الفصل الأول : ماهية مراعاة الخلاف، وشرائط العمل و الترجيح به.

المبحث الأول : مصطلح مراعاة الخلاف

المبحث الثاني: في مصطلح المشهور

المبحث الثالث :مصطلح الترجيح.

نستهل الفصل الأول النظري، بالكلام عن مصطلح مراعاة الخلاف وبيان حده اللغوي والاصطلاحي ،ونعرض جملة من التعاريف للمصطلح، منها ماهو للقدامى ومنها ما هو للمعاصرين ، وذالك روما للصورة أن تكتمل لدى القارئ، حيث كلما تعدد التعاريف تعددت معها وجهات النظر، و اخترنا أقربها للمعنى و ذكرنا شرحه ، ثم عرَّجنا على حجية هذا الأصل، وشرائط العمل به.

ثم نعمد الى ذكر مفهوم مشهور المذهب و مفهوم الترجيح ، وبيان أركان كل منهما و شروطه.

المبحث الأول : مصطلح مراعاة الخلاف .

وقد قدمنا الكلام عنه للإعتناء به في البحث وكذا لأهميته إذ يكاد مدار البحث مبنيا عليه.

المطلب الأول : تعريف مراعاة الخلاف

. لغة:

اعتنى علماء المذهب المالكي بمراعاة الخلاف، سواء من ناحية التفريع وتخريج الفروع، أو من ناحية الضبط والتأصيل، وما ذلك إلا لأنه من أدلة الإمام مالك رحمه الله التي كان يستدل بها.

وفي ذلك قال ابن أبي كَف أحمد المحجوبي الشنقيطي في نظمه:

ورعي خُلف كان طورا يعمل *** به وعنه كان طورا يعدلُ

وهل على مجتهد رعي الخلاف *** يجب أم لا قد جرى فيه اختلاف[1]

يتكون مصطلح مراعاة الخلاف من لفظين: "مراعاة" و"الخلاف"، وهذا ما يسمى عند أهل اللغة العربية بالمركب الإضافي، فيقتضي تعريف المركب الإضافي أن نبين معنى كلا طرفيه، ليسهل التعرُف على المعنى اللغوي العام لهذا المصطلح.

المراعاة: المناظرة والمراقبة: يقال: "راعيت فلانا مراعاة ورعاء إذا راقبته وتأملت فعله"، ويقال: "راعاه: لا حظه محسنا إليه، فالرعي إذا يأتي بمعنى الاعتبار فقول: رعي فلان فلانا أي: اعتبره وقام له بما يناسبه، أو بمعنى ملاحظة الشيء والتأمل فيه والاعتداد به"[2]

---

[1] ابن أبي كف أحمد المحجوبي الشنقيطي . نظم أصول مالك بن أنس . (بيت 21). إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك . دار ابن حزم، بيروت لبنان . الطبعة الأولى . 2006م (ص،189).

[2] ابن منظور- لسان العرب ـ دار صادر ـ بيروت ـ الطبعة: الثالثة – 1414 هـ لسان العرب (ج14/ ص327) ، انظر تاج العروس مرتضى الزبيدي تحقيق مجموعة من المحققين ،الناشر : دار الهداية (ج 38/ ص 164)،انظر ، أحمد الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير . المكتبة العلمية – بيروت (ج1/ ص314).

أما الخلاف والمخالفة: "أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر"[1]

. إصطلاحا:

وقد ورد عن فقهائنا المالكية جملة من التعاريف الاصطلاحية لمراعاة الخلاف منها

ا . **تعريفات القدامى لمراعاة الخلاف:**

عرفه ابن عبد السلام[2] بقوله: "هو إعطاء كل من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض[3]

وعرفه أبو العباس القباب[4] بقوله عليه رحمة الله: " وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه "[5]

---

[1] الفيروزآبادى . بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز . المحقق: محمد علي النجار الناشر: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة . 1996 م (ج 2/ ص562).

[2] ابن عبد السلام التونسي (–749هـ، – 1348م). محمد بن عبد السلام بن يوسف، من شيوخ المالكية. أحد حفاظ وعلماء الحديث، وله أهلية الترجيح. تولى القضاء بتونس، ومن تلاميذه ابن عرفة ، ينظر: شجرة النور الزكية .(ج1/ص301).

[3] خليل بن إسحاق . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: المحقق: أحمد بن عبد الكريم نجيب . مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة: الأولى . 1429هـ – 2008م (ج 1 /ص 14).

[4] الفقيه الإمام الحافظ، أبو العباس أحمد بن قاسم بن عبذ الرحمن الجذامي الفاسي شهر بالقباب،[1] كان أحد فقهاء وعلماء أهل عصره بالمغرب، من حفاظ مذهب الإمام مالك ولي الخطابة بالجامع الاعظم بفاس في النصف الثاني من ذي القعدة{778هـ }وتوفي 779 هـ. له كتب، منها : (شرح قواعد عياض –) و (اختصار إحكام النظر لابن القطان)و (فتاوي) كثيرة مجموعة أثبت بعضها الونشريسي في المعيار،ينظر:الدرر الكامنة . (ج1/ص279).

[5] ابو العباس الونشريسي . المعيار المعرب . خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي . نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية . المملكة المغربية . الرباط، سنة 1981م (ج 6 / ص 288).

. وعرفه الإمام الشاطبي[1] بقوله:"إعطاء كل واحد منهما أي دليلي القولين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف"[2]

وهو تعريف لا يوضح بشكل جلي حقيقة المصطلح، كما أن فيه عموما يجعله قابلا لإدخال مصطلحات مغايرة له تحت رسمه؛ فإن مجمل ما يقوم به الفقيه من اجتهاد هو عبارة عن إعطاء كل دليل حكمه؛ فيجري دليل الحظر في محله، وكذلك يفعل مع دليل الإباحة... فأين هذا من مراعاة الخلاف الذي يتحدث عنه الفقهاء؟ وإن كان مفهومه ما ذكر، فما الداعي إلى الاختلاف فيه أصلا؟[3]

لكن يتبادر منه استبدال مقتضى كل من الدليلين بمقتضى الآخر، وهو ما لا يقع، وأحسن منه قول ابن عرفة – رحمه الله– في حدوده[4]

وعرفه ابن عرفة المالكي[5] رحمه الله حيث قال: "إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أُعمل في نقيضه دليل آخر" [6]

وهو إلى ذلك أدق من تعريف أبي العباس القباب لاحتوائه على جملة من الفصول التي يحترز بها من دخول المماثلات فيه.[7]

---

[1] صاحب الموفقات المتوفى 790هـ.

[2] الشاطبي، الموافقات . المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان . الناشر: دار ابن عفان الطبعة: الطبعة الأولى 417هـ/1997م.(ج 5 ص 107).

[3] أحمد غاوش . مقال في مجلة الإحياء . قسم المالكيات . بعنوان: المالكية وتأصيل الاعتراف بالاختلاف الفقهي،العدد.36 (ص154).

[4] ملتقى أهل الحديث . الجوامع والمجلات ونحوها ،حمل في المحرم 1432 (ج 92 /ص 83).

[5] أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد بن عرفة الوَرْغَمِّيُّ فقيه مالكي، ولد في مدينة تونس 716هـ وتوفي فيها يوم الثلاثاء 19/ 5/ 803هـ كان إمام جامع الزيتونة وخطيبه في العهد الحفصي.

[6] أبو عبد الله الأنصاري الرصاع ،شرح حدود ابن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري ،دار الغرب الإسلامي،بيروت لبنان ، الطبعة الأولى، 1993، ص 263 .

[7] أحمد غاوش . المالكية وتأصيل الإعتراف بالاختلاف الفقهي . العدد 36 (ص155).

