المجلد04 العدد خاص السنة 2024 مجلة البحوث الأسرية ص.ص: 169 - 180
الترقيم الدولي المعياري للدورية:ISSN : 2773-3580 الترقيم الدولي الإلكتروني للدورية:EISSN : 2773-4403

تأثير الصياغة القانونية للأحوال الشخصية بقاعدة مراعاة الخلاف

Effect of the Rule of Observance the Dispute on the Legal Formulation of Personal Status

الأستاذ الدكتور علي جمعه الرواحنه*[1]

كلية الإمام مالك للشريعة والقانون- دبي الإمارات العربية المتحدة[1]

dali_r2005@yahoo.com

الاستلام: 2024/09/18 **القبول:**2024/09/20

ملخص:

ميز الفقه المالكي بالانفتاح على المذاهب الأخرى بتطبيق قاعدة مراعاة الخلاف، فكانت مساحة الاجتهاد الفقهي واسعة جدا، أثرت الفقه المالكي ومتابعاته المتواصلة. وتهدف الدراسة إلى بيان أهمية قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد التنزيلي للصياغة القانونية في الأحوال الشخصية، وأثرها في توسيع دائرة الاجتهاد في مسائلها. وتعالج الدراسة إشكالية تأثير قاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية. إن للقاعدة أثر في تحقيق النفع العام وصيانة الأسرة، والأخذ بالأحوط، وبذلك تتسع دائرة الاجتهاد في مجال صياغة قانون الأحوال الشخصية تحقيقا للمصلحة العامة. وقد توصلت الدراسة إلى أن المنهج في الصياغة القانونية التحقق من البعد التنزيلي للنص القانوني في مراعاة المصالح التي يلاحظها المجتهد والتي تقتضي ألا تعامل الأحوال الأسرية المختلف في حكمها معاملة العقود الباطلة. وإن ضابط القاعدة قوة دليل المخالف، والتوصية للمشرع مراعاة الخلاف عند الصياغة القانونية للأحوال الشخصية توسعة على المخاطبين بها.

الكلمات المفتاحية: مراعاة الخلاف؛ الصياغة القانونية، الأحوال الشخصية.

Abstract:

The Maliki jurisprudence is distinguished by its openness to other schools of thought the application of the principle of "Mura'at al-Khilaf" (consideration of differing opinions). This has allowed for a broad scope of jurisprudential reasoning, enriching Maliki jurisprudence and its continuous developments. The study aims to highlight the importance of this principle in legal drafting related to personal status matters, as well as its role in expanding the scope of jurisprudential reasoning in these issues. The study addresses the problem of how the principle of "Mura'at al-Khilaf" influences legal drafting. The principle contributes to achieving public benefit, preserving the family, and adhering to precautionary measures, thus broadening the scope of ijtihad (independent reasoning) in the drafting of personal status laws to serve the public interest.

The study concludes that the approach to legal drafting involves verifying the practical application of the legal text while taking into account the interests identified by the jurist. It suggests that personal status matters with differing rulings should not be treated the same as void contracts. The guiding principle here is the strength of the opposing evidence. The study recommends that lawmakers consider this principle when drafting personal status laws to provide flexibility for those subject to these laws.

Keywords: observance the dispute; legal drafting; personal status.

*المؤلف المرسل.

مقدمة المقال:

تعد الصياغة بشكل عام أمرًا بالغ الأهمية، فهي التي تحتوي المعنى وتعبّر عنه بدقة. لذلك، من الضروري أن تتمتع الصياغة بجودة عالية في التعبير عن المعاني بوضوح ودقة. وتزداد أهمية الصياغة عندما يتعلق الأمر بالنصوص القانونية، وخاصة في مجال تقنين الأحوال الشخصية، حيث يجب أن تكون الصياغة القانونية محكمة وذات مهنية عالية من جانب المقنن القانوني.

