جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

أصل مراعاة الخلاف
ونماذج من تطبيقاته المعاصرة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه المقارن و أصوله

إعداد الطالبتين:

بونيف هاجر

بن لطرش نور الهدى

إشراف الأستاذ:

د، عز الدين عبد الدائم

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
د. عز الدين عبد الدائم	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية:2020\2021م

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): هاجر بونيف

الصفة: طالب، ~~أستاذ باحث، باحث دائم~~: طالب

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200360428

والصادرة بتاريخ: 2016/04/25

عن دائرة: بوسعادة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الانسانية قسم: العلوم الاسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(~~مذكرة التخرج~~، مذكرة ماستر، ~~مذكرة ماجستير~~، ~~أطروحة دكتوراه~~)، عنوانها:

أصل مراعاة الخلاف ونماذج من تطبيقاته المعاصرة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 22 جوان 2021

إمضاء المعني

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بن لطرش نور الهدى

الصفة: طالب، ~~أستاذ~~ باحث، ~~باحث~~ دائم: طالب

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200323608

والصادرة بتاريخ: 24-04-2016

عن دائرة: أولاد منصور

المسجل (ة) بكلية: العلوم الانسانية قسم: العلوم الاسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(~~مذكرة التخرج~~، مذكرة ماستر، ~~مذكرة~~ ماجستير، أطروحة ~~دكتوراه~~)، عنوانها:

أصل مراعاة الخلاف ونماذج من تطبيقاته المعاصرة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 22 جوان 2021

إمضاء المعني

الإهداء

إلى كل من عملنا حرفا في هذه الدنيا الفانية

إلى كل من تلقينا العلم الشرعي على يديه

إلى أفراد عائلتنا الكريمة كل باسمه وجميل وسمه

إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع

نهدي هذا العمل المتواضع ونرجو أن يكون هذا العمل خالصا لوجه الله الكريم.

شكر وعرفان

فالحمد والشكر لله أولا الذي وفقنا لإتمام هذا العمل،
ونسأله المزيد من التوفيق إلى ما يحبه و يرضاه.
وكل الشكر إلى أستاذنا الفاضل (د. عز الدين عبد الدائم) على إشرافه وتوجيهه لنا.
كما نتقدم بالشكر إلى كل أساتذة قسم العلوم الإسلامية الذين سقونا من بحر المعرفة
وإلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق الخلق ليعبدوه، ويطيعوه ويوحدوه، فأمرهم بالتمسك بشرعه، والاعتصام بحبله، والصلاة والسلام على من أرسله ربه مبشرا ونذيرا، وداعيا إلى الله بإذنه، وسراجا منيرا، فهدى الله به من الضلالة، وجمع به من الفرقة، وعلى آله الأطهار، وأصحابه الأبرار، الذين اهتدوا بهدى الله وائتلفت قلوبهم على كتاب الله، أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية شريعة كاملة، تتميز بالعديد من السمات والخصائل، مما جعلها أشمل الشرائع وأكملها، وأصلحها لكل زمان ومكان، فمن المميزات التي تميز الشريعة الإسلامية عن غيرها أنها شريعة عالمية لا تُخص بجنس معين، بل هي للبشر كافة، كما أنها تسعى لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم، وجلب التيسير ورفع الحرج. قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ﴾.

وبالنظر لخاصية المرونة التي تميز شريعة الإسلام، فقد جعلتها قادرة على استيعاب كل ما يطرأ من وقائع ومستجدات عن طريق الاجتهاد، وكل المسائل التي تُبنى على الاجتهاد تختلف فيها الآراء وتتعدد، وهذا ما نجده عند الوقوف على مراحل الفقه الإسلامي المختلفة، بدءا من اختلاف الصحابة في اجتهاداتهم إلى عصرنا الحالي، وهذا الاختلاف هو رحمة من الله عز وجل قال تعالى:﴿ وَلَوۡ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةٗ وَٰحِدَةٗ وَلَا يَزَالُونَ مُخۡتَلِفِينَ﴾، فالاختلاف في فروع الشريعة دليل على مرونتها وتطورها لتشمل كل القضايا والنوازل.

والخلاف الفقهي كان موجودا منذ عصر الصحابة إلى التابعين ثم امتد بعد ذلك ليشمل عصر الأئمة المجتهدين، وظهرت المدارس والمذاهب الفقهية المشهورة، وكان لكل مذهب خصائص ومميزات، ومن أشهر المذاهب الفقهية على الإطلاق "المذهب المالكي " الذي امتاز بتنوع أصوله وكثرتها، ومن الأصول التي بُني عليها العديد من الأحكام في هذا المذهب **أصل مراعاة الخلاف**. وهذا الأصل من الأدلة التبعية المختلف فيها، بل إن هناك من المالكية من اختلفوا في عده دليلا لاستنباط الأحكام التكليفية. لذا يجدر بنا البحث عنها ومحاولة تطبيقها في الواقع العملي المعاصر للحد من التعصب المذهبي وتضييق دائرة الخلاف الفقهي.

أهمية الموضوع: يستمد أصل مراعاة الخلاف أهميته مما يلي:

- قاعدة "مراعاة الخلاف" من المواضيع المهمة كثيرا للمجتهد خصوصا في الفروع والمسائل الفقهية.
- بيان منزلة أصل "مراعاة الخلاف" عند المالكية.
- بيان أثر قاعدة "مراعاة الخلاف" في التيسير ورفع الحرج على المكلفين، ونبذ التعصب المذهبي.
- بيان أثر قاعدة مراعاة الخلاف في تفعيل الاجتهاد المعاصر مع الإشارة لبعض النماذج التطبيقية المعاصرة.

أسباب اختيار الموضوع: يرجع السبب من وراء اختيار موضوعنا إلى:

أ- أسباب ذاتية:

- زيادة رصيدنا العلمي وتوسيع مداركنا حول الأصول الاجتهادية للمذهب المالكي.

- كون موضوع مراعاة الخلاف من صلب التخصص-فقه مقارن وأصوله-، وهذا ما حفزنا لمعرفة هاته القاعدة وتطبيقاتها المعاصرة.

ب- أسباب موضوعية:

- حاجة الاجتهاد المعاصر لقاعدة مراعاة الخلاف لاسيما في هذا العصر الذي كثرت فيه النوازل والمستجدات.
- حاجة المفتين لقاعدة مراعاة الخلاف، لما فيها من التيسير والتخفيف عن الناس ورفع الضيق والحرج عنهم.

أهداف الموضوع: يهدف الموضوع إلى:

- التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف وبيان منزلتها في المذهب المالكي.
- معرفة حجية قاعدة مراعاة الخلاف في المذهب المالكي.
- إبراز بعض المسائل والنماذج التطبيقية المعاصرة لأصل مراعاة الخلاف.

إشكالية الموضوع: تنطلق إشكاليه بحثنا من سؤال رئيس مُفاده: ما مدى اعتبار أصل مراعاة الخلاف حجة؟ ويتفرع عن هذا السؤال تساؤلات فرعية جزئية هي: ما لمقصود بأصل مراعاة الخلاف؟ وهل هو أصل خاص بالمالكية أم اعتدت به المذاهب الأخرى؟ وهل لهذا الأصل تطبيقات في ظل الاجتهادات المعاصرة؟

منهج البحث: اعتمدنا في بحثنا هذا على عدة مناهج خادمة للدراسة وهي:

- المنهج الوصفي: ووظفناه في تعريف أصل مراعاة الخلاف وبيان شروطه وأقسامه وما يتعلق به من أدلة تبعية أخرى.
- المنهج التحليلي: ووظفناه في تتبع المسائل التي بنى الفقهاء أحكامها على مراعاة الخلاف، وكذا في مقابلة أقوال الفقهاء ببعضها.
- المنهج المقارن: ووظفناه في ذكر أقوال الفقهاء وبيان الخلاف الفقهي ومناقشة الأدلة.

الدراسات السابقة:

يوجد عدد من الدراسات حول موضوع قاعدة مراعاة الخلاف، منها دراسات مباشرة، ومنها دراسات تناولت مراعاة الخلاف تبعا لموضوع آخر، وسنركز على أهمها مما يتعلق ببحثنا وهي:

1. مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده تأليف ولد محمد سالم بن الشيخ، ولقد درس الباحث قاعدة مراعاة الخلاف دراسة تفصيلية خاصة ما تعلق منها بالشق النظري، حيث فصّلَ في بيان مدلولها والفرق بينها وبين الخروج من الخلاف، وكذا علاقتها ببعض الأدلة التبعية الأخرى كالاستحسان وسد الذرائع، ثم ذكر شروط القاعدة وضوابطها وبعض الفروع الفقهية التي تنبني عليها، وبالرغم من دراسته التفصيلية غير أنه أغفل عن بعض الأمور بالغة الأهمية فيما يخص الموضوع، لذلك ركزت على دراستها في بحثي ، فذكرت أهمية قاعدة مراعاة الخلاف في التقريب بين المذاهب، ونبذ التعصب المذهبي والجمود الفقهي، وكذا بيان دورها في الاجتهاد المعاصر، مع التفصيل في ذكر تطبيقات معاصرة لها.
2. مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية تأليف أحمد شقرون: وقد قسم بحثه إلى خمسة فصول، الفصل الأول: تعريف مراعاة الخلاف، حيث وضح الباحث ماهية مراعاة الخلاف وقام بتعريف قسمي هذه القاعدة: مراعاة الخلاف قبل الوقوع ومراعاة الخلاف بعد الوقوع. والفصل الثاني كان حول أصول المذهب المالكي ومنزلة مراعاة الخلاف بين هذه الأصول وذكر الفتاوى التي راعي الإمام مالك فيها الخلاف؛ والفصل الثالث: تناول فيه الباحث موقف علماء المالكية من مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل، وقام بذكر اختلافهم ومدى اعتدادهم بهذه القاعدة وذكر الأدلة التي استدل بما المجيزون والنافون لهذه القاعدة والترجيح بينها؛ والفصل الرابع: كان عبارة عن تبيين حكم و شروط مراعاة الخلاف، ومقارنة مراعاة الخلاف ببعض المباحث الأصولية و تبيين أوجه الشبه

والاختلاف بينها وبين مراعاة الخلاف؛ أما الفصل الخامس : فقام الباحث ببيان موقف غير المالكية من مراعاة الخلاف، ثم تطرق إلى ذكر الفروع التي بنى فقهاء المالكية أحكامها بمراعاة الخلاف. وهذا الكتاب كذلك ركز على أصل مراعاة الخلاف من الناحية النظرية وأسهب فيه، وأغفل عن تفعيل هذه القاعدة في الاجتهاد المعاصر، لذلك تناولت في بحثي الجزء النظري لهذه القاعدة باختصار وركزت على الجانب التطبيقي للقاعدة في الواقع المعاصر لأنه لايزال بحاجة إلى الدراسة.

صعوبات البحث: كطبيعة أي بحث تواجهه صعوبات كثيرة نوجزها فيما يلي:

- جل الكتب تطرقت للجانب النظري.
- صعوبة التعامل مع كتب المتقدمين في الموضوع وعدم إمكانية الإحاطة بالمصدر الكبير للمعلومات.
- عدم وجود كتب تناولت مسائل تطبيقية معاصرة لأصل مراعاة الخلاف.

منهجية البحث: لسلامة البحث ووصوله إلى درجة مرضية اعتمدنا على المنهجية التالية:

- كتابة الآيات وفق المصحف الإلكتروني برواية ورش ووضعها بين قوسين مميزين مع ذكر الآية ورقم الصفحة.
- تخريج كل الأحاديث والإشارة إلى باب ورقم الحديث والصفحة.
- عرض آراء الفقهاء بموضوعية، وذكر النصوص مع توثيقها، ونسبة كل كلام لقائله.
- نسبة الأبيات الشعرية إلى قائليها.
- ضبط الألفاظ التي تحتاج إلى ضبط حتى لا توحي إلى معاني أخرى غير الموضوعة لها، أو يكون بها لبس وغموض.
- تخريج الأعلام غير المشهورين أو الغريبين، أما المعروفون فلا حاجة لبيانهم.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة بحثنا أن تكون خطته مقسمة إلى: مقدمة وفصلين وخاتمة فكان على النحو الآتي:

1. **مقدمة**
2. **الفصل الأول: مراعاة الخلاف ومدى مشروعيته**
   - المبحث الأول: مفهوم مراعاة الخلاف ومصطلحاته
   - المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة واصطلاحا.
   - المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة به.
   - المطلب الثالث: الفرق بين قاعدة الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف.
   - المبحث الثاني: حجية أصل مراعاة الخلاف وشروطه.
   - المطلب الأول: حجية أصل مراعاة الخلاف (أدلة المثبتين، أدلة النافين).
   - المطلب الثاني: شروط الاحتجاج بأصل مراعاة الخلاف.
   - المبحث الثالث: أقسام مراعاة الخلاف وعلاقته ببعض الأصول الاجتهادية.
   - المطلب الأول: مراعاة الخلاف قبل الوقوع.
   - المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بعد الوقوع.
   - المطلب الثالث: علاقة مراعاة الخلاف بأصلي الاستحسان وسد الذرائع واعتبار المآل.
3. **الفصل الثاني: تفعيل قاعدة مراعاة الخلاف ونماذج من تطبيقاتها المعاصرة.**
   - المبحث الأول: أهمية قاعدة مراعاة وتفعيلها في الاجتهاد المعاصر.
   - المطلب الأول: أهمية قاعدة مراعاة الخلاف ودورها في القضايا المعاصرة.
   - المطلب الثاني: مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاجتهاد المآلي.
   - المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في التقريب ونبذ الجمود والتعصب المذهبي.
   - المبحث الثاني: نماذج تطبيقية معاصرة لأصل مراعاة الخلاف.
   - المطلب الأول: مسألة زواج المسيار.
   - المطلب الثاني: مسألة الزواج بدون ولي.

- المطلب الثالث: مسألة عقد وكالة عدل.
- المطلب الرابع: مسألة السلم إلى أجل قريب.
- المطلب الخامس: مسألة بيع المرابحة للآمر بالشراء.
- المطلب السادس: مسألة استعمال مياه الصرف الصحي في الطهارة.
- المطلب السابع: مسألة تمثيل الصحابة رضوان الله عليهم.

4. **خاتمة: وفيها أهم النتائج.**

الفصل الأول: مراعاة الخلاف ومدى مشروعيته

وتحتوي على:

المبحث الأول: مفهوم مراعاة الخلاف ومصطلحاته.

المبحث الثاني: حجية أصل مراعاة الخلاف وشروطه.

المبحث الثالث: أقسام مراعاة الخلاف وعلاقته ببعض الأصول الاجتهادية.

تمهيد:

كان للإمام مالك منهج اجتهادي متميز يختلف عن منهج الفقهاء الآخرين، فقد كان يعتمد على أصول اجتهادية عقلية إلى جانب الأصول النقلية المعروفة من كتاب وسنة وإجماع وقياس، وهذا ما ساهم في كثرة الأصول وتنوعها، بل إن هناك من الأصول من تفَرّد به مذهب المالكية وتميزوا به عن غيرهم من المذاهب، ولعل اهم الأصول التي عُدّت من مميزات المذهب المالكي أصل "مراعاة الخلاف" حيث اهتموا به وأولوه عناية كبيرة في مؤلفاتهم.

ولقد برزت العناية بهذا الأصل كثيرا عند المالكية المتأخرين بيانا لمفهومه وشروطه ومُدركه الشرعي، وسبب هذه العناية أن الشاطبي استَشكل عليه فهم هذا الأصل لما فيه من لبس وغموض واختلاف بين الفقهاء في الاعتداد به أم لا، لذلك راسل بعض أئمة المغرب من علماء المذهب يلتمس منهم البيان عما انسدل على هذا الأصل من الإبهام والإشكال، فأجابه بعضهم من أمثال ابن عرفة التونسي وأبو العباس القباب وغيرهم، فَتوضّح من أجوبتهم مفهوم مراعاة الخلاف وما يتعلق به من أصول وشروط.

