

حقيقة مراعاة الخلاف عند المالكية وأثرها في الفقه المالكي.

The fact of observing the disagreement among the Malikis and its impact on the Maliki jurisprudence.

بن زيان مصطفى¹

¹ جامعة الزيتونة (تونس)، benzianemnaouar08@gmail.com

تاريخ النشر: 2023/01/27

تاريخ القبول: 2023/01/18

تاريخ الاستلام: 2023/01/09

ملخص:

نهدف من خلال دراستنا إلى مدى اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية وتأثيرها على الأحكام الفقهية والنوازل، مبينا فيها حقيقتها عند علماء المالكية، والفروق بينها وبين بعض القواعد التي اشتبهت بها، كقاعدة الخروج على الخلاف وغيرها، ثم الحديث عن حجيتها في المذهب باعتبار الخلاف الوارد في المذهب المالكي مبينا في الأخير القول الراجح فيها، مع ذكر بعض الأمثلة.
كلمات مفتاحية: مراعاة الخلاف، المالكية، الخروج على الخلاف، رعي الخلاف.

Abstract:

We aim through our study to consider the extent to which the rule of taking into account the disagreement among the Malikis and its impact on jurisprudential rulings and calamities, showing in it its reality according to the Maliki scholars, and the differences between it and some of the rules that were suspected of it, as the rule of leaving the dispute and others, and then talking about its authoritativeness in the doctrine considering the disagreement contained in In the end, the Maliki school clarifies the most correct view, with some examples.

Keywords: Taking into account the dispute; ownership; leaving the dispute; grazing the dispute.

¹ المؤلف المرسل: بن زيان مصطفى، benzianemnaouar08@gmail.com

1. مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبد الله ورسوله وصفيه من خلقة وعلى اله وصحبه أجمعين.

فلا تزال طائفة من أهل العلم والنظر في كل زمان ومكان قائمة لله بالحجة والبيان، تذود عن حياض الشريعة ما يروم شوبها، وتنظر في أحكام الشريعة نظرة الفاحص المقدّر لمآلات الأمور وخواتمها، الباغي تحقيق مقاصد الخالق في جلب المصالح وتكثيرها ودفع المفساد وحسم مادتها، فأينما لاح له الصلاح سار إليه وحصله، إذا عَنّ له من الدليل الكلي ما يدعوا إليه، ومهما ظهر له الفساد تلافاه قبل الوقوع وقلله، ولو كانت العقول تميل إليه، ولذلك جعل الشارع النظر إلى مآلات الأفعال وما يندرج تحته من قواعد معتبرا تيسيرا على العباد ورحمة بهم، ودفعاً للمشقة والحرَج المتوقع لهم.

بل ربما يترتب على قول العالم وفتواه عنت ومشقة تلحق المكلف فتجده يعدل عن بعض قوله إلى قول مخالفه إذا كان لاستدلال المخالف حظ من النظر، وهذا ما يعرف بقاعدة "رعي الخلاف أو مراعاة الخلاف".

ثم إن المتفرس في فقه الأئمة الفقهاء كأبي حنيفة والإمام مالك والشافعي-رحمة الله عليهم- يجد أنهم يدلّفون في الأخذ بحض وافر من إعمال قاعدة رعي الخلاف في جميع أبواب الفقه احتياطا واجتنابا وامتنالا، على أن المالكية أكثرهم توسعا فيه حتى عدوه من جملة أصولهم قبل الوقوع وبعده، واعتمدوه في تعليل الأحكام وتخريج الفروع، وأما المذاهب الأخرى فلم تعد أن عملت به دون مبلغ التأصيل.

وقبل أن أبدأ الكلام في صلب وتفاصيل هذا الموضوع، لا بأس أن أعرج على إشكالية الموضوع

وأهداف الموضوع و منهجه

إشكالية الموضوع: تعرف قاعدة مراعاة الخلاف عند الفقهاء خاصة المالكية منهم أهمية كبيرة ، وقد حدوا لها حدودا وضوابط وشروط تحكمها، وكذا وضعوا لها قواعد وأسس، ومع أن الإمام مالكا- رحمه الله- يصرح بذكر هذه القاعدة، إلا أن آثارها بارزة واضحة في أقواله واجتهاداته الفقهية، كما هو الأمر

عند أصحابه وأتباعه الذين جاءوا من بعده رغم أن بعض المحققين منهم قد نفى العمل بها، ومن هنا نثير الإشكالات التالية :

ما هي قاعدة مراعاة الخلاف ؟ وهل هي قاعدة أصولية أم فقهية ؟ وما هو موقف العلماء المالكية بالخصوص منها ؟ وما هو الراجح في موقفهم منها ؟ وما الفرق بينها وبين الخروج من الخلاف ؟

أهداف البحث: لهذا البحث أهداف تُلخص في الآتي:

- التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف ومدى أهميتها بالنسبة للمجتهد.
- التعرف على أثر قاعدة مراعاة الخلاف في الأحكام الفقهية، ومدى إمكانية تأثيرها على عملية الإفتاء.
- التعرف على بعض تطبيقات هذه القاعدة عند العلماء، سواء القدامى أو المعاصرين.
- بيان أثر القاعدة في اختلاف المفتين القدامى منهم والمعاصرين.

2. حقيقة مراعاة الخلاف

2.1 تعريف مراعاة الخلاف: لتعريف هذا المصطلح المركب من كلمتين ينبغي أن نعرفه باعتبارين: أولهما باعتبار الإضافة أي كونه مركبا إضافيا يحتاج إلى تعريف مفرداته، والاعتبار الثاني باعتبار العلمية أي كونه علما أو لقبا على هذا المصطلح (مراعاة الخلاف)

2.1.1 تعريفه باعتباره مركبا إضافيا: والأولى بيان المضاف إليه، لأنه أسبق في المعنى، إذ لا يُعلم المضاف - من حيث هو - حتى يعلم ما أضيف إليه، (المالكي، 1327 هـ، صفحة 48/1)، وبناء عليه: **فالمراعاة** - وهي المضاف - مصدر الفعل راعى بمعنى لاحظ، تقول: راعى الأمر أي لاحظته ونظر في عاقبته (المالكي، 1327 هـ، صفحة 231/1) والمقصود هنا اعتباره وترجيح جانبه.

ويقال: راعيت الأمر أراعيه مراعاة، إذا نظرت إلّام بصير، وإلى أي شيء يؤول (الفراي، 1407 هـ، صفحة 2358/6) وأصل المراعاة مادة رعى وهي تدور في الاستعمال اللغوي على معنيين أولهما: المراقبة والحفظ للشيء، وثانيهما: الرجوع (الفراي، 1407 هـ، صفحة 408/2) ويستعمل بعض الفقهاء (الحسين، 1399 هـ، صفحة 408/2) مصطلح "رعي الخلاف" بدلا عن "مراعاة الخلاف" وهما بمعنى واحد، على أن هذا المركب الإضافي صار لقبا اصطلاح عليه علماء المالكية ومن ذهب مذهبه؛

وأما الجزء الثاني لهذا التركيب هو **الخلاف فالخلاف** معناه "ضد الوفاق" يقال "تخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد منهم إلى غير ما ذهب إليه الآخر (عرفة، 1435 هـ، صفحة 35/4)" والمقصود هنا هو خلاف العلماء في أحكام الفروع.

وهو من حيث الأصل اللغوي يرجع إلى الفعل الثلاثي **خلف**، وهذا الأصل يتفرع في الاستعمال اللغوي عند العرب إلى ثلاثة من المعاني: أحدها؛ أن يجيء شيء بعد شيء ويقوم مقامه، والثاني؛ كونه خلاف قدام، والثالث؛ بمعنى التغير والتحول (الفيومي، 1405 هـ، صفحة 179/1) ويرى ابن فارس أن الخلاف والاختلاف في الرأي داخل في دائرة المعنى الأول من هؤلاء الثلاثة المذكورين، ثم يفسر وجهه.

دخوله فيه بقول: "وأما قولهم: اختلف الناس في كذا، والناس خلفه؛ أي مختلفون، فمن الباب الأول؛ لأن كل واحد منهم ينحي قول صاحبه، ويقيم نفسه مقام الذي نحاه (الحسين، 1399 هـ، صفحة 213/2)".

2. 1. 2 تعريفه باعتباره لقباً:

أ. **تعريف القباب**: استفسر أبو إسحاق الشاطبي الشيخ المالكي أبا العباس ابن القباب (779هـ) عن مراعاة الخلاف في مكاتبة بينهما ذائعة الصيت (الشاطبي، 1412 هـ، صفحة 390/1)، وقد عرف القباب هذا الأصل التشريعي بقوله: "هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه (الونشريسي ا.، 1401 هـ، صفحة 388/6)". ومثله تعريف أبو عبد الله المقرئ رحمه الله بقوله (إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه) (المقرئ، صفحة 236/1) وقريب منه تعريف الشيخ محمد بن عبد السلام، قال: "المراعاة في الحقيقة؛ إعطاء كل من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض (الرصاص، 1350 هـ، صفحة 269/2)".

ب. **تعريف ابن عرفة**: ومن أشهر التعاريف المنتخبة تعريف ابن عرفة حيث قال: "عبارة عن إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي اعمل في نقيضه دليل آخر" (الرصاص، 1350 هـ، صفحة 39/4) .

ويشرح ابن عرفة تعريفه هذا قائلا: كإعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله، ومدلوله عدم فسخه ولازمه ثبوت الإرث بين الزوجين فيه، وهذا المدلول أعمل في نقيضه وهو الفسخ دليل آخر وهو دليل فسخه" (الرصاع، 1350هـ، صفحة 40/4).

فقوله (إعمال) جنس للمراعاة، ناشئ عن الاعتبار، وقوله (دليل) فصل منع به ما ليس بدليل. فالقول إن كان بغير دليل خارج عن ماهية الموضوع أصلا، وقوله (في لازم مدلوله) أخرج به إعمال الدليل في مدلوله، فهذا لا يسمى مراعاة، وإنما عملا بالدليل.

ت. تعريف الشاطبي: لا نظفر عند الإمام الشاطبي - رحمه الله - بتعريف أساسي لمراعاة الخلاف حيث لم يذكر في كتابه "الموافقات" مثل هذه التعاريف السابقة شأن عامة الأصوليين في كتبهم الأصولية، وغاية ما وقفت عليه إشارات في أثناء كتبه لا ترقى إلى درجة التعريف المصنوع، ولكنها يمكن أن تُستثمر في الدلالة على تصوّره للقوام الأساسي لمراعاة الخلاف.

