قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في بناء الأحكام

أ. علي ميهوبي
جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية -قسنطينة-الجزائر-

تمهيد

الحمد لله رب العالمين، حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، لك الحمد يا الله حتى ترضى، ولك الحمد إذا رضيت، تباركت ربنا وتعاليت.

وصلى الله وسلم، وبارك على سيدنا، ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

إن علماء المسلمين من بداية عصر الصحابة إلى يومنا هذا وهم يجدون ويجتهدون في فهم كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ، وتقديم ما فهموه في أبواب منظمة، وأهم هذه الأبواب التي تهم الإنسان وعليها مدار حياته هي الأحكام الفقهية.

وهذه الأحكام الفقهية مستنبطة من نصوص الكتاب، والسنة عن طريق منهج علمي يسهل مهمة التعامل مع النصوص، ذلك هو أصول الفقه الذي عليه مدار فهم النصوص، وهذه الأصول مرتبة عند كل واحد من المجتهدين على حسب أهميتها؛ فالكتاب مقدم على غيره، ثم السنة، ثم ما يليهما من الأدلة التي اتفق على العمل بها، أو اختلف فيها.

والأصل في القواعد الشرعية العامة أن الفتاوى مبنية على تقديم النصوص على القياس، والقياس مقدم على غيره، وهكذا؛ فإذا وجد المجتهد نصا في مسألة ما أفتى بموجبه، ولا يلتفت إلى ما دونه في الرتبة والحجية، قال القاضي عياض:" وأنت إذا نظرت لأول وهلة مَنَازِعَ هؤلاء الأئمة ومآخذهم في الفقه[1]، واجتهادهم في الشرع، وَجَدْتَ مالكا رحمه الله ناهجا في هذه الأصول منهاجها مرتبا لها على مراتبها، ومداركها مقدما كتاب الله على الآثار، ثم مقدما لها على القياس والاعتبار، تاركا منها ما لم يتحمله الثقاة العارفون لما تحمله، أو يجهلونه، أو ما وجد الجمهور الجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه، ولا يلتفت إلى من تأول بظنه في هذا الوجه سوء التأويل، وقوله ما لا يقوله، بل صرح أنه من الأباطيل"[2].

فهذا النص نَظَّرَ لقاعدة مهمة ـ مثلا ـ عند إمام المدينة، حيث أشار إلى أن أخبار الآحاد ـ عند عدم الكتاب، والأخبار المتواترة ـ مقدمة على القياس حال التعارض، وهي حقيقة شهدت لها تلك الأصول المدونة.

الفصل التمهيدي: مقدمات القاعدة

المبحث الأول:حجية الحكم الاجتهادي

إن الخلاف في الفرعيات طبيعة، وشريعة، ومهما حاول المحاولون أن يجمعوا الناس على رأي واحد فلن يستطيعوا ذلك فيما فيه خلاف علمي مقرر؛ لأن مثل هذا الخلاف إنما هو أثر من آثار الاجتهاد في طلب الصواب، فهو صواب في حد ذاته ـ حتى لو سلمنا بخطئه ـ فإن رسول اللهﷺ أقر الخلاف

---

[1] والفقه التفهم في علم دينه وعلم شرائعه. وقال الحكيم الترمذي ما نصه: الفقه الفهم وانكشاف الغطاء، فإذا عبد الله بما أمر ونهى بعد أن فهمه انكشف له الغطاء عن تدبيره فيما أمر ونهى فهي العبادة الخالصة المحضة. حاشية العدوي:663/2

[2] ترتيب المدارك:94/1. الديباج:16.

الاجتهادي الفرعي، وهو حي، والوحي ينزل.

وما أبشع قول من يطالب الأمة كلها باتباع آراء ابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني، وابن حزم ـ حاشا ظاهريته ـ باعتبار هؤلاء يتبعون المنهج السليم.

فاختصار الأمة كلها ـ سلفها، وخلفها ـ في أربعة أشخاص إجحاف واضح بحق الأمة، ينبغي أن يتنبه له العقلاء.

ولا عجب أن تتعدد مسالك الحق، والخير، وكلها مقبول؛ لأن النبي ﷺ أجاز عمل المجتهدين، ولم يخطئ أحدهما، كواقعة الصلاة في بني قريضة، وقد اقتدى بعض الصحابة ببعض فيما أمضوه من الأقضية ـ مع المعروف من تعدد أقوالهم في المسألة الواحدة ـ، وكثيرا ما كان عمر رضي الله عنه يأخذ بفتوى علي ويقول:" قضية ولا لها إلا أبا الحسن".

وهذا الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، وقاضي القضاة، وصاحب الجمعة، وإمام الخلافة، لم يستنكف أن يقلد مالكا والشافعي يوم علم أنه ـ أي أبو يوسف ـ توضأ من بئر كان فيها جرذان ميتة، وقد كان صلى الجمعة، وانصرف الناس، وهذا الماء في رأيه نجس، وقال: إذن نأخذ بقول إخواننا الحجازيين:" إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا "، وأمضى الصلاة على هذا المذهب، ـ وهو صاحب مذهب آخر ـ.

وأما قاعدة مراعاة الخلاف فهي مخالفة للنسق العام في القواعد الأصولية، فهي لا تلغي فيها المجتهد مذهبه بالكلية، ولا يعمل به بالكلية، بل يعمل بقوله من وجه، وبقول غيره من وجه آخر.

المبحث الثاني:اعتبار الخلاف، وحجيته

والمقصود باعتبار الخلاف مراعاة الخلاف[1]، والعمل به عند أكثر العلماء سائغ؛ لأن المراعاة وسيلة للاحتياط في العمل بالأقوال المختلفة، فيحتاط للجمع بينهما على صورة تبرئ ذمته مما علق بها من التكاليف الشرعية، وليست المراعاة وسيلة لإثبات الأحكام الشرعية شأنها شأن أدلة الشرع الثابتة[2].

ومراعاة الخلاف على هذا إنما تكون باعتباره لما يكون راجحا في بعض حالاته لمعنى يقتضي ذلك الرجحان، لكن مع عدم إلغاء الاجتهاد الخاص كلية.

يقول الأستاذ الشاطبي ـ رحمه الله ـ: فإن قيل فما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي؟ فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف؟

وكان مما أجاب به جماعة من الشيوخ ـ فيما حكى الشاطبي رحمه الله: أن صيرورة الراجح مرجوحا بعد الوقوع إنما هي لمعارضة دليل آخر يقتضي دليل رجحان المخالف، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر.

وعلى هذا فليست مراعاة الخلاف جمعا بين متنافيين، ولا قولا بهما معا، وإلى هذا التقرير ميل الشيخ أبي عمران الفاسي رحمه الله[3].

