

انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال تطبيقه لأصل مراعاة الخلاف

أ/طروب كامل

جامعة الحاج لخضر باتنة

مقدمة

إن من معضلات الفكر الإسلامي المعاصر، هذا البروز الظاهر لخطاب التطرف، والانغلاق النابع أساساً من اعتقاد البعض امتلاكه الحصري للحقيقة، وأن غيره ومن يخالفه ليس على شيء من الحق قل أو أكثر وهذا ما يؤدي بهم إلى اختيار مسالك في التدين، واتجاهات في الفقه، وتوجهات في الحياة تشذ عن المسارات العامة لجمهور الأمة، وتفضي بهم في الختام إلى معاداة المجتمع شعورياً.

ولعل من أؤكد الواجبات المتعينة على أهل الرأي والعلم في الأمة، وبخاصة أهل الفقه منهم، محاربة هذا النمط من التفكير إلى حين القضاء عليه، أو تضيق دائرة مفاسده على الأقل، وذلك لا يكون إلا عبر التركيز على معالجة أصول الداء، وإصلاح الخلل من الجذور.

واعتقد أن من الوسائل الناجعة لاقتلاع نبت التطرف الخبيث من المجتمع، نشر ثقافة التسامح مع الآخر المخالف، والتأصيل العلمي لفقه الاختلاف، وإبراز مظاهر التعددية في تراث المسلمين سلفاً وخلفاً، وفي طبيعته الفقه الإسلامي بمختلف تجلياته ومنها القواعد الأصولية والتشريعية من قبيل "مراعاة الخلاف" التي عمل بها فقهاؤنا الأسلاف من المالكية وغيرهم، وطبقوها في نظرهم الفقهي الاجتهادي، دون أن يتطرق إلى أفهامهم أن من خالفهم في الرأي والاجتهاد وقع في الضلال المبين الذي لا يخالطه هدى أو صواب، وإنما كان شعارهم القول المأثور: "مذهبنا صواب يحتمل الخطأ، ومذهب مخالفنا خطأ يحتمل الصواب".

لقد أقر الشرع الاختلاف الصادر عن أهل الاختصاص والمبني على الحجة والبرهان، وأثاب كل من استفرغ وسعه، وبذل جهده في معرفة الحق ولو بالظن.

وقد تميز المجتهدون بسعة الاطلاع والموضوعية واحترام رأي الغير فكل واحد منهم مطلع على مذهب غيره، عالم بأدلته، فإذا صدر عن المكلف فعل منهي عنه في نظر مجتهد، فإما أن يترتب عليه آثار النهي من فسخ وإبطال، الأمر الذي قد يؤدي إلى مفسدة أعظم من مفسدة المنهي عنه، أو يجد له مخرجا يوافق مقصد الشارع وذلك بإعمال دليل مخالفه إذا كان راجحا، أو بعض ما يقتضيه ذلك الدليل لدرء مفسدة متوقعة، وجلب مصلحة محققة.

ومن هنا نشأ " أصل مراعاة الخلاف " باعتباره أصلا من أصول المذهب المالكي الذي بنيت عليه أحكام كثيرة، ويمكن هذا المذهب من الانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى.

ما أحاول التطرق إليه في هذه الورقة هو التعرف على هذا الأصل المميز من ناحية الضبط والتأصيل ومن ناحية تخريج الفروع، ثم معرفة كيف ساهم هذا الأصل في تمكين المذهب من الانفتاح على المذاهب الإسلامية الأخرى؟ وذلك باتباع الخطة التالية :

المبحث الأول : التعريف بمراعاة الخلاف ، والتمييز بينه وبين الخروج من الخلاف .

المبحث الثاني : حجية مراعاة الخلاف، وشروطها .

المبحث الثالث: مظاهر انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية الأخرى مع نماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على بعض الفروع الفقهية.

تمهيد

لقد اعتنى علماء المذهب المالكي بمراعاة الخلاف اعتناء كبيرا سواء من ناحية التفريع وتخريج الفروع، أو من ناحية الضبط والتأصيل، وما ذلك إلا لأنه من أدلة الإمام مالك رحمه الله التي كان يستدل بها، مع التنبيه إلى أنه كان يعمل به تارة، ويعدل عنه أخرى كما سيأتي معنا عند الحديث عن شروط ذلك، وهذا الأصل مبثوثا في مواطن كثيرة من المدونة في فتاوى الإمام مالك - من رواية ابن القاسم ولا يوجد كبحث مستقل حتى عند المتقدمين في المذهب و أول ما وصلنا هو إشارات من بعض علماء القرن الخامس والسادس الهجري ممن قالوا به كالباجي ، أو أنكروه كابن عبد البر ، والقاضي عياض .

وأول شيء وصلنا مبسوطا هو ما كتبه علماء القرن الثامن والتاسع الهجري ، كابن عرفة في حدوده، والقباب - فيما نقل عنه - والشاطبي في كتابه الموافقات، والاعتصام ، وقد جرت مراسلات بين الشاطبي وبعض علماء عصره ، كابن عرفة ، والقباب وغيرهما انتهى فيها إلى القول بأصل مراعاة الخلاف بعد استشكاله ، ولم يزد من جاءوا بعدهم على النقل عنهم ، والشرح لأقوالهم⁽¹⁾.

المبحث الأول : التعريف بمراعاة الخلاف والتمييز بينه وبين الخروج من الخلاف .

المطلب الأول : في اللغة

ينحل هذا التركيب الإضافي إلى عنصرين هما : المراعاة والخلاف ، ومعالجتها من حيث التركيب شأن اصطلاحى بحث ، وأما في اللغة : فإن المراعاة تعني المناظرة والمراقبة يقال : راعيت فلانا مراعاة ، ورعاء إذا راقبته وتأملت فعله ، ويقال راعيت الأمر أراعيه مراعاة ، إذا نظرت إلى ما يصير، وإلى أي شيء يؤول ، وأصل المراعاة كلمة رعى وهي تدور في الاستعمال اللغوي على معنيين أولهما: المراقبة والحفظ للشيء، وثانيهما الرجوع⁽²⁾.

(1) راجع : إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي ، تحقيق : عبد الله محمد الجبوري ، ط:1 ، (مؤسسة الرسالة) ، ص:577 ، شرح

حدود ابن عرفة للرصاع ، تحقيق : سعد أبو الأحفان ، ط:1 ، (دار الغرب الإسلامي : 1993) ، 263/1 . الموافقات للشاطبي،

ط:1 ، (دار الكتب العلمية 1411-1991) ، 146-109/4 ، والاعتصام ، (دار الفكر) ، 145/2 .

(2) أحمد بن فارس بن زكرياء ، معجم مقاييس اللغة ، (دار الفكر ، 1933-1979) ، 402/2 .

ويطلق بعض الفقهاء على "مراعاة الخلاف" لفظ رعي الخلاف، وهما بمعنى واحد⁽³⁾.

