الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية و الحضارة

قسم العلوم الإسلامية

أثر مراعاة الخلاف عند المالكية في باب الأحوال الشخصية (نماذج تطبيقية)

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص فقه وأصوله

إعداد:

❖ فتيحة شنوف

❖ نصيرة تومي

أعضاء لجنة المناقشة

▪ أمحمد علالي (أ)	مشرفا
▪ مصطفى شطة (أ)	رئيسا
▪ محمد رضا شوشة(أ)	مناقشا

السنة الجامعية:

1438 - 1439هـ/2017 – 2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــداء

ربنا لا يطيب الليل إلاّ بشكرك، ولا يطيب النّهار إلّا بطاعتك،

ولا تطيب اللحظات إلّا بذكرك، ولا تطيب الجنّة إلّا برؤيتك (الله أ)...

إلى سراج الأمّة المنير وشفيعها النّذير (محمّد ه)...

إلى من أثقلت الجفون سهراً، وحملت الفؤاد همّاً، وجاهدت الأيام صبراً

أمّي "**الزهراء**"...

إلى من حفه الله بالهيبة والوقار، وعلّمني العطاء بدون انتظار

وعلّمني أنّ الحياة صبر وإصرار، و أحمل اسمه بكلّ افتخار

أبي "**عبد القادر**"...

إلى من بهم تستمر الحياة وتزهر الأيام أخي وأخواتي وأخصّ بالذكر

أخي الوحيد "**صلاح الدين**" وصغيرة المنزل "**جويدة**"...

إلى كلّ أحفاد العائلة خاصة "**ياسين**"...

وإلى أخواتي اللواتي لم تلدهنّ أمّي، ينابيع العطاء، والصدق الصافي:

جواهر، نبيلة، فايزة، سارة ، فاطنة ، وإلى رفيقتي في الدرب وصديقة الروح "**تصيرة**"...

و إلى روح الفقيد جدّي من لم ينساه قلبي "**سبخاوي** :...

و إلى كلّ من حملتهم ذاكرتي، ولم تحملهم مذكرتي.

*** فتيحة ***

الإهـــداء

إلهي يامن جبرت خاطري، ورأفت بسرائري، وقومت نقائصي، يا من خلقت فأبدعت وعلمت فأنعمت، وأعطيت فأرضيت، أسألك ربّ أن تتقبّل منّي ما صنعت وتجعل عملنا هذا خالصاً لوجهك الكريم، وتكتبه في ميزان حسناتي يا رحيم...

إلى خير الأنام، ومنبع الأمان، هادي البرية ومعلم البشرية،

من يطيب بقوله الحديث وبذكره الإهداء، محمّد ه أشرف الأنبياء...

إلى الشمعة التي أنارت لي دروب الحياة، وسقتني بماء العفة والثبات

يا من رآني قلبها قبل عيناها، أطال الله في عمرها ورعاها، أمّي "**تركية**"...

إلى من أحمل اسمه بكلّ فخر واعتزاز، وورثت منه قسمات الشبه والعناد، وأنّ طريق النّجاح ليس مفروشاً بالورود، وأنّه لابدّ من الأقدام أن تتورم حتى أصل إلى القمة...

إلى سندي وبهجتي حياتي من علموني أنّ الحياة كفاح والصبر مفتاح

إخوتي وأخواتي وأخص بالذكر أخي الكبير" **يوسف**" وصغيرة البيت " **ايناس**"...

إلى الورود التي جمعتني بهم حديقة الدراسة:

جواهر، فايزة، نبيلة، سارة، فاطنة

وإلى من تقاسمت معها عبء هذا العمل "**فتيحة**"...

وإلى من بقي ذكرهم في القلب أبقى وأسمى، وسعهم قلبي ولم يسعهم إهداء مذكرتي

إلى من قد ينساهم القلم ولا تنساهم ذاكرتي.

*** نصيرة ***

شكر وتقدير

قال تعالى: ﴿ وَلَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ (إبراهيم/07)

فنحمد الله ونشكره ونثني عليه بأن أغدق علينا من النّعم ما لا يعد ولا يحصى وألهمنا سبل السداد والرشاد، وسدد خطانا إلى ما فيه صلاح الخير والعباد ووفقنا إلى إتمام هذه الرسالة فنرجو بها الخير والثواب، فاللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت، ولك الحمد بعد الرضا حمداً كثيراً طيّباً مباركاً فيه.

واعترافاً بالفضل لأهل الفضل ومن منطلق قول الحبيب ﷺ:

(من لم يشكر النّاس لم يشكر الله).

فمن باب الشكر والتقدير والاعتراف بالخير والجميل، نتقدم بالشكر الجزيل، والامتنان الوفير إلى أستاذنا الجليل" **أمحمد علالي**" حفظه الله ورعاه الذي تفضل بالإشراف على رسالتنا، فكان نعم الموجه والمرشد، حيث لم يدخر جهداً ولم يجحفنا حقّاً خدمة لهذا البحث متابعةً وتصويباً، رغم كثرة التزاماته وثقل أعبائه، فله منّا جزيل الشكر والعرفان.

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نتقدم بكلمة شكر وتقدير إلى أساتذتنا ومشايخنا الكرام على جهودهم الصادقة في خدمة طلب العلم، سائلين المولى عز وجل أن يجزيهم عنّا خير الجزاء ونخص بالذكر أستاذنا وأبانا "**أ.د. نور الدين صغيري**" حفظه الله ورعاه

إلى كلّ طاقم قسم العلوم الإسلامية، وإلى كلّ من مدّ لنا يد العون في إنجاز هذا العمل.

نسأل الله العظيم رب العرش الكريم، أن لا يكون شكرنا هذا من قبل المدح المنهي عنه ولا يكون سبباً في نقص شيء من أجورنا وأجورهم.

فتيحة _ نصيرة

ملخص الرسالة:

تعد قاعدة مراعاة الخلاف أصل من أصول المالكية تفردت به عن غيرها من المدارس لما لها من القيمة الكبيرة في تبديد الفوارق، وإذابة التعصب بين المذاهب، والجدير بالذكر أن المذاهب الفقهية الأخرى لم تنكر هذا الأصل بل كثيراً ما أعملوه في فروعهم.

ولقد تعددت آثار هذه القاعدة في جلّ أبواب الفقه الإسلامي، ولا سيما في باب الأحوال الشخصية الذي خصصناه بهذه الدراسة.

Abstract

Taking into consideration controversy is one of the principles caracterizing Maliki doctrine compar to other doctrines.

The value and importance of this principles in dissipating differences and eliminating intderance in between doctrines.

It 's worth saying that other doctrines don't deny the principle and teach it in their branches the impact of this rules on all fields.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله المتوحد بالعظمة والجلال، المتفرد بالعز والبقاء والكمال، نحمده سبحانه وتعالى ونشكره على جزيل الإنعام والإفضال، ونشهد أن لا إله إلّا الله وحده لا شريك الله ونشهد أنّ سيّدنا ونبيّنا محمّداً عبد الله ورسوله الداعي إلى كريم السجايا وشريف الخصال، صلى الله عليه وسلّم وعلى آله وصحبه خير صحب وآل، وعلى التابعين ومن تبعهم بإحسان وسلم تسليماً كثيرا إلى يوم الحق والمآل.

أمّا بعد:

يعدّ الخلاف الفقهي من أهمّ الموضوعات التي شغلت العلماء قديماً وحديثاً، فخاضوا غمار أبحاثه وصنّفوا فيه الكتب والرسائل، وسجلوا المناظرات والسجائل ووضعوا له القواعد والشروط، وأبدعوا فيه من المسائل، حتى غدا العلم بخلاف العلماء من سمات الفقيه الأساسية، ممّا دعا بعضهم إلى القول: من لم يعرف اختلاف العلماء فليس بعالم، ومن لم يعرف اختلاف الفقهاء لم يشم أنفه رائحة الفقه.

ولا مانع من اختلاف العلماء لقوله تعالى: ﴿وَلَوۡ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةٗۖ وَلَا يَزَالُونَ مُخۡتَلِفِينَ﴾ (هود/118)، فالإختلافات الفقهية في الأحكام الشرعية لا تدل على قصور الشريعة، و الإختلاف المراد به هنا ليس الإختلاف في حقيقتها ولبّها، بل الإختلاف في فروعها التي هي مجال بالإجتهاد والظنّ ، فهو من أعظم ما جاءت به شريعتنا، وإنّ اتّساع الصدور له من روائع ما عرفت به حضارتنا، وما أجمل أن يخلع المرء عن نفسه ربقة التقليد والجمود وينفض الغبار عن التنطع والقيود، وأن يغترف من بحر الشريعة الإسلامية الغراء، وما أوسعه لو اتّسع الأفق الفكري والخلقي له.

مقدمة

ولا يزال موضوع فقه الخلاف على تكرره يوفد لنا بالجديد، سواء في إطاره النّظري، أو في كثير من تطبيقاته، وذلك إذا ما أخلص أهل العلم نواياهم، وأجهدوا قرائحهم وأمعنوا بصائرهم في فسيح مجالاته.

وباستقراء مدارس الفقه الإسلامي نجد أنّ المدرسة المالكية امتازت عن غيرها من المدارس بتنوع أصولها وتعدد قواعدها، حتى غدت في مقدمة المدارس الفقهية من حيث سعة نطاق الإستدلال، فأصبح هذا التنوع صبغة لهذه المدرسة، وأقل ما يقال فيها أنّها أكسبتها الثراء والتجدد ممّا جعلها تنفرد عن غيرها ببعض الأصول، ومن بين هذه الأصول التي احتلت الساحة وأثارت مجاديف الجدل في مسائل الفقه، أصل "**مراعاة الخلاف**" فقد أبعد هذا الأصل المدرسة المالكية عن التقوقع و الانغلاق ، بل أضاف لها سمة الوسطية والجنوح إلى أعدل الأقوال وأفقهها وجعل منها فضاءاً رحباً لتقبل قول الغير ودليله، حتى قال فيه أحد منظري الإجتهاد المالكي الشيخ القباب: "إنّه من محاسن المذهب".

والمجتهدون متفاوتون في الأخذ بأصل" **مراعاة الخلاف** "بين متوسع ومضيّق، ويعد المالكية من أكثر المذاهب عملاً به حتى عدّوه من أصولهم، واشتهروا به عن غيرهم واعتمدوه في تعليل أحكامهم وتخريج الفروع في أغلب مسائلهم، ولا يكاد يخلو كتاب في الفروع أو الأصول من ذكر مراعاة الخلاف، أو الخروج منه.

وأمّا المذاهب الأخرى وإن أخذت بمراعاة الخلاف فهي لم تبلغ مبلغ التأصيل، خلافاً للمالكية الذين جعلوه أصلاً ثابتاً راسخاً من أصولهم، وأعملوه قبل وقوع المكلّف، فكان بهذا المعنى خروجاً من الخلاف كمسلك إحتياطي.

هذا، وقد اتّجهت الدراسات المعاصرة إلى تقريب العلوم الشّرعية إلى الأذهان، وتبسيطها للأفهام، وتذليلها قدر الإمكان، جاذبة ذوي الإختصاصات المختلفة ليستشفوا من زخمها الغنّان، وينهلوا من بحورها مناهل العرفان، ليظهروا للنّاس مكنونها وماخفي عن الأعيان، وهذا كلّه لإبراز شمولها لجميع متطلبات العصر ومقتضياته الحاضرة والمستقبلية.

وممّا ينطوي تحت راية هذه الجهود_نعني جهود تقريب العلوم الشّرعية_إتجاه بعض الباحثين في أطروحاتهم ودراساتهم الجامعية إلى دراسة الأدلة والقواعد الأصولية المختلف فيها، ومحاولة إزاحة الغمام وكشف اللّثام للوصول إلى ترجيح يغلب عن الظن صحته مبنيّ على استقراء وتتبع ما أمكن، فيصبح من السهل جمع النّاس تحت مظلة حكم واحد وتنفتح بذلك أبواب الفقه الإسلامي على مصرعيها في جميع أوجه الحياة، فيبقى بذلك الخلاف ضيفاً خفيفاً على صدور النّاس وتبقى أفئدتهم منشرحة لبعضهم البعض.

*أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

1- إبراز منهج هذا الأصل مراعاة الخلاف في تربية النّاس، بنبذ التعصب المذموم والحَجر على عقول النّاس وآرائهم، وعدم الإكتراث بالرأي الآخر، وهذا خلق بغيض لا يصدر إلّا ممّن قلّ فهمه وضعفت تربيته، والأئمّة المخلصون والعلماء المجتهدون من ذلك مبرّؤون .

2-توطين الأذهان على البحث عن الأسس التي يمكن أن يتّفق سائر المسلمين أو أغلبهم عليها، حتى تحوّل طاقاتنا وكفاءتنا من الهدم إلى البناء.

3-يعتبر أصل مراعاة الخلاف تطبيقاً لجملة من المفاهيم الكلية في آن واحد، فقد يراعي المجتهد قول المخالف لمصلحةٍ، أو سدٍّ لذريعةٍ أو استحسانٍ، ولهذا يشترط في مراعي الخلاف أن يكون مجتهداً.

4-تجلية قوّة الفقه الإسلامي عموماً والمنهج الاجتهادي للمذهب المالكي خصوصاً، لتعدد أصوله وقواعده، مع اتسامها بخاصية المرونة والخصوبة في المسائل التي تلائم اختلاف الزمان وتغيّر الأعراف.

*أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الداعية لاختيار الموضوع هي:

1- كنّا نرغب بكتابة بحث يجمع بين الفقه وأصوله، وبين مقاصد الشريعة وكلّ واحد من هذه، ميدان فسيح وعلم قائم بذاته، غير أنّ بينهما تلازماً متى أدركه المرء، وقد وجدنا في بحثنا هذه الخاصية.

2-شدّ انتباهنا موضوع أثر مراعاة الخلاف في باب الأحوال الشخصية، فأردنا أن نلج غماره، ونستبين حدوده وضوابطه، لما يترتب على ذلك فهم كثير من معالم الشريعة السمحة.

3-هذا الموضوع على الرغم من أنّه مطروق من قبل العلماء قديماً وحديثاً إلا أنّه بحاجة إلى جمع شتاته، فكانت غايتنا إفراده ببحث مستقل لينتفع به طلاب العلم.

5-حاجة نظام الإفتاء والقضاء لمراعاة الخلاف، لما لهذه القاعدة من رفع الحرج عن العباد وتحقيق التيسير الذي تدعو إليه الشريعة الإسلامية.

6-إثراء مكتبة الكلية بموضوعنا هذا.

مقدمة

***إشكالية الموضوع:**

تعالج هذه الدراسة موضوع أثر مراعاة الخلاف في باب الأحوال الشخصية، والتي تعتبر من أهمّ الدراسات التي تسعى للتوليف بين المذاهب، وللخوض في هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

1- ما أثر مراعاة الخلاف في بعض مسائل الأحوال الشخصية؟

2_ كيف يتنازل القائل بهذا الأصل عن الدليل الذي يعتقد صحته _أو رجحانه على الأقل_ ويعمل بدليل يعتقد بطلان أو مرجوحيته على الأقل؟

3- ما مدى تأثير مسلك" رعي الخلاف "في سلوك المراعي للخلاف؟ وكيف يعالج داء التعصب؟.

***أهداف الموضوع:**

ويتمثل أهداف الموضوع فيما يلي:

1-تبيّين الفرق بين مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل من المكلّف وبعد الوقوع .

2-التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية ومناقشة حجية هذه القاعدة عندهم، مع ذكر الأدلة، وترجيح ما يراه الباحث راجحاً.

3-تحديد علاقة مراعاة الخلاف بالقواعد الفقهية و تصنيفها.

4-بيان كيفية الإستفادة من قاعدة مراعاة الخلاف في المسائل والوقائع المختلف فيها.

5-معرفة أثر مراعاة الخلاف في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

***الدراسات السابقة للموضوع:**

إنّ موضوع مراعاة الخلاف أصل من الأصول الكلية قد تناولته كتب الفقه الإسلامي وأصوله القديمة في أبواب متفرقة وجزئيات متناثرة نذكر على سبيل المثال:

1- المدونة الكبرى للإمام مالك.

2-**المعونة** للقاضي عبد الوهاب.

3-**البيان والتحصيل** لابن رشد الجدّ.

4- **المعيار المعرب** للونشريسي، و وغيرها من الكتب.

أمّا الحديثة منها فقد اطلعنا على بحثين واعتمدنا عليهما في رسالتنا كمراجع للتأصيل.

الأول: الإحتياط للدكتور إلياس بلكا: اشتمل هذا الكتاب على أبواب متفرقة لها علاقة بمسلك الإحتياط، حيث أفرد في هذا الكتاب باباً كاملاً لعلاقة الإحتياط بالخلاف معرجاً فيه على فصلين الأول بعنوان الخروج من الخلاف، والثاني بعنوان مراعاة الخلاف، فأفادنا في الجانب النّظري التأصيلي بالرغم من خلوه من الجانب التطبيقي الفقهي.

والثاني: مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير بعنوان" قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي" للعيد عباسة: تناولت هذه الرسالة قاعدة مراعاة الخلاف من الجانب النظري والتطبيقي في الفقه الإسلامي على العموم، وقد عالجت موضوعنا من الناحية التأصيلية، أمّا من الناحية التطبيقية ذكرت نموذجاً واحداً في باب الأحوال الشخصية وهو " النّكاح ".

أمّا موضوع رسالتنا **أثر مراعاة الخلاف في باب الأحوال الشخصية** أضاف صبغة جديدة لهذه الدراسات المعاصرة ، وذلك بمعالجة هذه القاعدة وتأصيلها والتعمق فيها من الجانب النّظري وتبيّين أثرها لاسيما باب في الأحوال الشخصية
النّكاح، الطلاق، النّفقة، و الرضاع أنموذجاً .

*المنهج المتبع:

اعتمدنا على عدة مناهج منها:

1- المنهج الوصفي: وذلك بوصف وبيان هذه القاعدة وما يتعلق بها من شروط وضوابط وصلتها بالقواعد الفقهية، وأيضاً من تتبع للمفاهيم والمصطلحات.

2-المنهج الاستقرائي و الاستدلالي: من حيث بيان التأصيل الشرعي للمسائل والآراء مع التوثيق السليم لها.

3-المنهج المقارن: حيث ركزنا في نطاق المقارنة على المذاهب الفقهية الأربعة وعرجنا على غيرهم من المذاهب كلّما تطلب البحث ذلك، بنقل آراء العلماء في بعض المسائل التي تعتبر محل خلاف ومن ثمّ الخروج برأي راجح إن أمكن.

4- المنهج الاستنباطي: للحصول على رؤية متكاملة في البحث من حيث المعاني والأحكام الشرعية، ووجه الدلالة على ضوء ما قرره الفقهاء.

*منهجية البحث:

تضمنت المنهجية الخطوات التالية:

1-عزو الآيات القرآنية إلى سورها من حيث تحديد السورة ورقم الآية، معتمدين في ذلك على المصحف الشريف برواية ورش عن نافع.

2-الاستعانة بمصادر التفسير لتوضيح معاني بعض النّصوص القرآنية الواردة في ثنايا البحث مثل: أحكام القرآن للجصاص والجامع لأحكام القرآن للقرطبي.

3-تخريج الأحاديث النّبوية الشريفة معتمدين على الصحيحين بالدرجة الأولى، فإن لم نجد رجعنا إلى كتب السنن مثل: سنن الترمذي وأبي داود وابن ماجة والنسائي والسنن الكبرى للبيهقي .

4-الاستعانة ببعض شروح السنّة ، كمعالم السنن، وفتح الباري، وشرح صحيح البخاري.

5-تخريج آثار الصحابة من كتب الآثار مثل: مصنف ابن أبي شيبة ومصنف عبد الرزاق.

6-اعتمدنا على أمّهات الكتب الفقهية العامّة والكتب المتخصصة في هذا الموضوع، بالإضافة إلى الرسائل الجامعية والدوريات مع الاستئناس بالدراسات المعاصرة عند عدم العثور على المصادر الأصلية.

7-عزو كلام الفقهاء والأصوليين والمفسرين وغيرهم داخل المذهب المالكي المتبنّي للعمل بهذه القاعدة والمذاهب الأخرى إلى أهله في كتبهم ما أمكن، والإحالة على المرجع المنقول عليه.

8-الرجوع إلى الموقع الإلكتروني في معلومة واحدة فقط.

9-توثيق المعاني من كتب ومعاجم اللّغة.

10-الحرص على استعمال المعلومات استعمالاً صحيحاً، بأسلوب منطقي متسلسل متمثّل في العناصر الآتية:

-أسلوب العرض المنسجم المناقشة الهادئة وكذلك تأييد القضايا المعروضة بالأمثلة والشواهد للوصول إلى نتيجة.

11-راعينا الترتيب الزمني في الغالب عند طرحنا لأقوال الفقهاء بادئين بالحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة ثمّ الظاهرية، مع تجنب الاستطراد وكذلك الأقوال الشاذة محاولين الوصول إلى الراجح.

12-تحري الموضوعية في ذكر آراء الفقهاء وعدم التعصب لمذهب فقهي معيّن.

13-ترجمة أغلب الأعلام والألفاظ لا سيما غير المعروف منها.

14-اجتناب التفريع لبعض العناوين نظراً لطول الموضوع والحفاظ على اتزان الخطة.

15-أمّا منهجنا في الهوامش وضعناها في نهاية كلّ ورقة وذكرنا فيها: اسم المؤلف(اسم الشهرة)، اسم الكتاب، اسم المحقق إن وجد، درا النّشر، البلد، الطبعة وسنة النّشر، ثمّ الجزء والصفحة وهذا في حالة ذكر الكتاب أول مرة، فإن ذُكر مرة أخرى وثّقناه مختصراً بالاقتصار على ذكر اسم المؤلف، واسم الكتاب مع ذكر **المرجع السابق** إذا استُعمل في نفس الصفحة، و **مرجع سابق** إذا كان في صفحة أخرى، وذكر الجزء والصفحة.

16-في حالة إعادة تكرار الحديث النّبوي أشرنا بعبارة "**سبق تخريجه**" مع ذكر الصفحة التي خرّج فيها.

17-في حالة تكرار اسم العلم أشرنا بعبارة " **سبق ترجمته** " مع ذكر الصفحة التي ترجم فيها.

18-**في توثيقنا للرسائل الجامعية:** نقوم بذكر اسم صاحب الرسالة وعنوانها ونلحقه باسم المشرف ودرجته العلمية، مع ذكر القسم واسم الجامعة المنتسب إليها الباحث وسنة المناقشة والصفحة.

19-**في توثيقنا للدوريات:** ذكرنا اسم صاحب المقال وعنوان المقال، اسم المجلة مع المؤسسة الصادرة عنها، العدد والتاريخ ثمّ الجزء والصفحة.

20-في حالة تصرفنا في المعلومة بإضافة أو تعديل نشير إلى ذلك بلفظ " **ينظر**".

21-نرمز في تهميش الكتب :

-المحقق (ح) ، دون محقق (دح) ، الدكتور(د) ، الأستاذ(أ).

-الكتاب (ك)، الباب (ب).

-الطبعة (ط)، دون طبعة (د ط). دون سنة (د س).

-المجلد (م)، الجزء (ج)، الصفحة (ص)، الرقم (ر).

22-إتباع تنسيق موحد في جميع الفصول أخذاً بعين الاعتبار المواصفات المشروطة في الرسائل الجامعية.

23-تسجيل أهمّ نتائج البحث والمقترحات في الخاتمة.

24-ذيلنا الرسالة بمجموعة من الفهارس العلمية تسهيلا على القارئ في الرجوع إلى المعلومة وهي: فهرس الآيات القرآنية، فهرس الأحاديث النبوية، فهرس الأعلام، فهرس المصادر والمراجع، وهذا الأخير رتبناه ترتيباً أبجدياً، ختاماً بفهرس الموضوعات.

***صعوبات البحث:**

وتكمن صعوبات البحث في:

1- ندرة مصادر البحث: لم نكن نعلم حين قررنا الخوض في غمار هذا البحث أنّ مصادره الأصلية جدّ نادرة لا سيما عن أثر هذه القاعدة في باب الأحوال الشخصية، فترددنا لمعالجته، ثمّ عمدنا إلى استخارة الله تعالى، وما إن وافق أستاذنا المشرف على خطة البحث عقدنا العزم لمعالجته، وأحسسنا بأنّ العون من الله موعود، والتوفيق لإنجازه موجود.

2- قلة المادة العلمية: كانت المادة العلمية المتعلقة بصلب البحث قليلة، فكنا نتتبع الإشارات والكلمات ثمّ نجمع بينها، ونعمل فكرنا على_ قلة بضاعتنا_ لنقتنص ما دقّ عن الأفهام منها، وربّما عثرنا على سطر واحد أو أكثر فسررنا به أيّما سرور.

3- تشتت مادة البحث: فمادة البحث عمومًا مبثوثة ومنتشرة في أماكن شتى، فجمعنا شتات فكرنا لنجمع ما تناثر منها بين ثنايا الكتب.

4-عدم تمكننا من وضع أيدينا على مصادر الكتب المعاصرة التي عالجت هذا الموضوع مثل : كتاب مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمّد شقرون.

***خطة البحث:**

مقدمة: وتناولنا فيها ما يلي: أهمية الموضوع ثمّ الأسباب الداعية لاختيار الموضوع، إشكالية الموضوع ، أهداف الموضوع، وبعدها الدراسات السابقة ، المنهج العلمي المتبع، ومنهجية البحث ثمّ صعوبات البحث.

الفصل الأول: معنى مراعاة الخلاف ومذاهب الأصوليين في حجيتها

المبحث الأول: معنى مراعاة الخلاف

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بين القواعد الفقهية والقواعد والأصولية

المطلب الثالث: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه

المبحث الثاني: مذاهب الأصوليين في حجية مراعاة الخلاف

المطلب الأول: موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف ومستندهم في ذلك

المطلب الثاني: ضوابط وشروط العمل بمراعاة الخلاف

المطلب الثالث: حكم مراعاة الخلاف عند المالكية وموقف أصحاب المذاهب الأخرى منها

الفصل الثاني: أثر مراعاة الخلاف في باب الأحوال الشخصية(دراسة نماذج)

المبحث الأول: مراعاة الخلاف في النكاح و الطلاق

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في النكاح

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في الطلاق

المبحث الثاني: مراعاة الخلاف في النفقة و الرضاع

مقدمة

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في النفقة

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في الرضاع

الخاتمة: وفيها استخلصنا أهم النتائج المتوصل إليها مع ذكر الاقتراحات.

الأغواط في 2018/05/13 الموافق لـ 1438-1439 هـ

الفصل الأول

معنى مراعاة الخلاف

ومذاهب الأصوليين في حجيتها

- **المبحث الأول:** معنى مراعاة الخلاف
- **المبحث الثاني:** مذاهب الأصوليين في حجّية مراعاة الخلاف

تمهيد:

لقد جرى العرف وسرت العادة في البحوث العلمية أن تكون فصولها الأولى مخصصة للتّعريف بمصطلحاتها والتّوضيح بمعالمها ، وتبيّين ماهية الموضوع المراد دراسته وتناوله وإجلاء الغمام عنه ونفض الغبار عن مكنونه ، فقسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، وتناولنا في أول مبحث معنى قاعدة "**مراعاة الخلاف**" وإيراد جميع التّعاريف الخاصة بها وشرحها، وأيضا الفروق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية وأين يمكن تصنيف مراعاة الخلاف، وما علاقة مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف.

ثم يتحول الحديث في المبحث الثاني عن مذاهب الأصوليين في مراعاة الخلاف، وكان لزاما على الباحث في العلوم الشّرعية الحديث عن حجّية الموضوع و الاستدلال له، وذكر مذاهب الفقهاء فيه، فخُصّ هذا الفصل للحديث عن حجّية مراعاة الخلاف عند علماء المالكية والخلاف الحاصل بينهم حول الاعتداد والأخذ بها، وأدلّتهم الّتي استدلّوا بها في إثبات هذه القاعدة أو نفيها، والتطرق للإستشكالات التي وردت حولها، ثم عرجنا إلى أهمّ الشّروط والضّوابط التي يجب توفرها لإعمال هذه القاعدة .

ثم ختمنا هذا الفصل بذكر حكم هذه القاعدة عند المالكية، والتدرّج بين مواقف وأقوال أصحاب المذاهب في مراعاة الخلاف، ومن هنا فإنّ هذا الفصل يشتمل على المباحث الآتية:

- **م1:** معنى مراعاة الخلاف
- **م2:** مذاهب الأصوليين في حجّية مراعاة الخلاف

المبحث الأول

معنى مراعاة الخلاف

- **المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف "لغة" و "اصطلاحا"**
- **المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بين القواعد الفقهية والقواعد والأصولية**
- **المطلب الثالث: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه**

المبحث الأول: معنى مراعاة الخلاف

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف "لغة" و"اصطلاحا"

الفرع الأول: " تعريف "مراعاة الخلاف" لغة

تعريف المركب الإضافي يكون بالوقوف على تعريف طرفي هذا التركيب، ومنه فإنّ البحث سيتناول تعريف كلاً من " المراعاة" و" الخلاف".

أولاً – تعريف "المراعاة " لغة:

أ– **المراعاة** : مصدر راعى، يراعي مراعاة ، والرعي مصدر رعى يرعى رعيًا ورعايةً، والمراعاة المناظرة والمراقبة، يقال: راعيت فلانًا مراعاةً ، رعاءاً إذا راقبته وتأملت فعله، وراعيت الأمر، نظرت إلام يصير، وراعيته لاحظته.

وتأتي المراعاة بمعنى المحافظة والإبقاء على الشّيء، يقال: أرعيت عليه إذا أبقيت عليه ورحمته[1].

ثانياً– تعريف "الخلاف" لغة :

أ–**الخلاف:** مصدر مأخوذ من خالف يخالف مخالفةً ، خالف الشّيء الشّيء: باينه عكس وافق، خالف غيره في الرّأي: أبدى رأياً مخالفًا لرأيه، خالف بين الشّيئين: أي جمع بين نوعين مختلفين، خالف عن أمره: خرج [2]﴿ فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ ﴾[3].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، د ح ،دار صادر: بيروت، د ط ، م14 ،ص327–329.

[2] ابراهيم السامرائي،معجم العربي الأساسي،دح ،المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم:تونس،ط1 1408هـ،ص417.

[3] (النور،63) .

الفرع الثاني: تعريف "مراعاة الخلاف" اصطلاحا

أولاً – تعريف "الخلاف" اصطلاحا:

الخلاف في الاصطلاح 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 بحكم هذه المسألة: الوجوب، ويقول غيره: حكمها النّدب"[1].

ثانياً– تعريف "مراعاة الخلاف" اصطلاحا:

نسوق في هذا الموضع بعض التعاريف:

أ– التعريف الأول :

قال ابن عبد السّلام:[2]" هو إعطاء كل من الدليلين مايقتضيه من الحكم مع وجود المعارض"[3]، وقال أيضا :" المراعاة في الحقيقة إعطاء كل من دليلي القولين حكمه"[4].

---

[1] محمّد اسماعيل محمّد مشعل، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة ، ح علي جمعة محمّد، دار السلام: القاهرة،ط1 1428هـ–2007م، ص45.

