مجلة دراسات إنسانية واجتماعية (Journal of Social and Human Science Studies) ج وهران2/ المجلد 10 ع 2 خ / 16 /03/ 2021
ISNN : 2253-0592 EISSN : 2588-199X / Prefix: 10.46315

الإدارة الحضارية للخلاف الفقهي بإرادة أصول المالكية
مراعاة الخلاف ـــ أنموذجا ـــ

The civilized management of the fiqh disagreement by the will of the owners taking into account the disagreement of the Maalik as a model

بايزيدي أحمد Baizidi Ahmed baizidiahmed@gmail.com	فقه مالكي وأصوله	كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية جامعة أحمد بن بلة.وهران 1
إشراف: أد. داودي عبد القادر Daoudi kader daoudikader@gmail.com	فقه مقارن	كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية جامعة احمد بن بلة.وهران 1

DOI : 10.46315/1714-010-002-036

الإرسال: 2020/04/23 **القبول**: 2020/11/18 **النشر**: 2021/03/16

ملخص: فالمقال أصولي في منبعه مقاصدي في مصبه فقهي في شواهده حضاري في سياقه، إذ به يبرز أحد صور التعامل الحضاري في إدارة الخلاف الناشئ في الفروع الفقهية بين المالكية وغيرهم، فمحوره أصل من أصول المالكية وهو مراعاة الخلاف، على كونه من الأصول المالكية العقلية والتي تحمل خصال المسالك حين التعامل مع المسائل الفقهية إذ به ينزل منزلة الميزان بين القولين فيرجح كل كفة حسب ثقل كل دليل لقيام المرجح به حينها والذي اقتضى العدول من هذا إلى ذاك والعكس كذلك.

فهو آلية شرعية مؤصلة ومؤهلة لاستثمار تلك الثروة الفقهية الهائلة والتي لا يعدم فيها المخرج الفقهي لكثير من النوازل المعاصرة سواء بالتطابق أو التلازم أو التضمن، فهو مؤشر على مدى واقعية أصول المالكية في هذا الباب، وتعاملهم الحضاري مع الخلاف الفقهي فهو تعامل مع المسالة بكل واقعية وفق هذا الأصل أي مراعاة الخلاف مستثمرا الخلاف الواقع في المسألة أصلا.

كلمات مفتاحية: الخلاف، الفقهي، المراعاة، الاستثمار، الدليل، المرونة، المخالف.

Abstract (English): The article is a fundamentalist in its source ، my purpose is its jurisprudence in its cultural evidence in its context ، as it highlights one of the forms of civilized interaction in the management of the dispute arising in the jurisprudential branches between the Malikis and others ، its axis is one of the origins of the Malikis and is the observance of the dispute ، as it is one of the mental assets that bear the qualities Tracts when dealing with doctrinal issues ، as it descends the status of the balance between the two sayings ، so that each cuff is weighted according to the weight of each evidence for the likely doing of it at the time ، which required the modification of this to that and vice versa.

It is a legitimate and inherent mechanism capable of investing that tremendous jurisprudential wealth ، in which the juristic outlet is not executed for many contemporary calamities ، whether by congruence ، concomitance ، or implication ، it is an indication of the realism of the ownership of the owners in this section ، and their cultural dealings with the juristic disagreement as it deals with the issue in all reality according to This principle ، i.e. taking into account the dispute ، investing the dispute that is already in the matter.

Keywords : Discord ، idiosyncratic ،. consideration ، investment ، evidence ، flexibility ، violator.

- مقدمة:

فاستخدام الخلاف الفقهي كأداة للإسهام الحضاري يجب أن يكون من خلال رسم قواسم مشتركة في دليل المخالف من خلال تصوُّرات لاحتمالات يقتضيها ذلك الدليل لبعض صور المسائل إذا تغيرت بتغير واقعها، ويعد هذا من الرُؤى الصائبة التي تعمل على تطويع ذلك الخلاف وتقليل حدته لأجل استثماره.

ففي هذا السياق سار المالكية من خلال بعض أصولهم فقد تعاملوا مع دليل المخالف عندما وجدوا له اعتبارا فالتفتوا إليه من جهة قد ترجح فيها العمل به بعد وقوع مسألة من المسائل اقتضت صورتها أن تستدعي دليل المخالف في بعض أثاره أو كلها، وقد أطلقوا على هذا المسلك ووسموه بأصل مراعاة الخلاف.