ففي كتاب الموافقات وردت واحدة من هذه الإشارات في سياق عرضه للقاعدة الثالثة التي تتفرع عن أصل النظر في المآلات (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 151/4)، يرى الإمام الشاطبي - في موقفه الأخير - حيث يتوقف عن تسليم العمل بها - من تصوّر مراعاة الخلاف -: "أثّما عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الأحكام التي يقررها، وذلك بمراعاة دليل المخالف، والنظر إلى المآلات بعد تقرير الأدلة في المسائل الخلافية، بحيث يجب عليه - أي المجتهد - في هذه الحالة أن يلاحظ أموراً تستدعي إعادة النظر في الحكم بعد الوقوع خاصة، إذ حالة الحكم بعد الوقوع ليست كحالته قبله، فبعد الوقوع تنشأ أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً، وتجدّد مشكلات لا يمكن التفصّي منها إلّا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل واعتباره شرعياً بالنظر لقول المخالف، وإن كان ضعيفاً في أصل النظر، إلّا أنّه لما وقع الأمر على مقتضاه روعيت المصلحة وتجدّد الاجتهاد في المسألة من جديد بنظر وأدلة أخرى" (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 109/4).

ومعناه أنّ الفعل المعين من أفعال المكلف إذا كان مختلفاً في حكمه بين منع وإباحة مثلاً لتعارض دليلين ترجّح أحدهما لدى بعض المجتهدين، وترجّح الآخر لدى البعض الآخر، ثمّ وقع الفعل على مقتضى

أحد الحكمين - ولو كان المرجوح - ، فإنه بعد وقوعه إذا طُبّق عليه في آثاره الحكم الراجح الذي كان ينبغي أن يجري عليه، فربما حصلت بسبب ذلك مفسدة أكبر من المصلحة المتوقعة من تصحيحه بالحكم الراجح، فينظر إذن في المآل الذي يؤول إليه تطبيق الحكم الراجح بعد وقوعه بما يتضمّنه من مضرة فيصرف عنه ذلك الحكم، ويطبّق عليه الحكم المرجوح، استثماراً للخلاف في معالجة المفسدة (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 146/4)

ومّا يدعّم هذه الوجهة في استجلائنا لمعنى مراعاة الخلاف في تصوّر الإمام الشاطبي قوله: أنّ الأدلة المتعلّقة بمواقعة المنهيات تقتضي الحكم عليها بالخطر، وعن متربّاتها بالبطلان والفساد، فإذا رأى المجتهد أنّ الاستمرار في التمسك بمقتضى هذا الدليل إلى ما بعد الوقوع يؤدّي إلى مناقضة قصد الشارع في نصب الأدلة الشرعية عمل بقاعدة- مراعاة الخلاف - كدليل يتلاءم وطبيعة الوقائع الجزئية وحالات الخصوصيات الفردية (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 151/4).

وما يفهم من سياق التعاريف أو التصورات السابقة بخصوص هذه المسألة هو سعي أصحابها إلى محاولة التوفيق بين ما يترتب عن دليل الحكم بغضّ النظر عن الطوارئ وخصوصيات الأحوال، وبين ما يترتب عنه بالنظر إليها، وهو المعبر عنه عند علماء المالكية ب: " قبل الوقوع وبعده".

ولذلك نجد أنّ الشاطبي - رحمه الله - في تصوّره لمراعاة الخلاف اعتبر اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالّها على وجهين، أحدهما: الاقتضاء لأصلي قبل طروء العوارض (قبل الوقوع) ؛ وهو الواقع على المحلّ مجرداً عن التوابع والإضافات، والثاني: الاقتضاء التبعي (بعد الوقوع) ؛ وهو الواقع على المحلّ مع اعتبار التوابع والإضافات .

وقد ترتّب عن هذا التمييز بين الحالين أنّ الاقتضاء الأصلي يكون عامّاً لا يتعلّق بمعين، والاقتضاء التبعي خاصّاً يرتبط بالنظر إلى الحادثة بعد الوقوع؛ فإذا أدى التمسك بمقتضى الدليل الأصلي إلى إلحاق ضررٍ على المكلف صار للمسألة نظراً آخر يستدعي استحضار قصد الشارع إلى رفع الحيف، ودفع المفاسد عن المكلفين (العلمي، صفحة 316/315)

ولذلك نرى بعض المالكية يقصر مراعاة الخلاف عموماً على ما بعد الوقوع كما نقل الرصاع عن الشيخ المغربي أبو محمد صالح المسكوري في تعليقه على قول ابن رشد الجدل : أن من أدرك ركعة من الظهر يحتاط بقراءة السورة مع الفاتحة في الركعة الثانية راعياً للخلاف، قال الشيخ : " وفيه إشكال لكونه راعياً الخلاف قبل الوقوع، وإنما يراعى بعد الوقوع " (الرصاع، 1350هـ، صفحة 264/1)

ث. أمثلة مراعاة الخلاف: قدم أبو إسحاق الأصولي مثلاً ساقه أثناء حديثه عن مشروعية العمل بهذه القاعدة يتعلق بحديث البائل في المسجد، " فإنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنّه لو قطع بوله لنجست ثيابه ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه. فترجّح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر وبأنّه ينجّس موضعين، وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد. (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 147/4)

ومثاله: المذكور في تعريف ابن عرفة: فالنهي الوارد في نكاح الشغار هو دليل، مدلوله تحريم الشغار وفسخه، لأنّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولازم هذا المدلول أن يفسخ الشغار دون طلاق، وأن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع، ولا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل الفسخ؛ وللإمام مالك - رحمه الله - في نكاح الشغار إذا وقع روايتان : الأولى : يجب أن يفسخ بطلاق ، والأخرى بغير طلاق.

ومن خالف مالكا قال : إنه لا يجب فسخه (السرخسي، 1414هـ، صفحة 105/5).

فبناء على قول مالك بالفسخ بغير طلاق، أن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع، ولا توارث بين الزوجين في حالة موت أحدهما قبل الفسخ.

وبناء على القول بالفسخ بالطلاق، فيلزم فيه الطلاق. ولا يلزم فيه الميراث، لكن تقرر عند مالك

- رحمه الله - أن الفسخ يكون بطلاق، وأن الطلاق يلزم إذا وقع، وإن الميراث يثبت بين الزوجين

مراعاة لقول القائل بصحة هذا النكاح، لدليل عنده. قال ابن القاسم: " وأحب ما فيه إلّي أن يفسخ بطلاق، ويقع به الطلاق والموارثة قبل الفسخ لاختلاف الناس في إجازته أو فسخه " (التميمي، 1434هـ، صفحة 11/9).

قال أبو الحسن التسولي (ت1258هـ): "أن الإمام مالكا فسخ نكاح الشغار في حياتهما بدليل رجح له هذا الحكم، وكان القياس هو أن يستمر فيه إلى ما بعد مماتهما، فيسقط التوارث بينهما، لانتفاء سببه وهو الزوجية، لكنه أعمل لازم دليل أبي حنيفة الذهاب إلى عدم الفسخ في الشغار، فقال بتوارثهما ولو بعد الفسخ (التسولي، 1418 هـ ، صفحة 21/1)

وبهذا كذلك يتضح أن مراعاة الخلاف فيها إعمال للدليل المخالف من وجه دون وجه، ففيها إعمال لل لازم الدليل دون مدلوله.

2. 2 تمييزها عما يشابهها من القواعد:

2. 2. 1 الفرق بينها وبين الخروج من الخلاف:

أ. تعريف قاعدة الخروج من الخلاف: ليس هناك - بحسب ما أطلعْتُ عليه - تعريفاً محدداً لهذا المصطلح عند العلماء المتقدمين مع أن كتبهم مليئةً بذكره من جهة اعتباره وذكر أنواعه وأمثله وتطبيقاته... الخ بما يشير إشارة واضحة إلى مقصودهم منه ، وهذه المعاني التي انتشرت في كتبهم (القرافي أ.، 1418 هـ ، الصفحات 111/1-112)، تدور حول معنى:

(الأخذ بما هو أحوط في حال تقارب الأدلة من جهة القوة والاعتبار)

ومن تعاريف المعاصرين (أخذ مُجتهد في مسألةٍ احتشادية بما يغلب على الظن السلامة به من

الخط). (المبارك، ع151)

فعند تقارب الأدلة من جهة قوتها في الثبوت والدلالة والاعتبار، وبعد البحث والنظر قد لا يطمئن المجتهد أو العامل إلى قولٍ من الأقوال وهو في الوقت ذاته يطلب الاحتياط والطمأنينة فختار أو يعمل بما فيه السلامة والخروج عن العهدة ، حتى - و كما عبّر الإمام القرافي رحمه الله - (لا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلاً لعل مقتضاه هو الصحيح) (القرافي أ.، 1418 هـ ، صفحة 218/4)

ب. حكمها: وقد ذهبت طائفةٌ من أهل العلم إلى أن الخروج من الخلاف مستحبٌ بالاتفاق وأمرٌ سائغ قال الإمام النووي رحمه الله: (فإن العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف ، إذا لم يلزم منه إخلال بسنة ، أو أوقع في خلاف آخر) (النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، 1392 هـ، صفحة 23/2)

وقال الشيخ ملا علي قاري ت1014 هـ (الخروج من الخلاف مُستحبٌ بالإجماع) (القار، 1422 هـ، صفحة 437/8)

ومسألة (الخروج من الخلاف) للشبه بينها وبين قاعدتين مهمتين في الشريعة ثابتتان بالاستقراء وهما :
 قاعدة الاحتياط وقاعدة الورع ، فإن بعض أهل التحقيق من العلماء يُدخل مسألتنا هذه تحت هاتين
 القاعدتين أو إحداها ! فالإمام القرافي ذكرها تحت قاعدة الورع ، : (الْفَرْقُ السَّادِسُ وَالْخَمْسُونَ وَالْمِائَتَانِ
 بَيِّنُ قَاعِدَةِ الرَّهْدِ وَقَاعِدَةِ الْوَرَعِ) : فالزهديّة في القلب كما تقدم بيانه والورع من أفعال الجوارح ، وهو ترك
 ما لا بأس به حذرا مما به البأس وأصله قوله - عليه السلام - «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور
 مشتبّهات فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه سلم» ، وهو مندوب إليه ومنه الخروج عن خلاف
 العلماء بحسب الإمكان فإن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام فالورع التّرك أو هو مباح أو
 واجب فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب حتى يجزئ عن الواجب على المذهب ، وإن اختلفوا فيه هل هو
 مندوب أو حرام فالورع التّرك أو مكروه أو واجب فالورع الفعل حذرا من العقاب في ترك الواجب ، وفعل
 المكروه لا يضره ، وإن اختلفوا هل هو مشروع أم لا فالورع الفعل ؛ لأن القائل بالمشروعية مثبت لأمر لم
 يطلع عليه النّافي ، والمثبت مقدم على النّافي كتعارض البيّنات (القرافي أ. ، 1418 هـ ، صفحة 210/4)
 أما تاج الدين السبكي رحمه الله فقد ذكرها تحت قاعدة (الاحتياط) (السبكي ، 1411 هـ ، صفحة
 110/1)