لا بد أن تستند صياغة النصوص العربية إلى القواعد المنظمة لها، سواء في النحو اللغوي وفق قواعد اللغة العربية، أو في دقة المعنى الاصطلاحي وفق قواعد أصول الفقه. وقد وضع العلماء القواعد الأصولية مع مراعاة الأبعاد اللغوية والدلالية والتنزيلية، سواء في تحليل النصوص أو صياغتها. لذلك، يمكن اعتبار علم أصول الفقه مرشدًا مهمًا في صياغة النصوص القانونية. وإذا كنا نسعى للحصول على صياغة قانونية عالية الجودة، فلا بد من اتباع المنهج الأصولي في بنائها.

تميز الفقه المالكي بانفتاحه على المذاهب الأخرى في صياغته الفقهية، حيث كان يتبنى الحكمة أينما وُجدت. هذا الانفتاح أتاح مساحة واسعة للاجتهاد الفقهي، وأسهم في إثراء الفقه المالكي ومواكبة المستجدات الفقهية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في المساهمة أو الإضافة التي تضيفها على الصياغة القانونية لقانون الأحوال الشخصية، وقاعدة مراعاة الخلاف تستجلب ما لدى المذاهب الفقهية الأخرى ضمن الدليل المخالف ما يثري الصياغة القانونية في بعدها التقنيني وعمقها التنزيلي.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

أولا: تهدف الدراسة إلى بيان تأثر قاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية.

ثانيا: بيان أهمية قاعدة مراعاة الخلاف في الاجتهاد التنزيلي للصياغة القانونية.

ثالثا: أثر القاعدة في توسيع دائرة الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية.

مشكلة الدراسة:

الصياغة القانونية في قانون الأحوال الشخصية من القضايا الأساسية في التكوين الأسري واستمراريته، ولذا تعترض ذلك الكثير من التحديات سواء من التقنيات المعاصرة الوضعية أو الطروحات الدولية أو الخلافات الفقهية لدى المذاهب الفقهية في الصياغة القانونية، ما هو تأثير قاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية؟ تثير الدراسة بين يدي الموضوع الأسئلة الآتية:

أولا: هل لقاعدة مراعاة الخلاف أثر في الصياغة القانونية في قانون الأحوال الشخصية.

ثانيا: ما تأثير قاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية في مراعاة البعد التنزيلي لقانون الأحوال الشخصية.

ثالثا: كيف أثرت قاعدة مراعاة الخلاف في توسيع دائرة الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية.

الدراسات السابقة:

يجد الباحث أن هذا الموضوع عليه الكثير من التأشيرات، والدراسة لدى الباحثين، ولكنها لم تتناول اثر القاعدة في الصياغة القانونية في قانون الأحوال الشخصية.

منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في الدراسة على المنهج التحليلي تحليل الآراء في القاعدة والاستنتاجات وبيان تأثيرها في الصياغة القانونية في قانون الأحوال الشخصية.

خطة الدراسة:

تناولت الدراسة موضوع **"تأثر الصياغة القانونية للأحوال الشخصية بقاعدة مراعاة الخلاف "**كالآتي:

المقدمة.

المبحث الأول: التعريف بالصياغـــــة القانونية ومراعاة الخلاف.

المطلب الأول: التعريف الصياغة القانونية.

المطلب الثاني: التعريف بمراعاة الخلاف.

المطلب الثالث: أدلة قاعدة مراعاة الخلاف وشروط العمل به.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في الأحوال الشخصية.

خاتمة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الصياغة القانونية وقاعدة مراعاة الخلاف.

الصياغة القانونية في واقعنا المعاصر تتخذ طابعًا خاصًا في إدارة مختلف مجالات الحياة، حيث تتجسد في صياغة النصوص القانونية على شكل مواد قانونية تحتوي الأحكام التي تنظم التفاعلات المجتمعية. وهذا يستدعي من الفقهاء العمل على إعادة تقنين الفقه الإسلامي في صورة مواد قانونية.