الفصل الأول: حقيقة قاعدة المراعاة

المبحث الأول: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف

تعريف القاعدة: وقد عرفت هذه القاعدة بعدة تعاريف، وأشهرها تعريف ابن عرفة رحمه الله. ولنبدأ أولا بذكر معناها اللغوي:

---

[1] وهذا بخلاف التعليل بالخلاف: ومعناه الاحتجاج به، فيجعل مجرد وجود الخلاف في مسألة ما كاف لتسويغ العمل بأحد القولين دون الرجوع إلى قوة الأدلة وضعفها ليتبين الراجح من المرجوح، وهذا مما لا دليل عليه في الشرع، ولذا فهو باطل. الموافقات:141/4

[2] البحر المحيط : 310/8

[3] الموفقات:152/151/4

1 - تعريفها لغة: المُراعاة: المُناظَرة، والمُراقَبَة. يقال: راعَيْتُ فلاناً مراعاة، ورِعاءً: إذا راقَبْتَه، وتأَمَلْت فِعْله. وراعَيْتُ الأَمر: نَظَرْت إِلامَ يصير. وراعَيْته: لاحَظته. وراعَيْته: من مُراعاة الحُقوق[1].

والخلاف: المضادة. وهو على هذا ضد الاتفاق[2].

والخلاف، والاختلاف مصطلحان شائعان، قد يتفقان، وقد يختلفان على حسب مراد المتكلم، لكن المهم هو النظر إلى معنى المصطلحين في عرف اللغة، وفي عرف أهل العلم؛ ففي القرآن الكريم يطلق ويراد به التضاد، قال تعالى:﴿ ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا﴾[النساء:82].

وعند أهل العلم يطلق ويراد به عدم التماثل، والتجانس لا حقيقة التضاد، وهو يشمل في هذه الحالة اختلاف التنوع؛ أي الاختلاف المشروع، أما اختلاف التضاد فهو غير المشروع، وذلك كالاختلاف في أصول الدين وقطعياته، وهي المسائل التي لا يجوز فيها الاجتهاد بحال من الأحوال.

والقسم الأول من الخلاف هو المقصود في قاعدة مراعاة الخلاف، وهو الذي يشمل المسائل التي يجوز فيها الاجتهاد، وتسمى المسائل الاجتهادية، وهي التي تتكافأ فيها الأدلة، وليس فيها دليل أقوى من الآخر، فيأخذ كل مجتهد بما غلب على ظنه أنه الصواب عند الله تعالى.

2 - تعريف المراعاة اصطلاحا : وقد عرفها العلماء بتعاريف عدة، منها:

الأول: عرفها المشاط فقال: عبارة عن إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر[3].

---

[1] لسان العرب:14/327

[2] لسان العرب:9/90

[3] الجواهر الثمينة:235

والثاني: عرفها الأستاذ أبو إسحاق الشاطبي بقوله: هي إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر، أو بعض ما يقتضيه[1].

والثالث: وأشهر هذه التعاريف تعريف ابن عرفه رحمه الله فقال هو: إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر[2].

المبحث الثاني: أركان القاعدة

وحقيقة المراعاة التي يُعْمِلُهَا المجتهد أنها لا بد فيها من توافر ركنين اثنين هما: المراعِي، والمراعَى.

الركن الأول الْمُرَاعَى: والمراعى هو القول المرجوح في نظر المجتهد، والشرط فيه أن يكون قويا، لا أن يكون شاذا، ولا مهجورا، لكن ما المقصود بالقوة هنا، هل هو المشهور، أو غيره؟

والجواب: أن مراعاة المشهور هو الراجح من قول العلماء، وهناك من ذهب إلى الاعتماد على الشاذ إذا لم يكن واهيا، ولا مبنيا على هوى، وأن يكون الآخذ به، والمرجح له من أهل الاجتهاد.

أولا: فعلى المشهور من قول أهل العلم بأن المشهور هو المراعى، فهل المشهور هو ما قوي دليله، أو ما كثر قائله؟ وقد اخْتُلِفَ فيه على قولين:

القول الأول قيل: إن المشهور هو ما قوي دليله، وعلى هذا المعنى يكون هو الراجح، وقد ذهب القاضي أبو عبد الله بن عبد السلام إلى القول بعدم الاعتداد بالشاذ إذا كان ضعيفا، وَحَدَّ المشهورَ فقال:" والذي تحمل عليه مسائل المذهب أن الإمام رحمه الله راعى ما قوي دليله ...، وقد أجاز مالك الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت، وأكثرهم على خلافه، ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور. وهذا يدل على أن المُرَاعَى عنده هو الدليل لا كثرة القائل. وهو الذي نسبه

---

[1] الموافقات:151/4

[2] شرح الحدود:265، الجواهر الثمينة:235

القاضي أيضا إلى ابن خويز منداد"[1]. أهـ

وقال الرصاع: والذي يعتقد أن الإمام إنما يراعي ما قوي دليله ... فإن قلتَ: إذا كان كذلك، فهل تجب مراعاة الدليل، أو تجوز؟ قلت: يظهر وجوب ذلك عند المجتهد[2].

والقول الثاني: أن المشهور: ما كثر قائله، ولو كان مدركه ضعيفا، والضعيف: ما قل قائله ولو قوي مدركه.

وعلى هذا فلا يلزم من التصحيح كونه مشهورا، ولا يلزم من كونه مشهورا أن يكون صحيحا؛ لجواز أن يصحح قول الأقل[3]. والقول الأول هو المعول عليه؛ لما هو مقرر في الشرع من وجب مراعاة الأدلة، وليس أقوال القائلين، والله أعلم.

ثانيا: وبناء على القول غير المشهور عند أهل العلم من الاعتداد بالشاذ، فقد ذهبت إلى هذا الرأي طائفة من أهل العلم؛ فمما يؤخذ من بعض فتاوى الشيخ أبي الفضل العقباني رحمه الله أنه يعتد بالشاذ إذا عدل إليه مجتهد فرجحه بدلا من المشهور[4].

---

[1] المعيار: 37/12، وانظر أيضا: حاشية العدوي:520/2، وقد مال الشيخان ابن عرفة، وعبد الرحمن الوغليسي رحمهما الله إلى عدم الاعتداد بالشاذ، حيث قال الوغليسي رحمه الله:" لست ممن يتقلد غير المشهور الذي عليه القضاء، والفتيا من السلف والخلف". المعيار:24/12

[2] شرح الحدود: 269/1

[3] حاشية الدسوقي:135/99/1، حاشية العدوي:520/2

[4] المعيار:24/12

والذي يظهر من كلام الشيخ القاضي المحقق أبي عبد الله التونسي[1] رحمه الله في كتاب النكاح من شرح ابن الحاجب:" أن العامي له أن يقلد الشاذ ويعمل به، فإنه قال: القول الشاذ قد ينصره الفقيه، ويختاره المجتهد، ويقلده العامي"[2].

