مراعاة الخروج من الخلاف بين النظرية والتطبيق

الدكتـــور
هلال فوزي عامر السباعي
أستاذ أصول الفقه المساعد
بكلية الشريعة والقانون
بدمنهور

مراعاة الخروج من الخلاف
بين النظرية والتطبيق

هلال فوزي عامر السباعي.
قسم أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، دمنهور، مصر.
البريد الالكتروني: helalfawzy718@gmail.com

ملخص البحث:

إن من الهموم المُمِضَّة التي تؤرق المخلصين من أبناء الدعوة ظاهرة الفرقة التي تكاد أن تتأصل في مسيرتها الحالية، مما تسبب عنه كثير من الآلام، وتولدت منه عوامل ضعف أربكت حيويتها وبعثرت جهودها، وسرت أعداءها، ومن هنا جاءت الشريعة الإسلامية الغراء لتضيق على المسلمين هوة الخلاف.

إذاً يُفهم من هذا أن مراعاة الخلاف العلمي أمر محبوب مطلوب وذلك احتياطا في الدين وعونا على تحقيق الوحدة وعدم الفرقة، فعند وجود اختلاف في مسألة اجتهادية يستحب أن يخرج المكلف من الخلاف بفعل ما هو أحوط لدينه وذلك أولى وأفضل.

ويجب علينا احترام السلطة الشرعية فيما تقرر من أحكام، إذا كانت في مجال الاجتهاد، رعيا للمصلحة العامة، ودفعا للتسلسل والفوضى واضطراب الأحكام، فإن حكم الحاكم أو الخليفة أو من ينوب عنه يرفع الخلاف، ولا شك أن الاتفاق ولو على المفضول خير من التفرق على الفاضل.

الكلمات المفتاحية: مراعاة، الخروج، من الخلاف، بين النظرية والتطبيق.

Discipline the differentiations of jurisprudence between theory and practice

Helal Fawzy Amer Alsebaiey

The origins of Islamic jurisprudence Section, Faculty of Sharia"

Islamic Law" & Law, Al-Azhar University, Damanhur, Egypt.

Email: helalfawzy718@gmail.com

Abstract:

One of the disturbing worries that disturb the sincere of the sons of the Da`wa(Calling for Islam) is the phenomenon of division that is almost rooted in its current course, which caused a lot of pain, and factors were generated from it that confused its vitality and scattered its efforts and let its enemies feel happy. Hence, the Islamic Sharia came to glow to narrow the dispute between Muslims.

So, it is understood that the scientific dispute considerateness is a desirable matter and also is required and helpful in achieving unity and lack of division. When there is a difference in a matter of discretion it is desirable that the person charged could be get out from that difference with the precaution of his religion and that is first and best

Hence, we must respect the legal authority in the decisions that are taken if it is in the field of Ijtihad, a pastoral interest and a push for the chaos, and disturbance of rulings.

The ruling of the ruler, the caliph, or his representative will raise the dispute, and there is no doubt that agreement, even on what is preferred, is better than separation over the virtuous.

Keywords: Discipline /Consideration, Dispute, Between Theory And Practice.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الداعي إلى الوفاق والائتلاف، القائل في محكم كتابه ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾(١)، والصلاة والسلام على سيدنا محمد -ﷺ- المنفر من كل نزاع وخلاف، وعلى آله وأصحابه وكل من اهتدى بهديه وسار على طريقته إلى أن يقوم الناس لرب العالمين، فاللهم صل عليه صلاة تنجينا بها من جميع الأهوال والآفات، وتقضى لنا بها جميع الحاجات وتطهرنا بها من جميع السيئات، وترفعنا بها أعلى الدرجات، وتبلغنا بها أقصى الغايات من جميع الخيرات في الحياة وبعد الممات ..

وبعد،،،

فإن من أجل نعم الله علينا أن شرع لنا من الأحكام ما حفظ للمسلمين حياتهم ويحكم ميزان معاملتهم على نحو يصلح للتطبيق في كل زمان ومكان ومن مزيد نعم الله _سبحانه وتعالى_ في التشريع أن جعل مساحة من الأحكام الفقهية محلا للخلاف بين العلماء والدارسين، إذ إنه _سبحانه وتعالى_ لو جعل كل الأحكام قطعية لا مجال للاختلاف فيها لشق الأمر على المكلفين عامة والمسلمين خاصة، ولبات الجميع في حرج، والحرج مرفوع لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾(٢)، لذا نجد الفقهاء قد عنوا في مسائلهم وأبحاثهم بإظهار وجهات الخلاف وأسبابه، وتوجهاته، على نحو مستفيض، يشع بنور ساطع، وبصيرة واعية، وعقول

---

(١) جزء الآية: ١٠٣ من سورة آل عمران.

(٢) جزء الآية: ٧٨ من سورة الحج.

راجحة بلا تعصب ولا تحيز. وها أنا ذا سأحاول _بإذن الله تعالى_ أن أؤكد هذا عند الأصوليين في هذا البحث الذي سميته " **مراعاة الخروج من الخلاف بين النظرية والتطبيق**" وقد قسمته إلى هذه المقدمة وتمهيد وأربعة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف مراعاة الخلاف

فيه أربعة مطالب:

الأول: مفهوم المراعاة في اللغة والاصطلاح.

الثاني: مفهوم الخلاف والاختلاف في اللغة والاصطلاح.

الثالث: الدليل على مراعاة الخروج من الخلاف.

الرابع: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف.

المبحث الثاني: مدى إعمال المذاهب لمبدأ مراعاة الخروج من الخلاف.

المبحث الثالث: صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان.

فيه مطلبان:

الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا، وخلاف العلماء في حجيته.

الثاني: بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان.

المبحث الرابع: تطبيقات فقهية على مراعاة الخروج من الخلاف.

وأما الخاتمة: ففيها أهم نتائج وثمار هذا البحث.

ثم أنهيت البحث بعرض لأهم المراجع المختلفة التي رجعت إليها على اختلاف في طبعات المرجع الواحد في بعض الأحيان.

وإني لموقن من أن الباحث السوي ليس هو الباحث الملاك الذي لا يقع في خطأ، ولا يصيبه نقص أو زلل، وإنما الباحث السوي الأواب الذي يرجع عن خطئه كلما أخطأ، ويرتفع عن زلته كلما زل، وحسبنا في قول الله ـ ﷻ ـ في معرض العفو عن الصالحين، والمغفرة للأوابين: ﴿إِنْ تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلْأَوَّابِينَ غَفُورًا﴾[1].

(١) جزء الآية: ٢٥من سورة الإسراء.

المبحث الأول:
تعريف مراعاة الخلاف
فيه أربعة مطالب:

تمهيد:

بداية أقول: كثيرا ما يُعبِّر الفقهاء عن "مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف"[١].

فقد جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي[٢]، قوله: "القاعدة الثانية عشرة الخروج من الخلاف مستحب"(كما عبر عنها أيضا بمراعاة الخلاف حيث قال في هذه القاعدة: "ولمراعاة الخلاف شروط" ثم قال: "فروعها كثيرة جداً لا تكاد تحصى"[٣].

إذا عُلِمَ هذا فأقول: لكي يكون لدى الدارس تصور واضح ودقيق عن الموضوع الذي يريد دراسته يجب عليه _في البداية_ أن يحدد مدلول

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ١/ ٦٥٤، الأشباه والنظائر للسيوطي صـ١٣٦، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٢٧.

(٢) هو عبد الرحمن ابن أبى بكر بن محمد جلال الدين السيوطي، المجتهد الإمام الكبير صاحب التصانيف الشافعي قال السيوطي عن نفسه "رزقت التبحر في سبعة علوم": التفسير والحديث والفقه والنحو والمعاني والبديع، من مؤلفاته: الدر المنثور، الإتقان في علوم القرآن وغير ذلك توفي سنة ٩١١ه (انظر البدر الطالع ١/ ٣٢٨، الضوء اللامع ٤/ ٦٥).

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي صـ ١٣٦، ١٣٧.

المصطلحات التي سيستخدمها في دراسته فهذا كما قال الآمدي[١]، _"حق على كل من حاول تحصيل علم من العلوم أن يتصور معناه أولا بالحد، أو بالرسم ليكون على بصيرة فيما يطلبه، وحتى لا يكون سعيه عبثا"[٢]، وليس ثمة شك في أن إهمال تحديد المصطلحات المستخدمة في الدراسة أو البحث ينتج عنه بالضرورة خلاف في الرأي، أو تصور غير صحيح، أو استنتاج باطل وهذا من شأنه أن يجعل البحث العلمي في النهاية ضربا من العبث، أو دورانا في حلقة مفرغة، من أجل ذلك فإننا نبدأ بتحديد ما نقصده من عنوان هذا البحث، فأقول وبالله التوفيق:

---

(١) الآمدى: هو على بن أبي على بن محمد الفقيه الملقب بسيف الدين الآمدى ولد ١٥٥ه، نشأ حنبليا، ثم تمذهب بالشافعية، لم يكن في زمانه من يجاريه في الأصول، من مصنفاته: الإحكام ومنتهى السول توفي ٦٣١ه (انظر الفتح المبين ٢/ ٥٧).

(٢) انظر: الإحكام للآمدى١/ ٥ .

المطلب الأول:
مفهوم المراعاة في اللغة والاصطلاح

المراعاة في اللغة: مصدر راعاه إذا لاحظه وراقبه، وراعيت الأمر: نظرت في عاقبته ومعناه هنا: مال إليه واعتبره ورجح جانبه.

والمراعاة اصطلاحا: لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه اللغوي[١]، فقد عرفت مراعاة الخلاف عند الفقهاء بتعريفات كثيرة. منها:

تعريف الإمام الشاطبي[٢]، _ رحمه الله_: "بأنها إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه"[٣]، لكن يتبادر منه استبدال مقتضى كل من الدليلين بمقتضى الآخر وهو ما لا يقع.

وعرفها ابن عرفة[٤]_ رحمه الله _ في حدوده بقوله: هي عبارة عن إعمال دليل المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر.[٥].

---

(١) انظر المعجم الوسيط (رعى) ١/ ٣٥٦، مختار الصحاح (رعى) صـ٢٦٧،المعجم الوجيز (رعى) صـ٥٧٩ .

(٢) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي من أئمة المالكية أصولي فقيه لغوى مفسر من مؤلفاته: الموافقات في أصول الأحكام وغير ذلك توفي سنة ٧٩٠ه (انظر الأعلام ١ / ٧٥).

(٣) انظر الموافقات للشاطبي ٥ / ١٠٧.

(٤) هو محمد بن محمد بن عرفة الزركشي أبو عبد الله كان إمام تونس وخطيبها في عصره ولد بها سنة ٧١٦ه وتوفي فيها سنة ٨٠٣ه من كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية والمختصر الشامل في التوحيد (انظر الأعلام ٧ / ٢٧٢).

(٥) انظر حدود ابن عرفة ١/ ٢٦٣، المعيار المعرب لأحمد بن يحي الونشريسي ٦ / ٣٧٨ .

وقال أبو العباس القباب[١]،"حقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه "[٢].

معنى ذلك عند الأصوليين هو: ترك العمل بالدليل الراجح في مسألة وقعت، والعمل فيها بمقابلة المرجوح من أجل أن العمل فيها بمقتضى الدليل الراجح يؤدى إلى مفسدة تساوى أو تربوا على المفسدة المترتبة على الدليل المرجوح[٣].

---

(١) هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الشهير بالقباب أبو العباس من أكابر علماء المالكية حفظا وتحقيقا اشتهر بالدين والصلاح والتقوى في العلوم تولى الفتيا بفاس والقضاء بجبل الفتح توفي سنة ٧٧٩ه من كتبه اختصار أحكام النظر لابن القطان وله مباحث مشتهرة مع الإمام الشاطبي في مسألة مراعاة الخلاف " انظر:الديباج المذهب صـ١٠٥، شجرة النور الزكية صـ٢٣٥".

(٢) انظر المعيار المعرب للونشريسي ٦ / ٣٧٨.

(٣) قال الشاطبي في هذا: وهذا _ أي الداعي إلى مراعاة الخلاف _ كله نظر إلى ما يئول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازى مفسدة النهي أو تزيد.

وقال الشيخ دارز معلقا على كلام الشاطبي: وهذا منه مبنى على مراعاة المآل في نظر الشارع، فالمراد مراعاة الخلاف بين المجتهدين والتعويل بعد وقوع الفعل على القول المرجوح عند المجتهد، ليقر فعلا حصل منهيا عنه على القول الراجح عنده وأن له بعد الوقوع كما لم يكن قبله، وذلك نظرا إلى المآل، وأنه لو فرع على القول الراجح بعد الوقوع لكان فيه مفسدة تساوى أو تزيد .....الخ.

يقول الشاطبي في هذا المعنى: "إن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها.... فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من أحكام زائد[١]، على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤدٍّ إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي .... فنجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل؛ نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة، وإن كان مرجوحا فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي"[٢].

وقال في الاعتصام معبرا عن هذا المعنى بأنه: رجوع المجتهد إلى قول الغير إعمالا لدليله المرجوح عنده مع إهماله للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتباعه[٣].

فاستفيد من كلام الشاطبي أن الحادثة قد وقعت بالفعل لقوله: " إن الممنوعات إذا وقعت" وأشار إلى ما يقتضيه الدليل الراجح من حكم بقوله: "فمن واقع منهيا فقد يكون ما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي....."

---

(١) هكذا في الموافقات: زائد ولعل الذي يفيده سياق الكلام أن نقول فقد يكون ما يترتب عليه من أحكام زائدا_ بالنصب_ أو فقد يكون فيما يترتب.....الخ زيادة.

(٢)انظر الموافقات ٤ / ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) انظر الاعتصام ٦ / ٣٣١ بتصرف.

وأشار إلى الدليل المرجوح بقوله: " نظرا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا" ونبه إلى أن سبب العدول من الراجح إلى المرجوح هو المصلحة بقوله: "لأن ذلك _ أي اتباع المرجوح _ أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد"

وعبارة الاعتصام أوضح من عبارة الموافقات، وإن لم يجئ فيها المعنى الذي من أجله عدل إلى المرجوح، وهو مصرح به في عبارة الموافقات المتقدمة.

إذاً يُفهم من هذا أن مراعاة الخلاف العلمي أمر محبوب مطلوب وذلك احتياطا في الدين وعونا على تحقيق الوحدة وعدم الفرقة[1]، فعند وجود اختلاف في مسألة اجتهادية يستحب أن يخرج المكلف من الخلاف بفعل ما هو أحوط لدينه وذلك أولى وأفضل.

