المبحث التاسع:

الدليل التاسع : مراعاة الخلاف

يعتبر مراعاة الخلاف من أصول المذهب المالكي الهامة، والتي تدل على انفتاحه وسماحته، وهذا الأصل هو مظهر من مظاهر التيسير أو الاحتياط الذي اعتمده مالك في اجتهاداته.

ورغم أن مراعاة الخلاف من الأصول التي عرف بها المالكية إلا أنه قد حصل جدال كبير بين علماء المذهب حولها كابن عبد البر واللخمي وابن رشد والشاطبي وابن عرفة التونسي والقباب الفاسي، علما أن من العلماء من يجعل مراعاة الخلاف قاعدة فقهية.[1]

أولا: مفهوم مراعاة الخلاف

أ/ المراعاة في اللغة : من راعى يراعي. يقال راعى أمره حفظه وترقبه، والمراعاة المناظرة والمراقبة، وراعيت الأمر نظرت إلى ما يصير، وفلان يراعي فلان أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره.[2]

الخلاف والمخالفة : سلوك طريق غير طريق الآخر.

ب/ اصطلاحا: مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[3].

ولبيان وتوضيح التعريف السابق يقول القباب: « إنّ الأدلة الشرعية منها ما تبين قوته تبيانا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمارتين... ومنها ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوّة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وسوقها إلى مقتضى الدليل الآخر، فهاهنا يحسن مراعاة الخلاف، فيقوم الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنّه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس»[4].

---

[1] – أحمد ذيب، المدخل لدراسة الفقه المالكي، ص326.

[2] – لسان العرب، باب الراء، مادة (رعى)

[3] – هذا التعريف لأبي العباس القباب الفاسي وذكره الونشريسي في المعيار المعرب، 367/6. انظر: نجية رحماني فقه الاختلاف عند الامام الشاطبي: دراسة في ضوء مقاصد الشريعة. رسالة دكتوراه غير منشورة. جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، ص304.

[4] – نفسه.

وعرفها الشاطبي بقوله: «**إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر**»[5].

ومن المعاصرين من عرفه بقوله: " **هو الاعتداد بالرأي المعارض لمسوغ**"[6] وهو تعريف واضح وسهل العبارة ودال على المعنى بأوجز لفظ.

أما موضوع مراعاة الخلاف؛ فهو التصرفات المختلف في حكمها الدائر بين الأولى وخلافه من حيث تحقيقها لمقصود الشارع.[7]

ثانيا: أمثلة عن مراعاة الخلاف عند المالكية

أ/ مسألة افتتاح الصلاة عند الإمام مالك : فقد جاء في الموطأ: "سئل مالك عن رجل دخل مع الإمام، فنسي تكبيرة الافتتاح، وتكبيرة الركوع، حتى صلى ركعة، ثم ذكر أنه لم يكن كبر تكبيرة الافتتاح، ولا عند الركوع، وكبر في الركعة الثانية، فقال: يبتدئ صلاته أحب إلي، ولو نسيها مع الإمام عند تكبيرة الافتتاح وكبر في الركوع الأول، رأيت ذلك مجزيا عنه، إذا نوى بها تكبيرة الافتتاح" [8].

فالإمام مالك قد راعى الخلاف في هذه المسألة، فمن نسي تكبيرة الإحرام وكبر للركوع وكان مع الإمام أن يتمادى لقول من قال: "إن ذلك يجزئه فإذا سلم الإمام أعاد هذا المأموم"[9]

ب/ الأنكحة الفاسدة عند المالكية خلافا لمذاهب أخرى، كزواج المحرم بحج أو عمرة، ونكاح الشغار، والزواج من غير ولي، وبناء على القول بفساد هذه الأنكحة فلا تترتب على الزواج آثار كحق المرأة في الميراث والصداق، لكن إذا تمّ الزواج ووقع فإنّه يحكم بفسخ هـ بطلاق، ويثبت

---

[5]- الشاطبي، الموافقات، 109/4. وانظر نجية رحماني، مرجع سابق.

[6] _ ينظر أحمد ذيب، مرجع سابق، ص328.

[7] - عبد الرحمن بن معمر السنوسي، مراعاة الخلاف، ص13.

[8] - الموطأ، باب: باب افتتاح الصلاة، 88/1.

[9] - الاعتصام، 145/2.

للمرأة المهر والميراث مراعاة للخلاف؛ أي للذين يقولون بصحة هذه الأنكحة وهم السادة الحنفية [10]، لأنّه بعد الوقوع يتعلق بالزواج حقوق الزوجين والأولاد، مما يرجح قول المخالف وتصبح المفسدة المترتبة على الرأي الأول أشد من العدول إلى رأي المخالف[11].

