منهج الأصوليين المتأخرين من المالكية في تكييف الإستحسان وضبط العمل به - دراسة أصولية مقارنة

م.د. عامرة عداي مهدي
تدريسية في قسم الشريعة

Dr. Amira Adai Mahdi
Teaching position in the Sharia department

A research paper entitled: The Methodology of Later Maliki Jurists in Adapting and Regulating the Application of Istihsan
A Comparative Jurisprudential Study

Email: amera.a.mahdi@aliraqia.edu.iq

Journal of Islamic Sciences
Vol.4 | Issue 42
ISSN: 2225-9732
March 2026

ملخص البحث

يستعرض هذا البحث منهج متأخري أصوليي المالكية في تقعيد الاستحسان كأداة اجتهادية منضبطة، ويهدف إلى تحرير مفهومه لديهم والكشف عن ضوابط العمل به لتحقيق التوازن بين مقتضيات القياس والمصلحة.

اعتمدت الدراسة المنهجين الوصفي التحليلي والمقارن، وخلصت إلى أن منهج المتأخرين نقل الاستحسان من الاستثناء الجزئي إلى التقعيد المنهجي بربطه بالمقاصد الكلية، مما أخرجه عن مظنة التحكم بالرأي. كما أثبتت النتائج أن الخلاف حوله هو خلاف اصطلاحي وتطبيقي في جوهره، مما عزز مرونة المذهب في استيعاب النوازل الفقهية.

الكلمات المفتاحية: الاستحسان، منهجية الاستنباط، المذهب المالكي، الأصوليون المتأخرون، المقاصد الشرعية.

Abstract:

This research examines the methodology of later Maliki scholars in establishing istihsan (juristic preference) as a disciplined tool for ijtihad (independent legal reasoning). It aims to clarify their understanding of istihsan and reveal the principles governing its application in order to achieve a balance between the requirements of qiyas (analogical reasoning) and the public interest (maslaha).

The study employs descriptive, analytical, and comparative methodologies. It concludes that the later scholars' approach transformed istihsan from a partial exception to a systematic framework by linking it to overarching objectives (maqasid al-shari'ah), thus removing it from the perception of being arbitrary. The findings also demonstrate that the disagreement surrounding istihsan is essentially terminological and practical, which has enhanced the Maliki school's flexibility in addressing contemporary legal issues.

Keywords: Istihsan, Methodology of Deduction, Maliki School, Later Scholars of Usul al-Fiqh, Objectives of Islamic Law (Maqasid al-Shari'ah).

Journal of Islamic Sciences
Vol.4 | Issue 42
ISSN: 2225-9732
March 2026

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله بعثه الله للناس كافة، اللهم صلِّ وسلِّم وبارك عليه وعلى آل بيته وأصحابه الطيبين الطاهرين ... وبعد:

يعد الاستحسان من الأدوات الاجتهادية المهمة في الفقه الإسلامي، ورغم اختلاف العلماء في تعريفه وحجيته، إلا أنه يمثل ميزانًا لترك القياس الظاهر والأخذ بما هو أرفق وأنسب لمقاصد الشرع، وقد سعى الأصوليون عبر العصور إلى تكييف هذا المفهوم وتحديد ضوابطه لضمان عدم تعارضه مع النصوص الشرعية.

ويركز هذا البحث على منهج المتأخرين من أصوليي المالكية في تكييف الاستحسان، حيث لم يكتفوا بتبنيه كأصل مذهبي، بل عملوا على تقعيده وضبطه من خلال ربطه بالمصلحة المعتبرة والمقاصد الكلية؛ وذلك لبيان كيفية استثمارهم لهذا الأصل في تحقيق مرونة الفقه المالكي دون الخروج عن جادة الدليل.

أهداف الدراسة:

١. استجلاء آراء الأصوليين المالكية المتأخرين وتحليل منهجهم في تكييف الاستحسان.

٢. تحليل الأدلة التي استند إليها المالكية لبيان القوة التشريعية للاستحسان كأصل منضبط.

٣. استخلاص الضوابط المنهجية والشروط التي وضعها المتأخرون للاستحسان لضمان اتساقه مع النصوص والقواعد الكلية.

٤. دراسة كيفية تكييف الاستحسان في التطبيقات الفقهية عند متأخري المذهب لبيان أثره العملي.

٥. المساهمة في إبراز التطور الأصولي داخل المدرسة المالكية في التعامل مع الأدلة الاجتهادية.

سبب اختيار الموضوع:

١. أهمية الاستحسان كأداة اجتهادية تمنح الفقه مرونة في مواجهة النوازل.

٢. الحاجة إلى تبيان المنهج الدقيق للمتأخرين في ضبط الاستحسان، نظراً لما يكتنف الموضوع من خفاء في التكييف والاصطلاح.

٣. المكانة العلمية للمذهب المالكي، وضرورة دراسة تطور آراء أصولية المتأخرين في الأدلة الخلافية.

٤. الرغبة في إبراز دور الضوابط الأصولية في حماية الاجتهاد من الهوى والتحكم.

أهمية الدراسة:

· تبرز الأهمية في الكشف عن المنهجية التي اتبعها المالكية في الموازنة بين القياس والمصلحة من خلال بوابة الاستحسان.

· المساهمة في تأصيل القواعد التي تضبط العمل بالاستحسان، مما يعين على فهم أعمق لطرائق الاستنباط الفقهي.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في رصد المنهج الدقيق لمتأخري المالكية في تكييفهم للاستحسان؛ إذ يكتنف موقفه نوع من الغموض الاصطلاحي، مما يستوجب تحديد الضوابط المنهجية التي وضعوها لضبط العمل به ومنع تداخل التطبيقات الفقهية.

أسئلة البحث:

١. ما هو المنهج الأصولي لمتأخري المالكية في تكييف مفهوم الاستحسان؟

٢. ما هي الضوابط والشروط المنهجية التي وضعها المالكية لضبط العمل بالاستحسان؟

٣. كيف كيّف المتأخرون الاستحسان تطبيقياً في الفروع الفقهية دون مصادمة النص؟

٤. ما مدى فاعلية هذه الضوابط في تحقيق المقاصد الشرعية؟

فرضيات البحث:

١. أن متأخري المالكية صاغوا منهجاً يقبل الاستحسان بوصفه «عدولاً إلى دليل أقوى» وليس مجرد هوى.

٢. أن الضوابط التي وضعوها كانت كفيلة بتحقيق التوازن بين القياس والمصلحة المعتبرة.

