو اسم فاعل لمن يستفرغ وسعه وطاقته في طلب الأحكام الشّرعية من الأدلّة التفصيلية.[4]

الفرع الثاني: حقيقة الاجتهاد اصطلاحا:

تمثّلت حقيقة الاجتهاد اصطلاحا - عبر تاريخ التشريع الإسلامي - في إطلاقه على معنيين أساسيين: أحدهما يعني إعمال الرّأي فيما لا نصّ فيه، وما فيه نصّ، والآخر يعني آلية استنباط الأحكام من نصوص الشّرع، وبيان كلّ معنى منهما على النّحو الآتي:

---

[1] انظر: ابن منظور، لسان العرب، ط3، بيروت، دار صادر للطّباعة والنّشر، 1414 هـ، 133/3.

[2] -نظر: الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، 15/ 316، دط، القاهرة، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387هـ/1967م. 26/6، والزّمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419هـ/ 1998م. 153/1.

[3] - انظر: ابن منظور، المصدر نفسه، 133/3، والأزهري، المصدر نفسه، 26/6.

[4] انظر: المصدر نفسه، 133/3، وأحمد رضا، معجم متن اللّغة، دط، بيروت، دار مكتبة الحياة، 1377هـ/ 1958م، 586/1.

أوّلا: الاجتهاد إعمال للرّأي فيما لا نصّ فيه وما فيه نصّ:

غلب معنى الاجتهاد في الأطوار الأولى من تاريخ التشريع الإسلامي، على إطلاقه على إعمال الرّأي فيما لا نصّ فيه، بما في ذلك زمن الصّحابة الكرام، وما تلاه من زمن ظهور المذاهب الأربعة واستقرارها،[1] حيث صار الاجتهاد - في هذه الحقبة من تاريخ التشريع - مصدرا من المصادر الشّرعية للأحكام؛ شأنه في ذلك شأن الكتاب، والسّنة، والإجماع مع تأخره عنها من حيث الدّرجة، فكانت له القوّة في إثبات الأحكام، من خلال المصادر التّبعيّة في الفقه الإسلامي.[2]

وممّا يؤيّد هذا المعنى، ما نلمحه في تعريف الاجتهاد عند الشّافعي، عندما أطلقه على القياس في قوله: "فما القياس؟ أهو الاجتهاد؟ أم هما مفترقان؟ قلت: هما اسمان لمعنى واحد."[3]

ولعلّه لم يرد بهذا المرادفة بينهما، كما هو ظاهر العبارة، وإنّما أراد أنّ كلاّ من الاجتهاد والقياس يُتوصّل بهما إلى حكم غير منصوص عليه، وإلاّ فإنّ الاجتهاد أعمّ من القياس.[4] ويضاف إليه أنّ الاجتهاد يقع في مورد النّصوص وفي غير موردها، بينما القياس لا يكون إلاّ فيما لا نصّ فيه.[5]

---

[1] انظر: يحيى محمد، الاجتهاد و الإتباع و النظر، ط1، بيروت، لندن، دار الانتشار العربي، 2000م، ص15، 18، 19، وعمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دط، الجزائر، قصر الكتاب، دت، ص71، 87.

[2] انظر: علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ط4، مصر، دار المعارف، 1391هـ/ 1971م، ص79، وعمر الأشقر، المرجع نفسه، ص87.

[3] انظر: الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط1، مصر، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، 1358هـ/1940م، ص477.

[4] انظر: الماوردي، أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السّرحان، دط، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1391هـ/1971م، 490/1، والشيرازي، شرح اللّمع، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ/ 1988م، 755/2، و الزركشي، البحر المحيط، تحرير: عبد الستار أبو غدّة، ومراجعة: عبد القادر العاني، ط2، الكويت، وزارة الأوقاف، 1413هـ/ 1992م، 11/5، والسيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض، دط، الجزائر، المطبعة الثعالبية لصاحبها: أحمد بن مراد التركي و أخيه، 1325هـ/ 1907م، ص 83 وما بعدها.

[5] انظر: الكفوي، الكلّيات، تحقيق: عدنان درويش ومحمّد المصري، دط، بيروت، مؤسسة الرسالة، دت. ص45، 46.

ويُلحظ الاجتهاد بمعنى الرّأي فيما لا نصّ فيه، فيما قرّره الشاطبي،[1] في معرض الحديث عن الأدلّة الشرعية وأقسامها،[2] وجعل منه المعاني المصلحية والاستحسانية القائمة على الاستدلال، وهذا جانب يأتي إبرازه في هذا البحث عند الحديث عن حقيقة الاجتهاد الاستحسانيّ في المذهب المالكي.

وأمّا الاجتهاد بمعنى الرأي فيما فيه نصّ، فمتعلّق بالرّبط بين دقّة فهم النّصوص وطريقة تطبيق ما يستنبط منها من أحكام، ومآلات ذلك التطبيق في واقع معيّن،[3] وقد كانت له نماذج متعدّدة في الفقه الإسلامي عبر العصور، بما في ذلك اجتهادات الصّحابة الكرام رضي الله عنهم.[4]

ثانيا: الاجتهاد آلية لاستنباط الأحكام من النّصوص الشّرعية.

أطلق الأصوليون مصطلح الاجتهاد على الآلية العمليّة لاستنباط الأحكام من النّصوص الشّرعية، وهو ما أثمر تعدّد العبارات الأصولية، التي عرّفت الاجتهاد بهذا المعنى، ونظرا لعدم اتّساع المقام للتّفصيل فيها جميعا؛ لما في ذلك من التطويل، سيكون الاقتصار على أهمّها وأسلمها عن الاعتراض عند الأصوليين، متمثّلا في تعريف البيضاوي[5] للاجتهاد والذي سبقه إليه صاحب الحاصل، حين عرّف كلّ منهما الاجتهاد بأنّه: "**استفراغ الوسع في درك الأحكام الشّرعية**".[6]

---

[1] هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي، أبو إسحاق الشاطبي ثمّ الغرناطي المالكي، فقيه أصولي، محدث و مفسّر؛ أخذ عن منصور بن علي التلمساني الزواوي، و أبو عبد الله الشريف التلمساني، له: التعريف بأسرار التكليف؛ المعروف بكتاب الموافقات، وكتاب في الحوادث و البدع سمّاه الاعتصام، ت 790هـ . انظر: مجموعة من علماء الهند، معجم المصنّفين، دط، بيروت، مطبعة و فنكوْغراف طبّارة، 1344هـ، ص448- 454 ، و محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، دط، دم ن، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع، دت، 1/ 231.

[2] حيث جعلها قسمين: منها ما يرجع إلى النّقل المحض، ومنها ما يرجع إلى الرّأي المحض، وكلّ ضرب منهما مفتقر إلى الآخر عمليّا؛ على اعتبار أنّ الاستدلال بالمنقولات لا بدّ فيه من النّظر والاجتهاد بالرّأي، كما أنّ الرّأي لا يُعتبر شرعا إلاّ إذا أيّده النّقل. انظر: الموافقات، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، السّعودية، دار ابن عفّان، 1417هـ/1997م، 3/227.

[3] - انظر: الدريني، المناهج الأصولية، ط3، بيروت، مؤسسة الرّسالة، 1429هـ/2008م، ص14.

[4] انظر: المرجع نفسه، ص16.

[5] هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، ناصر الدّين البيضاوي، من القضاة والمفسّرين من أعلام الشافعية. توفي بتبريز سنة 685هـ له: " أنوار التنزيل وأسرار التأويل "، و"طوالع الأنوار "و"منهاج الوصول إلى علم الأصول ". انظر: ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحي، دط، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية لـ: فيصل عيسى البابي الحلبي، 1918م، 8/157، 158.

[6] محمّد الأرموي، الحاصل من المحصول، تحقيق: عبد السّلام أبو ناجي، ط1، بنغازي، جامعة قار يونس، 1994م، 2/1000، والبيضاوي، المنهاج مع شرحه نهاية السول للإسنوي ومناهج العقول للبدخشي، دط، مصر، مطبعة محمّد علي صبيح وأولاده، دت، 3/191.

والملاحظ على التّعريف، أنّه استغنى عن لفظتين شائعتين في تعريفات الاجتهاد عند الأصوليين، هما: "الفقيه" و"المجتهد"؛ كما هو الشّأن في غيره من تعريفات الاجتهاد الأخرى.[1]

- والتعبير بـ: "استفراغ الوسع"، قيد في التعريف يفيد حدوث المشقّة في طلب الأحكام، على نحو يعجز معه المجتهد عن المزيد، وهو قيد يخرج به المقصّر في الطّلب.[2]
- وأمّا التعبير بـ: "درك الأحكام"، فيستغرق دركها بطريق العلم، وطريق الظنّ على حدّ سواء.
- وكذلك التعبير بـ: "الأحكام الشّرعية"، فيه احتراز عن الأحكام العقلية والحسّية. وهو بهذا القيد يستغرق مسائل الفروع عند أغلب الأصوليين.[3]

ولعلّ الحقيقة الاصطلاحية للاجتهاد، التي تناسب الحديث عن الاجتهادات الاستحسانية في المذهب المالكي وتطبيقاتها الفقهية، ممّا يشمل جانبا فقهيا وآخر أصوليّا، كما سيأتي عرضه في بقيّة العناصر.