الفقه الإسلامي يستمد أحكامه من قواعد أصول الفقه العامة التي توجه الفقيه في استنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية. وعلى الرغم من أنني لست بصدد الحديث عن الفقه بشكل عام، فإنني سأتناول جزءًا محددًا من أصول الفقه، وهو قاعدة "مراعاة الخلاف" في الفقه المالكي، والتي تعد من القواعد التي اعتمد عليها فقهاء المالكية في استنباط العديد من المسائل في مختلف أبواب الفقه، سواء في العبادات أو المعاملات أو الأحوال الشخصية والعقوبات. تعد القاعدة من القواعد الأصولية المهمة في الصياغة القانونية لقوانين الأحوال الشخصية، وقد تميز المذهب المالكي بهذه القاعدة التي تعكس انفتاحه على قبول دليل الآخر.

المطلب الأول: مفهوم الصياغة القانونية.

تنطلق أهمية القانون بصورة عامة من كونه حاجة أساسية، لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع على نحو ملزم، وتنظيم العلاقات فيما بينهم من جهة، وفيما بينهم وبين السلطة العامة من جهة ثانية، وهو بالإضافة إلى ذلك حاجة لتنظيم العلاقات الدولية.

لا شك أن الصياغة التشريعية تمثل الواجهة المعبرة عن جوهر النص القانوني، فهي التي تحدد مدى نجاح النص أو فشله. وبناءً على جودة هذه الصياغة، يتحدد نصيب النص القانوني من النجاح أو الإخفاق. لذلك، تحرص الدول في العصر الحديث على توفير الأسس اللازمة لضمان صياغة جيدة، انطلاقًا من وعيها بأهمية الصياغة ودورها الكبير في تعزيز فعالية تشريعاتها المختلفة، وسعيها الدائم للارتقاء بمستوى تلك التشريعات[1].

الصياغة القانونية أو الكتابة القانونية هي الإطار الذي يتجسد فيه التشريع، الفقه، أو القضاء. لا يمكن للمشرع تجاهل أهمية هذه الصياغة عند وضع دستور أو قانون، كما لا يمكن للسلطة التنفيذية إغفال الصياغة القانونية فيما تسنه من قوانين بناءً على تفويض دستوري، أو فيما تصدره من أنظمة وقرارات عامة (مثل التعليمات أو المراسيم) ضمن ولايتها القانونية.

يحرص الفقهاء والمشرعون على تقديم آرائهم، سواء كانت نظريات، تفسيرات، انتقادات، أو آراء، بصياغة قانونية متخصصة ودقيقة. وبالمثل، يولي القاضي اهتمامًا كبيرًا لصياغة أحكامه بلغة قانونية واضحة وسليمة. فالصياغة القانونية هي الأداة التي يستخدمها المشرع، الفقيه، القاضي، أو المحامي لإيصال أفكاره بوضوح ودقة إلى المتلقي، وتفترض أن تكون خالية من الغموض ومراعية لقواعد اللغة العربية، مع تجنب استخدام الكلمات القديمة أو غير المتداولة.

وأي خلل أو غموض في الصياغة قد يؤدي إلى ارتباك في القواعد القانونية أو الآراء الفقهية أو الأحكام القضائية، ولذلك يجب على المشرعين والفقهاء والقضاة أن يحرصوا على أن تكون الصياغة القانونية واضحة، دقيقة، ومحكمة.

يتولى الصياغة القانونية خبير متمرس في لغة القانون، مما يجعل نصوص القوانين تعبر بدقة عن مكانة الدولة وهيبتها. ومن الضروري أن تكون القوانين مصوغة بطريقة سلسة وواضحة، بحيث يفهمها المخاطب بها دون الحاجة إلى الرجوع إلى قاموس لغوي.

صياغة القوانين، الأحكام القضائية، آراء الفقهاء، ومذكرات المحامين يجب أن تمثل هذه الأطراف تمثيلًا لائقًا، وتعزز من مكانتهم، وتوصل رسائلهم بسهولة إلى المخاطبين بها.