[2] محمّد بن عبد السّلام بن يوسف بن كثير الهواري المنستيري، أبو عبدالله ، فقيه مالكي (676–749هـ=1277–1348م) له كتب منها: "شرح جامع الامّهات" لابن الحاجب و" ديوان الفتاوى". (الزركلي، الأعلام، دح، دار العلم للملايين: بيروت، ط15 ماي 2002م،ج6، ص205).

[3] الامام المنجور، شرح منهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ح محمّد الشّيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، د ط ،ج1 ،ص255.

[4] أحمد المقري، القواعد ، ح أحمد بن عبد الله بن حميد ،معهد البحوث العلمية و إحياء التّراث: مكة المكرمة، د ط، ج1 ،ص236.

ب- التعريف الثاني:

قال الشاطبي:[1] "هو إعطاء كل واحد منهما (دليلي القولين) ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف وهو جمع بين متنافيين كما تقدّم"[2].

جـ-التعريف الثالث:

قال أبو العبّاس القباب:[3]"هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"[4].

د-التعريف الرابع:

قال ابن عرفة:[5]"هو إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر".

---

[1] ابو محمّد بن فُيِّرة بن أبي القاسم خلف بن أحمد الرعيّيني الشاطبي(538-590هـ)، صاحب العقيدة التي سمّاها "حرز الأماني ووجه التهاني" من مؤلفاته :" الاعتصام" و " المقاصد".(أبي العبّاس بن كلخان ،وفيات الأعيان، ح إحسان عباس، دار صادر: بيروت، د ط، م4 ،ص72).
(عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دح ،مؤسسة الرّسالة: بيروت، د ط،ج1 ،ص77).

[2] الشاطبي، الموافقات، دح، دار ابن عفان: المملكة العربية السعودية،ط1 1417هـ-1997م، م5،ص107.

[3] أحمد بن قاسم بن عبد الرّحمن الجذامى، يكنى أبا القاسم ويعرف بالقباب، ولد بفاس وتوفيّ779هـ، له "شرح" على قواعد القاضي عياض و"شرح" على بيوع ابن جماعة التونسي.(ابن فرحون،الديباج المذهب،ح محمّد الأحمدي أبو النّور، مأمون الجنان، دار التراث: القاهرة، دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1996م،ج1،ص187). لسان الدّين بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، دح ،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1319هـ،ص71)(ابن قنفذ القسنطيني، الوفيات، ح عادل نويهض، دار الأفاق الجديدة: بيروت ،ط4 1403هـ-1983م،ص372).(ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة، دح ،دار المعارف العثمانية: حيدر آباد، د ط،ص236).

[4] الونشريسي، المعيار المعرب، ح محمّد حجّي، دار الغرب الإسلامي:بيروت،ط1 1401هـ-1981م ج6،ص388.

[5] محمّد بن محمّد بن عرفة الورغمي،أبو عبدالله (716-803هـ=1316-1400م)،إمام تونس وعالمها وخطيبها ،من كتبه:"المختصر الكبير"،"المبسوط"و"الهداية الكافية".(الزركلي،الأعلام، ج7،ص43).

وعلى هذا فقوله في التّعريف(إعمال دليل) جنس[1]، يصدق على مراعاة الخلاف وغيره، والمراد هنا دليل المخالف.

وقوله:(في لازم مدلوله) يحترز به عن إعمال الدليل في مدلوله.

وقوله :(الّذي أعمل في نقيضه) أي:في نقيض دليل المخالف فالضّمير راجع له.

وقوله:(دليل آخر) أي:مدلول لدليل آخر، وهو دليل المستدل[2].

هـ-التعريف المناسب: الذي نراه -والله أعلم-

مراعاة الخلاف:" هي عبارة عن إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيض دليل آخر".

ولعل هذا يتضح من المثال الآتي وهو" نكاح الشّغار"[3]:وذلك كإعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشّغار في لازم مدلوله، الذي هو ثبوت الإرث بين الزّوجين المتزوجين بالشّغار، فيما إذا مات أحدهما بالفسخ وثبوت الإرث إذا مات أحدهما[4].

---

[1] كلّي مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ماهومن حيث هو كذلك فالكلّي جنس.
(الشريف الجرجاني،معجم التعاريف،ح محمّد صديق المنشاوي،دار الفضيلة:القاهرة،د ط،ص70).

[2] غازي بن مرشدبن خلف العتيبي،التّلفيق في المذاهب الفقهية وعلاقته بتيسير الفتوى مجلّة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي : مكة المكرمة، العدد 25،السنة الثالثة والعشرون 1431هـ 2014م،ص222.

[3] "وهو أن ينكح الرجل وليّته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليتّه، ولاصداق بينهما إلّا بضع هذه ببضع الأخرى".(ابن رشد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دح، دار المعرفة: بيروت،ط6 1402هـ-1982م،ج2،ص57).

[4] حسن بن محمّد المشّاط، الجواهر الثمينة، ح عبد الوهاب بن ابراهيم أبو سليمان،دار الغرب الإسلامي: بيروت،ط1 1406هـ-1986م،ص235.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية

الفرع الأول : الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية

قبل أن نحدّد الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية ينبغي أن نعرف معناهما:

أولاً- تعريف القواعد: والقواعد في اللّغة جمع قاعدة وهي أصل الشيء، وقواعد البيت أساسه، وهي صفة مأخوذة من القعود بمعنى الثّبات[1].

وقواعد البيت أساسه، وقواعد الهودج خشبات أربع معترضات أسفله[2].

أمّا في الإصطلاح عرّفها السّبكي[3]:"الأمر الكلّي الّذي ينطبق على جزئيّات كثيرةٍ يفهم أحكامها منها"[4].

---

[1] الفيّومي،المصباح المنير،دح، دار الكتب العلمية: بيروت،د ط،ص195. الرّازي،مختار الصحاح،ح يوسف الشّيخ محمّد،المكتبة العصرية-الدّار النّموذجية:بيروت-صيدا، ط5 1420هـ-1999م،ص226.

[2] بن فارس بن زكريا،معجم مقاييس اللّغة،ح عبد السّلام محمّد هارون،دار الفكر:دمشق،د ط ج5،ص109.

[3] أحمد بن علي بن عبد الكافي،أبوحامد، بهاء الدّين السّبكي(719-763هـ=1319-1362م) له: "عروس الأفراح شرح تلخيص المفتاح".(الزركلي،الأعلام،ج1، ص176).

[4] تاج الّدين السّبكي ،الأشباه والنّظائر،ح عادل أحمد عبد الموجود،علي محمّد عوض، دار الكتب العلمية: بيروت،ط1 1411هـ-1991م،ج1،ص11.

ثانيا- تعريف القواعد الأصولية:

بيّننا سابقًا معنى القواعد وأمّا الأصولية فهي نسبةً إلى علم أصول الفقه[1] وهو: "القواعد الّتي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشّرعية الفرعية، وكذلك يطلق على العلم بها"[2].

وبناءاً على هذا يمكن تعريف القواعد الأصولية بأنّها:"قضية كلّية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشّرعية والفرعية من أدلتها التّفصيلية"[3].

وقد عرّف الدكتور مصطفى الخن القواعد الأصولية بأنّها:"الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء والشروع بالإستنباط، ليشيد عليها صرح مذهبه، ويكون ما يتوصل إليه ثمرة ونتيجة لها"[4].

ثالثا-_تعريف القواعد الفقهية:

عرّفها مصطفى الزّرقا[5] في كتابه شرح القواعد الفقهية هي :

"أصول فقهية كلّية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً عامّة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[6].

---

[1] محمّد عثمان شبير،القواعد الكلّية والضوابط الفقهية في الشّريعة الإسلامية،دح، دار النّفائس:عمان ط2 1428هـ-2003 م، ص26 .

[2] خليل العلائي،المجموع المذهب في قواعد المذهب، ح محمّد بن عبد الغفار بن عبد الرّحمن الشريف،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الكويت،ط1 1414هـ-1994م، ج1،ص41.

[3] محمّد عثمان شبير،القواعد الكّلية والضوابط الفقهية في الشّريعة الإسلامية،المرجع السابق، ص27.

[4] محمّد بن عبد الله الصواط،القواعد والضّوابط الفقهية عند أبي تيمية في فقه الأسرة،ح أحمد بن عبدالله بن حميد،دار البيان الحديثية :طائف،ط1 1422هـ-2001م،ج1،ص101.

[5] هو مصطفى أحمد الّزرقا الفقيه والمفكر الإسلامي ،من أهم قادة الّتنوير في الفقه وعلوم القرآن والشّريعة والقانون، ولد في سوريا سنة 1907م، من مؤلفاته:"السلسلة الفقهية".(علي عبد الفتاح،أعلام المبدعين،دح،دار ابن حزم:بيروت،ط1 1431هـ-2010م،ج2،ص1433.

[6] أحمد بن الشيخ محمّد الزرقا،شرح القواعد الفقهية،ح مصطفى الزرقا ،دار القلم:دمشق، ط2 1409هـ-1989م ،ص34.

وعرّفها القرافي:[1]"هي تعابير فقهية مركزة تعبر عن مبادئ قانونية، وصيغ إجمالية عامّة من قانون الشّريعة الإسلامية ، ومن جوامع الكلم المعبر عن الفكر الفقهي، استخرجها الفقهاء في مدى متطاول من دلائل النصوص الشّرعية وصانوها بعباراتٍ موجزةٍ"[2].

رابعاً- الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية:

يمكن تحديد أوجه الإتّفاق والإفتراق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية بما يأتي:

أ-**أمّا أوجه الإتّفاق:** فهما يشتركان في أن كلاّ منهما حكم كلّي يتعرف منه أحكام عدد من الفروع[3].

ب-وأمّا أوجه الإختلاف: فيمكن إجمالها في الآتي:

1-يستفاد من القاعدة الأصولية الحكم الشّرعي لكن بواسطة الدليل فلا يستفاد منها الحكم مباشرة، أمّا القاعدة الفقهية فإنّ الحكم يستفاد منها مباشرة لأنّها أحكام شرعية كلّية[4].

---

[1] محمّد بن يحي بن عمر بن أحمد بن يونس بدر الدّين القرافي(939-1008هـ=1533-1600م) فقيه مالكي،له كتب منها:"شرح الموطأ في الحديث" "الذخيرة"و"القول المأنوس بتحرير مافي القاموس".(الزركلي،الأعلام،ج7،ص141).

[2] القرافي،الفروق ،ح عمر حسن القيّام، مؤسسة الرّسالة:بيروت،ط1 1424هـ-2003م،ج1،ص13.

[3] ياسر بن علي بن مسعود آل شريّة القحطاني،القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن دقيق العيد،إشراف د.عبدالله بن حمد بن ناصر الغطميل،قسم الدراسات العليا الشّرعية،جامعة أم القرى: المملكة العربية السعودية،1429-1430هـ،ص120.

[4] فؤاد صدقة مرداد،القواعد والضّوابط الفقهية عند الإمام ابن القّيم في فقه الأسرة،إشراف د.فرج زهران، قسم الدراسات العليا الشّرعية،جامعة أمّ القرى: المملكة العربية السّعودية،1428-1429هـ ،ج1،ص159.

مثال ذلك: القاعدة الأصولية(الأمر يقتضي الوجوب) أفادت أنّ الصّلاة واجبة ولكن ليس مباشرة، ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [1]، في حين أنّ القاعدة الفقهية(الأمور بمقاصدها) أفادت وجوب النيّة في الصّلاة مباشرة بلا واسطة[2].

2-القاعدة الأصولية موضوعها التي تُعنى به الأدلّة الشرعية، أمّا القاعدة الفقهية فموضوعها أفعال المكلّفين فتطبيق القاعدة الفقهية يكون بالنّظر والبحث في الأدلّة[3].

3-القواعد الأصولية قواعد كلّية تنطبق على جميع جزئيّاتها وموضوعاتها، أمّا القواعد الفقهية فإنّها أكثريّة لها مستثنيات تقلّ في بعضها وتكثر في بعضها[4].

4- القواعد الأصولية قد وجدت قبل الفروع، حيث أنّ تلك القواعد هي سبب وجود تلك الفروع، بخلاف القواعد الفقهية فقد وجدت بعد وجود الفروع[5]،أي أنّ القواعد الأصولية مقدّمة في الوجود على القواعد الفقهية وعلى الفروع نفسها، بينما القواعد الفقهية متأخرة في الوجود في الأصول والفروع[6].

---

[1] (البقرة،43).

[2] فؤاد بن كمال العيساوي،القواعد والضّوابط الفقهية المستخرجة من كتاب "المسالك في شرح الموطأ "،إشراف.د. يحي سعيدي،قسم الشّريعة،جامعة الجزائر،1432-1433هـ=2011-2012م،ص80.

[3] فؤاد صدقة مرداد،القواعد والضّوابط الفقهية عند الإمام ابن القيّم في فقه الأسرة، المرجع السابق،ج1 ص158.

[4] محمّد بكر إسماعيل،القواعد الفقهية بين الأصالة والتّوجيه،دح، دار المنار: مصر،د ط،ص13.

[5] عبد الكريم النملة،الشّامل،دح،مكتبة الرّشد:الرياض،ط1 1430هـ-2009م، م1،ص110.

[6] شعبان محمّد إسماعيل،أصول الفقه الميسّر،دح ،دار ابن حزم:بيروت،ط1 1429هـ-2008م ج1،ص32.

5- القواعد الأصولية تبيّن المنهاج الّذي يلتزمه الفقيه ، فهو القانون الّذي يلتزمه الفقيه ليعتصم به من الخطأ في الإستنباط، أمّا القواعد الفقهية فهي مجموعة الأحكام المتشابهة الّتي ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضبط معنى يربطها به[1].

6- القاعدة الأصولية لا يتوقف استنتاجها والتّعرف عليها على قاعدة فقهية، بخلاف العكس فإنّ القاعدة الفقهية يتوقف استنتاجها على القاعدة الأصولية[2].

7-القواعد الأصولية عبارة عن مسائل التي تشملها أنواع من الأدلّة التّفصيلية يمكن إستنباط الشّرع منها، أمّا القواعد الفقهية فهي عبارة عن المسائل الّتي تندرج تحتها أحكام الفقه، ويلجأ الفقيه إلى تلك القواعد الفقهية كتيسير له في عرض الأحكام فهو مثلاً إذا قال(إنّ العبرة بالمقاصد والمعاني) أغناه أن يقول في كلّ جزئية (البيع منعقداً بلفظ كذا) وأن يقول:(الإجارة تنعقد بلفظ كذا)[3].

8-تستمد القاعدة الأصولية أصولها من اللّغة وعلم الكلام ، والصّورة الكلّية للأحكام أمّا القاعدة الفقهية فهي قواعد تبنى على استقراء وتتبع الفروع الفقهية ، فهي مستمدة من الأدلة الشرعية والمسائل الفرعية المتشابهة في الأحكام .

9-قواعد الأصول محصورة في أبواب الأصول ومواضعه ومسائله لأنّها مرتبطة بأدلة الشرع ، أمّا القواعد الفقهية فهي ليست محصورة أو محددة العدد بل هي معتبرة جدّاً منثورة في كتب الفقه العام والفتوى عند جميع المذاهب[4].

---

[1] أبو زهرة،أصول الفقه،دح، دار الفكر العربي:القاهرة،د ط، ص10.

[2] الحصني،القواعد،ح عبد الرّحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد: الرياض،ط1 1418هـ-1997م،ج1،ص26.

[3] عبد الرّحمن بن ناصر السّعدي ،القواعد والأصول الجامعة ، ح أيمن بن عارف الدمشقي-صبحي محمّد رمضان،مكتبة السنّة:القاهرة،د ط، ص09.

[4] فؤاد صدقة مرداد، القواعد والضّوابط الفقهية عند الإمام ابن القيّم في فقه الأسرة، مرجع سابق ص158-159.

الفرع الثاني: أين تصنف مراعاة الخلاف أفي القواعد الأصولية أم القواعد الفقهية؟

بعد هذا العرض لمجمل الفوارق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، وبالنّظر إلى ماتتميّز كلّ واحدة منهما على الأخرى، نجد أنّ مراعاة الخلاف إذا أطلقنا عليها إسم القاعدة ينبغي أن تصنف ضمن القواعد الأصولية وليست في عداد القواعد الفقهية، فهي من مباحث علم الأصول لا من مباحث الفقه، لأنّ الفروع المبنيّة على مراعاة الخلاف مستنبطة منها وهي دليلها الإجمالي ، كما أنّ مراعاة الخلاف ناشئة عن ملاحظة أسرار التشريع من حيث وضع المكلّفين تحت أعباء التّكليف، ومن حيث أنّ قصد الشّارع من ذلك جلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم، وهذا شأن القواعد الأصولية.

ولمعترض أن يقول: أنّ مراعاة الخلاف قاعدة أغلبيّة وليست كلّية مطردة، فتكون ضمن القواعد الفقهية. لأنّنا نرى الإمام مالك يراعي الخلاف تارةً وتارةً لا يراعيه[1]،أي يعمل بها تارةً ويعدل عنها تارةً أخرى[2].

فالجواب على هذا الإعتراض : أنّ هذا ليس اختلافاً من مالك في تأصيل مراعاة الخلاف والعمل به أو لتخلّف بعض جزئيات هذا الأصل الكلّي حتى يصير أغلبيّاً، وبالتّالي يصير قاعدة فقهية لا أصولية، بل هو بيان لموضوع العمل به لأنّ مالكاً كان لم يراع الخلاف كلّه بل يراعي منه إلّا ما كان قويّاً فإن كان لم يراعه في بعض الأحوال فذلك لعدم قوّة دليله لا لاختلاف قوله في هذا الأصل الكلّي أو تخلّف بعض جزئيّاته[3].

---

[1] العيد عبّاسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،إشراف د.أحمد زقور، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران للعلوم الإنسانية: الجزائر،2006-2007م،ص86.

[2] المختار الولاتي ،إيصال السالك،ح مراد بوضاية،دار ابن حزم: بيروت،ط1 1427هـ-2006م،ص188.

[3] العيد عبّاسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،المرجع السابق،ص86.

يقول ميّارة[1] في هذا المعنى: "...مراعاة الخلاف من دأب المجتهدين النّاظرين في الأدلّة فحيث ترجّح عندهم دليل الغير أعملوه، وحيث لا أهملوه".

والظّاهر أنّ هذا هو الرّاجح ،لأنّ الحكم على دليل مخالف بالإعتبار أو عدمه ثمّ رعايته من وجه دون وجه، وفي حال دون حال، هذا يُؤذن بكمال التصرف في الأحكام بالنّظر والإستنباط والتّرجيح، وذلك درجة الإجتهادي والأصولي[2].

المطلب الثالث: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه

في موضوع" الخلاف الفقهي" ثمّة قاعدتان مهمّتان يقع كثير من العلماء والباحثين في الخلط بينهما هما:

1- قاعدة مراعاة الخلاف.

2- قاعدة الخروج من الخلاف.

فالأولى تكاد لا تعرف إلّا في الفقه المالكي- بمعناه الخاص-الّذي سبق وأن ذكرنا معناه، والثانية معروفة ومشروعة عند عامّة المذاهب وقد يصطلح عليها مسمّى مراعاة الخلاف أو الخروج من الخلاف إبتداءاً[3].

والمراد من الخروج من الخلاف هو: "أنّ ما اعتقد جواز شيء يترك فعله إذا وجد من أهل الإجتهاد من يعتقد كونه حراماً، أو اعتقد جواز الشّيء يفعله إذا كان من أهل

---

[1] هو عبد الله محمّد بن أحمد ميّارة الفاسي، المختص بالإتقان وحسن التّصريف، الفقيه المتفنّن ولد سنة 990هـ وتوفي بعد ضحى يوم الثلاثاء ثالث جمادى الثانية سنة 1072هـ، وله تآليف منها: " شرح الكبير والصّغير على المرشد المعين"،"شرح تحفة ابن عاصم" و"وزبدة الأوطاب في اختصار الخطّاب".(القادري،نشر المثاني،ح محمّد حجّي- أحمد التوفيق،مكتبة الطّالب : الرّباط، ط1 1403هـ-1982م،ج2،ص120-121).

[2] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص86.

[3] العيد عبّاسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص87.

الإجتهاد من يرى وجوبه حراماً، وحاصل هذه القاعدة هو الجمع بين أقوال المجتهدين"[1].

وعرّف الباحث عبد الرّحمن السنوسي الخروج من الخلاف أنّه:"إعتبار خلاف الغير بالخروج منه عند قوّة مأخذه بفعل ما"[2].

ويضيف إلياس بلكا أنّ بين "مراعاة الخلاف"و"الخروج من الخلاف" شبها ويمكن أن يقال لتصويره أنّ مراعاة الخلاف قسمان:

1-**مراعاة جزئية:** وهي اعتبار لمذهب مخالف من وجه، وآخر لمذهب نفسه من وجه آخر، وهذه مراعاة الخلاف المقصودة عند المالكية ولا تكاد تعرف إلّا عندهم[3].

2-مراعاة كّلية: وهي إهمال لمذهبه ، وعدول إلى مقتضى مذهب الآخر وخروج إليه وهذه قاعدة الخروج من الخلاف الّتي يذكرها عامّة الفقهاء من مختلف المذاهب[4].

ولهذه القاعدة سندها الشرعي ، فهي ضرب من الورع المشروع ، والإحتياط في الدين وترك الشبهات، ليسلم للمرء دينه وعرضه[5].

---

[1] منيب شاكر،العمل بالإحتياط في الفقه الإسلامي،دح، دار النّفائس: الرياض،ط1 1418هـ-1998م،ص244.

[2] محمّد المبارك،الخروج من الخلاف، مجلة الجامعة الإسلامية: صادرة عن شؤون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية:غزة،العدد151،ص318.

[3] العيد عبّاسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص88.

[4] العيد عباسة ،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص88.

[5] ينظر:منيب شاكر،العمل بالإحتياط في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص247-248.

قال ابن رشد [1] في هذا المعنى: "وما اختلف أهل العلم فيه ليكافئ الأدلّة في تحليله وتحريمه فهو من المشتبهات الّتي قال فيها رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-(أَنَّهُ مَنِ اتَّقَاهَا فَقَدْ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ)[2]"[3].

وجعل القرافي[4] الخروج من الخلاف بحسب الإمكان نوع من أنواع الورع .

قال الغزالي[5]:"إتّقاء مواضع الخلاف مهمٌّ في الورع في حقّ المفتي والمقلّد"، وقال أيضا:"الفرار من الخلاف إلى الإجماع من الورع المؤكد"[6].

وقال النّووي[7]:"إنّ العلماء متّفقون على الحثّ على الخروج من الخلاف، إذا لم يلزم منه إخلال بسنّة أو وقوع في خلاف آخر"[8].

وقد أطلق بعض أكابر أصحاب الشّافعي-رحمهم الله-أنّ الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه، والخلاف على أقسام:

---

[1] هو محمد بن أحمد بن رشد،أبو الوليد(520-595هـ) فقيه مالكي ،من أهل الأندلس قرطبة من تصانيفه:"بداية المجتهد ونهاية المقتصد"و"فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الإتصال".(يحي مراد،معجم تراجم أعلام الفقهاء،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1425هـ-2004م،ص123).

[2] رواه مسلم في صحيحه[دح،دارطيبة: الرياض،ط1 1427هـ-2006م] ك.المساقاة والمزارعة،ب.أخذ الحلال وترك الشبهات،(م2،ص750،رقم1599).

[3] ابن رشد ،المقدمات الممهدات،ح محمّد حجّي،دار الغرب الإسلامي:بيروت، ط1 1408هـ-1988م ج3،ص432.

[4] سبق ترجمته،ص11.

[5] أبو حامد محمّد بن محمّد الغزالي(1058-1111م)عالم من علماء اللّغة والفقه،له كتب منها: "المستصفى في أصول الفقه" "الوسيط"و"الوجيز"(علي عبد الفتّاح،أعلام المبدعين،ج1،ص688).

[6] منيب شاكر،العمل بالإحتياط في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص250.

[7] يحي بن شرف الدّين بن مري بن حسن النّووي، من أهل نوى(631-676هـ)علاّمة في الفقه الشّافعي والحديث واللّغة،من تصانيفه :"المجموع شرح المذهب"لم يكمله"روضة الطالبين"و"المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجّاج".(يحي مراد،معجم تراجم أعلام الفقهاء،ص338).

[8] منيب شاكر،العمل بالإحتياط في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص250-251.

-**القسم الأول**:أن يكون الخلاف في التّحريم والجواز فالخروج من الخلاف بالإجتناب أفضل.

-**القسم الثاني**:أن يكون الخلاف في الإستحباب والإيجاب، فالفعل أفضل.

-**القسم الثالث**:أن يكون الخلاف في الشرعية، فالفعل أفضل،كقراءة البسملة في الفاتحة[1]، ابن عبد البر[2] هو المشهور عند المالكية وتحصيل مذهبه عند أصحابه

وقيل بالإباحة والنّدب والوجوب ولكن من الورع الخروج من الخلاف بالبسملة أوّل الفاتحة[3].

وبالتّالي إذا اختلف العلماء في مسألة، فإنّه يشرع للمكلّف أن يخرج من الخلاف بأن يفعل فعلاً يقع الإتفاق بين العلماء على جوا ز صحته[4].

وأورد علماء الفقه والأصول قاعدة فقهية تنص على أنّ "الخروج من الخلاف مستحبّ"، وهي قاعدة عظيمة النّفع جليلة الفائدة لأنّ غايتها الإحتياط في الأحكام وتضييق الخلاف بمسائل الإجتهاد[5].

---

[1] العز بن عبد السلام،القواعد الكبرى،ح نزيد كمال حمّاد-عثمان جمعة ضميريّة، دار القلم :سوريا د ط،ج1،ص369.

[2] يوسف بن عبدالله بن محمّد بن عبد البر النّمري الحافظ،ولد بقرطبة سنة 386هـ،شيخ علماء الاندلس من تصانيفه:"الكافي" "الإستذكارفي شرح مذاهب علماء الأمصار"و"التّمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد".(يحي مراد،معجم تراجم أعلام الفقهاء،ص200).

[3] الخرشي، مختصر خليل،دح،دار الفكر:بيروت،ط2 1417هـ،ج1،ص289.

[4] سعد بن ناصر الشثري،القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالمسلم غير المجتهد،دح،دار اشبيليا الرياض،ط1 1424هـ-2003م،ص52.

[5] عباس أحمد الباز،الخروج من الخلاف الفقهي،المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية،صادرة بدعم من صندوق البحث العلمي : الأردن،العدد 1،1435هـ-2014م،10،218.

استشكل الأنباري[1] ندب الخروج من الخلاف بأنّه أحداث قول لم يقل به أحد[2]، فإنّ الأمّة إذا اختلفت على قولين بالتّحريم والإباحة فالقول بأنّ الترك بالثّواب ، والفعل جائز قول لم يقل به أحد[3].

وقد أفاض السيوطي[4] في ذكر أمثلة لقاعدة "الخروج من الخلاف مستحبّ" قائلا: "إنّ فروعها كثيرة جدّاً لا تكاد تحصى"[5]، وجمع لذلك أمثلة من من فقه الشّافعية والحنفية والمالكية والحنابلة منها[6]:

1- إستحباب الدّلك في الطهارة، واستيعاب الرّأس بالمسح وغسل المني بالماء، والترتيب في قضاء الصّلوات، وترك صلاة الأداء خلف القضاء وعكسه، والقصر في سفر يبلغ ثلاث مراحل، وتركه فيما دون ذلك وللملاح الّذي سافر بأهله وأولاده، وترك الجمع وكتابة العبد القويّ الكسوب، ونيّة الإمامة، واجتناب القبلة واستدبارها مع السّاتر،

---

[1] محمّد بن محمّد بن بشار بن الحسن، أبو بكر الأنباري ولد سنة271هـ،أديب نحوي، مفسّر،محدث توفي سنة328هـ من تصانيفه:"عجائب علوم القرآن" "كتاب الوقف والإبتداء"و"غريب الحديث".(يحي مراد،معجم تراجم أعلام الفقهاء،ص47).

[2] ابن حجر الهيتمي،الفتاوى الكبرى الفقهية،دح،مكتبة التراث الإسلامي:القاهرة ،د ط، ج4،ص313.

[3] الزركشي،البحر المحيط،ح عبدالقادر عبدالله العاني،دار الصفوة: الغردقة،ط2 1413هـ-1992م ج6،ص265-266.

[4] جلال الدّين ،أبو الفضل، عبد الرّحمن بن كمال السيوطي(1445-1505م) من أهمّ علماء التفسير ولد في إحدى محافظات مصر من أهمّ مؤلفاته:" الأشباه والنّظائر" "الحاوي للفتاوى"و الشماريخ في علم " التّاريخ". (علي عبد الفتّاح،أعلام المبدعين،ج2،ص937-938).

[5] حسن الشاذلي،الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات،دح، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب جدّة،ط1 1427هـ-2006م،ص29.

[6] وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية،الموسوعة الفقهية،(الكويت: ذات السلاسل)،ط2 1404هـ - 1983م،ج2،ص298.

وقطع المتيمّم الصّلاة إذا رأى الماء خروجاً من خلاف من أوجب الجميع[1]، مسّ الذكر ومسّ المرأة، وأكل لحم جزور فيعاد بها الوضوء استحباباً[2].

2- وكراهة الحيل في باب الرّبا، ونكاح المحلّل خروجاً من خلاف من حرّمه، وكراهة صلاة المنفرد خلف الصفّ خروجاً من خلاف من أبطلها وكذا كراهة مفارقة الإمام بلا عذرٍ، والإقتداء في خلال الصّلاة خروجاً من خلاف من لم يجز ذلك[3].

ويفرّق أكثر العلماء بين"مراعاة الخلاف"و"الخروج من الخلاف" في الإستعمال والتّفريع الفقهي الّذي يظهر لنا أنّه وإن اشترك المصطلحان في الإعتداد بقول المخالف في مسألة اجتهادية وإعطائه اعتباره، لكن تبقى في الحقيقة بعض أوجه الإختلاف بينهما ظاهرة للمتأمّل في استعمالات أكثر أهل العلم لهما ومن ذلك:

1- إنّ مقصد الأساس من مراعاة الخلاف التيسيير والتخفيف ورفع الحرج عن المكلّف، وذلك بالنّظر إلى تسويغ أمر بسبب وجود مذهب آخر يقول به أكثر يسراً وسهولةً للفرد من أن يلتزم بوجهٍ واحدٍ من الفتوى، بينما الخروج من الخلاف مقصده الأساس عند المجتهد الورع والتحرز وسلوك طريق الإحتياط، وطلب السلامة لدينه فهو من دقيق النّظروالأخذ بالحزم.

2- إنّ مراعاة الخلاف تكون قبل الورع أي-ابتداءاً-وبعده فيسوغ استعمالها ابتداءاً قبل إقدام المكلّف الفعل من باب التخفيف من شدّة الأحكام عليه، بأن يتجه إلى العمل بالقول المرجوح في نظر المجتهد إذا كان أيسر أو أكثر سهولة، كما يكثر استعمالها أيضاً بعد وقوع الفعل منه لهذا المقصد بتخفيف بعض أثاره عليه، بل كانت "مراعاة الخلاف" بعد الوقوع هي المقصود من مصطلح مراعاة الخلاف عند بعض العلماء[4].

