الاستحسان في الفقه المالكي

–دراسة تأصيلية تطبيقية–

الدكتور جـواد الفلاقي

باحث في الدراسات الفقهية والأصولية

أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي بالأكاديمية الجهوة للتربية والتكوين جهة فاس مكناس

المغرب

ملخص البحث:

يعالج هذا المقال موضوعاً أصولياً في غاية الأهمية عند المالكية، وهو "الاستحسان"، والذي يعد من أهم مباحث علم الأصول، وأدق مسالك الاستدلال والاستنباط والاحتجاج؛ لوقوعه بين الأدلة الشرعية المختلف فيها عند أرباب المذاهب الفقهية المعتمدة. هذا وقد انتظم في مقدمة وثلاثة محاور وخاتمة، كانت المقدمة في بيان أهمية الموضوع، وإشكاليته، ودوافع الكتابة فيه، ثم خصص المحور الأول: للتعريف بالاستحسان وصوره عند المالكية، والثاني: لبيان أقوال الفقهاء في حجية الاستحسان عند الإمام مالك، والثالث: في أنواع الاستحسان، مع تذييل ذلك بتطبيقات فقهية، ثم الخاتمة التي تم الحديث فيها عن أهم النتائج والتوصيات.

مقدمـــــة:

الحمد لله رب العالمين الهادي إلى الحق المبين والصلاة والسلام على النبي الأمين سيد الخلق أجمعين وعلى آله الطيبين، وصحابته أجمعين وعلى من اهتدى بهديهم وتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد؛

فإن علم أصول الفقه بحوره زاخرة، ورياضة ناضرة، ونجومه زاهرة، وأصوله ثابتة مقررة، وفروعه محررة، لا يفنى عطاؤه، ولا يبلى عزه، وكرمه، به يفهم الكتاب والسنة، وعليه تبنى الأحكام الشرعية المشرفة.

ثم إن من المعلوم أن المذهب المالكي يمتاز على مستوى التنظير والتنزيل بعدة مميزات وخصوصيات، تتجلى أهمها في: وفرة مصادره وكثرة أصوله المتمثلة في الكتاب والسنة، والإجماع، وإجماع أهل المدينة، والقياس، والاستحسان، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستصحاب والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والعرف، والاستقراء، والأخذ بالأخف، ومراعاة الخلاف والبراءة الأصلية والاستدلال"(1)، والتي أغنت الفقه المالكي وأعطته قوة وحيوية، ووضعت بين أيدي علمائه من وسائل الاجتهاد وأدوات الاستنباط مما يؤهلهم لبلوغ درجة الاجتهاد، ويمكنهم من ممارسته، ويسهل عليهم مهمته(2).

ومن هذا المنطلق فإن من بين مصادر التشريع عند الإمام مالك "الاستحسان"، الذي يُعد من أهم مباحث علم الأصول، وأدق مسالك الاستدلال والاستنباط والاحتجاج، لوقوعه بين الأدلة الشرعية المختلف فيها عند أرباب المذاهب الفقهية المعتمدة –الأربعة–، مما أدى إلى القائلين به إلى الاختلاف في تحديد مفهومه تصورا وتصديقاً، وسلكوا في ذلك مسالك ومناهج عديدة في تأويله وبيانه، فدقة معناه وخفاؤه في ذاته، كان من أجلي أسباب الاضطراب، المنهجي في الاحتجاج به سواء من قبل المجيزين أو المنكرين له. ثم إن الأخذ بالاستحسان هو الأخذ بدقيق العلم ولطيف المعنى.

وفي هذا السياق يأتي موضوع هذه الدراسة ضمن مقال بعنـــــوان:

الاستحسان في الفقه المالكي – دراسة تأصيلية تطبيقية، باعتباره يعالج إشكالاً طالما لم تحرر فيه دراسة مستفيضة في مدى اعتبار الاستحسان أصل من أصول الإمام مالك، وآلية من آليات الاجتهاد المعتبرة لديه في استنباط الأحكام الشرعية؟ وما المصوغ الفقهي الذي جعل بعض فقهاء المالكية ينكرون حجية الاستحسان وعدم اعتباره مصدرا من مصادر التشريع عند الإمام مالك؟

وعليه؛ يتفرع على هذه الإشكال عند التحليل إلى جملٍ من الأسئلة المعرفية الجزئية:

- ✓ **إلى أي حدّ اعتبار أن الاستحسان أصل ومصدر من مصادر التشريع المعتبرة عند الإمام مالك؟**
- ✓ **ما حقيقة الاستحسان وصوره وأنواعه؟ وهل فقهاء المالكية أجمعوا على القول به؟ وهل الإمام مالك قال بالاستحسان في فتاواه واجتهاداته التطبيقية؟ أم فقط يبقى محصورا في الجانب التنظيري؟**

لذا أسعى من خلا هذه الدراسة إلى إيضاح حقيقة الاستحسان عند المالكية، وبيان صوره وأنواعه، وأقوال فقهاء المالكية في مدى حجية الاستحسان ونسبته إلى الإمام مالك، ثم بيان بعض أقسام الاستحسان المشهورة عند المالكية؛ مع تذييل ذلك بأمثلة تطبيقية، مراعيا في ذلك الإيجاز وعدم الإطناب.