وهذا التعريف الذي اختاره كثير ممن كتب في هذا الشأن وشرحه الرصاع[1] في شرح حدود ابن عرفة، كما نقلناه عنه.

ب . تعريفات لبعض المعاصرين:

وقد اختار بعض المعاصرين تعريف مراعاة الخلاف انطلاقا مما ذكره المتقدمون بأنه{ الإعتداد بالرأي المخالف لمسوغ}[2]

وهو تعريف لطيف حسن سهل العبارة، جامع لمعنى المراعاة، فالإعتداد معناه الملاحظة و الاعتبار بالرأي المعارض. [3]

وعرفه عبد الرحمان بن معمر السنوسي بقوله:"إعتبار من يعتد بخلافه عند قوة مأخذه بامتثال مقتضى ما اختلف فيه.[4]

---

[1] أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري، الرصاع: قاضي الجماعة بتونس ولد بتلمسان، ونشأ واستقر بتونس (831) وعاش وتوفي بها. وله فيها عقب إلى الآن. اقتصر في أواخر أيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه، متصدرا للإفتاء وإقراء الفقه والعربية. الاعلام للزركلي (ج7 صفحة 5) .

[2] سعيد يحي . مراعاة الخلاف في المذهب المالكي . مكتبة الرشد ناشرون الرياض 2004. (ص78).

[3] مراد بلعباس ،مراعاة الخلاف عند المالكية وتطبيقاتها في باب المعاملات، دراسة تأصيلية نموذجية، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية، العدد 13. (ص120).

[4] عبد الرحمن بن معمر السنوسي . اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات . دراسة مقارنة في أصول الفقه و مقاصد السريعة . دار ابن الجوزي . بيروت لبنان،الطبعة الأولى 1424هـ. (ص322).

التعريف المختار وشرحه:

وقد تبين لنا مماسبق أن التعريف المختار هو ماعرفه به ابن عرفة في حدوده، وبه قال الولاتي[1] في إيصال السالك.[2]

"إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أُعمل في نقيضه دليل آخر".[3]

قوله " إعمال دليل " جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف وغيره.[4]

فإن (قلت) كيف صح في الإعمال أن يكون جنسا للرعي، والرعي معناه اعتبار الشيء كما تقول: راعى فلان فلانا، معناه اعتبره وقام له بما يناسبه، فالإعمال كأنه مسبب عن الرعي؟

(قلت): نمنع ذلك بل معنى رعي الخلاف الإعمال وما أشرت إليه إن سلم فإنما هو لغة،

(فإن قلت) جرت عادته – رحمه الله – في رسمه حقائقه أن يقول في المحدود :إذا كان مضافا لقب على كذا، كما قال في بيوع الآجال وغيرها فهلا قال هنا: لقب على إعمال إلخ ؟

(قلت) :غالبه كما قلت وربما وقع له غير ذلك ولم يظهر ما يضبط لي المقام الذي يعين فيه باللقب إلا أن يقال: وقع له هنا أن قال عبارة عن إعمال إلخ ،وهذا يقوم مقام اللقب ،لكن يرد أن يقال: لم قال عبارة ولم يقل لقب، وقد قدمت وجهه على ما فيه.

قوله " دليل " فصل أخرج به غير الدليل .[5]

قوله " في لازم مدلوله " أخرج به إعمال الدليل في مدلوله ،والدليل هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري والمطلوب هو المدلول ، فالنهي الوارد مثلا في نكاح

---

[1] محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله المعروف بمحمد يحيى الولاتي فقيه مالكي أشعري، من ولاتة الموريتانية التي تُوفِّي بها سنة 1330هـ

[2] محمد الولاتي . إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك . (ص،189).

[3] أبو عبد الله الأنصاري الرصاع . شرح حدود ابن عرفة . تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري . دار الغرب الإسلامي . بيروت لبنان . الطبعة الأولى . 1993 (ص 264).

[4] المصدر نفسه (ص 264).

[5]. أبو عبد الله الأنصاري الرصاع . شرح حدود ابن عرفة . (ص 264).

الشغار دليل مدلوله تحريم نكاح الشغار ولازم هذا المدلول فسخه ، ودل عليه دليل النهي، لأنه يدل على فساد المنهي عنه وفسخه ونكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية وبغير طلاق في أخرى ، ومن خالف مالك يقول بأنه لا يجب فسخه والجاري على فسخه بغير طلاق أن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ولا ميراث ،وقد وقع لمالك – رحمه الله – أنه يقول :يقع الفسخ بطلاق ، ويلزم فيه الطلاق ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما ، فالجاري على أصل دليله ولازم قوله أنه لا ميراث في ذلك .فلما قال بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك ، وهو عدم الفسخ ،وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين ، فأعمل مالك – رحمه الله – دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله وهو ثبوت الميراث ،وهذا المدلول المذكور أعمل مالك – رحمه الله – دليله في نقيضه وهو فسخ النكاح ،وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح وهو معنى قولهم مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين.[1]

المطلب الثاني :حجية القائلون بمراعاة الخلاف .

1 ـ القائلون بمراعاة الاختلاف

نص جماعة من كبار المالكية على أن مراعاة الخلاف من الأصول التشريعية التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه.

فقد نقل عن أصبغ بن الفرج ، وهو من كبار شيوخ المذهب ومتقدميهم، قوله: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب".[2]

وقال ابن رشد: "من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف، وهو استحسان".[3]

واعتبر القباب أخذ المالكية به من محاسن هذا المذهب فقال :واعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن المذهب,

---

[1] أبو عبد الله الأنصاري الرصاع . شرح حدود ابن عرفة . (ص 264).

[2] أبو الوليد بن رشد القرطبي . البيان والتحصيل . تحقيق: د محمد حجي وآخرون . دار الغرب الإسلامي . بيروت – لبنان . الطبعة: الثانية . 1988م . (ج4 /ص157).

[3] المصدر نفسه (ج3 ص419).

وكم من عائب قولا صحيحاً ... وآفته من الفهم السقيم.[1]

الونشريسي قال : "هو من الأصول التي بنى عليها مالك مذهبه".[2]

واعتبره أحمد بن أبي كَف، الأصل السادس عشر من أصوله التشريعية المعتبرة.[3]

وإذا كان مالك وأصحابه قد عرفوا بأصل مراعاة الخلاف حتى غدا لصيقا بهم، فإن التحقيق يوصل إلى أن بقية المذاهب الفقهية لم تنكر الأخذ بهذا الأصل بإطلاق، بل نجدهم كثيرا ما يطبقون القسم الأول منها؛ أعني الخروج من الخلاف.[4]

فقد صرح الملا علي القاري الحنفي فقال: "يستحب في مذهبنا الخروج من الخلاف؛ فإنه احتياط في الدين".[5]

وكذلك فعل ابن عابدين فذكر أن مذهب الأحناف: "الخروج من الخلاف، بل هو مندوب إليه بحسب قوة دليل المخالف".[6]

يقول ابن عرفة المالكي: " إن الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته تبينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمارتين، فها هنا لا وجه لمراعاة الخلاف ولا معنى له، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوة ما ورجحانا ما لا ينقطع معه تردد النفس وتشوفها إلى مقتضى الدليل الآخر، فها هنا تحسن مراعاة الخلاف، فيقول الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه ... فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس

---

[1] أبو العباس الونشريسي . المعيار المعرب . (ج6 ص388).

[2] المصدر نفسه

[3] بن أبي كف . نظم أصول مالك بن أنس بيت 21. (ص188).

[4] أحمد غاوش . المالكية وتأصيل الإعتراف بالإختلاف الفقهي . العدد.36 (ص157).

[5] علي الملا القاري . مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح . الناشر: دار الفكر . بيروت – لبنان الطبعة: الأولى . 1422هـ - 2002م(ج2 ص108).