---

[1] السيوطي،الأشباه والنّظائر،دح ،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1403هـ-1983م، ص136.

[2] ابن نجيم،غمز عيون البصائر،دح ،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1405هـ-1985م،ج2، ص44.

[3] السيوطي،الأشباه والنّظائر،مرجع السابق،ص137.

[4] محمّد المبارك،الخروج من الخلاف،مرجع سابق،ص322.

أمّا الخروج من الخلاف فلا يكون إلّا قبل وقوع الفعل بقصد التحرز وطلب الطمأنينة واليقين بالخروج عن العهدة، فيعمل بما فيه السلامة على أدلّة المختلفين في المسألة الإجتهادية، وعليه فلا يبقى في النّفوس توهم أنّه قد أهمل دليلاً لعلّ مقتضاه هو الصّحيح.

3- إنّ تحقيق مراعاة الخلاف ومعرفة مجال تطبيقها بيد العالم المجتهد وذلك لأنّها تعتمد التيسير في تصحيح التّصرف المخالف لما يراه المراعي راجحاً في الأصل، ولا شك أنّ هذا مركب صعب ومسلك وعر، لايمكن للعامي المقلّد معرفة طرقه.

قال الشاطبي[1]:" مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء".

أمّا الخروج من الخلاف فمن الممكن أن يكون بيد العالم المجتهد وغيره، وذلك لاعتماده على الورع والإحتياط في الدّين، وهذا لايقتصر استحبابه على العالم المجتهد وحده.

4- إنّ مراعاة الخلاف لا تتضمن الجمع بين الخلاف الوارد في المسألة الإجتهادية، بينما الخروج من الخلاف يتضمن الخروج من الخلاف إلى الإتفاق، بحيث يكون العامل به سالماً على جميع الأقوال المعتبرة في المسألة[2].

[1] سبق ترجمته،ص6.

[2] محمّد المبارك،الخروج من الخلاف،مرجع سابق،323-324.

كما جاء عن الإمام المازري[1] أنّه كثيراً ما كان يراعي الخلاف ويحكي عنه أبو حفص الميّانشي[2]، أنّه صلّى خلفه فسمعه يقول البسملة ولمّا خلا به فاتحه في الموضوع قائلاً له: "يا سيّدي سمعتك تقرأ في صلاة الفريضة كذا فقال: أوقد تفطنت لذلك؟ فقلت له: يا سيّدي أنت اليوم إمام في مذهب مالك ولابدّ أن تخبرني فقال لي: اسمع ياعمر، قول واحد في مذهب مالك أنّ من قرأ (بسم الله الرّحمن الرّحيم) في الفريضة لا تبطل صلاته، وقول واحد في مذهب الشافعي أنّ من لم يقرأ(بسم الله الرّحمن الرّحيم) بطلت صلاته، فأنا أفعل ما لا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي، وتبطل بتركه في مذهب غيره لكي أخرج من الخلاف[3].

5- إنّ مراعاة الخلاف لما كان المقصد الأساس منها طلب التّخفيف ورفع الحرج، كان حكمها من حيث هي الإباحة والجواز، فيسوغ المكلّف العمل بها من باب تخفيف شدّة الأحكام المترتبة عليه أو تخفيف بعض آثارها.

أمّا الخروج من الخلاف فحكمه في الأصل الاستحباب والنّدب لما فيه من الإحتياط والورع والأخذ بالحزم، وكلّ ذلك مرغب فيه شرعا [4].

---

[1] محمّد بن علي عمر التّميمي المازري لقّب بالإمام(453 وقيل 443-536هـ) فقيه أصولي له كتب منها: "إيضاح المحصول في برهان الأصول" "نظم الفوائد في علم العقائد"و"شرح التلقين". (يحي مراد،معجم تراجم أعلام الفقهاء،ص296).

[2] عمر بن عبد المجيد القرشي الميانشي المهدوي، أبو حفص ولد سنة 581هـ الموافق ل1185م نزيل مكة وشيخ الحرم، المحدّث الإمام من مؤلفاته:"المجالس المكيّة في الأحاديث النبويّة" و"الإختيار في الملح والأخبار".(محمّد محفوظ،تراجم المؤلفين التونسيّين،دح ،دار الغرب الإسلامي:بيروت،ط1 1405هـ-1985م،ج4،ص324-425).

[3] عمر الجيدي،مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دح،دط سنة1993 ،ص250.

[4] محمّد المبارك،الخروج من الخلاف،مرجع سابق،ص324-325.

المبحث الثاني

مذاهب الأصوليين في حجّية مراعاة الخلاف

- **المطلب الأول:** موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف ومستندهم في ذلك
- **المطلب الثاني:** ضوابط وشروط العمل بمراعاة الخلاف
- **المطلب الثالث:** حكم مراعاة الخلاف عند المالكية وموقف أصحاب المذاهب الأخرى

المبحث الثاني: مذاهب الأصوليين في حجّية مراعاة الخلاف

المطلب الأول: موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف ومستندهم في ذلك

الفرع الأول: موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف

اختلف علماء المالكية حول العمل بمراعاة الخلاف، ولهم في ذلك رأيان:

الرأي الأول: المجيزون للعمل بمراعاة الخلاف.

وَ رَعْيُ خُلْفٍ كَانَ طَوْراً يَعْمَلُ بِهِ وَعَنْهُ كَانَ طَوْراً يَعْدِلُ[1]

يعني أنّ رعي(الخلف)،أي مراعاة الخلاف من أدلّة مالك–رحمه الله– التي كان يستدلّ بها، لكنه يعمل بها تارة ويعدل عنها تارة أخرى فلا احتجاجه بها دائماً[2].

وقد نصّ جماعة من كبار المالكية على أنّ مراعاة الخلاف من الأصول التّشريعية التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، فقد نقل عن أصبغ بن الفرج[3](225هـ)وهو من كبار شيوخ المذهب ومتقدّميهم قوله:"ومن الإستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب"[4].

---

[1] محمّد المختار الشّنقيطي،درر الأصول في أصول فقه المالكية،ح عبد الرّحمن السّنوسي، دار التراث ناشرون:الجزائر،ط1 1424هـ–2004م،ص97.

[2] المختار الولاتي،إيصال السالك،مرجع سابق،ص188–189.

[3] أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع(000–225هـ) ،فقيه من كبار المالكية بمصر،قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ قيل له: ولا ابن قاسم قال:ولا ابن القاسم.
(أبي العبّاس،وفيات الأعيان،م1،ص240).

[4] أحمد غاوش،المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي:مراعاة الخلاف أنموذجاً،مجلة مالكيات صادرة عن مؤسسة الإحياء،العدد36،د س،ص157.

وذكر ابن عرفة[1] فقال:"أنّ أهل المذهب يستندون إلى مراعاة الخلاف وجعلوه قاعدة"[2]، وقال محمّد ابن رشد:"أنّ من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف،وهو استحسان"[3]،وذكر الشّاطبي كذلك :"إنّ من جملة أنواع الإستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة منها:أنّ الماء اليسير إذا حلّت فيه النّجاسة اليسيرة،ولم يتغيّر أحد أوصافه،أنّه لا يتوضأ به بل يتيمّم ويتركه،فإن توضأ به وصلّى أعاد مادام في الوقت،ولم يعد بعد الوقت،وإنّما قال:"يعيد في الوقت" مراعاة لقول من يقول أنّه طاهر مطهر،ويروى جواز الوضوء به ابتداءاً، وكان قياس هذا القول أن يعيد أبداً إذ لم يتوضأ إلّا بما يصح له تركه والإنتقال عنه إلى التيمّم"[4].

ولقد اعتبر القباب[5] أخذ المالكية به من محاسن هذا المذهب، وقال الونشريسي[6]: "هو من الأصول التي بنى عليها مالك مذهبه"، واعتبره بعضهم الأصل السابع عشر من أصوله التّشريعية المعتبرة[7].

وممّا يتضح من هذه النّقول والأقوال التي سُقناها أنّ مالكاً والأكثرية من أصحابه ورُواد مذهبه يقولون بصحة"مراعاة الخلاف" وصحة الإستناد إليه كدليل و أصل فقهي ، ومن هؤلاء أصبغ بن الفرج وابن عرفة والقباب ...وغيرهم كثر.

---

[1] سبق ترجمته،ص7.

[2] الرصاع،شرح حدود ابن عرفة،مرجع سابق،ج1،ص263.

[3] ابن رشد ،البيان والتحصيل،ح أحمد الحبابي ،دار الغرب الإسلامي:بيروت،ط2،1408هـ-1988م ج3،ص419.

[4] الشاطبي،الإعتصام،ح أبو عبيدة مشهور آل سلمان،مكتبة التوحيد ،د ط،م3،ص76-77.

[5] سبق ترجمته، ص7.

[6] (834هـ-914م) أحمد بن يحي بن محمّد الونشريسي التلمساني، أبو العبّاس،فقيه مالكي من كتبه:"إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك".(الزركلي،الأعلام،ج1،ص269).

[7] أحمد غاوش،المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي: مراعاة الخلاف أنموذجاً،مرجع سابق ص157.

الرأي الثاني: النّافون لمراعاة الخلاف

القول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الأشياخ المحقّقين، والأئمّة المتفنّنين، منهم: بو عمران[1]، وأبو عمر[2] وعياض[3].[4]

قال عياض:"القول بمراعاة الخلاف لايعضده القياس[5]. وكيف يترك العالم مذهبه الصّحيح عنده ويفتي بمذهب غيره المضاد لمذهبه،هذا لايسوغ له إلّا عند عدم التّرجيح وخوف فوات النّازلة، فيسوغ له التّقليد ويسقط عنه التّكليف في تلك الحادثة.

و اختار أيضاً هذا بعض شيوخ المذهب من المتأخرين[6]. وللشّيخ المحقّق أبي عبد الله ابن عرفة–رحمه الله–في القول بمراعاة الخلاف جواب كبير يطول بنا جلبه[7].

---

[1] موسى بن عيسى بن أبي حاج أبو عمران الفاسي ثمّ القيرواني ،إما علّامة فقيه أصولي،ولد368هـ إنصرف إلى قيروان وأقرأ النّاس بها القرآن وسمع الحروف وكتب عن جماعة من محدثيها حديثاً منثوراً وشاهد مجلس القاضي أبي بكر محمّد الطيّب،ثمّ انتهت إلية رئاسة العلم بالقيروان،مات في ثالث عشر رمضان سنة 430هـ.(بن الجزري،غاية النّهاية في طبقات القرّاء،ح برجستراس،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1427هـ–2006م،ص448).

[2] الإمام الكبير ،قاضي القضاة أبو عمر ،محمّد بن يوسف بن يعقوب بن اسماعيل ابن عالم بالبصرة مولده بالبصرة في سنة 243هـ،وكان عديم النّظير عقلا وحلما وذكاءا حمل النّاس عنه علما واسعا من الحديث والفقه،وقد كتب الفقه عن اسماعيل القاضي وعمل مسندا كبيرا قرأ اكثره النّاس،مات سنة 320هـ.(محمّد الذهبي،سير أعلام النبلاء،ح شعيب أرنؤوط–أكرم البوثي،مؤسسة الرّسالة:بيروت،ط1 1403هـ–1983م،ج14،ص555).

[3] (476–544هـ) القاضي أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السّبتي كان إمام وقته في الحديث وعلومه والنّحو واللّغة وكلام العرب له تصانيف منها:"الإكمال في شرح كتاب مسلم" وله كتاب سمّاه "التّنبيهات".(أبي العبّاس بن كلخان،وفيات الأعيان،م3،ص483–485).

[4] الونشريسي،المعيار المعرب،مرجع سابق،ج12،ص36.

[5] الإمام المنجور ،شرح منهج المنتخب إلى قواعد المذهب،مرجع سابق،ج1،ص198.

[6] الونشريسي،المعيار المعرب،مرجع سابق،ج12،ص36.

[7] الإمام المنجور ،شرح منهج المنتخب إلى قواعد المذهب،مرجع سابق،ج1،ص198.

وهذا الإمام الشاطبي يصرّح في "الموافقات"أنّ المسألة أشكلت على طائفة منهم ابن عبد البر[1] فإنّه قال:"الخلاف لايكون في الشّريعة".وهو نفسه وقف أمامها يبحث عن المبرّر لمشروعيّتها ممّا دفعه إلى الإستنجاد بكبار فقهاء عصره قصد رفع هذا الإشكال الذي اعترضه[2]، فقال:"و لازلت منذ زمان أستشكله، حتّى كتبت فيها إلى المغرب، وإلى إفريقية، فلم يأتني جواب بما يشفي الصّدر"[3].

ولقد استشكل الإمام الشاطبي هذه المسألة من ثلاثة أوجهٍ، الأول:أنّ المالكية لايراعون الخلاف في كلّ مسألة، وإنّما في البعض فقط، والوجه الثاني: في دليل مراعاة الخلاف وعلى أيّ أصل يبنى؟ والوجه الثالث: أنّ الواجب على المجتهد اتّباع دليله ...وحق له أن يستشكل.

هذه الإستشكالات هي التي راسل في شأنها الشاطبي الإمامين ابن عرفة(ت803هـ) والقباب(ت799)فكان محصل جواب ابن عرفة عن الإشكال الأول، أنّ ضابط ذلك هو رجحان دليل المخالف، وعن الثاني هو وجوب العمل بالأرجح، وعن الثالث أنّ بمراعاتنا للخلاف لانكون عاملين بدليل الخصم وإلغاء دليلنا، وإنّما نكون قد جمعنا بين الدليلين، فقد أعملنا دليلنا فيما هو أرجح، وأعملنا دليل الغير فيما هو عنده أرجح[4].

وأمّا جواب القباب فبعد أن اعتبر مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي، يفصل القول عنه بأنّ الأدلّة الشّرعية منها ما تبيّن قوتها تبييناً يجزم النّاظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمارتين، فها هنا لا وجه لمراعاة الخلاف، ولا معنى له،...لاسيما إن علم أنّ الطريقتين معاً موصولان إلى المقصود.

---

[1] سبق ترجمته،ص19.

[2] عمر الجيدي،مباحث في المذهب المالكي بالمغرب،مرجع سابق،ص247.

[3] الشاطبي،الموافقات،مرجع سابق،م1،ص162.

[4] عمر الجيدي،مباحث في المذهب المالكي بالمغرب،مرجع سابق،ص248.

لم يقتنع الشاطبي لا بجواب ابن عرفة، ولا بجواب القباب فرجعهما مرّةً أخرى بعد أن عاد على جوابهما بالنّقض، فكان جواب القباب مهذباً، تواضع فيه مع الشاطبي وأكبر علمه وفهمه لنصوص الشّريعة، أمّا ابن عرفة فأغلظ له القول[1].

وهذه جملة من اعتراضات كوكبة من الأئمّة والأشياخ المحقّقين على مراعاة الخلاف وآراء غيرهم من المخالفين لم تخرج عن هذا النّسق والإختيار بل تسير في الإتّجاه نفسه.

وممّا يجدر لفت الإنتباه إليه أنّ الذين استنكروا وعارضوا القول "بمراعاة الخلاف"هم من الأئمّة الذين باع سيطهم، ولهم وزنهم في المذهب المالكي وبالرّغم من ذلك لم يسلموا بحجيّته، ممّا يتطلّب إمعان النّظر في المسألة وزيادة تمحيص عند استعراض أدلّة كل من الفريقين والوقوف عندها من حيث العرض والمناقشة.

الفرع الثاني: الأدلة ومناقشتها

أولاً-أدّلة المجيزين ومناقشتها:

استدلّ المالكية على قاعدة مراعاة الخلاف بأدلّة وحجج نقلية وعقلية.

أ/الأدلّة النّقلية:

1-قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ وَلَا ٱلشَّهۡرَ ٱلۡحَرَامَ وَلَا ٱلۡهَدۡيَ وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ وَلَآ ءَآمِّينَ ٱلۡبَيۡتَ ٱلۡحَرَامَ يَبۡتَغُونَ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّهِمۡ وَرِضۡوَٰنٗا ﴾[2].

وجه الدلالة: أنّ الله تعالى بيّن أنّ النّهي عن استحلال المشركين الآمّين البيت الحرام،هو ابتغاؤهم فضل الله ورضوانه مع كفرهم به سبحانه وتعالى،الذي لا تصح معه عبادة ولا يتقبل معه عمل،وهذا فيه نوع من الإعتبار والمراعاة لزعمهم الباطل، وتستبعد

[1] عمر الجيدي،مباحث في المذهب المالكي بالمغرب،مرجع سابق،ص248-249.

[2] (المائدة،02).

عبادته الواقعة على وجه دليل شرعي!، كيف لا يراعي خلاف عبد مسلم لا يقطع بخطئه فيه وإن كان يظنّ ذلك ظنّاً[1].

2-قول النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-:(الَولَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ)ثمّ قال لسودة بنت زمعة زوج الرّسول-صلّى الله عليه وسلّم-:(احْتَجِبِي مِنْهُ) لِما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتّى تقي الله)[2].

فقد حكم -صلّى الله عليه وسلّم-بالولد الصّاحب الفراش، وهو زمعة والد سودة، على مقتضى ماهو مقدر في الشّريعة أنّ الولد ينسب لصاحب الفراش ويلحق به،لأنّ الإبن المتنازع فيه بين سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة ولد على فراش زمعة حيث أنّ أمّه أمّة لزمعة،لكن لمّا وجد النّبي-صلّى الله عله وسلّم-شبهًا بين الولد وبين عتبة بن أبي وقاص الذي اتّصل بأمّه زمعة وقت الكفر في الجاهلية، وأوصى لأخيه سعد أن يستلحق ولدها بعد ولادته، أمر-صلّى الله عليه وسلّم-مراعاة لهذا الشّبه-وهو دليل من الأدلّة-أمر سودة بنت زمعة أن تحتجب من الولد مع أنّه أخوها ولد على فراش أبيها، وذلك لشبهه بعتبة بن أبي وقاص، فعمل النّبي-صلّى الله عليه وسلّم بالشّبه في خصوص الإحتجاب منه، وعمل بالفراش فيما سوى ذلك من استحقاق النّسب وغيره[3].

---

[1] د.العربي محمّد الإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مجلّة كلية العلوم الإسلامية، العدد 15-2 1435هـ-2014م،م8،ص17.

[2] رواه البخاري في صحيحه [ح الشّيخ محمّدعلي القطب-الشّيخ هشام البخاري،المكتبة لعصرية بيروت،ط3 1424هـ-2003م]ك.البيوع،ب.تغيير المشتبهات،(م3،ص105،ر2053).

[3] التسولي،تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب(البهجة شرح التّحفة)،ح بن عبد الرّحمن الصادق الغرياني،دار ابن حزم:بيروت،ط1 1426هـ-2005م،ص7-8.

وجه الدلالة:قال الإمام ابن دقيق العيد[1]–رحمه الله–"وبيانه من الحديث أنّ الفراش مقتضٍ لإلحاقة بزمعة، والشّبه البيّن مقتضي لإلحاقه بعتبة، فأعطي النّسب بمقتضى الفراش، وألحق بزمعة، وروعي أمر الشّبه بأمر سودة بالإحتجاب منه"[2].

وناحية الإحتياط فيه يتمثل في أمره–صلّى الله عليه وسلّم–زوجه سودة –رضي الله عنها–بالإحتجاب من الولد واسمه عبد الرّحمن الملحق بأبيها، رغم حكمه بإثبات نسبه الظاهر من زمعة أبيها المقتضي كونها أخته.

يقول الصنعاني–رحمه الله–"أمرها بالإحتجاب منه على سبيل الإحتياط والورع والصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات ومن الشبهة، وذلك لما رآه–صلّى الله عليه وسلّم–في الولد من الشبه البيّن بعتبة"[3].

الإعتراض الوارد على هذا الدليل:

أنّه لا يحتجّ للأصول والقواعد الهامّة بخبر آحاد.

وجوابه: قال ابن عرفة مجيباً على هذا الإعتراض:"وهذا الحديث(حديث عائشة)أقوى أدلّة مراعاة الخلاف، ولايقال إنّه لا يحتجّ للأصول والقواعد الهامّة بخبر آحاد،لأنّني أقول إن هذا ليس حديث آحاد فقط، بل هو خبر مشهور، وهذا يوجب علم الطمأنينة كما يرى الأحناف".

ويقول ابن عبد البر عن هذا الحديث:"هو من أصحّ مايروى عن النّبي–صلّى الله عليه وسلّم–من أخبار الآحاد العدول"[4].

---

[1] محمّد بن علي بن وهب بن مطيع(ّ625هـ–702م)،أبو الفتح،تقي الدين القشري،المعروف كأبيه وجدّه بابن دقيق العيد،قاض من أكابر العلماء بالأصول،مجتهد،ولي قضاء الديار المصرية له تصانيف منها:"إحكام الأحكام"و"تحفة اللبيب في شرح التقريب".(الزركلي،الأعلام،ج6، ص283).

[2] العربي بن محمّدالإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص17.

[3] العربي بن محمّدالإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص17–18.

[4] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص101.

3-حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-عن النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-أنّه قال:(لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ، وَ لاَ تُزَوِّجُ المَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ التِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا)[1]

وجاء أيضاً من حديث عائشة-رضي الله عنها-:(أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ-ثَلاَث مَرَّات-فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالمَهْرُ بِمَا أَصَابَ مِنْهَا)[2].

وجه الدلالة: أنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم- حكم أولاً ببطلان العقد، وأكدّ بالتّكرار ثلاثاً، وسمّاه زنا، وأقل مقتضياته عدم إعتبار هذا جملة، لكنّه-صلّى الله عليه وسلّم-عقبه بما اقتضى إعتباره بعد الوقوع بقوله:(ولها مهرها) ومعلوم أنّ مهر البغي حرام.

4-فعل الخلفاء في فتاويهم، وأعلام الصّحابة وجمهورهم من غير نكير، ومن ذلك التّالي:

أ-قول أبي بكر الصدّيق ليزيد بن أبي سفيان-رضي الله عنهما-الذي يبيّن فيه أحكام القتال وآدابه:(وستجد أقواماً زعموا أنّهم حبسوا أنفسهم لله...وفيه ذكر الرّهبان، ونهاه عن قتلهم).

وجه الدلالة: أنّ الراهب مع القطع ببطلان عبادته وضلال دينه، لايتعرض له تقبل أو سبي لزعمه أنّه حبس نفسه لله تعالى، مساومة له في زعمه لا اعتبارا لدعواه،ولو عاملنا بمقتضى الأصل الذي هو بطلان ديانته، لكان أولى بالقتل، أو السبي من غيره، لكنّنا أجرينا فيه حكم اللاّزم على زعمه رغم الإبقاء على أصل اعتقادنا فيه[3].

---

[1] رواه ابن ماجة في سننه [ح محمّد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء الكتب العربية:بيروت، د ط] ك.النّكاح،ب.لا نكاح إلّا بوليّ،(ج1،ص606، ر1882).

[2] رواه أبي داود في سننه [ح شعيب الأرنؤوط-محمّد كامل قروبللي-شادي محسن الشيّاب، دار الرّسالة العالمية:دمشق،ط خ 1430هـ-2009م]،ك.النكاح،ب.في الولي،(ج3،ص425، ر 2083).

[3] العربي بن محمّد الإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص18.

وهذا دليل على أصالة العمل بمراعاة الخلاف، من حيث اعتبار اللّازم، مع إهمال ملزومه الثّابت.

ب-قصّة الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود-رضي الله عنه-لمّا صلّى خلف عثمان-رضي الله عنه-بمنى متمّا، رغم مخالفته له ومراجعته إيّاه في ذلك، ولمّا سئل عن ذلك قال:(الخلاف شرّ)[1].

ب/الأدلّة العقلية: أهمّها دليلان، هما

أ-قرّر القاضي أبو الوليد الباجي[2]-رحمه الله-إعتبار الخلاف في الأحكام الشّرعية، واستدلّ على ذلك"بأنّ ماجاز أن يكون علّة بالنّطق(أي بالنّص)،جاز أن يكون علّة بالإستنباط، ولو قال الشّارع:إنّ كلّ ما لم تجتمع أمّتي على تحريمه، واختلفوا في جواز أكله، فإنّ جلده يطهر بالدباغ، لكان ذلك صحيحاً، فكذلك إذا علّق الحكم عليه بالإستنباط".

وتوضيح هذا الدليل:إنّ الوصف الذي يجوز أن ينصّ الشّارع على علّيته، يجوز لنا أن نجعله علّة بالإستنباط. واختلاف العلماء وصف لامانع أن ينصّ الشّارع على علّيته[3].

إذن، لامانع من جعله علّة بطريق الإستنباط.وعندئذ، يكون مراعاة الخلاف جائزاً في بناء الأحكام عليها، وهو المدّعي.

---

[1] العربي بن محمّد الإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص18.

[2] من القضاة ببلاد شرق الأندلس،أبو الوليد سليمان خلف الباجي،قال عياض فيه:جال ببلاد المشرق نحو ثلاة عشرة عاماً وكان يصحب الرؤساء،ويقبل جوائزهم،فكثر القائلون فيه من أجل ذلك.
(أبو الحسن النباهي،تاريخ قضاة الأندلس،ح لجنة إحياء التراث العربي،دار الآفاق الجديدة: بيروت ط5 1403هـ- 1983م،ص95).

[3] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،إشراف.د عطا الله فيض الله،كلّية الشريعة والقانون،الجامعة الإسلامية العالمية:إسلام آباد-باكستان،1419هـ-2000م،ص109.

اعتُرض على هذا الدليل باعتراضين:

الأول:"هذا الدليل مشترك الإلزام، ومنقلب عن المستدل به، إذ لقائل أن يسلم أنّ ماجاز أن يكون علّة بالنّطق، جاز أن يكون علّة بالإستنباط، ثمّ يقول:لو قال الشّارع:إنّ كلّ ما لم تجتمع أمّتي على تحليله، واختلفوا في جواز أكله، فإنّ جلده لا يطهر بالدباغ، لكان ذلك صحيحاً، فذلك الحكم بالإستنباط.ويكون هذا القلب أرجح، لأنّه مائل إلى جانب الإحتياط".

الثاني: ليس كلّ جائز عقلا، واقعا سمعاً، بل الوقوع محتاج إلى دليل، ألا ترى أنّه يجوز أن ينصّ الشّارع–مثلاً–على أنّ مسّ الحائط ناقض للوضوء، وأنّ شرب الماء السّاخن مفسد للحجّ، وأنّ المشي من غير نعل يفرق بين الزّوجين، وما أشبه ذلك، ولايكون التجويز سبباً في وضع الأشياء المذكورة عللاً شرعية بالإستنباط، فلمّا لم يصحّ ذلك، دلّ على أنّ نفس التجويز ليس بمسوّغ لجعل الأوصاف عللاً شرعية بالإستنباط[1].

فإن قيل: إنّ الجواز مقيّد باشتراط مناسبة الوصف للحكم، وماذكرتموه من تلك الأمثلة عارض تلك المناسبة.قلنا:لم يذكر هذا القيد في الدليل، على أنّ من طرق الإستنباط مالا تلزم فيه المناسبة، كالطّرد والعكس[2].

ب– قرّر أبو إسحاق الشاطبي–رحمه الله–أنّ من ارتكب منهياً عنه، قد يكون مايترتب عليه من الأحكام، أزيد ممّا ينبغي، وأشد عليه من مقتضى النّهي، فيترك وما فعل، أو يقرّ ما وقع فيه من الفساد، على وجه يليق بالعدل، نظراً إلى أنّ ذلك الواقع واقع المكلّف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً، فهو راجح بالنّسبة إلى إبقاء الحالة

---

[1] مختار قوايدري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع السابق،ص110.

[2] الطرد:وهو عبارة عن إلحاق صورة مجهولة الحكم بصورة معلومة الحكم،لأجل أمر جامع بينهما يقتضي ذلك الحكم.،العكس: هو إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلّة.
(شريف التلمساني،مفتاح الوصول إلى علم الأصول،ح محمّد علي فركوس،مؤسسة الريان:بيروت،ط1 1419هـ–1998م،ص652–731.

على ما وقعت عليه، لأنّ ذلك أولى من إزالتها، وإلحاق الضرر بالفاعل أشد من مقتضى النّهي، فيرجع الأمر إلى أنّ النّهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لمّا اقترن من القرائن المرجّح ، كما سبق التّنبيه عليه في حديث تأسيس البيت قواعد إبراهيم-عليه السّلام- [1]

وكما جاء في حديث قتل المنافقين[2]، فإنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلم-امتنع عن قتالهم، حتّى لاتشوّه دعوة الإسلام، فتقول العرب:إنّ محمّدا يقتل أصحابه، ومثله حديث البائل في المسجد[3].

فإنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-أمر بتركه حتّى يتمّ بوله، لأنّه لو قطع بوله، لنجست ثيابه، ولحصل له من ذلك داءٌ في بدنه، ولربما نجس موضعين أو أكثر، فلأجل هذا ترجّح جانب تركه.

وقرّر في موضع آخر إعتمادا على قول بعض الأشياخ من أهل فاس وتونس أنّ المسألة لها تعلقان:أحدهما قبل الوقوع، وثانيهما قيما بعده، وهما مسألتان مختلفتان، ولكلّ حالة خاصّة، ذات ملابسات معيّنة، تستدعي نظرا مميّزاً، إذن، فليس الجمع بين الحالين، جمعاً بين متنافيين ولا قول بهما معاً، وما مراعاة الخلاف إلّا من هذا القبيل[4].

---

[1] مختار قوادري ،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الأسلامي،مرجع سابق،ص110-111.

[2] ينظر:ابن حجر،فتح الباري [ح محمّد فؤاد عبد الباقي-محبّ الدين الخطيب،دار المعرفة:بيروت 1379م] ،ك.الطب،ب.السحر،(ج10،ص231).

[3] رواه مسلم في صحيحه [ح محمّد فؤاد عبد الباقي،دار الكتب العلمية:بيروت، ط1 1412هـ - 1991م]ك.الطهارة،ب.وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، (ج1،ص236،ر 284).

[4] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص111.

ثانيا-أدلّة المانعين ومناقشتها: أمّا من لا يعتبرون بهذا الأصل ولا يعتدون به، فقد احتجّوا على مدعاهم بأربعة أدلّة ، هي كالتّالي:

أ-إنّ القول بمراعاة الخلاف مخالف للقواعد والقياس، إذ يلزم منه إعمال الدليل المرجوح، وإهمال الدليل الرّاجح عنده، والواجب إتّباعه.

وجوابه:إنّ مراعاة الخلاف عمل بدليل ثالث عن تعارض الدليلين، كأن يترجّح عند المجتهد الإباحة، وعند غيره التّحريم، فيأخذ المجتهد بالكراهة توسطاً بين الدليلين.

ب-قول المفتي:لا يجوز ابتداء، وبعد الوقوع يقول بجوازه، فإنّه بهذا يصير الممنوع إذا فعل جائز، وإنّما تصور الجمع في هذا عند التنزيه لا مع التّحريم.