هذا وقد تضمن هذا الموضوع بالإضافة إلى المقدمة؛ المحاور الآتية:

- **المحـــــور الأول**: في بيان مفهوم الاستحسان وصوره عند المالكية
- **المحـــــور الثاني**: في حجية الاستحسان عند المالكية
- **المحـــــور الثالث**: في أنواع الاستحسان المعتمدة في الفقه المالكي
- **خاتمـــة**: احتوت أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة

المحور الأول: في مفهوم الاستحسان عند المالكية، وصوره

أولا: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا

1) تعريف الاستحسان لغة: الاستحسان في اللغة من الحسن؛ فيطلق بمعنى عدّ الشيء واعتباره حسنا؛ وهو ضد القبح ونقيضه (3)؛ وكأنّ من استحسن الشيء فقد جعله حسنا دون غيره من الأشياء. واستحسن: الأمر الشيء عده حسناً (4).

2) تعريف الاستحسان عند المالكية:

عرف الاستحسان في المذهب المالكي، بعدة تعاريف، متباينة لفظا ومعنىً أذكر منها ما يلي:

* الاستحسان هو: «**القول بأقوى الدليلين**»، وهو ما قاله ابن خويز منداد وابن العربي (5).

ومقتضى هذا التعريف أن الاستحسان يكون في حال تعارض الأدلة فيما بينها فيقدم المجتهد من ذلك أقوى الأدلة وأرجحها، فيكون هذا الترجيح استحسانا (6).

وقد وضح محمد الطاهر ابن عاشور هذا التعريف بقوله:" الاستحسان قد أطلقه فقهاؤنا على معنى ترجيح أحد الدليلين على الآخر بمرجح معتبر ليس في الشرع ما يخالفه، وقد استقرأت لهم من هذا معاني خمسة وهي الأخذ بالعرف أو بالاحتياط أو ما استقر عليه عمل أهل العلم كالصحابة والتابعين أو ترجيح أحد الأثرين على الآخر أو عدول عن قياس وإن كان جليًا إلى آخر وإن كان أخفى منه؛ لأن المعدول إليه أولى بالاعتبار لمعضدات" (7).

* وقد ذكر ابن العربي معنى آخر للاستحسان عند الإمام مالك وأصحابه وهو «**إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته**» (8)، وذلك أن تكون الحادثة مترددة بين أصلين، وأحد الأصلين أقوى بها شبها وأقرب، والأصل الآخر أبعد، إلا مع القياس الظاهر، أو عرف جار، أو ضرب من المصلحة، أو خوف مفسدة، أو ضرب من الضرر والعذر، فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على ذلك الأصل البعيد (9).

* ونفس المعنى الذي عبر عنه الإمام ابن رشد، بقوله الاستحسان عند مالك هو: «**جمع بين الأدلة المتعارضة، وإذا كان ذلك كذلك، فليس هو قولا بغير دليل**» (10).

فالعمل بالاستحسان ليس إلغاء أحد الدليلين وإنما هو تخصيص جزئية معينة من دليل كلي، سواء كان هذا الكلي ثابتاً بالنص أو بالقياس، فهو بمثابة الجمع بين الدليلين.

وعرفه الإمام الشاطبي بقوله: "**الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي**"(**11**)، ومعناه: تقديم المصالح المرسلة على القياس، كما قال الشاطبي أيضاً:" **أصل الاستحسان على رأي مالك ينبني على هذا الأصل؛ لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس**"(12)،

وإلى هذا أشار صاحب مراقي السعود بقوله:

والأخذ بالذي له رجحـــــــــان * من الأدلة هو استحسان**

أو هو تخصيص بعرف ما يعم * ورعي الاستصلاح بعضهم يؤم**

ورد كونه دليلا ينقـــــــــــــــــدح *** ويقصر التعبير عنه متضح (13)

وقال الإمام الباجي:" **ومن ذلك أن يرى أن طرد القياس يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الوضع من تخفيف أو مقارنة**، وهذا كثيرًا ما يستعمله أشهب وأصبغ وابن المواز" (14)، وهذا التعريف تضمن أموراً منها:

- ✓ أن حقيقة الاستحسان هو ترك طرد القياس في مواضع معينة؛ فالدليل الأصلي يكون العدول عنه في بعض المواضع هو القياس لا كل دليل.
- ✓ أبان التعريف عن الموجب الذي اقتضى العدول عن طرد القياس، وهو الغلو في الحكم الثابت بالقياس والمبالغة فيه، فكان الاستحسان أن يترك هذا القياس لهذا المقتضى في المحل الذي وقع أو توقع فيه الغلو والمبالغة (15).