ويظهر أن استعمال الفقهاء لهذا المصطلح لا يتعد كثيرا عن المعنى اللغوي فالأصوليون يقصدون بمراعاة الخلاف مراقبة مذهب المخالف وحفظه، ومن ثم الرجوع إليه عند الحاجة، إعمالا للآزم دليله، مع أنه لم يعمل به أول الأمر.

أما الجزء الثاني لهذا التركيب هو الخلاف- وهو المضاف إليه - معناه ضد الوفاق : تقول تخالف القوم واختلّفوا إذا ذهب كل واحد إلى غير ما ذهب إليه الآخر⁽⁴⁾، والمراد هنا خلاف الفقهاء في أحكام الفروع.

المطلب الثاني : في الاصطلاح

وقد ورد عن فقهاء المالكية جملة من التعاريف الاصطلاحية لمراعاة الخلاف؛ منها تعريف ابن عرفة حيث عرفها بقوله: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعمل في نقيضه دليل آخر"⁽⁵⁾.

كما عرفها القبا بمالكية بقوله: "وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الأدليلين حكمه"⁽⁶⁾.

إذاً مراعاة الخلاف هو: إعمال الأدليل المخالف، أو إعادة النظر فيهما مع إبقاء على حجتيه، عند عدم وجود الدليل في المذهب أو ضعفه فيمقا بلقوة دليل المذهب الأخر.

وأما الشاطبي فقد قال:

فإن قيل ما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي؟ فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف، وإعطاء كل واحد منهما -أي الدليلين- ما يقتضيها الآخر أو بعضها ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف⁽⁷⁾.

يتضح من خلال هذه التعاريف ما يلي:

- أن إعمال قاعدة مراعاة الخلاف لا تتمكن إلا فيما كان من مسائل الخلاف.

(3) راجع ابن عرفة في حدوده إذ يقول: باب في رعي الخلاف، شرح حدود ابن عرفة، (مرجع سابق)، 263/1.

(4) الفيومي، المصباح المنير، ط: 2، (مصر: المطبعة الأميرية)، 179/1.

(5) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (مرجع سابق)، 263/1.

(6) الونشريسي، المعيار المعرب، 388/6، نقلا عن المكتبة الوقفية، موقع waqfeya.com تاريخ الزيارة، 2014/06/10.

(7) الشاطبي، الاعتصام، (مرجع سابق)، 146/2. لقد استفسر أبو إسحاق الشاطبي الشيخ المالكي ابن القباب في مراسلة ذاتعة الصيت بينهما عن مراعاة الخلاف، وقد عرفه ابن القباب بالتعريف المذكور في الأعلى. راجع نص المكتبة في الاعتصام للشاطبي، 390/1.

- أن العمل بها بقدر ما يفيد الاعتداد بالرأي المخالف لمسوغ ما، بقدر ما تفيد التقليل من غلواء وحدة الخلاف إذا اشتدت قوته، إذ ليس القصد مراعاة صور الخلاف.

- تقرير قاعدة مراعاة الخلاف فيها معنى وفكرة التقريب تأصيلاً وتفريعاً.

- بعدها التوفيقى للتقريب بين المذهب المالكي وغيره من المذاهب، واتحاد المقصد بين المذاهب وان اختلفت في الفروع.

المطلب الثالث : الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

مراعاة الخلاف لم تحظ بشهرة واسعة كما حظيت به قاعدة الخروج من الخلاف .

ولقد انفرد المذهب المالكي بذكرها على خلاف بعض فقهاءهفهيها ، إذ صرح بعض المحققين منهم كابن عبد البر ، والقاضي عياض بردها بعد أن استشكلوا أمرها .

وهاتان القاعدتان بينهما أوجه تداخل، وأوجه تمايز ، فأوجه التداخل تتميز في أن كلا القاعدتين هي قول بموجب دليلين متباينين ، إذا فمراعاة الخلاف ، والخروج منه مصطلحان متقاربان من حيث الانتماء ، والمجال العام ، لكنهما مختلفان اختلافاً جوهرياً من وجوه عدة يمكن إجمالها في الآتي :

1- الخروج من الخلاف فعل ابتدائي يختاره المجتهد من أول نظره في النازلة، فيختار حكماً ما، وغالباً ما يكون حكماً وسطاً، اعتباراً للدليل المخالف، أما المراعاة فهي فعل نهائي لا تكون إلا بعد نزول الواقعة، وقد يكون المجتهد غافلاً عن دليل المخالف في وقت النظر، ثم يستحضره بعدئذ⁽⁸⁾.

2- مراعاة الخلاف إعمال لازم لدليل الخصم بعد الوقوع من غير إنشاء حكم جديد، فكأنها انتقال وتحول لا غير، وأما الخروج من الخلاف فهو إنشاء حكم جديد هو وسط بين ما أفاده الدليل الراجح عند المجتهد، وما أفاده دليل الخصم كالحكم بالكراهة توسطاً بين الدليل المفيد للإباحة، ومعارضه المفيد للتحريم.

3- المقصد من كلا النوعين مختلف في الغالب، فالخروج من الخلاف مبتناه على الورع، واتقاء الشبهات، وأما المراعاة فغالبها يكون لرفع الحرج، والتخفيف عن المكلفين، وتوسيع ما ضاق عليهم من الأمور؛ وفقاً بهم، وإصلاحاً لأحوالهم.

⁽⁸⁾ الرضاع ، شرح حدود ابن عرفة ، (مرجع سابق) ، 178/1.

إذا تحرر هذا واتضح علمنا أن الفريق القائل بالمنع من المراعاة ابتداء إنما يقصد على التعيين الخروج من الخلاف، ومن قال بجوازه ابتداء وانتهاء كان ممن يجوز الخروج من الخلاف ومراعاته على حد سواء، أو لعله ممن لا يرى فرقا كبيرا بينهما، وهو مسلك الكثيرين من أهل الأصول والفقه حتى إن بعضهم جمع بينهما في لفظ واحد فقال: "مراعاة الخروج من الخلاف".

ومما ينبغي تجليله في هذا الموطن أن المالكية لهم نوع اختصاص بمراعاة الخلاف على المعنى المبين قريبا، ولم يمل هذه الدعوى التعصب ولا الانتصار بالباطل للمذهب من غير بينة أو دليل، وإنما هي نسبة للأمر إلى أصحابها، بالاستناد إلى الإثباتات الشاهدة من أصول القوم وفروعهم.

ولا يحتج محتج علينا بأمثلة للخروج من الخلاف، سيأتي طرف منها، فيزعم على ضوءها أن الفقهاء المتبوعين بلا استثناء قائلون بمراعاة الخلاف بإطلاق⁽⁹⁾، من غير أن يقيد ذلك بابتداء أو انتهاء، قد علمت البون الشاسع بين الضريين⁽¹⁰⁾.

المبحث الثاني : حجية مراعاة الخلاف، وشروطها.