٣. أن التكييف المنهجي للاستحسان جعل منه أداة تطبيقية منضبطة في الفقه الإسلامي.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي لاستعراض وتكييف آراء المتأخرين، والمنهج

المقارن لبيان تمايز منهجهم عن غيرهم، مع استنباط النتائج من خلال تحليل الأدلة والتطبيقات الفقهية المذكورة.

خطة البحث

اشتمل البحث على مقدمة، وفيها بيان لأهمية، واهداف البحث، ومشكلته وأسئلة حول البحث والمنهج والخطة

التمهيد: المفهوم العام للاستحسان من حيت تعريفه وتسميته ومعناه الإجمالي: ويشتمل على:

المطلب الأول: الاستحسان في اللغة والاصطلاح (تحليل المفاهيم)

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي والأثر التشريعي للاستحسان.

المبحث الاول: تكييف الاستحسان وموقف الأصوليين منه (تأصيل منهجي (

المطلب الأول: مذاهب علماء الأصول في حجية الاستحسان (عرض موجز (.

المطلب الثاني: موقف المتأخرين من أصولي المالكية: تحليل أدلتهم ومنهجهم في قبول الاستحسان.

المطلب الثالث: ضوابط العمل بالاستحسان عند متأخري المالكية (لضمان عدم التعارض مع النصوص (.

المبحث الثاني: المنهج التطبيقي للاستحسان عند متأخري المالكية (دراسة في الفروع)

المطلب الأول: تكييف الاستحسان في مسألة (تضمين الصناع) .

المطلب الثاني: تكييف الاستحسان في عقد (الاستصناع) .

المطلب الثالث: تكييف الاستحسان في مسألة (النظر إلى المخطوبة) .

الخاتمة.

المصادر، والموضوعات.

التمهيد: المفهوم العام للمنهج والاستحسان من حيت تعريفه وتسميته ومعناه الإجمالي: ويشتمل على الاستحسان في اللغة والاصطلاح (تحليل المفاهيم)

يُعد مفهوم المنهج من المصطلحات المركزية في العلوم التربوية والفلسفية، وقد تطور معناه عبر العصور من الدلالة الحسية (الطريق الواضح) إلى الدلالة المعنوية (الخطة والأسلوب) .

اولا: المنهج لغة: كلمة «منهج» في اللغة العربية مشتقة من الفعل (نهج) ، وهو يعني الطريق الواضح والمسلك المستمر [١] .

ثانياً: المنهج اصطلاحاً:

عرفه الآمدي: «هو الطريق الموصل إلى الحكم، أو هو الدليل الذي يترتب على النظر فيه العلم بالمدلول.» [٢] .

التعريف: «هو مجموع الخبرات التربوية والأنشطة التي تهيئها المدرسة لتلاميذها داخلها أو خارجها، بقصد مساعدتهم على النمو الشامل في جميع النواحي (جسمياً، عقلياً، اجتماعياً، ونفسياً) [٣] .»

لغة: الاستحسان في اللغة: الاستحسان مأخوذ من الحسن، ويعني: اعتبار الشيء حسناً، سواء كان الشيء محسوساً أو معنوياً، يقال: استحسن الطعام، ويقال: هذا ما استحسنه المسلمون، أي: اعتبروه حسناً ورأوه مناسباً [٤] .

الاستحسان اصطلاحًا: وعرفه أبو الحسين: «وهو ترك وجهٍ من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو حكم طارئ على الأول» خرج بالأول: التخصيص والنسخ. وبالثاني: الحكم بأقوى القياسين، فإنه ليس في حكم الطارئ، ولو كان في حكمه لكان استحساناً [٥] .

الإمام مالك (الأصل) :

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور، دار صادر (بيروت) : ٣٨٣/٢.

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للامدي، دار الكتاب العربي (بيروت) ، ٩/١.

(٣) ينظر: رؤية منظومية، لحسن حسين زيتون عالم الكتب (القاهرة) ص٥٤.

(٤) ينظر: معجم متن اللغة: أحمد رضا (عضو المجمع العلمي العربي بدمشق) دار مكتبة الحياة- بيروت: ١٣٧٧-١٣٨٠ هـ: (٩١/٢) حرف الحاء.

(٥) ينظر: المعتمد في أصول الفقال: أبو الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي (ت: ٤٣٦هـ-١٠٤٤م) قدم له وضبطه: خليل الميس (مدير أزهر لبنان) دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ: (٢/ ٢٩٥) .

عُرف عنه قوله:» الاستحسان تسعة أعشار العلم" [1] .

الاستحسان عنده هو ترك القياس الجلي إلى قياس أقوى أو دليل أقوى (مثل المصلحة، العرف، الضرورة) .

«ورواه أصبغ عن ابن القاسم عن مالك، وقال أصبغ في الاستحسان قد يكون أغلب من القياس، وجاء عن مالك أن الفرق في القياس يكاد يفارق السنة» [2] .

عرفه المتأخرون:

التعريفات المعتمدة: عرفه المتأخرون منهم الباجي بأنه» العدول إلى أقوى الدليلين» [3] ، وابن العربي بأنه «ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعنى مؤثر» [4] ، وابن رشد: «طرح قياس يؤدي لغلو في الحكم، للعدول لمعنى يؤثر فيه» [5] .

ربط المالكية الاستحسان بأصول المذهب الأخرى مثل المصالح المرسلة، والضرورة، والعرف، والسنة، ليكون ترجيحاً بمصالح معتبرة أو أدلة شرعية أقوى.

كما أكد المالكية أن الاستحسان ليس هوى نفسياً، بل هو استدلال بقياس خفي أو ترجيح قياس على آخر لوجود دليل شرعي يقتضي ذلك.

---

(١) ينظر: الاعتصام للشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية ط١، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م: (٢/١٦٤، الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط: دار ابن عفان: ط١، ١٤١٧هـ -١٩٩٧م: (١٩٨/٥) جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول- رسالة ماجستير» لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ) ، إعداد الطالب: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي (رسالة ماجستير) ، إشراف: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ حمزة بن حسين الفعر، رسالة علمية، كلية الشريعة - جامعة أم القرى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ (٢/ ٥١٥) .

(٢) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق» لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ) عالم الكتب: (٤/ ١٤٦) :

(٣) إحكام الفصول في أحكام الاصول، ابو الوليد الباجي تحقيق عبدالمجيد، تركي دار الغرب الاسلامي، ط١/ ١٩٩٥م: ص (٣١٢) .

