دليل الاستحسان عند ابن رشد وأثره في النقاش الفقهي من خلال كتابه "بداية المجتهد ونهاية المقتصد "

خـالد ســلامة الغــرياني
كلية الشريعة/ جامعة طرابلس

المقدمة :

آليات النظر المقاصدي عند المالكية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد ، عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم .

وبعد ،،،

اشتهر عَن المالكية استئثارهم ببعض الأدلة الفقهية العقلية كالمصلحة المرسلة، وسد الذرائع ، والنظر للعادات والأعراف، والنظار المحقق في هذه الأدلة يتأكد من أن نظرة المالكية في استعمال هذه الأصول هي نظرة مقاصدية محضة، كتحريمهم لمجموعة كبيرة من مسائل الذرائع الربوية، ومسائل النكاح والحج، وما ذاك إلا لنظرتهم الثاقبة لما تؤدي إليه هذه المعاملات من مفاسد وإن كانت ليست آنية فهي آيلة إليها.

حيث يلاحظ كل دارس لأصول الفقه توجه المالكية -تبعا لإمامهم مالك- لتحقيق المصلحة من أقرب طريق، وأنهم أكثروا من طرقها فجعلوا القياس طريقا لتحقيق هذه المصلحة، وجعلوا من طرق تحقيقها أيضا النظر في **أصل الاستحسان بترجيح الاستدلال المرسل إن أبعد القياس الوصول إليها،** كما جعلوا المصلحة المرسلة القريبة أساسا في الاستدلال لتحقق المصلحة من أيسر طريق، واعتبروا سد الذرائع وفتحها من طرقها ، والعرف ؛ وهو من أصول رفع الحرج ودفع المشقة وتحقيق المصلحة وسد الحاجة.

أهداف الموضوع وأسباب اختياره :

1- يهدف الباحث من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على جانب من أهم الجوانب المتنوعة والمتعددة عند ابن رشد (المالكي) ، وهو الجانب المقاصدي ، الذي كاد أن ينطمس وراء اهتمام الغرب - ومن بعدهم أهل المشرق بالتبعية لهم - بالجوانب الفكرية الأخرى له ، كالفلسفة والطب وغيرهما ، وإهمالهم هذا الجانب الأهم في حياته ، في محاولة مني لإخراج فكر هذا العالم الأصيل إلى النور من جديد بعد أن حاول أهل عصره طمسه ، بقيامهم بإحراقه ، وتوعد كل من يحاول الاهتمام به ، بحجة ضرورة الابتعاد عن الفلسفة ، التي كانت تعد في وقته زندقة ، مما أدى إلى طمس المعالم الفكرية لهذا الإمام الفذ.
2- والفكرة المركزية التي ينطلق منها هذا البحث ، هي تسليط الضوء على آليات النظر المقاصدي (الفكر المصلحي ، القواعد المصلحية ، المصلحة المرسلة ، الاستحسان، سد الذرائع) الموجودة في الكتاب ، واستخراجها وإجراء دراسة عنها ، بمقارنتها مع رأي جمهور العلماء، لمعرفة ما إذا كان لصاحب هذه الدراسة ، منهج مميز في هذا الجانب .

استلمت الورقة بتاريخ 25 مايو 2020، وروجعت بتاريخ 26 يونيو 2020، وقبلت بتاريخ 29 يونيو 2020، ومتاحة على الانترنت بتاريخ 02 يوليو 2020

فكتاب بداية المجتهد يعتبر من أمهات كتب الفقه المقارن في الفقه الإسلامي، ومن أهم كتب التراث التي اهتم بها المعاصرون ، لمنهجه الفاذ والفريد من نوعه ، ولعل هذا العمل يكون نوعا من أنواع هذا الاهتمام، فيدرج ضمن إطار الجهود المتجددة والدائبة في خدمة التراث ، باعتباره صورة من صور المشاركة في هذا المضمار ، ونوعا من أنواع الاهتمام به ، ومحاولة تجديده للاستفادة منه على أرض الواقع ، في محاولة مني ومن غيري ممن لهم قدم راسخة في هذا المجال ، لعدم إضاعة جهود السابقين والاستفادة منها بأكبر قدر ممكن.

3- يهدف هذا البحث إلى دراسة فكر ابن رشد من خلال مؤلفاته الأصيلة ، لابالتعليق والسؤال والنقد لما ورد في شروحه الفلسفية؛ لأن ما يرد في الشروح قد لا يعبر عن وجهة نظر الكاتب المباشرة والحقيقية في المسألة المطروحة ، فالحاجة ملحة كما يقول الأستاذ الجابري إلى دراسة الموضوعات التي يطرحها ابن رشد في هذه المؤلفات لأنها تتناول قضايا مهمة في صميم الفكر الإسلامي ، كالاجتهاد في الفقه وتصحيح العقيدة ، وقد بقيت هذه القضايا في فكر ابن رشد مغيبة مهجورة مع شدة الحاجة إليها في مواكبة ما يستجد من عوامل النهضة والتجديد .

فهذا البحث دعوة للعلماء إلى إعادة النظر في فكر ابن رشد ومنهجيته من خلال مؤلفاته الأصيلة فهي المدخل الطبيعي لدراسة فكر ابن رشد ومنهجيته .

4- هذه الدراسة تدعو إلى تجديد العلاقة بعلم الأصول في دراساتنا الفقهية المعاصرة، على نحو يكون فيه لهذا العلم مذاق ووظيفة حقيقية، ومتجددة في ضبط ما يستجد من نوازل يثور حولها الخلاف في كثير من الأحيان ، في بداية المجتهد تكثر صور من هذا التوظيف وهذه التطبيقات.

فلعل الاهتمام بهذا الجانب والتركيز عليه في بحوث معاصرة ، يعطي هذا العلم دما متجددا ، ويحقق بعض الغايات التي استهدفها واضعوه ومدونوا فصوله من أعلام الفقهاء.

منهجيتي في هذا البحث :

سرت في هذا البحث وفق المنهج الآتي:

المنهج الاستقرائي والوصفي ، وذلك من خلال التتبع للفروع الفقهية الواردة عن ابن رشد في البداية والمختصر ، واستخراج المسائل الأصولية، وتحليلها، وإبراز آراء العلامة ابن رشد فيها، مع تدعيمها بالمسائل الفقهية من كتابه " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " .

خطة البحث :

المقدمة :

المبحث الأول(تمهيدي) : ابن رشد وكتابه " بداية المجتهد "

المبحث الثاني : مفهوم الاستحسان وحجيته وأنواعه

المبحث الثالث : تخصيص المصلحة لعموم النص وعلاقته بالاستحسان

الخاتمة :

المبحث الأو ل (تمهيدي): ابن رشد وكتابه بداية المجتهد

المطلب الأول : ابن رشد مولده ووفاته

أولا : ترجمة العلامة ابن رشد

اسمه ونسبه :

هو أبو الوليد ، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد ابن رشد ، القرطبي. ((1)) حفيد العلامة ابن رشد الجد الذي توفي سنة (520 هـ).

مولده :

ولد ابن رشد (الحفيد) سنة (520 هـ) للهجرة ، في مدينة قرطبة ، عاصمة العلم آنذاك، في بيئة اشتهرت بالعلم والصلاح، لا سيما فيما يتعلق بالعلوم الشرعية((2))، فقد كانت أسرته من أكثر الأسر الأندلسية وجاهة، وكانت تتمتع بتقدير عظيم في ذلك الوقت، **فكان جده _ ويكنى بابن رشد أيضا_** من أعلام المذهب المالكي، وكان فقيها، عالما ورعا ، صالحا ، تولى منصب القضاء في قرطبة ، واشتهر بالعدل والسيرة العطرة وكان يعد من أكبر فقهاء الأندلس على الإطلاق ، تتلمذ عليه الفقيه الشهير ، القاضي عياض ، وغيره ، من كبار الفقهاء والمحدثين((3))، وكان ملاذ الناس في نوائبهم وحوائجهم ، تجاوزت شهرته في ذلك الوقت حدود الأندلس إلى المغرب وشمال أفريقيا ، ومن أهم مصنفاته :(البيان والتحصيل ، والمقدمات ، والفتاوى) ((4)).

محنته ووفاته:

امتحن ابن رشد في نهاية حياته بالنفي، وإحراق كتبه، حين وُشِيَ به عند الخليفة يعقوب المنصور، ثم عفا عنه، ولم يعش بعد نفيه إلا سنة واحدة(5).

توفي– عليه رحمة الله تعالى- في سنة خمس وتسعين وخمسمائة من الهجرة(595هـ)، ودفن في قرطبة(6).