وللعلماء ضوابط مهمة في هذا الباب من أهمها : أن الخروج من الخلاف ليس في كل مسائل الخلاف وإنما
 في المسائل الاجتهادية التي تقاربت أدلتها ومأخذها (وليس الورع الخروج من كلّ خلافٍ ؛ وإنما الورع من
 خلاف يقارب أدلته ومأخذه) (السلام ، 1434 هـ ، صفحة 463)

2. 3. الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف: في موضوع " الخلاف الفقهي " : ثمة قاعدتان
 مهمتان يكاد كثير من الباحثين لا يميز بينهما هما :

2. 3. 1: قاعدة مراعاة الخلاف: فالقاعدة الأولى تكاد لا تعرف إلّا من جهة الفقه المالكي على أنّها
 عبارة عن " إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد الوقوع لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظرا
 جديدا يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف ، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان
 مرجوحا في أصل النظر معدولا به عن سنن القياس إلّا أنّه لما وقع الفعل وفقه روعي جانب آثار الفعل ،
 فتجدّد الاجتهاد بنظر جديد وأدلة أخرى.

2. 3. 2 قاعدة الخروج من الخلاف: وأما القاعدة الثانية فمعروفة مشروعة عند عامة المذاهب وقد
 يصطلح عليها مسمّى "مراعاة الخلاف" قبل الوقوع أو "الخروج من الخلاف ابتداء" والتي هي عبارة عن

الأخذ ببعض أثر الدليل إذا كان لا يعود بالنقض على الدليل ، وذلك بالعمل بمقتضى دليله على سبيل الندب إن كان يقول بالوجوب أو الترك على سبيل الكراهة إن كان يقول بالحرمة ، وذلك خروجاً من الخلاف احتياطاً للدين واتقاء للشبهة" (سالم، 1422 هـ، صفحة 107)

فحقيقة من يسوي بين الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف ، أنّها تسوية لفظية؛ لأنّ الخروج من الخلاف هي مراعاة له . لهذا فإنّ هؤلاء العلماء حين يتكلمون عن مراعاة الخلاف فإنّما يقصدون الخروج من الخلاف ، والعكس صحيح .

أمّا فقهاء المالكية فهم يفرقون بينهما ، فالخروج من الخلاف - عندهم - قاعدة مستقلة ، ومراعاة الخلاف قاعدة أخرى مخالفة للأولى .

يقول الدكتور إلياس بلكا عن علاقة الاحتياط بالخلاف: "ينبغي الانتباه إلى اختلاف استعمال المالكية للمصطلحين الخروج من الخلاف ، ومراعاة الخلاف عن استعمال غير المالكية؛ فقد رأيت بعض الباحثين يخلط بين الاستعمالين حتى أدى به ذلك إلى أن قال: إنّ مالكا - رحمه الله - لا يختص بالقول "بمراعاة الخلاف" ، بل شاركه غيره من المجتهدين في القول به ، ثم استدلل على هذا بأنّ كثيراً من العلماء يقولون بقاعدة "الخروج من الخلاف مستحب" ، ففهم أنّ "مراعاة الخلاف" عند المالكية هي نفسها الخروج من الخلاف عند غيرهم . وهذا لا يصح ، وهو من الأخطاء التي تؤدي إليها العجلة وعدم توسيع الإطلاع - أو نحو ذلك - ، وفي العلم يلزم التأني والتثبت" (بلكا، 1424 هـ، صفحة 262)

وسبب هذا الخلط - يضيف إلياس بلكا - أنّ بين "مراعاة الخلاف" و "الخروج من الخلاف" شبهة؛ ويمكن أن يقال لتصويره: إنّ مراعاة الخلاف قسمان:

أ. مراعاة جزئية: وهي اعتبار لمذهب المخالف من وجه . وأخذ لمذهب نفسه من وجه آخر . وهذه مراعاة الخلاف المقصودة عند المالكية ، ولا تكاد تعرف إلاّ عندهم .

ب. مراعاة كلية: وهي إهمال لمذهبه بالكلية ، وعدول إلى مقتضى مذهب الآخر وخروج إليه . وهذه قاعدة الخروج من الخلاف التي يذكرها عامة الفقهاء من مختلف المذاهب (بلكا، 1424 هـ، صفحة 262)

وقد يضاف إلى ما ذكره الدكتور "إلياس بلكا" من أوجه اختلاف بين القاعدتين:

- أنّ الخروج من الخلاف هو من القواعد الفقهية ، لذلك لم يذكره أحد إلاّ ضمن القواعد الفقهية ، أما مراعاة الخلاف بمعناها الخاص عند المالكية فقد مر معنا أنّ التكليف الأصولي لها يقتضي أنّ

الدليل الإجمالي أو الأصل هو الأقرب إلى حقيقة مراعاة الخلاف، وأنها تصنف ضمن مباحث الأصول لا الفقه.

• أنّ الخروج من الخلاف مستحب كما صرح بذلك الزركشي، وغيره، ولم يقل أحد بوجوبه، أما مراعاة الخلاف بمعناها الخاص عند المالكية فقد قالوا بوجوب العمل بها (الرصاع، 1350هـ، صفحة 169/1)

• أنّ الخروج من الخلاف مسلك شرعي ذو اعتبار شخصي يرجع إلى احتياط الشخص وورعه واتقائه للشبهة، وليس تشريعاً إلزامياً، ولذلك كثيراً ما يكون في أبواب العبادات. أما مراعاة الخلاف بمعناها الخاص عند المالكية فهي مسلك تشريعي إلزامي، يؤخذ به في المنازعات وغيرها، وينبغي عليه تصحيح عقود وفساد أخرى، ولذلك كثيراً ما يؤخذ به في أبواب المعاملات، كعقود النكاح والبيع، ولهذا فإن كل شخص يمكنه الخروج من الخلاف؛ لأنّه من باب الورع والاحتياط (بلكا، 1424 هـ، صفحة 269).

وأنّ الأخذ بمسلك مراعاة الخلاف بمعناه الخاص عند المالكية، فإنّه يشترط في الأخذ به أن يكون ذا أهلية علمية تخول له استنباط الحكم من دليله الإجمالي.

ملاحظة: يرد في هذا الفرق الأخير إشكال، وهو أنّ الغزالي وابن رشد وغيرهما جعلوا من الورع "الخروج من الخلاف"، بناءً على أنّ الأمور المختلف فيها -أي في جوازها وعدمه- هي نوع من "الشبهات" التي جاء في الحديث الحثّ على اتقائها

وهذا يؤدّي -كما قال الإمام الشاطبي- إلى إشكالات وصعوبات: منها أنّ قسمًا كبيراً من الشريعة من المتشابهات، مع العلم أنّ المتشابهات إنّما هي استثناءات في الشريعة؟ ومنها الحرج الكبير الذي سيقع فيه الكلّفون من أجل أن يكونوا ورعين، والحرج الكبير والعسير منفي عن الشريعة قطعاً... (الشاطبي، 1417هـ، الصفحات 74/1، 75) (الونشريسي، 1401 هـ، صفحة 369/6)

فمما قال الإمام الغزالي - رحمه الله... -: "المجتهد إذا تعارضت عنده الأدلّة ورجّح جانب الحلّ بحدسٍ وتحمينٍ وظنٍّ فالورع له الاجتناب، فلقد كان المفتون يفتون بحلّ أشياء لا يقدمون عليها قطّ تورّعاً منها وحذراً من الشبهة (الطوسي، 1406، صفحة 128/2). "...وقال في موضع آخر: "...ما تعارضت فيه الآثار فهو من المتشابهات..." (الطوسي، 1406، صفحة 128/2)

وقال ابن رشد - رحمه الله - في نفس المعنى: "ما اختلف أهل العلم فيه. لتكافئ الأدلّة في تحليله وتحريمه فهو من المتشابهات..." (القرطبي، 1988 م، صفحة 432/3)

ويقول الإمام النووي - رحمه الله -: "من الورع ترك ما اختلف العلماء في إباحته اختلافاً مجملاً، ويكون الإنسان معتقداً مذهب إمام يبيحه، ومن أمثلته: الصيد والذبيحة إذا لم يسمَّ عليه فهو حلال عند الشافعي، حرام عند الأكثرين، . والورع لمعتقد مذهب الشافعي ترك أكله" (النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، صفحة 419/9)

جواب الشيخ ابن عرفة عن هذا الإشكال: وأجاب الشيخ ابن عرفة - رحمه الله - عن هذه الإشكالات (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 72/1) فقال: "المراد بأنَّ المختلف فيه من المتشابه؛ المختلف اختلافاً دلائلُ أقواله متساوية أو متقاربة، وليس أكثر مسائل الفقه هكذا؛ بل الموصوف بذلك أقلُّها لمن تأمَّل من محصَّلي مواد التأمَّل، أي المجتهدين فحينئذٍ لا يكون المتشابه منها إلَّا الأقل " (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 74/1)

وأما الجواب على أنَّ الورع صار من أشدَّ الحرج ، فيجيب الإمام الشاطبي: " لا كلام في أنَّ الورع شديد في نفسه، كما أنَّه لا إشكال في أنَّ التزام التقوى شديد؛ إلَّا أنَّ شدَّته ليست من جهة إيقاع ذلك الفعل؛ لأنَّ الله لم يجعل علينا في الدِّين من حرجٍ، بل من جهة قطع مألوفات النَّفس وصدِّها عن هواها خاصَّة (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 74/1).

