مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 - (العدد التسلسلي 28) - نوفمبر 2021 (ص ص: 603 - 622)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثرها في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

Consideration of the disagreement of the Malikis and its effect on the mujtahid recantation from the correct saying to the weighted one

ط. د خالد حجاج [1]
باحث دكتوراه – مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التّاريخ والحضارة الإسلاميّة – جامعة غرداية (الجزائر)
hadjadj.khaled@univ-ghardaia.dz

أ. د مونة عمر [2]
أستاذ – مخبر الجنوب الجزائري للبحث في التّاريخ والحضارة الإسلاميّة – جامعة غرداية (الجزائر)
dr.omar.mouna@univ-ghardaia.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
01 أفريل 2021	15 جويلية 2021	02 نوفمبر 2021

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى الوقوف على مُراعاة الخلاف عند المالكيّة؛ باعتباره أصلاً من أصول مذهب الإمام مالك؛ وهو يعني ترجيحَ المجتهدِ دليلَ المخالِفِ بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه، كما بيّنا حجيّة هذا الأصل وشروط العمل به عند جمهور المالكيّة، وأوضحنا أثر مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح. ثم تعرّضنا لذكر أهم المقتضيات المصلحيّة لهذا العدول، والمتمثّلة في: التّيسير، وتحقيق المصلحة، ودرء المفسدة، وتبرئة الذمّة من التّكاليف الشّرعيّة، والاحتياط، ودفع الشّبهة. وسنتطرّق في هذا البحث إلى كيفيّة إعمال المجتهد أوالقاضي لهذه القاعدة من خلال عدوله عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح؛ نتيجة لتلك المقتضيات المصلحيّة التي تستدعي ذلك، كما أوردنا نماذج تطبيقيّة من عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب قاعدة مراعاة الخلاف، وخلص البحث إلى أنّ هذه القاعدة لها أثر بارزٌ في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي.

الكلمات المفتاحية: مراعاة الخلاف، المالكيّة، عدول، المجتهد، القول الراجح، القول المرجوح.

Abstract:

This study aims to clarify the concept of observing the disagreement among the Malikis and that it is one of the origins of the Imam Malik doctrine. The Maliki, and explained the effect of observing the disagreement on the mujtahid recantation from the preponderant saying to the weighted saying, and then discussing the most important interest requirements of this change, represented in: facilitation, achieving interest, preventing corruption, absolving liability of the legitimate duties , precaution and pushing the suspicion, and the study models concluded by mentioning from the mujtahid recantation from the preponderant saying to the preferred one due to the rule of observing the disagreement

key words:

consideration of the disagreement, the Malikis, recantation mujtahid, the correct saying, the preferred saying.

[1] المؤلف المرسل: ط. د خالد حجاج ـــــــــــــ *Email: hadjadjkhaled2@gmail.com*

مقدمة:

الحمد لله الذي وفّق من أراد به خيرًا إلى التفقّه في الدّين، والصّلاة والسّلام على من بعثه الله رحمة للعالمين وحجّةً على الخلائق أجمعين وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد: فقد تميّز الفقه المالكي بتعدّد أصوله ومصادره، ممّا جعله فقهًا واقعيًّا وأكثر مرونةً واستعدادًا لمعالجة النّوازل والحوادث والمستجدّات. ومن هذه الأصول التي تميّز بها المالكيّة واعتمدوا عليها في عمليّة الاستنباط، هي قاعدة مُراعاة الخلاف، والتي جعلت من المذهب المالكيّ أكثر انفتاحًا على المذاهب الأخرى وبُعْدًا عن التعصّب للرّأي الاجتهادي، وأكثر استفادةً من جميع الأقوال الفقهيّة الرّاجحة والمرجوحة، حيث يعدل المجتهد عن القول الذي كان راجحًا عنده قبل وقوع الفعل إلى قول المخالِف الذي كان مرجوحًا في أصل النّظر.

إشكاليّة البحث: تتمثّل الإشكاليّة الرّئيسيّة في هذه الدّراسة في السّؤال الآتي: ما هو أثر إعمال قاعدة مراعاة الخلاف في عدول القاضي أو المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي؟

ويتفرّع عنها أسئلة فرعيّة تتمثّل فيما يأتي: ما هي حقيقة مراعاة الخلاف عند المالكيّة؟ وما حجيّتهاعندهم؟ وما هي ضوابط العمل بها؟ ثمّ ما هي أهمّ المقتضيات المصلحيّة في عدول القاضي أو المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح في المذهب المالكي؟

أهمية البحث: تكمن أهميّة هذا البحث فيما يأتي:

1- توضيح أهميّة قاعدة مراعاة الخلاف في المذهب المالكي كأصل من أصول المذهب المالكيّ.

2- إبراز أثر قاعدة مراعاة الخلاف في العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.

3- بيان أنّ العمل بهذه القاعدة يُعَدُّ مظهرًا من مظاهر المُرُونة في المذهب المالكي وكونه أكثر انفتاحًا على المذاهب الأخرى، وبُعدًا عن التعصُّب للرّأي الاجتهادي، وأكثر استفادةً من جميع الأقوال الفقهيّة الرّاجحة والمرجوحة، وتماشيًا مع تحقيق المقاصد الشّرعيّة.

منهج البحث: سيكون هذا البحث على وفق المنهج التحليلي لتوضيح حقيقة مراعاة الخلاف ضوابط العمل بها عند المالكيّة، وكذا المنهج الاستنباطي لاستنباط أهم آثارها في العدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.

خطة البحث: قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقدّمة ومبحثين وخاتمة. أمّا المقدّمة فقد اشتملت على إشكاليّة البحث وأهميّته والمنهج المتّبع فيها ووخطّته. وقسّمت موضوع الدّراسة إلى مبحثين إذ يشتمل كل مبحث على مجموعة من المطالب وهي كالآتي:

المبحث الأول: الجانب التنظيري لقاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

المبحث الثاني: الجانب التّطبيقي لقاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

المبحث الأول: الجانب التنظيري لقاعدة مراعاة الخلاف

وأثر مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

سيتطرّق الباحثان في هذا المبحث إلى بيان حقيقة مراعاة الخلاف عند المالكيّة وحجّيّتها وضوابط العمل بها عندهم، ثمّ إلى بيان أثر مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح مع توضيح أهمّ المقتضيات المصلحيّة لهذا العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح.

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف باعتباره مركبًا إضافيًا

وفي هذا المطلب سنبيّن معنى مراعاة الخلاف في اللّغة ثمّ معناها الاصطلاحي عند فقهاء المالكيّة.

الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة

ولتحديد معنى مراعاة الخلاف باعتباره مركبًا إضافيًا لابد من تعريف كل من كلمة المضاف وهي (مراعاة)، وكلمة المضاف إليه وهي(الخلاف).

أولا – تعريف المراعاة لغة:

جاء في لسان العرب: المراعاة: المناظرة والمراقبة، يُقال راعيتُ فُلانًا مُراعاة ورِعاءً إذا راقبته وتأمّلت فعله، وراعاه أي لاحظه[1]، ورعى النجوم:أي رَقَبها، وراعى الأمر:أي نظر الأمر إلى أين يصير، ويقال رعى الشيء رعيًا أي حفظه ولاحظه محسنًا إليه.[2] والمُراعَاةُ: المحافظةُ وَالإبقَاءُ عَلَى الشَّيْءِ واعْتِبَارُهُ وَالقِيَامُ بِما يُناسِبُه.[3] فنخلص إلى أنّ معنى المراعاة لغة: هي الالْتِفَاتُ إِلَى الشَّيْءِ وَاعْتِبَارُهُ.

ثانيًا – تعريف المراعاة اصطلاحًا:

يُلاحظ أنّ هناك تقاربًا بين معاني المراعاة إلاّ أنّ أقرب هذه المعاني اللّغوية إلى المعنى الاصطلاحي هوالاعتبار بمعنى الاعتداد، فيكون معناها الاصطلاحي هو: ((اعتبار النّاظر للوقائع والنّوازل ولما ذهب إليه غيرُه والاعتداد به))[4].