المطلب الأول : حجية مراعاة الخلاف

⁽⁹⁾ والجماهير من العلماء على التسوية بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف، لكنها تسوية لفظية؛ لأن الخروج من الخلاف هي مراعاة له، لهذا فإن هؤلاء العلماء حينما يتكلمون عن مراعاة الخلاف، فإنما يقصدون الخروج من الخلاف، والعكس صحيح. أما الفقهاء المالكية فهم يفرقون بينهما، فالخروج من الخلاف عندهم قاعدة مستقلة، ومراعاة الخلاف قاعدة أخرى، فينبغي الانتباه إلى اختلاف استعمال المالكية للمصطلحين: (الخروج من الخلاف، ومراعاة الخلاف) عن استعمال غير المالكية. فالمقصود بقول العلماء: (الخروج من الخلاف مستحب)، فعل الشيء أو تركه بحسب الفرع الفقهي بما لا يوقعه في حرام أو مكروه على كلا المذهبين المختلفين، بحيث إذا عرض الخارج من الخلاف ما فعل على الفقيهين المختلفين أفتيا بأن لا حرج في الفعل، ولا يتوقع عقاب، ومثاله التوضؤ من مس الفرج عند من لا يوجبه خروجاً من خلاف من أوجبه.، نقلا عن: المعيار المعرب للونشريسي، (مرجع سابق) 367/6.

⁽¹⁰⁾ مختاريقوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، لسنة 1419-1420، 1999-2000، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد: باكستان، ص: 53-54-55.

اختلف العلماء في حجية مراعاة الخلاف إلى رأيين هما :

المطلب الأول: أدلة القائلين بمراعاة الخلاف

استدل المالكية على قاعدة مراعاة الخلاف بنصوص عديدة من الكتاب والسنة، والمعقول.

من الكتاب :

من ذلك قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْلُوا شَعَائِرَ اللَّهِ هِيَ الشُّهُورُ الْحُرَامُ لَا يَسْبِغُ فِيهَا ذِكْرُ اللَّهِ وَلَا يَسْبِغُ فِيهَا ذِكْرُ رِجَالِهِمْ وَأَسْبِغُوا فِيهَا أَنْفُسَكُمْ إِنَّهَا كَانَ لَكُمْ حُرَامًا إِذْ بُدِئَ فَكُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ وَكُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (11) فالله تعالى سببنا لنهيننا استحلنا لاشركينا لآمين البيت الحرام، هو ابتغ

أو همفضلا لله ورضوا عنهم ككفرهم بسببها فهو تعالى الذي لا تصح مع عبادة، ولا يقبل معه

عمل، وهذا فيه نوع من الاعتبار والمراعاة لزعمة الباطل إنما هي عبادة لله تعالى،

فيكفلا يراعيه خلافاً لعبادته المسلم، وتستبعد عبادتها الواقعة علمو جهد ليل شرعياً يقطع بخطئه فيه، وإن كان يظن ذلك كظننا (12).

من السنة :

1- عن عائشة -رضي الله عنها- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها" (13)

واضح أن النبي ليس عليه أن يراعي خلاف غيره؛ لنبوته وعصمته وتأيدته بالوحي النصي من ربه، لكن في هذا الحديث تنبيهها على صورة مراعاة الخلاف كما يطبقها الفقهاء، وتبيان ذلك أن صدر الحديث نص بطلان الزواج الفاقد لركن الولي، فكان لازم البطلان أن لا تثبت بمثل هذا الزواج حقوق لا مهر ولا غيره، غير أن نهاية الحديث أوضحت أن هذا الزواج بهذه الصفة لو وقع، فإن الزوجة تستحق المهر، ويعني هذا مراعاة حالة منهي عنها بعد الوقوع، قال الشاطبي: "وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث، ويثبت النسب للولد" (14).

(11) المائة: 2.

(12) الوشيري، المعيار المعرب، (مرجع سابق)، 395/6.

(13) رواه الترمذي بزيادة فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ط: 1، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، 103/5.

(14) الموافقات، (مرجع سابق)، 191/5.

"⁽¹⁵⁾2- قوله عليه السلام: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ، وَاحْتَجَّي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ.

فالحديث قرر حكما شرعيا هو إلغاء حكم نكاح الزنا في الإلحاق، وعدم اعتباره في النسب، بل المعتبر الفرش، ثم أضاف حكما فيه نوع اعتبار له، وهو أمر سودة بالاحتجاب من عتبة، وذلك أن رَسُولَ اللَّهِ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لما رأى الشبهة بعتبة علم أنه من مائه، فأجراه في التَّحْرِيمِ مجرى النسب، فأمرها بالاحتجاب منه⁽¹⁶⁾.

وأمر النبي، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لها بالاحتجاب منه فيه شبه بإعمال المالكية للالزام الدليل المعارض؛ إذ الاحتجاب لازم للحكم المقابل، وهو عدم أخوة الغلام لسودة بنت زمعة، ولهذا قال ابن دقيق العيد: "... لو كان الولد ابن زمعة في علم الله، عز وجل، لما أمر سودة بالاحتجاب منه، كما لم يأمرها بالاحتجاب من سائر إخوانها عبد وغيره"⁽¹⁷⁾.

وحمل هذا الأمر النبوي على قاعدة إعمال الدليلين أقرب من التأويلات التي تكلفها الشراح لهذا الحديث، من أجل ذلك اختار ابن القيم هذا الحمل وأثنى عليه فقال: "وأما أمره سودة بالاحتجاب منه، فإما أن يكون على طريق الاحتياط والورع لمكان الشبهة التي أورتها الشبهة البين بعتبة، وإما أن يكون مراعاة للشبهين، وإعمالا للدليلين، فإن الفرش دليل لحوق النسب، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه، فأعمل أمر الفرش بالنسبة إلى المدعي لقوته، وأعمل الشبه بعتبة بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة، وهذا من أحسن الأحكام وأبينها وأوضحها"⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، وورد في كتاب الفرائض، كتاب البيوع، وكتاب الوصية، وغيرها بألفظ متقاربة، (بيروت: دار الفكر)، 2499/6.

⁽¹⁶⁾ كشف المشكل من حديث الصحيحين (291/4). وانظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (مصر: مطبعة البابي الحلبي، 1378-1958)، (61/2).

⁽¹⁷⁾ شرح الأربعين النووية، ط: 6، (مؤسسة الريان: 1424-2003)، ص: 45.

⁽¹⁸⁾ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط: 3 (مؤسسة الرسالة: 1418-1998)، 371/5.