المطلب الثاني : نبذة عن كتاب بداية المجتهد

أولا : وصف الكتاب ومحتواه

كتاب بداية المجتهد من أمهات الكتب في الفقه الإسلامي ، جمع فيه صاحبه بين المذاهب الفقهية المختلفة، ولم ينتصر فيه لمذهب على آخر إلا بحسب ما يقتضيه الدليل ويرجحه العقل ، فقد نحا فيه صاحبه كما يقول الأستاذ حمادي العبيدي ، منحا النظر العقلي ، واتجه فيه إلى ما يلائم مزاجه وثقافته الفلسفية ((5)).

ثانيا : أهمية هذا الكتاب والغرض منه

وقد نبه ابن رشد على أهمية هذا الكتاب وما يمكن أن يدركه أو يستفيده القارئ له من موهبة وقدرة على الاستدلال والاجتهاد ، حين قال بعد إعرابه عن رغبته في تأليف كتاب على مذهب الامام مالك ابن أنس :« بيد أن في قوة هذا الكتاب ، أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد ، إذا تقدم فعلم اللغة العربية، وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب ، أن نسميه « بداية المجتهد ، وكفاية المقتصد» ((6)).

(1) التكملة : لابن الأبار ، تح : عبد السلام هراس ، طبعة دار الفكر /لبنان (1995م) ، 73/2، 74

(2) التكملة : لابن الأبار : 73/2

(3) ينظر ابن رشد وكتابه المقدمات : المختار بن طاهر التليلي : الدار العربي للكتاب (1988م) : ص245، 246

(4) دراسات في الفلسفة اليونانية : محمود قاسم : 112 ، 113 – ط : الخامسة – دار المعارف بمصر ، بين الدين والفلسفة : محمد يوسف موسى :26 ،27 –ط : الثانية – دار المعارف بمصر

(5) شجرة النور الزكية ، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (المتوفى: 1360هـ) ص147 ، دار الكتب العلمية / بيروت : ط1 (2003م) : 213/1

(6)المرجع السابق نفسه

(5) ابن رشد وموقفه من العلوم الاسلامية : حمادي العبيدي : 37 .

(6) بداية المجتهد : 169/4

ثالثا : منهج ابن رشد في الكتاب

منهج ابن رشد في هذا الكتاب هو منهج التحليل الفلسفي الذي لايرد على خصوم له ، وإنما يبحث عن الأقرب للتعليل المنطقي والمتماشي مع النصوص الشرعية في نفس الوقت، فهو بهذا يعلم الدارس والطالب الاستدلال الفقهي ويمحص له الأدلة فيخرج من قراءته للكتاب بالنظر الفقهي والملكة الاستدلالية ، ليخلق الجرأة لدى الفقهاء على الاجتهاد ، ومن هنا أطلق على كتابه لفظ الاجتهاد ، منبها من طرف خفي إلى أنه دعوة لذلك ، ومران عليه ، فسماه : « بداية المجتهد » ((1)).

ولقد أعطى ابن رشد في هذا الكتاب أسباب الخلاف بين الفقهاء بصورة لايقدر على مثلها إلا متمرس على التعامل مع الأمور من زاوية رد الفروع إلى الأصول عن طريق تتبع الرابطة السببية واعتماد المنهج المقارن ، يقول الأستاذ حمادي العبيدي : « والواقع أن ابن رشد سلك منهجا فريدا تسيطر فيه النزعة العقلية وهو متأثر في ذلك بدراسته في الفلسفة والمنطق ، فلا يكاد يفلت منه حكم بدون تعليل ، ويلتمس العلل المعقولة حتى بالنسبة للمسائل التي يرى الفقهاء أنها غير معقولة المعنى » ((2)).

وقد نوه إلى ذلك ابن الأبار في تكملته حين قال في ترجمته لابن رشد : « وله تصانيف جليلة الفائدة، منها كتاب «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» في الفقه أعطى فيه أسباب الاختلاف ، وعلل فوجه فأفاد وأمتع به ولايعلم في فنه أمتع منه ولا أحسن مساقا » ((3)).

وأخيرا : فالكتاب يشتمل على ما يكفي المقتصد في المعرفة بالفقه الإسلامي أي الشخص الذي يقتصر غرضه في دراسة الفقه على معرفة ما قرره الفقهاء من الأحكام الشرعية المتفق عليها أو المختلف فيها بين الفقهاء ، وهو في الوقت نفسه يشكل حجر البداية لمن يرغب أو يأمل في الوصول إلى مرتبة الاجتهاد من أجل استخراج الأحكام الفقهية؛ لما عساه أن يعرض من مسائل وفتاوى ونوازل مستجدة لم يسبق أن تقرر حكم الشرع فيها ، فهو بذلك ليس من الكتب التي يصدق عليها قول القائل «خذ من هنا ومن هنا وقل هذا كتابنا »، بل هو كتاب تحليلي تسود فيه روح ابن رشد في كل سطر من سطوره وفي كل عبارة من عباراته ، كتاب لا يستطيع كتابته إلا عقل فيلسوف حكيم بالمعنى الذي يعطيه ابن رشد للحكمة ، فهو يقول « الحكمة ليست شيئا أكثر من معرفة أسباب الشيء » ((4)).

يقول الشيخ فريد الأنصاري طيب الله ثراه : « أما كتاب بداية المجتهد فأنا أزعم أنه لم يؤلف في الفقه الإسلامي مثله ، فهو فريدة منهجية في عرض المادة الفقهية ، مؤصلة تأصيلا علميا دقيقا جدا، فغير المتخصص لا قدرة له على مجرد فهم الكتاب ، لدقة صنعته وعمق تحليله للقضايا الفقهية ، وتوجيه الفهوم والخلافات ، على مستوى الخلاف العالي ، والسبب في ذلك أن المؤلف _ وهو القاضي الفيلسوف المنطقي _ قد جمع هذه المدونة لنفسه أساسا ، لتساعده في مهنة القضاء وفي الفتوى فاستفاد هو من علم الفقه أحكامه ، واستفاد الفقه منه دقة العرض المنهجي ، وعمق التحليل للظواهر والإشكالات، مع الاختصار العجيب غير المخل ، بما لا تجده في غيره ، وما رأيت كتابا جديرا بتسميته حقا وصدقا مثله فهو إذا درس _بشروطه_ كان مدرسة حقيقية لتخريج الفقهاء المجتهدين » ((5)).

ولأجل هذه المكانة لكتاب بداية المجتهد ومكانة ابن رشد حاولت استخراج بعض آليات الاستدلال وطرائق التحصيل والاجتهاد عنده من خلال أهم كتبه وأشهرها ، والاستعانة على تحقيق هذا المقصد بثلة من العلماء الكرام من متتبعي هذا المنهج، وممن أسهموا في تأصيله وسبر غور آراء إمامه، عليه وعليهم جميعا سحائب الرحمة والرضوان .

(1) ابن رشد والعلوم الإسلامية ، ص37

(2)ابن رشد والعلوم الاسلامية : حمادي العبيدي : 64 ، ابن رشد : الجابري: 93 .

(3) التكملة : 74/2

(4) ابن رشد سيرة وفكر : محمد عابد الجابري : 92 ، 93 .

(5) مفهوم العالمية من الكتاب إلى الربانية : فريد الأنصاري ، ط: الأولى ، دار السلام /القاهرة ، 160

المبحث الثاني : مفهوم الاستحسان وحجيته وأنواعه

المطلب الأول : مفهوم الاستحسان وحجيته

الاستحسان في اللغة :

مشتق من الحسن، والحسن ضد القبح، واستحسن الشيء أي عده حسنًا [1]. والاستحسان في الاصطلاح له عدة تعريفات؛ منها :

التعريف الأول :

الاستحسان هو: "دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته، فلا يقدر على إظهاره "[2] .

ونُسب هذا التعريف إلى بعض الحنفية ، وانتقد هذا التعريف انتقادًا شديدًا ؛ لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق ولا بد من ظهوره .

وقد انتقد الإمام الغزالي هذا التعريف فقال : " هذا هوس ، فإن معاني الشرع إذا لاحت في العقول انطلقت الألسن في التعبير عنها فما لا عبارة عنه لا يعقل " [3].

التعريف الثاني :

الاستحسان هو : "ما يستحسنه المجتهد بعقله" [4]. ونُسب هذا التعريف أيضا إلى أبي حنيفة ، ولكن أصحابه ينكرون هذا التفسير عنه، وانتُقد هذا التعريف بأنه يفوض الأحكام إلى آراء الرجال ، و لو فتح هذا الباب لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء [5] .