يقول ابن رشد الجد في هذا المعنى:" **وإذا أدى طرد القياس إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، كان العدول عنه إلى استحسان أولى، ولا تكاد تجد الثغرق في القياس إلا مخالفا لمنهاج الشريعة**"(16)، والاستدلال المرسل مما يشمل مفهوم رفع الحرج والمشقة، فالموجب للعدول عن طرد القياس هو الاستدلال المرسل.

ومقتضى هذا المفهوم للاستحسان أن يكون مرجعُه إلى تخصيص العلة في القياس؛ لذلك نجد أن هذا المفهوم مما أنكره نفاة الاستحسان؛ قال الباجي:" **وهذا الاستحسان ينفيه نفاة الاستحسان وينكرونه. والواجب فيما لا نص فيه ولا إجماع إتباع مقتضى الأدلة وما يوجب النظر، واجتناب العدول عنه باستحسان دون دليل يقتضي ذلك الاستحسان**"(17)

وقد عقب الباجي على تفسير الاستحسان بهذا المفهوم الذي أورده، بأنه إذا فسر الاستحسان بذلك فهو موضع خلاف ويكون حده بأنه:" **اجتياز القول من غير دليل ولا تقليد**"(18)

ومجمل القول: إن مدار الاستحسان عند المالكية على عدة معان، منها الأخذ بأقوى الدليلين عند التعارض، أو يقوم الاستحسان على الاستثناء والترخص من الحكم العام للمصلحة، أو مراعاة العرف أو التخفيف، خاصة إن كان في الأخذ بالقياس غلو في الحكم.. أو تخصيص العام، أو تخصيص القياس بالمصلحة.

وعليه؛ فالاستحسان عند الإمام مالك، هو نوع من المصالح المرسلة، يقول الإمام الشاطبي:" **ومما ينبني عليه هذا الأصل– أي المصلحة– قاعدة الاستحسان، وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس**"(19).

ثانيا: من صور الاستحسان عند المالكية

من خلال التصورات والتصديقات التي عرف بها الاستحسان عند المالكية، نجد أن له صوراً عديدة، وأن من هذه الصور ما هو مقبول من طرف جميع العلماء، ومنها ما هو مردود باتفاقهم، وبيان ذلك كالآتي:

1) فمن صور الاستحسان المردودة باتفاق العلماء ما يلي:

✓ الحكم الذي ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عن دليله؛ لأن الظاهر أن المقصود منه أن المجتهد لم يقتنع بعد بذلك الدليل الذي انقدح في نفسه وما يزال يشك فيه. وهذا غير مقبول أبدا؛ لأن الأحكام لا تثبت بمجرد الاحتمال والشك (20).

قال ابن الحاجب:" **لأنه؛ إن لم يتحقق كونه دليلاً فمردود اتفاقا، –إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك– وإن تحقق ذلك فمعتبر شرعا**"(21).

✓ اتباع العادة التي جرى عليها الناس بعد عصر النبوة والصحابة مع مخالفتها للدليل الشرعي. وهذا غير مقبول أيضا؛ لأن الأحكام الشرعية لا تثبت عن طريق جريان الناس على عادة ما، ما لم تكن موافقة للقرآن والسنة أو للإجماع أو للقياس (22).

2) من صور الاستحسان المقبولة باتفاق العلماء ما يلي:

* العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه.
* تخصيص قياس بقياس آخر أقوى منه.
* إذن فالاستحسان المقبول عند السادة المالكية هو الذي عرفه ابن العربي بقوله:" **الاستحسان: إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته**"(23).

ذلك أن الدليل الشرعي قد يدل على حكم معين، فيعدل المجتهد عن ذلك الحكم إلى حكم آخر ثبت بالإجماع، أو جرى به العرف، أو لأنه يحقق مصلحة أو يدفع مشقة.

وفي ذلك يقول الإمام الباجي: "**ومن ذلك أن يرى أن طرد القياس يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الوضع من تخفيف أو مقارنة**"(24)

ويؤكد ذلك ابن رشد الجد –رحمه الله– بقوله:" **والاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس، هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيُعدَّل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم ويختص به في ذلك الموضع**"(25).

المحور الثاني: أقوال الفقهاء في حجية الاستحسان عند الإمام مالك

* لقد استنكر كثير من العلماء عدّ الاستحسان مصدراً من مصادر التشريع، وطريقاً لاستنباط الأحكام الشرعية، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي:" **من استحسن فقد شرع**"، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل القول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل أحد لنفسه شرعا (26)

وبناء عليه؛ اختلف فقهاء المالكية في اعتبار" **الاستحسان**" أصلا من أصول مالك، ومصدراً من مصادر التشريع الذي بنى عليها اجتهاداته؛ وبيان ذلك من خلال ما يلي:

القول الأول: الاستحسان أصل من أصول الإمام مالك:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الاستحسان أصلا من أصول مذهب مالك، وأصحابه، وبه قال ابن القاسم، وأشهب وأصبغ وابن المواز، وابن العربي، والدردير والدسوقي، وغيرهم (27).