المطلب الثاني: حقيقة الاستحسان المالكي:

قبل الوقوف على حقيقة الاستحسان عند المالكية، لا بدّ من بيان حقيقته اللّغوية أوّلا، ومن ثمّ عرض أهمّ العبارات المالكية، التيّ بيّنت الحقيقة الاصطلاحية للاستحسان كما وردت على لسان عدد من الفقهاء والأصوليين في المذهب، وهو ما يكون عرضه على النّحو الآتي:

---

[1] انظر على سبيل المثال تعريف الغزالي حين قال في حدّ الاجتهاد أنّه: "بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشّريعة"، ومثله تعريف ابن الحاجب حين قال: "الاجتهاد في الاصطلاح استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظنّ بحكم شرعي"، فاعترض على كليهما بالدّور و التسلسل. انظر: الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السّلام عبد الشافي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ، ص342، وابن الحاجب، مختصر منتهى السول مع شرح العضد وحواشيه، = =تحقيق محمّد محسن إسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2004م، 579/3، و ابن قدامة، روضة النّاظر، تحقيق: عبد العزيز عبد الرّحمن، ط2، الرّياض، نشر جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية، 1399هـ، ص352.

[2] انظر: نهاية السّول للإسنوي، مصدر سابق، 192/3، والبدخشي، مناهج العقول، مصدر سابق، 191/3.

[3] - يجب التّنبيه هنا إلى أنّ أغلب الأصوليين يطلقون الاجتهاد على استفراغ الوسع في مسائل الفروع تحديدا، وذلك معنى قول الرازي في تعريف الاجتهاد: "وهذا سبيل مسائل الفروع، ولذلك تسمّى هذه المسائل مسائل الاجتهاد، والنّاظر فيها مجتهد، وليس هذا حال الأصول"، فيما جعل بعض الأصوليّين مسائل الأصول من صميم مسائل الاجتهاد، ولا وجه لاختصاص الأخير بمسائل الفروع فحسب، ويستثنى من ذلك حال وقوع ورود الخطأ على المجتهد في الأصول، وما قد يلحقه بذلك من اللّوم. انظر: المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، ط3، دم ن، مؤسسة الرسالة، 1418هـ/1997م، 6/6، والإسنوي، المصدر نفسه، 191/3، 192، والبدخشي، المصدر نفسه، 191/3، 192.

الفرع الأوّل: حقيقة الاستحسان لغة.

تطلق العرب الاستحسان على ضدّ الاستقباح، وهو مأخوذ من الحُسْنِ في الأشياء والأمور؛ فيقال: وجه حسن، ورزق حسن، وقول حسن، واستحسن الأمر إذا رآه حسنا.[1]

الفرع الثاني: حقيقة الاستحسان في اصطلاحات المالكي:

تعدّدت عبارات المالكيّة في بيان حقيقة الاستحسان في الاصطلاح الأصوليّ، على نحو وَضَّحَ دقّتة، وجَلَّى مأخذه، بعدما كان خفاؤه، ودقّة مسلكه سببا في الاختلاف فيه. والاعتراض عليه عند بعض فقهاء المذاهب،[2] على غرار الشّافعي ومن وافقه، وفي هذا يقول ابن عاشور، في سياق حديثه عن القائلين بالاستحسان أنّهم "لو شرحوا مرادهم ولو بتأويل، لما أحوجوا الشافعيّ إلى ذلك القيل".[3]

وهنا سيكون الوقوف عند أهمّ عبارات المالكية، التي بيّنت حقيقة الاستحسان، كما وردت على ألسنة عدد من فقهائهم وأصوليّهم، وبيانه على النّحو الآتي:

أوّلا: الاستحسان عند ابن خويز منداد[4] وابن العربي.[5]:

---

[1] انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ، 552/2،و 369/4، 374، 449، و114/13، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م، ص1189.

[2] عبّر بعض الأصوليين عن حقيقة الاستحسان بأنّه: "معنى ينقدح في ذهن المجتهد، تقصر عنه عبارته"، وهذا المعنى كان سببا في إنكاره. انظر: الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ص173، والدّردير، شرح مختصر خليل، دط، دم ن، دار الفكر، دت، 102/3.

[3] حاشية شرح التنقيح، ط1، تونس، مطبعة النهضة، 1341هـ، 229/2.

[4] هو محمد بن أحمد بن علي بن إسحاق، أبوبكر بن خويز منداد، أخذ الفقه عن الأبهري، له كتاب كبير في الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وهو صاحب اختيارات وتأويلات في مذهب المالكية. انظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: سعيد أعراب، ط1، المغرب، مطبعة فضالة، 1981م، 1983م، 77/7.

[5] محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد الإمام أبو بكر بن العربي المعافري الأندلسي الحافظ، سنة 468هـ، رحل إلى المشرق وتتلمذ على أبي بكر الطّرطوشي، وأبي بكر الشاشي، والغزالي، وأبي زكريا التبريزي، وعنه أخذ القاضي عياض، عاد إلى بلده وكان متبحرا في العلوم، وبلغ رتبة الإجتهاد وولي القضاء بإشبيلية، ت543هـ، من تصانيفه أحكام القرآن، وشرح الموطأ وشرح الترمذي وغيره. انظر: السيوطي، طبقات المفسرين، تحقيق: علي محمد عمر، ط1، القاهرة، مكتبة وهبة، 1396هـ، ص105. وابن فرحون، الدّيباج المذهب، تحقيق وتعليق: محمّد الأحمدي أبو النّور، دط، القاهرة، دار التّراث للطّباعة والنّشر، دت، ص169، والمقري، نفح الطيب، تحقيق: إحسان عبّاس، ط1، بيروت، دار صادر، 1997م، 29/2- 43.

نقل الأصوليون حقيقة الاستحسان عند كلّ من ابن خويز منداد المالكي، وابن العربي، في عديد من كتب الأصول، حيث عدّ كلٌّ منهما الاستحسانَ **أخذا وعملا بأقوى الدّليلين**.[1]

وتصبّ حقيقة الاستحسان وفق هذه العبارة، في العمل بأقوى الدّليلين عند تعارضهما في محلّ معيّن، حيث يترجّح المعنى الاستحسانيّ فيه لسبب ما، ليكون الاستحسان بهذا نوع جمع بن الأدلّة المتعارضة.[2]

وزاد ابن العربي على هذا المعنى في حقيقة الاستحسان عند المالكية، حين قال: "**الاستِحْسَانُ عِنْدَنَا وَعِنْد الحَنَفِيَّةِ هُوَ العَمَلُ بِأَقوَى الدَّلِيلَيْنِ،.. نُكْتَتُهُ المُجْزِئَةُ هَاهُنَا، أَنَّ العُمُومَ إذَا اسْتَمَرَّوَالقِيَاسُ إذَا اطَّرَدَ، فَإِنَّ مَالِكًا وَأَبَا حَنِيفَةَ يَرَيَانِ تَخْصِيصَ العُمُومِ بِأَيِّ دَلِيلٍ كَانَ مِنْ ظَاهِرٍ أَوْ مَعْنًى، وَيَسْتَحْسِنُ مَالِكٌ أَنْ يَخُصَّ بِالْمَصْلَحَةِ، وَيَسْتَحْسِنُ أَبُو حَنِيفَةَ أَنْ يَخُصَّ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ مِنْ الصَّحَابَةِ الوَارِدِ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ.**" [3]

وهذه الزّيادة عند ابن العربي، بمثابة مزيد إيضاح وبيان لحقيقة الاستحسان عند المالكية، فتكشف عن كونه تخصيصا للعموم والقياس، إمّا بنظر مصلحيّ يقدّره المجتهد كما هو الشّأن فيما ينقله عن مالك، وإمّا بقول الصّحابي الوارد على خلافه كما يعزوه إلى أبي حنيفة.

ولعلّ من المعاني المصلحية، التي يجري فيها المالكية على العمل بأقوى الدّليلين في الاستحسان، ما يكون على سبيل الاستثناء والتّرخّص في مواضع معيّنة، ومسائل محدّدة يقتضيها العمل بالاستحسان في واقع التّنزيل، وهو ما عبّر فيه ابن العربي في موضع آخر عن حقيقة الاستحسان بقوله أنّه: "**ترك ما يقتضيه الدّليل على طريق الاستثناء والتّرخّص، بمعارضته ما يُعارضه في بعض مقتضياته.**"[4]

---

[1] انظر هذا المعنى للاستحسان فيما نقله الباجي في إحكام الفصول، تحقيق وتقديم عبد المجيد تركي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1407ه/1986م، 693/2، وانظر أيضا: الحدود في الأصول، تحقيق: نزيه حمّاد، ط1، بيروت، مؤسسة الزعبي، 1392ه/1973م، ص65، ابن العربي، أحكام القرآن، مراجعة وتخريج وتعليق: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424ه/2003م، 278/2، والشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 196/5، 197، والاعتصام، دط، دم ن، دار اشريفة، دت. 370/2.

[2] انظر هذا المعنى أيضا عند ابن رشد الحفيد، في بداية المجتهد، دط، القاهرة، دار الحديث، 1425ه/2004م، 60/4.

[3] أحكام القرآن، مصدر سابق، 278/2، 279.

[4] المحصول في أصول الفقه، إخراج: حسين علي اليدري، تعليق: سعيد عبد اللّطيف فودة، ط1، الأردن، دار البيارق، 1420ه/1999م، ص132.

ويفهم منه أنّ العدول عن الأصل في الاستحسان، سواء كان المعدول عنه عموما لفظيا أو قياسا، فسبيله هي الاستثناء بالبحث عن الأيسر في مواضع المشقّة.