وجوابه:إنّ مراعاة الخلاف حجّة في بعض المسائل دون بعض، فضابط ذلك رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله، فليس تحكماً،وثبوت الرجحان ونفيه إنّما يكون بحسب نظر المجتهد في النّوازل.

ج-إنّ القول بقاعدة مراعاة الخلاف غير مطرد، وهو مشكل، لأنّها إذا كانت حجّة عمّت جميع المسائل، وإلّا بطلت، وتخصيصه ببعض المسائل دون بعض، ترجيح من غير مرجّح.

وجوابه:إنّ تخصيص مراعاة الخلاف ببعض المسائل الخلافية دون بعض، هو من باب جلب المصلحة، أو دفع المفسدة، وذلك إنّ مراعاة الخلاف إمّا أن تكون قبل وقوع الفعل، أو بعد وقوعه، فإن كانت قبل وقوعه فهي مبنية على الإحتياط، أمّا إذا كانت بعد وقوع الفعل فهي مبنية على التيسير ورفع الحرج، فلا تحكم حينئذ[1].

د-إنّما مراعاة الخلاف مخالف للقياس الشرعي، إذ القياس الشّرعي يجري فيه المجتهد على مقتضى دليله، بخلاف مراعاة الخلاف، فإنّه يقتضي عدم جريانه على مقتضى دليله.

[1]العربي بن محمّد الإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص16-17.

رد على هذا الإعتراض أبو العبّاس القباب–رحمه الله–فقال:يقول المجتهد بالدليل الذي يراه أرجح، ثمّ إذا وقع على مقتضى الدليل الآخر، راعى ما لهذا الدليل من القوّة التي لم يسقط إعتبارها في نظره جملة، فهو توسط بين موجب الدليلين، فإذا أخذته هذه المآخذ ذهب التّناقض[1].

ثالثا–الرّأي الرّاجح:

بعد عرض أدلّة الفريقين، يبدو أنّ القول باعتبار مراعاة الخلاف أولى من القول بعدمه، وذلك لقوّة أدلّة أصحاب الرّأي الأوّل، وسلامة أغلبها من الإعتراض، في حين أنّ أدلّة أصحاب الرّأي الثاني لم تسلم من المعارضة والنّقد.

وهو ما ذهب إليه جماعة من المحقّقين كابن عبد السّلام[2]، وابن عرفة، والقباب، والشّاطبي–رحمهم الله–[3].

[1] العربي بن محمّد الإدريسي،مراعاة الخلاف عند القرافي،مرجع سابق،ص17.

[2] سبق ترجمته،ص6.

[3] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص115.

المطلب الثاني: ضوابط وشروط العمل بمراعاة الخلاف

الفرع الأول: ضوابط العمل بمراعاة الخلاف

يقتضي منّا ضبط الخلاف الذي ينبغي مراعاته معرفة نظرة الفقه المالكي إلى الخلاف المذهبي خصوصاً، وما هو المعتمد منه. فلنقدم لذلك نبذة مختصرة:

قال أحمد الهلالي[1]:"الذي تجوز به الفتوى أربعة أشياء: أحدها القول المتفق عليه في المذهب، ثانيها القول الراجح، وهو ما قوي دليله ثمّ إن كان المفتي أهلاً للتّرجيح أفتى بما اقتضت القاعدة ترجيحه عنده، وإلّا قلّد شيوخ المذهب في التّرجيح فأفتى بما رجّحوه. وثالثها المشهور، وهو ما كثر قائله–كما يناسب معناه لغة–، فالفرق بينه وبين الرّاجح –مع أنّ كلّا منهما له قوّة على مقابله–هو أنّ الرّاجح نشأت قوّته من الدليل نفسه من غير نظر للقائل، والمشهور نشأت قوّته من القائل...

فإن تعارضا بأن كان في المسألة قولان "أحدها راجح، والآخر مشهور، فمقتضى نصوص الفقهاء والأصوليين أنّ العمل بالرّاجح واجب..."، ورابعها ما جرى العمل. وهذا التّرتيب هو الذي سار عليه ووضعوا مدونة الأحوال الشّخصية–ببلد المغرب–، إذ فيها "كلّ ما لا يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الرّاجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك"[2].

وقد ضمّن صاحب كتاب "الخروج من الخلاف مفهومه وضوابطه في الفقه الإسلامي "مجموعة من الضّوابط التي وضعها الفقهاء لمراعاة الخلاف وهي كالتّالي:

---

[1] (1113هـ–1175هـ)أحمد بن عبد العزيز بن رشيد بن محمّد المالكي الشّهير بالهلالي(أبو العبّاس)،عالم، شاعر، من مؤلفاته: "المراهم في إحكام فساد الدراهم".
(عمر كحالة،معجم المؤلفين،ج1،ص275).

[2] إلياس بلكا، الإحتياط، د ح، مؤسسة الرّسالة:لبنان،ط1 1424هـ–2003م،ص328–329.

1-قوة المدرك: ويعبر عن بعض الفقهاء بقوّة المآخذ، ويعرفها أخرون بقوّة الدليل، فقد نصّ الفقهاء على أنّ مراعاة الخلاف لاتكون مراعاة لقول المجتهد، وإنّما هي مراعاة دليله.

فبعض الأدلّة يكون من الضعف بمكان فلا يراعي، بينما يقوى الدليل لبعض الأقوال فتحسن مراعاته، وفي هذا الإطار ربّما روعي قول المخالف إذا قوي دليله، مع أنّه في مرتبة أدنى من مرتبة مخالفه في الإجتهاد، غير أنّ ثمّة تفاوتاً عن الفقهاء في تعريف هذا الضّابط وبيان المراد منه.

أ-فمن الفقهاء من جعل وقوف الذهن عند الدليل، وتعلّقه به معياراً لقوّته، ويوضح ذلك تاج الدين السّبكي[1] حيث يقول:"ونعني بالقوّة ما يوجب وقوف الذهن عندها، وتعلّق ذي الفطنة بسبيلها لانتهاض الحجّة بها، فإنّ الحجّة لو انتهضت بها لما كان مخالفين لها".

ب-ومنهم من جعل نقض حكم الحاكم له معياراً لهذه القوّة بحيث أنّ القول إذا نقض ولو حكم به حاكم فلا استحبّ مراعاته.

ج-ومنهم من قال إنّ قوّة المأخذ: هي أن يقوى أحد الدليلين أو إحدى الأمارتين قوّة لاينقطع معها تردد نفس المجتهد[2].

2-عدم ارتكاب محذور: ومراد الفقهاء عدم ارتكاب محذور ألّا تؤدى مراعاة الخلاف، إلى فعل محرّم، واقتحام لمكروه، أوترك لسنّة ثابتة.

ويربط بعض الفقهاء بين هذا الضّابط، والضّابط السّابق فيقولون إنّه إن أدّت مراعاة الخلاف إلى محذور، فإنّ ذلك يتطلب مزيد قوّة في مدرك المخالف.

---

[1] سبق ترجمته،ص9.

[2] عبد المجيد محمد صلاحين،الخروج من الخلاف،مرجع سابق،ص243-244-246.

3-ألّا تؤدي المراعاة إلى المنع من العبادة: إذا كانت مراعاة الخلاف تؤدي بالمراعي إلى أن يمنع نفسه أو غيره من العبادة فلا تحسن المراعاة حينئذ.

ومن المسائل المنضوية تحت هذا الضابط عدم مراعاة الشافعية وغيرهم مالكاً في قوله بكراهة تكرار العمرة في السّنة الواحدة أكثر من مرّة، فإنّ هذا القول يؤدي إلى المنع من الإعتمار، والعمرة هي عبادة لانحسن مراعاة قول يؤدي إلى المنع منها، كما لم يراع الشافعية قول أبي بكراهة إعتمار المكي في أشهر الحجّ، لما يفوته من كثرة الإعتمار.

4-أن تؤدي مراعاة الخلاف إلى زيادة التّعبد: يراعي بعض الفقهاء الخلاف إذا كانت مراعاته تؤدي إلى زيادة في العبادات والقرب، مثلما لم يراعوا الخلاف إذا كانت مراعاته تؤدي إلى المنع من العبادة كما اتّضح ذلك من خلال الضّابط السّابق[1].

الفرع الثاني: شروط العمل بمراعاة الخلاف

1-ألّا يؤدي رعي الخلاف إلى صورة تخالف الإجماع، وذلك كمن عقد على إمرأة بغير وليّ ولاشهود بأقلّ من ربع درهم، مقلّدا أبا حنيفة في عدم الوليّ، ومالكًا في عدم الشّهود، والشافعي في أقلّ من ربع درهم، فإنّ هذا النّكاح يجب فسخه أبداً إجماعاً، لأنّ هذه الصّورة-بهذا الشّكل-لا يقول بها أحد من الأئمّة، فكلّ واحد منهم لو عرضت عليه لأبطلها، فأبو حنيفة يبطلها لعدم وجود الشهود، وعدم توفر أقلّ الصداق عنده، ومالك يبطلها لعدم توفر أقلّ الصداق ولعدم وجود الوليّ، والشافعي يبطلها لعدم وجود الوليّ والشّهود.

مناقشة هذا الشرط: ينطبق هذا الشرط على المقلّد الذي يتتبع رخص المذاهب ويلفّق[2] بينها، فاشترط في حقّه ألا يؤدي تلفيقه إلى صورة لا يقول بها أحد من الأئمة."

---

[1] عبد المجيد محمّد صلاحين،الخرروج من الخلاف،مرجع سابق،ص246-248-249.

[2] هو الإتيان بكيفية لايقول بها المجتهد. ومعناه أن يترتب على العمل بتقليد المذاهب والأخذ

أمّا المجتهد–وهو الذي يراعي الخلاف–فإنّه متى قام لديه رجحان دليل مخالفه، وجب عليه الأخذ به، ولو أدى ذلك إلى تركيب حقيقة لا يقول بها مجتمعه أحد من الأئمّة سواه، لأنّه مأمور باتّباع ما أداه إليه اجتهاده، وما أداه إليه اجتهاده في مثل هذه الصورة ليس مخالفاً للإجماع كما زعموا حتّى يقال إنّ شرط الإجتهاد في مثل هذه الصورة) ، لأنّ هذه الصورة الملفّقة إنّما يقولّ [1] (ألّا يخالف الإجماع كلّ إمام ببطلانها من الوجه الذي تبطل به عند غيره إذا قلّده المكلّف فيه، وأمّا إن قلّد فيه غيره، وكلّ منهم يقول بجواز تقليد غيره، فلا يحكم واحد منهم ببطلانها أصلاً، لأنّ هذه الصورة لو كانت باطلة من كلّ وجه عند مجتهد، وصحيحة عند أخر، فقلّد المكلّف من يقول بالصحة، لا يسع القائل ببطلانها أن يحكم عليها بذلك، بل يحكم بصحتها على رأي مخالفه الذي هو مجتهد مثله، وإنّما يحكم ببطلانها على من تمسك فيها بمذهبه.

2–أن تدعو الضرورة لذلك، وذلك لما ينشأ عن الإستمرار في مقتضى الحكم الأصلي من حرج كبير وضرر فادح، يؤدي بالمجتهد إلى العدول عن قوله السابق والأخذ برأي مخالفه لما اتصل به من الأحوال التي ترجح طرفه[2].

3–أن لايترك المراعي للخلاف مذهبه بالكلية[3]، ومثّل له بما إذا تزوج مالكي زواجاً فاسداً على مذهبه، صحيحاً على غيره، ثمّ طلّق ثلاثاً، فإنّ ابن القاسم يلزمه فيه الطّلاق، مراعاة لمن يقول بصحته، فلا تحلّ له إذن حتّى تنكح زوجاً غيره، فلو تزوجها قبل أن تتزوج غيره، لم يفرّق بينهما عند ابن القاسم، لأنّ التّفريق بينهما حينئذٍ إنّما هو لإعتقاد فساد نكاحهما عند غيره بناء على صحته أولا، ونكاحهما عنده صحيح وعند

في قضية واحدة ذات أركان أو جزئيات بقولين أو أكثر.(وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي،دح دار الفكر:دمشق،ط1 1406هـ–1986م،ج1،ص1142.

[1] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص118–119.

[2] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الأسلامي،مرجع سابق،ص119–120.

[3] أ.أحمد محمّد اشتيوي،القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف،نشر بمجلة البحوث القانونية عن كلية القانون:جامعة مصراتة،العدد2،أبريل2015م،ص16.

المخالف فاسد، فلو روعي الخلاف في الحالين معاً، لكان تركاً للمذهب من كلّ الوجوه، مرّة في القول بتصحيحه بعد الوقوع رعياً للخلاف، وثانية في القول بفسخه، لاعتقاد فساده عند غيره للخلاف كذلك، ومراعاة الخلاف مرتين، تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية، ولا يمكن للمرء ترك مذهبه جملة، مراعاة لمذهب غيره[1].

4-أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً، فإن لم يكن كذلك فلا يترك الرّاجح عند معتقده لمراعاة المرجوح، لأنّ ذلك عدول عمّا وجب عليه من اتّباع ماغلب على ظنّه وهو لايجوز قطعاً[2].

قال السيوطي[3]-رحمه الله-"لمراعاة الخلاف شروط: أحدها:أن لايوقع مراعاته في خلاف آخر. ومن ثمّ :كان فصل الوتر أفضل من وصله، ولم يراع خلاف أبي حنيفة، لأنّ من العلماء من لايجيز الوصل"[4].

5-أن يتصدى لهذا من كان له قدم راسخة في علوم الشّريعة، وبشكل أدق، من بلغ رتبة الإجتهاد[5].

جاء في رسائل ابن عابدين:"هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية في حق نفسه؟ نعم إذا كان له رأي، أمّا إذا كان عاميّاً فلم أره لكن تقيده بذي الرأي أنّه لا يجوز للعامي ذلك" ثمّ قال:"الذي يعرف معنى النّصوص والأخبار وهو من أهل الدراية يجوز له أن يعمل عليها و إن كان مخالفاً لمذهبه، وتقييده بذي الرأي أي المجتهد في

---

[1] مختار قوادري،مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص120-121.

[2] نبيل بن ناجي محسن أحمد،أسباب الإختلاف وأثره عند الفقهاء،مجلة العلوم والبحوث الإسلامية،السعودية،العدد06،فبراير 2013م،ص13.

[3] سبق ترجمته،ص21.

[4] حسن بن حامد بن مقبول العصيمي،الخلاف انواعه وضوابطه وكيفية التعامل معه،ح أحمد بن حميد عابد بن محمّد السفياني،دار ابن الجوزي:السعودية،ط1 1430هـ،ص106.

[5] العيد عباسة، قاعدة مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص121.

المذهب مخرج للعامي كما قال فإنّه يلزمه إتّباع ما صحّحوا لكن في غير موضع الضرورة كما علمته آنفاً"[1].

شروط وصفات المجتهد الذي يراعي الخلاف:

من بين الشروط الخاصة التي ينبغي توفرها في المجتهد المراعي للخلاف علاوةً على الشروط العامة التي يشترطها الأصوليّون منها:

1-أن يكون عالماً بمواضع الإختلاف: بأن يكون عارفاً بأقوال المجتهدين وحججهم، ولأجل ذلك جاء في حديث عبد الله بن مسعود-رضي الله عنه-أنّه -صلّى الله قَالَ: أَتَدْرِي أَيُّ !قُلْتُ:لَبَّيْكَ يَارَسُولَ الله !عليه وسلّم-قال:(يَاعَبْدَ الله بنْ مَسْعُود النَّاسِ أَعْلَم؟ قُلْتُ:الله وَرَسُولُهُ أَعْلَم، قَالَ: أَعْلَمُ النَّاسِ أَبْصَرَهُمْ بِالحَقِّ إِذَا اخْتَلفَ النَّاسُ وَإِنْ كَانَ مُقَصَّرًا فِي العَمَلِ، وَإِنْ كَانَ يَزْحَفُ عَلىَ إِسْتِهِ)[2].

يقول الشاطبي معلّقا على هذا الحديث: "فهذا تنبيه على المعرفة بمواقع الخلاف، ولذلك جعل النّاس العلم معرفة الإختلاف"[3].

يقول الشافعي في هذا الصدد: "ولا يكون لأحد أن يقيس-باب الإجتهاد-حتّى يكون عالماً بما مضى قبله من السنن، وأقاويل السلف، وإجماع النّاس، واختلافهم، ولسان العرب.ولا يكون له أن يقيس حتّى يكون صحيح العقل وحتّى يفرّق بين المشتبه، ويعجل بالقول به دون التثبيت. ولا يمتنع من الإستماع ممّن خالفه، لأنّه قد ثبّته بالإستماع لترك الغفلة و يزداد به تثبيتاً فيما اعتقد من الصواب، وعليه في ذلك بلوغ غاية جهده، والإنصاف في نفسه حتّى يعرف من أين قال ما يقول وترك مايترك"[4].

---

[1] ابن عابدين،رسائل ابن عابدين،دح،دش،دط،ج1،ص50.

[2] رواه الطبراني في المعجم الصغير[ح محمّد شكور محمود الحاج أمرير،المكتب الإسلامي - دار عمان: بيروت-عمان،ط1 1405هـ-1985م]ب.من اسمه عبدالله،(ج1،ص372، ر624.)

[3] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص126-127.

[4] الشافعي،الرسالة،ح أحمد شاكر،دار الكتب العلمية:لبنان،دط،ص510-511.

2-أن يكون ملماً بمقاصد الشّريعة ،متمكّناً من الإستنباط على فهمه فيها: فالمجتهد قبل أن يطبق الحكم على أفعال أو تصرفات المكلّفين ينبغي عليه أن ينظر في نتائج وغايات تلك الأفعال وما تؤول إليه تلك التصرفات واضعاً نصب عينيه مقاصد الشرع وقواعده الكلية وماينتجه الفعل من واقع جديد يستدعي حكماً جديداً، ويكون ذلك الحكم تبعاً للظروف والملابسات والأحوال التي أنتجها ذلك الفعل لتحقيق المناط الخاص كما أشار إليه الإمام الشاطبي[1].

المطلب الثالث: حكم مراعاة الخلاف عند المالكية وموقف أصحاب المذاهب الأخرى

الفرع الأول: حكم مراعاة الخلاف عند المالكية

لاشك أنّ الخروج من الخلاف مطلب علماء الأمّة حتىّ تتألف القلوب وتتوحد الصّفوف، وتجتمع الكلمة.

وذكر الإمام الشاطبي في" الموافقات"قوله: "القاعدة السادسة: الخروج من الخلاف مستحب" قال والأدلة متكاثرة في الإعتصام، وعدم التفرقة والإتفاق على كلمة واحدة فهي الدالة على استحباب الخروج من الخلاف لكن ذلك بشرطين:

الشرط الأول: أن لايكون في ذلك طرح لدليل من الأدلة.

الشرط الثاني: ألّا يوقع الخروج من الخلاف في الوقوع في خلاف آخر[2].

فمراعاة الخلاف قبل الوقوع (أو الخروج من الخلاف) فلا خلاف بين القائلين به أنّ حكمه هو النّدب والإستحباب[3].

---

[1] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص127-128.

[2] نبيل بن ناجي محسن أحمد،أسباب الإختلاف وأثره عند الفقهاء،مرجع سابق،ص14.

[3] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في فقه الإسلامي،مرجع سابق،ص139.

وسبب استحباب الخروج من الخلاف إحتياطاً وورعاً، يقول القرافي:"فائدة الورع وسبب مشروعيته الجمع بين أدلة المختلفين والعمل بمقتضى، فلا يبقى في النّفوس توهم أنّه قد أهمل دليلاً لعلّ مقتضاه هو الصّحيح فبالجمع ينتفي ذلك، وذلك لأنّ المجتهد إذا كان يجوّز خلاف ماغلب على ظنّه ونظر في متمسك مخالفه فرأى له موقعاً، فينبغي أن يراعيه على وجه".

إلا أنّ هاهنا أمر يجدر بنا الإنتباه إليه، هو أنّ:"مراتب النّدب تختلف بحسب قوّة دليل المخالف وضعفه، كما ذكر ابن عابدين من فقهاء الحنفية، وهذا كلّما كان مأخذ المخالف قويّاً لائحاً تأكد النّدب وعظم طلبه، حتى يصل الوقوع في الخلاف إلى درجة الكراهة[1].

يقول الإمام السبكي:"وربما يرعى الخروج من الخلاف عن درجة الإستحباب إلى درجة كراهية الوقوع فيه وذلك في مسائل:

منها مسألة العينة[2]، وذكر النّووي[3] تبعاً لصاحب"البحر" أنّ الوقيعة فيها مكروهة قال النووي:"دلائل الكراهة أكثر من أن تحصر".

واقتصر الرافعي حيث ذكر المسألة في باب الربا على الجواز وفي البيوع المنهي عنها على أنّها ليست من المناهي...علمت إنّما يستحب الخروج من الخلاف عند قوّته و عدم التأدية إلى محذور، وأعلم أن نتطلب لقوّته إذا أدى الخروج منه إلى محذور ما لا نتطلبها إذا لم يؤد، فربّما راعينا الخلاف إذا الخروج منه لايؤدي إلى محذور لمأخذ لا يلتفت إلى مثله إذا أدّى إلى محذور.

---

[1] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في فقه الإسلامي،مرجع سابق،ص139.

[2] معناه أن تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى بينهما سلعة محلّلة، وهو أيضاً من باب بيع ماليس عندك.

(ابن عبد البر،الكافي،ح محمّد محمّد أحيد ولد ماديك الموريتاني،مكتبة الرياض:الرياض،ط1 1400هـ-1980م،ج2،ص672).

[3] سبق ترجمته،ص19.

وكذلك ربّما قوي الخلاف جدّاً و إن لم تنهض حجّة، وضعف من أجله مأخذ المحذور فراعيناه و إن أدى ذلك المحذور الضّعيف ونتمثّل له: بمن يديم السّفر، فإنّ إتمام أفضل له من القصر مراعاة لقول بعض العلماء أنّه لايجوز القصر في هذه لحالة وإن تضمّن هذا القول ترك سنّة القصر"[1].

الفرع الثاني: موقف أصحاب المذاهب الأخرى من مراعاة الخلاف

إذا كان مالك وأصحابه قد عرفوا بأصل مراعاة الخلاف حتّى غدا لصيقاً بهم، فإنّ التحقيق يوصل إلى بقية المذاهب الفقهية لم تنكر الأخذ بهذا الأصل بإطلاق، بل نجدهم كثيراً مايطبّقون القسم منها: نعني الخروج من الخلاف[2].

وسنتطرق بهذا الصدد إلى مواقف أصحاب المذاهب من هذا الأصل مع التمثيل له ببعض الفروع الفقهية في النّقاط الآتية.

النقطة الأولى: مراعاة الخلاف عند الحنفية: نجد في بعض الأحيان مواقف وحالات يأخذ فيها فقهاء الحنفية بمراعاة الخلاف كمسلك يبنون عليه بعض الأحكام الفقهية، إلا أنّها لا تكفي لاعتبارها أصلاً مقرّراً لديهم.

وهناك شواهد وفروع في كتب الحنفية تدل على الأخذ بمراعاة الخلاف بالمعنى الذي قرّره المالكية وبمراعاة الخلاف بمعنى الخروج من الخلاف احتياطاً وورعاً، وسنذكرها بعد بيان حكم مراعاة الخلاف عندهم[3].

---

[1] السبكي،الأشباه والنّظائر،ج1،مرجع سابق،ص116-117.

[2] أحمد غاوش،المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي،مرجع سابق،ص157.

[3] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص141-142.

حكم مراعاة الخلاف عند الحنفية:

صرّح القاري[1] فقال:"يستحبّ في مذهبنا الخروج من الخلاف، فإنّه إحتياط في الدّين".وكذلك فعل ابن عابدين فأكدّ أنّ مذهب الأحناف: الخروج من الخلاف، بل هو مندوب إليه بحسب قوّة دليل المخالف، ونقل ابن نجيم[2] استحباب مراعاة الخلاف في كثير من المسائل منها:أكل لحم جزور، فيعاد بها الوضوء إستحباباً، مع أنّ المذهب عندهم عدم الإعادة[3].

أمثلة للفروع الفقهية التي راعى فيها الحنفية الخلاف:

1-أنّهم قالوا في السّفيه المحجور عليه إنّه لو أراد عمرةً واحدةً لم يمنع منها إستحساناً، مع أنّ القياس أن يمنع منها لأنّها تطوّع فصارت كالحجّ تطوّعاً، ووجّهوا الإستحسان بأنّ هذه العمرة واجبة عند بعض العلماء فيمكّن منها احتياطاً[4].

2-استحباب الشرب جالساً خروجاً من خلاف من الجلوس واعتبر الوقف خاصّاً بالنّبي-صلّى الله عليه وسلّم-[5].

---

[1] محمّد، نورالدّين الملا الهروي القاري(1014هـ=1606م):فقيه حنفي ، من صدور العلم في عصره،صنّف كتباً كثيرة منها:"تفسير القرآن"،"الأثمار الجنية في أسماء الحنفية" و"شرح مشكاة المصباح".(الزركلي،الأعلام،ج5،ص12-13).

[2] (000-970هـ=000-1563)،زين الدين بن إبراهيم بم محمّد،الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي من العلماء مصري،له تصانيف منها:"الأشباه والنّظائر"،"البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"و"الفتاوى الزينية".(الزركلي،الأعلام،ج3،ص64).

[3] أحمد غاوش،المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي،مرجع سابق،ص157.

[4] يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين،الإستحسان،د ح،مكتبة الرّشد:السعودية،ط1 1428هـ-2007م،ص124.

[5] محمّد كامل شهاب المعموري،قاعدة الخروج من الخلاف مستحبّ الضّوابط والتطبيقات،مجلة ديالي الصادرة عن كلية التربية للعلوم الأنسانية بجامعة ديالي:العراق،العدد48،2011م،ص11.

النقطة الثانية: مراعاة الخلاف عند الشافعية:

وأمّا الشافعية فإنّهم وإن كانوا يرفضون الإستحسان أصلاً، إلا أنّهم ممّن يأخذ بمراعاة الخلاف[1]، فقد نصّ جماعة منهم على أخذ فقهائهم به، منهم: العز بن عبد السّلام والسيوطي[2]،وممّا يدل على مراعاة الإمام الشافعي للخلاف مايلي:

روي عن الإمام الشافعي أنّه ترك القنوت في صلاة الصبح عندما صلّى مع جماعة من الحنفية في مسجد الإمام أبي حنيفة وقال:"ربّما انحدرنا إلى مذهب أبي حنيفة[3].

وثبت عنه أنّه كان يصلّي خلف المالكية الذين لا يقرؤون البسملة ومذهبه أنّ قراءتها واجبة. وغيرها من النّقول التي تدل على أنّ الإمام الشافعي إعتبر الخلاف وراعاه، وكذلك فعل أصحابه من بعده، فقد ساروا على منهجه، وراعوا الخلاف كلّما كان ذلك ممكناً.

حكم مراعاة الخلاف عند الشافعية:

مراعاة الخلاف عند الشافعية مندوبة ومستحبّة، وبعضهم ذهب إلى سنّتها وأحياناً يستعملون كلمة أفضل وأولى[4]، فمن قواعدهم "الخروج من الخلاف مستحبّ"[5].

ونقل ابن عبد السّلام عن بعض أكابر الشافعي إطلاقهم"أنّ الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه"[6].

---

[1] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،الإستحسان،المرجع السابق،ص125.

[2] سبق ترجمته،ص 21.

[3] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص148.

[4] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الإسلامي،مرجع سابق،ص148.

[5] يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،الإستحسان،مرجع سابق،ص125.

[6] أحمد غاوش،المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي،مرجع سابق،ص157-158.

أمثلة للفروع الفقهية التي راعى الشافعية فيها الخلاف:

وممّا ذكروه من فروعها عندهم:

1-الترتيب بين الفوائت واجب عند المالكية، وعند الشافعية ليس بواجب ومع عدم الوجوب عندهم فإنّهم قالوا بسنيّة الترتيب المذكور مراعاة لخلاف المالكية القائلين بالوجوب[1].

2-القضاء واجب عند الحنفية على من دخل في تطوّع صلاة أو صيام ثمّ قطعهما، بينما هو غير واجب عند الشافعية والحنابلة، إذ يقولون بأنّه لا قضاء على القاطع لصلاة التطوّع أو صيامه إلا أنّه قد جاء عند الشافعية استحباب القضاء مراعاة للخلاف.

النقطة الثالثة: مراعاة الخلاف عند الحنابلة :

راعى الحنابلة الخلاف وعلّلوا به بعض الأحكام من باب الأخذ بالأحوط عند مواطن الخلاف متتبعين في ذلك إمام مذهبهم أحمد بن حنبل-رحمه الله-فقد نصّ الإمام على أنّه يجهر بالبسملة عند المعارض الرّاجح.

فقال:"يجهر بها إذا كان بالمدينة".قال القاضي أبي يعلى:"لأنّ أهلها إذ ذاك كانوا يجهرون، فيجهر بها ليعلم أنّه يقرأ بها، وأنّ قراءتها سنّة فهذا أصل عظيم ينبغي -مراعاته-، وبهذا يزول الشّك والطعن، فإنّ الإتّفاق إذا حصل على جواز الجميل وإجرائه علم أنّه دخل في المشروع، فالتّنازع في الرجحان لا يضرّ، كالتّنازع في بعض القراءات وبعض العبادات.

حكم الخروج من الخلاف عند الحنابلة:

الخروج من الخلاف- أومراعاة الخلاف ابتداءاً-جائز وسائغ عند الحنابلة، لأنّه الأخذ بالحزم وبالأحوط وهو مطلوب شرعا.

[1] العيدعباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص154.

جاء في المسّودة:"كل من هذه المذاهب، إذا أخذ به آخذ ساغ له ذلك، فإن خرج من الخلاف فأخذ بالأحوط، كتحرّيه مسح جميع رأسه..."[1].

وفيها أيضاً :"إذا قصد في مواطن الخلاف توخّي ماعليه أكثر منهم والعمل بما قاله الجمهور دون الواحد منهم فإنّه قد أخذ بالحزم والأحوط".

كما يؤخذ عليهم–أي الحنابلة–التّفريع للقاعدة دون التّأصيل لها.

أمثلة للفروع الفقهية التي راعى فيها الحنابلة الخلاف:

1–كراهة قول المصلّي:(سبحان الله) إذا رأى ما يعجبه في الصّلاة عند الحنابلة مع قولهم بصحة الصّلاة خروجاً من خلاف من أبطل الصّلاة بذلك.

2–لا يشترط عند الحنابلة مباشرة أعضاء السّجود للأرض، فلو سجد على ثوب أو كور عمامة ونحو ذلك فلا بأس، غير أنّهم قالوا بكراهة ذلك لغير عذر، خروجاً من خلاف من قال بوجوب المباشرة[2].

النقطة الرابعة: موقف الظاهرية من مراعاة الخلاف:

الذي استطعنا معرفته من موقف الظاهرية من مراعاة الخلاف هو ردّ القاعدة كلية، لأنّه باب من أبواب الإجتهاد في الرأي، وبطبيعة الحال الظاهرية يسدّون هذا الباب، ولا يأخذون إلّا بظواهر النّصوص، وهذا ظاهر قول ابن حزم حيث قال: هذا ممّا يسع فيه الإختلاف .

