الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعــة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية ـ قسنطينة ـ
الرقم التسلسلي:.....
رقم التسجيل: .....

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الفقه وأصوله
شعبة المذهب المالكي

أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية

عند المالكية في الأحوال الشخصية و المعاملات المالية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله

إعداد الطالب:
عبد القادر دهيمي

إشراف الأستاذ الدكتور:
عبد القادر جدي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	مقر العمل	الصفة في اللجنة
أ.د.نذير حمادو	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	رئيسا
أ.د.عبد القادر جدي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	مشرفا ومقررا
د.خالد ملاوي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا مناقشا
د.محمد مزياني	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1432 . 1433 هـ / 2011. 2012 م

جامعة الأمير
للعلوم الإسلامية

الإهـــــــــداء:

إلى والِدَيَّ الكريمين، اللذَيْن ربياني صغيرا، وضحيا بكل ما يملكان من أجل حياتي ونجاحي....

رب ارحمهما كما ربياني صغيرا

وإلى زوجتي الناصحة الصالحة.....

وإلى أخي عومار دهيمي.....

وإلى إخواني وأخواتي في النسب والإسلام.....

إلى مشايخي الذين علموني القرآن، والفقه، ومهدوا لي السبل إلى الخير الواسع الكثير.....

إلى كل عالم أو باحث أو داع أو عامل يجتهد لإخراج الأمة من محنها.....

إلى كل مسلم.....

أهدي هذا العمل...

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

شكـــــر وتقدير:

أولا أحمد الله سبحانه وتعالى وأشكره على توفيقه إياي لإنجاز هذا البحث.

وعملا بقول النبي ﷺ : (لا يشكر الله من لا يشكر الناس). فإني أتقدم بالشكر إلى جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية التي أتاحت لي الفرصة لمزاولة الدراسات العليا لنيل درجة التخصص.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف الدكتور عبد القادر جدي، الذي شرفني بقبولي وإعانتي، ولم يبخل علي بنصحه وتوجيهه، وحلمه وصبره.....

وأتقدم كذلك بالشكر إلى السادة أعضاء اللجنة المُوَقَّرين، الذين بذلوا، ويبذلون زبدة اجتهادهم وتجاربهم، ليأخذها غيرهم سهلة هنية، ويقدمون للأمة ما لا يكافئه المال ولا الشكر، ولا يكافئه إلا ما عند الله. .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

تطمح هذه الدراسة إلى رسم بعض معالم وخصائص المذهب المالكي عموما، والمدرسة المالكية المغربية خصوصا، تَتَحدَّدُ هذه المعالم فيما يعتمد عليه المفتي أو القاضي في تنزيل الأحكام الشرعية العملية على الوقائع، وإيجاد الحلول الملائمة لما يستجد من القضايا والنوازل، ضمانا لديمومة وصلاحية الشريعة الإسلامية لكل الأعصار والأمصار، ويعتبر ما جرى به العمل في هذا المجال وسيلة ضرورية يجب استحضارها عند تحقيق مناط الأحكام وتنزيلها.

مفهوم ما جرى به العمل:

هو أن يحكم أحد القضاة، أو يفتي أحد المفتين، ممن تثبت عدالته و نزاهته مع العلم والمعرفة، بقول ضعيف أو مهجور من أقوال علماء المذهب، بناء على أسباب وموجبات اجتماعية واعتبارات خاصة، كاعتبار ظروف القضية وأحوال المتداعيين والمستفتين، وما يرجع إلى عوائدهم وأعرافهم.

أو هو: اختيار قول ضعيف والحكم والإفتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك.

أو هو: العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية.

وتتجلى **أهمية موضوع** ما جرى به العمل في أمور منها:

1/ بيان ضرورة مراعاة أصل ما جرى به العمل في الفتوى والقضاء.

2/ بيان أهم موجبات الأخذ بهذا الأصل، والأسس التي بني عليها.

3/ معرفة الضوابط والشروط التي ينبغي توفرها في هذا الأصل، حتى يصح الاستدلال به و بناء الأحكام عليه.

4/ إبراز بعض معالم وخصائص المدرسة المالكية المغربية.

5/ الأثر الفقهي لهذا الأصل، وذلك من خلال الدراسة التطبيقية بالتطرق لبعض المسائل والفروع الفقهية التي مبناها على هذا الأصل.

أسباب اختيار الموضوع:

الحادي الذي حدى بي إلى اختيار هذا الموضوع أمران؛ أحدهما موضوعي والآخر ذاتي:

أما الأول: فبالرغم من العدد الهائل من المؤلفات التي خلفها فقهاء المالكية، التي حوت مسائل الفقه والفتوى والنوازل والأقضية والأحكام، إلا أنهم لم يفردوا هذا الموضوع بدراسة تأصيلية نظرية تطبيقية، وبذلك خلت ـ حسب اطلاعي ـ المكتبة المالكية من إفراد هذا الموضوع بالدراسة المذكورة.

وبالرغم من شهرة الموضوع وكثرة تداوله بين الدارسين والباحثين؛ إلا أنه مازال مثار جدل وخلاف بينهم، مما أدى بالبعض إلى التحامل على فقهاء المالكية، وتوجيه سهام النقد نحو من يقول بهذا الأصل، وهذا ما دعاني إلى خوض غمار هذا البحث و الوقوف عليه وقفة إنصاف.

أما الثاني: وهو الذاتي؛ فهو الرغبة الأكيدة، والإرادة المستمرة في تناول هذا الموضوع، وذلك منذ قراءتي لمقال في مجلة مخبر الدراسات الشرعية بعنوان "حجية قاعدة ما جرى به العمل عند المالكية" لعبد القادر جدي، والذي أشار في بدايته إلى أن القاعدة لم تدرس دراسة وافية، أضف إلى ذلك ميل نفسي إلى خدمة المذهب المالكي والتخصص فيه.

ولا ننسى استشارات و توجيهات بعض الأساتذة الأفاضل لأهمية هذا الموضوع ، والتي كانت حافزا كبيرا لي، زادت من إرادتي في تناوله.

إشكالية البحث:

إن الاجتهاد في النصوص الشرعية يكون بالاجتهاد في فهمها واستنباط الأحكام منها، ثم في تنزيلها على أفعال الكلفين وتحقيق وجودها في حياة الناس وواقعهم، وكلا الاجتهادين تعبدنا الله بهما، ولعل الاجتهاد في تنزيل الأحكام هو الأولى والأهم، لأنه ثمرة الفهم، إذ المقصد من الدين الامتثال لأمر الله ونهيه، مما يدعو إلى بذل الوسع و استفراغ الجهد في معرفة آليات وكيفيات التنزيل، ثم إن هذا النوع من الاجتهاد ليس باليسير، لأنه يحتاج إلى ملكة فقهية كبيرة، واطلاع واسع لأحوال الناس وعاداتهم وتقاليدهم، وقد حرص فقهاء الأمة دائما في فتاويهم وأقضيتهم على مراعاة أعراف الناس وعوائدهم وما جرى به العمل عندهم، حتى توافق أحكامهم روح الشريعة ومقاصدها، وحتى لا تكون حَصرًا لزمان أو مكان ما، فتلبي بذلك مطالب الخليقة جميعا.

ولعل أهم إشكال يسعى هذا البحث للإجابة عليه هو:

- **هل ما جرى به العمل هو أصل شرعي يعمل به كسائر الأدلة في الفتوى والقضاء؟**
- **وما مدى مراعاة فقهاء المالكية لهذا الأصل في اجتهاداتهم الفقهية؟**

وإذا كان لابد من مراعاته؛ **فما هي دواعي ومبررات الأخذ بالقول الضعيف في مقابل الراجح والمشهور؟ وما هي الضوابط التي ينبغي توفرها في هذا الأصل حتى يصح التعويل عليه؟**

الإجابة على هذه الأسئلة تكون بالبحث في عناصر هذا الموضوع، وبالرجوع إلى مصادر الفقه المالكي ومراجعه.

أهداف البحث:

يمكن إجمال أهم الأهداف المتوخاة في دراسة هذا الموضوع فيما يلي:

1/ جمع شتات أهم جوانب الموضوع وعناصره المتفرقة في كتب المالكية، ومحاولة إدراجه وفق منهجية علمية نظرية وتطبيقية.

2/ الرد على الشبهات والمغالطات التي أثيرت حول المذهب المالكي، وأن هذا الأصل هو قول بالتشهي وتلاعب بأحكام الدين.

3/ إكتساب شيء من الملكة الفقهية، وذلك من خلال الدراسة التطبيقية لأصل ما جرى به العمل.

الدراسات السابقة:

سبق وأن ذكرنا أن مصطلح "ما جرى به العمل" مشهور ومتداول بين فقهاء المالكية المتأخرين لاسيما المغاربة منهم، حتى صار مِيزةً للمدرسة المالكية المغربية والأندلسية، ومن أهم الدراسات الحديثة لهذا الموضوع؛ "نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي"؛لعبد السلام العسري، وظاهر من العنوان أنه جعل من هذا الأصل نظرية بأكملها، غير أنه لم يتناول الموضوع من الناحية التطبيقية

وقبل هذه الدراسة ألف عمر بن عبد الكريم الجيدي "العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب" والتي تناول من خلالها في الباب الثاني من القسم الثاني موضوع عمل أهل المغرب وبعض تطبيقاته الفقهية، وقد حث في مقدمة الكتاب على مواصلة مسيرة البحث في هذا الموضوع. كما نشرت مجلة العدل سنة 2009م مقالا بعنوان "الأخذ بما جرى به العمل نظرية في الميزان" لقطب الريسوني.

أما المؤلفات في الموضوع فكثيرة؛ وهي مبثوثة في كتب العمل؛ كشرح العمل المطلق و شرح العمليات الفاسية للسجلماسي، وتحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس للمهدي الوزاني،و كتب القضاء، كتبصرة الفرحوني، وكتب الأصول في باب العرف، وكتب النوازل والفتاوى والأحكام،

كنوازل العلمي ومعيار الونشريسي، وشرح ميارة على لامية الزقاق، وجل شروح تحفة ابن عاصم وغيرها كثير.

منهج البحث:

لقد انتهجنا في بحثنا هذا مناهج مختلفة والتي منها:

ـ المنهج الاستقرائي: وذلك بمحاولة تتبع أطراف هذا الموضوع في مظانه من كتب الأصول والفقه والنوازل والقضاء . أعني كتب المالكية . لكي يتسنى لنا الحصول على نظرة واسعة وشاملة عن موضوع البحث، وجمع أكبر قدر من المعلومات عنه.

ـ المنهج التحليلي: في تحليل معطيات المؤلفات حول موضوع ما جرى به العمل، والتعقيب عليها إذا اقتضى الأمر لذلك، واعتماد شروح المتون؛ كشروح العمل الفاسي، وشروح لامية الزقاق، وكذا مناقشة الأدلة التي استدل بها المخالف.

ـ المنهج التاريخي: وذلك من خلال المقاربة التاريخية لظهور أصل ما جرى به العمل وتطوره، والأسباب والعوامل التي ساعدت على انتشاره، متبعين في ذلك الترتيب الزمني للأحداث التاريخية.

ـ المنهج المقارن: عندما يتعلق الأمر بمسألة فقهية أو أصولية مختلف فيها.

هذا بالنسبة للمنهج العام للبحث؛ أما فيما يخص المنهج في الجانب الشكلي:

فبالنسبة إلى الإحالة في الهامش فإننا التزمنا من البداية عزو الأقوال إلى أصحابها، بحيث نجعل الأقوال المنقولة عن أصحابها بين قوسين "..."، ثم نحيل في الهامش على اسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب، ثم معلومات النشر(دار النشر، البلد، الطبعة، التاريخ)، ثم الجزء والصفحة، هذا إن كانت الإحالة عليه لأول مرة، أما إذا تكررت الإحالة فإننا نستغني عن ذكر معلومات النشر بالقول "مرجع سابق"، وإن تكرر استعمال المرجع مرتين أو أكثر متتاليتين من غير فصل فإننا نكتفي بقول" نفسه".

أما بالنسبة للآيات القرآنية؛ فإننا اكتفينا في كل الحالات بذكر اسم السورة ورقمها بعد الآية مباشرة، وفق رواية حفص عن عاصم.

أما بالنسبة لتخريج الأحاديث النبوية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما اكتفينا بتخريجه فيهما، مع ذكر الكتاب والباب ورقم الحديث، وإن كان في غير الصحيحين ذكرنا المصادر التي ورد فيها بذكر الكتاب والباب ودرجة الحديث وذكر الجزء والصفحة التي ورد فيها الحديث إن أمكن .

أما بالنسبة لترجمة الأعلام، فقد ترجمنا لمعظم أعلام المالكية، إلا القليل منهم بحسب الإمكان، ولم نترجم للصحابة والتابعين ولا أرباب المذاهب الأخرى.

أما الفهارس؛ فقد وضعنا خمسة فهارس، ابتداء بفهرس الآيات، حيث نذكر طرف الآية ورقمها في السورة، مع ذكر الصفحات التي وردت فيها في البحث، مرتبة وفق ترتيبها في المصحف، ثم فهرسنا الأحاديث والآثار بذكر طرف الحديث والأثر، ثم الصفحة التي ورد فيها في البحث، مرتبة ترتيبا ألفبائيا، أما فهرس الأعلام فقد اقتصرنا على فهرست الأعلام المترجم لهم في البحث، بذكر اسم العلم والصفحة المترجم له فيها وفق ترتيب ألفبائي، أما فهرس المصادر والمراجع؛ فإننا اعتمدنا في ترتيبها حسب مجالها العلمي، ابتداء بكتب التفسير، ثم كتب الحديث، ثم كتب المعاجم، ثم كتب الفقه والأصول، ثم كتب العمل والنوازل، ثم كتب التراجم، ثم كتب المصطلحات الفقهية والأصولية، وفي الأخير الكتب العامة والمجلات، وفي كل كتاب نبدأ باسم الشهرة لصاحبه، ثم عنوان الكتاب، ثم معلومات النشر، وقد جاءت الكتب مرتبة ترتيبا ألفبائيا حسب اسم الشهرة للمؤلف مع إهمال "أل" التعريف، وفي الأخير وضعنا فهرسة تفصيلية للموضوعات.

الصعوبات والعقبات:

لم يكن البحث في هذا الموضوع سهلا ميسورا، بل واجهتنا فيه عقبات كثيرة منها:.

1/ قلة المادة العلمية الخاصة بالموضوع، إذ كل المراجع تكرر نفس المعلومات، وعدم انضباط مفهوم ما جرى به العمل، فلا يكاد يذكر في بعض المصادر إلا باقتضاب لا يفي بالمقصود.

2/ قلة المصادر والمراجع التي عالجت هذا الموضوع إن لم نقل ندرتها، بل يلاحظ غياب أبواب ومباحث تستقل بذلك في كتب الفقه والأصول، مما اضطرنا إلى العودة إلى كثير من كتب النوازل والأجوبة.

3/ كما أن طبيعة الموضوع ومراجعه؛ تقتضي العودة إلى كثير من المخطوطات، ولا يخفى صعوبة الحصول على المخطوطات، وصعوبة القراءة والبحث فيها، وقد اعتمدنا في البحث على أكثر من خمسة مخطوطات.

خطة البحث:

قسمنا بحثنا هذا إلى مقدمة وفصل تمهيدي وفصل نظري وفصل تطبيقي وخاتمة.

عنوان الفصل التمهيدي " تعريف ما جرى به العمل والمصطلحات المشاكلة له وتاريخ نشأته وتطوره "، افتتح بمبحث أول تناولنا فيه مفهوم ما جرى به العمل وصيغ وروده وإطلاقاته تحت مطلبين ؛ الأول في تعريف ما جرى به العمل عند المالكية المتقدمين والمتأخرين ، أما الثاني فكان في صيغ ما جرى به العمل واطلاقاته .

أما المبحث الثاني؛ فكان عنوانه:" تعريف المصطلحات المشاكلة" ، تضمن : الماجريات والعمليات في مطلب أول، والعرف والعادة في مطلب ثاني، وما به القضاء في مطلب ثالث ، وما به الفتوى في مطلب رابع ، وعمل أهل المدينة في مطلب خامس .

أما المبحث الثالث والذي عنوانه:" نشأة ما جرى به العمل وتطوره" فيحوي أربعة مطالب مرتبة كما يلي: نشأة العمل بالأندلس، ثم تطوره بالمغرب ، أسباب ظهور العمل وتطوره ، و أخيرا مصادر ما جرى به العمل .

وبعد الفصل التمهيدي تأتي الدراسة النظرية بعنوان "ما جرى به العمل: أقسامه، شروطه، موجباته، ومدى اعتباره "، وقد تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث : تضمن الأول أقسام ما جرى به العمل وشروطه كل في مطلب ، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه : اختلاف الفقهاء في الأخذ بما جرى به العمل، و ذلك وفق المنهجية العلمية المتعارف عليها في الفقه والأصول، فقمنا بتحرير محل النزاع في مطلب، ثم عرض أراء الفقهاء وأقوالهم ، فتحصل لدينا مذهبين هما: مذهب المثبتين لما جرى به العمل و أدلتهم في مطلب ثان، و مذهب المنكرين لما جرى به العمل وأدلتهم في مطلب ثالث، وبعد عرض أدلة الفريقين قمنا بمناقشتها لنخلص في الأخير لبعض المرجحات في مطلب رابع.

وأخيرا المبحث الثالث، والذي تناولنا فيه أسس وموجبات ما جرى به العمل . وهي العرف و المصلحة وسد الذرائع و الضرورة ، كل واحد في مطلب على حدة.

وبعد الدراسة النظرية لما جرى به العمل تأتي الدراسة التطبيقية في الفصل الثاني والأخير بعنوان:" أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية"، وحسب العنوان وزعت المادة العلمية على مبحثين، الأول منهما أثر ما جرى بع العمل في الأحوال الشخصية، تناولنا في خمس مسائل كل مسألة في مطلب، وهي : تأبيد التحريم للمخلق والهارب، الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء، الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع، الحلف بالحرام، واخيرا ترك اللعان.

ثم يأتي المبحث الثاني بعنوان أثر ما جرى به العمل في المعاملات المالية، وقد أوعبنا فيه خمس مسائل فقهية في خمسة مطالب وهي: بيع المضغوط، بيع الصفقة، تضمين الرعاة، أجرة الدلالة أو السمسرة، عدم الرد بالعيب في الدواب.

وفي الخاتمة قمنا بتسجيل أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة المتواضعة لما جرى به العمل.

فصل تمهيدي:

تعريف ما جرى به العمل والمصطلحات المشاكلة له، وتاريخ نشأته وتطوره

المبحث الأول: تعريف ما جرى به العمل

المبحث الثاني: تعريف المصطلحات المشاكلة

- الماجريات والعمليات.
- العرف والعادة
- ما به القضاء
- ما به الفتوى
- عمل أهل المدينة

المبحث الثالث: نشأة ما جرى به العمل وتطوره

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فصل تمهيدي:

تعريف ماجرى به العمل والمصطلحات المشاكلة له، وتاريخ نشأته وتطوره.

ارتأينا أن نخصص هذا الفصل التمهيدي لأمور مهمة هي:

أولا: لبيان مفهوم "ما جرى به العمل" من الناحيتين؛ اللغوية و الاصطلاحية، مع مراعاة التدرج التاريخي لتطور هذا المصطلح و استعماله في كتب المالكية لاسيما المغاربة منهم، كما بيَّنا ما يقابل هذا المصطلح في كتب القانون والقضاء والأنظمة الحديثة وهو "**السابقة القضائية**"، ثم التعليق على بعضها إذا اقتضى الأمر ذلك.

ثانيا: لتوضيح معاني بعض المصطلحات المشاكلة ذات الصلة بجوانب هذا الموضوع، والتي ستتردد كثيرا في صفحات هذا البحث؛ و هي: **العمليات و الماجريات، العرف والعادة، الأقضية والأحكام، مابه الفتوى، عمل أهل المدينة.**

ولا تخفى أهمية الدراسة المصطلحية وضرورتها من الناحية الشرعية والمنهجية، "ليقع الفهم واضحا، ولئلا تختلط المسميات، فيسمى بعضها باسم آخر منها، فيوجب ذلك وضع معاني في غير مواضعها، فتبطل الحقائق"[1].

وقد أدرك الفقهاء والأصوليون أهمية ضبط المصطلحات فيما ألَّفوه من كتب، فوضعوا كتبا اختصت في الحدود؛ كحدود الباجي[2] و تعريفات الجرجاني وحدود ابن عرفة[3]...إلخ

---

[1]. ابن حزم، أبو محمد علي: الإحكام في أصول الأحكام، دار الجيل، بيروت . لبنان . ط1: 1407 هـ/ 1987م، ج 8، ص 564.

[2]. **الباجي**: أبو الوليد سليمان بن خلف التميمي، أخذ عن أبي الأصبغ وابن شاكر ومحمد بن إسماعيل وأبي محمد المكي، وأخذ عنه ابن عبد البر، وابنه محمد والطرطوشي، له مؤلفات المنتقي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، و الإشارات ،ت473هـ.
ينظر:(ابن فرحون:برهان الدين إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب،مطبعة السعادة، مصر، دط:1329هـ: ص120، محمد بن محمد مخلوف شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت،دت: ص120)

[3]. **ابن عرفة**: أبو عبد الله محمد بن الشيخ الورغمي التونسي المالكي، أخذ عن ابن عبد السلام والشريف التلمساني، وعنه أخذ كثرة من أهل المشرق والمغرب، مهم البرزلي والأبي وابن ناجي، له تآليف عجيبة في فنون العلم منها: المختصر الفقهي، الحدود الفقهية،

ناهيك عن أن إغفال وإهمال هذا الجانب من الدراسة قد يؤدي إلى سوء الفهم، ذلك أن كثيرا من الخلافات راجعة إلى اختلاف لفظي اصطلاحي، كما فهم بعض منتقدي هذا الأصل[1] من أنه هو العمل بالضعيف والشاذ و هجر الراجح والمشهور، في حين أن ما جرى به العمل هو خلاف ذلك، وقد تنبه ابن حزم لذلك فقال:" والأصل في كل بلاء و عماء، وتخليط وفساد، اختلاط الأسماء ووقوع اسم واحد منهاعلى معاني كثيرة، فيخبر المخبر بذلك الاسم وهو يريد أحد معانيه، فيحمله السامع على غيره فيقع البلاء و الإشكال".[2]

من هنا كان لابد من إعطاء مسألة المصطلح ما تستحقه من عناية، وهذا ما أردناه من هذا المدخل.