وجاء في المعيار: وفي الإمضاء بعد الوقوع يراعي فيه ما دونه من الشهرة[3]. وهذا بعد حديثه عن الخلاف الذي يراعى، وأنه يراعى المشهور، وقرر أنه في حالة ما بعد الوقوع يراعى ما دونه من الشهرة.

الركن الثاني: الْمُرَاعِي: والمراعِي الذي يقوم بفعل المراعاة لا يخلو إما أن يكون عاميا، أو مجتهدا؛ فأما العامي فهو العاجز عن الاجتهاد، فهو خلاف المجتهد، وأما المجتهد فهو المؤهل للاجتهاد، القادر عليه. فهل يمكن للعامي مراعاة الخلاف كما يمكن ذلك للمجتهد، أم لا؟

يقول الشاطبي رحمه الله:" وهذا إنما يجري في المجتهد وحده، والمجتهد إنما يتورع عند تعارض الأدلة لا عند تعارض الأقوال، وأما العامي في عامة أحواله فلا يدري مَنِ الذي دليله أقوى من المختلفين والذي دليله أضعف، ولا يعلم هل تساوت أدلتهم، أو تقاربت، أم لا؟ لأن هذا لا يعرفه إلا من كان أهلا للنظر، وليس العامي كذلك.

وأيضا: فتساوي الأدلة، أو تقاربها أمر إضافي بالنسبة إلى أنظار المجتهدين؛ فرب دليلين يكونان عند بعض متساويين، أو متقاربين، ولا يكونان كذلك عند بعض، فلا يتحصل للعامي ضابط يرجع إليه فيما يجتنبه من الخلاف مما لا يجتنبه"[4].

---

[1] والمقصود به ابن عبد السلام، وقد تقدم في القول الأول أنه لا يرى الاعتماد على الشاذ، وهو هنا يراه، فيكون له قولان في المسألة كما لابن القاسم.

[2] المعيار:27/12

[3] المعيار: 38/12

[4] الموافقات:105/1

والذي يتحصل من كلام الشاطبي أن العامي ممن لا يمكنه مراعاة الخلاف، بخلاف المجتهد الذي يمكنه ذلك بناء على ما توافر عنده من أهلية للنظر في الأدلة، ومن جملة النظر في الأدلة مراعاة الخلاف.

الفصل الثاني: في حكم مراعاة الخلاف، وأصلها من الدين

المبحث الأول: حكم مراعاة الخلاف

الأصل في التكاليف الشرعية أنها تمثل الغاية العليا التي يحاول كل مؤمن الوصول إليها، والتي تمثل صورة وحقيقة العبادة الكاملة، لكن شريطة أن تكون وفقا للشروط، والضوابط الشرعية.

وبما أن الطاعة متوقفة على مجيء الخطاب من الشارع، وكان الخطاب محتاجا إلى فهم وإدراك . إذ لا يمكن امتثال أمر لم يفهم . استقر في ذمم المكلفين في الجملة إحراز أهلية الفهم عن الشارع، وهو ما يسمى في عرف الشرع بالاجتهاد.

ولما كان مناط الاجتهاد الأدلة الظنية التي لا يقطع فيها بحكم شرعي معين كما في الأدلة القطعية دلالة وثبوتا، كان ما ينشأ عن النظر في هذه الأدلة الظنية مما تختلف فيه الأحكام؛ لأنه مما تتفاوت فيه العقول، والأدلة قوة وضعفا.

فكان لا بد من وسيلة يتيقن المكلف من خلالها ببراءة ذمته مما علق بها من التكاليف، وتلك هي مراعاة الخلاف التي هي وسيلة للاحتياط في العمل بالأقوال المختلفة، فيحتاط للجمع بينهما على صورة تبرئ ذمته مما علق بها من التكاليف الشرعية.

ولكون أن مراعاة الخلاف تخالف في ظاهرها وجوهرها القياس . أي اتباع اطراد النصوص، والقواعد الشرعية .، فقد اختلف في العمل بها، فأجاز قوم العمل بها، ومنعه آخرون، ولكون أن الجمهور على العمل بها فقد ذكرنا هذه

القاعدة، وبسطنا الكلام فيها.

ويتبين لنا بعد النظر في كلام الأصوليين أن هذه القاعدة يتجاذبها مذهبان: النفاة، والمثبتون.

الفرع الأول مذهب النفاة، وأدلتهم:

أ- **المالكية**: وقد عاب القول بمراعاة الخلاف جماعة من الأشياخ المحققين، والأئمة المتفننين، منهم أبو عمران الفاسي، وأبو عمر بن عبد البر، وعياض، وهم القائلون بعدم جواز مراعاة الخلاف، وهم جماعة من الفقهاء. وقد استدلوا لمذهبهم هذا بعدة أدلة منها[1]:

الدليل الأول: أن رعي الخلاف مخالف للقياس الشرعي؛ لأن القياس الشرعي يجري فيه المجتهد على مقتضى دليله؛ بخلاف رعي الخلاف فإنه يقتضي عدم جريانه على مقتضى دليله.

فقول المجتهد بقول غيره إعمال لدليل غيره، أوترك لدليله، وهو خلاف القياس[2].

قال القاضي عياض رحمه الله:" القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده، ويفتي بمذهب غيره المضاد لمذهبه، هذا لا يسوغ له إلا عند عدم الترجيح، وخوف فوات النازلة، فيسوغ له التقليد، ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة"[3].

قال الونشريسي رحمه الله:" والجواب عن قوله:" إنه إعمال لدليل غيره، أو ترك لدليله": أنا بينا أنه ـ رعي الخلاف ـ إعمال لدليله من وجه هو فيه أرجح، وإعمال دليل غيره فيما هو عنده أرجح، حسبما تضمنه حديث:" الولد للفراش"،

---

[1] وهناك أدلة أخرى للنفاة ذكرها الونشريسي في المعيار:391/390/389/381/380/379/6

[2] المعيار المعرب:378/6، وانظر الجواهر الثمينة: 136

[3] المعيار:36/12

والعمل بالدليلين فيما كل واحد منهما فيه أرجح، ليس هو إعمالا لأحدهما وتركا للآخر، بل هو إعمال للدليلين معا حسبما قررناه. والله أعلم، وبه التوفيق"[1].