ثالثا – تعريف الخلاف لغة:

الخِلاَفُ: ضِدُّ الوِفَاقِ، وهو مَصْدَرٌ مِنْ خَالَفَ يُخالِفُ خِلَافًا ومُخالَفَةً أي جَاءَ بما يُضَادُّهُ ويُغايِرُهُ، والاخْتِلاَفُ ضِدُّ الاتِّفَاقِ.[5]

رابعا - تعريف الخلاف اصطلاحا:

معنى الخلاف والاختلاف عند الفقهاء هو: أن تكون آرآؤهم الاجتهاديّة في مسألة ما متباينة ومتغايرة. وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقهاء لم يفرّقوا بين هذين المصطلحين في استعمالاتهم فالخلاف والاختلاف معناهما العام واحد، وهو: أن يذهب كل عالم إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر.[6]

وبعد هذا التّعريف اللّغوي لكلّ من (المراعاة) و(الخلاف) يكون معنى مراعاة الخلاف هو: "اعتبار الخلاف وملاحظتُه" عند النّظر في المسائل المختلف فيها.[7]

خامسا - تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا عند المالكيّة

عرّف المالكيّة مراعاة الخلاف بتعاريف متقاربة توضّح معناه، ولعلّ أهمّ هذه التّعاريف هي كالآتي:

1-تعريف ابن عبد السّلام (ت: **749**ه): فقد عرّف مراعاة الخلاف بأنّها: « إعمالُ كلّ واحدٍ من الدّليلين فيما هو فيه أرجح».[8]

2- تعريف ابن عرفة (ت:**803**ه): وقد عرّفها بقوله:هي «إعمالُ دليلِ الخصم في لازِمِ مدلول الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليلٌ آخر».[9]

فهذا التّعريف أدقّ وأشمل، ويستفاد منه أنّ مراعاة الخلاف هو إعمال المجتهد لدليل مخالفه، ويتّضح هذا المعنى من خلال المثال الآتي: فقد أعملَ الإمام مالك -رحمه اللّه- دليلَ خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشّغار[10]، فمالك يرى أن نكاح الشّغار إذا وقع وجب فسخُه، ومن خالفه يقول بعدم الفسخ، فالذي يترتّب على أصل دليل مالك ولازم قوله عدمُ الميراث بين الزّوجين، ولكنّه لمّا قال بثبوت الميراث أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشّغار إذا وقع، إذ عدم فسخه يلزم عنه ثبوت الميراث، فأعمل مالكٌ دليل خصمه القائل بعدم الفسخ في لازم مدلوله، وهو ثبوت الميراث، وهذا معنى قولهم مراعاة الخلاف: إعمال دليل كلّ من الخصمين.

3 - تعريف الشّاطبي (ت:**790**ه):لم يذكر الشاطبي تعريفًا لمراعاة الخلاف بالمعنى الاصطلاحي، ولكنّه أشار إلى مفهومه من وجهة نظره، فهو يرى في موقفه الأخير[11]، أنّ مراعاة الخلاف هي:" إعادة نظر من المجتهد في الأحكام التي يقرّرها، وذلك بمراعاة المآلات بعد تقرير الأدلّة في المسائل الخلافيّة، بحيث يجب عليه في هذه الحالة أن يلاحظ أمورًا تستدعي إعادة النّظر في الحُكم بعد الوقوع إذ حالةُ الحكم بعد الوقوع ليست كحالته قبله، وذلك أنّ بعد الوقوع قد تنشأ أمور جديدةٌ تستدعي نظراً جديدًا، وقد تظهر هناك إشكالاتٌ لا يمكن حلُّها إلا بالنّظر إلى الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيًّا بالنّظر لقول المخالف وإن كان ضعيفًا في أصل النّظر،

لكن لّما وقع الأمر على مقتضاه، رُوعِيَت المصلحة وتجدَّد الاجتهادُ في المسألة من جديدٍ بنَظرٍ وأدلّةٍ أخرى.[12]

ولعلّ أوضح تعريفٍ لمراعاة الخلاف هو ما ذكره محمد بن شقرون حيث عرّفها بقوله: «هي ترجيحُ المجتهد دليلَ المخالِف بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه.[13]

المطلب الثاني: حجيّة مُراعاة الخلاف عند المالكيّة

تُعَدُّ مسألة مراعاة الخلاف من المسائل الشّائكة والعويصة في المذهب المالكي، وما يدلّ على ذلك هو أنّ كثيرًا من كبار فقهاء المذهب المالكي قديمًا قد استشكلوا هذه القاعدة أو توقّفوا فيها، وقد صرّح الشّاطبي في كتابه "الموافقات" أنّ هذه المسألة قد أشكلت على طائفةٍ منهم ابن عبد البر، فإنّه قال: « الخلاف لا يكون في الشريعة»[14]، كما أنّ الشّاطبي نفسه قد استشكل قاعدة مراعاة الخلاف، ممّا جعله يستنجد بكبار فقهاء عصره، فقد راسل في شأنها كلاً من الإمامين: ابن عرفة والقباب.[15]

وقد تباين موقف فقهاء المالكيّة حول حجيّة مراعاة الخلاف، فاحتجّ به جمهور المالكية واعتبروه أصلاً من أصول مذهب الإمام مالك، وخالف بعض كبار علماء المالكية ولم يقولوا بحجيّة مراعاة الخلاف.

وستأطرّق إلى ذكر أهمّ الأدلّة التي استند إليها كلّ من المجيزين لمراعاة الخلاف والمعترضين عليها وهي كالآتي:

الفرع الأول: المجيزون لمراعاة الخلاف وأدلّتهم

ذهب جمهور علماء المالكيّة من المتقدّمين والمتأخّرين إلى القول بمراعاة الخلاف والاحتجاج به كأصل من أصول مذهب الإمام مالك –رحمه الله–.

وقد استدلّ المجيزون بأدلّة نقليّة وعقليّة أهمُّها ما يأتي:

1–حديث عائشة –رضي الله عنها– أنّها قالت: كان عُتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقّاص، أنّ ابن وليدة زُمعة مني فاقبضه إليك، فلمّا كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن أمة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول اللهﷺ، فقال سعد: يا رسول الله ! ابن أخي كان عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، فقال رسول اللهﷺ:« هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زُمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَر»، ثمّ قال لسودة بنت زمعة: « احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ»، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتّى لقي الله.[16]

ووجه الدّلالة من هذا الحديث: أنّ النّبيﷺ قد أعمل دليلَ« الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»، فأثبت به النَّسب لزُمعة، كما أنّه راعى دليلًا آخرَ وهو دليلُ الشَّبَه فأمر سَوْدةَ بالاحتجاب من المولود لشِبَهِهِ بعتبة، وفي هذا إعمالٌ لكلّ من الدّليلين المتعارضَيْن فيما هو فيه أرجح، وهذا هو معنى مراعاةُ الخلاف بعد الوقوع.[17]

قال ابن العربي (ت:543ه): القضاء بالرّاجح لا يقطعُ حُكم المرجوح بالكلّيّة بل يجب العطف على المرجوح بحسب مرتبته، لقوله ﷺ:«الوَلَدُ للفِرَاشِ اِحْتَجِبِي مِنْهُ يا سَوْدَةُ»[18]، فالنّبي ﷺراعى أنّ الولد وُلِد على فراش زُمعة فحكَم أنّه أخو عبد، وراعى الشَّبَه فحكَم على سَوْدةَ بالاحتجاب منه فلم يكن أخًا لها.