ثانيا: الاستحسان عند ابن رشد الجدّ.[1]:

وردت عبارة ابن رشد الجدّ في حدّ الاستحسان بقوله: "**والاستحسان الذي يكثر استعماله، حتّى يكون أعمّ من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدّي إلى غلوّ في الحكم ومبالغة فيه، فيُعدلُ عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثّر في الحكم فيختصّ به ذلك الموضع.**"[2]

وهو ما يدلّ على أنّ من معاني الاستحسان عند المالكية، أنّه ترك للقياس، وعدول عن مقتضاه، لما فيه من الغلوّ والمبالغة في حكمه، بما يستوجب الأخذ بالأيسر من باب التّخفيف في المحالّ المناسبة له، التي تختصّ دون غيرها بمسلك العدول عن الأصل. وهذه حقيقة استحسانية يتجلّى جانبها فيما يأتي عرضه، من تطبيقات الاستحسان عند المالكية.

ثالثا: الاستحسان عند الأبياري.[3]

عرّف الأبياريّ الاستحسان أنّه: "**استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلّي فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.**"[4]

وأفادت عبارته أنّ الدّليل المعدول عنه بالاستحسان عند المالكية، هو القياس بمقتضى مصلحة جزئية توازيه، يقدّرها المجتهد، فتكون حقيقة الاستحسان - وفق هذا - مبنية على تقديم المصلحة المرسلة على القياس.

---

[1] هو محمّد بن أحمد بن رشد أبو الوليد، قاضي الجماعة بقرطبة، من أعلام المالكية، توفي سنة: 520هـ، من أهمّ آثاره: "المقدمات الممهدات" و"البيان والتّحصيل"، وغيرها. انظر في ترجمته: المالقي، تاريخ قضاة الأندلس، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، ط5، بيروت، دار الآفاق الجديدة، 1403هـ-1983م، ص98، 99. والذّهبي، سير أعلام النّبلاء، تحقيق: مجموعة من المحقّقين، بإشراف: الأرناؤوط، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/1985م، 501/19، 502.

[2] البيان والتّحصيل، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1404هـ/1984م، 156/4.

[3] هو عَليّ بن إِسْمَاعِيل بن عَليّ بن حسن بن عَطِيَّة شمس الدّين أبو الْحسن الأبياري نسبة إلى أبيار بمصر، ولد سنة559هـ، وقيل سنة557هـ، من العلماء الأعلام برع في الفقه وأصوله وعلم الكلام، أخذ الفقه والحديث عن أبي الطّاهر بن عوف، وعليه أخذ ابن الحاجب، توفي سنة: 616هـ، وقيل: سنة 618هـ، من آثاره: "شرح البرهان"، و"سفينة النجاة". انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، دط، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، ص214، ومحمد بن مخلوف، شجرة النّور الزكية، دط، القاهرة، المطبعة السّلفية ومكتبتها، 1349هـ، 166/1.

[4] نقل الشاطبي هذا التعريف دون أن ينسبه إلى الأبياري. انظر: الاعتصام، مصدر سابق، 371/2، وعبد الله الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، تقديم: الداى ولد سيدي بابا، دط، دم ن، دت، 262/2، والمشاط، = =الجواهر الثمينة في بيان أدلّة عالم المدينة، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1411هـ/1990م، ص221.

وعليه يمكن القول بأنّ الاستحسان المالكي، كما قد يكون عدولا عن عموم الأدلّة فقد يكون العدول فيه أيضا عن قياس جليّ إلى قياس خفيّ، أو معنى جزئيّ تعضّده المصلحة الشّرعية في بعض المسائل.[1]

ولخّص ابن عاشور المعاني السّابقة للاستحسان عند المالكية في قوله: "والذي استخلصته من مواضع من كتب فقهنا المالكي، أنّ الاستحسان قد أطلقه فقهاؤنا على معنى ترجيح أحد الدّليلين على الآخر، بمرجّح معتبر ليس في الشّرع ما يخالفه، وقد استقرّت لهم في هذا معاني خمسة وهي: الأخذ بالعرف، أو بالاحتياط، أو ما استقرّ عليه عمل أهل العلم كالصّحابة والتّابعين، أو ترجيح أحد الأثرين على الآخر، أو عدول عن قياس وإن كان جليّا إلى آخر وإن كان أخفى منه؛ لأنّ المعدول إليه أولى بالاعتبار لمعضّدات." [2]

ولعلّ قوله في معنى الاستحسان أنّه ترجّح "بمرجّح معتبر ليس في الشّرع ما يخالفه"[3] ممّا أومأ به إلى الاعتبارات المصلحية في الاستحسان عند المالكية، ليمكن تعريف الاستحسان في مذهبهم بأنّه: "**العدول بالمسألة عن مقتضى الدّليل العام، بما يقتضيه النّظر المصلحيّ فيها، على وجه الاستثناء، تحقيقا للتّخفيف ورفعا للحرج**"، وهو تعريف يقرب في معناه ممّا ذكرته بعض الدّراسات المعاصرة في الباب.[4]

- أمّا التعبير بـ: "العدول بالمسألة عن مقتضى الدّليل العام"، فيدلّ على أنّ العدول في الاستحسان كما يكون عن العموم اللّفظي قد يكون عن القياس بمعناه الأشمل للأصول والقواعد.

- وأمّا التعبير بما "يقتضيه النّظر المصلحيّ فيها"، فيدلّ على أنّ العدول عن الدّليل الأصلي في الاستحسان سواء كان قياسيا أو مصلحيّا؛ فإنّ مقتضاه الفعليّ - عند التّحقيق وإمعان النّظر - عائد إلى مراعاة تحقّق عنصر المصلحة المعتبرة في الأحكام المتوصّل إليها بمقتضى دليل العدول، بما يعني مراعاة البعد المصلحيّ فيه في أشكال متعدّدة، يأتي بيانها ضمن المبحث الثاني من هذه الدّراسة، مع تطبيقات الاستحسان عند المالكية، وهذا معنى

---

[1] هذا المعنى نسب الباجي اعتماده والعمل به إلى عدد من فقهاء المالكية منهم: أشهب، وأصبغ وابن المواز. انظر: الحدود في الأصول، مصدر سابق، ص66.

[2] حاشية شرح التنقيح، مرجع سابق، 229/2.

[3] المرجع نفسه، 229/2.

[4] عرّف باي حاتم الاستحسان المالكي بأنّه: "تقديم للاستدلال المرسل على الدّليل العام في بعض مقتضياته، على طريق الاستثناء". انظر: الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، ط1، الكويت، دار الوعي الإسلامي، 1432هـ/2011م، ص275.

أشار إليه ابن رشد الحفيد[1]في سياق الحديث عن الاستحسان المالكيّ في قوله: "الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل".[2]

- وأمّا التعبير بـ: "على وجه الاستثناء"، فيدلّ على أنّ ترك الدّليل الأصليّ يكون في بعض المسائل دون البعض الآخر؛ فهو عدول جزئيٌّ لا كلّيّ.

- أمّا التّعبير بـ: "تحقيقا للتّخفيف ورفعا للحرج"، فبيان لأهمّ المقتضيات والمرتكزات المصلحية للاستحسان عند المالكية، وهو مقصد التّخفيف ورفع الضّيق، الذي سيكون مقصدا بارزا في اجتهادات الاستحسان عند المالكية، على ما سيأتي بيانه في التطبيقات الفقهية للدّراسة.

الفرع الثالث: الاجتهاد الاستحساني عند المالكية باعتباره لقبا:

بعدما تقدّم الوقوف على حقيقة الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين، وحقيقة الاستحسان عند المالكية، وبالجمع بينهما فإنّه يمكن القول، بأنّ الاجتهاد الاستحساني عند المالكية باعتباره لقبا يعني: "**استفراغ الوسع في درك الأحكام الشّرعية المبنية على ترك مقتضى الدّليل العام في بعض المسائل، بما يقتضيه النّظر المصلحيّ فيها على سبيل الاستثناء.**"

وبيان قيود التّعريف مع محترزاته على النّحو الآتي:

- التعبير بـ: "استفراغ الوسع"، قيد في التعريف يفيد حدوث المشقّة في طلب هذا النّوع من الأحكام، على نحو يدرك معه المجتهد أنّه لا قدرة له على المزيد، خاصّة وأنّ مسلك الاستحسان من أدقّ المسالك الاجتهادية.

---

[1] هو أبو الوليد محمَّد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، الشّهير بالحفيد الغرناطي، من مواليد سنة: 520هـ، من أعلام المالكية وفقهائها وقضاتها، توفّي سنة: 595هـ له: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، و "الكلّيّات في الطّبّ" واختصر المستصفى في الأصول. انظر: علي بن عبد الله المالقي، تاريخ قضاة الأندلس، مصدر سابق، ص111، وابن فرحون، الدّيباج المذهّب، مصدر سابق، 257/2- 259، ومحمّد مخلوف، شجرة النّور الزّكية، مصدر سابق، 213/1.

[2] انظر: ابن العربي، المحصول، مصدر سابق، ص131، والشّاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 196/5، والاعتصام، مصدر سابق، 372/2- 375.