✸ روى أصبغ عن ابن القاسم أنه نسب إلى مالك، قوله" **الاستحسان تسعة أعشار العلم**"(28)، وقال أصبغ:" **في الاستحسان قد يكون أغلب من القياس، وجاء عن مالك أن الفرق في القياس يكاد يفارق السنة**" (29) اهـ.

✸ وجاء في كتاب "الجامع لأصول الفقه" لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن خويز منداد البصري قال: "**قول مالك – رحمه الله – على القول بالاستحسان وبنى عليه أبوابا ومسائل من مذهبه**"(**30**)

وقال ابن العربي:".. **وعلماؤنا من المالكية كثيرا ما يقولون: القيام كذا في مسألة، والاستحسان كذا، والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين..**"(**31**).

✸ كما نجد الشيخ الدردير يورد نسبة الاستحسان إلى الإمام مالك، في أربعة مسائل، وهي:" **الشفعة في العقار، والشفعة في الثمار، والقضاء في القصاص بشاهد ويمين، وتمييز دية أنملة الإبهام عن أنامل الأصابع الأخرى بجعل ديتها خمسة من الإبل، يعني نصف دية الأصبع، مع أن دية الأنملة في الأصابع الأخرى هي ثلث دية الأصبع فقط. وزاد الدسوقي في شرحه على الدردير خامسة، وهي:" وصاية الأم على ولدها إذا تركت له مالاً يسيراً كالستين ديناراً**"(32)

✸ وجمع الكل بعضهم (أي المواضيع التي قال فيها الإمام مالك بالاستحسان) بقوله (33):

وقال مالك بالاختيـــــار ... في شفعة الأنقاض والثمار

والجرح مثل المال في الاحـكام ... والخمس في أنملة الإبهام

وفي وصي الأم باليسيـــــر ... منها ولا ولي للصغيـــر

✸ ورد الإمام الدسوقي على من يظن أن الإمام مالكا –رحمه الله– لم يستعمل الاستحسان إلا في تلك المواضيع بأنه استعمله في غيرها، لكنه لم يسبق في هذه فقال: «**فإن قلت كيف تكون مستحسنات الإمام قاصرة على هذه المسائل الأربعة مع أن الاستحسان في مسائل الفقه أغلب من القياس كما قال المتيطي، وقال مالك إنه تسعة أعشار العلم؟ قلت إن الاستحسان الواقع من الإمام ليس قاصرا على هذه الأربعة، بل وقع منه في غيرها أيضا لكن وافقه في غيره، أو كان له سلف فيه بخلاف هذه الأربعة فإنه استحسنها من عند نفسه ولم يسبقه غيره بذلك لقوله وما علمت أحدا قاله قبلي**"(34).

وإذا أمعنا النظر لأقوال الإمام مالك وأصحابه نجدها مملوءة بكثير من الفروع الفقهية في المذهب كان أساس الاعتماد فيها على الاستحسان، وفي ذلك يقول الامام الباجي، بعد بيانه لمعنى الاستحسان:" **وهذا كثير ما يستعمله أشهب، وأصبغ وابن المواز**"(35)

ومن خلال ما أوردناه من بعض نصوص أصحاب هذا القول، وما اعتمدوه من حجج وتعليلات فقهية، نستنبط أن الاستحسان أصل من أصول مالك ومصدر من مصادر التشريع الذي اعتمد عليه الإمام مالك– رحمه الله– في اجتهاداته واختياراته الفقهية.

✸ وفي هذا يقول العلامة يحي الـولاتي:

..... والاستحســـــــــان * وهو اقتفاء ماله رجحان**

وقيل، بل هو دليل ينقــذف * في نفس من بالاجتهاد متصف**

ولكن التعبير عنه يقصـر * عنه فلا يعلم كيف يخبر (36).**

القول الثاني: المنكرين في نسبة الاستحسان إلى الإمام مالك

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الاستحسان لا تصح نسبته إلى الإمام مالك، وبه قال القاضي عبد الوهاب البغدادي، والإمام الباجي، والقرطبي، وما يفهم ضمنياً من كلام القاضي عياض والشريف التلمساني، وابن الحاجب، وغيرهم.