والدليل الثاني: أن جمهور مسائل الفقه مختلف فيها، والمختلف فيه من المتشابه الذي يستحب التورع بالخروج منه[2]، فصارت معظم المسائل الفقهية يتورع فيها. وهو الإشكال الذي طرحه الأستاذ أبو إسحاق الشاطبي، حيث قال:" ولا زلت منذ زمان أستشكله حتى كتبت فيها إلى المغرب، وإلى إفريقية فلم يأتني جواب بما يشفي الصدر، بل كان من جملة الإشكالات الواردة أن جمهور مسائل الفقه مختلف فيها اختلافا يعتد به فيصير إذًا أكثر مسائل الشريعة من المتشابهات، وهو خلاف وضع الشريعة"[3].

والجواب: إن مرادهم بأن المختلف فيه من المتشابهات، هو المختلف فيه اختلافا ـ بَيِّنًا ـ، دلائل أقواله متساوية أو متقاربة، وليس أكثر مسائل الفقه هكذا، بل الموصوف بذلك أقلها لمن تأمل من محصلي مواد التأمل فحينئذ يكون المتشابه منها إلا الأقل[4].

وقد زاد الشاطبي هذا الجواب إيضاحا فقال:" فتساوي الأدلة، أو تقاربها أمر إضافي بالنسبة إلى أنظار المجتهدين؛ فرب دليلين يكونان عند بعض متساويين أو متقاربين، ولا يكونان كذلك عند بعض[5].

أ- **الظاهرية**: وممن ذهب إلى نفي العمل بقاعدة مراعاة الخلاف أيضا ابن

---

[1] المعيار المعرب:379/6

[2] وأما مسألة الورع بالخروج عن الخلاف فإن كثيرا من المتأخرين يعدون الخروج عنه في الأعمال التكليفية مطلوبا، وأدخلوا في المتشابهات المسائل المختلف فيها. الموافقات:103/1

[3] الموافقات:104/1، المعيار:381/6

[4] المعيار:381/6

[5] الموافقات:105/1

حزم الظاهري رحمه الله؛ لأنه ينكر الاختلاف في الشريعة الإسلامية، فلا يراعيه أصلا، حيث يقول رحمه الله:" الباب الخامس، والعشرون في ذم الاختلاف، قال أبو محمد: قال قوم: هذا مما يسع فيه الاختلاف. قال أبو محمد: وهذا باطل، والاختلاف لا يسع البتة، ولا يجوز لما نذكره بعد هذا، وإما الفرض علينا اتباع ما جاء به القرآن عن الله تعالى الذي شرع لنا دين الإسلام، وما صح عن رسول اللهﷺ ...، فما صح في النصين، أو أحدهما فهو الحق، ولا يزيده قوة أن يجتمع عليه أهل الأرض، ولا يوهنه ترك من تركه؛ فصح أن الاختلاف لا يجب أن يراعى أصلا"[1].

ويبدو أن ما دفع ابن حزم رحمه الله إلى هذا هو اعتقاده مراعاة الخلاف اعتبارا للخلاف، وهذا لا يصح كما بين ذلك الشاطبي رحمه الله، والله أعلم.

الفرع الثاني: مثبتوا مراعاة الخلاف، وأدلتهم

وقد أثبت الكثير من أهل العلم القول بمراعاة الخلاف كقاعدة أصولية، وعلى رأسهم المالكية الذين يُعَدُّونَ أول من أسس لهذه القاعدة، ووسع دائرة العمل بها، لكنها تعد عندهم من أضعف أصول المذهب[2].

ومراعاة الخلاف مندوبة؛ لأنها من ضروب الورع والاحتياط[3]، وذلك لا يكون إلا مندوبا، وقد اتفقت كلمة علماء المسلمين على أن رعي الخلاف حيث

---

[1] الإحكام في أصول الأحكام: 61/5

[2] قال الونشريسي: وتعد مراعاة الخلاف من أضعف أصول المذهب عند المالكية. المعيار:196/4

[3] والاحتياط هو التورع نفسه وهو: اجتناب ما يتقي المرء أن يكون غير جائز وإن لم يصح تحريمه عنده. وليس الاحتياط واجبا في الدين، ولكنه حسن. ولا يحل أن يقضي به على أحد، ولا أن يلزم أحدا، لكن يندب إليه؛ لأن الله تعالى لم يوجب الحكم به، والورع هو الاحتياط نفسه. الإحكام لابن حزم:50/1، والأصل في طلب الاحتياط أنه تشديد لا تخفيف. الفواكه الدواني:140/1

وقع أفضل من التورط فيه، وأن ذلك لا يكون إلا مندوبا.

قال العز بن عبد السلام رحمه الله: والاحتياط ضربان:" أحدهما: ما يندب إليه، ويعبر عنه بالورع، كغسل اليدين ثلاثاً إذا قام من النوم قبل إدخالهما في الإناء، وكالخروج من خلاف العلماء عند تقارب المأخذ[1].

ولذا لما استشكل بعض العلماء الخروج من الخلاف أجاب العلامة السبكي رحمه الله على هذا الاستشكال بقوله:" أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه، بل لعموم الاحتياط، والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعا مطلقا؛ فكان القول بأن الخروج من الخلاف أفضل ثابت من حيث العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعا، فمن ترك لعبة الشطرنج معتقدا حله خشية من غائلة التحريم فقد أحسن وتورع"[2].

ومقصود العلامة السبكي بعموم الاحتياط والله أعلم أن استحبابه إرشادي لا تكليفي، كما هو الحال في عامة التُّروكِ التي لم يرد في خصوصها نص من الشارع، وأجري عليها حكم الترك تورعا إلحاقا لها بكليات الأدلة وعموماتها. ومما جاء في ذلك من أقوال أهل العلم:

أولا مذهب المالكية: قال الشاطبي رحمه الله معبرا عن قاعدة المراعاة: وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة[3].

وقال ابن رشد في فتاويه:" والأولى الاحتياط[4] بالخروج من الخلاف بالتزام الأشد الأقوى الأحوط، فإن من عز عليه دينه تورع، ومن هان عليه دينه تبرع"[1].

---

[1] قواعد الأحكام في مصالح الأنام:14/2

[2] الأشباه والنظائر للسبكي: 112/1

[3] الاعتصام: 375/2

[4] وقد عرف بعض العلماء الاحتياط بأنه: العمل بأقوى الدليلين. تحفة الأحوذي:264/4، البحر الرائق:155/2، شرح فتح القدير:321/4، وهو على هذا رديف الاستحسان في معناه. ويمكن حمل قولهم: بأن الاحتياط هو:" العمل بأقوى الدليلين" بأن معناه: أن في كلا الأمرين

وقال النفراوي:" إن من الورع مراعاة الخلاف (وهذه قاعدتهم في براءة الذمة)؛ لأن العبادة المتفق على صحتها في كل مذهب خير من المختلف فيها"[2].