مثال ذلك:

النكاح الفاسد، مثل أن تنكح المرأة نفسها بغير ولى، فهذا النكاح مختلف فيه بين الفقهاء بعضهم يجيزه، وبعضهم يمنعه، فمن ذهب إلى المنع فقد رجح عنده دليل المنع، وهو قوله _ﷺ_ فيما روته عنه أم المؤمنين عائشة _ رضى الله عنها_أن رسول الله – ﷺ– قال: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا

(١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ٢ / ٢٩٨ .

المَهْرُ بِمَا أَصَابَ مِنْهَا "[1]، فمقتضى هذا الحديث أن يفسخ النكاح ولا يترتب عليه شيء من أحكام النكاح من ميراث وغيره كأن العثور على النكاح والاطلاع عليه بعد الدخول أو قبله بحكم أنه باطل والباطل لا يترتب عليه أثر.

إلا أن من منعوا هذا النكاح وقالوا ببطلانه رتبوا عليه الميراث وجعلوا فسخه بطلاق، وكل من الميراث والطلاق إنما يثبت بالنكاح، فقد خالفوا مقتضى دليلهم الراجح ورتبوا على النكاح الفاسد بعض الأحكام مراعاة منهم لقول من يرى جوازه فقد تركوا دليلا راجحا لدليل مرجوح.

فهنا حكم صاحب الدليل الراجح بدليل خصمه المرجوح عنده بعد وقوع النكاح الفاسد لفقد الولي، والباعث على ذلك أن في فسخه من غير ترتب أي أثر عليه من ميراث ونحوه حسبما قرر الشاطبي مفسدة أعظم من ترتب ذلك عليه.

قال الشاطبي: "ومنها أي المسائل المبينة على هذا الأصل _ قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه إن لم يتفق على فساده فيفسخ بطلاق ويكون فيه الميراث ويلزم فيه الطلاق على حده في النكاح الصحيح، فإن

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ١ / ٦٠٥ برقم (١٨٧٩) كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، والبيهقي في سننه ٧/ ١٠٥ برقم (١٣٣٧٧) كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، والحاكم في المستدرك ٢ / ١٨٢ برقم (٢٧٠٦) كتاب النكاح وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

اتفق العلماء على فساده فسخ بغير طلاق ولا يكون فيه ميراث ولا يلزم فيه طلاق"[١].

مثال آخر: إعمال الإمام مالك _ رحمه الله _ دليل مخالفه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار[٢]، في لازم مدلول ذلك المخالف، ومدلوله هو عدم الفسخ الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار عند موت أحدهما، وهذا المدلول الذي هو عدم الفسخ أعمل مالك _ رحمه الله _ في نقيضه الذي هو الفسخ دليلا آخر يقتضى الفسخ عنده.[٣].

وبيان ذلك: أن دليل مالك _ رحمه الله _ هو الحجة المقتضية لفسخ الشِّغار ومدلوله: هو الفسخ.

ولازمه: نفي التوارث بين المتزوجين بالشغار.

ودليل مخالفه – وهو أبو حنيفة- رحمه الله- هو الحجة المقتضية لعدم فسخ الشغار ومدلوله عدم الفسخ، ولازمه: ثبوت الإرث بين المتزوجين بالشغار.

---

(١) انظر الاعتصام ٢ / ٣٣٠، والموافقات ٤/ ٤، وتقرير دراز على الموافقات ٤/ ٢٠٢.

(٢) نكاح الشغار وصورته أن يزوج الرجل قريبته من رجل آخر على أن يزوجه هذا الآخر قريبته بغير مهر منهما ويكون بضع كل واحد منهما مهر الأخرى وسمي بنكاح الشغار لخلوه من المهر في العقود (انظر الشرح الكبير للدسوقي ٢ / ٣٠٧، المجموع للنووي ١٦ / ٢٤٥).

(٣) انظر المعيار المعرب للونشريسى ٦ / ٣٧٨.

فمالك _ رحمه الله _ عمل بدليله في وجه، وبدليل مخالفه في وجه.

حيث حكم بفسخ الشغار مع ثبوت الإرث، وهذا عمل بمدلوله مع إهمال لازم ذلك المدلول، ثم جاء إلى دليل مخالفه فأهمل مدلوله وعمل بلازمه مراعاة منه لخلاف غيره إذا كان له وجه، وينضبط هنا برجحان دليل المخالف في الحكم باللازم فقط دون المدلول.[1].

(١) انظر مراعاة الخلاف _ بحث أصولي _ لعبد الرحمن بن معمر السنوسي صـ ١٣، ١٤.

المطلب الثاني:
مفهوم الخلاف والاختلاف في اللغة والاصطلاح

والخلاف في اللغة: مصدر اختلف وهو في اللغة نقيض الاتفاق، تقول: اختلف الأمران إن لم يتفقا، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَٱخۡتِلَٰفُ أَلۡسِنَتِكُمۡ وَأَلۡوَٰنِكُمۡ**﴾[١]،

يقال: خالفته مخالفة وخلافا، وتخالف القوم واختلفوا، إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر وهو ضد الاتفاق، فالاختلاف هو مطلق المغايرة في القول والرأي والموقف.[٢].

ومنه قولهم: " اختلف الناس في كذا، والناس خلفه أي مختلفون؛ لأن كل واحد منهم ينحى قول صاحبه ويقيم نفسه مقام الذي نحاه"[٣]

ومنه حديث النبي -ﷺ - "سووا صفوفكم ولا تختلفوا فتختلف قلوبكم"[٤]، أي إذا تقدم بعضكم على بعض في الصفوف تأثرت قلوبكم، ونشأ بينكم الخلاف في الألفة والمحبة

---

(١) جزء الآية ٢٢ من سورة الروم.

(٢) انظر: لسان العرب ٩ / ٩٠، المصباح المنير صـ١١٠، معجم مقاييس اللغة ٢ / ٢١٣.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) أخرجه الدرامي في سننه ١ / ٣٢٣ برقم (١٢٦٤) كتاب الصلاة باب فضل من يصل الصف في الصلاة، وعبد الرزاق في مصنفه ٢ / ٤٥ برقم (٢٤٣١) كتاب الصلاة باب الصفوف

ولما كان الاختلاف بين الناس في القول قد يفضى إلى التنازع استعير ذلك للمنازعة والمجادلة قال تعالى: ﴿فَاخْتَلَفَ الْأَحْزَابُ مِنْ بَيْنِهِمْ﴾[١]، وقال تعالى ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ﴾[٢].

ولذلك جاء في التعريفات: الخلاف منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل.[٣]، والاختلاف والمخالفة : أن ينهج كل شخص طريقا مغايرا للآخر في حاله أو في قوله، والخلاف أعم من الضد، لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين، وعلى هذا يمكن القول بأن "الخلاف والاختلاف" يراد به مطلق المغايرة في القول أو الرأي أو الحالة أو الهيئة أو الموقف[٤].

أما الخلاف بالكسر فهو المضادة، وقد خالفه مخالفة وخلافاً، والخلاف المخالفة قال تعالى: ﴿فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ رَسُولِ اللَّهِ﴾[٥]، أي مخالفة رسول الله[٦].

---

(١) جزء الآية ٣٧من سورة مريم، وجزء الآية ٦٥ من سورة الزخرف.

(٢) الآية ١١٨ من سورة هود.

(٣)انظر التعريفات للجرجاني صـ١٣٥.

(٤) انظر أدب الاختلاف في الإسلام د/ طه جابر العلواني صـ٢١، التعاريف لمحمد عبد الرءوف المناوى ١ / ٤٢.

(٥) جزء الآية ٨١ من سورة التوبة.

(٦) انظر الجامع لأحكام القرآن القرطبي ٨ / ٢١٦، المفردات في غريب القرآن صـ ١٥٧

والخلاف في اصطلاح الفقهاء: هو أن يذهب كل عالم إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر وهو ضد الاتفاق.[١]، وهو يدل على ما يدل عليه الاختلاف وهو: تغاير أحكام الفقهاء في مسائل الفروع سواء كان ذلك على وجه التقابل، كأن يقول بعضهم في حكم مسألة بالجواز، ويقول البعض الآخر فيها بالمنع، أو كان على وجه دون ذلك، كأن يقول أحدهم: حكم هذه المسألة الوجوب ويقول غيره حكمها الندب، فالاختلاف: افتعال من الخلاف وهو تقابل بين رأيين فيما ينبغي انفراد الرأي فيه[٢].

وقد يفرق البعض بين الخلاف والاختلاف فيقول: الاختلاف غير الخلاف، ويتضح من هذا أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصود واحداً والخلاف أن يكون كلاهما _ أي الطريق والمقصود_ مختلفا.

والاختلاف يستعمل في قول بني على دليل، والخلاف يستعمل فيما لا دليل عليه، والاختلاف من آثار الرحمة، والخلاف من آثار البدعة ولو حكم القاضي بالخلاف ورفع لغيره يجوز فسخه، بخلاف الاختلاف، فإن الخلاف ما وقع في محل لا يجوز فيه الاجتهاد، وهو ما كان مخالفا للكتاب، والسنة والإجماع[٣].

وبالتأمل في القرآن الكريم يظهر أن استعمال خالف يكون في حالة العصيان الواقع عن عمد، كمن يخالف الأوامر ومنه قوله تعالى: ﴿**فَلْيَحْذَرِ**

---

(١) انظر مسائل في الفقه المقارن د/ عمر سليمان الأشقر صـ١٥.

(٢) انظر التعاريف للمناوى ١ / ٤٢.

(٣) انظر الكليات للكفوي صـ ٧٢، ٧٣، فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/ ٣٠٢.

﴿الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ رَسُولِ اللَّهِ﴾[٢]، أي مخالفة رسول الله -ﷺ-، أما استعمال اختلف فيكون في حالة المغايرة في الأشكال والألوان وغير ذلك، ومنه ما يقع في الفهم من تفاوت وجهات النظر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾[٣]، ولم يقل خالفوا فيه.[٤]، والحق أن هذا استعمال لا مشاحة فيه؛ لأن خالفه خلافا ومخالفة ضد وافقه، وتخالفوا واختلفوا: ضد توافقوا واتفقوا، فلا يوجد فرق ظاهر في المعنى.

---

(١)جزء الآية ٦٣ من سورة النور.

(٢)جزء الآية ٨١ من سورة التوبة.

(٣)جزء الآية ٦٤ من سورة النحل.

(٤)انظر أثر اللغة في اختلاف المجتهدين صـ٧٧.

المطلب الثالث:
الدليل على مراعاة الخروج من الخلاف

تكاد تجتمع كلمة القائلين برعي الخلاف على أنها مستحبة.

قال الإمام الزركشي[١]، _ رحمه الله _ "يستحب الخروج منه أي الخلاف باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في وجوبه"[٢]،

وقال الملا علي القاري [٣]، _ رحمه الله _ "الخروج من الخلاف مستحب بالإجماع"[٤].

ويقول الإمام السيوطي _ رحمه الله _: "والخروج من الخلاف مستحب" [٥]، ويمكن أن يستدل على استحباب مراعاة الخلاف بما يأتي:

---

(١) هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين أبو عبد الله الشافعي الفقيه الأصولي المحدث أشهر مصنفاته البحر المحيط وغير ذلك توفي ٧٩٤ه (انظر الفتح المبين ٢ / ٢٠٩)

(٢) انظر المنثور في القواعد ٢ / ١٢٧.

(٣) هو على بن سلطان محمد الهروي المكي الحنفي من مشايخه ابن حجر الهيثمي وعبد الله السندي من مصنفاته: المصنوع في معرفة الموضوع، المسلك المتقسط في المنسك المتوسط توفي عام ١٠١٤ه انظر الفتح المبين٣ / ٣٩.

(٤) انظر مراعاة الخلاف صـ٥٦ نقلا عن المسلك المتقسط في المنسك المتوسط صـ٨٨.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٦.

أولا: ما ثبت عن أم المؤمنين عائشة- رضي الله عنها- أنها قالت: "كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ[1]، مِنِّي، فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامُ الفَتْحِ، أَخَذَهُ سَعْدٌ، فَقَالَ: ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ: أَخِي، وَابْنُ أَمَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ-، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-: "هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ" ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: "احْتَجِبِي مِنْهُ" لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ، فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ عز وجل"[2].

وجه الدلالة من الحديث الشريف: أن النبي _ﷺ_ راعى الحكمين معا، أي حكم الفراش وحكم الشبه، أما مراعاته لحكم الفراش فبإلحاقه الولد بصاحبه وهو زمعة وأما مراعاته لحكم الشَّبه فلأمره سودة _رضى الله عنها_ بالاحتجاب من الولد الملحق بأبيها، فيكون أخاها.

---

(١) هو عبد بن زمعة بن قيس القرشي العامري من سادات الصحابة وأشرافهم وهو أخو أم المؤمنين سودة بنت زمعة لأبيها. (انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٢/ ٨٢٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦ / ٢٤٨١ برقم (٦٣٦٨) كتاب الفرائض باب الولد للفراش، ومسلم برقم (١٤٥٧) كتاب الرضاع باب الولد للفراش، ومالك واللفظ له ٤ / ٢٤ بشرح الزرقاني.

قال الإمام تقي الدين بن دقيق العيد(١): _ رحمه الله _ وبيانه من الحديث أن الفراش مقتض لإلحاقه بزمعة، والشبه البين مقتض لإلحاقه بعتبة، فأعطى النسب بمقتضى الفراش وألحق بزمعة، وروعي أمر الشبه بأمر سودة بالاحتجاب منه فأعطى الفرع حكما بين حكمين، فلم يمحض أمر الفراش فتثبت المحرمية بينه وبين سودة، ولا روعي أمر الشبه مطلقا فيلتحق بعتبة.(٢)، وناحية الاحتياط فيه تتمثل في أمره -ﷺ- لزوجه سودة - رضى الله عنها- بالاحتجاب من الولد، واسمه عبد الرحمن _الملحق بأبيها_ رغم حكمه بإثبات نسبه الظاهر من زمعة أبيها المقتضى كونها أخته.

وقال الإمام الصنعاني(٣)،: _ رحمه الله _ أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع والصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة، وذلك لما رآه -ﷺ- في الولد من الشبه البين بعتبه بن أبى

---

(١) هو الإمام أبو الفتح تقي الدين محمد بن علي بن وهب بن مطيع المعروف بابن دقيق العيد القشيري الشافعي ولد على ساحل البحر الأحمر سنة ٦٢٥ه كان من أكابر علماء الأصول مجتهدا تولى القضاء وله مصنفات عده منها: إحكام الأحكام، الإمام في شرح الإلمام توفي بالقاهرة سنة ٧٠٢ ه (انظر الأعلام ٢/ ٢٨٣، تذكرة الحفاظ ٤/ ١٨٢).