ثالثا: الدراسة التاريخية لظهور ما جرى به العمل وتطوره، مع التعريج على أسباب ذلك وجرد أهم المؤلفات في العمل، كدراسة تمهيدية قبل الخوض في شروطه وموجباته.

لذلك سوف نقسم الفصل التمهيدي وفق ما يلي:

المبحث الأول: تعريف ما جرى به العمل وصيغ وروده وإطلاقاته.

المبحث الثاني: تعريف المصطلحات المشاكلة.

المبحث الثالث: نشأة ما جرى به العمل وتطوره.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ت803هـ، ينظر:(ابن فرحون،الديباج، مرجع سابق،ص377، التنبكتي؛ أحمد بابا: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، مطبعة السعادة، مصر، ط1329:1هـ، ص374، محمد مخلوف:شجرة النور الزكية، مرجع سابق،ص228).

[1]. سنتعرض لهم في المبحث الثاني من الفصل الأول في مواقف الفقهاء من العمل.

[2]. ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج8، ص564.

المبحث الأول:

تعريف ما جرى به العمل وصيغ وروده وإطلاقاته.

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول تعريف ما جرى به العمل في اللغة وفي اصطلاح المالكية المتقدمين والمتأخرين، وفي المطلب الثاني نتناول صيغ ورود ما جرى به العمل وإطلاقاته.

المطلب الأول: تعريف ما جرى به العمل .

الفرع الأول: ما جرى به العمل في اللغة.

ما جرى به العمل لفظ مركب تركيبا إسناديا من "ما" و "جرى" و " به" و "العمل".

قال ابن فارس: العين والميم واللام؛ أصل واحد وصحيح، وهو عام في كل فعل يُفعل.[1]

(والعمل) كما جاء في لسان العرب[2]: المهنة والفعل، جمعه أعمال، وعمِل بالكسر و أعمله واستعمله غيره، واعتَمَل: عمل بنفسه، وأَعْمَل رأيه وآلته: عمل به، و رجل عمِلٌ: ذو عَمَل، و أعمل فلان رأيه: دبَّره بفهمه ، وعمل الشيء في الشيء : أحدث فيه وأثر عليه، والعمل بالشيء استعماله.

وعليه يكون معنى العمل يدور حول الفعل والحدوث والتأثير.

وقد ورد هذا اللفظ في القرءان الكريم بكسر العين على وزن (فعِل) في تسعة عشر موضعا[3]، منها قوله تعالى:﴿ وَأَمَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُۥ جَزَآءً ٱلْحُسْنَىٰ ﴾الكهف 88 . كما ورد بفتح

---

[1]- ابن فارس، أبو الحسين أحمد فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، ج4، ص 140.

[2]. ابن منظور: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري: لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1426هـ/ 2005م، ص555، 556، وكذا القاموس المحيط والقابوس الوسيط :للفيروز أبادي، دار الكتاب العربي، فصل العين باب اللام، ج4،ص21.

[3]. عبد الباقي، محمد فؤاد: المعجم المفهرس لألفاظ القرءان الكريم، دار الفكر، ط2: 1041هـ/1981م، ص 483 وما بعدها.

العين على وزن (فعَل) في تسعة مواضع منها قوله تعالى :﴿ فَٱسۡتَجَابَ لَهُمۡ رَبُّهُمۡ أَنِّي لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٖ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ ﴾آل عمران 195.

الفرع الثاني: تعريف ما جرى به العمل عند المالكية المتقدمين.

إن المتتبع لمصادر المالكية الفقهية منها والأصولية، يجد أن المتقدمين[1] منهم لم يستعملوا هذا المصطلحبهذه الصيغة وبالمعنى الذي سنبيّنه كما هو عند المتأخرين[2]، لذلك لم يحددوا له معنى دقيقا وصريحاً.

ويظهر من خلال استعمالهم للفظ (عمل) في كثير من الأحيان أن المراد به **عمل أهل المدينة**. قال في كشف النقاب الحاجب:"قوله العمل؛ المراد به عمل أهل المدينة، قاله ابن رشد[3]، وإليه أشار ابن دقيق العيد[4].

ويحتمل أن يراد به **عمل الصحابة**، قاله ابن عبد السلام[5] ...

وقد يشير بالعمل إلى **ما اتفق عليه الفقهاء السبعة**[6]، وهو قوله في الإجارة (لو حمل على الدابة أكثر مما شرط....وعليه العمل)، ووقعت في الوقف في قوله:(قال ابنالقاسم[1]: الشأن يبطل)؛

---

[1]. **المتقدمون**: يعنون بهم من هم قبل ابن أبي زيد القيرواني من تلامذة مالك كابن القاسم و سحنون ونظائرهم.

[2]. **المتأخرون**: يقصد بهم ابن أبي زيد ومن بعده من علماء المالكية. ينظر:(مريم محمد صالح الظفيري: مصطلحات المذاهب الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م، ص156)

[3]. **ابن رشد الجد**: قاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أخذ عن أبي جعفر بن رزق، و الجياني وأبي عبد الله بن فرج، وعنه أخذ ابنه أحمد والقاضي عياض، وأبو بكر الإشبيلي، له كتاب البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، ت520هـ، ينظر:(ابن فرحون، لديباج المذهب، مرجع سابق، ص 278، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص 129).

[4]. **ابن دقيق العيد**: هو محمد بن علي بن وهب بن مطيع، كان فقيها وأصوليا، وكان عارفا بالمذهبين المالكي والشافعي، من مؤلفاته: الإمام والإلمام في أحاديث لأحكام، مقدمة المطرزي في أصول الفقه، وغيرهما، ت702هـ، ينظر:(ابن حجر، شهاب الدين ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، إعتناء عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، 91/4، الذهبي أبو عبد الله شمس الدين محمد، تذكرة الحفاظ، دط، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص1481).

[5]. **ابن عبد السلام**: هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام قاضي الجماعة بتونس، له أهلية الترجيح بين الأقوال، أخذ عنه ابن عرفة ونظراؤه، ت749هـ، ينظر:(الديباج:ص63، شجرة النور الزكية، ص 210).

[6]. **الفقهاء السبعة**: هم سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وخارجة بن زيد بن ثابت، وعبيد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود، وسليمان بن يسار، واختلف في السابع فقيل: أبو سلمة بن عبد الرحمان بن عوف،

أي الذي جرى به العمل من الصدر الأول، ومراده عمل الصحابة، قال ابن بشير[2]: الأمر والشأن معناهما العمل"[3].

وتجدر الإشارة إلى أن عمل أهل المدينة يختلف عن أصل ما جرى به العمل عند المتأخرين، كما سنبين ذلك في المبحث التالي إن شاء الله

الفرع الثالث: تعريف ما جرى به العمل عند المالكية المتأخرين.

يعتبر مصطلح ما جرى به العمل من المصطلحات التي اختصت بها المدرسة المالكية المغربية[4]، وقد ظهر استعماله في الأندلس ثم انتقل إلى المغرب وغيرها، ومما يدل على ذلك أن الإمام أبو الوليد الباجي (ت 474هـ) ألف كتابا أفرد فيه مسائل العمل، بل إن إسمه وحده يكفي كدليل لما قلنا، قال الباجي:"قد أوعبنا في كتابنا هذا ما إليه أشرنا من شرح فصول الأحكام، وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام ".[5]

وقيل: سالم بن عبد الله، وقيل: أبو بكر بن عبد الرحمان. (مريم الظفيري: مصطلحات المذاهب الفقهية، مرجع سابق، ص152،153)

[1]. **ابن القاسم**: هو أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري، أثبت الناس في فقه مالك وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرون سنة، روى الليث وعبد العزيز بن الماجشون، أخذ عنه أصبغ ويحي بن دينار والحارث بن مسكين وأسد بن الفرات، ت 191هـ، ينظر:(عياض: أبو الفضل عياض بن موسى، اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت،دط، 250/1، ابن فرحون، الديباج المذهب، مرجع سابق، ص409، 412).

[2]. **ابن بشير**:هو أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد التنوخي، بلغ مرتبة الاختيار والترجيح، له كتاب الأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة، وكتاب التهذيب على التهذيب، لم أقف على تاريخ وفاته، ينظر:(ابن فرحون، الديباج، مرجع سابق، ص87، محمد مخلوف شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص 126).

[3]. ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي: كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، تحقيق حمزة أبو فارس و عبد السلام شريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م، ص166/167.

[4]. **المدرسة المالكية المغربية**: يقصد بهم الشيخ ابن أبي زيد، والقابسي، وابن اللباد، والباجي، واللخمي، وابن محرز، وابن عبد البر، وابن رشد، وابن العربي، والقاضي سندينظر:ابنفرحون:كشف النقاب الحاجب، مرجع سابق، ص 69، الزيلعي: المدخل الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية،ص 12

[5]. الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف: فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، تحقيق أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م/ 1422هـ، ص84.

ومما يعطي الكتاب أهمية كبرى؛ أن المؤلف عندما يورد المسائل يندر أن لا يشير إلى ما جرى به العمل من الأحكام، كيف لا والكتاب موضوع أساسا لبيان ما جرى عليه عمل الحكام كما يدل عليه عنوانه، ومثاله ما جاء في الجائحة:" وإذا أصابت الجائحة من الثمرة ثلثها، أسقط عن المبتاع من الثمن بقدر ذلك، وإذا كان دون الثلث لم يوضع عنه ذلك قليلا ولا كثيرا، هذا قول ابن القاسم **وعليه العمل**".[1]

والعبارات في تعريف المعنى الاصطلاحي لما جرى به العمل كثيرة ومتعددة، منها ما جاء في سياق الحديث والأمثلة، ومنها ما جاء صراحة ، نذكر منها:

. قال **السِّجلماسي**[2](1214هـ) نقلا عن ابن فرحون[3] في تبصرته: كثيرا ما يوجد في كتب الموثقين في المسألة ذات الأقوال "الذي جرى به العمل كذا"، ونصوص المتأخرين متواطئة على أن ذلك مما يرجح به القول المعمول به، قال السِّجلماسي: "والمراد بالعمل بالقول: حكم الأئمة به واستمرار حكمهم".

وقال الشيخ مصطفى الرماصي[4] في آخر باب القضاء من حاشيته نحو قول **الأجهوري**[1] في آخر باب الفلس:" إن المراد بما جرى به القضاء: ما عمل به القضاة وحكموا به، فهو من جملة ما به العمل"[2].

---

[1]. نفسه، طبعة أخرى: تحقيق الباتول بن علي، وزارة الأوقاف المغربية، دط: 1410هـ/ 1990م، ص394.

[2]. **السجلماسي**: هو أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي ثم الرباطي، صاحب شرح العمل الفاسي، والعمل المطلق، عمدة المفتين والقضاة، شرح اليواقيت الثمينة، كتبه تدل على باعه وسعة اطلاعه، ت1214هـ، الحجوي: محمد بن الحسن، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، إعتناء أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416هـ/1995م، 4 /127

[3]. **ابن فرحون**: هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون المدني، أخذ عن والده وابن عرفة وخليل، وعنه إبنه محمد والمحب الطبري ، له تبصرة الحكام ، والديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب،ت799هـ، ينظر: (ابن فرحون: مقدمة كشف النقاب الحاجب ، مرجع سابق، ص28، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية: ص222).

[4]. **الرَّماصي**: هو أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصي الجزائري، أخذ عن شيوخ مازونة ومصر، مثل: الخرشي، والزرقاني، له حاشية على شرح التتائي على المختصر، ت1136هـ، ينظر:(محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص334).

ففي تعريف السِّجلماسي شروط مهمة للعمل هي ثبوت العمل وصدوره عن أهله واستمرار العمل به عند الحكم به، ولم يشترط معرفة سببه وموجبه ومحله، كما لم يذكر كَوْن القول المعمول به مشهورا أو راجحا أو شاذًّا أو ضعيفا.

أما تعريف الأجهوري ففيه فائدة ؛ هي أن ما جرى به العمل مصدره أقضية الحكام والقضاة، لذلك قال"ما جرى به القضاء"، لكن ليس كل ما حكم به القضاة يعد من العمل، بل لا بد له من شروط نعرفها في محلها.

قال **التسولي**[3](ت 1258هـ): "وقد يعبرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم، لا لعرف ولا لمصلحة"[4].

وينبغي الإشارة إلى أن ما جرى به العمل يطلق على العمل بالضعيف أو الشاذ إذا أضافوه إلى أهل بلد معين، كأن يقولوا: ما عليه عمل أهل فاس أو تونس ونحو ذلك، أما إذا لم يضيفوه لبلد معين فإنهم يعنون به المشهور[5]، ومن أمثلته قول الباجي: و بقول ابن القاسم مضى العمل[6]، هذا قول ابن القاسم وبه العمل[7]، وبالمشهور جرى العمل[1]...إلخ.

---

[1]. **الأجهوي**: هو أبو الإشاد علي عبد الرحمان الأجهوري، أخذ عن أعلام منهم البدر القرافي، واليرنومي، وعنه كثير كالخرشي والشبرخيتي وعبد الباقي الزرقاني، له تآليف عجيبة منها: شرح على مختصر خليل، وحاشية على شرح التتائي،ت1066هـ، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص303، 304)

[2]. السجلماسي، أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد أو العمليات العامة، مطبعة الدولة التونسية، ط1: 1290هـ, ص6.

[3]. **التسولي**: هو أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، فقيه مالكي، ولي القضاء بفاس، له شرح مختصر بهرام، والبهجة في شرح التحفة، وأجوبة لاسئلة عبد القادر الجزائري، ت1258هـ، ينظر:(محمد مخلوف، شجرة النور، مرجع سابق، ص397/ الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين، دار العلم لملايين، بيروت، ط1: 1980م، 299/4/).

[4]. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام ، ضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/ 1998م، ج1،ص41.

[5]. المامي،محمد المختار محمد: المذهب المالكي مدارسه مؤلفاته خصائصه سماته، مركز زايد للتراث والتاريخ،ط1: 1422هـ/ 2002م, ص 513.

[6]. الباجي: فصول الأحكام، مرجع سابق، ص193.

[7]. نفسه: ص 171, 172، 174.

. وعرَّفه **المهدي الوزَّاني**[2] (1342هـ) بقوله:"العمل هو حكم القضاة بالقول وتوَاطُؤهم عليه، وليس كل ما حكم به قاضٍ جرى به العمل ، بل لا يثبت العمل بحكم قاضٍ أو قاضيين حتى يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين، قال الشيخ الرَّماصي: مراد الأئمة بقولهم هذا القول جرى به العمل: أنه حكمت به الأئمة واستمر حكمهم به وجرى"[3].

فقوله:"يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين" زيادة فائدة، إذ يشترط لصحة العمل أن يصدر عن فقهاء مؤهلين للترجيح، كما سنبينه في شروط العمل.

.وله: تعريف آخر للعمل في حاشيته على شرح التاودي[4] للامية الزقاق[5]، حيث قال:" هو العدول عن القول الراجح أو المشتهر في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيًا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الإجتماعية، وذلك لتبدل العرف، و ضرورة جلب المصلحة ودرء المفسدة"[6]. وهذا من أهمّتعريفات ما جرى به العمل وأوضحها.

---

[1]. نفسه: ص 139.

[2]. **الوزاني**: هو أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني الفاسي، العلامة الفقيه، أخذ عن:محمد كنون والطالب حمدون وغيرهم، له حاشية على شرح التسولي على التحفة، والنوازل جمع فيه فتاوى المتأخرين من المغرب، شرح العمل الفاسي، والمعيار الجديد، ت1342هـ، ينظر: (محمد مخلوف،شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص435،الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ص114/7، عمر رضا كحالة ، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1413هـ/1993م،ص 740/3)

[3]. الوزاني، أبو عيسى سيدي المهدي بن محمد العمراني: تحفة أكاس الناس بشرح عمليات فاس، طبعة حجرية، م5/1.

[4]. **التاودي**: أبو عبد الله محمد بن محمد بن الطالب بن سودة الفاسي، أخذ عن الهلالي ومحمد جسوس، وعنه محمد الورزازي، له حاشية على شرح الزرقاني على المختصر، وشرح على التحفة، وشرح على لامية الزقاق، ت1209هـ، ينظر(محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص372)

[5]. **الزقاق**: هو أبو الحسن علي بق قاسم الزقاق التجيبي الفاسي، أخذ عن أبي عبد الله القوري والمواق، وعنه أخذ إبنه أحمد واليستيني، ألف لامية في الأحكام معروفة، وله تقييد على مختصر خليل، ت912هـ، ينظر:(االتنبكتي:نيلالابتهاج،كلية الدعوة الاسلامية، ص343/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، المطبعة السلفية، القاهرة، دط:1324هـ،ج1، ص274،).

[6]. المهدي الوزاني: حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق.،نقلا عن معلمة الفقه المالكي، لعبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب الإسلامي ط1: 1403هـ/ 1983م، ص274،

. جاء في تحقيق نظم البوطليحية: الذي جرى به العمل:" هو الذي استمر عليه عمل الفقهاء في مكان معين، سواء أكان مشهورا أو شاذا، أو كان راجحا أو ضعيفا"[1].

وهذا التعريف بالمعنى العام للعمل، لأنه أدخل فيه المشهور والراجح أيضا، أي أن كل قول عمل به سواء كان قويا أو ضعيفا، مشهورا أو راجحا، شاذا أو ضعيفا يعتبر مما جرى به العمل، وهناك من يخصه على العمل بالشاذ أو الضعيف فقط.

وقوله: (في مكان معين) قيد أخرج به ما كان عاما، وهو العمل المطلق، فصار التعريف للعمل المحلي، والأول أعم من الثاني.

. أما من المعاصرين فقد عرفها **عبد السلام العسري** بقوله: والمفهوم الخاص[2] لنظرية عمل الأمصار أو العمل الإقليمي هو:" أن يحكم أحد القضاة، أو يفتي أحد المفتين، ممن ثبتت عدالته ونزاهته مع العلم والمعرفة؛ بقول من أقوال علماء المذهب وإن كان ضعيفا أو مهجورا، لأن هذا المفتي أو ذاك القاضي ما اختار هذا القول إلا لاعتبار خاص، كاعتبار ظروف القضية ، وأحوال المتداعين، وما يرجع إلى عوائدهموأعرافهم، فوجد أن ذلك القول أكثر انطباقا وأشد ملاءمة للمسألة مما عداه، وإن كان غير قوي ولا مشهور، مع ما انضاف إلى ذلك من فائدة رفع الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل، والتي يكون فيها قولان أو أقوال متعددة في المذهب، إذ أن حُكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف، ويأتي القضاة والمفتون بعد ذلك فيأخذون بذلك العمل، مادام المُوجب الذي خولف من أجله المشهور في مثل تلك البلد وذلك الزمن مستمر"[3].

ومثل هذا لا يصلح كتعريف لطوله، ولأنه مفهوم لما جرى به العمل كما ذكر قائله في أوله.

---

[1] . الغلاوي، محمد بن عمر النابغة: البوطليحية أو نظم المعتمد من الكتب والفتوى على المذهب المالكي، تحقيق يحيى بن البراء، المكتبة الملكية مؤسسة الريان، مكة المكرمة، ط2: 1425هـ/ 2004م، ص 123.

[2] . جعل الباحث للعمل مفهومين، مفهوم خاص وهو ما أثبتناه، ومفهوم عام وهو: عبارة عن حلول عملية واقعية شرعية ملائمة للواقع، ص7.

[3] . العسري، عبد السلام: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي، وزارة الأوقاف المغربية، 1417هـ/ 1996م، ص 102، 103.

. وعرفه **علال الفاسي** بقوله: "هو ما اعتمده القضاء والإفتاء من الأحكام الشرعية، وجعله مرجحا لما اشتهر من الأقوال، لأنه يتفق مع البيئة وظروفها"[1] ، حيث جعل العمل من أقوى المرجحات بين الأقوال، غير أنه تعريف قاصر وغير جامع لماهية العمل وحقيقته، إذ لم يذكر موجبات العمل وشروطه.

. ومن تعريفات العمل ما ذكره **عمر بن عبد الكريمالجيدي** رحمه الله، حيث عرفه بثلاث تعريفات، أولها تعريف المهدي الوزاني السابق وهي:

العمل كما استقر عليه الرأي عند المغاربة **هو**: العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيًا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية.

أو هو: حكم القضاة بالقول وتواطئهم عليه، من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل.

أو هو: اختيار قول ضعيف والحكم والإفتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك.[2]

فقوله (**تمالؤ الحكام والمفتين**) : قيد أخرج به العمل المختلف فيه، أو ما حكم به قاض واحد أو قاضين، "لأن العمل لا يثبت بحكم قاض أو قاضيين حتى يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين، نعم إذا حكم به ثلاثة فأكثر كفى"[3].

لذلك يعترض على تعريف العسري وعلال الفاسي الذين يرون أن مجرد حكم القاضي الواحد بالقول الشاذ هو ما جرى به العمل، بينما تشير تعاريف التسوليوالأجهوري إلى حكم القضاة واستمرار الحكم.