- وأمّا التعبير بـ: "درك الأحكام"، فهو وإن كان يستغرق دركها بطريق العلم والظنّ معا، فإنّ الأقرب فيه ما كان دركه بطريق الظنّ، وهو ما يتجسّد عمليّا في أنواع الاستحسان عند المالكية؛ متمثّلة في الاستحسان بالعرف والاستحسان بإجماع أهل المدينة، واستحسان المصلحة وإيثار التّوسعة ورفع المشقّة، ومراعاة الخلاف.[1]

- والتّعبير بـ: "الأحكام الشّرعية" فيه احتراز عن غيرها من الأحكام؛ كالعقلية والحسّية، والأخلاقية.

- وأمّا التّعبير بـ: "المبنية على ترك مقتضى الدّليل العام"، فبيان لنوع الاجتهاد الذي يستفرغ فيه المجتهد وسعه، حيث تركيزه على العدول عن عموم الدّليل، سواء كان عموما لفظيّا، أو قياسا بمعناه الأشمل للأصول والقواعد.

- وأمّا التعبير بـ: "بما يقتضيه النّظر المصلحي"، فيدلّ على أنّ ترك الدّليل الأصلي في اجتهاد الاستحسان عند المالكية، إنّما يرجع - في أغلب حالاته - إلى مراعاة معنى المصلحة الشّرعية، التي تختلف أشكالها في الأحكام المتوصّل إليها بمقتضى دليل العدول، وهو ما أسمته بعض الدّراسات المعاصرة بالمقتضيات المصلحية للاستحسان.[2]

- وأمّا التعبير بـ: "على سبيل الاستثناء"، فقيد يفيد أنّ استفراغ الوسع في معرفة المسائل المبنية على ترك الدّليل العام، إنّما يكون في بعض المسائل دون بعضها الآخر، وإلاّ رُدّت مسائل الفروع كلّها إلى هذا النّوع من الاجتهاد، وهو أمر لا يستقيم.

---

[1] انظر: ابن العربي، المحصول، مصدر سابق، ص131، والشّاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 196/5، والاعتصام، مصدر سابق، 372/2- 375.

[2] انظر: باي حاتم، الأصول الاجتهادية، مرجع سابق، ص 346- 365.

المبحث الثاني: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية:

بعد أن تمّ بيان حقيقة الاجتهاد الاستحسانيّ عند المالكية، سيكون الوقوف على جانب من تطبيقاته في مذهبهم، من خلال عدد من التّطبيقات الفقهية في باب العبادات. وأخرى في باب المعاملات والشّهادات، وغيرها في باب الأحوال الشّخصية، من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأوّل: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في العبادات:

يتمّ تناول تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، من خلال عدد من المسائل هي: التيمم للنّافلة ووصلها بالفريضة، وقراءة القرآن للحائض والجنب، وزكاة مالين يدير أحدهما ولا يدير الآخر، وبيانها جميعا فيما يأتي عرضه من الفروع:

الفرع الأوّل: قراءة القرآن للحائض والجنب:

تتّضح صورة المسألة في سؤال مفاده: متى يجوز للحائض أو الجنب قراءة شيء من القرآن؟ وهل يجوز للحائض أن تحمل المصحف أم لا؟

وهذان سؤالان أجاب عنهما المالكية في مذهبهم، إجابة تجري على خلاف الأصل؛ إذ الأصل أنّ الحائض ومثلها الجنب لا يقرآن شيئا من القرآن.[1]

وعدل المالكية عن هذا الأصل؛ فجوّزا للحائض قراءة القرآن وحمل المصحف، إذا ابتغت بذلك التّعليم، وفي ذلك يقول ابن رشد الجدّ: "...الحائض تكتب القرآن في اللّوح وتمسك اللّوح فتقرأ فيه...لا بأس به على وجه التّعليم."[2]

---

[1] انظر قوله صلى الله عليه وسلّم: "لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن" والذي أخرجه الترمذي في سننه بهذا اللفظ، تحقيق: بشّار عوّاد معروف، دط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1998م، في أبواب الطّهارة، باب: ما جاء في الجنب والحائض أنّهما لا يقرآن القرآن، حديث رقم: 131، 236/1، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م، كتاب: الطّهارة، باب: الحائض لا تمسّ المصحف ولا تقرأ القرآن، حديث رقم: 1479، 461/1، وقال عنه: "ليس هذا بالقويّ"، والحديث ضعّفه أحمد والبخاري وغيرهما. انظر: الزيلعي، نصب الرّاية، تقديم: محمّد يوسف البنوري، صحّحه ووضع حاشيته: عبد العزيز الفنجاني، ومحمّد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمّد عوّامة، ط1، مؤسّسة الرّيّان للطّباعة والنّشر، 1418هـ/1997م، 195/1.

[2] البيان والتحصيل، مصدر سابق، 213/1.

وعزى صاحب نهاية المجتهد هذا المعنى عند المالكية إلى الاستحسان، في سياق حديثه عن الخلاف الحاصل بين فقهاء المذاهب، في الفرق بين الحائض والجنب في ذلك، في قوله: "... وقوما جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب، وقوم فرّقوا بينهما فأجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا؛ لطول مقامها حائضا، وهو مذهب مالك."[1]

وظاهر من كلامه أنّ العدول عن الأصل في المسألة، إنّما كان مردّه إلى الاستحسان الذي مبناه مراعاة المدّة، التي تمكثها الحائض منقطعة عن الصّلاة، وعن قراءة القرآن بسبب الحيض، فأجازوا لها القراءة وحمل المصحف على خلاف الأصل القاضي بالمنع مراعاة لمصلحة التّعليم، والذّكر وعدم النّسيان، وهو ما لا يخفى فيه مرتكز المصلحة في شكل التيسير على المكلّفين، وهو مقصد مطلوب شرعا.

وكما عدل المالكية عن الأصل في المسألة في الحائض، كذلك فعلوا في الجنب، فيما ذكره صاحب الذّخيرة، من جواز القراءة في حقّه على سبيل التعوّذ، ولا يعدّ بذلك قارئا ولا يأخذ أجر القراءة، والمذهب وإن كان جاريا على الأصل في هذه الجزئية الأخيرة، إلاّ أنّ ذلك لا يخرج عن الاستثناء من الدّليل العام، في تخصيص القراءة المسموح بها بما كان تعوّذا؛[2] فجمعوا بين الجري على حكم الأصل وبين العدول عنه في محلّ واحد، ولا يخفى ما في ذلك من المصلحة، التي ترجَّحَ بمقتضاها الاستثناء من الأصل العام استحسانا متمثّلة في مراعاة "ضرورة دفع مفسدة المُتَعَوَّذِ منه"،[3] تحقيقا لمقصد التيسير في المحلّ ودفعا لضرر ما تقتضيه المبالغة في الجري على الحكم الأصليّ في المسألة.

الفرع الثاني: حكم صلاة النّافلة بتيمّم الفريضة:

تتّضح المسألة من خلال الصّورة الآتية: من تيمّم لصلاة الفجر مثلا، ومكث في مصلاّه ينتظر طلوع الشّمس، هل يستطيع أن يصلّي صلاة الضّحى بتيمّمه الأوّل أم لا؟[4]

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 55/1.

[2] انظر: القرافي، الذّخيرة في الفقه، الذّخيرة، تحقيق: محمّد حجّي، وسعيد أعراب، ومحمّد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م، 315/1، 316.

[3] المصدر نفسه، 316/1.

[4] انظر: ابن رشد، البيان والتّحصيل، مصدر سابق، 212/1.

وأجاب المالكية عن حكم ذلك، من خلال بيان حكم الأصل، القاضي بأنّه لا يُصَلَّى بالتيمّم إلاّ صلاة واحدة، وعليه فلا يجوز لمن صلّى الفجر تيمّما أن يصلّي الضّحى بتيمّمه الأوّل، وفي تقرير هذا الأصل جاء في البيان والتّحصيل ما نصّه: "إنّه لا يركع ركوع الضّحى بتيمم صلاة الصّبح؛ لأنّ الأصل كان ألاّ يُصلِّي بالتّيمّم إلا صلاة واحدة... وأن لا يصلّي نافلة بتيمم فريضة."[1]

ووقع العدول عن هذا الأصل في المذهب على سبيل الاستحسان، ومراعاة الخلاف متى اتّصلت النّافلة بالفريضة بتيمّم واحد، وذلك أنّ النّافلة متى اتّصلت بالفريضة يراعى فيها كون "التيمّم يرفع الحدث كالوضوء بالماء، فإذا لم تتّصل بها وطال الأمد بينهما واتّسع الوقت لطلب الماء ثانية للنّافلة، وجب أن ينتقض التيمّم على الأصل."[2]

وهذا معنى استحسانيّ عند المالكية، كان العدول فيه عن الأصل مُرتكِزا على بعد مصلحيّ، اقتضاه مبدأ التيسير، ورفع الحرج عن عموم النّاس في ذلك.

الفرع الثالث: من يملك مالين يدير أحدَهُما ولا يدير الآخرَ كيف يزكّيهما؟

صورة المسألة كما ذكرتها بعض المصادر المالكية،[3] أنّ المالك متى ملك مالا وأدار بعضه في التّجارة، واشترى بالبعض الآخر سلعا وعروضا يتربّص بها، هل يزكّي ما يديره وما لا يديره، أم أنّه يزكّي ما أداره في التّجارة فقط؟

يقتضي الأصل العام أنّ زكاة المال تكون على سَنَتِهِ؛ لأنّ حولان الحول شرط لوجوب الزّكاة، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد: "والقياس أن يزكّي كل مال على سنَتِه، كانا متناصفين أو أحدهما تبعا لصاحبه؛ لأنّ الأصل في عروض التّجارة ألاّ زكاة فيها حتّى تباع...فإذا كان للرّجل مالان يدير أحدَهما ولا يدير الآخر، وجب أن يزكّي الذي لا يدير على سَنَةِ التّجارة، لكونه قادرا على حفظ أحواله، والذي يُدير على سنة الإدارة، لكونه غير قادر على حفظ أحواله." [4]

---

[1] ابن رشد الجدّ، 212/1.