ثانيا مذهب الشافعية: قال الزركشي:" يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه إن قلنا كل مجتهد مصيب؛ لجواز أن يكون هو المصيب، وكذا إن قلنا إن المصيب واحد؛ لأن المجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه ونظر في مُتَمَسَّكِ مخالفه فرأى له موقعا فينبغي له أن يراعيه على وجه، وكذا الخلاف بين المجتهدين إذا كان أحدهما إماما لما في المخالفة من الخروج على الأئمة. وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه عاب على عثمان رضي الله عنه صلاته بمنى أربعا، وَصَلَّى معه، فقيل له في ذلك، فقال: الخلاف شر"[3].

وقال ابن أبي هريرة:" إن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه"[4].

ثالثا مذهب الحنفية:وضع ابن عابدين رحمه الله ضمن أبواب حاشيته مطلبا في ندب مراعاة الخلاف[5].

وقال أيضا:"... لكن صرحوا باستحباب مراعاة الخلاف، والله أعلم"[6].

تجاذبا بين دليلين متضادين، أو متخالفين، فأخذ بأقوى الدليلين في حالة تبين القوي من الضعيف، وهي الحالة التي يلحظ فيها المجتهد وهن دليله وضعفه في بعض الحالات، فيلجأ إلى إعمال لدليل مخالفه فيها فقط دون غيرها من الحالات.

[1] فتاوى ابن رشد: 1622/3، المقدمات:172/1

[2] الفواكه الدواني:267/2، وانظر أيضا: 125/1

[3] المنثور:128/127/2

[4] المنثور:128/2

[5] حاشية ابن عابدين:147/1

[6] حاشية ابن عابدين:505/1

رابعا مذهب الحنابلة: قال ابن تيمية رحمه الله:" كل من هذه المذاهب إذا أخذ به آخذ ساغ له ذلك، فإن خرج من الخلاف فأخذ بالأحوط كتحريه مسح جميع رأسه، وأخذ فيما لا يمكنه الخروج من الخلاف فيه كمسألة البسملة بقول الأكثر كان هو الأولى، قال: وعلى هذا أرى ما استمر من الخلفاء الراشدين - يعنى خلفاء بغداد - من ترك الجهر في الجوامع؛ لأن الخطباء قد يكون فيهم من يعتقد مذهب الشافعي، إلا أنهم استمروا على ذلك لما ذكرته"[1].

المبحث الثاني:الحكمة من رعي الخلاف

والحكمة من مراعاة الخلاف هي التحقق من براءة ذمة المكلف مما علق بها من حقوق الله تعالى؛ لأن الغاية التي يقصدها المحتاط في حال خروجه من الخلاف هي: الورع، والإبراء للدين؛ لكونها متعلق براءة الذمة والخروج عن العهدة[2]، والعمل بالورع غير محتاج إلى استدلال لبداهة استحبابه في الشرع. كما قال القرافي رحمه الله[3].

وقد ذكر المشاط في جواهره قيمة هذه القاعدة فقال:" كما يعد - الخروج من الخلاف - أصلا من أصول الترخيص والتخفيف يعود إليه كل من وقع في الضيق والحرج لتحقيق المصلحة، والتيسير، والرفق"[4].

ومن فوائد المراعاة أيضا رفع الحرج: كصحة صلاة الشافعي خلف المالكي؛ فالفاتحة مثلا لا تجب في صلاة الجنازة عند المالكية، وهي عند مالك مكروهة، وحكمها الوجوب عند الشافعي، وعلى هذا فلا يأتي بها المصلي إلا أن يقصد مراعاة الخلاف، فيقرأها بعد تكبيرة الإحرام مرة مع شيء من الدعاء

---

[1] المسودة:482/1

[2] وقد قرر علماؤنا أن الاحتياط والأخذ باليقين جائز غير مستنكر في الشرع، وأن ترك المشكوك فيه إلى المتيقن المعلوم جائز ، وليس من نوع الوسواس. نيل الأوطار:126/2

[3] الفروق: :240/4

[4] الجواهر الثمينة:235

حتى تصح الصلاة عندنا وعند الشافعي، والعبادة المتفق عليها خير من لف فيها.

لامة علي الصعيدي:" وقولنا بعد شيء من الدعاء؛ لأنه واجب فاتحة عند الشافعي فلا بد منهما حتى تصح الصلاة على ة باتفاق"[1].

لاف قاعدة أصولية تهدف إلى تحقيق الغايات، حكم باعتبار أن الشريعة جاءت لمصالح الناس في

ولا تكون هذه المراعاة إلا إذا كان التورط في الخلاف يفضي إلى تفويت مصالح شرعية مُتَعَيَّنَةٍ، أو تسبب في إحداث مفاسد تناقض في حقيقتها مقتضى الشرع، فيتعين حينئذ الخروج من الخلاف؛ لقوة احتمال المؤاخذة على التورط فيه.

يقول الشاطبي:" لأن الأصل إذا أدى القول بحمله على عمومه إلى الحرج، أو إلى ما لا يمكن شرعا، أو عقلا فهو غير جار على استقامة، ولا اطراد فلا يستمر الإطلاق، وهو الأصل أيضا لكل من تكلم في مشكلات القرآن، أو السنة لما يلزم في حمل مواردها على عمومها، أو إطلاقها من المخالفة المذكورة حتى تقيد بالقيود المقتضية للاطراد والاستمرار فتصح، وفى ضمنه تدخل أحكام الرخص إذ هو الحاكم فيها، والفارق بين ما تدخله الرخصة وما لا، ومن لم يلاحظه في تقرير القواعد الشرعية لم يأمن الغلط، بل كثيرا ما تجده خرم هذا الأصل في أصول المتبعين للمتشابهات، والطوائف المعدودين في الفرق الضالة عن الصراط المستقيم"[2].

---

[1] الفواكه الدواني:297/2

[2] الموافقات:102/1

المبحث الثالث:أصول قاعدة مراعاة الخلاف

ثبتت مشروعية مراعاة الخلاف بدليلين هما: المستند النقلي، والمستند الأصولي:

الفرع الأول المستد النقلي: وقد استدلوا لمنشأ هذه القاعدة في الشرع بحديثين هما:

الحديث الأول: عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت:" كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك. قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال: ابن أخي قد كان عهد إليَّ فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول اللهﷺ فقال سعد يا رسول الله: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه. وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فقال رسول اللهﷺ:" هو لك يا عبد بن زمعة". ثم قال رسول اللهﷺ:" الولد للفراش، وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة:" احتجبي منه". لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص، قالت: فما رآها حتى لقي الله[1].