2-حديث عائشة - رضي الله عنها- أنّ رسول اللّهﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إذن وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا باطِلٌ، باطِلٌ، باطِلٌ، فإِنْ دَخَلَ بها فلَهَا المَهْرُ بما استَحَلَّ من فَرْجِهَا، فإن اشْتَجَرُوا فالسُّلطان وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ ».[19]

ووجه الدّلالة من هذا الحديث: أنّ النّبيﷺحكَم أولًا ببطلان النّكاح بدون وليٍّ، والحُكم ببطلان هذا العقد يقتضي عدَمَ اعتباره جملةً، ولكنّه أعقبه بما يقتضي اعتباره بعد الوقوع بقولهﷺ:« فإنْ دَخَلَ بِهَا فلها المهرُ بما استحلّ من فرجها»، وهذا يدلّ على اعتبارهﷺ للعقد الفاسد بعد الوقوع، وإعطاؤه بعضَ أثره وهو المهر، وإلاّ لما أباح لها المهر.[20]

3- استدلُّوا من المعقول: بأنّ مراعاةُ الخلاف فيها إعمالُ كلّ واحد من الدّليلين المختلفين، وإعمال الدّليلين أَولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما، أي أنّ المجتهد في حال مراعاته للخلاف يعمل ابتداءً بمقتضى الدّليل الذي ترجّح عنده، فإذا وقع عقد أو عبادةُ على مقتضى دليل المخالف لم يُفسخ العقد ولم يُبطل العبادةُ، لوقوعها على دليلٍ له اعتبارٌ، وإمّا أن يتوسّط بين الدّليلين، فيعطي لكل واحدٍ منهما بعضَ أثره في بناء الحُكم، فيكون في كلتا الحالتين قد أعملَ دليلَه ودليلَ المخالِف دون أن يلغي أحدهما.[21]

الفرع الثاني: المعترضون على العمل بمراعاة الخلاف وأهم اعتراضاتهم

اعترض بعض المالكيّة على العمل بمراعاةُ الخلاف وممّن اشتهر ذلك عنهم: الإمام اللّخمي، وابن عبد البر، والشّاطبي في أول أمره، والقاضي عياض، وقد صرّح الونشريسي بأنّ مراعاةُ الخلاف قد عابه جماعة من الفقهاء ومنهم اللّخمي وعياض وغيرهما من المحقّقين.[22]

وأهم الإعتراضات على العمل بمراعاةُ الخلاف هي كالآتي:

1- ما نُقل عن القاضي عياض أنه قال:" القولُ بمراعاةُ الخلاف لا يعضدُّه القياس"[23]، أي أنّ القول بمراعاةُ الخلاف مخالفٌ للقياس الشرعيّ، إذ أنّ القياس الشرعيَّ يعمل فيه المجتهد بمقتضى دليله بخلاف مراعاةُ الخلاف فإنّه يعمل فيها بغير مقتضى دليله.

ويجاب عن هذا الاعتراض بأنّ مراعاةَ الخلاف يراد بها اعتباره بوجه لا مطلقًا، لأنّ مراعاةَ الخلاف هي إعمالُ المجتهد لدليله من وجه هو فيه أرجح، وإعمال لدليل غيره فيما هو عنده أرجح.[24]

2- الأقوال والخلافات الفقهيّة كثيرةٌ، فإذا قام المجتهد بمراعاتها، فإنّه لا يستقرّ على قولٍ ولا على مذهبٍ معيّن.

ويُجاب عن هذا الاعتراض بأنّ المجتهد يُراعي الأدلّة وليس الأقوال، فالقولُ الذي لا دليلَ عليه لا يُراعى، والمجتهد في مراعاته لدليل خصمه لا يراعيه على كلّ حال وإنّما يعمل بمقتضى دليله الأرجح في نظره، ولا يقول بمقتضى دليل خصمه المرجوح في نظره، فإذا وقع الفعل من المكلف على مقتضى دليل خصمه، راعى واقعَ فِعْلِ المكلَّف وما نتج عنه من آثار تقتضي إعادةَ النَّظر لتصحيح هذا الفعل ولم يبطله لوقوعه على مقتضى دليلٍ له في النّفس اعتبار ولا ينشرح الصدر لإسقاطه[25]، نظرًا لما يقترن بالفعل من القرائن المرجِّحة لدليلِ المخالِفِ بعد الوقوع.

الفرع الثالث: القول الرّاجح في حجيّة مراعاة الخلاف عند المالكيّة

وبعد استعراض أدلّة كلّ من المجيزين والمانعين لمراعاةُ الخلاف، يخلُص الباحثان إلى القول بأنّ مراعاةُ الخلاف أصلٌ مهمٌّ من أصول مذهب الإمام مالك، وذلك بالنّظر إلى قوّةُ أدلّة القائلين به، وسلامتها من الطّعن بالإضافة إلى ضعف أدلّة المانعين، ولأنّ القول بمراعاةُ الخلاف فيه تحقيق لمقاصد الشرع ودفع للضّرر والحرج عن المكلّفين، يقول محمد بن شقرون: «والرّاجح أنّ مراعاةُ الخلاف أصلٌ مُعتمد اعتمده الإمام مالك في كثيرٍ من اجتهاداته مثله في ذلك مثل المصلحة المرسلة وسد الذرائع والاستحسان، وحتّى الذين لم يذكروا مراعاةَ الخلاف بين أصول مالكٍ- رحمه الله- احتجُّوا بها وعلّلوا بها الكثيرَ من الأحكام الشرعيّة، فمراعاةُ الخلاف تتبوّأ مكانةً مهمّة بين أصول وقواعد المذهب المالكي وتجعله أكثر انفتاحًا على المذاهب الأخرى، وبعدًا عن روح التّعصّب المذهبيّ.[26]

الفرع الرّابع: ضوابط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف عند المالكيّة

إنّ العمل بقاعدةُ مراعاةَ الخلاف ليس على إطلاقه، وإنّما هو مُقيّدٌ بشروط اشترطها فقهاء المالكيّة وهي كالآتي:

1- أن يكون الذي يُراعي الخلاف مجتهدًا.[27]

2- أن لا يُؤدِّيَ مراعاةُ الخلاف إلى صُورةٌ تُخالِفُ الإجماعَ.[28]

3- أن يكون مأخذ المُخالف قويًّا، فإن كان واهيًا لم يُراعَ.[29]

4- أن لا تؤدّي مراعاةُ الخلاف إلى ترك المراعي لمذهبه بالكليّة.[30]

المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

يظهر أثر مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، من خلال كون قاعدة مراعاة الخلاف تنزع إلى الاستحسان من جهة، وإلى المصلحة ومراعاة المآل من جهة أخرى.

أمّا وجه انتزاع قاعدة مراعاة الخلاف من الاستحسان، فيرى الدكتور عبد الرحمان السُّنوسي أنّ مقتضى القياس أنّ يحكُم المجتهدُ بمقتضى اجتهاده وما أدّاه إليه دليلُه الرّاجح عنده، فلا يتركُ قولَهُ ودليلَهُ ليَصيرَ إلى قول الغيرِ ودليلِهِ، غير أنّه بمراعاته للخلاف فإنّه يتركُ العملَ بمقتضى قوله ودليلِه من وجهٍ، ليُعمِلَ دليلَ خصمه المرجوح عنده، ومُوجب هذا العدول عن العمل بمقتضى اجتهاده الخاصّ من وجهٍ، هو رجحانُ دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم مدلوله المستدعي للاحتياط ودفع المفاسد، فهو لم يتخلّى عن دليله بالكليّة، ولكنّه أعملَ دليلَ غيرِه في جهة يكون دليلُ الغير فيها أرجحُ، أو اختار الأشقَّ من الأمرين مع اعتقاده صحّة الأخفّ، وهو عدول يُسنده النَّظَر الحازم والرّأيُ السَّديد، ولا شكّ أنّ هذا مندرجٌ تحت الاستحسان، وآخذٌ من معناه بوجهٍ[31]، وقد صرّح الإمام الشّاطبي فيما نقله عن غيره من العلماء أنّ من جملة أنواع الاستحسان مراعاةُ خلاف العلماء، والذي هو أصلٌ في مذهب الإمام مالك قد بُنِيَتْ عليه مسائل كثيرة.[32]