المبحث الأول: مفهوم مراعاة الخلاف ومصطلحاته

هذا المبحث سيكون توضيحا لمصطلحات العنوان حيث يُعرّف أصل مراعاة الخلاف باعتباره مركبا إضافيا، ثم باعتباره علما، ثم بيانا للمصطلحات ذات الصلة به، ثم يليه بيان الفرق بين قاعدة مراعاة الخلاف وقاعدة الخروج من الخلاف.

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة واصطلاحا

معرفة معنى المركب تتوقف على معرفة أفراده، وجملة هذا المركب تتكون من فردين هما المراعاة والخلاف.

الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة:

أولا: المراعاة في اللغة: وراعى أمره: حفظه وترتبه، والمراعاة: المناظرة والمراقبة، يقال: راعيت فلان مراعاة ورعاء إذا راقبته وتأملت فعله. وراعيت الأمر: نظرت إلام يصير. وراعيته: لاحظته. وراعيته: من مراعاة الحقوق، وفلان يراعي أمر فلان أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره، وأرعى عليه: أبقى.

قال أبو دهبل: أنشده أبو عمرو بن العلاء:

إن كان هذا السحر منك فلا ،، تراعي علَيّ وجددي سحرا

والإرعاء: الإبقاء على أخيك؛ قال ذو الإصبع:

بني بعضهم بعضا ،، فلم يرعوا على بعض[1]

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414ه، ج14، ص327.

فالراء والعين والحرف المعتل أصلان: أحدهما المراقبة والحفظ، والآخر الرجوع؛ رعيت الشيء إذا راقبته ولاحظته، والراعي: الوالي.[1]

والمعنى المناسب والأقرب إلى المعنى الاصطلاحي هو المحافظة، لأن المراعاة بالنسبة للمجتهد هي أن يحافظ على رأي غيره في بنائه للأحكام الشرعية، ولا يقوم بإسقاطه أو إهماله.

ثانيا: الخلاف في اللغة: مادة خلف: الخلف ضد قدام. قال ابن سيده: خلف نقيض قدام مؤنثة، وهي تكون اسما وظرفا، فإذا كانت اسما جرت بوجوه الإعراب، وإذا كانت ظرفا لم تزل نصب على حالها. وقوله تعالى: ﴿يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِهِۦ عِلْماً﴾ ؛ خلفهم: أي ما قد وقع من أعمالهم وما بين أيديهم من أمر القيامة وجميع ما يكون.

والخلاف: المضادة، وقد خالفه مخالفة وخلافا فقولهم: خلف فلان بعقبي إذا فارقه على أمر فصنع شيئا آخر، ويقال: إن امرأة فلان تخلف زوجها بالنزاع إلى غيره إذا غاب عنها.[2]

الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا:

مراعاة الخلاف من القواعد المبهمة التي لابد من توضيح معناها حتى نتمكن من استعمالها في استخراج الأحكام، وهي أصل من أصول المذهب المالكي، وقد نص عليه غير واحد من أئمة المذهب، وجعلوه من قواعد المذهب وأصوله التي بنى عليها مالك وأصحابه كثيرا من الفروع الفقهية؛ ومن النصوص التي نسب فيها المالكية هذا الأصل للمذهب المالكي:

---

[1] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ط1، 1399هـ، ج2، ص408.

[2] ابن منظور، المرجع نفسه، ج9، ص90.

قال ابن رشد الجد: «... مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب»، وقال: «... ومن مذهبه مراعاة الخلاف»، وقال في نوازله: «مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك». وقال المقري في قواعده: من أصول المالكية مراعاة الخلاف.[1]

وبعد أن تطرقنا إلى أصل مراعاة الخلاف باعتباره قاعدة من قواعد المذهب المالكي لابد أن نتجه إلى تعريفها وبيان معناها:

- التعريف الأول: عرفها ابن عرفة[2]: « إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر».

فقوله إعمال دليل: جنس للرعي يصدق على رعي الخلاف وغيره. أما الدليل فهو ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري، والمطلوب هو المدلول، وقوله في لازم مدلوله: أخرج به إعمال الدليل في مدلوله.

مثاله: فسخ الإمام مالك لنكاح الشغار ولو بعد الوقوع، ولكن في حال وفاة احد الزوجين يثبت الميراث للطرف الآخر مراعاة لخلاف الحنفين الذين يرون صحته بعد الوقوع، فنستنتج أن الإمام مالك راعى دليل خصمه بعد الوقوع.[3]

[1] حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب لمالكي، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1و 1432هـ، ص596.

[2] ابن عرفة: هو محمد لن محمد بن عرفة الورغمي (نسبة إلى ورغمه من قرى إفريقيا)، التونسي المالكي، الإمام العلامة الأصولي الفروعي المتبحر في كثير من العلوم، من تآليفه: "المبسوط في الفقه المالكي" أو" التقييد الكبير في المذهب"، توفي سنة 803 ه. الديباج لابن فرحون ج2 ص338-340.

[3] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان، دار الغد الإسلامي، ط1، 1993م، ج1، ص263-265.

- التعريف الثاني: فإن قيل فما مراعاة الخلاف، فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف؛ فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها؛ روعي فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الدليل الراجح، عند الإمام مالك، فهو لم يعامل المسائل المختلف فيها معاملة المتفق عليها، ألا تراهم يقولون: كل نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسخه إلى الطلاق.[1]
- التعريف الثالث: عرفها أبو عبدالله بن عبدالسلام[2]: المراعاة في الحقيقة إعطاء كل من دليلي القولين حكمه، وهذا يشير إلى المذهب الأخير وأقول: إنه يراعي المشهور، والصحيح: قبل الوقوع، خلافا لصاحب المقدمات؛ توقيا واحترازا، كما في الماء المستعمل، وفي القليل بنجاسة على رواية المدنيين، وبعده: تبرء وإنفاذا كأنه وقع عن قضاء أو فتيا، لا فيما يفسخ من الأغذية، ولا يتقلد من الخلاف. وقد تستحب الإعادة في الوقت و نحوها.[3]
- التعريف الرابع: مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، ذلك أن الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته تبينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمارتين فهنا لا وجه لمراعاة الخلاف، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح

[1] أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، ط1، 1417ه، ج5، ص106.

[2] أبو عبد الله بن عبد السلام: هو محمد بن عبد السلام بن يوسف بن الهواري التونسي، عالم مالكي كبير، من مصنفاته: شرح على مختصر ابن الحاجب سماه "تنبيه الطالب لفهم كلام ابن الحاجب "، توفي عام 749ه. الديباج المذهب لابن فرحون، ج2، ص 337.

[3] عبد الله بن أحمد المقري، القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله، مركز إحياء التراث الإسلامي، ج1، ص236.

فيها إحدى الأمارتين، قوة ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشوقها إلى مقتضى الدليل الآخر.

فهنا تحسُن مراعاة الخلاف، فيقول الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح، لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه. فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار. وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس. فهذا معنى قولنا: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعَى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة. فهو توسط بين موجب الدليلين.[1]

ومما سبق بيانه من التعريفات، وبالمفهوم البسيط، فان مراعاة الخلاف هي: إعمال دليل المخالف في بعض ما دل عليه بعد الوقوع، فان اعتقد المجتهد جواز شيء ما يترك فعله إن كان غيره يعتقد انه حراما وهكذا.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بمراعاة الخلاف

لمراعاة الخلاف معنيان في إطلاقات العلماء: الأول منهما مراعاة الخلاف قبل الوقوع، وهو ما يعرف كذلك بالخروج من الخلاف، وإطلاق مراعاة الخلاف على هذا المعنى مشهور عند المذاهب الأخرى غير مذهب مالك رحمه الله. والثاني هو مراعاة الخلاف بعد الوقوع.

وقد فرق العلماء بين الحالتين وضبطوا ذلك بقوة المأخذ ووجاهته في الخلاف على النحو الآتي:

[1] أبي العباس الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1981م، ج6، ص388.

الفرع الأول: مراعاة الخلاف قبل الوقوع وصورتها: أن يظهر للمجتهد بعد اجتهاده قوة مأخذ مخالفه وصحة مُتمسّكه؛ بأن يكون مقتضاه آتيا على وفق الاحتياط، أو محققا لمصلحة شرعية ظاهرة كائنة في جهة الأخف، فـيـفضي حينئذ على اجتهاد مخالفه؛ مرجحاً لمقتضاه ومقررا لظهوره ابتداء؛ بحيث يجوز الامتثال على وفقه قبل الشروع في الفعل والامتثال، وممن ذهب إلى هذا القول بالمراعاة قبل الوقوع أبو عبد الله المقري وأبو عثمان العقباني رحمة الله عليهما.

ومن مسائل هذه الحالة: قول المالكية بكراهة الوضوء بالماء المستعمل في رفع الحدث؛ مراعاة لمن قال ببطلان التطهر به.

ومن مسائله أيضا: ما سبق نقله عن ابن قدامة رحمه الله بخصوص استحباب صلاة الجمعة بعد الزوال عند الحنابلة رغم تجويزهم صلاتها قبله.[1]

الفرع الثاني: مراعاة الخلاف بعد الوقوع وصورتها: أن يُرجّح المجتهد في المسألة مثلا دليل الحظر والمنع ابتداء، فإذا وقع الفعل بخلافه: راعى دليل غيره المرجوح عنده لوجه يقتضي رجحان دليله في تلك الحالة.

ومن مسائل هذه الحالة استحقاق المرأة مهر الميراث عند المالكية إذا تزوجت بغير ولي؛ فإن مالكا رحمه الله مع قوله بفساد النكاح دون ولي يُراعي الخلاف عند نظره فيما يترتب عليه بعد الوقوع؛ إذ التفريع على البطلان الراجح عنده يؤدي إلى مفسدة وضرر أقوى من مقتضى النّهي على ذلك القول. ويشهد لهذا التقرير ما ثبت في ّ قصة الأعرابي البائل في المسجد، فهو

[1] عبد الرحمان السنوسي، مراعاة الخلاف في الاجتهاديات، المكتبة الجزائرية الشاملة، ط1، 2019م، ص4.

مع كونه واقعا منهيا عنه على وجه القطع وهو البول في المسجد؛ إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتركه حتى يُتّم بوله لما في قطعه عليه من الأضرار والمفاسد، وكان يحصل من تقويمه من محله الذي بال فيه مع ما حصل من تنجيس المسجد تنجيس ثيابه وبدنه ومواضع أخرى من المسجد، ولأصَابه من ذلك في بدنه مرض للاحتباس المفاجئ في بوله.[1]

المطلب الثالث: الفرق بين قاعدة الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف:

سبق أن تطرقنا لمفهوم قاعدة مراعاة الخلاف ولاحظنا انقسامها إلى حالتين: قبل الوقوع وبعد الوقوع، ومراعاة الخلاف قبل الوقوع هي ما يعرف بقاعدة الخروج من الخلاف، وسنتطرق إلى بيان مفهومها والفرق بينها وبين مراعاة الخلاف.

الفرع الأول: مفهوم الخروج من الخلاف:

- أولا: الخروج لغة: بمنعى النفاذ عن الشيء، والانفصال عنه، والخلوص منه.[2] والخروج نقيض الدخول، خرج يخرج خُروجا و مَخرَجا، فهو خارج وخَروجٌ و خَرّاجٌ. [3]
- ثانيا: الخروج من الخلاف اصطلاحا: ليس هناك تعريف محدد لهذا المصطلح عند العلماء المتقدمين مع أن كتبهم مليئةٌ بذكره من جهة اعتباره وذكر أنواعه وأمثلته وتطبيقاته...الخ، بما يشير إشارة واضحة إلى مقصدهم منه، وهذه المعاني التي انتشرت في كتبهم تدور حول معنى: الأخذ بما هو أحوط في حال تقارب الأدلة من جهة القوة والاعتبار.

---

[1] عبد الرحمان سنوسي، المرجع نفسه، ص5.

[2] ابن فارس، المرجع السابق، ج2، ص175.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ج2، ص249.

ومن تعاريف المعاصرين: أخذ مُجتهد في مسألةٍ اجتهادية بما يغلب على الظن السلامة به من الخطأ.[1]

الفرع الثاني: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف: هناك من أهل العلم من يطلق مصطلح مراعاة الخلاف على معنى الخروج من الخلاف، وذلك في مواضع كثيرة دون تفريق بين المصطلحين لاشتراكهما في الاعتداد بقول المخالف، إلا أن أكثر العلماء يفرقون بينهم على النحو الآتي:

1. المقـــصد من تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف: التيسير والتخفيف على المكلف مراعاةً لحاله، أما في الخروج من الخلاف فالمقصد هو الورع والتحوّط من قبل المجتهد وطلب السلامة.
2. مراعاة الخلاف لا تكون في الغالب إلا بعد الوقوع في الفعل أو الإشكال من قبل المستفتي أو المكلـــف عموماً، أما الخروج من المكلف فلا يكون إلا قبل الوقوع في الفعل حتى يحصل المقصود وهو التحرز والخروج من الخلاف بيقين.
3. من الفروقات المهمة التي تدخل في طبيعة كل من التصرفين، أن مراعاة الخلاف لا تـــتضمن الجمع بين الخلاف الوارد في المسألة والخروج بقول متفق عليه، بينما الخروج منه يتضمن الخروج من الخلاف إلى الاتفاق أو ما يُشبهه بحيث يكون المجتهد أو العامل بهذا الاختيار سالماً على كلا القولين.[2]

[1] محمد بن المبارك، الخروج من الخلاف حقيقته وحكمه، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد151، ص217–219.

[2] فهد بن سعد الجهني، الاحتجاج بالخلاف وتطبيقاته المعاصرة، كلية الشريعة، جامعة الطائف، ص22.

وخلاصة القول: أن كلا القاعدتين من دقيق الفقه، وتدلان على سعة هذه الشريعة ورحمتها بالمكلفين وبالمجتهدين، وأن في الفقه الإسلامي وأصوله من المرونة والتيسير ما يحقق مصالح المكلفين ويدرأ المفاسد عنهم ويحمي الشريعة من التلاعب والعبث متى ما ضبطت أصوله وتحقّقت قواعده وتحرّرت مسائله؛ وفُهمت الفهم الصحيح وفق مناهج العلماء الراسخين وتصرفاتهم.

المبحث الثاني: حجية أصل مراعاة الخلاف وشروطه

نتطرق في هذا المبحث إلى بيان حجية أصل مراعاة الخلاف عند المالكية، وكذلك ذكر أدلة المثبتين وأدلة النافين، كما نتناول أيضا الشروط التي استند إليها المالكية في الأخذ بمراعاة الخلاف.

المطلب الأول: حجية أصل مراعاة الخلاف

إن مراعاة الخلاف من أصول المذهب المالكي الذي يعتمدون عليه في استدلالاتهم، وقد اعتمد الإمام مالك على نوعين من الأصول: أصول عاملة تشمل الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستصحاب، وأصول خاصة تشمل عمل أهل المدينة والمصالح المرسلة وسد الذرائع ومراعاة الخلاف وهذا الأخير هو موضوعنا.