أما الإشكالية، فهي تتمحور أساسا حول حقيقة مراعاة الخلاف، لان الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فالوقوف على ماهية المراعاة حقيقة هي التي تثبت أو تنفي الوصف بالمرونة باعتبارها عامل أساس في استثمار الخلاف الفقهي، انتقال من دليل المذهب إلى دليل المخالف.

فهل التفاوت في التصور لحقيقة المراعاة يفضي إلى التفاوت في الأوصاف؟

بمعنى هل المرونة في المذهب هي التي فرضت بزوغ المراعاة، أم أن المراعاة من طبيعته أنه أصل مرن؟

ولأجل أن يتناغم الموضوع مع الإشكالية العامة التي نرمي من خلاله الإجابة عنها، يتولد إشكال آخر مبني على فرضية كون أصل مراعاة الخلاف، أنه مرن أصلا، ففحوى الإشكال: هل مرونة هذا الأصل هي التي تجعله مؤهلا كمسلك يواكب المرحلة في استثمار الخلاف الفقهي؟

ونهدف من وراء هذا الموضوع تفعيل الأصول ذات الطابع المسلكي، والتي تكون عادة من جملة الأصول العقلية، والتي من طبعها أنها لا تحمل حكما جاهزا تنزله مباشرة كعمل أهل المدينة أو قول الصحابي وغيره، وإنما هو مسلك شرعي لا ينهض بالحكم مباشرة وإنما يتوسط الطريق في تنزيل الحكم انتقالا من دليل إلى دليل، أو إلى لوازم الأدلة حسب المرجَّح به القائم حينها.

فتفعيل هذا النوع من الأصول يعتبر أحد مؤهلات المذهب المالكي لان يتصدر قائمة المواكبين للواقع ونوازله، فهذا وجه من أوجه المرونة، التي قد تقتضيها مرحلة من المراحل عند التعامل مع النوازل المعاصرة.

ومن أبعاده، تقريب بعض الأصول كميدان خصب قابل للإثراء، من باب التفريع عليها لمرونتها لا لتطويرها لأنها غير قابلة للتطور على الراجح من الأقوال؛ فالذي وضعها هو الإمام مالك، ولأن أصحابه لم يكونوا مجتهدين إلا في الفروع فقط، فإعمال هذا النوع من الأصول في النوازل المعاصرة يعتبر عملا ليس بالبسيط بل يستحق التقدير والتشجيع وفي الوقت نفسه هو إعمال

للمذهب لا في أقواله وإنما في أصوله، وهذا يحتاج لجهود متضافرة ذات طابع اجتهادي جماعي في هذا المجال تصب في ضبط آليات لإعمال هذا النوع من الأصول.

أما منهجية بحثنا فهي مزيج بين الوصف والتحليل، فعند عرض المنقولات يتحتم علينا وصفها دون زيادة او نقصان، أما عند الاستنتاج والحكم عليها يتحتم علينا قبل الوصول إلى ذلك تحليل المعروض من المنقول، ثم نبني عليه النتائج، والأحكام.

أما الخطة فهي على الآتي:

قسمت البحث إلى ثلاث مباحث، وتحت كل مبحث مطلبين، أو أكثر، وجعلت من المطلب الأخير من المبحث الثالث عمدة النتائج وزبدتها.

المبحث الأول: التعريف بأصل مراعاة الخلاف

فإطلاق الأصول في هذا السياق يقصد بها الأدلة الإجمالية، فقد اشتهر مذهب مالك بكثرة أصوله، قال الشيخ محمد أبو زهرة:" فانه أكثر المذاهب أصولا، حتى إن علماء الأصول في المذهب المالكي يحاولون الدفاع عن هذه الكثرة، يدعون على المذاهب الأخرى أنها تأخذ بمثل ما يأخذ به من الأصول عددا، ولكنا لا نسميها بأسمائها ولا نريد أن نخوض في ذلك، بل إنا نقول: أن الأمر لا يحتاج إلى دفاع لان تلك الكثرة حسنة من حسنات المذهب المالكي يجب أن يفاخر بها المالكيون لا أن يحملوا أنفسهم مؤنة الدفاع، ولذلك نحن نرى انه أكثر المذاهب أصولا(أبو زهرة، م. 376).

وذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمد صالح أنه قال: " الأدلة التي بنى عليها مالك مذهبه ستة عشر: نص الكتاب، وظاهر الكتاب، وهو العموم، ودليل الكتاب؛ وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب؛ وهو باب آخر، وتنبيه الكتاب؛ وهو التنبيه على العلة؛ كقوله تعالى: (**فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا**)(سورة الأنعام، الآية 145) ، ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة، والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر القياس والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع، واختلف قوله في السابع عشر؛ وهو مراعاة الخلاف، فمرة يراعيه، قال أبو الحسن: ومن ذلك الاستصحاب(:التسولي، ع. ب. ع. ا. 1998،219)

وعلى العموم فأصول المذهب على قسمين:

أحدهما: أصول نقلية وهي الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة وشرع من قبلنا وقول الصحابي.

والثاني: أصول عقلية وهي القياس والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع ومراعاة الخلاف.

وأهم هذه الأصول التي تميز بها المذهب المالكي: عمل أهل المدينة، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف.(باي، ح، 2011،53)

المطلب الأول:باعتباره مركبا إضافيا.

وتعريفه يكون بتعريف طرفيه.

الفرع الأول: المراعاة

لغة: المراعاة: مصدر راعىَ يُراعي مُراعاة، والرَّعيٌ مصدر رعَى، يَرعَى، رعيا ورعاية.(ابن منظور ، م،2000، 14/ . 328)

يقال راعيت فلانا مراعاة، ورعاء، إذا راقبته وتأملت فعله وراعيت الأمر نظرت إلام يصير فالمراعاة هي النظر إلى الشيء وملاحظته، ومراقبته، واعتباره والنظر إلى ما يصير إليه.(ابن منظور ، م،2000، 14/327 329.)

الفرع الثاني: الخلاف

لغة: الخلاف مصدر مأخوذ من خالف يخالف خلافا، ومخالفة، وهو نقيض الاتفاق.

تخالف الأمران واختلفا لم يتفقا وكل ما لم يتساو فقد تخالف، (ابن منظور ، م،2000 ،90/9ـــ 94.) واختلف ضد اتفق.(: أبي البقاء ، أ. ب. م. ،669.1998ـــ 670.)

و الاختلاف والمخالفة أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر في حاله أو قوله، ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يقتضى التنازع استعير ذلك للمنازعة والمجادلة.(الأصفهاني، ا، 1/ 156)

فهو منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل.(الجرجاني، ا. ب، 89)

المطلب الثاني: باعتباره علما

و عرفه **الإمام القباب الفاسي** بقوله: وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه.(الونشريسي، أ. (1981 6/ 388).

أن المجتهد يقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح ثم إذا وقع عقد، أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس، فهو راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة، فهو توسط بين موجب الدليلين. (الونشريسي، أ. 6،1981 /388)

أما "ابن عرفة فقال: بأنها إعْمَالُ دَلِيلٍ فِي لَازِمِ مَدْلُولِهِ الَّذِي أُعْمِلَ فِي نقِيضِهِ دَلِيلٌ آخَرُ.(الرصاع، م. ب. ق. (1993 263/1)

وَبَسَطَ القول في ذلك حسن بن محمد المشاط ، صاحب الجواهر بأنها عبارة عن إعمال المجتهد دليل خصمه القائل ؛ بعدم فسخ نكاح الشغار، في لازم مدلوله الذي؛ هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار فيما إذا مات أحدهما.

فالمدلول هو عدم الفسخ، وأعمل مالك في نقيضه، وهو الفسخ، دليلا آخر، فمذهب مالك وجوب الفسخ، وثبوت الإرث إذا مات أحدهما.(: المشاط، ح. ب. م، 235)

أما الشاطبي فقال: ووجهه أنه راعى دليل المخالف في بعض الأحوال لأنه ترجح عنده ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه،(الشاطبي، إ. ب. م. (1981 146/1).

فيؤخذ من بيان الشاطبي لوجه مراعاة الخلاف عنده أنه: اعتبار المجتهد دليل المخالف في بعض الأحوال التي ترجح فيها عنده.(باي، ح، 2011، 595)

فمراعاة الخلاف: هو اعتبار لدليل المخالف من وجه ترجح فيه اقتضاه مسوغ شرعي معتبر بعد الوقوع.