وأمّا تخريج قاعدة مراعاة الخلاف على اعتبار المآل، فهو مختص بحالة ما بعد الوقوع،وذلك أنّه: " قد يفتي المجتهد بفسادِ الفعل ابتداء، ولكنْ إذا وقع هذا الفعلُ فإنّه يعود إليه بالإنفاذ والاعتبار، لمعارضة دليلٍ آخرَ يقتضي رجحانَ دليلِ المخالِف، وهو نوعٌ من الالتفاتِ إلى الأمر الواقع والبناءِ عليه بعد تجديد النّظر في المسألة، بحيث يصير بعد وقوعه معتبرًا شرعًا بالنّظر لقول المخالف، وإن كان ضعيفاً في أصل النّظر ؛ لكنْ لما وقع الأمرُ على مقتضاه رُوعِيَت المصلحة"[33]، وقد أوضح الشّيخ عبد الله دراز هذا الأمر أيضا في تعليقه على الموافقات فقال:" فمالك- مع كونه يقول بفساد النكاح بدون ولي- يُراعي في ذلك الخلافَ عندما ينظر فيما يترتّب بعد الوقوع، فيقول: إنّ المكلَّف واقَعَ دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحًا إلاّ أنّ التّفريع على البطلان الرّاجح في نظره يؤدّي إلى ضررٍ ومفسدةٍ أقوى من مقتضى النَّهي على ذلك القول، وهذا منه مبنيٌّ على مراعاة المآل في نظر الشّارع، وذلك بمراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين والتعّويل بعد وقوع الفعل من المكلَّف على قولٍ، وإن كان مرجوحًا عند المجتهد... فينظر المجتهدُ في هذا المآل ويفرّع على القول الآخر المرجوح، باجتهادٍ ونظرٍ جديدٍ لولا المآل الطّارئ بعد الوقوع بالفعل ما كان له أن يفرّع عليه وهو يعتقد ضُعْفَهُ".[34]

ومن هذا الباب ما يجري في تصحيح العقود الفاسدة إذا كان فسادها مختلَفاً فيه ؛ كقولهم: "كلُّ نكاحٍ فاسدٍ اختُلِفَ فيه فإنه يثبتُ به الميراث ويفتقر في فسخه إلى طلاقٍ ؛ لأنه بعد وقوعه تعلّق به مصلحةُ كلٍّ من الزّوجين والأولاد والورثة، ومنه أيضاً قولهم: إذا دخل المصلّي مع الإمام في الركوع وكبّر للركوع ناسيًا تكبيرةَ الإحرام، فإنّه يتمادى مع الإمام ولا يقطع مراعاةً لمن قال: إنّ تكبيرةَ الرّكوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام، لأنّه بعد التّكبير والدّخول في الصّلاة تعلّق به دليلُ عدم جواز إبطال الأعمال، الذي يُرجّح قولَ المخالِف ودليله في هذه الحالة ونظائرها.[35]

ومعلومٌ أن المجتهد إنّما يبني على مقتضى اجتهاده في الأحوال المعتادة، لا على اجتهاد سواه، بحيث يمضي في حالة وقوع التّصرف فاسداً بالنّظر إلى اجتهاده على مقتضاه، لا على مقتضى اجتهاد غيره، هذا هو الأصل؛ غير أن هناك صوراً مستثناةً من هذه الحالة، يُراعي فيها المجتهد خلافَ غيرِه، وذلك حينما يتعلّق بها بعد وقوعها دليلٌ آخر، أو مصلحةٌ راجحةٌ، وهو من دقيق النّظر في المآلات الطّارئة، والذي اعتبره الشّارع في صُوَرٍ شتّىوفي ذلك يقول الشاطبي – رحمه الله–:"النّظر في مآلات الأفعال مُعتبَرٌ مقصودٌ شرعاً، كانت الأفعالُ موافقةً أو مخالفةً، وذلك أنّ المجتهد لا يحكُم على فعلٍ من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو بالإحجام، إلّا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعلُ، مشروعاً لمصلحةٍ فيه تُستجلَبُ أو مفسدةٍ تُدرَأُ، لكن له مآلٌ على خلافِ ما قَصَد فيه"[36].

وقد بيّن الشاطبي –رحمه الله–أيضًا أنّ مراعاة الخلاف من القواعد التي ينبني عليها مبدأ النّظر إلى مآلات الأفعال، وبعد ما ساق على ذلك أمثلة قال: "وهذا كلُّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه ترتُّب الحُكمِ بالنّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدةٍ تُوازي النّهيَ أو تزيدُ"[37].

المطلب الرابع: مقتضيات العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح بمراعاة الخلاف

الأصل أنّ الإمام مالكا –رحمه الله– إذا ترجّح عنده دليلُ المنع عَمِلَ به، ولم يُراع ما خالفه من الأقوال المرجوحة عنده، وهذا قبل وقوع الفعل الممنوع، وأمّا بعد وقوعه فإنّه إذا أراد أن يُرتّب عليه آثارَ الفعل الممنوع عارضه دليلُ المخالِف الذي يتضمّن بعضَ المعاني المصلحيّة والتي تجعل دليلَ المخالِف بعد الوقوع أقوى عند الإمام مالك من دليله الأصليّ الذي قال به ابتداءً، وسأتعرّض فيما يأتي إلى بعض هذه المقتضيات المصلحيّة والتي تجعل المجتهد يُراعي الخلافَ بعد الوقوع فيعدل عن دليله الرّاجح إلى دليلِ خصمه الذي كان مرجوحًا، وهي كالآتي:

الفرع الأول: العدول بسبب التّيسير ورفع الحرج

من أسباب عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند مراعاته للخلاف هو: التّيسير ورفع الحرج والمشقّة عن الناس.

وقد أوضح صاحب المعيار المعرب سببَ هذا العدول فبيّن بأنّ العلّة في عدم فسخ بعض العقود المختلَف فيها بعد وقوعها هي أنّ الشّريعة مبنية على مقصد السّماحة والتّسيير، ورفع الحرج والمشقّة عن النّاس، وذلك لأنّ نَقْضَ العقد بعد إبرامه، أشدُّ على الإنسان وأضعف من منعه قبل الوقوع، ولأنّ في فسخه بعد وقوعه يلحق بالمكلّف حرجا شديدا ومشقّة بالغة، فإذا كانت المسألة في ابتدائها مختلفاً فيها وذلك بأن كانت متردِّدةً بين المنع والجواز لاحتمال معناها الموافقة لغرض الشّارع والمناقضة له معاً على حدٍّ سواء فإنّه يترجَّحُ القولُ بإمضاء هذه العقود المختلَف فيها بعدَ الوقوع وتركُ فسخها، لأنّها إذا كانت قبل وقوعها ضعيفةَ المنعِ لأجل الاختلاف في جوازها، فإنّها بعد الوقوع تكون أضعفُ في المنع لأجل ما في المنع بعد الوقوع والنّقض لما أبرم من وقوع الحرج والمشقّة اللّذيْن جاء الشَّرعُ لرفعهما، فلذلك كَرِهُوا الفسخَ بعد الوقوع ولم يرَوْه صَواباً مراعاةً للخلاف الذي في أصل المسألة.[38]

الفرع الثاني: العدول بسبب تحقيق مصلحة أو درأ المفسدة

من الأسباب التي تجعل المجتهد يعدل عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح عند مراعاته للخلاف هو دفع الضّرر الذي يحدث بعد الوقوع عند العمل بمقتضى الدّليل الأصلي، وهذا الضّرر هو الذي يستدعي من المجتهد إعادةَ النّظر في أدلة المخالِف بعد الوقوع تلافيًا لذلك الضّرر الذي قد يكون أشدَّ من مفسدة النّهي، فالغاية المرجوّة من مراعاة الخلاف هي تلافي آثار المفسدة، والعمل على تحقيق المصلحة الغالبة أو الرّاجحة على ما يُقابلُها [39]، وهذا ما قرّره الشّاطبي إذ يرى أنّ مَنْ واقَعَ منهيًّا عنه فقد يكون فيما يترتّبُ عليه من الأحكام مؤدّ يًا إلى مفسدةٍ هي أشدّ عليه من مقتضى النّهي، فيُترَك وما فَعَلَ من ذلك، أو نُجيزُ ما وَقَعَ من الفساد على وجه يليق بالعَدْل، نظرًا إلى أنّ ذلك الواقِعَ واقَعَ دليلًا على الجملة وإن كان مرجوحًا، فهو راجحٌ بالنّسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأنّ تلك أَوْلَى من إزالتها مع دخول ضَرَرٍ على الفاعل هو أشدُّ من مقتضى النَّهي، ومدارُ ذلك إلى أنّ النّهي كان دليلُه أقوى قبل الوقوع، ولكن صار دليلُ الجواز أقوى بعد الوقوع لما احتفّ به من القرائن المرجِّحة.[40]