[6] ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار . دار الفكر-بيروت لبنان . الطبعة: الثانية . 1992م (ج1/ ص147).

إسقاطه بالذي تنشرح له النفس، فهذا معنى قولنا: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه".[1]

2 . حجتهم في الأخذ بمراعاة الخلاف :

ما رواه البخاري ومسلم عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا قَالَتْ: **اخْتَصَمَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فِي غُلاَمٍ، فَقَالَ سَعْدٌ: هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ، انْظُرْ إِلَى شَبَهِهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شَبَهِهِ فَرَأَى شَبَهًا بَيِّنًا بِعُتْبَةَ، فَقَالَ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ» قَالَتْ: فَلَمْ يَرَ سَوْدَةَ قَطُّ.**[2]

ويقول الولاتي: "والأصلُ فيه عند مالك قولُه صلى الله عليه وسلم في قصة ولد زمعةَ الذي اختصم فيه سعد بن أبي وقاص وعبدُ بن زمعة، كلٌّ منهما يدِّعيه، يدعي سعدٌ أنه ابن أخيه عُتبة، ويدعي عبدٌ أنه أخوه؛ لأنه مِن أَمَةِ أبيه، فأَلْحَق رسولُ الله صلى الله عليه وسلم الولدَ بصاحب الفراش الذي هو زَمْعَة، وللعاهرِ الحجر؛ أي الرَّجمُ، ((واحتجبي منه يا سودةُ))؛ لما رأى مِن شبهِه بعُتْبة، فراعى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحُكمينِ؛ أي: حُكمَ الفراش، فألحق الولد بصاحبه الذي هو زمعة، وحُكمَ الشَّبَه، فأمر بنتَ صاحبِ الفراش – التي هي سودة بنت زمعة – بالاحتجاب من الولد".[3]

---

[1] ابو العباس الونشريسي . المعيار المعرب . (ج6ص388).

[2] صحيح البخاري المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر . دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، 1422هـ . رقم 6765 . (ج 8 ص 156). صحيح مسلم . المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي – بيروت. كتاب الرضاع . باب الولد للفراش . رقم1457 .(ج 2/ ص1080/) و النسائي . كتاب الطلاق . باب إلحاق الولد بالفراش . رقم3484 . (ج 6/ص 180).

[3] محمد يحي الولاتي . إيصال السالك في أصول مالك . (ص191).

3. الاعتراضات الواردة على مراعاة الخلاف والردود عليها :

لَمَّا كان هذا الأصل مِن الأصول التي اختُلِف فيها داخل المذهب، نتج عن ذلك خلافٌ في حجيَّته بين علماء المذهب؛ حيث ذهب عدد من الأئمة إلى القول بعدم حجية هذا الأصل،

ومن هؤلاء القاضي عِياض، فقد رد هذا الأصل بأمور؛ منها: بأنه مخالفٌ للقياس الشرعيِّ؛ لأن القياس الشرعيَّ أن يجرِي المجتهد على مقتضى الدليل، واعترضه أيضًا بأنه غيرُ مُطَّرِد في كل مسألة خلاف، وذلك مشكل؛ لأنه إن كان حجةً، عمَّت في كل مسألة، وإلا بطَلَت؛ لأن تخصيصه ببعض مسائل الخلاف تحكُّمٌ؛ أي: ترجيح بلا مرجِّح.[1]

وأجاب ابن عرفة بأن رَعْيَ الخلفِ حجةٌ في بعض المسائل دون بعض، وضابط ذلك رجحانُ دليلِ المخالف عند المجتهد على دليلِه في لازم مدلول دليل المخالف، فليس تحكُّمًا لأن له مرجحًا، وثبوتُ الرجحان ونفيُه إنما يكون بحسب نظر المجتهد في النوازل.[2]

واعترضه بعضُ الفقهاء بأنه يقتضي إثباتَ اللزوم بدون لازمِه؛ لأن فيه إثباتَ ملزومِ دليلِ المجتهد المراعِي للخلاف كمالكٍ في المثال، بدون لازمه؛ لأن مالكًا أثبت فسخ نكاح الشغار لدليلٍ شرعيٍّ، دون لازمِه، الذي هو عدم الإرث بين الزوجين، وذلك محال.[3]

وأُجِيبَ بأن استحالة وجود الملزوم بدون لازمِه لا تكون إلا في اللزوم العقلي، وأما اللزوم الشرعيُّ، فلا استحالةَ في انفكاك الملزوم فيه عن اللازم، مع وجود ملزومه؛ كموجبات الإرث؛ كالبُنوَّة مثلًا، فإنها ملزومة للإرث شرعًا؛ أي: جعلها الشرعُ ملزومةً له، وقد ينتفي الإرث بموانعَ؛ كالكفر، والرقِّ، مع وجود البُنوَّة.[4]

---

[1] محمد يحي الولاتي . إيصال السالك في أصول مالك . (ص191).

[2] المرجع نفسه(ص191).

[3] المرجع نفسه (ص191).

[4] المرجع نفسه(ص191).

المطلب الثالث :شروط العمل مراعاة الخلاف و الفرق بينه وبين الخروج من الخلاف

الفرع الأول :شروط العمل مراعاة الخلاف.

لقد تعرض كثير من الباحثين لشروط مراعاة الخلاف فمنهم من اختصرها في شرطين او ثلاث ومنهم من أوصلها الى تسعة[1] ويظهر أن أوجز وأضبط من حدد شرائط مراعاة الخلاف الدكتور عبد الرحمان بن معمر السنوسي وهي كالتالي:

الشرط الأول:

أن يكون الخلاف قوي المدرك : أي يكون مأخذ المخالف فيما ذهب إليه قويّاً بحيث لا يُعدّ هفوة أو شذوذاً ؛ ومن هاهنا لم يُرَاعَ خلاف أبي حنيفة رحمه الله في الرواية المنقولة عنه في بطلان الصلاة برفع اليدين ، وكذلك إسقاطه الحد في القتل بالمثقل واعتباره إياه شبهة تدرأ الحد ، ومنه أيضاً ما نقل عن عطاء بن أبي رباح رحمه الله من إباحة وطء الجواري بالعارية .

الشرط الثاني:

أن لا تؤدي إلى صورة تخالف الإجماع : أي أن لا يلزم من رعي الخلاف خرق للإجماع وإلاَّ حُرِّمَ ؛ كمن تزوج بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع درهم ؛ مقلداً أبا حنيفة في عدم الولي ومالكاً في عدم الشهود والشافعي في أقل من ربع درهم، فإن هذا النكاح لو عرض على الحنفي لا يقول به ؛ وكذلك المالكي والشافعي رحم الله الجميع.[2]

ومنه أيضاً ما نقل عن ابن سريج[3] رحمه الله من الشافعية ؛ أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأس ويفردهما بالغسل ؛ مراعاة لمن قال إنهما من الوجه ، أو الرأس ، أو عضوان مستقلان : فوقع في خلاف الإجماع .

---

[1] انظر معلمة زايد للقواعد الفقهية و الأصولية،دولة الامارت . ابو ظبي . الطبعة الأولى، 2013م، (ج 30 ص 169).

[2] أرشيف ملتقى أهل الحديث . منتدى عقيدة أهل السنة و الجماعة . (ج41/ص213).

[3] أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج ، القاضي الشافعي توفي ببغداد سنة 306هـ، أنظر وفيات الأعيان ،لابن خلكان . (ج1/ص66).

الشرط الثالث:

أن لا يترك المراعي للخلاف مذهبه بالكلية : إذا لزم من رعي الخلاف ترك المجتهد أو الناظر لقوله ودليله جملة فإن ذلك خارج عن مسمى مراعاة الخلاف ؛ وإنما هو تقليد للغير بعد الاجتهاد والنظر ؛ وجل العلماء على منعه .