فحالة ما بعد الوقوع ليست كحالة ما قبله؛ لأن بعده تنشأ أمور جديدة تستدعي نظرًا جديدًا، وتجد إشكالات لا يتفصَّى عنها إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيًا بالنظر لقول المخالف وإن كان ضعيفًا في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه، روعيت المصلحة، وتجدد الاجتهاد في المسألة من جديد بنظر وأدلة أخرى، وعليه؛ فبعد الوقوع تكون مسألة أخرى غيرها باعتباره ما قبله.(الشاطبي، إ، 5/ 108)

قال الشاطبي: وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً ويكون هو الراجح ، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً، لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان؛ فليس جمعًا بين متنافيين ولا قولًا بهما معًا، هذا حاصل ما أجاب به من سألته عن المسألة من أهل فاس وتونس، وحكا لي بعضهم أنه قول بعض من لقي من الأشياخ، وأنه قد أشار إليه أبو عمران الفاسي،و به يندفع سؤال اعتبار الخلاف. (الشاطبي، إ، 5/ 108)

المبحث الثاني: إطلاقات مراعاة الخلاف

بناء على تعريفات المالكية، فمراعاة الخلاف يترتب عليه عند إطلاقه مسلكين:

المطلب الأول: الخروج من الخلاف

قد يطلق مراعاة الخلاف ويقصد به الخروج من الخلاف، وهذا يقول به أيضا غير المالكية، وخاصة الشافعية.

قال الزركشي: يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في وجوبه.(الزركشي، م. ب. ب. 128/1985)

الفرع الأول: الشواهد

فمن ذلك:

قال خليل(ت 776هـ): وكفت نية لما يجب تتابعه لا مسرود ويوم معين، والمنفي إنما هو وجوب التبييت كل ليلة، فلا ينافي أنه يستحب تبييتها كل ليلة **لمراعاة الخلاف**، فإن الشافعي، وأبا حنيفة، يقولان بوجوب النية كل ليلة.(النفراوي المالكي، أ. ب. غ. 1995، 6 /388)

إذا تعين أن الخروج من الخلاف، يقتضي استحباب التبييت كل ليلة، فالحكم قد توسط بين الإباحة، والوجوب.

فهو توسط بين موجب الدليلين، وهذا من معاني مراعاة الخلاف، كما قال صاحب المعيار .(الونشريسي، أ. 6،1981 /388.)

ومن تفريعاتهم:

قراءة أم القرآن، وحكمها الوجوب عند الشافعي في صلاة الجنازة، وعند مالك الكراهة إلا إذا قصد المصلي مراعاة الخلاف فيأتي بها بعد شيء من الدعاء حتى تصح الصلاة عندنا وعند الشافعي، والعبادة المتفق عليها خير من المختلف فيها، ولذلك قال القرافي: ومن الورع مراعاة الخلاف، ومن فوائد المراعاة صحة صلاة الشافعي خلف المالكي؛ لأنه إن لم يقرأ الفاتحة تكون الصلاة باطلة عند الشافعي فلا يصح اقتداؤه بالمالكي فيها، وقولنا بعد شيء من الدعاء؛ لأنه واجب عندنا كوجوب الفاتحة عند الشافعي فلا بد منهما حتى تصح الصلاة على المذهبين.(النفراوي المالكي، أ. ب. غ. 297/1)

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بمعناه الخاص

وهو المعروف عند المالكية بمعناه الخاص، فقد اختص به المالكية دون سواهم فيطلقون المراعاة ويريدون به ذلك المعنى المتعارف عليه باعتباره علما، دون الخروج من الخلاف.

الفرع الأول: الشواهد

استحقاق المرأة المهرَ والميراثَ عند المالكية إذا تزوجت بغير ولي.

(قلت : أرأيت الذي تزوجها بغير ولي أيقع طلاقه عليها قبل أن يجيز الولي النكاح، دخل بها أو لم يدخل بها ؟ قال : نعم، قال وبهذا يستدل على الميراث في هذا النكاح ؛لأن مالكاً قال كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز، فالفسخ فيه تطليقة، فإذا طلق هو جاز الطلاق والميراث بينهما في ذلك).(الامام مالك، م. ب. ا. 2 /182)

فإن مالكاً رحمه الله مع قوله بفساد النكاح دون ولي، يراعي الخلاف عند نظره فيما يترتب عليه بعد الوقوع؛ إذ التّفريع على البطلان الراجح عنده يؤدي إلى مفسدة وضرر أقوى من مقتضى النَّهي على ذلك القول.