(٤) المحصول لابن العربي» للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ) ، تحقيق: حسين علي اليدري- سعيد فودة: دار البيارق – عمان- ط: ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م: (ص١٣٢) .

(٥) المصدر نفسه.

الاستحسان ك «قياس خفي» :

يرى المالكية أن الاستحسان ليس مصدراً مستقلاً، بل هو في حقيقته استدلال بقياس خفي أو ترجيح قياس على آخر لوجود دليل شرعي مثل آية أو حديث أو مصلحة.

كما يقر المالكية المتأخرون بالاستحسان كأصل معتبر لضبط الأحكام وتخفيفها عند اللزوم، وهو ما أشار إليه الإمام مالك، تحت ضوابط صارمة ليخرج عن كونه هوى، ليصبح تطبيقاً للمصلحة أو العرف أو النص الأقوى، مما يجعله جزءاً من أصول المذهب لا مجرد رأي شخصي.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي والأثر التشريعي للاستحسان.

الاستحسان هو الْقَوْلُ بِأَقْوَى الدَّلِيلَيْنِ، حيث يُعتبر ترجيحاً بين الأدلة الشرعية. وقد يقع الاستحسان عن الشهوة والاستحلاء، ولكن قد يقع أيضاً على العلم بحسن الشيء، فيقال فلان يستحسن المذهب الفلاني، ويذهب إليه. كما يقع على اعتقاد المجتهد حسن الشيء بالأمارة الدالة عليه، فيقول: استحسنت هذا الحكم فاعتقدته، وقد ورد الشرع بذلك وحصل الاتفاق عليه [1] .

المبحث الأول: تكييف الاستحسان وموقف الأصوليين منه (تأصيل منهجي)

المطلب الأول المطلب الأول: مذاهب علماء الأصول في حجية الاستحسان (عرض موجز) .

المذهب الأول: يعتبره ويعترف بحجيته، وعلى رأس هذا الفريق إمامان من أئمة الفقه الإسلامي: أبو حنيفة [2] ، ومالك [3] . وكما يوافق الحنفية المالكية في اعتباره وحجيته كمصدر تشريعي

(١) ينظر: الإشارة في أصول الفقه: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي (ت ٤٧٤ هـ) المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م: (ص٣١٢)، التمهيد في أصول الفقه لمحفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكَلْوَذَاني، أَبُو الخطاب البغدادي الفقيه الحنبلي (ت: ٥١٠ هـ) ، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة ومحمد بن علي بن إبراهيم، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (٣٧) ، ط: ١، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥م: (٤/ ٩٠) .

(٢) ينظر: الفصول في الأصول: (٤/ ٢٢٣) ، تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠هـ) المحقق: خليل محيي الدين الميس، مفتي زحلة والبقاع ومدير أزهر لبنان، دار الكتب العلمية، بيروت – ط١/ ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م (ص٤٠٤) .

(٣) ينظر: الإشارة في أصول الفقه: (ص١١٢ ط التونسية) ، الحدود في الأصول: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي (ت: ٤٧٤ هـ) المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية،

وإضفاء الأهمية الواسعة عليه ويوافقهم أيضاً الحنابلة [١] .

موقف المتأخرين من أصوليي المالكية من الاستحسان هو التمسك به كأصل معتبر، لكن بتضييق نطاقه وتوضيح أنه ليس هوى بل «العدول إلى أقوى الدليلين» أو «الترخص لمعنى مرجح» كالمصلحة أو العرف، وأن الاستحسان الذي يخشاه الشافعي هو ما كان مجرد رأي بلا دليل، وهو ما يتوافق مع روح مذهب المالكية في الجمع بين النص وأصول المذهب كالمصالح المرسلة، مما يجعلهم يتبنون الاستحسان كنوع من القياس الخفي أو الأخذ بالأقوى.

المذهب الثاني: الفريق المنكر للاستحسان، فهو لا يعترف بحجيته، وهم الشافعية [٢] والظاهرية [٣] والمعتزلة [٤] .

المذهب الثالث: فصل في تحديد مفهوم الاستحسان: إذا عرف الاستحسان بأنه (الأخذ بأقوى الدليلين) ، فهو حجة، ولا مانع من الأخذ به، إلا أن عده أصلاً في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه لرجوعه إليها؛ لأن الأخذ بالأقوى منها أخذ بأحدها لا محالة.

أما إذا عرف الاستحسان ب (ما يقع في الوهم من استقباح الشيء أو استحسانه من غير حجة ثابتة) ، فالأخذ به محظور؛ لعدم الدليل على حجيته، والشك في الحجية كاف للقطع بعدمها [٥].

بيروت – ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م: (ص١١٩) .

(١) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) ، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان: (١/ ٥٢ ط العلمية) .

(٢) ينظر: الرسالة للشافعي: (ص٥٠٧) المستصفى لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ) تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م: (ص١٧١) التحصيل من المحصول: سراج الدين محمود بن أبي بكر الأَرْمَوي (ت ٦٨٢ هـ) ، دراسة وتحقيق: الدكتور عبد الحميد علي أبو زنيد، أصل التحقيق: رسالة دكتوراه، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – ط١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م: (٢/ ٣١٩)، البحر المحيط في أصول الفقه لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ) ، دار الكتبي، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م: (٨/ ٩٦) .

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام - ابن حزم: (٦/ ١٦) .

(٤) ينظر: المعتمد في أصول الفقه: (٢/ ٢٩٥) .

(٥) ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) ، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، ط الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م. (٢/ ١٨٣) .

المطلب الثاني موقف المتأخرين من أصولي المالكية: تحليل أدلتهم ومنهجهم في قبول الاستحسان:

أدلة المذهب الأول:

استدل المثبتون للاستحسان بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل:

من الكتاب: استدلوا بآيتين من كتاب الله وزعموا دلالتهما على ذلك. أ - قال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ﴾ [الزمر: ١٨] ب - وقال تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم﴾ [الزمر: ٥٥] وجه الدلالة من الآيتين:

الأولى: مدحت وألزمت باتباع الأحسن، والمدح والإلزام علامة الحجية، ويوجبان الجزم بحجية المستحسن بالفتح [١].

والثانية: يفهم منها: أنّه سبحانه وتعالى مدح أناساً تعرض عليهم قضايا فيها الحسن والأحسن، فيختارون الأحسن، مما يدل على أن الاستحسان حجة شرعية [٢]. من السنة النبوية: أ - استدلوا بما رواه عبدالله بن مسعود عن النبي ﴿r﴾ : ((مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ)) [٣].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث حجة في الأخذ بالعرف؛ لأن ما يستحسنه الناس من معاملات، وعادات فهي مقبولة عند الله __I [٤].