الشرط الرابع:

أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً : فإن لم يكن كذلك ؛ فلا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح ؛ لأن الجمع بين المتناقضين متعذر عقلاً .

مثاله : قول بعض الشافعية أن من تقدم بقراءة الفاتحة وجب عليه إعادتها ؛ فإن القائل بهذا لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل ! إلا أن يخص البطلان بغير العذر.

الشرط الخامس:

قيام الشبهة : لأنه إذا توافر العلم بصحة الحكم ووجه انتزاعه من دليله فالمصير إلى قول المخالف مراعاةً له غير متَّجَه ؛ كما أن عبادة الله بمؤدى الاجتهاد التام أوْلى من عبادته بالاحتياط العام ؛ لليقين في الأول ومطلق التفويض في الثاني، والسياق هنا مختص بحالة ما قبل الوقوع لا غير ، وثمة حالة تُستثنى من هذا العموم : وهي حال التورع في التروك ؛ فإنها لا تُقَيَّد بقيام الشبهة ولا يُطلَب عليها دليل ؛ لأن الورع لا يتوقف على وروده ، هذا وقد اشترط التاج السبكي و السيوطي عليهما رحمة الله لرعي الخلاف أن لا يخالف سُنَّةً ثابتة ، والحقُّ أن ذلك مستغنى عن ذكره ؛ لاندراج مخالفة السنة ضمن المواضع التي يُنقَض فيها الاجتهاد .[1]

الفرع الثاني : الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف:

مراعاة الخلاف كما بينا هو عمل في الأدلة واجتهاد ونظر فيها، ولا يكون هذا إلا للمجتهدين الذين يخرجون لنا مثل هذا العلم فلو لم نجد هذا العلم أمامنا من السلف كيف لنا أن نقدر على الإتيان بمثله، فنحن بعيدون عن عهد النبوة و الاستنباط

[1] عبد الرحمان السنوسي . مراعاة الخلاف في الإجتهاديات دراسة أصولية . مجلة البيان . (ج151/ص20).

والبراعة في الاجتهاد وصفاء الأذهان ، أما الخروج من الخلاف هو شأن العامي، مثاله، تبيت النية في كل ليلة من رمضان عند الشافعية والمالكية تكفي النية عندهم في أول ليلة مالم يقطعها التتابع.[1]

ونية تكفي لما تتابعه«» يجب إلا إن نفاه مانعه.[2]

فقال رجل حتى أخرج من خلاف الإمامين، أبيت النية كل ليلة فهنا جاء على الحكمين،وتعامل مع الحكمين.[3]

وبعد الكلام عن مراعاة الخلاف ننتقل الى الكلام عن مصطلح مشهور المذهب و كانت خطته حول تعريف مصطلح مشهور المذهب ، وثمرة الخلاف في تحديده، والتعارض بين الرجح و المشهور.

المبحث الثاني: مصطلح مشهور المذهب.

المطلب الأول: تعريف مشهور المذهب وعلامات التشهير.

1 **. مشهور المذهب:**

مصطلح المشهور يكاد المذهب المالكي اختص به، وارتباط البحث بموضوع مراعاة الخلاف الذي ينسب للمذهب المالكي فإن المراد بالمذهب، المذهب المالكي، وتحديد مفهومه في هذا المبحث يقتصر على تحديد المالكية له.

فالمشهور لغة : مأخوذ من الشهرة وهي الوضوح والبيان، جاء في لسان العرب «الشهرة ظهور الشيء في شنعة حتى يشهره الناس»[4]

المشهور اصطلاحا: اختلف علماء المذهب في تعريف المشهور على أقوال؛ فقيل المشهور ما قوي دليله، وقيل ما كثر قائله، وقيل رواية ابن القاسم في المدونة.

---

[1] وليد شاويش . الروض الأنف في شرح نظم ابن أبي كف ـ(ص193).

[2] متن ابن عاشر . المرشد المعين على الضروري من علوم الدين . مكتبة القاهرة لصاحبها علي يوسف سليمان . (ص 18).

[3] وليد شاويش . الروض الأنف . إصدارات الموقع الرسمي للدكتور وليد شاويش.(ص193).

[4] ابن منظور ـ لسان العرب ـ (ج4/ص431).

قال ابن فرحون[1]: "وقد اختلف المتأخرون في رسمه، فقيل المشهور ما قوي دليله، وقيل ما كثر قائله...وعلى القول الثاني فلابد أن تزيد نقلته عن ثلاثة ويسميه الأصوليون المشهور والمستفيض أيضا".[2]

أ- **المشهور ما قوي دليله:** وهذا القول اختاره بعض علماء المذهب، وهو بهذا المعنى يكون مرادفا للراجح، إذ أن الراجح هو القول الذي يستند إلى دليل قوي وإن كان عدد القائلين به قليلا، فلا يعتبر كثرة القائلين كما لا يعتبر في تعارض البينتين كثرة شهود أحديهما.

جاء في المعيار: "فالمشهور اختلفوا فيه، فقيل هو ما قوي دليله وهو المشهور في المشهور".[3]

وفي التبصرة : "اختلف في المشهور على قولين أحدهما أنه ما قوي دليله والآخر ما كثر قائله، والصحيح أنه ما قوي دليله"[4].

ونقل عن ابن خويز منداد [5] أن مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله إذ أن الإمام مالكا رحمه الله يراعي من الخلاف ما قوي دليله لاما كثر قائله، فقد أجاز الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت وأكثرهم على خلاف ذلك[6].

---

[1] إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، من شيوخ المالكية، تولى القضاء بالمدينة توفي سنة 799هـ ، انظر: الأعلام للزركلي (ج1/ص52).

[2] ابن فرحون . كشف النقاب الحاجب . تحقيق: حمزة أبو فارس و عبد السلام الشريف . دار الغرب الإسلامي . بيروت لبنان . الطبعة الأولى . 1990م .(ص 62 .63).

[3] أبو العباس الونشريسي . المعيار المعرب . (ج12/ص 37).

[4] ابن فرحون . تبصرة الحكام . مكتبة الكليات الأزهرية . الطبعة: الأولى 1986م، (ج1/ ص71).

[5] أبو عبد الله بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد له مؤلفات في الأصول و أحكام القرآن، ينظر: شجرة النور الزكية (ج1/ص154).

[6] ابن فرحون . كشف النقاب الحاجب . (ص63).

ب- **المشهور ما كثر قائلة** : وهذا القول هو الذي أخذ به كثير من علماء المذهب. قال الدسوقي : «وقيل ما كثر قائله وهو المعتمد». [1] وإلى هذا الرأي مال المازري والشاطبي كما يفهم من كلامهما.

ج- **المشهور رواية ابن القاسم في المدونة** : وإليه ذهب المتأخرون خاصة من المغاربة، ويستند هذا القول على اعتبارين:

الأول: يعود إلى شخصية ابن القاسم، فقد لازم مالكا أزيد من عشرين سنة، ولم يفارقه حتى توفي، وكان أعلم الناس بأقواله المتقدم منها والمتأخر.

الثاني: منزلة المدونة بين كتب المذهب، فهي الكتاب الثاني بعد الموطأ، وهي أساس المذهب لما اشتملت عليه من أقوال الإمام وكبار أصحابه.