(٢) انظر إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ١ / ٤١٦، المعيار المعرب للونشريسى ٦ / ٣٧٩.

(٣) هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسنى الكحلاني ثم الصنعاني الإمام المحدث اتفق أهل عصره على حفظه ووثوقه من مصنفاته: سبل السلام، ولد سنة

وقاص.[١]

ثانيا: ما روى عن أم المؤمنين عائشة _ رضى الله عنها _ أن رسول الله -ﷺ- قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ـ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ـ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَالمُهْرُ لهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا"[٢].

ووجه الدلالة من الحديث الشريف: أن النبي -ﷺ- حكم أولاً ببطلان العقد، وأكده بالتكرار ثلاثاً وسماه زنا، وأقل مقتضياته عدم اعتبار هذا العقد جملة لكنه -ﷺ- عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله ولها مهرها..... ومعلوم أن مهر البغي حرام، والحديث يدل على اشتراط الولي في النكاح، وأن العقد يبطل إذا فقد شرط الولاية فيه، وأراد -ﷺ- تأكيد بطلانه فكرر ذلك ثلاث مرات، 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 باطلا، والحكم باللازم وإبطال ملزومه عند اعتبار نقيضه لا إشكال فيه قال تعالى:

١٠٩٩هـ بكحلان وتوفي بصنعاء سنة ١١٨٢ه (انظر الأعلام ٦ / ٣٨، معجم المؤلفين لرضا كحالة ٩ / ٥٦).

(١) انظر سبل السلام للصنعاني ٣ / ٢١١.

(٢) سبق تخريجه صـ٩

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا ﴾[١]، حيث علل النهى عن استحلاله بأنهم يبتغون فضل الله ورضوانه مع كفرهم بالله تعالى الذي لا يصح معه عبادة ولا يقبل عمل، وهذا الحكم وإن نسخ فيما بعد إلا أنه لا مانع من الاستدلال به في هذا المعنى.[٢]، وهذا دليل على أصالة العمل برعي الخلاف من حيث اعتبار اللازم مع إهمال ملزومه الثابت.

ثالثا: من فتاوى السلف: وجد في فتاوى كبار الصحابة والخلفاء والأئمة الأربعة الأعلام ما يشير إلى اعتبار أصل مراعاة الخلاف، حيث اعتبروا فيها الدليل المرجوح بعد وقوع الحادثة، وقدموه على الراجح، لاعتضاده بعد الوقوع بما يقوي جانبه ويجعله أقوى من الراجح.

فمن ذلك _مثلا_ المرأة يزوجها وليان جائزان، ولا يعلم أحدهما بتقدم نكاح الآخر، فالنكاح للأول، إلا أن يكون الآخر دخل بها ولا يعلم تزوجها،فإن دخل بها فهو أحق بها، وبذا قضى معاوية في حادثة حدثت له مع الحسن، وبذلك قال عطاء والزهري _ رضي الله عنهم _[٣]، ومقتضى القياس: أنه متى تحقق أن الذي لم يبني بالزوجة هو الأول، فدخول الثاني بها هو دخول بزوج غيره فلا يكون غلطه على زوج غيره مصححا لعقده، الذي لم يصادف محلا ولا مبيحا له التمتع بها على الدوام، وكيف يكون الغلط مبطلا

---

(١) جزء الآية ٢ من سورة المائدة.

(٢) انظر الاعتصام للشاطبي ٢/ ١٤٨، ١٤٩.

(٣) انظر المصنف للحافظ عبد الرزاق الصنعاني ٦ / ٢٣١.

لعقد نكاح مجمع على صحته ولزومه؛ لوقوعه على وفق الكتاب والسنة ظاهرا وباطنا، وإنما المناسب أن يرفع عن الغالط الإثم والعقوبة، لا أن يباح له زوج الغير دائما ويمنع زوجها منها.

ومثل ذلك: ما قاله العلماء في امرأة المفقود: أنه إن قدم المفقود قبل نكاحها فهو أحق بها، وإن كان بعد نكاحها والدخول بها بانت منه، وإن كانت بعد العقد وقبل البناء فقولان[١].

رابعا: من المعقول حيث قرر القاضي أبو الوليد الباجي _رحمه الله_[٢]، اعتبار الخلاف في الأحكام الشرعية واستدل على ذلك بأن ما جاز أن يكون علة بالنطق، أي بالنص جاز أن يكون علة بالاستنباط، ولو قال الشارع إن كل ما لم تجتمع أمتي على تحريمه واختلفوا في جواز أكله فإن جلده يطهر بالدباغ لكان ذلك صحيحا، فكذلك إذا علق الحكم عليه بالاستنباط[٣].

وتوضيح هذا الدليل: إن الوصف الذي يجوز أن ينص الشارع على عليته يجوز لنا أن نجعله علة بالاستنباط، واختلاف العلماء وصف لا مانع أن ينص

---

(١)انظر الاعتصام للشاطبي ٢ / ١٤٧، والمعيار المعرب للونشريسي ٦ / ٣٩٤.

(٢)هو سليمان بن خلف بن سعد التجيبي الأندلسي القرطبي الباجي أبو الوليد، فقيه مالكي كبير، من مصنفاته المنتقى في شرح الموطأ وغير ذلك توفي ٤٧٤ه (انظر شذرات الذهب ٣/ ٣٤٤، الشجرة الزكية صـ١٢٠).

(٣) انظر الموافقات للشاطبي ٤ / ١١٠.

الشارع على عليته، إذا لا مانع من جعله علة بطريق الاستنباط وعند إذ يكون مراعاة الخلاف جائزا بناء الأحكام عليها وهو المدعي[١].

(١) انظر الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها صـ٣٩٣، الموافقات ٤ / ١٠٩.

المطلب الرابع:
الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

مراعاة الخلاف من القواعد التي لم تحظ بشهرة واسعة، كما حظيت به قاعدة الخروج من الخلاف، ولقد تفرد المذهب المالكي بذكرها على خلاف بين بعض فقهائه فيها،إذ صرح بعض المحققين منهم كابن عبد البر[١]، والقاضي[٢] عياض بردها بعد أن استشكلوا أمرها.

وهاتان القاعدتان بينهما أوجه تداخل، وأوجه تمايز، فأوجه التداخل تتمثل في أن كلا من القاعدتين هي قول بموجب دليلين متباينين كما أن بين القاعدتين عموما وخصوصا مطلقا، وذلك إذا أعطينا مراعاة الخلاف المعنى اللغوي العام، حيث يكون رعى الخلاف في صورة الخروج منه أو في غيره، وبذا يكون رعى الخلاف عاما والخروج منه خاصا[٣].

---

(١) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الحافظ القرطبي، أحد أعلام الأندلس وكبير محدثيها، كان نزيها متبحرا في الفقه والعربية والحديث والتاريخ من مؤلفاته: الاستيعاب في معرفة الصحابة وغيرها توفي سنة٤٦٣ه على أصح الأقوال (انظر شذرات الذهب ٤ / ٣١٤، شجرة النور الزكيةصـ١١٩).

(٢) هو عياض بن موسي بن عياض بن عمرو أبو الفضل اليحصبى عالم المغرب الحافظ كان إمام أهل الحديث في وقته، وأعلم الناس بالنحو والأصول واللغة وكلام العرب من مؤلفاته: الشفاء، وشرح صحيح مسلم توفي بمراكش ٥٤٤ه (انظر الديباج المذهب ٢ / ٤٦، تذكرة الحفاظ ٤ / ٣٠٤).

(٣) انظر مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي لمختار قوادرى صـ ٥٣ وما بعدها.

أما إن اقتصرنا على تعريف مراعاة الخلاف اصطلاحا، فهي تختلف كل الاختلاف عن قاعدة الخروج من الخلاف، ولكي يتبين الفرق بين القاعدتين، يجدر بنا أن نكشف عن خصائص كل منهما على حدة:

أولا: خصائص الخروج من الخلاف:

١) العمل بالخروج من الخلاف أخذ بالأحوط من باب الورع، وذلك كأن بأخذ الفقيه بمقتضى دليله المفيد لإباحة فعل الشيء، ويأخذ معه بمقتضى دليل مخالفه المفيد لحرمته على وجه لا يخل بما غلب على ظنه، فيرى الفقيه حينئذ ترك العمل خوفا من الوقوع في المحرم.

وفي العمل بهذه القاعدة عدم رجوعه إلى قول مخالفه بالتحريم كما قد يتوهم؛ لأن الترك هنا باعتبار الفعل، لا باعتبار اعتقاد حرمته، فالقول بالحرمة يقتضى ترك الفعل إضافة إلى اعتقاد حرمته والترك خروجا من الخلاف هو باعتبار الفعل فحسب، كذلك ليس في العمل بها رجوع إلى قول من يخالفه بالإيجاب؛ لأن الفعل هنا باعتبار الفعل، لا باعتبار اعتقاد إيجابه[١].

ويمثل له بالحنفي الذي يتورع من شرب النبيذ، لاحتمال صحة مقتضى دليل مخالفة، لا لرجحان صحته، وبالشافعي الذي يستوعب مسح الرأس عملا بمقتضى دليل مخالفه لاحتمال صحته، لا لرجحان صحته.[٢]، والأخذ

---

(١) انظر مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي لمختار قوادرى صـ٥٤

(٢) انظر حاشية أحمد النسفي على تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٤٧، المهذب للشيرازي ١/ ٢٤.

بالورع مصلحة شهد الشرع لها باعتبار عينها لحديث: " **فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه** "[١].

٢) العمل بالخروج من الخلاف أخذ بالأشد، والأخذ بالأشد قسمان:

أحدهما: أخذ بأشد شهد الشرع بإلغائه، كوقوف الواحد للعشرة من العدد عالما أنه لا يجدي منهم نفعا.

ثانيهما: أخذ بأشد شهد الشرع باعتباره، كالأخذ بأشد المذاهب المتساوية، أو المتقاربة؛ لوازع الخوف من الله تعالى، والخروج من الخلاف من القسم الثاني لا من الأول.

يقول الإمام العز بن عبد السلام[٢]، _رحمه الله_ "والأولى التزام الأشد والأحوط لدينه، فإن من عز عليه دينه تورع "[٣].

٣) حكم الخروج من خلاف من أوجب شيئا، أو حرمه، مستحب، ويمثل له بكراهة الشافعية نكاح المحلل خروجا من خلاف من أبطله[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١ / ٢٨ كتاب الإيمان باب فضل من استبرأ لدينه.

(٢) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمى الشافعي أبو محمد شيخ الإسلام وأحد الأئمة الأعلام الملقب بسلطان العلماء من مؤلفاته: القواعد الكبرى والوسطى والصغرى والتفسير توفى سنة ٦٦٠ ه(انظر شذرات الذهب ٥ / ٣٠١، طبقات الشافعية للسبكي ٨ / ٢٠٩).

(٣) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٦ / ٣٨٢.

(٤)انظر كنز الراغبين لجلال الدين المحلى بشرح المنهاج للنووي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/ ٣٧٤.

وباستحباب الحنفية للسفيه المحجور عليه إن أراد عمرةً واحدةً ألا يمنع منها خروجا من خلاف من أوجبها[١]، وباستحباب بعض المالكية لقراءة البسملة سرا خروجا من خلاف من أوجب قراءتها[٢].

ثانيا خصائص مراعاة الخلاف:

١) تتسم مراعاة الخلاف _على عكس سابقتها_ بالأخذ باليسر ورفع المشقة والحرج، وذلك لأنها من جملة أنواع الاستحسان.

فقد جاء في العُتْبِيَّة[٣]: _مثلا_ أن الإمام سحنون [٤]،_رحمه الله_ سئل عن الدواب تدرس[٥]، الزرع فتبول فيه، فخففه للضرورة، كالذي يكون في أرض العدو فلا يجد بدا من أن يمسك عنان فرسه وهو قصير فيبول فيصيبه بوله.[٦].

---

(١) انظر: تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي صـ٣٥٦.

(٢) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (الجد) ١/ ٣٦٥.

(٣) وتسمى بذلك نسبة إلى مصنفها محمد العتبى القرطبي، واسمها المستخرجة وشرحها ابن رشد في كتابه البيان والتحصيل في مسائل المستخرجة.

(٤) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخى الملقب بسحنون أصله شامي وقدم أبوه إلى بلاد المغرب في جند حمص أخذ فقه مالك عن تلامذته وكان فقيه أهل زمانه وتولى القضاء بإفريقية إلى أن توفي سنة ٢٤٠ه (انظر الديباج المذهب صـ٦٠).

(٥) أي تدوسه انظر: المعجم الوسيط ١ / ٢٧٩.

(٦) انظر البيان والتحصيل ١/ ٣٩.

قال ابن رشد[١]، _رحمه الله_ معلقا: " وإنما خفف ذلك مع الضرورة للاختلاف في نجاسته، كما خفف المشي على أرواث الدواب وأبوالها في الطرقات مع الضرورة إلى ذلك من أجل الاختلاف في نجاستها، وأما مالا اختلاف في نجاسته فلا يخفف مع الضرورة"[٢].

٢) الأخذ بمراعاة الخلاف إنما يسوغ إذ دعت الضرورة إلى ذلك، ويلمح هذا من كلام ابن رشد السابق _رحمه الله_.

٣) العمل بمراعاة الخلاف واجب، وهو بخلاف الخروج من الخلاف الذي يعد حكمه مستحبا، ويتضح ذلك من قول الإمام مالك _رحمه الله_ في المثال السابق عن نكاح الشغار : إن الطلاق يلزم فيه إذا وقع، وإن الميراث بين الزوجين يثبت.[٣].

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي، أبو الوليد، جد ابن رشد الفيلسوف زعيم فقهاء عصره بالأندلس والمغرب وكان بصيرا بالأصول والفروع والفرائض من مؤلفاته: البيان والتحصيل وغيرها توفي سنة ٥٢٠ه (انظر شذرات الذهب ٤ / ٦٢، شجرة النور الزكية صـ١٢٩).

(٢) انظر البيان والتحصيل ١/ ٣٩.

(٣) انظر البحث ص ١٠، ومراعاة الخلاف لمختار قوادرى صـ٥٦، ٥٧.