هذا الكتاب هو دليل إرشادي للصياغة القانونية المثلى، حيث يقدم نماذج من نصوص التشريعات وآراء الفقهاء وأحكام القضاة ومذكرات المحامين. كما يسلط الضوء على العيوب والأخطاء التي قد تشوب القوانين والآراء الفقهية والأحكام القضائية، بهدف الوصول إلى صياغة قانونية سليمة.

تأتي أهمية هذا المؤلف في سد الفجوة في مكتبة العلوم القانونية، ويؤكد أن الصياغة القانونية ليست أمرًا معقدًا أو صعبًا للغاية، بل هي أسلوب لغوي متخصص يمكن إتقانه من خلال التعلم والممارسة. المحترفون في هذا المجال يستطيعون التمييز بين لغة القانون ولغات أخرى مثل الأدب، من خلال إتقان اللغة القانونية وتطوير القدرة على الصياغة القانونية السليمة.[2].

مما تقدم يمكن أن نعرف الصياغة القانونية على أنها: أسس الكتابة التقنينية التي يلزم منها مراعاة شكل بناء الجملة نظما ومعنى بتحقيق المراد منها.

المطلب الثاني: مفهوم قاعدة مراعاة الخلاف لغة واصطلاحا.

تعد قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد المؤثرة في الصياغة القانونية بصورة عامة في قانون الأحوال الشخصية، قبل الحديث عن ذلك لا بد من التعريف بها:

أولا: تعريف المراعاة على أنها مَصْدَرُ رَعَى يَرْعَى رَعْياً[3]، ومنها: ملاحظه وراقبه، يُقَال رَاعى الْأَمر اذا راقب مصيره، وَنظر فِي عواقبه وَحفظه وَأبقى عَلَيْهِ ورعى مَعَه[4]، أي يحفظه[5].

ثانيا: تعريف الخلاف لغة:

مصدر مأخوذ من خالف يخالف خلافا ومخالفة، مُضادّة،[6]، ومنه قوله تعالى:{وَمَا أُرِيدُ أَنْ أُخَالِفَكُمْ إِلَى مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ}[7]

ثالثا: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف اصطلاحا، تعرف قاعدة مراعاة الخلاف حسب وجهة المالكية، كونهم هم من ابتكر هذا المصطلح على دلالته والتي تخالف فيه تعريف غيرهم من العلماء، قالوا:" إعمالُ دليل في لازِمِ مدلولِه الذي أُعمِلَ في نقيضِه دليلٌ آخر"[8].

المطلب الثالث: أدلة قاعدة مراعاة الخلاف وشروط العمل به.

تعد قاعدة مراعاة الخلاف ذات تأثير كبير في الصياغة القانونية عند المالكية، حيث اعتمدوا على أدلة تبرر مشروعية العمل بها. كما تخضع هذه القاعدة لشروط تضبط تطبيقها وتدعم مشروعيتها، مما يوجه المجتهد في اجتهاده بناءً عليها. ويتميز النهج المالكي في الصياغة القانونية بإعمال دليل المعارض.

الفرع الأول: أدلة العمل بقاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية.

أدلة على مراعاة الخلاف عند المذاهب المالكي، إذا كان دليل المخالف قويا، ومن هذه الأدلة[9]:

1. تعامل النبي -صلى الله عليه وسلّم- قصة مع الأعرابي الذي بال في المسجد"[10].

وجه الدلالة: رغم أن هذا الرأي قد يكون مرجوحًا، إلا أنه يصبح راجحًا عند مقارنته بإبقاء الوضع على حاله كما وقع، حيث يُفضل ذلك على تغييره إذا كان التغيير سيسبب ضررًا أكبر على الفاعل من الضرر الذي يقتضيه النهي. وبذلك، يُفهم أن دليل النهي كان أقوى قبل وقوع الفعل، لكن دليل الجواز يصبح أقوى بعد وقوعه بسبب القرائن التي ترجح الإبقاء على الوضع الحالي[11].