قال ابن أبي جمرة[2]: «قال بعض الشيوخ إذا اختلف الناس عن مالك رحمه الله، فالقول ما قاله ابن القاسم، وذلك لأن ابن القاسم صحب مالكا أزيد من عشرين سنة، ولم يفارقه حتى مات رحمة الله عليه، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، وكان عالما بالمتقدم من قوله والمتأخر، ولما وقع الاتفاق على الثقة بعلمه وورعه علم أنه ما أجاب في المدونة إلا بما يرى أنه يسعة من الله تعالى أن يحمل الناس على العمل به، وغلب على الظن أنه إنما يجيب في المسائل بقول مالك الأخير حيث يختلف قوله ولم ينقل أقواله نقلا مطلقا ...فثبت بهذا أن مذهب ابن القاسم في المدونة هو المشهور ما لم يعارضه قول مالك».[3]

وكان المغاربة وخاصة الأندلسيون – أكثر الناس تمسكا بقول ابن القاسم، فقد التزم فقهاء الأندلس رأيه ولم يخرجوا عنه في أحكامهم وفتاو يهم إلى رأي غيره من تلاميذ الإمام مالك حتى أصبح ذلك عرفا جاريا في بلاد الأندلس، وكانوا يشترطون على من

---

[1] الدسوقي المالكي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . دار الفكر . (ج1/ ص36).

[2] أبو محمد عبد الله بن أبي جمرة: المحدّث الراوية القدوة ألّف مختصر البخاري وشرحه بهجة النفوس مشهور. توفي سنة 699 هـ ، ينظر شجرة النور الزكية . (ج1/ص258).

[3] اللقاني . منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى . تحقيق عبد الله الهلالي . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب . 1423هـ2002،(ص 273.274).

يؤلى القضاء أن يحكم بقول ابن القاسم لا يتجاوزه إلى ما سواه والوقائع في ذلك كثيرة تجاوز الحصر، ومن ذلك أن عبد الملك بن جبيب طلب من القاضي يحيى بن معمر – وكان مستشارا له – أن يحكم في قضية برأي أشهب فامتنع ورفض الخروج عما عليه أهل الأندلس من الأخذ بقول ابن القاسم، «ولقد أخبرني محمد بن عبد الملك عن أيمن عن عمه وكان قريب الخاصة بابن معمر أنه كان حاضرا في بيته فاستأذن عليه ابن حبيب فأذن له، فلما أخذ مجلسه قال له: قضية فلان أحب أن تنفذ فيها ما أنفذت به عليك فإنه وجه الحق فقال: لا والله ما أنفذ ولا أخالف ما وجدت عليه أهل هذا البلد من الأخذ بقول ابن القاسم، وكان أفتاه ابن حبيب برأي أشهب.[1]

ولصعوبة الترجيح بين الأقوال في تحديد المعنى المراد بالمشهور، ولورود الاعتبارات الثلاثة في كتب الفقه المالكي، فإننا سنعتمد الأقوال الثلاثة المذكورة، ونبين على أي الاعتبار بني المشهور في موضعه في التطبيقات بحول الله.

2 . **علامات التشهير:**

اعتمد فقهاء المالكية علامات تدل على القول الذي يعتمد عليه ويؤخذ به، وسبب ذلك تعدد الأقوال والروايات عن الإمام مالك وعن أصحابه رضوان الله عليهم، وتعدد الروايات يعود إلى أن يكون أحد هذه الأقوال متقدما على الآخر، فيكون الإمام قد رجع عن القول الأول إلى القول الثاني، أو يعود إلى الاختلاف في فهم كلام الإمام، فكل ينسب إليه ما فهم منه لذلك انبرى المجتهدون في المذهب لتبيين القول الذي يفتى به، بناء على ملازمتهم للإمام أو أصحابه، ومعرفتهم المتقدم من المتأخر وعلمهم بأصول المذهب وقواعده، ومراعاة العرف والعادة، وما هو أرفق بالناس، فذيلوا الفتاوى والأحكام بإحدى علامات التشهير؛ للدلالة على صحة الفتوى بها ومناسبتها.[2]

---

[1] ابن حارث الخشني . أخبار الفقهاء والمحدثين . تحقيق: ماريا لويسا ابيلا ,لويس مولينا، المجلس الأعلى للأبحاث الإسلامية . الطبعة الأولى . إسبانيا مدريد . 1991م (ج2/ص599).

[2] مريم محمد صالح الظفيري . مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات . دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1422 هـ – 2002 م (ص200).

فقد يعبر عن المشهور بالمعروف:

كقول ابن الحاجب[1] في الزكاة: " فالربح يزكى لحول الأصل على المعروف "، ثم فرع عليه، فقال: " وعلى المشهور "، ولعله ذكر المعروف ليفيد أن مقابله قول منكر، ثم أفاد بقوله على المشهور: أن ذلك المعروف هو المشهور، ولو قال: على المشهور لم يعلم أن مقابله قول منكر. [2]

وقد يأتي بالأصح في موضع المشهور:

كقول ابن الحاجب في الصيام: " فلو نوى السفر، أو سافر لم يجز إفطاره على الأصح"، وما ذكر أنه الأصح هو المشهور، قاله ابن عبد السلام. [3]

وقد يأتي بالصحيح في موضع المشهور:

كقول ابن الحاجب في ترتيب الفوائت: " وكذلك لو علم أعيان بعضها، ونسى الترتيب على المشهور، ثم قال: والصحيح: يصليها ويعيد المبتدأة "، وهذا الصحيح هو المشهور.[4]

المطلب الثاني : ثمرة الخلاف في المشهور

تظهر ثمرة الخلاف في المشهور فيمن يحق له تعيينه، فعلى القول بأن المشهور ما كثر قائله يحق لمن لم يبلغ درجة الاجتهاد أن يعينه لأن حظه من العلم نقل ما في الأمهات، وعلى القول بأنه ما قوي دليله لا يعينه إلا من بلغ درجة الاجتهاد لما فيه من النظر في الأدلة والترجيح بينها.

قال ابن فرحون: "ثمرة اختلافهم في تعيين المشهور هل هو ما قوي دليله أو ما كثر قائله؟ تظهر فيمن كان له أهلية الاجتهاد والعلم بالأدلة وأقوال العلماء وأصول مأخذهم،

---

[1] أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الدويني الأسنائي الشهير بـ ابن الحاجب، الفقيه المالكي والأصولي النحوي والمقرئ، (570 هـ – 646 هـ)، انظر: سير أعلام النبلاء (ج16/ص430).

[2] ابن فرحون . كشف النقاب الحاجب (ص75).

[3] المصدر نفسه (ص75).

[4] المصدر نفسه (ص75).

فإن هذا له تعيين المشهور، وأما من لم يبلغ هذه الدرجة، وكان حظه من العلم نقل ما في الأمهات فليس له ذلك، ويلزمه اقتفاء ما شهره أئمة المذهب".[1]

ويرجع بعض الباحثين سبب الاختلاف في تحديد المشهور إلى وجود مدارس متعددة في المذهب المالكي وهي المدرسة المصرية والمدنية والعراقية والمغربية، فتختلف هذه المدارس في تعيين المشهور، وبحكم اختلاف البيئة واختلاف مناهج هذه المدارس تختلف آراؤهم في تشهير بعض الأقوال، فالعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور، ويشهرون بعض الروايات وكذا المغاربة والمصريون في تقديم بعض الروايات والأقوال على بعض ولهذا نجد علماء المذهب يضعون قواعد الترجيح عند اختلاف المدارس في التشهير، فيقررون أنه إذا اختلف المصريون مع من سواهم قدم المصريون، وإذا اختلف المغاربة والعراقيون قدم المغاربة، وتقديم المغاربة على العراقيين مرده إلى أن اعتماد العراقيين كان على مختصرات ابن عبد الحكم وروايته عن مالك، في حين اعتمد المغاربة شأنهم في ذلك شأن المصريين على رواية ابن القاسم، أما تقديم المصريين على من سواهم فظاهر لأنهم أعلام المذهب، فمنهم ابن القاسم ومكانته في المذهب لا يبلغها سواه، وأشهب وابن وهب وغيرهم، وأما المدنيون فلا يذكرون اعتبارهم أو عدمه في التشهير، ولعل مرد ذلك إلى أن المدنيين ليس منهجهم المقارنة بين الروايات، وإنما منهج البحث عن دليل المسألة، أما كونها اشتهر العمل بها أو لم يشتهر فهذا لا يعنيهم.[2]

---

[1] ابن فرحون . كشف النقاب الحاجب (ص67).