ومما أثر عنهم من الأقوال ما يلي:

- قال القاضي عبد الوهاب المالكي:" **ليس بمنصوص (أي الاستحسان) عن مالك، إلا أن كتب أصحابنا مملوءة من ذكره والقول به، ونص عليه ابن القاسم وأشهب وغيرهما**" (37)، ومما يؤكد ذلك –وهو بصدد تعداد مصادر الإمام مالك– لم يذكر الاستحسان، بل حدد الأدلة المعتبرة في المذهب في الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة (38).
- كما أن القاضي عياض وهو يعد في كتابه ترتيب المدارك مصادر الإمام مالك ذكر منها: الكتاب والسنة والإجماع، والقياس، وعمل أهل المدينة، وفي المقابل عاب على أبي حنيفة احتفاءه الكبير بالقياس والاستحسان حيث يقول: «**وأما أبو حنيفة فإنه قال بتقديم القياس والاعتبار على السنن والآثار، فترك نصوص الأصول وتمسك بالمعقول وآثار الرأي والقياس والاستحسان، ثم قدم الاستحسان على القياس، فأبعد ما شاء، وحد بعضهم استحسان أنه الميل إلى القول بغير حجة. وهذا هو الهوى المذموم والشهوة والحدث في الدين والبدعة، حتى قال الشافعي:(من استحسن فقد شرع في الدين)**» (39).

وبغض النظر عن مدى انطباق ما قاله القاضي عياض على منهج الإمام أبي حنيفة في الاجتهاد، فإن الشاهد هنا هو أنه لو كان القاضي عياض يعتقد صحة ما روي عن ابن القاسم من نسبة القول إلى مالك بأن الاستحسان" **تسعة أعشار العلم**"، وأن الاستحسان من أصول مذهب مالك، لما تجرأ على انتقاد الإمام أبي حنيفة في موضوع الاستحسان؛ لأن الإمام مالك بذلك يكون أغرق في الاستحسان من أبي حنيفة وتلاميذه (40).

- وجاء في مختصر المنتهى لابن الحاجب: "في الحديث عن الأدلة المختلف فيها" الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة، وأنكره غيرهم، حتى قال الشافعي، رحمه الله «من استحسن فقد شرع"(41)، ولا يتحقق استحسان مختلف فيه"(42). وهو الرأي ذاته الذي أورده بن جزي (43)، وهذا إنكار واضح من ابن الحاجب وابن جزي لكون الاستحسان من أصول مذهب مالك.
- وقال القرافي:" **وهو حجة عند الحنفية وبعض البصريين منا، وأنكره العراقيون**"(44)
- وقال الباجي: «**ذكر محمد بن خويز منداد من أصحابنا أن معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك: هو القول بأقوى الدليلين**» (45)، يعني نفي الاستحسان عن الإمام مالك.
- وقال الشوكاني:" **ونسبه إمام الحرمين إلى مالك، وأنكره القرطبي، فقال ليس معروفاً من مذهبه**"(46)

الراجح من هذه الأقوال

من خلال التتبع والاستقراء وإمعان النظر فيما ذهب إليه الفريقين، ومما ورد عنهم من نصوص وتعليلات وتأويلات فقهية؛ فأقول وبالله التوفيق، أن الراجح من ذلك، هو ما ذهب إليه الفريق الأول لقوة الدليل والتعليل؛ لأن الإمام مالك –رحمه الله– كان يعتمد "**الاستحسان**" في اجتهاده، وأنه مصدر من مصادر التشريع لديه، ويدل على ذلك أموراً منها:

- نص الإمام مالك نفسه بأن الاستحسان "**تسعة أعشار العلم**"، ورغم أن الإمام ابن حزم يرفض الاستحسان، إلا أنه روى هذا الأثر عن مالك بسند جيد (47).

- أنه 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 واشهب تلامذة الإمام مالك، وتلقيا عنه مباشرة، وهما أفهم لمراد الإمام من غيرهما (48).
- وقد نص ابن القاسم على الاستحسان الذي هو بخلاف القياس، وذلك في جواز مالك الوصية من الأم دون غيرها، فقال ما نصه:" إنما استحسان مالك في الأم، وليست الأم كغيرها من هؤلاء؛ ولأن الأم والدة وليس كغيرها وهو مالها، وهذا ليس بماله الذي يوصي به لغيره، وما هو بالقياس، ولكنه استحسان؛ ألا ترى أن الأم تعتصر ما وهبت لابنها أو ابنتها وتكون بمنزلة الأب والجد والأخ لا يعتصران، فهذا يدلك أيضا على الفرق بينهما"(49).
- أن مما دعا البعض إلى إنكار الاستحسان هو عدم وضوح معناه في بادئ الأمر، وهذا ما عناه ابن العربي المالكي حين قال:" **وأما أصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد المعارضة بيده 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**"(50)

✓ ولعل من نفى الاستحسان عن مالك أراد بذلك تلك المعاني التي صاغها البعض باعتباره نوعاً من التشهي، أو القول بالرأي، أو أنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد، وكل هذه المعاني منفية–قطعا– عن أن يقول بها الإمام مالك –رحمه الله– (51).

✓ ويؤيد هذا قول الشاطبي معلقاً على قول مالك:" **الاستحسان تسعة أعشار العلم**" «**وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم قبل، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم، ولا أغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة**» (52).

وعلى فرض أن مالكا لم ينص على لفظ الاستحسان بمعناه الاصطلاحي، فلا يلزم من عدم التلفظ بهذا الاصطلاح أنه غير قائل بمضمونه وفحواه.