ومثال ذلك أن يرجِّحَ المجتهد في المسألة دليلَ المنع ابتداءً، فإذا وقع الفعلُ بخلافه راعى دليلَ غيرِه المرجوحِ عنده لوجهٍ يقتضي رجحانَ دليله في تلك الحالة ؛ كاستحقاق المرأة المهرَ والميراثَ عند المالكية إذا تزوّجت بغير وليٍّ ؛ فإن مالكاً -رحمه اللّه- مع قوله بفساد النّكاح دون وليٍّ يُراعي الخلافَ عند نظره فيما يترتّب عليه بعد الوقوع ؛ إذ التّفريعُ على البُطلان الرّاجح عنده يُؤدي إلى مفسدةٍ وضررٍ أقوى من مقتضى النَّهي على ذلك القول.

ومن أمثلة ذلك أيضًا إقرارُ المالكيّة لبعض الأنكحة المختلَفِ فيها بعد الدُّخول، لأنّ عدمَ إقرار هذه الأنكحة ينتج عنه ضررٌ يستدعي إعادةَ النّظر في أدلّة المخالِف، وفي ذلك يقول

الشاطبي: "فالنّكاح المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلافُ، فلا تقع فيه الفُرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدّخول، مراعاةً لما يقترن بالدّخول من الأمور التي ترجّحُ جانبَ التَّصحيح، وهذا كلُّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه الحُكم بالنَّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدةٍ تُوازي مفسدةَ النّهي أو تزيد".[41]

ويشهد لهذا أيضًا ما ثبت في قصَّة الأعرابي الذي بال في المسجد، فهو مع كون هذا الفعل منهيّاً عنه وهو البول في المسجد ؛ إلّا أن النّبي صلى اللّه عليه وسلم أمر بتركه حتّى يُتِمَّ بوله، وقال:((لا تزرموه))[42]، لما في قطعه عليه من أضرارٍ مختلفةٍ، وكان يحصل من إبعاده عن محلّه الذي بال فيه تنجيس بقعةٍ أخرى من المسجد وتنجيسُ ثيابه وبدنه و، ولأصابه من ذلك في بدنه ضررٌ لاحتباس بوله، وفي هذا كلّه مفسدةٌ هي أعظمُ وأشدُّ من مفسدة المنّهي عنه كما لا يخفى.[43]

فمراعاةُ الخلاف إنّما يصار إليها من أجل جلب مصلحةٍ تترتّب على مراعاة القول المخالِف، أو درأ مفسدةٍ تترتّب على عدم اعتباره،، فصار لا بدّ من اعتباره والاعتراف بالآثار النّاتجة عن الفعل الواقع على مقتضاه وإن كان ذلك القول مرجوحًا في أصل النّظر عند المجتهد.[44]

الفرع الثالث: العدول بسبب تبرئة الذمّة من التّكاليف الشّرعيّة

تقتضي مراعاةُ الخلاف تحقيق مصلحة الإبراء من التّكاليف ورفع الحرج عن المكلّفين، إذ أنّ القول بتصحيح عبادات النّاس وإبراء ذِممهم من التّكاليف يرفع عنهم حرجَ إعادةِ العبادة[45]، وهذا ما قرّره الإمام المقري (ت:759ه) حيث قال: "إنّه يُراعى المشهور والصّحيح قبل الوقوع توقيًّا واحترازًا كما في الماء المستعمل...وبعده تبرؤًا وإنفاذا كأنّه وقع عن قضاءٍ أو فتيا، لا فيما يُفسخ من الأقضية، ولا يُتقلّد من الخلاف، وقد تستحبُّ الإعادةُ في الوقت".[46]

فمراعاةُ الخلاف يُنشؤه المكلّف لتنجيز التّكليف والخروج من عُهدته، وليتوصّل به إلى إيقاع تصرّفه على وجهٍ مُتيقّنٍ، لا يُداخله أدنى شكٌّ، فيكون بذلك وسيلةً إلى الامتثال المحقّق وبراءة الذّمّة من التّكاليف الشّرعيّة.[47]

الفرع الرابع: العدول بسبب الاحتياط ودفع الشّبهة والورع

من أسباب عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح عند مراعاته للخلاف هو: مبدأ الاحتياط ودفع الشبهة، وخاصةً في المسائل المتعلقة بالفروج، وذلك بأن لا تُعامل الانكحة المختلف فيها معاملةَ الأنكحة الباطلة التي لا تترتّب عليها آثارُ النّكاح الصّحيح، فعملاً بمبدأ الاحتياط في الفروج فإن الأنكحة الفاسدة تترتّب عليها بعضُ آثار النّكاح الصّحيح، وقد بيّن الإمام أبوعبد اللّه الفشتالي أنّ مقتضى الدّليل الأصلي أن لا يقع الطّلاق ولا الميراث في نكاح الشّغار، ولكن لمّا عارضه دليلُ الاحتياط للفروج في هذا النّكاح بعد الوقوع فإنّه يترجّح دليلُ

المخالف في ترتّب بعضِ آثار هذا النكاح المختلَف فيه وهو أن يُفسَخ بطلاقٍ ويثبت فيه التّوارُث بين الزّوجين، فالمالكيّة عند مراعاتهم للخلاف في مسائل الفروج يأخذون بمبدأ الاحتياط ومراعاةُ الشُّبْهة إذْ غالبًا ما يكون اتّقاءُ الشُّبهة بالاحتياط.[48]

كما أنّ الغاية التي تُقصَدُ من الاحتياط بمراعاةُ الخلاف هي الورعُ والاستبراءُ للدّين كما هو ظاهرٌ في حالةِ ما بعد الوقوع.[49]

المبحث الثاني: الجانب التّطبيقي لقاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح

سيتطرّق الباحثان في هذا المبحث إلى ذكر بعض نماذج تطبيقيّة من أثر قاعدةُ مراعاةُ الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح وهي كالآتي:

المطلب الأول: نموذجان تطبيقيّان في أثر قاعدة مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب التّيسير ورفع الحرج

في هذا المطلب سوف نقتصر على نموذج تطبيقي في مجال العبادات، ونموذج تطبيقيّ آخر في مجال المعاملات، وهما كالآتي:

الفرع الأول: المسألة الأولى: أثر الدّم على البدن أو الثّوب أو المكان

يرى المالكيّة في المشهور عندهم أنّ ما كان دون الدّرهم البغلي من عينٍ أو أثرِ الدَّمِ معفوٌّ عنه إذا أصاب الثوب أو البدن أو المكان، أمّا إذا كان قَدْرَ الدِّرهم أو أكثر منه فإنّه لا يُعفى عنه، ولو بقي أثرُ الدّم بعد زوال عينه.[50]

وذهب الإمام الباجي (474ه) من المالكيّة إلى أنّ أثر الدّم معفوٌّ عنه ولو كان أكثرَ من الدّرهم [51]، وهو قولٌ ضعيفٌ في المذهب، إلاّ أن المالكيّة راعَوْ قول الباجي فقالوا باستحباب إعادةُ الصّلاةُ في الوقت، فإذا لم يُعِدْ فصلاته صحيحة، قال الإمام الدّرديري(ت:1201ه):«فيعيد في الوقت من ترك الغَسل عامدًا أو ناسيًا ليسارةُ الدّم ومراعاةً لمن لم يأمر بغسله ورجّح[52]»، فمراعاةُ الخلاف أدّت إلى ترجيح القول الضّعيف لما فيه من التّيسير على المصلّي.