ج/ إزالة النجاسة: المعتمد عند المالكية أن إزالة المصلي النجاسة على ثوبه وبدنه ومكان صلاته واجبة، ومقتضى هذا القول أن من صلى بالنجاسة بطلت صلاته، إلاّ أن المالكية راعوا خلاف من قال بسنية إزالتها، فقالوا بصحة صلاة من صلى بنجاسة ساهيا أو عاجزا، وندبوا له فقط الإعادة في الوقت خروجا من خلاف المذهب على سبيل الاحتياط، ولو لم يراعوا الخلاف لقالوا بوجوب الإعادة مطلقا، عمدا كان أم نسيانا كما في طهارة الحدث.

وهكذا فإنّه بعد الوقوع تنشأ ملابسات وظروف تحيط بالحكم، تستدعي العدول إلى رأي المخالف؛ أي الرأي المرجوح جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

يفسر الشاطبي هذا المسلك الاجتهادي فيقول: ووجهه أنّه (المجتهد) راعى دليل المخالف في بعض الأحوال لأنّه ترجح عنده، ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه[12].

ثالثا: حكم الاحتجاج بها

أغلب العلماء والمذاهب يقولون بمشروعية الاحتجاج بها وأكثرهم المالكية الذين- كما ذكر الشاطبي- تعتبر أصلا في مذهبهم تبنى عليه مسائل كثيرة[13]، بل إنّ كثيرا من علماء المالكية من عدّوه من محاسن المذهب، قال أبو العباس بن القباب: «اعلم أنّ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب..»[14].

---

[10]- ينظر المسألة في بداية المجتهد، 59/2. والقوانين الفقهية، ص169. الموافقات، 108/4

[11]- انظر: يحي بن سعيد" مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وأثرها في التيسير ورفع الحرج"، رسالة ماجستير غير مطبوعة (1418- 1997، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر).

[12]- الشاطبي، الاعتصام، 375/2.

[13]- الشاطبي، الاعتصام، 145/2.

[14]- الونشريسي، المعيار، 389/6.

في المقابل وجد من علماء المالكية أنفسهم من اعترض على القاعدة وأنكر أن تكون من الأصول، ومن هؤلاء اللخمي والقاضي عياض وابن عبد البر الذي قال الشاطبي أنّه أشكلت عليه من جهة أنّ فيها اعتبار للخلاف يجعله حجة ودليل فكان يقول: «الخلاف لا يكون حجة». وشيوخ آخرون لم يسمهم الشاطبي قال أنّهم أنكروا المسألة بناء على أنّه لا أصل لها. كما استشكلت هذه القاعدة على الشاطبي نفسه بسبب تعارضها مع أصل مهم عنده هو تنزه الشريعة عن الاختلاف والتضاد، لأنّ مراعاة الخلاف معناه اعتبار وإعمال دليل المخالف المرجوح الذي يتعارض مع دليل المجتهد الراجح عنده، إذ أنّ كل واحد منهما يقتضي ضدّ ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه، (مثلا نكاح الشغار فاسد عند المالكية صحيح عند الحنفية)، وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر هو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين، مما يجعل الخلاف حجة في الشريعة، وإلاّ فما معنى أنّ المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها روعي فيها قول المخالف حتى لو كان على خلاف الدليل الراجح[15].

من جهة أخرى فإنّ الثابت والمقرر في الأصول، والذي تضافرت عليه أقوال أهل العلم أنّ المجتهد ملزم باتّباع ما ترجح لديه من الأدلة، إذ أنّ العبرة باتّباع الدليل، فحيثما صير صير إليه، ومتى ترجح للمجتهد أحد الدليلين على الآخر وجب التعويل عليه وإلغاء ما سواه، ورجوع المجتهد إلى قول الغير هو إعمال للدليل المرجوح وإهمال للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتّباعه، وذلك على خلاف القواعد[16].

وأجيب عن الاعتراضات السابقة بما يلي:

1_ أنّ المجتهد عندما يراعي دليل مخالفه المرجوح عنده ويعمل به إنّما يكون ذلك بعد وقوع المسألة، حيث تجَدُّ ملابسات تتطلب نظرا جديدا، أما قبل والوقوع فيظل على دليله الراجح، فهما

---

[15]- الشاطبي، الموافقات، 4/108-109.

[16]- الشاطبي، الاعتصام، 2/376.

مسألتان مختلفتان الأولى قبل الوقوع والثانية بعد الوقوع، وبالتالي ليس جمعا بين المتنافيين ولا قولا بهما[17].

2_ مراعاة الخلاف لا تعني إهمالا لأحد الدليلين وإعمالا للآخر، بل هي إعمال للدليلين معا، في موضعين مختلفين، لأنّ المجتهد يعمل بدليله في وجه هو فيه أرجح، ويعمل بدليل غيره في وجه آخر يصبح عنده أرجح، وفي الحالتين هو عامل بالراجح ومهملا للمرجوح تبعا لوجه المسألة، حيث بعد الوقوع يترجح دليل المخالف فيعدل المجتهد إليه، وذلك هو رعي الخلاف[18].