الفرع الأول: أدلة المثبتين لمراعاة الخلاف:

لقد استدل القائلون بحجية أصل مراعاة الخلاف بأدلة منها:

1. من المعلوم أن القول بمراعاة الخلاف متفرع على القول باعتبار المآل في الأحكام، وقد مر بسط الأدلة على اعتبار المآل، فالدليل هناك دليل هنا، وتقريره انه ثبت عن الشارع كتابا وسنة أن الأخذ بالدليل إذا أدى اطراد العمل به إلى مشقة في بعض الأحيان، أو إلى شدة أعظم، يخرج مما أدى إلى العنت والمشقة عن مقتضى الدليل ويحكم فيه بدليل آخر فيه يسر وسهولة. ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرۡجِعُهُمۡ

﴿فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعْمَلُون﴾ الأنعام 108. فسب آلهة الكفار واضطهادها مشروع مأمور به، ترك لأنه أدى إلى مفسدة عظمى تفوق المفسدة المترتبة على ترك السب.[1]

2. إن في الأخذ بمراعاة الخلاف بعد الوقوع عملا بالقول الراجح، والعمل بالراجح مشروع، فالأخذ بمراعاة الخلاف مشروع. فالعمل الحاصل وفق القول المرجوح هو كذلك قبل الوقوع وأما بعده فقد تعلق به من المصالح والأمور الجديدة ما يحمله راجحا له مرجوحا، وذلك أن الشرع جاء بمراعاة المصالح ودرء المفاسد والنظر في مآلات الأفعال، وبعد وقوع الفعل تنشأ أمور جديدة تستدعي نظرا جديدا واجتهادا جديدا في المسألة، وكذلك توجد إشكالات لا نتخلص منها إلا بالبناء على القول المرجوح، لأن البناء على القول الراجح يؤدي إلى مفسدة اقوى من مقتضى النص، وعليه يصبح القول المرجوح بعد الوقوع راجحا بعده.[2]

3. هذا الدليل استدل به أبو الوليد الباجي، وحاصله أن ما جاز أن يكون علة بالنطق جاز أن يكون علة بالاستنباط، ولو قال الشارع: إن كل مالم تجتمع أمتي على تحريمه، واختلفوا في جواز أكله، فإن جلده يطهر بالدباغ لكان ذلك صحيحا، فكذلك إذا علق هذا الحكم بالاستنباط في هذا النص فان الحكم هو طهارة جلد ما اختلف في أكل لحمه بالدباغ وعلة هذا الحكم اختلاف الأمة في حرمة أكل لحم هذا الحيوان.[3]

---

[1] زين العابدين محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1425ه، ص356.

[2] عبد العزيز عثمان سندي، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا، مذكرة ماجيستير في الأصول، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1419ه، ص126.

[3] زين العابدين محمد النور، المرجع نفسه، ص357.

الفرع الثاني: أدلة النافين لمراعاة الخلاف:

بعد ذكر أدلة المثبتين لمراعاة الخلاف، سنذكر أدلة النافين وحججهم في ذلك.

1. القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي، لأن مقتضى القياس الشرعي اتباع المجتهد للدليل إذا اتحد، وراجحه إذا تعدد، فيتبع الدليل الذي ترجح عنده ولو بأدنى وجوه الترجيح، فيجب التعويل عليه وإلغاء ما دونه. فإن راعى المجتهد الخلاف فإنه يهمل دليله الراجح، ويأخذ بالدليل المخالف الذي كان مرجوحا في الأصل، وهذا خلاف القواعد، وهذا معنى قول القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس".[1]
2. إن القول أن المرجوح والراجح مبني على دليلين متعارضين كل منهما يوجب معنى مغاير لما يقتضيه الآخر، ومراعاة الخلاف تعني العمل بكل منهما، وفي هذا جمع بين متناقضين وهو باطل فيما أدى إليه، وهو العمل بمراعاة الخلاف .[2]
3. **المطلب الثاني: شروط الاحتجاج بأصل مراعاة الخلاف.**

لقد ذكر علماء المالكية جملة من الشروط وجب اتباعها في العمل بمراعاة الخلاف، باعتباره أصلا من الأصول الاجتهادية عندهم.

1. أن يكون مأخذ الخلاف قويا، فإن كان مأخذه واهيا لم يراع الخروج من الخلاف، وقد عبر عنه السيوطي بقوله: ومن ذلك الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه، ولم يبالي بقول

[1] محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423ه، ص156.

[2] زين العابدين محمد النور، المرجع نفسه، ص561.

داوود أنه لا يصح، وكذلك إمام الحرمين قال في هذه المسألة: أن المحققين له يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزنا.[1]

2. ألا يؤدي مراعاة الخلاف، إلى صورة تخالف الإجماع: كمن تزوج بامرأة بغير شهود ولا ولي، بأقل من ربع درهم. مقلدا للإمام مالك في عدم اشتراط الشهود قبل الدخول، وأبا حنيفة في عدم الولي، والشافعي في أقل من ربع درهم في المهر، لأن الزواج بهذه الصورة لم يقل به أحد من العلماء، إذن هذا تلفيق واضح وتتبع للرخص التي اتفق العلماء على تحريمها.[2]

3. أن تكون المراعاة بعد وقوع المسألة: وهذا الشرط محل اختلاف بين أهل العلم، فهل يراعى الخلاف بعد وقوع الحادثة المختلف فيها، أو يراعى قبل ذلك. ولابن الرصاع رأي في هذه المسألة حيث يقول بالجواز قبل الوقوع وبعده.[3]

4. أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا: فإن لم يكن ممكنا تعين النظر فيما يوجهه الدليل الشرعي ولا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح، لأنه يجب عليه اتباع ما غلب على ظنه، ويحرم عليه العدول عنه.[4]

---

[1] حسن علي الشاذلي، الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 1427ه، ص31

[2] علي بن الحبيب ديدي، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، ط1، 2012م، ص194،

[3] احمد بن الرشيد، مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 1439ه، ص26

[4] عبد العزيز عثمان سندي، المرجع نفسه، ص178،

5. أن يكون الذي يراعي الخلاف مجتهدا: مراعاة الخلاف ليست في متناول أي شخص بل هي عملية دقيقة تحتاج إلى عالم مطلع على الخلاف، وعنده قدرة على تمييز الأدلة الراجحة منها والمرجوحة، ولا يسع هذا إلا لمجتهد.

قال الشاطبي: مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف معناها مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا بعض علماء المغاربة، ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس لنا نحن المقلدين، فيكفينا فهم أقوال العلماء والفتيا بالمشهور منها وليتنا ننجو مع ذلك رأسا برأس، لا لنا ولا علينا.[1]

6. أن لا يؤدي مراعاة الخلاف إلى ترك المراعي مذهبه بالكلية: مثاله أن يتزوج المالكي تزويجا فاسدا في مذهبه، صحيحا على مذهب غيره، فهنا يكون مقلدا لمذهب غيره وليس مراعيا للخلاف.[2]

[1] محمد احمد شقرون، مرجع سابق، ص208،

[2] علي بن الحبيب الديدي، مرجع سابق، ص194.

المبحث الثالث: أقسام مراعاة الخلاف وعلاقته ببعض الأصول الاجتهادية

سبق وأن تطرقنا في المبحث السابق إلى معنى قاعدة مراعاة الخلاف، وأنه لا يخرج عن كونه إعمال دليل المخالف في بعض ما دل عليه بعد الوقوع، فهو إذن ترك الدليل الراجح والنظر والالتفات إلى المرجوح والأخذ به.

وبما أن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فلا بد من تصور صحيح لهذا الأصل حتى يكون الحكم عليه صحيحا، وعليه فإن معرفة أنواع مراعاة الخلاف يزيد من توضيح هذا الأصل فيسهل معرفة حكمه. وينقسم أصل مراعاة الخلاف إلى قسمين سنقوم بتوضيحهما على النحو الآتي:

المطلب الأول: مراعاة الخلاف قبل الوقوع

مراعاة الخلاف قبل الوقوع: هي الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع، والعمل بمقتضى كل واحد منهما فعلا أو تركا احتياطا وورعا. كمن يعتقد جواز الشيء ويترك فعله إن كان غيره يعتقده حراما، وكذلك في جانب الوجوب، يستحب لمن رأى إباحة الشيء أن يفعله إن كان من الأئمة من يرى وجوبه.

مثاله: من يعتقد عدم وجوب الوتر يستحب له المحافظة على عدم تركه خروجا من خلاف من أوجبه. فمراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف، هو الجمع بين أدلة المختلفين، والعمل بمقتضى كل دليل، فلا يبقى في نفس المجتهد توهم أنه قد أهمل دليلا لعل مقتضاه هو الصحيح، فبالجمع ينتفي ذلك.[1]

[1] محمد أحمد شقرون، المرجع السابق، ص74،75

وتنقسم مراعاة الخلاف قبل الوقوع إلى قسمين:

أ- أن تكون من باب الاحتياط: ويعني التحرز من الخلاف والخروج منه ما أمكن، بسلوك طريق الاحتياط، قبل صدور الفعل من المكلف.

ومثاله: عند الاختلاف في مسألة ما لابد من الأخذ بأحوط الأقوال حتى يبتعد المكلف عن وقوع الإثم أو بطلان العمل، والباعث على هذا النوع من المراعاة هو الورع وطلب السلامة للدين.

ب- أن تكون من باب التيسير ورفع الحرج: وهذا يعني التخفيف من شدة الأحكام ابتداء، فيؤخذ بالقول المرجوح إذا كان خفيفا يسيرا على المكلف، وإن كان هناك من لا يعده مراعاة للخلاف.[1]

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بعد الوقوع

وهو أصل مراعاة الخلاف المقصود عند المالكية، وقد تناولوه بالبحث والتعريف، وقد فصلنا فيه في المبحث الأول وأشرنا إلى تعريفات عديدة، ولعل أشهرها تداولا وصحة هو تعريف الإمام ابن عرفة: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي اعمل في نقيضه دليل آخر"

مثاله: نكاح الشغار وهو أن يقول رجل لآخر زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، بدون مهر بيننا.

[1] عبد الرحمان سندي، المرجع السابق، ص95.

وحكم هذه المسألة فيه خلاف، فيرى الحنفية أن العقد صحيح والشرط باطل، ويلزم مهر المثل ولا يبطل العقد بل يصحح بإلغاء الشرط الفاسد، أما الإمام مالك فيرى أن العقد باطل يجب فسخه قبل الدخول أو بعده ولو أنجبت الأولاد، لحديث عبد الله ابن عمر: "لا شغار في الإسلام". لكن في حال وفاة أحد الزوجين فإن الآخر يرثه مراعاة لقول الحنفية، فهذا مثال وضح لنا مراعاة الخلاف عند المالكية بعد الوقوع.[1]

والتعريف الذي أراه مناسبا لمراعاة الخلاف قبل الوقوع هو: ترجيح المجتهد دليل مناقضه بعد وقوع الفعل من المكلف، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه (أي رتب جميع آثاره مراعاة لمُناقضه).

وخلاصة الأمر في مراعاة الخلاف بعد الوقوع: اعتبار الخلاف بعد أن يقع الفعل، ويمضي العمل من المكلف، فمثلا صلاة النافلة عند المالكية لا تكون إلا مثنى، فإذا صلى المكلف ثلاث ركعات نقول له أكمل وصلاتك صحيحة مراعاة للخلاف (عند المذاهب الأخرى صلاة النفل تكون بأربع ركعات)، وهذا مبني على التيسير ورفع الحرج عن المكلفين.

المطلب الثالث: علاقة مراعاة الخلاف ببعض الأصول الاجتهادية

في هذا المطلب سنوضح العلاقة بين مراعاة الخلاف والأصول الاجتهادية في المذهب المالكي مثل الاستحسان الذي هو ترك القياس لمصلحة جزئية على بعض تعريفاته، وسد الذرائع الذي هو من باب درء المفاسد، وكذا اعتبار المآل الذي له ارتباط وثيق بمراعاة الخلاف.

[1] أحمد شقرون، المرجع السابق، ص55.

الفرع الأول: علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان:

- أولا: تعريف الاستحسان لغة: الاستحسان في اللغة مشتق من الحسن، قال ابن منظور: « و الحَسَنُ ما حسن من كل شيء، ويطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه، حسيا كان أو معنويا وإن كان مستقبحا عند غيره، واستحسن الشيء: عده حسنا واعتقده كذلك، تقول: استحسنت كذا، أي اعتقدته حسنا، وقد يكون ذلك الاعتقاد صحيح، وقد يكون غير صحيح.[1]
- ثانيا: تعريف الاستحسان اصطلاحا: اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاستحسان، وتعددت مذاهبهم في تحديد مدلوله، لا سيما الحنفية والمالكية الذين حظي الاستحسان في مذهبيهما بما لم يحظ به في مذهب آخر، وسنكتفي بذكر بعض التعاريف لهذا الأصل.

- قال أبو العباس القباب[2] "ولقد ضاقت العبارة عن معنى أصل الاستحسان حتى قالوا أن أصح عبارة فيه أنه معنى ينقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه".[3]
- عرفه الشاطبي: "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي".[4]
- عرفه ابن العربي بقوله: هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء، والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته".

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج13، ص117.

[2] أبو العباس القباب: هو أبو العباس أحمد بن قاسم بن عبد الرحمان القباب الفاسي، عالم وفقيه مالكي مغربي، من الحُفّاظ لمذهب الإمام مالك، من تآليفه:"اختصار أحكام النظر لابن قطان"، توفي سنة 779ه. شرح مسائل ابن جماعة التونسي، ص 15-20.

[3] أبو إسحاق الشاطبي، الاعتصام، تحقيق أبو عبيدة مشهور، مكتبة التوحيد، ج3، ص80.

[4] أبو إسحاق الشاطبي، المرجع نفسه، ج6، ص139.

- ثالثا: العلاقة بين مراعاة الخلاف والاستحسان:

من علماء المذهب المالكي من جعل مراعاة الخلاف فرع من فروع الاستحسان وشعبة من شعابه؛ ومن هؤلاء الذين اعتبروه من قبيل الاستحسان: ابن رشد؛ قال: « ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب »،[1] وقال الشاطبي في الاعتصام: « قالوا إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء». لكن هناك من العلماء من يعارض اعتبار مراعاة الخلاف من فروع الاستحسان، لذلك لابد من التفريق بين هذين الأصلين من خلال ذكر أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف.

1. أوجه الاتفاق:

- أولا: أن الاستحسان كما ورد في بعض تعاريفه، هو العدول عن القياس في بعض المواضع المعنى يؤثر في الحكم يختص بذلك الموضع، وهذا هو حقيقة مراعاة الخلاف، فهي أيضا عدول عن القياس في بعض المواضع لمعنى يقتضي ذلك؛ لأن مقتضى القياس أن المجتهد يجري على مقتضى دليله، وفي مراعاة الخلاف يجري المجتهد على خلاف مقتضى دليله.
- ثانيا: أن من تعريفات الاستحسان أنه: إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والرخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، وفي مراعاة الخلاف أيضا يعمل المجتهد بخلاف مقتضى دليله لوجود معارض وهو دليل المخالف.

[1] ابن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق أحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1303ه، ج4، ص157.

- ثالثا: كما أن العمل بالاستحسان ليس مطردا، وإنما يعمل به تارة عندما تقتضي الحاجة ذلك، فكذلك مراعاة الخلاف، فإن العمل به ليس مطردا، وإنما يراعى الخلاف أحيانا، وأحيانا لا يراعى.
- رابعا: أن مبنى الاستحسان كما تقدم في بعض تعريفاته – على ترك القياس والعدول عنه لجلب مصلحة أو خوف مفسدة، وهذا هو مبنى مراعاة الخلاف، فإن قول المخالف إنما يراعى لجلب مصلحة تترتب على مراعاته، أو دفع مفسدة يترتب دفعها على مراعاته، وذلك عندما يقع الفعل على مقتضى قوله، فيصحح بعد وقوعه بعد أن كان ممنوعا ابتداء درءا لمفسدة تترتب على عدم تصحيحه، أو جلب مصلحة تحصل بتصحيحه.[1]

. فهذه أربعة مضامين تلتقي فيها مراعاة الخلاف مع الاستحسان، تجعلنا لا نتردد في وصف العلاقة بينهما بأنها علاقة وطيدة، ذات أصول وجذور إن لم نصفها بأنها علاقة الفرع بالأصل والجزء بالكل، كما يروق للإمامين: الشاطبي والقباب أن يصفاها.

2. أوجه الاختلاف:

- أولا: يشترط في مراعاة الاستحسان أن يكون دليل الأصل الذي كان منه الاستثناء دليلا عاما أو قياسا متعديا؛ وهذا غير مشترط في مراعاة الخلاف؛ فقد يكون دليل الأصل دليلا خاصا.

[1] سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423ه، 158ــ160.