ثم إن الاستدلال بأن من اعتنى بذكر أصول مالك لم يذكر الاستحسان على أنه أصل من أصوله، فيجاب بما يلي:

- أنه يجب التفريق بين كون الاستحسان حجة وبين كونه دليلا مستقلا فبعض الأئمة كالشاطبي يرى الاستحسان حجة عند مالك، لكن لا يراه دليلا مستقلا، فهو أشبه بطريقة للاستدلال، ومن هنا أدخل فيما بعد في الأدلة، قال الشاطبي:" **الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها**"(53)
- أن الشاطبي أورد الاستحسان في كتاب الاجتهاد من الموافقات بعد كتاب الأدلة، ولعل هذا ما يفسر قول أصبغ ممن اتهم بالمغالاة في الاستحسان حين قال:" **إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم**"(54)، بمعنى أنه طريقة يعتمد عليها في الاجتهاد، وليس دليلا مستقلا، لكنه بلا شك حجة شرعية.

ومجمل الكلام في هذا أقول: الاستحسان مصدر من مصادر التشريع المعتبرة في المذهب المالكي وأصلا من أصوله؛ وأن ذلك لا يكون من قبل التشهي، وإنما هو ترك لدليل لمعارضته بدليل أقوى منه وأثبت.

المحور الثالث: في أنواع الاستحسان عند القائلين به من فقهاء المالكية:

ينقسم الاستحسان عند السادة المالكية باعتبار السند الذي بني عليه إلى مجموعة من الأقسام، ولكن المشهور عند القائلين به إلى أربعة أنواع، وأشهر ما نقل في هذا قول ابن العربي في كتابه المحصول:" **وقد تتبعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسماً أقساماً، فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة عن الخلق**"(55)

وقد زاد بعض المالكية أنواع أخرى لم يذكرها ابن العربي وهي: **ترك الدليل سدا للذريعة، ومنه ترك الدليل للضرورة، ومنه ترك الدليل لاعتبار القرينة، ومنه ترك الدليل للقياس الخفي، ومنه ترك الدليل مراعاة لخلاف العلماء**

وبناء عليه؛ أسلط الضوء على هذه الأنواع الأربعة التي ذكها ابن العربي وذلك من باب التمثيل والبيان لا الحصر فأقول وبالله التوفيق:

النوع الأول: الاستحسان بالعرف (56)

ويقصد به: "**تخصيص الدليل العام بالعادة لمصلحة الناس في ذلك**" (57). وقيل العدول عن القياس للعرف (58).

من تطبيقاته: "استحسان الشفعة في الثمار مع ضعف ضرر الشركة فيها؛ رعياً لعرف الناس في اجتنائها بطوناً وعدم رغبتهم في شراء ما يجتمع منها كل يوم"(59).

ومثال آخر للتوضيح أكثر: "**ورد الأيمان إلى العرف**" (60)، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقوله: "**والله لا دخلت مع فلان بيتا**". فلا يحنث (بدخوله معه المسجد وما أشبه ذلك. ووجهه: أن اللفظ يقتضي الحنث بدخول) كل موضع يسمى بيتا في اللغة والمسجد يسمى بيتا فيحنث على ذلك. إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ، فلا يحنث"(61).

النوع الثاني: الاستحسان بالمصلحة (62)

وبيانه هو: "**الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل كلي أو قياس كلي**"(63)، أي: تقديم المصالح المرسلة على القياس، كما قال الشاطبي:" أصل الاستحسان على رأي مالك، ينبني على هذا الأصل؛ لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"(64)

من تطبيقاته الفقهية: تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعاً، فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين، كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين (65)، فالقياس يقتضي عدم تضمينهم؛ لأنهم مؤتمنون، فلا يضمنون إلا بالتعدي، أو التقصير، ولكن رعاية لمصالح الناس والحفاظ على أموالهم وعدم تضييع حقوقهم، تم العدول عن القياس إلى الاستحسان المقتضي تضمينهم، منعا لتهاونهم في المحافظة على أموال الناس وصيانتها.

النوع الثالث: الاستحسان بإجماع أهل المدينة

والمراد به تقديم الإجماع على القياس عند التعارض؛ لأن القياس فيه احتمال الخطأ والغلط، فبالنص أو الإجماع يتعين فيه جهة الخطأ فيه فيكون واجب الترك لا جائز العمل به في الموضع الذي تعين جهة الخطأ فيه؛ ولأن الإجماع كالنص من كتاب أو سنة في كونه موجباً العلم، كما أن الإجماع دليل فوق الرأي والقياس من حيث القوة (66).

ومن تطبيقاته الفقهية: مثل له الإمام الشاطبي بشرب الماء من أيدي السائقين من غير تقدير لزمان 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 (67).