يقول الشنقيطي منتقدًا التعريفين السابقين: "وبطلان هذين التعريفين ظاهر؛ لأن المجتهد ليس له الاستناد إلى مجرد عقله في تحسين شيء، وما لم يعبر عنه لا يمكن الحكم له بالقبول حتى يظهر ويعرض على الشرع" [6].

التعريف الثالث :

الاستحسان هو : العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى[7] .

وهذا أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان؛ لأنه يشمل كل أنواعه ، قال الغزالي عن هذا التعريف: "وهذا مما لا ينكر " [8].

(1) ينظر: القاموس المحيط، للفيروز أبادي، مؤسسة الرسالة/بيروت ، ص1535، مختار الصحاح، للرازي، تح : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت ص167.

(2) نهاية السول شرح منهاج الوصول ، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين ، دار الكتب العلمية/ بيروت ، (ط1 ، 1999م) ، ص365

(3) المنخول من تعليقات الأصول ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، تح : محمد حسن هيتو ، دار الفكر المعاصر- بيروت لبنان، دار الفكر دمشق – سورية (ط3 ، 1998م) ، ص477

(4) ينظر المستصفى ، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، تح : محمد عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية / بيروت (ط1 ، 1993م) ، ص171

(5) المرجع السابق نفسه

(6) مذكرة في أصول الفقه ، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة ، (ط5 ، 2001م) ، ص200

(7) الإبهاج في شرح المنهاج ، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي السبكي ، دار الكتب العلمية –بيروت ، (د .ط ، 1995م) ، 3/ 189

(8) ينظر المستصفى ، ص173 ، وينظر تفصيل المسألة في : المصلحة المرسلة والاستحسان ، د. عبد اللطيف العلمي ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية (ط1 ، 2004م) ، ص134-136

مفهوم الاستحسان عند المالكية

الاستحسان في المذهب المالكي هو: « العمل بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، فالعمل بالمصلحة الجزئية وترك النص العام أو القياس ، لا يرجع إلى مجرد الذوق والتشهي وإنما يرجع إلى ما علم من مقاصد الشرع في الجملة من جلب للمصالح ودرء للمفاسد » ((1))، فقد يوجب القياس في بعض المسائل حكما شرعيا معينا ، إلا أن هذا الحكم عند النظر والتفحص يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، فيترك القياس في هذه الحالة ويخصص بالمصلحة دون إلغاء أصل القياس((2)).

ومن أمثلته في الشرع؛ القرض: فإنه ربا في الأصل؛ لأنه درهم بدرهم إلى أجل ، وذلك إذا نظرنا إلى عموم النصوص، فقد نهى صلى الله عليه وسلم عن « بيع الذهب والفضة إلا مثلا بمثل يدا بيد »، ولكن خصص هذا العموم بالنظر المصلحي المتمثل في رفع المشقة والحرج عن الناس ، فلو بقي على أصل المنع لكان فيه تضييق على المكلفين. ومثله كذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن« بيع العرية بخرصها تمرا » ، فإنه في الحقيقة بيع للرطب باليابس ، وقد نهى عنه صلى الله عليه وسلم في العموم، ولكنه أبيح للنظر المصلحي كذلك لما فيه من الرفق ورفع الحرج بالنسبة للمعري والمعرى((3)).

تعريف الاستحسان عند ابن رشد

1-عرف ابن رشد في بداية الاجتهاد الاستحسان بأنه : (الجمع بين الأدلة المتعارضة) ((4)) . ونسب ابن رشد هذا التعريف لمالك رحمه الله ، ثم قال : " وإن كان ذلك كذلك فهو ليس قولا بغير دليل"((5)).

2- كما عرفه أيضا في موضع آخر من الكتاب بأنه : (الالتفات إلى المصلحة والعدل) ((6)).

وترك العمل بالدليل النصي مراعاة لهذه الأصول هو المقصود بمصطلح تخصيص المصالح للنصوص عند من يقول بها ، وهذا يعني أن المخصصات عند المالكية تتمثل في العرف والإجماع والمصلحة ورفع الحرج والمشقة .

والاستحسان بهذا المعنى – الذي تم إيراده في التعريفات السابقة عند المالكية - حُجَّةٌ باتفاق العلماء؛ لأنَّه لا يخالف أحدٌ في الأخذ بالدليل الراجح .

فإطلاقُ الاستحسانِ على ما تميلُ إليه النفسُ وتهواه من الصُّوَرِ والمعاني لم يقل به أحدٌ من العلماء، ولا يسوغ نِسبتُه إلى أهل العلم، إذ لا خلافَ بينهم على عدم جوازه، لاتفاقهم على امتناع القول في الدِّين بالتشهِّي والهوى. وهو المقصُودُ بقول الإمَام الشَّافعيّ : " من استحسن فقد شرع " [7].

رأي الإمام الشافعي في الاستحسان :

أنكر الإمام الشافعي القول بالاستحسان وبالغ في رده ، ومن ذلك قوله: "من استحسن فقد شرع" [8].

وعند التحقيق يجد الباحث أن إنكار الشافعي إنما كان على الاستحسان بمجرد الهوى والتشهي والتلذذ دون دليل؛ قال الشافعي: "إنما الاستحسان تلذذ [9]" . ونَقل الشيرازي عن الشافعي تعريف الاستحسان

((1)) ينظر الموافقات : 4/ 206
((2)) ينظر الموافقات : 1/ 40
((3)) الموافقات : 1/ 40
(4) بداية المجتهد : 4/ 60
(5) بداية المجتهد : 4/ 60
((6)) بداية المجتهد : 2/ 140
(7) المستصفى ، ص171
(8) المستصفى ، ص171
(9) الرسالة ، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس ، تح : أحمد شاكر ، مكتبة الحلبي / مصر ، (ط1 ، 1940م) ، ص507

عند أبي حنيفة وهو : ترك القياس لما استحسنه الإنسان من غير دليل [1]. فالشافعي إنما أنكر استحسانًا بلا دليل.

ووجهة نظر الشافعي تتضح في قوله الآتي: " ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك الكتاب، ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا. ولا يجوز أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان؛ إذ لم يكن الاستحسان واجبًا ولا في واحد من هذه المعاني" [2].

ومن هذا النص يتبين لنا أن الشافعي إنما ينكر الاستحسان الذي لا يعتمد على شيء من الأدلة الشرعية: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس[3].

المطلب الثاني : أنواع الاستحسان عند المالكية وتطبيقاتها من فقه ابن رشد

وقسم المالكية الاستحسان إلى أقسام :« فمنه ترك الدليل للعرف ، كرد الأيمان إلى العرف، وتركه- أي الدليل- للمصلحة؛ كتضمين الأجير المشترك ، وتركه للإجماع؛ كإيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي، وتركه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق؛ كإجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكبيرة ، وإجازة بيع وصرف في اليسير» ((4)). ومن مواطن الاستحسان ؛ ترك مقتضى الدليل في الشيء لتفاهته ونزار ته وقلته((5))

وأضاف الشاطبي إلى هذه الأنواع نوعا خامسا؛ هو الاستحسان بمراعاة الخلاف((6)).

النوع الأول : الاستحسان المبني على المصلحة ورفع الحرج

ويتضمن هذا النوع الاستحسان لرفع الحرج والمشقة وإيثار التوسعة على الخلق باعتبارها أهم أنواع المصالح المراد جلبها وتحصيلها، ودفع ورفع أضدادها عن الناس. والمقصود من استحسان المصلحة: أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة؛ هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج والمشقة عن الناس، وتيسير معاملاتهم. ولم يذكر علماء الحنفية هذا النوع من الاستحسان وإنما ورد في كتب المالكية، ولكن جزئيات فقههم تشهد لذلك بالاعتبار((7)).

تطبيقات من فقه ابن رشد

1- فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق :

وأما من يقع طلاقه من النساء فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي، وأنه لا يقع على الأجنبيات أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول إن نكحت فلانة فهي طالق فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق أو خص ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة، وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبي حنيفة وجماعة ، وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك

(1) التبصرة في أصول الفقه ، أبو إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، تح : محمد حسن هيتو ، دار الفكر / دمشق ، (ط1 ، 1403ه) ، ص492

(2) الأم ، للشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس ، دار المعرفة / بيروت ، (د . ط ، 1990م) ، 313/7

(3) ينظر إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، محمد بن علي الشوكاني ، تح : محمد سعيد البدري أبو مصعب ، دار الفكر (1992م) ، ص: 402

((4)) المحصول ، أبو بكر بن العربي ، (طبعة دار البيارق ، عمان/ الأردن ، 1999م) ص 66 . وينظر الموافقات : 4/ 207 ، 208

((5)) الموافقات : 4/ 208

((6)) الاعتصام : 2/ 145

((7)) ينظر الاستحسان ؛ حقيقته وأنواعه ، حجيته ، تطبيقاته المعاصرة ، د. يعقوب الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ناشرون ، ط1 ، 2007م : ص114

وأصحابه أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، وكذلك في وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن.