وهذا ورغم الجدل الذي حدث بين علماء المالكية حول القاعدة إلى أن الأمر استقر في الأخير على أنها أصل من أصول الذهب المالكي، وقد أصبحت من خصوصيات المذهب المالكي من حيث التنظير والتأصيل، وإن وجدت لها تطبيقات في المذاهب الأخرى. علما أن أصل مراعاة الخلاف لا يرتقي إلى مصاف المصادر الأصلية، بل هو مصدر تبعي، بل هو من أضعف المصادر التبعية كما قال الونشريسي: "مراعاة الخلاف من أضعف أصول المذهب".

رابعا: أدلة القاعدة ومستندها في الشريعة الإسلامية

أ/ **دليلها النقلي**: استدل المالكية على العمل بمراعاة الخلاف من النقل بالأدلة التالية:

1_ قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا** ﴾ **[المائدة: 2]**.

ووجه الاستدلال أن الله تعالى حرم استحلال المشركين الآمين البيت الحرام وعلل ذلك بابتغائهم فضل الله ورضوانه، مع كفرهم بالله تعالى الذي لا تصح معه عبادة، ولا يقبل عمل، وهذا

---

[17]- الشاطبي، الموافقات، 109/4.

[18]- الونشريسي، المعيار المعرب، 379/6.

فيه اعتبار ومراعاة لادعائهم الباطل أن ما هم فيه هو عبادة، فكيف لا يراعى خلاف عبد مسلم وقد أقام عبادته على وجه دليل شرعي لا يقطع بخطئه فيه، وإما هو مجرد ظن.[19]

2_ حديث أبي هريرة – رضي الله عنه– عن النبي – صلى الله عليه وسلم– أنه قال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[20]

وجاء أيضاً من حديث عائشة – رضي الله عنها :– "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل. ثلاث مرات. فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها" .وفي رواية: «أيّما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل – ثمّ قال: فإن دخل بها فلها المهر بما استحل منها»[21].

ووجه الاستدلال : أن النبي – صلى الله عليه وسلم– حكم أولاً ببطلان العقد، وأكده بالتكرار ثلاثاً، وسماه زنا، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة؛ لكنه – صلى الله عليه وسلم– عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: (ولها مهرها...) ومعلوم أن مهر البغي حرام !

كما أن الحديثين يدلان على اشتراط الولي في النكاح، وأن العقد يبطل إذا فقد شرط الولاية فيه، وأراد – صلى الله عليه وسلم– تأكيد بطلانه فسماه زنا، ليفهم أن حجة الفساد فيه غاية في الفظاعة، لكنه لم يحكم بلازم البطلان، وهو إلغاء المهر، بل أعمل فيه لازم النكاح الصحيح، وهو ثبوت المهر للزوجة، ومقتضى ذلك استحقاق المرأة للمهر بالدخول وإن كان النكاح باطلاً .

قال الشاطبي: وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ، ويثبت النسب للولد، وإجرائهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك، دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلاّ كان في حكم الزنا... فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بعد الدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح.

---

[19] – المعيار المعرب، 395/6.

20 – أخرجه أبو داود (634/1) رقم 2083، والترمذي (3 / 407) برقم (1102)

[21] – رواه الترمذي في سننه: كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم1104، ج2، 352. وقال الترمذي حديث حسن. ورواه أحمد في مسنده من حديث السيدة عائشة –رضي الله عنها– رقم25326، ج42، ص199-200.

وهذا كله نظرا إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد[22].

ب/مستندها الأصولي وأدلتها العقلية:

1/ **تخريجها على قاعدة النظر في المآل**: قاعدة مراعاة الخلاف هي مسلكا من مسالك النظر في مآلات الأفعال وبيان ذلك: أنّ المكلف إذا واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من أحكام زائدا على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك أو تجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرا إلى أنّ ذلك الواقع قد أصاب (اتبع) فيه المكلف دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا، إلاّ أنّه يصير راجحا بالنسبة لإبقاء الحالة على ما وقعت عليه، فيرجع الأمر إلى أن النّهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من الملابسات والقرائن المرجحة بعد الوقوع، وهذا المعنى نقف عليه مثلا في حديث البائل في المسجد 23، لأنّه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وبأنّه ينجس موضعين، وإذا ترك فالذي نجسه موضع واحد.

ومنه أيضاً قولهم: إذا دخل المصل ي مع الإمام في الركوع، وكبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام، فإنه يتمادى مع الإمام ولا يقطع؛ مراعاة لمن قال إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام 24، لأنه بعد

---

[22]- الشاطبي، الموافقات،4/147-148.

