الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة-

Ministère de l'Enseignement
Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj
-Bouira -
Tasdawit Akli Muhend Ulḥag
- Tubirett-

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم الشريعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الفقه المقارن وأصوله الموسومة ب:

الاستحسان عند المالكية وتطبيقاته الفقهية

إعداد:
- حمزة محلابي
- إسماعيل تاني
- الطيب نرزيو

إشراف الأستاذ:
أ.د كمال الدين قاري

السنة الجامعية: 2020/2019م. الموافق ل: 1440ه / 1441ه.

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى من وضعتني على طريق الحياة ورعتني حتى صرت كبيرا (أمي الغالية) حفظها الله..

إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير، الذي كان له الفضل الكبير في بلوغي هذه الدرجة (والدي الحبيب) أطال الله في عمره أحسن عمله.

إلى إخوتي من كان لهم بالغ الأثر في تجاوز الكثير من العقبات والصعاب حفظهم الله..

إلى جميع أساتذتي الكرام ممن تعاقب علىتدريسي بارك الله فيهم جميعا.

إلى كل من ساعدني في إتمام هذه المذكرة من قريب أو بعيد.

إلى كل أصدقائي وزملائي.

أهدي هذا العمل المتواضع.

حمزة معلابي

إهداء

إن لكل جهد ثمرة والثمرة هاته المتوضعة

اهديها لكل من الوالدين والأساتذة

واصدقاء الدراسة كل بإسمه ولكل طالب

علم يسعى بعلمه لخدمة الإسلام والمسلمين.

إسماعيل تانو

إهداء

الى من تعهداني بالتربية في الصغر و كانا لي نبراسا يضيء فكري بالنصح و التوجيه في الكبر. امي و ابي حفظهما الله..

الى من شملوني بالعطف و امدوني بالعون وحفزوني للتقدم اخوتي و اخواتي رعاهم الله..

الى كل من علمني حرفا و اخد بيدي في سبيل تحصيل العلم و المعرفة اليهم جميعا اهدي ثمرة جهدي و نتاج بحثي المتواضع.

و الى جميع أصدقائي وطلبة سنة ثانية ماستر.

الحبيب نرزيو

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل على مايسر لنا لإتمام هذه المذكرة، ثم والدينا على كل مجهوداتهم منذ ولادتنا إلى هذه اللحظات، أنتم كل شيء لنخبكم في الله أشد الحب.

ونشكر كل من درسنا أو ساهم في تدريسنا من ذكاترة وأساتذة ومعلمين.

ونخص بالذكر الأستاذ الفاضل: "كمال الدين قاري" على قبول هذه الدراسة وعلى توجيهنا ومساعدتنا في تجميع المادة البحثية، فجزاه الله كل خير.

والشكر موجه كذلك لإدارة جامعة آكلي محند أولحاج ونخص بالذكر قسم الشريعة.

كما لانسى أن نشكر أيضا طلاب قسم الشريعة وفقهم الله.

وأخيرا، أتقدم بجزيل شكري إلى كل من مدوا لنا يد العون والمساعدة في إخراج هذه الدراسة على أكمل وجه.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾ (آل عمران:102).

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾ (النساء: 01).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾ (الأحزاب: 70 - 71).

أما بعد...

فإن الشريعة إنما جاءت لتنظيم أفعال المكلفين وأن هذه الشريعة لها أسسها ولها قواعدها في التشريع والتقنيين ولها طرقها ومناهجها في استخراج هذا التشريع. والله سبحانه وتعالى قد أودع في شريعة الإسلام المباركة من الأصول والقواعد والأحكام ما يجعلها صالحة للوفاء بحاجات الإنسانية المتجددة كلها على امتداد الزمان واتساع المكان، وتطور وسائل الحياة، فهذه الشريعة المباركة التي أنزلها سبحانه لتحقيق مصالح الناس بأسمى نظام عرفته البشرية، أو ستعرفه؛ نظام يحقق مصالحها وينظم علاقات الناس العامة والخاصة فيما بينهم على أفضل ما يكون انتظام.

وقد جاءت أحكام هذه الشريعة وأصولها على نوعين: الأول: أحكام وأصول لا تقبل الاجتهاد، كأحكام العقيدة وأصول العبادات، والثاني: أحكام وأصول معللة بتحقيق مصالح الناس لا سيما ما كان منها في المعاملات، وكل ما يواجه الأمة – مجتمعات وأفرادا – من وقائع في هذه الحياة له في شريعة الإسلام أحكام؛ يعرف بعضها من نصوص القرآن والسنة، ويعرف بعضها من دلائل أخرى أرشد إليها الشارع ليعرف بها حكم ما لم يدل على حكمه نص في الكتاب والسنة.

وإن الإمام مالك قد نحا منحى فقهاء أهل المدينة في الأصول التي بنى عليها اجتهاده، واتخذت بعده أساسا لمذهبه، والأدلة التي اعتمدها علماء المدينة في عمومها هي الأدلة نفسها التي اعتمدها غيرهم من أهل الحديث؛ وإنما اختلفوا عن غيرهم من أهل الرأي في مدى الاعتماد على الحديث وشروط قبوله والعمل به، ثم اللجوء إلى القياس ومتى يكون حجة؟

وكان للإمام مالك منهج في الاستنباط الفقهي لم يدونه كما دون بعض منهجه في الرواية، ومع ذلك صرح بكلام قد يستفاد منه بعض منهجه، فقد ألمح إليه وهو يتحدث عن كتابه الموطأ وأشار فيه إلى بعض تلك الأصول.

وقد صنع فقهاء المذهب المالكي ما صنعه فقهاء الحنفية فجاءوا إلى الفروع وتتبعوها واستخرجوا منها ما يصح أن يكون أصولا قام عليها الاستنباط في مذهب مالك، ودونوا تلك الأصول التي استنبطوها على أنها أصول مالك.

إن الاستحسان من الأصول المهمة في المذهب المالكي، ولهذا اشتهر على ألسنة فقهاء المذهب المالكي قولهم: الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أرفق بالناس، إشارة منهم إلى أصل الاستحسان؛ واعتمده الإمام مالك لدفع الحرج الناشئ من اطراد القياس، أي أن معنى الاستحسان طلب الأحسن للاتباع، وهذا وجه ذكره ضمن الأصول المالكية للمقاصد، وقد نقل ابن عبد البر رحمه الله عن مالك أحكاما واجتهادات تتعلق بالمعاملات وحسن الجوار، وقال إن هذا كله إستحسان واجتهاد في قطع الضرر.

وعليه فإن الاستحسان يشكل مع باقي الأدلة الأخرى المختلف فيها حلقات مترابطة يعتمد عليها المجتهد في استنباط الاحكام الجزئية للمكلف.

إشكالية البحث

لطالما أثارت منهجية التشريع بالاستحسان خلافا بين علماء التشريع الإسلامي، لما تحمل في طياتها من مواطن إشكالية، يمكننا تحديدها على النحو التالي:

- تعدد وحدة حقيقة الاستحسان.
- وأما الإشكالية الثانية: مدى اشتمال الاستحسان للرأي؛ إذ تتضمن منهجية الاستحسان في علاقتها بالرأي عدة مكامن هي من الخطورة والدقة بحيث شكلت محورا من محاور الخلاف الحقيقية في حجية الاستحسان؛ تتمثل في مدى علاقة الاستحسان بالرأي الشخصي لقائله؛ فهل المستحسِن يعبر عن وجهة نظره الخاصة به؟ ومن ثم، فإن المنكرين، أو المتحفظين على الاستحسان اعترضوا عليه باعتباره تدخلاً في التشريع ممن لا يحق له ذلك.
- تداخل أنواع الاستحسان مع أصول تشريعية أخرى؛ سيما العرف، والمصلحة، والضرورات، مما أوقع نوعا من عدم الوضوح عند بعض الدارسين.
- اعتقاد كثير من العوام أن ما يقدمه المجتهد وفق منهجية الاستحسان إنما هو خروج مطلق على النص الشرعي، والباحث إذ يسعى لدراسة منهجية التشريع بالاستحسان؛ فإنه يبذل الجهد لبيان حقيقة هذه الإشكاليات وكيفية حلها وموقف علماء الأصول وأثرها في اختلافهم، وذلك من خلال معرفة حقيقة الاستحسان عند الأصوليين؟ وهل له أركان ومقومات عندهم؟.

أسباب اختيار الموضوع:

- إرادة التعمق في دراسة هذا الأصل، لما له من أهمية في إنزال الحكم الشرعي على المستجدات والنوازل.
- إبراز جهود علمائنا والاستفادة من مناهجهم.
- بيان أن الاستحسان يبقى قاعدة متبعة في التعامل مع النصوص الشرعية.
- اعتبار الشريعة عدل كلها، فإن الاستحسان خادم لهذه الخصوصية.

أهمية الموضوع:

- عناية الشريعة بمصالح المكلفين برفع الحرج ودفع الضرر مع السماحة واليسر فإن فرص تجديد أصول الفقه من بوابة الاستحسان ذات قيمة.
- إبراز أن الاستحسان وسيلة لتحقيق مقصد الشارع من التكليف في حفظ مصالحهم الدنيوية والأخروية
- بيان أثر المصادر التشريعية من حيث تعددها وتنوعها في الشريعة الإسلامية، من حيث مرونتها واتساعها وصلاحيتها لكل زمان ومكان مع الإبقاء على جوهرها وذاتيتها.

أهداف البحث:

ويهدف هذا البحث إلى دراسة بعض القضايا المتشابكة، تكون في مجموعها موضوعا واحدا، ومن تلك القضايا: التحقيق في صحة نسبة القول بالاستحسان ـــ بوصفه مصطلحا أصوليا له دلالاته الأصولية ـــ إلى الإمام مالك – .

الدراسات السابقة

لقد وقفنا على عدة دراسات متعلقة بموضوع الدراسة ساعدتنا كثيرا في جمع المادة العلمية ومن هذه الدراسات نذكر:

- **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، تحت إشراف: الدكتورة: هند الخولي، جامعة دمشق ، العام الدراسي 1436ه/2015م.وهي من أنفس الرسائل التي ساعدتنا في بحثنا.
- **الاستحسان عند الإمام الشاطبي**، إعداد الطالب: أمين محمد المهدي الورشفاني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية، جامعة سليمان دمرل بتركيا، إصبارطة 2018.
- **الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي (دراسة نظرية تطبيقية)**، إعداد حاتم باي، تحت إشراف: الدكتور محمود صالح جابر، الجامعة الأردنية، 2006م.
- **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، دراسة البغا مصطفى ديب، 1993م، دار القلم، الطبعة الثانية.

- **الاستحسان بين النظرية والتطبيق** للدكتور شعبان محمد إسماعيل- نشر دار الثقافة في الدوحة- قطر: 1308ه/1988م.

- **الاستحسان حقيقته أنواعه – حجيته – تطبيقاته المعاصرة**، يعقوب عبد الوهاب الباحسين- المعهد العالي للقضاء- جامعة محمد بن سعود الإسلامية : 1328ه/2007م- مكتبة الرشد ناشرون.

- **نظرية الاستحسان**، لأسامة الحموي، تحت إشراف الدكتور محمد سعيد البوطي، رسالة ماجستير، نشرت في سوريا- دمشق: 1412ه/1992م.

- **الاستحسان الأصولي حقيقته وحجيته**، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية العدد 4، الإمارات العربية المتحدة صفحة من (9 – 35) 1995م.

- **الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي**، فاروق عبد الله عبد الكريم-رسالة دكتوراه – جامعة بغداد، 1995م

- **نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي، وصلتها بالمصلحة المرسلة**، الدكتور: محمد عبد اللطيف صالح الفرفور.

المنهج المتبع:

- **منهج استقرائي تحليلي**، قائم على استقراء استعمالات لفظ الاستحسان في الموطأ، والمدونة الكبرى، وتتبع أقوال علماء المذهب في مدلوله، ومكانته من أصول المذهب.

- **المنهج المقارن:** وقد استعملناه كثيرا، خاصة في الفصل الثاني، إذ أننا تقريبا لا ندرس المسائل إلا وذكرنا الخلاف، مقارنين بين آراء العلماء فيها.

المنهجية المتبعة في كتابة البحث.

اعتمدنا في كتابة هذا البحث على المنهجية التالية:

- كتابة الآيات القرآنية كتابة صحيحة وبالرسم العثماني برواية حفص عن عاصم، وذلك بنقلها مباشرة من المصحف الإلكتروني المسمى بمصحف المدينة النبوية.

- الحرص على الكتابة الصحيحة للأحاديث النبوية بتخريجها إما من صحيح البخاري أو مسلم، وإن لم تعثر عليها فيهما، خرجناها من كتب السنن أو غيرها.

- بيان المعاني اللغوية والاصطلاحية الواردة في البحث.

- ترتيب المادة العلمية وفق خطة البحث، مع الالتزام بالتوثيق والأمانة العلمية.

- عزو الأقوال إلى أصحابها.

- جمع المادة العلمية بالرجوع إلى أمهات الكتب.

- الترجمة لبعض الأعلام الوارد ذكرهم في البحث خاصة أئمة المالكية منهم.

– عندما نحيل إلى المصدر أو المرجع لأول مرة، نذكر عنوان الكتاب ثم اسم المؤلف ثم معلومات الطبعة ثم الجزء والصفحة.

– في حالة تكرر المصدر أو المرجع في نفس الصفحة نلتزم بكتابة: – نفس المصدر – أو – نفس المرجع– وفي حالة وجود فاصل بينهما فإننا نعيد كتابة المصادر والمرجع المكرر.

– ذيلنا البحث بقائمة المصادر والمراجع التي اعتمدنا عليها، كما قمنا بترتيبها على الترتيب الألفبائي .

– ذيلنا البحث بمجموعة من الفهارس ليسهل للمتصفح الرجوع إلى المعلومة التي يحتاجها.

صعوبات البحث :

– تمثلت الصعوبات بدراسة الجهد الأصولي للعلماء ومراجعة مصادره وصياغته في تراكيب بسيطة تتلائم مع البحث.

– وكان الظرف الحالي الذي تمر به البلاد والعالم أجمع بسبب هذه الجائحة – نسأل الله أن يرفعها عنا وعن المسلمين– أحد هذه العقبات إذ حرمنا من الاجتماع نحن أعضاء البحث على طاولة واحدة،

– صعوبة الوصول إلى الكتب بسبب غلق المكتبات الذي كان سببا هو الآخر في تعطيل إتمام المذكرة في وقتها.

رغم كل هذا وبفضل الله أتممنا هذه الورقة البحثية فلله الحمد والشكر.

خطة البحث

مقدمة.

الفصل التمهيدي: أصول المذهب المالكي.

ـ **المبحث الأول:** تحديد مفهوم أصول المذهب المالكي.

- **المطلب الأول:** الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا.
- **المطلب الثاني:** مفهوم المذهب المالكي.

ـ **المبحث الثاني:** أصول المذهب المالكي: إحصاؤها وأنواعها وخصائصها.

- **المطلب الأول:** إحصاء أصول المذهب المالكي.
- **المطلب الثاني:** أنواع أصول المذهب المالكي.
- **المطلب الثالث:** خصائص أصول المذهب المالكي.

الفصل الأول: الاستحسان عند المالكية تعريفه حجيته واختلاف العلماء فيه.

ـ **المبحث الأول:** تعريف الاستحسان.

- **المطلب الأول:** تحديد مفهوم الاستحسان.
- **المطلب الثاني:** علاقة الاستحسان ببعض المصطلحات ذات الصلة.

ـ **المبحث الثاني:** الاستحسان عند المالكية أنواعه وأركانه ومجال العمل به.

- **المطلب الأول:** أنواع الاستحسان عند الإمام مالك.
- **المطلب الثاني:** أركان الاستحسان.
- **المطلب الثالث:** مجال العمل بالإستحسان في المذهب المالكي.

ـ **المبحث الثالث:** حجية الاستحسان عند علماء المذهب المالكي.

- **المطلب الأول:** سبب الخلاف.
- **المطلب الثاني:** أراء علماء المذهب المالكي في الاحتجاج بالإستحسان.
- **المطلب الثالث:** الترجيح.

الفصل الثاني : أثر الاستحسان في بعض التطبيقات الفقهية.

ـ **المبحث الأول:** أثر الاستحسان في باب العبادات

- **المطلب الأول:** مسألة جواز القراءة القليلة للحائض.
- **المطلب الثاني:** مسألة النية بالصيام مقارنة للفجر.
- **المطلب الثالث:** مسألة أداء زكاة الفطر قبل الغدو إلى المصلى.

ـ **المبحث الثاني:** أثر الاستحسان في باب المعاملات.

- **المطلب الأول:** مسألة بيع الدرهم الناقص بالدرهم الوازن.
- **المطلب الثاني:**ر تضمين الصناع.
- **المطلب الثالث:** مسألة ثبوت الشفعة في أنقاض أرض الحبس والعارية.

ـ **المبحث الثالث:** أثر الاستحسان في باب الأحوال الشخصية.

- **المطلب الأول:** مسألة ما يحل للرجل من امرأته الحائض بعد الطهر وقبل الغسل.
- **المطلب الثاني:** مسألة جواز نكاح المرأة الدنيئة نفسها بغير وليها.
- **المطلب الثالث:** مسألة جواز النظر إلى ماعدا الوجه والكفين من المرأة الأجنبية.

ـ **المبحث الرابع:** أثر الاستحسان في باب الجنايات والحدود.

- **المطلب الأول:** مسألة ثبوت القصاص في الجرح بالشاهد واليمين.

- **المطلب الثاني:** مسألة الواجب في أنملة الإبهام خمس من الإبل.

خاتمة

الفصل التمهيدي: أصول

المذهب المالكي:

- المبحث الأول: تحديد مفهوم أصول المذهب المالكي.
- المبحث الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها، أنواعها وخصائصها.

تمهيد:

لم ينص الامام مالك على كل أصوله، لكن المالكية وممن جاؤوا بعدهم اعتنوا ببيان الأصول التي كان مالك يصدر عنها في اجتهاده الفقهي؛ والتي تعد أسسا في المرجعية الدليلية لمذهبه، وكان الأساس الذي اعتمده علماء المذهب في عملية الوقوف على هذه الأصول هو استقراء الفروع الأصول والاستدلالات الجزئية والنظر فيها التلميح لأصول المذهب واستخلاص المنطق الاجتهادي للإمام؛ فخلصت المالكية إلى جملة أدلة وأصول نسبوا لمالك وأصحابه أنها كانت أعمدة المذهب الدليلية التي بنى المذهب عليها.

وعليه عقدنا هذا المبحث التمهيدي لبيان أصول المالكية وذلك بإحصاء أنواعها وذكر جملة من خصائصه.

المبحث الأول: مفهوم أصول المذهب المالكي.

- المطلب الأول: الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: مفهوم المذهب المالكي.

تمهيد:

إعطاء مفهوم أصول المذهب المالكي يتوقف على تعريف كل من "أصول" و"المذهب المالكي" على حدى؛ ثم نبرز المعنى المركب ل"أصول المذهب المالكي" وهذا ما سنبحثه فيما يلي:

المطلب الأول: الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا.

أولا: مفهوم الأصل لغة.

الأصل: أسفل الشيء يقال: قعد في أصل الجبل، وأصل الحائط، وقلع أصل الشجر، ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد. ويقال: أصل الأصول، كما يقال: بوب الأبواب، ورتب الرتب. وقال المناوي: "أصلته تأصيلا: جعلت له أصلا ثابتا يبنى عليه غيره"[1].

ثانيا: مفهوم الأصل اصطلاحا.

يطلق الأصل على أحد معان خمسة، وهي:

أولا: الدليل: مثل قول الفقهاء الأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴿٤٣﴾﴾ (البقرة: 43) أي أن الدليل على وجوب الصلاة هذه الآية.

ثانيا: القاعدة الكلية: مثل بني الإسلام على خمسة أصول، أي قواعد، ولا ضرر ولا ضرار أصل من أصول الشريعة، أي قاعدة من قواعد الشريعة.

ثالثا: الرجحان: كقولهم الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح عند السامع للكلام الحقيقة لا المجاز.

رابعا: المسألة المقيس عليها، مثل قولهم الخمر أصل النبيذ، أي أن الخمر والمسألة التي يقاس عليها النبيذ.

خامسا: المستصحب: يقال لمن كان متيقنا من الطهارة وشك في الحدث الأصل الطهارة، وكذلك يقال لمن شك في نجاسة ثوب أو مكان أن الأصل في الأشياء الطهارة.

أما المعنى المقصود من الأصل في أصول الفقه هو: الدليل الذي تبنى عليه الأحكام الشرعية[2].

المطلب الثاني: مفهوم المذهب المالكي.

(1) **تاج العروس من جواهر القاموس**، محمّد بن عبد الرزّاق الزَّبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، ج7، ص306-307.

(2) **تنقيح الفصول للقرافي شرح تنقيح الفصول**، أبو العباس شهاب الدين القرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393ه/1973م، ص9.

أولا: تعريف المذهب لغة.

المذهب من: ذهب يذهب؛ والمصدر منه: ذهابا (بالفتح ويكسر)؛ وذهوبا؛ ومذهبا؛ فهو ذاهب وهو: سار أو مر[1].

والمذهب: الطريقة يقال: ذهب فلان مذهبا حسنا أي طريقة حسنة[2].

ومن المجاز: المذهب: المتوضأ لأنه يذهب إليه، وهو مفعل من الذهاب[3].

فالمذهب مصدر ميمي للفعل ذهب؛ وهو صالح لحادث الذهاب ومكانه وزمانه؛ والمعنى الذي يعنينا هو مكان الذهاب و محله؛ لأن المذهب الذي ينسب لعالم من العلماء هو محل لذهاب اجتهاده؛ فيقال مذهب مالك ففيه تشبيه للأحكام التي ذهب إليها واعتقادها بطريق يوصل إلى المقصود، واستعار اسم المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية، والجامع بينهما الوصل للمقصود في كل[4].

على حد قوله تعالى: ﴿ٱهۡدِنَا ٱلصِّرَٰطَ ٱلۡمُسۡتَقِيمَ ٦﴾(الفاتحة: 6).

ثانيا: مفهوم المذهب اصطلاحا.

المقصد من المذهب في الاصطلاح هو مجموع الآراء الاجتهادية الإمام من الأئمة الذين دونت أراؤهم وحررت؛ وما تلاه من اجتهادات أصحابه على وفق قواعده وأصوله تخريجا وترجيحا فالمذاهب التي تعزى للأمة ليست خالصة لهم، بحيث لا تجد فيها إلا رأيا صدر عنهم واجتهادا عزي إليهم.

فمذهب المالكية مثلا هو مذهب الإمام مالك بن أنس في آرائه الاجتهادية ومذهب ابن القاسم[5] وأصبغ بن الفرج[6] والقاضي إسماعيل[1] وابن أبي زيد القيرواني[2] والمازري[3] وابن رشد[4] وابن الحاجب[5] والقرافي[6] والشاطبي[7] وخليل[8] إلى غيرهم من علماء المذهب وفقهائه.

---

(1) **لسان العرب**، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور ، دار صادر– بيروت الطبعة: الثالثة– 1414ه، ج1، ص393.

(2) **تاج العروس من جواهر القاموس**،الزَّبيدي، ج2، ص350.

(3) **لسان العرب**، ابن منظور، ج1، ص393.

(4) **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، ، أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي، المالكي، دار المعارف، ج1، ص ج16.

(5) ابن القاسم هو أبو عبد الله عباد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العنقي مولاهم، عالم الديار المصرية و مفتيها، جمع بين الزهاد والعلم، وتفقه على الإمام مالك، وأخذ عن عباد الرحمن بن شريح، ونافع بن أبي نعيم المقرئ، وبكر بن مضر وطائفة، وأخذ عنه أصبغ، والحارث بن مسكين، وسحنون، ومحمد بن عباد الله بن عباد الحكم وآخرون، و لم يرو واحد عن مالك "الموطأ" أثبت منه. أنظر: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، محمد بن سالم مخلوف، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة: الأولى، 1424ه/2003م، ج1، ص58.

(6) هو: أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الفقيه المالكي المصري؛ تفقه بأبن القاسم وابن وهب وأشهب، وقال عبد الملك بن الماجشون في حقه: ما أخرجت مصر مثل أصبغ.. توفي سنة 220ه. أنظر: **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر – بيروت، ج1، ص240.

فالنوازل التي أفتى فيها المالكية على وفق قواعد مالك إنما تنسب لمذهب المالكية، ولا تعد خارجة عنه؛ ما دامت هذه الفتاوى متفرعة من قواعد الإمام التي ارتضاها لنفسه في الاجتهاد وبنى مذهبه عليها.

=

(1) اسماعيل الازدي (282/199 ه) (896/815م)هو اسماعيل بن اسحاق بن اسماعيل بن حماد بن زيد بن درهم الازدي مولاهم، البصري، ثم البغدادي، المالكي (أبو اسحاق) مفسر مقرئ، محدث، فقيه. نشأ ببغداد، وولي القضاء بها إلى ان توفي لثمان بقين من ذي الحجة من تصانيفه: المسند، احكام القرآن، معاني القرآن، كتاب القراءات، كتاب في نحو مأتي جزء في الرد على محمد بن الحسن لم يتمه وكتاب فضل الصلاة على النبي على طريقة المحدثين، ينظر **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة ،ج2، ص261.

(2) عبد الله بن ابي زيد (310ه/922م) هو عبد الله بن عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (أبو محمد) فقيه، مفسر، مشارك في بعض العلوم ولد بالقيروان، وتوفي في شعبان 386ه/996 م. من تصانيفه: كتاب النوادر والزيادات في نحو المائة جزء، مختصر المدونة، كتاب الرسالة، اعجاز القرآن، والتفسير، ينظر **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج6، ص73.

(3) محمد المازري (536/453 ه) (1141/1061م) هو محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري، المالكي، ويعرف بالأمام (أبو عبد الله) محدث، حافظ، فقيه اصولي، متكلم، اديب. ولد بمدينة المهدية من افريقية، وتوفي بها في ربيع الاول. من تصانيه: المعلم بفوائد مسلم في الحديث، ايضاح المحصول في برهان الاصول لابي المعالي الجويني، نظم الفرائد في علم العقائد، تعليق على المدونة، شرح التلقين لعبد الوهاب في عشر مجلدات، والكشف والانباء على المترجم بالأحياء، أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج11، ص32.

(4) ابن رشد: (520ه-595ه) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، الشهير بالحفيد من أهل قرطبة، استظهر على أبيه الموطأ حفظا، أخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشوال، وأحد الطب عن أبي مروان بن حزيول البلنسي، درس الفقه والأصول وعلم الكلام، حكي عنه أنه كان حفظ شعر المتنبي وحبيب، له تصانيف جليلة الفائدة منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، كتاب الكليات في الطب، مختصر المستصفى في الأصول. أنظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، إبراهيم بن علي ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ج2، ص257.

(5) هو أبو عمرو جمال الدين عثمان بن بن أبي بكر يونس: المعروف بابن الحاجب المصري ثم الدمشقي ثم الإسكندرية الفقيه خاتمة الأئمة المبرزين الأخيار العلامة المتبحر إمام التحقيق وفارس الإتقان والتدقيق، له تصانيف مفيدة منها: "الجامع بين الأمهات"، و"المختصر"، و"الكافية"، و"الشافية" في النحو والصرف، توفي سنة 646م، أنظر: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، محمد ابن سالم مخلوف، ج1، ص241.