وسبب الخلاف :

هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال: لا يتعلق الطلاق بالأجنبية، ومن قال ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال: يقع بالأجنبية.

وأما الفرق بين التعميم والتخصيص **فاستحسان مبني على المصلحة** ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال، فكان ذلك عنتا به وحرجا، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ((1)).

2- التفريق بين الحائض والجنب في المنع من قراءة القرآن :

قوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف – اي في المنع من القراءة - بمنزلة الجنب، وقوم فرقوا بينهما، فأجازوا للحائض القراءة القليلة **استحسانا؛** لطول مقامها حائضا، وهو مذهب مالك[2].

3- حكم المسح على الخف المخرق [3]

وأما صفة الخف فإنهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح، واختلفوا في المخرق فقال مالك وأصحابه : يمسح عليه إذا كان الخرق يسيرا أقل من ثلاثة أصابع. وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وإن تفاحش خرقه ، وممن روي عنه ذلك الثوري، ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في أحد القولين عنه. وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل إلى المسح هل هو لموضع الستر أعني ستر خف القدمين؟ أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين ؟ فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المخرق؛ لأنه إذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح إلى الغسل ومن رأى أن العلة في ذلك المشقة لم يعتبر الخرق ما دام يسمى خفا. **وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج**. وقال الثوري : كانت خفاف المهاجرين والأنصار لا تسلم من الخروق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم. قلت : هذه المسألة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم ، وقد قال تعالى : (لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)[4] .

4- حكم وقوع الطلاق المعلق على الأجنبيات :

وأما من يقع طلاقه من النساء فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن، أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي، وأنه لا يقع على الأجنبيات أعني الطلاق المعلق.

وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج ؛ مثل أن يقول إن نكحت فلانة فهي طالق، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول: إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا ، عم المطلق أو خص، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة .

وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص، وهو قول أبي حنيفة وجماعة.

(1) بداية المجتهد : 68/2
(2) بداية المجتهد: 1/ 55
(3) بداية المجتهد : 27/1
(4) النحل : 44

وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه وإن خصص لزمه، وهو قول مالك وأصحابه ، أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن.

وسبب الخلاف :

هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه؟ فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالأجنبية، ومن قال: ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال يقع بالأجنبية.

وأما الفرق بين التعميم والتخصيص ؛ **فاستحسان مبني على المصلحة** وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكأنه من باب نذر المعصية . وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق، واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"لا طلاق إلا من بعد نكاح"**[1].

5-ضمان المبيع بالعقد إلا ما كان فيه حق توفية أو كان على الصفة عند مالك :

اختلف العلماء في وقت ضمان المشتري للمبيع فقال أبوحنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض ، وأما مالك فله في ذلك تفصيل : وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عد ، وبيع ليس فيه حق توفية؛ وهو الجزاف، أو ما لايوزن ولا يكال ولا يعد ، فأما ما فيه حق توفية فلا يضمنه المشتري إلا بعد القبض ، وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر ، فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه .

وأما المبيع الغائب فعن مالك فيه ثلاث روايات أيضا ، أشهرها : أن الضمان على البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية : أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع (...) والخلاف في هذه المسألة مبني على : هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ **وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية؛ استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال : هو الالتفات إلى المصلحة والعدل**[(2)].

6- ضمان هلاك الرهن هل من الراهن أو من المرتهن ؟ :

اختلف العلماء في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه؟ :

فقال قوم: الرهن أمانة وهو من الراهن، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه، وممن قال بهذا القول الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وجمهور أهل الحديث.

وقال قوم: الرهن من المرتهن ومصيبته منه، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة، وجمهور الكوفيين. وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان، والعقار مما لا يخفى هلاكه، وبين ما يغاب عليه من العروض، فقالوا: هو ضامن فيما يغاب عليه، ومؤتمن فيما لا يغاب عليه، وممن قال بهذا القول مالك، والأوزاعي، وعثمان البتي، إلا أن مالكا يقول: إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع، ولا تفريط، فإنه لا يضمن.

يقول ابن رشد : " ... وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه "[(3)].

(1) بداية المجتهد : 104/3
(2) بداية المجتهد : 2/ 152
(3) بداية المجتهد : 4/ 60

وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيرا، فضعفه قوم وقالوا: إنه مثل استحسان 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)).

7- مسألة

هل إذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا، فهل يرجع بالجميع، أو بالذي وجد فيه العيب؟

فقال قوم: ليس له إلا أن يرد الجميع، أو يمسك، وبه قال أبو ثور، والأوزاعي، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة، فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط، وإنما الخلاف إذا لم يسم.

وقال قوم: يرد المعيب بحصته من الثمن، وذلك بالتقدير، وممن قال بهذا القول سفيان الثوري، وغيره. وروي عن الشافعي القولان معا.

وفرق مالك، فقال: ينظر في المعيب، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته.

يقول ابن رشد : " وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها **فاستحسان منه؛ لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر** في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به إرادة المشتري أو البائع، وأما عندما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك" (2).

النوع الثاني : استحسان العادة والعرف

للعرف والعادة أهمية كبيرة في حياة الإنسان ، فهي بعد أن تتكون وتصير في دور الثبات يصعب الإقلاع عنها، سيئة كانت أو حسنة، فالنفس إذا ألفت شيئا صار في جبلتها وطبيعتها . وقد أخذت أكثر المذاهب الإسلامية بالعرف والعادة ولكنها متفاوتة في مدى العمل بها، وربما كان المالكية هم أكثر المذاهب عملا بها .

والمراد في موضوع الاستحسان بالعرف هو العادات والأعراف الجارية بين الناس في الجزئيات التي يكون الآخذ بالعرف فيها مخالفا للأقيسة والقواعد المقررة.

والاستحسان بالعرف ليس خاصا بالمالكية بل هو من أقوال علماء الحنفية أيضا، وذكر الغزالي في المنخول من أنواع الاستحسان اتباع عادات الناس وعرفهم((3)) ، كتصحيحهم بيع المعاطاة على خلاف القياس، كما عده الجصاص(الحنفي) نوعا من الاستحسان أيضا ومثل له بدخول الحمام((4))، ورفع الحرج في الأخذ بالأعراف بين؛ لأن العادات والأعراف طبائع ثانية وفي نزع الناس عنها خروج عن مبدأ التيسير الثابت في الشريعة.

(1) بداية المجتهد : 4/ 60
(2) بداية المجتهد ، 147/2

((3)) المنخول ، للغزالي، تحقيق: محمد حسن هيتو ، ط: الثانية (1400هـ) ، دار الفكر / دمشق : ص376

((4)) الفصول في الأصول ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (الجصاص) ، وزارة الأوقاف الكويتية (ط2 ، 1994م) ، 248/4

تطبيقات من فقه ابن رشد :

التفريق بين ما قبل تسعة وما بعدها فاستحسان :

وعمدة مالك عن طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض الحامل وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة.

فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء.

وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى: (وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ)[1] والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة، وهذا الرأي فيه عسر وحرج ولو قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا، إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها.

وكان قوله (إن ارتبتم) راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه، فكأن مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله (إن ارتبتم) راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض؛ أي إن شككتم في حكمهن، ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض: أنها تعتد بالأشهر.

وأما إسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا إلى أن الريبة ههنا في الحيض وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا تأويل الآية، مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا؛ لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به، حتى تكون في هذا السن أعني سن اليائس وإن فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر وهو قياس قول أهل الظاهر؛ لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور.

أما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان ((2)).