---

(١) ينظر: تفسير الإمام الشافعي: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: ٢٠٤هـ) جمع وتحقيق ودراسة: د. أحمد بن مصطفى الفرَّان (رسالة دكتوراه) دار التدمرية- المملكة العربية السعودية، ط١: ١٤٢٧ - ٢٠٠٦م (٣/ ١٢٣٢) ، تفسير الطبري جامع البيان، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ) ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م- ط دار التربية والتراث: (٢١/ ٢٧٤) .

(٢) ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان: أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (ت: ١٥٠هـ) ، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث - بيروت، ط١ - ١٤٢٣ هـ: (٣/ ٦٨٣) ، تفسير الطبري جامع البيان - ط دار التربية والتراث: (٢١/ ٣١٢) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد (بلفظ فما رأي) ، والحاكم بلفظ (ما رأي) / من حديث عبد الله بن مسعود/ قال عنه الحاكم:» هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالا «، ينظر: مسند أحمد: (٦/ ٨٤) / مسند عبد الله بن مسعود/ حديث رقم ٣٦٠٠، المستدرك على الصحيحين للحاكم: (٣/ ٨٣) / باب وأما حديث ضمرة وأبو طلحة/ حديث رقم ٤٤٦٥.

(٤) ينظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت: ١٠١٤هـ) دار الفكر، بيروت- ط١، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م: (١/ ٢٢٤) ، التحبير لإيضاح معاني التيسير المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف

وقد ذكر الإمام الزركشي _ رحمه الله_ عن علماء الأصول أن هذا الحديث أصل لقاعدة «العادة تحكم» ، كما ذكر أيضًا أنَّها أصل لقاعدة «العادة محكمة» (١) .

واستدلالهم بهذه الرواية لأصول مختلفة؛ لأن الأمر يفيد رجحان مصلحة الوجود، لامتناع الأمر بما فيه مفسدة راجحة أو مساوية، والإذن في تركه إذن في تفويت المصلحة الخالصة، وأنه قبح عرفاً فكذا شرعا، مما يدل على أن الاستحسان له أصل في الشريعة، ويشير إلى أن المصلحة الراجحة هي الأساس في الاستحسان، وقوله - صلى الله عليه وآله وسلم: «ما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح» ترك العمل به في المندوبات، فيبقى فيما عداها. من الإجماع: استدلوا بإجماع الأمة: وهو أن يترك القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على غير ما يؤدي إليه؛ وذلك كانعقاد إجماع المسلمين على صحة عقد الاستصناع، فإن القياس كان يوجب بطلانه؛ لأن محل العقد معدوم وقت إنشاء العقد.

_اتفاق العلماء على الاستحسان ما روي عن إياس بن معاوية أنه قال: فبينوا القضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا، مما يدل على أن الاستحسان له أصل في الشرع ويعتمد على مصالح الناس (٢) .

كأسلافه بالأمير: (ت: ١١٨٢هـ) حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: محَمَّد صُبْحي بن حَسَن حَلّاق أبو مصعب، مَكتَبَةُ الرُّشد، الرياض - المملكة الْعَرَبِيَّة السعودية ط١، ١٤٣٣ هـ-٢٠١٢م: (١/ ٢٥٣) ، التبصرة في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) ، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر– دمشق، ط١/ ١٤٠٣هـ: (ص: ٤٩٥) .

(١) منهم: القاضي حسين والسيوطي، ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام للكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ) ، دار الفكر، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ: (٧/ ١٥) ، تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (ت: ٧٩٤هـ) ، تحقيق: د سيد عبد العزيز - د عبد الله ربيع، المدرسان بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الأزهر، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، ط١/ ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م: (٤٧١/٣) ، والأشباه والنظائر للسيوطي: (ص: ٨٩) ، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية: (ص: ٩٥) ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ط٢/ ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م: (١/ ٢٦٧) .

(٢) ينظر: المحصول لابن العربي: (ص١٣١) ، البحر المحيط في أصول الفقه: (٨/ ٩٨) ، التمهيد في أصول الفقه: (٤/ ٩١) .

المطلب الثالث: ضوابط العمل بالاستحسان عند متأخري المالكية.

حرص متأخرو المالكية (مثل الشاطبي وابن رشد الحفيد) على وضع سياج يمنع الاستحسان من أن يتحول إلى تلذذ أو حكم بالهوى، وذلك لضمان عدم تعارضه مع النصوص الشرعية.

أهم الضوابط:

أن لا يعارض نصاً قطعياً: يشترط المالكية أن لا يؤدي الاستحسان إلى إبطال نص من الكتاب أو السنة المتواترة. فالاستحسان هو عدول عن قياس أو أصل كلي إلى استثناء لدليل أقوى، وليس خروجاً عن النص [١] .

١. الاستناد إلى روح الشريعة المقاصد) : يجب أن يكون وجه الاستحسان) هو جلب مصلحة معتبرة أو درء مفسدة، بحيث لو طبقنا القياس العام لأدى ذلك إلى حرج أو ضيق، والقاعدة تقول: "المشقة تجلب التيسير".

٢. أن يكون له مستند شرعي: الاستحسان ليس رأياً مجرداً، بل يجب أن يعتمد على (عرف صحيح، ضرورة، أو مصلحة مرسلة تندرج تحت كليات الشريعة) .

٣. عدم الإخلال بالقواعد الكلية: يرى الإمام الشاطبي في الموافقات أن الاستحسان هو تقديم المصلحة الجزئية على القياس الكلي إذا كان القياس يؤدي إلى فوات مصلحة أهم أو إلحاق ضرر [٢] .

المذهب الراجح:

هو المذهب الأول وهو لجمهور الأصوليين أن الاستحسان حجة.

المبحث الثاني: المنهج التطبيقي للاستحسان عند متأخري المالكية (دراسة في الفروع).

(١) قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت ٤٨٩هـ) المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي: دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٩م: ٢/٢٧٠.

(٢) ينظر: الموافقات: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت: ٧٩٠ هـ) المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد: دار ابن عفان ط١، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م: (١٩٩/٥) ، الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي دراسة تأصيلية تطبيقية: بلقاسم بن ذاكر بن محمد الزُّبيدي أصل الكتاب: رسالة دكتوراه من قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام ١٤٣٥هـ إشراف: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي: مركز تكوين للدراسات والأبحاث ط١، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤ م: (ص٤٤٠) .