المبحث الثاني:
مدى إعمال المذاهب لمبدأ مراعاة الخروج من الخلاف

نص غير واحد من العلماء على أن مشروعية مراعاة الخلاف ثابتة بالإجماع[١]، وما دام تتبع ذلك عند سائر العلماء متعذرا، نظراً لاستحالة الإحاطة بأقوال الجميع، فإن الاقتصار على حكم ذلك في المذاهب الأربعة المشهورة يغنى عن كل تتبع ونظر واستقراء وتجدر الإشارة إلى أن أكثر المذاهب أخذا بهذه القاعدة وتعويلا عليها هم المالكية والشافعية ثم الأحناف والحنابلة.

أولا: مذهب المالكية: فاعتمادها في بناء كثير من الفروع مشهور معلوم.

قال الشاطبي – رحمه الله –: " إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة"[٢]، وإن الناظر في كتب الفروع عندهم يجدها تطفح بنماذج لا حصر لها من مراعاة الخلاف فكثيرا ما تجد لهم في المسألة حكمين: أحدهما يوافق أصولهم، والأخر يوافق أصول غيرهم، وذلك لتوارد دليلين متعارضين، فيحاولوا إعطاء كل من الدليلين حكمه[٣].

---

(١) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٢ / ٢٣.

(٢) انظر الاعتصام للشاطبي ٢ / ١٤٥، المعيار المعرب للونشريسي ٦ / ٣٧٨.

(٣) انظر الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها د/ محمد فاتح زقلام صـ٣٧٥.

ففي العبادات مثلا تراهم يقولون: إن تكبيرة الإحرام فريضة من فرائض الصلاة لا تصح بدونها، حتى ولو تركت سهوا، ثم يقولون: إن المسبوق إذا كبر للركوع ناسيا تكبيرة الإحرام تمادى في صلاته، مراعاة لقول من يقول بالإجزاء[١]، فإذا سلم الإمام أعاد هذا المسبوق صلاته استحبابا في الوقت مراعاة للقول ببطلانها[٢].

وفي باب المعاملات يقولون: إن النكاح الفاسد، لاختلال ركن من أركانه أو فقد شرط من شروطه، يجب فسخه، فإن كان مختلفا في فساده اختلافا قويا ولو خارج المذهب فسخ قبل البناء وبعده، أما قبل البناء فلا شيء فيه، وأما بعده ففيه المسمى إن كان، وإلا صداق المثل، ويكون الفسخ بطلاق، ويلزم في النكاح المختلف في فساده الطلاق إن وقع، ويثبت به الميراث بين الزوجين، إذا مات أحدهما قبل الفسخ، كل ذلك مراعاة لمن يقول بصحته.

إذًا فنسبة هذا الأصل إلى المذهب المالكي ظاهرة جلية، وقد ذكره بعض من دون أصول مذهب مالك، إلا أنهم قالوا: إن الإمام لم يلتزم هذه القاعدة في كل مسألة خلاف، بل كان يأخذ بهذا الأصل تارةً ويعدل عنه أخرى[٣].

---

(١) كسعيد بن المسيب _رحمه الله_ انظر المدونة مع مقدمات بن رشد ١ / ١٦٢.

(٢) كقول ربيعة بن عبد الرحمن _رحمه الله_ انظر المدونة ١ / ١٦٢.

(٣) انظر شرح حدود بن عرفه ١ / ٢٦٣، منار أصول الفتوى لإبراهيم اللقاني صـ٣٠١، الموافقات للشاطبي ٤/ ١٠٨، ١٤٦، الاعتصام ٢/ ١٤٥، الفكر السامي للحجوي ٤/ ٤٥٥، فتاوى الشيخ عليش ١/ ٨١.

ثانيا: مذهب الشافعية: وأما في مذهب الإمام الشافعي _رحمه الله_ فقد نص أئمة مذهبه على مشروعية البناء على رعى الخلاف واستحبابه.

قال البدر الزركشي_ رحمه الله_ " يستحب الخروج منه، أي الخلاف باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في وجوبه"(١).

وجعل ابن السبكي _ رحمه الله_ اطراح الخلاف "بالخروج أفضل واعتماده من الورع المطلوب شرعا"(٢).

وقد ذكر كثير من علمائهم رعى الخلاف في تصانيفهم، ومثلوا لذلك بأمثلة كثيرة، وبينوا شروط الأخذ بها، كأن يكون قوى المدرك، وألا يؤدي ذلك إلى محظور، من ترك سنة أو الوقوع في خلاف أخر(٣).

وذكر الزركشي في البحر أن الإمام الشافعي _رحمه الله_ راعى خلاف غيره في مسائل كثيرة، وإنما ذلك من باب الاحتياط والورع(٤).

ومن هذه المسائل، ما نقل عنه _رضي الله عنه_ أنه صلى ذات مرة بعد ما حلق وعلى ثوبه شعر كثير، وكان إذ ذاك مذهبه القديم يرى نجاسة الشعر، فقيل له في ذلك فقال: حيث ابتلينا نأخذ بمذهب أهل العراق، فهذا يفيد أنه أخذ

---

(١) انظر المنثور في القواعد ٢ / ١٢٧.

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسبكي ١ / ١٢٨.

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي صـ١٣٦، والأشباه والنظائر للسبكي ١/ ١٢٨، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١ / ٢٥٣..

(٤) انظر البحر المحيط للزركشي ٦ / ٢٦٥.

برأي غيره بعد حدوث الحادثة.[١] ومن العبارات الصريحة في اعتبار الخلاف ما ورد في بعض كتب الشافعية، إذ جاء فيها: إذا وقف شافعي بين حنفيين، واقتدى بشافعي يحصل له ثواب الجماعة والصف _فيما يظهر_ وإن تحقق من الحنفي عدم قراءة الفاتحة، لا يقال حيث علم ترك الحنفي القراءة كانت صلاته باطلة عند الشافعي فيصير في اعتقاده منفردا؛ لأنا نقول: صرحوا بأن فعل المخالف لكونه ناشئاً عن اعتقاد، ينزل منزلة السهو، ومن ثم لو اقتدى شافعي بحنفي، فسجد لتلاوة سجود، لا تبطل صلاة الشافعي بفعل الحنفي، ولا تبطل قدوته به[٢]، وهذا النص يشهد بما لمراعاة الخلاف من الأثر في عدم إبطال العمل وإن اقتضى القياس بطلانه.

ثالثا: **مذهب الحنفية**: وأما في مذهب الإمام أبى حنيفة _رحمه الله_ فقد صرح ابن عابدين _رحمه الله_ في حاشيته باستحباب رعى الخلاف، حيث أفرد لها مطلبا خاصا فقال: "مطلب في ندب مراعاة الخلاف"[٣]، وذكر الأستاذ محمد مصطفى شلبي خلال عرضه لمبحث الاستحسان: أن من ضمن أنواعه عند الحنفية مراعاة الخلاف[٤]، وقد أثر عن بعض أئمة الحنفية القول بهذا الأصل.

---

(١) انظر تحفة الرأي السديد لأحمد الحسيني صـ ٤٢.

(٢) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهاج لزكريا الأنصاري ١ / ٤٩٨.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ١/ ١٤٧

(٤) غير أنه حسبما يبدوا من كلامه أنه يقصد بذلك الخروج من الخلاف وليس عين المسألة التي نحن فيها (انظر: تعليل الأحكام صـ٣٥٦).

مـن ذلـك: أن أبـا يوسـف صـاحب أبي حنيفـة _رضي الله عـنهما_ صـلى الجمعة بالناس ثم أخبر بعـد الفـراغ منهـا بوجـود فـأرة في بئـر الحـمام، وقـد اغتـسل النـاس فيـه بعـدما صـلوا وتفرقـوا، فقـال: نأخـذ بقـول إخواننـا أهـل المدينة، ولم يبطل صلاته، ولم يعدها، بل أجازها بعد الوقوع، وكان القياس أن يعدها أبدا مراعاة لقول مخالفه مع مرجوحيته عنده، مما يدل على اعتباره لمبدأ مراعاة الخلاف(١).

ومن ذلك: ما قرره العلامة المحقق ابن عابـدين _رحمـه الله_ في رسـالته "عقود رسم المفتي" من جواز العمل والإفتاء بالأقوال الضعيفة في مـواطن الضرورة طلبا للتيسير قال "وما مر من عدم جواز العمـل والإفتـاء بالـضعيف محمـول عـلى غـير موضـع الـضرورة، ثـم ذكـر أنـه ممـا ينبغـي أن يلحـق بالـضرورة، هـو عـدم الإفتـاء بكفـر مـسلم، في كفـره اخـتلاف ولـو روايـة ضعيفة"(٢)، هذه الشواهد _على قلتها_ تدل على أن الحنفية يراعـون خـلاف غـيرهم ويعتبرونـه في مـواطن الـضرورة، وإن لم يـصرحوا بهـذا المبـدأ، ولم يعدوه ضمن أصولهم.

رابعا: **مذهب الحنابلة**: وأما في مذهب الإمام أحمـد _رحمـه الله_ فنجـد نماذج كثيرة تدل على ذلك:

---

(١) انظر: فتـاوى النـوازل لأبي الليـث الـسمرقندي صـ٥٠، الإنـصاف في بيـان أسـباب الاختلاف للدهلوي صـ١١٠، حجة الله البالغة للدهلوي صـ٣٣٥.

(٢) انظر رسائل بن عابدين ١/ ٥٠.

منها: ما ذكره ابن قدامة _رحمه الله_ بخصوص وقت صلاة الجمعة عند الحنابلة وأنها تصلى قبل الزوال عندهم خلافا للجمهور، حيث قال: "فالأولى أن لا تصلى إلا بعد الزوال ليخرج من الخلاف"[١].

"وفي باب رد الشهادة" من كتاب كشاف القناع قوله"إن من عمل في الفروع المختلف فيها عند الأئمة اختلافاً شائعا، كمن تزوج بلا ولى أو بلا شهود أو شرب من النبيذ ما لا يسكر، أو أخر الزكاة، أو حج متأولا، أو مقلدا لمن يرى حِلَّهُ، لم تُرَدَّ شهادته؛ لأن الصحابة كانوا يختلفون في الفروع وقبلوا شهادة كل مخالف لهم فيها، ولأنه اجتهاد سائغ لا يفسق به المخالف كالمتفق عليه "[٢].

وفيما نقل عن الإمام أحمد _رحمه الله_ نجد نماذج عالية تدل على اعتباره لخلاف الأئمة المتقدمين، وورعه إزاء المسائل الخلافية في الفروع.

منها: أن الإمام أحمد كان يرى الوضوء من الرعاف والحجامة، فقيل له: فإن كان الإمام قد خرج منه الدم، ولم يتوضأ هل تصلى خلفه؟ فقال: كيف لا أصلى خلف الإمام مالك وسعيد بن المسيب.[٣]، وبهذا يتبين أن المالكية لم ينفردوا باعتبار هذا الأصل، وإنما أخذ به غيرهم كذلك، غير أنهم توسعوا فيه أكثر من غيرهم حتى عُد من أصول مذهبهم.

---

(١)انظر المغنى لابن قدامة ٢/ ٢٠٩.

(٢)انظر: كشاف القناع للبهوتي ٦/ ٤٢٢.

(٣)انظر: حجة الله البالغة للدهلوي صـ٣٣٥.

المبحث الثالث:
صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان
فيه مطلبان:
المطلب الأول:
تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا وخلاف العلماء في حجيته

بداية يجب قبل معرفة هذه الصلة إلقاء الضوء على تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا وخلاف العلماء في حجيته وهذا على سبيل الإيجاز فأقول:

الاستحسان لغة هو: عد الشيء حسنا، سواء كان حسيا أو معنويا واعتقاده كذلك من وجهة نظر المثبت، لأن ما يميل إليه الإنسان ويهواه قد يكون مستقيما عند غيره.(١).

واصطلاحا: اختلف العلماء في تعريفه اصطلاحا على أقوال عدة بسبب اختلافهم فيما يمكن أن يعتبر مقصدا له، واتجاه كل منهم إلى ما يراه مناسبا منها، وترتب على ذلك اختلافهم في أنواعه كذلك وسوف نعرض لتعاريف المذاهب القائلة به وهى: مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة دون غيرها؛ لأنها أبين لحقيقته، وذلك فيما يلى:

أولا: **تعريف الاستحسان اصطلاحا عند علماء الحنفية**: اختلفت عبارات علماء الحنفية في تعيين المراد بالاستحسان والكشف عن ماهيته، كما يبدوا

---

(١)انظر: مختار الصحاح (حسن) صـ٥٨، المعجم الوسيط (حسن) ١/ ١٧٤، الإحكام للأمدى ٣/ ٢٠٠، كشف الأسرار للنسفي٢/ ٢٩٠، كشف الأسرار للبخاري ٤/ ٢، شرح التلويح على التوضيح ٢/ ١٦٢، ١٦٣، البحر المحيط ٦/ ٨٧.

من كثرة المعاني التي أوردوها له، وأشهر هذه المعاني وأكثرها شيوعا في كتبهم أربعة وهي:

المعنى الأول: إنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد وتعسر عنه عبارته فلا يقدر أن يفوه به.[١].

المعنى الثاني: هو قطع المسألة عن حكم قياس العلة فيه ظاهرة ضعيفة الأثر متبادرة إلى الأذهان، إلى حكم قياس آخر العلة فيه أدق وأخفى، ولكنها أبلغ في الحجة، وأقوى في الأثر، وأصح في الاستنتاج، وأسد في النظر، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه، وحاصله يرجع إلى تخصيص العلة.[٢].

المعنى الثالث: هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول [٣]،

---

(١) انظر: الإحكام للآمدى ٣/ ٢٠٠، المستصفى للغزالي ١/ ٢٨١، روضة الناظر ١/ ٤١١، مختصر بن الحاجب٢/ ٢٨٨، الإبهاج لابن السبكي ٣/ ١٨٨، المنهاج للبيضاوي ٤/ ٣٩٨، نهاية السول للإسنوي ٣/ ٣٩٩، حاشية التفتازاني ٢/ ٢٨٨، البحر المحيط للزركشي ٦/ ٩٣، إرشاد الفحول للشوكاني صـ٢٤٠.

(٢)انظر: الإحكام للآمدى ٣/ ٢٠١، شرح التلوج٢/ ١٦٣، شرح المنار لابن ملك صـ٨١١، حاشية نسمات الأسحار صـ١٥٥، غاية الوصول للأنصاري صـ٣٩.

(٣) انظر: أصول السرخسى٢/ ٢٠٤، التمهيد للكلوذانى ٤/ ٩٣، تيسير التحرير ٤/ ٧٨ ، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٣١، فواتح الرحموت ٢/ ٣٢٠، البحر المحيط ٦/ ٩١، الإبهاج ٣/ ١٨٩.

قال به الكرخي[١]، وهو قريب من المعنى الثاني.