(6) القرافي: (684ه-1285م) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الأصل، البهنسي، المشهور بالقرافي، شهاب الدين أبو العباس فقيه، أصولي، مفسر، وشارك في علوم أخرى، ولد بمصر، وتوفي أخر يوم جمادى الأخر بدير الطين بالقرب من مصر القديمة ودفن بالقرافة، من تصانيفه: الذخيرة في الفقه، شرح التهذيب، شرح محصول فخر الدين الرازي، التنقيح في أصول الفقه، وكراريس أودعها خمسين مسألة في المناظر سماها الاستبصار فيما تركه الأبصار، والاستغناء في أحكام الاستثناء. أنظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ابن فرحون، ج1، ص236.

(7) الشاطبي: (ت:790ه) هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، المالكي المذهب، العلامة المحقق النظار الأصول المفسر الفقيه اللغوي الورع، الزاهد، من ألمع علماء عصره و بالأندلس، له تآليف نفيسة اشتملت على تحريات للقواعد و تحقيقات المهمات الفوائد منها: الموافقات في أصول الفقه، وهو جليل القدر لا نظير له في بابه وهو يدل على إمامته وبعد شأوه في علم الأصول، الاعتصام في الحوادث والبدع، وله كتاب المجالس شرح فيه كتاب البيوع من صحيح البخاري. أنظر: **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، عبد الحي ابن العماد العَكري، تحقيق: محمود الأرناؤوط خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق- بيروت الطبعة: الأولى، 1406ه/1986م، ج2، ص204-205.

(8) خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي: فقيه مالكي، من أهل مصر. كان يلبس زي الجند. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. له المختصر في الفقه، يعرف بمختصر خليل، وقد شرحه كثيرون، وترجم إلى الفرنسية، و التوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب، و المناسك و (مخدرات الفهوم في ما يتعلق بالتراجم والعلوم توفي (776ه/1374م). أنظرؤ،ج2، ص315.

ومن شرط ما يعزى للمذهب أي مذهب أن يكون من قبيل الأحكام الاجتهادية؛ أما الأحكام القطعية التي لا محل للنظر فيها فلا اختصاص لمذهب بها دون مذهب[1].

ثالثا: مفهوم المذهب المالكي.

للمالكية المتأخرين اصطلاح في إطلاق لفظة المذهب في كتبهم الفقهية ؛ فهم يريدون بها إذا ما أجروها في كلامهم: "المعتمد المفتى به لدى علماء المذهب"؛ من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم، نحو قوله ﷺ: «الحج عرفة»[2] لأن ذلك هو الأهم عند الفقيه المقلد[3].

وإذا استبان لنا مفهوم كل من "الأصول" و "المذهب المالكي" فالمراد من الأصول التي يبنى عليها المذهب المالكي هي: **الأدلة الكلية التي يؤسس عليها فقه المالكية إماما وأتباعا.**

---

(1) **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، أبو العباس شهاب الدين القرافي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1387ه، ص199- 200.

(2) **أخرجه الترمذي**، كتاب الحج، باب فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، برقم: 889، **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر الطبعة: الثانية، 1395ه/1975م، ج3، ص288.

(3) **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، شمس الدين أبو عبد الله الحطاب الرُّعيني، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412ه/1992، ج1، ص24.

المبحث الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها، أنواعها وخصائصها.

- المطلب الأول: إحصاء أصول المذهب المالكي.
- المطلب الثاني: أنواع أصول المذهب المالكي.
- المطلب الثالث: خصائص أصول المذهب المالكي.

تمهيد:

لقد اهتم غير واحد من المالكية بتعداد الأدلة التشريعية التي بني عليها مذهب الإمام مالك؛ لكن الناظر في إحصاء هذه الأصول لدى المالكية يلحظ أن هنالك اختلافا في عدد الأصول التي عزوها لمذهبهم؛ هذا التنوع أثمر خصائص جعلت من المذهب المالكي مذهبا واسع الدليل، مجاريا لتقلبات الأحوال والأزمان.

بناءً على هذا خصصنا هذا المبحث لتتبع أصول المذهب المالكي وذكر جملة من الخصائص ميزته عن غيره من المذاهب.

المطلب الأول: إحصاء أصول المذهب المالكي.

جعل بعض أئمة المالكية أصول المذهب أربعة أصول، ومنهم بلغ بها العشرين دليلا وأصلا؛ وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءات تتردد بينهما.والسبب الذي أدى إلى هذا الاختلاف في عملية الإحصاء ما بين مقتصد ومبالغ يرجع إلى أسباب نجملها في يأتي:

أولا: أن بعض المالكية في تعدادهم الأصول المذهب لم يلتزموا الاستيعاب ولا قصدوه؛ وإنما كان غرضهم ذكر أهم الأصول وأجلاها في المذهب.

ثانيا: بعض المالكية يجعل بعض الأصول عامة حيث تشمل أصولا أخرى مفردة عند غيرهم، فمن العلماء من يعد الاستدلال المرسل من جملة القياس؛ فذكر القياس في أصول مالك يجزئ عن ذكر الاستدلال المرسل مفردا لأنه من مشمولاته.

ثالثا: ومن جملة هذه الأسباب الاختلاف بين المالكية في الاعتداد ببعض الأصول وعدها جملة أدلة الشرع؛ وعدم الاعتداد بها؛ فمن جعلها دليلا من أدلة الشرع في المذهب أدخلها في سلك أصول المالكية؛ ومن خالف لم يدرجها في إحصائه؛ مثل العرف وقول الصحابي.

رابعا: ومن جملة هذه الأسباب كذلك القصور في الإحصاء من بعض العلماء في تعداد أصول المالكية؛ فليس من التزم الاستيعاب في الإحصاء تم له ذلك؛ لأن للتقصير مدخلا في عملية الإحصاء إذ هي عملية اجتهادية تتعلق بالنظر.

وسنتناول في الدراسة تبعا لما أحصاه المالكية من أصول مذهبهم متبعين في ذلك التسلل الزمني لهذه الإحصاءات:

الإحصاء الأول

قد أثر عن مالك الله التنصيص على بعض أصوله؛ وذلك في بيانه للأدلة التي يجب على القاضي أن يكون مستندا إليها في الحكم الذي يصدر عنه في قضائه؛ والقضاء لون من ألوان الاجتهاد، وأصول الأدلة التي يرجع إليها القاضي هي الأصول نفسها التي تكون لدي المجتهد في إفتائه.

قال ابن أبي زيد القيرواني في كتاب النوادر والزيادات: " ومن كتاب سحنون[1]: قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإن لم يكن فيه فيما جاء عن رسول الله ﷺ و إذا صحبته الأعمال، فإذا كان خيرا صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، فإن لم يجد ذلك عن رسول الله ﷺ فبما أتاه أصحابه إن اجتمعوا، فإن اختلفوا حكم من صحبت الأعمال قوله عنده، ولا يخالفهم جميعا ويبتدئ شيئا من رأيه، فإن لم يكن ذلك فيما ذكرنا اجتهد رأيه و قاسه بما أتاه عنهم، ثم يقضي بما يجتمع عليه رأيه... "[2].

فمجمل ما تحصل من النص السابق أن أصول الأدلة التي يجب على القاضي أن يكون مستندا إليها فيما يبرمه من حكم، وفيما يقطعه من قضاء:

أولا: أن يحكم بما في كتاب الله.

ثانيا: الاعتماد على العمل المدني؛ لأن العمل عنده مقدم على أخبار الأحاد[3].

ثالثا: أن يحكم بالسنة؛ وشرط الأخذ بما أن لا تعارض عمالا مدنيا.

رابعا: الإجماع أصل فلا يجوز مخالفته؛ سواء كان الإجماع إجماع الصحابة أو إجماع من بعدهم.

خامسا: النظر والاجتهاد في القياس على الأصول؛ وهذا آخر الأصول التي أشير إليها في النص السابق.

فنتحصل من أقدم إحصاء لأصول مالك أنها خمسة أصول معتمدة في المذهب المالكي.

الإحصاء الثاني

---

(1) سحنون هو عبدالسلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون، قاضٍ فقيه، انتهت إليه رياسة العلم في المغرب، كان زاهدًا لا يهاب سلطانًا في حقٍّ يقوله، أصله شامي من حمص، ومولده في القيروان عام202ه، ولي القضاء بها سنة 234ه ، واستمر إلى أن مات سنة 256 ، أخباره كثيرة جدًّا، وكان رفيع القدر عفيفًا، أَبِيَّ النفس، روى "المدونة" في فروع المالكية، عن عبدالرحمن بن قاسم، عن الإمام مالك، ولأبي العَرَب محمد بن أحمد بن تميم كتاب "مناقب سحنون وسيرته وأدبه.)، **الأعلام**، خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، 2002م، ج4، ص5.

(2) **النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ**، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، تحقيق: محمَّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، 1999م، ج8، ص15-16.

(3) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان الطبعة: الثانية، 1408ه/1988م، ج17، ص604.

قال القاضي ابن العربي[1]: "فأصول الأحكام خمسة: منها أربعة متفق عليها الأمة: الكتاب والسنة والإجماع والنظر والاجتهاد، فهذه الأربعة، والمصلحة وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالكية به دونهم، ولقد وفق فيه من بينهم"[2].

فأصول الأدلة في المذهب المالكي عند ابن العربي خمسة أربعة متفق عليها بين علماء الأمة وأصل اختصت به المالكية: فالأول: الكتاب؛ والثاني: السنة؛ والثالث: الإجماع؛ والرابع: النظر والاجتهاد والخامس: المصلحة.

الإحصاء الثالث

قال عياض[3] في ترتيب المدارك: "... و أنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة ومآخذهم في الفقه والاجتهاد في الشرع وجدت مالكا له مناهجا في هذه الأصول، مرتبا لها مراتبها و مدارجها: مقدمة كتاب الله و مرتبا له على الآثار، ثم مقدما لهما على القياس والاعتبار تاركا منها ما لم تتحمله الثقات العارفون لما تحملوه أو ما وجد الجمهور والجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه... "[4].

ويؤخذ من نص القاضي عياض أن أصول مالك أربعة:

أولا: كتاب الله.

ثانيا: الآثار من سنة رسول الله ﷺ.

ثالثا: عمل أهل المدينة.

رابعا: القياس والاعتبار؛ وهذا الأصل مما يجمع أصولا أخرى إذ يدخل في مفهوم الاعتبار مطلق الاجتهاد كالاستدلال المرسل و الاستحسان.

---

(1) ابن العربي: (468ه-543ه/1076م-1148م) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن عبد الله المعافري، الأندلسي، الإشبيلي، المالكي، المعروف بابن العربي، أبو بكر، عالم شارك في الحديث، والفقه، والأصول، وعلوم القرآن، والأدب، والنحو، والتاريخ، وغير ذلك ولد بإشبيلية لثمان بقين من شعبان، نشأ في بيت عرف بالعلم، والأدب، والفقه، حفظ القرآن، ودرس العربية والحساب، ثم درس غريب اللغة
والشعر التقى الإمام الغزالي، توفي بالعدوة ودفن بفاس في ربيع الأخر، من تصانيفه: شرح الجامع الصحيح للترمذي، الحصول في الأصول، غوامض النحويين، العواصم من القواسم. أنظر: عمر بن رضا كحالة، ج10، ص243.

(2) **القبس في شرح موطأ مالك بن أنس**، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، تحقيق: الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي الطبعة: الأولى، 1992م، ج2، ص683.

(3) القاضي عياض (496- 544 ه): عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي، أبو الفضل ، أحد عظماء المالكية، كان إمامة حافظة محدثا فقيها متبحرا. من تصانيفه: (التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة) في فروع الفقه المالكي، و (الشفا في حقوق المصطفى)، و(ترتيب المدارك وتقريب المسالك). أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج8، ص16.

(4) **ترتيب المدارك وتقريب المسالك**، القاضي عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، 1965م، مطبعة فضالة- المحمدية، المغرب الطبعة: الأولى، ج1، ص94.

الإحصاء الرابع

قال ابن الحاج في كتابه المدخل: "مذهب مالك رحمه الله مبني على أربع قواعد: القاعدة الأولى: آية محكمة القاعدة الثانية: حديث صحيح عن رسول الله ﷺ و من غير ناسخ ولا معارض؛ القاعدة الثالثة: إجماع أهل المدينة؛ القاعدة الرابعة: إجماع أكثرهم بعد اختلافهم ومناظرتهم.. "[1].

فأصول مالك كما هو جلي من نص ابن الحاج أربعة: الأول: كتاب الله، الثاني: سنة رسوله ﷺ، الثالث: إجماع أهل المدينة الرابع: الإجماع. إلا أن تفسير الإجماع في كلام ابن الحاج تفسير غريب؛ إذ من شرط الإجماع أن يجمع كل المجتهدين لا أكثرهم.

الإحصاء الخامس

قال أبو الحسن الصغير شارح المدونة: "ذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمد صالح أنه قال: الأدلة التي بني عليها مالك مذهبه ستة عشر: نص الكتاب وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب وهو المفهوم بالأولى، وتنبيه الكتاب وهو التنبيه على العلة... ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة؛ فهذه عشرة. والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر القياس، والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان ، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع. واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف؛ فمرة يقول يراعيه ومرة لا يراعيه"[2].

وإحصاء أبي محمد الأصول مذهب مالك من أو في الإحصاءات وأجمعها؛ إذ بلغ بالأصول سبعة عشر أصلا إن عددنا مراعاة الخلاف أصلا. ويشار أن أبا محمد قد أهمل أصلا يعد من أبرز أصول مالك وهو أصل الاستدلال المرسل.

المطلب الثاني: أنواع أصول المذهب المالكي.

إن النظر في طبيعة الأصول التي بني عليها المذهب المالكي يفضي إلى تقسيمها إلى قسمين حيث ارتكازها في حقيقتها على الرأي والنظر: فالقسم الأول هو: الأصول النقلية؛ والقسم الثاني هو: الأصول النظرية الاجتهادية.

الفرع الأول: بيان الأصول النقلية للمذهب المالكي.

الأصول النقلية عند المالكية ستة؛ هي: الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة وشرع من قبلنا وقول الصحابي.

---

(1) **المدخل**، أبو عبد الله محمد ابن الحاج ، دار التراث الطبعة: دط، دت، ج1، ص180.

(2) **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، شهاب الدين النفراوي، دار الفكر، الطبعة: دط، 1415ه/1995م، ج1، ص23.

1. الكتاب والسنة

فأما الكتاب والسنة فهما أصلا الأدلة النقلية لأنهما صادران من لدن الشارع الحكيم وهو أصل للسمع؛ وإذا ثبتا لم يكن مجتهد نظر ولا اجتهاد في المقابلة له. بل إن الأدلة كلها راجعة في مآل الأمر إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ به لافتقار كلا الأدلة إلى هذين المصدرين لبيان حجية أصله. ثم إن مرجع السنة نفسها إلى كتاب الله؛ لأن العمل بالسنة والاستناد إليها إنما دل عليه الكتاب الكريم[1].

2. الإجماع

أما الإجماع فإنه يدخل في الأدلة النقلية لأنه لا نظر لأي مجتهد في إجماع ثابت؛ ضرورة كون الاجتهاد منحصرا في القضايا التي هي محل خلاف؛ أما ما وقع إجماع العلماء عليه فلا محط ثمت لأنظار المجتهدين.

3. شرع من قبلنا

وأما شرع من قبلنا فهو عند المالكية شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه[2]؛ والاحتجاج به هو من قبيل الاحتجاج بالكتاب والسنة؛ لأن الحكم بأن هذا الأمر من شرع من قبلا يلزم أن يثبت بشيء من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ.

4. قول الصحابي

أما قول الصحابي الذي لا يعلم له مخالف من الصحابة: فقد اختلف المالكية هل هو أصل يحتج به عند الإمام مالك أو لا؟ ثم اختلف من نسب إليه القول بالحجية: فمنهم قال بأنه حجة مطلقا، ومنهم من قيد ذلك بأن يكون مما لا يقال بالرأي.

5. عمل اهل المدينة

أما عمل أهل المدينة فإن جماهير المالكية من المتقدمين والمتأخرين على أن العمل المدني الذي اعتمده مالك واحتج به هو العمل النقل المأثور، أما العمل المدني الذي يستند إلى الظر والاجتهاد فلا يعد حجة عند جمهورهم. والعمل النقلي هو العمل من طريق النقل والحكاية الذي تؤثره الكافة عن الكافة، وعملت به عملا لا يخفي، ونقله الجمهور عن الجمهور من زمن النبي ﷺ[3].

الفرع الثاني: بيان الأصول الاجتهادية للمذهب المالكي.

---

(1) **الموافقات**، إبراهيم بن موسى الشاطبي،، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417ه/1997م، ج3، ص587.

(2) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، ابن رشد، ج4، ص260-261.

(3) **ترتيب المدارك وتقريب المسالك**، القاضي عياض، ج1، ص68.

أما أصول الاجتهاد فهي في المذهب المالكي متمثلة في: القياس، المصالح المرسلة، الاستحسان (**وهو موضوع الدراسة**)، سد الذرائع، مراعاة الخلاف، الاستصحاب والعرف.

1. القياس

يعتبر القياس على الأحكام الواردة في الكتاب المحكم والسنة المعمول بها، طبقا للمنهج الذي قاس عليه علماء التابعين من قبله.

2. الاستحسان

(**وهو موضوع الدراسة**): لقد اشتهر على ألسنة فقهاء المذهب المالكي قولهم: "ترك القياس والأخذ بما هو أرفق بالناس"[1] إشارة إلى أصل الاستحسان ، لأن الاستحسان في المذهب المالكي كان لدفع الحرج الناشئ من اطراد القياس، أي أن معنى الاستحسان طلب الأحسن للاتباع.

3. المصالح المرسلة

من أصول مذهب مالك المصالح المرسلة، ومن شرطها ألا تعارض نصا. فالمصالح المرسلة التي لا تشهد لها أصول عامة وقواعد كلية منشورة ضمن الشريعة، بحيث تمثل هذه المصلحة الخاصة واحدة من جزئيات هذه الأصول والقواعد العامة.

4. سد الذرائع

هذا أصل من الأصول التي أكثر مالك الاعتماد عليه في اجتهاده الفقهي، ومعناه المنع من الذرائع أي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل ممنوع، أي أن حقيقة سد الذرائع "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة..."[2].

5. العرف والعادة

إن العرف أصل من أصول الاستنباط عند مالك، وقد انبنت عليه أحكام كثيرة؛ لأنه في كثير من الأحيان يتفق مع المصلحة، والمصلحة أصل بلا نزاع في المذهب المالكي.

الاستصحاب: كان مالك يأخذ بالاستصحاب كحجة، ومؤدى هذا الأصل هو "بقاء الحال على ما كان حتى يقوم دليل يغيره"[3].

---

(1) **الفتاوى الهندية**، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر الطبعة: الثانية، 1310ه، ج1، ص18.

(2) **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص141.

(3) **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، شمس الدين ابن قيم الجوزي، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية– بيروت الطبعة: الأولى، 1411ه/1991م، ج1، ص399.

6. مراعاة الخلاف

من بين الأصول التي اختلف المالكية بشأنها "قاعدة مراعاة الخلاف"، فمنهم من عدها من الأصول ومنهم من أنكرها. ومعناها "إعمال دليل في لازم مدلول الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[1].

ومثاله: إعمال المجتهد دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار فيما إذا مات أحدهما. فالمدلول هو عدم الفسخ وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ دليل آخر. فمذهب مالك وجوب الفسخ وثبوت الإرث إذا مات أحدهما[2].

(1) **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية شرح حدود ابن عرفة**، محمد بن القاسم الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1993م، ج1، ص263.

(2) **الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة**، حسن بن محمد المشاط، دراسة وتحقيق عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ص235.

المطلب الثالث: خصائص أصول المذهب المالكي.

تميزت أصول المذهب المالكي بمجموعة من الخصائص، جعلت من المذهب المالكي مذهبا واسع الدليل، مجاريا تقلبات الأحوال والأزمان، مستوعبا قضايا الواقع، ومراعيا مقاصد الشرع المتعلقة بالمشرع من جهة وبالمكلفين من جهة ثانية. وتتجلى هذه الخصائص من خلال النظر في قواعد الاستدلال في المذهب المالكي في مختلف أبعادها الموضوعية. ومن أهم الخصائص التي ميزت أصول المذهب المالكي عن غيرها من أصول مذاهب الأئمة المعتبرين:

1. وفرة مصادر المذهب المالكي وكثرة أصوله المتمثلة في الكتاب والسنة وإجماع الأمة وعمل أهل المدينة والقياس و الاستحسان والاستقراء وقول الصحابي وشرع من قبلنا والاستصحاب والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف ومراعاة الخلاف.

2. القواعد العامة المتفرعة عن تلك المصادر، والتي بلغ عددها ألف ومائتي قاعدة تغطي جميع أبواب الفقه ومجالاته، وفي ذلك غناء للفقه المالكي، في مجالا لاجتهاد والاستنباط.

3. يقبل المذهب المالكي مفاهيم الموافقة والمخالفة[1]؛ كما يقبل الدلالات ، كدلالة الاقتران[2]. مثل اقتران الخيل بالبغال والحمير في قوله تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗۚ وَيَخۡلُقُ مَا لَا تَعۡلَمُونَ ٨﴾(النحل: 8). وبناء على هذا الاقتران، قال مالك بعدم وجوب الزكاة في الخيل.

4. يمتاز المذهب المالكي برحابة الصدر، فهو أبعد ما يكون عن الجمود وسد أبواب الاجتهاد، إضافة إلى انفتاحه على غيره من المذاهب الفقهية.

5. يأخذ المذهب المالكي بقاعدة (شرع من قبلنا شرع لنا) ما لم يرد ناسخ، فأخذ بمشروعية الجعالة والكفالة من شريعة يوسف كما حكاه الله عنه في قوله تعالى ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾(يوسف: 72). وعلى جواز الإجارة والنكاح على منافع بقول صاحب

(1) مفهوم الموافقة: هو ما كان المسكوت عنه موافق للمنطوق في حكمه، نفي وإثبات. ويسمى فحوى الخطاب ولحن الخطاب أيضا، ويطلق عليه اسم (دلالة النص) باعتباره مما يفهم من النص ومنطوقه، ومن أمثلته تحريم شتم الوالدين وضربهما المستفاد من قوله تعالى﴿ فلا تقل لهما أف﴾ [الإسراء 23].

ومفهوم المخالفة: ما دل عليه اللفظ غير محل النطق، وكان حكمه مخالفة للمنطوق، ومن ذلك حل الزوجة لزوجها بعد الطهر، من البيان الحكيم: ﴿ولا تقربوه حتى يطهرن﴾ [البقرة 222] أنظر: **الإحكام في أصول الأحكام**، أبو محمد بن حزم، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت ، (دط ، دت)،ج3، ص66 -69.

(2) صورتها: أن يدخل حرف الواو بين جملتين تامتين كل منهما مبتدأ وخبر، أو فعل وفاعل، بلفظ يقتضي الوجوب في الجميع، ولا مشاركة بينهما في العلة، و لم يدل دليل على التسوية بينهما، كقوله تعالى: ﴿كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: 141]. أنظر: **البحر المحيط في أصول الفقه**، أبو عبد الله بدر الدين ابن بهادر الزركشي ، دار الكتبي ، الطبعة الأولى،1414ه/ 1994م، ج8، ص109.

مدين قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٢٧﴾(القصص: 27).

6. يقرر المذهب في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن المختلف فيه لا يجب فيه الأمر بالمعروف ولا النهي عن المنكر، وهذه قاعدة عظيمة تحافظ على التعايش بين الناس والوقاية من الصراع المذهبي والطائفي.

7. المرونة في معالجة كثير من القضايا الشائكة والحالات المستعصية والعمل على حل المشاكل الطارئة بفضل مبدأي مراعاة الخلاف و الاستحسان اللذين اتخذهما أصلين من أصوله الفقهية.

الفصل الأول: الاستحسان

عند المالكية حقيقته وحجيته.

- المبحث الأول: تعريف الاستحسان.
- المبحث الثاني: الاستحسان عند المالكية أنواعه وأركانه ومجال العمل به.
- المبحث الثالث: حجية الاستحسان عند علماء المذهب المالكي.

تمهيد:

اعتد أئمة المالكية بالاستحسان وعدوه دليلا معتبرا خاصة فيما يتعلق في البحث عن المآلات. ولما كان أصل هذا البحث عن الاستحسان عند المالكية فقد كان هذا الفصل لبيان الاستحسان عنده وحجيته وأنواعه، فجاء في مبحثين. نتناول في هذا المبحث الأول مفهوم الاستحسان عند المالكية وعلاقته ببعض المصطلحات المشابهة له، ثم بيان أنواعه وأركانه، وهل هو من الأدلة المعتبرة عنده.

- المطلب الأول: تعريف الاستحسان.
- المطلب الثاني: علاقة الاستحسان ببعض المصطلحات ذات الصلة.

تمهيد:

بيان كل فن يحتاج إلى تقريب معناه وهو ما وقفنا عليه في هذا المبحث من خلال توضيح معنى الاستحسان في اللغة وفي اصطلاح أصوليي المالكية. ووضحنا بعض الإشكاليات التي قد تطرح بخصوص بعض المصطلحات القريبة منه.

وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الجزء من البحث إن شاء الله تعالى.

المطلب الأول: : تعريف الاستحسان.

الفرع الأول: الاستحسان في اللغة.

لغة: مشتق من الحسن: قال ابن منظور: "والحسن- محركة- ما حسن من كل شيء: فهو استفعال من الحسن، يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه، حسيا كان هذا الشيء أو معنويا، وإن كان مستقبحا عند غيره"[1].

من مشتقاته: الحسنى وهو ضد السوأى، يطلق ويراد به العاقبة الحسنة والظفر والشهادة. والحسنة ضد السيئة وبهذا فإن الحسن ضد السيء[2]. هذا بخصوص الحسن.

وأما الاستحسان فقد قيل فيه ما يأتي:

- جاء في تاج العروس الاستحسان هو: " ما يميل اليه الإنسان ويهواه، حسيا كان هذا الشيء أو معنويا، وإن كان مستقبحا عند الغير"[3].
- قال الفيروزآبادي في القاموس المحيط: "هو عد الشيء حسنا"[4].
- وقال الجرجاني[5]: "هو عد الشيء واعتقاده حسنا"[6].

(1) أنظر: **لسان العرب**، ابن منظور، ج3، ص117.

(2) **القاموس المحيط**، مجد الدين أبو طاهر الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426ه/2005م، ج4، ص212-213.

(3) **تاج العروس من جواهر القاموس** ، الزَّبيدي، ج9، ص177.

(4) أنظر: **القاموس المحيط**، الفيروزآبادي، ج4، ص214

(5) الجرجاني (482ه/1089م) هو أبو العباس أحمد الجرجاني ، فقيه أديب، تولى قضاء البصرة وتوفي راجعا إلى البصرة من أصبهان، من تصانيفه: الشافي، التحرير، البلغة، وكلها في فروع الفقه الشافعي، وكنايات الأدباء وإشارات البلغاء. أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج1، ص241.

(6) **التعريفات**، علي بن محمد بن الشريف الجرجاني، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان الطبعة: الأولى 1403ه/1983م، ص18.

- قال نجم الدين الطوفي[1]:"الاستحسان بحسب المعرفة واللغة هو: اعتقاد الشيء حسنا"[2].

- قال السرخسي[3]، الاستحسان هو: "وجود الشيء حسنا ، يقال: استحسنته ، أي: اعتقدته حسنا وضده: الاستقباح: يقال استقبحته ، أي: اعتقدته قبيحا"[4].

- يقول الكاساني: "الاستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن، ويذكر ويراد به: فعل المستحسن ، وهو: رؤية الشيء حسنا ، يقال: استحسنت كذا، أي رأيته حسنا"[5].