- ثانيا: وينبني على الفرق الأول أن الاستحسان يقوم على أساس الاستثناء؛ فالاستحسان هو استثناء من الدليل الأصلي بدليل الاستدلال المرسل؛ أما مراعاة الخلاف فليس فيه معنى الاستثناء؛ لأن حقيقته ترك لمقتضى الدليل الأصلي في حالة بعد الوقوع لما ترتب عليه الوقوع من آثار أنتجت إعادة النظر في مقتضى الأدلة؛ بحيث أفضى هذا النظر إلى ترجيح دليل المخالف في بعض مقتضياته على دليل الأصل.
- ثالثا: الدليل الذي يعدل إليه في الاستحسان هو الاستدلال المرسل في العموم الأغلب عند المالكية؛ أما مراعاة الخلاف فالدليل الذي يعدل إليه ليس مصلحة؛ بل قد يكون دليلا من الأخبار أو الأقيسة. نعم! للمصلحة المعتبرة شرعا أثر محوري في ترجيح دليل المخالف في بعض مقتضياته على دليل الأصل.

فإذا ثبت أن هناك فروقا بين الأصلين ترجح التفرقة بينهما، وعدّ كل منهما أصلا مفردا من أصول المذهب؛ و به يظهر ترجيح من أفرد مراعاة الخلاف بكونه أصلا مستقلا.[1]

الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف بسد الذرائع

- أولا: تعريف الذرائع لغة: الذريعة في اللغة: من ذرع، وهو أصل يدل على الامتداد والتحرك إلى الأمام، وكلما تفرع عن هذا الأصل يرجع إليه، فالذراع بالكسر العضو الممتد

[1] حاتم باي، المرجع السابق، ص332.

من طرف المرفق، وذرع الرجل في سباحته تذريعا، اتسع ومد ذراعيه، وذرع بيديه تذريعا حركها في السعي.[1]

وقد استعملت الذريعة في اللغة بمعنى السبب، تقول : فلان ذريعتي إليك، بمعنى سببي الذي أتسبب به إليك واستعملت أيضا بمعنى الوسيلة، فمن تذرع بذريعة فقد توسل بوسيلة، تقول ذرعت لفلان عند الأمير؛ بمعنى تشفعت له، ولهذا سمي الشفيع الذريع.[2]

وباختصار مفيد فإن المعنى اللغوي للذريعة هو كل ما يتخذ وسيلة إلى غيره.

- ثانيا: تعريف الذريعة في الاصطلاح: حقيقته التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، أو هو حسم مادة وسائل الفساد؛ دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منعه الإمام مالك.[3]
- ثالثا: العلاقة بين مراعاة الخلاف وسد الذرائع:

1. أوجه الاتفاق:

تبدو العلاقة بين سد الذرائع ومراعاة الخلاف في كون كل منهما مبنيا على مبدأ النظر في مآلات الأفعال، وقد ذكر الشاطبي كلاما توضيحيا لهذا المبدأ فقال: (النظر في مآلات

[1] ابن فارس، مرجع سابق، ج6، ص350.
[2] ابن منظور، مرجع سابق، ج5، ص35.
[3] أبي حسن الشاطبي، الموافقات، ج5، ص183

الأفعال مقصود شرعا، 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...).[1]

أما عن بناء سد الذرائع عليه فيقول الشاطبي: (وهذا الأصل ينبني عليه قواعد كثيرة، منها قاعدة لذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة، فإن عقد البيع أولا على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهره الجواز، من جهة ما يتسبب عن البيع من مصالح بالجملة، فإذا كان مآل البيع يؤدي إلى بيع خمسة نقدا بعشرة إلى أجل فقد صارت السلعة لغوا لامعنى له في هذ العمل...).[2]

وقد قال كذلك في بناء مراعاة الخلاف على مبدأ النظر في مآلات الأفعال أنه نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي النهي أو تزيد.[3]

وعليه فإن العلاقة بين مراعاة الخلاف وسد الذرائع مبني على النظر في مآلات الأفعال، الذي يخول للمجتهد أن يحقق المناط ويوازن بين المصالح والمفاسد، وينظر إلى النتائج والآثار، فإذا رأى أن حكما أو فعلا تترتب عليه مفسدة، أو يلحق بسببه ضرر لم يقر ذلك الحكم، ولم يمض ذلك الفعل وإنما يرتب عليه ما يخفف من وطأته ويقلل من ضرره، فيعترف بالآثار الناتجة عنه مراعاة لخلاف غيره في هذا المآل بالذات، أو سدا للوسيلة المؤدية إلى هذا الضرر ولو كانت مشروعة، سدا لذريعة الفساد الذي يؤول إليه ذلك الفعل.[4]

---

[1] أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات، ج4، ص194.

[2] مرجع سابق، ص198.

[3] أبي إسحاق الشاطبي، مرجع سابق، ص605

[4] سالم بن الشيخ، مرجع سابق، ص 194.

2. أوجه الاختلاف:

- أولا: سد الذرائع هو منع الجائز المفضي إلى الممنوع، فالحكم المفضي عنه يكون ممنوعا، أما مراعاة الخلاف، فالغالب على عكس سد الذرائع، بحيث تترتب آثار ما كان في الأصل ممنوعا، فمراعاة الخلاف يتعلق عموما بالتجويز في مقابل المنع أو الحكم بالإبراء والإمضاء فيما كان أصله ممنوعا بحيث لا يترتب عليه إبراء ولا إمضاء.

ثانيا: لا يشترط في سد الذرائع وجود خلاف في المسألة، وهذا على خلاف ما في أصل مراعاة الخلاف.[1]

الفرع الثالث: علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل:

إن لأصل مراعاة الخلاف علاقة وطيدة بأصل اعتبار المآل وسنرجي ذكرها إلى الفصل الثاني من البحث.[2]

وفي نهاية هذا الفصل وتلخيصا لما سبق ذكره، فقد توصلنا لمعرفة مفهوم أصل مراعاة الخلاف؛ من خلال تعريفه أولا باعتباره مركبا إضافيا وذلك بشرح الألفاظ المكونة له، ثم ذكْر ما أورده العلماء من تعريفات باعتباره لقبا أي علما مستقلا، مع توضيح الألفاظ ذات الصلة به، ثم بيان الفرق بينه وبين الخروج من الخلاف. وبعد ذلك تطرقنا لحجية أصل مراعاة الخلاف من

[1] حاتم باي، مرجع سابق، ص665.

[2] الفصل الثاني، المطلب الثاني، ص42.

خلال الإلمام ببعض أدلة المثبتين وأدلة النافين لهذا الأصل، وقمنا بذكر أقسامه وما يتعلق به من الأصول الأخرى في المذهب كالاستحسان وسد الذرائع واعتبار المآل.

الفصل الثاني: تفعيل قاعدة مراعاة الخلاف ونماذج من تطبيقاتها المعاصرة

وتحتوي على:

المبحث الأول: أهمية قاعدة مراعاة وتفعيلها في الاجتهاد المعاص.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية معاصرة لأصل مراعاة الخلاف.

تمهيد:

إن أصل مراعاة الخلاف معمول به في المذهب المالكي في غالب أبواب الفقه، فلا يوجد باب فقهي إلا وقد اعتمد المالكية في بعض مسائله على أصل مراعاة الخلاف، فالعبادات والمعاملات والأنكحة وكل هذه الأبواب مما قد أَعمل المالكية فيها أصل مراعاة الخلاف واعتبروه، وان كانوا قد اختلفوا في الأسباب الموجبة للأخذ به.

فمراعاة الخلاف من القواعد المهمة التي يعتمد عليها المجتهد عند استنباطه للأحكام الشرعية وتنزيلها على الوقائع، لاسيما النوازل المستجدة منها، والدراسة التطبيقية لهذا الأصل تبين بوضوح كيف طَبق العلماء هذه القاعدة وعملوا بها، وكيف ساهمت في نبذ التعصب المذهبي والجمود الفقهي.

المبحث الأول: أهمية قاعدة مراعاة الخلاف وتفعيلها في الاجتهاد المعاصر

إن قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد المهمة التي تحقق مقاصد الشرع السامية، وقد خصص هذا المبحث لمعرفة أهميتها، والإشارة إلى دور المجتهد في تفعيل هذه القاعدة، وبيان أثرها في الاجتهاد المعاصر ونبذ الخلاف والتعصب المذهبي.

المطلب الأول: أهمية قاعدة مراعاة الخلاف ودورها في القضايا المعاصرة

إن العمل بقاعدة مراعاة الخلاف يحقق الكثير من المقاصد السامية، من قبيل جمع كلمة المسلمين، وتوحيد صفهم، واحترام الرأي الآخر...، بالإضافة إلى أنها تعد محاولة للتقريب بين المذاهب، وتضييق شقة الخلاف بينها. كما أنها تدل على سماحة الشرع الإسلامي الذي يهدف إلى رفع الحرج والضيق عن المكلفين. وقد عبر علي أحمد الندوي عن هذه المزايا بقوله: «هذه قاعدة مهمة ينبغي التمسك بها؛ لأن مآلها الاحتياط في الدين، وجلب المحبة والتأليف بين القلوب عن طريق نبذ الخلاف في مسائل يكون الخطب فيها يسير، فإذا كان ترك بعض المستحبات يؤدي إلى المصلحة الراجحة وردم الخلاف لزم تركَها؛ كما ترك النبي صلى الله عليه وسلم تغيير بناء البيت، لما رأى في إبقائه من تأليف القلوب. ولو لم يكن وجود مثل هذه الأصول القويمة التي تدل على سماحة الشرع الإسلامي، لوقع الناس في حرج شديد وخلاف عنيف. ومن الجوانب الدالة كذلك على أهمية قاعدة مراعاة الخلاف كونها تشكل إحدى القواعد التي تهدف إلى حماية مصالح المكلفين كما أنها ترتكز أثناء إعمالها من قبل المجتهد على منهج فريد قوامه الموازنة بين المتفق عليه والمختلف فيه، وبين الحكم قبل وقوع الواقعة وبعد وقوعها، الأمر الذي حتم على الفقيه

المستنبط للأحكام النظر إلى المآلات، وذلك من خلال إمعانه النظر في الحالات والخصوصيات بعد تقرير الأدلة في المسائل ذات الخلاف، لا سيما على رأي من يقول بمراعاة الخلاف بعد الوقوع، إذ من الواجب عليه في هذه الحالة أن يلاحظ أمورا تستدعي إعادة النظر في الحكم، لأن حالة ما بعد المناطات ورعي الوقوع ليست كحالة ما قبله؛ لأن بعده تنشأ أمور جديدة تستدعي نظرة جديدة، وتجد إشكالات لا يتقصى عنها إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعيا بالنظر لقول المخالف. وإن كان ضعيفا في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه روعيت المصلحة، وتجدد الاجتهاد في المسألة من جديد بنظر وأدلة أخرى، وعليه فبعد الوقوع تكون مسألة أخرى غيرها باعتبار ما قبله.[1]

كما تعتبر هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تعطي الفقيه مرونة في الاجتهاد الفقهي، وتيسر للفقيه الوصول إلى الرأي الفقهي المناسب لما هو بصدده. كما أنها تكون ملجئاً في حال تعسر على الفقيه الأخذ بما بين يديه من الأدلة؛ إذ تكشف للفقيه عن السبيل إلى الوصول إلى أقرب الأقوال إلى الحق؛ ولذلك فهذه القاعدة من محاسن الفقه الإسلامي؛ فلا جمود للفقيه مع وجود هذه القاعدة؛ كما تنفي عن الفقيه التعصب لرأيه لا سيما حين يكون الرأي المخالف له حجة قوية من الاستدلال والنظر؛ فيميل عن رأيه إلى رأي مخالفه لمصلحة راجحة وتيسيراً على العباد وأخذاً بالاحتياط لدينه وللناس. وقد أخذ جمهور الفقهاء بهذه القاعدة وأصلوها في كتبهم، وأعملوها في استنباطاتهم؛ فالناظر في كتب الفقه يجدها مليئة بذكر أقوال المخالفين والميل إلى تلك الأقوال في كثير من الأحيان خروجا من الخلاف ومراعاة له ،وفي عصرنا هذا الذي

[1] عمر جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ، ص195.

استجدت فيه أمور كثيرة لم تكن تخطر على أذهان الفقهاء فما أحوجنا إلى إعمال هذه القاعدة في كثير من المستجدات التي يحتاج الناس فيها إلى مخرج فقهي سليم يصحح لهم العبادة ويمهد لهم سبيلا إلى رضوان الله تعالى والسعادة في الدنيا والآخرة.[1]

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاجتهاد المآلي:

إن قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد المآلية المبنية على اختلاف الفقهاء في تقريرهم للأحكام، وسنوضح في هذا المطلب علاقة مراعاة الخلاف بمبدأ النظر في مآلات الأفعال، ثم نبين أثرها في الاجتهاد المعاصر.

الفرع الأول: علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بمبدأ النظر في مآلات الأفعال

تعتبر قاعدة مراعاة الخلاف أحد القواعد المتفرعة عن أصل مآلات الأفعال؛ كونها مبنية على النظر إلى ما تفضي إليه، إما قبل الوقوع أو بعده، ذلك أن المجتهد ينظر إلى المآل وإلى ما يترتب عن الحادثة بعد الوقوع من مفاسد محققة، فيرفع الحرج عن المكلفين ولا يلزمهم فوق ما يستطيعون، فيعمل قاعدة مراعاة الخلاف من خلال العدول عن الدليل الراجح، إلى دليل المخالف، وما ذلك إلا من أجل تحقيق المقصد الشرعي المتمثل في إلحاق المصلحة والتيسير والرفق بالمكلفين.[2]

تظهر مآلية مراعاة الخلاف في تحقيق المصالح المشروعة وتوثيق العدل، بما يناسب واقعية

[1] إبراهيم عبد سعود، قاعدة مراعاة الخلاف، مجلة الشارقة، الإمارات، المجلد15، العدد1، 2018م، ص 439.

[2] عمر جدية، أصل اعتبار المآل، المرجع السابق، ص208.

التشريع وغايته. ولهذا يرى الشاطبي رحمه الله أن قاعدة مراعاة الخلاف من باب الترجيح بين المصالح والمفاسد والموازنة بين الأدلة وآثار تنزيلها في الواقع، ومن باب الاستثناء من الأصول العامة تحقيقا للمصالح الشرعية.

الفرع الثاني: أثر مراعاة الخلاف في الاجتهاد النظري

بعد بيان العلاقة بين قاعدة مراعاة الخلاف ومبدأ النظر في المآلات، يظهر أثرها في الاجتهاد بشكل ملحوظ، وذلك أن بإعمال المجتهد لقاعدة الخلاف يكون قد تجاوز ذلك التطبيق الآلي العشوائي الذي يكون سببا في إلحاق الضرر والحرج بالمكلفين، وضمن تحقيق المصالح التي اعتبرها الشارع .[1]

المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في التقريب ونبذ الجمود والتعصب المذهبي

إن المقصد الأسمى لقاعدة مراعاة الخلاف، يكمن في إتباع المسار الوقائي وكذا العلاجي للتعصب والجمود الفقهي، فهي من أهم الحلول المقترحة للحد من تشعيب الخلاف في الفروع والتقريب من الحق وروح العدل في التشريع الإسلامي. إن أول من ينبذ الجمود الفقهي والتعصب أو الهوى المذهبي هو المجتهد المراعي للخلاف، فإنه بمجرد أن يعرف دليل المخالف بعد إعادة النظر منه في حكم الفعل قبل وقوعه أو بعده فإنه يعتبر ويراعي قوله ودليله الذي ترجح عنده بعد نظره في الحادثة من جديد، دون جمود ولا تعصب أو هوى مذهبي يمنعه تحري " الحق الشرعي " الذي يقصده الشارع بتوجيه الشريعة نفسها، فهي ما جاءت –كما يقول الشاطبي– إلا لتخرج

[1] يوسف حميتو، أصل اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز الموطأ، ط2، الإمارات، 2018م، ص390–391.

الناس عن دواعي أهوائهم...، فتحري الحق الشرعي إنما يكون باتباع مقتضى الأدلة جملة وتفصيلا ، وذلك " الحق الشرعي " هو قصد الشارع ، بمخالفته لجمود حرفي أو تعصب مذهبي ليس من الشرع في شيء، بل هو ضلال في الشرع[1].