وقال أيضاً:"وهذا باطل والإختلاف لا يسع البتّة، ولايجوز لما نذكر بعد هذا، وإنّما الفرض علينا إتّباع ما جاء به القرآن عن الله تعالى الذي شرع لنا دين الإسلام[3]،

---

[1] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص154–158.

[2] محمّد كامل شهاب المعموري،قاعدة الخروج من الخلاف مستحبّ الضّوابط والتطبيقات والتّطبيقات،مرجع سابق،ص11.

[3] ينظر: (العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص 162).

وما صحّ عن رسول الله–صلّى الله عليه وسلّم– الذي أمره الله تعالى ببيان الدين قال تعالى: ﴿ بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [1].

ولا مزيد.

وقال تعالى: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلإِسْلَامَ ﴾ [2].

فما صحّ في النّصين أو أحدهما فهو الحقّ، ولايزيده قوّة أن تجمع عليه أهل الأرض ، ولا يوهنه ترك من تركه، فصحّ أنّ الإختلاف لايجب أن يراعى أصلاً.

و إنكار ابن حزم لأصل رعي الخلاف هو نتيجة إبطاله لجميع أبواب الإجتهاد بالرّأي كالقياس والإستحسان والأخذ بالمصالح والذرائع...[3]

[1] (النحل،44).

[2] (المائدة،03).

[3] العيد عباسة،قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص162–163.

خلاصة الفصل:

تناولنا في هذا الفصل مراعاة الخلاف من الناحية النّظرية التأصيلية فعمدنا إلى تفكيك هذا المصطلح وبيان معناه، مع ذكر الفروق بينه وبين القواعد الأخرى، ثمّ تطرقنا إلى موقف علماء المالكية في العمل بهذا الأصل، وتقييده بمجموعة من الضوابط والشروط، ومن ثمّ إظهار حكمها عند المالكية تدرجاً بين آراء أصحاب المذاهب الأخرى في هذه القاعدة.

الفصل الثاني

أثر مراعاة الخلاف في الأحوال الشخصية

(دراسة نماذج)

- **المبحث الأول:** مراعاة الخلاف في النكاح والطلاق
- **المبحث الثاني:** مراعاة الخلاف في النفقة والرضاع

تمهيد:

بعد أن عالجنا قاعدة مراعاة الخلاف من النّاحية النّظرية الأصولية ، فحددنا مفهومها، وكشفنا ما تيسّر لنا من أدلّتها العامّة والخاصة ، وبيّننا وجه ارتباطها ببعض المسائل والأصول الشرعية ، وأبرزنا ضوابط وشروط العمل بها ، يحسن بنا في هذا الفصل أن ندرس القاعدة من النّاحية التطبيقية الفقهية ، حيث انبنى على اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف الكثير من الفروع في أبواب الفقه الإسلامي المختلفة، وسنذكر أهمّ الفروع الفقهية التي تمثّل نماذج تطبيقية لمراعاة الخلاف بمدلولها الخاص عند المالكية.

وقد ارتأينا أن تكون هذه الفروع تشمل جزءاً محدّداً من فقهنا الثري الإسلامي ، وهو قسم الأحوال الشخصية– باب النكاح ، والطلاق، والنّفقة، والرضاع– أنموذجا.

ومن هنا تضمن هذا الفصل المباحث التالية:

– م1: مراعاة الخلاف في النكاح والطلاق

– م2: مراعاة الخلاف في النّفقة والرضاع

المبحث الأول

مراعاة الخلاف في النكاح والطلاق

- **المطلب الأول:** مراعاة الخلاف في النكاح
- **المطلب الثاني:** مراعاة الخلاف في الطلاق

المبحث الأول: مراعاة الخلاف في النكاح والطلاق

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في النكاح

الفرع الأول: النّكاح بغير وليّ

والمراد هنا موافقة الوليّ[1] على عقد الزواج وإتمامه، وبمعرفته بأمر الزواج لكونه طرفاً هامّاً في إنشاء عقد الزواج[2]، إلا أنّه اختلف في اشتراطه في عقد النّكاح وعدم اشتراطه وهل يجوز للمرأة ان تزوّج نفسها او غيرها؟

أولاً-آراء الفقهاء في المسألة:

قال عبدالله: اختلف أهل العلم في النّكاح بغير وليّ[3] على أقوال :

أ-**القول الأول:** ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الولاية في عقد الزواج، وقالوا: بأنّ المرأة لو زوّجت نفسها فزواجها صحيح، ويجوز لها أن تتولّى عقد النّكاح لنفسها أو لغيرها بكراً كانت أو ثيّباً[4].

---

[1] قال ابن عرفة:الولي من له على المرأة ملك أو أبوّة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام، وهو البالغ الرشيد من عصباتها مثل: الأب ،والجدّ من قبل الأب، والإبن، وابن الإبن وان نزل،والأخ الشّقيق، والأخ من الأب، والعمّ الشّقيق، والعمّ من الأب، وأبنائهم الأقرب فالأقرب،ولا ولاية للأخوة من الأمّ،ولا لأبنائهم، ولا لأب الأمّ،والأخوال لأنّهم غير عصبة.(الفاسي، الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام،ح محمّد عبد السلام محمّد سالم،دار الحديث:القاهرة،ط1 1432هـ-2011م،ج1،ص314).(محمّد بن صالح العثيمين،دح،الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه،مدار الوطن للنّشر:عنيزة،ط عام 1432هـ،ص17).

[2] جمال بن محمّد بن محمود،الزواج العرفي في ميزان الإسلام،دح،دار الكتب العلمية :بيروت، ط1 1424هـ-2004م،ص55-56.

[3] المروزي،إختلاف الفقهاء،ح السيّد صبحي السامرائي،عالم الكتب:بيروت،ط1 1405هـ-1985م،ص121.

[4] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،دح،دار العاصمة: الرياض،ط1 1426هـ-2005م، ص34.

ب-القول الثاني: ذهب الجمهور إلى أنّ الوليّ شرط لصحة عقد الزواج، فلا يصح نكاح المرأة بكراً كانت أو ثيّباً صغيرة كانت أو كبيرة إلّا بوليّها الذي يتولّى عقد الزواج[1]، فلا يجوز لها أن تزوّج نفسها ولا تزوّج غيرها بوكالة، ولا تأذن لرجل يزوّجها بإذنها[2].

إلا أنّ مالكا[3] فرّق بين نكاح المرأة الشريفة والدنيّة[4]، في قوله:(إن كانت شريفة لم يجز وإن كانت دنيّة جاز لها ذلك)[5].

وجاء في مجموع فتاوى ابن تيمية إذا تزوّج رجل إمرأة بلا وليّ ولا شهود وكتما النّكاح فهذا النّكاح باطل[6].

ثانيا-أدلة الفقهاء:

أ-أدلة القول الأول:

استدل الحنفية على عدم اشتراط الولاية في الزواج بالكتاب والسنّة والمعقول:

1-من الكتاب:

- ✓ قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [7].

---

[1] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي، المرجع السابق،ص32.

[2] الحسين العكبري،رؤوس المسائل الخلافية،ح عبد الملك بن عبد الله ن دهيش،مكتبة الآمدي: مكة المكرمة،ط1 1428هـ،ج2،ص972.

[3] (95-ربيع الأول 179هـ)هو شيخ الإسلام، وجه الأمّة إمام دار الهجرة، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن عامر بن عمر بن حارث بن غيمان بن حثيل بن عمرو بن الحارث الأصبحي المدني،من مؤلفاته:"الوطأ".(أبي العباس بن كلخان،وفيات الأعيان،م4،ص137).

[4] ينظر:المروزي،إختلاف العلماء،مرجع سابق،ص122.

[5] الحسين العكبري،رؤوس المسائل الخلافية، المرجع السابق،ص972.

[6] ابن تيمية،مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية،دح،طبعت في مجمع الملك لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية عام 1425هـ-2004م،ج32،ص102.

[7] (البقرة،230).

✓ وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[1].

وجه الدلالة :

إسناد النّكاح إلى المرأة دون وليّ في هاتين الآيتين وأمثالها دليل على عدم إشتراطه[2]، ودلّت الآية الثانية من وجوه على جواز النّكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن لوليّها، أحدها:إضافة العقد إليها من غير شرط إذن وليّها، والثاني: نهيه من العضل إذا تراضى الزوجان[3].

مناقشة الإستدلال:

أجيب عن هذا الإستدلال أنّه لا يصح[4] لأنّ النّكاح عندهم حقيقة في الوطء مجاز في العقد[5]، ولا سيما في الآية الأولى، ثمّ إسناد النّكاح إلى المرأة جاء باعتبار محل العقد، ولابد من رضاها مع شرط الوليّ[6]، فالنّهي عن العضل عمّ الأولياء ونهيهم عنه دليل على اشتراطهم، إذ العضل في اللّغة المنع، وهو شامل للعضل الحسّي والشرعي[7] والشرعي[7] وهذا يدل على أنّ نكاحها إلى الوليّ[8].

---

[1] (البقرة،232).

[2] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص42.

[3] الجصاص،أحكام القرآن،ح محمّد الصادق قمحاوي،دار إحياء التراث العربي: بيروت،د ط 1412هـ-1992م،ج2،ص100.

[4] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،42.

ابن قدامة،المغني،ح عبدالله بن عبد المحسن التركي-عبد الفتاح محمّد الحلو، دارعالم الكتب بيروت،ط1 1406-1986م،ج9،ص339.

[6] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج،مرجع سابق،ص42.

[7] البهوتي،كشاف القناع،دح،عالم الكتب:بيروت،دط،1403هـ-1983م،ج5،ص48-49.

[8] ابن قدامة،المغني،المرجع السابق،ج9،ص346.

2-من السنّة:

- ✓ حديث ابن عباس-رضي الله عنهما-قال: قال رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-:(الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالبِكْرُ تُسْتَأْذَنْ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)[1].
- ✓ ورواية :(لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ)[2]. [3]

وجه الدلالة:

أثبت الحديث الحق للمرأة الأيم في نفسها، وحقها مقدم عل حق الوليّ، بل الرواية الأخرى قطعت حقّ الوليّ، وهذا دليل واضح على صحة ولاية المرأة لعقد الزواج وعلى أنّ الوليّ ليس بشرط.

مناقشة الإستدلال:

نوقش الإستدلال بهذا الحديث أنّ كلمة" أحق" ليس فيها مايدلّ على استقلالية المرأة بالزواج، بل إنّها تدلّ على أنّ للوليّ حقّاً معها في تزويجها،إلا أنّ حقّها أولى وآكد، وحق الوليّ مباشرة العقد، وحقّ المرأة إختيار الزوج، فلا بدّ من اجتماع حقيهما ورضاهما.

3-من المعقول:

إنّ إذا تولت العقد بنفسها تكون قد تصرّفت في خالص حقّها وهي من أهله، لكونها عاقلة بالغة حرّة، فصحّ إذا تولته بنفسها دون الوليّ[4].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه،ك.النّكاح،ب.استئذان الثيّب في النّكاح بالنّطق والبكر بالسكوت،(ج1 ص641،ر1421).

[2] رواه النّسائي في سننه[-ح حسن عبد المنعم الشلبي،مؤسسة الرسالة:بيروت،ط1 1421هـ 2001م] ك. النّكاح،ب. استئذان البكر في نفسها وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر ابن عباس فيه،(ج5،ص172،ر5354).

[3]

[4] أحمد بن أحمد الدرويش،مرجع سابق،ص43-44.

ب-أدلة القول الثاني:

واستدلّ الجمهور بالكتاب والسنّة والمعقول والأثار على اشتراط الولاية في عقد الزواج ومن أهمّ هذه الأدلة ما يلي:

1- من الكتاب:

✓ قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [1].

وجه الدلالة:

الخطاب للأولياء وليس للأزواج،إذ لو أراد الأزواج يقال:"و انكحوا" بغير همز وكانت الألف للوصل، وفي هذا دليل على أنّ المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير وليّ[2].

✓ وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾ [3].

وجه الدلالة:

أنّه تعالى خاطب بإنكاح الرّجال ولم يخاطب به النّساء، فكأنّه قال:(لاتنكحوا أيّها الأولياء مولياتكم المشركين)[4]،ففي هذه دليل بالنّص على أنّ لا نكاح إلّا بوليّ[5].

قال أهل التّفسير وجمع من الفقهاء مدلول الآيتين أنّ المرأة لا تنكح نفسها إلّا بوليّ لأنّ الخطاب فيهما موجه إلى الأولياء، ويشمل ذلك القاصرة والبالغة على السّواء[6].

---

[1] (النور،32).

[2] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،ح عبدالله بن عبدالله المحسن،مؤسسة الرسالة: بيروت ط1 1427هـ-2006م،ج15،ص229.

[3] (البقرة،221).

[4] ابن حجر،فتح الباري،مرجع سابق،ج9،ص90.

[5] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،المرجع السابق،ج3،ص462.

[6] جمال بن محمّد بن محمود،الزواج العرفي في ميزان الإسلام،مرجع سابق،ص56.

مناقشة الإستدلال:

نوقش الإستدلال بهذه الآية:بأنّها مترددة بين أن يكون الخطاب للأولياء،أو لأولي الأمر، إذ تحتمل كلا الأمرين، فلا دليل فيها على اشتراط الوليّ في الزواج[1].

✓ قوله تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [2].

وجه الدلالة:

قال ابن حجر[3] في الفتح:"هي أصرح دليل على اعتبار الوليّ، وإلّا لما كان لعضله معنى"[4].

ففي الآية دليل على أنّه لايجوز النّكاح بغير وليّ[5]، ويؤيّده سبب نزول هذه الآية فهي نزلت في معقل بن يسار حيث امتنع عن تزويج أخته التي طلّقها زوجها وبعد انقضاء العدّة أراد أن ينكحها فمنعها معقل، فنزلت الآية ثمّ زوّجها معقل[6]، فلو كان الأمر إليها دون وليّها لزوّجت نفسها، ولم تحتج إلى وليّها معقل فالخطاب إذاً في قوله: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ للأولياء وأنّ الأمر إليهم في التزويج مع رضاهنّ[7].

---

[1] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص36.

[2] (البقرة،232).

[3] (773-852هـ=1372-1449م)،أحمد بن علي بن محمّد الكنافي العسقلاني،أبو الفضل شهاب الدين،إبن حجر،من أئمة العلم والتاريخ ولد بالقاهرة وتوفيّ فيها،أهمّ تصانيفه:"الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة"،"لسان الميزان"و"الإحكام لبيان مافي القرآن من الأحكام".
(الزركلي، الأعلام،ج1،ص178).

[4] عبد الملك بن يوسف بن محمّد المطلق،زواج المسيار،دح،دار ابن لعبون:الرياض،دط،1423هـ ص52.

[5] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،مرجع سابق،ج4،ص104.

[6] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص36.

[7] القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،ج4،مرجع سابق،104.

مناقشة الإستدلال:

نوقش هذا الإستدلال:بأنّ الخطاب للأزواج وليس للأولياء،لأنّ الخطاب لهم في أوّل آية في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ﴾ أي(لاتمنعوهنّ)بالرجوع من أن يتزوجن بعد انقضاء العدة[1].

2- من السنّة:

- ✓ حديث أبي موسى-رضي الله عنه-أنّه قال:قال رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-:(لاَ نِكَاحَ إِلّاَ بِوَلِيٍّ)[2].

وجه الدلالة:

ففي الحديث دليل صريح على اشتراط الوليّ في الزواج، وهو حديث مطلق، إذ لم يفرّق بين الصغيرة والكبيرة، ولا بين البكر والثيّب[3].

- ✓ حديث عائشة-رضي الله عنها-قالت:قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:(أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل،فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب من فرجها،وإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له)[4].

وجه الدلالة:

الحديث صريح في بطلان زواج المرأة إذا تمّ بغيرإذن الوليّ[5]،وفيه إثبات الولاية على النّساء كلهنّ ويدخل فيها البكر والثيّب،والشريفة والوضيعة، وفيه بيان أنّ المرأة لاتكون وليّة نفسها[1].

---

[1] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص37.

[2] رواه أحمد في مسنده [ح شعيب أرنؤوط-عادل مرشد وآخرون،مؤسسة الرسالة:بيروت، ط1 1421هـ-2001م] ك. من مسند بني هاشم،ب.مسند عبدالله بن العباس بن عبدالمطلب عن النّبي -صلّى الله عليه وسلّم-،(ج4،ص121،ر2260).

[3] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص38.

[4] رواه أحمد في مسنده،ك.مسند النّساء،ب.مسند عائشة بنت الصدّيق-رضي الله عنها-(ج4 ص435،ر2437).

[5] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص39.

3- من الأثار:

- ✓ ما ورد عن عمر-رضي الله عنه-ردّ نكاح إمرأة نكحت بغير وليّ[2].
- ✓ ما رواه ابن سيرين عن أبي هريرة-رضي الله عنه-قال:(كانوا يقولون: إِنَّ المَرْأَةَ الَتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا هِيَ الزَانِيَةٌ) [3]ونحو هذه الروايات .
- ✓ بل إنّ المشهور عن الصحابة-رضوان الله عليهم-قولاً وفعلاً أنّ الذي يزوّج النّساء إنّما أولياؤهنّ من الرّجال، حتىّ إنّ ابن المنذر قد نقل إجماع الصحابة على القول بأنّه لا نكاح إلّا بوليّ.

4-من المعقول:

- ✓ استدلوا بدليل عقلي وهو: أنّ من مقاصد الزواج تحقيق السكن والإستقرار والمحبّة والألفة بين الزوجين، وإنجاب الأولاد وتربيتهم، والمحافظة عليهم، وهذه المقاصدالمرجوّة من رباط الأسرة تتوقف على حسن النّظر ودقة التأمل في اختيار الزوج وشريك حياتها،وتفويض عقد الزواج إلى النّساء دون الأولياء مخل بهذه المقاصد والأغراض، لأنّهنّ سريعات التأثر والإغترار فيسرعن في الإختيار وإتمام العقد مع قلّة خبرتهنّ في هذا الأمر، فيخترن من لايصح لهنّ معاشرتهنّ بالمعروف ثمّ الحياء وعدم ذكر النكاح مقصود من المرأة بمقتضى محاسن الشريعة ومكارم الأخلاق وصفات أهل الصيانة والغيرة والمروءة، وهذا كلّه يقتضي ألّا تتولى المرأة عقد الزواج[4].

---

[1] الخطابي،معالم السنن،طبعه وصححه محمّد راغب الطباخ:حلب،ط1 1352هـ-1933م،ج3 ص196.

[2] الألباني،إرواء الغليل،دح،المكتب الإسلامي:بيروت-دمشق،ط1 1399هـ-1979م،ج6 ،ص249.

[3] رواه ابن ماجة في سننه،ك.النكاح.بلا نكاح إلاّ بوليّ،(ج1،ص606،ر1882).

[4] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي،مرجع سابق،ص39.

ثالثاً-القول الراجح:

الرّاجح-والله أعلم-هو قول الجمهور القائل باشتراط الولاية في عقد الزواج، وذلك لقوّة أدلته ووضوحها، كما أنّ ذلك عمل السلف هذه الأمّة[1]، ولأنّ المرأة قد تضعف فتنخدع خصوصاً في وقتنا الحاضر، فمهما تكن المرأة من فطنة إلا أنّ الرجل يفوقها في بعد النّظر وتوقع النّتائج وهذا في الغالب، ولهذا فلابدّ من الوليّ حتّى لا تزوّج نفسها ممّن ليس بكفء لها، أو قد تنحرف المرأة عن الطريق السّوي فتزوّج نفسها بأكثر من شخص، ومن ثمّ سدّاً للذرائع المفضية إلى الشّر والله أعلم[2] .

مراعاة الخلاف في المسألة:

نكاح المرأة بغير وليّ عند الجمهور نكاح باطل، يفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أنّ مالك راعى خلاف الحنفية القائلين بصحته، فقال بعض المالكية:"إذا ثبت ذلك، فإن زوّجت إمرأة نفسها أو غيرها، فالنّكاح فاسد لا يصح بوجه، ويفسخ قبل الدخول وبعده"[3].

ويكون الفسخ بطلاق ويكون بغير طلاق، فكلّ نكاح أجمع على تحريمه فسخ بغير طلاق، وما اختلف فيه فسخ بطلاق[4] فاحتيط بأن يكون فسخه طلاقاً، فإن أدرك قبل الدخول وفسخ فلا مهر لأنّ النّكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب به المهر، وإن لم يعلم إلّا بعد الدخول لزم به المهر للإستمتاع[5].

---

[1] أحمد بن أحمد الدرويش،الزواج العرفي ،مرجع سابق،44.

[2] عبد الملك بن يوسف محمّد المطلق،زواج المسيار،مرجع سابق،ص54.

[3] القاضي عبد الوهاب،المعونة،ح حميش عبد الحق،المكتبة التجارية:مكة المكرمة،دط،ج2 ص728.

[4] ابن جزي،القوانين الفقهية،دح،دط،ص140.

[5] القاضي عبد الوهاب،المعونة،المرجع السابق،ج2،ص728.

وجاء في الإستذكار:(إنّ المرأة إذا نكحت بغير وليّ فسخ النّكاح ، فإن دخل، وفات الأمر بالدخول، وطول الزمن، والولادة، لم يفسخ، لأنّه لا يفسخ من الأحكام إلّا الحرام البيّن، أو يكون خطأ لاشك فيه، فأمّا ما يجتهد فيه الرّأي وفيه الإختلاف فلا يفسخ)[1].

كأن يقال أنّ الإمام مالك راعى الخلاف في هذه المسألة(النّكاح بغير وليّ)بتصحيحه إذا حصل وبعده، وكذلك حصول الأولاد درءاً للأضرار المترتبة عن هذا الفسخ.

وأكدّ على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتاً إن لم يتطاول ولكنه احتاط في ذلك،كما ثبت على مذهب الإمام مالك في المرأة إذا تزوجت بغير وليّ ثمّ مات أحدهما أنّهما يتوارثان .

-وذكر ابن القاسم[2] عن مالك أنّه كان يرى بينهما التوارث[3].

ففساد إنكاح المرأة نفسها عند مالك وجوازه عند أبو حنيفة[4] قياسا على البيع، فأعمل مالك دليله في الحياة ودليل خصمه في لازم مدلوله بعد الممات، فأوجب توارثهما، وكون الفسخ بطلاق. ولأنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-قال:(فالمهر بما أصاب منها) بعد أن حكم على نكاحها بالبطلان، فدلّ على أنّ العقد الباطل يحكم له بحكم الصّحيح

---

[1] ابن عبد البر،الإستذكار،دح،دار قتيبة-دار الوعي:دمشق-بيروت،حلب-القاهرة1 -1414هـ 1993م،ج16،ص37.

[2] ،عبد الرحمن بن القاسم بن خالد المصري(132-191هـ=750-806م)،أبو عبدالله،ويعرف بإبن القاسم،فقيه، جمع بين الزهد والعلم،تفقه من الإمام مالك ونظرائه،مولده ووفاته بمصر له "المدونة".(الزركلي،الأعلام،ج3،ص323).

[3] ابن عبد البر،الإستذكار، المرجع السابق،ج16،ص37-38.

[4] ،النعمان ابن ثابت،التيمي ،الكوفي(80-150هـ=699-767م)،أبو حنيفة إمام الحنفية،الفقيه المجتهد المحقق،أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنّة،له:"مسند"في الحديث و"المخارج" في الفقه.(الزركلي،الأعلام،ج8،ص36).

بعد الفوات، وإلّا فمقتضى القياس، أنّ الفسخ بغير طلاق وأنّه لا مهر لها لأنّها زانية[1].

الفرع الثاني: نكاح المحرم

واختلف العلماء في نكاح المحرم على قولين:

أ-**القول الأول:** ذهب أبو حنيفة إلى جواز هذا النّكاح[2] .

ب-**القول الثاني:** ذهب الأئمّة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد[3] إلا أنّه لا يصح نكاح المحرم[4] بحجّ كانت أو عمرة، سواء تزوّج أو زوّج ، وكيلاً كان أو وليًّا موكلاً[5]، أي فالمحرم إذا تزوّج لنفسه، أو عقد النّكاح لغيره ككونه وليًا أو وكيلاً، فإنّه لا يصح[6].

ومن البيت المشهور:

نِكَاحُ مُحْرِمٍ لِمَالِكٍ بَطَلْ وَالشَافِعِي وَأَحْمَدْ عَنْهُمْ نُقِلْ

ذاَ عَنْهُمَا وَاللَيْثُ وَالأَوْزَاعِي وَ عَنْ صَحَابَةِ بِلاَ نِزَاعِ

أَبُو حَنِيفَة يُبِيحُ إِنْ عَقَدْ فَلَيْسَ بَأْسٌ عِنْدَهُ إِذاَ وُجِدْ[7].

أ-أدلة القول الأول:

---

[1] التسولي،البهجة شرح التحفة،دح،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1418هـ-1998م،ج1 ،ص22.

[2] مصطفى سعيد الخن،أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء،دح،مؤسسة الرسالة:بيروت،ط1 1392هـ-1972م،ص97.

[3] (164-241هـ=780-855م)،أحمد بن حنبل،أبو عبد الله، الشيباني الوائلي،إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمّة الأربعة،ولد ببغداد،له كتب في "التاريخ"و"الناسخ والمنسوخ"و"التفسير".(الزركلي،الأعلام،ج1،ص203).

[4] مصطفى سعيد الخن،أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء،المرجع السابق، ص97.

[5] أبي الحسن المحاملي،اللباب في الفقه الشافعي،ح عبد الكريم ابن صنيتان العمري،دار البخارى:المدينة المنورة،ط1 1416هـ،ص304.

[6] ابن قدامة،المغني،مرجع سابق،ج10،ص55.

[7] حمداتي شبيهنا ماء العينين،المنارة،دح،ط1 2011م،ص273.

1--استدل الحنفية بالحديث الذي رواه ابن عباس-رضي الله عنه-:(أَنَّ النَّبِيَ-صَلّى الله عليه وسلّم-تَزَوَّجَ مَيْمُونَة وَهُوَ مُحْرِمٌ)[1].

ب-أدلة القول الثاني:

1- من السنّة:

✓ حديث عثمان بن عفان-رضي الله عنه-أنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-قال: (لاَ يَنْكِحُ المُحْرِمُ وَ لاَ يُنْكَحُ)[2]، وفي رواية له :(لَا يَخْطِبُ).

وجه الدلالة:

وجه الإستدلال من الحديث أنّه قد أفاد تحريم نكاح المحرم لنفسه أو غيره ، كما أفاد تحريم الخطبة كذلك فلا يخطب ولايخطب أحد منه وليّته[3].

✓ حديث يزيد ابن الأصم عن ميمونة قالت:(تَزَوّجَنِي رَسُوُل الله-صَلَّى الله عَلَيْهَ وَسَلَّم-وَهُوَ حَلاَلٌ)[4].

✓ حديث أبي رافع:(أَنَّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-تَزَوَّجَ مَيْمُونَة حَلَالاً، وَبَنَى بِهَا حَلاَلاً، وَكُنْتُ السَفِيرَ بَيْنَهُمَا)[5] وفي رواية: (كُنْتُ الرَسُولَ بَيْنَهُمَا).

2- من الأثر:

---

[1] رواه البخاري في صحيحه،ك.النكاح،ب.تزويج المحرم،(ج6،ص15،ر1837).

[2] رواه مسلم في صحيحه،ك.النّكاح،ب. تحريم نكاح المحرم،وكراهة خطبته،(م1،ص637 ر1409).

[3] الصنعاني،سبل السلام،ح محمّد صبحي حسن حلاق،درا ابن الجوزي:السعودية،ط1 محرّم 1418هـ،ج6،ص45.

[4] رواه الترمذي في سننه[ح بشار عواد معروف،دار الغرب الإسلامي:بيروت،ط1، 1996م]،ك.الحج،ب.ماجاء في كراهية تزويج المحرم،(م2،ص191،ر841).

[5] رواه الترمذي في سننه،ك.الحج،ب.ماجاء في كراهية تزويج المحرم،(م2،ص190،ر841).

✓ وممّن ذهب من الصحابة إلى بطلان نكاح المحرم عمر ابن الخطاب–رضي الله عنه– ، روى مالك في الموطأ عن أبي غطفان بن طريف المري: (أَنَّ أَبَاهُ طرَيفاً تَزَوَّجَ إِمْرَأَة وَهُوَ مُحْرِمٌ فَرَدَّ عُمَر ابْن الخَطَّاب نِكَاحَهُ)[1].

3–من المعقول:

ولأنّها عبادة تمنع الطيب فمنعت عقد النكاح كالعدّة، وله أن يراجع لأنّه ليس بابتداء عقد وإنّما استصلاح لما انثلم له[2].

نرى تعارضاً بين ما استدلّ به الفريق الأول وما استدلّ به الفريق الثاني، ولقد عمد كلّ فريق إلى ترجيح بما رآه مرجحاً.

فممّا رجّح به الفريق الأول دليلهم أنّ ابن عباس راوي الحديث هو من له فقهاً وعلماً، ومكانة في العلم بالقرآن والآثار والأحكام لا تجهل، فهو أرجح من رواية يزيد وأبي رافع.

وممّا رجّح به الفريق الثاني دليلهم رواة صاحبة القصّة ميمونة، و رواية صاحبة القصّة أولى بالقبول، وكذلك رواية أبي رافع و رواية السفير أولى لأنّه أخبر وأعرف بها[3].

فاختلف عنه–صلّى الله عليه وسلّم–هل تزوّج ميمونة حلالاً أم محرماً؟

فقال ابن عباس: تزوّجها محرماً، وقال أبو رافع: تزوّجها حلالاً، وكنت الرّسول بينهما[4]، وقد نظم أحدهم ذلك في شعر:

---

[1] رواه مالك في الموطأ[–ح محمّد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي:بيروت،دط،1406هـ 1985م]،ك.الحجّ،ب.نكاح المحرم،(ج1،ص349،ر 71).

[2] القاضي عبد الوهاب،المعونة،مرجع سابق،ج1،ص599.

[3] مصطفى سعيد الخن،أثر الإختلاف في القواعد الأصولية،مرجع سابق،ص97–98.

[4] ابن قيم الجوزية،زاد المعاد،ح شعيب الأرنؤوط–عبد القادر الأرنؤوط،مؤسسة الرسالة بيروت: ط3 1418هـ–1998م،ج5،ص102–103.

وَالخُلْفُ فِي تَعارُضٍ لِلْنَّقْلِ زَوَاجُهُ مَيْمُونَةٌ لِلْكُلِّ

فِيهِ خِلَافٌ عِنْدَ أَهْلِ الحَلِّ هَلْ مُحْرِمٌ أَوْ قَدْ أَتَى فِي الحِلِّ[1].

- القول الرّاجح:

قول أبي رافع أرجح لعدّة أوجه:

1-أنّه كان بين الرسول-صلّى الله عليه وسلّم-وبينها ، وعلى يده دار الحديث، فهو أعلم به بلا شك، وقد أشار بنفسه إلى هذا إشارة متحقّق له، ومتيقّن ولم ينقله عن غيره، بل باشره بنفسه.