المعنى الرابع: إنه ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس ذكره السرخسي[٢]، والشريف الجرجاني.[٣].

ثانيا: تعريف الاستحسان اصطلاحا عند علماء المالكية:

كما تعددت العبارات في تعريف الاستحسان واختلفت عند علماء الحنفية في تحديد المعنى المراد به، ووضع حد ضابط له، كذلك الحال ذاته أيضا قائم بين علماء المالكية فهم أيضا لم يتفقوا حول معنى واحد له؛ إلا أن أبرز هذه المعاني وأكثرها ترددا في كتبهم ثلاثة وهي:

المعنى الأول: "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلى"[٤]، هذا التعريف عزاه الشاطبي إلى الإمام مالك، ثم فسر مراده من هذا المعنى بقوله:

---

(١) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخى الحنفي، انتهت إليه رياسة العلم في أصحاب أبي حنيفة، كان صبوراً على الفقر كثير العبادة أصيب آخر عمره بالفالج توفي في بغداد سنة ٣٤٠ه من مؤلفاته: شرح الجامع الكبير والصغير في فروع الفقه الحنفي وغير ذلك (انظر شذرات الذهب ٢/ ٣٥٨، معجم المؤلفين ٦/ ٢٣٩).

(٢) هو: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الملقب بشمس الأئمة متكلم وفقيه ومناظر من مؤلفاته: أصول السرخسي، المبسوط في الفروع توفي ٤٩٠ه (انظر الفتح المبين ١/ ٢٦٤).

(٣) انظر المبسوط ١٠/ ١٤٥، التعريفات للجرجاني صـ٣٦.

(٤)انظر الموافقات ٤/ ٢٠٥، ٢٠٦، الاعتصام ٢/ ١٣٩، إرشاد الفحول صـ٢٤١.

"ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس"[١].

المعنى الثاني: "هو أن يكون طرحا لقياس يؤدى إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع"[٢]،

قاله ابن رشد أيضا في موضع آخر.

المعنى الثالث: إنه إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما فمنه:

ترك الدليل للإجماع، وتركه للمصلحة، وتركه في اليسير لتفاهته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق وتركه للعرف، هذا ما ذهب إليه ابن العربي[٣].

ثالثا: تعريف الاستحسان اصطلاحا عند علماء الحنابلة:

إن منحى الاستحسان عند علماء الحنابلة غير متحد، بل اختلفوا في توجيه معناه أيضا، كما اختلف من قبلهم علماء الحنفية والمالكية، إلا أن أشهر ما ساقوه لبيان حقيقته في مذهبهم معنيين هما:

---

(١)انظر الموافقات ٤/ ٢٠٦.

(٢)انظر : الاعتصام ٢/ ١٣٩.

(٣)انظر الموافقات ٤/ ٢٠٧، ٢٠٨، الاعتصام ٢/ ١٣٩.

المعنى الأول: ما اختاره جمهور علمائهم وإن اختلفت عباراتهم فيه وهو: العدول عن موجب القياس لدليل هو أقوى منه، أو هو العمل بأقوى الدليلين[١]،

المعنى الثاني: ذهب بعضهم إلى حصر الاستحسان بالتخصيص، أي أن حاصله يرجع إلى تخصيص دليل بدليل أقوى منه في نظر المجتهد[٢].

العلاقة بين معنى الاستحسان اللغوي والشرعي: يتبين مما تقدم أن معنى الاستحسان في اللغة لا يتنافى مع معناه الشرعي غير أن معناه في اللغة أعم، لكونه يتسع لكل ما يراد به من صور ومعان أما في الشرع فمهما وقع حوله من جدال وتدافع في الكشف عن حقيقته بين القائلين به، إلا أن معناه أخص؛ إذ ينحصر في دليلين يستحسن المجتهد أحدهما ويرجحه على الآخر.

حجية الاستحسان وخلاف العلماء في ذلك:

انقسم العلماء في حجية الاستحسان إلى فريقين وهما:

الفريق الأول: ذهب إلى أن الاستحسان حجة شرعية وهم أبو حنيفة وأصحابه[٣].

---

(١)انظر: التمهيد لأبى الخطاب الكلوذاني ٤/ ٩٦، روضة الناظر ١/ ٤٠٨، المسودة صـ٤٥١، الفتاوى لابن تيمية ٤/ ٣٦، أصول مذهب أحمد صـ٥٧٥.

(٢)انظر المراجع السابقة.

(٣)انظر المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢/ ٢٩٥، الإحكام لابن حزم ٦/ ١٦، أصول السرخسى ٢/ ١٩٩، الإحكام للآمدى ٣/ ٢٠٠، التمهيد للكلوذانى ٣/ ٨٨، مختصر

الفريق الثاني: ذهب إلى إنكار الاستحسان، وهم الشافعية[١]، والظاهرية [٢]، والمعتزلة والشيعة[٣].

وبناء على ما ذكره العلماء علمنا أن الخلاف في حجية الاستحسان مبنى على الخلاف في حقيقته، فالذي أنكره عرفه بتعريف لا يقول به أحد، والذي اعتبره عرفه بتعريف لا ينكره أحد بما في ذلك الشافعية، على خلاف في الموجب للعدول ما هو ولم يتعرض البحث لتفصيل ذلك لخروجه عن غرضه، وإنما انصب على وجه انتزاع القاعدة منه بعد بيان حقيقته.[٤].

ابن الحاجب ٢/ ٢٨٨، المسودة صـ٤٥١، كشف الأسرار للبخاري ٤/ ٣، شرح الكوكب المنير ٤/ ٤٢٨، تيسير التحرير ٤/ ٧٨.

(١)انظر التمهيد لأبي الخطاب ٣/ ٨٧،٨٨، المسودة صـ٤٥١،٤٥٢، شرح الكوكب ٤/ ٤٢٧ وأصول مذهب أحمد صـ٥٦٨، ٥٧٥.

(٢)انظر الإحكام لابن حزم ٦/ ١٦، التمهيد للكلوذانى ٣/ ٩٠، مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٨٨، نهاية السول٤/ ٢٩٩، شرح الكوكب ٤/ ٤٢٩.

(٣) انظر: أصول الفقه الإسلامي د/ وهبة الزحيلي ٢/ ٧٤٨.

(٤) انظر: مراعاة الخلاف لعبد الرحمن بن معمر السنوسي صـ٤٢ بالهامش.

المطلب الثاني:
بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان

بعد الحديث عن الاستحسان يأتي بيان الصلة الوثيقة بين الاستحسان وبين مراعاة الخلاف وتجلية نقاط التشابه والاختلاف بينهما.

فمراعاة الخلاف ما هي إلا وجه من وجوه الاستحسان، وصورة من صوره، وإن اختلفت عنه بعض الشيء.

وقد نقل الإمام الشاطبي _رحمه الله_ عن بعض الفقهاء وقولهم: "إن مراعاة الخلاف هي من جملة أنواع الاستحسان"(١).

وهذا ما قرره أبو العباس القباب في مراسلته مع الشاطبي(٢)، وهو ما ذكره الحجوي في الفكر السامي.

ووجه كون مراعاة الخلاف من صور الاستحسان _فيما يبدو_ أنها عبارة عن عدول عن مقتضى القياس إلى حكم خاص، بعد وقوع الحادثة، على سبيل الاستثناء والترخص.

فالإمام مالك _رحمه الله_ يقول _مثلا_في المثال الذي سبق ذكره:(٣)، ببطلان الزواج بلا ولي، ومقتضى هذا الحكم _في رواية_ أن يفسخ بطلاق إذا

---

(١) انظر الاعتصام ٢/ ١٤٥، الموافقات ١/ ١٥٠، ٢/ ٤٥٥.

(٢)انظر المعيار المعرب للونشريسي صـ٣٩٣، مراعاة الخلاف لمعمر السنوسي صـ٤٣.

(٣) انظر البحث صـ٨.

وقع، ويلزم عنه أن لا يترتب عليه شيء من ثمرات العقد الصحيح كثبوت الميراث والنسب، ووجوب العدة، والحرمة بالمصاهرة.

بيد أن مالكاً _رحمه الله_ عدل عن مقتضى هذا القياس، إلى القول بترتب ثمرات العقد الصحيح عليه بعد وقوع الزواج، مراعاة لمن يقول بصحته وعدوله عن سنن القياس إلى غيره، استحسان بني على اعتبار المصلحة متمثلة في درء المفسدة الناشئة عن القول بمقتضى الحكم الأصلي ومع كون مراعاة الخلاف من جملة صور الاستحسان، فهي تختلف عنه من وجه آخر يميزها عنه.

نقل صاحب الفكر السامي[١]: القول عن أبي محمد صالح الهسكوري[٢]، أن الاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين، ومراعاة الخلاف أخذ بهما معا من بعض الوجوه[٣]،وهذا قول صائب _كما يبدو والله أعلم_ فإن الاستحسان أخذ بأقوى الدليلين كما تبين، ومراعاة الخلاف هي توسط بين موجب الدليلين، وإعطاء كل واحد منهما حكمه كما مر في تعريف القباب لها.

---

(١) هو: محمد بن الحسن الحجوى الثعالبى الفاسي المالكي، أسندت إليه سفارة المغرب في الجزائر، وتولى عدة وظائف منها: وزارة العدل من مصنفاته الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ولد سنة ١٢٩١ه وتوفي سنة ١٣٧٦ه (انظر الأعلام ٦/ ٩٦، معجم المؤلفين ٣/ ٢١٦).

(٢) هو من أهل فاس، نشأ في بيت صلاح، كان يضرب به المثل في العدالة وكان شيخ المغرب علما وعملا توفي سنة ٦٣٣ه (انظر الفكر السامي ٤/ ٢٧١).

(٣) انظر الفكر السامي ٢/ ٤٣٣.

وبيانه بالمثال: أن مالكا _رحمه الله_ يقول بفساد نكاح بصداق محرم.

ووجه فساده: أن الصداق شرط في صحة النكاح[١]، ومن شروط الصداق أن يكون جائز التملك، فإن فقد الصداق شرطه فسد، فعاد على أصله _وهو النكاح_ بالبطلان، وعليه فإذا وقع عقد نكاح بهذه الصورة فسخ قبل الدخول، فإن تم الدخول صح عند إذ في رواية ، وكان فيه صداق المثل، مراعاة لقول غيره من الفقهاء.

ففي هذا المثال: أخذ مالك بموجب الحكم الأصلي، وهو بطلان النكاح قبل الدخول فقال بالفسخ، كما أخذ بموجب ما عدل عنه وهو دليل المخالفين المثبتين لصحة العقد، مع وجوب إعطاء مهر المثل بعد الدخول، فقال بثبوته مع وجوب صداق المثل[٢].

---

(١) انظر: المعونة ٢/ ٧٥٠.

(٢) انظر: المعونة ٢/ ٢٥٠، ٢٥٢، القوانين الفقهية لابن جزى صـ١٣٣ ومراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي لمختار قوادرى صـ٧٤، ٧٥.

المبحث الرابع:
تطبيقات فقهية على مراعاة الخروج من الخلاف

إن من الهموم المُمِضَّة التي تؤرق المخلصين من أبناء الدعوة ظاهرة الفرقة التي تكاد أن تتأصل في مسيرتها الحالية، مما تسبب عنه كثير من الآلام، وتولدت منه عوامل ضعف أربكت حيويتها، وبعثرت جهودها، وسرَّت أعداءها ووصل بنا الحد في بعض الحالات والمواقع إلى فقد أساليب التعايش السلمى على الأقل، فإن قلة الورع وغياب الرؤية العلمية المتكاملة، وإيثار مصالح الكيان على المصالح العليا، هى أسباب حقيقية لواقعنا المزرى، وإذا أردنا الخروج منه لنحقق الوثب إلى الآفاق الرحبة التي هي أمل الجميع، فعلينا أن نعالج تلك الأسباب نفسها، وينبغي أن يكون واضحا في أدبيات الصحوة الإسلامية، أن الحوار البناء المبني على الخروج من الخلاف هو مفتاح الخلاص من حالة التدهور والتخلف الذي كرسناه بأنفسنا، ولئن كان الوصول إلى تحقيق هذه القناعة عسيرا فيما يبدوا، فإنه لا بد أن تسبقه مرحلة التأصيل لهذه الكليات المعرفية والأخلاقية في الوقت نفسه بتكريس دءوب يجعلها فيما بعد من المسلمات التي تأخذ مكانها في الوجدان العام للصحوة، وحينها تنفسح أمامنا فرص التفوق والنصر والتمكين بإذن الله تعالى[1]، ولكى يتضح لنا هذا المعنى الذي جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء لتضيق على المسلمين هوة الخلاف نسوق بعض النماذج التي وردت عن الفقهاء في تطبيق مبدأ مراعاة الخروج من الخلاف.

---

(١) انظر مراعاة الخلاف لعبد الرحمن بن معمر السنوسي صـ١٠٠ وما بعدها.

تمهيد:

لما كان علم أصول الفقه هو القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، فإن البعض ينظر إليه على أنه قواعد جامدة، وهي نظرة خاطئة؛ لأن قواعد الأصول لم توضع لذاتها وإنما لتكون سراجا وسياجا للمجتهد في استخراج الأحكام الشرعية ولذا.... فالعلاقة بين الأصول والفقه راسخة رسوخ الجبال الرواسي وما أجمل كلمات الشاطبي _رحمه الله_ التي تصور مدي هذه العلاقة: " كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أولا تكون عونا في ذلك فوضعها في أصول الفقه عارية"[١].

أولا: مراعاة الخلاف في العبادات:

المثال الأول: الخلاف في طهارة المني:

اتفق الفقهاء جميعا على أن من غسل منيه من ثوبه، فإنه قد فعل حسنا، فليس أحد يقول لا تغسله، وإنما وقع النزاع في طهارة المني من عدمها، فالأحناف يقولون: بنجاسة المني[٢]، وجمهور الفقهاء يقولون بطهارة المني[٣]، ونحن إذا غسلنا الثوب منه نكون قد وافقنا الجماهير؛ لأنهم لن

---

(١) انظر الموافقات للشاطبي ١/ ٤٢.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/ ٣١٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ١/ ٢٣٦.

(٣) انظر حاشية الدسوقي ١/ ٥٤، الحاوي الكبير للماوردي ٢/ ٢٥١، المغني لابن قدامة ١/ ٧٧١.

يلومونا على الغسل بل يقولون: قد فعلنا الأفضل والأحناف كذلك، بل سيقولون: قد أتينا بالواجب علينا، فنكون قد خرجنا من الخلاف، والخروج من الخلاف مستحب.