فالمراعي للخلاف يتنازل عن دليله إذا رأى في استمرار العمل به وحمله على عمومه حرج، أو ما لا يمكن شرعا أو عقلا، ليأخذ بدليل مخالفه الذي قوي وترجَّح عنده تحقيقا لمقاصد الشرع برفعه للحرج عن المكلفين اذا استمر اطلاق القول بأصله...، بخلاف الذي يجمد على اصله ويتعصب لمذهبه ورأي مذهبه وان وقف على ضعف مأخذ إمامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعا ومع هذا يقلده فيه، ويترك مقتضى الأدلة الجزئية والكلية جمودا على تقليد إمامه ، بل ربما يتحيَّل الدفع ظواهر الكتاب والسنة ويتناولها بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالا عن مقلده ....، حتى يظن أن الحق منحصر في مذهب إمامه لما ألفه من التقليد والجمود، وإذا عجز عن تمشية مذهب إمامه قال: " لعل إمامي وقف على دليل لم أقم عليه ولم أهتدي إليه، ولم يعلم المسكين أن هذا مقابل بمثله ويفضل لخصمه ما ذكره من الدليل الواضح والبرهان اللامع. فيكون ممن أعمى التقليد حمله على مثل ما ذكره، ومع ذلك لا يدع الخروج عنه ولو قليلا، فصار التقليد والتعصب أو الهوى المذهبي تحكما في الرأي لا يبرره دليل شرعي وأصبح في جوهره حائلا دون الأحكام الشرعية –وما تضمنت من تكاليف– أن تقوم بوظائفها التي تؤول إلى تحقيق مصالح الناس، وإذا كانت العصبية المذهبية أو الجمود الفقهي الحرفي وسيلة إلى هذا التعطيل ، وهو مآل غير شرعي، فالوسيلة تأخذ حكم غايتها شرعا، أو كما يقول –الشاطبي رحمه الله– "النظر

[1] أبي الحسن الشاطبي، الموافقات، ج4، ص161–162، بتصرف.

في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا..."، أي أن الأفعال تتكيف شرعا من حيث المشروعية وعدمها في ضوء مآلاتها. فكان التعصب المذهبي أو الجمود الفقهي إذن محرما بتحريم غايته، أو بعدم مشروعية ما يفضي إليه كل منهما من "مآل" ممنوع، من شأنه أن يخل بتوازن المجتمع الإسلامي ماديا و معنويا.[1]

وعلى هذا، فافتعال الاختلاف و اصطناعه تعصبا لمذهب مثلا، أشد وأشنع ذما وتحريما، من مجرد الاختلاف المذهبي المتعصب دون ريب؛ لأنه مناقض لقصد الشارع ومناهض له رأسا، و مناقضة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها باطل لا محالة، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي رحمه الله "من ابتغي في تكاليف الشريعة، غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، ومن ناقض الشريعة، فعمله في المناقضة باطل، فما يؤدي إليها باطل"[2].

[1] فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط1، لبنان، 2008م، ج1، ص87.

[2] أبي الحسن الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص252-254.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية معاصرة لأصل مراعاة الخلاف

بعد أن تم التـ طرق لأصل مراعاة الخلاف من الناحية النظرية الأصولية، فحدد مفهومه، وتم الكشف عن الأدلة التي بني عليها، وشروطه وضوابط العمل به، يحسن بنا في هذا المبحث أن نتعرض لأصل مراعاة الخلاف من الناحية التطبيقية وذلك من خلال بعض المسائل المعاصرة وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: مسألة زواج المسيار

من المسائل المستجدة في هذا العصر "زواج المسيار" الذي انتشر في بعض بلاد المسلمين، وقد قال فيه يوسف القرضاوي "المسيار كلمة عامية وهي دارجة في بعض دول الخليج، يقصدون منها المرور وعدم المكث الطويل".

الفرع الأول: دوافع زواج المسيار:[1]

- *أولا: دوافع تتعلق بالنساء:*

1. عنوسة المرأة أو طلاقها أو ترملها _خاصة عند المجتمعات الخليجية_ مما يدفع المرأة أو وليها إلى تقديم تنازلات من أجل الحصول على زوج يعفها ويكون لها منه الولد تستأنس به.

[1] عبد الحق حميش، قضايا فقهية معاصرة، جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ص185.

2. حاجة بعض النساء إلى المكث في بيت أهلها لرعاية أبويها، فربما لا يوجد عائل لهما إلا هي أو يكون عندها بعض الإعاقة التي تمنعها من تحمل مسؤولية البيت، ويرغب أولياؤها في إعفافها والحصول على الذرية ولا يكلفون الزوج شيئاً.

- *ثانيا: دوافع تتعلق بالرجال:*

1. رغبة بعض الرجال في التعدد، وهذا حق مشروع ولكن خوفهم من علم الزوجة الأولى، وحرصا على كيان الأسرة، أدى إلى ظهور هذا النوع من الزواج.

2. عدم رغبة الرجال في تحمل المزيد من الأعباء.

- *ثالثا: دوافع تتعلق بالمجتمع:*

1. غلاء المهور وارتفاع تكاليف الزواج.

2. نظرة المجتمع بشيء من الازدراء للرجل الذي يرغب في التعدد، وللمرأة التي عدد عليها.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من زواج المسيار

اختلف العلماء في حكم هذا النوع من الزواج، ويمكن حصر أقوالهم في ثلاثة أراء:

- الرأي الأول: القول بالإباحة مع الكراهة.
- الرأي الثاني: القول بالمنع وعدم الإباحة.
- الرأي الثالث: التوقف.

الرأي الأول: القائلون بالإباحة مع الكراهة وهم: يوسف القرضاوي، ابن باز رحمه الله، عبدالله بن منيع عضو هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، محمد سيد طنطاوي...،[1] وقد قال كل من الحنفية، والشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم، أن العقد يقع صحيحا مع وجود مثل هذه الشروط، ويبقى حق الزوجة قائما في السكنى والنفقة والقسمة يجوز لها المطالبة به متى شاءت[2]، وبعض فقهاء المالكية المعاصرين من أمثال محمد الحسن ولد الددو[3] وأبو الطيب مولود السريري المغربي وغيرهم[4]. واستدلوا بما يلي:

1. أنه زواج مستكمل لجميع الأركان والشروط وما كان كذلك كان صحيحاً ومباحاً.

2. ثبت في السنة أن أم المؤمنين سودة رضي الله عنها وهبت يومها من رسول الله إلى ضرتها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وحديث هبة سودة يومها لعائشة رواه البخاري ومسلم عن عائشة: " قالت: ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة، من امرأة فيها حدة، قالت: فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله لعائشة، قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله يقسم لعائشة يومين: يومها، ويوم سودة".[5] ووجه الاستدلال بالحديث أن سودة بهبتها

---

[1] عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط1، 1420هـ، ص174، بتصرف.

[2] سمية عبد الرحمان، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة، 1256هـ، ص76

[3] محمد الحسن الددو، القناة الرسمية للشيخ على اليوتيوب.

[4] مولود السريري، ندوة المذهب المالكي بين التأصيل والتنزيل على الأنترنت.

[5] أخرجه البخاري في النكاح باب المرأة تهب يومها (4914) 1999/5، ومسلم في الرضاع باب جواز هبة نوبتها لضرتها (1463) 1085/2.

يومها لعائشة وقبول الرسول بذلك ما يدل على أن من حق الزوجة أن تسقط حقها الذي جعله الشارع لها، كالمبيت والنفقة.

3. أن في هذا النوع من النكاح مصالح كثيرة، فهو يشبع غريزة الفطرة عند المرأة، وقد كف من تزوجن عن الفاحشة، وقد ترزق المرأة منه بالولد، وهو بدون شك يقلل من العوانس اللاتي فاتهن سن الزواج.

يقول وهبة الزحيلي: " إن إعفاف المرأة مطلب فطري واجتماعي وإنساني، فإذا أمكن لرجل أن يسهم في ذلك كان مقصده مشروعاً وعمله مأجوراً مبرورا".[1]

4. وجود أنواع من الزواج مشابهة لهذا النوع من الزواج، كزواج النهاريات وزواج الليليات، واحتج بهذا القرضاوي.

الرأي الثاني: القائلون بالمنع وعدم الإباحة: ومنهم محمد بن ناصر الدين الألباني–رحمه الله –، وعلي القرة داغي و عمر سليمان بن عبد الله الأشقر، ومحمد الزحيلي.[2] واستدل القائلون بالتحريم بالأدلة التالية:

1. إن هذا الزواج يتنافى مع مقاصد الزواج فليس المقصود من الزواج في الإسلام قضاء الوطر الجنسي، بل الغرض أسمى من ذلك، فقد اعتبره الرسول سنة الإسلام فقال: " وإن من سنتنا النكاح"، وقد شرع لمعان ومقاصد اجتماعية ونفسية ودينية، وزواج المسيار لا

[1] عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص178–179، بتصرف.

[2] عبد الحق حميش، قضايا فقهية معاصرة، ص189.

يحقق شيئاً من مقاصد الزواج الشرعية، من المودة والرحمة، والسكن، وحفظ النوع الإنساني، وتعهده على أكمل وجه، ورعاية الحقوق والواجبات التي يولدها عقد الزواج الصحيح، "والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني".

2. يقترن به بعض الشروط التي تخالف مقتضى العقد، وتنافي مقاصد الشريعة في الزواج من السكن والمودة، ورعاية الزوجة أولاً، والأسرة ثانياً، والإنجاب، وتربية الأولاد، ووجوب العدل بين الزوجات، كما يتضمن عقد الزواج تنازل المرأة عن حق الوطء والإنفاق... وغير ذلك.

3. قد يقدر للزوج أولاد من هذه المرأة، وبسبب البعد عنها وقلة مجيئه إليها سينعكس ذلك سلباً على أولاده في تربيتهم وخلقهم.

القول الثالث: المتوقفون في المسألة:

توقف بعض أهل العلم في الحكم على هذا النوع من الزواج، وتوقفهم هذا يدل على أن حكمه لم يظهر لهم، فهم يحتاجون إلى مزيد من النظر والتأمل، ودعوا في الختام إلى دراسة هذا الزواج دراسة تفصيلية دقيقة، لأن محاذيره كثيرة، وقد يكون ظاهرة مرضية، ولم يعطوا حكما بينا فيه مما يدل على توقفهم في الحكم عليه.

الفرع الثالث: قول المالكية في زواج المسيار وإعمالهم لمراعاة الخلاف فيه:

زواج المسيار شبهه المالكية بزواج النهاريات والليليات قديما، وصورة هذا النوع من الزواج

أن يتزوج رجل من امرأة تعمل خارج منزلها في الليل، وترجع إلى زوجها في النهار، أو تعمل في النهار وترجع إلى المنزل الذي فيه زوجها ليلاً، وحكم المالكية في هذا أن يفسخ هذا الزواج قبل الدخول وجوبا لفساده، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل مراعاة للخلاف[1]، وهذا ما يوافق قانون الأسرة الجزائري حيث جاء في المادة 32 "عقد الزواج باطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد" وبالمقابل يعتبر في المادة 35 "الشرط باطل والعقد صحيح إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه".[2]

وخلاصة القول في زواج المسيار أن حكمه بعد وقوع الفعل يختلف عن الحكم قبله، فقبل الدخول يجب فسخه عند المالكية لما فيه من مفاسد وآثار سلبية، أما بعد الدخول فيثبت هذا الزواج بصداق المثل وينتفي الشرط، فالمالكية هنا اعملوا قاعدة مراعاة الخلاف لتفادي الخلل والضرر الواقع وهو الحرمان من الفسخ والإرث، فتثبت الحقوق للزوجين والأطفال كما لو كان زواجا صحيحا.

المطلب الثاني: مسألة الزواج بدون ولي

الفرع الأول: حكم الزواج بدون ولي

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في الزواج ، فذهب الإمام مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي، وأن الولاية في الزواج شرط صحة، وبالتالي لا تملك المرأة حق تزويج نفسها الحديث رسول

[1] أحمد عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، ط1، ج3، ص203.

[2] البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ماستر، جامعة مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2017، ص15

الله: «لا نكاح إلا بولي»[1] ، وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل. أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه يجوز للمرأة العاقلة الراشدة أن تعقد نكاحها بغير ولي لحديث ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[2]، ولها مهر المثل.[3]

الأصل في المذهب المالكي أن عقد الزواج بدون ولي يجب فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده، ذلك أن من أركان النكاح عند المالكية الولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن ينكحها من الناس من ليس بوليها، غير أن المالكية راعوا مذهب الحنفية وصححوا العقد إذا فات بالدخول، ذلك أن رأي الحنفية وإن كان مرجوحا عند المالكية، إلا أنه ترجح بعد الدخول لمصلحة الزوجين، كما قال الشاطبي: " فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة..."، وفي الحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل (ثلاث مرات) إن دخل بها المهر لها بما أصاب منها»، وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد.[4]

الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة

بيان ذلك أن الحكم بعد وقوع الفعل يختلف عن الحكم قبل الوقوع؛ اعتبارا للمآل، فقبل الوقوع يتجنب المحظور، لما يترتب عليه من آثار سلبية، أما عندما تقع الواقعة مخالفة للأصل الشرعي لم يعد التمسك بالمنع يجدي، فأعمل المالكية قاعدة مراعاة الخلاف لتفادي الخلل الواقع

[1] أخرجه أبو داوود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم 2085، سنن أبي داوود، ج2، ص 299.

[2] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1421، ج2، ص1037.

[3] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، حققه محمد صبحي، ط1، 1415هـ، ج3، ص36.

[4] أبو الحسن الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص،192.

وهو الحرمان من الإرث والفسخ، حيث تثبت حقوق الزوجين والأطفال، كما لو كان زواجا صحيحا.

وإسقاط هذه المسألة على عصرنا يتمثل في تقنينها والأخذ برأي المخالف، حيث ذكر المشرع الجزائري أن الولي ركن من أركان عقد الزواج في م9 من قانون الأسرة قبل التعديل، متأثرا برأي جمهور الفقهاء فنص صراحة على أنه اذا انتفى منه هذا الركن كان الزواج باطلا قبل الدخول، ويصحح بعده بمهر المثل و ذلك وفقا للمادة 33ف1، و إذا انتفى منه أكثر من ركن فالزواج باطل حتى و إن تم الدخول و هذا ما جاء في الفقرة الثانية من م 33 من نفس القانون، أما بعد التعديل فقد أصبح الولي شرط صحة في عقد الزواج وفقا لنص م9 مكرر من ق. أ. ج.، مع إضفاء حرية المرأة في اختياره وفق المذهب الحنفي، و لما كان الحضور الشكلي للولي شرط لتمام العقد فإن تخلفه يؤدي لفسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق المرأة الصداق، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى العقد ركنه و الشروط الأخرى. و في الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج فجعل الولاية على الصغيرة القاصرة فقط، أما الراشدة فلها الحق في تزويج نفسها آخذا برأي المذهب الحنفي وقد ذهب لأبعد من ذلك؛ حينما سمح لها بتفويض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر و قد يكون أجنبيا و هذا لا نجد له سندا في الفقه لإسلامي أو أي مذهب من المذاهب الفقهية.[1]

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2012م، ص323-324.

المطلب الثالث: مسألة عقد وكالة عدل

من المسائل المعاصرة التي كثُر الجدل حولها مسألة عقد وكالة عدل، وهو عقد حديث استلمته وكالة حكومية جزائرية تدعى الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (aadl)، وسنبين في هذه المسألة حقيقة عقد عدل، وآراء الفقهاء فيه مع بيان صورة مراعاة الخلاف المصاحبة له.

الفرع الأول: أراء الفقهاء في عقد وكالة عدل

أ- رأي المانعين لعقد وكالة عدل: يرى أصحاب هذا الرأي ومنهم أبو عبد السلام الجزائري[1] ومحمد مكركب[2] وبعض العلماء المعاصرين إلى عدم جوازه، لأنه عقد إجارة منتهي بالتمليك، وهي صورة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها حيث جاء في الحديث الصحيح [نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة][3]، و صورة البيعتين هي: "الإيجار أولاً والتمليك ثانيا"[4].