الفرع الثّاني: المسألة الثانية: السَّلَم إلى أجل قريب

لا يجيز المالكيّةُ السَّلَم الحال، وأقلُّ الأجل عندهم خمسةَ عشر يومًا، وأجاز الشافعيّ السَّلَم الحال، وروي عن سعيد بن المسيّب أنّه أجاز السَّلَم إلى الثّلاثة والأربعة والخمسة، وأجاز بن عبد الحكم من المالكيّة إلى اليوم.[53]

فإذا وقع السَّلَمُ إلى أجلٍ قريبٍ أقلَّ من خمسةَ عشر يومًا فإنّ هذا العقد يُفسخ كما روي عن الامام مالك في المدونة[54]، إلاّ أنّ الإمام مالكا سُئِلَ في روايةٍ أخرى عن الرّجل يشتري الطّعام

المضمون إلى يومين يوفّيه إياه، قال:لا بأس به، ولم يقل بفسخ هذا العقد[55]، قال ابن حبيب: « لا يُفسَخُ إذا وقع مراعاةً للاختلاف ».[56]

المطلب الثاني: نموذجان تطبيقيّان في أثر قاعدة مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تحقيق مصلحة أو درأ المفسدة

وفي هذا المطلب سنوضّح ذلك من خلال نموذج تطبيقيّ في مجال الأحوال الشّخصيّة ونموذج تطبيقيّ آخر في مجال المعاملات الماليّة، وهما كالآتي:

الفرع الأول: المسألة الأولى: حكم النّكاح بدون ولي

النّكاح بغير وليٍّ هو نكاحٌ باطلٌ عند الإمام مالكٍ يُفسَخ قبل الدّخول وبعده[57]، لقوله ﷺ:«أيّما امرأة نُكِحَتْ بغير إذْن وليِّها فَنِكاحُها باطلٌ، باطلٌ، باطلٌ».[58] وذهب الحنفيّة إلى صحّة نكاح المرأة بغير وليّ.[59]

غير أنّ المالكيّة قد راعَوْ خلافَ الحنفيّة القائلين بصحّة هذا النّكاح فقالوا بفسخه بعد الدّخول بطلاق، وثبوت العدّة ونشره للحرمة، وثبوت التّوارث بين الزوجين، وهناك قولٌ في المذهب المالكي بتصحيحه إذا وقع هذا النّكاح وطال الأمرُ وحصل الولد، لما يترتّب على الفسخ من ضررٍ يلحق الزّوجين والأولاد. فمذهب الحنفية وإن كان مرجوحًا في نظر الإمام مالك وذلك قبل الدخول، إلا أنّه لما وقع الدخول فإنّ الإمام مالكًا قد نظر إلى الآثار المترتّبة على التّفريع على البطلان الرّاجح في نظره من مفسدةٍ وضررٍ على الزّوجين والأولاد، والتي هي أقوى من مقتضى النّهي، فترجّح عنده مذهب الحنفية بعد الدّخول بعد أن كان مرجوحًا قبله، وذلك درءًا للمفسدة والضّرر وجلباً للمصلحة.[60]

وكذلك فإنّ المالكيّة يَرَوْن أنّ كلَّ نكاحٍ فاسدٍ مُختلَفٍ في صحّته وفساده بين العلماء فإنّه يُفْسَخُ بطلاقٍ، وذلك مُراعاةً لمن يقُولُ بصحّته، كما أنّه إذا مات أَحَد الزّوجين في هذا النكاح المختلف في صحّته وقبل وقوع الفسخ فإنّهما يتوارثان كالنّكاح الصّحيح.[61]

ومن خلال هذا المثال يتّضح لنا وجهُ ارتباط مراعاة الخلاف بالمصلحة المرسلة وأثرها في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح عند المالكيّة.[62] وقد استفاد قانون الأسرة من العمل بقاعدة مراعاة الخلاف، حيث تحيل المادّة:222 من قانون الأسرة الجزائري[63] إلى العمل بأحكام الشّريعة الإسلاميّة، والاستفادة من جميع مذاهبها الفقهية دون التّقيّد بمذهبٍ معيَّن، إذ نجد أنّ المحكمة العليا في الجزائر قد جاء في قرارها رقم:4831، المؤرّخ في 1999/06/29م، ما يلي:"وانعدام الوليّ لا يؤدّي إلى انعدام الزّواج"،[64] فقد صحّحت هذا العقد بعد حصول الدّخول، وذلك مراعاة لمذهب الحنيفة.

الفرع الثاني: المسألة الثانية: البيوع المختلف في صحتها

فهذا النّوع من البيوع وإن كان غيرَ صحيحٍ عند المالكيّة إلا أنّهم راعَوْ فيه الخلاف، فقالوا بصحّته وإمضائه إذا وقع وفات المبيع وذلك مراعاةً لمن أجازه وصحّحه ابتداء، وقد أشار إلى ذلك خليل في مختصره فقال:« فإن فات مضى المختلّف فيه بالثّمن وإلا ضَمِن قيمته حينئذ، ومثل المثلي».[65]

ويقول ابن رشد في حكم هذه البيوع:«والحُكم فيها أنّها تُفسَخ ما كانت قائمةً، فإن فاتت لم تُرَدْ، مراعاةً للخلاف فيها، فإنّ الإمام ابن وهبٍ قد روى عن مالك أنّ البيع المختلَف فيه لا يُرَدّ إذا فات».[66]

المطلب الثالث: نموذجان تطبيقيّان في أثر قاعدة مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب تبرئة الذّمة من التّكاليف الشّرعيّة

سنقتصر في هذا المطلب على ذكر نموذجين تطبيقيّين في مجال العبادات، وهما كالآتي:

الفرع الأول: المسألة الأولى: حكم التنفُّل بأربعِ ركعاتٍ بتسليمةٍ واحدةٍ

صلاةُ النّافلة عند المالكيّة مثنى مثنى، فيجب على المُصلّي أن يُسلّم من كلّ ركعتين.[67] وذهب الحنفيّة إلى أنّ الأفضل في صلاةُ التّطوّع في النّهار أربع أربع، وأمّا في اللّيل فأربع أربع في قول أبي حنيفة-رحمه الله-وقال أبوحنيفة أيضا: إن شاء سلّم من ركعتين وإن شاء سلّم من أربع.[68]

أمّا الحنابلة فقالوا: صلاةُ التطوّع في اللّيل مثنى مثنى، وإن تطوّع في النهار بأربعٍ فلا بأس.[69] لكنّ المالكيّة قالوا: إن قام لثالثة ساهيًا فعقدها وجب عليه أن يأتي بركعةٍ رابعةٍ، ويسجدُ قبل السّلام مراعاةً لخلافِ مَنْ أجاز التّنفُّل بأربعٍ من غيرِ سلامٍ بينها، كما هو مذهب الحنفيّة وغيرُهم.[70]

الفرع الثاني: المسألة الثانية: وقت الوقوف بعرفة

الوقوف بعرفة ركن من أركان الحج، ويتحقّق هذا عند المالكيّة بالوقوف زمنًا يسيرًا ليلةَ العاشر من ذي الحجّة، فإذا نفرَ الحاجُّ من عرفةَ قبل الغروب لم يصحّ حجُّه وعليه الحجُّ في العام القابل.[71]

وذهب الحنفيّة والشّافعيّة إلى صحّة الوقوف باللّيل أو النّهار، فإذا وقف بالنّهار وانصرف قبل غروب الشمس صحّ حجُّه وعليه دمٌ لتركه الوقوفَ إلى غروب الشّمس.[72]

وقد راعى المالكيّةُ أدلّةَ الحنفيّة والشّافعيّة وقالوا: إذا دفع الحاجُّ قبل غروب الشمس صحَّ حجّه، وعليه دمٌ لتركه الوقوف بعرفة إلى الغروب، وذلك مراعاةً للخلاف، نقله التّادلي وابن فرحون، والقياس أنّه يبطل حجّه لتركه الوقوف ليلةَ العاشر من ذي الحجّة.[73]