وما ورد عن مالك في عدة مسائل فيها التفريق في الحكم على الواقعة، قبل وقوعها وبعد وقوعها، فيمنع من الإقدام عليها ابتداءً، فإذا وقعت فإنه يصححها، ويرتب الآثار عليها، وذلك منعاً لضرر أكبر، ومفسدة أعظم، ومراعيا بذلك الخلاف، ويمكن التعبير عن ذلك، بعبارة؛ مستثمرا الخلاف، فمن ذلك ما ورد في المدونة:

(قلت : فإن زوجها بغير صداق قال : إن زوجها على أنه لا صداق عليه ففي هذا النكاح مفسوخ ما لم يدخل بها فإن دخل بها كان لها صداق مثلها ويثبتان على نكاحهما) .(الإمام مالك، م. 2 /147)

فالتعويل بعد وقوع الفعل من المكلف على قول، وإن كان مرجوحًا عند المجتهد، ليقر فعلًا حصل منهيًا عنه على القول الراجح عنده، وأن له بعد الوقوع حكمًا لم يكن له قبله، وذلك نظر إلى المآل، وأنه لو فرع على القول الراجح بعد الوقوع، لكان فيه مفسدة تساوي أو تزيد على مفسدة النهي.(الشاطبي،إ، 5/.189، الشاطبي، إ1981 2/ 146)

ومن ذلك أيضا:

إن نسي تكبيرة الإحرام وكبر بنية الركوع فقط، ولم ينو الإحرام ناسيا له فإنه يتمادى المأموم مع الإمام ويكمل صلاته، مراعاة لمن يقول بصحة صلاته، وإنما ينعقد بذلك فلا يبطلها.

وكذلك من قام إلى ثالثة في النافلة، وعقدها، يضيف إليها رابعة، مراعاة لقول من يجيز التنفل بأربع.(الشاطبي،إ 107/5).

لأنه بعد التكبير والدخول في الصلاة تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، الذي يرجح قول المخالف ودليله في هذه الحالة ونظائرها(الشاطبي، إ 106/5) ، مراعاة للخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر ،لأن هذا من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة فحيث يترجح عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا أهملوه.(الشاطبي، إ 106/5،على هامشها)

ومن أمثلته:

إمضاء بيع حب مع قشه قائما بأرضه جزافا مما ثمرته في رأسه كقمح أفرك بفتح الهمز والراء بينهما فاء ساكنة، أي صار فريكا وبيع قبل يبسه وإن لم يجز ابتداء ويمضي بقبضه أي حصده مراعاة للخلاف فيه. (عليش. - 1989م، ، 5 / 295)

والأمثلة كثيرة.

وبناء على ما أَدْلَتْ به الشواهد، يمكن القول أن من أطلق مراعاة الخلاف، وضَّم إليه الخروج منه، فهو إطلاق على المراعاة بمعناه العام، فكل خروج من الخلاف هو مراعاة للخلاف، والعكس غير صحيح، أما من أطلق المراعاة، واخرج منه الخروج من الخلاف، فهذا إطلاق على المعنى الخاص.

3- النتائج ومناقشتها

المبحث الثالث: التصور الحقيقي للمراعاة ومؤهلات استثماره.

المطلب الأول: تصور مراعاة الخلاف

وحتى يكون ذلك التصور صحيحا ولا ندعي عليهم تصورا لم يصرح منهم به أحد، يجب الذهاب إلى الأدلة التي بنا المالكية عليها مراعاة الخلاف تأصيلا وتصورا.