[2] ابن رشد الجدّ، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 212/1، 213.

[3] المصدر نفسه، 424/2.

[4] المصدر نفسه، 2/ 424.

وعدل بعض المالكية عن الأصل العام،[1] فذهبوا في المسألة مذهب الاستحسان القاضي بوجوب زكاة ما لا يُديرُ زكاة ما يُديرُه، لا فرق في ذلك بين كون ما يديره هو الأكثر أم الأقلّ، فيقول ابن رشد في معرض بيان من قالوا بالعدول: "... إذا كان الذي يُدير هو الأكثر، زكّاه كلَّه على الإدارة استحسانا واحتياطا للمساكين على غير قياس؛ لأنّه إذا زكّى ما لا يُدار - وإن قلّ - على سنة الإدارة، فجُعِلَ مخرجا لزكاة العرض قبل بيعه، ولزكاة الدّين قبل قبضه... وإن كان الذي يُدار هو الأقل إغراقٌ في الاستحسان... لأنّه يزكيهما جميعا... على الإدارة، وإن كان الذي يدار هو الأقلّ."[2]

فدلّت عبارته على أنّ مرتكز الاستحسان ومقتضيه في الحالة الأولى - متمثّلة في كون ما يُدار من المال أكثر ممّا لا يدار - هو المصلحة بمراعاة الاحتياط لحقوق المساكين والمحتاجين، سدّا لخلّتهم، حتّى وإن ترتّب عليه القول بزكاة عروض التّجارة قبل بيعها. والدّيون قبل قبضها؛ فكان ذلك استحسانا مصلحيّا على خلاف القياس والأصل العام.

وأمّا في الحالة الثانية، على القول بزكاة ما لا يدار وما يدار، وإن كان الأخير هو الأقلّ فبعيد لما فيه من الإغراق في الاستحسان، الذي خالف القول به في المسألة بعض المالكية، وعدّوا العمل به غير مجزئ؛ لأنّ ذلك في حكم من أخرج ماله قبل حولان الحول.[3]

المطلب الثاني: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في المعاملات والشهادات:

يكون الوقوف على تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، في باب المعاملات والشهادات من خلال عدد من المسائل هي: جواز الغرر والجهالة في هبة الثّواب، والقضاء بالشّفعة في الثّمار، وجواز شهادة المجهول، وبيانها جميعا على النّحو الآتي:

الفرع الأول: جواز الغرر والجهالة في هبة الثّواب.

هبة الثّواب كما وردت في اصطلاحات فقهاء المالكية: "عطيّةٌ قُصِدَ بها عوض ماليّ."[4] فالتعبير بكونها "عطيّة"، يخرج به عقد البيع، مع وجود الشّبه بينهما متمثّلا في العوض.

---

[1] ينسب العدول عن الأصل بالاستحسان في المسألة إلى عيسى بن دينار وأصبغ من المالكية. انظر: المصدر نفسه، 424/2.

[2] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 2/ 424.

[3] ينسب القول بمخالفة الاستحسان في المسألة إلى ابن القاسم. انظر: المصدر نفسه، 424/2.

[4] الرصّاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1350هـ، 427، والخرشي، شرح مختصر خليل، دط، بيروت، دار الفكر، دت، 102/7.

وأمّا التعبير بأنّها: "قُصِدَ بها عوض ماليّ"، فيخرج به عقد الهبة؛ لأنّ الهبة تمليك خالٍ عن العوض، فوقعت هبة الثّواب بهذا على خلاف الأصل من وجهين:

الأوّل: هبة الثواب على خلاف الأصل؛ لأنّ الأصل في الهبة خلوّها عن العوض، بينما هبة الثّواب قُصِد بها العوض، كما هو ظاهر من تعريفها.

الثاني: هبة الثّواب وإن شابهت البيع على قول بعض الفقهاء،[1] إلاّ أنّها خالفته في العوض، فهو في البيع لا يكون إلاّ معلوما، وهبة الثّواب عند المالكية على خلاف ذلك. فأجازوا فيها الجهالة والغرر، وفي ذلك يقول القرافي[2]: "هِبَة الثَّوَابِ وَإِن دَخَلَهَا العِوَضُ فَمَقصُودُهَا أَيضًا المُكَارَمَةُ وَالوِدَادُ؛ فَلَم تَتَمَحَّض لِلمُعَاوَضَةِ وَالمُكَايَسَةِ، وَالعُرْفُ يَشْهَدُ لذَلِك، فَلِذَلِكَ جَازَ فِيهَا مِثلُ هَذِهِ الجَهَالَةِ وَالغَرَرِ، كَمَا جَوَّزَ الشَّرعُ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ وَالطَّعَامَ، لا يَدًا بِيَدٍ فِي القِرَاضِ، لأَنَّ قَصْدَهُ المَعْرُوفُ."[3]

وهو ما يفهم منه أنّ المالكية عدلوا في هبة الثّواب عن الأصل العام، القاضي بحرمة الغرر والجهالة في عقود المعاوضات، وذلك استحسان مرتكزه المصلحة التي عبّر عنها القرافي بـ: "المكارمة والوداد"،[4] اللّذان تتّجه إليهما قصود النّاس من باب المعروف والإحسان،[5] وهو ما يصدّقه عرفهم في المعاملة، فكان المعنى الاستحسانيّ في المسألة قريبا إلى ما أجازه الشّرع من النّسيئة في سائر الأصناف الرّبوية عن طريق القراض، وهو ما يدور في فلك المصلحة الشرعية، التي بُنِي عليها الاستحسان عند المالكية، فأخذت أشكالا متعدّدة في المسألة، منها مراعاة قصد الناس إلى المكارمة والوداد في المعاملة، عملا بقاعدة المعروف والإحسان التي يشهد لها العرف.

---

[1] من الفقهاء من جعلها كالبيع لجامع العوض بينهما. انظر: الكلوذاني، الهداية، تحقيق: عبد اللّطيف هميم، وماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسّسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ/2004م، ص339، والرحيباني، مطالب أولي النهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415هـ/1994م، 382/4.

[2] هو أحمد بن عبد الرّحمن بن عبد الله بن يلين، شهاب الدّين، أصولي مالكي، أخذ عن العزّ بن عبد السّلام، توفي سنة: 684هـ، له: "شرح المحصول"، و"التّنقيح" وشرحه، وغيرها. انظر: إبراهيم بن فرحون، الدّيباج المذهّب، مصدر سابق،236/1- 239، والصّفدي، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، ط1، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1420هـ/2000م، 146/6، 147.

[3] الذخيرة، مصدر سابق، 271/6.

[4] المصدر نفسه، 271/6.

[5] انظر هذا المقتضي من مقتضيات الاستحسان عند المالكية لدى: باي حاتم، الأصول الاجتهادية، مرجع سابق، 349- 355.

الفرع الثاني: القضاء بالشّفعة في الثّمار.

تظهر صورة المسألة عمليّا، لو أنّ أحد الشّريكين باع حصّته في الأصول بمعنى الشّجر، وفي الثّمار بعد بدوّ صلاحها، فهل تجوز الشّفعة لشريكه أم لا؟

وجواب هذا السّؤال أنّ القياس يقضي أنّ الشّفعة تثبت في العقار لا في توابعه من الثّمار والزّرع وهي من المنقولات، كما هو مذهب الحنفية والشّافعية،[1] وعدل مالك عن هذا الأصل؛ فقال بثبوت الشّفعة في الثمار، ما لم تيبس بعد جنيها، أو ما لم تكن زرعا. وفي ذلك يقول القرافي: "إذا باع نصيبه من ثمر الشّجر المزهي قبل قسم الأصل بينهم في مساقاة أو حبس، استحسن مالك فيه الشّفعة، ما لم ييبس قبل قيام الشفيع أو يباع يابسا فلا شفعة، وكذلك الزرع قال مالك: ولم يقله أحد قبلي استحسانا وقياسا على العرايا، التي جُوِّزَت من أجل الرفق وقطع واطئة الرجل، فالشّفعة في الثمار كذلك."[2]

وصرّحت العبارة أنّ العدول عن الأصل والقياس في المسألة، مبناه الاستحسان الذي ترجّح معناه عند مالك، بنظر مصلحيّ اقتضته مراعاة الرّفق ورفع الضّرر عن النّاس في معاملاتهم، كما يرى المالكية أنّ النّظر الاستحسانيّ في المسألة، مؤيّد بكون الثّمار جزءا من الأصول؛ فكما تجوز الشّفعة فيها فإنّها تجوز في الثّمار أيضا، لا فرق في وجوب الشّفعة فيها متى بيعت دون أصولها بعد بدوّ صلاحها، أو مع أصولها بعد بدوّ صلاحها أو قبله.[3]

ولا يخفى ما في هذا المعنى الاستحساني الذي يذكره المالكية، من مراعاة البعد المصلحي في الاجتهاد الاستحساني عندهم، حيث المرتكز فيه على اعتبار مقصد التيسير على النّاس، والرّفق بهم في معاملاتهم.