وخلاصة القول: أن كلا القاعدتين من دقيق الفقه، وتدلان على سعة هذه الشريعة ورحمتها بالمكلفين وبالمجتهدين، وأن في الفقه الإسلامي وأصوله - من جهة طبيعته وحقيقته - من المرونة والتيسير ما يحقق مصالح المكلفين ويدرك المفاصل عنهم ويحمي جناب الشرع من التلاعب والعبث متى ما ظُبطت أصوله وتحققت قواعده وتحرَّرت مسأله؛ وفُهِمَ الفهم الصحيح وفق مناهج العلماء الراسخين وتصرفاتهم.

2. 4 مراعاة الخلاف والاستحسان: مراعاة الخلاف ما هي إلا وجه من وجوه الاستحسان، وصورة من صوره، وإن اختلفت عنه بعض الشيء. وقد نقل الإمام الشاطبي - رحمه الله - عن بعض الفقهاء قولهم : إن مراعاة الخلاف هي من جملة أنواع الاستحسان (الشاطبي، 1412 هـ، صفحة 145/2)، وهذا ما قرره القاضي أبو عباس القباب في مراسلته للشاطبي (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 393)، وهو ما ذكره الحجوي في الفكر السامي (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 150/1 و 455/2)

ووجه كون مراعاة الخلاف من صور الاستحسان أنها عبارة عن عدول عن مقتضى القياس إلى حكم خاص، بعد وقوع الحادثة، على سبيل الاستثناء والترخص. فالإمام مالك - رحمه الله - يقول -في

المثال السابق الذكر - بطلان الزواج بلا ولي، ومقتضى هذا الحكم - في رواية - أن يفسخ بطلقة بعد الوقوع، ويلزم عنه ألا يترتب عليه شيء من ثمرات العقد الصحيح، كثبوت الميراث والنسب، ووجوب العدة والحرمة بالمصاهرة. بيد أن مالكا - رحمه الله - عدل عن مقتضى القياس، إلى القول بترتب ثمرات العقد الصحيح عليه بعد وقوع الزواج، مراعاة لمن يقول بصحته، وعدوله عن سنن القياس إلى غيره، استحسان بني على اعتبار مصلحة، متمثلة في درء المفاسد الناشئة عن القول بمقتضى الحكم الأصلي. ورغم أن مراعاة الخلاف من صور الاستحسان إلا أنها تختلف عنه من وجه آخر، فقد نقل صاحب الفكر السامي القول عن أبي محمد صالح المسكوري "أن الاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين، ومراعاة الخلاف أخذ بهما معا من بعض الوجوه" (الفاسي، 1416هـ، صفحة 455/2)

وهذا قول صائب كما يبدو لأن الاستحسان أخذ بأقوى الدليلين كما تبين، ومراعاة الخلاف هي توسط بين موجب الدليلين وإعطاء كل واحد منهما حكمه، كما عرفه القباب وبيانه بالمثال أن مالكا - رحمه الله - يقول بفساد النكاح بصدّاق محرم، ووجه فساد أن الصداق شرط في صحة النكاح (البغدادى، صفحة 750/2)، ومن شروط الصداق أن يكون جائز التملك. فإن فقد الصداق شرطه، فسد فعاد على أصله - وهو النكاح - بالبطلان، وعليه، فإذا وقع عقد نكاح بهذه الصورة فُسخ قبل الدخول، فإن تم الدخول صح عندئذ في رواية وكان فيه صداق المثل مراعاة لقول غيره من الفقهاء. ففي هذا المثال أخذ مالك بموجب الحكم الأصلي - وهو بطلان النكاح قبل الدخول - فقال بالفسخ. كما أخذ بموجب ماعدل عنه - وهو دليل المخالفين المبين لصحة العقد، مع وجوب إعطاء مهر المثل - بعد الدخول فقال بثبوته، مع وجوب إعطاء مهر المثل بعد الدخول، فقال بثبوته مع وجوب صداق المثل (البغدادى، الصفحات 250/2 - 252) (جزى، صفحة 135)

2.5 مراعاة الخلاف ونظرية المآل: وهو مختص بحالة ما بعد الوقوع؛ فإنه ربما أفتى المفتي بفساد الفعل ابتداءً، فإذا وقع عاد عليه بالإلزام والاعتبار، لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، وهو نوع من الالتفات إلى الأمر الواقع، والبناء عليه بعد تحديد النظر في المسألة، بحيث يصير التصرف بعد وقوعه معتبراً وشرعاً بالنظر لقول المخالف، وإن كان ضعيفاً في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه روعيت المصلحة (القرطبي، 1988 م، صفحة 160/1). ومن هذا الباب ما يجري من تصحيح العقود الفاسدة إذا كان فسادها مختلفاً فيه، كقولهم: كل نكاح فاسد يختلف فيه، فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسخه إلى الطلاق؛ لأنه بعد وقوعه تعلق به مصلحة كل من الزوجين والأولاد والورثة.

ومنه أيضاً قولهم: إذا دخل المصلي مع الإمام في الركوع، وكبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام، فإنه يتمادى مع الإمام ولا يقطع؛ مراعاة لمن قال إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 552/4)، لأنه بعد التكبير والدخول في الصلاة تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، الذي يرجح قول المخالفة ودليله في هذه الحالة ونظائرها. ومعلوم أن المجتهد إنما يبنى على مقتضى اجتهاده في الأحوال المعتادة، لا على اجتهاد سواه، بحيث يمضي في حالة وقوع التصرف فاسداً بالنظر إلى اجتهاده على مقتضاه، لا على مقتضى اجتهاد غيره، هذا هو الأصل؛ بيد أن ثمة صوراً مستثناة من هذه الحالة، يراعي فيها المجتهد خلاف غيره، وذلك حينما يتعلق بما بعد وقوعها دليل آخر، أو مصلحة راجحة، وهو من دقيق النظر في المآلات الطارئة، والذي اعتبره الشارع في صور شتى. قال الشاطبي رحمه الله - : النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو مفسدة تدرك، لكن له مآل على خلاف ما قصد فيه (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 177/5)

3. موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف ودليلهم

1.3 موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف: انقسم المالكية في اعتبارهم العمل بمراعاة الخلاف إلى فريقين

3. 1. 1 الفريق الأول: المجيزون للعمل بمراعاة الخلاف : قال أصحاب هذا الرأي: "مراعاة الخلاف "أصل صحيح ينبغي العمل به (الرصاع، 1350هـ، صفحة 269/1) في الفقه، وقد حكاه ونسبه كثير من العلماء إلى الإمام مالك - رضي الله عنه - وأنه عنده دليل معتبر (الونشريسي .، 1401 هـ، صفحة 363/6)، وقد وافق عبد الرحمان ابن القاسم الإمام على ذلك (الونشريسي .، 1401 هـ، صفحة 37/12)، قال الوليدي: "مذهب ابن القاسم .. مراعاة الخلاف القوي... ؛ لأن من مذهبه أنه متى غلب على ظنه دليل التحريم لم يراع دليل التحليل... ومتى غلب على ظنه دليل التحليل راعى قول من قال بالتحريم..." (الوليدي، 1990م، صفحة 140)

وعليه فإن نسبة القول بمراعاة الخلاف إلى مالك وابن القاسم أمر ثابت، بدليل الفتاوى المنقولة عنهما، والتي تتخرج على "مراعاة الخلاف". ومن المعلوم أيضاً أن الجمهور الواسع من المالكية يعترف بصحة "مراعاة الخلاف" (الونشريسي .، 1401 هـ، صفحة 367/6) لذا أكد المقرري أن: "من أصول

المالكية مراعاة الخلاف " (المقري، صفحة 236/1) وقال الشاطبي: " إنَّ مالكا وأصحابه - رحمهم الله - يجري كثيرا في فتاويهم ومسائلهم مراعاة الخلاف وينون عليها فروعا جمّة، ويعلّل بها شيوخ المذهب الشارحون له أقوال من تقدم من أهل مذهبهم من غير توقف حتى صارت عندهم وعند مدرسي الفقهاء قاعدة مبنيا عليها وعمدة مرجوعا إليها (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 366/6) وقال أبو يحيى بن عاصم: " هذه المسألة - أي مراعاة الخلاف - قاعدة من قواعد المذهب المالكي وأصل من أصوله التي ينبنى عليها كثير من الأحكام في أبواب الفقه. " (الغزالي، 1434، صفحة 18) والظاهر من هذه النقول التي نقلناها أنّ مالكا وابن القاسم، الأكثرية من أصحابهما يقولون بصحة "مراعاة الخلاف" وصحة اعتماده دليلا وأصلا فقهيا. ومن هؤلاء ابن عرفة، والقباب، وابن العرب، وابن عبد السلام... وغيرهم.

3. 1. 2 الفريق الثاني: النافون لمراعاة الخلاف: وهم طائفة من فقهاء المالكية ذكر بعضهم الونشريسي قائلا: " والقول بمراعاة الخلاف، قد عابه جماعة من الفقهاء ومنهم اللخمي، وعياض، وغيرهما من المحققين، حتى قال عياض: " القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس " (الونشريسي أ، 1401 هـ، صفحة 65)، ومن عمدة هؤلاء المحققين ابن عبد البر، فإنّه قال: "الخلاف لا يكون حجّة في الشريعة" (البر، 1418 هـ، صفحة 312/2)، وقال أيضا في جامع بيان العلم وفضله: "الاختلاف ليس بحجّة عند أحد علمته من فقهاء الأمة إلا من لا بصر له ولا معرفة عنده ولا حجة في قوله، ثم نقل قول المزني الشافعي في المسألة حيث قال: " يقال لمن جوّز الاختلاف وزعم أنّ العالمين إذا اجتهدا في الحادثة فقال أحدهما حلال والآخر حرام فقد أدّى كل واحد منهما جهده وما كلف، وهو في اجتهدا مصيب الحق، بأصل قلت هذا أم بقياس؟ فإن قال: بأصل، قيل: كيف يكون أصلا والكتاب ينفي الخلاف، وإن قال: بقياس، قيل: كيف تكون الأصول تنفي الخلاف ويجوز لك أن تقيس عليها جواز الخلاف؟ هذا ما لا يجوّزه عاقل فضلا عن عالم. ويقال له: أليس إذ ثبت حديثان مختلفان عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في معنى واحد أحلّه أحدهما وحرمه الآخر وفي كتاب الله أو في سنة رسول الله دليل على إثبات أحدهما ونفي الآخر، أليس يثبت الدليل ويبطل الآخر ويبطل الحكم به، فإن خفي الدليل على أحدهما وأشكل الأمر في ما وجب الوقوف، فإن قال نعم ولا بد من نعم وإلا خالف جماعة العلماء، قيل له: فلم لا تصنع هذا برأي العالمين المختصمين؟ فيثبت منهما ما أثبتته الدليل ويبطل ما أبطله الدليل. ثم قال أبو عمر (ابن عبد البر) معقبا: ما ألزمه المزني عندي لازم، فلذلك ذكرته وأضفته إلى قائل؛ لأنه يقال: أن من بركة العلم أن تضيف الشيء إلى قائله، وهذا باب يتصل فيه القول وقد جمع الفقهاء من أهل النظر

في هذا وطولوا، وفيما لَوَحْنَا مقنع ونصاب لمن فهمه وأنصف نفسه ولم يخذعها بتقليد الرجال. (البر، 1418 هـ، صفحة 312/2)

ويلعل القاضي عياض أن: القول "بمراعاة الخلاف" لا يعضده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده ويفتي بمذهب غيره المضاد لمذهبه؟ حتى قال: هذا لا يسوغ؛ إلاّ عند عدم الترجيح وخوف فوات التازلة فيسوغ له التقليد ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة (الونشريسي ١، 1401 هـ، صفحة 36/12)، وقصده بالتكليف هنا الاجتهاد في استنباط حكم النازلة.