الفرع الأول: الدليل الأول

منها ما قد ثبت عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها- أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد: أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك. فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال: ابن أخي، قد كان عهد إليّ فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله، وقال سعد: يا رسول الله! إن أخي قد كان عهد إليّ فيه، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة، ثم قال رسول اللهﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر "ثم قال لسودة بنت زمعة، احتجبي منه؛ لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص. قالت أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها- وأرضاها: فما رآها حتى لقي الله تعالى .(أخرجه البخاري تحت رقم 2745)

من الحديث أن الفراش مقتض لإلحاقه بزمعة، والشبه البين مقتضي لإلحاقه بعتبة، فأعطى النسب بمقتضى الفراش، وألحق بزمعة، وروعي أمر الشبه بأمر سودة بالاحتجاب منه. فقد راع النبي ﷺ ،كلا الدليلين، وأعطى كل واحد ما يناسبه، حيث أعطى للفراش حكمه ،فألحق الولد بزمعة، وأعطى للشبه حكمه، فأمر سودة بالاحتجاب، وهذا عين مراعاة الخلاف، فإنها توسط بين موجب الدليلين.(قويدري، م، 2013 ، 106.)

وفيه محصلة إعمال كل واحد من الدليلين المتعارضين فيما هو فيه أرجح، وهو معنى مراعاة الخلاف.

فهو محصلة مجموع ما ترجح من مقتضى الدليلين بعد الوقوع، فهو إما حكم الأصل يصحبه بعض آثاره، مضافا إليها ما حلَّ من آثار الحكم الثابت بدليل المخالف مَحَلَ ما تخلَّف من آثار حكم الأصل، أو الحكم الثابت بدليل المخالف مع آثاره.

الفرع الثاني: الدليل الثاني

حديث أبي هريرة ، عن النبي ﷺ قال: لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها.(رواه ابن ماجه برقم (1882))

و جاء أيضاً من حديث عائشة - رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل . ثلاث مرات . فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها.(فتح الباري 9/ 191،)

فالحديثان يدلان على اشتراط الولي في النكاح، وأن العقد يبطل إذا فقد شرط الولاية فيه، وأراد ﷺ تأكيد بطلانه فسماه زنا، ليفهم أن حجة الفساد فيه غاية في الفظاعة، لكنه لم يحكم بلازم البطلان، وهو إلغاء المهر، والحد، بل أعمل فيه لازم النكاح الصحيح، وهو ثبوت المهر للزوجة، ومقتضى ذلك استحقاق المرأة للمهر بالدخول وإن كان النكاح باطلاً، كما في مسألة نكاح الشغار، وهكذا شأن مراعاة الخلاف فهي إعمال لكل من دليل الأصل، والخصم، إذ حكم بالعقد قبل الوقوع بالبطلان ،جريا على دليل الجمهور، واعتبر جانبه بعد الوقوع مراعاة لدليل من قال بالجواز، وذلك لما اقترن بالفعل من الأحوال التي تجعل من الاستمرار في مقتضى النهي الوقوع في مفسدة أشد من القول بتصحيحه على إحدى المذاهب.(قويدري، م، 2013، 108)

قال الشاطبي: وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة، وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنا، وليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مقتضى النهي أو تزيد ولما بعد الوقوع دليل عام مرجح.(الشاطبي، إ،192/5.)

قال في موضع آخر: وهذا المعنى كثير جدا في المذهب، ووجهه أنه راعى دليل المخالف في بعض الأحوال، لأنه ترجح عنده، ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه.(الشاطبي، إ ، 1981، 2/ 146)

المطلب الثاني: وجه المرونة المؤهلة لإدارة الخلاف

فمناطها ذلك التمدد في الدليل التفصيلي الجزئي في المسألة الواحدة.

الفرع الأول: تعريف المرونة

لغة:

قال ابن فارس: " مرن " الميم والراء والنون أصل صحيح يدل على لين شيء وسهولة.(بن فارس ا ، 1979، 5/ 313)

وجاء في لسان العرب: مَرَنَ يَمرُن مَرانةً ومُرُونةً: وهو لين في صلابة، ومَرَنتَ يَد فُلانٍ على العمل أي صَلبُت واستمرت والمَرَانة: اللينُ. (ابن منظور ، م. 2000، 403/13)

اصطلاحا:

أما المقصود بها في هذا الأصل، فهو ذلك العدول عن دليل الأصل إلى دليل المخالف، فهو تمدد للمسألة من جهة حكمها بكونها، اكتست حلة صورتين إحداها قبل الوقوع، والأخرى بعده، مما جعل المجتهد يراعي دليل غيره لوجود مسوغ العدول إليه بكون ذلك المسوغ معتبرا عنده، وهذا

التمدد يحصل بإعمال مراعاة الخلاف، أي الانتقال من دليل الأصل إلى دليل المخالف عبر مسلك مراعاة الخلاف.