وقد وردت مادة الاستحسان في القرآن الكريم مرات كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمۡ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ ١٨﴾(الزمر: 18)

وقوله تعالى﴿وَكَتَبۡنَا لَهُۥ فِي ٱلۡأَلۡوَاحِ مِن كُلِّ شَيۡءٖ مَّوۡعِظَةٗ وَتَفۡصِيلٗا لِّكُلِّ شَيۡءٖ فَخُذۡهَا بِقُوَّةٖ وَأۡمُرۡ قَوۡمَكَ يَأۡخُذُواْ بِأَحۡسَنِهَاۚ سَأُوْرِيكُمۡ دَارَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ١٤٥﴾(الأعراف: 145). وقوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ نَزَّلَ أَحۡسَنَ ٱلۡحَدِيثِ كِتَٰبٗا﴾ (الزمر: 23).

كما وردت أيضا في السنة النبوية في قوله ﷺ: «ما رأه المسلمون حسنا فهو عند الله»[6].

الفرع الثاني: تعريفات المالكية للإستحسان اصطلاحا.

اختلفت تعريفات علماء المذهب المالكي لدليل الاستحسان باختلاف وجهة نظرهم فيه. وهذه بعض التعريفات:

التعريف الأول

(1) الطوفي: (657ه-716ه) هو سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي البغدادي الحنبلي، نجم الدين، أبو الربيع، فقيه، أصولي، مشارك في أنواع من العلوم، ولد بقرية طوفي من أعمال بغداد، وقدم الشام، ثم مصر، توفي في الخليل بفلسطين، من تصانيفه: بغية الشامل في أمهات المسائل في أصول الدين، مختصر الحاصل في أصول الفقه، شرح مقامات الحريري في مجلدات، الأكسير في قواعد التفسير. أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج3، ص189.

(2) **شرح مختصر الروضة**، نجم الدين الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ، 1407ه/1987م، ج3، ص191.

(3) السرخسي: (ت:490ه) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل متمس الأئمة، فقيه حنفي، له عدة تصانيف أهمها: الأصول، شرح أدب القاضي لأبي يوسف، وشرح الجامع الكبير للشيباني في فروع. أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج8، ص267.

(4) **أصول السرخسي**، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة- بيروت. (دط، دت) ، ج22، ص200.

(5) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406ه/1986م، ج5، ص118.

(6) **أخرجه الامام مالك**، كتاب الصلاة، باب قيام شهر رمضان، برقم:241، **موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني**، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي ، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة: الثانية، 1431ه، ص91.

تعريف ابن رشد للإستحسان: "هو طرح لقياس يؤدي الى غلو و مبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم ، يختص به ذلك الموضع [1] من تخفيف أو مقارنة"[2].

توضيح التعريف

هذا التعريف من التعريفات الدقيقة للإستحسان، ولهذا يجب الوقوف عنده، فنقول: حدد ابن رشد الاستحسان بأنه طرح لقياس، أي هو ترك لقياس وهذا معلوم. كما حدد المعدول عنه بالقياس، والظاهر أنه لا يريد بالقياس هنا القياس الأصولي المعروف فحسب بل يريد الاصل المستنبط، والدليل العام والقاعدة الكلية أيضا.

التعريف الثاني

تعريف ابن العربي: "الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"[3].

ومن أهم ما يلاحظ عليه ما يأتي:

أولا. جاء لفظ الإيثار وهو يوحي على ما أرى بجواز العمل بالقياس المتروك.

ثانيا. جاء بلفظ الدليل وهو أعم من القياس.

ثالثا. كلامه صريح بأن الاستحسان استثناء وترخص، وذلك يعني عدم إقراره بوجود استحسان المفارقة.

وأما مراده بقوله: "لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته" يفسره قوله: أن مالكا وأبا حنيفة[4] يريان تخصيص القياس ببعض العلة [5].

التعريف الثالث

---

(1) **الاعتصام**، إبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية الطبعة: الأولى، 1412ه/1992م، ج2، ص ص639.

(2) **الحدود في الأصول**، أبو الوليد الباجي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان الطبعة: الأولى، 1424ه/2003م، ص119.

(3) أنظر: **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص196.

(4) أبو حنيفة (80 – 150 ه) هو: النعمان بن ثابت، أحد أئمة المذاهب الأربعة، كان يبيع الخز ويطلب العلم، قال فيه الإمام مالك (رأيت رجلا لو كلمته في هذه السارية أن يجعلها ذهبا لقام بحجته). له (مسند) في الحديث؛ و (المخارج) في الفقه؛ وتنسب إليه رسالة (الفقه الأكبر) في الاعتقاد؛ ورسالة (العالم والمتعلم). أنظر: **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، ابن خلكان، ج4، ص405.

(5) **أحكام القرآن**، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424ه/2003م، ج2، ص279.

تعريف الشاطبي: "هو ما يكون طارحا لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع"[1].

التعريف الرابع

تعريف أشهب[2]للإستحسان. إذا عرفه بأنه عبارة عن: "تخصيص الدليل بالعرف لمصلحة الناس"[3].

وواضح أن هذا التعريف خاص بنوع من أنواع الاستحسان وهو استحسان العرف.

وقد مثل الأصوليون للتعريف المتقدم بدخول الحمام من غير تعيين زمن المكث وتعيين قدر الماء، وكذا بشرب الماء من أيدي السقاءين من غير تعيين قدر الماء.

التعريف الخامس

تعريف الباجي[4]: "إن الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك هو العدول إلى أقوى الدليلين"[5].

الدليلين"[5].

وخلاصة هذه التعريفات:

- الاستحسان عند المالكية لا يرجع إلى دليل العقل وحده.
- أن بعض المالكية كابن العربي يجعل للاستحسان معنى واسع، حيث يدخل تحته العمل بالرأي بدليل يعارض عموم النص أو اطراد القياس.
- الاستحسان عند المالكية ليس خارج عن الأدلة الشرعية، وإنما هو عمل بدليل شرعي في مقابلة دليل شرعي أخر، والأدلة الشرعية يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها بعضا.

---

(1) **الموافقات**، الشاطبي، ج2، ص139.

(2)أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي ثم الجعدي (140 هـ - 204 هـ) الفقيه المالكي المصري؛ تفقه على الإمام مالك، رضي الله عنه، ثم على المدنيين والمصريين. وكانت المنافسة بينه وبين ابن القاسم، وانتهت الرياسة إليه بمصر بعد ابن القاسم. وكانت ولادته مصر سنة خمسين ومائة، وقال أبو جعفر ابن الجزار في تاريخه: ولد سنة أربعين ومائة، توفي سنة أربع ومائتين بعد الشافعي بشهر، وقيل: بثمانية عشر يوما. وكانت وفاة الشافعي، رضي الله عنه، في سلخ رجب من السنة المذكورة، وكانت وفاته بمصر ودفن بالقرافة الصغرى، وزرت قبره وهو مجاور قبر ابن القاسم، رحمه الله تعالى. **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، ج1، ص238.

(3) أنظر: **إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، محمد يحي بن محمد المختار الولاتي، مراد بوضاية، سنة النشر: 1427ه/2006م، الطبعة الأولى، ص36.

(4) أبو الوليد الباجي: سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي الأندلسي، الإمام العلامة من علماء المذهب المالكي، من مؤلفاته: كتاب الإشارة في أصول الفقه والمنتقى شرح الموطأ، وغيرها. توفي سنة 474ه. أنظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ابن فرحون، ج1، ص377.

(5) **الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل**، أبو الوليد الباجي ، دراسة وتحقيق وتعليق: محمد علي فركوس، دار البشائر الإسلامية (بيروت) الطبعة: الأولى، 1416ه/1996م، ص312.

- أن المالكية جعلوا الاستحسان فرعا من دليل المصلحة التي يأخذون بها.

التعريف المختار

وإذا تجلت حقيقة الاستحسان بيان هذه المرتكزات؛ فإن أقرب التعريفات لمفهوم هذا الأصل في المذهب المالكي هو أن يقال: "**الاستحسان هو تقديم الاستدلال المرسل على الدليل العام في بعض مقتضياته؛ على طريق الاستثناء**".

وبيان هذا التعريف يكون كالآتي:

"**تقديم للاستدلال المرسل**": أبان هذا الجزء من التعريف ان الدليل الذي يكون على أساسه العدول عن مقتضى الدليل الأصلي هو أصل الاستدلال المرسل.

"**على الدليل العام**": وفي هذا تجلية لطبيعة الدليل الأصلي الذي يكون منه الاستثناء، فهو دليل عام، ونعني به ما يشمل العموم اللفظي والقيام بمفهومه العام الشامل للقاعدة.

"**في بعض مقتضياته على طريق الاستثناء**": وترك الدليل الأصلي استحسانا لا يكون تركا كليا؛ وإنما هو ترك له في بعض المحال التي عارضها أصل الاستدلال المرسل؛ ومنه فإن حقيقة الاستحسان تقوم على أساس الاستثناء.

الفرع الرابع: المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.

الذي لا شك فيه أن عد الشيء حسنا والميل إليه الذي ورد معنى الاستحسان لغة، يدخل تحت تقديم الدليل والاختيار و لم يقدم عليه إلا أن الدليل المقدم حسنا بالنسبة لغيره، غاية الأمر أن المعنى اللغوي يشمل كل شيء عده الإنسان حسنا ومالت إليه نفسه دليلا كان أو غيره، بخلاف المعنى الاصطلاحي الذي عد الدليل حسنا فقط[1].

المطلب الثاني: علاقة الاستحسان ببعض المصطلحات ذات الصلة.

تظهر فائدة هذا المطلب في أن الكثير من الناس حتى من طلبة العلم الشرعي يخلطون خلطا كبيرا بين الاستحسان وبين بعض المصطلحات التي لها صلة بها، فارتأينا أن نعقد هذا المبحث كي يتضح مفهوم كل مصطلح ويتحدد حدوده بدقة ويزول الالتباس بإذن الله عز وجل. ولمعرفة العلاقة بين الاستحسان وبين كل مصطلح من المصطلحات التي اخترناها في هذا المبحث، لا بد من تعريفها والوقوف عند معانيها في اللغة

(1) **رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والإستحسان من حيث الحجية**، د.زين العابدين العبد محمد النور، ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 1425ه، 2ج، ص8.

والاصطلاح، ولعلنا نقتصر على تعريف واحد نراه مناسبا لكل مصطلح كي الا يطول علينا الكلام، وبعد ذلك سنحاول مباشرة إظهار نوع العلاقة أو الرابط بين الاستحسان وبين كل مصطلح.

الفرع الأول: علاقة الاستحسان بالقياس.

أولا: تعريف القياس.

لغة: "من قاس يقوس قوسا كـــ: يقيس قيسا وهو بمعنى: التقدير أي: تقدير الشيء على مثاله فيقال: قاس الشيء بغيره وعلى غيره فانقاس أي قدره على مثاله، المقدار: مقياسا. ويقال: بيني و بينه قيس رمح أي قدره ومنه القياس وهو تقدير الشيء بالشيء"(1).

اصطلاحا: ذكر الأصوليون تعاريف كثيرة للقياس لعل أشهرها هو: "حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما"(2)، أي أن هناك واقعة ثبت حكمها الشرعي بنص أو إجماع وواقعة أخرى تشابهها لم يثبت حكمها بنص ولا إجماع، فتأخذ حكم الواقعة الأولى لاشتراكها في علة هذا الحكم.

ثانيا: أوجه التشابه بين الاستحسان والقياس.

القياس إما جلي، وهو ما تسبق إليه الأفهام، وإما خفي، وهو ما يكون بخلافه، ويسمى الاستحسان ، لكنه اعم من القياس الخفي، فإن كل قياس خفي استحسان، وليس كل استحسان قياسا خفيا، لأن الاستحسان قد يطلق على ما ثبت بالنص وبالإجماع والضرورة، لكن في الأغلب إذا ذكر الاستحسان يراد به القياس الخفي(3).

ثالثا: الفرق بين الاستحسان والقياس.

الاستحسان كما عرفنا هو: "إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص... "(4)، والقياس –كما تقدم– "حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما"(5).

بناءً على ما سبق يظهر الاختلاف في أمور:

– الاستحسان يقتضي أن يكون للمسألة التي يحكم بها نظائر، ولكنها تستثنى من حكم نظائرها وتختص بحكمها لدليل أقوى يوجب ذلك، وأما القياس فله نظير وهو الأصل الثابت حكمه بالنص أو الإجماع يقاس عليه على طريق المساواة، لوجود معني مشترك بين الفرع والأصل.

(1) **لسان العرب**، ابن منظور، ج5، ص379.
(2) **مذكرة في أصول الفقه**، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة الطبعة: الخامسة، 2001م، ص180.
(3) **التعريفات**، الجرجاني، ص181.
(4) انظر ص 23.
(5) انظرص26.

- يشترط في العمل بالقياس أن لا يكون الحكم الذي ثبت به ثابت بنص أو إجماع بخلاف الاستحسان.
- أن القياس إنما يتم عن طريق الإلحاق، بخلاف الاستحسان فإنه يتم عن طريق الإخراج.
- المصلحة التي بني عليها الحكم في القياس وثبت كونها علة له قام الدليل المعين على اعتبارها، فهي من المصالح المعتبرة عند الشارع، بخلاف الاستحسان ، فإن المصلحة التي بني الحكم عليها قد تكون معتبرة، وقد تكون من المصالح التي لم يوجد دليل معين على اعتبارها ولا على إلغائها، وإنما شهد لجنسها شاهد، فهي ملائمة لمقصود الشارع[1].

الفرع الثاني: علاقة الاستحسان بالمصالح المرسلة.

أولا: تعريف المصالح المرسلة.

1- لغة: بما أن المصلحة المرسلة لفظ مركب فلتعريفها لغويا نأخذ كل لفظ على حدى:

أ- المصلحة: واحدة المصالح، والصلاح ضد الفساد [2]، فيقال هو من أهل المفاسد وفلان الصلحاء، ومن أهل الصلاح، وهو كون حال المرء عند الفساد تحتاج إلى تقويم وعلاج[3].

ب- المرسلة: من الإرسال وهو الإطلاق والتخلية، وقيل هو الإهمال وقيل أيضا هو التوجيه[4].

فالمرسلة إذن في اللغة المطلقة وهي ضد المقيدة.

2- اصطلاحا: يقال أيضا الاستصلاح و المرسل؛ وهي الوصف المناسب الذي جهل اعتبار الشارع له بأن لم يدل دليل على اعتباره أو إلغائه وسمي ذلك بالاستصلاح لما فيه من مطلق المصلحة للناس. وبالمرسل لإرساله أي إهماله عما يدل على اعتباره أو إلغائه"[5].

ثانيا: أوجه التشابه بين الاستحسان والمصلحة المرسلة.

الاستحسان ترك مصلحة لمصلحة أكبر، وفي "قول الفقهاء: هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس أو خارج عن القياس، أو ثبت على خلاف القياس، ليس المراد به أنه تجرد عن مراعاة المصلحة القياس، وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة حتى خالف الاستحسان الشرعي.

---

(1) **أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية**، د. فاديغا موسى، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى، 1428ه/2007م، ج1،344.

(2) **القاموس المحيط**، الفيروز آبادي، ج1، ص234.

(3) **أساس البلاغة**، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري جار الله، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان الطبعة: الأولى، 1419ه/1998 م ، ج1، ص554.

(4) أنظر: **تاج العروس من جواهر القاموس**، الزَّبيدي، ج29، ص72.

(5) **الجواهر الثمينة في أدلة علم المدينة**، حسن بن محمد المشاط، ص249

فمن ذلك أن القياس عدم بيع المعدوم، وجاز ذلك في السلم[1] والإجارة توسعة وتيسيرا على المكلفين ومنه: أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه، وخولف في دية الخطأ، رفقا بالجاني، وتخفيفا عنه، لكثرة وقوع الجناة. ومن كذلك الكلام في المصراة، لما كان اللبن المحتلب منها مجهولا، فلو وجب ضمانه بمثله، لأفضى إلى التراع لجهالة القدر المضمون[2].

أن الاستحسان في أحد أوجهه أنه ترك الدليل للمصلحة، كتضمين الأجير المشترك[3][4].

الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلة.

قال الشاطبي: "إنهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين. فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية"[5].

وكل من المصالح المرسلة و الاستحسان استدلال بأصل كلي على فرع خاص، والفرق بينهما أن الثاني تخصيص لدليل بالمصلحة، والأول إنشاء دليل بالمصلحة على ما لم يرد فيه دليل خاص[6].

ومن الفروق أيضا أن الاستحسان يدخل في جميع الأحكام سواء أكانت معقولة المعنى أم غير معقولة المعنى، أما القياس والمصالح المرسلة فهي تجري فيما يعقل معناه دون غيره[7].

الفرع الثالث: العلاقة بين الاستحسان والبدع.

تقدم تعريف الاستحسان ، أما البدعة فهي:

أولا: تعريف البدع:

البدع في اللغة: هي كل أمر تحدث لم يعرف قبل ذلك، والمبتدع: الذي يأتي أمرا على شبه لم يكن ابتداه إياه [1]. ومنه قوله تعالى: ﴿بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِۖ وَإِذَا قَضَىٰٓ أَمۡرٗا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ١١٧﴾(البقرة: 117) أي: مخترعهما من غير مثال سابق.

(1) السلم : عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين. أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج4، ص514.

(2) **شرح مختصر الروضة**، نجم الدين الطوفي، ج3، ص329.

(3) الأجير المشترك: أن يشترك جماعة في أمر رجل بأن يعمل لكل واحد منهم عملا معلوما مقدرا بأجر معلوم، أنظر: **طلبة الطلبة**، عمر بن محمد النسفي، المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، 1311ه، ص125.

(4) **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص196.

(5) **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص641.

(6) أنظر: **الموافقات**، الشاطبي، ج1، ص34.

(7) **أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية**، د. فاديغا موسى، ج1،345.

البدع في الاصطلاح: لقد كان النبيﷺ عليه وسلم أول من عرفها حيث قال: «وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة»[2].

وعرفها العلماء بعد ذلك استنادا على الحديث، بتعاريف كثيرة مختلفة في التركيب ومتحدة في المعنى، فعرفها الشاطبي رحمه الله بأنها: "طريقة في الدين مخترعة تضاهي الشرعية يقصد بالسلوك عليها ما يقصد بالطريقة الشرعية"[3]

ولعل أحسن هذه التعاريف ما ذهب إليه شيخ الاسلام ابن تيمية[4]، حيث عرفها بقوله: "ما خالفت الكتاب والسنة أو إجماع سلف الأمة من الاعتقادات والعبادات"[5].

ومن هذا التعريف نفهم أن البدع التي قصدها النبي ﷺعليه وسلم هي البدع التي تكون في الدين –أي: في الاعتقادات والعبادات– وأما البدع التي تكون في أمور الدنيا –أي: العادات– فهي ليست داخلة في تحذيره صلى الله عليه وسلم.

ثانيا: الفرق بين الاستحسان والبدعة.

تفترق المصلحة المرسلة عن الاستحسان في أن الاستحسان في غالب صوره استثناء من القواعد والنصوص العامة فهو لا يكون إلا في الوقائع التي فيها دليل يثبت حكما فيعدل عنه المجتهد إلى حكم آخر لدليل أقوى من الدليل الأول أولا يتحقق ذلك إلا عند تعارض دليلين في جزئية من جزئيات القاعدة أو الدليل العام.

أما المصلحة المرسلة فلا استثناء فيها بل يعمل بها فيما ليس فيه دليل ومن ثم لا يكون لها حكم سابق بل الحكم ما قضت به المصلحة ولا يوجد في محالها أي تعارض[6]. والاستحسان وإن كان يشترك معها في أنه قد

=

(1) **تاج العروس من جواهر القاموس**،الزَّبيدي، ج20، ص307.

(2) **أخرجه أبو داود**، كتاب السنة، باب في لزوم السنة، برقم: 4607، **سنن أبي داود**، أبو داود سليمان بن الأشعث بن السِّجِسْتاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، ج4، ص200.

(3) **الاعتصام**، الشاطبي، 1ج، ص37.

(4) ابن تيمية: (627-682ه) هو شهاب الدين أبو المحاسن وأبو أحمد عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني تزيل دمشق الحنبلي، ابن المحمد وأبو شيخ الإسلام تقي الدين، مسمع من والده وغيره رحل في صغره إلى حلب فسمع من ابن الليث، وابن رواحة، ويوسف بن خليل، تفنن في الفضائل، درس وأفتي وصف وصار شيخ البلد بعد أبيه وخطية وحاكمه، وكان إماما محققا له يد طول في الفرائض، والحساب، كان له كرسي بالجامع يتكلم عليه أيام الجمع من حفظه، وله تعاليق وفوائد ومصنف في علوم عدة. أنظر: **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العَكري، ج5، ص376.

(5) **مجموع الفتاوى**، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية الطبعة الثالثة، 1416ه/1995م، ج18، ص346.

(6) **أصول الفقه الإسلامي**، أ. د. محمد مصطفى شلبي، الدار الجامعية بيروت، لبنان، دط، 1974م، ص288–289.

يكون بالمصلحة إلا أنه يكون بطريق الاستثناء وهذا هو السر في تمثيل بعض العلماء ببعض أمثلة الاستحسان للمصلحة تساهلا أو لخفاء الفرق الدقيق بينها[1].

(1)انظر **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص437.

المبحث الثاني: الاستحسان عند المالكية أنواعه وأركانه ومجال العمل به.

- المطلب الأول: أنواع الاستحسان عند الإمام مالك.
- المطلب الثاني: أركان الاستحسان.
- المطلب الثالث: مجال العمل بالإستحسان في المذهب المالكي.

تمهيد:

إن المتتبع للفروع الفقهية لدى القائلين بالاستحسان يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عدة نذكرها في مطلب سيأتي ذكره لاحقا -إن شاء الله- وأمثلة لكل نوع، كما أنهم وضحوا المقومات التي يستند عليها المجتهد عند استثماره للاستحسان في الحكم على المسائل وهي ما تعرف بالأركان، و لم يتركوا العمل به مطلقا بل قيدوه بضوابط وحددوا له مجالات.

وهذا ماعملنا على أبرازه جاهدا بوضع ثلاثة مطالب في هذا المبحث.

المطلب الأول: أنواع الاستحسان عند الإمام مالك.

اشتهر عن المالكية: أن الاستحسان -عند من يراه- أربعة انواع، وأشهر ما نقل في هذا قول ابن العربي "...وأما أصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد المعارضة يبده إلى الوجود وقد تتبعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسما أقساما فمنه ترك الدليل للمصلحة ومنه ترك الدليل للعرف ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق"[(1)]. ولكن المتتبع لأقوال المالكية في الحديث عن الاستحسان يلحظ ان انواع الاستحسان عند المالكية أكثر مما ذكر ابن العربي، و بيان هذه الأنواع مع التمثيل لكل واحد منها فيما يلي:

النوع الاول: إستحسان سنده الإجماع.

تعريف الإجماع.

في اللغة: يطلق على العزم وعلى معنى الاتفاق إلا أن العزم يصح من واحد، والاتفاق لا يصح إلا من اثنين فما زاد، والمعنى الثاني للإجماع هو المعنى المناسب[(2)].

وفي الاصطلاح: اتفاق مجتهدي الأمة، بعد وفاة الرسول ﷺ في عصر على أي أمر كان [(3)].

---

(1) **المحصول في اصول الفقه**، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، تحقيق: حسين علي البدري، دار البيارق، الأردن، 1420ه، ص131.

(2) **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**، محمد السهالوي اللكنوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1423ه/2002م، ج2، ص211.

(3) **جمع الجوامع في أصول الفقه**، عبد الوهاب عبد الكافي السبكي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424ه/2003م، ج1، ص176.

أما **الاستحسان بالإجماع**: فيقصد به "إفتاء المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها أو على خلاف مقتضى الدليل العام أو بسكوتهم وعدم إنكارهم على ما تعامل به الناس ما خالف القياس لحاجتهم إليه"(1).

مثاله: مثل له الشاطبي بشرب الماء من أيدي السقاءين من غير تقدير الزمان السكون وتقدير الماء والأجرة مع اختلاف عادة الناس في استعمال الماء وطول اللبث، وعلى شرب الماء من السقاء، مع اختلاف العادات في مقدار الري، فهذان طرفان في اعتبار الغرر وعدم اعتباره لكثرته في الأول وقلته مع عدم الانفكاك عنه في الثاني(2).

ما ورد أن مالكا أجاز البيع والإجارة في نفس الشيء المبيع فيما يعرف وجه خروجه – كالقمح على أن على البائع طحينه، والثوب على أن على البائع خياطته، استحسانا على غير قياس(3). والقياس يقتضي عدم جواز البيع مع الشرط؛ الدليل قوله ﷺ: «من باع نخلا، قد أبرت(4)، فثمنها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»(5).

النوع الثاني: إستحسان سنده العرف.

تعريف العرف.

العرف لغة: ضد النّكر، والمعروف ضد المنكر، والمعروف: كالعرف، يقال أولاه عرفا أي معروفا. جاء في لسان العرب" والمعروف: ضد المنكر والعرف: ضد النّكر يقال: أولاه عرفا أي معروفا والعرف والمعارفة والمعروف واحد، وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمئن إليه"(6)، ومنه قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩﴾ (الأعراف: 199).

العرف في الاصطلاح: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"(7).

(1) **أصول الفقه الإسلامي**، أ. د. محمد مصطفى شلبي، ص282.
(2) **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص117.
(3) أنظر: **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج7، ص284.
(4) أبر النخل والزرع وأبره: أي: أصلحه، وتأبير النخل: تلقيحه. **لسان العرب**، ابن منظور، ج4، ص3.
(5) **أخرجه البخاري**، كتاب البيوع، باب من باع نخلا قد أبرت، برقم:2204، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)**، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422ه، ج3، ص78.
(6) **لسان العرب**، ابن منظور، ج2، ص746.
(7) **لسان العرب**، المرجع نفسه، ج9، ص239.

تعريف الاستحسان بالعرف: الاستحسان بالعرف هو: "تخصيص الدليل العام بالعادة لمصلحة الناس في ذلك"[1].

مثاله: رد الأيمان إلى العرف، ومن ذلك من حلف ألا يدخل بيتا، فدخل المسجد، فلا حنث عليه عند مالك[2]. والقياس يقتضي أن يحنث، لأن المسجد بيت، والقرآن سماه بيتا في قوله تعالى﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ ﴿٣٦﴾﴾(النور: 36). لكن عدل عن مقتضى القياس استحسانا إلى كونه لا يحنث؛ لأنه في عرف التخاطب المسجد لا يسمى بيتا.

النوع الثالث: إستحسان سنده المصلحة.

المصلحة في اللغة: تعرف بأنها: "ما فيه صلاح شيء أو حال"[3].

المصلحة في الاصطلاح: "المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم"[4]

والمصالح المرسلة: "حكم لا يشهد له أصل من الشرع اعتبارا وإلغاء"[5].

تعريف الاستحسان بالمصلحة: هو: "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي او قياس كلي"[6]. ومعناه تقديم المصالح المرسلة على القياس، كما قال الشاطبي: "أصل الاستحسان على رأي مالك، ينبني هذا الأصل، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"[7].

ومثاله: الحكم بتضمين الأجير المشترك، وهو الذي لا يعمل لشخص بعينه، بل يقدم خدمة لكل من يحتاجه، مقابل أجرة معينة كالصباغ والغسال والخياط.

فالأصل أن الغسال إذا أعطي الثوب ليغسله فتلف عنده من غير تفريط لا ضمان عليه؛ لأن هذا مقتضى عقد الإجارة، ولأنه قبضه بإذن صاحبه فهو مؤتمن عليه، ولكن مالك عدل عن مقتضى ذلك القياس وقال يضمن ما تلف عنده، إلا أن يكون تلف بقوة قاهرة ظاهرة كالحريق ونحوه. وسند هذا الاستحسان للمصلحة،

(1) **إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، المختار الولاتي، ص22.