حتى أن الشاطبي على غزير علمه قد استشكل عليه الأمر في العمل "بمراعاة الخلاف" في أول أمره، وقال ذلك بصريح العبارة، حيث قال: "ولا يقال مراعاة الخلاف تجري على جواز إفتاء المجتهد بمذهب مجتهد آخر مخالفا له، لأن الأصوليين نقلوا الإجماع على منع ذلك على المجتهد في المسألة التي اجتهد فيها فالمسألة مشكلة عليّ من أصلها كما أشكلت على ابن عبد البر وغيره" (الشاطبي، 1417 هـ، صفحة 109/4).

2.3. الأدلة ومناقشتها:

3. 2. 1 أدلة المجيزين للعمل بمراعاة الخلاف ومناقشتها: استدلل المجيزون للعمل بمراعاة الخلاف بأدلة وحجج نقلية وعقلية، وغالب الأدلة التي احتجوا بها، إنما قصروها على "مراعاة الخلاف بعد الوقوع"، والبعض منها يصلح أن يكون دليلا مشتركا لمراعاة الخلاف بعد وقبل الوقوع.

أ. الأدلة النقلية: استدلل المالكية على العمل بمراعاة الخلاف من الكتاب والسنة بما يلي:

أ. 1. قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْلُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ" المائدة: 02

فعلل الله سبحانه وتعالى النهي عن استحلاله بابتغائهم فضل الله ورضوانه مع كفرهم الذي لا يصحّ معه عبادة، ولا يقبل عمل، وإن كان هذا الحكم الآن منسوخاً، فذلك لا يمنع الاستدلال به في هذا المعنى الذي فيه نوع من الاعتبار والمراعاة لزعمهم الباطل أنّ ما هم فيه عبادة (الشاطبي، 1412 هـ، صفحة 103/2)

أ. 2. قال ابن عرفة في الاستدلال لمراعاة الخلاف: دليله شرعا من وجهين:

الأول: الدليل الدال على وجوب العمل بالأرجح، هو مقرر في أصول الفقه (الوهاب، 1416، صفحة 209/3) (الغزالي، 1413هـ، صفحة 153/2)

والثاني: حديث قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجني منه يا سودة" (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 379/6)

ثم قال: وهذا الحديث هو عمدة المالكية في الاستدلال على مراعاة الخلاف.

والحديث رواه أم المؤمنين عائشة-رضي الله عنها- قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام. فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته. فنظر رسول الله إلى شبهه فرأى شبهها بينا بعتبة فقال: "هو لك يا عبد بن زمعة" ثم قال: [الولد للفراش وللعاهر الحجر]: واحتجني منه يا سودة، قالت -أي عائشة- رضي الله عنها -فلم ير سودة قطّ (أنس، 1406 هـ، صفحة 450)

فهنا تنازع سعد وعبد في الغلام، فسعد يقول: قد أوصى إليّ أخي، وقال إنّ "ابن زمعة" مّتي فاقبضه إليك، أما عبد فيقول: إنّ هذا الولد ولد على فراش أبي؛ لأنّ أمّ الغلام هي أمة زمعة، فهي فراش له، فحكم النبي -صلى الله عليه وسلم- بأنّ الولد أخ لعبد، إذ "الولد للفراش" لكن لما رأى النبي -صلى الله عليه وسلم- أنّ الغلام يشبه عتبة أمر سودة -رضي الله عنها- بالاحتجاب من الغلام، رغم أنه أخوها في الحكم، وذلك لأن احتمال كون الغلام هو فعلا ابن لعتبة احتمال قويّ جدا، بالنظر إلى الشبه البين بينهما. فهذا حكم بين حكّمين، وفيه مراعاة وإعمال للدليلين معا، كلّ واحد منهما فيما هو فيه أرجح وهو معنى مراعاة الخلاف كما عرّفها ابن عبد السلام -شيخ ابن عرفة -

فالنبي (صلى الله عليه وسلم) راعى أن الولد وُلِدَ على فراش زمعة، فحكم بأنه أخو عبد، وراعى الشبه فحكم على سودة بالاحتجاب منه، فلم يكن أختا لها. قال ابن العربي: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية بل يجب العطف على المرجوح بحسب مرتبته؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : واحتجني منه يا سودة.

وللشاطبي كلام قيم في إجلاء هذه القاعدة - أنه ينبغي اعتبار المرجوح، خصوصا إذا وقع - قال : "الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرّع له من الزواجر أو غيرها.. فمن واقع مهنيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من أحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤدّ إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو

نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة، وإن كان مرجوحا فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر: إلى أن النهي كان دليلا أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقتزن من القرائن المرجحة؛ كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم، وحديث قتل المنافقين وحديث البائل في المسجد، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، وحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه لما يدخل عليه من الضرر، وبأنه ينجس موضعين وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد. وفي الحديث: "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، ثم قال: فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها" (شيبه، 1428 هـ، صفحة 454/3). وهذا صحيح للمنهى عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد. وإجرائهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة؛ وإلا كان في حكم الزنا، وليس منه باتفاق. فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثر عليه بعد الدخول، مراعا لما يقتزن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب الصحيح...." (بالشاطبي، 1417 هـ، الصفحات 146/4 - 148)

الاعتراض الوارد على هذا الدليل: أي حديث عائشة رضي الله عنها: اعترض النافون لمراعاة الخلاف أن الأصول والقواعد المهمة، لا يحتاج لها بخبر الآحاد ولا يكفيها في التدليل عليها أو اعتبارها. **جوابه:** يجيب عن هذا الاعتراض ابن عرفة فيقول: "وهذا الحديث (حديث عائشة) أقوى أدلة مراعاة الخلاف، ولا يقال إنه لا يحتاج للأصول والقواعد الهامة بخبر آحاد؛ لأنني أقول إن هذا ليس حديث آحاد فقط، بل هو خبر مشهور، وهذا يوجب علم الطمأنينة كما يرى الأحناف" (الونشريسي، 1، 1401 هـ، صفحة 379/6) ويقول ابن عبد البر عن هذا الحديث: "هو من أصح ما يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من أخبار الآحاد العدول" (ابن عبد البر بالمغرب، 1982 و 1992، صفحة 181/8)

الدليل الثالث: ما روى يحيى بن سعيد الأنصاري، أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - لما بعث يزيد بن أبي سفيان إلى الشام وكان أميرا لربع من أرباع الغزاة في سبيل الله، قال له أبو بكر في وصية له: "إنك ستجد أقواما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم له" (أنس، 1406 هـ، صفحة 357/1)

ولهذا لا يسبى الراهب ويترك له ماله، وغيره ممن لا يقاتل يسبى ويملك؛ وإنما لما زعم أنه حبس نفسه له . وهي عبادة لله تعالى، وإن كانت عبادته أبطل الباطل، وهذا فيه نوع من الاعتبار لزعمهم الباطل، والنظر إليه عند بناء الحكم، فكيف يستبعد اعتبار نظر عبد مسلم ولا يعتبر خلافه ولا تصح عبادته الواقعة على وفق دليل شرعي لا يقطع بخطأ فيه، وإن كان يظن ذلك ظناً؟، وتتبع مثل هذا يطول...." (الشاطبي، 1412 هـ، صفحة 103/2)

ب. الأدلة العقلية للعمل بمراعاة الخلاف

الدليل الأول: إن أفعال المكلفين على العموم إما أن تكون جائزة أو ممنوعة، وقد يرجح أحد المجتهدين جهة الجواز -مثلاً- ويغلب على ظنه أن الشارع قاصد إلى جهة الجواز دون المنع، لكنّه لا يجزم بكون الجهة الأخرى -أي المنع- غير مقصودة للشارع. ومن هنا جاز له أن يراعي الجهة الأخرى لهذا الاحتمال .

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "...وأما إن ترجحت إحدى الجهتين على الأخرى فيمكن أن يقال: إن قصد الشارع غير متعلّق بالجهة الأخرى، إذ لو كان متعلّقاً بالجهة الأخرى لما صحّ الترجيح، ويمكن أن يقال: إن الجهتين - معاً عند المجتهد - معتبرتان، إذ كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المقصودة للشارع، ونحن إنما كلّفنا بما ينقدح عندنا أنه مقصود للشارع، لا بما هو مقصوده في نفس الأمر. فالراجحة وإن ترجحت لا تقطع إمكان كون الجهة الأخرى هي غير مقصودة للشارع، إلا أن هذا الإمكان مطّرح في التكليف، إلا عند تساوي الجهتين وغير مطّرح في النّظر، ومن هنا نشأت مراعاة الخلاف" (بالشاطبي، 1417 هـ، الصفحات 24/2-25).