ووجه الاستدلال: أن النبيﷺ راعى الحكمين معا؛ أي حكم الفراش وحكم الشبه، أما مراعاته لحكم الفراش فلإلحاقه الولد بصاحبه وهو زمعة، وأما مراعاته لحكم الشبه فلأمره سودة رضي الله عنها بنت صاحب الفراش بالاحتجاب من الولد الملحق به[2].

---

[1] والحديث صحيح، خرجه الشيخان، وغيرهما: البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات:724/2، برقم:1947، مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات:1080/2، برقم:1457

[2] الجواهر الثمينة: 239

وقال ابن دقيق العيد:" وقد استدل به بعض المالكية على قاعدة من قواعدهم، وأصل من أصول المذهب وهو مشروعية الحكم بين حكمين، وهو أن يأخذ الْفَرْعُ شَبَهًا من أكثر من أصل فيعطى أحكاما بِعَدَدِ ذلك، ولا يمحض لأحد الأصول.

وبيانه من الحديث: أن الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة في النسب، والشبه البَيِّنُ يقتضي إلحاقه بعتبة، فأعطي النسب بمقتضى الفراش وألحق بزمعة، وروعي أمر الشبه بأمر سودة بالاحتجاب منه؛ فأعطي الفرع حكما بين حكمين، ولم يمحض أمر الفراش فتثبت المحرمية بينه وبين سودة، ولا روعي أمر الشبه مطلقا فيلحق بعتبة.

قالوا ـ المالكية ـ: وإلحاقه بهما ولو كان من وجه أولى من إلغاء أحدهما من كل وجه، فإذا أُلْحِقَ بأحدهما فقط فقد أبطل شبهه بالثاني من كل وجه، فإذا ألحق بكل واحد منهما من وجه فيكون هذا الحكم وهو إثبات النسب بالنظر إلى ما يجب للمدعي من أحكام البنوة ثابتا، وبالنظر إلى ما يتعلق بالغير من النظر إلى المحارم غير ثابت"[1].

ووجه الاحتياط هنا أن النبيﷺ أمر زوجته سودة رضي الله عنها بالاحتجاب من الولد، مع أنه أُلْحِقَ بأبيها ـ في ظاهر الأمر ـ وذلك يقتضي كونها أخته شرعا.

الحديث الثاني: ومما استدلوا به أيضا حديث:" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل"، ثم قال:" فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها"[2].

---

[1] عمدة الأحكام:71/70/4، سبل السلام:211/3، فتح الباري:38/12

[2] والحديث أخرجه: أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي:229/2، برقم:2083، الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي:407/3، برقم:1101، البيهقي،

وقد ورد عند الدارقطني بلفظ:" لا تزوج المرأة المرأة فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[1].

قال العلامة أبو العباس القباب رحمه الله:" فحكم أولا ببطلان العقد، وأكده بالتكرار ثلاثا، وسماه زنا، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة، لكنه ﷺ عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله:" ولها مهرها بما أصاب منها"، ومهر البغي حرام[2].

وقال الشاطبي رحمه الله عقب هذا الحديث:" وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث، ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة، وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة وإلا كان في حكم الزنى، وليس في حكمه باتفاق؛ فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول مراعاة؛ لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من

كتاب النكاح، باب ما جاء في عضل الولي، والمرأة تدعو إلى كفاءة:138/7، برقم:13568، الدارقطني، كتاب النكاح:221/3، برقم:10، الدارمي، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي:185/2، برقم:2184

[1] والحديث أخرجه: البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي:110/7، برقم:13410، الدارقطني كتاب النكاح:227/3، برقم:25، ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي:606/1، برقم:1882

[2] المعيار:395/6، الاعتصام:378/2، وهذه الرواية هي زيادة في الحديث الثاني:" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها..."، وقد أخرجها: ابن ماجة: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي:605/1، برقم:1879، الحاكم: كتاب النكاح:183/2، البيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي:105/2

إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد، ولما بعد الوقوع دليل عام مرجح.

ثم يقول موضحا لحقيقة هذه القاعدة: وعلى هذا فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد 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 دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم، وحديث قتل المنافقين، وحديث البائل في المسجد فإن النبيﷺ أمر بتركه حتى يتم بوله، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر"[1].

ومما يمكن أن يستدل به أيضا" الأثر المشهور عن محمد بن عبد الحكم قال سمعت مالكا يقول: شاورني هارون الرشيد في ثلاثة: في أن يعلق الموطأ في الكعبة، ويحمل الناس على ما فيه، وفي أن ينقض منبر رسول اللهﷺ، ويجعله

---

[1] الموافقات:4/203/204، وحديث بول الأعرابي في مسجد النبيﷺ، والحديث بتمامه: عن أنس بن مالك أن أعرابيا بال في المسجد، فقام إليه بعض القوم، فقال رسول الله:" دعوه، ولا تزرموه، قال: فلما فرغ دعا بدلو من ماء فصبه عليه". واللفظ لمسلم، وهو حديث صحيح، خرجه الشيخان، وغيرهما: صحيح البخاري: كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد: 1/89، برقم:217، مسلم: كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول، وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، وأن الأرض تطهر بالماء حاجة إلى حفرها:1/236، برقم:284

من ذهب وفضة وجوهر، وفي أن يقدم نافعا إماما في مسجد النبيﷺ. فقلت: أما تعليق الموطأ فإن الصحابة اختلفوا في الفروع وتفرقوا، وكل عند نفسه مصيب"[1].

فواضح وأن الإمام مالكا رحمه الله هنا راعى خلاف الغير المحتمل للصواب، فلم يُجِزْ للخليفة حَمْلَهُ الناسَ على مذهبه وحده دون غيره من المذاهب الأخرى؛ فيكون بذلك قد اعتد بخلاف الغير مع أنه خلاف القياس، وهذا هو عين مراعاة الخلاف.

الفرع الثاني: المستند الأصولي

هناك مسائل تتجاذبها عدة أصول تشهد لصحتها وتأصيلها، مما يزيدها قوة في ثبوتها، وجواز العمل بها، بل ووجوبه، أو ندبه أحيانا أخرى، وذلك كله إذا لم تتضارب هذه الأصول، وتتناقض.

ومن هذا القبيل قاعدة مراعاة الخلاف، فإنها تتجاذبها عدة أصول شرعية، كل منها يثبت صحتها؛ فهي تؤول إلى قاعدة الاستحسان من جهة ،. كما بين ذلك الشاطبي في الموافقات ،. وإلى المصلحة من جهة أخرى.