(2) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن انس بن عامر الأصبحي ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415ه/1994م، ج1، ص604.

(3) **معجم اللغة العربية المعاصرة**، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، أحمد بمساعدة فريق عمل. عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1429ه/2008م، ج2، ص314.

(4) **المستصفى**، أبو حامد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413ه/1993م، ص174.

(5) **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، أبو الثناء شمس الدين الأصفهاني، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، 1406ه/1986م، ج3، ص276.

(6) **إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، المختار الولاتي، ص21.

(7) **الموافقات**، الشاطبي، ج1، ص33.

المحافظة على أموال الناس من الضياع؛ نظرا لكثرة الخيانة بين الناس وقلة الأمانة. ولو لم يضمن الأجير لامتنع كثير من الناس من دفع أمتعتهم إليه خوفا عليها من الضياع أو التلف أو الخيانة[1].

النوع الرابع: إستحسان سنده إيثار التوسعة ورفع الحرج عن الناس.

تعريفه: "هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، فترك الدليل في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق"[2].

ويكون ذلك عندما يترك مقتضى القياس في مقابل رفع المشقة وإيثار التوسعة.

مثاله: الجمع بين المغرب والعشاء للمطر وجمع المسافر، وقصر الصلاة والفطر في السفر الطويل، وصلاة الخوف، وسائر الرخص التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى مراعاة التوسعة على الناس وتحصيل المصالح أو درء المفاسد ، في مقابل القواعد القياسية التي تقتضي المنع[3].

النوع الخامس: إستحسان سنده سد الذريعة.

تعريف السد لغة: أصل السد: مصدر سددته، ومنه قوله تعالى ﴿قَالُوا۟ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾﴾ (الكهف: 94).

أي: حاجزًا يمنعهم من الوصول إلينا والإفساد في أرضنا. فشبه به الموانع. ومنه قوله سبحانه ﴿وَجَعَلْنَا مِنۢ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ سَدًّا وَمِنْ خَلْفِهِمْ سَدًّا فَأَغْشَيْنَٰهُمْ فَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ ﴿٩﴾﴾ (يس: 9)[4].

تعريف ذريعة لغة: فهي: من ذرع وهو أصل يدل على الامتداد والتحرك إلى الأمام وكل ما تفرع عن هذا الأصل يرجع إليه[5].

تعريف سد الذرائع اصطلاحا: "حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور"[6].

---

(1) أنظر: **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص372.

(2) **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص196.

(3) أنظر: **الموافقات**، المرجع نفسه، ج5، ص95.

(4) **المفردات في غريب القرآن**، أبو القاسم الراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي دار القلم، الدار الشامية– دمشق بيروت، الطبعة: الأولى، 1412ه، ص403.

(5) **تهذيب اللغة**، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي– بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، ج1، ص443.

(6) **أنوار البروق في أنواء الفروق**، أبو العباس شهاب الدين القرافي، عالم الكتب، بيروت، (دط، دت)، ج2، ص32.

ومن أمثلته: ما ورد عن مالك فيمن وضع إحدى يديه على الأخرى في الصلاة المكتوبة، يضع اليمني على كوع اليسرى، وهو قائم في الصلاة المكتوبة أو النافلة، قال: لا أرى بذلك بأسا في النافلة والمكتوبة[1] وفي المسألة ثلاثة أقوال لمالك رحمه الله[2]:

أحدها: أن ذلك جائز في المكتوبة والنافلة.

والثاني: أن ذلك مكروه يستحب تركه في الفريضة والنافلة إلا إذا طال القيام في النافلة فيجوز.

والثالث: أن ذلك مستحب فعله في الفريضة والنافلة مكروه تركه فيهما.

قال ابن رشد: "وهو الأظهر، لما جاء في ذلك من أن الناس كانوا يؤمرون به في الزمان الأول، وأن النبي ﷺ كان يفعله"[3].

قال ابن رشد: "وقد تأول أن قول مالك لم يختلف في أن ذلك من هيئة الصلاة التي تستحسن فيها، وأنه إنما كرهه و لم يأمر به استحسانا مخافة أن يعد ذلك من واجبات الصلاة"[4]. وهذا موضع الشاهد، حيث لم يأمر به سدا للذريعة.

النوع السادس: إستحسان سنده الضرورة.

تعريف الضرورة في اللغة.

الضرورة: اسم المصدر الاضطرار، تقول: "حملتني الضرورة على كذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا"[5].

والضر: خلاف النفع، والإضرار مثله، "واضطر فلان إلى كذا من الضرورة "[6]. والضرورة: الاحتياج[7].

الضرورة في الاصطلاح: عرفها المالكية بقولهم: "الخوف على النفس من الهلاك، علما، أو ظنا"[8].

---

(1) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج1، ص395.

(2) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني، ج1، ص173.

(3) أنظر: **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج1، ص395.

(4) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، المرجع نفسه، ج1، ص395.

(5) **تهذيب اللغة**، محمد الهروي، ج11، 315.

(6) **العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، نشوان بن سعيد الحميري، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري مطهر بن علي الإرياني، المعاصر (بيروت– لبنان)، دار الفكر (دمشق–سورية)، الطبعة: الأولى، 1420ه/ 1999م، ج6،3906.

(7) **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، أيوب بن موسى الكفوي، تحقيق: عدنان درويش– محمد المصري. مؤسسة الرسالة، بيروت، ص576.

(8) **شرح الدردير مع حاشية الدسوقي**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر الطبعة: دط، دت، ج2، ص115.

تعريف الاستحسان بالضرورة.

يدخل الاستحسان بالضرورة ضمن تعريف الاستحسان بأنه "إيثار ترك الدليل على طريق الاستثناء والترخص."[1]. إذا الضرورة استثناء من الأصل، وذلك بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته.

ومن أمثلته: ما ورد عن ابن القاسم قال: "وسألت مالكا عن معاصر الزيت، زيت الجلجلان[2] والفجل[3] يعصرون جميعا. قال: إنما أكره هذا لأن بعضه يخرج أكثر من بعض، فإذا احتاج الناس إلى ذلك فأرجو أن يكون خفيفا، لأن الناس لابد لهم مما يصلحهم، فأرجوا أن يكون لهم في ذلك سعة إن شاء الله، ولا أرى به بأس[4]. قال ابن رشد مبينا وجه الاستحسان: قول مالك: "لأن الناس لابد لهم مما يصلحهم" إستحسان دفعه الضرورة إلى ذلك [5].

النوع السابع: إستحسان سنده اعتبار القرينة.

تعريف القرينة.

القرينة لغة: جمعها: قرائن، وهي مأخوذة من قرن الشيء بالشيء أي شده إليه ووصل به، وقرن الشيء بالشيء، وقرن بين الشيئين، قرنا وقرانا والإقران: قوة الرجل على الرجل، وأقرن فلان: جمع بين شيئين وعملين، وقرينة الرجل: امرأته وسميت الزوجة قرينة لمقارنة الرجل إياها، وقرينة الكلام، ما يصاحبه ويدل على المراد به والقرين المصاحب، والقران: أن تقرن بين تمرتين تأكلهما[6].

القرينة اصطلاحا: "هي ما يوضح عن المراد لا بالوضع تؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود أو سابقه"[7].

ومن أمثلته.

ما روي عن ابن القاسم عن مالك قال: "وسئل: عن الوديعة[1] يستودعها الرجل فيقر بها الذي هي عنده من غير أن يشهد عليه. قال مالك: إن لهذه الأمور وجوها، أرأيتك لو تقادم هذا حتى يمر به عشرون سنة ثم مات فقام صاحبها يطلبها، ما رأيت له شيئا، وكأني رأيته إن كان قريبا أن يكون ذلك له"[2].

---

(1) **الموافقات**، الشاطبي، ج2، ص371.

(2) الجلجلان: السمسم في قشره قبل أن يحصد. أنظر: **المعتمد في الأدوية المفردة**، يوسف بن عمر الغساني، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، دار الكتاب العلمية، الطبعة: الأولى:1421ه/2000م، ص71.

(3) الفجل: نوع من النباتات العشبية طيب الطعم. أنظر: **المعتمد في الأدوية المفردة**، يوسف بن رسول الغساني، ص357.

(4) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج12، ص16.

(5) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، المرجع نفسه، ج12، ص16.

(6) **لسان العرب**، ابن منظورا، ج13، ص339 -340،

(7) **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، أبو البقاء الكفوي، ص734.

ثم إن المودع طلب وديعته بعد وفاة المودع عنده، ولذلك قال ابن رشد تعليقا على هذه المسألة: "كان القياس أن لا يكون على الميت شيء إذا لم يوجد في ماله، طالت المدة أم قصرت"[3] ثم قال في بيان وجه الاستحسان: "وتفرقته بين القرب والبعد استحسان؛ ووجهه أن الذي يغلب على الظن في البعد أنه ردها، وفي القرب أنه استسلفها، لأن الودائع في أغلب الأحوال لا تترك عند المودع الدهور والأعوام"[4].

واعتبار القرب والبعد قرينة دالة على ترجيح أحد الطرفين، فيحكم بمقتضى ذلك.

النوع الثامن: إستحسان سنده القياس الخفي.

تعريف الاستحسان بالقياس الخفي.

يدخل الاستحسان بالقياس الخفي في تعريف المالكية للاستحسان بأنه: القول بأقوى الدليلين، وهو ما قاله ابن خويز منداد[5] وابن العربي[6] إذ القول بالقياس الخفي يكون أحيانا – أقوى من القول بالقياس الجلي. كما يدخل الاستحسان بالقياس الخفي في تعريف الاستحسان بأن يؤدي طرد القياس إلى غلو ومبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس المعنى يختص به ذلك الموضع من تخفيف أو مقارنة"[7].

وإن كان التعريف ليس خاصا ب الاستحسان الخفي، لكنه يدخل ضمنه.

ومن أمثلته:

ما ورد عن مالك أن من جنى على أم الولد[8] خطأ فإن عقل الجناية يكون للسيد، وإذا مات السيد بعد الجناية وقبل أخذ العقل، فإن عقلها يكون للورثة، لأنه من أموال المورث؛ هذا هو القياس الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن، ولكن هناك قول أخر عن مالك، إن لها عقلها إذا لم يقبضه سيدها حتى مات، وذلك أن أم الولد

=

(1) الوديعة: هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا. **التعريفات**، الجرجاني، ص325.

(2) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج15، ص289.

(3) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، المرجع نفسه، ج15، ص289.

(4) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، المرجع نفسه، ج15، ص290.

(5) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد :الإمام العالم المتكلم الفقيه الأصولي أخذ عن أبي بكر الأبهري وغيره، ألف كتابا كبيرا في الخلاف وكتابا في أصول الفقه وكتابا في أحكام القرآن، توفي سنة 390. أنظر: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، محمد ابن سالم مخلوف، ج1، ص154.

(6) **أحكام القرآن**، ابن العربي، ج2، ص754.

(7) **الحدود في الأصول**، الباجي، ص66.

(8) أم الولد: هي الامة التي حملت من سيدها وأتت بولد. أنظر: **معجم لغة الفقهاء**، محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1408ه/1988م، ص88.

حكمها حكم الأمة في الإرث والشهادة والدية وأرش[1] جراحاتها، فلو جني عليها جان فإن أرش جراحتها يكون للسيد، فإن مات قبل أن يقبضه صار ميراث الورثة، هذا هو القياس الظاهر، لكن مالك رأى أن أم الولد بما أنها تصير حرة من رأس المال بعد وفاة السيد مباشرة، ولا تدخل في ملك السيد حقيقة، لأن الحرمة أوجبت لها الحرية، إلا أن الحكم بحريتها في حياة السيد تأخر؛ حتى لا تفوت هذه الحرية السيد حقه من الوطء فقياس الحرية بعد وفاة السيد أقوى، فيكون لها عقلها الذي لم يقبض في حياة السيد استحسانا.

النوع التاسع: الاستحسان سنده مراعاة الخلاف.

أولاً: تعريفها:

أ – لغةً: المراعاة من راعيتُ الشيء رَعْياً ومراعاةً "لاحظته محسناً إليه ونظرتُ إلامَ يصير"[2].

والخلاف والمخالفة: أن يأخذ كلٌ واحد طريقاً غير طريق الآخر[3].

ب – اصطلاحاً: عرَّفها ابن عرفة بقوله: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[4].

ثانيا: تعريف الاستحسان بمراعاة الخلاف.

هو مراعاة دليل المخالف في بعض الأحوال، لأنه ترجح عنده فيها، ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه[5].

ومن أمثلته:

المثال الأول: في حكم مس الفرج فإن مسه ثم صلى قبل أن يتوضأ فأربعة أقوال: أحدها: أنه لا إعادة عليه، والثاني: أنه يعيد في الوقت، والثالث: أنه يعيد وإن خرج الوقت، والرابع: أنه يعيد بعد اليومين والثلاثة، فإن طال لم يعد، وإسقاط الإعادة استحسانا لمراعاة الخلاف على خلاف القياس[6].

---

(1) الأرش: اسم للمال الواجب فيما دون النفس. **التوقيف على مهمات التعاريف**، عبد الرؤوف بن تاج العارفين، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1410ه/1990م، ص45.

(2) أنظر: **تاج العروس من جواهر القاموس**،الزَّبيدي، ج38، ص164.

(3) **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز**، مجد الدين أبو طاهر الفيروزآبادي، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416ه/1996م، ج2، ص562.

(4) **المختصر الفقهي لابن عرفة**، محمد بن محمد ابن عرفة، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، 1435ه/2014م ، ج4، ص35.

(5) **الاعتصام** ، الشاطبي، ج2، ص646.

(6) أنظر: **التاج والإكليل لمختصر خليل**، أبو عبد الله المواق ، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416ه/1994م، ج1ص524.

المثال الثاني: القول بجواز أكل الصيد الذي أكل منه الكلب المعلم مراعاة للخلاف. قال الشاطبي: إن الله أباح من صيد الجارح المعلم ما أمسك عليك، وعلم من ذلك أن ما لم يكن معلما فصيده حرام، إذ لم يمسك إلا على نفسه، فدار بين الأصلين ما كان معلما، ولكنه أكل من صيده، فالتعليم يقتضي أنه امسك عليك والأكل يقتضي أنه اصطاد لنفسه لا لك، فتعارض الأصلان، فجاءت السنة ببيان ذلك، فقال عليه الصلاة والسلام: «فإن أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما امسكه على نفسه»[1] وفي حديث أخر للنبي ﷺ: «إذا قتله و لم يأكل منه شيئا، فإنما أمسكه عليك»[2] وجاء في حديث أخر: «إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله، فكل وإن أكل منه»[3]. فدل على أن المسألة خلافية، فيجوز الأخذ بقول من أجاز، مراعاة للخلاف[4].

ملاحظة: ليس للمالكية ما يسمى استحسان النص كما هو الحال بالنسبة إلى الحنفية والحنابلة.

المطلب الثاني: أركان الاستحسان.

وبعد انتهت الدراسة من بيان مفهوم الاستحسان وأنواعه عند المالكية نأتي على ذكر أركان الاستحسان وهي ثلاثة، وهذه أركان هي:

أولا: الدليل الأصلي الذي يعدل عنه.

ثانيا: الدليل المستحسن به.

ثالثا: وجه الاستحسان.

الركن الأول: الدليل الأصلي الذي يعدل عنه.

الذي يقتضيه مذهب مالك وأصحابه أن الدليل الأصلي الذي عدل عنه واقتطعت منه مسألة الاستحسان هو الدليل العام، سواء أكان هذا الدليل عاما عموما لفظيا أو عاما عموما قياسا مقتضى القياس المتعدي أن يكون عاما حيث وجدت العلة، أو قاعدة من القواعد الكلية التي يشملها معنى القياس بمفهومه الأعم. مذهب مالك نصوص أهل المذهب من محققيه ونظاره:

قال ابن العربي في تعريف الاستحسان: "(و الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين...)؛ ثم قال: (العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي

(1) **أخرجه البخاري**، كتاب الذبائح والصياد، باب التسمية على الصيد، رقم 5483، ج7، ص87.
(2) **أخرجه أبو داود**، كتاب الصيد، باب في الصيد، برقم 2851، ج3، ص109.
(3) **أخرجه أبو داود**، كتاب الصيد، باب في الصيد، برقم 2848، ج3، ص109.
(4) **الموافقات**، الشاطبي، ج4، ص363/361.

دليل كان من ظاهر أو معين، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة)"[1]. فلا يشترط في الاستحسان المالكي عند ابن العربي أن يكون الدليل الأصلي المعدول عنه قياسا أصوليا؛ بل إن ذلك يشمل العموم اللفظي.

الركن الثاني: الدليل المقتضي للعدول.

الدليل المستحسن به: هو دليل من أدلة الشرع و لم يكن العدول عاريا عن الدليل أو خاليا عنه؛ إذ يحرم الخروج عن الدليل إلا لدليل أرجح منه اقتضى الدول والخروج عنه؛ قال ابن رشد: (وأما العدول عن مقتضى القياس في موضع من المواضع استحسانا لمعن لا تأثير له في الحكم فهو مما لا يجوز بإجماع؛ لأنه من الحكم بالهوى الحكم بنص التزيل، قال عز وجل: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ ٢٦﴾(ص: 26).

والدليل الذي يستحسن المالكية العدول به عن مقتضى الأدلة الأصلية الاستدلال المرسل؛ كما تقدم بسطه فيما سلف[2].

الركن الثالث: وجه الاستحسان.

وجه الاستحسان هو العلة التي من أجلها ثر الدليل الأصلي وعدل عنه إلى الدليل الذي كان به الاستحسان ؛ وظاهر أن علة العدول هي قوة الدليل المستحسن به على الدليل الأصلي؛ لذلك عرفه من عرفه من المالكية بأنه أخذ بأقوى الدليلين؛ لا سيما وأن عامة استحسانات المالكية مما ترتكز على أصل الاستدلال المرسل؛ وهو من القوة بمكان.

المطلب الثالث: مجال العمل بالإستحسان في المذهب المالكي.

توسع مالك في باب العادات بالأخذ بقاعدة الاستحسان؛ لكون هذا الباب جار على وفق المناسبات المعقولة؛ فمنطق الاستحسان يتوافق مع قانون المصالح الذي بني عليه التشريع في العادات؛ فإنا رأينا أن الشارع ينتقل من الحل إلى الحرمة ومن الحرمة إلى الحل بحسب تغير المصلحة المقتضية عن هذا الفعل أو ذاك.

وهذا ما يعكس أن مذهب مالك رحمه الله مرن في مراعاة مصالح الخلق في معايشهم، وأن مراعاة الحاجات في التعامل ورفع المشقة والحرج والعسر من سمات مذهبه الذي تقوم به خطة الاستحسان، والتي تعد من الخطط التشريعية الموثقة لأصل المصلحة. قال الشاطبي بعد أن قرر أن أبواب العادات مما تجري على أصل المعقولية التفصيلية: "وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة، وقال فيه

(1) **أحكام القرآن**، ابن العربي، ج2، ص278-279.

(2) **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة**، ابن رشد القرطبي، ج4، ص157.

بالإستحسان ونقل عنه أنه قال إنه تسعة أعشار العلم"[1]. لكن يلاحظ أن جانبا كبيرا من الأخص كائنة في أبواب العبادة؛ وغالب ما يكون الاستحسان في أبواب العبادات متعلقة بالترخص والتخفيف؛ لمعقولية ذلك.

(1) **الموافقات**، الشاطبي، ج2، ص306-307.

المبحث الثالث: حجية الاستحسان عند علماء المذهب المالكي.

- المطلب الأول: أراء علماء المذهب المالكي في الاحتجاج بالإستحسان.
- المطلب الثاني: الترجيح.

تمهيد:

بعد الاطلاع على تعريفات الاستحسان وأنواعه عند الأئمة المالكية ، كان لزاما علينا أن نتتبع أقوال علماء المذهب في الاحتجاج به، ولذلك عقدنا هذا المبحث الذي قمنا فيه بذكر سبب الخلاف في اعتبار الاستحسان حجة عند الإمام مالك أم لا؟ كما أبرزنا اتجاهات فقهاء المالكية في الاحتجاج به، ثم ختمناه بالترجيح.

المطلب الأول: سبب الخلاف

اختلف فقهاء المالكية في اعتبار "الاستحسان" أصلا من أصول مالك على ثلاثة آراء، ونص علماء المالكية على هذا الاختلاف، قال ابن رشد –رحمه الله–: "وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيرا، فضعفه قوم وقالوا: أنه مثل إستحسان أبي حنيفة، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل. ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل[1].

وقال أبو الوليد الباجي –رحمه الله "وقد اختلفت تأويلات أصحابنا في الاستحسان"[2]

المطلب الثاني: أراء علماء المذهب المالكي في الاحتجاج بالإستحسان.

اختلف فقهاء المالكية في اعتبار "الاستحسان "أصلا من أصول مالك على اتجاهات ثلاث. وقد سبق ذكر أقوال بعض علماء المذهب الذين إما أنكروا صراحة أن يكون الإمام مالك قد قال بالإستحسان، وأن يكون من أصول مذهبه، أو يوحي عدم ذكرهم الاستحسان ضمن أصول المذهب بعدم اعتباره أصلا، أو على الأقل بالتهوين من مكانته في المذهب.

وقد سار فريق من علماء المذهب على عدّ الاستحسان من أصول المذهب، وإن كان أفراد هذا الفريق قد اختلفوا في مفهومه بين موسّع ومضيّق، ويمكن تصنيف مواقفهم من مفهوم الاستحسان إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول.

يتوسّع أصحاب هذا الاتجاه في تعريف الاستحسان ليقترب من الاستحسان الحنفي. ويمثّل هذا الاتجاه أبو بكر بن العربي، حيث عرفه بأنه: "إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخُّص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته"[1].

(1) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الحديث – القاهرة، د ط، 1425ه/2004م، ج4، ص60.
(2) **الحدود في الأصول**، الباجي، ج4، ص60.

وفسّره في أحكام القرآن بقوله: "الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين... نكتته المجزئة ههنا أن العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان، من ظاهر أو معنى. ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويرى مالك وأبو حنيفة تخصيص القياس ببعض العلة... و لم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة ولا رأى تخصيص العلة"(2).

وما ذكره ابن العربي من كون الإمام مالك يرى تخصيص العلة مختلَفٌ فيه؛ فقد ذكر ابن القصار في مقدمته في الأصول أن مذهب المالكية عدم جواز تخصيص العلل الشرعية(3)،وهو خلاف ما ادعاه ابن العربي. ومع أن كلام ابن القصار وابن العربي في مسألة تخصيص العلة مجرّد اجتهاد منهما، وتخريج على اجتهادات الإمام مالك؛ إذ يبعُد أن يكون الإمام مالك تكلّم في اصطلاحات تخصيص العلة ونقضها، إلا أن الهدف من هذا النقل هو بيان أن بعض أسس الاستحسان عند ابن العربي ليس محلّ اتفاق بين المالكية، بل هو مرفوض من قبل بعض من سبقه من علماء المذهب المؤسسين لأصوله.

ويقسم ابن العربي الاستحسان إلى الأنواع الآتية: ترك عموم الدليل للعرف كما هو الحال في الرجوع في الأيمان إلى العرف، وترك الدليل إلى المصلحة مثل القول بتضمين الأجير المشترك مع أن الأصل في الأجير أنه مؤتمن لا ضمان عليه، وترك الدليل للإجماع ويمثل له بإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي، فالأصل أن الضمان يكون لقيمة النقص الحاصل في الدابة وهو الذيل المقطوع، ولكن لما كانت الدابة للقاضي فإن الجاني يكون عليه ضمان القيمة الكلية للدابة، وذلك لاستقباح ركوب القاضي دابة مقطوعة الذيل، فصار إتلاف ذيلها في حكم إتلافها كلها، وأخيرا ترك الدليل في اليسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق مثل إجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة وإجازة بيع وصرف في اليسير(4).

ومن هذا التقسيم يتبين كيف توسع ابن العربي في مفهوم الاستحسان الذي ينسبه إلى المذهب. ويُرْجِع محمد أبو زهرة توسُّع ابن العربي في تعريفه للاستحسان بالسعي إلى التقريب بين مفهومي الاستحسان المالكي و الاستحسان الحنفي، فوسّع مفهومه عند المالكية ليصير قريبا مما هو عند الحنفية(5).

الاتجاه الثاني.

=

(1) **الموافقات**، الشاطبي، ج4، ص150.

(2) **أحكام القرآن**، ابن العربي، ج2، ص754-755.

(3) **المقدمة في الأصول**، أبو الحسن ابن القصار المالكي. تحقيق الدكتور مصطفى مخدوم. دار المعلمية الطبعة الأولى: 1999م/1420ه، ص180.

(4) **الموافقات**، الشاطبي، ج4، ص150.

(5) **مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي- القاهرة، الطبعة: الثانية، ص356-357.

في مقابل توسُّع ابن العربي في مفهوم الاستحسان المنسوب إلى المذهب، نجد اتجاها آخر يرفض ذلك التوسُّع بحصر مفهومه في المذهب المالكي في نطاق ضيّق، وهو إما جعله تعبيرا عن أسلوب الجمع والترجيح بين الأدلة، أو حصره في كونه تخصيصا للقياس في حال معارضة إجرائه لمصلحة شرعية.

فابن خويز منداد يحصر مفهوم الاستحسان الوارد في المذهب في كونه أسلوبا من أساليب التعامل مع مختلف الأدلة بالجمع والترجيح بينها، حيث عرفه بأنه: "القول بأقوى الدليلين"، ومثّل له بمسألة العرايا التي يتنازعها دليلان أحدهما حديث تحريم ربا الفضل الذي يشتمل على تحريم بيع التمر بالتمر إذا لم يتوفر شرطا التساوي والتقابض في المجلس لما روى مسلم عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول ﷺ: «الذّهبُ بالذّهب والفضّة بالفضّة والبُرُّ بالبُرّ والشّعير بالشّعير والتّمر بالتّمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعُوا كيف شئتُم إذا كان يدا بيد»[1]،وهو يشمل بظاهره بيع العرايا، وحديث الترخيص في بيع العرايا لما روى مالك عن أبي هريرة قوله: «أنّ رسُول ﷺ أرخص في بيع العرايا بِخَرْصِهَا، فيما دُون خمسة أوسُق أو في خمسة أوسُق»[2]،فكان العمل بهذا الحديث في موضوع العرايا أقوى وأولى من التمسُّك بظاهر العموم في حديث تحريم بيع التمر بالتمر دون تساو وتقابض في المجلس.

أما الأبياري[3] فيعترض صراحة على توسُّع ابن العربي في تعريفه للاستحسان، ويشكّك في كون ذلك التعريف يمثّل حقّا المذهب المالكي، فيقول: "الذي يظهر من مذهب مالك القولُ ب الاستحسان لا على المعنى السابق (أي تعريف ابن العربي له) بل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي، فهو يقدِّم الاستدلال المُرسَل على القياس"[4].

وما ذهب إليه الأبياري يتفّق مع تعريف ابن رشد الذي يعرفه بقوله: "الاستحسان الذي يكثر سماعه، حتى يكون أغلب من القياس، هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم فيختص به ذلك الموضع"[5].

وهو النهج نفسه الذي سار عليه الشاطبي، حيث عرفه بأنه "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي. ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"[1]،وذلك حين يكون إجراء القياس بشكل مطلق

(1) **أخرجه مسلم**، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، برقم: 1587، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)**، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، دت، ج3، ص1211.