2. حديث المرأة التي تتزوج دون إذن وليها، استنادًا إلى قول النبي ﷺ: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل"، ثم أضاف: "فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل منها"[12]، يشير إلى أن هناك تصحيحًا جزئيًا لما نُهي عنه، إذ يثبت لها المهر لقاء الاستمتاع. وبذلك، تُعتبر بعض آثار النكاح قائمة، مثل ثبوت الميراث وتحقق النسب للولد. في الحالات التي يكون فيها النكاح محل خلاف فقهي، قد يُراعى هذا الخلاف، فلا يتم التفريق بين الزوجين بعد الدخول، مراعاةً لما يصاحب الدخول من أمور ترجح الإبقاء على العلاقة الزوجية[13].

3. **قضاء النبي صلى الله عليه و سلم في ابن وليدة زمعة**، اصل في رعي الخلاف قوله عليه الصلاة و السلام: هو لك يا عبد بن زمعة فألحقه بأبيه زمعة، وقال عليه الصلاة و السلام : الولد للفراش وللعاهر الحجر. وقال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه؛»[14]، فكان حكما بين حكمين.

وجه الاستدلال: راعى الحكمين إلحاق الولد بزمعة صاحب الفراش، أما مراعاته لحكم الشبه فقد ظهرت في أمره لسودة بنت زمعة بالاحتجاب منه.[15].

4. **الاستحسان**، وهو الأخذ بأقوى الدليلين، وهو عدول المجتهد عن الحكم في مسألة بمثل الحكم فيما يناظرها لوجه اقتضي العدول[16]، وهذا مراعاة للخلاف

الفرع الثاني: شروط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

لقد اشترط المالكية للعمل بمراعاة الخلاف كأصل من الأصول الاجتهاد في المذهب المالكي، لا بد من تحققها حتى يعتد القول[17]:

أولا: مراعاة الخلاف لا تكون لأي خلاف وإنما يراعى المشهور المعتبر فقط،[18]، وضابط مراعاة الخلاف في المذاهب المالكي، إذا كان القول قوي الدليل راعاه الإمام،[19]،

إذا حتى يكون الخلاف الذي يعمل فيه بقاعدة مراعاة الخلاف أن يكون القول قوى الدليل، فلا يعمل بضعيف المدرك مثل من تزوج بخامسة لأنها محرمة من أصلها.

ثانيا : ألا يؤدي مراعاة الخلاف إلى صورة تخالف الإجماع، وإلا فإنها تصبح محرمة. مثال على ذلك، شخص يتزوج دون وجود ولي أو شهود ومهر أقل من ربع درهم، معتمدًا على رأي أبي حنيفة بعدم اشتراط الولي، وعلى رأي مالك بعدم اشتراط الشهود، وعلى رأي الشافعي في قبول مهر أقل من ربع درهم. لو عُرض هذا الزواج على أي من الأئمة الثلاثة، لما أقره أي منهم، سواء كان حنفيًا أو مالكيًا أو شافعيًا، لأنه لا يتفق تمامًا مع مذهب أي منهم بشكل كامل[20].

ثالثا :على المراعي للخلاف ألا يتخلى عن مذهبه بشكل كامل؛ لأن ترك المجتهد أو الناظر لقوله ودليله بشكل كامل لا يُعد مراعاة للخلاف، بل هو تقليد لقول الغير بعد الاجتهاد والنظر. وقد اتفق غالبية العلماء على المنع[21].

رابعا :يجب أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنًا. فإن لم يكن ذلك ممكنًا، فلا يجوز التخلي عن القول الراجح وفق معتقد المجتهد لمجرد مراعاة القول المرجوح؛ لأن الجمع بين المتناقضين لا يمكن.[22].

خامسا: قيام الشبهة: إذا كان هناك يقين بصحة الحكم وفهم طريقة استخراجه من دليله، فإن اللجوء إلى قول المخالف مراعاةً له يصبح غير مبرر. ذلك أن عبادة الله وفقًا للاجتهاد التام أفضل من عبادته بناءً على الاحتياط العام، لأن الأول يعتمد على اليقين، بينما الثاني يقوم على التفويض المطلق.