---

[1] . علال الفاسي: مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ،مراجعة عبد الرحمان الحريشي، مؤسسة علال الفاسي ، دط: 1985م، ص207.

[2] . الجيدي، عمر بن عبد الكريم: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المغرب، دط: 1982م، ص 342. و مباحث في المذهب المالكي، لنفس المؤلف، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، ط1: 1993م، ص 181.

[3]. المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس ،مرجع سابق، م1/ 4.

فعدد القضاة واستمرار الحكم من الشروط المعتبرة في ما جرى به العمل.

. وعرفه **ابن بية** بقوله:" أما عمل الأمصار الأخرى فلا نجده في غير مذهب مالك، ومتأخروا المالكية جعلوه مصدرا من مصادر الفتوى إلى جانب الراجح والمشهور... وحقيقة إجراء العمل:" أنه اختيار قول ضعيف أو شاذ في القضاء والفتوى من عالم يوثق به في زمن من الأزمان، ومكان من الأمكنة لتحقيق مصلحة أو لدرء مفسدة، وقد يكون مسايرة لعرف أو مجاراة لرأي من له الأمر"[1].

وهذا من أنسب التعاريف التي يصلح أن يعرف بها أصل ما جرى به العمل، وفيما يلي شرحه

شرح التعريف:

قوله(**اختيار**): قال صاحب العمل:" وأصل ابتداء العمل بالشاذ وترك المشهور هو الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب المتأخرين وتصحيحهم لبعض الروايات والأقوال الموجبة لذلك". [2]

وقال ابن ناظم التحفة في شرحها:" ولشيوخ المذهب كابن عتاب[3] وابن سهل[4] وابن رشد وابن لب[5] وابن العربي[6] واللخمي[1] ونظائرهم اختيارات وتصحيحات لبعض الروايات عدلوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عمل الحكام والفتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف والأحكام".[2]

---

[1]. ابن بيه، عبد الله بن الشيخ المحفوظ: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، دار المنهاج،بيروت، ط1: 1425هـ/ 2007م, ص 114.

[2]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد،مرجع سابق، ص 7.

[3]. **ابن عتاب**: أبو عبد الله محمد بن عبد الله عتاب القرطبي، تفقه بابن الفخار وابن بشير، وسمع منه ابن سهل وأبو الحسن بن حمدين، عرض عليه القضاء وامتنع، ي462هـ، ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، مرجع سابق، 810/2).

[4]. **ابن سهل**:هو أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي، أخذ عن ابن عتاب وابن القطان وحاتم الطرابلسي، وعنه ابن منظور وأبو إسحاق بن جعفر، له الإعلام بنوازل الأحكام، ت486هـ، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، مرجع سابق، ص181,محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص122).

[5]. **ابن لب**: هو أبو سعيد فرج بن قاسم بن لب الأندلسي، أخذ عن ابن الفخار وناصر الدين المشدالي، وعنه أخذ الشاطبي وابن الخطيب والسراج، له تآليف منها: شرح جمل الزجاجي، وشرح تصريف التسهيل، ت782هـ، ينظر:(ابن فرحون، الديباج، مرجع سابق، ص/ 220 التنبكتي، نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص357)

[6]. **ابن العربي**: هو محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابي بكر بن العربي الإشبيلي، سمع من أبيه وأبي عبد الله السرقسطي، لقي الخولاني والمازري والطرطوشي والغزالي، وأخذ عنه: القاضي عياض وابن بشكوال والسهيلي، من تآليفه: عارضة الأحوذي، والقبس، والعواصم، قانون التأويل، ت543هـ، ينظر:(ابن بشكوال،أبو القاسم، الصلة ، إعتناء عزت العطر الحسني، مكتبة الخانجي، القاهرة،ط1: 1374هـ/ 1955م، ص558/2، المقري، أحمد التلمساني: نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق إحسان عباس، دار صادر بيروت، دط: 1408هـ/ 1988م، 25/2، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،مرجعسابق،ص 136).

قوله(**قول ضعيف**) الضعيف في اصطلاح المالكية" ما لم يقوَدليله"[3] وهو نوعان:

. ضعيف نسبي: وهو الذي عارضه ما هو أقوى منه، أي أن ضعفه بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه، ومثاله: القول بجواز بيع الصفقة؛ فإنه ضعيف بالنسبة لمن قال بعدم الجواز، ففيه خلاف لتضارب الأدلة، كما سنرى ذلك في الفصل التطبيقي . بحول الله .

ضعيف المدرك: وهو الذي خالف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في ذاته.[4] ومثاله: ترك اللعان؛ فإنه جاء مخالفا لنصوص القرآن والإجماع.

و(**الشاذ**) : مقابل للمشهور، وهو ما ضعف دليله، فكأنه نظير الضعيف، وفيه إشكال.[5]

وإذا قال المالكية الشاذ كذا: فإنهم يريدون به القول الذي لم يصدر من جماعة، أو الذي لم يكثر قائله.[6]

ونلاحظ أن تعريف الشاذ عند الفقهاء قريب من تعريفه عند المحدثين، ومن ثمة كان شرط الشاذ التفرد والمخالفة، فلو تفرد راو ثقة بحدث لم يخالف فيه غيره فحديثه صحيح غير شاذ[7]، وشرط التفرد والمخالفة ملحوظ أيضا في تعريف الشاذ عند الفقهاء.

والقول الشاذ فقد اعتباره من قلة قائله، كالحديث الشاذ الذي سرى إليه الضعف من تفرد راويه ومخالفته للثقات[8]

---

[1]. **اللخمي**: هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني، تفقه بابن محرز والسيوري وغيرهم، وبه تفقه الحارزي وأبو علي الكلاعي وأبو الفضل بن النحوي، له التبصرة، ت478هـ، ينظر:(ترتيب المدارك: 797/4، شجرة النور : ص117) . الهلالي: نور البصر،مرجع سابق، م10/ 11.

[2]. القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب،دط:1387هـ/1983م، ص75.

[3]. القادري، أبو عبد الله محمد ابن القاسم الحسبي الفاسي: رفع العتاب والملام عمن قال"العمل بالضعيف اختيار حرام", تحقيق المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1: 1406هـ/ 1985م، ص 20.

[4]. ابن فرحون : كشف النقاب الحاجب، مرجع سابق، ص 74.

[5]. نفسه، ص 20.

[6]. محمد عجاج الخطيب: أصول الحديث مطبعة دار الفكر،دط:1971م،ص347.

[7]. محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي،ط1: 1416هـ/1996م, ص535.

وقوله (**في القضاء والفتوى**)المراد بالقضاء هنا: إلزام القاضي الخصم أمرا شرعيا، وعرفه القرافي[1] بقوله:" الحكم إخبار عن الله تعالى على وجه الإنشاء والإلزام"[2].

والفتوى: مصدر من أفتى،وهي: إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة.[3]

وقوله (**من عالم يوثق به**) قيد أخرج به عمل العوام أو من ليس بأهل للترجيح، لأنه يشترط لصحة إجراء العمل أن يصدر عن فقهاء مؤهلين لذلك، قال ميارة[4]:"ولايثبت العمل بقول العوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ، فضلا عن غيره،فإذا سألته عمن أفتى به أو حكم به من العلماء توقف وتزلزل"[5]

قوله:(**في زمن من الأزمنةومكان من الأمكنة**): أي معرفة محل جريان العمل وزمانه، وهو من شروط العمل أيضا كما سنعرفه في محله، لأنه إذا جهل زمان ومكان العمل لم تتأت تعدية الحكم إلى غيره، فقد يكون خاصا ببلد دون آخر، كما قد يتغير الحكم من زمن لآخر بتغير الأعراف والعوائد.

قوله:(**لتحقيق مصلحة أو لدرءمفسدة أو مسايرة لعرف**)؛ ذكر لأسباب العمل وموجباته التي لأجلها يعدل عن الراجح والمشهور إلى الضعيف والشاذ، ومعرفة الموجب شرط من شروط العمل أيضا،"ومن الموجبات: تبدل العرف أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما"[6].

وقوله:(**مجاراة لرأي من له الأمر**) وهو من مؤيدات العمل، لأن في ذلك فائدة رفع الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل، والتي يكون فيها أقوال متعددة في المذهب، لأن حكم الحاكم يرفع

---

[1]. **القرافي**: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء الصنهاجي، كان بارعا في الفقه والأصول والحديث وعلم الكلام، من شيوخه العز بن عبد السلام وابن الحاجب، من تآليفه: نفائس الأصول في شرح المحصول، شرح تنقيح الفصول، الذخيرة، ت684هـ، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، مرجع سابق، ص236، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص188).

[2]. القرافي: الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت، ج4, ص 53.

[3]نفسه: ج4، ص53. تهذيب الفروق، بهامش الفروق: ج4، ص53.

[4]. **ميارة**: هو عبد الله بن محمد بن أحمد بن ميارة، أخذ عنه محمد المحاصي، له شرح على التحفة، وشرحان على المرشد المعين، ومختصر شرح الحطاب، ت1072هـ، ينظر:(محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق ص: 309).

[5]. التسولي: البهجة، مرجع سابق، ج2، ص40.

[6]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص7.

الخلاف على ما هو معروف[1] فحيث حكم الأمير بقول يصبح راجحا ويجري به العمل ويؤخذ به في الأحكام.[2]

والحاصل من التعاريف المذكورة أن ما جرى به العمل نوع من الاجتهاد المذهبي، إذ يقوم على اختيار قول ضعيف من عالم أو قاض أهل لذلك، لأنه قادر على مقابلة القول الضعيف أو الشاذ بالراجح أو المشهور، والنظر إلى الأدلة التي يقوى بها ذلك القول على غيره .

ومقتضى التعاريف المذكورة؛ أن بعض المسائل يكون فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور لسبب كاف لذلك، كدرء المفسدة أو جلب المصلحة أو جريان العرف في الأحكام التي يكون مستندها العرف،أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويقتدي به مادام الموجب الذي لأجله خولف المشهور قائم في ذلك الزمن والبلد.

وهذا مبني على أصول المذهب المالكي، لأنه إذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإن كان لجلب مصلحة فهو على أصله في جلب المصالح، وكذا الشأن بالنسبة للعرف لأنه من جملة الأصول التي بني عليها الفقه، حتى إذا زال الموجب الذي كان سببًا لقيام العمل عاد الحكم المشهور[3].

وهذا النوع من الاجتهاد المذهبي في الفقه المالكي يعرف في الأنظمة القانونية المعاصرة باسم **الاجتهاد القضائي**، وهو "مجموعة الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"، أو هو:" مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار المحاكم و اطرادها في السير على قاعدة معينة، حيث أن المحكمة بقضائها تُنشؤ سابقة قضائية، بحيث أن القضايا المماثلة التي قد تقوم في المستقبل غالبا ما يقضى فيها بالطريقة ذاتها، فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون

[1]. العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي،مرجع سابق، ص8.

[2]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 411.

[3]. ينظر: الجيدي : العرف والعمل، مرجع سابق،ص 342, الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي،دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1983م / 1403هـ , ج4, ص 465. عبد العزيز بن الخليفي: الإختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته وأسبابه، الرباط، ط1: 1414هـ/ 1993م، ص 186.

يرجع إليها القاضي في فصل النزاعات الجديدة والمماثلة[1]، ومثاله مجله الاجتهاد القضائي التي تصدر عن المحكمة العليا.[2]

غير أنه لا يمكن القول بأن ما جرى به العمل هو نفسه الاجتهاد القضائي، لأن دور المجتهد في العمل اختيار قول ضعيف أو شاذ في مسألة خلافية لسبب ما، وهذا ليس من دور المحكمة العليا والتي تقوم بضبط النصوص القانونية في إطار ما يسمى بالاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني: صيغ ما جرى به العمل وإطلاقاته.

الفرع الأول: صيغ ورود ما جرى به العمل.

يتردد ذكر هذا الأصل كثيرا في كتب النوازل والأجوبة والفتاوى والأقضية، ولكثرة استعماله فيها وتداوله بين المفتين والقضاة ورد بصيغ متنوعة ومختلفة، ولقد أطلق في كتب المالكية لاسيما المتأخرة منها عبارات علىطائفة من الأحكام تدخل تحت نطاق ما سماه بعض المعاصرين "العمل الإقليمي، أو العمل القطري، أو عمل الأمصار".

ومن هذه الصيغ ما يرد بالإثبات ومنها ما يرد بالنفي ، ومنها ما يرد بصيغة "ما مضى" ومنها ما يرد بصبغة "ما جرى"، ومنها ما يرد بلفظ "ما به" ومنها ما يرد بلفظ "ما عليه"، وقد يطلق فيقال "العمل"، وقد ينسب إلى بلد ما.

ومن أمثلة هذه الصيغ : وعليه العمل ، وبه العمل ، ليس به عمل ، ليس عليه العمل ، المعمول به، وعلى ذلك مضى العمل وبه الحكم، ومن عمل قضاة الأندلس عندنا، هذا مذهب ابن القاسم وعليه الفتوى، وبرواية ابن القاسم مضى العمل، وبه عملت القضاة، ومضى ما حكم به، ما به الفتوى، ما به القضاء...[3]

---

[1]. عباس المصراف، جورج خربون: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2: 1991م، ص 81.

[2]. المجلة القضائية: تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.

[3]. الباجي: فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه عمل الحكام،مرجع سابق، ص88. هذه الصيغ انتقيناها من مسائل مختلفة من الكتاب.

الفرع الثاني : إطلاقات ما جرى به العمل.

يطلق لفظ ما جرى به العمل في كتب المالكية على عدة أنواع من الأحكام:[1]

أولا: تطلق تلك المصطلحات و الصيغ على الأقوال **الضعيفة أو الشاذة** والتي يجري العرف بها، أو تقتضيه الضرورة أو المصلحة أو غيرها من الموجبات، ثم أفتي بها مفتٍ أو يحكم بها قاضٍ، كل منهما مشهور بالعلم والتَّقوى، ثم يقتدي الفقهاء بذلك عندما تستمر الأسباب والموجبات، وهذا هو المشهور عند الاستعمال، ويوجد في نظم عبد الرحمان الفاسي[2] للعمل الفاسي، ونظم العمل المطلق للسِّجلماسي، وكذا في كتب النَّوازل.

ومن خصائص هذا النوع من العمل أنه يدور مع موجبه وجودا وعدما، فإذا انتفى الموجب عاد العمل للمشهور، فشرطه استمرار سببه.

ثانيا: وتطلق تلك المصطلحات والصيغ على **الأقوال القوية الراجحة أو المشهورة**، للإشارة إليها أنه بها يجب الحكم و الإفتاء، قال التسولي:" وقد يعبِّرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم ، لا لعرف و لا مصلحة"[3]، وكثيرا ما يشير خليل[4] في المختصر إلى هذا النوع بلفظ " اختير ، واستظهر، و رجِّح ، واستحسن"[5].

ومن خصائص هذا النوع من العمل؛ أنه يجب أن يستمر على حاله، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل وأهل الفتوى من ذوي العلم المقتدى بهم أنهم رجعوا عنه، وعملوا بخلافه لمصلحة أو لظهور دليل قوي أو نحو ذلك، "وقد كان العمل قديما بقول ابن القاسم باعتبار الحال في

---

[1]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي،مرجع سابق ص 212.211. بتصرف .

[2]. **عبد الرحمان الفاسي**: هو أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي، أخذ عن والده وعمه أحمد الزموري، تزيد تآليفه على 170، منها نظمه للعمل الفاسي، وشرح بعضه، ت1096هـ، ينظر:(محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص 315).

[3]. التسولي : البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص21.

[4]. **خليل**: هو خليل بن إسحاق بن موسى المعروف بالجندي، الفقيه المالكي المشهور، صاحب المختصر في الفقه، وكتاب التوضيح الذي شرح به مختصر ابن الحاجب الفرعي، ت767هـ، ينظر:(ابن فرحون، الديباج، مرجع سابق ، ص358، التنبكتي، نيل الإبتهاج، مرجع سابق ، ص112، 115، مخلوف، شجرة النور، مرجع سابق ص223).

[5]. خليل ،أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي: المختصر الفقهي، تحقيق أحمد جاد، دار البصائر، الجزائر، ط 1: 1426هـ/ 2005م، ص221.

المحجور دون الولاية، ثم جرى العمل بقول مالك باعتبار الولاية، ثم جرى في المائة التاسعة بقول ابن القاسم"[1]، وهذا الذي يعرف بتناسخ الأعمال، ولذلك لم ينتقد الحجوي[2] الفاسي هذا النوع من العمل، وإنما انتقد القسم الأول في بعض الأحكام التي لم تراع حتى شروط ذلك العمل[3].

والضابط في التفريق بين إطلاق العمل على المعنى الأول أو على المعنى الثاني؛ "أن أهل المذهب إذا قالوا عليه العمل وأطلقوا كان مشهورا، و إذا قالوا عليه عمل قرطبة، أو عمل فاس، أو عمل القيروان كان ضعيفا"[4].

ثالثا: وقد يطلق لفظ العملعلى **الكتب التي تجمع المسائل** والقواعد التي يكثر العمل بها أمام المحاكم، وهو يقابل ما يعرف اليوم بكتب القضاء ومدونات النصوص القانونية، ومن هذا القسم: تبصرة الفرحوني، ولامية الزقاق وشروحها، ولعل القصد منه تمييز هذا الصِّنف من الكتب عن كتب الأمّهاتوالدّواويين التي تجمع الفقه كمختصر خليل وشروحه ...إلخ.

وفي بحثنا هذا سنسير وفق الإطلاق الأول، وهو اختيار قول ضعيف والعمل به لموجب اقتضى ذلك.

---

[1]. الجيدي : العرف والعمل، مرجع سابق، ص 381.

[2]. **الحجوي**:هو محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الثعالبي، من مالكية المغرب،ولي وزارة العمل ثم وزارة الأوقاف، له: الفكر السامي يقع في أربعة أجزاء، رسالة في الطلاق، النظام الاجتماعي في الإسلام، ت1376هـ.(ينظر: الفكر السامي،مرجع سابق، مقدمة الكتاب، ص9 وما بعدها، الزركلي: الأعلام، ج6, ص96).

[3]. ينظر: الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص 469 وما بعدها.

[4]. الجيدي: المرجع السابق، ص380.

المبحث الثاني:

تعريف المصطلحات المشاكلة.

بعد أن تناولنا أهم مصطلح عليه مدار البحث، ننتقل إلى توضيح معاني بعض المصطلحات التي سوف تتردد كثيرا على صفحات هذا البحث، لكونها ذات صلة كبيرة بالموضوع، والتي جرى استعمال الأصوليين لها للدلالة على معنى هذا الأصل أو جزء منه أو بديلا عنه، لهذا كان لابد من الوقوف عليها من البداية لتوضيح مدلولاتها عند فقهاء المالكية، وتحديد وجه علاقتها بما جرى عليه العمل، وسنركز عليها من الناحية الاصطلاحية تجنبا للإطالة، وهي: الماجريات والعمليات، العرف والعادة، ما جرى به القضاء، ما به الفتوى، و عمل أهل المدينة.

المطلب الأول: الماجريات والعمليات.

الفرع الأول: الماجريات.

المَاجَرَيَات لفظ مركب تركيبا مزجيا من "ما" و "جرى"، وهو على صيغة ما جمع على ألف وتاء، ويُستعمل هذا اللفظ عند بعض الباحثين المعاصرين مرادفا لما جرى به العمل، قال صاحب اصطلاح المذهب:"ما جرى به العمل أو الماجريات؛اهتم به علماء المالكية كعنصر من العناصر التطبيقية في علم القضاء"[1]،

ولذلك فهو يصدق على المسائل والأحكام التي جرى فيها العمل بالضعيف أوالشاذ لسبب اقتضى ذلك.

الفرع الثاني: العمليات.

العمليات؛ جمع عملية، وقد استعمل هذا اللفظ للدلالة على الفقه الاجتهادي المذهبي في مسائل القضاء والفتوى، وقد عنون له الحجوي الفاسي بقوله:"فقه العمليات وتاريخ نشأته

[1] . محمد إبراهيم علي: إصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث الإسلامية و إحياء التراث، دبي . الإمارات . ط1: 1421هـ/2000م، ص 212.

وانتشاره"[1]، ونقل ابن فرحونعن ابن عبد السلام في باب الحجر ما نصه:" وذكرت هذا القول لأنه جرى به العمل في بعض البلاد، فينتفع به في العمليات: يريد في القضايا المتعلقة بالأحكام"[2].

وقد نظم السجلماسي مسائل العمل المطلق، وشرحه في كتاب فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، المشتهر بكتاب العمليات العامة، لذلك "يطلق مصطلح العمليات على الكتب التي تجمع المسائل والقواعد التي يكثر العمل بها، وهو ما يعرف اليوم بكتب المسطرة تمييزا لها عن كتب الفقه"[3].

المطلب الثاني: العرف والعادة

الفرع الأول: تعريف العرف والعادة.

كثيرا ما يستعمل الأصوليون العرف والعادة بمعنى واحد، لأن مُؤدَّاهما واحد، قال القرافي:"العرف والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس "[4].

أو هو:" عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[5].

ومن التعاريف الجيدة للعرف أنه :" ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[6]، بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا[7].

---

[1]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص464.

[2]. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1: 1416هـ/ 1995م ،ج1، ص55.

[3]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص: 112.

[4]. القرافي: شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، بيروت، ط1: 1973م, ص 448

[5]. مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط9: 1968م، ج 1، ص 831.

[6]. الجرجاني، علي بن محمد:التعريفات، ضبط محمد بن عبد الحكيم، دار الكتاب المصري، القاهرة،ط1: 1411هـ/ 1991م, ص163.

[7]. أضاف الجيدي هذا الشرط للتعريف بعد مناقشته له، وفائدته خروج العرف الفاسد، ينظر الجيدي: العرف والعمل، ص34.