المطلب الأول: تكييف الاستحسان في مسألة (تضمين الصناع)

المطلب الأول: تضمين الصناع

اولا: تحرير محل النزاع: أولاً: محل الاتفاق:

اتفق العلماء على أن يد الصانع على الأعيان التي يتسلمها من المستأجر (كالقماش الذي يتسلم الثوب) هي في الأصل «يد أمانة» لا يضمن ما تلف بيده إلا بتعدٍ أو تفريط.

ثانياً: محل النزاع: اختلف العلماء في حكم تضمين الصانع «الأجير المشترك» فيما تلف بيده مما لا يمكن التحرز منه، أو ما ادعى ضياعه دون تفريط.

سبب الخلاف: التعارض بين «القياس الأولي» الذي يقضي بعدم الضمان لأن الصانع أمين، وبين «الاستحسان» الذي يقضي بالضمان رعاية لمصلحة حفظ أموال الناس.

المذهب الأول: عدم تضمين الصانع إلا بالتعدي أو التفريط، وهو مذهب زفر من الحنفية، والشافعية في أحد قوليهم، والظاهرية.

دليلهم: قول النبي ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» (١) .

وجه الدلالة: أن الصانع مؤتمن، والأصل براءة الذمة، والقياس يقتضي ألا يضمن الأمين إلا إذا خان أو فرط.

المذهب الثاني: وجوب تضمين الصانع (الأجير المشترك) فيما تلف بيده وإن لم يتعدَّ، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) ، والمالكية (٣) ، والشافعية في الأصح (٤) ، والحنابلة (٥) .

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨٩/٦) ، والدارقطني في «سننه» (٣٥/٣) ، وفي سنده مقال، لكن الفقهاء يحتجون بمعناه في أن الأصل براءة الذمة.

(٢) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية: ٢١٠/٤؛ والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي: (٢٣٤/٣) .

(٣) ينظر: الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ج٥، ص٤٢٠؛ وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، ص٣٣.

(٤) ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج١٤، ص١١١؛ والشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، ج٣، ص٤٥٠. (أفادوا بأن الأصح عدم ضمانه إلا بالعدوان، والقول الآخر بالتضمين هو المخرج للمصلحة) .

(٥) ينظر: ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، ج٥، ص٢٨٣؛ والبهوتي، كشاف القناع، دار الكتب العلمية، ج٣، ص٥٦٦.

موقف متأخري أصول المالكية من تضمين الصناع في الاستحسان: يرى متأخرو المالكية أن تضمين الصناع هو من باب «الاستحسان المصلحي» الذي عدلوا فيه عن القياس (الأمانة) إلى قاعدة (المصالح المرسلة) لضبط العمل ا لمهني وحماية أموال الناس [١] .

تكييفهم للمسألة: اعتبروا أن المصلحة العامة تقتضي الضمان؛ لأن الصناع لو علموا أنهم غير ضامنين لتهاونوا في حفظ أمتعة الناس، وضاعت الحقوق بدعوى التلف.

دليلهم:

استحسان المصلحة: ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يضمن الصناع ويقول:» لا يصلح الناس إلا ذاك» [٢] .

ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون على الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط، وترك الحفظ [٣] .

قاعدة سد الذرائع: أن ترك التضمين ذريعة لتفريط الصناع في أموال الناس [٤] .

المذهب الراجح: هو المذهب الثاني القائل بتضمين الصانع استحساناً، وهو ما جرى عليه العمل عند المالكية والمتأخرين، لما فيه من حفظ لحقوق الناس وضبط للصناعات.

تطبيق الفرع على القاعدة:

أصحاب المذهب الثاني (الجمهور والمالكية) : يقولون بتضمين الصناع بناءً على ما ذهبوا إليه في الأصول من أن «الاستحسان حجة» ، وأنه يجوز العدول عن القياس (براءة ذمة الأمين) إلى الاستحسان (الضمان) إذا قامت المصلحة الضرورية لذلك.

---

(١) ينظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أحمد الريسوني: الدار العالمية للكتاب الإسلامي ط٢-١٤١٢هـ-١٩٩٢م: ص٧١.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» برقم (١١٨٤٩) ، وذكره الباجي في «إحكام الفصول» : (ص٣١٢) .

(٣) ينظر: التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه: علي بن إسماعيل الأبياري (ت: ٦١٦ هـ) (تنبيه) / ورد على الغلاف عام الوفاة ٦١٨ لكن المحقق رجح في المقدمة أن الوفاة عام ٦١٦ المحقق: د. علي بن عبد الرحمن بسام الجزائري أصل التحقيق: أطروحة دكتوراه للمحقق: دار الضياء - الكويت (طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة قطر) ط١، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م: (١٦٥/٤) .

(٤) ينظر: التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه: علي بن إسماعيل الأبياري (ت: ٦١٦ هـ) (تنبيه) / ورد على الغلاف عام الوفاة ٦١٨ لكن المحقق رجح في المقدمة أن الوفاة عام ٦١٦ المحقق: د. علي بن عبد الرحمن بسام الجزائري أصل التحقيق: أطروحة دكتوراه للمحقق: دار الضياء - الكويت (طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة قطر) ط١، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م: (١٦٥/٤) .

أصحاب المذهب الأول (الشافعية في قول والظاهرية) : يمنعون التضمين التزاماً بالقياس الصرف، بناءً على أن «الاستحسان ليس بحجة» أو أنه لا يقوى على معارضة القياس والأصل.

المطلب الثاني: المطلب الثاني: تكييف الاستحسان في عقد (الاستصناع)

اولا: تحرير محل النزاع: أولاً: محل الاتفاق:

اتفق العلماء على أن الأصل في البيوع هو منع بيع «المعدوم» أو «ما ليس عند البائع» (١) ، لقول النبي ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك) (٢) .

ثانياً: محل النزاع: اختلف العلماء في «الاستصناع» ؛ وهو طلب صنع شيء (كخزانة أو حذاء) قبل وجوده، مع تقديم بعض الثمن أو تأجيله، وهل يُلحق بالسلَم (فيشترط فيه تعجيل الثمن) أم هو عقد مستقل يجوز فيه تأجيل الثمن؟

سبب الخلاف: تعارض «القياس الأولي» الذي يقضي بمنع العقد لعدم وجود المعقود عليه وقت العقد، مع «الاستحسان» الذي يقضي بجوازه لجريان العرف وحاجة الناس.