(2) **أخرجه الامام مالك**، كتاب البيوع في التجارات والسلم ، باب بيع العرايا، برقم: 758، ص267.

(3)الأبياري: هو شمس الدين أبو الحسن على بن إسماعيل، بن على بن عطية أبو الحسن الصنهاجي الأبياري المالكي، توفي عام 616ه/1219م. أنظر: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، سالم مخلوف، ج1، ص239.

(4) **مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية**، محمد أبو زهرة، ص357.

(5) **مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية**، المرجع نفسه، ص354.

يؤدي إلى إيقاع حرج ومشقة بالمكلَّف[2]، فيقيّد ذلك القياس بما يرفع المشقة والحرج عن المكلَّف كما هي عادة الشرع في أحكامه.

و لم يجعل الشاطبي الاستحسان أكثر من "قاعدة"[3]من القواعد التي يراعيها المجتهد في إعمال النصوص الشرعية وإجراء الأقيسة، وأدخلها ضمن باب "النظر في مآلات الأفعال"[4].

الاتجاه الثالث.

لم يحتفل أصحابه بموضوع الاستحسان سواء بإهمال ذكره كلية ضمن مباحث أصول الفقه، أو بالتصريح بأنه مجرّد تعبير من التعبيرات المستعملة في مباحث الفقه.

فمن الذين أهملوا ذكره كلية ضمن أصول المذهب المالكي: ابن القصار الذي حصر أدلة مالك في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والاستدلالات منها، والقياس عليها، و لم يورد ذكرا للاستحسان و لم ينسبه إلى مالك[5]. وكذلك الشأن عند القاضي عبد الوهاب[6] البغدادي، حيث حدّد الأدلة المعتبرة في المذهب في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وعمل أهل المدينة[7]، بل نُقِل عنه الإنكار الصريح لصحّة نسبة القول ب الاستحسان إلى الإمام مالك كما سبق بيانه. وكذلك القاضي عياض في كتابه ترتيب المدارك لَمَّا كان بصدد تعداد مصادر الإمام مالك، حيث حصرها في: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس[8].

ومن الذين صرّحوا بأنه لا يُعدّ من أصول المذهب، وأنه مجرّد تعبير تواضع عليه بعض أهل الفقه، أبو الوليد الباجي الذي لم يُدخله ضمن الأدلة الشرعية لا الأصليّة ولا التّبعيّة، وإنما رآه مجرّد تعبير، حيث يعلق على ما ذكر في بعض كتب المالكية من القول بالبناء في مَن قطع صلاته بالرعاف للرواية الواردة في ذلك، وهو ما

=

(1) **الموافقات**، الشاطبي، ج4، ص148.

(2) **الموافقات**، المرجع نفسه، ج4، ص149.

(3) **الموافقات**، المرجع نفسه، ج4، س149.

(4) **الموافقات**، المرجع نفسه، ج4، ص149.

(5) **المقدمة في الأصول**، ابن القصار، 40.

(6) القاضي عبد الوهاب: عبد الوهاب بن نصر القاضي أبو محمد البغدادي المالكي شيخ المالكية صنف في المذهب كتاب التلقين، وهو من أجود المختصرات، وله كتاب المعرفة في شرح الرسالة، توفي بمصر سنة 422ه. **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ابن فرحون، ج2، ص26.

(7) **المقدمة في الأصول**، لابن القصار، ص248.

(8) **ترتيب المدارك وتقريب المسالك**، القاضي عياض، ج1، ص93.

اعتبروه استحسانا بالعدول عن القياس، فيقول: "وهذا الذي ذهب إليه (النص الوارد في الرعاف) هو الدليل، وإن كان يسميه استحسانا على سبيل المواضعة، ولا يمتنع ذلك في حق أهل كل صناعة"[1].

ويذهب الباجي خطوة أبعد من عدّ الاستحسان مجرد مواضعة، ليهدم أساسا من الأسس التي بُنيّ عليها هذا الاصطلاح، وهو كونه عدولا عن الأصل، حيث يرى أن القول في الرعاف بالبناء ليس تخصيصا للأصل الذي بُنِيّ عليه القول بالاستئناف، وإنما النص الوارد في البناء بسبب الرعاف أثبت أصلا آخر مستقلا بنفسه؛ فليس هناك استثناء ولا ما يمكن أن يوصف بأنه استحسان[2]. وهذه إشارة إلى عدم موافقة الباجي على فكرة كون بعض النصوص أصولا والبعض الآخر مخالفا للأصول، بل كلّ نص شرعي ثبتت صحته يعدّ أصلا في حدّ ذاته فيما يشمله من المسائل، وليس استثناء من أصل آخر ولا معارضا له، وهو الرأي الذي يذهب إليه ابن حزم[3] في كتابه الإحكام[4].

المطلب الثالث: الترجيح.

الراجح أن الإمام مالك –رحمه الله –كان يعتمد الاستحسان في اجتهاده، ويدل على ذلك ما يلي:

أولا–نص الإمام مالك نفسه بأن الاستحسان تسعة اعشار العلم: ورغم ان الإمام ابن حزم –رحمه الله– يرفض الاستحسان ، إلا انه روى هذا الأثر عن مالك بسند جيد[5]. وقال الإمام الشاطبي –رحمه الله –معلقا على هذا الأثر: "وهذا الكلام لا يمكن ان يكون بالمعنى الذي تقدم قبل، وانه ما يستحسنه المجتهد بعقله، او انه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه، فإن مثل هذا لا يكون تسعة اعشار العلم، ولا اغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة"[6]. وقال القاضي ابو يعلى[1] –رحمه الله –: "وكتب مالك بن انس مشحونة بذكر الاستحسان في المسائل ". وقال الإمام ابن تيمية –رحمه الله –: "وكتب مالك مشحونة بالإستحسان"[2].

---

(1) **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، أبو الوليد الباجي، حققه وقدم له ووضع فهارسه: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي. بيروت. الطبعة الثانية، 1415ه/1995م، ج2، ص693.

(2)**إحكام الفصول في أحكام الأصول**، المرجع نفسه، 2/693-694.

(3) هو أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي، من أصحاب الظاهر. برع في الفقه والأصول والحديث والكلام والأدب، كان مجتهدا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، وينتقد العلماء والفقهاء كثيرة وبلسان حاد مما دعاهم إلى التحامل عليه والتحذير منه، توفي سنة 456 في الأندلس. من مؤلفاته: المحلي في الفقه، الإحكام في أصول الأحكام، والنبيذ في أصول الفقه وغيرها. أنظر: **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، ابن خلكان، ج3، ص325.

(4) يرفض ابن حزم وجود فكرة الأصول والفروع في الدين، ويرى أن أحكام الدين كلها أصول، فكل ما ورد النص عليه في القرآن أو في السنة الثابتة يعدّ بنفسه أصلا مستقلا وليس استثناء من غيره، ومن ثم فإن عدم اعتبار بعض النصوص الثابتة بحجة مخالفتها للأصول والقواعد العامة فكرة مرفوضة عنده. أنظر: **الإحكام في أصول الأحكام**، ابن حزم، ج2، ص516.

(5) **الإحكام في أصول الأحكام**، المرجع نفسه، ج6، ص16.

(6) **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص638.

ثانيا–إنه بالنظر إلى من نسب الاستحسان إلى الإمام مالك ومن نفاه عنه، تبين لنا أن ممن نسبه: ابن القاسم وأشهب ومن تلامذة التلاميذ: أصبغ، ثم ابن المواز، وهم أعلى رتبة في المذهب ممن نفاه، فابن القاسم وأشهب تلامذة الإمام مالك، وتلقيا عنه مباشرة، وهما أفهم لمراد الإمام من غيرهما. وقد نص ابن القاسم – رحمه الله – على الاستحسان الذي هو بخلاف القياس، وذلك في جواز مالك الوصية من الأم في القليل دون غيرها، فقال ما نصه: "إنما استحسن مالك في الأم، وليست الأم كغيرها من هؤلاء، ولأن الأم والدة وليست كغيرها وهو مالها، وهذا ليس بماله الذي يوصي به لغيره، وما هو بالقياس، ولكنه إستحسان ألا ترى ان الأم تعتصر ما وهبت لابنها او ابنتها وتكون بمنزلة الأب، والجد والأخ لا يعتصران، فهذا يدلك –ايضا –على الفرق بينهما"[3].

ثالثا–إن بعض الأقوال التي تنفي نسبة الاستحسان إلى الإمام مالك لم تدون في كتب المالكية، وإنما جاءت في كتب غير المذهب: فيلاحظ ان راي القاضي عبد الوهاب المالكي –رحمه الله –نقل في غير كتب المالكية، كما أنه قال: "ليس بمنصوص عن مالك إلا ان كتب المالكية مملوءة من ذكره والقول به، ونص عليه ابن القاسم وأشهب وغيرهما"[4] ، فهو ينفي ان يكون الإمام مالك قد نص عليه، وعدم النص ليس بلازم للنفي، فلم ينص الصحابة –رضوان الله عليهم –على أصول وقواعد الفقه، لكن نسبتها إليهم معلومة. وأما إنكار القرطبي[5] –رحمه الله – إنما جاء بعد نسبة إمام الحرمين الاستحسان إلى الإمام مالك، "فلعل إنكاره كان على أساس أن الاستحسان عند إمام الحرمين هو: ترك الدليل من غير حجة، ومالك لا يقول بهذا النوع

=

(1)أبو يعلى: (494ه–560ه/1101م–1165م) هو محمد بن الحسين خلف بن أحمد بن الفراء، أبو يعلى الصغير عماد الدين، فقيه، أصولي، محدث، ولد لثمان عشر من شعبان، سمع الحديث وأفي، ودرس و ناظر، وولي القضاء باب الأزج ، ثم بواسط وعزل، عاد إلى بغداد وتوفي بها في 5 جمادى الأولى، من تصانيفه: التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف، النكت، وشرح المذهب، والإشارات في المسائل المفردات. أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج3، ص678.

(2) **المسودة في أصول الفقه**، آل تيمية ، بدأ بتصنيفها الجد: مجد الدين عبد السلام بن تيمية ، وأضاف إليها الأب : عبد الحليم بن تيمية ، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي. (دط، دت)، ص:452.

(3) **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج4، ص291. يجوز الامام مالك –رحمه الله –للأم أن تجعل وصيا على مال ابنها، على أن يكون المال الموصي به قليلا كستين دينارا، وألا يكون للصغير ولي ولا وصي، وأن يكون المال الموصي به موروثا عنها، وليس ذلك لغير الأم من الأقارب، كالأخ والجد، وذلك مثل جواز اعتصارها الهبة أي رجوعها فيها. قال ابن رشد: "وأن للأم –أيضا –أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا" أنظر: **شرح الدردير مع حاشية الدسوقي**، الدسوقي ، 4ج ، ص452،

(4) **المسودة في أصول الفقه**، آل تيمية، ص 451.

(5) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح– بفتح الفاء وسكون الراء– الأنصاري القرطبي ، فقيه مالكي مغربي ومحدث، له تصانيف كثيرة أشهرها: "الجامع لأحكام القرآن" أجاد فيه في بيان واستنباط الأحكام وإثبات القراءات والناسخ والمنسوخ والإعراب، وله "شرح أسماء الله الحسنى"، "التذكرة في أحوال الموتى وأمور الأخرة"، و"التقصي"، توفي سنة 671ه. انظر : **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، ابن سالم مخلوف ج1، ص282.

من الاستحسان ، ولا أحد من أصحابه"[1]. و لم يصرح ابن الحاجب – رحمه الله –بإنكار مالك للاستحسان، بل لم ينص صراحة على موقف الإمام منه، وقد نقل عن الشافعي[2] قوله: لا ينسب لساكت قول[3]. والإمام القرافي –رحمه الله – وإن نسبه إلى بعض مالكية البصرة، وأنكره المالكية العراقيون، لكنه سكت عن موقف الإمام منه، فليس في قوله دلالة على قول الإمام به او تركه.

والمدرسة المالكية العراقية إن نسب إليها إنكار الاستحسان، فإنه قد أثبته واحد من كبار المدرسة العراقية وهو ابن خويز منداد البصري –رحمه الله –، وقد نافح عن الاستحسان وابان عنه كثيرا من الغموض، وشرحه مفصلا. قال الباجي – رحمه الله –: "ذكر محمد بن خويز منداد معنى الاستحسان الذي ذهب إليه اصحاب مالك: هو القول بأقوى الدليلين "[4].يعني نسبته إلى الأصحاب لا إلى الإمام مالك. وفي هذا القول: تصريح باعتبار الاستحسان في المذهب، ولكن الاختلاف في تعريفه، وكما هو معلوم ان الاستحسان له عدة معان.

رابعا–إن مما دعا بعضهم إلى إنكار الاستحسان هو: عدم وضوح معناه في بادئ الأمر، وهذا ما عناه ابن العربي المالكي –رحمه الله –حين قال: "وأما اصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد المعارضة يبده إلى الوجود، وقد تتبعناه في مذهبنا والفيناه –ايضا –منقسما اقساما، فمنه: ترك الدليل للمصلحة، ومنه: ترك الدليل للعرف، ومنه: ترك الدليل لإجماع اهل المدينة، ومنه: ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق "[5].

وتنبه الطاهر ابن عاشور[6]–رحمه الله –إلى المعنى ذاته، فقال: "وعندي انهم لو شرحوا مرادهم –ولو بتأويل– لما احوجوا الشافعي إلى هذا القيل "[7]. يضاف إلى هذا ان الاستحسان "يعد من ادق مسالك الاستدلال والاحتجاج لوقوعه بين ادلة متعارضة متدافعة، مما ادى القائلين به إلى الاختلاف في مفهومه فدقة

(1) **الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي**، د. حاتم باي، طبع مجلة الوعي الإسلامي، بالكويت، 1432ه/2011م، ص305.

(2) محمد الشافعي (150/204 هـ) (767/ 819 م) محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان ابن شافع القرشي، المطلبي، الشافعي، الحجازي، المكي، (أبو عبد الله) أحد الائمة الاربعة عند أهل السنة وإليه تنسب الشافعية. ولد بغزة بفلسطين، وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين فنشأ بها وبمدينة الرسول صلى الله عليه وسلم، وقدم بغداد مرتين وحدث بها، وخرج إلى مصر فنزلها إلى حين وفاته، ودفن بها آخر يوم من رجب.
من تصانيفه الكثيرة: المسند في الحديث، أحكام القرآن، اختلاف الحديث، اثبات النبوة والرد على البراهمة، والمبسوط في الفقه رواه عنه الربيع بن سليمان والزعفراني. أنظر: **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، ج9، ص32.

(3) **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع**، حسن بن محمد العطار، دار الكتب العلمية، دط، دت، ج2، ص223.

(4) **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، أبي الوليد الباجي، ج2، ص693.

(5) **المحصول في اصول الفقه**، ابو بكر بن العربي، ص132.

(6) هو محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، رئيس المفتين المالكيين وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس، ولد سنة 1879م، وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة، له مصنفات مطبوعة، من أشهرها "مقاصد الشريعة الإسلامية" و"التحرير والتنوير" في تفسير القرآن، و"أصول الإنشاء والخطابة" و"موجز البلاغة" توفي سنة 1973م. أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج6، ص174.

(7) **حاشية التوضيح والتصحيح المشكلات كتاب التنقيح**، محمد الطاهر ابن عاشور، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، 1399ه، ج2، ص229.

معناه وخفاؤه في ذاته كان من أجلى اسباب هذا الاضطراب فالآخذ بـــالإستحسان هو اخذ بدقيق العلم، ولطيف المعنى. والمعاني الدقيقة والمسالك الخفية يعسر إبرازها في حدود لفظية "[1].

خامسا–إن بعض الباحثين الذين بنوا بحثهم على نفي الاستحسان عن الإمام مالك –رحمه الله –ذكروا ما يدل على ان الاستحسان معتبر عند الإمام مالك، ومما نقل: ان الإمام مالك –رحمه الله –ذكر مصطلح الاستحسان في المدونة الكبرى في موضعين، ولفظ "استحسن" في تسعة مواضع، ولفظ: "استحسان" في ثلاثة مواضع، ولفظ "استحسنت" في ستة مواضع.

وعن المعاني التي حملها "الاستحسان" في المدونة، منها: استعمال الإمام مالك الاستحسان في مقابلة القياس، إما بمعنى استثناء جزئية من قاعدة، او نص يتصفان بالعموم، او بمعنى العدول عن القياس في مسألة يكون القياس فيها غير متوافق مع مقاصد الشارع، وقد ورد هذا الاستعمال في ثمانية مواضع.. وهذا هو أحد اهم معاني الاستحسان واستعمالاته الاجتهادية، وهو يثبت اعتباره عند الإمام مالك. كما ذكر الباحث من الأغراض التي تناولها الاستحسان: انه إما التخفيف على الناس ومراعاة مصالحهم، وقد ورد ذلك في عشرة مواضع، واما تفضيل فعل الشيء من باب الاحتياط، وقد ورد في ستة مواضع. فهذه ستة عشر موضعا ذكرها من ينكر نسبة الاستحسان إلى الإمام مالك نص على انه استعملها فيما يعرف باستحسان المصلحة، او الاستحسان من باب الاحتياط. ونحن مع الباحث في انه ليس كل ما ذكر في المدونة من لفظ الاستحسان ومشتقاته انه استعمل في المعنى الاصطلاحي، لكن هذا لا يعني المعنى الاصطلاحي بالكلية، بل استعمل بالمعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي. ولعل من نفى الاستحسان عن مالك اراد بذلك تلك المعاني التي صاغها بعضهم باعتباره نوعا من التشهي، او القول بالراي، او انه دليل ينقدح في ذهن المجتهد، وكل هذه المعاني منفية –قطعا–عن ان يقول بها الإمام مالك رحمه الله. ويؤيد هذا قول الإمام الشاطبي معلقا على قول مالك: "الاستحسان تسعة اعشار العلم ": "وهذا الكلام لا يمكن ان يكون بالمعنى الذي تقدم قبل، وانه ما يستحسنه المجتهد بعقله، او انه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه، فإن مثل هذا لا يكون تسعة اعشار العلم، ولا اغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة "[2].

سادسا–إن الاستدلال بأن من اعتنى بذكر اصول مالك لم يذكر الاستحسان على انه أصل من اصوله، فيجاب عنه انه ليس بلازم ان يكون ذكر الأصول على جهة الشمول والكمال، فكم من إمام في المذهب عد اصول إمام مذهبه، و لم يذكرها بالكلية، كما هو الحال –مثلا–عند الإمام ابن القيم[3]، فقد عد اصول الإمام

(1) **الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي**، د. حاتم باي، ص:242.

(2) **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص638.

(3) ابن القيم هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي، الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي، المعروف بابن القيم الجوزية =

أحمد ابن حنبل[1] خمسة، وهي أكثر عند التحقيق. كما انه يجب التفريق بين كون الاستحسان حجة، وبين كونه دليلا مستقلا، فبعض الأئمة كالشاطبي يرى الاستحسان حجة الاستحسان عند مالك، لكنه لا يراه دليلا مستقلا، فهو اشبه بطريقة للاستدلال، ومن هنا ادخل –فيما بعد في الأدلة، قال الشاطبي: "الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومألاتها"[2]

=

الحنبلي، ولد سنة 691ه وتوفي سنة 751ه، له من التصانيف: أعلام الموقعين عند رب العالمين، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، كتاب القضاء والقدر، كتاب الكبائر، الكلم الطيب والعمل الصالح، معاني الأدوات والحروف. أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج6، ص56.

(1) الإمام ابن حنبل (241 – 164)هـ = 780 - 855 م، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، ، الشيباني الوائلي: إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة. أصله من مرو، وكان أبوه والي سرخس. وولد ببغداد. فنشأ منكبا على طلب العلم، وسافر في سبيله أسفارا كبيرة إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام والثغور والمغرب والجزائر والعراقين وفارس وخراسان والجبال والأطراف. وصنف (المسند – ط) ستة مجلدات، يحتوي على ثلاثين ألف حديث. وله كتب في (التاريخ) و (الناسخ والمنسوخ) و (الرد على الزنادقة فيما ادعت به من متشابه القرآن) و (التفسير) و (فضائل الصحابة) و (المناسك) و (الأشربة) و (المسائل) و (العلل والرجال) في أياصوفية (الرقم 338). وفي أيامه دعا المأمون إلى القول بخلق القرآن ومات قبل أن يناظر ابن حنبل، وتولى المعتصم فسجن ابن حنبل ثمانية وعشرين شهرا لامتناعه عن القول بخلق القرآن، وأطلق سنة 220 هـ ولم يصبه شر في زمن الواثق بالله – بعد المعتصم – ولما توفي الواثق وولي أخوه المتوكل ابن المعتصم أكرم الإمام ابن حنبل وقدمه، ومكث مدة لا يولي أحدا إلا بمشورته، وتوفي الإمام وهو على تقدمه عند المتوكل. **الأعلام**، خير الدين الزركلي، الأعلام، ج1، ص204.

(2) **الموافقات**، الشاطبي، ج5، ص199

الفصل الثاني: أثر الاستحسان في بعض التطبيقات الفقهية.

- المبحث الأول: أثر الاستحسان في باب العبادات.
- المبحث الثاني: أثر الاستحسان في باب المعاملات.
- المبحث الثالث: أثر الاستحسان في باب الأحوال الشخصية.
- المبحث الرابع: أثر الاستحسان في باب الجنايات والحدود.

تمهيد:

تقدم في الفصل السابق الحديث عن الاستحسان عند المالكية، مفهومه وأنواعه، ونظرتهم إلى الاستحسان في اعتباره دليلا شرعيا يلحق الأدلة الأصلية النصية، وخاصة في مجال التطبيق والتنزيل على الواقع.

وفي هذا الفصل نتناول جانبا تطبيقيا للاستحسان، من خلال أمثلة من نتاج الإمام مالك نفسه أو حتى من أئمة المذهب الذين خدموا المذهب من بعده.

لذا جاء هذا الفصل في أربعة مباحث في مجال العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية وكذا مجال الجنايات والحدود.

المبحث الأول: : أثر الاستحسان في باب العبادات.

- المطلب الأول: مسألة جواز القراءة القليلة للحائض.
- المطلب الثاني: مسألة النية بالصيام مقارنة للفجر.
- المطلب الثالث: مسألة أداء زكاة الفطر قبل الغدو إلى المصلى.

يعد باب العبادات من أهم الأبواب الفقهية إذ تعتمد أحكامه على مختلف الأدلة، وبما أن الاستحسان إحدى هذه الأصول كان لزاما أن تنبني عليه أحكام فقهية راجعة إليه.

لذا خصصنا هذا المبحث لبيان بعض الآثار الفقهية المترتبة على الاستحسان في باب العبادات.

المطلب الأول: مسألة جواز القراءة القليلة[1] للحائض.

الفرع الأول: صورة المسألة.

للحائض أن تقرأ الآيات اليسيرة عند بعض المالكية، كالباجي وابن عرفة استحسانا، وبذلك يكونون قد خالفوا الآخرين من أصحاب المذهب والذين قالوا بجواز ذلك مطلقا لليسير وللكثير، وخالفوا أيضا جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنبلية في منع الحائض من ذلك.

جاء في بداية المجتهد: "وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب، وقوم فرقوا بينهما، فأجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا؛ لطول مقامها حائضا، وهو مذهب مالك"[2].

وقال صاحب التاج في المرأة إذا أصابتها الحيضة وهي جنب: "...قال ابن رشد: الصواب أن لها أن تقرأ القرآن وإن لم تغتسل الجنابة لأن حكم الجنابة مرتفع مع الحيض، قال ابن عرفة: توقف بعضهم في قراءة أية الدين لطولها ونقل الباجي: "تقرأ الجنب اليسير ولا حد فيه تعوذا وتبركا"[3].

الفرع الثاني: وجه الاستحسان ونوعه.

القياس أن القراءة القليلة ممنوعة على الحائض كما القراءة الكثيرة ، بنص قول النبي ﷺ له: «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن»[4].

لكن هناك ضرورة طارئة وهي: أنها غير قادرة على رفع حدثها وتطول مدتها، فكانت معذورة بذلك للمشقة التي تلحقها كالمحدث. وهذا وجه الاستحسان.

ولهذا جاء في التاج والإكليل: "قال مالك: فأما الحائض فلها أن تقرأ لأنها لا تملك وضرورة الحائض تجيز لها القراءة ، كنسي لما حفظته، أو كانت معلمة أو متعلمة، لأن عذرها ليس بيدها، أما الجنب فطهارته بيده. طهرها"[1].

---

(1) المراد بالقليلة: ما الشأن أن يتعوذ بها كآية الكرسي والإخلاص ، أو لأجل رقيا للنفس أو الغير من ألم أو عين، أو لأجل استدلال على حكم نحو: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]. أنظر: **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، الصاوي، ج1، ص177.

(2) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ابن رشد، ج1، ص55.

(3) **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المواق، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416ه/1994، ص463.

(4) **أخرجه الترمذي**، كتاب الطهارة، باب ما جاء في الجنب والحائض أنهما لا يقران القرآن، برقم:131، 1ج، ص236.

نوعه.

ويقع هذا النوع من الاستحسان تحت إستحسان مستنده الضرورة.

الفرع الثالث: آراء العلماء في المسألة.

اختلف الفقهاء في حكم قراءة الحائض للقرآن:

- فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى حرمة قراءتها للقرآن(2).

ودليلهم قول النبي ﷺ: «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن»(3).

- ثم قال الحنفية: فإن لم تقصد القراءة بل قصدت الثناء أو الذكر فلا بأس به، و أجازوا للمعلمة الحائض تعليم القرآن كلمة كلمة، وذلك بأن تقطع بين كل كلمتين، لأنها لا تعد بالكلمة قارئة ، كما أجازوا للحائض أن تتهجى بالقرآن حرفا حرفا، أو كلمة كلمة مع القطع، من غير كراهة.
- وقال الشافعية: بجواز إجراء القرآن على قلبها من غير تحريك اللسان، وجواز النظر في المصحف، وامرار ما فيه في القلب، وكذا تحريك لسانها وهمسها بحيث لا تسمع نفسها، لأنها ليست بقراءة قرآن. ويجوز لها قراءة ما نسخت تلاوته.
- وقال الحنابلة: أنه يحرم عليها قراءة آية فصاعدا، ولا يحرم عليها قراءة بعض الأيات لأنه لا إعجاز فيه، وذلك ما لم تكن طويلة، كما لا يحرم عليها تكرير بعض الأيات ما لم تتحيل على القراءة فتحرم عليها. ولها تهجية أي القرآن لأنه ليس بقراءة له، ولها التفكر فيه وتحريك شفتيها به ما لم تبين الحروف، ولها قراءة أبعاض أية متوالية، أو أيات سكتت بينها سكوتا طويلا. ولها قول ما وافق القرآن و لم تقصده.
- ذهب المالكية: إلى أن الحائض يجوز لها قراءة القرآن في حال استرسال الدم مطلقا، كانت جنبا أم لا، خافت النسيان أم لا، وأما إذا انقطع حيضها، فلا تجوز لها القراءة حتى تغتسل جنبا كانت أم لا، إلا أن تخاف النسيان(4).

الفرع الرابع: الترجيح.

اعتمد الجمهور على دليل السنة في منع الحائض من القراءة في حين أن المالكية لم يقدموا الدليل ، وبهذا يترجح ما ذهب إليه الجمهور ، ثم إذا قارنت بين بعض المالكية كالباجي وابن عرفة ، الذين قالوا بجواز ذلك في

=

(1) **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المواق، ج1، ص462.

(2) أنظر: **رد المحتار على الدر المختار**، محمد أمين بن عمر ابن عابدين، دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412ه/1992م، ج2، ص195.