وذهب المالكية[5] إلى حرمة اجتماع البيع مع بعض العقود إذا تعارضت أحكامها؛ وذلك لأن العقود أسباب شرعت من أجل تحصيل مقاصدها على الانفراد، ولكن عند اجتماع البيع مع بعض العقود الأخرى فإن هذا الاجتماع مفسد لها لتناقض أحكام هذه العقود ومقاصدها، والصفقة الواحدة

[1] أبو عبد السلام، تسجيل صوتي على اليوتيوب.

[2] محمد مكركب، حصة تلفزيونية على قناة الأنيس.

[3] رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم 1231.

[4] محمد بن سعد العصيمي، حكم الإيجار المنتهية بالتمليك، جامعة أم القرى، 1439هـ، ص7

[5] أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، ج3، ص142.

لا تشتمل على معانٍ متناقضة، وعليه فإن في الاجتماع معنى وتأثيراً لا يتوافر في العقد المنفرد[1]

ب- رأي المجيزين لعقد وكالة عدل: وهو ما ذهب إليه المجلس الوطني للإفتاء بالجزائر وعلى رأسهم الدكتور عبد الرحمن السنوسي، وقد قالوا بأن التّكييف الشّرعي لهذا العقد هو أنّه «بيع تقسيط على شرط معلّق» ؛ حيث إنّ إرادة المتعاقدين متّجهة إلى تملّك هذا المسكن لا إجارته، وقد روعي في ذلك قيمة المبيع موزّعةً على أقساط، وأما إطلاق اسم (البيع بالإيجار) على هذا العقد؛ فهو إطلاق غير صحيح بالنّظر إلى حقيقة هذا البيع، وإطلاق هذه التسمية عليه لا يغير من حقيقة كونه بيعاً بالتّقسيط؛ لأنّ العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، بدليل أنّ الثّمن المحدّد في بداية العقد لا تضاف إليه أقساطٌ إيجارية زيادة على ثمن المبيع؛ بل تلك الأقساط هي جزء من الثّمن الإجمالي المتّفق عليه أولاً عند إنشاء عقد البيع؛ وإنّما تمّ توزيعه على أقساطٍ مراعاةً لحال المشتري ورفقاً به وتسهيلاً عليه، فهي ليستْ في مقابلة الانتفاع بالمسكن بحالٍ؛ وإنّما هي جزء من الثّمن المتّفق عليه عند إنشاء عقد البيع؛ وأوضح دليلٍ على هذا أنّ العاقد يتملّك الرّقبة والمنفعة معاً بمجرد دفع القسط الأول من الثّمن؛ وتلك هي حقيقة البيع.

ولو فرضنا جدلاً وجود ذلك فإنّ الجمع بين عقدين في عقد ليس محرماً بإطلاق، ولا جائزاً بإطلاق؛ وقد قرّر القرافي مذهب مالكٍ في مسألة اجتماع العقود بقوله[2]: «فكل عقدين بينهما تضادّ لا يجمعهما عقد واحد»؛ وعلّق عليه «صاحب تهذيب الفروق» بقوله: «وأما نحو الإجارة والهبة

[1] محمد علي بن حسين مكي، تهذيب الفروق، (بهامش الفروق)، ج3، ص177.

[2] أحمد بن دريس القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج3، ص262.

مما يماثل البيع في الأحكام والشّروط ولا يضادّه؛ فإنّه يجوز اجتماعه مع البيع، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر في عقد واحد لعدم التّنافي»[1].

قال ابن جزي مقرراً مذهب مالك: «ويجوز الجمع بين البيع والإجارة خلافا لهما»؛ يعني أبا حنيفة والشافعي.[2]

وإلى مثل هذا ذهب كثير من المحقّقين؛ قال ابن قيم الجوزية في «إعلام الموقّعين» (354/3): « لا محذورَ في الجمع بين عقدين كلّ واحدٍ منهما جائزٌ بمفرده؛ كما لو باعه سلعةً، وأجره داره شهراً بمئة درهم».

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»، –ورواه مالك بلاغاً– فقد حمله كثيرٌ من الفقهاء على بيع العِينَة وما كان ذريعةً إلى الرّبا؛ وممن ذهب إلى ذلك الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كما في مصنّف عبد الرزاق، وهو قول مالك في الموطّأ، واختاره ابن حزم في المحلّى، وابن تيمية في «مجموع الفتاوى» وتلميذه ابن القيم في «إعلام الموقّعين».[3]

الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة:

إن حكم عقد وكالة عدل ينقسم إلى قسمين: قبل الوقوع وبعد الوقوع.

[1] محمد علي بن حسين مكي، صاحب تهذيب الفروق، مرجع سابق، ج3، ص187.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، ص260.

[3] مجلة رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف– الجزائر، العدد:1، ربيع الأول 1436هـ/جانفي 2015م، ص86–90.

❖ قبل الوقوع: عند دفع الأقساط الأولى وقبل تسليم المفتاح فإن هذا يعتبر عقد إجارة منتهي بالتمليك وهو غير جائز عند المالكية وبعض المعاصرين من أمثال محمد المكركب وأبو عبد السلام الجزائري وغيرهم.

❖ بعد الوقوع: بعد دفع جميع الأقساط والحصول على مفتاح السكن فإننا لا نقول بمنع المشتري من الحصول عليه وإنما يصبح العقد جائزا باعتباره بيع مكتمل الأركان والشروط مراعاة للخلاف، فإعمال قاعدة مراعاة الخلاف ينفي الحرج ويوازن بين الآراء الفقهية المتضاربة.

المطلب الرابع: مسألة السلم إلى أجل قريب

من العقود المشروعة في الكتاب والسنة عقد السلم، وهو من العقود الموصوفة في الذمة إلى أجل، وقد كان موجودا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأطلق عليه بيع السلف أو التسليف، لكن في عصرنا الحاضر مازالت هاته المعاملة قائمة وحكمها مختلف فيه، فسنوضح حكمها ومدى تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف فيها.

الفرع الأول: شروط عقد السلم

لقد اشترط العلماء لجواز السلم شروطا منها[1]:

[1] مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ط1، ج3، ص118–140.

أ- أن يؤجل المسلم فيه إلى أجل معلوم، فلا يصح السلم الحال عند المالكية لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». فهذا الحديث أمر بالأجل، والأمر يقتضي الوجوب.

ب- وجوب كون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو الوزن. ولأن السلم أُجيزَ رخصة للرفق بالناس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق فلا يصح، وباعتبارها رخصة فيقتصر على حال ورودها. وأقل الأجل عند المالكية نصف شهر، لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالبا، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه، إلا إذا شرط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول إلى البلد (غير بلد العقد) فلا يشترط التأجيل بنصف شهر بل يصح في الأجل مسافة اليومين فأكثر ذهابا فقط، بشروط:

1. أن يكون البلد الثاني على مسافة يومين من بلد العقد.
2. أن يشترط في العقد الخروج فورا.
3. أن يخرجا بالفعل إما بأنفسهما أو بوكيلهما حين العقد.
4. وأن يكون السفر بير أو ببحر بغير ربح كالمنحدرين، احترازا من السفر بالريح فلا يجوز لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين في نصف يوم فيؤدي إلى السلم الحال. متى انخرم شرط من هذه الشروط فلا بد من ضرب الأجل، وجاز الأجل

بنحو الحصاد، ونزول الحاج، والصيف والشتاء، واعتبر من ذلك وسط الوقت لا أوله ولا آخره.[1]

وقال الإمام الشافعي: يصح السلم حالا ومؤجلا، فان أطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجودا كان العقد حالا، لأنه إذا جاز السلم مؤجلا فإنه يجوز حالا بالأولى لبعده عن الغرر.

والمراد من الحديث (إلى أجل معلوم) هو العلم بالأجل لا الأجل نفسه، وفائدة العدول عن البيع إلى السلم الحال حينئذ هو جواز العقد مع غيبة المبيع، فإن المبيع إذا لم يكن حاضرا مرئيا لا يصح بيعه عند الشافعية، وإن أخر العقد لإحضاره فربما تلف، أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه كما لا يتمكن حينئذ من فسخ العقد، لأن العقد متعلق بالذمة، وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به، وأجازه ابن عبد الحكم من المالكية إلى اليوم.[2]

الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة:

إن وقع السلم إلى أجل قريب –أقل من نصف الشهر– يفسخ عند المالكية كما جاء في المدونة عن مالك قوله: لا خير فيه حتى يكون إلى أجل ترتفع فيه الأسواق وتنخفض، وهو قول ابن القاسم أيضا، لأن الأجل القريب يشبه الحال الذي لا يجوز، فكأن المسلم دفع إلى المسلم إليه دنانير على أن يشتري له سلعة كذا، على أن له ما زاد وعليه ما نقص فدخله الغرر والخطر. إلا أن الإمام مالكا سئل عن الرجل يشتري الطعام المضمون إلى

[1] الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج4، ص528.

[2] أحمد شقرون، مراعاة الخلاف وأثره في الفروع الفقهية، مرجع سابق، ص500.

يومين يوفيه إياه قال: لا بأس به[1]، فلم يقل بفسخه مراعاة لمن أجاز السلم إلى أجل قريب.

قال ابن حبيب: لا يفسخ مراعاة للخلاف.

فالمطلوب الآن أن نسقط هذا العقد على حياتنا المعاصرة وكيف نستفيد منه في المجال المصرفي حتى تتمكن البنوك الإسلامية من تأدية واجبها وأمانتها التي أنيطت بها. وأهم الملامح العامة في بيع السلم أنه مستثنى من بيع ما ليس عندك لأن المسلم إليه باع السلعة قبل تملكها وحيازتها بل يعجل الثمن على أن يتكلف توفير السلعة في موعدها المحدد.

ونستطيع أن نكيف صياغة مصرفية لعقد السلم وهي تتمثل فيما يلي:[2]

1. أن يتقدم العميل إلى البنك وليكن هذا العميل شركة للمباني الجاهزة فيعرض على البنك شراءها بطريق السلم ويحدد له موعدا أو أجلا كما هو معروف في عقد السلم.

2. يقوم البنك بإخضاع هذا العرض للجنة بدراسته وجدواه الاقتصادية، ومدى قوة المركز التجاري لدى العميل، وشهرته وأمانته إلى غير ذلك مما يجب اتخاذه.

3. بعد الموافقة يقوم البنك بتسليم المبلغ للعميل ومن هنا يكون الارتفاق من وجهين للبائع وللبنك، فالبائع حصل على تمويل لمشاريعه ولا يبذل جهدا في تصريفها أما المشتري يرتفق في أنه يتحصل على أسعار رخيصة وهو أمر طبيعي، حيث أنه تخلى عن مبالغ نقدية لمدة أجل السلم، كان يمكن أن ينتفع بها في وجه آخر والأمر الثاني: أنه التزام بأخذ

[1] أبي الوليد بن رشد، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج7، ص292.

[2] أسامة محمد الصلابي، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة، قسم الدراسات الإسلامية، ص21.

السلعة أو المباني المحددة من قبل العميل، والأمر الثالث أن البنك سيبحث عن فرص لتصريف ما اشتروه وإن لم يكن ما اشتروه لحاجتهم الخاصة.

الفرع الثالث: قرار مجمع الفقه الإسلامي[1]: جاء في القرار رقم: (85/2/9) بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة حيث قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية (6-1 ذي القعدة 1415 هـ الموافق 61 نيسان أبريل 1995 م). بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السلم وتطبيقاته المعاصرة قرر ما يلي:

1. يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم إما بتاريخ معين أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافا كثيرا أو يسيرا لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد.

2. لأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط على ألا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم.

3. يجوز للمسلم المشتري مبادلة المسلم فيه بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل سواء كان الاستبدال بجنسه أو بغير جنسه، حيث أنه لم يرد في منع ذلك نص

[1] أسامة محمد الصلابي، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص25-26.

ثابت ولا إجماع وذلك بشرط أن يكون البدل صالحا لأن يجعل مسلما فيه برأس مال السلم.

4. إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه، أو فسخ العقد وأخذ رأس ماله.

وخلاصة القول في السلم الحال أن المالكية قالوا بمنعه أي بفسخ العقد قبل الوقوع، لكن يختلف الحكم بعد الوقوع حيث يقولون بإمضاء العقد وعدم فسخه مراعاة للخلاف. وهذا ما ذهب اليه المجمع الفقهي الإسلامي أيضا.

المطلب الخامس: مسألة بيع المرابحة للآمر بالشراء

يعتبر بيع المرابحة للآمر بالشراء من أهم وسائل الاستثمار في المصارف والشركات الإسلامية، إذ أصبح هذا العقد يحتل أهمية كبرى في المعاملات المالية المعاصرة، وسيتم في هذه المسألة التطرق إلى حكم هذا العقد ومدى إعمال قاعدة مراعاة الخلاف فيه.

الفرع الأول: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء

أ-<u>الرأي الأول:</u> جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء مع كون الوعد ملزما للمتعاقدين، وقال بذلك الكثير من المعاصرين منهم يوسف القرضاوي، والصديق محمد الأمين الضرير،

و عبد الستار أبو غدة ومحمد عبده عمر ، و إبراهيم فاضل الدبو ، ومحمد علي التسخيري، وعلي أحمد السالوس.[1]

واستدلوا بأدلة متعددة منها، عموم قول الله تعالى:﴿...وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ...﴾ سورة البقرة 274، وقوله عزّ وجل: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ اَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ...﴾ سورة البقرة 197، فالشريعة مبنية على التيسير ورفع الحرج، والقاعدة الواردة في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:«...فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[2].

الرأي الثاني: يرى بعدم جواز المرابحة، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري، وابن سيرين، وشُريح، من القدامى، ومن المعاصرين محمد سليمان الأشقر وعبد الرحمن عبد الخالق، ورفيق المصري، وكانت اعتراضات هؤلاء العلماء للحجج التالية:

1. أنَّ المرابحة حيلة لأخذ الربا المحرم شرعا.
2. أنَّ المرابحة عبارة عن بيعتان في بيعة، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن هذا النوع من البيع.
3. أن المرابحة بيع الشخص لما لا يملك، وهذا من البيوع المحرمة.
4. أن المرابحة إلزام بالوعد، وهذا إيجاب لما لم يوجبه الشرع.[3]

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد5، ج2، ص991.

[2] سعيد بويزري، المعاملات أحكام وقيم: المرابحة للآمر بالشراء، مقال منشور على الصفحة الرسمية للدكتور، 2020م

[3] سعاد سطحي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة المعيار، العدد14، ص143-144.

ولقد جاءت تجاه هذه الاعتراضات ردوداً علمية مفصلةً في كتب ودراسات متخصصة، من طرف العلماء الذين أجازوا المرابحة.

ولقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي بجدة، في دورته الخامسة، بتاريخ 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409هـ، الموافق لـ: 10 إلى 15 ديسمبر 1988 ما يلي:

"إن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في الملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعا هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي، بعد التسليم وتوافرت فيه شروط البيع، انتفت موانعه، كما أوصى المجمع بما يلي:

- توسيع نشاط جميع المصارف الإسلامية في شتى أساليب تنمية الاقتصاد، ولاسيما إنشاء المشاريع الصناعية أو التجارية، بجهود خاصة أو عن طريق المشاركة والمضاربة مع أطراف أخرى.
- أن تدرس الحالات العملية لتطبيق المرابحة للآمر بالشراء لدى المصارف الإسلامية، لوضع أصول تعصم من وقوع الخلل في التطبيق".
- وبشأن الوعد بالشراء أقر نفس المجمع في نفس الدورة أنَّ: "الوعد يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا معلقا على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة

الوعد ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".[1]

الفرع الثاني: رأي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في طريقة بيع المرابحة الذي تنتهجه بعض البنوك في الجزائر: إن الصيغة التي تطرحها بعض البنوك في طريقة بيع المرابحة للآمر بالشراء يعتبر من قبيل المعاملات المالية الجائزة، وإن كانت بعض الوكالات المصرفية تتفلت من بعض الشروط، إلا أن هذه الشروط لا تبطل العقد بل يصح العقد ويبطل الشرط، وقد أجازت هيئات عالمية هذه المعاملة متغاضية عن الشروط لأنها مختلف فيها، ولأنها متعلقة بالمعاملات التي يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها لمسيس الحاجة.[2]

الفرع الثالث: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة

اعتماد مراعاة الخلاف في بيع المرابحة للآمر بالشراء يتبين من خلال ذكر رأي المالكية فهم يقولون فيه: "المرابحة بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به مع زيادة ربح معلوم للبائع والمشتري وهو خلاف الأولى لأنه يحتاج إلى بيان كثير قد يتعذر على العامة فيقع البيع فاسدا لأن البائع ملزم بأن يبين المبيع وكل ما أنفقه عليه زيادة على ثمنه، وربما يفضي إلى نزاع".[3]

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد5، ج2، ص1599–1600

[2] طريقة المرابحة، الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، (1442هـ–2021م).
https://www.marw.dz/?q=%D8%B7%D8%B1%D9%8A%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%A7%D8%A8%D8%AD%D8%A9

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الموسوعة الشاملة، ص 192.