النوع الثالث : الاستحسان بترك الدليل لنزارة الشيء وتفاهته

وهو من أنواع الاستحسان التي أقرها المالكية وصرحوا بها في كتبهم، والجزئيات المستحسنة في هذا النوع تخرج عن القياس بسبب كونها يسيرة وتافهة، فيكون إخضاعها لحكم القياس جالبا للمشقة. فإيثارا للتوسعة على الخلق ورفعا للحرج عنهم تساهلوا فيها، ووجه ذلك كما قال الشاطبي : « 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((3)). وقد بالغ الإمام مالك في هذا النوع من الاستحسان فجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وإن كان لا ينضبط مقدار أكله؛ ليسارة أمره وخفة خطبه ، وعدم المشاحة فيه((4))، وكما في قليل النجاسة فقد اتفق علماء المالكية على أنه معفو عنه، ولهذا فإن الجزئيات التي يتحقق فيها وصف النزارة والقلة؛ تستثنى من مقتضى الدليل؛ تيسيرا على المكلفين وتخفيفا عنهم .

وذكر الشاطبي مجموعة من الأمثلة عن المالكية كان الاستحسان فيها ترك القياس والأصل؛ لنزارة وتفاهة الجزئية المستحسنة : فقد أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة ، وأجازوا البيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر ، وأجازوا بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما. والأصل المنع في

(1) الطلاق : آية 4
(2) بداية المجتهد : 75/2
((3)) الاعتصام : 2/ 142
((4)) الاعتصام : 2/ 144

الجميع؛ لما في الحديث من أن « الفضة بالفضة والذهب بالذهب مثلا بمثل، سواء بسواء، وأن من زاد أو ازداد فقد أربى »، ووجه ذلك – كما يقول الشاطبي- أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب ، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدى إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان عن المكلف»((1)).

تطبيقات من فقه ابن رشد :

1-الإجماع على العفو عن قليل النجاسة استحسان :

وظاهر هذا أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة، ومنها ما روي «أن النبي - عليه الصلاة والسلام - كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه، فطرح نعليه، فطرح الناس لطرحه نعليه، فأنكر ذلك عليهم - عليه الصلاة والسلام - وقال: " إنما خلعتها؛ لأن جبريل أخبرني أن فيها قذرا "، فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة.

فمن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إما بالوجوب إن رجح ظاهر حديث الوجوب، أو بالندب إن رجح ظاهر حديث الندب، أعني الحديثين اللذين يقضيان أن إزالتها من باب الندب المؤكد) . ومن ذهب مذهب الجمع، فمنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة، ساقطة مع النسيان وعدم القدرة.

ومنهم من قال: هي فرض مطلقا وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسألة وهو ضعيف؛ لأن النجاسة إنما تزال في الصلاة، وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته أعني أنه جعل الغير معقولة آكد في باب الوجوب وفرق بين الأمر الوارد في الطهارة من الحدث، وبين الأمر الوارد في الطهارة من النجس ؛ لأن الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة، وذلك من محاسن الأخلاق.

وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم في النعال مع أنها لا تنفك من أن يوطأ بها النجاسات غالبا، وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات(2) .

2-الارتفاع القليل عن المأمومين جائز استحسانا :

وأما موضع الإمام فإن قوما أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين، وقوم منعوا ذلك، وقوم استحبوا من ذلك اليسير، وهو مذهب مالك(3).

3-العفو عن الغرر اليسير استحسان :

المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة، وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم؛ وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين؛ وقد قيل في المذهب: يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية، وقع ذلك في المدونة، وأنكره عبد الوهاب، وقال: هو مخالف لأصولنا.

وسبب الخلاف: هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، **وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟** فالشافعي رآه من الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير؛ وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك، وإن لم تكن له رؤية ... ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة

((1)) الاعتصام : 2/ 142

(2) بداية المجتهد :83/1

(3) بداية المجتهد :157/1

المبيع، أو لمكان المشقة التي في نشره، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه؛ ولهذا أجاز البيع على البرنامج وعلى الصفة، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه، ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر، أو ينظر إلى ما في جرابها [1].

المبحث الثاني : تخصيص العموم بالمصلحة

وعلاقته بالاستحسان

مقدمة المبحث :

الاستحسان نوع من أنواع التخصيص وليس العكس –أي أن التخصيص ليس نوعا من أنواع الاستحسان-، واستقراء الجزئيات يبين أن الاستحسان تخصيص غرضه التيسير ورفع الحرج ، أما التخصيص فهو أعم من ذلك ، فليس كل تخصيص استحسانا بل إن أكثر أنواع التخصيص ليست استحسانا ((2)). يقول الشيخ مصطفى شلبي : " وليكن التخصيص استحسانا " ((3)).

مصطلحات مرادفة للعنوان :

الاستحسان بالمصلحة

ويقصد به –استحسان المصلحة- : تخصيص المصلحة للعمومات والأقيسة [4]. أو هو : الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي((5)) . وفي الاعتصام : ترك الدليل للمصلحة ((6)).

استحسان الضرورة :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها ؛ دفعا للحرج وسدا للحاجة [7]. ويتحقق هذا النوع في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق الأصل العام أو القواعد المقررة؛ أمرا متعذرا ، أو ممكنا، لكنه يلحق مشقة وعسرا شديدين بالمكلف، فيُعدل بها عن الحكم فيها بمثل ما حكم في نظيراتها ؛ لأنه إن وجدت ضرورة تقتضي التخفيف ولم ترفع فإنها تؤدي إلى مشقة بالغة، وحرج شديد، وهما مرفوعان عن المسلم قطعا بالأدلة المتواترة في القرآن والسنة ([8]).

وكما في مسألة تضمين الصناع ، ففي الصدر الأول كانت يد الصانع يد أمانة ، حتى أفتى سيدنا علي بن أبي طالب بتضمينه للمصلحة ، لأنه لا يصلح الناس إلا هذا ، فجعل يد الصانع يد ضمان استحسانا ؛ لضعف الوازع الديني [9].

وكذلك المطلق في مرض الموت ، فالأصل أن المطلقة لا ترث ؛ لانتفاء السبب ، حتى ورث عثمان بن عفان زوجة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته ، معاملة له بنقيض مقصوده ، لأنه اتهمه بتعمد إخراج الزوجة من الميراث [10].

(1) بداية المجتهد :174/3

(2) الاستحسان حقيقته وأنواعه ، يعقوب الباحسين ، ص23
(3) تعليل الأحكام للشيخ العلامة مصطفى شلبي ، نقلا من كتاب الاستحسان ، للدكتور يعقوب الباحسين ، ص24
(4) أمالي الدلالات ، الشيخ ابن بيه ، ص471
((5)) ينظر الموافقات : 4/ 206
((6)) الاعتصام ، دار ابن عفان ، 641/2
(7) المصلحة المرسلة والاستحسان ، د. عبد اللطيف العلمي ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية (ط1 ، 2004م) ، ص134-136
(8) الاستحسان حقيقته وأنواعه ، يعقوب الباحسين ، ص100
(9) بداية المجتهد : 327/2 ، أمالي الدلالات ، الشيخ ابن بيه ، ص474
(10) أمالي الدلالات ، الشيخ ابن بيه ، ص474

ومن ذلك أيضا فتوى بعض المالكية بجواز أن يعطى أهل البيت من الزكاة إذا لم يجدوا ما يكفيهم من الغنائم والخمس ، مع أن الحديث يخالف هذا الاجتهاد وهذا النظر ، فقد جاء في الحديث " لا يحل لمحمد ولا لآل محمد منها شيء " ، وهذا من باب الاستحسان [1].

ومن مفردات المالكية : جواز تلاوة القرآن استحسانا استثناء من عموم ، بقصد استدراك محفوظها من القرآن [2].

المطلب الأول : تخصيص العموم بالمصلحة

توسع المالكية في المخصصات حتى قالوا: «ما من عام إلا وقد خصص» ، وأوصلها القرافي رحمه الله إلى خمسة عشر مخصصا، ذكر منها: «الكتاب والسنة والإجماع،والقياس،والعقل،والعادة، والشرط، والاستثناء، والصفة، والغاية،والاستفهام، والحس »((3)).

وهو ما قصده ابن رشد في عدة مواضع في البداية بقوله : تخصيص العموم بالقياس المرسل ((4)). واستخدمه في عدة تطبيقات ستأتي عند تعدادها وسردها .

وإنما ساغ هذا التخصيص عند الإمام مالك - رحمه الله - ؛ لأن المصلحة المرسلة عنده تعتبر دليلًا مستقلًّا، فمتى كان ثبوتها ثبوتًا قطعيًّا فلا يمتنع أن يخصص بها الدليل العام؛ لأن دلالة العام ظنية عنده، ومعلوم أنْ لا تعارض بين ظني وقطعي.