المثال الثاني: المضمضة والاستنشاق عند الغسل:

المضمضة والاستنشاق عند الغسل حصل الخلاف فيهما فيما بين العلماء:

فالأحناف يرون وجوب المضمضة والاستنشاق عند الاغتسال[١]، وجمهور الفقهاء لا يرون ذلك على خلاف بينهم مع الحنابلة[٢]، فإذا أراد المسلم أن يغتسل فيستحب له أن يتمضمض ويستنشق ليخرج من الخلاف، لأنه إن لم يفعل ذلك فهو عند الأحناف لم يغتسل غسلا يجزئ، وإن كان عند الجمهور قد اغتسل غسلا يجزئ فالأفضل أن يخرج من الخلاف، فالخروج من الخلاف مستحب، وحينها سيكون باتفاق المختلفين قد اغتسل غسلا يؤجر عليه ويجزئ في أداء العبادة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١/ ١٠٩، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١/ ١٤، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/ ٢٩.

(٢) انظر: الاستذكار لابن عبد البر ١/ ١٣٥، الأم للشافعي ١/ ٤١، الحاوي الكبير للماوردي ١/ ١٠٣، المغني لابن قدامة ١/ ١٣٢.

المثال الثالث: من المسائل التي بنيت على مراعاة الخلاف في مذهب مالك _رحمه الله_ الماء اليسير[١].

إذا دخلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه، أنه لا يتوضأ به[٢]،بل يتيمم ويتركه، فإن توضأ به وصلى أعاد مادام في الوقت، ولم يعد بعد الوقت، وإنما قال: يعيد في الوقت، ولم يعد بعده، مراعاة لقول من يقول إنه طاهر مطهر، ويري جواز الوضوء به ابتداء[٣]، وكان قياس هذا القول، أن يعيد أبدا، إذا لم يتوضأ إلا بماء يصح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم[٤]،

المثال الرابع: ورد عند المالكية أن من قام إلى ثالثة في النافلة وعقدها يضيف إليها رابعة مراعاة لقول من يجيز التنفل بأربع[٥]، ومقتضى كلام المالكية: المنع من صلاة النافلة إذا لم تكن ثنائية[٦]، فلما تجاوز المكلف

---

(١) حد الماء اليسير عند المالكية: ما كان قدر آنية الوضوء أو الغسل فما دونها ولا حد لأكثره (انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٧٣).

(٢) وهو مذهب المصريين من أصحاب مالك، غير أنهم لم يحدوا في ذلك حدا يفرق بين قليل الماء وكثيره، ولم يوجبوا الإعادة إلا في الوقت فدل ذلك أيضا على أن ذلك استحبابا منهم (انظر الكافي لابن عبد البر صـ١٦).

(٣) وهو مذهب المدنيين منهم (انظر الكافي لابن عبد البر صـ١٥).

(٤) انظر الاعتصام ٢/ ١٤٥، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١/ ٧٤.

(٥) وهم الحنفية (انظر الفقه النافع صـ٣٦، متن القدوري صـ٤٩، الموافقات للشاطبي ٤/ ١٠٨،١٠٩).

(٦) يبدوا أن المنع هنا هو منع تنزيه لا تحريم بمعنى الكراهة، والله أعلم (انظر المدونة الكبرى١/ ١٨٩، والمعونة ١/ ١٩٠).

هذا الحد بعقد ركعة كاملة، وأصبحت الصلاة فردية – أي ثلاث ركعات فيما يبدو – أضيف إليها رابعة، حتى تكون على هيئة شفعية، وذلك مراعاة لقول الحنفية.

المثال الخامس: نكاح التفويض[١].

جاء في كفاية الطالب الرباني: "ولا يجوز نكاح بغير صداق إذا شرطا إسقاطه[٢]، فإذا وقع، فالمشهور أنه يفسخ قبل الدخول وليس لها شيء[٣]، وفي فسخه بطلاق قولان، ويثبت بعده بصداق المثل[٤]، ويلحق به الولد، ويسقط الحد لوجود الخلاف[٥]، ومقتضى القياس أن يفسخ العقد مطلقا، سواء أدخل بالمرأة أم لا، غير أنه قيل بتصحيحه بعد الدخول[٦]، مراعاة

---

(١) التفويض في اللغة التسليم: ويراد به هنا إهمال الزوجة حكم المهر وتسليم أمره إلى زوجها، وعرفه ابن عرفة بقوله: "ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم" (انظر حدود ابن عرفة ١/ ٢٣٦، المصباح المنير صـ٢٦٦).

(٢)وهو موافق لما في المدونة ٢/ ١٦٤.

(٣)ما في المدونة أنه: إن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق فلا متعة لها ولا صداق ولها الميراث٢/ ١٦٤.

(٤)كذا في المدونة ويراد به صداق مثلها في المال والجمال والمنصب والحال دون نظر إلى قراباتها (انظر المدونة ٢/ ١٦٤، الكافي صـ٢٥٠).

(٥) انظر: المدونة ٣/ ١٠٦، ١٠٧.

(٦) وقد وافق في ذلك الحنفية والحنابلة إذ قالوا: إن الشرط باطل والنكاح صحيح، ويجب إعطاء المرأة مهر مثلها بمقتضى العقد، غير أن الفارق بينهم وبين المالكية هو

للخلاف في ذلك[١].

ثانيا: مراعاة الخلاف في المعاملات:

المثال الأول: مسألة الاستصناع[٢].

وصورة المسألة: هي أن نعطى رجلا مالا مقابل بناء البيت، فهو لا يزال يبنى الأساس ونحن نعطيه قيمة البناء الذي لم يتم بعد، وقد علمنا أن السلم له شروط منها: أن يكون لأجل معلوم، يعنى أن يتفق المتعاقدان على أن تسلم الشقة مثلا بعد سنة، أو بعد سنتين، ومنها: أن يكون المسلم فيه بوصف معلوم وكيل معلوم، أو وزن معلوم، وأن يدفع كل المال مقدما، فمن اشترى هذه الشقة التي لم تقم بعد، وقع في هذا الخلاف فالأحناف يرون أن

أن المالكية يعتبرون المهر من أركان عقد النكاح، وأما الأخرون فيعتبرونه شرطا من الشروط (انظر المبسوط للسرخسي ٥/ ٦٢، المقنع لابن قدامه ٧/ ٨٩).

(١) يرى الشافعية جواز العقد بلا مهر؛ لأن القصد في النكاح الاستمتاع دون الصداق فصح، ومع ذلك يقولون باستحباب جعل الصداق في النكاح خروجا من الخلاف (انظر المهذب للشيرازي ٢/ ٧١، المجموع ١٦/ ٣٢٢).

(٢)الاستصناع لغة: مصدر استصنع الشيء، أي دعا إلى صنعه ويقال: اصطنع فلان بابا: إذا سأل رجلا أن يصنع له بابا، وشرعا: هو عقد على مبيع في الذمة شرط في العمل، (انظر لسان العرب ٨/ ٢٠٩، المصباح المنير صـ٢٠٩، بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٣٦٢.

الاستصناع يكون في الشيء الغائب الذي يستصنعه الإنسان، فيرون أنه عقد مستقل ويصح فيه أن تعطى القيمة مقدما أو أن تؤخر[١].

وأما عند جمهور الفقهاء[٢]، فلا يصح ذلك إلا بشروط السلم؛ لأنه ليس عقدا مستقلا بذاته، بل هو ملحق ببعض العقود المالية كالبيع والسلم[٣]، فسلم ناقص الشروط، فبيع الغائب والمعدوم لا يجوز، لأن النبي -ﷺ- قال: "لا تبع ما ليس عندك"[٤]، ولكن وردت الرخصة في السلم، قالوا: فإذا أجزنا الاستصناع فلا بد أن نعامله معاملة السلم بشروطه فيدفع المال كله مقدما.

وعليه فمن أراد أن يخرج من هذا الخلاف، فإنه يدفع المال كله مقدما ويأخذ الضمانات الكافية التي يستطيع أن يأخذها، ويكون بذلك قد خرج من خلاف الفقهاء، والخروج من الخلاف مستحب، فإن فعل ذلك لا يلومه الأحناف ولا الجمهور، لكنه لو أخذ بقول الأحناف، فإن العقد يكون باطلا على قول الجمهور.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/ ٢٤٢، الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٤٠، الفتاوي الهندية ٤/ ٥١٧، المحيط البرهاني ٧/ ٢٩٧.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/ ٣٢، الأم للشافعي ٣/ ١٣١، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٤/ ٢١٦.

(٣) انظر: عقد الاستصناع د/ ناصر أحمد النشوى صـ١٢٣.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ٥/ ٢٦٧ برقم (١٠٢٠٢) كتاب البيوع باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة، والترمذي في سننه ٣/ ٥٣٤ برقم (١٢٣٣) كتاب البيوع باب كراهية بيع ما ليس عندك وقال: هذا حديث حسن.

المثال الثاني: حكم الإجارة الفاسدة:

الإجارة جائزة عند كافة أهل العلم، ولا عبرة بمن خالف في ذلك[١]، ويشترط فيها ما يشترط في البيع[٢]، وأن تكون الأجرة معلومة، وكل ما صح أن يكون ثمنا في المبايعات صح أن يكون أجرة، كما يجب أن تكون المنفعة معلومة الأجل، أو موصوفة العمل، وأن تكون مباحة لا محرمة كالزنا ولا واجبة كالصلاة[٣]، فإذا وقعت الإجارة على وجه فاسد فسخت، فإن كانت المنفعة قد استوفت بقبض ما استأجره سواء انتفع به أو لم ينتفع به رجع إلى

---

(١) وهو عبد الرحمن بن كيسان الأصم شيخ المعتزلة الذي اشتهر بالكلام والأصول والفقه الذي توفي سنة ٢٠١هـ (انظر: سير أعلام النبلاء ٩/ ٤٠٢). كالعاقدين وشرطهما: أن يكونا جائزي التصرف، والمعقود عليه وهو الثمن والمثمن، ويشترط فيه أن يكون طاهرا منتفعا به معلوما ومقدورا على تسليمه، والصيغة عند من لا يقول بالمعاطاة (انظر: الهداية ٣/ ٢٣، القوانين الفقهية صـ١٦٣، كنز الراغبين ٢/ ٤٤٣، الروض المربع صـ١٤٦).

(٢) انظر: الهداية ٣/ ٢٣٠، القوانين الفقهية صـ١٨١، المهذب ١/ ٥١٦، والمبدع في شرح المقنع ٥/ ٦٢، المحلى ٨/ ١٨٢. انظر: القوانين الفقهية صـ١٨٤، المعونة ٢/ ١١٠١.

(٣) يجوز ذلك استحسانا عند الحنفية خلافا لزفر غير أنه لا أجرة عندهم فيما لم ينتفع به خلافا للثلاثة (انظر الهداية ٣/ ٢٤١، الدرر على الغرر٢/ ٢٣١، كنز الراغبين ٣/ ١٣١، المقنع ٥/ ١٠٥).

أجرة المثل، عند مالك، وهذا _فيما يبدوا_ مراعاة لمن يقول بذلك كالشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل - رضي الله عنهم-.

المثال الثالث: البيع على بيع أخيه:

لا يجوز بيع الإنسان على بيع أخيه[١]، لورود النهي عن ذلك، وهو قوله - ﷺ- "لا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب بعضكم على خطبة بعض"[٢]، وصورته: أن يقول لمن اشترى سلعة قبل لزوم العقد: افسخ لأبيعك بأنقص، أو يقول للبائع: افسخ لاشترى منك بأزيد[٣]،

---

(١) قال الجمهور ولا فرق في ذلك بين المسلم والذمي، وذكر "الأخ" خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له (انظر: فتح الباري ٩/ ٢١٢، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٥/ ١٠٠)

(٢) أخرجه مسلم ٩/ ٢٠٨ برقم ١٤١٢ كتاب النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك والبخاري ٩/ ١٠٥ برقم ٥١٤٢ كتاب النكاح باب لا يخطب من خطبة أخيه.

(٣) وهذا في أثناء خيار المجلس، أو خيار الشرط، أو بعد خيار العيب على المعتمد، وذلك عند الشافعية والنهى عنهم _يفيد التحريم_ ولكنه إذا وقع صح، وعند المالكية: النهى محمول على التقارب قبيل تمام العقد، وقد ذهبوا إلى ذلك جمعا بين الحديث السابق وبين حديث "لا يسوم على سوم أخيه المسلم" الذي أخرجه البخاري في الفتح من كتاب البيوع باب لا بيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه ٩/ ٢١٢، وعند الحنابلة: أن مناط النهي ما كان بعد تمام العقد دون التساوم إلا إذا تراضيا، وعند الحنفية: النهي محمول على السوم وعلى سوم الغير من باب الكراهية وأما بعد التعاقد فلا؛ لأن خيار المجلس _عندهم_ لا يثبت البيع، وبالتالي فلا يتصور بعد التواجب بيع

وقرر المالكية أن النهي عن ذلك محمول على التحريم على القول المعتمد فإن وقع حرم على البائع البيع حينئذ، ويجب فسخه إلا أن يفوت فيمضى مراعاة للخلاف[١]، ومن تكرر منه ذلك أُدِّب[٢].

ثالثا: مراعاة الخلاف في الجنايات:

المثال الأول: حكم شرب النبيذ[٣]، المختلف في حرمته:

اختلف العلماء في حكم الأشربة المسكرة، فذهب الجمهور إلى أن" كل مسكر خمر، وكل خمر حرام" [٤]، "وما أسكر كثيره فقليله

الغير عليه (انظر الهداية ٣/ ٥٣ ، الروضة الندية ٢/ ١٠٣ كنز الراغبين ٢/ ٢٩٢، الروض المربع صـ٢٥٣).

(١) ويعنى به خلاف الحنفية والشافعية (انظر الهداية ٣/ ٥٣، حاشية القليوبي ٢/ ٢٩٢).

(٢) انظر: كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٣/ ٣٨٧، ٣٨٨.

(٣) النبيذ: في اللغة هو الطرح والترك والرمي، وسمى النبيذ نبيذا؛ لأنه ينبذ أي يترك حتى يشتد، وهو في عرف الشرع: ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والشعير، ويطلق النبيذ على ما كان مسكرا أو غير مسكر.

قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور: اسم النبيذ يطلق على الحلو والمختمر، فصار اللفظ غير منضبط (انظر: لسان العرب ٣/ ٣١١، المصباح المنير ٢/ ٨١٠، النهاية في غريب الحديث ٥/ ٧، التحرير والتنوير ٢/ ٣٤٢).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المغازي، باب: بعث ابى موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع برقم (٤٣٤٣) ومسلم في صحيحه ٣/ ١٥٨٦ برقم (١٧٣٣) كتاب الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام).