وذهب بعضهم إلى التفريق بين العادة والعرف فجعلوا العادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي ، والعادة الفردية ، وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرف.[1]

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل والعرف أو العادة

لا يظهر ثمة فارق كبير بين ما جرى به العمل والعرف بوجه عام ، لأن العمل يجري بناء على عرف الناس وعاداتهم ، فهو السبب الرئيسي في قيامه، وعليه فالعمل يمكن اعتباره العرف العملي ، جاء في شرح العمل الفاسي:" إلتبس ما به العمل وما جرى به العرف على كثير ممن ينتمي للعلم ، وإنما يطلق ما جرى به العرف عليه في كتبهم على وجه المجاز"[2].

ورأي غالبية الفقهاء لا يفرق بينهما[3]، كابن فرحون، حث نقل في التبصرة عن ابن عبد السلام قوله:"وهذا الباب عند المحققين تابع للعرف، فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء... فلو قال عالم الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلد، بل يختص بذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك"[4].

وأكثر الذين انتقدوا هذا الأصل إنما ذلك راجع لعدم تفرقتهم بين العرف والعمل، ظنا منهم أنهما اسمان لمسمى واحد، كالإمام الحجوي رحمه الله حيث قال:" وكثيرا ما يكون العمل تابعا للعرف، مثل أدوات البيت، منها ما يكون للزوج ومنها ما يكون للزوجة، بحسب الأعراف والعوائد، فكل بلد يحكم له بعرفه"[5].

وعند تدقيق النظر في المسألة نجد أن العرف والعمل يختلفان في فروق ثلاثة وهي:[6]

---

[1]. الجيدي: المرجع السابق، ص 38/37. ديب البغا: أثر الأدلة المختلف فيها، دار الإمام البخاري، دمشق، دط ،ص243 وما بعدها.

[2]. المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس،مرجع سابق، م4/1.

[3]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق،ص 394, القادري : رفع العتاب و الملام، مرجع سابق، ص 44.

[4]. ابن فرحون، التبصرة، مرجع سابق ج1,ص 55.

[5]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج 4، ص 468.

[6]. ينظر هذه الفروق : محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص451, القادري: رفع العتاب والملام، مرجع سابق، ص 44، المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس،مرجع سابق، م5/1.

1. كون العرف يتعلق بالمعاملات، بخلاف ما جرى به العمل، فإنهيتعلق بالمعاملات و العبادات.

2 . أن العمل لابد فيه من شروط لكي يعتبر، أما العرف فهو عادة عوام الناس بشيء.

3 . أن العرف والعادة فعل العوام شيئا المرة بعد المرة، والعمل إنما هو ممن يقتدى بهم من العلماء.

وتجدر الملاحظة أن القادري[1] حين فرق بينهما ذكر أن الضرورة حاكمة بالفرق بين العمل الذي يكون ممن يقتدى بهم من الأئمة، وبين العادة التي تفعلها العوام[2].

هذه هي الفروق التي فرق بها الفقهاء بين العرف وما جرى به العمل، وقد انتقد الجيدي هذه الفروق، لأنها لا تنهض كدليل على ضرورة الفرق بينهما، وذلك لما يلي[3]:

1 . أن الفقهاء ليسوا متَّفقين على إجراء العمل في العبادات، بل إن جمهور المحققين منهم يمنعون ذلك، كما أن العرف ليس محل اتفاق بينهم من حيث عدم تأثيره على العبادات، إذ أن هناك مسائل كثيرة هي من صميم العبادات أحال الفقهاء فيها على العرف، فالخلاف جار في هذا وذاك، فلم يبق لهذا الفرق معنى.

2 . أما بالنسبة للفرق الثاني؛ فهو أكثر ضعفا من سابقه، إذ العرف بدوره اشترطت فيه شروط لابد من توفرها، فليس العمل هو الذي اشترطت فيه هذه الشروط.

3 . وأما بالنسبة للفرق الثالث؛ فهو الذي يمكن اعتباره فرقا وجيها في الجملة، إلا أن ما يرد عليه هو أن العمل يجري بناء على عرف الناس وعاداتهم، وهو السبب الرئيسي في قيامه.

---

[1]. **القادري**: هو محمد بن قاسم بن محمد القادري، من أهل فاس، كان عالما بالأصول والفقه، له شرح على توحيد المرشد المعين، وكتاب إتحاف أهل الدراية، ت1331هـ، ينظر:(عبد الحي بن عبد الكبير الكتابي، فهرس الفهارس والأثبات، إعتناء إحسان عباس، دار الغرب الاسلامي، بيروت، دط 1406هـ/ 1986م، 935/2).

[2]. القادري: مرجع سابق، ص 44.

[3]. الجيدي : العرف والعمل، مرجع سابق،ص396،395.

المطلب الثالث: ما جرى به القضاء.

كتب الأحكام أو فقه القضاء؛ هي تلك المؤلفات التي التزم فيها مؤلفوها بدراسة المسائل العملية التي يكثر وقوعها بين الناس، ويلجؤون في معرفة أحكامها إلى المفتين والقضاة، بحيث تكون مقصورة على فقه المعاملات، دون أن يتعرض أصحابها لفقه العبادات، ومعظم مؤلفيها ممن ابتلي بالقضاء، فكانوا يتصدون للفصل بين الخصوم ويسجلون هذه الأحكام في دفاترهم، ويحتفظون بها لما يأتي من الزمن، وما تمتاز به هذه الكتب أنها لا تذكر الخلاف الواقع بين الفقهاء في المسائل.

وقد نشأ من الاتجاه القضائي التوثيقي في الفقه المالكي أن انفتحت للقضاة أبواب واسعة للاجتهاد في الأخذ بالأحكام المنصوص عليها في دواوين المذهب على وجه قد يحملهم على مخالفة المنصوص والمشهور، إذ يرون ذلك أدعى إلى تحقيق مقصد الشرع، فيصبح جريان العمل القضائي مخالفا في جزئيات لما هو مأخوذ به في كتب الفقه، وكان المفتون يراعون في فتاويهم أن لا يحيدوا عن المنهج المسطر للقضاة، بحيث لا يخرجون عما به الفتوى والقضاء من القول الراجح والمشهور في المذهب أو ما جرى به العمل.[1]

الفرع الأول: تعريف القضاء.

عُرِّف القضاء بعدة تعاريف أفضلها ما جاء في حدود ابن عرفة وهو:"صفة حكمية توجب لمَوصُوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في مصالح المسلمين".[2]

أو هو: "الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام ".[3]

وقول بعضهم : هو الفصل بين الخصوم واضح القصور.[4]

---

[1]. محمد إبراهيم علي: إصطلاح المذهب عند المالكية، مرجع سابق،ص396.

[2]. الرّصّاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري: شرح حدود ابن عرفة أو الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1: 1993م, ج2، ص 567.

[3]. القرافي: الفروق، مرجع سابق،ج4, ص53. ابن فرحون: التبصرة، مرجع سابق، ج1،ص11.

[4] .التاودي، أبو عبد الله محمد بن محمد: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم شرح تحفة الحكام، مطبوع مع البهجة في شرح التحفة للتسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/ 1998م، ج1، ص 22.

أما (**الأحكام**) فهي:" جمع حكم، وهو ما يلزم به القاضي الخصمين أو أحدهما موافقا للشرع"[1]، فيكون في معنى القضاء ومرادفا له.

وقيل: المراد بالأحكام: الفقه المقرر في الكتب المعتمدة كالمدونة وغيرها ليفصل بين الخصوم"[2].

وينبغي التنبه إلى أن علماء المالكية يفرقون بين فقه القضاء وعلم القضاء، فيرون أن "فقه القضاء أعم، لأنه الفقه بالأحكام الكلية، وعلم القضاء هو العلم بتلك الأحكام الكلية مع العلم بتنزيلها على النوازل الواقعة".[3]

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل و ما به القضاء.

سبق وأن أشرنا إلى أن ما به القضاء أو المقضي به أو ما عمل به القضاة من صيغ ما جرى به العمل، وهنا نبين وجه العلاقة بين ما جرى به العمل و ما به القضاء.

والمقصود بما به القضاء هو:"الحكم من كتاب اله تعالى، فإن لم يكن فبسنة نبيه محمدρ التي صحبها العمل، فإذا كان خبرا صحبت غيره الأعمال قضى بما صحبته الأعمال، وهذا معلوم من أصل مالك τ، إذ العمل عنده مقدم على أخبار الآحاد، فإن لم يجد في السنة شيئا نظر في أقوال الصحابة، فقضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال في ذلك"[4].

أما بعد انقطاع الاجتهاد المطلق والمقيد، فالواجب عليه الوقوف عند مشهور مذهبه أو ما جرى به العمل عند القضاة العدول ودون في كتب العلماء المحققين، أما بالنسبة للمقلد فيحكم بقول مقلده؛ المتفق عليه أو الراجح أو المشهور أو ما به العمل، ولا يعتبر من أحكام القضاة اليوم ما

---

[1] نفسه: ج1، ص22.

[2] نفسه: ج1، ص 18.

[3] . الونشريسي، أحمد بن يحي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط: 1401هـ/ 1981م، ج10، ص 78.

[4] . ابن فرحون : التبصرة، مرجع سابق،ج1، ص51.

خالف ذلك، فمن حكم بقول شاذ أو ضعيف لم يصحبه عمل المتقدمين نقض حكمه لأنه معزول عنه من الذي ولَّاه.[1]

قال في مراقي السعود : حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ.

يعني أن محل نقض حكم الحاكم المقلد إذا حكم بغير مشهور مذهبه، ما إذا لم يبلغ رتبة الترجيح، وأما إذا بلغها بأن كان مجتهدا مقيدا فلا ينقض حكمه، لأنه يجوز له الحكم والعمل والإفتاء بالضعيف إذا ترجَّح عنده، وهذا قليل في قضاة هذا الزمن.[2]

وفي مسائل الأنكحة من الدر النثير عن الشيخ أبي الحسن[3]؛ أن القاضي لا يقضي بين المالكية إلا بمشهور المذهب أو بما صحبه العمل، قال السجلماسي: ففي العطف بأو دليل على أنه يقضي بالمشهور ما لم يجرِ العمل بغيره، فإن جرى العمل بالشاذ قضى به وترك المشهور.[4]

قال سيدي عيسى السجستاني[5] في نوازله: فإذا اتضح لك توجيه ما جرى به العمل لزم إجراء الأحكام عليه، لأن مخالفته فتنة وفساد كبير، وقالالمجَّاصي[6] في بعض أجوبته:" خروج القاضي على عمل بلده ريبة قادحة، لكن يقتصر على ما ثبت، ويسلك المشتهر فيما سواه"[7].

---

[1] . ينظر: محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، ط3: 1401هـ/ 1981م، ص 8. التوزري، عثمان ابن المكي: توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1: 1339م، ج1، ص 21،22. التسولى: البهجة، مرجع سابق، ج1، ص45.

[2] . الشنقيطي: سيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي: نشر البنود على مراقي السعود، دط، دت، ج2، ص332. وينظر: السجلماسي:العمليات العامة، مرجع سابق،ص405.

[3] . **أبو الحسن**:علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي يعرف بالصغير، أخذ عن الفقيه راشد ابن أبي راشد، شرح تهذيب البراذعي، وله تقاييد على رسالة ابن أبي زيد، ت719هـ، ينظر:(ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق،: ج 2، ص119).

[4] . السجلماسي: شرح العمل المطلق أو العمليات العامة،مرجع سابق، ص6.

[5] . **السجستاني**: هو أبو مهدي عيسى بن عبد الرحمان السجستانيوالسكتاني، مفتي مراكش وقاضيها، له: كتاب في النوازل، والأجوبة الفقهية ، ت1062هـ.(ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص308).

[6] .**المجاصي**: خلف الله الفقيه الحافظ، من علماء فاس وشيوخها، يحفظ البيان والتحصيل لابن رشد، أخذ عن الربيع سليمان الونشريسي، ت732هـ، (التنبكتي: نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص165).

[7] . نفسه: ص 6،7.

من هذه النقول نستنتج أن ما به القضاء أعم مما جرى به العمل، فليس كل ما به القضاء جرى به العمل، وقد التبس هذا الأمر على كثير ممن انتقد هذا الأصل، قال الهلالي[1]:" وقد اعتقد بعض أغبياء الطلبة أن كل ما حكم به قاض جرى به العمل، فإنه يقع على المشهور من غير نظر لما فيه من الخلل"[2]، فصارت العلاقة عموم وخصوص نسبي.

المطلب الرابع : ما به الفتوى.

استشكل بعض المالكية[3]عدم إدراج ما به العمل ضمن ما به الفتوى، كونه حسب التعاريف السابقة جرت به الفتوى وحكم به القضاة، وفي هذا المطلب سنفرق بينهما، وقبل ذلك لابد من تعريف ما به الفتوى.

الفرع الأول: مابه الفتوى عند المالكية.

في اصطلاح المتأخرين يطلق المذهب على ما به الفتوى، من باب إطلاق الشيء على جزئه الأهم.[4]

قال خليل في خطبة المختصر:" مبينا لما به الفتوى"[5]، جاء في الشرح: الفتيا إسم لما أفتى به الفقيه، والإفتاء الإخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام، وقيل لا حاجة للقيد الأخير لأنه ذكر احترازا من القضاء، والذي يفتى به هو الراجح والمشهور, ولا تجوز الفتوى والحكم بغيرهما[6]

---

[1]. **الهلالي** :هو أبو العباس أحمد بن عبد العزيز السجلماسي الهلالي، متبحر في العلوم النقلية والعقلية، أخذ عن الشيخ أحمد الغماري المصري والزرقاني والشيخ البناني، وعنه أخذ التاودي، له شرح على ديباجة المختصر، وهو نفيس في مادته، لم أقف على وفاته، ينظر:(محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص 355).

[2]. الهلالي: نور البصر، طبعة حجرية، جامعة الملك سعود، مكة المكرمة، ص 88.

[3].كالقادري والهلالي، ينظر نور البصر: لوح 88.

[4]. الحطاب: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ، ج1، ص 34.

[5]. خليل: المختصر،مرجع سابق، ص:11، خطبة المختصر.

[6]. الحطاب :مرجع سابق ، ج1، ص 45.

وعليه فإن اصطلاح ما به الفتوى عند المالكية يصدق على القول الراجح أو المشهور، و أما الشاذ والضعيف فإنه لا يفتى بهما.

غير أن بعض المالكية يرى أن مابه الفتوى من الأقوال هو: القول المتفق عليه، فإن لم يوجد في المسألة رأي متفق عليه فإنه يعمل فيها بالقول الراجح، فإن عدم الراجح عمل بالمشهور، فإن لم يوجد المشهور عمل بالقول المساوي.[1]

وجاء في شرح خطبة المختصر للهلالي: أن الذي تجوز به الفتوى أربعة أشياء: أحدها القول المتفق عليه في المذهب، وثانيها القول الراجح؛ وهو ما قوي دليله، وثالثها المشهور؛ وهو كثر قائله كما يناسب معناه لغة، والفرق بينه وبين الراجح مع أن كلاهما له قوة على مقابله هو أن الراجح نشأت قوته من الدليل نفسه من غير نظر للقائل، والمشهور نشأت قوته من القائل، فإن اجتمع في قول سبب الرجحان والشهرة ازداد قوة، وإلا كفا أحدهما، فإن تعارضا فمقتضى نصوص الفقهاء والأصوليين أن العمل بالراجح واجب، وقيل المشهور ما قوي دليله فيرادف الراجح، وقيل قول ابن القاسم في المدونة، ولا يخفى قصور هذا التفسير الأخير للمشهور، لاقتضائه أنه إذا لم يكن الحكم مذكورا في المدونة، وكان مذكورا في غيرها، وقال فيه الإمام وأصحابه قولا وشذَّ بعضهم فقال مقابله؛ فلا يسمى الأول مشهورا، ولا أظن أحدا ينفي عنه اسم المشهور، ولعل قائله قصد التعريف بالأخص؛ وكأنه على وجه التمثيل...و رابعها: القول المساوي لمقابله، حيث لا يوجد في المسالة رجحان.[2]

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل وما به الفتوى.

بعد أن عرفنا المراد بما جرى به العمل وما به الفتوى؛ بقي أن نعرف العلاقة بين العبارتين لقوة العلاقة بينهما، وعلى كلا التفسيرين يكون "ما عليه العمل نوعا من أنواع ما به الفتوى في المذهب المالكي، وعلى هذا يكون المفتى به أعم من العمل"[3]، لأن الفتوى تكون بالقول المتفق عليه أو

---

[1]. ينظر: عليش، محمد: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه تسهيل منح جليل، دار صادر، ج1، ص 9. الأُبّي، صالح عبد السميع الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج1، ص4. الدسوقسي، شمس الدين محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص20.

[2]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق،م3/10،2.

[3]. المامي: المذهب المالكي ، مرجع سابق، ص 512، 513.

الراجح أو المشهور أو القول المساوي لمقابله، والعمل قد يجري بأي قول من هذه الأقوال، فيترجح القول بالعمل.

والسؤال الذي يطرح: لماذا لم يذكر ما به العمل ضمن ما به الفتوى؟

والإجابة على هذا السؤال تكون بأحد احتمالين:

الأول:أن أصل ما جرى به العمل لم ينتشر ويشتهر بين العلماء إلا مؤخرا، ولذلك وجدنا من يذكره ضمن ما به الفتوى، قال ابن بية:" أما عمل الأمصار الأخرى غير المدينة، فهو أمر لا نجده في غير مذهب مالك، وقد جعله متأخروا المالكية مصدرا من مصادر الفتوى، إلى جانب الراجح والمشهور، فهو مقدم عليهما حيث يرجح به القول الضعيف".[1]

الثاني: أن الأصل في الفتوى لا تكون إلا بالمتفق عليه أو الراجح أو المشهور أو أحد القولين المتساويين، والأخذ بما جرى به العمل استثناء من هذا الأصل، لذلك عرف بأنه العدول عن القول الراجح أو الشهور إلى القول الضعيف والشاذ لسبب،قال في مراقي السعود[2]:

وقدم الضعيف إن جرى عمل به لأجل سبب قد اتصل

وقد طرح الهلالي هذا الإشكال و أجاب عليه، قال:" الأصل أنه لا تصح الفتوى بالمرجوح، وهو يشمل الضعيف والشاذ، فكيف يصح أن يقال: ما جري به العمل مقدم على المشهور؟ والجواب: أن المفتي القادر على الترجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رجحانه".[3]

وينبغي التنبيه إلى أن ما جرى به العمل ليس هو الضعيف أو الشاذ في حد ذاته، وإنما هو أن يتقوى الضعيف والشاذ بسبب من الأسباب فيترجح على غيره، ولذلك يعتبر ما جرى به العمل قاعدة ترجيحية بين الأقوال في المذهب عند تنزيل الأحكام سواء في القضاء أو الفتوى.

[1]. ابن بية: صناعة الفتوى وفقه الأقليات،مرجع سابق، ص 114.

[2]. إبراهيم العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، مرجع سابق،ج2، ص331.

[3]. الهلالي: نور البصر،مرجعسابق،ص 88.

المطلب الخامس: عمل أهل المدينة.

الفرع الأول: عمل أهل المدينة عند المالكية.

يعتبر عمل أهل المدينة، من الأصول التي انفرد بها الإمام مالك رحمه الله في الاستدلال، وقد اختلف الأصوليون والفقهاء داخل وخارج المذهب المالكي في تحديد معناه والاحتجاج به، لذلك عده بعض الباحثين من الموضوعات الشائكة والمسائل الصعبة التي لا يزال الخلاف فيها قائما.[1]

وقد تعددت الصيغ التي استعملها الإمام مالك في موطئه أوصلها بوساق إلى ستة عشر مصطلحا[2]، اختلف أرباب المذهب المالكي في تفسيرها، وقد ذكر القاضي عياض[3] عن ابن أبي أويس[4] قال:" قيل لمالك: قولك في الكتب: الأمر المجتمع عليه, والأمر عندنا أو ببلدنا، وأدركت أهل العلم، وسمعت بعض أهل العلم، فقال: أما أكثر ما في الكتاب فرأي، فلعمري ما هو برأي، ولكن سماعٌ من غير واحد من أهل العلم والفضل والأئمة المقتدى بهم الذين أخذت عنهم، وهم الذين كانوا يتَّقون الله، فكثرت علي فقلت برأيي، وذلك رأيي إذا كان رأيهم مثل رأي الصحابة، وأدركتهم أنا على ذلك ، فهو وراثة توارثوها قرنا عن قرن إلى زماننا، وما كان أرى فهو رأي جماعة ممن تقدم من الأئمة، وما كان فيه الأمر المجتمع عليه فهو: ما اجتمع عليه من قول أهل الفقه العلم لم يختلفوا فيه، وما قلت: الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام، وعرفه

---

[1] . الشعلان، عبد الرحمان بن عبد الله: أصول فقه الإمام مالك أدلته النقلية، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط1: 1424هـ/ 2003م، ج2، ص 1037.

[2]. بوساق، محمد المدني، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/2000م, ج1، ص 108/107

[3]. **عياض**: هو القاضي ألو الفضل عياض بن موسى السبتي المولد والدار، كان فقيها أصوليا عالما بالنحو واللغة وكلام العرب، له مصنفات كثيرة منها: إكمال المعلم في شرح مسلم، الشفا بتعريف حقوق المصطفى، التنبيهات المستنبطة على المدونة، ت544هـ، ينظر:(ابن فرحون، الديباج،مرجع سابق، ص168).

[4]. **ابن أبي أويس**: هوإسماعيل بن أبي أويس الفقيه المحدث، سمع أباه ومالك وبه انتفع، وأخذ عن إبراهيم بن سعد وسليمان بن بلال، وقرأ على نافع القرئ، وعنه روى قتيبة والذهبي وإسماعيل القاضي، وأخوه حماد وابن حبيب وابن وضاح، خرج عنه البخاري ومسلم، ت226هـ .ينظر: (ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، 150/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص56/).

الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه: ببلدنا، وما قلت: فيه بعض أهل العلم فهو شيء أستحسنه من قول أهل العلم ...".[1]

فما ورد في الموطإ من صيغ و أساليب إنما هو تعدد الأسلوب وتنوعه، ولا يعني ذلك أن مالكا فرق بين ذلك وقصد إلى اختلاف كما تخيَّل البعض، فمالك في تعابيره لا يخرج عن كونه واصفًا لعمل بلده، لأن ما يذكره في الموطأ لا يتعلق بقول أهل المدينة ولا بنقلهم، وإنما هو متعلق بما جرى به عملهم، فيكون العمل الذي وصفه هو بمثابة العرف الذي يوجد في مكان ما يحكم عند ذويه.[2]

وفي حقيقة الأمر أن الإمام مالك لم يكن أوَّل من قال بهذا الأصل، فقد كان يقول به من سبقه من الأئمة والفقهاء، وما هو إلا وارث لعلم المدينة كما أخبر به هو:"قد كان رجال من أهل العلم من التابعين يحدثون بالأحاديث وتبلغهم من غيرهم، فيقولون: ما نجهل هذا، ولكن مضى العمل على غيره"، وهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يرتقي المنبر ويقول:" أحرج بالله عز وجل على رجل روى حديثا العمل على خلافه"[3].

ومن تعريفات المالكية لعمل أهل المدينة: أنه المنقولات المستمرة، وقيل إن روايتهم أولى من رواية غيرهم، وقيل أن إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته، وقيل إنما أراد ترجيح اجتهادهم على اجتهاد غيرهم، وقيل إنما أراد إجماع أهل المدينة من الصحابة، وزاد بعضهم التابعين وتابعيهم.[4]

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين إيجاد تعريف جامع مانع لعمل أهل المدينة؛ فقال أحمد نور سيف:"هو ما نقله أهل المدينة من سنن نقلا مستمرا عن زمن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أو ما كان رأيا أو استدلالا"[5]

---

[1]. القاضي عياض، بن موسى بن عياض السبتي: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، دار مكتبة الحياة، دار الفكر، طرابلس، ليبيا، تحقيق أحمد بكير محمود ، دط،دت، ج1، ص 194.

[2]. الجيدي:العرف والعمل, مرجع سابق،ص 326.

[3]. عياض: المرجع السابق، ج1، ص 66.

[4]. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط6: 1402هـ/ 1982م، ج1، ص174.

[5]. نور سيف، أحمد محمد: عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، دار البحوث للدراسات وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/ 2000م، ص 443.

وعرفه عبد الرحمان الشعلان :"بأنه ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم، في زمن مخصوص، سواء أكان سنده نقلا أم اجتهادا"[1].

وقد رجح بوساق هذا التعريف الأخير مع زيادة قيد "في زمن الصحابة والتابعين"[2]، حتى يبين الزمن الذي ينتهي إليه العمل المعتبر .

وقد قسَّم محققوا المالكية عمل أهل المدينة إلى قسمين[3]:

. القسم الأول: **العمل النقلي**: وهو ما كان طريقه النقل والحكاية، مما اتصل بنقل الكافة عن الكافة، وعملت به عملا لا يخفى، ونقله الجمهور عن الجمهور عن زمن النبي . صلى الله عليه وسلم . وهذا العمل بدوره ينقسم إلى قسمين:

أولا: نقل شرع مبتدإ عن النبي . صلى الله عليه وسلم . من قول أو فعل أو ترك أو تقرير.

ثانيا: نقل للأماكن والأعيان ومقادير الأشياء، كنقل الصاع والمد وموضع الروضة والبقيع والمنبر...

. القسم الثاني: **العمل الاستدلالي أو الاجتهادي**: وهو ما كان طريقه الاستدلال والاجتهاد، كمسألة خيار المجلس[4].

وهذا القسم الأخير من عمل أهل المدينة هو محل الجدل والنزاع في الاحتجاج به؛ ونعرض هنا رأي المالكية في حجية العمل الاستدلالي:

---

[1] . الشعلان: أصول فقه الإمام مالك، مرجع سابق، ج2، ص 1042.

[2] . بوساق: المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، مرجع سابق، ج1، ص 76, 77.

[3] . هذا التقسيم لعمل أهل المدينة باعتبار مصدره وطريقه، وهناك تقسيم آخر باعتبار زمنه: وينقسم إلى العمل القديم؛ و هو ما كان قبل مقتل عثمان رضي الله عنه، والعمل المتأخر ما كان بعده. أحمد بن تيمية: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف ،الرباط، المغرب،دط، دت، ج 20، ص 303. 304.

[4] . ينظر: الباجي: أحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق محمد البجوري، الرسالة، بيروت، ط1: 1409هـ/1989م,ص480, 481. عياض: ترتيب المدارك، مرجع سابق، ج1، ص 68.

1/ذهب مالكية العراق[1] إلى أن العمل الاستدلالي ليس بحجة، ولا يرجح به أيضا أحد الاجتهادين على الآخر، وعللوا رأيهم بعدم تحقق الإجماع بأهل المدينة وحدهم، والحجة إنما هي لمجموع الأمة.

وقد تصوَّروا المسألة على أنها من باب الإجماع، وهذا لا يصح.

2/ وذهب فريق إلى أن العمل الاستدلالي وإن لم يكن حجة فإنه يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم، وهو قول جماعة من فقهاء مالكية العراق، وجميع مالكية المغرب[2].

3/ وذهب فريق إلى أن العمل الاستدلالي حجة كالعمل النقلي، والذي قال به هم جل فقهاء مالكية المغرب.[3]

وقصدنا من ذكر مذاهب العلماء في المسألة؛ لأن عمل أهل المدينة الاجتهادي هو الأشبه بأصل ما جرى به العمل،"إذ قيمته كقيمة العمل الاقليمي"[4]، لأن الإمام مالك رحمه الله قد وضع بهذا الأصل مبدأ تشريعيا عظيم الأهمية، وهو اعتبار ما اعتمده القضاء والإفتاء من الأحكام، وجعله مرجحا لما اشتهر من الأقوال، لأنه يتفق مع البيئة ومع ظروفها، في حين أن الحاكمين والمفتين المتوفرين على الشروط لا يتصور أن يعتمدوا القول أو القضاء به دون أن يكون متفقا مع مقتضيات الشريعة وأصولها[5].

الفرع الثاني: علاقة عمل أهل المدينة بما جرى عليه العمل.

---

[1]. **مالكية العراق**: يعنون بهم القاضي إسماعيل (ت282هـ) ، والقاضي أبي الحسن بن القصار(ت398هـ)، وابن الجلاب(ت378هـ)، والقاضي عبد الوهاب(ت422هـ)، والقاضي أبي بكر الأبهري(ت390هـ)،...ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، مرجع سابق، ص 176، الزيلعي: الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية، مرجع سابق، ص11.

[2]**مالكية المغرب**: يقصد بهم الشيخ ابن أبي زيد(ت386هـ)، والقابسي(ت403هـ)، وابن اللباد(ت333هـ)، والباجي(ت474هـ)، واللخمي(ت478هـ)، وابن محرز(ت655هـ)، وابن عبد البر(ت463هـ)، وابن رشد(ت520)، وابن العربي(ت443هـ)، والقاضي سند(ت541هـ)... ينظر:ابنفرحون:كشف النقاب الحاجب، ص 69، الزيلعي: المدخل الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية،ص 12

[3]. ينظر : عياض:ترتيب المدارك، مرجع سابق، ج1،ص 42.

[4]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص97.

[5]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق،ص 328.

بعد أن بيَّنا معنى عمل أهل المدينة عند المالكية وأقوال العلماء في الاستدلال به، بقي أن نبيّن وجه علاقته بأصل ما جري به العمل، وذلك بالوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما، وهذه المسألة هي من أكبر أسباب الخلاف بين العلماء في اعتبار ما جرى به العمل، وجواز إلحاقه وقياسه على عمل أهل المدينة، وهل يصح أن يكون ما جرى به العمل امتدادا لعمل أهل المدينة وتابعا له؛ بحيث يصح بناؤه عليه؟

جاء في الفكر السامي:" تقدم أن من أصول مذهب مالك عمل أهل المدينة من أهل القرن الأول والثاني وليس مالك أول من قال به، بل ثبت عن شيوخه كالزهري وربيعة بن أبي عبد الرحمان ومن عاصرهما... ولما خيَّم مذهب مالك بالقيروان سرت تلك الفكرة لعلماء إفريقية ثم الأندلس، فكانوا يحتجُّون بما أفتى به علماؤهم وقضى به قضاتهم"[1].

ومع مرور الزمن وانتشار المذهب المالكي في الغرب الإسلامي تطور هذا العمل، "وظهر بمظهر يتفق مع عمل أهل المدينة في المبدأ ويختلف عنه في الاعتبارات"[2]، أي مع فارق الزمان والمكان والأشخاص.

وبيان ذلك أن الفقهاء أخذوا يدرسون الأحكام الشرعية المنقولة عن إمامهم؛ فجرى لهم في استخراج المسائل نفس ما جرى للمجتهدين، فتعددت أقوالهم في معظم النوازل بناء على ما فهموه من نصوص إمامهم وشيوخ مذهبه، بالإضافة إلى ما وجدوه من تعارض بين تلك الروايات والأقوال، فبعضها كان دليلها أقوى، وبعضها قال به الأكثر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان عمل أهل المدينة عند مالك مصدرا من مصادر الفتوى وأصلا يستنبط به الأحكام، كما كان يستعمل عمل أهل المدينة عند تعارض الأدلة لديه، وكذا عند سكوت النصوص عما هو جار به العمل[3].

فالأول باعتبار الأقوال والروايات، والثاني باعتبار الاستنباط والاستدلال.

[1]. الحجوي الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج4، ص 464.

[2]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق،ص 342.

[3]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص 101.

وهذا الأمر قد تقبله علماء وأنكره آخرين، ومن الذين أنكروه المقري[1] حيث قال:" فبينا نحن ننازع الناس في عمل أهل المدينة، ونصيح بأهل الكوفة، مع كثرة ما نزل بها من علماء الأمة؛ كعلي وابن مسعود ومن كان معهما ...،وإذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة وهي مستقر الوحي ومنزل الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة"[2]، وتابعه في ذلك أبو محمد بن الستاري[3] من فقهاء المالكية[4].

وقد أجاب ابن فرحون عن اعتراض المقري بقوله:" وكلامه في الجواب عما جرى به العمل غير شاف، وقياسه على عمل أهل المدينة غير مستقيم، فإن اختلف العلماء في عمل أهل المدينة إنما هو بالنسبة إلى الإجماع، وليس ذلك من الباب الذي نحن فيه"[5].

وبالغ الحجوي الفاسي في انتقاد هذا المسلك ورده فقال:" وهذا سلاح استعمله متأخروا المالكية مهما لم يجدوا في الحديث مطعنا، ادعوا العمل، ولا ينبغي لهم ذلك في دين الله"[6].

وتجدر الملاحظة إلى أن ما جرى به العمل عند متأخري المذهب ليس مرادفا لعمل أهل المدينة، لاختلاف مفهومهما، إذ مبنى عمل أهل المدينة على المشاهدة والملاحظة المستمرة لأمور حصلت من عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى زمن الإمام مالك رحمه الله في مكان مخصوص هو المدينة المنورة، وحتى ما كان منه اجتهاديا فهو أيضا متعلق بعلماء ذوي قدر وذكر، بخلاف ما جرى

---

[1]. **المقري الجد**: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد التلمساني الشهير بالمقري، أحد محققي المذهب الثقات، أخذ عن ابن عبد السلام وعبد الله المنوفي، وعنه أخذ الشاطبي وابن خلدون وابن الخطيب وابن جزي، له كتاب القواعد لم يسبق إليه، ت756هـ.
ينظر:(المقري، نفح الطيب،مرجع سابق، 203/5, لسان الدين بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة لابن الخطيب، تحقيق عبد الله عنان، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2: 1980م، 191/4، مخلوف، شجرة النور الزكية،مرجع سابق، ص232).

[2]. المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد: القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث، مكة المكرمة، دط:دت، ج1، ص84. وكذا: المقري: نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، مرجع سابق، ج1، ص557.

[3]. **ابن الستاري**: هو أبو محمد عبد الله بن علي الأنصاري، يعرف بابن الستاري الأندلسي، أخذ عن ابي الحسن الأبياري وانتفع به وأبي العز وأبي الحسين المقدسي، حدث عنه عبد الرحمان بن غالب وقرأ عليه ابن أبي الربيع، له أجوبة تدل على متانة علمه، ت647هـ.(التنبكتي:نيل الابتهاج، كلية الدعوة،ص214/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص183/).

[4]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج10، ص 47.

[5]. ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص 55.

[6]. الحجوي الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2، ص461.

به العمل، إذ مبناه على أقوال ضعيفة تعززت بأسس معتبرة في المذهب، فأصبحت في مرتبة الراجح أو المشهور[1].

وقد حاول بعض الباحثين أن يجمع أوجه الشبه لقياس عمل الفقهاء على عمل أهل المدينة، فتحصل على ثلاثة أوجه هي:[2]

1/ كان الإمام مالك إذا تعارضت لديه الأدلة أخذ بما صاحبه عمل أهل المدينة، فالفقهاء قاسوا على هذا وقالوا: إذا تعارضت الأقوال يؤخذ بما صحبه عمل الفقهاء في البلد الذي جرى فيه العمل.

2/ من الأسس التي بني عليها عمل أهل المدينة؛إستمرار العمل من طرف أكثر الناس، بمن فيهم فقهاء التابعين، والاستمرار أحد عناصر العرف، وكذلك عمل الفقهاء كثيرا ما يعتمد على العرف.

3/ أكثر عمل أهل المدينة يكون في الأقضية وفتاوى الصحابة والتابعين، وهؤلاء أدرى بفهم النصوص وتطبيقها، وكذلك عمل الفقهاء يكون من أقضية وفتاوى العلماء ذَوُوا أهلية الترجيح.

ويُجاب بأن قياس عمل الفقهاء بعمل أهل المدينة هو قياس مع الفارق، فليست الأدلة في المذاهب كالأقوال والروايات داخل المذهب الواحد، إلَّا أن يقال أن عمل أهل المدينة الاستدلالي مبني على عرف المدينة.

المبحث الثالث:

نشأة ما جرى به العمل وتطوره.

يعتبر ما جرى به العمل من الخصائص التي انفردت بها المدرسة المالكية المغربية دون غيرها من المدارس الأخرى، "فقد نشأ وترعرع في الغرب الإسلامي بما في ذلك الأندلس والمغرب، وعرف عدة تطبيقات عملية، بخلاف المشرق الذي لم يعرف من التأصيل والتطبيق ما عرف في الصقع

[1] . محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي،مرجع سابق، ص: 515.

[2] . العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص183.

الأول، بالرغم من وجود حملة وأتباعه للمذهب هنالك"[1]،"وقد كان حبوه الأول في ديار الأندلس التي ازدانت بفقهاء كبار، كان لهم من سعة الأفق ووفور العلم وشفوف الرأي ما أسعفهمعلى النهوض بفقه القضاء، ومواجهة النوازل بفكر استصلاحي وقاد"[2].

ومن أرض الأندلسانتقل العمل إلى أرض المغرب وما جاورها من الحواضر الأخرى، غير أنه ظهر متأخرا بعض الشيء عنها، ومتأثرا بعمل أهل الأندلس، ثم أخذ يتطور ويتوسع حتى صار له من الذيوع ما لا يخفى على أي قاض أو مفتٍ، كما كانت تحكمه في تلك البلاد ظروف اقتصادية وسياسية واجتماعية، لذلك أردنا أن تكون الدراسة التاريخية لهذا الأصل مقسمة على أربعة فروع هي:

. المطلب الأول: نشأة العمل بالأندلس.

. المطلب الثاني: تطور العمل بالمغرب.

. المطلب الثالث: أسباب ظهور العمل وتطوره.

. المطلب الرابع: مصادر ما جرى به العمل.

المطلب الأول: نشأة العمل بالأندلس.

ما إن انتهى القرن الثالث الهجري حتى كان المذهب المالكي قد استقر بالأندلس، وأصبح له أئمة وأعيان بلغوا من الاجتهاد مرتبة عليا، "حتى أن أهل قرطبة اشترطوا في سجلَّاتهم أن لا يخرج القاضي عن قول ابن القاسم ما وجده"[3]،وكان المقصود من هذا الشرط هو توحيد مذهب القضاء، ومنع القاضي من أن يحكم بحسب اجتهاده إذا خالف المشهور، وحسمًا لمادة الخلاف، فكان القضاء والإفتاء لا ينفذان إلا وفق مشهور المذهب.

---

[1] . محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 515.

[2]. الريسوني، قطب: ما جرى به العمل نظرية في الميزان، مجلة العدل، عدد 43، رجب 1430هـ، ص23، 24.

[3] . الحجوي الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2،ص 516. وقد اختلف الفقهاء في شرط أهل قرطبة هذا على ثلاثة مذاهب:الصحة للباجي، والبطلان للطرطوشي، صحة التولية وبطلان الشرط للحطاب.، ينظر: ابن فرحون، التبصرة: ج1،ص52. الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص98.

ورغم ذلك فقد كان لعلماء الأندلس اجتهادات فقهية ميَّزتهم عن غيرهم من أعلام مذهب مالك بالأقطار الأخرى، "وهذه الاجتهادات هي عبارة عن مخالفات استقلَّ بها أئمة الأندلس عن رأي الإمام مالك ورأي كبار أصحابه كابن القاسم، وأصبحت هذه الآراء هي المعتمدة والمتَّبعة بسائر بلاد الأندلس والمغرب، وعليها جرى القضاء والفتيا"[1]، كما سيأتي ذكرها.[2]

قال ابن عاشور[3]:"نشأ من الاتجاه القضائي التوثيقي في المذهب المالكي أن انفتحت للقضاة أبواب واسعة للاجتهاد في الأخذ بالأحكام المنصوص عليها في دواوين المذهب، على وجه قد يحملهم على مخالفة المنصوص والمشهور، إذ يرون ذلك أدعى إلى تحقيق مقصد الشرع من صلاح الناس"[4]، والمستند العام في ذلك قول عمر بن عبد العزيز:" تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور".

ولا يعلم بالضبط والتدقيق الوقت الذي بدأ فيه هذا العمل، وإنما يستنتج من بعض الأحداث والوقائع التاريخية أنه كان حوالي **القرن الرابع الهجري**، وقد أورد كل من الجيديوالعسري أدلة على ذلك هذا مجملها:[5]

1/أن الدولة الأموية خلال القرن الرابع الهجري كانت حريصة على متابعة الأقوال المشهورة والراجحة في المذهب المالكي، فتقضي هذه الحالة أن الحكام هناك لم يقلدوا الأقوال الضعيفة حتى زالت عنهم تلك الرقابة، لما دبَّ الضعف إلى الدولة.

2/ ثبت أن الإمام ابن الهندي[1](ت 399هـ) أحد أصحاب الشورى، نصَّ على جريان العمل بالقول بإعطاء الخصم نسخة من حجج خصمه، سواء أكانت مشكلة أم لا، وقد كان يجري

---

[1] . الهروس، مصطفى: المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص، المملكة المغربية،دط: 1418هـ/1997، ص 279.

[2]. ينظر الصفحة 44 وما بعدها.

[3]. **محمد الفاضلبن عاشور**: قرأ على والده محمد الطاهر بن عاشور، له أعلام الفكر الاسلامي، التفسير ورجاله، ت1390هـ. (ينظر: رضا كحالة: معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط1: 1414هـ/1993م، بيروت،ج3. ص552).

[4] . ابن عاشور، محمد الفاضل: ومضات فكر، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981م،ج2 , ص 73.

[5] . ينظر: الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 345، 346، و مباحث في المذهب المالكي,مرجع سابق، 182، 183, العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 125.

في هذه المسألة بالمشهور، وهو أن لا تعطى النسخ إلا إذا كانت مشكلة، وابن الهندي هو من أهل القرن الرابع الهجري.

3/ ثبت أن ابن لبابة القرطبي[2](ت314هـ) كان يفتي بعدم اشتراط الخلطة في اليمين، جريًا على عمل أهل بلده، وابن لبابة من أهل القرن الرابع أيضا.

4/ ثبت أن القاضي منذر بن سعيد البلوطي[3](ت 355هـ) كان يقضي بمذهب مالك والعمل الجاري في بلده إذا تصدر للحكومة، مع نزعته الظاهرية، وقد ولي القضاء سنة 339هـ.

ولعل هذه الأدلة كافية لإثبات ابتداء العمل خلال القرن الرابع الهجري، لكنه لم يكن له من الذيوع والشهرة ما يجعله معروفا إلا بعد القرن الخامس، حيث كانت لفظة "ما جرى به العمل" جارية على ألسنة الفقهاء ومبثوثة في كتبهم، كفصول الأحكام للباجي[4].

ومع مرور الزمناستمرت مسائل العمل في مخالفة المشهور بالأندلس، واتخذت هذه المخالفات أشكالا مختلفة منها:[5]

أولا: المخالفات الفردية لمذهب مالك:

ومن الفقهاء الذين خالفوا مذهب مالك رحمه الله الإمام يحي بن يحي الليثي[1]؛ الذي اختار مذهب الليث بن سعد في مسألة القنوت، فقد كان لا يرى القنوت في صلاة الصبح ولا غيرها، وهو

---

[1]. **ابن الهندي:** أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم المعروف بابن الهندي، أخذ عن أبي إبراهيم إسحاق بن أبي إبراهيم، وروى عن قاسم بن أصبغ ووهب بن مسرة وعبد الله بن أبي الديلم، وكان مقدما عند القاضي محمد بن السليم، ألف كتابا في الشروط عليه اعتماد الموثقين، ت399هـ.(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 101).