[2] ينظر العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي . وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب . 1417هـ-1996م . ص: 41، محمد إبراهيم محمد علي . اصطلاح المذهب عند المالكية . دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي . الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م، (ص393)، المامي: المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته – خصائصه وسماته، مركز زايد للتراث والتاريخ،الطبعة الأولى، 1422هـ-2002م، (ص124).

قال ابن فرحون: «والمشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة، والعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور ويشهرون بعض الروايات، والذي جرى به عمل المتأخرين اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة».[1]

المطلب الثالث: التعارض بين الراجح والمشهور

إن الروايات والأقوال في المذهب المالكي ليست على درجة واحدة من حيث القوة بل هي متفاوتة،

ولذلك وضع علماء المذهب قواعد للترجيح بينها في حال التعارض وعدم إمكان الجمع بين المتعارضين، وعدم معرفة المتقدم من المتأخر بالنسبة للأقوال المنقولة، فقرر جمهور علماء المذهب تقديم المتفق عليه ثم الراجح ثم المشهور ثم القول المساوي لمقابله ثم الضعيف في حالات خاصة.

فما به الفتوى تجُوز المتفقْ عَليه فالراجِح ســوقُه نفَقْ

فبعدَه المشهورُ فالمُساوي ان عُدم التَرجِيحُ في التَساوِي .[2]

فالقاعدة العامة تقديم المشهور والراجح على مقابلهما من الشاذ أو الضعيف، ولا يجوز العمل بالضعيف على رأي الجمهور إلا في حالات استثنائية نبه عليها العلماء، ومن ذلك أن يكون الضعيف قد جرى به العمل، وقد اشترط علماء المذهب للترجيح بجريان العمل شروطا وهي:

1 ثبوت جريان العمل بذلك القول من غير شك في ذلك.

2 -معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا بناحية من البلدان.

3 معرفة زمانه.

4 معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الأئمة المقتدي بهم في الترجيح.

---

[1] ابن فرحون . تبصرة الحكام .(ج1/ص71).

[2] الغلاوي الشنقيطي . نظم بوطليحية فيما اعتمد من الكتب والأقوال، ملحق بكتاب اصطلاح المذهب عند المالكية . (ص 622).

5 –معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله.[1]

فبعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول مخالف للمشهور لدرء مفسدة أو خوف فتنة، ومن هنا تتضح وجهة نظر المالكية في تقديم الضعيف إذا جرى به العمل فالفقهاء المتقدمون «لما قرروا تشهير قول لاحظوا أن ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد، فلما جاء الفقهاء المتأخرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يعد في بعض الأزمان وفي بعض الأمكنة يحقق ذلك الغرض وهذا موافق للقاعدة الفقهية التي تقول (إن تغير الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجا عن المشهور بل فيه جري على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا) وأمثال هذه الاعتبارات موجودة كثيرا فيما جرى به العمل».[2]

فإن كان المشهور مقدما على الضعيف والشاذ في الحالات العادية، فما الحكم إذا تعارض مع الراجح؟

اختلف علماء المذهب أيهما يقدم عند التعارض على أقوال، ومنشأ الخلاف قوة الحجة في القولين، فالمشهور يستمد قوته من كثرة القائلين به، والراجح يستمد قوته من الدليل الذي يستند إليه.

– **القول الأول** : إذا تعارض الراجح مع المشهور يقدم المشهور، وهو ما صرح به العدوي والزرقاني، فالمشهور لا يعدل عنه ولو ضعف مدركه في ظننا وكان مدرك مقابلة قويا فضعف المدرك لا يلزم منه ضعف القول نفسه، ويستدل على ذلك بأن المشهور إنما كثر القائلون به لدليل قوي لم يصلنا ولم نطلع عليه زيادة على الدليل الضعيف الذي اطلعنا عليه وبناء على ذلك يكون المشهور راجحا في نفس الأمر لقوة دليلة إلا أننا لم نطلع على دليل رجحانه.

---

[1] محمد إبراهيم محمد علي . اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي، الطبعة الأولى، 1421هـ–2000م،(ص 399).

[2] العسري . نظرية الأخذ بما جرى به العمل . (ص 69).

– **القول الثاني :** يقدم الراجح على المشهور، وهو قول كثير من الفقهاء وقد احتجوا بأدلة منها

– إن الكثرة لا تفيد شيئا في الترجيح، فلا يلزم أن يكون الصواب مع الكثرة، فقد يكون القول قد قال به قليل لكنه صواب لقوة دليله.

– إن العمل بالراجح عمل بما قوي دليله، وما قوي دليله يجب العمل به، فدل على أن القول الذي لا دليل عليه ليس بصواب وإن كثر قائلوه، وإنما الحق والصواب ما قام الدليل عليه وإن كان القائل به قليلا.

– إن تقديم المشهور إذا كان دليله ضعيفا على الراجح ودليله قوي تقديم للمرجوح على الراجح وهو ممتنع في بداهة العقل.

– حصول إجماع الصحابة على العمل بالراجح وتقديمه على غيره، كما يدل عليه تصرفهم في قضايا كثيرة،وإجماعهم دليل يوجب التمسك بالراجح وطرح المرجوح وإن كثر قائلوه.

– **القول الثالث** : يفرق بين من بلغ درجة الاجتهاد وغيره، فالمفتي إذا بلغ درجة الاجتهاد فإنه يقدم الراجح على المشهور لأنه يستطيع النظر في الأدلة والموازنة بينها ، أما من لم يبلغ هذه الدرجة فيقدم المشهور على الراجح لأنه لا يستطيع النظر في الأدلة والترجيح وفي ذلك صيانة للعلم الشرعي من أن ينحرف به غير المؤهلين.[1]

بعد عرض هذه الآراء يظهر لنا أن الراجح منها هو الرأي القائل بتقديم الراجح على المشهور عند التعارض، فالمشهور استمد قوته من كثرة القائلين به، وكثرة القائلين بقول ما لا يتأتى بها معرفة صواب من خطأ. إذ أنه من الممكن أن يكون ما ذهب إليه القليل هو الصواب لقوة دليله، فالفيصل عند التعارض هو الدليل فما كان دليله قويا كان هو المقدم، وما كان دليله ضعيفا كان مطروحا وإن كثر القائلون به، كما أن العمل بالراجح واجب في حق المجتهد كما هو معروف في أصول الفقه.

[1] العسري . نظرية الأخذ بما جرى به العمل . (ص58–59).

وبناء على ذلك يجب النظر في سند القول المشهور ودليله، ولا ينبغي أن يترك القول الراجح لمشهور إذا كان دليله ضعيفا أيا كان قائله حتى وإن كان ابن القاسم على علو منزلته ومكانته في المذهب، ويفترض فيمن يتصدى للفتوى أن يكون له قدرة على النظر في الأدلة والموازنة بينها، ومعرفة صحيحها من سقيمها وطرق الترجيح بينها وإن لم يبلغ درجة الاجتهاد.

ونأتي الى الكلام عن مصطلح الترجيح في مبحث من ثلاث مطالب كالآتي.

المبحث الثالث: مصطلح الترجيح.

المطلب الأول : تعريف الترجيح .

قبل الكلام عن مصطلح الترجيح نتعرض للوضع اللغوي ثم الى المعنى الاصطلاحي.