حرام"[١]، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل[٢]، وأحد القولين في مذهب أبي حنيفة[٣]، وذهب طائفة من العلماء من أهل الكوفة[٤]، إلى أن ما أسكر من غير الشجرتين[٥]، - النخيل والعنب - كنبيذ الحنطة والشعير أو الفاكهة أو العسل، إنما يحرم منه القدر المسكر[٦]، وأما القليل الذي لا يسكر فلا، وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -.

---

(١) أخرجه الدار قطني ٤/ ٢٥٤-٢٥٦ برقم (٤٥)، كتاب: الأشربة، والبيهقي في سننه ٨/ ٥١٥ برقم (١٧٣٩٧) كتاب: الأشربة والحد فيها، باب: (ما أسكر كثيره فقليله حرام)، والترمذي في سننه ٤/ ٢٩٣ برقم ١٨٦٦، كتاب: الأشربة، باب: (جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام)، وقال حديث حسن.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر صـ٣٧٧، المهذب للشيرازي ٢/ ٣٦٦، المبدع شرح المقنع ٩/ ١٠٠، ١٠١.

(٣) وهو قول محمد واختيار أبي الليث السمرقندي، وقال بعض المشايخ بكراهة التحريم (انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٩٧).

(٤) كالنخعي والشعبي وشريك وغيرهم (انظر: فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ١٨٦).

(٥) وهو ما ثبت من قوله - ﷺ -: "الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنب" انظر: صحيح مسلم بشرح النووي١٣/ ١٥٣، كتاب: الأشربة، باب: بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل والعنب يسمى خمرا من طريق أبي هريرة.

(٦) وبهذا يتبين أن النبيذ إذا أسكر حرم اتفاقا، ووجب فيه الحد، حتى عند الحنفية (انظر: الهدايه ٢/ ٣٥٤، تبيين الحقائق ٦/ ٤٣، الفقه النافع لأبي القاسم السمرقندي صـ١٨٨).

قال صاحب تبيين الحقائق: "حرمة هذه الأشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر"[١].

وانتصر الإمام ابن تيمية[٢]، -رحمه الله- لمذهب الجمهور في الحرمة ووجوب الحد، ومع ذلك أعذر المخالفين من أهل العلم، بأنهم لم تبلغهم الآثار التي استدل بها الجمهور، وأنهم سمعوا أن من السلف من شرب النبيذ، فظنوا الذي شربوه كان مسكرا، فتأولوا جوازه إذا لم يصل الشرب إلى حد الإسكار[٣].

ثم قال في موضع آخر "والصحيح أن المتأول المعذور لا يفسق ولا يأثم إذا شرب النبيذ المختلف فيه"[٤].

وقال النووي[٥]، -رحمه الله- "وأما سائر الأشربة المسكرة، فهي في التحريم ووجوب الحد -عندنا- كعصير العنب، لكن لا يكفر مستحلها،

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٤٣.

(٢) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن عبد الله بن تيمية الحراني الحنبلي شيخ الإسلام وعلم الأعلام تقي الدين ولد ٦٦١ه، حفظ القرآن الكريم واشتغل بحفظ الحديث والفقه والعربية من والده من مؤلفاته: منهاج السنة، الفتاوى وغيرها توفي ٧٢٨ه (انظر شذرات الذهب ٦/ ٨٠، الدرر الكامنة لابن حجر ١/ ١٥٤).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٣٤/ ١٩٠، ١٩١.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٣٥.

(٥) هو: يحي بن شرف بن مري النووي شيخ الإسلام أبو زكريا أستاذ المتأخرين جمع أصناف العلوم من المعقول والمنقول من مؤلفاته: شرح صحيح مسلم،

لاختلاف العلماء فيها"[١]، وهذه النصوص من هؤلاء الأعلام -كما يبدو- ناطقة باعتبار الخلاف إذ أعملوا فيها لازم دليل المخالف دون مدلوله، فقالوا بحرمة شرب النبيذ، ولكن لم يرتبوا عليه إيجاب الحد عند طائفة -كما تقدم- ولم يرتبوا عليه جواز تكفير مستحله اتفاقا.

وعند المالكية يحد شاربه في المشهور، ولو كان حنفيا؛ لضعف مدرك حله، وقيل لا يحد مراعاة للخلاف[٢].

ومن أروع ما أثر عن الإمام أبي حنيفة -رحمه الله- قوله: "لو أعطيت الدنيا بحذافيرها، لا أفتي بحرمته؛ لأن فيها تفسيق بعض الصحابة، ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها، ما شربته؛ لأنه لا ضرورة فيه "[٣].

ففي هذا النص راعى الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- الخلاف في صورتين فلم يقل بحرمته استحسانا للخلاف فيه، وفي نفس الوقت كره شربه -توقيا واحترازا- للخلاف في ذلك.

المجموع شرح المهذب وغيرها توفي سنة ٦٧٦ه (انظر: طبقات الشافعية الكبرى ٨/ ٣٩٥، شذرات الذهب ٥/ ٣٥٤)

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين ١٠/ ١٦٨.

(٢) انظر: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٢/ ٤٣٨، القوانين الفقهية صـ٢٣٧.

(٣) انظر: حاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٤٦.

المثال الثاني: التداوي بالخمر

اختلف العلماء في حكم التداوي بالخمر على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية وابن حزم[١]، والثوري[٢]، إلى جواز شرب اليسير من الخمر للتداوي [٣]، وذلك بالشروط الآتية:

١) أن يعلم يقينا أن فيه الشفاء.

٢) عدم وجود دواء من الحلال يقوم مقامه.

٣) أن يخبر بذلك طبيب مسلم حاذق موثوق بدينه وأمانته.

٤) ألا يتجاوز موضع الضرورة.

٥) ألا يقصد المتداوى عند تناوله إياها اللذة والنشوة.

---

(١)هو على بن أحمد أبو محمد الأموي الظاهري كان حافظا عالما بعلوم الحديث من مؤلفاته: الإحكام والمحلى توفي سنة ٤٥٦ه (انظر شذرات الذهب ٣/ ٢٩٩).

(٢) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، أمير المؤمنين في الحديث أحد الأئمة المجتهدين توفي بالبصرة سنة ١٦١ه (انظر وفيات الأعيان ٢/ ١٢٧، تاريخ بغداد ٩/ ١٥١).

(٣) أجاز ابن العربي والقرطبي الانتفاع بالخمر للضرورة، وقيد ابن حبيب وابن الماجشون جواز ذلك إذا تغيرت الخمر بالإحراق، كما قال العز بن عبد السلام بجواز الانتفاع بها لضرورة حفظ النفس (انظر: الاختيار ٤/ ١٠٢، تبيين الحقائق ٦/ ٤٦، أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٦، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ٢٣١، قواعد الأحكام ١/ ٩٥، المحلى ١٠/ ٣٧١).

واحتجوا على ذلك: بأنها حالة ضرورة يدفع بها الإنسان الضر عن نفسه والضرورات تبيح المحظورات، وقياسا على من أكره على شربها، أو اضطر لذلك لدفع غصة، وسائر ما يضطر الإنسان إليه، وقياسا على شرب الأبوال النجسة[١].

وحملوا الأحاديث الناهية عن التداوي بالخمر –الآتية الذكر– على ما كان من غير ضرورة ملجئة[٢].

المذهب الثاني: ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة[٣]، إلى عدم شرب الخمر للتداوي مطلقا، واستدلوا على ذلك بما يلي:

١) قوله –ﷺ–: "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم"[٤].

---

(١) مثل ما ثبت في نفر عرينة ، أو عكل الذين أجاز لهم النبي –ﷺ– استعمال أبوال الإبل وألبانها للشفاء (انظر صحيح البخاري ١/ ٩١ كتاب: الوضوء باب: أبوال الإبل والدواب) ، وفي الحقيقة هذا قياس مع الفارق؛ لأن الخمر ليست بنجسة وإن كانت محرمة عند بعض المحققين (انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/ ٥).

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي صـ٥٢٢ وما بعدها، فقه الأشربة وحدها د/ عبد الوهاب عبد السلام طويلة صـ١٠١ وما بعدها.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٢/ ٤٣٩، المجموع ٩/ ٥١، كشاف القناع ٦/ ١١٦.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ١٠/ ٥، وابن حبان في صحيحه ٢/ ٣٣٥، وصححه من طريق أم سلمه (رضي الله عنها).

٢) قوله -ﷺ- لما سأله أحد الصحابة[١]، -رضي الله عنه- عن الخمر، فنهاه فقال: "إنما أصنعها للدواء، فقال: "إنه ليس بدواء ولكنها داء"[٢].

٣) **جاء في كشاف القناع**: "وإن عجز رب الدين عن استيفاءه، أو عجز مجني عليه عن استيفاء أرش جنايته فسرق قدر ديته، أو قدر حقه أي في أرش جنايته، فلا قطع؛ لأن بعض العلماء أباح له الأخذ، فيكون الاختلاف في إباحة الأخذ، شبهة تدرأ الحد، كالوطء في نكاح مختلف في صحته"[٣].

٤) ومما استدلوا به من المعقول: إن الخمر محرمة لعينها، فلم يبح التداوي بها، كلحم الخنزير، وتحريم الخمر مقطوع به، وحصول الشفاء مشكوك

---

(١) هو: طارق بن سويد الجعفي -رضي الله عنه-.

(٢) أخرجه مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٥٢، كتاب: الأشربة باب: التداوي بالخمر.

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٦/ ١٤٤، وأجاز الشافعية في الأصح لصاحب الحق استيفاء حقه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه، أو من غير جنسه؛ لقوله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ سورة الشورى جزء الآية (٤٠) ولقوله -ﷺ-: "من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به" الذي أخرجه أبو داود في معالم السنن ٣/ ١٤١ كتاب: البيوع باب: الرجل يجد عين ماله عند رجل. ورأى الحنفية ذلك إذا كان المأخوذ من جنس حقه، أما إذا كان المأخوذ من غير جنسه كأن كان عروضا، فيقطع، وعند أبي يوسف لا يقطع، لاختلاف العلماء فيه فإن منهم من يرى جواز أخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية كابن أبي ليلي، ومنهم من يرى جواز= =أخذه رهنا بحقه فأورث شبهة تدرأ الحد(انظر: فتح القدير ٥/ ٣٧٧، تبيين الحقائق٣/ ٢١٨، ٢١٩، مغني المحتاج ٤/ ١٧١).

فيه، ولا يغلب المشكوك فيه على المقطوع به[١]،وبناء عليه قال الإمام النووي –رحمه الله– قال القاضي حسين[٢]، والغزالي..... لا حد على المتداوى، وإن حكمنا بالتحريم، لشبهة الخلاف[٣].

(١) انظر: فقه الأشربة وحدها صـ١٠٢ وما بعدها.

(٢) هو: القاضي حسين بن محمد بن أحمد المروذى من كبار الأصحاب في المذهب فقيه أصولي شافعي توفي سنة ٤٦٢ه (انظر طبقات الشافعية للسبكى ٤/ ٣٥٦، شذرات الذهب ٣/ ٣١٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين ١٠/ ١٧٠.

الخاتمة
(نسأل الله حسنها)

الحمد لله رب العالمين، يسر لنا دراسة هذا الموضوع الجليل، فوقفنا عليه وجمعنا أهم فروعه ومسائله بين دفتي هذا البحث الذي يمكن في نهايته حصر أهم ثماره ونتائجه على النحو التالي:

١) إن دراسة الاختلافات الفقهية تُطلع الباحث على أسس المذاهب الفقهية وأصولها، وتعرفه مناهج الفقهاء في المسائل المختلف فيها، وتبين طرائقهم في الاستدلال ومأخذهم من الأدلة.

٢) جاء الفقه الإسلامي وليد اجتهاد المجتهدين، وهذا الاجتهاد لم يغفل اختلاف البيئات والظروف والمناسبات، فكانت الفتوى تختلف، ويتغير الاستنباط حسب اختلافهم في فهم النص الشرعي، وإن كان مراد الله من النص واحدا، لكن تحديد هذا المراد موضع خلاف بين الفقهاء.

٣) إن من الهموم المُمِضَّة التي تؤرق المخلصين من أبناء الدعوة ظاهرة الفرقة التي تكاد أن تتأصل في مسيرتها الحالية، مما تسبب عنه كثير من الآلام، وتولدت منه عوامل ضعف أربكت حيويتها وبعثرت جهودها، وسرت أعداءها، ومن هنا جاءت الشريعة الإسلامية الغراء لتضيق على المسلمين هوة الخلاف.

٤) إن السعي في تضييق هوة الاختلاف المعاصرة، ليس أمرا بعيد المنال، إذا أخذ في الاعتبار المرتكزات الرئيسية لمعالجة موضوع الخلاف من الانقياد

للأمر الشرعي، وإحياء مفهوم الأخوة الإسلامية، وإدراك أن اختلاف الآراء طبيعة بشرية، وفطرة إلهية وإعمال للعقل في طلب الحكم الشرعي.

٥) إن كثيرا من الفقهاء ما يعبر عن مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف.

٦) تتميز قاعدة الخروج من الخلاف بالأخذ بالأشد، من باب الاحتياط والورع، بينما تتميز قاعدة مراعاة الخلاف –في غير صورة الخروج منه– بالأخذ باليسر، والنظر إلى المآل المفضي إلى المصلحة.

٧) يراعى الخلاف إذا كان قوى المدرك، ودعت الضرورة إلى اعتباره، ولو كان دون حد المشهور.

٨) المعتبر في الخلاف هو دليل المخالف، وليس الخلاف في ذاته سواء كان خارج المذهب الواحد، أو حتى خارج المذاهب الأربعة.

٩) يراعى الخلاف في مراعاة الخلاف انتهاء، وفي الخروج منه ابتداء.

١٠) مراعاة الخلاف من جملة أنواع الاستحسان، بيد أن الاستحسان هو أخذ بأقوى الدليلين، ومراعاة الخلاف هي توسط بين موجب الدليلين.

١١) ينبغي ألا يتوسع في رعى الخلاف بغير ضرورة، وخصوصا في مجال العبادات.

١٢) يؤدي العمل بمراعاة الخلاف إلى استقرار العقود والمعاملات وتفادى حصول المفسدة الراجحة، بالأخذ بمفهوم تحمل أخف الضررين .

١٣) ينبني على العمل بمراعاة الخلاف مسائل كثيرة في أبواب الفقه المختلفة.