[2]. **محمدابن لبابة:** أبو عبد الله محمد بن لبابة القرطبي، روى عن عبد الله بن خالد ويحي بن مزين وعبد الأعلى بن وهب وأصبغ بن خليل والعتبي، وعنه اللولوي وابن مسرة وابن ذكوان، ت314هـ.(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص86).

[3]. **منذر بن سعيد البلوطي:** قاضي الجماعة بقرطبة، سمع من عبيد الله بن يحي بن يحي، غلب عليه التفقه بمذهب داوود والأحذ به، فإذا جلس للخصومة قضى بمذهب مالك وأصحابه، له أحكام القرآن والناسخ والمنسوخ، ت355هـ(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 90).

[4]-قالالباجي:"قد أوعبنا في كتابنا هذا ما إليه أشرنا من شرح فصول الأحكام، وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام" . فصول الأحكام ، مرجع سابق، ص 84.

[5]. الهروس: المدرسة المالكية الأندلسية، مرجع سابق، ص284.

خلاف مذهب مالك[2]، كما خالف مذهب مالك في كفارة من أفطر في نهار رمضان معتمدا، فمذهب مالك التخيير بين العتق وصوم شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكينا، وأفتى الأمير عبد الرحمان بن الحكمبصيام شهرين متتابعين بسبب مواقعته لزوجته في نهار رمضان متعمدا.[3]

وخالف عبد الملك بن حبيب[4] مذهب مالك في العدد الذي تنعقد به الجمعة، فقال لا تنعقد إلا بعشرين رجلا، بينما لم يشترط مالك لذلك عددا.[5]

ونقل القاضي عياض عن الفقيه محمد بن سعيد بن الملون[6] أنه كان يفتي باستتابة الزنديق، وهو خلاف مذهب مالك الذي يرى قتله دون استتابة.[7]

وغير هذا كثير، ولو تتبعنا خروج الفقهاء على المذهب المالكي بالأندلس لطال بنا البحث لكثرتها، علما أن بعض هذه المخالفات جاءت مخالفة للنصوص الصريحة وخارجة عن إجماع العلماء، الشيء الذي دفع ببعضهم إلى إنكارها.[8]

ثانيا: المخالفات الجماعيةلمذهب مالك.

---

[1]. **يحي بن يحي**: أبو محمد يحي بن يحي بن كثير الليثي القرطبي، روى الموطأ عن مالك، سمع ابن وهب وابن القاسم وابن عيينة ونافع القارئ والليث بن سعد، وعنه أبناؤه عبيد الله وإسحاق و يحي، وابن حبيب وتفقه به العتبي ومحمد بن وضاح، ت234هـ.(ينظر: . ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، ص431/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص64/63).

[2]. القاضي عياض: ترتيب المدارك، تحقيق عبد القادر صحراوى، مطبعة فضالة ، المحمدية ، الغرب، 1982،ج3، ص383.

[3]. المقري: نفح الطيب، مرجع سابق، ج2، ص222.

[4]. **عبدالملك بن حبيب**: أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي، إنتهت إليه رياسة الأندلس بعد يحي بن يحي، روىعن الغازي بن قيس وزياد بن عبد الرحمان وسمع ابن الماجشون ومطرفا وعبد الله بن عبد الحكم وأصبغ، سمع منه ابناه محمد وعبد الله، وابن وضاح، له: الواضحة في الفقه والسنن، وتفسير الموطأ، ت238هـ. (ينظر: ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، ص252/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 75 .)

[5]. ابن عبد البر؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2: 1413هـ/1992م، ص70.

[6]. **محمد بن سعيد بن الملون**: أبو عبد الله محمد بن سعيد بن بشير بن شراحيل، تولى قضاء قرطبة، كان عالما بالوثائق، روى عن مالك ويحي بن يحي، ت198هـ.(ينظر: / عياض: ترتيب المدارك، مرجع سابق، ج4، ص452/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص 63).

[7]. القاضي عياض: ترتيب المدارك،مرجع سابق، ج4، ص 452.

[8]. الهروس : المدرسة المالكية الأندلسية، مرجع سابق، ص288.

اهتمَّ العلماء قديما بهذا الموضوع، وأحصوا المسائل الفقهية الفرعية التي خالف فيها فقهاء الأندلس رأي الإمام مالك، فحصرها أبو إسحاق الغرناطي في ستة مسائل، ونظمها ابن غازي[1] في أرجوزته فقال:

قد خولف المذهب في أندلس في ستة منهن سهم الفرس

وغرس الأشجار لدى المساجد والحكم باليمين قل والشاهد

وخلطة والأرض بالجزء تلي ورفع تكبير الآذان الأول[2]

وبيان هذه المسائل كالأتي:[3]

1/ سهم الفرس: مذهب مالك سهمين اثنين في الغنيمة للفرس ولراكبه سهم واحد، وجرى عمل الأندلس بسهم واحد للفرس وسهمين للراكب.

2/ غرس الأشجار بالمساجد: مذهب مالك عدم جواز غرس الأشجار بالمسجد، وعمل الأندلسيون على جواز غرسه، وهو مذهب الأوزاعي.

3/ الحكم باليمين مع الشاهد: جرى عمل الأندلسيين بعدم الحكم باليمين مع الشاهد، وهو خلاف المذهب، والذي يقضي بالجواز.

---

[1]. **ابن غازي**: أبو عبد الله محمد بن أحمد المكناسي ثم الفاسي، أخذ عن أبي زيد الكاوانيوالقوري وابن مرزوق الكفييف، وعنه عبد الواحد الونشريسي وعلي بن هارون، له كتاب شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ونظم مشكلات الرسالة، وتكميل التقييد، ت919هـ، ينظر:(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص276).

[2] . ينظر هذه المسائل: حاشية الطالب حمدون بن الحاج على ميارة، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب ط1: 1418هـ/1998م،ج1, ص162. المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى أو المعيار الجديد،دار الحديث، دط:1417هـ /1996م، ج8، ص187، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ، صححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420هـ/2000م،ج1 ص21.

[3] . ينظر: العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص127/126.، الهروس: المدرسة المالكية الأندلسية، مرجع سابق، ص300/291 بالتفصيل في كل مسألة.

4/ عدم اعتبار الخلطة في اليمين: ذهب مالك وكافة أصحابه إلى أنه لا تجب اليمين إلا إذا كانت هناك خلطة بين المدعي والمدعى عليه، غير أن الأندلسيين لا يعتبرون خلطة، ويوجبون اليمين بمجرد الدعوى.

5/ كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها: مذهب مالك عدم جواز كراء الأرض بما يخرج منها، وعمل الأندلسيين الجواز، وهو مذهب الليث.

6/ رفع تكبير الآذان الأول: جرى عمل الأندلسيين بأن يرفع المؤذن صوته بأول الآذان.

ثالثا: مخالفاتهم لابن القاسم.

رغم الثِّقة التي نالها ابن القاسم عند المغاربة حتى أصبح قوله في المدونة هو المشهور في اصطلاح المغاربة؛ فإن مالكية الأندلس خرجوا عن مذهب المدونة، واستقلوا عن رأي ابن القاسم في عدة مسائل فقهية، أوصلها ابن هشام[1] إلى ثماني عشرة مسألة، ذكرها المكناسي[2] في مجالسه، وعليها درج ابن عاصم[3] في التحفة، وهي:[4]

1/ مراعاة الكفء في النكاح في المال والحال.

2/ أن ما التزمته المالكة أمر نفسها في الخلع من نفقه ولدها الحولين لازما، وهما قولا ابن المخزومي[5].

---

[1]. **ابن هشام**: هو أبو الوليد هشام بن أحمد بن هشام، قاضي غرناطة، أخذ عن أبي الوليد الباجي وأبي العباس الدالائي، له المفيد في الأحكام، ت530هـ.(ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، ص420).

[2]. **القاضيالمكناسي**:قاضي الجماعة أبو عبد الله محمد بن عبد الله اليفرنيالمكناسي، من ذرية أبي الحسن الطنجي، العارف بالأحكام والنوازل، أخذ عن القوري وعيسى المصمودي ، أخذ عنه الونشريسي وابن عبد الواحد وعلي بن هارون، له: مجالس القضاة والحكام، والتنبيه والاعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأحكام، ت917هـ، (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص275).

[3]. **ابن عاصم**: هو أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، أخذ عن الشاطبي والشريف التلمساني وابن لب، وعنه ولده القاضي أبو يحي وغيره، له تآليف مفيدة منها: التحفة وقع عليها القبول واعتمدها العلماء، وله أرجوزة في الأصول واختصار الموافقات، ت829هـ، (ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص247).

[4]. ينظر:شرحميارة على التحفة، مرجع سابق، ج2،ص44. التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1, ص485.

[5]. **ابن المخزومي**: هو المغيرة بن عبد الرحمان بن الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة بن عمر بن مخزوم، سمع أباه وجماعة كهشام بن عروة وأبي الزناد ومالك، روى عنه جماعة كمصعب بن عبد الله وأبي مصعب الزبيدي، خرج عنه البخاري وأصحاب السنن، ت186هـ.(ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، ص431، محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص56).

3/ أن لا يلزم إلاخدام إلا في ذات القدر، وهو قول ابن الماجشون[1].

4/ جواز أخذ الأجرة في الإمامة على الفريضة والنافلة، وهو قول ابن عبد الحكم.

5/ جواز بيع كتب الفقه، وهو قول أكثر أصحاب مالك.

6/ جواز أفعال السفيه الذي لم يول عليه، وهو قول مالك.

7/ جواز التفاضل في المزارعة إذا سلمت من كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها، وهو قول عيس بن دينار[2].

8/ لا تنعقد المزارعة إلا بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة[3].

9/ عدم جواز قسمة الدار إلا أن يصير منها لكل واحد من الشركاء من البيوت والساحة ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه.

10/ وجوب الشفعة في الأموال الموظفة، وهو قول أشهب[4] ومذهب الليث.

11/ عدم وجوب الحميل بالحق إلا بشاهدين، وهو قول سحنون.[5]

---

[1]. **ابن الماجشون**: أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون، مفتي المدينة، تفقه بأبيه ومالك، وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون وابن المعذل، ت212هـ.(ينظر: ابن فرحون: الديباج، ص425 / محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 56.).

[2]. **عيسى بن دينار**: أبو محمد عيسى ابن دينار القرطبي، سمع من ابن القاسم وعول عليه وله سماع منه يقع في عشرين جزء، وله كتاب الهدية في عشرة أجزاء،ت212هـ، (ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق،ص362/الحجوي: الفكر السامي،ج3، ص112).

[3]. **ابن كنانة**: هو أبو عمر عثمان بن عيسى بن كنانة، أخذ عن مالك وجلس إليه في حلقته بعد وفاته، ت186هـ،(ينظر: عياض: المدارك، مرجع سابق، ج3، ص22, 23).

[4]. **أشهب**: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داوود القيسي المصري، إنتهت إليه رياسة الفقه بمصر بعد ابن القاسم، روى عن الليث بن سعد والفضيل بن عياض ومالك وبه تفقه، وعنه بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين و سحنون و زونان، خرج عنه أصحاب السنن، ت204هـ، (ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص59).

[5]. **سحنون** : أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني، أخذ عن البهلول بن راشد وعلي بن زياد وأسد بن الفرات وابن القاسم وابن وهب وأشهب ، وعنه كثر منهم: أبنه محمد وابن عبدوس، ت240هـ. (ينظر: الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص117/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 70).

12/ وجوب الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، فإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن، وهو قول أشهب.

13/ دخول الشيء المستحق في ضمان المستحق منه إذا ثبت بشاهدين، وهو قول مالك في الموطأ.

14/ عدم جواز الشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس المعقبة.

15/ وجوب القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف.

16/ وجوب اليمين على الحالف قائما مستقبل القبلة، وهو قول ابن الماجشون.

17/ منع الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف.

18/ أجرى فقهاء قرطبة العمل بوجوب الشفعة فيما لا ينقسم إلا بضرر، كالفرن والحمام، وهو قول مالك وأشهب وابن الماجشون وأصبغ[1].

المطلب الثاني: تطور العمل بالمغرب.

لم يكن المغرب في منأى عن التطورات التي كانت تحدث بالأندلس، فبحكم الجوار والمسافة بين البلدين انتقلت عدوى العمل بالضعيف ومخالفة المشهور . على حدِّ تعبير الجيدي .[2]، ولكثرة الرحلة والمراسلات بين فقهاء الأندلس والمغرب تبنَّى المغاربة هذا النوع من التَّفقُّه،"وهو الرجوع إلى الأقوال المتروكة أو المحكوم عليها بالضعف أو المرجوحية، للنظر فيها من النواحي النقدية... فنشأ هذا المنهج الجديد الذي هو منهج التَّفقه،...إذ أدخلوا في فتاويهم أو أحكامهم . لاسيما الذين تولوا منصب القضاء منهم، الاختيارات والترجيحات"[3].

---

[1]. **أصبغ**: أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، روى عن الدراوردي ويحي بن سلام وعبد الرحمان بن زيد، سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب وتفقه معهم، روى عنه: الذهبي والبخاري وابن وضاح، وتفقه به ابن المواز وابن حبيب، له: كتاب الأصول، تفسير حديث الموطأ، وكتاب الرد على أهل الأهواء، ت225هـ.(ينظر: ابن فرحون: الديباج، مرجع سابق، ص160/محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص66).

[2]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 350، مباحث في المذهب المالكي: مرجع سابق، ص 190.

[3]. ابن عاشور، محمد الفاضل: محاضرات مغربيات، جمع عبد الكريم محمد، الدار التونسية، تونس، دط:1394هـ/1974م، ص 85،86.

ولقوة تأثر المغاربة بأهل قرطبة اعتبر كلا العملين عمل واحد، لأن المغاربة بنوا أحكامهم على عمل أهل قرطبة، ثم توسعوا بعد ذلك في العمل بالأقوال الضعيفة والشاذة، وفقًا لأعراف البلد وظروفه الاجتماعية، قال الحجوي:"ولما ظهر النبوغ العلمي بفاس، وفضل علمائها الأكياس، أخذوا بتلك التقاليد، ولكن غالب عملهم كان تابعا لعمل أهل الأندلس، من لدن تغلب الأمويين على المغرب آخر القرن الثالث وأول الرابع... فكانوا يأخذون بعمل الأندلس غالبا"[1]

غير أن ما ذهب إليه الحجوي لا يسلم، لأن دخول العمل إلى المغرب قد تأخَّر نسبيًا، وقد استبعد الجيدي أن يكون للمغاربة عمل مخصوص بهم في القرن الثالث والرابع، لأن العمل آنذاك كان موحدًا.[2]

أما عن تحديد تاريخ ابتداء العمل في المغرب فإن ذلك من الصعوبة بمكان، لاسيما وأن المصادر التاريخية لا تسعف في ذلك، قال الجيدي:" لا يعلم بالضبط تاريخ ابتداء العمل بالمغرب، وكل ما نعلمه أنه كان قطعا قبل القرن العاشر الهجري"[3]، فلذلك تعد بداية العمل بالمغرب ما تزال مطوية في مجاهل التاريخ، ولكن القرائن قائمة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون **القرن الثامن الهجري**، ومن القرائن الدالة على ذلك أن العمل بشهادة اللفيف[4] كان جاريا آنذاك.

سُئل أبو الحسن الصغير (ت719هـ) عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، هل يكفى فيه بهذا العدد أم لا بد من عدلين؟ فأجاب :" لابد من عدلين أو ينتهي العدد إلى حد التواتر".[5]

وقد رجح ابن عاشور[1] هذا الرأي فقال:" وبينت أن ما بني عليه الترجيح أو الاختيار إنما كان مستندا إلى أمور من الإرهاق أصبحت غير متجلية بتبدل الأحوال، ولاسيما في الانقلابات الاجتماعية الهائلة التي ظهرت في القرن الثامن والتاسع مما لا سبيل إلى بسطه"[2].

---

[1] . الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج 4، ص 465.

[2] . الجيدي: العرف والعمل،مرجع سابق، ص351.

[3] . المرجع نفسه، ص 350.

[4] . **شهادة اللفيف**: هي شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة بحيث يحصل بها العلم على وجه التواتر، المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، مرجع سابق، م6/12. ص94.

[5] . ابن هلال، إبراهيم: الدر النثير على أجوبة أي الحسن الصغير، طبعة حجرية، ص7.

وهذا الذي انتهى إليه عمر الجيدي، وعلَّله باستقلال المغرب في التشريع بعد انكماش ظل الإسلام في الديار الأندلسية بعد سقوط غرناطة، ونزوح علمائها إلى المغرب.[3]

وبعد القرن الثامن تتابع العمل بالمغرب تدريجيًّا،إلى أن دخل في معظم أبواب الفقه وغطَّى معظم تآليف الفقهاء؛ كابن عاصم(ت829هـ) الذي بدأ بكثير من قضايا العمل، وعلي ابن قاسم الزقاق(ت912هـ) الذي عقد فصلا مستقلا في لاميته لما جرى به العمل، حيث قال :

وفي بلدة الغراء فاس وربنا يقي أهلها من كل سوء تفضلا

جرى عمل بالاتي كما جرى بأندلس في البعض منها مؤصلا

ثم جاء أحمد بن القاضي[4](ت1025هـ) فألف" نيل الأمل فيما بين الأئمة جرى العمل"، وبعده العربي الفاسي[5] (ت1052هـ) في كتاب صغير حول العمل بشهادة اللفيف، وألف محمد بن أحمد ميارة (ت1082هـ) في مسألة بيع الصفقة ، ونظم عبد الرحمان الفاسي (ت1096هـ) نحو

---

[1]. **الطاهر بن عاشور**: أبو عبد الله محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن محمد بن عاشور، تولى قضاء الحاضرة، أخذ عن أخيه الشيخ محمد والشيخ بن ملوكة والشيخ الرياحي وغيرهم، وعنه الكثير، ألف حاشية على القطر، وشرحا على البردة، تقييد على حاشية الشيخ عبد الحكيم على المطول، والتحرير والتنوير، ومقاصد الشريعة الإسلامية، ت1284هـ,(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص392).

[2]. ابن عاشور: محاضرات مغربيات, مرجع سابق، ص 86.

[3]. الجيدي: المرجع السابق، ص 351.

[4]. **ابن القاضي**: أبو العباس أحمد بن عمر بن أبي العافية الشهير بابن القاضي، أخذ عن والده وأحمد بابا والمنجور والسراج والقصار والبدر القرافي سالم السنهوري، وعنه ابن عاشر وميارة و الشهاب المقري، له: نيل الأمل فيما بين الأئمة جرى العمل، ت1025هـ.(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 297).

[5]. **محمدالعربي الفاسي**: أبو عبد الله محمد العربي ابن الشيخ أبي المحاسن يوسف الفاسي، أخذ عن أبه وأب الطيب الزياني وعمه عبد الرحمان والشيخ القصار، وعنه أخذ بنوه الأربعة وابن أخيه عبد القادر بن علي الفاسي، له: عقد الدر في نظم نخبة الفكر ومنظومة في الزكاة، وجزء في حكم شهادة اللفيف، ت1052هـ.(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 302).

ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل في فاس، كما نظم السجلماسي (ت1214هـ) العمل المطلق غير مقيد ببلد معين وشرحه بنفسه،...إلخ[1].

المطلب الثالث: أسباب ظهور العمل وتطوره.

اختلف المؤرخون والباحثون في المذهب المالكي في تبرير ظهور نظرية الأخذ بما جرى به العمل والأسباب الدافعة لذلك، تبعا لاختلافهم في قبول هذه النظرية وردها وانتقادها، وذلك من خلال مقاربات اجتماعية سياسية وتاريخية للمغرب الإسلامي وما آل إليه الفقه آنذاك.

فمنهم من يرى أن العمل بالضعيف والشاذ لموجب هو من علامات انحسار الفقه وجموده وضعف فقهاء العصر وقلتهم، كابن العربي الذي يرى أن ذلك من قواصم العلم، قال:" ثم حدثت حوادث لم يلقوها في نصوص المالكية، فنظروا فيها بغير علم فتاهوا، وجعل الخلف منهم يتبع في ذلك السلف، حتى آلت الحال ألاّ يُنظر إلى قول مالك وكبراء أصحابه، ويقال قد قال في هذه المسألة أهل قرطبة، وأهل طلمنكة، وأهل طليطلة، وأهل طلبيرة، فانتقلوا من المدينة وفقهائها إلى طلبيرة وطريقتها، و حدثت قاصمة أخرى تعلم العلم"[2].

ومن المالكية الذين يرون أن العمل بالضعيف هو ضعف في الدين والتفقه، ومحض تقليد؛ الإمام المقري الجد، حيث شنَّع على عمل قرطبة وأهلها قائلا:"سنح لنا بعض الجمود و معدن التقليد أن نأخذ بعمل أهل قرطبة، يالله ويالله للمسلمين، ذهبت قرطبة وأهلها، ولم يبرح من الناس جهلها، ما ذاك إلا لأن الشيطان يسعى في محوِ الحق فينسيه، والباطل لازال يلقِّنه ويلقيه"[3].

ويعزي بعض العلماء المتأخرين السَّبب في قيام العمل إلى التقهقر الذي حصل في جسم الأمة، والضعف والهوان الذي أصابها، لما للأحكام من الارتباط الوثيق بالسياسة والدولة،وهي المرحلة التي نعتها الحجوي"بمرحلة الهرم الفقهي" عند قوله:"وكل ذلك من أسباب هرم الفقه، ومن أسباب

---

[1] . ينظر: عبد العزيز بن عبد الله: معلمة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 274، الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 347، 348، ابن عاشور: محاضرات مغربيات،مرجع سابق، ص 87/86، الريسوني: ما جرى به العمل نظرية في الميزان، مرجع سابق، ص 25.