الترجيح لغة :

الترجيح مصدر من "رَجّح الشَّيء يرجّح ترجِيحاً ، يقال : رَجَحَ الشّيء بيده : وَزَنَه، ونَظَرَ مَا يُثقله ، والرَّاجح : الوَازن ، وأَرْجَح الميزان أي : أَثْقله حتى مَال ، ورَجَحَ في مَجْلسه يَرجُح : إذا ثَقُلَ فَلم يَخفَّ ".[1]

ورجحت إحدى الكفتين الأخرى :مالت بالموزون، ورجحه أرجحه :فضّله وقواه، واستعمال الرجحان حقيقة إنما هو في الأعيان الجوهرية، ثم استعمل في المعاني مجازًا.[2]

الترجيح اصطلاحاً:

الترجيح في الاصطلاح :اختلف العلماء في تعريفه نتيجة لاختلافهم في تكييفه، هل هو فعل المجتهد؟ أم أنه وصف قائم بالدليل الراجح؟ أم كلاهما؟[3]

---

[1] ابن منظور. لسان العرب .(ج 2 / ص445)، الفيروزآبادى، القاموس المحيط . (ج1/ص221)، و الفيومي ، المصباح المنير . (ج1 /ص 219).

[2] المعجم الوسيط . مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) ، دار الدعوة (ج1/ص 329).

[3] محمد مصطفى الزحيلي . الوجيز في أصول الفقه الإسلامي . دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع . دمشق – سوريا الطبعة: الثانية، 1427 هـ - 2006 م . (ج2 /ص421).

فعرفه الزركشي رحمه اللَّه [1] تعالى بأنه :"تقوية إحدى الأمارتين على الأخرى بما ليس ظاهر".[2]

وهذا الحد باعتبار الترجيح من عمل المرجح المجتهد، ومع ذلك أغفل ذكر المجتهد، وأن ترجيح غير المجتهد لا يعتد به عند الأصوليين، والترجيح هو بيان التقوية، أي : بيان القوة الكامنة في الدليل، واقتصر على الأمارة ليحصر الترجيح في الأدلة الظنية دون القطعية، مع أننا رجحنا أن التعارض يقع في الأدلة القطعية والظنية، ويحتاج للترجيح، وقيد الترجيح حالة" ما ليس ظاهرًا في الأمارة، فإن كانت القوة ظاهرة فلا يحتاج للترجيح، ويخرج من التعريف الأخبار والظواهر لاختصاص اسم الأمارة بالمعاني، لكنها تدخل بالتعريف من حيث الغاية، كما أن التعريف لم يبين الغاية من الترجيح، وهو العمل بالراجح[3].

وعرفه ابن الحاجب رحمه اللَّه تعالى الترجيح بأنه" اقتران الأمارة بما تقوى به على ما يعارضها "[4]

وعرفه الآمدي رحمه اللَّه[5] تعالى بمثل ذلك، وأضاف الغاية من الترجيح" بما يوجب العمل به وإهمال الآخر"[6].

---

[1] بدر الدين الزركشي أبو عبد الله، بدر الدين، محمد بن بهادر بن عبد الله الزَّرْكَشِيِّ المصري، فقيه شافعي، أصولي ومحدث، له مؤلفات في علوم كثيرة. وُلد في القاهرة سنة 745 هـ، وتُوفي سنة 794هـ، انظر الأعلام للزركلي (ج6/ص60).

[2] الزركشي . البحر المحيط . دار الكتبي . الطبعة الأولى 1994م (ج8 /ص 145).

[3] محمد مصطفى الزحيلي . الوجيز في أصول الفقه الإسلامي . (ج2 ص422).

[4] محمود أبو الثناء شمس الدين الاصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب،تحقيق محمد مظفر بقا، دار المدني السعودية،الطبعة الأولى 19986م (ج 3 ص 370).

[5] سيف الدين الآمدي (551 هـ – 631 هـ) هو سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم بن محمد العلامة الآمدي التغلبي الحنبلي ثم الشافعي، انظر الأعلام للزركلي (ج4/ص332).

[6] الآمدي . الإحكام في أصول الأحكام . تحقيق عبد الرواق عفيفي . المكتب الإسلامي، بيروت . لبنان . (ج4ص239).

فهذا التعريف باعتبار الترجيح وصفًا قائمًا بالدليل الراجح، ولكنه أغفل فعل المجتهد الذي يبيَّن أن الدليل مقترن بما يقويه، فالاقتران وصف للدليل، وحصر الترجيح في الأدلة الظنية.

وعرف أكثر الحنفية الترجيح بأنه" إظهار زيادة لأحد المتماثلين على الآخر بما لا يستقل "[1]،

وهذا التعريف يفيد أن الترجيح من فعل المكلف، وأنه لوصف قائم بالدليل، وأن الترجيح يقع في الأدلة القطعية والظنية، لكنه لم يحدد من يقوم بالإظهار والبيان، وهو المجتهد، أو الشارع نفسه، ولم يذكر ثمرة الترجيح، وهي العمل بالدليل الراجح.[2]

و ذكر مصطفى الزحيلي أنه يقترح تعريفًا موجزًا بأنه" بيان المجتهد لقوة أحد الدليلين المتعارضين ليعمل به"، وهذا يبين القائم بالترجيح وهو المجتهد، وأنه يعتمد على وصف قائم بالدليل وهو القوة، ويشمل جميع الأدلة المتعارضة لينسجم مع وقوع التعارض عمليًّا بين جميع الأدلة ليعمل المجتهد ذهنه فيها، ويرجح ويختار، ثم يبين التعريف الغاية من الترجيح، وهي العمل بالراجح.[3]

المطلب الثاني: أركان الترجيح وشروطه

الفرع الأول أركان الترجيح:

من خلال تعريف الترجيح يمكن معرفة أركانه، التي لا بد من وجودها لتحققه.وعلى ضوء ذلك فان للترجيح أركان أربعة، كما جمعها عبد اللطيف البرزنجي هي:

1 وجود دليلين فأكثر وهما الراجح والمرجوح سواء كانا من النصوص أو الأقيسة أو غيرهما.

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية . وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية . 2012 . (ج22/ص99).

[2] محمد مصطفى الزحيلي . الوجيز في أصول الفقه الإسلامي . (ج2 ص422).

[3] المرجع نفسه . (ج2 ص422).

2 وجود مزية في أحد المتعارضين يرجح به ويسمى مرجحا.

3 –المجتهد الناظر في الأدلة والذي يقوم بعملية الترجيح ، ولقيامه بذلك لابد من توفره على شروط الاجتهاد.

4 –الترجيح: وهو بيان المجتهد أن أحد الدليلين أقوى من الدليل الآخر ويكون ذلك إما بالفعل أو بالقول أو بالكتابة وهو الغالب.[1]

وقد اختلف في كون الشرط الأخير ركنا، فمن نفاه فلاعتباره وصفا ملازما للمجتهد، ومن أثبته فلكون المجتهد لا بد له من بيان الترجيح بأحد طرقه.[2]

الفرع الثاني: شروط الترجيح.

حتى يتم الترجيح بين الأدلة لا بد من تحقق شروط:

الشرط الأول: أن يكون بين الأدلة.

قال الزركشي : "أن يكون بين الأدلة, فالدعاوى لا يدخلها الترجيح، وانبنى عليه أنه لا يجري في المذاهب, لأنها دعاوى محضة تحتاج إلى الدليل والترجيح بيان اختصاص الدليل، بمزيد قوة فليس هو دليلا, وإنما هو قوة في الدليل"[3]

الشرط الثاني: قبول الأدلة التعارض في الظاهر ,فالقطعيات لا ترجيح فيها لأن الترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفين على الآخر كي يغلب على الظن صحته والأخبار المتواترة مقطوع بها فلا يفيد الترجيح فيها شيئا[4]

---

[1] عبد الطيف عبد الله عزيز البرزنجي . التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية . دار الكتب العلمية . بيروت، لبنان، الطبعة الاولى1993 . (ج2 ص123).