المذهب الأول: عدم جواز الاستصناع إلا بشروط السلَم (ومنها تعجيل الثمن كاملاً في مجلس العقد) ، وهو مذهب الشافعية (٣) ، والقياس عند الحنفية (٤) ، وظاهر مذهب

(١) ينظر: الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة تخريجها) المؤلف: أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله بجامعة دمشق - كلّيّة الشَّريعة: دار الفكر - سوريَّة – دمشق الطبعة: الرَّابعة المنقَّحة المعدَّلة بالنِّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة) : ٣٤٩٦/٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه في: باب النهي عن بيع ما ليس عندك، من كتاب التجارات ٢/ ٧٣٧، والترمذي في: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من أبواب البيوع، عارضة الأحوذي ٥/ ٢٤١، كما أخرجه، أبو داود، في: باب الرجل يبيع ما ليس عنده من كتاب البيوع ٢/ ٢٥٤، والنسائي في: باب بيع ما ليس عند البائع، من كتاب البيوع ٧/ ٢٥٤، والإمام أحمد في المسند ٣/ ٤٠٢، قال الألباني: حديث صحيح. . . (ينظر: صحيح الجامع الصغير وزيادته ٢/ ١٢٠٩) . .

(٣) ينظر: المجموع شرح المهذب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) : دار الفكر: (١١١/١٣) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ) : دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م: (١٠/٣) .

(٤) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي – (ت: ١٢٣١ هـ) المحقق: محمد عبد العزيز الخالدي: دار الكتب العلمية بيروت - ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م: ٤٨٨/١، رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) : دار الفكر-بيروت ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م: ٣٢٥/١.

بعض الفقهاء [١] .

دليلهم: النهي عن ابن عمر عن النبى -صلى الله عليه وسلم- أنه نهى عن بيع الكالئ بالكالئ (الدين بالدين) ، والنهي عن بيع المعدوم والغرر [٢] .

وجه الدلالة: أن الاستصناع بيع لشيء غير موجود، فالقياس يوجب منعه كبقية البيوع المنهي عنها [٣] .

المذهب الثاني: جواز عقد الاستصناع كعقد مستقل استثناءً من القياس، وهو مذهب الحنفية [٤] ، والمالكية [٥] ، والحنابلة [٦] .

موقف متأخري أصول المالكية من الاستصناع في الاستحسان: يرى متأخرو المالكية أن بيع الاستصناع هو تطبيق ل «الاستحسان بالعرف» ؛ حيث خصصوا به عموم النهي عن بيع المعدوم [٧] .

تكييفهم للمسألة: اعتبروا أن الاستصناع وإن خالف القياس الظاهر، إلا أنه وافق «مقاصد الشرع» في التوسعة على الناس، ووافق «العرف المستمر» الذي لم ينكره العلماء عبر العصور.

---

(١) المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ) : دار الفكر – بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ: (٥٥/٧) .

(٢) رواه الدارقطني في سننه وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم عن ابن عمر، ولفظ البزار «نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وعن بيع كالئ بكالئ، وعن بيع عاجل بآجل. فالغرر: أن تبيع ما ليس عندك، والكالئ: دين بدين، والعاجل بالآجل: أن يكون له عليك ألف درهم مؤجل فتعجل عنها بخمس مئة» رواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، وقد صحح الحاكم رواية الدارقطني المذكورة في صلب الكلام عندنا، وتعقب بأنه تفرد به موسى بن عبيدة، وقد ضعفه أحمد إلا أنه قال: ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث (انظر نصب الراية: ٤/ ٣٩، مجمع الزوائد: ٤/ ٨٠، الموطأ: ٢ / ١٥٣، نيل الأوطار: (٥/ ١٥٦) .

(٣) ينظر: الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ للزحيلي: ٣٦٢٩/٥.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) : دار الكتب العلمية ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م: ٢/٥-٣.

(٥) ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٥م: ص ٣١٢-٣١٣.

(٦) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي دار الكتب العلمية: (٣ /٢٩٠) .

(٧) ينظر: الموافقات للشاطبي: (٤ /٢٠٥) .

دليلهم:

استحسان العرف: أن الناس تعاملوا بالاستصناع في سائر الأعصار دون نكير، والإجماع العملي (العرف) مقدم على القياس عند المالكية [١] .

قاعدة رفع الحرج: أن منع الناس مما يحتاجونه في صناعاتهم وحرفهم يؤدي إلى حرج وضيق، والاستحسان جاء لرفع هذا الحرج.

المذهب الراجح: هو المذهب الثاني القائل بجواز الاستصناع استحساناً، وهو ما يتوافق مع روح الشريعة في مراعاة مصالح العباد وتيسير معاملاتهم.

تطبيق الفرع على القاعدة:

أصحاب المذهب الثاني (المالكية والحنفية) : أجازوا الاستصناع بناءً على تقديم «الاستحسان بالعرف» على «القياس الظاهر» ، وهو دليل على أن الاستحسان عندهم أداة لضبط الفقه وتطويره بما يوافق الواقع.

أصحاب المذهب الأول (الشافعية) : منعوه (إلا بشروط السلم) تغليباً للقياس، والتزاماً بالأصل الذي يرى أن «الاستحسان ليس بحجة» يعارض بها النص العام الناهي عن بيع المعدوم.

المطلب الثالث: تكييف الاستحسان في مسألة (النظر إلى المخطوبة)

تحرير محل النزاع: أولاً: محل الاتفاق:

اتفق العلماء على تحريم نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية في الأحوال العادية سداً للذريعة ومنعاً للفتنة [٢] ، لقوله تعالى: {قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ} [٣] . وبقوله صلى الله عليه وسلم: إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة: فزنا العين النظر [٤] .

ثانياً: محل النزاع: اختلف العلماء في حكم نظر الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد؛ فهل يظل على أصل المنع (القياس) أم يُستثنى من ذلك (استحساناً) ؟ وما هي حدود هذا

(١) ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي: (ص ٣١٢ – ٣١٣) .

(٢) ينظر: تبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي الحنفي: (١٧/٦- ١٨) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) : دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ: (٢١٤/١) .

(٣) سورة النور: الآية ٣٠.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه باب الزنا دون الفرج: (١١/ ٢٦) ومسلم في صحيحه باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره: (٢٠٤٦/٤) من حديث أبي هريرة.

النظر وضوابطه؟

سبب الخلاف: تعارض «القياس الأولي» الذي يوجب غض البصر عن الأجنبية مطلقاً، مع «الاستحسان» الذي يرى استثناء الخاطب للحاجة الداعية إلى استدامة النكاح.