(3) سبق تخريجه انظر ص 56.

(4) أنظر: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر الطبعة: دط، دت، ج1، ص174.

اليسير من القراءة ، وبين ما ذهب إليه الجمهور فلا اختلاف بينهما لأن الجمهور استثنوا حالات الضرورة كالمعلمة أو التي تقصد الدعاء والثناء أو التي تحرك شفتيها من غير صوت[1].

المطلب الثاني: مسألة النية بالصيام مقارنة للفجر.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اشتراط النية في الصيام (فرضا أو نفلا) محل وفاق بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا في وقت وجوبها، فقال مالك وابن عرفة واللخمي بجوازها مقارنة للفجر، لكنهم استحسنوا الإتيان بها قبل طلوع الفجر لمشقة تحرير الاقتران.

قال المواق: "قال مالك: لا يجزئه الصيام إلا بنية قبل طلوع الفجر، وقال ابن رشد: والأصح أن إيقاع النية مع الفجر مما يجزئ، وقال ابن عرفة: تبع ابن رشد اللخمي في هذا"[2].

وفي مواهب الجليل: "ويشترط في صحة الصوم أيضا أن تكون النية مبيتة[3] من الليل للحديث: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »[4]، ويصح أن يكون اقترانها مع الفجر"[5].

ونص القاضي عبد الوهاب: "على أنه يصح أن تكون النية مقارنة للفجر وعليه نبه بقوله: أو مع الفجر"[6].

الفرع الثاني: وجه الاستحسان ونوعه.

القياس أن تقارن النية أول العبادة كما في الصلاة، فهي تقارن تكبيرة الإحرام.

وقد نص على ذلك في مختصر خليل بقوله: "اقترانها مع الفجر؛ لأن الأصل في النية أن تكون مقارنة لأول العبادة، وإنما جوز الشرع تقديمها لمشقة تحرير الاقتران"[7].

---

(1) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، تحت إشراف: الدكتورة: هند الخولي، جامعة دمشق ، العام الدراسي 1436ه/2015م، ص 196.

(2) أنظر: **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المواق، ج3، ص336.

(3) قال مالك: والتبييت أن يطلع الفجر وهو عازم على الصيام. أنظر: . أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج2، ص418.

(4) **أخرجه الإمام أحمد**، في أقسام الحديث ،برقم:287/6، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد، وآخرون، د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421ه/2001م، ج1، ص99.

(5) **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج2، ص418.

(6) **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المرجع نفسه، ج6، ص246.

(7) **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، المرجع نفسه، ج2، ص418.

نوعه: وفي هذا النص وجه الاستحسان ، حيث عدل عن القياس لمشقة تحرير الاقتران، ونوعه إستحسان مستنده السنة.

الفرع الثالث: أقوال العلماء في المسألة.

النية عند المالكية والشافعية والحنبلية هي شرط في صوم الفرض، فلو قارنت الغروب أو الفجر أو شك، لم تصح[1].

وفي قول لأصحاب مالك، يصح لو قارنت الفجر، كما في تكبيرة الإحرام، لأن الأصل في النية المقارنة للمَنْوي[2].

وأدلتهم حديث ابن عمر عن حفصة رضي عنهم عن النبي ﷺ أنه قال: «من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له»[3] ولأن القضاء والكفارات، لا بد لها من تبييت النية، فكذا كل صوم فرض معين.

ولا تجزئ بعد الفجر ويجزئ مع طلوع الفجر إن اتفق ذلك وكلام القرافي وآخرين يفيد أن الأصل كونها مقارنة الفجر، ورخص تقدمها عليه للمشقة في مقارنتها له[4].

والحنفية لم يشترطوا التبييت في رمضان [5].

وأجازوا النية بعد الفجر دفعا للحرج أيضاً، حتى الضحوة الكبرى[6].

واستدلوا بما ورد في الحديث: «أن النبي أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار: من أصبح مفطر، يتم تقي يومه، ومن أصبح صائما فليصم»[7] و وكان صوم عاشوراء واجبة، ثم نسخ بفرض رمضان.

الفرع الرابع: الترجيح.

مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية والشافعية والحنابلة: أنه يشترط في صحة الصوم مطلقا، فرضا أو نفلا – نية مبيتة، وقال الحنفية بجواز ذلك حتى من دون تبييت، فهي جائزة إلى غروب الشمس.

---

(1) أنظر: **تحفة الفقهاء**، محمد بن أحمد بن علاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان الطبعة: الثانية، 1414ه/1994م، ج1، ص347.

(2) أنظر: **شرح الدردير مع حاشية الدسوقي**، الدسوقي، ج1، ص520 و 521.

(3) **أخرجه الترمذي**، كتاب الصوم، باب لا صيام لمن لم يعزم من الليل، برقم:730، ج3، ص99.

(4) **المغني**، أبو محمد موفق الدين بن قدامة، مكتبة القاهرة، دط،1388ه/1968م ، ج3، ص22-23.

(5) **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، ج2، ص85.

(6) وهي: نصف النهار الشرعي، وهو من وقت طلوع الفجر إلى غروب الشمس. **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، ج2، ص377.

(7) **أخرجه البخاري**، كتاب الصوم، باب صوم الصبيان، برقم:1960،ج3، ص37.

وقال بعض أصحاب مالك، كما رأينا، أن النية مقترنة بطلوع الفجر واستحسنوا أن تكون قبل طلوع الفجر دفعا للمشقة، وعلى هذا نكون أمام إجماع على أن تكون النية سابقة أو لاحقة لطلوع الفجر ، واذا رجحت بين من قال النية سابقا والنية لاحقا، فالقول قول الجمهور عدا الحنفية في أن النية قبل طلوع الفجر، والله أعلم[1].

المطلب الثالث: مسألة أداء زكاة الفطر قبل الغدو إلى المصلى.

الفرع الأول: صورة المسألة.

وقت أداء زكاة فطر متسع، فبعض الفقهاء قال يجوز أن تؤدي بعد الصلاة، وقال آخرون قبل الصلاة، واستحسنها البعض ومنهم المالكية بعد طلوع الفجر قبيل الصلاة.

وفي مواهب الجليل: "قال الشيخ أبو الحسن: قوله "قبل الغدو" إلى المصلي هو صفة الفعل ومحل الاستحباب إنما هو قبل الصلاة، فلو أدي قبل الصلاة بعد الغدو إلى المصلي فهو من المستحب"[2].

ونصها في الكافي: "ويستحب إخراجها قبل الغدو إلى صلاة العيد ولا يجوز إخراجها قبل يوم الفطر إلا بالمدة اليسيرة مثل اليوم واليومين ونحو ذلك والأفضل أن يخرجها يوم الفطر قبل الصلاة وبعدها ومن طلع له الفجر من يوم الفطر وليس له بعد قوت عياله ما يؤدي به زكاة الفطر فهو معسر، ولا زكاة عليه، فإن أيسر بها بعد لم تجب عليه ، وقد قيل إنها تجب على الغني والفقير ، ومعناه عندنا إذا قدر عليها الفقير كما وصفنا والله أعلم"[3]. وقال الحطاب"ويستحب أن تؤدي بعد الفجر من يوم الفطر قبل الغدو إلى المصلي فإن أداها بعد الصلاة فواسع"[4]. وقال نحوه ابن الجلاب[5] في كتابه "التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس".

الفرع الثاني: وجه الاستحسان ونوعه.

إن في إخراج زكاة الفطر بعد صلاة العيد أو قبل يوم الفطر بأكثر من يوم أو يومين خروجا عن وقت الوجوب، وذلك غير جائز، وكان أهل المدينة يدفعون بها قبل يوم أو يومين إلى رجل يحفظها ويحرسها وتجمع عنده إلى يوم العيد ، فيخرجها قبل صلاة العيد، وفي ذلك منفعة للفقراء ، وهو وجه الاستحسان؛ لأن في

(1) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 189.

(2) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج2، ص373.

(3) **الكافي في فقه أهل المدينة**، أبو عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400ه/1980م، ج1، ص321.

(4) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج2، ص273.

(5) هو أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب ، فقيه، من أفقه المالكية في زمانه بعد الأبهري وما خلف بغداد في المذهب مثله توفي سنة 378ه، من تصانيفه: "كتاب مسائل الخلاف "، و "كتاب التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس 5387. أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج4، ص193.

إخراجها بعد الفطر فوات المعنى المقصود، وهو إغناء الفقراء عن الطلب في يوم السرور، فلو أخرها بلا عذر عصى، وقضى لخروج الوقت.

نوعه: وهذا الاستحسان مستنده السنة.

الفرع الثالث: آراء العلماء في المسألة.

ذهب جمهور الحنفية إلى أن وقت وجوب أداء زكاة الفطر موسع، لأن الأمر بأدائها غير مقيد بوقت، كالزكاة، فهي تجب في مطلق الوقت وانما يتعين بتعينه، ففي أي وقت أدي كان مؤديا لا قاضيا(1).

غير أن المستحب إخراجها قبل الذهاب إلى المصلي ، لقوله: «أغنوهم في هذا اليوم»(2) أي يوم الفطر.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والحسن بن زياد من الحنفية إلى أن وقت وجوبها مضيق كالأضحية، فمن أداها بعد يوم العيد بدون عذر كان آثما(3). لما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بزكاة الفطر، أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة»(4) دل الحديث على أن أداءها الذي ندب إليه الشارع هو قبل الخروج إلى مصلى العيد، فعلم أن وقت وجوبها هو يوم الفطر، ولأن تسميتها صدقة الفطر، تدل على أن وجوبها بطلوع فجر يوم الفطر؛ لأن الفطر إنما يكون بطلوع فجر ذلك اليوم، أما قبله ليس بفطر؛ لأنه في كل ليلة من ليالي رمضان يصوم ويفطر، فيعتبر مفطرا من صومه بطلوع ذلك اليوم.

واتفق جميع الفقهاء على أنها لا تسقط بخروج وقتها؛ لأنها وجبت في ذمته لمن هي له، وهم مستحقوها، لقول ابن عباس ﷺ: «زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين , من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة , ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات»(5).

فهي دين لهم لا يسقط إلا بالأداء؛ لأنها حق للعبد، أما حق الله في التأخير عن وقتها فلا يجبر إلا بالاستغفار والندامة.

الفرع الرابع: الترجيح.

مما تقدم نجد أننا أمام فريقين على العموم، فريق الحنفية الذين قالوا بأن الوقت مطلق في إخراج زكاة الفطر، للمزكي أن يخرجها قبل الصلاة أو بعدها، وفريق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) ، قالوا بأنها

(1) أنظر: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ابن رشد، ج1، ص144.

(2) **أخرجه الدارقطني**، كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر، برقم:2133، **سنن الدارقطني**، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان،الطبعة: الأولى، 1424ه/2004م، ج3، ص89.

(3) **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية ،دط، دت، ج2، ص297.

(4) **أخرجه مسلم**، كتاب الزكاة، باب الأمر بإخراج زكاة الفطر قبل الصلاة، برقم: 986، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)**، ج6، ص276

(5) **أخرجه الدارقطني**، كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر، برقم:2067، ج3، ص61.

تخرج قبل الصلاة، ومن أخرجها بعد الصلاة فهو آثم، وفي هذا القول وجاهته لأمرين، لحديث ابن عمر السابق، ولأن في إخراجها بعد الصلاة أو بعد الفطر تفويت على الفقراء فرحتهم. وهو الراجح والله أعلم[1].

(1) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 210.

المبحث الثاني: : أثر الاستحسان في باب المعاملات

- المطلب الأول: مسألة بيع الدرهم الناقص بالدرهم الوازن.
- المطلب الثاني: مسألة تضمين الصناع.
- المطلب الثالث: مسألة ثبوت الشفعة في أنقاض أرض الحبس والعارية.

تمهيد:

لا تكاد تخلو حياة المسلم اليومية من علاقة بإخوانه المسلمين في إطار المعاملات، وغالبا ما تكون هذه المعاملات التي لا دليلا من الأدلة المتفق عليها، فنضطر حينئذ إلى الأدلة التبعية ومنها الاستحسان لبيان الدليل اللازم للمسائل المعروضة.

وعليه عقدنا هذا المبحث لعرض بعض المسائل المتعلقة بباب المعاملات والتي يكون مستندها الاستحسان.

المطلب الأول: مسألة بيع الدرهم الناقص[1] بالدرهم الوازن.

الفرع الأول: صورة المسألة.

القاعدة المقررة في بيع النقد بالنقد ما لم يكن مثلا بمثل وسواء بسواء هي المنع، لكن المالكية، ومنهم ابن القاسم واللخمي وأشهب جوزوا ذلك في الدرهم الناقص بالوازن، أي باليسير والقليل من قبيل الاستحسان.

وفي المدونة، قال ابن القاسم: "قلت: أرأيت لو أني أتيت بدينار مرواني مما ضرب في زمان بني أمية وهو ناقص فأردت أن يبدله لي بهاشمي مما ضرب في زمان بني هاشم قال: إن كان بوزنه فلا بأس بذلك وإن كان الهاشمي أنقص فلا بأس بذلك عندي أنا"[2] وفي التاج الإكليل، قال اللخمي: "إن الأزيد إذا كان أجود سكة فهو جائز وهذا هو قول ابن القاسم، وأما مالك فمنعه قالوا: لأن اجتماع النقص مع الرداءة بمنزلة ما نقص منه أكثر من سدسه. وقال اللخمي: يجوز بدل دينار طيب بدينه مغشوش بنحاس أو فضة إذا كانت السكة واحدة لأن ذلك مكارمة من صاحب الدينار الطيب،. وقال أشهب: في بيع درهم مغشوش بدرهم طيب: لا بأس به وإنما يشبه هذا البدل"[3].

الفرع الثاني: وجه الاستحسان ونوعه.

مقتضى القياس النهي عن هذا النوع من المعاملات لحديث أبي بكرة رضي ﷺ ، قال ، قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء» [4]

---

(1) هو : اسم من أسماء الدرهم العرفي في مكة والمدينة وأرض الحجاز، وهو المسمى بالقلة على وزن تمرة، وهو عن عشرة خرنوبة، كل خرنوبة أربع شعيرات. وهو ينقص عن الدرهم الشرعي (الوان) بست شعيرات. أنظر: **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، ج2، ص29.

(2) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج3، ص39.

(3) أنظر: **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المواق، ج6، ص178.

(4) **أخرجه البخاري**، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، برقم:2175، ج3، ص74.

ولكنهم استثنوا بيع الدرهم الناقص بالدرهم الوازن على سبيل الاستثناء تخفيفا وتيسيرا ورفعا للحرج والمشقة.

قال الشاطبي: "ووجه ذلك أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان عن المكلف"(1).

وهذا هو وجه الاستحسان.

نوعه: أما نوعه فهو إستحسان مستنده الضرورة ورفع الحرج.

الفرع الثالث: أقوال العلماء في المسألة.

- ذهب الحنفية إلى أن ما غلب ذهبه أو فضته حكمهما حكم الذهب والفضة الخالصين؛ وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع، فلا يصح بيع الخالص به، ولا بيع بعضه ببعض إلا متساوية وزنا(2).

وما غلب عليه الغش منهما ففي اعتبار الغالب؛ فصح بيعه بالخالص إن كان الخالص أكثر مما في المغشوش؛ ليكون قدره بمثله والزائد بالغش.

ويجوز كذلك صرفه بجنسه متفاضة وزنا وعددا بصرف الجنس لخلافه، أي: بأن يصرف فضة كل واحد منهما إلى غش الأخر، وذلك بشرط التقابض قبل الافتراق؛ لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين. وهذا النوع، أي: الغالب الغش لا يتعين بالتعيين إن راج، لثمنيته حينئذ، لأنه بالاصطلاح صار أثمانا.

- وذهب المالكية: إلى جواز بيع نقد مغشوش، كدنانير فيها فضة أو نحاس، أو دراهم فيها نحاس بمغشوش مثله مراطلة أو مبادلة. قال الحطاب: ظاهره ولو لم يتساو غشهما، وهو ظاهر كلام ابن رشد. وجاز بيع نقد مغشوش بخالص من الغش على القول الراجح(3).

ويشترط لجواز بيع المغشوش: أن يباع لمن يكسره ليصيغه حلية، أو لا يغش به بأن يدخره لعاقبة مثلا

- أما الشافعية فقالوا: الغش المخالط في الموزون ممنوع مطلقا، قليلا كان أم كثيرة؛ لأنه يظهر في الوزن ويمنع التماثل، فلا تباع فضة خالصة بمغشوشة، ولا فضة مغشوشة بفضة مغشوشة(4).

- وفصل الحنابلة في بيع الأثمان المغشوشة بمثلها بين ما يكون الغش فيه متساويا ومعلوم المقدار وما يكون الغش فيه غير متساو أو غير معلوم المقدار، فقالوا بجواز بيع المغشوش بمثله في الأول، وعدم جوازه في الثاني(5).

---

(1) **الاعتصام**، الشاطبي، ج2، ص642.
(2) أنظر: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، ج5، ص197.
(3) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج4، ص325.
(4) أنظر: **المجموع شرح المهذب**، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ،دار الفكر، دط، دت، ج10، ص397.
(5) أنظر: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، البهوتي، ج3، ص291-292.

الفرع الرابع: الترجيح.

بالنظر إلى أقوال الفقهاء نجد أن قول المالكية يقترب من قول الحنفية في فروق المبادلة بين النقدين المختلفين في الجنس، خلافا للشافعية والحنابلة، محتاطين بما جاء في الصحيح، من حديث أبي بكرة ﷺ المتقدم: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء» (1).

لكن المالكية نظروا إلى أن الزيادة تافهة واليسيرة، وأن النقد لا يخلو من الغش، وأن التعامل به ضرورة لا مفر منها، ووافقهم الحنفية في وجه، وكأنهم استثنوا اليسير من هذا الحديث، وفي ذلك رجحانا والله أعلم(2).

المطلب الثاني: مسألة تضمين الصناع(3).

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

أن يدفع ثوبه إلى قصار(4) ليغسله أو إلى خياط ليخيطه، ثم يضيع عنده، قبل أن يسلمه لصاحبه، فهل يضمن القصار أو الخياط ذلك؟.

المالكية يقولون بضمان ذلك استثناء من النصوص واستحسانا.

جاء في المدونة: "ضمان الصناع استحسانا، بعد أن شاع الفساد بينهم؛ لأنهم يختلون بما يصنعونه عن أعين أصحابها، وليس من شأنهم الاحتياط في حفظ ما يصنعون"(5).

قال النفراوي: "والصناع ضامنون لما غابوا عليه من مصنوعهم إذا أدعوا ضياعه أو تلفه سواء عملوه بأجر أو بغير أجر، صنعوه في الحوانيت أو البيوت، سواء تلف بصنعه أو غير صنعه"(6).

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

الأصل عدم ضمان الأجراء؛ لأنه أسقط عنهم الضمان، لكن المالكية والحنفية كذلك استثنوا منهم الصناع، وقالوا بضمانهم وعدم ائتمانهم استحسانا، وسبقهم إلى تضمينهم الخلفاء ﷺ فقضوا بتضمينهم و لم ينكر عليهم أحد ذلك؛ لما في ذلك من مراعاة المصلحة العامة؛ لأن غالب الناس يضطر إلى الاستصناع(7) لو

(1) سبق تخريجه ص 65.

(2) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 204.

(3) جمع صانع ، كالخياط والقزاز والكاتب. أنظر: **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، شهاب الدين النفراوي، ج2، ص117.

(4) قصر الثوب قصارة و قصره قصيرا كلاهما: حوره ودقه. والقصار والمقصر: المحور للثياب، لأنه يدقها بالقصيرة التي هي من الخشب. وحرفته القصارة. **لسان العرب**، ابن منظور، ج5، ص104.

(5) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج3، ص401.

(6) أنظر: **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، شهاب الدين النفراوي، ج2، ص118.

(7) الاستصناع: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص. أنظر: **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، ج5، ص223.

علم الصناع أنهم يصدقون في دعوى الضياع أو التلف أو رد المصنوع إلى ربه لتسارعوا إلى كل ما يدفع لهم ليصنعوه، فحكم هؤلاء العظماء بالضمان لتلك المصلحة.وهذا هو وجه الاستحسان.

نوعه: إستحسان سنده المصلحة.

الفقرة الثالثة: أراء العلماء في المسألة.

اختلف الفقهاء في تضمين الأجراء الصناع إلى ثلاثة أقوال:

- ذهب أبو حنيفة والحنابلة في الصحيح: إلى التفريق بين ما تلف بفعل الأجير المشترك وبين ما تلف بغير فعله، بحيث إذا كان التلف بفعله فإنه يكون ضامنة له، سواء أكان متعدية أم غير متعد، قاصداً أم مخطئاً. أما ما تلف بغير فعله، فلا يضمنه إن لم يكن منه تعد أو تفريط[1].
- قال المالكية: إن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، ولكن لما فسد الناس وظهرت خيانة الأجراء ضمن الصناع وكل من تقتضي المصلحة العامة تضمينه من الأجراء المشتركين حيث تقوم به التهمة[2].
- الشافعية في الأظهر، ومعهم الصاحبان من الحنفية ، قالوا: إن يد الأجير المشترك يد أمانة[3]

ولضمان الصانع شروط منها[4]:

- أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة.
- أن يغيب على الذات المصنوعة، لا إن صنعها ببيت ربها ولو بغير حضرته أو بحضرته، ولو في محل الصانع فلا ضمان.
- أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوبا أو حلية، فلا ضمان على معلم الأطفال إذا ادعى الأول هروب الولد والثاني هروب أو تلف الدابة.
- أن لا يكون في الصنعة تغرير، وإلا فلا ضمان، كنقش الفصوص وثقب اللؤلؤ وتقويم السيوف وحرق الخبز عند الفران وتلف الثوب في قدر الصباغ.
- أن لا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع فلا ضمان، وتسقط الأجرة عن رب المصنوع حيث لم يحصل منه تفريط في حفظه.
- أن لا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعة على الصفة المطلوبة ويتركه ربه اختيارة فيضيع، وإلا فلا ضمان حيث كان إحضاره بعد دفع الأجرة، لأنه صار كالوديعة، بخلاف ما لو أحضره على غير الصفة أو دعاه لأخذه من غير إحضار أو بقاء عنده حتى يقبض الأجرة ثم يدعي ضياعه بعد ذلك فإنه يضمنه.

---

(1) ينظر: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، البهوتي، ج4، ص24.

(2) ينظر: **شرح الدردير مع حاشية الدسوقي**، الدسوقي، 4، ص232.

(3) ينظر: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، ج4 ، ص210.

(4) أنظر: **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، شهاب الدين النفراوي، ج2، ص117.

الفقرة الرابعة: الترجيح.

باستقراء الشروط المتقدمة نجد أننا على التحقيق أمام فريقين في تضمين الصناع ، الأول هو جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية ، والثاني هم الشافعي وبعض أصحابه وصاحبا أبي حنيفة. الجمهور على تضمين الصناع لما روي عن الشعبي، «أن عليا، و شُرَيحًا ، كانا يضمنان الأجير»[1]، ولأن في تضمينه ضمان الأموال الناس. والأخرون بأن يد الصانع يد أمانة، لا يضمن إلا بالتقصير. ولما كان الفساد شائع بينهم؛ لأنهم يختلون بما يصنعونه عن أعين أصحابها، وليس من شأنهم الاحتياط في حفظ ما يصنعون، فكان الراجح قول الجمهور والله أعلم[2].

المطلب الثالث: مسألة ثبوت الشفعة في أنقاض أرض الحبس والعارية.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

إن أرضا وقفت على جماعة أو أعيرت لهم، فبنوا فيها، ثم أراد واحد منهم، أو وريثه أن يبيع نصيبه من البناء، فقول الإمام مالك: أن فيه الشفعة، وتكون لإخوته.

ونص المسألة، كما قال ابن القاسم: "قال: وسئل مالك عن قوم حبست عليهم دار فبنوا فيها، ثم إن أحدهم مات، فأراد بعض ورثة الميت أن يبيع نصيبه من ذلك البنيان، فقال إخوته: نحن نأخذه بالشفعة، أفترى في مثل هذا شفعة لهم؟ فقال مالك: ما الشفعة إلا في الدور والأرضين، وأن هذا الشيء ما سمعت فيه شيئا، وما أرى إذا نزل مثل هذا إلا ولهم في ذلك الشفعة، ونزلت بالمدينة فرأيت مالكا استحسن أن يجعل في مثل ذلك الشفعة"[3].

وقال ابن ناجي[4]:"وكذلك استحسن مالك الشفعة في نقض[5] الحبس[6]، قال: وإذا بني قوم في أرض حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من البناء، فلإخوته فيه الشفعة، وهو شيء استحسنه وما سمعت فيه شيئا"[7].

---

(1) **أخرجه عبد الرزاق الصنعاني**، كتاب البيوع، باب: ضمان الأجير الذي يعمل بيده،، برقم: (14950)، **المصنف**، أبو بكر عبد الرزاق بن همام، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند، الطبعة: الثانية، 1403ه، ج8، ص217.

(2) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 207.

(3) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج4 ، ص216.

(4) هو: قاسم بن عيسى بن ناجي شارح رسالة أبي زيد القيرواني في فقه مالك، الشيخ العالم الفقيه الحافظ الزاهد الورع القاضي، أخذ عن عدد من علماء القيروان ، من آثاره: شرح المدونة، الشافي في الفقه، زيادات على معالم الايمان، شرح رسالة بن ابي زيد القيرواني، ومشارق أنوار القلوب. توفي سنة 837ه/1434م. أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج8، ص110.

(5) النقض هو : اسم البناء المنقوض. ويراد هنا قيمته. أنظر: **تاج العروس من جواهر القاموس**،الزَّبيدي، ج18، ص88.

(6) الحبس هو: الوقف. ينظر **التعريفات**، الجرجاني، ص235.

(7) أنظر: **متن الرسالة**، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، دار الفكر، ص117.

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

أجاز مالك الشفعة في نقض الحبس، والقياس أن لا شفعة في ذلك، لأن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا لرقبة الأصل، وهذا الشرط غير متحقق في الأرض المحبسة، ولا الأرض العارية ، لأن الذين حبست عليهم الأرض ، أو الذين استعاروها لا يملكون غير منافعها.

قال ابن عبد البر: "ومن لا ملك له في رقبة الأصل فلا شفعة له، وإنما وردت السنة بالقضاء بها للشريك إن أحبها فإما أخذها لنفسه واما تركها"(1).

ووجه الاستحسان ، أن في ذلك رفع ضرر عن الإخوة الشركاء، وهذا ما صرح به مالك رحمه الله، بقوله: "بجواز الشفعة في ذلك دفع الضرر الاشتراك عن الإخوة الأخرين"(2).

فإن العلة لمشروعية الشفعة رفع ضرر الشركة، وهي موجودة في الصورة التي معنا، ولأن المنافع لا تنفصل ولا تتم إلا بالأصل فأعطيت حكمه، ولذلك ترك مالك القياس استحسانا دفعة للضرر ورفقا للحرج، وتيسيرا على الإخوة الشركاء، لما لهم من مصلحة ومنفعة.

نوعه: ينطوي هذا الاستحسان تحت نوع الاستحسان الذي سنده إيثار التوسعة ورفع الحرج عن الناس، وفي ذلك رفع الحرج عن الشركاء، والتوسعة عليهم.

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء في شفعة الدور و الأرضين.

تتفرع عن هذه المسألة قضيتين:

– الشفعة في الدور والأرضين.