المطلب الثالث: بعض صور مراعاة الخلاف الشاهدة على استثمار الخلاف الفقهي (الإدارة الحضارية للخلاف)

الفرع الأول: الشاهد الأول

أن يصلي شخص خلف إمامٍ يعلم أن على ثوبه نجاسة، فهل تصح صلاته أو لا؟

قال مالك : إذا علم في ثوب إمامه نجاسة، إن أمكنه إعلامه فليفعل، وإن لم يمكنه وصلى، أعاد في الوقت، قال يحيى بن يحيى الإعادة في الوقت وبعده أحب إلي، وإنما خصصها مالك بالوقت، **مراعاة** لقول من يقول :كل مصل يصلي لنفسه.(القرافي، أ. ب. إ،199 ، 195)

الفرع الثاني: الشاهد الثاني

قلت : أرأيت إن كان هذا الذي تزوج هذه المرأة في صفقة واحدة مع البيع إن كان قد دخل بها أيبطل نكاحها أيضا في قول مالك؟

قال : لم أسمع من مالك في هذا بعينه شيئاً إلا أن مالكاً قال في الرجل يتزوج المرأة على الصداق المجهول على ثمرة نخل قبل أن يبدو صلاحها أو على بعير شارد أو على عبد آبق أو على ما في بطن أمته ، أنه إن لم يدخل بها فرق بينهما وإن دخل بها لم يفسخ نكاحهما وثبت وكان لها صداق مثلها. (الإمام مالك، م،2 /212.)

الفرع الثالث: شواهد أخر

قال الشاطبي رحمه الله تعالى: وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة منها أن الماء اليسير إذا حلت في النجاسة اليسيرة ولم تغير أحد أوصافه أنه لا يتوضأ به بل يتيمم ويتركه فإن توضأ به وصلى أعاد ما دام في الوقت ولم يعد بعد الوقت وإنما قال يعيد في الوقت مراعاة لقول من يقول إنه طاهر مطهر ويرى جواز الوضوء به ابتداء وكان قياس هذا القول أن يعيد أبدا إذ لم يتوضأ إلا بماء يصح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم ، ومنها قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه إن لم يتفق على فساده فيفسخ بطلاق، ويكون فيه الميراث ويلزم فيه الطلاق على حده في النكاح الصحيح فإن اتفق العلماء على فساده فسخ بغير طلاق ولا يكون فيه ميراث ولا يلزم فيه طلاق ومنها مسألة من نسى تكبيرة الإحرام وكبر للركوع وكان مع الإمام أن يتمادى لقول من قال إن ذلك يجزئه فإذا سلم الإمام أعاد هذا المأموم وهذا المعنى كثير جدا في المذهب.(الشاطبي، إ،1981، 145_146).

3ـ النتائج ومناقشتها

المطلب الرابع: دواعي استثماره وآلياته

فهذا المطلب لوحده يتطلب بحثا مستقلا لأهميته، فدواعي الإعمال تشبه تماما تنقيح المناط وذلك حين التأكد من وجود الداعي مع توفر شروطه وانتفاء موانعه.

الفرع الأول: دواعي استثماره

وتعود أساسا إلى جهتين:

الأولى: من جهة مؤهلاته

داعي التأصيل: ويكون من باب استدعاء الأصول والأدلة

إمكانية قبول محصلة لوازم الدليلين تحت حكم واحد

صلاحية حمل دليل المخالف وترقيته.

مسلك شرعي آمن

مسلكا شرعي يسعفه الدليل في كل الأحوال، قبل الوقوع وبعده.

الثانية: من جهة قيام مسوغ العدول

مبدأ الحاجة والتيسير

اعتبار المآل بناء على وجود المخرج الفقهي الآيل للمصلحة في قول المخالف

بناء على قول المخالف لداعي رفع الحرج

مبدأ دفع الضرر

إلى غيرها من الدواعي والتي في مجملها هي مراعاة للمصلحة الشرعية الخادمة للمقصد الشرعي من جهة تشريعها.