الفرع الثالث: جواز شهادة المجهول:

يقتضي الأصل العام أنّ المجروح شهادته باطلة مردودة، إلاّ أن تثبت توبته من الفعل الذي جُرِح بسببه، لا فرق في ذلك بين علم القاضي بحاله أو جهله، كما يقتضي الأصل أيضا أنّ الشّاهد مجهول الحال، يجب التوقّف فيما يشهد به حتّى تثبت عدالته، ويُعلم حاله من جرح أو عدالة.[4]

---

[1] انظر: الكاساني، بدائع الصّنائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م/1406هـ، 28/5، والنّووي، المجموع شرح المهذّب، دط، دار الفكر، د م ن، دت، 299/14.

[2] الذّخيرة، مصدر سابق، 287/7.

[3] ينسب هذا الرأي إلى ابن القاسم. انظر: المصدر نفسه، 288/7.

[4] انظر: ابن رشد، المقدّمات الممهّدات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ/1988م، 286/2.

وعدل بعض المالكية عن الأصل العام في شهادة المجهول،[1] على غرار مذهب ابن حبيب،[2] الذي قال بقبول شهادة مجهول الحال، بناء على ما يُتوسَّم فيه من العدالة في ظاهر حاله، وتحديدا "فيما يقع بين المسافرين في السّفر للضّرورة إلى ذلك، قياسا على إجازة شهادة الصّبيان فيما بينهم في الجراح."[3]

وهو المسلك الذي جرى عليه بعض متأخّري المالكية – فيما نقله ابن رشد– في قبول شهادة المجهول، في اليسير من المال حيث علّق على مقتضي العدول عن الأصل في المسألة بقوله: "وهذا كلّه استحسان، والقياس ألاّ تجوز شهادة أحد حتّى تُعرف عدالته... وقد اتّفقوا في الحدود والقصاص على أنّ الشّهادة لا تجوز في ذلك إلاّ بعد المعرفة بعدالة الشّاهد."[4]

وواضح من العبارة، أنّ مستند من قالوا بالعدول عن الأصل في قبول شهادة المجهول - في مواضع بعينها - من المالكية، هو الاستحسان الذي ترجّح معناه عمليّا في المسألة بجانبين:

أحدهما: النّظر المصلحيّ القائم على مراعاة محالّ الضّرورة، في الأخذ بشهادة المجهول كما هو الشّأن في العمل بها بين المسافرين، الذين يُتوسَّم فيهم صلاح الحال، فلا تتعطّل بذلك أمورهم، للجهل بعدالتهم.[5]

---

[1] يُروى القول بشهادة المجهول عن عمر بن الخطّاب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري: "المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلاّ مجلود في حدّ أو مجرّب عليه شهادة زور"، وهو قول الحسن البصري، واللّيث ابن سعد. انظر: ابن رشد، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، 286/2، والأثر أخرجه الدّارقطني في سننه، تحقيق وضبط وتعليق: شعيب الأرناؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللّطيف حرز الله، وأحمد برهوم، ط1، بيروت، مؤسسّة الرّسالة، 1424هـ/2004م، كتاب في الأقضية والأحكام، باب: كتاب عمر ﷺ إلى أبي موسى الأشعري، حديث رقم: 4471، 4472، 367/5، 369، ورواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب: الشّهادات، باب: من يظنّ به الكذب وله مخرج منه لم يلزمه اسم كذّاب، حديث رقم: 20868، 50/21، وقال عنه الألباني: "صحيح". انظر: الألباني، إرواء الغليل، إشراف زهير الشاويش، ط2، بيروت، المكتب الإسلامي، 1405هـ/1985م، 258/8.

[2] هو عبد الملك بن حَبِيب بن سليمان بن هارون السّلمي الإلبيري القرطبي، أبو مروان، فقيه المالكية في زمانه. توفي سنة: 238هـ بقرطبة، له: "حروب الإسلام"، و"طبقات الفقهاء والتّابعين"، و"طبقات المحدثين"، و"تفسير موطأ مالك" وغيرها. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، هذّبه: محمّد بن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار الرّائد العربي، 1970م، ص 162، وابن فرحون، الدّيباج المذهّب، مصدر سابق، 2/8- 15.

[3] ابن رشد، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، 286/2، والقرافي، الذّخيرة، مصدر سابق، 202/10.

[4] انظر: ابن رشد، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، 286/2.

[5] – ابن رشد، المقدّمات الممهّدات، مصدر سابق، 286/2، والقرافي، الذّخيرة، مصدر سابق، 202/10.

ثانيهما: العدول عن مقتَضَى الدّليل العام في هذا الاستحسان، كان عدولا عن قياس ظاهر يقضي بمنع شهادة المجهول، إلى قياس خفيّ ترجّح معناه في محلّ التّنزيل، تمثّل في قياس المسألة على ما ورد من قبول شهادة الصّبيان في الجروح، وهو ما جسّد عمليّا النّظرة المالكية للاستحسان، حيث كان العدول فيه عن قياس جليّ إلى قياس خفيّ لمعنى مصلحيّ رجَّحَهُ في نظر المجتهد.

المطلب الثالث: نماذج من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية في الأحوال الشخصية:

يتناول هذا المطلب عددا من تطبيقات الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، في باب الأحوال الشّخصية، من خلال المسائل الآتية: إسقاط السّكنى عمّن تزوّج امرأة في بيت تملكه، وجواز الخلع بالغرر والمجهول، وعدم الرجوع بالنّفقة على من صالحت زوجها على رضاع ابنه.

الفرع الأول: إسقاط السّكنى عمّن تزوّج امرأة في بيت تملكه:

يقتضي الأصل العام وجوب نفقة الزوج على زوجته التي في عصمته، بما في ذلك نفقة السّكنى، لا فرق بين كون الزوجة غنيّة أم فقيرة؛ فينفق الزّوج بحسب وسعه وطاقته، والنصوص الشّرعية في ذلك كثيرة.

وعدل المالكية عن هذا الأصل في مذهبهم، فقالوا بسقوط حقّ السّكنى للزّوجة والكراء لها، متى دخل بها الزّوج في بيت أبيها أو في بيت تملكه هي، حيث جاء في مواهب الجليل: "وَمَن نَكَحَ امرَأَةً، وَهِيَ فِي بَيتٍ اكْتَرَتْهُ سَنَةً، فَدَخَلَ بِهَا فِيهِ وَسَكَنَا بَاقِيَ المُدَّةِ، فَلا كِرَاءَ لَهَا عَلَيهِ... لأَنَّ العَادَةَ أَنَّ ذَلِكَ عَلَى وَجهِ المُكَارَمَةِ."[1]

فنفقة السُّكنى وإن كانت واجبة على الزّوج بعموم النّصوص الموجبة للنّفقة على زوجه؛ إلاّ أنّه في هذه الحال تمّ العدول عنها استحسانا لعرف النّاس القاضي بذلك، وفي تقرير هذا المعنى يقول القرافي: "وإذا كان سكناها في مسكن أبيها وأمّها لا شيء عليه في مدّة العصمة لأنّه العادة"،[2] والمراد بمدّة العصمة قيام الزّوجية بينهما، فكان هذا نظرا مصلحيّا ارتكز عليه المعنى الاستحسانيّ في المذهب، عملا بقاعدة المعروف والإحسان والمكارمة.

---

[1] الحطّاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط3، دم ن، دار الفكر، 1412ه/1992م، 446/5.

[2] الذخيرة، مصدر سابق، 463/5

وذِكْرُ المالكيّة أنّ مقتضى كون الاستحسان في المسألة مبنيّا على المكارمة، يعني العود إلى حكم الأصل متى زالت أسبابها ودواعيها بالطّلاق، فتجب للزّوجة على زوجها نفقة السّكنى مدّة العدّة، حتّى وإن كانت قبل ذلك تملك مسكنا أو تكتريه، ويقرّر هذا المعنى ما ذكره القرافي في قوله: "...الطلاق جَدَّد وجوب السّكنى ...وحيث قلنا: لا شيء عليه في ذات العصمة فإذا زالت، زالت المكارمة وطالبته بكراء العدة."[1]

كما يجب لفت النّظر هنا، إلى أنّ ارتكاز الاستحسان في المسألة على عرف النّاس يعني تغيّر ما يرجّحه النظر الاستحساني في المحلّ، متى تغيّر ذلك العرف، وهو بعد مؤطّر بمراعاة المعاني المصلحية في الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، والتي ينبغي للمجتهد اعتبارها في هذا النّوع من الاجتهاد.

الفرع الثاني: مصالحة الزوجة أو مخالعتها مع التلفّظ بالطّلاق:

صورة المسألة لو أنّ رجلا صالح امرأته على مبلغ، كي لا تكون له عليها رجعة بعد الطّلاق، أو خالعها مع تلفّظه بالطّلاق وقال لها: "أنت طالق"، فهل يقع ذلك طلقتين أم طلقة واحدة؟

يرى ابن القاسم[2] من المالكية، أنّ الأصل العام في ذلك يقتضي أنّ ما كان منه بالخلع يقع طلقة، وما كان منه بالطّلاق يقع طلقة أخرى، حتّى ولو ذكر أنّه لم ينو إلاّ طلقة واحدة، بخلاف ما لو قال لها: "أنت طالق طلقة الخلع"، فلا يقع ذلك منه إلاّ طلقة واحدة،[3] وأمّا إن خالعها وسكت، ثمّ طلّقها فإنّ الطّلاق لا يلزمه في رأي ابن القاسم؛ لأنّ الخلع ليس إلاّ طلاقا بائنا في الأصل، فلا يرتدف عليه طلاق.[4]

---

[1] المصدر نفسه، 463/5.