المذهب الأول: جواز النظر إلى الوجه والكفين فقط، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) ، والمالكية (٢) ، والشافعية (٣) .

دليلهم: قول النبي ﷺ لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة: «انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» (٤) .

وجه الدلالة: أن الأمر بالنظر هنا جاء لتحقيق مقصد شرعي وهو حصول الألفة، فكان مستثنى من عموم النهي.

المذهب الثاني: التوسع في النظر ليشمل ما يظهر غالباً (كالرقبة والقدمين) ، وهو مذهب الحنابلة وقول عند بعض السلف.

موقف متأخري أصول المالكية من النظر للمخطوبة في الاستحسان: يرى متأخرو المالكية أن جواز النظر للمخطوبة هو من قبيل «الاستحسان للحاجة» ، حيث عدلوا عن أصل المنع (سد الذريعة) لعارض الحاجة المعتبرة.

تكييفهم للمسألة: اعتبروا أن الاستحسان هنا هو تقديم مصلحة «تحقيق الألفة» على مصلحة «سد ذريعة النظر» ، لأن المنع يؤدي إلى غرر في النكاح قد يفضي إلى الطلاق.

دليلهم:

١. استحسان الحاجة: أن النكاح عقد العمر، والجهل بصفة المعقود عليها يؤدي إلى الحرج، والاستحسان مبني على رفع الحرج.

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي: (١٠ / ١٥٢) ، والهداية والعناية وتكملة فتح القدير: (١٠ / ٢٨) ، وتبيين الحقائق لفخر الدين الزيلعي الحنفي: (٦ / ١٧) .

(٢) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد: (٣/ ١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ) : دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ: (١/ ٢١٤) .

(٣) ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: ١٠٠٤هـ) : دار الفكر، بيروت: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م: ١٨٧/٦.

(٤) اخرجه البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م: (١٣٥/٧) .

٢. قاعدة الضرورة والحاجة: أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة في إباحة المحظور بقدرها.

المذهب الراجح: هو المذهب الأول الذي يقصر النظر على الوجه والكفين، لأنه يحقق مقصود الاستحسان (الاطلاع على الجمال واليدين) دون التوسع الذي قد يفتح باب الفتنة.

تطبيق الفرع على القاعدة:

أصحاب المذهب الأول (المالكية والجمهور) : استعملوا «الاستحسان» كأداة لتخصيص النص العام (غض البصر) بناءً على حاجة الخاطب، مع وضع ضوابط صارمة (كعدم الخلوة، وأن يكون عازماً على الخطبة) ، وهذا يثبت منهجهم في «ضبط العمل بالاستحسان» .

أصحاب المذهب الثاني (الحنابلة) : توسعوا في الاستحسان بناءً على أدلة أخرى، بينما يرى المالكية المتأخرون أن الاستحسان يجب أن يظل «بقدر الحاجة» دون إفراط.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد:

فقد طوفت هذه الدراسة في رحاب الفكر الأصولي عند المالكية، مستقصيةً منهج المتأخرين منهم في تكييف «الاستحسان» وضبط العمل به. وفي ختام هذا البحث، أضع بين يدي القارئ الكريم جملةً من النتائج المستخلصة، متبوعةً بعدد من التوصيات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أهم النتائج

١. القبول المنضبط: خلص البحث إلى أن متأخري المالكية لم يقبلوا الاستحسان قبولاً مطلقاً، بل صاغوه في قالب أصولي دقيق، جاعلين منه دليلاً استثنائياً يُلجأ إليه عند تعارض القياس الجزئي مع مصلحة راجحة أو قاعدة كلية أعم.

٢. إحكام الضوابط: تبيّن أن الضوابط التي وضعها أصوليو المالكية (كعدم معارضة النص القاطع، والاتساق مع مقاصد الشريعة) كانت سياجاً مانعاً من القول بالهوى، وضمانةً لسلامة الاستنباط الفقهي.

٣. المرونة والانسجام: أثبتت الدراسة أن الاستحسان يمثل ذروة المرونة في الفقه الإسلامي؛ إذ يمكن تطبيقه كأداة لتحقيق العدالة الفقهية دون أي تصادم مع النصوص الشرعية، شريطة إعمال آليات «الترجيح والتكييف» التي ارتضاها المتقدمون والمتأخرون.

ثانياً: التوصيات

١. التعمق الأصولي: يوصي الباحث بضرورة استحضار الضوابط المقاصدية عند دراسة الاستحسان، ليتسنى للباحثين التفريق بين الاستحسان «الأصولي المعتبر» وبين «الاستحسان العقلي المجرد» الذي لا يستند إلى أصل.

٢. الامتداد التطبيقي: تشجيع الدراسات البينية التي تربط بين «نظرية الاستحسان» وبين «النوازل الفقهية المعاصرة» ، لبيان كيفية استثمار هذا الدليل في إيجاد حلول شرعية للمستجدات.

٣. ترسيخ المنهجية: الدعوة إلى التزام المنهج العلمي المقارن في دراسة التراث المالكي، والعمل على إبراز وجوه الاتفاق والافتراق بين المدارس الأصولية في تكييف الأدلة التبعية.

ختامًا: نسأل الله أن يكون هذا البحث قد ساهم في فهم موقف المالكية من الاستحسان، وأن يقدم إضافة علمية مفيدة في مجال الفقه الإسلامي. والله ولي التوفيق.

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم:

١. إحكام الفصول في أحكام الاصول، ابو الوليد الباجي تحقيق عبدالمجيد، تركي دار الغرب الاسلامي، ط١/ ١٩٩٥م.

٢. الإحكام في أصول الأحكام - ابن حزم: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ) ، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر: دار الآفاق الجديدة، بيروت- ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٣. اختلاف الأئمة العلماء للشيباني: يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيبانيّ، أبو المظفر، عون الدين (ت ٥٦٠ هـ) ، المحقق: السيد يوسف أحمد: دار الكتب العلمية / بيروت، ط١، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

٤. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: ١٢٥٠هـ) ، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور: دار الكتاب العربي، ط ١/ ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٥. الإشارة في أصول الفقه: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي (ت ٤٧٤ هـ) المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل: دار الكتب العلمية، بيروت ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م (ص٣١٢ ت فركوس) ،

٦. الاعتصام للشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت ٧٩٠هـ) ، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي: دار ابن عفان، السعودية/ ط١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١ هـ) ، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. (١/ ٥٢ ط العلمية)

٨. إكمال المعلم بفوائد مسلم لعياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (ت: ٥٤٤هـ) ، المحقق: الدكتور يحْيَى إِسْمَاعِيل: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع،

مصر، ط١، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨

٩. الأم للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: ٢٠٤هـ) : دار المعرفة – بيروت، الطبعة: بدون طبعة.