وهذا لا يعني تغيير النص الشرعي؛ إذ معنى التخصيص عند الأصوليين: قصر العام على بعض أفراده على سبيل التفسير والبيان، لا على سبيل التغيير، فتخصيص النص العام بمصلحة حقيقية موزونة بميزان الشرع عند التعارض، يكون بإعمال النص في الحالات التي لا تتنافى مع المصلحة الملائمة لمقاصد الشرع، والداخلة تحت نصوصه العامة، وذلك دليل على أن الشارع إنما يريد بنصه العام أن يطبق فيما لا تقتضي المصلحة خلافه، وهذا ما تدل عليه أقوال فقهاء المالكية .

وقد نص ابن العربي على أن هذا الاستحسان هو مقصوده في كلامه في كتبه عن جواز التخصيص بالمصالح للنصوص حيث قال :« الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان جواز تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخصص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقض العلة (...) ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة »((5)).

وقد دعا ابن العربي إلى التصريح بجواز تخصيص عمومات النصوص بالمصالح ، قياسا على ما ذهب إليه الجمهور من جواز التخصيص بالقياس، فقد نص قبل الشاطبي على أن المصلحة نوع من القياس بل هي من أقوى أنواع القياس، فقال رحمه الله:« وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح والمصلحة من أقوى أنواع القياس »((6)).

موقف الشاطبي :

دور الشاطبي في هذه القضية أيضا ؛ هو في محاولة تقعيدها أصوليا، حين اعتبرا العمل بالمصلحة الحاجية الجزئية في مقابل النص - وهو ما يعرف بتخصيص المصلحة للنص- إنما هو من قبيل العمل

(1) أمالي الدلالات ، الشيخ ابن بيه ، ص474
(2) بداية المجتهد: 1/ 55
((3)) الذخيرة ، تح : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، 90/1 ، 91 . وينظر كذلك : شرح الأربعين النووية : لنجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي : ت: كامل أحمد كامل الحسيني ، دار البصائر (القاهرة)، ط : الأولى ، 2009، ص: 355
(4) بداية المجتهد : 327/2
((5)) ينظر أحكام القرآن : 2/ 285
((6)) أحكام القرآن : 202/2 دار الفكر

بأصل الاستحسان. فالاستحسان في المذهب المالكي هو : « العمل بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، فالعمل بالمصلحة الجزئية وترك النص العام أو القياس ، لا يرجع إلى مجرد الذوق والتشهي وإنما يرجع إلى ما علم من مقاصد الشرع في الجملة من جلب للمصالح ودرء للمفاسد» ((1))، فقد يوجب القياس في بعض المسائل حكما شرعيا معينا ، إلا أن هذا الحكم عند النظر والتفحص؛ يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ، فيترك القياس في هذه الحالة ويخصص بالمصلحة دون إلغاء أصل القياس ((2)).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يمكن أن تعارض المصلحة النص وأن ما كان من هذا القبيل المذكور آنفا إنما هو من باب تخصيص العموم وتقييد المطلق، فعند التعارض بينهما يقدم النص لا محالة ، وتعتبر المصلحة إذ ذاك ملغية لا اعتبار لها؛ إذ من شروط العمل بالمصلحة أن لا تعارض نصا من كتاب أو سنة، والتعارض الظاهر في مثل هذه الحالات هو في الحقيقة تعارض بين دليلين شرعيين، وليس بين مصلحة متوهمة ونص ثابت، ويرجع الأمر في مثل هذه الحالات إلى إعمال النظر والترجيح من أهل الاجتهاد بين الأخذ بالمصلحة الجزئية العارضة، والمصلحة المقصودة من النص، وفي هذا الترجيح مساحة للاجتهاد العقلي من أهل العلم، فالأحكام الشرعية(الأعمال الشرعية) غير مقصودة لنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها((3))، ولهذا فقد صرح ابن العربي بانتفاء الشيء لانتفاء فائدته ومقصوده، فالشيء إنما يراد لمقصوده ، فإذا عدم المقصود فكأنه لم يوجد ((4)).

ومع ما تقدم، فإن التخصيص بالمصلحة أمر يجب فيه التحفظ والحذر، وهو ما نبه إليه الأمين الشنقيطي حيث قال : "والتحقيق أن العمل بالمصلحة المرسلة، أمر يجب فيه التحفُّظ وغاية الحذر، حتى تتحقق صحة المصلحة، وعدم معارضتها لمصلحة أرجح منها، أو مفسدة أرجح منها أو مساوية لها، وعدم تأديتها إلى مفسدة في ثاني الحال – أي في المآل - " [5].

المطلب الثاني: اختلاف العلماء في تخصيص المصلحة لعمومات النصوص

وقد وقع خلاف بين العلماء في جواز تخصيص العموم بالمصالح ، وانقسم العلماء في ذلك إلى قسمين:

القسم الأول : لم يجيزوا مطلقا تقديم المصلحة على النص؛ لأن الشريعة إنما تؤخذ من نص أو إجماع أو قياس، فإذا تصادمت مصلحة مع نص فلا يعتد بها أبدا .

القسم الثاني : أجازوا تقديم المصلحة على النص، وهم المالكية والأحناف، فيخصصون بالمصلحة النصوص الظنية الدلالة أو الثبوت، إذا كانت المصلحة قطعية ومن جنس المصالح المعتبرة شرعا، وبناء على هذا الكلام فإنهم يجيزون تخصيص عموم القرآن والسنة بالمصلحة، ويردون خبر الآحاد إذا عارض المصلحة القطعية؛ لأنه إذا تعارض ظني وقطعي قدم القطعي على الظني ([6]).

وأما ما يقال من وجود قسم ثالث يقدم المصلحة على النص على الإطلاق ، وبدون تقييد، وتزعُّمِ الطوفي له بل وتفرده فيه بهذا الرأي ، فلم يرجحه الباحث، بل رجح ما ذهب إليه الشيخ القرضاوي ومن قبله الشيخ رشيد رضا ، من أن من يدقق النظر في رسالة الطوفي في شرحه لحديث : (لا

((1)) ينظر الموافقات : 4/ 206
((2)) ينظر الموافقات : 1/ 40
((3)) انظر الموافقات للشاطبي : 385/2
((4)) أحكام القرآن : 2/ 475
(5) المصالح المرسلة ، محمد الأمين الشنقيطي ، الجامعة الإسلامية (ط1 ، 1410ه) ، ص21
((6)) ينظر المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية ، عبد اللطيف العلمي ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ط1 ، 2004م ، ص92، 93

ضرر ولا ضرار) ، من ضمن شرحه للأربعين النووية، يلاحظ بشكل واضـح أن ما قيل عن الطوفي وتناقلته الأقلام في الكلام عنـه غير دقيق وفيه تجن عليه .

يقول الشيخ القرضاوي : « وكنت فيما علقت به قديما على نظريته ، استبعدت أن يكون قصد بالنص: النص القطعي عن طريق الاستنتاج العقلي ، ثم لما رجعت إلى مقولة الطوفي وقرأتها بإمعان ، وجدته يصرح بأن النص الذي يعنيه ليس النص القطعي»((1)) .

ولعل الطوفي بجرأته وعبارته القوية - كما قال الشيخ القرضاوي- أفضل من شرح وحلل هذه المسألة أو الإشكالية الأصولية : (تقديم المصلحة على النص) أو (تخصيص المصلحـة للنص) **والذي يقول بها جمهور علماء المالكية.**

يقول الطوفي: « فإن فرض عدم احتماله (أي النص) من جهة العموم والإطلاق ونحوه، وحصلت فيه القطعية من كل جهة بحيث لا يتطرق إليه احتمال بوجه، منعنا أن مثل هذا يخالف المصلحة ، فيعود إلى الوفاق، وإن كان آحادا محتملا فلا قطع ، وكذا إن كان متواترا محتملا أو آحادا صريحا لا احتمال في دلالته بوجه ، لفوات قطعيته من أحد طرفيه إما متنه أو سنده »([2]).

فلسفة تخصيص المصلحة للنص عندالمالكية كما يقررها القرافي :

وقول الطوفي في هذه المسألة لا يختلف عن قول القرافي –والمالكية عامة – فيها، فقد سئل -رحمه الله- في كتابه (نفائس الأصول)، عن إشكالية التعارض بين المصالح والعمومات في التشريع، وأنه ما من مصلحة أقرت في الإثبات أو النفي إلا ووجد معها دليل عام يردها وينفيها، **فكيف يعمل بالمصالح، ومن شروط العمل والاحتجـاج بها ، أن لا تعـارض نصـا من كتاب أو سنة ؟.**

فصرح رحمه الله بأن المراد بعدم التعارض بين المصلحة والنصوص المشروط في العمـل بالمصالح، هو تعارض المصلحة مع النصوص الجزئية الخاصة في الباب أو المسألة المنظـور إليها ، فإذا تعارضت مصلحة مع نص خاص في نفس القضية أو الباب فحينئذ بالاتفاق لا يعمل بتلك المصلحة ، أما إذا كانت النصوص عامة تشمل المسألة المستدل عليها بالمصلحة وغيرها فلا عبرة بها، لأن المصلحة أخص منها والأخص مقدم على الأعم.