وفي هذا القول تيسيرٌ في باب العبادات وإبراءٌ لذمة المكلّف، خاصّة أن بعض النّاس في هذه الأزمنة يدفعون قبل الغروب فإبطال حجّهم فيه حرجٌ شديدٌ مع إمكان تصحيحه بمراعاة الخلاف.[74]

المطلب الرابع: نماذج تطبيقيّة من أثر قاعدة مراعاة الخلاف في عدول المجتهد عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بسبب الاحتياط ودفع الشبهة

ولتوضيح هذا الأثر بسبب الاحتياط ودفع الشبهة سنتطرّق إلى ذكر نموذجين تطبيقيّين في مجال الأحوال الشّخصيّة، وهما كالآتي:

المسألة الأولى: الرّجعة بالفعل المجرّد عن النيّة

اشترط المالكيّة النّيّة مع القول أو الفعل عند مراجعة الزّوجة المطلّقة، لأنّ تصرُّف الزّوج يحتاج إلى دلالةٍ قويّةٍ على رغبته في مراجعةِ زوجته المطلّقة، ولا يكون ذلك إلا بالنّيّة.[75] ولم يشترط الحنفية والحنابلة وابن وهب من المالكية النّيّةَ لصحّة الرّجعة بالفعل.[76]

فإذا طلّق امرأته طلاقًا رجعيًّا ثمّ وطئها في العدّة من غير نيّة الرّجعة، وبعد انقضاء عدّتها طلّقها أيضا، فعلى مذهب المالكية الذين اشترطوا النّيّة مع الفعل لحصول الرّجعة لا يلزمه الطّلاقُ، لأنّ امرأته بانت منه بانقضاء عدّتها، فيكون الطّلاق قد وقع في غير محلّ.[77]

وذهب الحنفيّة والحنابلة إلى لزوم هذا الطّلاق لصحّة الرّجعة من غير اشتراط النّيّة، وقد راعى المالكيةُ مذهبَ الحنفيّة والحنابلة وقالوا بلزوم هذا الطّلاق ولحوقه بالزّوجة.[78]

قال الإمام الدّردير:« مراعاةً لقولِ ابن وهبٍ بصحَّة رجعته بمجرّد الوطء ».[79] فمراعاة الخلاف في هذه المسألة هي من باب الاحتياط في الفروج.

المسألة الثانية: نكاح المريض مرض الموت

نكاح المريض مرضا مخُوفا[80] نكاحٌ فاسدٌ على القول المشهور عند المالكيّة، يُفسَخ قبل الدّخول وبعده، إلا أنّ المالكيّة راعَوْ فيه خلافَ الجمهور من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة القائلين بصحته، فرتّبوا عليه بعضَ آثارِ النّكاح الصّحيح من فسخٍ بطلاقٍ ونشرٍ للحُرمة وثبوتٍ للعدّة وذلك لقيام الشُّبهة إلا الإرث فإنّهم لم يثبتوه به من تهمة المريض المتزوّج بالإضرار بالورثة بإدخال وارثٍ جديدٍ عليهم.[81]

قال ابن أبي زيد القيرواني(ت:386):«وأمّا قوله: يُفسَخ بطلاقٍ، فإنّما احتاط بها على الزّوج الثّاني إن تزوجت غيرَه ولما في نكاح المريض من الاختلاف، فجعل بذلك الاختلاف شُبهة أوجبت الصّداق بالمسيس، وألحق بها الولد، ثم احتاط بإيقاع الطّلاق في فسخه، إذ لا ضرر يلحق الزّوجين في ذلك، إلا ما فيه من الاحتياط، وهذا شأنه-رحمه الله- أن يميل إلى الاحتياط الذي لا يغيّر شيئا من الأحكام وهذا من توقّي الشُّبُهات».[82]

خاتمة:

1- تُعَدُّ قاعدةُ مُراعاةُ الخلاف من محاسن المذهب المالكي ومميّزاته فهي تمنحه مرونةً تجعله قادرًا على استيعاب ما يستجدّ في الحياةُ من وقائع ونوازل، كما أنّها تقلّل من دائرةُ الخلاف الفقهيّ بين المذاهب، إذ يُعَدُّ المذهب المالكي من أكثر المذاهب انفتاحا على المذاهب الأخرى.

2 - تُعدّ قاعدةُ مراعاةُ الخلاف أصلاً من أصول الاستنباط في المذهب المالكيّ ومن خلال أثرها في الفروع الفقهيّة تتجلّى سماحة الشّريعة الإسلاميّة ويُسرها.

3- قاعدةُ مراعاةُ الخلاف تعني إعمال المجتهد لدليل المُخالِف بعد وقوع الحادثة، أي إعطاء دليل المُخالِف بعض أثره وعدم معاملة المسائل المختلف فيها معاملةَ المسائل المتّفق عليها، إذ أنّ حقيقة مراعاةُ الخلاف في المذهب المالكي هي: أن يُعيد المجتهد النّظر في حُكم الفعل بعد وقوعه من المكلّف على مقتضى دليل المخالِف، وذلك لما يترتّب على وقوع الفعل من آثارٍ أو أضرارٍ تجعل المجتهد يأخذ دليلَ خصمه بعين الاعتبار فيعمل بمقتضاه أو ببعض مقتضاه، فيكون بذلك قد عدل عن قوله الرّاجح إلى قول المخالِف الذي كان مرجوحًا في أصل نَظَرِه،وذلك تحقيقًا لمصلحةٍ أو دفعًا لمفسدةٍ أو رفعًا للحرج والمشقّة عن المكلّفين، وهو ما يتماشى مع يُسْرِ الشّريعة وسماحتها.

4- يبرز أثر مراعاةُ الخلاف في عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح في مراعاةُ أدلّة الرّأي المرجوح بعد وقوع الفعل، لأنّ هذا الرّأي قد ينظر إليه باعتبار آخرونتيجة لمقتضياتٍ مصلحيّة، فيصبح راجحًا بعد الوقوع بعد أن كان مرجوحًا قبل الوقوع، وذلك لأنّ القضاء بالرّاجح لا يقطع حُكْمَ المرجوح بالكليّة. كما يبرز أثرها في العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح، من خلال قيام المجتهد بإعمال دليلِ المُخالِف لدفع المفاسد ورفع الحرج عن المكلّفين بعد وقوع الفعل منهم، وذلك تماشيًا مع تحقيق المقاصد الشّرعيّة.

5- تتمثّل مقتضيات العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح بمراعاةُ الخلاف فيما يأتي: التّيسير ورفع الحرج عن المكلّفين- تحقيق المصلحة وتلافي المفسدةُ- تبرئة الذّمّة من التّكاليف الشّرعيّة- الاحتياط ودفع الشّبهة.

6 - قاعدةُ مراعاةُ الخلاف لها أثر بارزٌ في قانون الأسرةُ الجزائري وفي الاجتهاد القضائي، وذلك كتصحيح عقد الزّواج بدون وليّ بعد الدّخول وحصول الأولاد، وذلك مراعاةُ لمذهب أبي حنيفة، ويظهر أيضا في اعتبار قانون الاسرةُ الجزائري الطّلاق الثّلاث بلفظ واحد طلقة واحدةُ، أخذا بمذهب ابن تيميّة وابن القيّم في ذلك وغيرها من المسائل التي روعِي فيها اختلاف العلماء.

7- البيوع المختلف في صحّتها وإن كان غيرَ صحيحة عند المالكيّة إلا أنّهم راعَوْا فيها الخلاف، فقالوا بصحّتها وإمضائها إذا وقع البيع وفات المبيع وذلك مراعاةُ لمن أجازها وصحّحها ابتداء.

التوصيات:

1- توظيف قاعدة مراعاة الخلاف بضوابطها في الاجتهاد القضائي، إذ أنّه يؤدّي إلى تحقيق المصلحة وتلافي المفسدة، كما يساعد القضاة في معالجة النّوازل والمستجدّات.