– يرى جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) أنه لا شفعة في البناء إذا بيع بلا عرصة(3). ولو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأبنية تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضا تبعا للعرصة. أي تثبت في البناء والشجر إذا بيعا مع ما حولهما من الأرض، فلو باع أشجارا ومغارسها فقط فلا شفعة فيها(4).

– وقال المالكية: تثبت الشفعة في عقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء ، ولو كان العقار بناء مملوكا. فالشفعة عندهم فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور والأرضين وما يتصل بذلك من بناء، إذا كان قابلا للقسمة ولا شفعة فيما لا يقبل القسمة، كما نقل عن الإمام مالك(5).

---

(1) أنظر: **الكافي في فقه أهل المدينة**، ابن عبد البر، ج2، ص864.

(2) أنظر: **المنتقى شرح الموطأ**، أبو الوليد الباجي، مطبعة السعادة– بجوار محافظة مصر. الطبعة: الأولى، 1332ه، ج6، ص204.

(3) العرصة: كل أرض بين الدور واسعة ليس فيها بناء. أنظر: **لسان العرب**، ابن منظور، ج2، ص8.

(4) **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، فخر الدين الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1413ه، ج5، ص252.

(5) أنظر: **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، الصاوي، ج3، ص935.

– لمن تثبت الشفعة؟

– ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك غير المقاسم، فلا يستحق الجار الشفعة؛ لأن الحدود في حقه قد قسمت، والطرق قد صرفت، وما شرعت الشفعة إلا لدفع ضرر الشركة، وهو معنى منتف في الجار(1).

واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه له أن النبي ﷺ «قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(2) .

– وذهب الحنفية إلى أن الشفعة تثبت للجار الملاصق؛ لحديث قتادة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار»(3) ولحديث عمرو بن الشريد عن أبيه أن رجلا قال: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار، فقال: «الجار أحق بسقبه(4)»(5).وهذا اللفظ صريح في إثبات الشفعة لجوار لا شركة فيه.

الفقرة الرابعة: الترجيح.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الشفعة لا تكون إلا فيمن يقبل القسمة ولا شفعة فيما لا يقبل القسمة. ثم إن الحنفية والشافعية والحنابلة اشترطوا أن تشمل شفعة البناء عرصته، خلافا للمالكية الذين لم يروا الجمع مع العرصة، و لقول المالكية وجاهته في عصرنا الحاضر، الذي كثر فيه التعامل والمنافسة على الدور والأراضي إعارة واستئجاره وبيعة، وفي ذلك مصلحة للبائعين وتوسعة للشركاء المشترين وكذلك تثبت للشريك أولا قبل الجار كما قال المالكية والشافعية والحنابلة ، لما استدلوا به ، وهو الراجح والله أعلم(6).

---

(1) أنظر: **التاج والإكليل لمختصر خليل**، المواق، ج7، ص381.

(2) **أخرجه البخاري**، كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه ، برقم:2213، ج3، ص79.

(3) **أخرجه الترمذي**، كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في الشفعة، برقم:1368، ج3، ص642.

(4) هو: القرب، بالسين والصاد، أنظر: **لسان العرب**، ابن منظور، ج1، ص520.

(5) **أخرجه البخاري**، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، برقم:2258، ج3، ص87.

(6) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 152.

المبحث الثالث: : أثر الاستحسان في باب الأحوال الشخصية.

- المطلب الأول: مسألة ما تحل للرجل من امرأته الحائض بعد الطهر وقبل الغسل.
- المطلب الثاني: مسألة جواز نكاح المرأة الدنيئة نفسها بغير وليها .
- المطلب الثالث: مسألة جواز النظر إلى ماعدا الوجه والكفين من المرأة الأجنبية.

تمهيد:

تعتبر الأسرة النواة الأساسية لبناء المجتمع، فبصلاحها يصلح المجتمع والعكس صحيح، ولما كانت بهذه الأهمية لم يتركها الشرع هملا بل حدد لها ضوابط وقواعد تسير عليها.

قد يكون الاستحسان واحدا من هذه القواعد. ولإبراز هذا الجانب اخترنا هذا المطلب في باب الأحوال الشخصية بعرض بعض المسائل يكون الاستحسان دليلا لها.

المطلب الأول: مسألة ما يحل للرجل من امرأته الحائض بعد الطهر وقبل الغسل.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

إذا انتهت مدة الحيض القصوى، فهل للزوج أن يطأ زوجته قبل أن تغتسل، الجمهور منع ذلك، والحنفية أجازوا، وبعض المالكية كرهوا ذلك، وقالوا يستحب المنع.

ونص المسألة في مواهب الجليل: "جواز وطئها بعد النقاء وقبل الغسل، حكى ابن عرفة فيها ثلاثة أقوال: المشهور المنع والجواز عن ابن نافع[1]"، ونقل عياض أن بعض البغداديين تأول قول مالك عليه، والثالث الكراهة لابن كثير[2].

والمسألة الثانية جواز الوطء بعد النقاء والتيمم إذا لم يجد الماء، وفيها قولان: مذهب المدونة المنع وهو المشهور، وقال ابن شعبان[3]: يجوز. اختاره ابن عبد السلام رحمه الله[4].

قال في التلقين: "اختلف الناس في وطء الحائض إذا رأت الطهر، فمنعه مالك. وقال ابن بكير[1] من المالكية: بالمنع منه استحبابا لا إيجابا"[2].

---

(1) هو عبد الله بن نافع مولى بن أبي نافع الصائغ، المخزومي مولاهم، فقيه، من كبار أصحاب الإمام مالك، وأحد أئمة الفتوى بالمدينة. صحب مالك أربعين سنة، وتفقه به. روي عن مالك والليث وعنه سلمة بن شيب والحسن بن على توفي سنة 186ه. من آثاره: "تقصير الموطأ ". أنظر: **معجم المؤلفين**، عمر بن رضا كحالة، ج6، ص158.

(2) ابن كثير هو: أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، الإمام الحافظ، أخذ عن ابن عساكر وابن تيمية، وبرع في علم التفسير والفقه والحديث والنحو /في هذه العلوم تصنيفا مفيدة انتفع به الناس، ومن مصنفاته: "تفسير القرآن العظيم"، و"البداية والنهاية"، و"طبقات الشافعية"، توفي سنة 774ه.أنظر: **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة- بيروت، ج1، ص153.

(3) هوأبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان بن محمد بن ربيعة، من فقهاء المالكية بمصر، من تصانيفه: "الزاهي الشعباني في الفقه، و كتاب في أحكام القرآن- توفي سنة 355. أنظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ابن فرحون، ج2، ص194.

(4) **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج1، ص375.

قال القرافي: "يحرم وطؤها بعد انقطاع الدم وقبل الغسل خلافا لأبي حنيفة في إباحته ذلك إذا انقضى أكثر الحيض، وهو عشرة أيام عنده، أو وجد معنى ينافي حكم الحيض مثل حضور أخر وقت الصلاة؛ لأن الوجوب عنده متعلق بأخر الوقت، أو يتيمم للصلاة، ووافقه ابن بكير من أصحابنا في الإباحة"(3).

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

استحب بعض المالكية ، ومنهم ابن بكير أن يمتنع الوطء بعد الطهر قبل الغسل ، وقال: بالمنع منه استحباب لا إيجابا.

وإن الذي حمله على هذا هو الاحتياط والجمع بين الأدلة، وهو وجه الاستحسان ؛ لأن الذين رأوا حرمة ذلك عولوا على قراءة من قرأ ﴿يَطَهَّرْنَ﴾ بالتشديد.

والذين رأوا الكراهة لا المنع عولوا على قراءة التخفيف.

جاء في التنبيه: "فإن انقطع دم الحائض و لم تغتسل بالماء ففي تحريم وطئها قولان: المشهور تحريمه تعويلا على قراءة من قرأ ﴿يَطَهَّرْنَ ﴾ بالتشديد، وعلى قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ ﴾. والشاذ أنه لا يحرم. قاله ابن بكير تعويلا على قراءة من قرأ ﴿ يَطْهُرْنَ﴾ بالتخفيف، لكنه كرهه مراعاة للخلاف"(4).

وعلى هاتين القراءتين يكون الاستحسان في الكراهة لا المنع.

نوعه: يدخل تحت الاستحسان الذي مستنده مراعاة الخلاف.

الفقرة الثالثة: أقوال العلماء في المسألة:

- ذهب أكثر المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يحل وطء الحائض حتى ينقطع الدم وتغتسل. ولا يباح وطؤها قبل الغسل(5).

=

(1) ابن بكير (154م- 231ه/771ه- 845م) هو: أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير القرشي المخزومي بالولاء. من أهل مصر فقيه الفقهاء بها في زمانه، محدث سمع من مالك موطأ ذكره ابن حبان في الثقات. **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج8، ص154.

(2) **شرح التلقين**، أبو عبد الله محمد بن علي المازري، تحقيق: الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م، ج1، ص347.

(3) **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد، دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994م، ج1، ص377.

(4) **التنبيه على مبادئ التوجيه- قسم العبادات**، أبو الطاهر إبراهيم التنوخي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت- لبنان الطبعة: الأولى، 1428ه/2007م، ج1، ص358.

(5) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج1، ص373.

مستدلين بأن الله تعالى شرط لحل الوطء شرطين: انقطاع الدم، والغسل، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٢٢٢﴾﴾(البقرة: 222). أي ينقطع دمهن. ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ ﴾ أي اغتسلن بالماء ﴿ فَأْتُوهُنَّ ﴾

وقد صرح المالكية بأنه لا يكفي التيمم لعذر بعد انقطاع الدم في حل الوطء فلا بد من الغسل حتى يحل وطؤها.

– وذهب الحنفية إلى التفريق بين أن ينقطع الدم لأكثر مدة الحيض وبين أن ينقطع لأقله، وكذا بين أن ينقطع لتمام عادتها، وبين أن ينقطع قبل عادتها(1).

فذهبوا إلى أنه إذا انقطع الدم على أكثر المدة في الحيض ولو حكما بأن زاد على أكثر المدة، فإنه يجوز وطؤها بدون غسل، لكن يستحب تأخير الوطء لما بعد الغسل.

وإن انقطع دمها قبل أكثر مدة الحيض أو لتمام العادة في المعتادة بأن لم ينقص عن العادة، فإنه لا يجوز وطؤها حتى تغتسل أو تتيمم، أو أن تصير الصلاة دينا في ذمتها، وذلك بأن يبقى من الوقت بعد الانقطاع مقدار الغسل والتحريم فإنه يحكم بطهارتها بمضي ذلك الوقت، ولزوجها وطؤها بعده ولو قبل الغسل.

الفقرة الرابعة: الترجيح:

الجمهور عدا الحنفية على أن الآية: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٢٢٢﴾﴾(البقرة: 222).تشمل شرطين للتحلل: (انقطاع الدم والغسل).

والحنفية على الاكتفاء بمطلع الآية المخفف فيها قراءة بالياء ﴿يَطْهُرْنَ﴾.

مشترطين أن تبلغ الحائض أقصى مدة الحيض ، وذهب إلى الكراهة قوم من أصحاب مالك كما قدمت، مراعاة للخلاف. وعلى هذا يكون رأي الجمهور هو الرأي الراجح والله أعلم(2).

المطلب الثاني: مسألة جواز نكاح المرأة الدنيئة نفسها بغير وليها.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

(1) أنظر: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، ج1، ص40.

(2) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 194.

إن الأصل المقرر أن المرأة لا تزوج المرأة ولا تزوج نفسها، وأن الزواج بهذا الكيفية باطل، إلا أن الإمام مالك استثنى الحالة التي تكون فيه المرأة ثيبا ووضيعة فقال بجواز هذا النكاح.

ونص المسألة في المدونة: "أرأيت الثيب إذا استخلفت على نفسها رجلا فزوجها؟ قال: قال مالك: أما المعتقة والمسالمة والمرأة المسكينة تكون في القرية التي لا سلطان فيها، فإنه رب قري ليس فيها سلطان فتفوض أمرها إلى رجل لا بأس بحاله أو يكون في الموضع الذي يكون فيه السلطان، فتكون دنيئة لا خطب لها كما وصفت لك، قال مالك: فلا بأس أن تستخلف على نفسها من يزوجها ويجوز ذلك"[1].

وقال مالك: "وأما كل امرأة لها مال وغنى وقدر فإن تلك لا ينبغي أن يزوجها إلا الأولياء أو السلطان"[2].

قال مالك "في المرأة يفرق بينها وبين زوجها دخل بها أو لم يدخل إذا زوجها غير ولي، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان، إن لم يكن لها ولي فإن فرق بينها فهي طلقة، وأما المرأة الوضيعة مثل المعتقة والسوداء والمسالمة فإذا كان نكاحا ظاهرا معروفا، فذلك أخف عندي من المرأة لها الموضع"[3].

وورد أيضا عن ابن القاسم أنه قال: "قلت: فإن قالوا قد أنكحناك فلانة بغير صداق فدخل بها أو لم يدخل بها؟ قال: إن دخل بها ثبت النكاح وكان لها صداق مثلها، وإن لم يدخل بها فرق بينهما فهذا رأيي والذي استحسنت، وقد بلغني ذلك أيضا عن مالك"[4].

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه:

إن كانت عموم النصوص الثابتة في اشتراط الولي في عقد النكاح تشمل المرأة البكر الشريفة، فإن مقتضى القياس أن المرأة الثيب والوضيعة تدخل في هذا الشمول، وأن استثناءها يخالف مقتضى القياس ووجه الاستحسان في ذلك أن الأضرار التي تنشأ عن عقد المرأة نفسها أو تستخلف غير وليها في المرأة الدنيئة أخف والخطب فيه أسهل من المرأة الشريفة التي لها موضع، فإن أثر ذلك يصل مكانة العائلة نفسها.

نوعه: وهذا يقع تحت نوع الاستحسان الذي مستنده المصلحة، وهي المحافظة على صلاح المجتمع من أن تلوثها الفواحش، لأن المرأة الدنيئة التي رفض أولياؤها تزويجها إن لم تزوج بهذه الطريقة ستسعى إلى طريق الرذيلة ، ولا يخفى ما لهذا من ضرر بين على عائلتها وعلى المجتمع.

الفقرة الثالثة: آراء العلماء في اشتراط الولاية في زواج المرأة.

(1) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج2، ص112.
(2) **المدونة الكبرى**، المرجع نفسه، ج2، ص112.
(3) **المدونة الكبرى**، المرجع نفسه، ج2، ص109.
(4) **المدونة الكبرى**، المرجع نفسه، ج2، ص164.

- ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف[1] في ظاهر الرواية: إلى أن نكاح الحرة المكلفة بلا رضا ولي نافذ، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها، وزواج غيرها، لكن إذا تولت عقد زواجها، وكان لها ولي، اشترط لصحة زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفؤ، وألا يقل المهر عن مهر المثل. فإذا تزوجت بغير كفء، فلوليها حق الاعتراض على الزواج ويفسخه القاضي، إلا أنه إذا سكت حتى ولدت أو حملت حملا ظاهرا، سقط حق الولي في الاعتراض وطلب التفريق، حفاظا على تربية الولد، ولئلا يضيع بالتفريق بين أبويه، فإن بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة[2].

أدلتهم.

- حديث النبي ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها»[3].والأيم: التي لا زوج لها، بكرة كانت أو ثيبا، فدل على أن للمرأة الحق في تولي العقد.
- للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع وإيجار ورهن وغيرها، فتكون أهلا لمباشرة زواجها بنفسها؛ لأن التصرف حق خالص لها.

- ذهب الجمهور: إلى أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة، لم يصح النكاح، وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم[4].

أدلتهم

- حديث عائشة: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[5].
- حديث النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[6].

(1) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة، من الفقهاء والأصوليين المجتهدين، تفقه على الإمام أبي حنيفة، تولى القضاء للمهدي والهادي والرشيد، توفي في بغداد سنة 182ه. من أثاره: كتاب الخوارج، وأدب القاضي. أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج8، ص193.

(2) أنظر: **رد المحتار على الدر المختار**، ابن عابدين، ج2، ص407.

(3) **أخرجه مسلم**، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، برقم: 1421، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)**، ج2، ص1037.

(4) أنظر: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، البهوتي، ج5، ص49.

(5) **أخرجه الترمذي**، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، برقم: 1102، ج3، ص399.

(6) **أخرجه أبو داود**، كتاب النكاح، باب في الولي، برقم: 2085، ج2، ص229.

- وحديث أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ «لا تزوج الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[1].
- إن الزواج عقد خطير دائم ذو مقاصد متعددة من تكوين أسرة، وتحقيق طمأنينة واستقرار وغيرها، والرجل بما لديه من خبرة واسعة في شؤون الحياة أقدر على مراعاة هذه المقاصد، أما المرأة فخبرتها محدودة، وتتأثر بظروف وقتية، فمن المصلحة لها تفويض العقد لوليها دونها.

الفقرة الرابعة: الترجيح.

لكل قول أدلته وقوته كما قدمنا، وإن كان الجمهور قد أخذوا بالأحوط لصيانة الأسرة المسلمة من أن يتعرض بنيانها للهدم أو التخريب عن طريق انفراد المرأة بقرارها في الزواج دون الرجوع إلى وليها، ولذلك وجاهته حفاظا على سمة الحياء في المجتمع وفضيلته[2].

المطلب الثالث: مسألة جواز النظر إلى ماعدا الوجه والكفين من المرأة الأجنبية.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

أن ينظر الطبيب أو يلمس جسد امرأة أجنبية، عدا وجهها وكفيها، لغرض مداواتها وحفظ حياتها، فجواز ذلك استحسانا.

وقال صاحب منح الجليل: "وكذلك كان الإذن بإباحة ما كان محرمة لذاته وأذن به العارض، كأكل الميتة ولحم الخنزير، وشرب الخمر لإزالة الغصة، وذلك إذا عرضت ضرورة وهي خشية الموت أو التلف، وكذلك الإذن بإباحة ما كان محرما لغيره، كالإذن بنظر الأجنبية للزواج، وبنظر العورة إذا عرضت حاجة كالعلاج"[3].

وفي الدواني: "يجوز نظر الطبيب إلى محل المرض من المرأة الأجنبية إذا كان في الوجه أو اليدين، قيل ولو بفرجها الدواء، كما يجوز للقابلة نظر الفرج، قال ولي فيه وقفة، إذ القابلة أنثى وهي يجوز لها نظر فرج الأنثى إذا رضيت"[4].

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

---

(1) **أخرجه ابن ماجه**، كتاب النكاح، باب نكاح الصغار يزوجهن غير الآباء، برقم: 1882، **سنن ابن ماجه**، ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد – محمّد كامل قره بللي – عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430ه/2009م، ج3، ص80.

(2) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 185.

(3) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج1، ص599.

(4) أنظر: **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، شهاب الدين النفراوي، ج2، ص410.

القياس أو الأصل المقرر أن ذلك لا يجوز، لقوله تعالى: ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ (النور: 31)، وقد فسر ما ظهر منها بمواضع الزينة وهي الوجه والكفان. ولكن بشرط عدم الشهوة. ولكنهم أخرجوا بعض الحالات من أن يتناولها هذا الحكم، لما في ذلك من ضرورة أو حاجة، منها جواز نظر الطبيب إلى موقع المرض مع أنه أجنبي عنها، لغرض مداواتها وحفظ حياتها[1]، وكل ذلك تخفيف وتيسير، وهذا وجه الاستحسان.

وفي ذلك تعارض بين قياسين أحدهما ما قررته القواعد من كون المرأة عورة؛ لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة، والوصف الثاني: ما عساه أن يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال، كحال العلاج، فعلم علة التيسير في هذا الموضع[2].

نوعه: مهما يكن من أمر فإن ما ذكر يمثل أكثر من وجه، وكل ذلك صحيح إذ يمكن اعتبار ذلك من استحسان القياس، كما يرى الشيخ أبو زهرة رحمه الله، كما يمكن اعتباره من استحسان الضرورة أو الحاجة.

الفقرة الثالثة: أقوال العلماء في المسألة.

– ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز عند الحاجة الملجئة كشف العورة من الرجل أو المرأة، لأي من جنسهما أو من الجنس الآخر، وقالوا: إنه يجوز للقابلة النظر إلى الفرج عند الولادة أو لمعرفة البكارة في امرأة العنين أو نحوها، ويجوز للطبيب المسلم إن لم توجد طبيبة أن يداوي المريضة الأجنبية المسلمة. وينظر منها ويلمس ما تلجئ الحاجة إلى نظره أو لمسه، فإن لم توجد طبيبة ولا طبيب مسلم جاز للطبيب الذمي ذلك[3].

ويجوز للطبيبة أن تنظر وتلمس من المريض ما تدعو الحاجة الملجئة إلى نظره إن لم يوجد طبيب يقوم بمداواة المريض.

الفقرة الرابعة: الترجيح.

لا توجد أقوال متعددة في هذه المسألة بل هم متفقون جميعا على جواز ذلك على وجه الاستثناء من الحكم العام استحسانا بسبب الضرورة[4].

---

(1) **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنا، دط، دت، ج4، ص369.

(2) أنظر: **الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين وتطبيقاتها المعاصرة**، مصلح بن عبد الحي نجار، مكتبة الرشد، 2003م، ص270.

(3) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، ج5، ص124.

(4) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 216.

المبحث الرابع: أثر الاستحسان في باب الجنايات

- المطلب الأول: ثبوت القصاص في الجرح بالشاهد واليمين.
- المطلب الثاني: الواجب في أنملة الإبهام خمس من الإبل.

تمهيد:

جاءت الشريعة الإسلامية لحماية الأشخاص من الإعتداء عليهم في أنفسهم، فحددت القصاص مثلا كعقوبة للجاني على فعله وتحقيقا للعدل بين المسلمين. ولربما تكون العقوبة مستندها الاستحسان.

جاء هذا المبحث لعرض مسألتين في هذا الباب الفقهي كان الاستحسان دليلا لهما.

المطلب الأول: مسألة ثبوت القصاص في الجرح[1] بالشاهد واليمين.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

إن القصاص ثابت في الجروح جميعها سواء أكانت في القتل أم دونه ، ويكون القصاص في القتل بالإقرار أو شهادة عدلين عند جمهور الفقهاء، أما فيما دونه في الجراح فهو ثابت بالإقرار عند الجمهور أو شاهدي عدل كذلك عند الجمهور. إلا أن مالكا اكتفى في هذه الحالة بشاهد واحد.

جاء في المدونة عن مالك: "قلت لابن القاسم لم أجاز مالك شهادة رجل واحد في جراحات العمد مع يمين الطالب وليست الجراحات عمدا بمال – وقال مالك: "لا يجوز في الفرية[2]، وقد قال مالك في الدم إذا كان ولي الدم ذلك في جراحات العمد، وما حجته في ذلك؟ قال: كلمته في ذلك فقال: إنه لأمر ما سمعت فيه شيئا من أحبر ممن مضى وانما هو شيء استحسنه"[3].

وفي مواهب الجليل: "قال مالك: وكل جرح فيه قصاص يقتص فيه بشاهد ويمين وكل جرح لا قصاص فيه مما هو متلف كالجائفة[4] والمأمومة[5] وشبههما فالشاهد واليمين فيه جائز؛ لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال"[6].

الفقرةالثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

قال مالك: بجواز القضاء بالشاهد واليمين في جراح العمد، والقياس أن ذلك لا يجوز إلا في الأموال أو ما يؤول إليها، ولذلك ضعف القيرواني رأي مالك في القضاء في جراح العمد بالشاهد واليمين، فقال: " ولا

(1) الجرح: جرحه يجرحه جرحا: أثر فيه بالسلاح ، والجمع جوارح ، وجوارح الإنسان: أعضاؤه وعوامل جسده كيديه ورجليه، واحدتها جارحة؛ لأنهن يجرحن الخير والشر أي يكسبنه. أنظر: **لسان العرب**، ابن منظور، ج2، ص423.

(2) الفرية: القذف. **المغرب في ترتيب المعرب**، برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِيّ، دار الكتاب العربي، دط، دت، ص360.

(3) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج4، ص464.

(4) الجائفة: هي الطعنة التي تبلغ الجوف. **المغرب في ترتيب المعرب**، المُطَرِّزِيّ، ص96.

(5) المأمومة: هي الشجة التي بلغت أم الرأس وهي الجلدة التي تجمع الدماغ، **لسان العرب**، ابن منظور، ج12، ص22.

(6) أنظر: **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، الحطاب الرُّعيني، ج6، ص183.

يقضى بذلك في نكاح أو طلاق أو حد، ولا في دم عمد أو نفس إلا مع القسامة[1] في النفس، وقد قيل يقضي بذلك في الجراح"[2].

وكذلك ضعفه ابن عبد البر، فقال: "وقد قيل: إنه يحلف مع شاهد في جراح العمد ويقتص، وهو قول ضعيف"[3].

ووجه الاستحسان في هذه المسألة عند مالك هو صيانة الدماء ، حيث اعتمد القياس الخفي الذي قوي أثره عنده، فقاس على النفس – وهي أعظم خطرة من الطرف - التي تقتل أحيانا بالشاهد واليمين في القسامة، ولأن يقتص بالشاهد واليمين فيما دون النفس أولى.

وقد صور سحنون هذا القياس بقوله: "وكل جرح فيه قصاص فشهادة الرجل ويمين الطالب يقتص بهما، لأن القسيمة لا تكون في الجراح وفي النفس القسامة، فلما كانت النفس تقتل بشاهد واحد مع القسامة فلذلك اقتص المجروح بشهادة رجل مع يمينه إذا كان عدلا، وليس في السنة في الجراح قسامة"[4].

نوعه: وهذا الاستحسان سنده القياس الخفي.

الفقرة الثالثة: أقوال العلماء في القضاء بالشاهد واليمين.

اختلف الفقهاء في القضاء باليمين مع الشاهد على ثلاثة أقوال:

– قال الحنفية: لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين في شيء[5]، لقوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا﴾(البقرة: 282). وقوله سبحانه: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ (الطلاق: 2). طلب القرآن الكريم إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين، فقبول الشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، والنسخ في القرآن الكريم لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور، وليس هناك واحد منهما.

– وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية: يقضي باليمين مع الشاهد في الأموال[6]، واستدلوا بما ثبت عن النبيﷺ: «أنه قضى بشاهد ويمين »[1].

(1) القسامة: الأيمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد المقتول فيهم. أنظر: **طلبة الطلبة**، الدين النسفي، ص332.
(2) أنظر: **متن الرسالة**، القيرواني، ص132.
(3) أنظر: **الكافي في فقه أهل المدينة**، ابن عبد البر، ج2، ص911.
(4) **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج4، ص29.
(5) أنظر: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الكاساني، ج5، ص225.
(6) **شرح الدردير مع حاشية الدسوقي**، الدسوقي، ج4 ، ص147.

– قال مالك ما قاله الجمهور لكنه زاد حالة القضاء بالشاهد مع اليمين في الجروح دون القتل. ودليله الاستحسان[2].

الفقرة الرابعة: الترجيح.

علل الإمام مالك رحمه الله أستحسانه لثبوت القصاص في الجروح بالشاهد واليمين بالزجر وصيانة الدماء، وقاس ذلك على القسامة، حيث تقتل النفس بشاهد واحد مع القيامة، ولأن يقتص بالشاهد واليمين فيما دون النفس أولى. وربما كان لهذا التعليل وجاهته لو أن العصر الذي نحن فيه شبيه بعصر مالك من حيث ظاهر الصلاح والتقوى. أما وقد فسد المجتمع وبيعت الذمم وكثر الهرج وكثر شهود الزور، فالقول الراجح والله أعلم هو قول الجمهور الذين منعوا القصاص في الجروح بالشاهد الواحد واليمين، لما استدلوا به من الآية[3].

المطلب الثاني: مسألة الواجب في أنملة[4] الإبهام خمس من الإبل.