يقول القرافي : « قال بعض علماء العصر : إذا قلتم بالمصلحة المرسلة ، فكيف تصنعون في العمومات والأدلة ؟ فإنها متعارضة نفيا وإثباتا، فإنه ما من مصلحة في إقدام أو إحجام إلا ويجد عاما يردها (...) وإذا لاحظتم الظواهر المانعة من الإقدام والإحجام لم تبـق مصلحـة مرسلة إلا ولها معارض من النصوص ، وأنتم تشترطون في المصلحة السلامة عن معـارض الأدلة.

جوابه: أنا نعتبر من النصوص الأصول ما هو خاص بذلك الباب في نوعه ، دون ما هو أعم منه ، فإذا كانت المصلحة في الإجارات اعتبرنا نصوص الإجارات، أو في الجنايات اعتبرنا نصوص الجنايات، أما نص يشمل ذلك الباب وغيره فلا عبرة به؛ لأن هذه المصلحة أخص منه، والأخص مقدم على الأعم، لا سيما إذا كان النص يشمل جميع الشريعة ، فقد كثر تخصيصه فضعف التمسك به » ([3]).

يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله :« والمصلحة لا تقع أمام نص قطـعي، السنـد فيه قطعي والدلالة فيه قطعية ، أما إذا كان الحكم ثابتا بنص ظني في سنـده أو في دلالتـه، والمصلحة ثابتة ثبوتا قطعيا لا مجال للشك فيه (...) فإن المصلحة تخصص النص، إذا كـان عاما غير قطعي، وترد خبر الآحاد إن

((1)) السياسة الشرعية : 160

((2)) شرح الأربعين النووية ، نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي : تحقيق: كامل أحمد كامل الحسيني ،ط: الأولى(2009) دار البصائر ،ص 370

((3)) نفائس الأصول :تح: عادل أحمد عبد الموجود ، ومحمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط1 ، 1995م ، 4094/9

عارضها؛ لأنه يكون بين أيدينا دليلان، أحدهما ظني، والآخر قطعي، ومن المقررات الفقهية: أنه إذا تعارض ظني مع قطعي خصص الظني بالقطعي، أو رد إن كان غير قابل للتخصيص »[(1)].

المطلب الثالث : تطبيقات من فقه ابن رشد

1- تخصيص المرأة من عموم النفي الوارد في الحديث للمصلحة :

يلاحظ الباحث تناول ابن رشد الحفيد لهذا النوع من التخصيصات في بداية المجتهد ونسبته هذا النوع من التخصيصات المصلحية للإمام مالك رضي الله عنه .

فقد جاء في الحديث : « البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » .

وذلك في سياق كلامه عن عقوبة الزانية والزاني البكر فقد ذكر ابن رشد ذهاب الإمام مالك إلى القول بتغريب الزاني دون الزانية ؛ قال ابن رشد رحمه الله : « ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصصه بالقياس؛ أن المرأة تتعرض بالغربة إلى أكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل أعني المصلحي الذي يقول به مالك »[(2)] .

وكما هو واضح فإن القياس المصلحي يعتمد على اجتهاد أوسع أفقا وأكثر رحابة من القياس الجزئي، مما يجعل الأحكام والفتاوى المبنية عليه وثيقة الصلة بأصل اعتبار المصالح والمقاصد التي جاءت الشريعة بحفظها، وإن كان هذا لا ينفي ما في القياس الجزئي من ارتباط بمراعاة المصالح أيضا؛ إلا أن الفرق بينهما يتجلى في مدى درجة الاهتمام بالجانب المصلحي .

2- تضمين الصناع تخصيص للدليل :

وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم، فإنهم اختلفوا في ذلك، فقال مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف: يضمنون ما هلك عندهم. وقال أبو حنيفة: لا يضمن من عمل بغير أجر، ولا الخاص، ويضمن المشترك، ومن عمل بأجر. وللشافعي قولان في المشترك. والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر، وقيل: هو الذي لم ينتصب للناس، وهو مذهب مالك في الخاص، وهو عنده غير ضامن، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر، وبتضمين الصناع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك.

وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده، والشريك، والوكيل، وأجير الغنم.

ومن ضمنه **فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة.** [(3)]

وقد علق الشاطبي فقال : " والخامس : ترك الدليل لمصلحة كما في تضمين الأجير المشترك وإن لم يكن صانعا فإن مذهب مالك في هذه المسألة على قولين كتضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السفينة وتضمين السماسرة المشتركين، وكذلك حمال الطعام ـ على رأي مالك ـ فإنه ضامن ولاحق عنده بالصناع والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع .

فإن قيل : فهذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم، إلا أنهم صوروا الاستحسان بصورة الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة، ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر " .

((1)) أصول الفقه ، الشيخ محمد أبو زهرة :دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، ص287

(2) بداية المجتهد : 327/2

(3) بداية المجتهد : 4/ 17

يقول رحمه الله : " ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ضلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة فكانت المصلحة التضمين هذا معنى قوله : [لا يصلح الناس إلا ذاك] " ((1)).

3- تعارض النص مع قاعدة "لا ضرر ولا ضرار " :

تقسيم الرباع بالتراضي والسهمة :

يجوز أن تقسم العقارت والدور بالتراضي وبالسهمة إذا عدلت بالقيمة، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه. والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة: فإذا كانت في محل واحد: فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة، ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام، ويجبر الشركاء على ذلك.

وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه: فاختلف في ذلك مالك وأصحابه، فقال مالك: إنها تنقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه، مثل قدر القدم، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وعمدتهم في ذلك قوله تعالى: (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) .

وقال ابن القاسم: لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة، وإن كان لا يراعي في ذلك نقصان الثمن.

يقول ابن رشد : **" فعمدة من منع القسمة: قوله - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار»** . وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى: (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) " وهو عموم ((2)). " وليس لهم فيها متعلق؛ لأنه عموم تخصصه قاعدة الضرر والفساد المتفق عليها "((3)) ، وليس في هذا إهمال للنص، وإنما فيه إعمال للمقاصد والقواعد الكلية في الشرع، ومن أهمها تحري العدل بين الناس.

4- قتل الجماعة بالواحد :

وأما قتل الجماعة بالواحد، فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد، منهم مالك وأبو حنيفة، والشافعي، والثوري، وأحمد، وأبو ثور وغيرهم، سواء كثرت الجماعة أو قلت، وبه قال عمر حتى روي أنه قال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا. وقال داود وأهل الظاهر: لا تقتل الجماعة بالواحد، وهو قول ابن الزبير، وبه قال الزهري، وروي عن جابر. وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد (أعني: إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد) ، وقال مالك، والشافعي: تقطع الأيدي باليد، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف، فقالوا: تقتل الأنفس بالنفس، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد، وسيأتي هذا في باب القصاص من الأعضاء.

فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى: (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب)[4] وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة، ولكن للمعترض أن يقول: إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد، فأما إن قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن إتلاف النفس غالبا على الظن، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على إذهاب النفوس[5].

والخلاصة :

(1) الاعتصام : 119/2
(2) بداية المجتهد : 49/4
((3)) ينظر القبس ، أبو بكر ابن العربي ، طبعة دار الغرب الإسلامي : 856

(4) البقرة: 179

(5) بداية المجتهد : 4/ 182

أن المصلحة التي تصلح دليلا ومخصصا عند المالكية هي المصلحة الملائمة لجنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل أو نص معين، فالمخصص هو مجموعة النصوص الشاهدة للجنس بالاعتبار، فلا مشاحة في الاصطلاح، فموقع المصلحة من النصوص الظنية والأقيسة العامة إذا عارضتها إنما هو موقع المخصص لها فقط، ومعلوم أن التخصيص عبارة عن قصر العام على بعض مسمياته، فالقدر المخرَج بالمصلحة لم يكن مرادا بالحكم من اللفظ العام حتى يقال إنه معارض بما تقتضيه المصلحة، فليس هنالك تعارض في الحقيقة أصلا بين النص المراد قصره على بعض الأفراد وبين المصلحة المرسلة .