وهذا ما قصده ابن العربي بقوله: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المطروح بالكلية بل يجب العطف عليه بحسب مرتبته لقوله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجني منه يا سودة" وقد سبق تخريجه، وقد مثّل الإمام القُتّاب لهذا المعنى بالطريق الذي جعلت عليه أمارات يتبعها السالك، فرمّا عرض له طريقتان، على كل واحد منهما أمانة، فإن تساوت في نظره الأمرتان، وقف حتى يجد مرجّحاً، وإن رجحت إحدهما عمل عليها، وإن رأى غيره قد مضى على الجهة الأخرى وقطع منها ما يشقُّ رجوعه، فيقول: كيف أرّده وهو عمل بأمانة لها اعتبار؟ فلعلّ طريقه أقصد، وقد قطع منها ما له بال، ولا سيما إن علم أن الطريقتين معاً موصلان إلى المقصود (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 388/6).

وقد اعترض الإمام الشاطبي - في أول أمره - على هذا الجواب بقوله: "...ما مثَّلتم به من الطريقين لا يستقيم...، لأنك إذا كنت العارف بالأمارات فحذاء من أراد سلوك طريق إلى بلد كذا، فرجح عندك أن الطريق الموصل إليه الطريق ذات اليمين، وعند غيرك الطريق ذات اليسار، فدلته على ما ترجَّح عندك ومنعته من سلوك الآخر، فلم تمنعه منه إلا وقد غلب على ظنك أنه لا يوصل إلى البلد. فإن ترك رأيك وأخذ ذات اليسار ثم سألك كيف يصنع؟ لم يصح أن تنقلب لك غلبة الظن فتصير الأمانة المرجوحة عندك راجحة؛ لأن هذا من باب انقلاب الاعتقاد من غير دليل. وأما قولكم: كيف أردّه وهو قد عمل بأمانة لها اعتبار؟

فيقال له: اعتبار عندك أو عند غيرك؟ أما عندك فلا، وأما عند غيرك فإنه لم يسأل غيرك، وإنما سألك أنت وإياك قلّد في التماذي على سلوك الطريق الآخر كما سألك أولاً فممنعته، فصار بمخالفتك عاصياً، فكيف تُفرِّع على مذهب من أنت غير قائل بمذهبه؟ هذا وإن كان عندك الطريق ذات اليسار توصل إلى البلد، فليس بموصل إلى البلد بدلاتك أنت، بل بدلالة غيرك ولو كان موصلاً إليه بدلاتك لم تمنعه ابتداءً، هذا على القول بتصويب المجتهدين فإنّ كل واحد يصوّب قول صاحبه من حيث نظر صاحبه لا من حيث نظر مذهب نفسه، إذ لا يجوز الذهاب إليه كما لا يجوز للآخر الذهاب إلى غير مذهب نفسه فالتصويب إضافي، وهذا مع القول بالتصويب فأحرى به مع القول بالتخطئة، وعند ذلك لم يتبين لي القول أن مراعاة الخلاف تتمشى على قول المصوبين، كما لم يتبين لبعض الناس جريانها على قول المخطئين أيضاً.

ولا يقال: إن مراعاة الخلاف تجري على جواز إفتاء المجتهد بمذهب مجتهد آخر مخالف له؛ لأن الأصوليين نقلوا الإجماع على منع ذلك على المجتهد في المسألة التي اجتهد فيها (الونشريسي ١، 1401 هـ، صفحة 388/6)

فأنت ترى أنّ كلّ هذه الإيرادات الشديدة صادرة عن قريحة منكورة للعمل بمراعاة الخلاف. وقد أجاب عن هذه الاعتراضات كل من الإمام القَبّاب، والشيخ أبو عبد الله الفشتالي، فرد الشاطبي على جواب أبي عبد الله الفشتالي، ولم يرد على جواب القَبّاب، الذي بين له فيه أن مراعاة الخلاف من باب الاستحسان الذي كثر الخلاف والجدل حول العمل به، حتى قال الإمام الشافعي: "من استحسن فقد شرع" فإذا كانت هذه حالة الاستحسان الذي هو الأصل فكيف ستكون حالة مراعاة الخلاف وهي الفرع؟ (الونشريسي ١، 1401 هـ، صفحة 393/6)

فلا غرو أن تنال مراعاة الخلاف حظها الكبير من هذا الجدل وهي من أعقد فروع الاستحسان. وقد اقتنع الإمام الشاطبي تماما بوجهة نظر القَبَاب حتى أنه أصبح في كتابيه: "الموافقات" و"الاعتصام" ينظر لمراعاة الخلاف كما ينظر لها الإمام القَبَاب ويوصلها على وفق تأصيله.

الدليل الثاني: المجتهد في مراعاة الخلاف يراعي دليلا كان مرجوحا في الأصل إلا أنه قد تعضد بقرائن وملايسات كثيرة فارتقى إلى درجة الراجح لتحقيق المناط الخاص والعمل بالراجح واجب عند جمهور العلماء (الآمدي، 1402 هـ، صفحة 321/4).

ووجه كونها - أي مراعاة الخلاف - عملا بالراجح، أن المجتهد يقول ابتداء ويعمل بمقتضى دليله الراجح في نظره، ثم إذا وقع الفعل على مقتضى دليل المخالف واقتربت بوقوع الفعل قرائن مرجحة لقول المخالف وإبقاء الحالة على ما هي عليه وقال بذلك، فهو عمل بدليله الراجح قبل وقوع الفعل، ثم عدل عن دليله إلى دليل مخالفه عندما صار أرجح بعد وقوع الفعل، وفي هذا عمل بالراجح على كل حال . (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 379/6)

الدليل الثالث: أن الأدلة المتعلقة بمواقعة المنهيات أو الممنوعات تفضي إلى الحكم عليها بالخطر، وعن متربأتها بالبطلان والفساد، فإذا رأى المجتهد أن الاستمرار في العمل بمقتضى هذا الدليل إلى ما بعد الوقوع يؤدي إلى مناقضة قصد الشارع في نصب الأدلة وإلحاق الضرر بالمكلف وإدخال المفساد عليه وأنه لا بد للمسألة من اعتبار المال باستحضار مقاصد الشرع من رفع الحيف ودفع المفساد عن المكلفين عمل - أي المجتهد - بمراعاة الخلاف كدليل يتلاءم وطبيعة الوقائع والنوازل الجزئية، والخصوصيات الفردية.

ثانيا: اعتراضات النافين لمراعاة الخلاف ومناقشتها. لخص الشاطبي أهم الاعتراضات على قضية: "مراعاة الخلاف"، وبعثها إلى الشيخ ابن عرفة ضمن ثمانية أسئلة، كما أرسلها أيضا إلى الشيخ أبي العباس القباب، وحفظ هذه المراسلات كل من أبي يحيى محمد بن أبي بكر بن عاصم في شرحه لتحفة والده، والبرزلي في فتاويه، والونشريسي في المعيار (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 366/6)، وعليها سيعتمد البحث والمناقشة في هذا المطلب، وهذه أهم الأدلة والإشكالات التي قال بها النافون لمراعاة الخلاف وأجوبة علماء المذهب عليها تباعا فيما يأتي:

الاعتراض الأول: أن القول "برعي الخلاف" مخالف للقياس الشرعي؛ لأن القياس الشرعي يجري فيه المجتهد على مقتضى دليله، بخلاف رعي الخلاف فإنه يقتضي عدم جريانه على مقتضى دليله.

قال القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضّده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده ويفتي بمذهب غيره المضاد لمذهبه، هذا لا يسوغ، إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النازلة، فيسوغ له التقليد ويسقط عنه التكليف - أي الاجتهاد في استنباط الحكم عند النازلة- في تلك الحادثة". (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 36/12)

قال الشاطبي: "الدليل هو المتبّع فحيثما صار صير إليه، ومتى رجّح للمجتهد أحد الدليلين على الآخر - ولو بأدنى وجوه الترجيح - وجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه على ما هو مقرر في الأصول. فإذا رجّعه - أعني المجتهد - إلى قول الغير إعمال لدليله المرجوح عنده، وإهمال للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتباعه، وذلك على خلاف القواعد". (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 367/6)

الإجابة على هذا الاعتراض: ردّ عليهم: بأن رعي الخلاف يراد به اعتباره من وجه ما وبشرطه لا مطلقاً، فالقول بمراعاة الخلاف لا يخالف القياس؛ لأنه لا يقتضي ترك راجح لمرجوح، وإنما هو - على تفسير ابن عرفة لذلك -: أن في مراعاة الفقيه للخلاف إعمالاً لدليله من وجه هو فيه أرجح، وإعمالاً لدليل غيره فيما هو عنده أرجح. وقال أبو العباس القباذ: "...وبسطه أن الأدلة الشرعية منها ما تبين قوته تبيناً يجرم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمارتين، فهذا لا وجه لمراعاة الخلاف ولا معنى له. ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين، وترجح فيها إحدى الأمارتين قوّة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردّد النفس وتشوّفها إلى مقتضى الدليل الآخر، فهذا تحسن مراعاة الخلاف؛ فيقول الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنّه. فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتباراً، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس. فهذا معنى قولنا: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوّة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة، فهو توسط بين موجب الدليلين، فإذا أخذته هذا المأخذ ذهب التناقض". (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 379/6)

بيد أن الشاطبي لم يرتض هذا الجواب، فكتب إلى القباذ في نقضه، قال: "...قسّمتم الأدلة الشرعية المتعارضة إلى ما يجرم الناظر فيه بترجيح أحد الدليلين من غير تردّد، وإلى ما يبقى له في ترجيحه تردّد، وجعلتم "مراعاة الخلاف" في القسم الأول لا معنى له، وفي الثاني لها اعتبار، كما في الدليل المرجوح عند الناظر من الاعتبار. وهذه التفرقة لم تبين لي بعد؛ لأن الأمانة في القسم الثاني إذا ترجحت، فإما أن يكون

ترجيحا يقتضي تقديمها على الأخرى أو لا، فإن لم يقتض تقديمها فهو معنى التساوي بين الأمرتين، إذ لا معنى لرجحانٍ لا يفيد حكماً، ولا ينشئ ظناً. والتساوي يجري على حكمه قبل الوقوع وبعده، إما على الوقف أو على التخيير حسبما تقرر في الأصول، فإن اقتضى تقدم إحدى الأمرتين لحقت في الحكم بالقسم الأول الذي لا تردد فيه، إذ لا يسوغ أن يقول المفتي: هذا لا يجوز، مع التردد في عدم الجواز، وقوة إمكان الجواز. ولا أن يقال: إنه قبل الوقوع لا يجوز، وبعد الوقوع جائز، فإن هذا شنيع أن يكون الممنوع إذا فُعل صار جائزاً. وأيضاً فلا معنى لاعتبار دليل المنع قبل الوقوع، إلا أن دليل الجواز غير معتبر، ولا اعتبار دليل الجواز إلا أن دليل المنع ساقط الاعتبار، فلم يتصور في اعتبار الدليلين، مع ترجيح أحدهما؛ لأن هذا تضاد... (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 389/6)