[2] . ابن العربي، أبو بكر:العواصم من القواصم، تحقيق عمار طالبي، دار التراث، القاهرة، ط1:1417هـ/1997م، ص377/366.

[3] . المقري: القواعد، مرجع سابق، ج1،ص84.

ضياع الثقة بالمحاكم الشرعية الإسلامية[1]... وهذا مما زاد الفقه صعوبة"[2]، فالأمة في عهد قوتها وعظمتها لا تلجأ لمثل هذا، ولكن عندما تضعف لا تستطيع التَّمشِّي مع المشهور أو الراجح في بعض مسائل الأحكام.[3]

وقد أورد صاحب نظرية الأخذ بما جرى به العمل رأي الحجوي الفاسي وحاول الرد عليه، وتبريره بعدة مبررات منها:[4]

1/ أن ظهور نظرية العمل وتطبيقاتها كان من موجبات ازدهار الفقه وبعث روح الحياة فيها.

2/ أنه لا علاقة لنظرية العمل بما حصل في المشرق الإسلامي من الضعف العام السياسي والاجتماعي خلال عصر الانحطاط، لأن المغرب الإسلامي كان في منأى عن كل ذلك.

3/ أن نظرية العمل فسحة من فسح الشريعة الإسلامية التي تدل على صلاحيتها لكل زمان مكان، وأنها تمثل المنهج العام المرن والمتطور.

غير أن هذا غير كاف لإثبات أن ما جرى به العمل إنما هو نتيجة اجتهاد وتطور في الفقه المالكي، لأن الحقائق التاريخية لا تدل عليه.

وقد حاولنا جمع أسباب نشأة ما جرى به العمل وتطوره فتحصل لنا مجموعة من الأسباب وهي:

1/ غلبة المذهب المالكي بالغرب الإسلامي وضعفه بالمشرق، وغلبة المذهب تستدعي نفوذ القضاء، وتدخل الفتوى لحل مشاكل الناس، ومسايرة الأحداث والتطور الحاصل في المجتمع.

2/ أن فقهاء المذهب المالكي فتحوا بابًاللاجتهاد عن طريق ما جرى به العمل، حين طرأت نوازل ووقائع، واستجدت أمور كان لابد من مواجهتها بالنظر في أقوال المذهب المهجورة ليصبح لها حظ من النظر بعد تقويتها بأدلة وأصول أخرى.

---

[1]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص 470.

[2]. المرجع نفسه: ج4، ص467.

[3]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 343.

[4]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص 106...110.

3/ المحافظة على المرجعية الفقهية المالكية وحرمة المذهب وهيبته، وذلك بعدم الرجوع إلى الأقوال الأخرى في المذاهب الأخرى ولو كانت قوية، لأن الأقوال الضعيفة في المذهب تقدم على الأقوال القوية في المذاهب الأخرى عند من يرى وجوب التمسك بالمذهب، ولا يخفى قصور هذا الرأي وضعفه.

قال الجيدي:" إن فقهاء المالكية لما سجنوا أنفسهم داخل مذهبٍ واحد لا يتعدَّونه، واجهتهم مشكلة تعدد الأقوال في المذهب الواحد، فحاولوا التغلب عليها باعتماد القول الراجح والمشهور، ولكن هذا الراجح والمشهور قد يعارضه مرجح آخر، كأن يكون فيه حرج ومشقة على الناس، أو يخالف أعرافهم وما اعتادوه، فيلجأ الفقهاء لمخالفة المشهور أو الراجح ويستندون إلى قولآخر ضعيف، فيصبح جريان العمل به أقوى، وهي حيلة بارعة لجؤوا إليها للتَّخفيف من وطأة كثرة تضارب الآراء الفقهية في مسائل الفروع"[1].

4/ علَّل الولاتي[2] توسع المتأخرين في العمل بالضعيف بأن فتاويهم أكثر مبناها المصالح المرسلة والعوائد وسد الذرائع وإزالة الضرر وارتكاب أخف الضررين إذا تعارضا.[3]

5/ ومما دفعهم إلى ذلك إظهار رغبتهم في التخريج والاستنباط لملاحقة التطور الزماني من جهة، وتنوع أعراف الناس وتقاليدهم من جهة أخرى، لأن العمل يبنى على العرف، "فبدأ العمل يتوسع وتزداد مسائله بتزايد الأحداث والنوازل، فأكثروا منه وتنافسوا في الأخذ به، حتى كان ذلك سبب انتشاره وتنوعه حتى صار لكل قطر عمله"[4] كما سنرى ذلك في أقسام العمل. إن شاء الله.

---

[1]. الجيدي: مباحث في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 182.

[2]. **الولاتي**: أبو عبد الله محمد بن يحيى الولاتي الشريف الشنقيطي، أخذ عن الشيخ سالم بن حاجب، له مؤلفات كثيرة تدل على سعة اطلاعة منها: شرح صحيح البخاري، شرح نظم الورقات، اختصار الموافقات، ت 1330هـ.(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص435).

[3]. الولاتي، محمد يحيى: حسام العدل والإنصاف، نقلا عن معلمة الفقه المالكي: عبد العزيز بن عبد الله، مرجع سابق، ص 275.

[4]. الجيدي: المرجع السابق، ص 192، والعرف والعمل، ص 371.

6/ أثر ولاية القضاء والفتيا؛ فقد كان للقضاء أهميته خاصة بالأندلس والمغرب، " وقد كان الأمراء غالبا ما يستشيرون في مثل هذا الأمر كبار العلماء من مؤسسي المدرسة المالكية، أمثال عبد الملك بن حبيب وعيسى بن دينار ويحي بن يحي الليثي، وغيرهم"[1].

المطلب الرابع: مصادر "ما جرى به العمل".[2]

أولا : العمل الفاسي وشروحه.

1 . العمل الفاسي: لأبي زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي (1040- 1096)

2 . شرح العمل الفاسي: لناظمه عبد الرحمن الفاسي

3 . الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية: لأبي القاسم العميري المكناسي (ت1178)[3]

4 . شرح العلامة محمد بن أبي القاسم السجلماسي البجعدي (ت1241)

5 .الشفاء الذي لا يغادر سقما ولا بأسا: للعلامة محمد المهدي الوزاني (1266 . 1342)

6 .تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس: للمهدي الوزاني

7 . جني زهر الآس في شرح نظم عمل أهل فاس: لعبد الصمد كنون.

8 . بحوث على "نظم العمل الفاسي": لأبي عبد الله محمد التماق الغرناطي الفاسي (ت 1151)

ثانيا : مصنفات العمل المطلقللعلامة لمحمد بن أبي القاسم السجلماسي البجعدي.

09. معتمد الحكام في مسائل الأحكام.

10 . شرح معتمد الحكام.

11 . تكميل معتمد الحكام.

12 . التكميل والمعتمد.

13 . فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد.

---

[1] . الهروس: المدرسة المالكية الأندلسية، مرجع سابق، ص 214.

[2] .كمال بلحركة: ندوة العمل السوسي، تاريخه وقضاياه، جامعة القرويين، المملكة المغربية، 1427هـ/ 2006م.

[3]. الكتاب مخطوط بالمدينة المنورة، مصور .

ثالثا : رسائل في بيان حكم ما جرى به العمل.

14 . رسالة فيحكم العمل بغير المشهور والفتوى به: للقاضي أبي القاسم العميري.

15 .رفع العتاب والملام: لمحمد بن القاسم القادري الفاسي (ت1331).

16. طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل: لعبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي.

رابعا: مصنفات ورسائل في بعض مسائل العمل.

17 .نيل الأمل فيما به جرى بين المالكية العمل: لأبي العباس أحمدابن القاضي (ت1025)

18. رسالة في حكم شهادة اللفيف: لأبي عبد الله محمد العربي بن يوسفالفاسي(1052هـ)

19. حل الربقة عن أسير الصفقة: لأبي العباس أحمد الونشريسي[1] (834 – 914)

20. تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة: لأحمد ميارة الفاسي(ت1072)

21.رفع الالتباس عن شركة الخماس:لأبي علي الحسن بن رحال التادلي المكناسي[2] (ت 1140)

22.إزالة الدلسة عن وجه الجُلْسة: لأبي عبد الله محمد التماق الغرناطي الفاسي[3] (ت1151)

23 .الرسالة الشافية في تأبيد حكم الهاربة: لأبي العباس أحمد بن عرضون الكبير [1](ت 992).

---

[1]. **أحمدالونشريسي**: أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي التلمساني، أخذ عن أبي الفضل قاسم العقباني وأبي عبد الله الجلاب وابن مرزوق، وعنه ولده عبد الواحد وأبو زكريا السويسي ومحمد بن الغرديسي، له: المعيار المعرب، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ت914هـ،ينظر:(التنبكتي: نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص97، مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ص274).

[2]. **الحسن بن رحال**: هو أبو علي الحسن بن رحال المعدانيالمكناسي الفاسي، قاضي فاس، له حاشية على المختصر، وحاشية على شرح ميارة على تحفة الحكام، ت1140هـ. ينظر:(الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص327)

[3].**التماق**:أبو عبد الله محمد بن أحمد التماق، أخذ عن محمد بن عبد القادر الفاسي وأخيه عبد الرحمن، وعن عبد السلام بن الطيب القادري وأخيه محمد العربي، وعن محمد القسنطيني الكماد الحسني، والقاضي العربي بردلة، ومحمد المسناوي، وأحمد بن عبد الله معن الأندلسي . تولى الخطابة والتدريس بجامع القرويين، وقضاء فاس، له : جمع الأقوال في لبس السروال" و أبحاث على التحفة ولامية الزقاق، (معلمة المغرب ج 8، ص2561)

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

[1].**ابن عرضون**: أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف الشفشاوني، له كتاب اللائق في الوثائق وآخر في الأنكحة، ت992هـ. ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص320).

الفصل الأول:

ما جرى به العمل:

أقسامه، شروطه، موجباته، ومدى اعتباره

- المبحث الأول: ما جرى به العمل، أقسامه، وشروطه
- المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء في الأخذ بما جرى به العمل
- المبحث الثالث: أسس وموجبات ما جرى به العمل

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

ما جرى به العمل: أقسامه؛ شروطه؛ موجباته، ومدى اعتباره.

تمهيد:

ارتأينا أن نقسم الدراسة النظرية لهذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث؛ نتناول في المبحث الأول أقسام العمل باعتباراته المختلفة مع التمثيل لكل نوع منها، ثم نفصل القول في الشروط التي وضعها فقهاء المالكية لاعتبار ما جرى به العمل.

أما في المبحث الثاني والموسوم ب"اختلاف الفقهاء في الأخذ بما جرى به العمل"، فقد تناولنا فيه مذهب المثبتين لما جرى به العمل وأدلتهم، ومذهب المنكرين لما جرى به العمل وأدلتهم، مع مناقشة أدلة الفريقين، لنخلص في الأخير للرأي الراجح في نظرنا مع تأييد ذلك ببعض المرجحات.

وفي ختام هذا الفصل تناولنا أهم الموجبات التي يذكرها الفقهاء كأسباب للعمل بالضعيف والشاذ، وهي العرف والمصلحة والذرائع والضرورة، مع التركيز على العلاقة بين كل موجب وما جرى به العمل.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول:

ما جرى به العمل؛ أقسامه وشروطه.

نتناول في هذا المبحث أقسام العمل باعتباراته المختلفة في مطلب ، وشروط ما جرى به العمل كل في مطلب ثان.

المطلب الأول: أقسام ما جرى به العمل.

ينقسم العمل إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، فينقسم باعتبار العموم والخصوص إلى عمل عام وعمل خاص، أو باعتبار الإطلاق والتقييد إلى عمل مطلق وعمل مقيد، كما ينقسم العمل الخاص أو المقيد إلى أقسام كثيرة باعتبار محله وجهته؛ فيقال: العمل الفاسي، العمل السوسي، العمل التونسي، عمل أهل قرطبة...إلخ.

كما ينقسم العمل باعتبار القول الذي يجري به العمل إلى ستة أقسام: فيجري العمل بالقول المشهور، أو القول الضعيف، أو بخلاف النصوص القطعية، أو بما لم يرد فيه نص، أو بما لم يكن فيه دليل صراحة، أو يجري وفق الدليل لكنه خارج المذهب.

و ينقسم العمل باعتبار مجاله الفقهي إلى ثلاثة أقسام: فمنه ما يجري في المعاملات، ومنه ما يجري في العبادات، ومنه ما يجري في مسائل لم تتمحَّض للعبادات أو للمعاملات.

كما ينقسم العمل باعتبار موجبه إلى: عمل موجبه الضرورة، وعمل موجبه المصلحة، وعمل موجبه سد الذريعة، وعمل موجبه العرف.

وقد ينقسم العمل باعتبار الصحة والفساد إلى: عمل صحيح، وعمل فاسد أو باطل.

وسنقتصر هنا على بيان الأنواع بالاعتبارات الثلاثة الأولى؛ و نرجي الأقسام الأخرى إلى المبحث الثالث.

الفرع الأول: أقسام العمل باعتبار عمومه وخصوصه، أو باعتبار محله.

أكثر المالكية يقسِّمون العمل إلى عمل عام وعمل خاص، أو عمل مطلق وعمل مقيد، أو عمل محلي ينسب إلى بلده، أو لا ينسب فيعمُّ، كل ذلك من تعدد الاسم والمسمى واحد.

أولا:**العمل المطلق**: وهو ما يجري به العمل مطلقا في مذهب مالك، غير مقيد بقطر معين ولا بمكان مخصوص،[1] لأنه لا يرتبط بالعرف الخاص، بل يكون أساسه إما العرف العام أو تبدل المصالح والعلل، أو فساد الزمان أو تطور الأوضاع العامة.[2]

وقد يراد به الآراء القضائية التي اعتمدوا فيها ما هو مخالف للراجح أو المشهور نظرا لمصلحة عامة أو عرف عام، فترجيح هذا العمل يعم كل الأمكنة مادامت المصلحة المتحققة والذريعة الممنوعة متسمر وجودهما.[3]

وقلَّل الريسوني من عمومه وشيوعه فقال:" العمل المطلق ما يجريفي أقطار شتَّى كالعمل الأندلسي والعمل الإفريقي، والعمل المغربي"[4]، غير أن هذا يسلم ؛ لأن العمل إذا نسب إلى بلد تقيَّد به في ذلك البلد، ولا يصح تعميمه إلى غيره من البلاد.

وحُكم هذا النوع من العمل أنه يعم سائر البلاد ويجري به القضاء ، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل أنهم رجعوا عنه، ويستمر الحكم به ما دام موجبه الذي لأجله رجح الضعيف أو الشاذ، فإذا زال الموجب رجع الحكم إلى المشهور والراجح، قال الحجوي:" وهناك عمل آخر يسمى "العمل المطلق" منظوم ومشروح، وهو عمل غير مقيَّد بفاس، ومن هذا كما نص عليه خليل في مختصره، فلذلك يحتاج المفتي والقاضي إلى أن تكون عنده هذه الكتب الفقهية المحدثة، ويكون مستحضرا لها متقنا لمسائلها وإلا وقع في الغلط"[5].

وقوله"منظوم ومشروح" يريد نظم "معتمد الحكام في مسائل الأحكام" وشرحه للعلامة محمد بن أبي القاسم السجلماسي السابق ذكره، وهو نظم في العمل المطلق، قال الناظم مبينا دواعي تأليفه:"من المعلوم عند العامَّة والخاصة أن أقوال المذهب منها المأخوذ به والمهجور، وأن جريان القول موجب تقدمه على المشهور، ووجب أن يكون البحث عن القول المعمول به من أجلِّ الأمور التي فيها مزيد من الثَّواب وكثرة الأجور، وأن يكون وجوده لمن عثر عليه من أعظم الفوائد... وكلما

---

[1]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 352.

[2]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص 114.

[3]. محمد علي إبراهيم: إصطلاح المذهب عند المالكية، مرجع سابق، ص 398.

[4]. الريسوني: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في الميزان،مرجع سابق، ص 23.

[5]. الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج4، ص 467.

وجدت العمل بالقول في مسألة أصبتها و قيَّدتها في صحف معدَّة لذلك وكتبتها، ولم أزل على ذلك مدة مديدة، حتى جمعت مسائلا عديدة، كانت الرغبة مني في جمعها، ثم صارت الحاجة إلى نظمها بعد الجمع أكيدة، ... وبإثر الفراغ وضعت عليها شرحا باح به شذا عطرها، وبان به ارتفاع شأنها وعظم خطرها"[1].

وشرحه هذا هو" فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد" وهو الذي يعرف باسم"العمليات العامة" أو العمل المطلق، وهو كتاب متداول ومطبوع غير محقَّق، و قد جمع فيه مسائل العملدون أن يراعي شروط العمل الخاص أو العمل المطلق، فهو يتبع الألفاظ، لذا نجده قد ذكر في كتابه عمل قرطبة وعمل فاس وعمل تونس وهي من العمل الخاص، كما ذكر أحكاما أخرى مطلقة غير مبنية على عرف إقليم خاص.

ثانيا: العمل المحلِّي أو العمل الخاص: وهي الأحكام التي يراعى فيها البيئة المكانية، فيكون مستندها هو العرف، فلا تطبق هذه الأحكام إلا في البلدة التي جرى فيها ذلك العرف التي استندت إليه تلك الأحكام، أما البلاد الأخرى التي لم يجر فيها ذلك الحكم فلا تطبق فيها تلك الأحكام"[2].

أو هو: الآراء القضائية التي اعتمد فيها ما هو مخالف للراجح والمشهور ، نظرا لعرف و عادة خاصّة ببلد أو قطر معين، فهذا العمل يختص ترجيحه بتلك المدينة أو القطر، ويلحق بها المدن التي تشبهها في العرف والعادة[3].

ولأجل التمييز بين الأعمال الخاصة يقرن الحكم أو الفتوى باسم البلدة التي جرى فيها ذلك العمل، فيقال: العمل القرطبي، العمل الفاسي، العمل التونسي، العمل السبتي...إلخ.

ومن أحكام هذا النوع من العمل أن لا يعم،"نبَّهنا على هذا لأن بعض المفتين والقضاة يغفلون ويعمِّمون الحكم، وهو غلط لا يصح السكوت عنه... فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل ويظن أنه حكم مؤبد ، بل هو مؤقت مادامت المصلحة أو

[1]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، مرجع سابق، ص2 ،3.

[2]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص 112.

[3]. محمد علي إبراهيم: إصطلاح المذهب عند المالكية،مرجع سابق، ص 397.

المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم بالمشهور لأنه واجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة، فإذا زالت الضرورة ذهبت الرخصة"[1].

ويعتبر العمل المحلي من أوسع وأكثر مسائل العمل، وقد توسع فيه مالكية المغرب وأكثروا منه، تغذيه الحوادث باستمرار، على خلاف النوع الأول الذي بقي جامدا لا يتجدد، ويقتصر فيه على ما نقل منه قديما، وصار لكل قطر عمله الخاص به ، بل إن كل حاضرة علمية اتخذت لها عملا تسير عليه...ذلك أن العمل بني على العرف، فكان من الطبيعي أن يتغيَّر بتغيُّره، وكل عمل له مميزات تختلف عن الآخر، بل أصبح يتنوع حتى في البلد الواحد بتنوع مدنه وأقاليمه وشهرة علمائه وفقهائه.[2]

ومن أمثلة العمل المحلي ما يلي:

1/ **عمل قرطبة**: قال المقري:" واعلم أنه لعظم قرطبة كان عملها حجة بالمغرب، حتى إنهم يقولون: هذا ما جرى به عمل قرطبة"[3].وقد نشأ العمل أول ما نشأ بقرطبة، وقد خالفوا المذهب في اثنين وعشرين مسألة كما سبق وأن أشرنا،" وقد كان له من النفوذ والذيوع أكثر من غيره، حتى إنه كان يغطي كل حواضر الأندلس، بل ويتعداها إلى بقية أقطار المغرب العربي، وهذا نظرا لشهرة علماء قرطبة وتفوقهم واطلاعهم على أسرار الفقه المالكي"[4].

ثم ظهر بعد ذلك عمل آخر في الأندلس هو عمل غرناطة: ويذكر أنه كان على خلاف عمل قرطبة،[5] واستمر الأندلسيون يؤلفون في هذا الفن إلى سقوط مملكة غرناطة، ولعل نوازل ابن طركاظ[6] هي آخر مجموعة وصلت إلينا من تراث النوازل الأندلسي الضخم"[7].

---

[1]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص 468. 469.

[2]. الجيدي: العرف والعمل،مرجع سابق، ص 352..371.

[3]. المقري: نفح الطيب،مرجع سابق، ج1، ص 556.

[4]. الجيدي: المرجع السابق، ص 371.

[5]. المهدي الوزاني:تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، ج2، ص 75.

[6]. **ابن طركاظ**:هو أبو القاسم محمد بن طركاظالعكي الأندلسي، مقدمة المحقق: ص11.

[7]. القاضي عياض وولده محمد: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، تحقيق محمد بن شريفة ،ط1: 1990م ، ص11.مقدمة المحقق

2/ **عمل فاس**: وهو أشهر عمل في المغرب، لذلك يقال أيضا عمل المغرب، وهو في أصله تابع لعمل قرطبة، جاء في شرح التحفة:" وعمل فاس ونواحيها تابع لعمل الأندلس لا لعمل أهل تونس"[1].

وقد تأخَّر دخول العمل إلى المغرب إلى غاية القرن الثامن الهجري، ثم انتشر واشتهر في ضواحيها، ومن أشهر ما ألف في العمل الفاسي " نظم العمل الفاسي" لأبي زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي ، ثم توالت الشروح عليه من بعده.