١٠. البحر المحيط في أصول الفقه لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: ٧٩٤هـ) : دار الكتبي، ط١/١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ) : دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

١٢. البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: ٥٥٨هـ) ، تحقيق: قاسم محمد النوري: دار المنهاج – جدة، ط١، ١٤٢١ هـ- ٢٠٠٠ م.

١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت ٨٩٧هـ) : دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م

١٤. التبصرة في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، : دار الفكر – دمشق، ط١/ ١٤٠٣هـ.

١٥. التحبير لإيضاح معاني التيسير المؤلف: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (ت ١١٨٢هـ) حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: محَمَّد صُبْحي بن حَسَن حَلّاق أبو مصعب: مَكتَبَةُ الرُّشد، الرياض - المملكة الْعَرَبيَّة السعودية ط١، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م

١٦. التحصيل من المحصول: سراج الدين محمود بن أبي بكر الأَرْمَوي (ت ٦٨٢ هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور عبد الحميد علي أبو زنيد، أصل التحقيق: رسالة دكتوراه: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – ط١، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

١٧. تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (ت: ٧٩٤هـ) ، تحقيق: د سيد عبد العزيز - د عبد الله ربيع، المدرسان بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الأزهر: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، ط١/ ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م.

١٨. تفسير الإمام الشافعي: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت ٢٠٤هـ) جمع وتحقيق ودراسة: د. أحمد بن مصطفى الفرَّان (رسالة دكتوراه) دار التدمرية - المملكة العربية السعودية ط١: ١٤٢٧ - ٢٠٠٦ م.

١٩. تفسير الطبري جامع البيان، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ) ، تحقيق: أحمد محمد شاكر: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م. - ط دار التربية والتراث.

٢٠. تفسير مقاتل بن سليمان: أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (ت ١٥٠هـ) تحقيق: عبد الله محمود شحاته: دار إحياء التراث - بيروت، ط١ - ١٤٢٣ هـ.

٢١. تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠ هـ) ا تحقيق: خليل محيي الدين الميس، مفتي زحلة والبقاع ومدير أزهر لبنان: دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.

٢٢. التلقين في الفقه المالكي لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: ٤٢٢هـ) ، تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني: دار الكتب العلمية، ط١: ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٣. التمهيد في أصول الفقه لمحفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكَلْوَذَاني، أَبُو الخطاب البغدادي الفقيه الحنبلي (ت: ٥١٠ هـ) ، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (٣٧) ، ط١/ ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م

٢٤. حاشية الروض المربع لابن قاسم المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت ١٣٩٢هـ) : ط١- ١٣٩٧ هـ

٢٥. الحجة على أهل المدينة: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ) رتب أصوله وصححه وعلق عليه: السيد مهدي حسن الكيلاني القادري، عنيت بنشره: لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن، تحت مراقبة رئيسها: أبي الوفاء الأفغاني، بإعانة: وزارة المعارف للتحقيقات العلمية والأمور الثقافية للحكومة الهندية، : عالم الكتب - بيروت ط٣.

٢٦. الحدود في الأصول المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي (ت ٤٧٤ هـ) المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل: دار الكتب

العلمية، بيروت ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٢٧. خلاصة الجواهر الزكية في فقه المالكية لأحمد بن تُركي: أحمد بن تُرْكي بن أحمد المنشليلي المالكي (ت ٩٧٩هـ) مراجعة: حسن محمد الحفناوي حاشية: الشيخ عبده يوسف بن سعيد بن إسماعيل الصفتي: المجمع الثقافي، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة: ٢٠٠٢م.
٢٨. الرسالة للشافعي: محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ هـ - ٢٠٤ هـ) ، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر (عن أصل بخط الربيع بن سليمان كتبه في حياة الشافعي) ط١، ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م: مصطفى البابي الحلبي وأولاد - مصر.
٢٩. العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (ت: ٧٨٦هـ) : دار الفكر، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٠. فتح القدير للكمال ابن الهمام للكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ) : دار الفكر، ط: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣١. الفروق للقرافي لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ) : عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٢. الفصول في الأصول المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت ٣٧٠هـ) : وزارة الأوقاف الكويتية/ط٢/١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٣٣. الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج جمع وتأليف: محمد الأمين بن عبد الله الأُرَمي العَلَوي الهَرَري الشافعي، نزيل مكة المكرمة والمجاور بها مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة البرفسور: هاشم محمد علي مهدي، المستشار برابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة: دار المنهاج - دار طوق النجاة، ط١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
٣٤. المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ) : دار الفكر، (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي.
٣٥. المحصول لابن العربي» للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: ٥٤٣هـ) ، تحقيق: حسين علي اليدري - سعيد فودة: دار البيارق – عمان- ط: الأولى١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٣٦. المحيط البرهاني في الفقه النعماني لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد

العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت: ٦١٦هـ) ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي: دار الكتب العلمية، بيروت – ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.

٣٧. المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ) : دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٣٨. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت ١٠١٤هـ) : دار الفكر، بيروت – ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٣٩. المستصفى لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ) ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي: دار الكتب العلمية، ط: الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٤٠. مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ) : المكتب الإسلامي ط٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٤١. معالم السنن وهو شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: ٣٨٨هـ) : المطبعة العلمية – حلبط١/ ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.

٤٢. المعتمد في أصول الفقهال: أبو الحسين محمد بن علي الطيب البَصْري المعتزلي (ت ٤٣٦ هـ - ١٠٤٤ م) قدم له وضبطه: خليل الميس (مدير أزهر لبنان) : دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

٤٣. معجم متن اللغة: أحمد رضا (عضو المجمع العلمي العربي بدمشق) : دار مكتبة الحياة – بيروت: ١٣٧٧ - ١٣٨٠ هـ.

٤٤. المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ) : مكتبة القاهرة: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ط: بدون طبعة.

٤٥. الموافقات لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) ، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط: دار ابن عفان، : ط١/ ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٤٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد

بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: ٩٥٤هـ) : دار الفكر، ط٣/ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٤٧. الوجيز في أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ط٢/ ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.