[23]- عن أنس(رضي الله عنه) قال: جاء أعرابي فبال في طائفة المسجد فزجره الناس، فنهاهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، فلما فضّ بوله أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بذَنُوب من ماء فأهريق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الوضوء، باب تهريق الماء على البول، رقم 219، ج1، ص89. ورواه مسلم في صحيحه: كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، ص120 ورواه النسائي في سننه: كتاب الطهارة، باب ترك التوقيت في الماء رقم 53، ج1، ص50.

[24] - الموافقات، 4/552.

التكبير والدخول في الصلاة تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، الذي يرجّح قول المخالف ودليله في هذه الحالة ونظائرها .

ومعلوم أن المجتهد إنما يبنى على مقتضى اجتهاده في الأحوال المعتادة، لا على اجتهاد سواه، بحيث يمضي في حالة وقوع التصرف فاسداً بالنظر إلى اجتهاده على مقتضاه، لا على مقتضى اجتهاد غيره، هذا هو الأصل؛ بيد أن ثمة صوراً مستثناة من هذه الحالة، يراعي فيها المجتهد خلاف غيره، وذلك حينما يتعلق بها بعد وقوعها دليل آخر، أو مصلحة راجحة، وهو من دقيق النظر في المآلات الطارئة، والذي اعتبره الشارع في صور شتى . قال الشاطبي – رحمه الله– : النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو ممنوعا لمفسدة تدرأ، لكن له مآل على خلاف ما قصد فيه.

2/ **مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاستحسان** : وهو المستند الأصولي الثاني الذي يرتكز عليه القول بحجية مراعاة الخلاف بناء على القول بأن مراعاة الخلاف نوع من الأنواع التي تندرج تحت أصل الاستحسان. فالشاطبي مثلا حين عدّه لأنواع الاستحسان جعل مراعاة الخلاف نوعه العاشر فقال: "إنهم قالوا إن جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء وهو أصل في مذهب مالك" [25] . لكن هناك من رأى أن الاستحسان الأخذ بأقوى الدليلين ومراعاة الخلاف أخذ بهما معا من بعض الوجوه" ، كما أن كتب الفروع الفقهية كثيرا ما نجد فيها هو "استحسان مراعاة للخلاف ..".

3/ أن مراعاة الخلاف فيه إعمال كل من الدليلين المختلفين، وإعمال الدليلين أولى من إهمالهما

4/ العمل بمراعاة الخلاف هو عمل بالدليل الراجح، والأخذ بالراجح واجب بالإجماع[26].

خامسا: شروط وضوابط العمل بمراعاة الخلاف

القائلون بمشروعية أصل مراعاة الخلاف وضعوا لذلك شروطا وضوابط ومن بين تلك الشروط[27]:

---

[25] – الاعتصام، 145/1.

26 – المعيار المعرب، 379/6.

أ/ أن يكون دليل المخالف قويا.

ب/ أن لا يؤدي الأخذ به إلى ترك المذهب بالكلية.

ج/ أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع بالكلية، كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع دينار، مقلدا أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكا في عدم الشهود قبل الدخول، والشافعي في أقل من ربع دينار في المهر، فلا يمكن تصحيح هذا النكاح أو عدم فسخه، لأنه نكاح لا يقره أي مذهب من المذاهب الأربعة، بل يجب فسخه عند جميع المذاهب.

ملاحظة أخيرة: ينبغي التفريق بين مراعاة الخلاف وقاعدة الخروج من الخلاف، لأن المقصود بالخروج من الخلاف الاحتياط والورع في الدين، بحيث يجتنب المكلف ما اختلف العلماء في تحريمه، ويفعل ما اختلفوا في وجوبه، وذلك مستحب ومعمول به في كل المذاهب، ويكون قبل وقوع الفعل، أما مراعاة الخلاف فلا يكون إلا بعد الوقوع ومن باب الاستحسان وجلب المصالح ودرء المفاسد، وهي مسلك تشريعي إلزامي، كما وأن الخروج من الخلاف من القواعد الفقهية، بينما مراعاة الخلاف مترددة بين كونها أصلا أو قاعدة أصولية[28] .

أسئلة للمراجعة:

س1: هناك من اعتبر قاعدة مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي، ما هو تفسيرك لهذا الحكم؟

س2: من علماء المالكية من رد قاعدة مراعاة الخلاف لماذا؟

س3: هل لقاعدة مراعاة الخلاف مستند شرعي؟ أذكره إن وجد.

س4: ما هو وجه مراعاة الخلاف عند المالكية في مسألة إزالة النجاسة على بدن وثوب المصلي ومكان صلاته؟

س5: ما الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف؟

---

27 – مراعاة الخلاف، عبد الرحمان معمر السنوسي، ص73 وما بعدها. والمدخل لدراسة الفقه المالكي، أحمد ديب، ص331.

[28] – ينظر أحمد ذيب مرجع سابق، ص332.