النوع الرابع: الاستحسان بالتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق:

ومعناه:" إثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساماً: فمنه ترك الدليل للعرف؛ كرد الأيمان إلى العرف، وتركه إلى المصلحة؛ كتضمين الأجير المشترك، أو تركه للإجماع؛ ... وتركه (أي

الدليل) في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق؛ كإجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وإجازة بيع وصرف في اليسير"(68).

قال ابن رشد الجد:" **وما كان قال مالك من إجازته في اليسير، إنما هو استحسان؛ لأنه عدل عن اتباع مقتضى القياس وطرد العلة في القليل والكثير**"(69).

ومن تطبيقاته الفقهية:

* جواز التفاضل اليسير في المراطلة(70) الكَبِيرَة وإجازة بيع وصف فِي الْيَسِير(71): فقد أجاز مالك رحمه الله التفاضل اليسير في الكثيرة، وذلك جواز إبدال الدرهم الناقص بالوزن رفقا بالناس ورفعا للحرج.

* الأجل في السلم: قال القرافي:" وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي، فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير جاز ذلك؛ إذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان، ومن رأى أنه كثير، وإنما كثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور لم يجزه"(72).

قال ابن العربي:" فهذا أنموذج في نظائر الاستحسان وكل مسألة منه مبينة في موضعها ذلك لتعلموا أن قول مالك وأصحابه استحسن كذا وإنما معناه وأوثر ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته"(73).

هذه بعض النماذج التطبيقية لأنواع الاستحسان في الفقه المالكي، ومن أراد التسع في الموضوع فليرجع إلى المصادر الفقه المالكية.

خاتمـــة:

نسجل في ختام هذه الدراسة أهم النتائج المتوصل إليها، وذلك من خلال ما يلي:

* الاستحسان أصل من أصول التشريع عند الإمام مالك وبعض تلامذته يحتج به في الأحكام ويدل على ذلك: أنه قد نص على أن "الاستحسان تسعة أعشار العلم" وكذلك مما ورد عن تلامذته في العمل به على مستوى التنظير والتنزيل.

* مدار الاستحسان عند السادة المالكية على عدة معان، منها: الأخذ بأقوى الدليلين عند التعارض، أو هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي لدليل أقوى، بأن يقع العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى فيدخل فيه العدول عن حكم إلى مقابله للدليل المخصص؛ لأن الدليل الخاص أقوى من العام..، أو يقوم الاستحسان على الاستثناء والترخص من الحكم العام للمصلحة، أو مراعاة العرف أو التخفيف..، خاصة إن كان في الأخذ بالقياس غلو في الحكم..

* من خصائص الفقه المالكي كثرة مصادره وأصوله، وهذا مما أعطاه قوة وحيوة؛ مما جعله يساير المستجدات والقضايا المعاصرة، ومن ذلك الاستحسان

* إن تصنيف الاستحسان في المؤلفات الأصولية عند المالكية إما في الأدلة المختلف فيها، كابن العربي وابن الحاجب والقرافي.. أو في باب الاستدلال والاجتهاد، كالإمام الشاطبي وغيره، وهذا إشارة واضحة على مكانة الاستحسان واعتباره في فقه الإمام مالك، وأنه دليل من الأدلة عنده، أو قاعدة كلية فهو حجة شرعية بكل حال، من الأحوال

* إن السواد الأعظم من فقهاء المالكية قد عدوا الاستحسان أصلا من أصول المذهب المالكي، وأثبتوا أن مالكا كثيرا ما يأوي إليه في فروعه الفقهية؛ وعلى هذا يكون الاستحسان عند الإمام مالك- رضي الله عنه-حجة شرعية؛ ومصدر من مصادر التشريع لديه في استنباطه للإحكام الشرعية.

التوصيات: مما لا شك فيه أن موضوع الاستحسان في الفقه المالكي لازال في حاجة إلى بحوث أكاديمية عميقة تسبر أغواره وتحرير الأقوال فيه، وربطه بالتطبيقات الفقهية، وخاصة في باب المعاملات المالية الإسلامية؛ لهذا وذاك؛ يوصي الباحث الطلبة الباحثين إلى تعميق البحث والدراسة المستفيضة والعميقة في الاستحسان عند المالكية وربطه بالفروع الفقهية

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

والحمد لله رب العالمين.

الهوامش:

1 - شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص:445 بتصرف

2- خصائص المذهب المالكي، للدكتور العلامة محمد التاويل، ص:15

3- . انظر: لسان العرب، لابن منظور (مادة: حسن).

4- الصحاح للجوهري، ج5، ص2099

5- الإحكام للباجي، ص564، وأحكام القرآن لابن العربي، ج2، ص:754

6- انظر الحدود في الأصول للباجي،65

7-حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول (لشهاب الدين القرافي)، تأليف: محمد الطاهر بن عاشور، ج2، ص229

8- المحصول في علم الصول لابن العربي، ص:131، والموافقات للشاطبي، ج2، ص:371. والاعتصام، ج2، ص139.

9- تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي، تأليف الدكتور عبد الله معصر، ص:14

10- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ج2، ص:419

11- الموافقات في أصول الشريعة، للإمام الشاطبي، ج4، ص:148-158

12- انظر: الموافقات ج2، ص:149

13- نشر البنود على مراقي السعود، للشنقيطي، ج2، ص:262-263

14- الحدود في الأصول للباجي، ص:119

15- أنظر: الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي للدكتور حاتم باي، ص:270

16- البيان والتحصيل لابن رشد الجد، ج11، ص:119-120

17- الحدود للباجي، ص:119-120

18- نفسه، ص:120

19- الموافقات، ج2، ص:148

20- انظر: محاضرات ي أصول الفقه للدكتور: محمد بن معجوز، ص:139

21- وللاستزادة في هذه المسألة، ينظر: شرح مختصر المنتهى الأصولي للإمام أبي عمرو عثمان ابن الحاجب المالكي . تأليف: عضد الدين عبد الرحمن الإيجي، 3، ص:575

22- محاضرات في أصول الفقه، ابن معجوز، ص:139

23- المحصول في علم الصول لابن العربي، ص:131، وانظر: محاضرات في أصول الفقه للدكتور محمد بن معجوز ص:139

24- الحدود في الأصول للإمام الباجي، ص:119

25- انظر: البيان والتحصيل لا بن رشد الجد، ج4، ص:165- الاعتصام، ج371/2
26- محاضرات في أصول الفقه، لمحمد ابن معجوز،138
27- انظر حجية الاستحسان عند الإمام مالك، د. مسعود صبري، ص:31
28- الموافقات في أصول الشريعة؛ للإمام الشاطبي، ج2، ص: 151
29- الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، لشهاب الدين القرافي، ج4، ص:146
30- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، ص:30
31- أحكام القرآن لابن العربي، ج2، ص:278
32- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ج3، ص:479
33-نفسه، ج3، ص:479
34- نفسه، ج3، ص:479-480
35- الحدود في أصول الفقه للباجي، ص:66
36- إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص:46
37- المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، ص:451
38- ملحق بكتاب المقدمة في الأصول لابن القصار، 248
39- ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض، ج1، ص:90
40- انظر: تحرير القول في مسمى الاستحسان عند المالكية، للدكتور نعمان جغيم، ص:153
41- أي: فقد وضع شرعا جديدا
42- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، شمس الدين الأصفهاني، تحقيق محمد مظهر بقا/281/2
43- انظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي، 144
44- شرح تنقيح الفصول للقرافي،452
45- إحكام الفصول للباجي، ج2، ص:693- شرح تنقيح الفصول،351
46- ارشاد الفحول/182/2
47- قال بهذا محقق الجزء الثالث من الاعتصام للدكتور هشام الصيني، الاعتصام/48/3
48- انظر حجية الاستحسان عند الإمام مالك، للدكتور مسعود صبري، ص:37
49-نفسه، ص:41
50- المدونة للإمام مالك، ج4/ 291
51- انظر: حجية الاستحسان عن الإمام مالك، للدكتور: مسعود صبري، ص:44
52- نفسه، ص:42
53- الاعتصام للشاطبي، ج3، ص:48
54- الموافقات في أصول الشريعة، ج 2، ص:151
55- نفسه 2، ص:152
56- المحصول، لابن العربي، ص131، والاعتصام للشاطبي، ت. الهلالي،638/2
57- **العرف**: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول " التعريفات للشريف الجرجاني، ص:149
58- إيصال السالك، 22
59- التوضيح في شرح التنقيح، حلولو،201/3 وحاشية التوضيح لابن عاشور،230/2
60- حاشية التوضيح والتصحيح لابن عاشور،230/2
61- المحصول لابن العربي، ص:131
62- الاعتصام للشاطبي، ج3، ص:50

63-المصلحة المرسلة: هي كل مصلحة داخلة في مقاصد الشرع، ولم يرد في الشرع نص على اعتبارها بنوعها، أو بعينها، ولا على استبعادها وإلغائها".
تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي، للدكتور عبد الله معصر، ص:126

64- إيصال السالك للولاتي، ص:21، والموافقات للشاطبي،148/4..

65- الموافقات،33/1

66- انظر الاعتصام للشاطبي،2،638. والمحصول لابن العربي،131 والموافقات/196/5

67-حجية القياس، ص:55

68- انظر تعليقات عبد الله دراز على الموافقات، ج2ص:148

69-الموافقات، ج1، ص:150 بتصرف يسير

70- البيان والتحصيل لابن رشد،137/7

71- المراطلة: هي المماثلة في الوزن مثل بيع الذهب بالذهب موازنة شرح حدود ابن عرفة/246/1

72- انظر المحصول لابن العربي، ص:132

73- الفروق للقرافي، ج3، ص:295

74- المحصول لابن العربي، ص:132