وهذا هو تحرير محل النزاع فيما ذهب إليه الفقهاء من أنه لا يمكن أن تعارض المصلحة النص وأن ما كان من هذا القبيل المذكور آنفا إنما هو من باب تخصيص العموم وتقييد المطلق ، فعند التعارض بينهما يقدم النص لا محالة ، وتعتبر المصلحة إذ ذاك ملغية لا اعتبار لها ، إذ من شروط العمل بالمصلحة أن لا تعارض نصا من كتاب أو سنة والتعارض الظاهر في مثل هذه الحالات هو في الحقيقة تعارض بين دليلين شرعيين وليس بين مصلحة متوهمة ونص ثابت ، ويرجع الأمر في مثل هذه الحالات إلى إعمال النظر والترجيح من أهل الاجتهاد بين الأخذ بالمصلحة الجزئية العارضة والمصلحة المقصودة من النص ، وفي هذا الترجيح مساحة للاجتهاد العقلي من أهل العلم، فالأحكام الشرعية (الأعمال الشرعية) غير مقصودة لنفسها ، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها ولهذا فقد صرح العلماء بانتفاء الشيء لانتفاء فائدته ومقصوده، فالشيء إنما يراد لمقصوده ، فإذا عدم المقصود فكأنه لم يوجد((1)).

وينبغي التنويه في نهاية هذه المبحث – تخصيص العموم بالمصلحة – إلى أن التخصيص أو الاستثناء من القواعد العامة، هو ضرب من التوفيق بين مقتضى القاعدة النظرية والحياة العملية، فهو يعتبر خطة أو منهجا تشريعيا أصوليا مستبصرا من مناهج الاجتهاد بالرأي ، يعالج غلو التطبيق الآلي، وسوء نتائجه التي تجافي العدل والمصلحة الحقيقية نتيجة للجهل بالواقع وظروفه ، مما يتصل بالدولة أو بالجهل بحياة الناس اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا ، فالتخصيص منهج أصولي انتهجه الصحابة أنفسهم والتابعون وتابعوهم؛ ينزل بقواعد الشريعة من أفقها النظري المحض إلى الواقع العملي من حياة الناس بغية المواءمة بينهما ، على نحو يدرأ المفسدة عنهم ، أو يجلب المصلحة الحقيقية لهم .

((1)) ينظر الموافقات للشاطبي : 385/2

الخاتمة

يمكن من خلال البحث تلخيص النتائج التالية :

أولا : التوظيف الدقيق والسلس من ابن رشد الحفيد لـــ(دليل الاستحسان في كتابه " بداية المجتهد ") بما لا يخرج عن رأي المالكية في الموضوع كالشاطبي والباجي والقرافي وابن العربي وغيرهم.

ثانيا : الاستحسان دليل يثري الفقه ، ويمد المفتي بوسائل مواجهة الحاجات المتجددة دون أن يرفع مقتضى النصوص بالكلية ، وهو في الغالب إعمال لمقصد عام أو خاص في تخصيص عموم نص أو تقييد إطلاقه .

ثالثا : الاستحسان عند ابن رشد -والمالكية عامة- ليس بخارج عن الأدلة الشرعية ، وليس عملا عقليا محضا، وإنما هو عمل بدليل شرعي في مقابلة دليل شرعي آخر، والأدلة الشرعية يقيد بعضها بعضا ويخصص بعضها بعضا، كما في أدلة القرآن والسنة، وبذلك يخرج الاستحسان المالكي عن أن يكون مجرد ما يستحسنه المجتهد بعقله، أو أنه دليل انقدح في نفس المجتهد تقصر عبارته عنه .

وتجدر الإشارة إلى أن الاستحسان يمثل المجال العملي التطبيقي للأحكام الشرعية والأصول الفقهية، فكل نص عام أو قياس فقهي ؛ إنما يراد به وضعه على المحك العملي التطبيقي، وقد يكون في العمل به على عمومه مفاسد ومشاق ، ومضار تحصل للمكلف، فيأتي الاستحسان لربط الجانب النظري بالتطبيق العملي.

رابعا : الاستحسان يمثل الشمولية و المرونة في الفقه الإسلامي من حيث ارتباطُه بالكثير من الأدوات الأصولية الأخرى؛ ولذلك نجدُ الاستحسانَ للمصلحة، والاستحسان للعُرف، والاستحسان مراعاة للخلاف، والاستحسان بالإجماع، والاستحسان بقاعدة رفع الحرج والمشقة، والاستحسان بعمل أهل المدينة لدى المالكية، وكذلك الاستحسان بالقياس.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد النبي الكريم ، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم ، رواية حفص (من الشاملة)**
- ابن رشد سيرة وفكر : محمد عابد الجابري : - ط: الأولى – مركز دراسات الوحدة العربية .
- ابن رشد وعلوم الشريعة الاسلامية : حمادي العبيدي : ط: الأولى – دار الفكر العربي ، دراسات في الفلسفة الاسلامية
- ابن رشد وكتابه المقدمات : المختار بن طاهر التليلي : الدار العربي للكتاب (1988م) .
- أحكام القرآن : أبو بكر بن العربي ، دار الفكر
- الاستحسان ؛ حقيقته وأنواعه ، حجيته ، تطبيقاته المعاصرة ، د. يعقوب الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ناشرون ، ط1 ، 2007م
- أصول الفقه ، الشيخ محمد أبو زهرة :دار الفكر العربي للطباعة والنشر
- الاعتصام ، أبو إسحاق الشاطبي ، المكتبة التجارية / مصر
- الأعلام ، خير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين/بيروت ، ط15 ، 2002م
- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، محمد بن علي الشوكاني ، تح : محمد سعيد البدري أبو مصعب ، دار الفكر (1992م)
- أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات ، الشيخ عبد الله بن بيه ، دار المنهاج (ط1 ، 2007م)
- الأم ، للشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس ، دار المعرفة / بيروت ، (د . ط ، 1990م)
- بداية المجتهد ، محمد بن أحمد بن رشد ، دار الحديث / القاهرة : 2004م
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن رشد ، ط الأولى ، شركة المطبوعات العربية.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن رشد ، مطبعة محمد علي صبيح
- بين الدين والفلسفة : محمد يوسف موسى –ط : الثانية – دار المعارف بمصر
- التكملة : لابن الأبار محمد بن عبد الله بن أبي بكر القضاعي البلنسي ، تح : عبد السلام هراس ، دار الفكر للطباعة /لبنان (1995م) .
- التبصرة في أصول الفقه ، أبو إسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، تح : محمد حسن هيتو ، دار الفكر / دمشق ، (ط1 ، 1403ه)
- دراسات في الفلسفة اليونانية : محمود قاسم ، – ط : الخامسة – دار المعارف بمصر .
- الذخيرة ، أحمد بن إدريس القرافي (أبو العباس) ، تح : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، الشيخ يوسف القرضاوي ، مكتبة وهبة ، (ط:3 : 2008 م) .
- شجرة النور الزكية ، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (المتوفى: 1360هـ) ، دار الكتب العلمية / بيروت : ط1 (2003م)

- شرح الأربعين النووية : لنجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي : ت: كامل أحمد كامل الحسيني ، دار البصائر (القاهرة)، ط : الأولى ، 2009
- عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي ، أبو بكر بن العربي ، دار الكتب العلمية/بيروت
- القاموس المحيط، للفيروز أبادي، مؤسسة الرسالة/بيروت ، ص1535،
- الفصول في الأصول ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (الجصاص) ، وزارة الأوقاف الكويتية (ط2 ، 1994م) .
- المحصول ، أبو بكر ، ابن العربي ، تح: حسين علي البدري –سعيد فودة ، دار البيارق /عمان-الأردن ، ط1 ، 1999م
- مختار الصحاح، للرازي، تح : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت ص167.
- مذكرة في أصول الفقه ، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة ، (ط5 ، 2001م) ،
- المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية ، عبد اللطيف العلمي ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ط1 ، 2004م
- مفهوم العالمية من الكتاب إلى الربانية : فريد الأنصاري ، ط: الأولى ، دار السلام /القاهرة
- المنخول ، للغزالي، تحقيق: محمد حسن هيتو ، ط: الثانية (1400هـ) ، دار الفكر / دمشق
- الموافقات ، الشاطبي ، تح : عبد الله دراز ، دار الفكر
- نفائس الأصول :تح: عادل أحمد عبد الموجود ، ومحمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط1 ، 1995م
- نهاية السول شرح منهاج الوصول ، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين ، دار الكتب العلمية/ بيروت ، (ط1 ، 1999م)