من المعقول :

إن النتائج التي يتوصل إليها الفقيه في بحثه الفقهي نظرا وتنزيلا سواء أكانت حظرا، أم إيجابا، أم إباحة، أم كراهة، أم استحبابا... لا يمكن وصفها البتة بالقطعية، ولا بأنها الحق المتعين الذي لا يتطرق إليه الشك من بين يديه، ولا من خلفه؛ بمعنى أن الفقه لا ينتج اليقين بالنظر إلى أن الأدلة المعتمدة فيه ظنية ثبوتا أو دلالة أو هما معا، وليس ذلك بعيب ينقص من مقدار الأحكام الصادرة وفق هذا المنهج؛ لأن الشرع وجه المكلفين إلى العمل بمقتضى غالب الظنون، وقبل منه الاقتصار على ذلك، ولم يكلفهم البحث عن اليقينيات في كل الأمور؛ لعسرها المفضي إلى تكليف المكلف بما لا يطاق وهو منفي عن شريعة الإسلام.

فالفقيه يبذل وسعه في تتبع الدلائل، وتقليب الأمور على وجوهها، والترجيح بين متعارضها، وحين يصل لحكم معين، يعتقد أنه صواب لاقرانه بأدلة كثيرة داعمة لما ذهب إليه من الرأي، وتقوده إلى الاقتناع بصوابه، لكن هذا الاقتناع لا يدفع بالكلية إمكان الصواب في الرأي المخالف.

وإن ما نقل عن أكابر أهل الفقه من أقوال تؤكد احترام الاختلاف، وفسح الصدر له، والقبول به، وعدم التقليل من شأن صاحبه... لا يفهم إلا في ضوء فكرة "احتمالية النتيجة". ولهذا كان قولهم واضحا في أن الرجحان والقوة ونقيضهما من الضعف والمرجوحية إنما هي أمور نسبية تختلف بحسب المجتهد الناظر في الدلائل⁽¹⁹⁾، قال ابن عرفة: " وثبوت الرجحان ونفيه بحسب النظر من المجتهد في النازلة"⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني: أدلة المانع من مراعاة الخلاف

وقد عاب مراعاة الخلاف جماعة من العلماء المحققين، منهم أبو عمران الفاسي، وابن عبد البر، والقاضي عياض ولقد استدلوا على رأيهم بأربعة حجج كالتالي :

الحجة الأولى: إن القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي لأن القياس يقتضي أن يسير المجتهد على مقتضى دليله، وقد نقل عن عياض قوله: " القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه

⁽¹⁹⁾ عن مقال بعنوان: المالكية وتأصيل الاعتراف بالخلاف، أحمد غاوش، عن موقع: <http://www.alihyaa.ma> تاريخ الزيارة :

. 2014/06/12

⁽²⁰⁾ شرح حدود ابن عرفة، (مرجع سابق)، ص: 180

الصحيح عنده ، ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه، هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح، وخوف فوات النازلة ؛ فيسوغ له التقليد ، ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة "(21).

كما نقل عن ابن عبد البر قوله : " الخلاف لا يكون حجة في الشريعة " (22).

وأجاب الجمهور بأنه لا مخالفة للقواعد الشرعية في القول بمراعاة الخلاف؛ لأنه لا يتضمن ترك راجح واتباع مرجوح - كما تصورت - ، وإنما يتضمن ترك راجح لما هو أرجح منه، ذلك أنّ الذي كان مرجوحاً قبل وقوع الحادثة ، صار بعده أقوى من الراجح، لما احتفّ به من القرائن التي رجحت جانبه، وصار الذي كان راجحاً قبل الوقوع مرجوحاً بعده، لمعارضته - حينئذ - دليلاً آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، وترك الدليل لما هو أقوى منه هو عين ما تقتضيه القواعد، لا خلافه (23).

الحجة الثانية : إنّ القول بمراعاة الخلاف يؤدي إلى الجمع بين متنافيين ، وإنما يتصور الجمع في منع التنزيه ، لا في منع التحريم ؛ حيث يقتضي كل واحد منهما ضدّ ما يقتضيه الآخر ، وكل ما كان كذلك، فهو باطل، إذن ، فالقول بمراعاة الخلاف باطل (24).

وأجيب : بمنع كون مراعاة الخلاف تؤدي إلى الجمع بين المتنافيين، ولا إلى القول بهما معاً، لانتفاء التعارض بين حالتَي إعمال الدليلين .

وبيان أنّ كل واحد منهما أعمل في حالة غير الحالة التي أعمل فيها الآخر،" 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 " (25). فتكون - حينئذ - الحالة الأولى فيما قبل الوقوع، والحالة الثانية فيما بعده، وهما مسألتان مختلفتان .

الحجة الثالثة : إنّ رعي الخلاف غير مطرد في كل مسألة خلاف ، ولو كان حجة لعمّ جميع المسائل المختلف فيها، لكنه لم يعم، إذن فهو ليس بحجة .

(21) راجع: الاعتصام للشاطبي ، (مرجع سابق)، 146/2 ، وفتاوى عليش، ط: 2، (بيروت: دار صادر ، 1403-1983 ، 81/1.

(22) راجع : الموافقات للشاطبي ، (مرجع سابق)، 109/4 .

(23) راجع المعيار المعرب للونشريسي ، (مرجع سابق)، 379/6 .

(24) راجع المعيار المعرب للونشريسي ، (مرجع سابق)، 390/6 .

(25) الشاطبي ، الموافقات ، (مرجع سابق)، 109/4 .

وبيان ذلك ؛ أنّ تخصيص رعي الخلاف ببعض مسائل الخلاف دون بعض تحكّم ، أو ترجيح بدون مرجح ، وهو باطل.

وأجاب ابن عرفة بأنه لا تحكّم في كون رعي الخلاف حجة في بعض المسائل دون بعض؛ لأن له ضابط يحكمه ، وميزانا يوجب تخصيصه ببعض المواضع، ومناطا متى تحقق ثبتت حجيته .

هذا الضابط هو: رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله هو : في لازم مدلول دليل المخالف، وثبوت الرجحان ونفيه ، إنما يكون بحسب نظر المجتهد في النوازل في ضوء القواعد الشرعية العامة ومقاصد الشريعة⁽²⁶⁾ .
الحجة الرابعة : إن الخلاف الذي جعل علة الحكم متأخر عن تقرير الحكم ، والحكم لا يجوز أن يتقدم على علته.

وبيانه: أن الحكم يستخرج من الأدلة الشرعية، والخلاف إنما ينشأ بعد توصل المجتهدين إلى نتائج مختلفة ، نتيجة لنظرهم في أدلة الشرع ، فكيف يكون الخلاف متقدما على علته وهو الحكم ؟ هذا لا يجوز .

وأجاب أبو الوليد الباجي بأنّ التعليل بالمتأخر غير ممتنع قياسا على الإجماع، فإنّ الحكم يثبت به، وإن حدث في عصرنا .

ولو سلمنا امتناع التعليل بالمتأخر؛ فإن الحكم الناتج عن مراعاة الخلاف لم يكن متقدما على علته، لأن معنى قولنا هذا مختلف فيه أنه يسوغ فيه الاجتهاد .