الفقرة الأولى: صورة المسألة.

أنه يجب في قطع أصبع من أصابع اليدين، أو الرجلين خطأ عشر الإبل أسواء كان إبهاما، أم خنصرا أو بنصرا من أنثي أو ذكر، صغير أم كبير، مسلم أم كافر، ولأن في قطع كل من اليدين أو الرجلين تفويت جنس المنفعة، وفيه دية كاملة، وهي من الإبل، فتنقسم الدية عليها، والأصابع كلها سواء، في أصل المنفعة، وعشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها، وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي كل منها ثلث دية الأصبع، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع، ففي كل مفصل من الأصبع ثلث دية الأصبع، إلا في الإبهام من يد أو رجل فتجب في أنملته نصف دية الأصبع، وهو خمس من الإبل أو خمسون دينارا. وهذا قول مالك ومجمل قول الجمهور إلا أن مالكا استند في ذلك على الاستحسان وغيره على أدلة سنأتي على ذكرها إن شاء الله.

قال خليل في مختصره: "وفي كل أصبع عشر، والأنملة ثلث إلا في الإبهام فنصفه"[5].

وقال الصاوي في حاشيته: "والمسألة الرابعة: في الأنملة من الإبهام خمس من الإبل ، نظمها بعضهم بقوله:

=

(1) **أخرجه الإمام أحمد**، مسند عبدالله بن عباس، برقم: 2225، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، أحمد بن حنبل، ج4، ص98.

(2) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، 4، ص14.

(3) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 156.

(4) الأنملة: هي المفصل الأعلى من الأصابع الذي فيه الظفر.: محمد عبد الرؤوف، **التوقيف على مهمات التعاريف**، المناوي، ص96.

(5) **مختصر العلامة خليل**، خليل بن إسحاق بن موسى، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، 1426ه/2005م، ص233.

وقال مالك بالاختيار في شفعة الأنقاض والثمار

والجرح مثل المال في الأحكام والخمس في أنملة الإبهام.[1]

وجاء في المدونة: "قلت أرأيت المفصلين من الإبهام كم فيهما؟ قال: عقل[2]الأصبع تماما، في كل مفصل من الإبهام نصف عقل الأصبع ، وهو قول مالك"[3].

الفقرة الثانية: وجه الاستحسان ونوعه.

وجه الاستحسان عند مالك هو ذاته عند غيره ، وهو أن في الدية صون بنيان الآدمي عن الهدم، ودمه عن الهدر، وفي تشريعها أمن الجماعة وحياة المجتمع، وهي من حقوق العباد التي لا تسقط إلا بعفو من له حق العفو. وفي القياس الظاهر من حديث عمرو بن حزم[4]ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل»[5] يتبين أن الدية في أنملة الإبهام – الذي فيه مفصلين – نصف دية الأصبع خمس من الإبل.

نوعه: إن استقام أن تنطوي هذه المسألة تحت نوع من أنواع الاستحسان فهي استحسان المصلحة أو الضرورة، التي تضمن للناس الحفاظ على الضرورات.

الفقرة الثالثة: آراء الفقهاء في المسألة.

اتفق الفقهاء على أن في قطع أو قلع أصابع اليدين العشرة دية كاملة، وكذلك في قطع أصابع الرجلين، وفي قطع كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية أي عشر من الإبل[6].

دليلهم:

ما جاء في حديث عمرو بن حزمﷺ: أن رسول الله ﷺ قال: «وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل »[1].

---

(1) **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، الصاوي، ج3، ص638.

(2) أي: دية.

(3) أنظر: **المدونة الكبرى**، مالك بن أنس، ج4، ص566.

(4) هو أبو الضحاك، عمرو بن حزم بن زيد بن لوزان بن عمرو الأنصاري، الخزرجي المدني ، أول مشاهده مع رسول الله ﷺالخندق ، واستعمله الرسول ﷺ على نجران باليمن وبعث معه كتابا فيه الفرائض والسنن والصدقات والجروح والديات، وكتابه هذا مشهور في كتب السنة، توفي بالمدينة سنة (53ه/673م). أنظر: **الأعلام**، خير الدين الزركلي، ج5، ص76.

(5) **أخرجه النسائي**، كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول، واختلاف الناقلين له ، برقم:4853، **المجتبى من السنن (السنن الصغرى للنسائي)**، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني، النسائي ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب الطبعة: الثانية، 1406ه/1986م، ج8، ص57.

(6) أنظر: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ابن رشد، ج2، ص24.

وما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «في دية الأصابع اليدين والرجلين سواء، عشر من الإبل لكل أصبع»[2].

ولأن في قطع الكل تفويت منفعة البطش أو المشي، فتجب فيه دية كاملة، وأصابع كل من اليدين والرجلين عشر، ففي كل أصبع عشر الدية، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها (سلامياتها) ، وفي كل أصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام فإنها أنملتان.

وعلى ذلك ففي كل أنملة من الأصابع غير الإبهام ثلث دية الأصبع وهو ثلاثة أبعرة، وفي الإبهام في كل أنملة نصف عشر الدية وهو خمسة أبعرة، والأصابع كلها سواء الإطلاق الحديث أما الأصبع الزائدة ففيها حكومة عدل عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية وهو الأصح عند الحنبلية ، لعدم ورود النص فيها، والتقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف[3].

وقال المالكية: في إتلاف الأصبع الزائدة في يد أو رجل إذا كانت قوية على التصرف قوة الأصابع الأصلية عشر الدية إن أفردت بالإتلاف، وإن قطعت مع الأصابع الأصلية فلا شيء فيها[4].

وإلى هذا أشار ابن قدامة: "وفي كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان، ففي كل مفصل منها خمس من الإبل ، ثم قال: قال هذا قول عامة أهل العلم"[5] ، ثم ذكر جماعة من الصحابة والتابعين وتابعيهم وغيرهم ممن ذهب إلى هذا القول[6].

على أن المدونة لم تشر عند ذكر المسألة إلى أن مالكا انفرد بها ، جاء ذلك في المنتقى[7]:"قال ابن المواز[8] عن مالك: الإبهامان فيهما أنملتان، فإذا قطعتا ففيهما عشر من الإبل في كل واحد منهما خمس، لأنهما إذا ذهبت فقد ذهبت المنفعة، وإبهام الرجل مثلها قال: وما سمعت فيه شيئا رأي".

الفقرة الرابعة: الترجيح.

=

(1) **مالك في الموطأ**، كتاب العقول، برقم:2226، ج2، ص221.

(2) **أخرجه الترمذي**، كتاب الديات، باب دية الأصابع، برقم:1391، ج4، ص13.

(3) أنظر: **المغني**، ابن قدامة، ج8، ص36.

(4) **منح الجليل شرح مختصر خليل**، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر – بيروت، دط، 1409ه/1989م، ج9، ص126.

(5) **المغني**، ابن قدامة، ج12، ص149.

(6) **المغني**، ابن قدامة، ج12، ص149.

(7) أنظر: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ابن رشد، ج2، ص424.

(8) ابن المواز (180–269ه) هو محمد بن إبراهيم بن زياد المعروف بابن المواز، من كبار فقهاء المالكية، من أهل الإسكندرية، تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم. كان راسخا في الفقه والفتيا، توفي بدمشق، له كتابه المشهور "بالموازية " وهو من أجل كتب المالكية. أنظر: **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، ابن فرحون، ج2، ص166.

ليس من فريقين مختلفين في دية الأصابع والأنامل حتى نعرض أدلة كل منهما ونرجح كما عرفنا من أقوال الفقهاء، وأن الدليلين من النص النبوي كانا مناط الحجة الجمهور الفقهاء، إلا أن مالكا كما نقل عنه أضاف إلى ذلك دليل الاستحسان.

والقول قول الجمهور في دية الأصابع وسلاماتها من غير منازع[1].

(1) **الاستحسان عند الإمام مالك دراسة تأصيلية تطبيقية**، إعداد الطالبة: منى الرفاعي، ص 160.

خاتمة

الخاتمة وذكر التوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، نشكره سبحانه على توفيقه لنا في إتمام هذا البحث فله الحمد والشكر أولا وأخيرا.

ومن خلال عرض هذا البحث في هذا الموضوع توصلنا إلى النتائج الآتية:

- اعتمد الإمام مالك على الاستحسان كدليل متأخر عن الأدلة الأساسية : الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، وإجماع أهل المدينة وسواء استخدم هذا الدليل كجامع بين الأدلة المتعارضة، أو الخلاف.
- كل التعريفات للاستحسان في المذهب المالكي، تدور حول مركزية الأخذ بما هو أرفق للناس، وطلب السهولة في الأحكام فيما يبتلون به، ويستجد في حياتهم. وترى ذلك جليا في المسائل التي نسبت إلى الإمام مالك، والتي أدرجت منها ثمانية مشروطة بالأهمية والتوافق مع طريق دراستي للمسألة فهي المحصلة تحقيق للمقصد الجوهري للشرع وهو مقصد العدل الذي عليه مبنى الأحكام والمقاصد.
- الاستحسان يمثل أصلا مقررة في الشرع، قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾ ﴾ (البقرة:185).
- يعد الاستحسان واحدا من الأبواب التي تفتح للمجتهد ممارسة القدرة على الاستنباط عن طريق الرياضة الذهنية، و طريقة ممهدة لتحصيل أحكام كثير من الوقائع والنوازل المعاصرة، فهو آلة للمجتهد يستعين بها على فتواه، وما يتوصل إليه من الأحكام، والله أعلم.
- إن الاستحسان دليل يمكن الاعتماد عليه في جميع أنواع الاجتهاد، ولكن تقديمه كدواء لكل داء موقف مبالغ، فلا ينبغي تسمية كل حل يعجب به في الوهلة الأولى أثناء البحث عن الحلول الفقهية استحسان.
- الاستحسان، الذي هو العدول بالمسألة عن نظائرها، يحقق مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد، لأنه لا يعدل بالمسألة عن نظائرها إلا لجلب منفعة أو درء مفسدة، وتظهر هذه العلاقة جلية في استحسان الضرورة.
- الراجح أن الإمام مالك رحمه الله – كان يعتمد الاستحسان في اجتهاده على الاستحسان.
- أن هناك علاقة بين الاستحسان وبعض المصطلحات المشابهة له كالقياس والمصالح المرسلة والبدع، مع وجود أوجه التشابه والافتراق فيما بينها.

- إختلفت الآراء الفقهية للسادة المالكية في الإحتجاج بالإستحسان إلى ثلاثة اتجاهات.
- يترتب العمل بالإستحسان آثارا في مختلف الأبواب الفقهية.

التوصيات:

- الاهتمام بعلم أصول الفقه ومباحثه، فهو علم عظيم النفع غزير الفائدة.
- دعوة طلاب الدراسات العليا في كليات الشريعة إلى مزيد عناية في مبحث الاستحسان.
- إثبات أن الاستحسان المعتبر في التشريع الإسلامي منضبط بمقومات، ولكل منها شروطه ومعاييره التي اعتمدها الأصوليون حتى يكون النظر العقلي معتبرا في تقدير الأحكام واستنباطها

الفهارس العامة

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
الفاتحة			
﴿ ٱهۡدِنَا ٱلصِّرَٰطَ ٱلۡمُسۡتَقِيمَ ٦ ﴾	الفاتحة	6	5
البقرة			
﴿ بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِۖ وَإِذَا قَضَىٰٓ أَمۡرٗا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ١١٧ ﴾﴿ بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِۖ وَإِذَا قَضَىٰٓ أَمۡرٗا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ١١٧ ﴾	البقرة	117	29
﴿ وَلَا تَقۡرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطۡهُرۡنَۖ فَإِذَا تَطَهَّرۡنَ فَأۡتُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلۡمُتَطَهِّرِينَ ٢٢٢ ﴾		222	75
﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ﴾		282	83
﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ٤٣ ﴾		43	4
﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ١٨٥ ﴾		185	89
الأعراف			
﴿ وَكَتَبۡنَا لَهُۥ فِي ٱلۡأَلۡوَاحِ مِن كُلِّ شَيۡءٖ مَّوۡعِظَةٗ وَتَفۡصِيلٗا لِّكُلِّ شَيۡءٖ فَخُذۡهَا بِقُوَّةٖ وَأۡمُرۡ	الأعراف	145	22

قَوۡمَكَ يَأۡخُذُواْ بِأَحۡسَنِهَاۚ سَأُوْرِيكُمۡ دَارَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ﴿١٤٥﴾			
﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾	199		33
يوسف			
﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾	72	يوسف	17
النحل			
﴿ وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗۚ وَيَخۡلُقُ مَا لَا تَعۡلَمُونَ ﴿٨﴾ ﴾	8	النحل	16
الكهف			
﴿ قَالُواْ يَٰذَا ٱلۡقَرۡنَيۡنِ إِنَّ يَأۡجُوجَ وَمَأۡجُوجَ مُفۡسِدُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَهَلۡ نَجۡعَلُ لَكَ خَرۡجًا عَلَىٰٓ أَن تَجۡعَلَ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَهُمۡ سَدّٗا ﴿٩٤﴾ ﴾	94	الكهف	35
النور			
﴿ وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنۡهَاۖ ﴾	31	النور	79
	36		34
القصص			
تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ	27	القصص	17

﴿ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٢٧ ﴾			
يس			
﴿ وَجَعَلْنَا مِنۢ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ سَدًّا وَمِنْ خَلْفِهِمْ سَدًّا فَأَغْشَيْنَٰهُمْ فَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ ٩ ﴾	يس	9	35
ص			
﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ٢٦ ﴾	ص	26	41
الزمر			
﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ١٨ ﴾	الزمر	18	22
﴿ ٱللَّهُ نَزَّلَ أَحْسَنَ ٱلْحَدِيثِ كِتَٰبًا ﴾		23	22
الطلاق			
﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾	الطلاق	2	83

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
«الحج عرفة»	7
«ما رأه المسلمون حسنا فهو عند الله»	22
«وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة»	29
«من باع نخلا، قد أبرت، فثمنها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»	33
«إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله، فكل وإن أكل منه»	40
«إذا قتله و لم يأكل منه شيئا، فإنما أمسكه عليك»	40
«فإن أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما امسكه على نفسه»	40
«الذّهبُ بالذّهب والفضّة بالفضّة والبُرُّ بالبُرّ والشّعير بالشّعير والتّمر بالتّمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعُوا كيف شئتُم إذا كان يدا بيد»	46
«أنّ رسُول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا بِخَرْصِهَا، فيما دُون خمسة أوسُق أو في خمسة أوسُق»	46
«لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن»	57،56
«لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل »	58
«أن النبي أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار: من أصبح مفطر، يتم تقي يومه، ومن أصبح صائما فليصم»	59
«من لم يجيع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له»	59
«أغنوهم في هذا اليوم»	61
«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بزكاة الفطر، أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة»	61
«زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين , من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة , ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات»	61
«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء»	66 ,64
«الجار أحق بسقبه»	70

«جار الدار أحق بالدار»	70
«الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها»	77
«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»	78
«لا تزوج الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»	78
«لا نكاح إلا بولي»	78
«أنه قضى بشاهد ويمين »	84
«وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل»	85
«في دية الأصابع اليدين والرجلين سواء، عشر من الإبل لكل أصبع»	86
«وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل »	86

فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي	5
أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان	73
أبو الحسن على بن إسماعيل الأبياري	46
أبو العباس أحمد الجرجاني	21
أبو العباس شهاب الدين القرافي	5
أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن كثير	73
أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب	60
أبو الوليد الباجي	24
أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير	73
أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل	51
أبو عبد الله أصبغ بن الفرج	5
أبو عبد الله شمس الدين ابن القيم الجوزية	52
أبو عبد الله عباد الرحمن ابن القاسم	5
أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي	50
أبو عبد الله محمد بن أحمد بن خويز منداد	38
أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود	24
أبو عمرو جمال الدين عثمان ابن الحاجب	5
أبو محمد عبد الوهاب بن نصر القاضي	47
أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم	48
أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم	77
اسماعيل بن اسحاق بن اسماعيل بن حماد	5
خليل بن إسحاق بن موسى	5
سليمان بن عبد القوي نجم الدين الطوفي	22
عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني	29
عبد الله بن ابي زيد القيرواني	5

عبد الله بن نافع	73
عبدالسلام بن سعيد بن حبيب سحنون	10
عياض بن موسى بن عياض اليحصبي	11
قاسم بن عيسى بن ناجي	69
محمد الطاهر ابن عاشور	51
محمد بن إبراهيم بن زياد ابن المواز	86
محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي	22
محمد بن أحمد بن محمد بن رشد	5
محمد بن ادريس بن العباس الشافعي	49
محمد بن الحسين خلف بن أحمد بن الفراء	49
محمد بن عبد الله ابن العربي	11
محمد بن علي بن عمر المازري	5
هو أبو الضحاك عمرو بن حزم بن زيد	85

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ـ الكتب

(الهمزة)

1. إبراهيم بن علي ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
2. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية الطبعة: الأولى، 1412ه/1992م.
3. إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417ه/1997م.
4. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد – محمّد كامل قره بللي – عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، 1430ه/2009م.
5. أبو الثناء شمس الدين الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة: الأولى، 1406ه/1986م.
6. أبو الحسن ابن القصار، المقدمة في الأصول، تحقيق الدكتور مصطفى مخدوم. دار المعلمية الطبعة الأولى: 1999م/1420ه.
7. أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان،الطبعة: الأولى، 1424ه/2004م.
8. أبو الطاهر إبراهيم التنوخي، التنبيه على مبادئ التوجيه– قسم العبادات، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت– لبنان الطبعة: الأولى، 1428ه/2007م.

9. أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، المالكي، دار المعارف.

10. أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر – بيروت.

11. أبو العباس شهاب الدين القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1387ه.

12. أبو العباس شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد، دار الغرب الإسلامي– بيروت الطبعة: الأولى، 1994م.

13. أبو العباس شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، بيروت، (دط، دت).

14. أبو العباس شهاب الدين القرافي، تنقيح الفصول للقرافي شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393ه/1973م.

15. أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر– بيروت الطبعة: الثالثة– 1414ه.

16. أبو القاسم الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي دار القلم، الدار الشامية– دمشق بيروت الطبعة: الأولى، 1412ه.

17. أبو الوليد الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، حققه وقدم له ووضع فهارسه: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي. بيروت. الطبعة الثانية، 1415ه/1995م.

18. أبو الوليد الباجي، الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل، دراسة وتحقيق وتعليق: محمد علي فركوس، دار البشائر الإسلامية (بيروت) الطبعة: الأولى، 1416ه/1996م.

19. أبو الوليد الباجي، الحدود في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان الطبعة: الأولى، 1424ه/2003م.

20. أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة– بجوار محافظة مصر. الطبعة: الأولى، 1332ه.

21. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان الطبعة: الثانية، 1408ه/1988م.

22. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث – القاهرة، د ط، 1425ه/2004م.

23. أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي– الهند، الطبعة: الثانية، 1403ه.

24. أبو حامد الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413ه/1993م.

25. أبو داود سليمان بن الأشعث بن السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

26. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، دط، دت.

27. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني، المجتبى من السنن (السنن الصغرى للنسائي)، النسائي ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب الطبعة: الثانية، 1406ه/1986م.

28. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط – عادل مرشد، وآخرون، د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421ه/2001م.

29. أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416ه/1994م.

30. أبو عبد الله بدر الدين ابن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي ، الطبعة الأولى،1414ه/ 1994م.

31. أبو عبد الله محمد ابن الحاج ، المدخل، دار التراث الطبعة: دط، دت.

32. أبو عبد الله محمد بن علي المازري، شرح التلقين، تحقيق: الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008 م.

33. أبو عمر يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400ه/1980م.

34. أبو محمد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت ، (دط ، دت).

35. أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ، تحقيق: محمَّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، 1999م.

36. أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، متن الرسالة، القيرواني، المالكي، دار الفكر.

37. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد بمساعدة فريق عمل. عالم الكتب. الطبعة: الأولى، 1429ه/2008م.

38. آل تيمية ، بدأ بتصنيفها الجد: مجد الدين عبد السلام بن تيمية ، وأضاف إليها الأب : عبد الحليم بن تيمية ، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية، ت المسودة في أصول الفقه، حقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي. (دط، دت).

39. أيوب بن موسى الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش– محمد المصري. مؤسسة الرسالة، بيروت.

(الباء)

40. برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِيّ، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، دط، دت.

(الحاء)

41. حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، طبع مجلة الوعي الإسلامي، بالكويت، 1432ه/2011م.

42. حسن بن محمد العطار، حاشية العطار على شرح الحلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، دط، دت.

43. حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، دراسة وتحقيق عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى.

(الخاء)

44. خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، 1426ه/2005م.

45. خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، 2002م.

(الزاي)

46. زين العابدين العبد محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والإستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 1425ه.

(الشين)

47. شمس الدين ابن قيم الجوزي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية– بيروت الطبعة: الأولى، 1411ه/1991م.

48. شمس الدين أبو عبد الله الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412ه/1992.

49. شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، الطبعة: دط، 1415ه/1995م.

(العين)

50. عبد الحي ابن العماد العَكري، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق– بيروت الطبعة: الأولى، 1406ه/1986م.

51. عبد الرؤوف بن تاج العارفين، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1410ه/1990م.

52. عبد الوهاب عبد الكافي السبكي، جمع الجوامع في أصول الفقه، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424ه/2003م.

53. علاء الدين بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406ه/1986م، ج5، ص118.

54. علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنا، دط، دت.

55. علي بن محمد بن الشريف الجرجاني، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان الطبعة: الأولى 1403ه/1983م.

56. عمر بن رضا كحالة ، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى– بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.

57. عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة، المطبعة العامرة، مكتبة المثني ببغداد، 1311ه.

58. عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، 1965م، مطبعة فضالة– المحمدية، المغرب الطبعة: الأولى.

(الفاء)

59. فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، الطبعة الأولى، 1428ه/2007م.

60. فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1413ه.

(اللام)

61. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر الطبعة: الثانية، 1310ه.

(الميم)

62. مالك بن أنس بن عامر الأصبحي ، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة: الثانية، 1431ه.

63. مالك بن انس بن عامر الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى، 1415ه/1994م.

64. مجد الدين أبو طاهر الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان الطبعة: الثامنة، 1426ه/2005م.

65. مجد الدين أبو طاهر الفيروزآبادي، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416ه/1996م.

66. محمد ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، 1435ه/2014م.

67. محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، دار الفكر العربي– القاهرة، الطبعة: الثانية.

68. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة الطبعة: الخامسة، 2001م.

69. محمد السهالوي اللكنوي، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،1423ه/2002.

70. محمد الطاهر ابن عاشور، حاشية التوضيح والتصحيح المشكلات كتاب التنقيح، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، 1399ه.

71. محمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر–بيروت الطبعة: الثانية، 1412ه/1992م.

72. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، دار المعرفة– بيروت. (دط، دت).

73. محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي– بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م.

74. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر الطبعة: دط، دت.

75. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، شرح الدردير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، دط، دت.

76. محمد بن أحمد بن علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان الطبعة: الثانية، 1414ه/1994م.

77. محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر – بيروت، دط، 1409ه/1989م.

78. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422ه.

79. محمد بن القاسم الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1993م.

80. محمد بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة: الأولى، 1424ه/2003م.

81. محمّد بن عبد الرزّاق الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

82. محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي الطبعة: الأولى، 1992م.

83. محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، المحصول في اصول الفقه، تحقيق: حسين علي البدري، دار البيارق، الأردن، 1420ه.

84. محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة– بيروت.

85. محمد بن عيسى بن سَوْرة الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر الطبعة: الثانية، 1395ه/1975م.

86. محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1408ه/1988م.

87. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية بيروت، لبنان، دط، 1974م.

88. محمد يحي بن محمد المختار الولاتي، إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، مراد بوضاية، سنة النشر: 1427ه/2006م، الطبعة الأولى.

89. مسلم بن الحجاج أبو الحسن النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، دت.

90. مصلح بن عبد الحي نجار، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد، 2003م.

91. منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ،دط، دت.

(النون)

92. نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ، 1407ه/1987م.

93. نشوان بن سعيد الحميري، العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري مطهر بن علي الإرياني، المعاصر (بيروت– لبنان)، دار الفكر (دمشق–سورية)، الطبعة: الأولى، 1420ه/ 1999م.

(الياء)

94. يوسف بن عمر الغساني، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، المعتمد في الأدوية المفردة، دار الكتاب العلمية، الطبعة: الأولى:1421ه/2000م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ
الفصل التمهيدي: أصول المذهب المالكي.	
المبحث الأول: تحديد مفهوم أصول المذهب المالكي.	3
المطلب الأول: الأصل: مفهومه لغة واصطلاحا.	4
المطلب الثاني: مفهوم المذهب المالكي.	4
المبحث الثاني: أصول المذهب المالكي: إحصاؤها وأنواعها وخصائصها.	8
المطلب الأول: إحصاء أصول المذهب المالكي.	9
المطلب الثاني: أنواع أصول المذهب المالكي.	12
المطلب الثالث: خصائص أصول المذهب المالكي.	16
الفصل الأول: الاستحسان عند المالكية حقيقته وحجيته.	
المبحث الأول: تحديد مفهوم الاستحسان.	20
المطلب الأول: : تعريف الاستحسان.	21
المطلب الثاني: علاقة الاستحسان ببعض المصطلحات ذات الصلة.	26
المبحث الثاني: الاستحسان عند المالكية أنواعه وأركانه ومجال العمل به.	31
المطلب الأول: أنواع الاستحسان عند الإمام مالك.	32
المطلب الثاني: أركان الاستحسان.	40
المطلب الثالث: مجال العمل بالإستحسان في المذهب المالكي.	42
المبحث الثالث: حجية الاستحسان عند علماء المذهب المالكي.	43
المطلب الأول: سبب الخلاف	44
المطلب الثاني: أراء علماء المذهب المالكي في الاحتجاج بالإستحسان.	44

المطلب الثالث: الترجيح.	48
الفصل الثاني: أثر الاستحسان في بعض التطبيقات الفقهية.	
المبحث الأول: أثر الاستحسان في باب العبادات.	55
المطلب الأول: مسألة جواز القراءة القليلة للحائض.	56
المطلب الثاني: مسألة النية بالصيام مقارنة للفجر.	58
المطلب الثالث: مسألة أداء زكاة الفطر قبل الغدو إلى المصلى.	60
المبحث الثاني: أثر الاستحسان في باب المعاملات.	63
المطلب الأول: مسألة بيع الدرهم الناقص بالدرهم الوازن.	64
المطلب الثاني: مسألة تضمين الصناع.	66
المطلب الثالث: مسألة ثبوت الشفعة في أنقاض أرض الحبس والعارية.	68
المبحث الثالث: أثر الاستحسان في باب الأحوال الشخصية.	72
المطلب الأول: مسألة ما يحل للرجل من امرأته الحائض بعد الطهر وقبل الغسل.	73
المطلب الثاني: مسألة جواز نكاح المرأة الدنيئة نفسها بغير وليها.	76
المطلب الثالث: مسألة جواز النظر إلى ماعدا الوجه والكفين من المرأة الأجنبية.	78
المبحث الرابع: أثر الاستحسان في باب الجنايات والحدود.	81
المطلب الأول: مسألة ثبوت القصاص في الجرح بالشاهد واليمين.	82
المطلب الثاني: مسألة الواجب في أنملة الإبهام خمس من الإبل.	84
خاتمة	88