2-أنّ ابن عباس لم يكن معه في تلك العمرة، فإنّها كانت عمرة القضية، وكان ابن عباس من المستضعفين الذين عذرهم الله من الولدان، وإنّما سمع القصّة من غير حضور له منها.

3-أنّه-صلّى الله عليه وسلّم-حين دخل مكّة، بدأ بالطّواف بالبيت، ثمّ سعى بين الصّفا والمروة، وحلق، ثمّ حلّ. ومن المعلوم أنّه لم يتزوّج بها في طريقه، ولا بدأ بالتزويج بها قبل الطّواف بالبيت، ولا تزوّج في حال طوافه، وهذا من المعلوم أنّه لم يقع، فصحّ قول أبي رافع يقيناً.

4-أنّ الصحابة-رضي الله عنهم-غلّطوا ابن عبّاس، ولم يغلّطوا أبي رافع.

5-أنّ ابن أختها يزيد ابن الأصمّ شهد أنّ رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-تزوّجها حلالاً، قال: كانت خالتي وخالة ابن عبّاس[2].

6-أنّ قول أبي رافع موافق لنهي النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-عن نكاح المحرم، وقول ابن عبّاس يخالفه، وهو مستلزم لأحد الأمرين، إمّا لنسخه، وإمّا لتخصيص النبي -

[1] حمداتي شبيهنا،المنارة،مرجع سابق،ص237.

[2] ابن قيم الجوزية،زاد المعاد،مرجع سابق،ج5،ص103-104.

صلّى الله عليه وسلّم–بجواز النّكاح محرماً، وكلا الأمرين مخالف للأصل ليس عليه دليل، فلا يقبل[1].

وبناءاً على هذا نستنتج أن الرأي الرّاجح هو رأي الجمهور القائلين ببطلان نكاح المحرم، وذلك لقوّة أدلتهم ووضوحها والله أعلم.

– مراعاة الخلاف في المسألة:

العقد الواقع في الإحرام عقد فاسد، وهو مقتضى ما ذهب إليه الجمهور بمن فيهم المالكية، فإنّه يفسخ قبل البناء وبعده ولو ولدت الزوجة الأولاد[2].

واختلف في فسخه عن مالك: فقيل بطلاق، وقيل عنه بغير طلاق[3].

قال مالك في نكاح المحرم: "إنّه فسخ ليس فيه طلاق"[4].

وعليه فإنّ بعض المالكية راعوا خلاف الحنفية القائلين بجواز نكاح المحرم فقالوا: إنّ نكاح المحرم يفسخ بطلاق، وفسخه يعد طلاقاً بائناً، لأنّه نكاح مختلف فيه، وإذا مات أحد الزوجين قبل أن يفسخ نكاح المحرم، ورثه الآخر سواء مات قبل الدخول أو بعده[5].

وأمّا ابن القاسم فذهب إلى أنّ كلّ نكاح اختلف فيه السلف أو قال بجوازه أحد أئمّة الفتوى بالأمصار فإنّ الفسخ فيه تطليقة بائنة[6]، حيث قال: "وممّا يبين لك ذلك نكاح المحرم أنّه قد اختلف فيه فأحبّ ما فيه إليّ أن يكون الفسخ فيه تطليقة"[7].

---

[1] ابن قيم الجوزية،زاد المعاد،مرجع سابق،ج5،ص104.

[2] ا لآبي،جواهر الإكليل،دح،المكتبة الثقافية:بيروت،دط،ج1،ص284.

[3] ابن عبد البر،الكافي،مرجع سابق،ج1،ص543.

[4] ابن رشد ،البيان والتحصيل،مرجع سابق،ج4،ص316.

[5] الصادق عبد الرحمن الغرياني،المدونة في الفقه المالكي وأدلته،دح،مؤسسة الريان:بيروت ط1 1423هـ–2002م،ج2،ص555.

[6] ابن عبد البر،الكافي،مرجع سابق،ج1،ص534–535.

[7] مالك،المدونة الكبرى من رواية سحنون،دح،وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة

قال محمّد بن رشد–رحمه الله–:"...خلاف اختيار ابن القاسم أنّه يفسخ بطلاق مراعاة للإختلاف"[1].

المطلب الثاني : مراعاة الخلاف في الطلاق

الفرع الأول: الطلاق بلفظ الحرام

إذا قال الرجل لزوجته: أنت عليّ حرام، أو أنت محرّمة، أو قال: حرّمت ما أحلّه الله لي أو نحو هذا، ففي وقوع الطلاق به تفصيل المذاهب[2]، فمنهم من اعتبره طلاقاً، ومنهم من اعتبره يميناً يكفر عنها، ومنهم من اعتبره ظهاراً.

أولا–آراء المذاهب في المسألة:

أ–**مذهب الحنفية:** ذهب أبو حنيفة إلى أنّه إذا قال الزوج لزوجته أنت عليّ حرام يقع طلاقاً أو يمينا أو ظهاراً بحسب نيّته.

قال أبو حنيفة فيمن قال لزوجته أنت عليّ حرام، فإنّه يسأل عن نيّته لأنّه تكلّم بكلام مبهم محتمل لمعانٍ، وكلام المتكلّم محمول على مراده، فإن نوى الطلاق فهو طلاق،وإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث لأنّ حرمتها عليه عند وقوع الثلاث فقد نوى نوعاً من أنواع الحرمة[3].

وقال:فإن نوى يميناً فيمين وإن نوى طلاق فطلاق وهو مانوى في ذلك[4].

وقال أيضا في رجل قال لإمرأته أنت عليّ كظهر أمّي فهو ظهار لاغير[1]، إن قال

والإرشاد: السعودية،دط،م4،ص35.

[1] ابن رشد ،البيان والتحصيل،مرجع سابق،ج4،ص316.

[2] عبد الرحمن الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة،دح،دار الكتب العلمية:بيروت، ط2 1424هـ–2003م،ج4،ص300.

[3] السرخسي،المبسوط،دح،دار المعرفة:بيروت،دط،ج6،ص70.

[4] الشافعي،الأم،ح رفعت فوزي عبد المطلب،دار الوفاء:المنصورة،ط1 1422–2001م،ج7 ص166.

أنت عليّ كفرجها ولانيّة له فهو مظاهر، إن قال أنت عليّ مثل أمّي أو حرام كأمّي، ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على مانوى، وإن قال عليّ كظهر أمّي أو حرام مثل ظهر أمّي نوى طلاقاً أو إيلاءاً لم يكن إلّا ظهارًا[2].

ب-مذهب المالكية:

ذهب مالك فيمن قال لزوجته أنت عليّ حرام أنّه يقع طلاقاً، ولايسئل عن نيّته[3].

قال ابن القاسم:"والحرام عند مالك طلاق"[4].

ج-مذهب الشافعية:

قال الشافعي[5] ليس بطلاق حتى ينويه[6]، وإن لم يرد طلاقاً فليس طلاقاً ويكفر كفارة يمين[7].

د- مذهب الحنابلة:

ذهب أحمد فيمن قال لزوجته أنت عليّ حرام، لزمته كفارة الظهار[8].

هـ-مذهب الظاهرية:

---

[1] السعدي،النتف في الفتاوى،ح صلاح الدين الناهي،درا الفرقان-مؤسسة الرسالة: عمّان بيروت،ط2 1404هـ-1984م،ج1،ص371.-

[2]الشيباني،الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير،دح،عالم الكتب العلمية:بيروت ،ط1 1406هـ،ج1،ص222-223.

[3]- ابن بطال،شرح صحيح البخاري،ح أبو تميم ياسر،مكتبة الرشد:الرياض،ط2 1423هـ 2003م،ج7،ص401.

[4] مالك،المدونة،دح،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1415هـ-1994م،ج2،ص286.

[5] (150-204هـ=767-820م)،محمّد ابن إدريس بن العباس الهاشمي القرشي المطلبي، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة،ولد بغزة وتوفي بمصر،له تصانيف كثيرة أشهرها:"الأمّ" "المسند"و"الرسالة".(الزركلي،الأعلام،ج6،ص26).

[6]ا بن بطال،شرح صحيح البخاري،المرجع السابق،ج7،ص402.

[7] الشافعي،الأمّ،مرجع سابق،ج7 ،ص166.

[8] ابن بطال،شرح صحيح البخاري،المرجع السابق،ج7،ص402.

يرى ابن حزم لمن قال لزوجته أنت عليّ حرام أنّه ليس للتحريم بشيء لا في زوجة ولا في غيرها، ولا يقع ذلك طلاقاً أصلاً، ولا إيلاء، ولاظهارولا تحريم، ولا تجب في ذلك كفارة أصلا[1].

ثانياً-أدلة الفقهاء:

أ-أدلة الحنفية:

1-قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ ﴾ [2]إلى قوله تعالى: ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [3].

2-قوله-صلّى الله عليه وسلّم-:(وإنّما لكلّ امرئ مانوى)[4].

3-وجاء في التفسير أنّ النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-(كَانَ حَرَّمَ مَارِيَة القِبْطِيَة عَلَى نَفْسِهِ) ، وفي بعض الروايات(حَرَّمَ العَسَلَ عَلَى نَفْسِهِ) وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة-رضي الله عنهم-[5].

ب-أدلة المالكية:

واستدلّ المالكية بذلك أنّ عليّاً-رضي الله عنه-كان يقول في قول الرجل لإمرأته أنت عليّ حرام: (إنّها ثلاث).

وروي عنه أيضاً أنّه قال: (الحرام والبتّة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره)[6].

---

[1] ابن حزم،المحلّى،ح منير الدمشقي،إدارة الطباعة المنيرية:مصر ،دط،ج9،ص305.

[2] (التحريم،01).

[3] (التحريم،02).

[4] رواه البخاري في صحيحه،ك.بدء الوحي،ب.كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم-(ص7،ر1).

[5] السرخسي،المبسوط،مرجع سابق،ج6،ص70.

[6] أبا زيدالقيرواني،الذب عن مذهب مالك،ح محمّد العلمي،مركز الدراسات والأبحاث وأحياء

فلفظ ثلاث: لفظ يدل دلالة قطعية على تحريم الزوجة، ولاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره[1].

ج-أدلة الشافعية:

واستدلّ الشافعي بذلك قياساً على الذي تحرم أمته، فيكون عليه كفارة لأنّ الرسول-صلّى الله عليه وسلّم-حرّم أمته فأنزل الله ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ ﴾ [2]،وجعلها الله يميناً فقال: ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾[3].

د-أدلة الظاهرية:

1-قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ ﴾[4]

وجه الدلالة: أنكر الله تحريم ماأحلّه الله والزوجة ممّا أحلّ الله، فتحريمها منكر ومردود[5].

2-وقد صحّ عن رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-أنّه قال:(مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدّ)[6].

وجه الدلالة: فتحريم الحلال إحداث حدث ليس في أمر الله عزّو جلّ فوجب أن يردّه.

3-عن ابن عباس قال:(إذا حرّم إمرأته ليس بشيء، لكم في رسول الله أسوة حسنة).

4-وعن مسروق قال:(ما أبالي حرمت إمرأتي أو قصعة من ثريد).

التراث:الرباط،ط1 1432هـ-2011م،م2،ص703.

[1] ينظر:أبا زيد القيرواني،النوادر والزيادات،ح محمّد عبد العزيز دباغ،دار الغرب الإسلامي: بيروت،ط1 1990م،م5،ص156.

[2] (التحريم،01).

[3] الشافعي،الأمّ،مرجع سابق،ج7 ،ص166.

[4] (التحريم،01).

[5] ابن حزم،المحلّى،مرجع سابق ،ج9،ص307.

[6] رواه البخاري في صحيحه،ك.الصلح،ب.إذا اصطلحوا فالصلح مردود،(ص659،ر2697).

5- وعن الشعبي قال في تحريم المرأة:(لهي أهون عليّ من نعلي)[1].

6-وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف قال:(ما أبالي حرمتها-يعني امرأته-أو حرمت ماء النّهر).

7-وعن قتادة أنّ رجلاً جعل امرأته عليه حراماً، فسأل عن ذلك حُمَيْد بن عبد الرحمن الحميري، فقال له حميد:قال عزّو جلّ: ﴿ فَإِذَا فَرَغْتَ فَانصَبْ ۝٧ وَإِلَىٰ رَبِّكَ فَارْغَبْ ۝٨ ﴾ [2]،وانت رجل تلعب فاذهب تلعب[3].

فهذه مجموعة من الأثار عن السلّف الصالح في حكم من قال لزوجته أنت عليّ حرام، ودلالتها صريحة وواضحة.

ثالثاً-القول الراجح:

الرأي الراجح والله أعلم فيمن طلّق امرأته بلفظ الحرام أنّه يمين، وأجزأه في ذلك كفارة يمين.قال ابن تيمية في فتاويه: "ففي هذه المسألة نزاع مشهور بين السلف والخلف ولكن القول الراجح أنّ هذه يمين من الأيمان لا يلزمه بها طلاق، ولو قصد ذلك الحلف بالطلاق"[4].

مراعاة الخلاف في المسألة:

الطلاق بلفظ الحرام يقع ثلاثاً قبل البناء وبعده، وهو مقتضى ماذهب إليه المالكية إلّا أنّ بعض المالكية راعوا خلاف القائلين بعدم وقوعه طلاقاً، فقالوا: أنّها تقع طلقة واحدة بائنة في حالة الدخول.

---

[1] ابن حزم،المحلّى،مرجع سابق ،ج9،ص307.

[2] (الشرح،7-8).

[3] ابن حزم،المحلى،مرجع سابق،ج9،ص305-307.

[4] ابن تيمية،مجموع فتاوى ابن تيمية،مرجع سابق،م33،ص74.

قال ابن الماجشون: "لا ينوي أقل من ثلاث وإن لم يدخل، وقيل في المذهب أنّهما طلقة واحدة بائنة وإن دخل"[1].

وفرّق ابن القاسم بين المدخول بها وغير المدخول بها، فجعل للمدخول بها الرجوع بما لها عليه من الصداق[2].

الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت.

مرض الموت: وهو المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت، وتعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت، أي يعجز كلاًّ منهما عن القيام بما من شأنه أن يقوم به، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت[3].

أولاَ-آراء الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في طلاق المريض مرض الموت:

أ-فيمن طلّق إمرأته وهو مريض قبل الدخول:

القول الأول: لاميراث لها، ولا عدّة عليها، ولها نصف الصداق، كذلك روى ابن عباس، وبه قال عمر بن عبد العزيز، والشّعبي، والزهري، والثوري، وأصحاب الرأي.

القول الثاني: لها الميراث، والصداق كاملاً، وعليها العدة، هذا قول الحسن البصري، وأحمد وإسحاق، وأبي عبيد.

القول الثالث: لها الصداق كاملاً، ولاميراث لها، ولاعدّة عليها، وكذلك قال جابر بن زيد.

القول الرابع: لها نصف الصداق، ولها الميراث إذا مات من وجعه، وذلك ما لم تنكح، هذا قول عطاء بن أبي رباح[1]

---

[1] لابن جزي،القوانين الفقهية،مرجع سابق،ص153.

[2] ابن عبد البر،الكافي،مرجع سابق،ج2،ص576.

[3] عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،دح،دار القلم:كويت ط2 1410هـ-1990م،ص147.

ب- فيمن طلّق إمرأته مدخولاً بها

القول الأول: ذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في القول القديم، أنّها ترثه[2].

القول الثاني: ذهب الشافعية في القول الجديد إلا أنّها لا ترث[3].

قال الشافعي: "وطلاق المريض والصحيح سواء"[4].

ثانياً-أدلة الفقهاء:

أ-أدلة القول الأول:

استدلّ الجمهور القائلين بتوريث المطلقة من زوجه المريض مرض الموت بالأثار والمعقول:

1-من الأثار:

- ✓ أنّ عثمان بن عفان-رضي الله عنه-ورّث من طلقها عبد الرحمن بن عوف في مرضه الذي مات فيه، ولم ينكر أحد من الصحابة عمله وقد علموه فكان هذا في معنى الإجماع[5].

وجه الدلالة: الأثر واضح في توريث تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن بن عوف في مرض موته، وأنّ ذلك قد اشتهر في الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً

---

[1] ابن المنذر النيسابوري،الإشراف على مذاهب العلماء،ح أبو حماد أحمد الأنصاري،مكتبة مكة الثقافية:رأس الخيمة،ط1 1426هـ-2005م،ج5،ص222.

[2] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،دح،دار الفكر:دمشق،ط2 1405هـ-1985م،ج453.7

[3] علي أحمد عبد العال الطهطاوي،تنبيه الأبرار،دح،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1424هـ 2003م،ص118.

[4] الماوردي،الحاوي الكبير،ح محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود،درا الكتب العلمية: بيروت ط1 1414هـ-1994م،ج10،ص263.

[5] أبو زهرة،الأحوال الشخصية،دح،دار الفكر العربي،دط،ص320.

قال القاضي أبو الوليد الباجي[1]:"فورثها عثمان بن عفان منه يقتضي أنّ عثمان ورّث نساء المطلّق في المرض وإن كان سبب الطلاق من فعلهنّ لأنّ هذه الزوجة هي سألت عبد الرحمن بن عوف الطلاق ورغبته وقد ورّثها عثمان مع ذلك وقد جعل أهل العلم فعل عثمان في ذلك أصلاً..)[2].

- ✓ عن معمر قال: أخبرني من سمع الحسن يقول:(يتوارثان إن مات من مرضه ذلك)[3].
- ✓ –عن طاوس أنّ عائشة–رضي الله عنها–قالت في الرجل طلّق امرأته ثلاثاً في مرضه قالت:(ترثه مادامت في العدّة)[4].

وجه الدلالة: أنّ جميعها تدل على أنّ المطلق زوجته طلاقاً بائناً يرد عليه قصده وترثه، ولنا فيهذا إجماع الصحابة –رضي الله عنهم[5].

2– من المعقول: وهو من وجهين

- ✓ قال ابن تيمية:"ولأنّ هذه إنّما ورثت لتعلّق حقّها بالتركة لمّا مرض مرض الموت، وصار محجوراً عليه في حقّها، وحق سائر الورثة، بحيث لا يملك التبرع لوارث، ولا

---

[1] سبق ترجمته،ص36.

[2] الباجي،المنتقى شرح الموطأ،دح،دار الكتاب الإسلامي:القاهرة،ط1 1332هـ،ج4،ص87.

[3] رواه عبد الرزاق في مصنفه[ح حبي الرحمن الأعظمي،المجلس العلمي:الهند،ط2 1403هـ] ك.الطلاق،ب.طلاق المريض،(ج7،ص12202،64).

[4] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه[ح كمال يوسف الحوت،مكتبة الرشد:الرياض،ط1 1409هـ] ك.الطلاق،ب.من قال ترثه مادامت في العدة منه إذا طلّق وهو مريض،(ج4،ص172 ص19044).

[5] ينظر:الكاساني،بدائع الصنائع،دح،دار الكتب العلمية:بيروت،ط2 1406هـ–1986م،ج3 ص218.

يملكه لغير وارث بزيادة على الثلث، كما لا يملك ذلك بعد الموت، فلمّا كان تصرفه في مرض موته بالنّسبة إلى الورثة كتصرّفه بعد الموت، لايملك يملك إرثها، فذلك لا يملك بعد موته[1]، فوجب أن ترثه كالبائن بالموت"[2].

فهو أنّ تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعاً للضرر عنها[3].

ب-أدلة القول الثاني:

إستدل الشافعي في القول الجديد بعدم توريث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من زوجها المريض مرض الموت بالأثر والمعقول:

1- من الأثر:

✓-قول ابن الزبير:(وأمّا أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة)[4].

2- من المعقول:

استدلّ الشافعي على أنّ المرأة المطلقة في عدّة طلاق بائن لاترث من زوجها الذي طلّقها، بانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه، بخلاف المطلّقة في عدّة طلاق رجعي، فإنّها ترث بالإتفاق لبقاء الآثار الزوجية كلحوق الطلاق لها والإيلاء منها ونحوهما[5].

ثالثاً-القول الراجح

---

[1] ابن تيمية،الفتاوى الكبرى،د ح،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1 1408هـ-1987م،ص321-322.

[2] الماوردي،الحاوي الكبير،مرجع سابق،ج10،ص264.

[3] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،مرجع سابق،ج7،ص453.

[4] رواه البيهقي في السنن الكبرى [ح محمّد عبد القادر عطا،مجلس دائرة المعارف النظامية: الهند ط1 1344هـ]ك.الطلاق والخلع،ب.ماجاء في توريث المبتوتة،(ج7،ص362،ر15529).

[5] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،مرجع سابق،ج7،ص453.

والذي نراه راجحاً–والله أعلم– هو القول الأول القاضي بتوريث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً من من زوجها المريض مرض الموت إذا مات عنها فراراً من توريثها وذلك للأسباب التالية:

أ–معاملة له بنقيض قصده، فإنّ التهمة لها تأثيرها في الميراث كمنع القاتل من ميزان مورثه، وسدّاً للباب أمام الفارين من تطبق الشرع.

ب–ضابط طلاق الفار المعتبر، هو أن يقوم الزوج في حالة مرض الموت، وهو من كان غالب حاله الهلاك، بتطليق زوجته الوارثة في الحال، أي بائن سواء بينونة صغرى قبل الدخول أو بعده، أو كبرى من غير طلب منها، هروباً من الميراث، بشرط أن يتصل الموت بهذا المرض، ولو مات بعد انتهاء العدة مالم تتزوج[1].

مراعاة الخلاف في المسألة:

ذهب الجمهور إلى أنّ طلاق المريض الموت طلاق لا يجوز.

قال مالك: لايجوز ذلك لأنّ فيه إخراج الوارث وقد نهى–عليه الصلاة والسلام– عن إخراج الوارث[2]، وبناءاً على هذا راعى بعض المالكية خلاف الشافعية القائلين بعدم ميراث المطلّقة في مرض الموت، فقالوا: أمّا لو حصل فسخ في حياته فإن كان قبل الدخول فلا شيء فيه، وإن كان بعد الدخول فلها المسمّى تأخذه من الثلث مبدأ إن مات، وإن صحّ تأخذه تأخذه من رأس المال[3].وقالوا أيضا: إذا كانت التهمة ضعيفة(تهمة الفرار من الميراث) أو طلّقها طلقة ثانية فإنّها لا ترثه.

---

[1] د.بسام حسن العف،حكم طلاق الفار،iugaza.edu.ps،2018–04–22يوم الأحد21:50، ص14–16.

[2] الحطاب الرعييني،مواهب الجليل،دح،دار الفكر،ط3 1412هـ–1992م،ج4،ص27.

[3] العدوي،حاشية العدوي،ح حمد حمدي إمام،مطبعة المدني:مصر،ط1 1407هـ ج2،ص77.

قال ابن الحاجب في التوضيح لمّا قضى عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف"وروي عن مالك أنّها لا ترث منه لضعف التهمة لأنّ الفراق وإن كان ابتداؤه منه لم يستقل به وإنّما تمّمته هي أو غيرها"[1].

وجاء في " المختصر" أنّه لو صحّ ثمّ مرض فطلّقها ثانية لم ترث إلّا في عدّة الطلاق الأول والإقرار به فيه[2].

المبحث الثاني

مراعاة الخلاف في النّفقة والرضاع

❖**المطلب الأول:** مراعاة الخلاف في النفقة

❖**المطلب الثاني:** مراعاة الخلاف في الرضاع

[1] الحطاب الرعييني،مواهب الجليل،المرجع السابق،ج4،ص28.

[2] أبي بكر الحسن الكشناوي،أحكام العلاقة الزوجية على السادة المالكية،دح،مؤسسة الكتب الثقافية مكتبة التراث العربي:بيروت-الدار البيضاء(المغرب)،ط1 1431هـ-2010م،ص178. -

المبحث الثاني: مراعاة الخلاف في النفقة والرضاع

المطلب الأول مراعاة الخلاف في النفقة

الفرع الأول: نفقة الزوجة الناشز

بم يكون النشوز[1] عند فقهاء المذاهب؟، ومن النشوز عندهم مايلي:

1-امتناع الزوجة من الإنتقال إلى منزل الزوجية إبتداء بغير حقّ شرعي وقد دعاها إلى الإنتقال، وأعدّ المسكن إعداداً كاملاً يليق به.

2- خروجها من من منزله بغير إذنه وبغير حقّ شرعي.وإذا استمرت على ذلك طالت المدة أو قصرت فإنّه لا نفقة لها، وإذا عادت إلى طاعة زوجها واستقرت في مسكنه عادت النفقة ولا يعود ماسقط من النفقة في المدة الباقية[1].

[1] من النّشز:وهو المرتفع من الأرض،ونشز الرجل إذا كان قاعداً،ويقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشز وناشزة إذا عصت عليه،وخرجت عن طاعته ونشز عليها زوجها إذا جفاها وأضربها. (ابن الأثير،النهاية، ح علي عبد الحميدالحلبي،دار ابن جوزي:السعودية،ط1 جمادى الأولى 1421هـ،ص916).

3-إذا كان البيت المقيمان به ملكاً لها ثمّ منعته من الدخول، ولم تطلب منه الإنتقال إلى مسكن يعده وتترك له فرصة للبحث.

4-ومن النشوز امتناعها من الوطء بلا عذر أو غيره من الإستمتاعات كالقبلة واللمس وغيرها سواء كان المنع في بيت الزوج أو بيتها.

5-ومن النشوز كذلك امتناعها من السفر معه إذا كان الطريق مأمون ولم تخش حدوث ضررٍ أو مشقة لا تتحمّل عادةً[2].

أولاً-آراء الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في لزوم نفقة[3] المرأة حال نشوزها وامتناعها من أداء الحق الواجب بالنّكاح على قولين:

أ-**القول الأول:** أنّ المرأة إذا نشزت فإنّه لا نفقة لها، وهو قول جمهور الفقهاء.و حُكي إجماعاً، وفيه ظاهر بالقول الثاني[4].

ب-**القول الثاني:** أنّ النشوز لا يسقط النفقة، بل تجب لها النفقة وبه قال بعض الفقهاء، كالحكم بن عتيبة، وابن حزم، وهو قول عند المالكية[5].

ثانياً-أدلة الفقهاء:

---

[1] د. محمّد يعقوب طالب عبيدي-أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية،دح،دار الهدي النبوي:مصر،دط،1425هـ-2004م،ص113.

[2] د. محمّد يعقوب طالب عبيدي،أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلا مية،مرجع سابق ص113.

[3] النفقة مابه قوام معتاد حال الآدمي دون سرف،وأسبابها ثلاثة:نكاح وهو أقواها وقرابة خاصة وملك.(محمّد سعد،دليل السالك،دح-دار الندة،دط،ص96).

[4] عبد السلام الشويعر،أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية،دح،مكتبة الملك فهد:السعودية،ط1 1432هـ-2011م،ص18.

[5] عبد السلام الشويعر،أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية،مرجع سابق،ص19.

أ-أدلة القول الأول:

استدلّ الجمهور على سقوط النفقة الزوجية بالنسبة للمرأة الناشز بالكتاب والسنة والمعقول:

1-من الكتاب: قوله تعالى:﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[1].

وجه الدلالة: يستدل بالآية على المدعي من عدة وجوه:

الوجه الأول: إذا كان الله قد أذن للزوج في هجرها في المضجع لخوف نشوزها كان مباحاً له ترك الإنفاق عليها.

الوجه الثاني:أنّ الله قد أمر في حقّ الناشز بمنع حظها من الصحبة بقوله﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾ومعروف أنّ الحظ في الصحبة قاسم مشترك بين الزوجين وأمر متبادل بينهما وأمّا حق الإتفاق فهو حق خالص للزوجة وإذا كان النشوز يسقط الحق المشترك كان إسقاطه للحق الخالص للزوجة أولى[2].

2-من السنّة:

فيما ثبت عن النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-أنّه قال:(أَيُّهاَ النَّاس إنَّ عَلىَ نِسائكُم حَقاَ ولَنِسَائِكُم عَلَيْكُم حَقًّا لَكُم عَلَيْهِنَّ إلاَّ يُوطِئْنَ فَرْشَكُم أَحَداً تَكْرَهُونَهُ، وَعَلَيْهِنَّ أَلّا يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبينَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَإِنَّ الله تَعَالىَ قَدْ أَذِنَ لَكُم أَنْ تَهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ وَتَضْرِبُوهُنَّ ضَرْباً غَيْرَ مُبْرِحٍ، فَإِنْ انْتَهَيْنَ فَلَهُنَّ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوف)[3].

---

[1] (النساء،34).

[2] د.محمّد يعقوب طالب عبيدي-أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية،مرجع سابق،ص114-115.

[3] رواه مسلم في صحيحه،ك.الحجّ،ب.حجّة النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-،(م1

وجه الدلالة: وفي هذا دليل واضح على أنّ الناشز لا نفقة ولا كسوة لها[1].

3-من المعقول:

- ✓ إنّ النفقة الزوجية إنّما تجب للزوجة في مقابلة التمكين المستحقّ بعقد النكاح، ولم يوجد، فلم يجب ما في مقابله، بدليل أنّها لا تجب قبل تسليمها إليه.
- ✓ إنّ فوات الإستمتاع جاء بسببٍ من قبل الزوجة هي فيه ظالمة[2].

ب- أدلة القول الثاني:

واستدل الظاهرية وابن الحكم القائلين بعدم سقوط النفقة الزوجية بسبب النشوز بالآتي:

1- بعموم قول النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-:(وَلَهُنَّ عَلَيْكُم رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ)[3].

وجه الدلالة: بيّن النّبي-صلّى الله عليه وسلّم- أنّ الزوجات لهنّ النفقة على أزواجهم من غير تخصيص بنوع معيّن وتقييده لزوجة دون أخرى، وهذا يقتضي عموم وجوب النفقة الزوجية على الأزواج مطلقاً .

2-وبما روي عن عمر ابن الخطاب-رضي الله عنه-أنّه كتب إلى أمراء الأجناد أن يأمروا الجنود الذين طالت غيبتهم عن زوجاتهم بأن يبعثوا لهنّ النفقة أو يرجعوا أو يفارقوا فإنّ فارق فإنّ عليه نفقة من فارق من يوم غاب.

ص556،ر1218).

[1] د.محمّد يعقوب طالب عبيدي،أحكام النفقة الزوجية ،مرجع سابق،ص155.

[2] جاسر عودة علي العاصي،نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي،إشراف د.شحادة سعيد السويركي،قسم القضاء الشرعي،الجامعة الإسلامية :غزة،1428هـ-2007م،ص202.

[3] سبق تخريجه،ص99.

وجه الدلالة: وهذا يدل على عموم إيجاب النفقة الزوجية على الأزواج مطلقاً من غير تعيين لزوجة دون أخرى[1].

يقول الإمام الشوكاني:"لم يرد في الأدلة ما يدلّ على أنّ الزوجة إذا عصت زوجها سقطت نفقتها"[2].

من المعقول:

أ-إنّ نشوز الزوجة لا يسقط مهرها، فكذلك نفقتها.