وهنا يجب أن نفهم أن هذا السياق ينطبق فقط على الحالة قبل وقوع الفعل. ومع ذلك، توجد حالة مستثناة من هذا العموم، وهي التورع في التروك؛ حيث لا يُشترط قيام الشبهة ولا يُطلب دليل عليها، لأن التورع لا يتوقف على إثبات الشبهة[23].

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في الأحوال الشخصية.

تناول المالكية بعض المسائل في الأحوال الشخصية على قاعدة مراعاة الخلاف، لما في ذلك النفع العام وصيانة الأسرة، والأخذ بالأحوط، وبذلك تتسع دائرة الاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية، تحقيقا للمصلحة العامة في مراعاة الخلاف، ومن هذه المسائل:

المسألة الأولى: إعمال النظر المصلحي في مراعاة الخلاف المختلف فيها.

تجلي براعة المالكية بالصياغة القانونية في إعمال النظر المصلحي في مراعاة الخلاف؛ يظهر ذلك في تقريرهم لبعض الأنكحة المختلف فيها إذا عثِر عليها بعد الدخول؛ أما لو تم اكتشاف الأمر قبل الدخول، لما تم إقرار العقد؛ لأن عدم الإقرار بعد الدخول والبناء يتسبب في ضرر كبير، مما يستدعي إعادة النظر فيه بطريقة مختلفة تأخذ هذا الضرر بعين الاعتبار. لهذا السبب، ذهب المالكية إلى إقرار مثل هذه العقود بعد الدخول حفاظًا على المصالح ودفعًا للضرر[24].

المسألة الثانية: أثر مراعاة الخلاف في الصياغة القانونية لزواج المريض مرض الموت.

في حالة نكاح المريض، نظر المالكية إلى الاختلاف الفقهي حوله واعتبروه شبهة تستوجب الصداق إذا وقع المسيس، كما ألحقوا الولد بهذا الزواج. ومع ذلك، احتاطوا بإيقاع الطلاق في فسخه، نظرًا لعدم وجود ضرر يلحق الزوجين، مع مراعاة الاحتمالات الناشئة عن الخلاف الفقهي. كان منهج الإمام يميل دائمًا إلى الاحتياط الذي لا يغير من جوهر الأحكام، وهذا يعكس حرصه على تجنب الشبهات.

ويُطرح السؤال: هل تعتبر أحكام النكاح الفاسد مماثلة لأحكام النكاح الصحيح؟ فإن قلت: لا، قيل لك إذًا: أوجب الحد، وأنكر النسب، وأبطل الصداق. وإذا رفضت ذلك، قيل لك: كيف تفسخ النكاح، وتعتبر المرأة غير زوجة ولا يلحقها طلاق، ثم توجب الصداق، وتلحق النسب،

وتسقط الحد؟ وهذه ثلاثة أحكام من أحكام النكاح الصحيح. فلا تستبعد وقوع الطلاق احتياطًا في مثل هذه الحالات[25].

المسألة الثالثة: اثر قاعدة مراعاة الخلاف في أحكام زواج الشغار.

زواج الشِّغار: هو أن يشاغر الرجلُ الرجلَ وهو يزوّجه كريمَته على أن يزوجه الآخر كريمته ولا مهرَ[26].

قال ابن عرفة عند سؤاله عن مراعاة الخلاف في نكاح الشغار: فأجبت بقولي أن تصور مراعاة الخلاف يسبق إصدار الحكم عليه بشكل عام. فمراعاة الخلاف تعني استخدام دليل الخصم في لازم مدلوله، في حين أن دليلاً آخر قد استُخدم في نقيض هذا المدلول. مثلًا، قام الإمام مالك بإعمال دليل خصمه القائل بعدم فسخ زواج الشغار في لازمه، الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين، بينما استُخدم دليل آخر في نقيض ذلك المدلول، أي الفسخ.