وقد كان هذا حاله في زمان رسول الله -صلى الله عليه وسلم - فلم يتقدم على علته ، ولم يرتض الشاطبي هذا الجواب فقال : إنّ الإجماع ليس بعلة للحكم ، بل هو أصل له ، فلا يصح قياس الخلاف عليه ، وقوله : إنّ معنى قولنا مختلف فيه أنه يسوغ فيه الاجتهاد ، هو غير الدعوى، لأن الدعوى هي أن الحكم الذي نقره إنما جاء بسبب الخلاف وبني عليه ، وليس فيما قال جواب على المدعي⁽²⁷⁾ .

الرأي الراجح :

⁽²⁶⁾ راجع شرح حدود ابن عرفة ، (مرجع سابق)، ص:266 ، المعيار المعرب للونشريسي ، (مرجع سابق)، 378/6.

⁽²⁷⁾ راجع الموافقات ، (مرجع سابق)، 111/4.

بعد عرض أدلة الفريقين ، يبدو أنّ القول باعتبار مراعاة الخلاف أولى من القول بعدمه، وذلك لقوة أدلة أصحاب الرأي الأول ، وسلامة أغلبها من الاعتراض ، في حين أنّ أدلة الرأي الثاني لم تسلم من النقد والمعارضة وهو ما ذهب إليه جماعة من المحققين كابن عبد السلام ، وابن عرفة ، والقباب ، والشاطبي⁽²⁸⁾ .

يقول ابن عبد السلام : " والذي تدل عليه مسائل المذهب أن الإمام إنما يراعي من الخلاف ما قوي دليله ، وإذا حقق فليس بمراعاة للخلاف البتة؛ وإنما هو إعطاء واحد من دليلي القولين حكمه مع وجود التعارض .

وقد قال القباب في مراسلة مع الشاطبي :⁽²⁹⁾ " اعلم أنّ مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب .

وكم من عائبقولا صحيحا وآفته من الفهم السقيم

المطلب الثاني : شروط وضوابط العمل بمراعاة الخلاف

يشترط في العمل بمراعاة الخلاف ما يلي :

1- أن يكون فيما اختلف في حرمة أو فساده ، وأما فيما اتفق عليه فلا⁽³⁰⁾ .

2- أن يكون الخلاف قويا، لا شاذا أو شديد الضعف؛ كتحرّم الظاهرية للصوم في السفر في رمضان ، وتقرير

بعضهم لمشروعية الزواج بأكثر من أربع⁽³¹⁾؛ تفسيراً لقوله تعالى "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى

وثلاث ورباع"، وقصر بعضهم تحريم الربا على ما كان أضعافا مضاعفة ، دون الربا اليسير أو تجويزهم لربا

الاستهلاك دون ربا الإنتاج ، فلا شك أن هذا النوع من الخلاف لا ينبغي مراعاته ، وإذا حكم به حاكم يجب

نقضه⁽³²⁾ .

⁽²⁸⁾ راجع: فتاوى عليش ، (مرجع سابق)، 82/1.

⁽²⁹⁾ راجع: المعيار للونشريسي، (مرجع سابق)، 388/6.

⁽³⁰⁾ ابن عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة ، ط: 1 ، (دار الكتب العلمية: بيروت لبنان ، 1418-1998) ، 269/1 .

⁽³¹⁾ ذهب بعضهم إلى أنّ الآية تبيح الزواج بتسع ، وذهب آخرون إلى إباحة الزواج بثمانية عشر ، وقد نسب كثيرون ومنهم ابن حزم هذا القول إلى الرافضة ، ونسب القرطبي هذا القول إلى داود الظاهري وأصحابه ، ورأى أن الآية في حد ذاتها تفيد إباحة الزواج بأكثر من أربع ، لكن السنة قيدت المقصود من هذه الآية بالأربع راجع : المحلى لابن حزم : (441/9)، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي : (17/5)، التحرير والتنوير لان عاشور (225/4).

⁽³²⁾ راجع : قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، ط: 2 ، (بيروت : دار الجيل ، 1400-1980)، 253/1.

3- أن تدعوا الضرورة لذلك، نظرا لما ينشأ عن الاستمرار في مقتضى الحكم الأصلي من حرج كبير وضرر فادح، يؤدي بالمجتهد إلى العدول عن قوله السابق، والأخذ برأي مخالفه لما اتصل به من الأحوال التي ترجح طرفه.

وقد قرر ابن عابدين جواز العمل، والإفتاء بالأقوال الضعيفة في مواطن الضرورة طلبا للتيسير فقال: "وما مرّ من عدم جواز العمل، والإفتاء بالضعيف محمول على غير موضع الضرورة⁽³³⁾."

4- أن لا يترك المراعي للخلاف مذهبه من كل الوجوه، ومثّل له بما إذا تزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه، صحيحا على غيره، ثم طلق ثلاثا، فإن ابن القاسم يلزمه فيه الطلاق، مراعاة لمن يقول بصحته، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فلو تزوجها قبل أن تتزوج غيره، فلم يفرق بينهما عند ابن القاسم؛ لأن التفريق بينهما حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحهما -عند غيره- بناء على صحته أولا، ونكاحها عنده صحيح وعند المخالف فاسد، فلو روعي الخلاف في الحالتين معا، لكان تركا للمذهب من كل الوجوه؛ مرة في القول بتصحيحه بعد الوقوع رعيًا للخلاف، وثانية في القول بفسخه؛ لاعتقاد فساده عند غيره للخلاف كذلك، ومراعاة للخلاف مرتين، تؤدي إلى ترك لمذهب بالكلية، ولا يمكن للمرء ترك مذهبه جملة، مراعاة لمذهب غيره⁽³⁴⁾.

5- أن يتصدّى لهذا من كان له قدم راسخة في علوم الشريعة، وبشكل أدق من بلغ رتبة الاجتهاد.

جاء في رسالة ابن عابدين: "هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية في حق نفسه؟ نعم، إذا كان له رأي، أما إذا كان عاميا فلم أره. ثم علل ذلك؛ بأن صاحب الرأي له من علوم الرواية والدراية ما يجيز له العمل بذلك مخالفا لمذهبه. أما العامي عليه بالتباع المجتهدين فيما صححوا، ولكن في غير موضع الضرورة، كما أشار إلى أنه ليس للمجتهد الإفتاء به، وإنما الإفتاء بما تقرر من الأحكام في المذهب⁽³⁵⁾."

وسئل الإمام الشاطبي نفس السؤال؛ فأجاب: "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنما معناها: مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة. ومراعاة الدليل أو

⁽³³⁾ رسائل ابن عابدين، (50/1)، عن موقع: <http://www.waqfeya.com>، تاريخ الزيارة: 2014/ 06/12.

⁽³⁴⁾ فتاوى عليش، (مرجع سابق)، (84-83/1).

⁽³⁵⁾ رسائل ابن عابدين، (مرجع سابق)، 50/1.

عدم مراعاته ليس إلينا - معشر المقلدين - فحسبنا أقوال العلماء ، والفتوى بالمشهور منها ، وليتنا ننحو - مع ذلك رأساً برأس - لا لنا ولا علينا⁽³⁶⁾ .