الفرع الثاني: آليات استثماره

ومن الآليات المقترحة في استثماره، ما يلي:

1ضبط الخلاف المعتبر من خلال التنقيب في الثروة الفقهية الهائلة، عن المسائل ذات الخلاف المعتبر، والذي يعود إلى اعتبار دليلها

2تنقيح مناط تلك المسائل، وذلك بالنظر إلى الواقع الذي احتضن المسألة

3ضبط المرجحات المعتبرة شرعا في المذهب، باعتبارها مسوغات عدول عن دليل الأصل

4إعادة ضبط تصور المسالة بعد وقوعها للتأكد من مدى قوة جذب الدليل الأصلي لها

5الاهتمام باعتبار المآل وفق الواقع الجديد للمسالة، والذي بدوره يكون معيارا لكيل ثقل الدليل الأصلي.

6التميز بين العقود المستحدثة، من جهة التركيب، والبساطة عند تكيفها، لنعلم أي الأدلة، أكثر إلحاقا.

خاتمة:

فميزة الواقعية في مراعاة الخلاف تعد من أبرز وأوضح خصائص الاجتهاد المالكي، إذ أهلت تلك الخاصية ذلك الاجتهاد كي يكون تعبيرا صادقا وترجمة حية لواقع الناس، فأداروا الخلاف الفقهي بأسلوب حضاري ترجمه أحد أبرز أصولهم والمتمثل في مراعاة الخلاف، فعلى قدر استثمار الخلاف يكون جمع الكلمة، فما

أحوج الأمة في يومنا هذا إلى آليات تقلل من خلافها بل تستثمره في التخلص من نوازل العصر، وتبطل به مفعول تفجير الخلاف.

المصادروالمراجع:

ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي. (2000).(لسان العرب) (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الفكر.

أبو زهرة، محمد .الامام مالك). (الطبعة الأولى). بيروت: دار الفكر العربي.

أبو البقاء،أيوب بن موسى (1998).(الكليات) (الطبعة الأولى). لبنان: مؤسسة الرسالة.

الأصفهاني ،الحسين بن محمد، غريب القرآن) (الطبعة الأولى). لبنان دار المعرفة.

الإمام مالك، م. ب. ا .المدونة الكبرى) (الطبعة الأولى).. بيروت : دار صادر.

التسولي،علي بن عبد السلام (1998 .)(البهجة في شرح التحفة(الطبعة الأولى). لبنان: دار الكتب العلمية.

الجرجاني،الشريف .معجم التعريفات) (الطبعة الأولى). القاهرة: دار الفضيلة.

الجيدي، عمر. (1993).(مباحث في المذهب المالكي بالمغرب) (الطبعة الأولى). الرباط: مطبعة المعارف الجديدة

الحطاب، . محمد بن محمد ا. (2003 .)(مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل(الطبعة الأولى). الرياض: دار عالم الكتب.

الرصاع، محمد الأنصاري. (1993).(شرح حدود بن عرفة) (الطبعة الأولى). لبنان: دار الغرب الإسلامي.

الزركشي،محمد بن بهادر، (1985 .)(المنثور في القواعد) (الطبعة الثانية). الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى (1981).(الاعتصام (الطبعة الثانية) بيروت: دار الكتب العلمية.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى،(1997)،(الموافقات) (الطبعة الأولى)، السعودية، دار ابن عفان.

عليش، محمد،(1989)منح الجليل ، بيروت: دار الفكر.

القرافي، أحمد بن إدريس. (1973).(شرح تنقيح الفصول(الطبعة الأولى).: شركة الطباعة الفنية المتحدة.

القرافي، . أحمد بن إدريس (1994).(الذخيرة) (الطبعة الأولى). بيروت: دار الغرب الإسلامي.

قويدري، مختار. (2013).(مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي) أطروحة ماستر، الجامعة الاسلامية العالمية، باكستان). استرجع في من https://www.moswrat.com/books_view_28750.html

المشاط، ،حسن بن محمد ، الجواهر الثمينة،لبنان: دار الغرب الإسلامي.

النفراوي المالكي،أحمد بن غنيم، (1995).(الفواكه الدواني) (الطبعة الأولى). لبنان: دار الفكر.

الولاتي الشنقيطي ، محمد يحي. (1912).(إيصال السالك في أصول الإمام مالك) (الطبعة الأولى). تونس: المكتبة العلمية.

الونشريسي، أحمد. (1981).(المعيار المعرب). (الطبعة الأولى). الرباط المملكة المغربية: وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية.

الونشريسي، أحمد. (2006)(.إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك) (الطبعة الأولى) بيروت، لبنان : م، دار ابن حزم.