2- ضرورة تعميق البحث في هذه القاعدة في مجال المعاملات الماليّة للاستفادة منها في مجال الاجتهاد القضائي وذلك فيما يتعلّق بالقانون المدني الجزائري.

الهوامش:

[1] – ابن منظور: لسان العرب، 327/14.

[2] – الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 335/4، الرّازي، مختار الصحاح، ص 248.

[3] – المنجوري، شرح المنتخب، ص260، ابن منظور، لسان العرب ج 5، ص 253.

[4] – ينظر: العربي بن محمد الادريسي، مراعاة الخلاف عند القرافي-دراسة تأصيلية تطبيقية من خلال كتابه الذّخيرة (ص 13).

[5] – الزّبيدي، تاج العروس(275/3)، وابن منظور، لسان العرب،(90/9).

[6] – ينظر:محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، (ص 87).

[7] – ينظر: المرجع نفسه، (ص 89).

[8] – الونشريسي، المعيار المعرب(388/6).

[9] – ينظر:الرصاع، شرح حدود بن عرفة، (263/2).

[10] – نكاح الشغار: هو قول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك أو وليّتك على أن أزوجك ابنتي أو أختي أو وليّتي، ولا مهر بينهما، ينظر: محمد ميّارة، الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام،(338/1).

[11] – كان الشّاطبي من العلماء الذين استشكلوا في البداية مراعاة الخلاف، ولكنّه بعد مراسلاته للقباب وابن عرفة تغيّر موقفه، ينظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشّيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، (ص95).

[12] – ينظر: الشّاطبي، الموافقات (151/4)، (هامش).

[13] – محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة، (ص 73).

[14] – ينظر: الشاطبي، الموافقات، (151/4).

[15] – ينظر جواب ابن عرفة في كتاب المعيار، (378/6)، وجواب القبّاب في كتاب المعيار، (388/6).

[16] – البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب قول الوصي لوصيه: تعاهد ولدي، رقم ح:2745، 438/5، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع- باب الولد للفراش، رقم ح:1457، 380/5.

[17] – ينظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 250.

[18] – ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب، ج12، 37، والحديث سبق تخريجه في نفس الصفحة.

[19] – أبو داود، سنن أبي داوود، كتاب النكاح –باب في الولي، 26/3-27، والترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح – باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وقال: "حديث حسن"، والحاكم، المستدرك على الصحيحين، 168/2، وقال: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وقد صححه ابن عوانة، وابن خزيمة. ينظر: ابن حجر، فتح الباري، 451/9-452.

[20] – ينظر: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، المرجع السّابق، ص 251

[21] – اللّقاني إبراهيم، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، ص 301.

[22] – الونشريسي، إيضاح السالك، ص 160.

[23] – نقله عنه الإمام الونشريسي في المعيار المعرب، ج 12، ص 36.

[24] – ينظر: المصدر نفسه، ج 6، ص 387.

[25] – اللقاني، منار أهل الفتوى، ص 301، الونشريسي، المعيار، ج 6، ص 387.

[26] – محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، ص95.

[27] – ينظر: المعيار،ج12، ص 38، فتاوى البرزلي،ج1،ص 112، المشاط، الجواهر الثمينة، ص 235.

[28] – المشاط، الجواهر الثمينة، ص236–237، الونشريسي، ايصال السالك،ص 32.

[29] – ينظر: المنجوري، شرح المنتخب، ص 255.

[30] – المشاط، الجواهر الثمينة، ص 237.

[31] – ينظر: عبد الرحمان السّنوسي، مراعاة الخلاف في الاجتهاديّات– دراسة أصوليّة، مقال من موقع: *www.shamela.dz.net*، بتاريخ: 24 يناير2019، تاريخ الاطلاع عليه: 09 مارس 2021م. عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات، ص 338.

[32] – الشاطبي، الاعتصام، ج 2 / 375.

[33] – ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات، مرجع سابق، ص 338.

[34] – ينظر الشاطبي، الموافقات، ج 4، ص205، تعليق عبد الله دراز في الهامش رقم 2.

[35] – ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرّفات، ص 339.

[36] – الشاطبي، الموافقات، ج 4، ص 194.

[37] – المصدر نفسه، ج 4، ص 198.

[38] – ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب،ج 2، ص 204.

[39] – ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرّفات، ص 337.

[40] – ينظر: الشّاطبي، الموافقات، ج4، ص ص 203، 204.

[41] – الشاطبي، الموافقات،ج4، ص ص 204، 205.

[42] – البخاري، صحيح البخاري، كتاب: الأدب، باب الرّفق في الأمر كله، ح:625، ج4، ص96، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النّجاسات إذا حصلت في المسجد، ح:284، ج1،ص236.

[43] -ينظر: عبد الرّحمان السنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات،ص330.

[44] – ينظر: محمد الامين ولد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض اصول المذهب وقواعده، ص213–214.

[45] – ينظر:حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، ص 631.

[46] – المقري، القواعد، القاعدة الثانية عشر، ص ص 236–237.

[47] – ينظر: عبد الرحمان السّنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات، ص 330.

[48] – ينظر: حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، ص ص 637، 636.

[49] – ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ونتائج التّصرّفات، ص 337.

[50] – ابن القاسم، المدوّنة، 22/1، حاشية الدّسوقي مع الشّرح الكبير 72/1، 73.

[51] – المواق، التّاج والاكليل 150/1.

[52] – الدّردير، الشّرح الكبير،73،74/1.

[53] – ابن رشد، البيان والتّحصيل، 292/7.

[54] – ابن القاسم، المدوّنة، 118/3.

[55] – ابن رشد: البيان والتّحصيل، 291/7.

[56] – المصدر نفسه، 292/7.

[57] – – ابن القاسم، المدوّنة، مصدر سابق، 16/4، التّسولي، البهجة في شرح التّحفة، 144/1.

[58] – سبق تخريجه ص8.

[59] – ا ابن الهمام، فتح القدير:3 /246.

[60] – ينظر: ابن القاسم، المصدر السابق، 21/4، البهجة في شرح التحفة، 10/1، محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص447.

[61] – ينظر:محمد ميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكّام، مصدر سابق، 467/1.

[62] – ينظر: محمد الامين ولد سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض اصول المذهب وقواعده، ص214.

[63] – ينظر: المادة:222، من قانون الأسرة الجزائري.

[64] – ينظر: أستاذنا نبيل صقر، قانون الأسرة نصًّا وافقهًا وتطبيقًا، ص 40.

[65] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:71/3.

[66] – ابن رشد، المقدمات والمهدات:68/2.

[67] – القاضي عبد الوهاب،المعونة على مذهب علم المدينة، 290/1. الحطّاب، مواهب الجليل:71/2.

[68] – الكاساني، بدائع الصنائع: 288/2–289، ابن قدامة، المغني:2 /537.

[69] – ابن قدامة، المغني:2 /537–538.

[70] – ينظر: الحطّاب، مواهب الجليل:309/2.

[71] – المصدر نفسه، 500/3.

[72] – ينظر:ابن الهمام، شرح فتح القدير:489/2، والنووي، المجموع:150/8.

[73] – ينظر: الحطّاب، مواهب الجليل:501/3.

[74] – ينظر: محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، ص 427.

[75] – ينظر: محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهية، مرجع سابق، ص 488، 489.

[76] – ينظر: ابن الهمام، فتح القدير 161/3، وابن قدامة، المغني 559/10.

[77] – محمد أحمد شقرون، المرجع السّابق، ص 490.

[78] – ينظر:المكان نفسه.

[79] – الدّردير، الشرح الصغير، 417/2.

[80] – المرض المخوف: هو ما يُتوقَّع منه الموتُ عادةً.

[81] – ينظر: ابن القاسم، المدوّنة الكبرى، 246/4، الشّرح الكبير مع الدّسوقي:276/2–277.

[82] – ابن أبي زيد القيرواني،الذّبّ عن مذهب مالك، ج 1، ص 413.