[2] هو عبد الرّحمن بن القاسم العُتقي المصري، تفقّه بمالك، واللّيث وابن الماجشون، وأخذ عنه أصبغ ويحيى بن دينار والحارث بن مسكين، ت191 هـ انظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، مصدر سابق، 244/3- 251، وابن فرحون، الدّيباج المذهّب، مصدر سابق، 465/1- 468، ومحمّد مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، مرجع سابق، 88/1.

[3] المدوّنة، ط1، لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ/ 1994م، 256/2، وابن رشد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 277/5.

[4] انظر: ابن رشد، المصدر نفسه، 277/5، 278.

وعدل عن هذا الأصل بعض المالكية، فيمن خالع امرأته أو صالحها وهي حائض ثمّ طلّقها بعد ذلك، فقالوا بارتداف الطّلاق على الخلع أو الصّلح مالم تنقض العدّة على وجه الاستحسان، كما روي عنهم القول بالإجبار على الرّجعة لمن بارأ امرأته وهي حائض،[1] فيقول في ذلك ابن رشد: "وذلك استحسان على غير قياس، مراعاة لقول من يراها طلقة رجعية."[2]

والمعنى منه، أنّ العدول في المحلّ كان بالاستحسان، الذي اقتضته مراعاة قول المخالف بأنّ المبارأة أو الخلع في الحيض يقع طلقة رجعية لا بائنة، فيرتدف عليها الطّلاق شرط عدم انقضاء العدّة، ولعلّ مسلك الاستحسان في ذلك مرتكز على النّظر المصلحيّ باعتبار ما جرى من عرف النّاس في العمل بهذه المبارأة من جهة، و يضاف إليه من جهة أخرى أنّ ما روي عن بعض أعلام المذهب من القول بالإجبار على الرّجعة في المسألة، فيه مزيد احتياط لما يجب أن يكون عليه العمل في مسائل الخلع والمبارأة.

الفرع الثالث: عدم الرّجوع بالنّفقة على من صالحت زوجها على رضاع ابنه ونفقته:

تتمثّل صورة هذه المسألة في لو أنّ امرأة صالحت زوجها على رضاع ابنه أو نفقته إلى حين فطامه، فتحتاج إلى المال، ولا تجد ما تنفق على ولدها، فهل تجب نفقة الولد على أبيه بذلك؟ وإن كان الأمر كذلك فهل تُطالب الأمّ بإرجاع ما أنفقه الأب على ابنه أم لا؟[3]

أجاب المالكية على هذه المسألة بمسلكين؛ مسلك الجري على حكم الأصل والقياس القاضي برجوع الأب بما أنفقه على ولده، فيتبع الأمّ فيما أنفقه، وهو المروي عن ابن القاسم، فيما نقله ابن رشد في قوله: "...قال مالك: يُكلّف الأب نفقته، قال ابن القاسم: ويتبعها إن أيسرت."[4]

ووجه القياس أنّ النّفقة قد وجبت على الأمّ بناء على ما صالحت به الأب، فشابه الأخير الحميل فيما يؤدّيه عن غيره، فيرجع بما غرمه عنه.[5]

---

[1] انظر: ينسب القول بالعدول عن الأصل في المسألة إلى ابن عتاب وأبي المطرّف بن فرج. انظر: ابن رشد، المصدر نفسه، 278/5.

[2] المصدر نفسه، 278/5.

[3] انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 52/5، و 355/5.

[4] المصدر نفسه، 355/5.

[5] انظر: المصدر نفسه، 355/5.

أمّا مسلك العدول عن حكم الأصل في المسألة، فمرويّ أيضا عن ابن القاسم، على سبيل الاستحسان، وقد حاول ابن رشد الجمع بين الرّوايتين عنه في قوله: "...وإنّما قال: إنّه لا يتبعها استحسانا من أجل أن النّفقة واجبة عليه في الأصل، وإنّما ألزم ذلك إياها من أجل ذلك، لا من أجل أنّه حميل بها، إذ لم يتحمّل بشيء."[1]

فظاهر من العبارة أنّ وجه الاستحسان في القول بعدم رجوع الأب على الأمّ بما أنفقه على ولده، هو النّظر إلى الحكم الأصليّ متمثّلا في وجوب النّفقة عليه قبل الصّلح،[2] ولا يخفى ما في هذا النّظر الاستحساني من مراعاة للبعد المصلحيّ في المسألة، والذي مبناه على رفع الضّرر ودفع الفساد في المحلّ؛ لأنّ في نفقة الأب على ابنه حفظ وصيانة له.

وعليه يمكن القول إنّ الاجتهاد الاستحساني في المسألة - وإن كان مشتملا على معنى العدول عن الأصل كما تمّ بيانه في محلّه – إلاّ أنّ مردّه في ذهن المجتهد إلى مراعاة حكم أصل آخر، والحفاظ على مقصده في محلّ التنزيل، فدلّ ذلك على أنّ الاجتهادات الاستحسانية في المذهب، لم تخرج عمّا قرّره فقهاؤه من أنّ مبنى الاستحسان على العمل بأقوى الدّليلين، فكان ذلك ترجيحا لأقوى المصلحتين في المحلّ.

الخاتمة والتوصيات:

تأسيسا على ما تقدّم بيانه يمكن الخلوص إلى النّتائج والتّوصيات الآتية:

1- الاجتهاد الاستحساني عند المالكية مبناه على استفراغ الوسع في الجري على مسلك العدول عن الدليل العام، في خصوص مسائل بعينها.

2- لم تخرج معاني الاستحسان عند المالكية – رغم عباراتها المتعدّدة - عن مفهوم الأخذ بأقوى الدّليلين، والترجيح بينهما؛ لأنّ مبنى الاستحسان على العدول إلى دليل أقوى في محلّ التنزيل، فجاءت معانيه في عباراتهم يكمّل بعضها بعضا ويوضّح بعضها بعضا، وهو المعنى الذي أكّدته تطبيقات الاستحسان في المذهب.

3- البعد المصلحيّ بعدٌ ثابت في الاستحسان المالكيّ، وهو ما اجتمعت عليه عبارات المالكية في بيان حقيقته الاصطلاحية.

---

[1] المصدر نفسه، 356/5.

[2] انظر أيضا: المصدر نفسه، 52/5، 350.

4- العدول عن الأصل في الاجتهاد الاستحساني عند المالكية، يرتكز على أبعاد مصلحيّة، تترجّح كفّتها في نظر المجتهد بناء على ما في اطّراد الحكم الأصليّ من حرج وضيق، وهو ما يتّضح من اجتهاداتهم الاستحسانية في المذهب.

5- العدول عن الأصل في اجتهاد الاستحسان عند المالكية، قد يكون عن عموم لفظي وقد يكون عدولا عن مقتضى القياس بمعناه الأشمل بمعنى القواعد، كما يكون عدولا عن قياس جلي إلى قياس خفيّ.

6- تتجلّى الأبعاد المصلحية للاجتهاد الاستحساني عند المالكية، في مرتكزات أساسية كمراعاة مقصد التّيسير، ورفع الضّرر عن المكلّفين، واعتبار عدد من القواعد كالمعروف والإحسان، والعمل بالعرف، ومنع الضّرر والفساد، ومراعاة حال الضّرورة، وذلك عين المصلحة الشرعية.

7- تجلّت الاجتهادات الاستحسانية عند المالكية، من خلال عدد من التطبيقات الفقهية في باب العبادات، والمعاملات والشّهادات، والأحوال الشّخصية، وكلّها تؤكّد مراعاة البعد المصلحي - بصوره المتعدّدة - في المذهب.

8- ينبغي استقراء ضوابط الاجتهادات الاستحسانية عند المالكية، من خلال مقرّراتهم الأصولية وفروعهم الفقهية، في دراسات مستقلّة تكون مرجعا في الباب، وذلك دور البحوث العلمية والهيئات الأكاديمية المتخصّصة.

قائمة المصادروالمراجع:

1. الأرموي: محمّد بن الحسين الأرموي، الحاصل من المحصول في أصول الفقه، تحقيق: عبد السّلام أبو ناجي، ط1، بنغازي، جامعة قار يونس، 1994م.

2. الأزهري: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت370ه)، تهذيب اللّغة، تحقيق: إبراهيم الأبياري، 15/ 316، دط، القاهرة، دار الكتاب العربي للطباعة و النشر، 1387ه/1967م.

3. الأشقر: عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دط، الجزائر، قصر الكتاب، دت.

الأصبحي: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت179ه)، المدوّنة، ط1، لبنان، دار الكتب العلمية، 1415ه/ 1994م.

4. الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السّبيل، إشراف زهير الشاويش، ط2، بيروت، المكتب الإسلامي، 1405ه/1985م.

5. الباجي: أبو الوليد الباجي (ت474ه). إحكام الفصول، تحقيق وتقديم عبد المجيد تركي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1407ه/1986م.

. الحدود في الأصول، تحقيق: نزيه حمّاد، ط1، بيروت، مؤسسة الزعبي، 1392ه/1973م.

6. باي: حاتم باي، الأصول الاجتهادية الّتي يبنى عليها المذهب المالكي، ط1، الكويت، دار الوعي الإسلامي، 1432ه/2011م.