وبناءً على هذا التصور، يكون الجواب على السؤال الأول أن نقول: الدليل يعتبر حجة في مواضع معينة دون غيرها. وعند سؤال ما هو الضابط؟ هو: رجحان دليل المخالف في ثبوت الإرث عند الإمام مالك على دليله الذي ينفي الإرث. وتقييم هذا الرجحان يعتمد على اجتهاد المجتهد في المسألة.

أما القول بأن هذا يقتضي إثبات الملزوم مع نفي لازمه، وهو ما يعتبر باطلًا بالضرورة، فجوابه يأتي من وجهين:

- أولًا، في بعض المسائل لا ينطبق هذا القول، ومنها هذه المسألة وما يشابهها؛ لأننا هنا في إطار نفي الملزوم، وهو صحة النكاح التي تلزم بالإرث، وهذا هو قول مالك بناءً على دليله.
- ثانيًا، لا يلزم من نفي الملزوم نفي لازمه. كذلك، إثبات اللازم، أي مراعاة مالك لدليل المخالف في لازم مدلوله وهو الإرث، لا يقتضي بالضرورة إثبات الملزوم نفسه.[27]

المسألة الرابعة: أثر قادة مراعاة الخلاف في الزواج بغير ولي.

الولي هو: من له ولاية التزويج وهو الولي العصبةُ بترتيب الإرث والحرمان[28].

لقد أثرت قاعدة مراعاة الخلاف في الزواج بغير ولي، أشار المالكية إلى أهمية قاعدة مراعاة الخلاف في الصياغة فقالوا: ألا ترى لو أن قاضيا ممن يرى رأي أهل الشرق أجازه قبل أن يدخل بها وفرض عليه صداق مثلها، ثم جاء قاض ممن يرى فسخه ولم يكن دخل بها لم يفسخه لما حكم فيه من رأى خلافه، فلو كان حراما لجاز لمن جاء بعده فسخه، فمن هنالك رأيت الميراث بينهما[29]".

يتبين لنا أن منهج المالكية في مراعاة الخلاف في الصياغة التشريعية يراعي المصالح التي يلاحظها المجتهد في مراعاة الخلاف في مصلحة حفظ الفروج؛ الذي يقتضي ألا تعامل الأحوال الأسرية المختلف في حكمها معاملة العقود الباطلة[30].

خاتمة المقال:

توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

- تُظهر قاعدة مراعاة الخلاف تأثيرًا كبيرًا في صياغة قوانين الأحوال الشخصية، حيث تساهم في تحقيق النفع العام وصيانة الأسرة من خلال الأخذ بالأحوط. وهذا يؤدي إلى توسيع دائرة الاجتهاد في صياغة قانون الأحوال الشخصية، بما يخدم المصلحة العامة.
- تقتضي المنهجية القانونية أن يُراعى البعد التنزيلي للنص القانوني، مع التركيز على المصالح التي يلاحظها المجتهد. وينبغي عدم معاملة المسائل الأسرية المختلف في حكمها على أنها عقود باطلة، بل يجب النظر إليها بمنظور يحقق التوازن والمصلحة.
- تستند مراعاة الخلاف إلى تطبيق دليل المخالف فيما يترتب على مدلوله، حتى وإن كان هناك دليل آخر يعمل في الاتجاه المعاكس، بشرط قوة دليل المخالف.
- يتحدد معيار مراعاة الخلاف في أن يكون دليل المخالف أكثر ترجيحًا عند المجتهد من دليله الخاص فيما يتعلق بلوازم قول المخالف.

التوصيات

توصي الدراسة المشرع عند الصياغة القانونية لقوانين الأحوال الشخصية إعمال قاعدة مراعاة الخلاف في مسائله توسعة على الناس وتحقيقا للعدالة.