كما أنها تصدر عن قاعدة المصيب من المجتهدين، وقاعدة براءة الذمة، وغير ذلك، لكننا هنا سنتكلم على تخريج هذه القاعدة على أصلين فقط هما:

أولا تخريج قاعدة رعي الخلاف على دليل الاستحسان: والاستحسان كما هو معلوم عند الأصوليين عرف بتعاريف كثيرة منها القريب من حقيقة هذا الدليل، ومنها البعيد.

ذكر ابن خويز منداد أن معنى الاستحسان الذي ذهب إليه بعض أصحاب مالك رحمه الله هو: القول بأقوى الدليلين[1]. وهذا التعريف جامع لأنه يصدق على مطلق الترجيح بين الأدلة.

---

[1] سير أعلام النبلاء:98/8

وأشهر تعريف للاستحسان هو تعريف الكرخي من الحنفية فقال الاستحسان هو: أن يَعْدِلَ الإنسان ـ المجتهد ـ عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه هو أقوى من الأول يقتضي العدول عن الأول[2].

أما وجه انتزاع القاعدة منه: فإن مقتضى القياس أن يجري المجتهد على وفق دليله، ويحكم بمقتضى اجتهاده الذي أداه إليه الظن الغالب الموجب للعمل، فلا يترك قوله ودليله ليصير إلى قول الغير ودليله، وهذا هو الأصل.

غير أنه يعدل عن ذلك فيهمل العمل بمقتضى قوله ودليله ـ من وجه ـ لِيُعْمِلَ دليل غيره المرجوح عنده.

وموجب هذا العدول عن العمل بمقتضى الاجتهاد الخاص من وجه هو رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم مدلول دليل ذلك المخالف المستدعي للاحتياط والأخذ بالحزم، وهو على هذا ليس تاركا لاعتقاده في قوله ودليله، وَمُطَّرِحًا له بالكلية، بل قصاراه أنه امتثل على وفق دليل غيره في جهة يكون قول الغير أرجح فيها، أو اختار الأشق من الأمرين مع اعتقاده صحة الأخف.

ولا شك أن هذا مندرج تحت الاستحسان، وَأَخْذٌ من معناه بوجه؛ لهذا لم يطرد على قانون واحد في كل مسألة خلافية كما هو شأن الاستحسان، وقد صرح الأستاذ أبو إسحاق الشاطبي بأن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة الخلاف[3].

---

[1] الإشارات في أصول الفقه:101/100.

[2] المعتمد:296/2، التبصرة:493/1، المحصول:169/6،403

[3] الاعتصام:145/2

ثانيا تخريج قاعدة رعي الخلاف على دليل المصلحة: والمصلحة المقصودة هنا هي المصلحة الشرعية، لكن ينبغي أن نبين معناها عند العلماء أولا:

تعريف المصلحة: قال حجة الإسلام أبو حامد الغزالي رحمه الله:" أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة. ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم؛ لكنا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم؛ فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة[1].

وأحسن من هذه التعاريف، وأوضحها تعريف الشاطبي فقال:" ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح، ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال"[2].

أما ناحية تعلق قاعدة مراعاة الخلاف بالمصلحة فيتضح ذلك من خلال المناسب الملائم، واعتبار المآل.

أولا من حيث المناسب الملائم: وقد جعل الأصوليون المناسبة من مسالك العلة، ويعبر عنها بالإخالة، وبالمصلحة، وبالاستدلال وبرعاية المقاصد، ويسمى استخراجها تخريج المناط، وهي عمدة كتاب القياس، ومحل غموضه، ووضوحه. ومعنى المناسبة: تعيين العلة بمجرد إبداء المناسبة مع السلامة عن القوادح، لا بنص، ولا غيره[3].

---

[1] المستصفى:174/1

[2] الاعتصام: 352/2

[3] إرشاد الفحول:365/1

قال ابن بدران رحمه الله:" متى أفضى الحكم إلى مصلحة علل بالوصف المشتمل عليها"[1].

ثانيا من حيث اعتبار المآل: والنظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا؛ وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام، أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل[2].

قال الأستاذ أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله: ومنها ـ قواعد اعتبار المآل ـ قاعدة مراعاة الخلاف، وذلك أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت، فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر، أو غيرها، كالزاني إذا حُدَّ لا يزاد عليه بسبب جنايته؛ لأنه ظلم له، وكونه جانيا لا يجني عليه زائدا على الحد الموازي لجنايته، إلى غير ذلك من الأمثلة الدالة على منع التعدي أخذا من قوله تعالى:﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[البقرة:194]، وقوله:﴿ والجروح قصاص ﴾[المائدة:45]، ونحو ذلك[3].

وعلى هذا فارتباط قاعدة مراعاة الخلاف بمراعاة وجود المصلحة، وعدمه أمر ملحوظ؛ فحين تنعدم المصلحة في حالة ما يراعى خلاف الغير المرجوح لأجل المحافظة على تحقيق المصلحة.

الفصل الثالث: شروط مراعاة الخلاف

من المعلوم أنه ليس كل خلاف يراعى بناء على قاعدة مراعاة الخلاف؛ لأن هذا أمر غير ممكن في واقع الحال، وحتى لا يشكل هذا الأمر على العمل

---

[1] المدخل لابن بدران:327/1

[2] الموافقات:194/4

[3] الموافقات:205/204/203/202/4

بهذه القاعدة ضبط العلماء هذه القاعدة بضوابط شرعية تحدد حقيقة الخلاف الذي يراعى بناء على هذه القاعدة، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون الخلاف قوي المدرك؛ أي أن يكون مأخذ المخالف فيما ذهب إليه قويا بحيث لا يعد هفوة، أو شذوذا، فإن ضعف ووهى مستنده في نظر الشرع اعتبر في جملة الهفوات التي لا يسلم منها إلا المعصوم ﷺ.

جاء في المعيار: وقيل: إنما يراعى الخلاف إذا كان قويا، ولا يراعى إذا كان شاذا ضعيفا، قال ابن عبد السلام: والذي تحمل عليه مسائل المذهب أن الإمام ـ رحمه الله ـ إنما يراعي من الخلاف ما قوي مدركه[1].

وقال الروياني، وغيره من الشافعية:" والضابط في الشبهة ـ شبهة الخلاف التي تراعى ـ قوة المدرك، لا عين الخلاف ـ اعتبار الخلاف ـ."[2].

وقال العز بن عبد السلام رحمه الله:" والضابط أن مأخذ الخلاف إن كان في غاية الضعف فلا نظر إليه لاسيما إذا كان مما ينقض الحكم بمثله وإن تقاربت الأدلة بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد؛ فهذا مما يستحب الخروج منه حذرا من كون الصواب مع الخصم"[3].