[2] بلعربي عبد الحميد . الترجيح بالوسطية . مذكرة ماجستير. كلية العلوم الإنسانية و الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2014/2013 .(ص21).

[3] البحر المحيط . للزركشي (ج8 ص147).

[4] المصدر نفسه (ج8 ص147).

الشرط الثالث: أن يقوم دليل على الترجيح.

قال الزركشي: "وهذا على طريقة كثير من الأصوليين[1]،لأن الترجيح بدون مرجح تحكم، وهو باطل".[2]

الشرط الرابع: أن يترجح بالمزية التي لا تستقل.كالتواتر في المتواتر المقدم على خبر الآحاد.

وهل يجوز الترجيح بالدليل المستقل؟ فيه قولان: أحدهما : نعم, كالمزية، بل أولى، فإن المستقل أقوى من غير المستقل و الثاني: واختاره القاضي وعزاه إلى الأكثرين، المنع، لأن الرجحان وصف للدليل, والمستقل ليس وصفا له[3]

ورجح الزركشي الجواز ،لأن التقوية ترجع إلى الترجيح بأوصاف لا بذوات ، وهو كثرة النظائر ، فإن ذلك وصف في الدليل ، وكأنا رجحنا بالتأكيد لا بالتأسيس ، لأن التأكيد يبعد احتمال المجاز[4]

الشرط الخامس: عدم إمكان الجمع بين المتعارضين حقيقة أو تقديرا.

قال الشوكاني: "ومن شروط الترجيح التي لا بد من اعتبارها أن لا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه ولم يجز المصير إلى الترجيح".[5]

وذلك لأن الجمع فيه إعمال الدليلين، والترجيح فيه إعمال لواحد من الدليلين على الآخر، فإعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما.[6]

---

[1] البحر المحيط . للزركشي (ج8 ص147).

[2] بلعربي عبد الحميد ,الترجيح بالوسطية,مذكرة ماجستير (ص 22).

[3] الزركشي . البحر المحيط . (ج8 ص 153).

[4] المصدر نفسه، (ج8 ص 153).

[5] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني . إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصولي . تحقيق الشيخ احمد عزو عناية . دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1999م . (ج 2/ص264).

[6] زكرياء بن غلام قادر الباكستاني . أصول الفقه على منهج أهل الحديث، دار الخراز ،الطبعة الأولى 2002م . (ص 103).

يقول فخر الدين الرازي[1]: إذا تعارض الدليلان فالعمل بكل واحد منهما من وجه دون وجه، أولى من العمل بأحدهما دون الثاني، لأن دلالة اللفظ على جزء مفهومه دلالة تابعة لدلالته على كل مفهومه، ودلالته على كل مفهومه دلالة أصلية، فإذا عملنا بكل واحدة منهما بوجه دون وجه فقد تركنا العمل بالدلالة التبعية وإذا عملنا بأحدهما دون الثاني فقد تركنا العمل بالدلالة الأصلية، ولا شك أن الأول أولى، فثبت أن العمل بكل واحد منهما من وجه دون وجه أولى من العمل بأحدهما من كل وجه دون الثاني[2].

وقد نازع الحنفية الجمهور في هذا الشرط فقدموا الترجيح على الجمع، والراجح قول الجمهور، والملاحظ أن شروط الترجيح تتوزع على أركانه الأربعة،فيختص كل ركن بشرط [3].

المطلب الثالث: حكم العمل بالراجح :

يقول المرداوي[4] : يجب تقديم الراجح إجماعا [5].

قال سيف الدين الآمدي رحمه الله : (وأما أن العمل بالدليل الراجح واجب فيدل عليه ما نقل وعلم من إجماع الصحابة والسلف في الوقائع المختلفة على وجوب تقديم الراجح من الظنين ، وذلك كتقديمهم خبر عائشة رضي الله عنها فيما روت عن النبي

---

[1] أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين بن علي الرازي، الطبرستاني المولد، القرشي، التيمي البكري النسب، الشافعي الأشعري الملقب بفخر الدين الرازي (544هـ – 606هـ)، انظر الأعلام للزركلي (ج6/ص313).

[2] الرازي . المحصول . تحقيق: طه جابر فياض العلواني . مؤسسة الرسالة الطبعة: الثالثة، 1997 م (ج5 ص 406).

[3] بلعربي عبد الحميد . الترجيح بالوسطية . مذكرة ماجستير (ص 22).

[4] على بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوى الملقب بعلاء الدين المكنى بأبى الحسن فقيه حنبلى أصولى ولد ببلدة "مردا" سنة 817 هـ، انظر الأعلام للزركلي (ج4/ص292).

[5] المرداوي . التحبير شرح التحرير في أصول الفقه . تحقيق:عبد الرحمن الجبرين و عوض القرني وأحمد السراح ، مكتبة الرشد – السعودية / الرياض الطبعة: الأولى، 2000م ،(ج8 /ص4152).

عليه الصلاة والسلام أنه :**[أنَّ رسولَ اللهِ كان يُصبِحُ جُنُبًا ثمَّ يصومُ]**[1] على ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام : **[مَنْ أَصْبَحَ جُنُبًا فَلَا صَوْمَ لَهُ]**[2] لكونها أعرف بحال النبي عليه الصلاة والسلام ، وكانوا لا يعدلون إلى الآراء والأقيسة إلا بعد البحث عن النصوص واليأس منها ومن فتش عن أحوالهم ونظر في وقائع اجتهاداتهم علم علما لا يشوبه ريب أنهم كانوا يوجبون العمل بالراجح من الظنين دون أضعفهما ، ويدل على ذلك أيضا تقرير النبي عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه إلى اليمن قاضياً على ترتيب الأدلة وتقديم بعضها على بعض كما سبق تقريره غير مرة ، ولأنه إذا كان أحد الدليلين راجحاً فالعقلاء يوجبون بعقولهم العمل بالراجح ، والأصل تنزيل التصرفات الشرعية منزلة التصرفات العرفية ، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : **[مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**[3] **]**.[4]

قال بدر الدين الدين الزركشي : (إذا تحقق الترجيح وجب العمل بالراجح وإهمال الآخر ؛ لإجماع الصحابة على العمل بما ترجح عندهم من الأخبار)[5] .

ومن الوقائع التي فعلها الصحابة أنهم قدموا خبر عائشة رضي الله عنها في إلتقاء الختانين حيث قالت : **[فَعَلْتُ أَنَا وَرَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاغْتَسَلْنَا** [6]] على خبر أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : **[إِنَّمَا**

---

[1] أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط، رقم 360 . (ج1 /ص60)

[2] إبن حنبل . المسند . المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 2001 م، رقم (25509).

[3] إبن حنبل . المسند . رقم(3600).

[4] الآمدي . الإحكام في أصول الأحكام . (ج4/ ص240) ، بتصرف يسير جداً .

[5] البحر المحيط . للزركشي (ج8 ص 1546 / 130).

[6] إبن حنبل . المسند رقم(26288) . (ج43/ص320).

الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ][1] ، والوقائع في هذا كثيرة وعليه درج السابقون قبل اختلاف الآراء كما قاله ابن السبكي رحمه الله [2].

وقال الإمام المرداوي رحمه الله : (اعلم أن العمل بالراجح فيما له مرجح هو قول جماهير العلماء سواء كان المرجح معلوماً أو مظنوناً ، حتى إن المنكرين للقياس عملوا بالترجيح في ظواهر الأخبار).[3]

[1] مسلم . صحيح مسلم، كتاب الحيض . تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، رقم (343) . (ج1/ص269).

[2] السبكي . الإبهاج في شرح المنهاج . دار الكتب العلمية –بيروت ، 1416هـ – 1995 م (ج3/ص209) .

[3] المرداوي . التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، (ج8/ص4142) .