فالمالكية إذن يرون أن بيع المرابحة للآمر بالشراء بيع غير جائز فيفسخ العقد عندهم، لكن بعد وقوعه يصح العقد ويبطل الشرط مراعاة للخلاف.

المطلب السادس: مسألة استعمال مياه الصرف الصحي في الطهارة

من القضايا الفقهية المهمة في الوقت المعاصر فيما يتعلق بالطهارة "حكم استعمال مياه الصرف الصحي بعد معالجتها بالوسائل الحديثة". وقد ذكر أهل الاختصاص أن عملية معالجة مياه الصرف الصحي عمليًّا تمر بمراحل وبناء على ذلك فقد اختلف الفقهاء في حكمها، وسنذكر أقوالهم في هذه المسألة ومدى إعمالهم لقاعدة مراعاة الخلاف فيها.

الفرع الأول: حكم استعمال مياه الصرف الصحي:

تتفاوت مياه الصرف الصحي المعالجة في درجة معالجتها وفقاً لقدرة وكفاءة محطّات المعالجة، وعليه فهناك مياه معالجة كلّيا بحيث لا يبقى أثر للنجاسة فيها، وهناك مياه معالجة بشكل جزئي، وفيما يلي تفصيل حكمها على النحو الآتي:

ب- المياه المعالجة كلّيا: إذا عولجت مياه الصرف الصحي معالجة متقدمة بالطرق الفنية الحديثة، تفوق كثيراً ما ذكره الفقهاء القدامى من الطرق القديمة البسيطة، بحيث لا يبقى للنجاسة أثر من لون، أو طعم، أو ريح، وبناء على ما رجحه الفقهاء من اعتبار الاستحالة طريقاً من طرق تطهير الماء النجس، حيث استحالت المياه المتنجسة، وتبدلت أوصافها، وعادت إلى أصلها من الصفاء والنقاء، وحيث إن الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً، وبناء

على ما رجحه وأفتى به كثير من الباحثين المعاصرين[1]، فإن هذه المياه النقية الناتجة عن المعالجة المتقدمة طاهرة، ويمكن استخدامها في العبادات كالوضوء، وإزالة الأحداث كالاغتسال من الجنابة، وإزالة الأخباث من النجاسات الحقيقية كالاستنجاء، وفي العادات من شرب وطبخ، بحيث يمكن القول بأنّه يمكن استخدامها في كل ما يستخدم به الماء الطهور، إلّا إذا ترتّب على استعمالها ضرر صحي، فإنّه يمتنع عن استعمالها تجنّباً للضرر، ومن باب قاعدة:" لا ضرر ولا ضرار"[2] لا من حيث أنّها لا تطهر، فليس كل ضار نجساً.

ت- المياه المعالجة جزئياً: هي المياه الناتجة عن مراحل المعالجة دون المتقدمة في محطّات المعالجة، أو هي المياه الناتجة عن محطّات معالجة كفاءتها متدنّية، بحيث لم تزل كل أعراض النجاسة منها، ومما جاء في وصفها: تخرج محملة بنسبة لا بأس بها من البول، وبقايا البراز المذاب، وغيره من الكتل الصلبة، خارج محطّات التنقية، ولا أدل على ذلك من أن السدود التي تدخلها هذه المياه، تترسب في قاعها كمية كبيرة من العوالق، بلغ سمكها أحياناً عدة أمتار في قاع السد، وعند تنظيفها بين سنة وأخرى، تخرج هذه العوالق شبيهة بالبراز المذاب الذي يترسب في قاع أحواض المعالجة في محطّات التنقية، وعليه فإن هذه

[1] يوسف القرضاوي، فقه الطهارة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، 1428هـ، ص50-51.
هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: حكم استحالة النجس إلى طاهر، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى – العدد الثاني، ص172.

[2] من حديث صحيح للنبي صلّى الله عليه وسلّم. انظر: الحاكم: المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، حديث رقم2345، ج2، ص66.

المياه لا تزال تحمل أثر النجاسة لوناً، أو طعماً، أو ريحاً، وهي بذلك مياه متنجسة، ولا يجوز استعمالها فيما يخص البدن مباشرة، كشرب، ووضوء، واغتسال، وما إلى ذلك.[1]

الفرع الثاني: فتاوى وآراء فقهية:

لقد صدرت العديد من الفتاوى والآراء الفقهية عن عدد من المجامع الفقهية، وهيئات البحث الفقهي، وعدد من الباحثين، وفيما يلي عرض لبعض هذه الفتاوى؛ لتدعيم ما تناولته هذه الدراسة بشأن طهارة المياه العادمة المعالجة.

1. فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في الدورة الثالثة عشرة لهيئة كبار العلماء، المنعقدة في النصف الآخر من شهر شوال1398هـ.بمدينة الطائف، صدر عن الهيئة قرار رقم 64 في 1398/10/25هـ. بشأن الاستفتاء المقدم إليها، والمتضمن الإفادة بأن المسلمين يواجهون مشكلة كبيرة؛ بسبب إنتاج ماء للشرب النقي من مياه المجاري، وأنّهم يسألون عن حكم استعمال هذه المياه بعد تنقيتها للوضوء، فقد قرر المجلس ما يلي:

" بناء على ما ذكره أهل العلم من أن الماء الكثير المتغير بنجاسة، يطهر إذا زال تغيره بنفسه، أو بإضافة ماء طهور إليه، أو زال تغيره بطول مكث، أو تأثير الشمس ومرور الرياح عليه، أو نحو ذلك؛ لزوال الحكم بزوال علّته. وحيث إن المياه المتنجسة يمكن التخلّص من نجاستها بعدة وسائل، وحيث إن تنقيتها وتخليصها مما طرأ عليها من النجاسات بواسطة الطرق الفنية الحديثة لأعمال التنقية، يعتبر من أحسن وسائل الترشيح والتطهير، حيث يبذل الكثير من

[1] ناصر عبد اللطيف، حكم تطهير واستعمال المياه العادمة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجيستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2012م، ص 208–209.

الأسباب المادية؛ لتخليص هذه المياه من النجاسات، كما يشهد بذلك ويقرره الخبراء المختصون بذلك ممن لا يتطرق الشك إليهم فيعملهم وخبرتهم وتجاربهم."

لذلك فإن المجلس يرى طهارتها بعد تنقيتها التنقية الكاملة، بحيث تعود إلى خلقتها الأولى، لا يرى فيها تغير بنجاسة في طعم، ولا لون، ولا ريح، ويجوز استعمالها في إزالة الأحداث والأخباث، وتحصل الطهارة بها منها، كما يجوز شربها إلّا إذا كانت هناك أضرار صحية تنشأ عن استعمالها، فيمتنع ذلك؛ محافظة على النفس، وتفادياً للضرر، لا لنجاستها. والمجلس إذ يقرر ذلك، يستحسن الاستغناء عنها في استعمالها للشرب متى وجد إلى ذلك سبيل؛ احتياطاً للصحة، واتقاء للضرر، وتنزهاً عما تستقذره النفوس وتنفر منه الطباع.[1]

2. فتوى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي:

في الدورة الحادية عشرة للمجلس، المنعقدة بمكّة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409هـ. الموافق 19 فبراير 1989م، إلى يوم الأحد 20 رجب 1409هـ الموافق 26فبراير 1989، فإن المجلس قد نظر في السؤال عن حكم ماء المجاري بعد تنقيته: هل يجوز رفع الحدث بالوضوء والغسل به؟ وهل تجوز إزالة النجاسة به؟ وبعد مراجعة المختصين بالتنقية بالطرق الكيماوية، وما قرروه من أن التنقية تتم بإزالة النجاسة منه على مراحل أربع، وهي الترسيب، والتهوية، وقتل الجراثيم، وتعقيمه بالكلور، بحيث لا يبقى للنجاسة أثر في طعمه، ولا في لونه، ولا في ريحه، صار طهوراً يجوز رفع الحدث وإزالة النجاسة به، بناء على القاعدة

[1] هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: حكم استحالة النجس إلى طاهر، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثاني، ص173.

الفقهية التي تقرر أن الماء الكثير الذي وقعت فيه النجاسة يطهر بزوال هذه النجاسة منه، إذا لم يبق لها أثر فيه.[1]

الفرع الثالث: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة:

هذه المسألة معاصرة ولمعرفة مراعاة الخلاف فيها لابد من ذكر المسألة المشابهة لها في القديم، وهي الوضوء بماء مختلف في نجاسته: فقد ذهب المالكية إلى أن من توضأ بماء متنجس عنده إلا أنه مختلف في نجاسته وصلى فإنه يعيد ما دام في الوقت استحبابا، فإذا خرج الوقت فلا إعادة عليه ؛مراعاة للخلاف. قال النفراوي: ومعنى مراعاة الخلاف: أن القائل بالنجاسة يكتفي بالإعادة في الوقت مراعاة لقول القائل بعدم النجاسة ، والقائل بالطهارة يقول بالإعادة في الوقت مراعاة لمن يقول بالنجاسة.[2]

فخلاصة القول في هذه المسألة أن المستعمل لمياه الصرف الصحي في الوضوء، قبل الوقوع إذا صلى فإنه يعيد في الوقت استحبابا إن وجد ماءا غيره، أما بعد الوقوع إذا صلى وخرج الوقت فلا إعادة عليه مراعاة للخلاف (القائلون بأن مياه الصرف الصحي بعد المعالجة هي مياه طاهرة).

[1] هيئة كبار العلماء في المملكة العربي ة السعودية: حكم استحالة النجس إلى طاهر، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثاني، ص186.

[2] عثمان سندي، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا، مذكرة ماجيستير، جامعة الإمام محمد بن سعود، 1419هـ، ص336.

المطلب السابع: تمثيل الصحابة رضوان الله عليهم

التمثيل من الوسائل الحديثة التي ظهرت في العصر الحديث، لذا فهو يعد من المستجدات العصرية التي اختلفت آراء الفقهاء فيها حسب اجتهادهم، وقد قدمت مؤخرا أعمال فنية كثيرة تناولت قصص الصحابة رضي الله عنهم مثل قصة عمر وخالد بن الوليد وغيرهم. فلا بد من معرفة آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة، وهل هي من المسائل التي يراعى فيها الخلاف.

الفرع الأول: حكم تمثيل الصحابة

اختلفت آراء المعاصرين في حكم تمثيل الصحابة رضوان الله عليهم على ثلاثة أقوال:

أ- القول الأول: أنه لا يجوز تمثيل الصحابة مطلقا كبارهم وصغارهم، وبهذا القول صدرت فتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية[1]، وهو قرار رابطة العالم الإسلامي، واختاره محمد بن عثيمين، وجاد الحق علي جاد الحق، وعبد الله آل هادي، و عبد الله السليماني.[2] واستدلوا بعدة أدلة منها:

1. أن منع تمثيل الصحابة مما استقرت عليه الفتوى بين علماء المسلمين منذ بدء ظهور التمثيل، فكان ذلك بمثابة إجماع سكوتي.

[1] قرارات هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ج3، ص330.

[2] محمد بن مصطفى الدالي، أحكام التمثيل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، جامعة محمد بن سعود، 1426-1427هـ، ص135.

2. ما لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المكانة العليا، فقد اتفق أهل العلم على أنهم صفوة الأمة، فلا يجوز التعرض لهم بتمثيل أو محاكاة؛ حماية لجنابهم الرفيع ثم أن كل النصوص التي فيها ذكر حرمة الصحابة تصلح دليلا لتحريم تمثيل أشخاصهم.

3. تمثيل الصحابة ذريعة إلى السخرية، ويقضي على ما لهم من هيبة ووقار في نفوس المسلمين مع ما يقصده أرباب التمثيل من جعل ذلك وسيلة إلى الكسب المادي ، وهذا سيطغى على تقديم الصورة الصحيحة لهم وهو ما يدفع القائمين بالإنتاج والتمثيل في التلاعب بسيرتهم والإتجار بعيدا عن الدقة العلمية.[1]

القول الثاني: أنه يجوز مطلقا، وهو قول محمد رشيد رضا[2]، وإليه مال كل من يوسف القرضاوي وسلمان العودة، فقد وافقا على إنتاج مسلسل عن حياة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ودرسا ما ورد فيه من محادثات[3]، وقد وافقهم في هذا أيضا محمد حسن الددو[4]. والتحري بضبط سيرته دون إخلال من أي جهة كانت.[5] ودليلهم في هذا عدم وجود دليل شرعي يمنع تمثيل الصحابة، أو أعمالهم الشريفة، بشرط الالتزام بأن يكون تمثيلهم بشكل يظهر محاسن ذلك الصحابي لأجل الاتعاظ بسيرته، ومبادئه العالية، مع التحفظ .

[1] عنود عبد الحسين الخضيري، تمثيل الصحابة بين المنع والإجازة، جامعة الدمام، السعودية، ص17.

[2] فتاوى الشيخ محمد رشيد رضا، ج6، ص2348.

[3] عبد القاهر محمد، تمثيل أدوار الأنبياء والصحابة، مجمع فقه الإسلامي الدولي، جدة، الدورة21، ص18.

[4] محمد الحسن الددو، حكم تمثيل الصحابة، حصة تلفزيونية على قناة دليل.

[5] محمد بن مصطفى الدالي، أحكام التمثيل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص139.

ب- القول الثالث: تحريم تمثيل كبار الصحابة، كالخلفاء الراشدين والحسن والحسين ومعاوية وأبنائهم، وجواز تمثيل من سواهم كعكاشةَ بن محصن وصهيبٍ الرومي والنعمانِ بن بشيرٍ ونحوِهم، وبهذا صدرت فتوى لجنة الأزهر، واختاره الشيخ أحمد القضاة وغيره.[1] واستدلوا بما يلي:

- ما سبق من أدلة جواز التمثيل.
- نزول درجة هؤلاء الصحابة عن كبارهم كالخلفاء وغيرهم، فليس لهم من الوجاهة والحصانة ما يمنع تمثيلهم.[2]

الفرع الثاني: إعمال الخلاف في المسألة

واعتماد مراعاة الخلاف في المسألة أن تمثيل الصحابة رضي الله عنهم من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء، فقد حرم البعض تمثيل الصحابة لأنه لا يليق بمكانتهم وفيه مفاسد كثيرة، وقد أجازه آخرون من باب الدعوة إلى الإسلام وإظهار مكارم الأخلاق الإسلامية، وصورة مراعاة الخلاف في هذه المسألة أنه بعد تمثيل قصة عمر وقصة خالد بن الوليد وغيرهم، راعى بعض العلماء الخلاف في هذه المسألة وقالو بجواز مثل هذه الأعمال لما فيها من مصالح كثيرة ووعظ للناس وتعريفهم بدينهم، ويبقى تمثيل أدوار صحابة آخرين على المنع وعدم وقوعها ابتداء.

[1] مجلة الأزهر، عدد محرم، 1379هـ.

[2] عبد الله السليماني، البيان المفيد عن حكم التمثيل والأناشيد، ط2، 1410هـ، ص93.