ب-إنّ سفرها بغير إذن الزوج لا ينفي عنها كونها زوجة، ومن المعلوم أنّ نفقة المرأة على زوجها[3].

ثالثا-القول الراجح:

بعد عرضنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم فإنّ الراجح فيما يبدو-والله أعلم-هو ماذهب إليه الجمهور من كون النشوز مسقطاً للنفقة الزوجية لما يأتي:

أ-حديث (أَيُّهاَ النَّاس إنَّ عَلىَ نِساَئكُم حَقاَ ولَنِسَائِكُم عَلَيْكُم حَقًّا لَكُم عَلَيْهِنَّ إلاَّ يُوطِئْنَ فَرْشَكُم أَحَداً تَكْرَهُونَهُ، وَعَلَيْهِنَّ أَلّا يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبينَةٍ، فَإِنْ فَعَلْنَ فَإِنَّ الله تَعَالىَ قَدْ أَذِنَ

[1] د.محمّد يعقوب طالب عبيدي-أحكام النفقة الزوجية،مرجع سابق،ص115-166.

[2] الشوكاني،السيل الجرار،ح محمود ابراهيم زايد،دار الكتب العلمية:بيروت،ط1،ج2 ص449.

[3] جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق،ص203.

لَكُم أَنْ تَهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ وَتَضْرِبُوهُنَّ ضَرْباً غَيْرَ مُبْرِحٍ، فَإِنْ انْتَهَيْنَ فَلَهُنَّ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوف)[1].

وهذا القول هو الموافق للآية الكريمة ﴿ وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[2].

فالعمل بما قال به الجمهور يعتبر عملاً لكافة الأدلة والعمل بالأدلة كلّها أفضل من إعمال بعضها وترك البعض الآخر بدون دليل وعلى هذا يحمل المطلق في حديث الظاهرية على المقيد في حديث الجمهور.

ب-الدليل المروي عن عمر ابن الخطاب-رضي الله عنه-لا يصلح دليلاً بما يأتي :

-أنّه قول صحابي معارض بالكتاب والسنّة ومعلوم أنّ الله إذا قال ورسوله إذا حكم فلا قول لأحد بعدهما[3].

2-على فرض صحة التسليم بما ورد عن عمر رضي الله عنه فإنّه على التفرقة بين الناشز وغيرها حتى لا يتعارض ذلك مع الأدلة الصحيحة الواردة في هذا.

3-النفقة الزوجية غرم وإلزام وجب على الزوج في مقابل احتباس الزوجة وفاتت فيها المنفعة فالقول بوجوب النفقة لها يكون إلزاماً بدون مقابل، وفيه من الإجحاف بالزوج ما فيه كما أنّه معلوم أنّ الحكم يدور مع العلّة وجوداً وعدماً وقد انعدمت العلّة في نشوز المرأة فينعدم الحكم المناط بها وهو النفقة[4].

مراعاة الخلاف في المسألة:

[1] سبق تخريجه،ص99.

[2] (النساء،34).

[3] د. محمّد يعقوب طالب عبيدي،أحكام النفقة الزوجية،مرجع سابق،ص116.

[4] د. محمّد يعقوب طالب عبيدي،أحكام النفقة الزوجية،مرجع سابق،ص116-117.

لقد راعى بعض المالكية الخلاف في هذه المسألة، فقد نقل عن ابن رشد أنّه قال:"والمعنى في هذا عندي، إنّما هو أنّ النفقة لمّا كانت مرة يعتبر فيها الإستمتاع دون العقد، ومرة يعتبر فيها العقد دون الإستمتاع، اختلفا أيّهما يغلب في الناشز، وعلى هذا اختلفوا في الكبير يتزوج التي يوطأ مثلها، فمن غلب في النفقة حق الإستمتاع لم يوجب لها نفقة عليه حتى يدعو إلى الدخول وهو المشهور في المذهب، ومن غلب حقّ العقد رأى لها النفقة حتى يحال بينه وبين الدخول وهو دليل مافي الزكاة الثاني من المدونة"، فعند ابن المواز وهو مذكور عن مالك ورواه عن ابن القاسم ومثله سحنون أنّ لها نفقة[1].

وقد ذكر الدردير الفقه المالكي،قال: والذي ذكره المنيطي ووقع به الحكم وهو الصحيح، أنّ الزوج إذا كان قادراً على ردّها ولو بالحكم من الحاكم ولم يفعل

فلها نفقتها، وإن غلبت عليه لحمية قومها، وكانت ممّن لا تنفذ فيه الأحكام فلا نفقة لها.

وقيّد ابن عبد البر الذي سقط به نفقة الزوجة بعد الحمل، قال:"ومن نشزت عنه امرأته بعد دخوله بها سقطت عنه نفقتها إلّا أن تكون حاملاً" وهذا التقيّيد صحيح فالنّفقة للولد، ولا يمكن إيصالها إليه إلّا بالإنفاق عليها[2].

الفرع الثاني: نفقة المبتوتة وسكناها

قال الجعلي المالكي:

وَ أَنْفِقْ عَلَيْهَا فِي الطَلَاَقْ الرَّجْعِي مَعْ كُسْوَةٍ وَ مَسْكَنٍ بِالُوسْعِ

وَ أَنْفِقْ عَلَى الحَامِلِ دُونَ المَسْكَنِ وَ لَوْ بِخُلْعٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنِ[1].

[1] الحطاب الرعييني،مواهب الجليل،مرجع سابق،ص551-552.

[2] سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنّة،دح،دار النفائس:الأردن،ط1 1418هـ-1997م-ص283.

فالمبتوتة إمّا بخلع أو الطلاق الثلاث، فإن كانت حاملاً فلها السكنى والنفقة لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [2] وإن كانت حائلاً فقد اختلف الفقهاء في وجوب السكنى والنفقة لها على ثلاثة مذاهب[3]:

1-ذهب عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والثوري وأهل الكوفة من الحنفية وغيرهم والناصر والإمام يحي، إلى وجوب النفقة والسكنى[4].

2-أنّ لها سكنى، ولا نفقة لها، وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل الحجاز .

3-أنّها لا سكنى لها، ولا نفقة، وهو قول أحمد، وطائفة[5].

أ-أدلة االقول الأول:

1-قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ [6] فإنّ آخر الآية وهو النّهي عن إخراجهنّ يدل على وجوب النفقة والسكنى، ويؤيده قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [7].

2-عن الشعبي أنّه حدث بحديث فاطمة بنت قيس:(أَنَّ رَسُولُ لله-صَلّى الله عليه وسلّم-لَمْ يَجْعَلْ لَهَا سُكْنىَ وَلَا نَفَقَةٍ، فَأَخَذَ الأَسْوَد بن يَزِيد كَفاً مِن حَصَى فَحَصبَهُ بِهِ

---

[1] عثمان الجعلي،سراج السالك،دح،در صادر: بيروت،ط1 1994م،ج1،ص373.

[2] (الطلاق،06)

[3] الماوردي،الحاوي الكبير،مرجع سابق،ج11،ص465.

[4] الشوكاني،نيل الأوطار،ح رائد بن صبري ابن أبي علفة،بيت الأفكار الدولية:لبنان،دط 2004م،ص1314.

[5] ابن عبد البر،الإستذكار،مرجع سابق،م18،ص53.

[6] (الطلاق،01).

[7] (الطلاق،06).

وَقَالَ: وَتِلْكَ تَحْدثُ بِمِثْلِ هَذَا؟ قَالَ عُمَر: لاَ نَتْرُكُ كِتاَبَ الله وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا–صلّى الله عليه وسلّم–لِقَوْلِ امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ)[1].

ب–أدلة القول الثاني:

1–قوله تعالى: ﴿اَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ [2] ولإسقاط النفقة بمفهوم قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ ﴾ [3]، فإنّ مفهومه أنّ غير الحامل الحامل لا نفقة لها، و إلّا لم يكن لتخصيصها بالذكر فائدة[4].

2–واحتجوا بما رواه مالك في موطئه من حديث فاطمة، وفيه قال رسول الله–صلّى الله عليه وسلّم–:(لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَة)[5] وأمرها أن تعتد في بيت ابن أمّ مكتوم، ولم يذكر فيها إسقاط السكنى، فبقي على عمومه في قوله تعالى: ﴿اَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾وعلّلوا أمره–عليه الصلاة والسلام–بأن تعتد في بيت أمّ مكتوم بأنّه كان في لسانها بذاء[6].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه،ك.الطلاق،ب. المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها،(ج2،ص1118 ر1480).

[2] (الطلاق،06).

[3] (الطلاق،06)

[4] الشوكاني ،نيل الأوطار،مرجع سابق،ص1314.

[5] رواه مسلم في صحيحه، ك. الطلاق،ب. المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها،(ج2،ص1114 ر1480).

[6] محمّد بن حسن بن جمعان الغامدي،أثر التعارض بين الأدلة في فقه النّكاح وتوابعه،إشراف د السيد صالح عوض النجار، قسم الدراسات العليا،جامعة أمّ القرى: مكة المكرمة،1419هـ ص268.

ج-أدلة القول الثالث:

1-قوله تعالى: ﴿ اَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ فإنّه أوجب أن تكون حيث الزوج وذلك لا يكون في البائنة[1].

2-وعن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-في المطلقة ثلاثاً قال(لَيْسَ لَهَا سُكْنَى وَلاَ نَفَقَة)[2]، وفي رواية عنها أيضاً قالت:(طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلاَثاً، فَأَذِنَ لِي رَسُولُ الله-صلّى الله عليه وسلّم-أَنْ أَعْتَدَّ فِي أَهْلِي)[3].

القول الراجح:

رجح هذه الأقوال القول الثالث لما في الباب من النّص الصريح، وأمّا ماقيل من أنّه مخالف للقرآن فوهم، فإنّ الذي فهمه السلف من قوله تعالى: ﴿ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ [4]هو مافهمته فاطمة من كونه في الرجعية لقوله في آخر الآية ﴿ لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴾ [5] لأنّ الأمر الذي يرجى إحداثه هو الرجعة لا سواه، وهو الذي حكاه الطبري عن قتادة والحسن والسدّي والضحاك ولم يحكِ عن أحدٍ غيرهم خلافه[6].

---

[1] الشوكاني ،نيل الأوطار،مرجع سابق،ص1313.

[2] رواه مسلم في صحيحه،ك.الطلاق،ب.المطلقة ثلاثا لانفقة لها،(م2،ص689،ر1480).

[3] رواه مسلم في صحيحه،ك.الطلاق،ب.المطلقة ثلاثا لانفقة لها،(م2،ص688،ر1480).

[4] (الطلاق ،01).

[5] (الطلاق،01).

[6] الشوكاني ،نيل الأوطار،مرجع سابق،ص1313-1314-1315.

مراعاة الخلاف في المسألة:

راعى الشافعية الخلاف في المسألة، فقال الشافعي–رضي الله عنه–:"وكلّ ما وصفت من متعة أو نفقة أو سكنى، فليست إلّا في نكاح صحيح فأمّا كلّ نكاح مفسوخ فلا نفقة حاملاً أو غير حاملٍ".

وقال الماوردي :" وأمّا الفسخ فلا متعة فيه لأنّها مستحقة بالطلاق وهو مفقود وتستحق به السكنى دون النفقة كالبائن، لأنّه يستند إلى عقد صحيح وأمّا النّكاح الفاسد كالمتعة والشّغار والنكاح بغير ولي ولاشهود أو في عدّة أو إحرام، فإن لم يقترن به دخول فلا صداق فيه ولا متعة ولا سكنى ولا نفقة، وإن اقترن به دخول ففيه مهر المثل دون المسمّى، كانت حائلاً فلا سكنى ولا نفقة ، لأنّها لم تستحقها في حال الإجتماع فأولى أن لا تستحقها بعد الإفتراق[1].

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في الرضاع

الفرع الأول: المقدار المحرّم من الرضاع

أولاً–آراء الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في المقدار المحرّم من الرضاع[2] إلى خمسة أقوال:

[1] الماردي،الحاوي ،مرجع سابق،ج11،ص466–467.

[2] بفتح الراء وكسرها وهو مصدر رضع الثدي إذا مصّه بفتح الصاد وكسرها ،وقال المطرز في في شرحه: إمرأة مرضع إذا كانت ترضع ولدها ساعة بعد ساعة،وإمرأة مرضعة إذا كان ثديها في فم ولدها.(البهوتي،كشاف القناع ، مرجع سابق،ج5،ص442).

أ-**القول الأول:** يرى أصحابه أنّ قيل الرضاع وكثيره يحرم، وبه قال الحنفية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد، وروي عن ذلك عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله ابن عباس-رضي الله عنهم-.

قال العيني:" ارتبط التحريم بالرضاع مطلقاً من غير تقيّد بخمس أو سبع أو عشر أو نحو ذلك".

وقال الدردير:" يحرم ولو مصة واحدة".

ب-**القول الثاني:** يرى أصحابه أنّ تحريم الرضاع يثبت بخمس رضعات متفرقات فصاعداً[1]، وبه قال الشافعي[2]، وروي هذا عن عائشة، وابن مسعود، وابن الزبير، وعطاء، وطاوس، وأحمد في رواية ثانية[3].

قال النووي:" ولايثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات"[4].

وقال ابن قدامة:" أنّ الذي يتعلّق به التحريم خمس رضعات فصاعداً"[5].

ج-**القول الثالث:** ذهب داود الظاهري وأبو ثور وأبو عبيد إلى أنّ التحريم يثبت بثلاث رضعات[6].

د-**القول الرابع:** يرى أصحابه أنّ المقدار المحرم من الرضاع سبع رضعات، وهي رواية عن عائشة-رضي الله عنها-

---

[1] د هند الخولي،الرّضاع المحرّم في الفقه الإسلامي،مجلة جامعة دمشق العلوم الإقتصادية والقانونية،جامعة دمشق،العدد الرابع،2011م،م27،ص191-192.

[2] ابن رشد،بداية المجتهد نهاية المقتصد،مرجع سابق،ج2،ص35.

[3] ابن قدامة،المغني،مرجع سابق،ج11،ص310.

[4] النووي،المجموع،دح،دار الفكر،دط،ج18،ص213.

[5] ابن قدامة،المغني،مرجع سابق،ج11،ص310.

[6] د. سالم بن عبد الغني الرافعي،أحكام الأحوال الشصية للمسلمين في الغرب،دح،دار ابن حزم: لبنان،ط1 1423هـ-2002م،ص299.

هـ-القول الخامس: يرى أصحابه أنّ المقدار المحرم من الرضاع عشر رضعات، وبه قالت حفصة-رضي الله عنها-[1].

ثانياً-أدلة الفقهاء:

أ-أدلة القول الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأنّ قليل الرضاع وكثيره يحرم ، من القرآن والسنّة وآثار الصحابة والمعقول:

✓ **1-من الكتاب:** قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ [2].**وجه الدلالة:** يدل إطلاق الآية على أنّ الرضاع المحرم يقع بالقليل والكثير[3].

2-من السنّة:

✓ روي عن عائشة-رضي الله عنها-قالت: إنّ رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-قال:(يُحْرَمُ مِنَ الرَضَاعِ مايَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ)[4].

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على مطلق في التحريم بالرضاع، وهذا يقتضي ثبوت التحريم بما يطلق عليه إسم الرضاع سواء كان قليلاً أو كثيراً[1].

---

[1] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص192-193.

[2] (النّساء،23).

[3] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص193.

[4] رواه البخاري في صحيحه،ك.الشهادات،ب.الشهادة على الأنساب والرضاع،(ج3،ص170، ر2645).

- ✓ روي عن عقبة بن الحارث أنّه تزوّج أم يحي بنت أبي أهاب فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنّبي–صلّى الله عليه وسلّم–فأعرض عنّي، قال:(فَتنَحَيْتُ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ قال: وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمت أَنَّهُ قَدْ أَرْضَعَتكُمَا فَنَهَاه عَنْهَا)[2].

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على أنّ قليل الرضاع وكثيره يحرم، لأنّ رسول الله–صلّى الله عليه وسلّم–لم يستفصل عن الكيفية ولم يسأل عن العدد.

3- من الأثار:

- ✓ روي عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس–رضي الله عنهما–قالا: (قيل الرضاع وكثيره يحرم)[3].
- ✓ روي عن ابن عمر–رضي الله عنهما–أنّه لما بلغه أنّ عبد الله ابن الزبير يقول: (لا تحرم الرضعة والرضعتان)، فقال: (قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير)[4].

وجه الدلالة: يدل هذان الأثران على أنّ الرضاع يحرم بالقليل والكثير.

4–من المعقول:

- ✓ قالوا: إنّ الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الحاصلة من اللبن من الثابتة لنشوز العظم وإثبات اللحم وذلك بالكثير دون القليل لكنّه أمر فيه خفاء فتعلّق حكم الحرمة بمجرد الإرضاع[5].

أدلة القول الثاني:

---

[1] د. سالم بن عبد الغني الرافعي،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،مرجع سابق،298

[2] رواه البخاري في صحيحه،ك.الشهادات،ب..شهادة الإماء والعبيد،(م1،ص647،ر 2659).

[3] رواه البيهقي في السنن الكبرى،ك. الرضاع،ب.من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره، ج7،ص458.

[4] رواه البيهقي في السنن الكبرى،ك. الرضاع،ب.من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره ج7،ص458.

[5] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص193–194.

أدلة أصحاب المذهب الثاني القائلين بأنّ تحريم الرضاع يثبت بخمس رضعات متفرقات فصاعداً من السنّة:

1-من السنة:

- ✓ مارواه مسلم في صحيحه عن عائشة-رضي الله عنها-قالت:(كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ مِنْ القُرْآن عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاَت يُحَرِّمْنَ ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوُفيّ رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-وهنّ فِيمَا يَقْرَأُ مِنَ القُرْآن)[1].[2]

وجه الدلالة: يدل الحديث دلالة صريحة على أنّ التحريم من الإرضاع لا يكون إلّا بخمس رضعات معلومات[3].

- ✓ حديث عائشة-رضي الله عنها-قالت: قال رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-:(لاَ تُحْرَمُ المَصَّة والمَصَّتَاَن أَوْ الرَضْعَة والرَضْعَتَان)[4].
- ✓ حديث أمّ الفضل-رضي الله عنها-الذي فيه، فقال النّبي-صلّى الله عليه وسلم-:(لاَ تُحْرَمُ الإِمْلاَجَة وَالإِمْلاَجَتَاَن)[5].[6]

وجه الدلالة: يدلّ الحديثان على أنّ حكم الرضاع الموجب للتحريم لا يثبت بالمصة أو المصتين والرضعة أو الرضعتين والإملاجة والإملاجتين بل بأكثر من ذلك وهو خمس رضعات كما ذكرت السيّدة عائشة في الحديث الصحيح[1].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه،ك.الرضاع،ب.التحريم بخمس رضعات،(ج2،ص1075،ر1452).

[2] د. سالم بن عبد الغني الرافعي،أحكام الأحوال الشصية للمسلمين في الغرب،مرجع سابق ص194.

[3] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص 194.

[4] رواه مسلم في صحيحه،ك.الرضاع،ب.في المصة والمصتين،(ج2،ص1073،ر1450).

[5] رواه مسلم في صحيحه،ك.الرضاع،ب.في المصة والمصتين،(ج2،ص1074،ر1451).

[6] محمّد بن حسن بن جمعان الغامدي،أثر التعارض ودفعه بين الأدلة في فقه النكاح وتوابعه مرجع سابق،ص158.

- ✓ ويقول صاحب المحرر في فقه الإمام الشافعي: "لا تثبت حرمة الرضاع بأقلّ من خمس رضعات، والرجوع في عدد الرضعات في العرف، فاللّهو عن الإمتصاص، ولفظ الثدي والعود إليه في الحال، والتحول من ثدي إلى ثدي لا يوجب التعدد، وقطع الإرتضاع قطع إعراض يوجبه"[2].

ب-أدلة القول الثالث:

واستدل أصحاب المذهب الثالث القائلين بأنّ تحريم الرضاع يثبت بثلاث رضعات

1-من السنة:

- ✓ ماثبت عن النّبي-صلّى الله عليه وسلّم-أنّه قال:(لاَ تُحْرَمُ المَصَّة ولاَ المَصَّتَانَ)[3]،فمفهوم الحديث أنّ مازاد على المصتين يثبت به التحريم، وهو الثلاث فصاعداً[4].
- ✓ ماروي عن عبد الله بن الحارث عن أمّ الفضل قالت: قال النّبي-صلّى الله عليه وسلم-:(لاَ تُحْرَمُ الإِمْلاَجَة وَلاَ الإِمْلاَجَتَانَ)[5].

وجه الدلالة: تدلّ هذه الأحاديث بمفهومها أنّ الثلاث من الرضعات أو المصات أو الإملاجات تقتضي التحريم.

ج-أدلة القول الرابع:

أدلة أصحاب المذهب الرابع القائلين بأنّ تحريم الرضاع يثبت بسبع رضعات من السنّة الشريفة:

---

[1] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص194.

[2] أبي القاسم القزويني الشافعي،المحرر في فقه الإمام الشافعي،ح أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري،دار السلام:مصر،ط1 1434هـ-2013م،م1،ص1216.

[3] سبق تخريجه،ص112.

[4] عبد الرحمن بن صالح آل بسام،تسيير العلام شرح عمدة الأحكام،ح محمّد صبحي-بن حسن حلاق،مكتبة الصحابة:الإمارات ،ط10 1426هـ-2006م،ص629.

[5] سبق تخريجه،ص112.

1- من السنة:

✓ عن عبد الله بن الزبير-رضي الله عنه- عن عائشة-رضي الله عنها-قالت:(لاَيُحْرَمُ مِنْهَا دُونَ سَبْعِ رَضَعَاتٍ)[1].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أنّ تحريم الرضاع يثبت بسبع رضعات[2].

د-أدلة القول الخامس:

استدل أصحاب المذهب الخامس القائلين بأنّ تحريم الرضاع يثبت بعشر رضعات من السنّة الشريفة:

1- من السنة:

✓ ما روي عن ابنة أبي عبيد امرأة ابن عمر(أَخْبَرَتْهُ أَنَّ حَفْصَةَ بِنْتُ عُمَر-رضي الله عنها-زَوْجُ النَّبِي-صلّى الله عليه وسلّم-أَرْسَلَتْ بِغُلاَمٍ نَفِيسٍ لِبَعْضِ مَوَالِي عُمَر إِلىَ أُخْتِهَا فَاطِمَة بِنْتُ عُمَر فَأَمَرَتْهَا أَنْ تُرْضِعَهُ عَشْر مَرَاتٍ فَفَعَلَتْ فَكَانَ يَلِجُ عَلَيْهَا بَعْدَ أَنْ كَبُر)[3].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن تحريم الرضاع لا يثبت إلّا بعشر رضعات[4].

ثالثاً-القول الراجح:

والراجح-والله أعلم-في هذه المسألة هو قول الشافعي وأحمد ومن تابعهما، لحديث عائشة ، وهو حديث صحيح صريح في المسألة[5].

مراعاة الخلاف في المسألة:

---

[1] رواه عبد الرزاق في مصنفه،ك.الطلاق،ب.القليل من الرضاع،(ج7،ص466،...)

[2] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص194-195.

[3] رواه عبد الرزاق في مصنفه،ك.الطلاق،ب.القليل من الرضاع،(ج7،ص469،ر13929).

[4] د. هند الخولي،الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص195-196.

[5] د. سالم بن عبد الغني الرافعي،أحكام الأحوال الشصية للمسلمين في الغرب،مرجع سابق ص299.

ولقد راعى بعض المالكية الخلاف في المسألة، فعن ابن وهب عن مالك بن أنس عن ثور بن زيد الدؤلي عن ابن عباس أنّه سئل كم يحرم من الرضاعة ؟[1]

فقال: (إذا كان في الحولين فمصة واحدة تحرم، وماكان بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم) .

وقال مالك:" ماكان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهي تحرم ، وماكان بعد الحولين فإنّما هو طعام يأكله "[2].

وحاصل الفقه كما في التوضيح أنّه إذا حصل الرضاع في الحولين فإن لم يستغن بأن لم يفطم أصلاً أو فطم ولكن أرضعته بعد فطامه بيوم أو يومين نشر الحرمة بإتفاق وإن استغن فإمّا أن يحصل الرضاع بعد الإستغناء بمدّة قريبة أو بعيدة فإن كان بمدّة بعيدة لم يعتبر وكذا إن كان بمدّة قريبة على المشهور وهو مذهب المدونة[3].

الفرع الثاني: رضاع الكبير

أَمّاَ الكَبِير فَفِي تَحْرِيمِهِ جَدَلٌ وَالحَقُ لاَ حِرْمَةَ فِيمَا رَأَيْنَاهُ

إِلَّا الذِي اضْطُرَت الأُنْثَى لِخِلْطَتِهِ كَشَأْنِ سَالِمِ فِي هَذَا وَمولَاهُ

هَذَا الذِي يَجْمَعُ الأَخْبَارَ قَاطِبَةً وَفِي الفَتَاوَى أَبُو العَبَّاس قَوَاهُ.

✓ يعني هنا بالكبير الذي تجاوز سن الرضاع ، فهل إذا رضع امرأة تنشأ الحرمة أم لا. وفي هذا خلاف كبير بين أهل العلم[4].

---

[1] مالك بن أنس،المدونة الكبري،مرجع سابق،ج2،295.

[2] مالك بن أنس،المدونة الكبري،مرجع سابق،ج2،ص295-296.

[3] الدسوقي،حاشية الدسوقي على شرح الكبير،دح،دار إحياء الكتب العربية،دط،ج2،ص503.

[4] أحمّد بن حسن المعلم،إماطة القناع عن تصحيح الأوضاع في أحكام الرضاع،دح دط،1426هـ-2005م،ص15.

أولاً-أراء الفقهاء في المسألة:

أ-**القول الأول:** لا يحرم رضاع الكبير، وبه قال مالك و أبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء[1].

قال الماوردي:" وذهب أكثر الفقهاء إلى أنّ رضاع الكبير لا يحرم"[2].

ب-**القول الثاني:** يحرم رضاع الكبير و إليه ذهب داود وأهل الظاهر وهو مذهب عائشة[3].

يقول ابن حزم:" ورضاع الكبير محرم و لو أنّه شيخ يحرم كما يحرم رضاع الصغير"[4].

ثانيا-أدلة الفقهاء:

أ-أدلة القول الأول:

1-حديث عائشة-رضي الله عنها-قالت: (دَخَلَ رَسُولُ الله-صلّى الله عليه وسلّم-وَعِنْدِي رَجُل ، فَاشْتَدَّ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَرَأَيْتُ الغَضَبَ فِي وَجْهِهِ، فَقُلْتُ يَا رَسُولَ الله إِنَّهُ أَخِي مِنَ الرَضَاعَةِ، فَقَالَ-عليه الصلاة والسلام-: أُنْظُرْنَ مِنْ إِخْوانُكُنَّ مِنَ الرَضَاعَةِ فَإِنَّ الرَضَاعَةَ مِنَ المَجَاعَةِ)[5].

[1] ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مرجع سابق،ص36.

[2] الماوردي،الحاوي الكبير،مرجع سابق،367.

[3] ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مرجع سابق،ص36.

[4] ابن حزم ،المحلّى،مرجع سابق،ج10،ص17.

[5] رواه مسلم في صحيحه،ك.الرضاع،ب.إنّما الرضاعة من المجاعة،(م1،ص665،ر1455).

فدلّ هذا الحديث أنّه لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء[1].

2-وعن أمّ سلمة قالت: قال رسول الله-صلّى الله عليه وسلّم-:(لاَ يُحْرَمُ مِنَ الرَضَاعِ إِلّاَ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ فيِ الثَّدي وَكَانَ قَبْلَ الفِطَامِ)[2].

ب-أدلة القول الثاني:

1-عن زينب بنت أم سلمة قالت:(قَالَتْ أُمُّ سَلَمَة لِعَائِشَةَ إِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْكَ الغُلاَم الأَيْفَع الذِي لاَ أُحِبُّ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيّ؟ فَقَالَتْ عَائِشَة أَمَا لَكِ فِي رَسُولِ الله أُسْوَةٌ حسَنَةٌ؟ وَقَالَتْ: إِنِّ امْرَأَة أَبِي حُذَيْفَة قَالَتْ: يَارَسُولَ الله إِنَّ سَالِماً يَدْخُلَ عَلَيّ وَهُوَ رَجُلٌ وَفِي نَفْسِ أَبِى حُذَيْفَة مِنْهُ شَيْء، فَقَالَ رَسُولُ الله-صلّى الله عليه وسلّم-أَرْضِعِيه حَتَى يَدْخُلَ عَلَيْكِ)[3].

هذا الحديث قد رواه من الصحابة أمهات المؤمنين وسهلة بنت سهيل وزينب بنت أمّ سلمة وهي ربيبة النّبي-صلّى الله عليه وسلم-، ورواه من التابعين القاسم، والثوري، شعبة ومالك ، ثمّ رواه عنهم الجمّ الغفير والعدد الكثير، وقد قال بعض أهل العلم : إنّ هذه السنّة بلغت طرقها نصاب التواتر[4].

ثالثا-القول الراجح:

والراجح حديث سالم، القائلين بأنّ رضاع الكبير يثبت به التحريم ومن أوجه ترجيحه:

أ-بلوغ رواياته حد التواتر.

---

[1] ينظر: ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،مرجع سابق،ص36.

[2] رواه الترمذي في سننه،ك.الرضاع،ب.ماجاء في الرضاعة لاتحرم إلّا في الصغر دون الحولين،(م2،ص446،ر1152).

[3] رواه مسلم في صحيحه،ك.الرضاع،ب.رضاعة الكبير،(ج2،ص1077،ر1453).

[4] ينظر:الشوكاني،نيل الأوطار،مرجع سابق،ص1321.

ب–عمل الراوي لهذا الحديث–وهو أمّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها–به فقد صح عنها أنّها كانت تدخل عليها الكبير إذا أرضعته في حال كبره[1].

ج– موافقته لما جاء في القرآن عن الرضاع مطلقاً من أيّ قيد كقوله تعالى:

﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [2].

إذ ليس فيها تقيّيد الرضاع في زمن الصغر ، وماكان منه في زمن الكبر[3].

مراعاة الخلاف في المسألة:

لقد راعى بعض المالكية الخلاف في هذه المسألة ، وذلك أنّ مالكاً يرى أنّ الرضاع حولان وشهر أو شهران بعد ذلك .

جاء في المدونة : أ رأيت إذا فصلته أمّه بعد تمام الحولين فأرضعته امرأة بعد الفصال بيوم أو يومين، أيكون ذلك رضاعاً أم لا في قول مالك .

قال ابن القاسم: ماكان من رضاع بعد الحولين باليوم أو اليومين و ما أشبهه ممّا لم يستغن فيه بالطعام عن الرضاع حتى جاءت امرأة فأرضعته، فأراه رضاعاً لأنّ مالكاً قد رأى الشهر والشهرين بعد الحولين رضاعاً إلاّ أن يكون قد أقام بعد الحولين أياماً كثيرة مفطوماً وعاش بالطعام ، فأرضعته امرأة فلا يكون هذا رضاعاً.