تلك هي جملة الشروط والضوابط التي ذكرت لاعتبار هذا الأصل ، وعمدتها : هي ما اختلف أهل الاجتهاد في حرمة اختلافاً قويا يصل بصاحبه إلى حدّ الضرورة .

المبحث الثالث: مظاهر انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية الأخرى مع نماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على بعض الفروع الفقهية

⁽³⁶⁾ فتاوى الشاطبي ، ص: 119 نقلا عن رسالة مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي ، (مرجع سابق)، ص: 122 .

المطالب الأول : مظاهر انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية الأخرى

تمتاز المدرسة المالكية بتنوع أصولها وقواعدها، بل هي في مقدمة المدارس الفقهية من حيث سعة نطاق الاستدلال. إن هذا التنوع والسعة صبغ المدرسة المالكية بخصائص عديدة، أقل ما يقال فيها أنها أكسبتها الثراء والتجدد. ومن تلك الأصول التي انفرد بها الاجتهاد المالكي، واحتلت مساحة معتبرة: إنه أصل "مراعاة الخلاف"، وقد قال عنه أحد منظري الاجتهاد المالكي الإمام الشاطبي: "إنه من محاسن هذا المذهب". هذا الأصل أبعد المدرسة المالكية عن التوقع والانغلاق، بل أضاف لها سمة الواسطية والجنوح إلى أعدل الأقوال وأوفقها، وجعل منها فضاء لتقبل قول الغير ودليله. إن هذا التقبل لا شك أنه من إفرازات القاعدة الروحية السلوكية: التحلية قبل التحلية، فالتحلية تقوم على تنقية النفس وطرح ما بها من نزغات ونزعات وخلفيات وأنانية وحين ذلك تأتي التحلية، وأول مستواها غرس التجرد والموضوعية وينبني على ذلك قبول الفكر الآخر فاحترامه، ثم الرقي إلى درجة اعتباره ثم الوصول إلى حكم متولد من الرأيين معا.

وعليه فأبرز أصوله التي أكسبته المرونة والانفتاح قاعدة مراعاة الخلاف والتي لا تكون إلا في مسائل الخلاف الاجتهادية، والقاعدة تفصح عن منهجها استدلالا لالتنصويحتهم بأدلة ومفاهيم وقواعد شرعية متمدة في المذهب المالكي.

: المرونة في معالجة كثير من القضايا الشائكة والحالات المستعصية والعمل على حل المشاكل الطارئة بفضل مبدأ مراعاة الخلاف الذي اتخذ أصوله الفقهية التي بنى عليها فقهه، يتجلى ذلك في:

- تصحيحه بعض العقود الفاسدة المختلف فيها يعد وقوعها مراعاة لقول المخالف بشرط أن يكون ذلك القول مؤسسا على دليل قوي في نفسه .

- في ترتيب آثار العقود الصحيحة على العقد الفاسد المختلف فيه أيضا. وكمثال على ذلك، الأنكحة الفاسدة المختلف فيها، فإن الفقه المالكي يصحح بعضها بعد الدخول. ويلحقه فيها الولد بالزوج ويوجب فيها التوارث بين الزوجين قبل الفتح ويعتد بالطلاق الواقع فيها. وفي البيوع الفاسدة ينتقل فيها الضمان للمشتري بالقبض وإذا فات المبيع يمضي بالثمن. بينما الفقه الشافعي يرى فسخ البيع الفاسد ولو تداولت الأيدي كما يرى فسخ الأنكحة الفاسدة ولو ولدت الزوجة الأولاد، ويحد الزوجين في بعض الحالات.

ويظهر جلياً أن مراعاة الخلاف فمسلحاً من مسالك الأدلة الشرعية؛ التي تنظر فيها بوضوحها المتطبيقاً جميعاً لأدلة المقررة من القياس والاستحسان وغيرهما، وهذا مقتضى الحكمة في الخلاف فرحة بالعباد، ومواءمة لطبيعة الوقائع، وتماشياً مع الحال والمآل؛ من أجله حقيقة مراد الشارع فموضوع الشريعة، فما لك حينما طلب الخليفة العباسي المنصور منتهت تعليقاً موطأ بالكعبة ليحملنا لئلا نعلمنا فيه،

فقد كان في جوابه معلماً يدل على الاعتداد برأي المخالف في المسائل بل دعواً بأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اختلفوا في الفروع، بافتراقهم في الأوصاف، وكل عند نفسه مصيب (37).

إذا فمراعاة الخلاف معيار توزن به الموازنات بتغير الزمان والمكان والحال، فقد قبلت المالكية اختلافاً لا يخرج المبنى على الدليل ولا الاجتهاد، معتزلة كفرصة لها اعتباراً إيمانية صواباً، وهذا من مقاصد القاعدة.

فمثلاً: مديماً السفر كالملاحة هل يقصر الصلاة أم لا؟ هنا كمن أجاز لها التقصير مطلقاً، وهناك من أوجبها عليها كالحنفية، وأما الحنابلة فقد حرموا عليها التقصير، والأول والخروج من الخلاف احتياطاً وإعمالاً للدليل الصريح لأصله مع الاعتداد بالمصادر والتبعية من الاستحسان وسد الذرائع، ومنع الحيل وغيرها.

والقول بتكرار العمرة في العام الواحد، إذ انظروا حكماً للفقهاء يقع بين الكراهة والإباحة، والأول لتكرار الأنعام والعبادة لا يجب أن تمنع، وبهيكون مقاصد مراعاة الخلاف أن لا يؤدى إلى المنع من العبادة.

تقريرات قاعدة مراعاة الخلاف فيها معنوية فكرة التقريباً أصيلاً وتفريعاً؛ بعدها التوفيقية للتقريب بين المذاهب المالكية وغيرهم المذاهب كشافاً للمقصد بين المذاهب وانما تختلف في الفروع (38).

قاعدة مراعاة الخلاف من أبعادها المقاصدية الكبرى بأهميتها توجيهها لحماية مصلحة المكلفين، وبخنا عن المصلحة مقصود الشا رعاً لتيجاءت الشريعة بحفظها، ورفع الحرج عن المكلفين، وتكريس مبدأ الغيرية في أفعالهم لا آخرواً وتصويهاً جتهادها الفقهاء.

ويمكن الذهاب بعيداً في القول

إن قاعدة مراعاة الخلاف فعند المالكية منهج من مناهج الاجتهاد المعتمد في البحث عن نص صحيح النقل، وصرح بالعقلوا لجمع بينهما، ما،

(37) محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص: 160، عن موقع:

<http://www.madinahnet.com> تاريخ الزيارة: 2014/06/14.

(38) المرجع نفسه، ص: 187.

فيمكننا النظر من منظور فيما وجد من الأثر والنصوص، وتأويلها أحسن تأويل، وترجيحاً لأقربها للحق وتضييق هوة الخلاف فيما لا جتهاد الفقهي .