وفي نهاية هذا الفصل وتلخيصا لما سبق ذكره، قمنا بتبيين أثر مراعاة الخلاف في الاجتهاد من خلال نوعيه النظري والتطبيقي؛ من خلال بيان أهمية مكانة هذه القاعدة في المذهب المالكي، ودورها في القضايا المعاصرة، كما قمنا بتوضيح هذا الأثر من خلال ربطها بقاعدة اعتبار المآل في تحقيق مصالح الناس ودفع الضرر عنهم. بالإضافة إلى ذكر إسهاماتها في التقريب بين المذاهب ونبذ الجمود الفقهي والتعصب المذهبي. وفي الأخير ذكرنا مجموعة من الأمثلة التطبيقية لإبراز اثر إعمال قاعدة مراعاة الخلاف في المسائل المعاصرة، ومدى حاجة الفقهاء إليها للخروج من الخلاف.

خاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، نصل إلى آخر بحثنا فندوّنُ أهم النتائج التي توصلنا إليها في دراسة موضوعنا، ونجملها في النقاط التالية:

1. مراعاة الخلاف من اهم الأصول التي اعتمدها المالكية واشتهر بها مذهبهم حتى عدت من مميزات المذهب المالكي.
2. مراعاة الخلاف هي إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، فالأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته ويترجح عند المجتهد أحد الأدلة فيأخذ بالراجح عنده، ومنها ما تترجح فيه أحد الأدلة وتتشوق النفس لمقتضى الدليل الأخر فهنا تحسن مراعاة الخلاف.
3. أصل مراعاة الخلاف ينقسم إلى قسمين: مراعاة الخلاف قبل الوقوع، مراعاة الخلاف بعد الوقوع أو ما يسمى بالخروج من الخلاف.
4. من الشروط التي اعتبرها المالكية في الأخذ بمراعاة الخلاف أن يكون دليل المخالف قويا، وألا يترك المراعي الخلاف مذهبه بالكلية.
5. لأصل مراعاة الخلاف علاقات وطيدة ببعض الأصول مثل الاستحسان، سد الذرائع، اعتبار المآل.
6. تتمثل أهمية قاعدة مراعاة الخلاف في التقريب بين المذاهب ونبذ الجمود والتعصب المذهبي بالإضافة إلى تحقيق المرونة في الفقه الإسلامي والوصول إلى الرأي الأقرب للحق.

كما لا يفوتنا أن نوصي طلبة العلم والباحثين أن يولُوا هذا الأصل "أصل مراعاة الخلاف" اهتماما بدراسة فروعه وجزئياته، والتركيز على تطبيقاته المعاصرة التي تُخرجنا في كثير من المسائل الواقعة والمتوقعة من التعصب المذهبي والجمود الفقهي.

هذا وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

وتحتوي على

فهرس سور وآيات قرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

قائمة المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس السور والآيات القرآنية

الآية	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِهِۦ عِلْمًا	طه	107	14
وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُواْ يَعْمَلُون	الأنعام	108	22
وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ	البقرة	274	62
لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ اَن تَبْتَغُواْ فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ	البقرة	197	62

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	رقم_الصفحة
ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة، من امرأة فيها حدة	48
وإن من سنتنا النكاح	49
لا نكاح إلا بولي	51
الأيم أحق بنفسها من وليها	51
أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل	52
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة	54
نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ	56
من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم	57
فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ	63
لا ضرر ولا ضرار	67

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش

الكتب:

1. ابن جُزيّ، القوانين الفقهيّة، (د ط)، (د ت ن)، ج1.
2. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، حققه محمد صبحي، ط1، 1415ه، ج3.
3. ابن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق أحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1303ه، ج4.
4. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ط1، 1399هـ، ج2، ج6.
5. ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في أعيان المذهب، تحقيق محمد الأحمدي، طبعة دار التراث.
6. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414ه، ج9، ج13، ج2، ج14.
7. أبو إسحاق الشاطبي، الاعتصام، تحقيق أبو عبيدة مشهور، مكتبة التوحيد، (د ط)، ج3.
8. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، ط1، 1417ه، ج2، ج4، ج5.
9. أبو الحسن مسلم بن حجاج (ت 241هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج2.
10. أبو العباس القباب، شرح مسائل ابن جماعة التونسي، تحقيق علي محمد إبراهيم، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428ه.

11. أبو العباس الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (د ط)، 1981م، ج6.
12. أبو الوليد بن رشد، البيان والتحصيل، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1404ه، ج7.
13. أبو داود سليمان بن الأشعث (ت 215هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، (د ط، ج2.
14. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، (د ط)، ج3.
15. أحمد بن الرشيد، مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، 1439هـ.
16. أحمد عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، ط1، ج3.
17. أسامة محمد الصلابي، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة، قسم الدراسات الإسلامية، (د ط)، (د ت ن)، ج1.
18. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر، (د ط)، الأردن، 2012م.
19. حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب لمالكي، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1و 1432هـ.
20. حسن علي الشاذلي، الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 1427ه.
21. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج4.
22. الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان، دار الغد الإسلامي، ط1، 1993م، ج1.

23. زين العابدين محمد النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1،1425هـ.
24. سالم بن الشيخ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423هـ.
25. عبد الحق حميش، قضايا فقهية معاصرة، جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.
26. عبد الرحمان السنوسي، مراعاة الخلاف في الاجتهاديات، المكتبة الجزائرية الشاملة، ط1، 2019م.
27. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الموسوعة الشاملة، (د ط)، (د ت ن).
28. عبد الله السليماني، البيان المفيد عن حكم التمثيل والأناشيد، ط2، 1410ه،
29. عبد الله بن أحمد المقري، القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله، مركز إحياء التراث الإسلامي، ج1.
30. علي بن الحبيب ديدي، مذكرة في أصول الفقه المالكي، دار العوادي، ط1، 2012م.
31. عمر جدية، أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ.
32. عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط1، 1420هـ.
33. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط1، لبنان، 2008م، ج1.
34. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ط1،ج3.

35. محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423هـ.
36. محمد بن إسماعيل البخاري (254هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، (د م ن)، ط1422 ،1هـ.
37. محمد علي بن حسين مكي، تهذيب الفروق، (بهامش الفروق)، ج3.
38. يوسف القرضاوي، فقه الطهارة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط4، 1428هـ.
39. يوسف حميتو، أصل اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز الموطأ، ط2، الإمارات، 2018م.

المقالات:

1. إبراهيم عبد سعود، قاعدة مراعاة الخلاف، مجلة الشارقة، الإمارات، مجلد15، عدد1، 2018م.
2. سعاد سطحي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة المعيار، عدد14.
3. سعيد بويزري، المعاملات أحكام وقيم: المرابحة للآمر بالشراء، مقال منشور على الصفحة الرسمية للدكتور، 2020م.
4. عبد القاهر محمد، تمثيل أدوار الأنبياء والصحابة، مجمع فقه الإسلامي الدولي، جدة، دورة21.
5. مجلة الأزهر، عدد محرم، 1379هـ.
6. مجلة رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف– الجزائر، العدد:1، ربيع الأول 1436هـ/ جانفي 2015م.
7. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد5، ج2.
8. محمد بن المبارك، الخروج من الخلاف حقيقته وحكمه، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد151.

9. هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: حكم استحالة النجس إلى طـــاهر، مجلّـــة البحـــوث الفقهيـــة. المعاصرة، السنة الأولى، العدد الثاني.

البحوث الأكاديمية:

1. البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ماستر، جامعة مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2017م.
2. سمية عبد الرحمان، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، غزة، 1256هـــ.
3. عثمان سندي، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا، مذكرة ماجيستير، جامعة الإمام محمد بن سعود، 1419هـــ.
4. عنود عبد الحسين الخضيري، تمثيل الصحابة بين المنع والإجازة، جامعة الدمام، السعودية.
5. فهد بن سعد الجهني، الاحتجاج بالخلاف وتطبيقاته المعاصرة، كلية الشريعة، جامعة الطائف.
6. محمد بن سعد العصيمي، حكم الإيجار المنتهية بالتمليك، جامعة أم القرى، 1439ه،
7. محمد بن مصطفى الدالي، أحكام التمثيل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، جامعة محمد بن سعود، 1426-1427هـــ.
8. ناصر عبد اللطيف، حكم تطهير واستعمال المياه العادمة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجيستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2012م.

المواقع الإلكترونية:

1. أبو عبد السلام، حكم سكنات عدل، تسجيل صوتي علة اليوتيوب.
https://www.youtube.com/watch?v=IudDioThtkU
2. طريقة المرابحة، الموقع الرسمي لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف،(1442ه-2021م).
https://www.marw.dz/?q=%D8%B7%D8%B1%D9%8A%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%A7%D8%A8%D8%AD%D8%A9.
3. محمد الحسن الددو، حكم تمثيل الصحابة، حصة تلفزيونية على قناة دليل.
https://www.youtube.com/watch?v=KgjGHZH0ckE
4. محمد مكركب، حكم سكنات عدل، حصة تلفزيونية على قناة الأنيس.
https://www.youtube.com/watch?v=40TNYvZIM9k
5. محمد الحسن الددو، حكم زواج المسيار، القناة الرسمية للشيخ على اليوتيوب.
https://www.youtube.com/watch?v=5zKoZCGYkRs
6. مولود السريري، حكم زواج المسيار، ندوة المذهب المالكي بين التأصيل والتنزيل على الإنترنت.
https://www.youtube.com/watch?v=H5UTaugf-G8

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: مراعاة الخلاف ومدى مشروعيته	
المبحث الأول: مفهوم مراعاة الخلاف ومصطلحاته	14
المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة و اصطلاحا	14
الفرع الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة	14
أولا: المراعاة في اللغة	14
ثانيا: الخلاف في اللغة	15
الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا	15
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بمراعاة الخلاف	18
الفرع الأول: مراعاة الخلاف قبل الوقوع	18
الفرع الثاني: مراعاة الخلاف بعد الوقوع	19
المطلب الثالث: الفرق بين قاعدة الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف	19
الفرع الأول: مفهوم الخروج من الخلاف	20
أولا: الخروج لغة	20
ثانيا: الخروج من الخلاف اصطلاحا	20
الفرع الثاني: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف	21
المبحث الثاني: حجية أصل مراعاة الخلاف وشروطه	22
المطلب الأول: حجية اصل مراعاة الخلاف	22
الفرع الأول: أدلة المثبتين لمراعاة الخلاف	22
الفرع الثاني: أدلة النافين لمراعاة الخلاف	24
المطلب الثاني: شروط الاحتجاج بأصل مراعاة الخلاف	25

المبحث الثالث: أقسام مراعاة الخلاف وعلاقته ببعض الأصول الاجتهادية	27
المطلب الأول: مراعاة الخلاف قبل الوقوع	27
المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بعد الوقوع	28
المطلب الثالث: علاقة مراعاة الخلاف ببعض الأصول الاجتهادية	29
الفرع الأول: علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان	30
أولا: تعريف الاستحسان لغة	30
ثانيا: تعريف الاستحسان اصطلاحا	30
ثالثا: العلاقة بين مراعاة الخلاف والاستحسان	31
1-أوجه الاتفاق	31
2-أوجه الاختلاف	32
الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف بسد الذرائع	33
أولا: تعريف الذرائع لغة	34
ثانيا: تعريف الذريعة في الاصطلاح	34
ثالثا: العلاقة بين مراعاة الخلاف وسد الذرائع	34
1-أوجه الاتفاق	34
2-أوجه الاختلاف	36
الفرع الثالث: علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل:	36
ملخص الفصل الأول	37
الفصل الثاني: تفعيل قاعدة مراعاة الخلاف ونماذج من تطبيقاتها المعاصرة	
المبحث الأول: أهمية قاعدة مراعاة الخلاف وتفعيلها في الاجتهاد المعاصر	40
المطلب الأول: أهمية قاعدة مراعاة الخلاف ودورها في القضايا المعاصرة	40
المطلب الثاني: مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاجتهاد المآلي	42

الفرع الأول: علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بمبدأ النظر في مآلات الأفعال	42
الفرع الثاني: أثر مراعاة الخلاف في الاجتهاد النظري	43
المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في التقريب ونبذ الجمود والتعصب المذهبي	43
المبحث الثاني: نماذج تطبيقية معاصرة لأصل مراعاة الخلاف	46
المطلب الأول: مسألة زواج المسيار	46
الفرع الأول: دوافع زواج المسيار	46
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من زواج المسيار	47
الرأي الأول: القائلون بالإباحة	48
الرأي الثاني: القائلون بالمنع	49
الرأي الثالث : القائلون بالتوقف	50
الفرع الثالث: الفرع الثالث: قول المالكية في زواج المسيار وإعمالهم لمراعاة الخلاف فيه	50
المطلب الثاني: مسألة الزواج بدون ولي	51
الفرع الأول: حكم الزواج بدون ولي	51
الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة	52
المطلب الثالث: مسألة عقد وكالة عدل	54
الفرع الأول: أراء الفقهاء في عقد وكالة عدل	54
رأي المانعين	54
رأي المجيزين	55
الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة	56
المطلب الرابع: مسألة السلم إلى أجل قريب	57
الفرع الأول: شروط عقد السلم	58
الفرع الثاني: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة	59
الفرع الثالث: قرار مجمع الفقه الإسلامي	61
المطلب الخامس: مسألة بيع المرابحة للآمر بالشراء	62

الفرع الأول: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء	62
الفرع الثاني: رأي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في طريقة بيع المرابحة الذي تنتهجه بعض البنوك في الجزائر	64
الفرع الثالث: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة	65
المطلب السادس: مسألة استعمال مياه الصرف الصحي في الطهارة	66
الفرع الأول: حكم استعمال مياه الصرف الصحي	66
الفرع الثاني: فتاوى وآراء فقهية	68
لفرع الثالث: إعمال مراعاة الخلاف في المسألة	70
المطلب السابع: تمثيل الصحابة رضوان الله عليهم	71
الفرع الأول: حكم تمثيل الصحابة	71
الفرع الثاني: إعمال الخلاف في المسألة	73
خاتمة	75
فهرس سور وآيات قرآنية	
فهرس الأحاديث النبوية	
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس الموضوعات	
ملخص البحث	

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى استجلاء قاعدة مراعاة الخلاف، وهي من الأصول التي تميز بها المذهب المالكي، بل هي أصل لا يَحتج به غيرهم، وهي من القواعد التي لها علاقة وطيدة بعلم أصول الفقه وتندرج تحتها الكثير من القواعد كالاستحسان وسد الذرائع وغيرهم. كما أن لها مكانة عالية حيث تعمل على تحقيق ديمومة التشريع الإسلامي وحيويته عبر الزمن، وتقضي على الجمود الفقهي والهوى والتعصب المذهبي المذموم.

ومراعاة الخلاف تختلف آثارها فقبل وقوع الفعل المُختلف فيه نخرج من الخلاف من باب الاحتياط أما بعد وقوع الفعل نأخذ بالقول المرجوح وهذا يساهم في تضييق دائرة الخلاف، وتطبيق هذه القاعدة على المسائل من باب الاستثناء، فيترك المجتهد ما رَجح عنده ويأخذ بدليل المخالف كله أو بعضه خروجا من الخلاف.

الكلمات المفتاحية: الأصل، مراعاة الخلاف، الخلاف الفقهي، التطبيقات المعاصرة.

The abstract :

The aim of this research is to clarify the rule of observance, which is an asset that characterizes Maliki doctrine, but rather an asset that is not invoked by others. It is a rule that is closely related to the science of the origins of jurisprudence and includes many rules, such as favoritism, the filling of excuses and others. It also has a high profile, promoting the durability and vitality of Islamic legislation over time, and eliminating doctrinal inertia, fancy and vilified doctrinal intolerance.

Taking into account the differences, their effects are different. Before the different acts occur, we emerge from the dispute as a matter of precaution. After the act has occurred, we take the word for it. This contributes to narrowing the cycle of disagreement.

Key words: principle، take into account disagreement، jurisprudential disagreement، contemporary applications.