ثم إن القباب قد أجاب على هذه الاعتراضات، ونقل الشاطبي هذا الجواب في "الاعتصام" وسلمه - كما هو الظاهر - حيث قال القباب: "هذه إیرادات شديدة صادرة عن قريحة قياسية منكرة لطريقة الاستحسان... ولقد ضاقت العبارة عن معنى أصل الاستحسان... فكيف ما بيني عليه.. ولقد كنت أقول بمثل ما قال هؤلاء الأعلام في طرح الاستحسان وما بني عليه، لو لا أن اعتضد وتقوى لوجدانه كثيراً في فتاوى الخلفاء وأعلام الصحابة وجمهورهم مع عدم النكير، فتقوى ذلك عندي غاية، وسكنت إليه النفس، وانشرح له الصدر، ووثق به القلب للأمر باتباعهم والافتداء بهم رضي الله عنهم..." (الشاطبي، 1412 هـ، صفحة 102/2)

وبعد تسليم الشاطبي لجواب القباب واقتناعه بوجهة نظره حول العمل بمراعاة الخلاف أصبح من أكبر المؤصلين لها ومن الذابين عنها كل اعتراضات النافين. يقول رحمه الله: "والأولى عندي في كل نازلة يكون فيها لعلماء المذهب قولان فيعمل الناس فيها على موافقة أحدهما، وإن كان مرجوحاً في النظر - أن لا يعرض لهم - وأن يجروا على أنهم قلّده في الزمان الأول وجرى به العمل، فإنهم إن حملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة وفتح لأبواب الخصام وربما يخالفني في ذلك بعض الشيوخ ولكن ذلك لا يصدني عن القول به، ولي فيه أسوة" (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 389/6)

الاعتراض الثاني: أنه لا يمكن تصوره عقلاً؛ فإن مراعاة الخلاف واعتباره جمعاً بين دليلين أو حكمين بينهما تناقض واختلاف، فقول كل مجتهد انبنى على دليل معارض لدليل مخالفه؛ فإن دليلي القولين لا بد أن يكونا متعارضين كل واحد منهما ضد ما يقتضيه الآخر، وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر

أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف - كما مرّ معنا، فكيف يراعي المتضادين ويجمع بين المتنافرين؟؟ (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 87/4)

فنقل الونشريسي عن بعض متأخري المالكية قولهم: "دليلا القولين لا بد أن يكونا متعارضين، كل واحد منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر، وهو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين" (الونشريسي ا.، 1401 هـ، صفحة 37/12) فلا يمكن -مثلا- أن نعمل بأدلة الحنفية في صحة نكاح بلا ولي، وبأدلة غيرهم في فساد هذا النكاح. فلا يمكن إلا أن نعتقد أحد المذهبين بدليله، فالعمل بكل واحد منهما عمل بمذهبين متنافيين.

وجوابه: الأعمال للدليلين في مراعاة الخلاف ليس فيه جمع بين متناقضين؛ لأنّ القول بأحدهما يكون في غير الوجه الذي يقول به الآخر، فالأوّل فيما قبل الوقوع، والآخر فيما بعده، وهما مسألتان مختلفتان، فليس جمعاً بين متنافيين ولا قولاً بهما معاً. (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 109/4)

الاعتراض الثالث: إنّ الواجب على المجتهد إتباع دليله إن اتّحد، وراجحه إن تعدد، فقلوه بقول غيره إعمال لدليل غيره وترك لدليله. (الونشريسي ا.، 1401 هـ، صفحة 378/6)

وقال الشاطبي: "...وإن قيل أنّ الكلّ -أي المجتهدين- مصيبون فليس على الإطلاق، بل بالنسبة إلى كلّ مجتهد أو من يقلّده؛ لاتّفاقهم على أنّ كلّ مجتهد لا يجوز له الرجوع عمّا أدّاه إليه اجتهاده، ولا الفتوى إلّا به؛ لأنّ الإصابة عندهم إضافية وليست حقيقية" (بالشاطبي، 1417هـ، صفحة 92/4)

وجوابه: إنّ في مراعاة الخلاف إعمال المجتهد لدليله من وجه هو فيه أرجح، وإعمال لدليل غيره فيما هو عنده أرجح حسبما تبين لنا في تفسير ابن عرفة، وحسبما تضمّنه حديث "الولد للفراش والعمل بالدليلين فيما كلّ واحد منهما هو فيه أرجح، ليس هو إعمالاً لأحدهما وتركاً للآخر، بل هو إعمال للدليلين معاً حسبما تقرّر (الونشريسي ا.، 1401 هـ، صفحة 379/6) وهذا في الردّ على الاعتراض الأوّل.

الاعتراض الرابع: نقله صاحب المعيار عن الإمام القباب "وقد رأى بعض النّاس أنّ مراعاة الخلاف لا تتمكّن إلّا على القول بالتصويب..." (الونشريسي ا.، 1401 هـ، صفحة 389/6) فمفهوم هذا القول أنّ مراعاة الخلاف لا تجري على القول بالتخطئة؛ لأنّ المخطئة يقولون: إنّ المصيب من المجتهدين واحد وغير مخطئ (القراقي، شرح تنقيح الفصول، 1393 هـ، صفحة 439/1) بدليل أنّه ليس للمجتهد أن يترك ما وصل إليه اجتهاده إلى قول غيره.

الجواب: أجاب القَبَاب - رحمه الله - بأنّ ما ورد في الاعتراض ليس كذلك، بل إنّ مراعاة الخلاف تتمشّي على المذهبين معاً، ولكنّها على التصويب أسهل. (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 388/6) وبين - رحمه الله - وجه جريانها على القول بالتصويب فقال: "إنّ المجتهد يعمل ابتداءً بمقتضى الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنّه. فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد، ولم يطل العبادة؛ لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النّفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النّفس". (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 388/6)

وعليه فإن علمنا أن مراعاة الخلاف بعد وقوع الحادثة هي بمثابة اجتهاد ونظر جديدين وأدلة مختلفة وأنّ المجتهد لا يصرف النظر عن مؤدّى اجتهاد مخالفه ومقتضى دليله، زال الاعتراض؛ "لأنّ مبدأ القول بالتصويب هو الاتفاق على أن كل مجتهد لا يجوز له أن يترك ما وصل إليه اجتهاده إلى قول غيره مادام يعتبر قوله صواباً. وبهذا يظهر وجه تمشّي مراعاة الخلاف على مذهب المصوّبة المبني على أنّ كل مجتهد مصيب وأنّ الإصابة تتعدّد في حقّ المجتهدين وأنّها إضافية لا حقيقية. أمّا وجه جريان مراعاة الخلاف على مذهب المخطئة، فلأنّهم يقولون: إنّ المصيب من المجتهدين واحد وغيره مخطئ غير آثم، غير أنّ المصيب غير معروف بعينه بالنسبة لنا (بالشاطبي، 1417 هـ، صفحة 92/4) فلا مانع من اعتبار قول كلّ واحد من المجتهدين، وعدم قطع النّظر عنه إذا وقع الفعل على مقتضاه؛ لاحتمال أن يكون هو المصيب للحقّ الذي أراده الله عزّ وجل (سالم، 1422 هـ، صفحة 242)؛ ولأنّ الجميع قاصد إلى الحكم الحقّ الذي هو قصد الشارع عند المجتهد.

لم أغفل بعض علماء المالكية ذكر مراعاة الخلاف. في أصولهم: وجدير بالذكر أن هذا الإغفال قد حدى بالإمام الشاطبي إلى أن يقول: "قد عدّ الناس الأدلّة ولم أر من عدّ مراعاة الخلاف أصلاً منها" (الونشريسي ا، 1401 هـ، صفحة 376/6)

وعليه يمكن أن يقال: إنّ الذين أغفلوا ذكر مراعاة الخلاف قد أغفل الكثير منهم بعض أصول المذهب المهمة الأخرى عدا مراعاة الخلاف، وبعضهم نسب إلى المذهب أصولاً ليست من أصوله، مما يدلنا أن هؤلاء لم يعمدوا إلى تحريّ الدقّة في عدّ أصول المذهب على سبيل الحصر، أما الذين قصدوا الدقّة في عدّ أصول المذهب فقد ذكروا مراعاة الخلاف وفصّلوا القول فيها باعتبارها أصلاً عريقاً من أصول مالك - رضي الله عنه - ثم إن بعض الذين أغفلوا ذكر مراعاة الخلاف ينفون العمل بها، أو لا يعتبرونها حجة،

كابن عبد البرّ واللّحيمي والقاضي عياض، فمن الطبيعي ألا يذكروها بين أدلة المذهب المالكي. وبعضهم يحتج بمراعاة الخلاف دون اعتبارها مصدرا أو أصلا مستقلا، بل يدرجونها تحت أصل آخر كالأستحسان، للتشابه بينهما .

بيان الراجح في موقف المالكية من مراعاة الخلاف: بعد ذكر موقف كل فريق من علماء المالكية من "مراعاة الخلاف" وأدلتها ومناقشتها يظهر رجحان مذهب الفريق الأول القائل: باعتبار قاعدة "مراعاة الخلاف" وبكونها أصلا من أصول التشريع في المذهب المالكي متفقا عليه في الجملة، وإن وقع الخلاف في تطبيقاته في بعض الجزئيات، وهو أصل مهمّ في بناء الأحكام عليه للأسباب الآتية:

■ قوة أدلة القائلين بمراعاة الخلاف وسلامتها من الطعن، مع ضعف أدلة المخالفين التي لم تثبت أمام ردود المجيزين، مع تلقي جمهورهم - أي المخالفين - هذه الردود والأجوبة بالقبول فيه مراعاة للردّ واعتباره.

■ العمل بقاعدة مراعاة الخلاف يتقرر بالدليل الأرجح الموجب للعمل به.