قال الأستاذ العسري:

وننبه إلى أن نفع عمل المالكي أصل مراعاة الخلاف فائدة علمية وعملية، منها أنهيحاً ولبواسطتها لجمع بين آراء المختلفة، مستفيداً من آراء مخالفيها التي تعتبر ضعيفة عنده، وفي ذلك كما لا يخفى من دعم تقريب الشقة بين المختلفين في المسائل، كما تمكنا في القاعدة في الفائدة العلمية من التقريب بين القواعد الأصولية المعتمدة، والقدرة على الصناعة الفقهية، والبراعة في فهم القواعد الأصولية مع إحكام الربط بين التقريب بين القواعد الفرعية، وبين تلك القواعد والأصول العامة⁽³⁹⁾.

المطلب الثاني : نماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على بعض الفروع الفقهية

بعد معالجة قاعدة مراعاة الخلاف من الناحية النظرية، وذلك بتحديد مفهومها وبيان ضوابطها، أحاول في هذا المطلب بيان بعض النماذج العملية، التي تنطبق على القاعدة مما قال به الفقهاء، وعجت به المصنفات الفقهية في أبوابها المختلفة. وقد اخترت نموذج من كل باب من أبواب الفقه.

مراعاة الخلاف في العبادات

من المسائل التي بنيت على مراعاة الخلاف في مذهب مالك : الماء اليسير إذا دخلت فيه النجاسة اليسيرة ، ولم يتغير أحد أوصافه ، أنه لا يتوضأ به ، بل يتيمم ويتركه، فإن توضأ به وصلى أعاد مادام في الوقت ، ولم يعد بعد الوقت ، وإنما قال " يعيد في الوقت " ولا يعيد بعده ، مراعاة لقول من يقول : إنه ظاهر مطهر ، ويرى جواز الوضوء به ابتداءً، وكان قياس هذا القول ، أن يعيد أبداً ، إذا لم يتوضأ إلا بماء يصح له تركه ، والانتقال عنه إلى التيمم⁽⁴⁰⁾.

مراعاة الخلاف في النكاح

الولي شرط في صحة عقد النكاح عند جمهور الفقهاء ، خلافاً لأبي حنيفة ؛ لقوله -صلى الله عليه وسلم- " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها فالنكاح باطل ويجب فسخه مطلقاً ، ورأى بعضهم أنه موقوف على إجازة الولي ، فإن أجازه أو أذن به جاز وإلا فلا .

⁽³⁹⁾ محمد نصيف العسري ، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك ، ط: 1 ، (القاهرة : دار الحديث ، 2008) ، 504 .

⁽⁴⁰⁾ الشاطبي ، الاعتصام ، (مرجع سابق) ، 145/2 ، راجع أيضاً ، الشرح الكبير للدردير ، (بيروت : دار الفكر) ، 74/1 .

ومقتضى القياس أن يفسخ هذا النكاح أبداً ، بغير طلاق ، ولا توارث بينهما إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، غير أنّ مالكا قال في إحدى الروايتين عن ابن القاسم: يجب فسخ هذا النكاح بطلاق ويلزم فيه الطلاق إذا وقع ، ويثبت فيه الميراث ، وذلك لأن وجه تحريم هذا النكاح لم يكن عنده بالأمر البين ؛ لورود الخلاف في ذلك .

قال ابن القاسم : وأصل هذا أن كل نكاح اختلف في حرمة ، يلزم فيه الطلاق ، وكل نكاح اتفق على حرمة ، يفسخ بغير طلاق ، ولا يلزم فيه طلاق إذا وقع .

حيث استدل على ذلك بما لو وقع ذلك إلى قاض يجيزه فقصى به ، وأنفذه حين أجازة الولي ، ثم أتى قاض آخر ممن لا يجيزه ؛ فحكم بفسخه ، كان مخطئا في قضائه ، فكذلك يلزمه الطلاق فيه . ومعنى كلام ابن القاسم : أنّ ما يلزم فيه عدم رفع حكم الحاكم ، يلزم فيه الطلاق كذلك بجماع رعي الخلاف في كليهما⁽⁴¹⁾ .

مراعاة الخلاف في المعاملات المالية

حكم البيع الفاسد -عند المالكية- إذا وقع أن يفسخ ؛ ويكون الفسخ في المختلف في فساده من الحاكم ، أو من يقوم مقامه ؛ فيرد المبيع لصاحبه ما دام قائما وجوبا، ويحرم انتفاع المشتري به حينئذ ، غير أنه لا يلزم برد ما استغله مع رده للمبيع إلا في حالة ما إذا اشترى موقوفا على غير معين ، واستغله علما بوقفيته فيرد غلته ، لأن الضمان منه فكان الخراج له ، ويرد البائع الثمن ، ولا يرجع المشتري على البائع بالنفقة ؛ لأن من له العلة ، عليه بالنفقة ، فإن أنفق على ما لا غلة له ، رجع بها ، وإن أنفق على ما له غلة لا تفي بالنفقة ، رجع بزائد النفقة .

فإن فات المبيع بيد المشتري ، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب ؛ بالثمن في رواية ، إلا أن يحكم حاكم بعدم الرد ؛ لأن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض ، فكان الثمن المتفق عليه أولى من القيمة ، ومضى المتفق على فساده إذا فات بالقيمة ، إن كان قيميا ، وتعتبر القيمة يوم القبض ، وضمن مثله إن كان مثليا، وإن تعذر وجوده ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد .

وقال مالك في رواية عنه : الحرام البين من الربا وغيره يرد إلى أهله أبداً ، فات أو لم يفت ، وما كان مما كرهه الناس ، فإنه ينقص إن أدرك بعينه، فإن فات ترك⁽⁴²⁾ .

⁽⁴¹⁾ راجع المدونة الكبرى ، (مصر : مطبعة السعادة ، 1323 ،) ، 120/2 .

وإن قصد المشتري بيع ما اشتراه شراء فاسداً الإفاتة ، عومل بنقيض مقصوده، فلا يصح -حينئذ - ولو فات المبيع (43).

وبناء عليه ، يلاحظ أن للمالكية في المسألة حكيمين ؛ حكم بفساد العقد بمقتضى الأصل ، وبوجوب فسخه على النحو المذكور ، وحكم بتصحيح العقد ، وثبوت الملك في حالة الفوات . ولكن هل هذه القاعدة مطردة -عندهم - في جميع البيوع الفاسدة ؟ أم لها تعلق بنوع خاص منها ؟ ذكر ابن جزري أن : " في المذهب تفصيل ، وذلك أن البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام : الأول : ما يمنع لتعلقه بمحذور ، خارج عن باب البيوع ؛ كالبيع والشراء في موضع مغصوب ، فهذا لا يفسخ فات أو لم يفت .