وفسر الغزالي رحمه الله قوة المأخذ في الخلاف الذي يراعى بأنه: ما قوي فيه دليل المخالف، ويدق وجه ترجيح المذهب الآخر عليه[4].

---

[1] المعيار: 37/12

[2] حواشي الشرواني:106/9، وقال الزركشي: ثم اعلم أن عين الخلاف لا ينتصب شبهة ولا يراعى، بل النظر إلى المأخذ وقوته. البحر المحيط:311/8

[3] قواعد الأحكام في مصالح الأنام:216/1، وانظر: المنثور:129/2، الأشباه والنظائر للسيوطي:137/1.

[4] إحياء علوم الدين: 115/2

ولهذا لم يُرَاعَ خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه في بطلان الصلاة برفع اليدين، فإن بعضهم - من الحنفية - أنكرها، وبتقدير ثبوتها فإنه لا يصح لها مستند، والأحاديث الصحيحة معارضة لها[1].

الشرط الثاني أن لا توقع المراعاة في محظور[2]، أو مكروه[3]:

قال ابن عابدين رحمه الله:" مطلب في ندب مراعاة الخلاف إذا لم يرتكب مكروه مذهبه. ثم قال: لكن هل المراد بالكراهة هنا ما يعم التنزيهية؟ الظاهر نعم، كالتغليس في صلاة الفجر السنة عند الشافعي، مع أن الأفضل عندنا الإسفار، فلا يندب مراعاة للخلاف فيه، وكصوم يوم الشك فإنه الأفضل عندنا، وعند الشافعي حرام، ولم أر من قال يندب عدم صومه مراعاة للخلاف"[4].

الشرط الثالث أن لا تؤدي مراعاته إلى خرق الإجماع: لأن إفضاء المراعاة إلى صورة تخالف ما أجمعت عليه الأمة يعد خرقا للإجماع، وذلك لا يجوز.

ومن ذلك ما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه، ويمسحهما مع الرأس، ويفردهما بالغسل، مراعاة لمن قال أنهما من الوجه، أو الرأس، أو عضوان مستقلان، فوقع في خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد بالجمع.

---

[1] المنثور:129/2، الأشباه والنظائر:137/1

[2] ومن المحظور الذي قد يقع فيه المراعي: أن يخالف سنة ثابتة صريحة، وهذا في حقيقة أمره من الأمور التي ينقض بها الاجتهاد في مسألة ما، لا مراعاة الخلاف فقط ؛ لأن السنة إذا ثبتت فلا يقدم عليها أي اجتهاد.

[3] ومن ذلك ما قاله الحنفية في مسألة قراءة الفاتحة في الجنازة بنية الثناء والدعاء؛ لأنها تكره بنية القراءة؛ لأنها محل الدعاء دون القراءة، خروجا من خلاف الشافعي. لكن عقب على ذلك الملاَّ علي القاري رحمه الله بأن استحباب قراءتها بنية الدعاء، خروجا من خلاف الإمام الشافعي فيه نظر؛ لأنها لا تصح عنده إلا بنية القرآن، وليس له أن يقرأها بنية القراءة، ويرتكب مكروه مذهبه ليراعي مذهب غيره كما مر تقريره أول الكتاب. حاشية ابن عابدين:214/2

[4] حاشية ابن عابدين:147/1

ووجه خروج المخالف عن الإجماع في هذا الموضع: أن الأصل في التعبدات التوقف، ولم يثبت في القرآن، ولا في السنة هذا الفعل أبدا، وليس هذا من باب الاحتياط؛ لأن الاحتياط ينبغي أن يكون من الشرع، وما ليس منه فليس منه، والله تعالى أعلى، وأعلم بالصواب.

- ومن ذلك أيضا: من تزوج بغير ولي، ولا شهود بأقل من ربع درهم؛ فقلد أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكا في عدم الشهود، والشافعي في ربع درهم، فإن النكاح إذا عرض على الحنفي لا يقول به، وكذلك الشافعي، والمالكي، وغيرهما، فيجب فسخه أبدا[1].

الشرط الرابع أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا: فإن لم يكن كذلك فلا يترك الراجح[2] عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه، وهو لا يجوز قطعا.

ومثاله: الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة لا يمكن مراعاته عند من يقول: إن أهل القرى إذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمتهم، ولا يجزيهم الظهر، فلا يمكن الجمع بين القولين.

وذكر ابن هبيرة في مسائل الإجماع أنه قد يتعذر الخروج من الخلاف، كما في البسملة فإن الجهر بها عند الشافعي رحمه الله هو السنة، وعند أبي حنيفة رحمه الله، وأحمد رحمه الله الإسرار هو السنة، وعند مالك رحمه الله الترك بالكلية[3].

---

[1] الجواهر الثمينة:236 نقلا عن إيصال السالك.

[2] ولأنه لا يمكن تصور وقوع مراعاة الخلاف في هذه الحالة؛ إذ المتصور فقط العمل بأحد القولين، ولهذا وجب الرجوع إلى الأصل وهو العمل بالراجح.

[3] المنثور:141/2

الشرط الخامس أن لا يترتب على المراعاة المذكورة ترك المذهب بالكلية:

لأن ترك المذهب الكلية فيه عدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح، وذلك لا يجوز بناء على القواعد الشرعية العامة القاضية بوجوب العمل بالراجح؛ وذلك كأن يتزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه صحيحا عند غيره، ثم يطلق ثلاثا؛ فابن القاسم يلزمه الثلاث مراعاة للقول بصحة النكاح الأول، ولا يتزوجها إلا بعد زوج؛ فإن تزوجها قبل أن تتزوج غيره لم يفسخ نكاحه؛ لأن التفريق حينئذ إنما هو لاعتقاد فسخ النكاح، وهو عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، ولا يمكن للإنسان أن يترك مذهبه بالكلية لمراعاة مذهب غيره.

ومعناه: أن منعه من تزوجها أولا إنما هو مراعاة للخلاف، وفسخ النكاح ثانيا لو قيل به لكان مراعاة للخلاف أيضا، فلو روعي الخلاف في الحالين معا لكان تركا للمذهب بالكلية، وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به أن لا يترك المراعي مذهبه بالكلية. قاله ابن بشير عن بعض القرويين[1].

والخلاصة:

أن قاعدة مراعاة الخلاف قاعدة أصولية مهمة، في الاستنباط الفقهي، في النوازل، اهتم بها علماء المالكية وغيرهم، إذ برزت هذه القاعدة كدليل أصولي يراعى من خلاله حال المكلف في حال العسر، فيرفع عنه الحرج والتضييق بمراعاة خلاف الغير ولو كان مرجوحا في نظر المراعي.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

---

[1] المعيار:38/12، الجواهر الثمينة:237