■ العمل بمراعاة الخلاف ليس من قبيل تقليد المجتهد لمجتهد آخر (وهو ممنوع)، ولكن المراعي للخلاف يحدّد النظر ويجتهد بما استجد في الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيا بالنظر لقول المخالف رعاية لمصلحة المكلفين ورفع الضرر عنهم كما أن المجتهد ينظر في مآلات تلك الأفعال ونتائج تلك التصرفات. غير مهممل لمقاصد الشارع وقواعده العامة وما ينتجه الفعل من واقع جديد يستدعي حكما جديدا، يعتمد فيه المجتهد لتحقيق المناط الخاص كما أشار إليه الإمام الشاطبي - وهو ما يتعلق بشخص معين - لمعرفة ما يناسبه وما ينطبق عليه من الأحكام الشرعية وفق ظروفه وطبيعته الشخصية وأحواله. وقد قرّر العلماء أن الحكم يقدر زمانا ومكانا وشخصا ونتيجة.

وبما أن الشريعة وضعت لجلب مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، كان مناط التكليف إما لجلب مصلحة أو لدرء مفسدة أو لهما معا، فينبغي العمل بمراعاة الخلاف كدليل من أدلة استثمار الأحكام المعتمدة لخدمة مصالح المكلفين بتحقيق العدل لهم ورفع الجور عنهم.

وقد استشكل نفاة رعي الخلاف بعدم انضباط العمل "بمراعاة الخلاف"؛ أي كونه حجة في موضع دون موضع، فإن ذلك خلاف ما يعقل في بادئ الرأي، وعلى فرض جواز العمل بمراعاة الخلاف في مواضع دون مواضع فإن الإشكال باقٍ في معرفة الضابط الذي ينبغي اعتماده في ذلك.

وجواب هذا الإشكال في المبحث الموالي .

4. خاتمة:

أولاً: النتائج العامة: من النتائج العامة التي توصلت إليها في هذا البحث:

- حتمية وضرورة الاهتمام والإمام بفقهِ الخلاف بين العلم ؛ فالعلم بفقهِ الخلاف هو العلم بوجوده نظر الأئمة المجتهدين للمسائل والوقائع، وطرائق الاستنباط لديهم للحكم في كلّ مسألة وعلى قدر هذا العلم والنظر يصير المجتهد فقيهاً أو تكون رتبته دون ذلك .
- بيان أهمية المصطلح العلمي، فإنّ اضطراب المصطلح مما يسبّب تفاوتاً في الفهم وخلطاً في البحث فتضارب الآراء وتختلف . وإذا حُقق المصطلح وضُبط معناه ظهر أنّ الخلاف لفظي غير حقيقي، أو أنّ سببه عدم توارد المتنازعين على محلّ واحدٍ.

ثانياً: النتائج الخاصة بالبحث: أورد هنا أهمّ ما توصلت إليه في هذا البحث من النتائج الجزئية التي تخص موضوع "مراعاة الخلاف".

- مراعاة الخلاف "أصل من الأصول المعتمدة التي اعتمدها المالكية في بناء الأحكام عليها، واشتهر العمل بها عندهم، حتى عدّت من مميزات ومحاسن المذهب المالكي.
- إنّ أدق تصوير لمراعاة الخلاف أنّها عبارة عن "إعادة نظر من المجتهد في حكم الفعل بعد الوقوع لِمَا يترتّب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظراً جديداً، يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف.
- أنّ بين "مراعاة الخلاف" والخروج من الخلاف "شبهاً قد يكون سبباً في الخلط بين القاعدتين، و يمكن حصر الفرق بينهما، في أنّ مراعاة الخلاف قسمان:

○ **مراعاة جزئية:** وهي اعتبار لمذهب المخالف من وجه، وأخذ بمذهب نفسه من وجه

آخر . وهذه مراعاة الخلاف المقصودة عند المالكية، ولا يكاد يعرفها الجمهور .

○ **مراعاة كلية:** وهي إهمال لمذهبه بالكلية، وعدول إلى مقتضى مذهب الآخر وخروج

إليه، وهذه هي قاعدة الخروج من الخلاف التي يذكرها عامة الفقهاء من مختلف

المذاهب.

- إنّ "مراعاة الخلاف" بمدلولها الذي بُين هي من خصوصيات المذهب المالكي ومميزاته من حيث التنظير والتأصيل، وإن وُجدت لها تطبيقات في المذاهب الأخرى، بخلاف مراعاة الخلاف بمعنى الخروج من الخلاف، فإنّها قاعدة معمول بها عند كل المذاهب الفقهية.

■ مسلك رعي الخلاف مبني على قاعدة النظر في مآلات الأفعال التي اهتم بها الشاطبي كثيرا ، واعتبر النظر فيها شرطا أساسياً في عملية الاجتهاد، وتعد "مراعاة الخلاف" قاعدةً من القواعد التي بنى عليها الشاطبي نظرية المآل.

ثالثا: توصيات: هنالك قضايا لم تلق الحظ الوافر من الدراسة والعناية في تاريخنا العلمي والفقهية، وقد كشف لي هذا البحث بعضها، فأعرضها، لعلني ألفت إليها نظر الباحثين.

■ ضرورة الاهتمام بالفقه المالكي بإخراج كتبه وتحقيقه، والكشف عن نظرياته ومناهجه بتفصيل . وقد كنت اعتقد قبل تهيئ هذا البحث أنّ للفقه المالكي خصوصيات معينة، فجاء هذا البحث ورسّخ عندي هذا الاعتقاد . فإن عطاء المالكية في أصول الفقه (المطبوع منها) وإن كان هناك مجهودات جبارة من دور نشر وباحثين مختصين -لا يصل إلى درجة عطاء الشافعية -مثلا-، لكن المجال الأساسي الذي أبدعوا فيه وكانت لهم فيه نظرات متميزة وعميقة هو مجال الفقه، وقد كان الفقه المالكي تاريخيا شديد الارتباط بواقع الحياة، ولذا كثر عندهم التأليف في علوم القضاء والتوثيق، وكثرت كتبهم في الفتاوى والنوازل ولهذا وَجَدَت نظريات أصولية مثل المصلحة والعرف والاستحسان ومراعاة الخلاف والقرائن مجالا خصبا للنمو والتطور في هذا المذهب.

■ ينبغي أيضا أفراد " علاقة الاستحسان بمراعاة الخلاف في الفقه المالكي " بالدراسة، وذلك لأهميتها وسعة آثارها في الفقه.

■ وينبغي أيضا حصر قواعد التنظير المالي ودراساتها في قالب المقاصدي الشرعي، وهذا ليس من باب إثارة القضايا الأصولية، ولكن من باب كيفية معالجتها باستحضار فن المقاصد الشرعية وأنهى بحثي هذا كما بدأته بحمد الله والصلاة والسلام رسول الله ، فأحمده جلّ جلاله حمدا كثيرا على توفيقه وعونه وأسأله أن يتقبل منا هذا العمل ويجعله خالصا نافعا لنا ولطلبة العلم ولسائر المسلمين، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

5. قائمة المراجع:

1. ابو عمرو، ابن عبد البر، (1412هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والاسانيد، طبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب

2. أبونصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (1987)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت
3. الآمدي، سيف الدين، (1402هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، مكتب الإسلام، بيروت
4. أبو عمرو، ابن عبد البر، (1418هـ)، جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت
5. البغدادى، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة
6. التسولي، أبو الحسن علي، (1418هـ)، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت
7. التميمي، أبو بكر، (1434هـ)، الجامع لمسائل المدونة، دار الفكر للنشر والتوزيع، أم القرى
8. أبو الحسين، أحمد بن فارس، (1399هـ)، مقاييس اللغة، دار الفكر، دمشق.
9. الرصاع، أبو عبد الله، (1350هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافي، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، بيروت.
10. السبكي، تاج الدين، (1411هـ)، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت
11. السرخسي، محمد بن أحمد، (1414هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.
12. عبد السلام، عز الدين، (1434هـ)، شجرة المعارف والاحوال، دار الكتب العلمية، بيروت.
13. الشاطبي، الحافظ إبراهيم، (1412هـ)، الاعتصام، دار بن عفان، السعودية.
14. الطوسي، أبو حامد الغزالي، (1406هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت.
15. الغرناطي، أم عاصم، (1434هـ)، شرح ابن الناظم لتحفة الحكم، دار بن حرم، الرياض
16. الطوسي، أبو حامد الغزالي، (1413هـ)، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت.
17. الفاسي، محمد بن الحسن، (1416هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت.
18. الفرائي، أبو نصر، (1407هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت .
19. الفيومي، أحمد بن محمد، (1405هـ)، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للمكتبة العلمية، بيروت
20. القار، محمد، (1422هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت.
21. القرائي، شهاب الدين، (1393هـ)، شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة ..
22. القرائي، شهاب الدين، (1418هـ)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت

23. القرطبي، ابن رشد، (1988م)، *المقدمات الممهدات*، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
24. المالكي، الابن، (1327هـ)، *اكمال اكمال المعلم فس شرح مسلم*، مطبعة السعادي، مصر
25. المقري، محمد بن محمد، *القواعد*، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الاسلامي، مركز إحياء التراث الاسلامي، مكة المكرمة
26. النووي، ابو زكريا، *المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي*، دار الفكر، دمشق .
27. النووي، ابو زكريا، (1392هـ)، *المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج*، دار إحياء التراث العربي .
بيروت
28. الوليدي، ابو الفضل، (1990م)، *الحلال والحرام*، مطبوعات وزارة الأوقاف المغربية، المغرب.
29. الونشريسي، ابو العباس، (1401هـ)، *المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، لغرب الاسلامي، المغرب*.
30. الونشريسي، ابو العباس، (1401هـ)، *إيضاح المسالك*، كلية الدعوة الإسلامية ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي، ليبيا.
31. عبد الوهاب، تقي الدين، (1416هـ)، *الإبهاج في شرح المنهاج*، دار الكتب العلمية، بيروت .
32. أنس، مالك، (1406هـ) *الموطأ*، بيروت، دار إحياء التراث العربي .
33. الشاطبي، ابراهيم، (1417هـ)، *الموافقات*، دار ابن عفان، مكة
34. بن جزى، محمد بن أحمد، *القوانين الفقهية* . بيروت، دار الكتب العلمية.
35. محمد الامين ولد محمد سالم، (1422هـ)، *مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض اصول المذاهب الاخرى وقواعده*، كلية الدراسات العليا، جامعة القرآن الكريم والعلوم الاسلامية، السودان ام درمان
36. ابن ابي شيبه، (1428هـ)، *مصنف ابن ابي شيبه*، لفروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة
37. بن عرفة، (1435هـ)، *المختصر الفقهي*، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الامارات العربية المتحدة .