وبهذا يكون قد راعى مالك قول من قالوا أنّ رضاع الكبير يحرم[4].

---

[1] ينظر: محمّد بن حسن بن جمعان الغامدي،أثر التعارض ودفعه بين الأدلة في فقه النكاح وتوابعه،مرجع سابق،ص173.

[2] (النّساء،23).

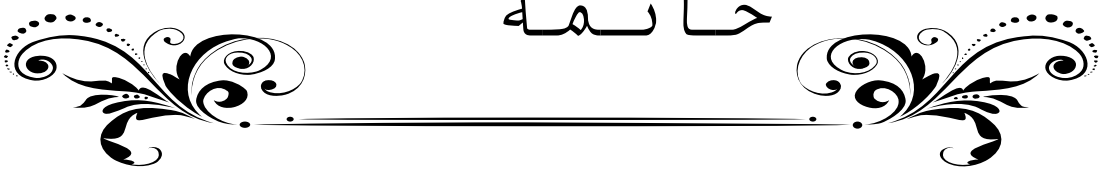
[3] ينظر: محمّد بن حسن بن جمعان الغامدي،أثر التعارض ودفعه بين الأدلة في فقه النكاح وتوابعه،مرجع سابق،ص173.

[4] ينظر: مالك بن أنس، المدونة ،مرجع سابق،ج2،ص297.

خلاصة الفصل:

عالجنا في هذا الفصل قاعدة مراعاة الخلاف من الناحية التطبيقية الفقهية ، بعرض أثر هذه القاعدة في بعض مسائل فقه الأحوال الشخصية، والتدرج بين مسائل النّكاح والطلاق تارةً ، والنفقة والرضاع تارة أخرى، عارضين أقوال الفقهاء في كلّ مسألة من من هذه المسائل وأدلتهم فيها مع ذكر الراجح من القول، ومن ثمّ ذكر مراعاة الخلاف في المسألة مع المذهب المراعي له.

خـاتـمـة



خاتمة

وختاماً لهذا البحث المتواضع تطرقنا إلى ذكر أبرز النتائج والاقتراحات لهذا الموضوع.

أولاً- النتائج:

1- تعتبر" مراعاة الخلاف " أصل من الأصول المعتبرة التي اعتمدها المالكية في بناء الأحكام عليها.

2-إنّ مراعاة الخلاف مسلك يأخذ به المالكية في الموازنة بين الأدلة والآراء المختلفة وما يترتب عليها من نتائج وآثار.

3-إنّ لمراعاة الخلاف معنى آخر أعمّ ممّا اختص به المالكية، وهو مطلق اعتبار الخلاف وإعطاء دليل المخالف بعض أثره.

4-راعى المالكية الخلاف بعد الوقوع-وهو الغالب-كما راعوه قبل الوقوع احتياطاً وورعًا.

5- بين " مراعاة الخلاف " و" الخروج من الخلاف " شبهاً قد يكون سبباً في الخلط بين القاعدتين.

6-يمكن حصر الفرق بين " مراعاة الخلاف" و" الخروج من الخلاف " في قسمين مراعاة جزئية ومراعاة كلية.

7-ضابط الخلاف الذي يراعى هو ماكان قوي الدليل قوة لم يسقط اعتبارها في نظر المجتهد.

8-المعتبر في الخلاف، هو دليل المخالف وليس الخلاف في ذاته، سواء كان داخل المذهب الواحد أو خارجه.

9-تتميّز قاعدة " الخروج من الخلاف" بالأخذ بالأشد من باب الإحتياط والورع بينما تتميز قاعدة " مراعاة الخلاف" بالأخذ باليسر والنظر في المآل المفضي للمصلحة.

10- تكون مراعاة الخلاف انتهاءاً(بعد الوقوع)، وفي الخروج ابتداءاً(قبل الوقوع).

11-لا يراعى الخلاف في المسألة الواحدة مرتين بعد الوقوع لأنّ في ذلك تركا للمذهب بالكلية.

12-إعتبار" مراعاة الخلاف " في الأحوال الشخصية وغير ذلك من أبواب الفقه الإسلامي.

13-إعتبار أصل مراعاة الخلاف في بعض مسائل الأحوال الشخصية مثل: النكاح بغير وليّ، الطلاق بلفظ الحرام، ونفقة الزوجة الناشز، ورضاع الكبير.

14-مراعاة الخلاف تهذب الخلاف بين الأئمّة وتقضي على التعصب المفضي إلى الخلاف المذموم.

الاقتراحات:

1-ضرورة الإهتمام بالفقه المالكي بإخراج كتبه وتحقيقها، والكشف عن نظرياته ومناهجه بالتفصيل.

2-عدم الوقوف على هذه الدراسة، فقط وإنّما محاولة الإستزادة لها وإثرائها بمزيد من البحث والإضافات.

3-الإعتناء أكثر بأصول مذهب المالكية وإعطائها حقها من الدراسة والتأصيل وعدم إغفال الجانب التطبيقي لها.

الفهارس

فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	إسم السورة	الصفحة
01	﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾	43	البقرة	11
02	﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ ﴾	230	البقرة	55
03	﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾	221	البقرة	58
04	﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ ﴾	232	البقرة	59،56
05	﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ ﴾	23	النساء	92
06	﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾	34	النساء	85،82
07	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ ﴾	02	المائدة	27
08	﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ ﴾	03	المائدة	49
09	﴿ بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِ ﴾	44	النحل	49
10	﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ ﴾	32	النور	58
11	﴿ فَلۡيَحۡذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ ﴾	63	النور	04
12	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾	01	الطلاق	87
13	﴿ لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ ﴾	01	الطلاق	90
14	﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم ﴾	06	الطلاق	89،88
15	﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ ﴾	06	الطلاق	87
16	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ ﴾	01	التحريم	72،71
17	﴿ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ ﴾	02	التحريم	72،71
18	﴿ فَإِذَا فَرَغۡتَ فَٱنصَبۡ ۝٧ وَإِلَىٰ رَبِّكَ فَٱرۡغَبۡ ﴾	8-7	الشرح	73

الرقم	طرف الحديث	الراوي الأعلى	الراوي	الصفحة
01	(الولد للفراش)	عائشة	البخاري	28
02	(تزوج ميمونة وهو محرم)	ابن عباس	البخاري	65
03	(من أحدث في أمرنا)	عائشة	البخاري	72
04	(و إنّما لكلّ امرئ)	عمر ابن الخطاب	البخاري	71
05	(يحرم من الرضاع)	عائشة	البخاري	92
06	(وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمت أَنَّهُ قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا)	عقبة بن الحارث	البخاري	93
07	(الأيم أحق بنفسها)	ابن عباس	مسلم	57
08	(البائل في المسجد)	أبو هريرة	مسلم	33
09	(أنّه من اتّقاها)	النعمان بن البشير	مسلم	16
10	(أيّها النّاس إنّ على نسائكم حقا)	جابر	مسلم	84،82
11	(طلّقني زوجي ثلاثا)	فاطمة بنت قيس	مسلم	89
12	(لاينكح المحرم)	عثمان بن عفان	مسلم	65
13	(لم يجعل لها سكنى)	الشعبي	مسلم	87
14	(ليس لك عليه نفقة)	فاطمة بنت قيس	مسلم	88
15	(ليس لها سكنى)	الشعبي	مسلم	89
16	(كان فيما أنزل)	عائشة	مسلم	94
17	(لا تحرم المصّة)	عائشة	مسلم	95،94
18	(لا تحرم الإملاجة)	أمّ الفضل	مسلم	95،94
19	(أنظرن من إخوانكن)	عائشة	مسلم	98
20	(أرضعيه حتى يدخل عليك)	زينب بنت أمّ سلمة	مسلم	99
21	(تزوج ميمونة حلالا)	أبو رافع	الترمذي	65
22	(تزوجني رسول الله)	يزيد بن الأصمّ	الترمذي	65
23	(لا يحرم من الرضاع إلا)	أمّ سلمة	الترمذي	99
24	(ليس للوليّ)	ابن عباس	النسائي	57
25	(أيّما امرأة نكحت)	عائشة	أبوداود	60

			أحمد	
26	(لا تزوّج المرأة المرأة)	أبو هريرة	ابن ماجة	30
27	(لا نكاح إلّا بوليّ)	أبو موسى	أحمد	60
28	(أعلم النّاس أبصرهم بالحق)	عبد الله بن مسعود	الطبراني	41
29	(لا يحرم منها دون سبع رضعات)	عبد الله بن الزبير	عبد الرزاق	96
30	(فأمرتها أن ترضعه عشر مرات)	ابنة أبي عبيد	عبد الرزاق	96

الرقم	إسم العلم	الصفحة
01	ابن عبد السلام	5
02	الشاطبي	6
03	ابو العباس القباب	6
04	ابن عرفة	6
05	السبكي	8
06	مصطفى الزرقا	9
07	القرافي	10
08	ميارة	14
09	ابن رشد	16
10	الغزالي	16
11	النووي	16
12	ابن عبد البر	17
13	الأنباري	18
14	السيوطي	18
15	المازري	21
16	الميانشي	21
17	أصبغ بن الفرج	23
18	بو عمران	25
19	أبو عمر	25
20	عياض	25
21	ابن دقيق العيد	29
22	الوليد الباجي	31
23	أحمد الهلالي	36
24	القاري	45
25	مالك	55
26	ابن حجر	59
27	ابن القاسم	63
28	أبو حنيفة	63
29	أحمد	64
30	الشافعي	70

❖ القرآن الكريم برواية ورش.

1- أ.أحمد محمّد اشتيوي، القواعد الأصولية المتعلقة بمراعاة الخلاف، نشر بمجلة البحوث القانونية

2- ابراهيم السامرائي، معجم العربي الأساسي، دح ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم: تونس، ط1، 1408هـ.

3- ابن الأثير، النهاية، ح علي عبد الحميد الحلبي، دار ابن جوزي، السعودية، ط1، جمادى الأولى 1421هـ.

4- ابن الجزري، غاية النّهاية في طبقات القرّاء، ح برجستراس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 1427هـ-2006م.

5- ابن المنذر النيسابوري،الإشراف على مذاهب العلماء،ح أبو حماد أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1 ،1426هـ-2005م.

6- ابن بطال،شرح صحيح البخاري،ح أبو تميم ياسر،مكتبةالرشد،الرياض،ط2، 1423هـ-2003م.

7- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408هـ-1987م.

8- ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دح، طبعت في مجمع الملك لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية عام 1425هـ-2004م.

9- ابن جزي، القوانين الفقهية، دح، دط.

10- ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة، دح ، دار المعارف العثمانية، حيدر آباد، د ط.

11- ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، دح، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة ، د ط.

12- ابن حجر، فتح الباري،ح محمّد فؤاد عبد الباقي-محبّ الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت

13- ابن حزم ،المحلّى، ح منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، دط.

14- ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دح ، دار المعرفة، بيروت، ط6 1402هـ-1982م.

15- ابن رشد ،المقدمات الممهدات، ح محمّد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 1408هـ-1988م.

ابن رشد، البيان والتحصيل،ح أحمد الحبابي ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1408،2هـ1988م

16- ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، دح، دش، دط.

17- ابن عبد البر، الإستذكار، دح، دار قتيبة-دار الوعي:دمشق-بيروت، حلب-القاهرة ط1414،1هـ-1993م.

18- ابن عبد البر، الكافي، ح محمّد محمّد أحيد ولد مالديك الموريتاني، مكتبة الرياض، الرياض، ط1 1400هـ-1980م.

19- ابن فرحون، الديباج المذهب ،ح محمّد الأحمدي أبو النّور- مأمون الجنان، درا التراث، القاهرة، دارالكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996م.

20- ابن قدامة، المغني، ح عبدالله بن عبد المحسن التركي-عبد الفتاح محمّد الحلو، دارعالم الكتب بيروت، ط1، 1406-1986م.

21- ابن قنفذ القسنطيني، الوفيات ، ح عادل نويهض، دار الأفاق الجديدة، بيروت ، ط4 1403هـ-1983م.

22- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ح شعيب الأرنؤوط-عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ، بيروت ط3، 1418هـ-1998م.

23- ابن منظور، لسان العرب، د ح ، دار صادر، بيروت، د ط.

24- ابن نجيم، غمز عيون البصائر، دح ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م.

25- أبو الحسن النباهي، تاريخ قضاة الأندلس، ح لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت ط5، 1403هـ- 1983م.

26- أبو العباس بن كلخان ، وفيات الأعيان، ح إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د ط .

27- أبو القاسم القزويني الشافعي، المحرر في فقه الإمام الشافعي، ح أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، دار السلام، مصر، ط1، 1434هـ-2013م.

28- أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، المعجم الصغيرر،ح محمّد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي – دار عمان، بيروت–عمان، ط1 ، 1405هـ–1985م.

29- أبو بكر ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والأثار، ح كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.

30- أبو بكر الحسن الكشناوي، أحكام العلاقة الزوجية على السادة المالكية، دح، مؤسسة الكتب الثقافية–مكتبة التراث العربي، بيروت–الدار البيضاء(المغرب)، ط1 ، 1431هـ–2010م.

31- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ،ح شعيب الأرنؤوط–محمّد كامل قروبللي–شادي محسن الشيّاب، دار الرّسالة العالمية، دمشق، ط خ ، 1430هـ–2009م.

32- أبو زهرة، أصول الفقه، دح، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط.

33- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دح، دار الفكر العربي، دط.

34- أبو زيد القيرواني،النوادر والزيادات، ح محمّد عبد العزيز دباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 ،1990م.

35- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي،السنن الكبرى ،ح حسن عبد المنعم الشلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ–2001م.

36- أبو عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دح، دار ابن كثير، دمشق–بيروت، ط1، 1423هـ–2002م.

37- أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ،ح محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د ط.

38- أبو عيسى محمّد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، ح بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1996،1م.

39- أبو يزيدالقيرواني، الذب عن مذهب مالك، ح محمّد العلمي، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط، ط1 ،1432هـ–2011م.

40- أبي الحسن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي، ح عبد الكريم ابن صنيتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، ط1، 1416هـ.

41- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دح، دار طيبة، الرياض، ط1، 1427هـ-2006 .

42- الآبي، جواهر الإكليل، دح، المكتبة الثقافية، بيروت، دط.

43- أحمد المقري، القواعد ، ح أحمد بن عبد الله بن حميد ، معهد البحوث العلمية و إحياء التراث مكة المكرمة، د ط.

44- أحمد بن أحمد الدرويش، الزواج العرفي، دح، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1426هـ-2005م.

45- أحمد بن الشيخ محمّد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ح مصطفى الزرقا ، دار القلم، دمشق،

46- أحمّد بن حسن المعلم،إماطة القناع عن تصحيح الأوضاع في أحكام الرضاع، دح، دط،1426هـ-2005م.

47- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل،ح شعيب أرنؤوط-عادل مرشد وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1،1421هـ-2001م.

48- أحمد غاوش، المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي:مراعاة الخلاف أنموذجاً، مجلة الإسلامية، السعودية، العدد06، فبراير2013م.

49- الألباني، إرواء الغليل، دح، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق، ط1 ،1399هـ-1979م.

50- إلياس بلكا، الإحتياط، د ح، مؤسسسة الرّسالة، لبنان، ط1 1424هـ-2003م.

51- الامام المنجور، شرح منهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ح محمّد الشّيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، د ط.

52- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دح، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط، 1 1332هـ.

53- بن فاس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ح عبد السّلام محمّد هارون، دار الفكر، دمشق، دط.

54- البهوتي، كشاف القناع، دح، عالم الكتب، بيروت، دط، 1403هـ-1983م.

55- البيهقي، السنن الكبرى،ح محمّد عبد القادر عطا، مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1 1344هـ.

56- تاج الّدين السّبكي ، الأشباه والنّظائر،ح عادل أحمد عبد الموجود-علي محمّد عوض،

57- التسولي، البهجة شرح التحفة، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،1418هـ-1998م.

58- التسولي، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب(البهجة شرح التّحفة)، ح بن عبد الرّحمن الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1 ، 1426هـ-2005م.

59- جاسر عودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي، إشراف د.شحادة سعيد السويركي، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية ، غزة، 1428هـ-2007م.

60- الجصاص، أحكام القرآن، ح محمّد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، 1412هـ-1992م.

61- جمال بن محمّد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دح، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1 1424هـ-2004م.

62- حسن الشاذلي، الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، دح، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب جدّة، ط1، 1427هـ-2006م.

63- حسن بن حامد بن مقبول العصيمي، الخلاف انواعه وضوابطه وكيفية التعامل معه، ح أحمد بن حميد عابد بن محمّد السفياني، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1430هـ.

64- حسن بن محمّد المشّاط ، الجواهر الثمينة ، ح عبد الوهاب بن ابراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1406هـ-1986م.

65- الحسين العكبري، رؤوس المسائل الخلافية، ح عبد الملك بن عبد الله ن دهيش، مكتبة الآمدي، مكة المكرمة، ط1 ، 1428هـ.

66- الحصني، القواعد، ح عبد الرّحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ-1997م.

67- الحطاب الرعييني، مواهب الجليل، دح، دار الفكر، ط3، 1412هـ-1992م.

68- حمداتي شبيهنا ماء العينين، المنارة، دح، ط1 ،2011م.

69- الخرشي، مختصر خليل، دح، دار الفكر، بيروت، ط2، 1417هـ.

70- الخطابي، معالم السنن، طبعه وصححه محمّد راغب الطباخ، حلب، ط1 ، 1352هـ-1933م.

71- خليل العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، ح محمّد بن عبد الغفار بن عبد الرّحمن الشريف، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1414هـ-1994م.

72- د هند الخولي، الرّضاع المحرّم في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، العدد الرابع،2011م، م27.

73- د. سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دح، دار ابن حزم، لبنان، ط، 1 1423هـ-2002م.

74- د. محمّد يعقوب طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دح، دار الهدي النبوي، مصر، دط.

75- د.العربي محمّد الإدريسي، مراعاة الخلاف عند القرافي، مجلّة كلية العلوم الإسلامية، العدد 15-2، 1435هـ-2014م.

76- د.بسام حسن العف، حكم طلاق الفار، iugaza.edu.ps، الأحد،21:5،-04-22 2018.

77- دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،1411هـ-1991م.

78- الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دح، دار إحياء الكتب العربية، دط.

79- ديالي الصادرة عن كلية التربية للعلوم الأنسانية بجامعة ديالي، العراق، العدد48، 2011م.

80- الرّصاع، شرح حدودابن عرفة، ح محمّد أبو الأجفان-الطّاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م.

81- الزركشي، البحر المحيط، ح عبدالقادر عبدالله العاني، دار الصفوة، الغردقة، ط2 ، 1413هـ-1992م.

82- الزركلي، الأعلام، دح، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، ماي 2002م.

83- السرخسي، المبسوط، دح، دار المعرفة، بيروت، دط.

84- سعد بن ناصر الشثري، القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالمسلم غير المجتهد، دح، دار اشبيليا، الرياض، ط1، 1424هـ-2003م.

85- السعدي، النتف في الفتاوى،ح صلاح الدين الناهي، دار الفرقان-مؤسسة الرسالة، عمّان-بيروت، ط2 1404هـ-1984م.

86- سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنّة، دح، دار النفائس،الأردن، ط1418،1هـ-1997م.

87- السيوطي، الأشباه والنّظائر، دح ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ، 1403هـ-1983م.

88- الشاطبي، الإعتصام، ح أبو عبيدة مشهور آل سلمان، مكتبة التوحيد ، د ط.

89- الشاطبي، الموافقات، دح، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1 1417هـ-1997م.

90- الشافعي، الأم، ح رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1422-2001م.

91- الشافعي، الرسالة، ح أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، لبنان، دط.

92- شريف التلمساني، مفتاح الوصول إلى علم الأصول، ح محمّد علي فركوس، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.

93- الشريف الجرجاني، معجم التعاريف، ح محمّد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة ، دط.

94- شعبان محمّد إسماعيل، أصول الفقه الميسّر، دح ، دار ابن حزم، بيروت، ط1 1429هـ-2008م.

95- الشوكاني،السيل الجرار، ح محمود ابراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

96- الشوكاني،نيل الأوطار،ح رائد بن صبري ابن أبي علفة،بيت الأفكار الدولية،لبنان،دط،2004م.

97- الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، دح، عالم الكتب العلمية، بيروت /ط1، 1406هـ.

98- الصادق عبد الرحمن الغرياني، المدونة في الفقه المالكي وأدلته، دح، مؤسسة الريان، بيروت ط1، 1423هـ-2002م.

99- صبحي محمّد رمضان، مكتبة السنّة، القاهرة، د ط.

100- الصنعاني، سبل السلام، ح محمّد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1 محرّم1418هـ.

101- ط2، 1409هـ-1989م.

102- عباس أحمد الباز،الخروج من الخلاف الفقهي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، صادرة بدعم من صندوق البحث العلمي ، الأردن، العدد 1435،1هـ-2014م.

103- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ-2003م.

104- عبد الرحمن بن صالح آل بسام، تسيير العلام شرح عمدة الأحكام، ح محمّد صبحي-بن حسن حلاق، مكتبة الصحابة، الإمارات ، ط10 ، 1426هـ-2006م.

105- عبد الرّحمن بن ناصر السّعدي ، القواعد والأصول الجامعة ،ح أيمن بن عارف الدمشقي-

106- عبد الرزاق الصنعاني، المصنف ،ح حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2 1403هـ.

107- عبد السلام الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، دح، مكتبة الملك فهد، السعودية، ط1432،1هـ-2011م.

108- عبد الكريم النملة،الشّامل، دح، مكتبة الرّشد، الرياض، ط1، 1430هـ-2009م .

109- عبد المجيد محمد صلاحين، الخروج من الخلاف، دح ، دط، دش.

110- عبد الملك بن يوسف بن محمّد المطلق، زواج المسيار، دح، دار ابن لعبون، الرياض، دط،1423 هـ.

111- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دح، دار القلم، كويت، ط2 1410هـ-1990م.

112- عثمان الجعلي، سراج السالك، دح، دار صادر، بيروت، ط1، 1994م.

113- العدوي، حاشية العدوي، ح حمد حمدي إمام، مطبعة المدني، مصر، ط1، 1407هـ-1987م.

114- العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، ح نزيد كمال حمّاد-عثمان جمعة ضميريّة، دار القلم ، سوريا، د ط.

115- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 1424هـ-2003م.

116- علي عبد الفتاح، أعلام المبدعين، دح، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1431هـ-2010م.

117- عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دح، دط ، سنة1993.

118- عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دح ، مؤسسة الرّسالة، بيروت، د ط.

عن كلية القانون، جامعة مصراتة، العدد2، أبريل2015م.

119- العيد عبّاسة، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، إشراف د.أحمد زقور، قسم العلوم

120- غازي بن مرشدبن خلف العتيبي، التّلفيق في المذاهب الفقهية وعلاقته بتيسير الفتوى مجلّة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة ، العدد 25، السنة الثالثة والعشرون 1431هـ-2014م.

121- الفاسي، الإتقان والأحكام شرح تحفة الحكام،ح محمّد عبد السلام محمّد سالم، دار الحديث، القاهرة، ط1 ، 1432هـ-2011م.

122- فؤاد بن كمال العيساوي، القواعد والضّوابط الفقهية المستخرجة من كتاب "المسالك في شرح الموطأ"، إشراف.د. يحي سعيدي، قسم الشّريعة، جامعة الجزائر، 1432-1433هـ=2011-2012م.

123- فؤاد صدقة مرداد، القواعد والضّوابط الفقهية عند الإمام ابن القّيم في فقه الأسرة، إشراف د.فرج زهران، قسم الدراسات العليا الشّرعية، جامعة أمّ القرى، المملكة العربية السّعودية،1428-1429هـ.

124- الفيّومي، المصباح المنير، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط.

125- القادري، نشر المثاني، ح محمّد حجّي- أحمد التوفيق، مكتبة الطّالب ، الرّباط/ ط1 1403هـ-1982م.

126- القاضي عبد الوهاب، المعونة، ح حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دط.

127- القرافي، الفروق ،ح عمر حسن القيّام، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م.

128- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ح عبدالله بن عبدالله المحسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 1427هـ-2006م.

129- الكاساني، بدائع الصنائع، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ-1986م.

130- لسان الدّين بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، دح ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1319هـ.

131- مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، الموطأ، ح محمّد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1406هـ-1985م.

132- مالك، المدونة الكبرى من رواية سحنون،دح،وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دط.

133- مالك، المدونة، دح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،1415هـ-1994م.

134- مالكيات صادرة عن مؤسسة الإحياء، العدد36، د س.

135- الماوردي، الحاوي الكبير، ح محمّد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ-1994م.

136- محمّد اسماعيل محمّد مشعل، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة ، ح علي جمعة محمّد، دار السلام، القاهرة، ط1، 1428هـ-2007م.

137- محمّد الذهبي، سير أعلام النبلاء، ح شعيب أرنؤوط-أكرم البوشي، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1 1403هـ-1983م.

138- محمّد المبارك، الخروج من الخلاف، مجلة الجامعة الإسلامية، صادرة عن شؤون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية،غزة، العدد151.

139- محمّد المختار الشّنقيطي، درر الأصول في أصول فقه المالكية، ح عبد الرّحمن السّنوسي، دار التراث ناشرون، الجزائر، ط1، 1424هـ-2004م.

140- محمّد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتّوجيه، دح، دار المنار، مصر، دط.

141- محمّد بن حسن بن جمعان الغامدي، أثر التعارض بين الأدلة في فقه النّكاح وتوابعه، إشراف د السيد صالح عوض النجار، قسم الدراسات العليا، جامعة أمّ القرى، مكة المكرمة، 1419هـ.

142- محمّد بن صالح العثيمين، دح، الزواج ومجموعة أسئلة في أحكامه، مدار الوطن للنّشر، عنيزة، ط عام 1432هـ.

143- محمّد بن عبد الله الصواط، القواعد والضّوابط الفقهية عند أبي تيمية في فقه الأسرة ،ح أحمد بن عبدالله بن حميد، دار البيان الحديثية ، طائف، ط1، 1422هـ-2001م.

144- محمّد سعد، دليل السالك، دح، دار الندوة، دط.

145- محمّد عثمان شبير، القواعد الكلّية والضوابط الفقهية في الشّريعة الإسلامية، دح، دار النّفائس،عمان، ط2، 1428هـ-2003 م.

146- محمّد كامل شهاب المعموري، قاعدة الخروج من الخلاف مستحبّ الضّوابط والتطبيقات.

147- محمّد محفوظ، تراجم المؤلفين التونسيّين، دح ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 1405هـ-1985م.

148- مختار الصحاح،ح يوسف الشّيخ محمّد، المكتبة العصرية-الدّار النّموذجية، بيروت-صيدا، ط5، 1420هـ-1999م.

149- المختار الولاتي ، إيصال السالك، ح مراد بوضاية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ.

150- مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، إشراف.د عطا الله فيض الله، كلّية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد-باكستان، 1419هـ-2000م.

151- المروزي، إختلاف الفقهاء،ح السيّد صبحي السامرائي،عالم الكتب:بيروت/ط1 1405هـ-

152- مصطفى سعيد الخن،أثر الإختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، دح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1 ، 1392هـ-1972م.

153- منيب شاكر، العمل بالإحتياط في الفقه الإسلامي، دح، دار النّفائس، الرياض، ط1، 1418هـ-1998م.

154- نبيل بن ناجي محسن أحمد، أسباب الإختلاف وأثره عند الفقهاء، مجلة العلوم والبحوث

155- النووي، المجموع، دح، دار الفكر، دط.

156- وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، (الكويت: ذات السلاسل)، ط2 1404هـ -1983م.

157- الونشريسي، المعيار المعرب، ح محمّد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1،

158- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دح، دار الفكر، دمشق، ط1 ، 1406هـ-1986م.

159- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دح، دار الفكر، دمشق، ط2 ،1405هـ-1985م.

160- ياسر بن علي بن مسعود آل شريّة القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن دقيق العيد، إشراف د.عبدالله بن حمد بن ناصر الغطميل، قسم الدراسات العليا الشّرعية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1429-1430هـ.

161- يحي مراد، معجم تراجم الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1425هـ-2004م.

162- يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، الإستحسان، دح، مكتبة الرّشد، السعودية، ط1، 1428هـ-2007م.

الموضوع	الصفحة

إهداء.....

شكر وتقدير.....

مقدمة..... أ

الفصل الأول: معنى مراعاة الخلاف ومذاهب الأصوليين في حجيتها..... 1

تمهيد..... 2

المبحث الأول: معنى مراعاة الخلاف..... 3

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف "لغة" و"اصطلاحا"..... 4

الفرع الأول: " تعريف "مراعاة الخلاف" لغة..... 4

الفرع الثاني: تعريف "مراعاة الخلاف" اصطلاحا..... 5

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية 8

الفرع الأول : الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية..... 8

الفرع الثاني: أين تصنف مراعاة الخلاف أفي القواعد الأصولية أم

القواعد الفقهية؟..... 13

المطلب الثالث: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه..... 14

المبحث الثاني: مذاهب الأصوليين في حجّية مراعاة الخلاف..... 22

المطلب الأول: موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف 23

الفرع الأول: موقف علماء المالكية من العمل بمراعاة الخلاف..... 23

الفرع الثاني: الّأدلة ومناقشتها..... 27

المطلب الثاني: ضوابط وشروط العمل بمراعاة الخلاف..... 36
الفرع الأول: ضوابط العمل بمراعاة الخلاف..... 36
الفرع الثاني: شروط العمل بمراعاة الخلاف..... 38
المطلب الثالث: حكم مراعاة الخلاف عند المالكية
وموقف أصحاب المذاهب الأخرى..... 42
الفرع الأول: حكم مراعاة الخلاف عند المالكية..... 42
الفرع الثاني: موقف أصحاب المذاهب الأخرى من مراعاة الخلاف..... 44
خلاصة الفصل..... 50

الفصل الثاني أثر مراعاة الخلاف في الأحوال الشخصية (دراسة نماذج).... 51
تمهيد..... 52
المبحث الأول: مراعاة الخلاف في النكاح والطلاق..... 53
المطلب الأول: مراعاة الخلاف في النكاح..... 54
الفرع الأول: النّكاح بغير وليّ..... 54
الفرع الثاني: نكاح المحرم..... 64
المطلب الثاني : مراعاة الخلاف في الطلاق..... 69
الفرع الأول: الطلاق بلفظ الحرام..... 69
الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت..... 74
المبحث الثاني: مراعاة الخلاف في النفقة والرضاع..... 80
المطلب الأول مراعاة الخلاف في النفقة..... 81
الفرع الأول: نفقة الزوجة الناشز..... 81
الفرع الثاني: نفقة المبتوتة وسكناها..... 87

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في الرضاع..... 91
الفرع الأول: المقدار المحرّم من الرضاع..... 91
الفرع الثاني: رضاع الكبير..... 98
خلاصة الفصل..... 102
الخاتمة..... 103
الفهارس العامة..... 106
فهرس الآيات..... 107
فهرس الأحاديث..... 108
فهرس الأعلام 110
قائمة المصادر والمراجع..... 111
فهرس المحتويات..... 122