هوامش المقال:

(1)خالد جمال، مبادئ الصياغة التشريعية، ص1: https://www.lloc.gov.bh/QTopics/Q04T01.pdf
(2)د.عبد القادر الشيخلي، الصياغة القانونية تشريعا فقها قضاء محاماة: https://daralthaqafa.com/Item.aspx?ItemId=1025.
(3) مُحَمَّد بن مكرم بن على بن منظور، لسان العرب (14/ 325)، ط3 - 1414 هـ، دار صادر- بيروت.
(4) إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط (1/ 356)، مجمع اللغة العربية بالقاهرة.
(5) انظر: الندوة العلمية قسم الشريعة الموسومة: التطور الأصولي في المذهب المالكي وأثره في التشريعات المعاصرة، بتاريخ: 2023/12/20.
(6) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المخصص (3/ 371)، ط1، 1417هـ 1996م، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ابن منظور، لسان العرب (9/ 82).
(7)(88) سورة هود.
(8) المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (1/ 258)، الناشر: دار عبد الله الشنقيطي، دراسة وتحقيق: مُحَمَّد الشيخ مُحَمَّد الأمين، خليل بن إسحاق بن موسى، المصري، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (1/ 14)، ط1، 1429هـ - 2008م.
(9) علي جمعه الرواحنه، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وأثره في فقه الأحوال الشخصية، ص7، ندوة التطور الأصولي في الفقه المالكي.
(10) مُحَمَّد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح (1/ 54)، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة.
(11) الشاطبي، الموافقات (5/ 191).
(12) مُحَمَّد بن عيسى، سنن الترمذي (3/ 400) ط3، 1395هـ- 1975م، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي– مصر، وقال: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ.
(13) الشاطبي، الموافقات (5/ 191).
(14) أبو الوليد بن رشد، المقدمات الممهدات (2/ 41)، ط1، 1408 هـ- 1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
(15) عبد الرحمن السنوسي، مُرَاعَاةُ الخِلافِ في الاجْتِهَادِيَّات، ص(5)ط1، مكتبة الرشد.
(16) حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول (ص: 44)، ط1 1414 هـ- 1994 م، مركز المخطوطات والتراث والوثائق- الكويت.
(17) انظر: الندوة العلمية قسم الشريعة الموسومة: التطور الأصولي في المذهب المالكي وأثره في التشريعات المعاصرة، بتاريخ: 2023/12/20.
(18) مراد بلعاس، مراعاة الخلاف عند المالكية وتطبيقاته في باب المعاملات- دراسة تأصيلية نموذجية، ص(124) مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية (العدد الثالث عشر).
(19) الحجوي الثعالبي، الفكر السامي(1/ 455).
(20) السنوسي، مُرَاعَاةُ الخِلافِ في الاجْتِهَادِيَّات، ص(6).
(21) السنوسي، مُرَاعَاةُ الخِلافِ في الاجْتِهَادِيَّات، ص(6).
(22) السنوسي، مُرَاعَاةُ الخِلافِ في الاجْتِهَادِيَّات، ص(6) .
(23) السنوسي، مُرَاعَاةُ الخِلافِ في الاجْتِهَادِيَّات، ص(6) .
(24) أحمد ولد مُحَمَّد سيدي، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وأثره في فقه العبادات: دراسة لنماذج وتطبيقات، ص (15) أقلام الهند مجلة الكترونية فصلية محكمة.
(25) أبو مُحَمَّد عبد الله بن (أبي زيد) القيرواني، الذب عن مذهب الإمام مالك (1/ 413)، ط1، 1432 هـ - 2011 م، المملكة المغربية - الرابطة المحمدية للعلماء.
(26) مُحَمَّد البركتي، التعريفات الفقهية (ص: 123)، ط1، 1424هـ - 2003م، دار الكتب العلمية.
(27) مُحَمَّد بن عرفة، المختصر الفقهي (4/ 40)، ط1، 1435 هـ - 2014 م.
(28) البركتي، التعريفات الفقهية(ص: 240).
(29) مالك بن أنس، المدونة (2/ 169)، ط1، 1415هـ - 1994م، دار الكتب العلمية.
(30) انظر: الندوة العلمية قسم الشريعة الموسومة: التطور الأصولي في المذهب المالكي وأثره في التشريعات المعاصرة، بتاريخ: 2023/12/20.