7. البيضاوي: عبد الله بن عمر بن محمد بن علي، أبو سعيد ناصر الدين القاضي (ت685ه)، منهاج الوصول إلى علم الأصول، مع شرحيه نهاية السول للإسنوي، ومناهج العقول للبدخشي، دط، مصر، مطبعة محمّد علي صبيح وأولاده، دت.

8. البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، أبو بكر الحافظ (ت458ه)، السّنن الكبرى، تحقيق: محمّد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424ه/2003م.

9. التّرمذي: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، أبو عيسى(ت 279)ه، الجامع الكبير المعروف بسنن التّرمذي، تحقيق: بشّار عوّاد معروف، دط، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1998م.

10. ابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدّين (ت646ه)، مختصر منتهى السّول والأمل في علمي الأصول والجدل مع شرح العضد بحاشية التفتزاني وحاشية الشريف الجرجاني وعليها حاشية الفناري وعلى المختصر وحواشيه حاشية الجيزاوي، تحقيق: محمّد محسن إسماعيل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424ه/2004م.

11. حسب الله: علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، ط4، مصر، دار المعارف، 1391ه/ 1971م.

الحطّاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي(ت954ه)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط3، دم ن، دار الفكر، 1412ه/1992م.

12. الخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي(ت1101ه)، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، دط، بيروت، دار الفكر، دت.

13. الدّارقطني: علي بن عمر الدارقطني (ت385ه)، سنن الدّارقطني، تحقيق وضبط وتعليق: شعيب الأرنؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللّطيف حرز الله، وأحمد برهوم، ط1، بيروت، مؤسسّة الرّسالة، 1424ه/2004م.

14. الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات (ت1302ه). شرح مختصر خليل مع حاشية الدّسوقي، دط، دم ن، دار الفكر، دت.

15. الدّريني: فتحي الدّريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرّأي، ط3، بيروت، مؤسسة الرّسالة، 1429ه/2008م.

16. الذّهبي: محمد بن أحمد شمس الدين قايماز الذهبي (ت748ه)، سير أعلام النّبلاء، تحقيق: مجموعة من المحقّقين بإشراف: شعيب الأرناؤوط، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1405ه/1985م،

17. الرازي: محمد بن عمر فخر الدّين(ت 606ه)، المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، ط3، دم ن، مؤسسة الرسالة، 1418ه/1997م.

18. الرحيباني: مصطفى بن سعد الرحيباني (ت1243ه)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415ه/1994م.

19. ابن رشد: محمد بن أحمد بن رشد (ت520ه).

البيان والتّحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الشرقاوي إقبال، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1404ه/1984م.

. المقدّمات الممهّدات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408ه/1988م.

21. ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد(ت595ه)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دط، القاهرة، دار الحديث، 1425ه/2004م.

22. الرصّاع: محمّد بن قاسم الرصّاع الأنصاري، أبو عبد الله قاضي الجماعة (ت894ه)، شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1350ه.

23. رضا: أحمد رضا، معجم متن اللّغة، دط، بيروت، دار مكتبة الحياة، 1377ه/ 1958م.

24. الزّيلعي: عبد الله بن يوسف بن محمّد جمال الدّين أبو محمّد الزّيلعي (ت762ه)، نصب الرّاية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزّيلعي، تقديم: محمّد يوسف البنوري، صحّحه ووضع حاشيته: عبد العزيز الفنجاني، ومحمّد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمّد عوّامة، ط1، مؤسّسة الرّيّان للطّباعة والنّشر، 1418ه/1997م.

25. الزّركشي: بدر الدّين محمّد بن بهادر الزركشي (ت 794ه)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد الستار أبو غدّة، ومراجعة: عبد القادر العاني، ط2، الكويت، وزارة الأوقاف، 1413ه/ 1992م.

26. الزّمخشري: محمود بن عمرو بن أحمد جار الله(ت 538ه) الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419ه/1998م.

27. ابن السّبكي: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، أبو نصر تاج الدين (ت 771ه)، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، محمود محمد الطناحي، دط، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية لـ: فيصل عيسى البابي الحلبي، 1918م.

28. السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت911ه).

. الرد على من أخلد إلى الأرض و جهل أنّ الاجتهاد في كلّ عصر فرض، دط، الجزائر، المطبعة الثعالبية لصاحبها: أحمد بن مراد التركي و أخيه، 1325ه/ 1907م.

. طبقات المفسرين العشرين، تحقيق: علي محمد عمر، ط1، القاهرة، مكتبة وهبة، 1396ه.

30. الشاطبي: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، أبو إسحاق (ت790ه).

. الموافقات في أصول الشّريعة، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، السّعودية، دار ابن عفّان، 1417ه/1997م.

. الاعتصام، دط، دم ن، دار اشريفة، دت.

31. الشافعي: محمد بن إدريس (ت204ه)، الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط1، مصر، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، 1358ه/1940م.

32. الشنقيطي: عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، تقديم: الداى ولد سيدي بابا، دط، دم ن، دت.

33. الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق (ت476ه).

. شرح اللّمع في أصول الفقه، تحقيق: عبد المجيد تركي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408ه/ 1988م.

. طبقات الفقهاء، هذّبه: محمّد بن مكرم بن منظور، تحقيق: إحسان عباس، ط1، بيروت، دار الرّائد العربي، 1970م.

34. الصّفدي: خليل بن أيبك بن عبد الله الصّفدي صلاح الدّين (ت764ه)، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، ط1، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1420ه/ 2000م.

35. الماوردي: عليّ بن محمّد بن حبيب، أبو الحسن القاضي الماوردي (ت450ه)، أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السّرحان، دط، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1391ه/1971م.

36. ابن عاشور: محمّد الطّاهر بن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، ط1، تونس، مطبعة النهضة، 1341ه.

37. ابن العربي: محمّد بن عبد الله بن محمّد بن أحمد أبو بكر بن العربي (ت543ه).

38. أحكام القرآن، مراجعة وتخريج وتعليق: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424ه/2003م.

39.. المحصول في أصول الفقه، إخراج: حسين علي اليدري، تعليق: سعيد عبد اللّطيف فودة، ط1، الأردن، دار البيارق، 1420ه/1999م.

40. عياض: عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، أبو الفضل قاضي الأئمّة (ت 544ه).

. ترتيب المدارك، تحقيق: أحمد بكير محمود، دط، بيروت، دار مكتبة الحياة، دت.

. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: سعيد أعراب، ط1، المغرب، مطبعة فضالة، 1981م، 1983م.

41. الغزالي: محمد بن محمد الغزالي، أبو حامد (ت505ه)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السّلام عبد الشافي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413ه.

42. ابن فرحون: إبراهيم بن محمد بن فرحون برهان الدين، أبو الوفاء (ت799ه).

. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دط، بيروت، دار الكتب العلمية، دت.

. الدّيباج المذهّب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: محمّد الأحمدي أبو النّور، دط، القاهرة، دار التّراث للطّباعة والنّشر، دت.

43. الفيروزآبادي: محمّد بن يعقوب بن محمّد بن إبراهيم بن عمر، مجد الدّين (ت817ه). القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م.

44. ابن قدامة: ابن قدامة، روضة النّاظر وجنّة المناظر، تحقيق: عبد العزيز عبد الرّحمن، ط2، الرّياض، نشر جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية، 1399هـ.

55. القرافي: أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرّحمن بن عبد الله، شهاب الدّين (ت684هـ)، الذّخيرة، تحقيق: محمّد حجّي، وسعيد أعراب، ومحمّد بوخبزة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م.

45. الكاساني: أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، علاء الدين (ت587هـ)، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م/1406هـ.

46. الكفوي: أيوب بن موسى الكفوي (ت1094هـ)، الكلّيات معجم في المصطلحات والفروق اللّغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمّد المصري، دط، بيروت، مؤسسة الرسالة، دت.

47. الكلوذاني: أبو الخطّاب الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللّطيف هميم، وماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسّسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ/2004م.

48. المالقي: أبو الحسن علي بن عبد الله المالقي الأندلسي، تاريخ قضاة الأندلس (المرقبة العليا فيمن يستحقّ القضاء والفتيا)، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، ط5، بيروت، دار الآفاق الجديدة، 1403هـ-1983م.

49. مجموعة من علماء الهند: معجم المصنّفين، دط، بيروت، مطبعة و فنكوْغراف طبّارة، 1344هـ.

50. محمد: يحيى محمد، الاجتهاد و الإتباع و النظر، ط1، بيروت، لندن، دار الانتشار العربي، 2000م.

51. مخلوف: محمد بن محمد مخلوف(ت1360هـ)

. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دط، دم ن، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع، دت.

. شجرة النّور الزكية في طبقات المالكية، دط، القاهرة، المطبعة السّلفية ومكتبتها، 1349هـ.

52. المشاط: حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلّة عالم المدينة، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1411هـ/1990م.

53. المقري: أحمد بن محمد المقري، أبو العباس شهاب الدين (ت758هـ)، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: إحسان عبّاس، ط1، بيروت، دار صادر، 1997م.

54. ابن منظور: محمّد بن مكرم بن علي بن منظور، أبو الفضل جمال الدّين (ت 711هـ)، لسان العرب، ط3، بيروت، دار صادر للطّباعة والنّشر، 1414 هـ.

55. النّووي: يحيى بن شرف بن حسن الحوراني النووي، أبو زكريا محيي الدين (ت676هـ)، المجموع شرح المهذّب مع تكملة السّبكي والمطيعي، دط، دار الفكر، د م ن، دت.