الثاني : ما نهي عنه ، ولم يخل فيه بشرط مشترك في صحة البيوع ؛ كالبيع وقت الجمعة ، وبيع حاضر لباد ، والتلقي ، فاختلف هل يفسخ أم لا ، وقيل : يفسخ إن كانت السلعة قائمة . الثالث : ما أدخل فيه بشرط من شروط الصحة ؛ فيفسخ ، وترد السلعة إن كانت قائمة ، فإن فات ، رد مثلها فيما له مثل ؛ وهو : المكيل والمعدود والموزون ، ورد قيمتها فيما لا مثل له . إذن يتضح من خلال عرضها النص ، أن مراعاة الخلاف إنما تجري في القسم الثاني ؛ الذي نهي عنه ولم يخل فيه بشرط من شروط الصحة ، إذ لها فيه -على رواية حكمان ، حكم بفسخه ما دام المبيع قائماً ، وحكم بتصحيحه ، وإمضائه إن فات ذلك (44).

مراعاة الخلاف في الجنائيات

حكم شرب النبيذ : اختلف الفقهاء في حكم الأشربة المسكرة ؛ فذهب جمهورهم إلى أن : "كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام" (45) ، و"ما أسكر كثيره فقليله حرام" (46) ، وهو مذهب مالك الشافعي ، وأحمد بن حنبل (47) ، وأحد القولين في مذهب أبي حنيفة (48) .

(42) وهو من رواية ابن وهب عن ابن القاسم ، وقريباً منه قال الحنفية : الأصل أن يبيع ما ليس بمال عند أحد ؛ كالخر باطل ، وما كان مالا عند البعض ، كالخمر عند أهل الذمة ففاسد ، (المدونة ، (مرجع سابق)، 188/3 ، راجع تبين الحقائق للزليعي ، ط: 2، القاهرة : دار الكتاب الإسلامي) ، 44/4 .

(43) راجع : المدونة ، (مرجع سابق)، 185/3 ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (بيروت : دار الفكر) ، (115/4-122) .

(44) ابن جزري ، القوانين الفقهية ، (ليبيا : الدار العربية للكتاب) ، ص: 172 .

(45) صحيح مسلم بشرح النووي ، كتاب الأشربة ، باب بيان أن كل مسكر خمر : 172/13 ، عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(46) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : راجع سنن الدارقطني ، كتاب الأشربة ، الحديث رقم : 45 ، 254/4-256

وذهب طائفة من العلماء من أهل الكوفة إلى ما أسكر من غير الشجرتين⁽⁴⁹⁾ -النخيل والعنب - كنبذ الحنطة والشعير ، أو الفاكهة أو العسل ، إنما يحرم منه الجزء المسكر ، وأما القليل الذي لا يسكر فلا ، وهو مذهب أبو حنيفة .

قال صاحب تبيين الحقائق⁽⁵⁰⁾ : " حرمة هذه الأشياء دون حرمة الخمر ، حتى لا يكفر مستحلها ، ولا يجب الحد بشرها حتى يسكر .

وهذه النصوص من هؤلاء الأئمة الأعلام ناطقة باعتبار الخلاف ، إذ أعملوا فيها لازم دليل المخالف دون مدلوله ؛ فقالو بجرمة شرب النبيذ ، ولكن لم يرتبوا عليه إيجاب الحد عند طائفة - كما تقدم - ، ولم يرتبوا عليه جواز تكفير مستحله اتفاقا .

وعند المالكية يحد شاربه في المشهور ، ولو كان حنفيا ؛ لضعف مدرك حله و " قيل لا يحد مراعاة للخلاف⁽⁵¹⁾ .

خاتمة

وجملة الكلام في مقصد مراعاة الخلاف ، أنفيهم محاولة تصويبا لجمعية وترجيحا لجميع ، واعتبار كل دليل على حدة ، وعدم إقصاء أي دليل مراعاة لها بالصواب ، والبحثنا المصلحة التي قصدها الشارع ، والابتعاد عن المفسدة التي نهى عنها الشرع الحكيم ، رفعا للضرر وإبعادا للحرر وتيسيرا على الملوك لفرحمة به .

ويتبين من هذا الدليل براعة المالكية في قبول الاختلاف المبنية على الدليل والاجتهاد ، وعلتميزهم بترك مساحة في مذهبهم لراي المخالف معتبرا ينال كانية صوابا برأيه .

وفي الختام لا بد من الإشارة إلى أن اعتبار مبدأ مراعاة الخلاف هو امتداد لأصل الاستحسان ، لأن المجتهد يراعي دليل مخالفه في لازم مدلوله رفعا للضرر ، ورعاية للمصلحة ، وهما أساسان معتبران شرعا ، وفي ذلك قال الإمام

⁽⁴⁷⁾ راجع : الكافي لابن عبد البر ، ط: 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1407-1987) ، ص: 577 ، المذهب للشيرازي ، ط: 2 ، (مصر :

الباي الحلبي 1379-1959) ، 366/2 .

⁽⁴⁸⁾ الزيلعي ، تبيين الحقائق ، (مرجع سابق) ، 47/6 .

⁽⁴⁹⁾ وهو ما ثبت من قوله -صلى الله عليه وسلم - " الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنب " راجع : مسلم بشرح النووي ، كتاب

الأشربة ، باب بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمرا ، 153/13 ، من رواية أبي هريرة رضي الله عنه .

⁽⁵⁰⁾ الزيلعي ، (مرجع سابق) ، 45/6 .

⁽⁵¹⁾ راجع القوانين الفقهية ، ابن جزري ، ص: 237 .

الشاطيبي الاعتصام: "إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة".

فمراعاة الخلاف هي من جملة أنواع الاستحسان، بيد أن الاستحسان هو أخذ بأقوى الدليلين ، ومراعاة الخلاف هي : التوسط بين موجب الدليلين .

يمكن أن نخلص أيضا أن حصول الاختلاف في الأحكام مقصود للشارع ؛ لما يترتب عليه من الاجتهاد والنظر المفضي إلى كثرة الأجر والمثوبة ، ولكن لا يجوز تعمد الخلاف، وإنما الواجب طلب الحق حيثما كان ، فإن حصل اتفاق ؛ فذلك أولى ، وإن حصل خلاف ساغ لنا التعامل معه ، واعتباره بشروطه .

إن استيعاب مفهوم رعي الخلاف بما يحيل عليه من التفات لمذاهب الغير، أحد العوامل التي من المرجح أن تسهم في كبح جماح التعصب للمذاهب والآراء والأشخاص، ومن شأن تفعيله في العمل الفقهي المعاصر أن يجسر هوة الخلاف بين الاتجاهات الفقهية المتباينة، وذلك لأن المجتهد حين يراعي دليل غيره، بل خصمه، فهو إنما يعلن بلسان الحال لا المقال أن الحق ليس حكراً على إمام وحده، ولا الصواب مقصوراً على مذهب بعينه، وأنه متى ظهر الصواب في جهة وجب الانتقال إليه من غير جمود على الرأي أو تعصب للقول الأول.