١٤) وأخيرا أقول: يجب احترام السلطة الشرعية فيما تقرر من أحكام، إذا كانت في مجال الاجتهاد، رعيا للمصلحة العامة، ودفعا للتسلسل والفوضى واضطراب الأحكام، فإن حكم الحاكم أو الخليفة أو من ينوب عنه يرفع الخلاف، ولا شك أن الاتفاق ولو على المفضول خير من التفرق على الفاضل.

وختاما ..... فهذا بحثي الذي حاولت أن أحقق الغاية من ورائه، فإن تحققت، أو قاربت فهذا غاية المنى، ومرجع ذلك إلى توفيق الله – تعالى- وإن كانت الأخرى فمن نفسي ومن الشيطان، وفي كلتا الحالتين ألتمس العفو والصفح من شيوخي وأساتذتي وزملائي الأفاضل الذين هم أهل لذلك..... آملا أن لا يحرموني من توجيهاتهم ونصائحهم الرشيدة..... والله المستعان وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أهم المراجع

أولا: القرآن الكريم تنزيل من رب العالمين.

ثانيا: كتب التفسير:

* أحكام القرآن : لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي المتوفى سنة ٥٤٢هـ، تحقيق علي محمد البجاوي طبعة دار المعرفة بيروت.

* تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور، طبعة الدار التونسية للنشر.

* الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧٤هـ طبعة دار الكتب المصرية.

ثالثا: كتب الحديث:

* الاستذكار لابن عبد البر، طبعة مؤسسة النداء أبو ظبي، الأولى سنة ٢٠٠٢م.

* سنن الترمذي (جامع الترمذي) لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩هـ الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

*سنن ابن ماجه: للحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥هـ طبعة المكتبة العلمية بيروت.

*سنن الدارقطنى: لأبي الحسن على بن عمر بن أحمد البغدادي الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ طبعة مؤسسة الرسالة بيروت.

* السنن الكبرى: لأبي بكر بن الحسين الخراسانى البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* صحيح البخاري مع فتح الباري: لشهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ.

* صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل البخاري، طبعة دار ابن كثير.

* صحيح مسلم: لأبي مسلم بن الحجاج القشيرى المتوفي سنة ٢٦١هـ، طبعة عيسى البابي الحلبي.

* سبل السلام للصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي.

* شرح النووي على صحيح مسلم ه، طبعة دار إحياء التراث العربي.

* سنن الدارمي: لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي المتوفي سنة ٢٥٥هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان للإمام: علاء الدين على بن بلبان الفارسي المتوفى سنة ٧٣٩هـ، طبعة مؤسسة الرسالة.

* المصنف لعبد الرزاق طبعة المكتب الإسلامي بيروت.

* الروضة الندية شرح الدرر البهية، صديق بن حسن الفتوحى طبعة دار الجيل بيروت.

* شرح الموطأ للزرقاني طبعة دار المعرفة بيروت.

* المنتقى شرح الموطأ للباجي، طبعة دار الكتاب العربي وأخري طبعة دار السعادة.

رابعا: كتب أصول الفقه

* الإحكام في أصول الأحكام: لأبي محمد علي بن محمد بن حزم الأندلسي الظاهري المتوفى سنة ٤٥٧هـ، طبعة العاصمة بالقاهرة.

* الإحكام في أصول الأحكام: لسيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وولده المتوفى سنة ٧٥٦هـ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.

* إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ، الطبعة الرابعة، وأخرى طبعة دار الكتبي.

* أصول السرخسي للإمام أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* أصول مذهب أحمد للدكتور أحمد عبد المحسن التركي طبعة جامعة عين شمس.

* الاعتصام للإمام: أبي إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ طبعة دار عمر بن الخطاب بالإسكندرية.

* البحر المحيط في أصول الفقه: لبدر الدين محمد الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ طبعة وزارة الأوقاف الكويتية

* التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب الكلوذانى، طبعة مركز البحث العلمي مكة المكرمة.

* التوضيح على التنقيح للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ ومعه شرح التلويح للعلامة سعد الدين التفتازاني طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* تيسير التحرير للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه على كتاب التحرير الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الدين بن الهمام طبعة دار الفكر.

* روضة الناظر وجنة المناظر لشيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله ابن أحمد بن قدامة مع نزهة الخاطر العاطر لابن بدران طبعة دار الكتب العلمية.

* شرح الكوكب المنير لمحمد الفتوحى الحنبلي المعروف بابن النجار المتوفي سنة ٩٧٢هـ طبعة مكتبة العبيكان.

* شرح العضد على مختصر ابن الحاجب المالكي، المطبعة الأميرية ببولاق.

* شرح المنار للعلامة عز الدين عبد اللطيف بن ملك على متن المنار طبعة عثمانية.

* كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى ٧٣٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* كشف الأسرار شرح المصنف على المنار لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي المتوفى ٧١٠هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* غاية الوصول في شرح لب الأصول للشيخ زكريا الأنصاري طبعة الحلبي.

* المستصفى من علم الأصول لأبي حامد محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ، طبعة دار إحياء التراث بيروت.

* المسودة في أصول الفقه: لأحمد بن محمد الحراني الدمشقي الحنبلي المتوفى سنة٧٤٥ه طبعة المدني بالقاهرة.

* المعتمد في أصول الفقه: لأبي الحسين محمد بن على البصري المعتزلي المتوفى سنة ٤٣٦هـ طبعة المعهد الفرنسي.

* الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسي اللخمى الشاطبي طبعة دار الرشاد الحديثة.

* نهاية السول شرح منهاج الوصول في علم الأصول للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى ومعه مناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشي طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

خامسا: كتب الفقه

الفقه الحنفي:

* الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ دار المعرفة بيروت.

* بدائع الصنائع للكاسانى: طبعة دار الكتاب العربي بيروت وأخرى طبعة دار الكتب العلمية.

* تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي طبعة دار الكتاب العربي بيروت، وأخرى طبعة دار المعرفة بيروت.

* تحفة الفقهاء للسمرقندى، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* حاشية ابن عابدين، طبعة دار الفكر، وأخرى طبعة دار المعرفة.

* حاشية الشيخ شهاب الدين الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعى طبعة دار المعرفة بيروت.

* شرح فتح القدير لابن الهمام، طبعة دار الفكر.

* الفتاوى الهندية للشيخ نظام طبعة دار الفكر.

* المبسوط للسرخسي، طبعة دار المعرفة بيروت.

* رسائل ابن عابدين، طبعة سهيل أكاديمي لاهور باكستان.

* فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي، طبعة حيدر أباد الدكن الهند.

* الفقه النافع لأبي القاسم السمرقندي، نشر مجمع البحوث الإسلامية بالجامعة الإسلامية إسلام آباد.

* درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن علي الشهير بملا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥هـ، نشر دار إحياء الكتب العربية.

* المحيط البرهاني لابن مازة، طبعة دار إحياء التراث العربي.

* الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن آبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ، طبعة دار السلام.

الفقه المالكي:

* بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي، طبعة دار الفكر.

* البيان والتحصيل على المستخرجة لابن رشد (الجد)، طبعة دار الغرب الإسلامي.

* المقدمات الممهدات لابن رشد، طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت.

* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، طبعة دار إحياء الكتب العربية، وأخرى طبعة عيسى الحلبي.

* شرح حدود ابن عرفة المرسوم الهداية الكافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى سنة ٨٩٤هـ طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت.

* الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣هـ، طبعة دار الرياض الحديثة السعودية.

* المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحى المتوفى ١٧٩هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* المنتقى شرح موطأ الإمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤ هـ، طبعة دار الكتاب العربي بيروت.

* كفاية الطالب الرباني شرح رسالة أبي زيد القيرواني لعلى بن خلف مع حاشية العدوى، مطبعة المدني _ مصر.

* المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب نشر المكتبة التجارية.

* منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى لإبراهيم اللقاني طبعة دار الأحباب بيروت.

* المعيار المعرب لأحمد بن يحيى الونشريسي، طبعة دار الغرب الإسلامي – بيروت.

الفقه الشافعي:

* الأم للإمام الشافعي، طبعة دار المعرفة بيروت.

* الحاوي الكبير للماوردي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* حاشية الجمل للشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، طبعة المكتبة التجارية الكبرى.

* المهذب لأبي إسحاق الشيرازي، طبعة دار القلم دمشق.

* روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، طبعة المكتب الإسلامي.

* كنز الراغبين بشرح المنهاج مع حاشيتي القليوبي وعميرة لجلال الدين المحلي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* المجموع شرح المهذب للنووي مع تكملة المطيعي، طبعة دار الفكر.

* مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ الشربيني طبعة مصطفى الباب الحلبي.

* المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح المتوفى سنة ٨٨٤هـ، طبعة المكتب الإسلامي بيروت.

* مجموع فتاوى ابن تيمية، طبعة دار الوفاء، الثالثة ٢٠٠٥م.

* المغنى لابن قدامه، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو طبعة دار هجر، وأخرى طبعة دار الفكر بيروت.

الفقه الحنبلي:

* الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي، طبعة دار النفائس بيروت.

* الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبو الحسن على المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

* حجة الله البالغة للإمام أحمد بن عبد الرحيم الدهلوي، طبعة دار الكتب الحديثة.

* الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ طبعة دار الفكر بيروت.

* كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي طبعة عالم الكتب بيروت.

الفقه الظاهري

* المحلى لابن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، طبعة دار الآفاق الجديدة بيروت.

سادسا: كتب التراجم والتاريخ والسير:

* الأعلام: لأشهر الرجال والنساء من العرب لخير الدين الزركلي، طبعة دار العلم للملايين بيروت.

* الاستيعاب لابن عبد البر، طبعة مكتبة نهضة مصر.

*البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني، طبعة دار المعرفة بيروت.

* تاريخ بغداد لأحمد بن على أبو بكر الخطيب البغداي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* الفتح المبين في طبقات الأصوليين لعبد الله مصطفى المراغى، طبعة دار المعرفة بيروت.

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لأبي الفلاح بن العماد المتوفى سنة ١٠٨٩هـ طبعة القدسي.

* معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي بيروت.

* وفيات الأعيان وأنباء الزمان لشمس الدين بن خلكان طبعة دار صادر بيروت.

* تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ، طبعة دار إحياء التراث العربي.

* سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت.

* طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب السبكي المتوفى ٧٧١هـ، طبعة دار الكتب العلمية.

* الدرر الكامنة لابن حجر العسقلاني، طبعة أم القرى للطباعة والنشر.

* شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد بن محمد مخلوف، طبعة دار الفكر.

* الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي، دار الكتب العلمية بيروت.

* الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لبرهان الدين إبراهيم بن علي المعروف بابن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩هـ طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للإمام شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي المتوفى سنة ٩٢٠هـ، طبعة القدسي القاهرة.

سابعا: كتب اللغة العربية:

* الكليات، لأبي البقاء الكفوي، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت.

* مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦هـ طبعة دار أسامة بيروت.

* المصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، طبعة الجيب بيروت.

* المعجم الوجيز طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم.

* المعجم الوسيط قام بإخراجه إبراهيم مصطفى، وأحمد حسن الزيات، وأحمد عبد القادر، ومحمد علي النجار، الطبعة الثانية.

* لسان العرب، للإمام جمال الدين أبو الفضل محمد بن منظور المتوفى ٧١١هـ، طبعة دار إحياء التراث.

* معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس، طبعة دار الفكر.

* التعاريف للمناوي، طبعة دار الفكر المعاصر.

* التعريفات للجرجاني، دار الفكر بيروت.

* المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، طبعة دار المعرفة بيروت.

* النهاية في غريب الحديث والأثر لمجد الدين بن الأثير، طبعة دار إحياء التراث بيروت.

ثامنا: علوم متنوعة.

* الأشباه والنظائر للسيوطي، مكتبة الباز مكة المكرمة.

* قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام، طبعة دار الجيل.

* إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، طبعة مؤسسة الرسالة.

* عقد الاستصناع د/ ناصر أحمد النشوي، طبعة دار الفكر الجامعي.

* مراعاة الخلاف بحث أصولي/ لعبد الرحمن بن معمر السنوسي، طبعة مكتبة الرشد الرياض سنة ٢٠٠٠م

* مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي – دراسة نظرية تطبيقية، لمختار قوادري، طبعة الجامعة الإسلامية – إسلام آباد باكستان.

* المنثور في القواعد، للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، المتوفى سنة٧٩٤ه، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

* القوانين الفقهية: لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبي المتوفى سنة ٧٤١هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

* مسائل في الفقه المقارن د/ عمر سليمان الأشقر، طبعة دار الفكر.

* الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي، نشر دار الكتب العلمية بيروت.

* أدب الاختلاف في الإسلام د/ طه جابر العلواني، سلسلة كتاب الأمة.

* فقه الأشربة وحدها، لعبد الوهاب عبد السلام طويلة، دار السلام القاهرة.

* الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي، دار الفكر بيروت.

* الموسوعة الفقهية، نشر وزارة الأوقاف الكويت.

* أصول الفقه د/ وهبه الزحيلي، طبعة دار الفكر.

* تعليل الأحكام د/ محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية بيروت.

* تحفة الرأي السديد الأحمد لضيا التقليد والمجتهد للحسيني، طبعة كردستان العلمية.

* الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية بيروت.

فهرس البحث

المقدمة ٩٦٥
المبحث الأول: تعريف مراعاة الخلاف ٩٦٨
تمهيد: ٩٦٨
المطلب الأول: مفهوم المراعاة في اللغة والاصطلاح ٩٧٠
المطلب الثاني: مفهوم الخلاف والاختلاف في اللغة والاصطلاح ٩٧٧
المطلب الثالث: الدليل على مراعاة الخروج من الخلاف ٩٨١
المطلب الرابع: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف ٩٨٨
المبحث الثاني: مدى إعمال المذاهب لمبدأ مراعاة الخروج من الخلاف ٩٩٣
المبحث الثالث: صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان ٩٩٩
المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا وخلاف العلماء في حجيته ٩٩٩
المطلب الثاني: بيان صلة مراعاة الخلاف بالاستحسان ١٠٠٥
المبحث الرابع: تطبيقات فقهية على مراعاة الخروج من الخلاف ١٠٠٨
أولا: مراعاة الخلاف في العبادات: ١٠٠٩
ثانيا: مراعاة الخلاف في المعاملات: ١٠١٣
ثالثا: مراعاة الخلاف في الجنايات: ١٠١٧
الخاتمة ١٠٢٥
أهم المراجع ١٠٢٨
فهرس البحث ١٠٤٢