وقد ظهرت أنواع أخرى من العمل في المغرب؛ تتَّفق في الأسس والضوابط، وتختلف في بعض المسائل والأحكام الجزئية باختلاف خصوصيات وحيثيات كل مجتمع، ومن هذه الأنواع:[2]

العمل السوسي: جمعه الشيخ أحمد بن محمد العباسي السَّملالي(ت 1152هـ) في نوازله، ونظم الشيخ أبو زيد عبد الرحمان الجشتمي(ت 1269هـ) عمل سوس مرتبا على الأبواب الفقهية.

العمل السبتي: قال السجلماسي:" وقد اتخذ أهل سبتة عملا يخصهم"[3]، وتعتبر فتاوى القاضي عياض مدونة العمل السبتي، قال محقق كتاب مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض وولده:"الكتاب في نوازل سبتة"[4].

وقد جمع الشيخ علي بن عيسى العلمي[5] أعمال إقليم **جبالة** و **غمارة** في نوازله.

كما نظم أبو العباس أحمد الرَّهوني[6]التطواني**عمل تطوان** في منظومته.

---

[1]. التسولي: البهجة في شرح التحفة،مرجع سابق، ج1، ص 42.

[2]. ينظر هذه الأنواع: الجيدي:العرف والعمل، مرجع سابق، ص 375 وما بعدها، العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ،مرجع سابق، ص:133.

[3]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص.275

[4]. القاضي عياض: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، مرجع سابق، ص 13.

[5]. **الشريف العلمي**: أبو الحسن علي بن علي الشريف العلمي المطلع البارع في الحكام والنوازل، أخذ عن والده والشيخ عبد القادر الفاسي، ألف النوازل المشهورة بنورازل العملي، (ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص336).

[6]. **أحمد الرهوني**: هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عبد الله الورزازيالتطواني، له فهرسة جمع فيها مروياته، ت1179هـ، (ينظر: رضا كحالة: معجم المؤلفين، مرجع سابق، ج1، ص277).

ولأهل **شنقيط** عمل خاص بهم، إسمه" كتاب البادية"، قال مؤلفه في مقدمته :" وما أجاءني إلى جذع نخلة هذا العلم الغريب إلا مخاض ضرورات أهل البادية وعوائدهم، وهم قطر من المسلمين لهم ضرورات وعوائد، والضرورات والعوائد مما تبنى عليه الأحكام"[1].

وقد انتقد الجيدي هذه الأنواع من العمل المختلفة على اختلاف حواضرها وعوائد أهلها، واصفا إيَّاها بالتّهافت والتّعصب الإقليمي، داعيًا أهلها إلى توحيد العمل المغربي، حيث قال:" وقد رأينا بعض المؤلفات ما بين منظوم ومنثور راجت في المغرب في العصور المتأخرة، لم تكن تخلو من إساف، فتجيء مكررة لما سبقها... ليس فيها من الطابع المحلي ما يُبرِّر إطلاق الاسم عليه".[2]

3/ **عمل تونس**: أو العمل القيرواني؛ كانت له شهرة كبيرة لشهرة المدينة العلمية، ولاحتوائها كبار العلماء، ولتوفرها على جامعة علمية كانت معقل الفقه المالكي والفقهاء،قالفي شرح التحفة:"وقال بعض العلماء: عمل تونس ومصر واحد، وعمل فاس والأندلس واحد"[3].

ومن الكتب المؤلفة في عمل تونس؛ الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية للشيخ سيدي محمد العزيز جعيط[4] حيث قال في مقدمته مبينا سبب تأليفه:" هذه فقرات قيمة، وشذرات منظمة محكمة، تجمع من علم القضاء أشتاتا، وتحيي منه ما كان مواتا، وتسقي المتعطشين إليه عذبا فراتا، وتكون لما جرى به العمل التونسي في الأوضاع الحكمية والقضايا الفقهية كفاتا"[5].

وكذا كتاب "لقط الدرر في العمل المشتهر" لقاضي تونس الشيخ محمد السنوسي.[6]

الفرع الثاني : أقسام العمل باعتبار القول الذي جرى به العمل.

---

[1]. ابن بية: صناعة الفتوى، مرجع سابق، ص117.

[2]. الجيدي:العرف والعمل، مرجع سابق، ص 377.

[3]. التوزري: توضيح الأحكام على تحفة الحكام،مرجع سابق، ج1،ص22.

[4]. **محمد العزيز جعيط**: من علماء تونس، كان شيخ الإسلام للمذهب المالكي، ثم وزير العدلية، ومفتيا عاما، له: مجال العرفان ومواهب الرحمان، ولطريقة المرضية،ت1389هـ. (ينظر: رضا كحالة: معجم المؤلفين، مرجع سابق، ج3، ص 478).

[5]. جعيط: محمد العزيز، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة، ومطبعة الإرادة، تونس، ط2:دت،ص1.

[6]. محمد الفاضل ابن عاشور: محاضرات مغربيات،مرجع سابق، ص 88.

قسَّمالجيدي العمل بهذا الاعتبار إلى ستة أقسام، وأعطى عن كل قسم من مثالا توضيحا له كما يلي:[1]

1/ العمل الذي يجري وفق **المشهور** في المذهب: ومثاله العقوبة بالمال، فقد جرى العمل فيها بعدم الجواز، وهو المشهور، والشاذ جوازها، وقد أفتى بجوازها جمع من الفقهاء.

2/ العمل الذي يجري على القول **الضعيف**: ومثاله مسألة بيع المضغوط، وبيع الثنيا، وصرف اليمين إلى الطلاق، وتأبيد التحريم للهارب...

3/ العمل الذي يجري بخلاف النصوص الصريحة: كترك اللعان، إذ هو مصرح به قرءانا وسنة وإجماعا، وكذا الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء....

4/ العمل الذي يجري فيما لا نص فيه: أي المسائل المستحدثة والمستجدّة، كمسألة الخماس، والجلسة والجزاء، وهذا هو الذي ينبغي أن يحصر فيه هذا اللون من التشريع، لأن مهمة العمل إعطاء حكم لقضية لم يرد فيها نص لا بالحلية ولا بالحرمة، فيوجد له المفتي حكما إما بطريق القياس أو بارتكاب الضرورة أو لتحقيق مصلحة أو درء مصلحة، حتى يستطيع التشريع ملاحقة التطور.

5/ العمل الذي يجري في قضية لم يرد فيها دليل صريح، ولكن فيها شبه دليل، فمثاله: مسألة بيع الصفقة[2]، وأجرة الدلال[3]...

6/ العمل الذي يجري وفق دليل خارج المذهب: ومثاله شهادة اللفيف، فهي توافق مذهب الأحناف، وكذلك ترك القافة، فالمذهب الحنفي لا يقول بها.

---

[1]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 427 وما بعدها.

[2]. **بيع الصفقة**: صورته في المشترَك الذي لا ينقسم من عقار وحيوان أو غيره، إذا أراد أحد المشتركين بيع حصته منه وطلب من شريكه أو شركائه بيع نصيبه معه فأبى، أجبر على البيع، وسبب تسميته ببيع الصفقة هو أن الشريك يبيع المشترك فيه صفقة واحدة. ينظر: ص 122

[3]. **أجرة الدلال**: الدلالة في العرف السمسرة، ... وهي أن يعطي الرجل سلعته للسمسار فيصيح عليها، ويشهرها في وقت بيعها المعتاد لها بذلك السوق، مثل ما بين الظهر والعصر أو ما بين العصر للغروب ونحو ذلك، فإن باعها ولو في أول الوقت استحق الأجرة كاملة، وإن لم يبع فلا شيء له. ينظر: ص130

ولعل الفائدة من هذا التقسيم هي بيان الأقوال التي يمكن أن يجري بها العمل، وهي أقوال متنوعة، لذلك يُنتقد هذا النوع من التقسيم بأن بعض هذه الأقسام لا تدخل تحت المفهوم الاصطلاحي لما جرى به العمل، والذي أثبتناه في محله، وهو العمل بالأقوال الضعيفة أو الشاذة في المذهب لموجب.

فالقسم الأول . وهو المشهور. لا يقال فيه جرى به العمل، لأن الأصل أن العمل والحكم لا يكون إلا بالمشهور والراجح، والعمل بالضعيف والشاذ استثناء من هذا الأصل، إلا أن يقال أن المراد العمل بمعناه العام، أما القسم الثاني . العمل بالضعيف . فهو الذي يصدق عليه معنى ما جرى به العمل.

أما القسم الثالث . العمل المخالف للنصوص الصريحة . فهو من قبيل العمل الباطل، وذلك لمخالفته لشروط العمل، وهو السلامة من المعارض الأقوى.

والقسم الرابع . ما لم يرد فيه نص . فالعمل لا يكون بترجيح أحد الأقوال لأنها معدومة، بل يكون بالتخريج والإلحاق والقياس على نظائرها، فيجب التنبيه على أن العمل لا يجري إلا في مقابل قول، فإذا وجد قول واحد فلا يقال جرى به العمل[1]، وقد نبه على ذلك شارح العمل المطلق في توجيه رد ابن عات في الطرر على ما في المتيطية من قولها:"وجرى به القضاء"، قال في الطرر: وقوله"وبالأول جرى خطأ" قال السجلماسي: وبيان وجه الخطأ والله أعلم أنه لا يقال في القول الواحد: جرى العمل به"[2].

وقوله في القسم الخامس "شبه دليل" فيحتاج إلى مزيد بيان، ولعل المراد الدليل الظني، أوقياس الشبه.

أما القسم الأخير، ففيه خلاف كبير بين المالكية في جواز الخروج عن المذهب لغير المجتهد.

الفرع الثالث: أقسام العمل باعتبار مجاله.

ينقسم العمل باعتبار المجال الفقهي الذي يعمل فيه إلى ثلاثة أقسام هي:

---

[1]. ابن بية: صناعة الفتوى،مرجع سابق، ص 120.

[2]. السجلماسي: شرح العمل المطلق، مرجع سابق، ج2, ص102.

1/ **ما يجري في المعاملات**: "وهو المحل الطبيعي لجريان العمل"[1]، وأكثر مسائله مما يدلي إلى الأقضية والدعاوى وفقه البيوع والعقود، وهو مجال رحب لجريان العمل، إذ الأصل فيه أن يجري فيما يعقل معناه، ويدرك وجهه على وجه التفصيل.[2]

كما يجري في مسائل الأحوال الشخصية التي مبناها على الأعراف والعوائد، فتتغير من بلد لآخر، وتتغير داخل البلد الواحد من زمن لآخر، كما أنه محل اتفاق بين فقهاء المالكية فيما أعلم.

2/ **ما يجري في العبادات**: وهذا محل خلاف بين المالكية، وفيه مصادمة لأصول الشرع ومقاصده،[3]لأن مبناها على التعبد و الإتباع، ويمكن أن يمثل له بما يلي: الذكر في المساجد أو مع الجنازة، والقراءة على القبور والأضرحة، وتثليث الآذان، والمسح على الوجه بالكفين بعد الدعاء...إلخ، وعادة ما تذكر المسائل التي جرى بها العمل في العبادات في آخر كتب العمل، وهي أقل شيوعا من القسم الأول.

قال الريسوني:"وقد راحت هذه المخالفات ونفق سوقها لدواع شتى؛ كالاحتجاج بالضعيف، والانسياق وراء العرف الفاسد، ومخالفة القواعد الأصولية، ولا يخفى ما تفضي إليه هذه المخالفات من اندثار السنن وانكماش ظلها"[4].

3/ **ما يجرى في المسائل التي لم تتمحض للعبادات ولا للمعاملات**: ومثاله زخرفة المساجد والأضرحة والمحاريب، و الذكاة بالرصاص.[5]

ولعل إجراء العمل في مسائل العبادات و ما أشبهها هو الذي جعل بعض الباحثين يرد ما جرى به العمل جملة وتفصيلا، ويوجهون سهام النقد لكل من قال به.

وعليه فالعمل لا يدخل في المسائل التي لا تقبل التغيير والتعديل والتبديل، والتي تعبر عن حقائق ثابتة، وواحدة في جميع الأمكنة، كمسائل العقائد والعبادات وأكثر مسائل الميراث والأحوال

---

[1]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 429.

[2]. الريسوني: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في الميزان،مرجع سابق، ص 27.

[3]. الريسوني: المرجع السابق، ص 26.

[4]. المرجع نفسه: ص 26،27.

[5]. الجيدي: العرف والعمل،مرجع سابق، ص 429،430.

الشخصية، كما لا يدخل العمل في القواعد الآمرة أو الناهية المقدرة، كقضايا الحدود الواجبة والمحرمات، وإنما يقتصر العمل على تنظيم الحلال والمباحات، وحتى في هذه المنطقة المحدودة لابد أن يستند فيها العمل إلى أدلة شرعية ولو عامة[1].

المطلب الثاني: شروط ما جرى به العمل.

سبق وأن ذكرنا أن العمل ينقسم باعتبار قبوله ورده إلى عمل صحيح وعمل فاسد أو باطل، فالعمل الصحيح هو الذي توفرت فيه شروط ما جرى به العمل، والعمل الفاسد هو ما لم تتوفر فيه شروط ما جرى به العمل، بأن ينخرم شرط أو أكثر.

إذ ليس كل ما قيل فيه جرى به العمل يقبل ويسلم، لاسيما وأن الأمر متعلق بتقديم الضعيف والشاذ على مقابليهما، وما دام الأمر كذلك فلا بد من الاحتياط والتثبت وعدم الاسترسال في الأخذ به، من هنا وضع فقهاء المالكية شروطا معتبرة لا بد من توافرها في المسألة التي جرى العمل بها حتى يصح تقديم الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور.

وقد اختلف فقهاء المالكية في شروط ما جرى به العمل بين موسع ومضيق، فذهب الشيخ ميارة وتابعه المهدي الوزاني إلى أن العمل يشترط فيه ثلاثة شروط وهي:

1/ أن يكون العمل صادرا من العلماء المقتدى بهم.

2/ و أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل.

3/ وأن يكون جاريا على قوانين الشرع وإن كان شاذا.[2]

بينما ذهب أكثر المالكية إلى أنه لابد أن تتوفر خمسة شروط وهي:

1/ ثوت جريان العمل.

2/ معرفة محل جريان العمل عاما أو خاصا بناحية معينة.

---

[1]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص 181.

[2]. ينظر: السجلماسي: شرح العمل المطلق،مرجع سابق، ص7/ المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، ج1، م1، ص5.

3/ معرفة زمانه.

4/ معرفة كون من أجرى ذلك العمل بأن يكون ممن يقتدى بهم في الترجيح.

5/ معرفة السبب الذي لأجل عدلوا عن المشهور إلى الضعيف.[1]

قال القادري:" لا يقدم العمل على المشهور إلا بشروط ذكرها غير واحد، كالهلالي في الشرح المذكور، وكالشيخ بناني[2] في حاشيته على الزرقاني، ونصه عند خليل فحكم بقول مقلده، قال المسناوي[3]: وإذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفا للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور"، فاشتمل كلامه على خمسة شروط".[4]

---

[1]. الهلالي : نور البصر،مرجع سابق، م11، ص2/ لوح 89.

[2]. **بناني:** هو أبو عبد الله محمد بن الحسن، أخذ عن أحمد بن مبارك ومحمد بن عبد السلام ومحمد جسوس، وعنه أخذ الشيخ الرهوني و أحمد بن التاودي، له: حاشية على شرح الزرقاني تسمى الفتح الرباني، وحواش على التحفة، ت1194هـ، ينظر:(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق.ص357).

[3]. **المسناوي:** أبو عبد الله محمد بن محمد ابن أبي بكر الدلائي، أخذ عن والده وعبد القادر الفاسي وعبد الملك السجلماسي وأبي عبد الله القسنطيني وابن الحاج، وعنه محمد جسوس ومحمد اليفرني ومحمد العلمي ميارة الصغير والبناني، له: القول الكاشف عن أحكام الاستنابة في الوظائف، نصرة القبض والرد على من أنكره في النوافل والفرائض.ت1136هـ.(ينظر: محمدمخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق.ج1،ص333).

[4]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص 24.

. وقد نظم هذه الشروط محمد كنونرحمه الله بقوله:

والشرط في عملنا بالعمل صدوره عن قدوة مؤهل

معرفة الزمان والمكان وجود موجب إلى الأوان.

المرجع نفسه: ص 24

. عقد النابغة الغلاوي فصلا لشروط العمل في البوطليحية فقال:

شروط تقديم الذي جرى العمل به أمور خمسة غير هُمل

أولها ثبوت الذي جرى العمل بذلك القول بنص يحتمل

والثاني والثالث يلزمان معرفة الزمان والمكان

وهل جرى تعميما أو تخصيصا ببلد أو زمن تنصيصا

ولعل سبب اختلافهم في هذه الشروط راجع إلى أن هناك من يتوسع في مسائل العمل؛ فلا يشترط إلا أن يثبت العمل ويصدر عن فقهاء مؤهلين وأن لا يناقض أصول الشرع، بينما هناك من يشدد في مسائل العمل؛ فيشترط معرفة المكان والزمان والموجب بالإضافة إلى الشروط السابقة، وهذا هو الطرف المضيق.

وفيما يلي شرح لهذه الشروط:

الفرع الأول: ثبوت ما جرى به العمل.

ومعناه: أن يثبت عمل العلماء بالقول الضعيف من غير شك في ذلك، فإذا وقع الشك هل عمل العلماء بمقابل المشهور أو لا فإنه يجب العمل بالمشهور[1].

ووجه اشتراطه أنه قضية نقلية انبنى عليها حكم شرعي، فلا بد من إثباتها بنقل صحيح[2].

وذكر الشيخ ميارة أن طريقة ثبوت جريان العمل تتم بشهادة العدول المثبتين في المسائل ممن لهم معرفة في الجملة حيث قال:"ولا يثبت العمل بما نراه الآن، وهو أن يقول بعض عوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلا عن غيره جرى العمل بكذا، فإذا سألته عمن حكم به أو أفتى به توقف وتزلزل، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر، فضلا عن حكم شرعي".[3]

وقد يخص عمل بالأمكنة وقد يعم وكذا في الأزمنة

رابعها كون الذي أجرى العمل أهلا للاقتداء قولا وعمل

فحيث لم تثبت له الأهلية تقليده يمنع في النقلية

خامسها معرفة الأسباب فإنها معينة في الباب

فعند جهل بعض هذه الخمس ما العمل اليوم كمثل الأمس

النابغة الغلاوي: البوطليحية، مرجع سابق، ص 124، 125.

[1]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص 24.

[2]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، م2/11.

[3]. التسولي: البهجة بشرح التحفة،مرجع سابق، ج1، ص41.

وقد اختلف فقهاء المالكية المتأخرين في كيفية ثبوت العمل،؛ فذهب الهلالي والمهدي الوزاني إلى أنه يثبت بقول عالم واحد موثوق به، لأنه من باب الخبر الذي يجزئ فيه خبر الواحد...والاثنان أولى[1].

بينما ذهب بعض الفقهاء إلى أن العمل لا يثبت بحكم قاض واحد، بل لابد من موافقة عالمين فأكثر، قال السجلماسي:"وليس كل ما حكم به قاض جرى به العمل، بل لا يثبت العمل بحكم قاض أو قاضيين حتى يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين، نعم إذا حكم به ثلاثة فأكثر كفى"[2].

وتابعه التسولي حيث قال:" أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل أن العمل جرى به غير ما مرة من العلماء المقتدى بهم".[3]

وجاء في الفكر السامي الجمع بين القولين السابقين، وهو أن ما جرى به العمل يثبت بشهادة العدول كما يثبت بنص عالم يوثق به، قال الحجوي:" ومنها . التنبيهات . أنهم اعتمدوا كل من قال جرى العمل بكذا من غير بحث عن عدالة الناقل، مع أن العمل لا يثبت إلا بشهادة عدلين على قاض عدل فقيه أنه حكم به، أو ينص عليه مؤلف ثقة".[4]

ويجاب على أصحاب المذهب الثاني؛ أنه إذا اشترطنا أن يحكم به أكثر من مرتين، فإن الحكم في الأولى والثانية باطلين، لأنهما لم يتوفر فيهما شرط أكثر من مرتين، والمرة الثانية والمرة الثالثة لم تتحقق لأن الأولى والثانية باطلتين، وعليه فإن هذا الشرط غير معقول، لأنه يؤدي إلى الدور والتسلسل، وحاصل القول أن هذا الشرط يتضمن إستمرار الحكم بالقول المعمول به من الأئمة العدول الموثوق بعلمهم.

الفرع الثاني: معرفة محل جريانه . عاما أو خاصا . من البلدان.

ويقصد به : المكان الذي جرى فيه العمل بقول مقابل الراجح أو المشهور، إذ أن اختلاف

---

[1]. المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس،مرجع سابق، ج1, ص5.

[2]. المرجع السابق، ج1, ص5.

[3]. التسولي: البهجة بشرح التحفة،مرجع سابق، ج1، ص40.

[4]. الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ج4، ص469.

الأماكن والبلدان يؤدي إلى اختلاف الأحكام المبنية على الأعراف والعوائد ونحوها.[1]

ووجه اشتراط معرفة محل العمل؛ أن العمل قد يكون خاصا ببعض الأمكنة دون بعض وقد يكون عاما في جميع الأمكنة[2]، كما سبق وأن بينا في أقسام العمل.

"فإذا جهل المحل الذي جرى به العمل لم تتأت تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما أن للأزمنة خصوصيات"[3]، ولأجل ذلك اختلف العمل من بلد لآخر، لمغايرة العرف والمصلحة ونحوهما.

قال الحجوي:"وليتنبه لأمور منها: أن عمل فاس قاصر عليها لا يجوز أن يفتى به في غيرها من البلدان، إلا إذا كان نص على التعميم... نبهنا على هذا لأن بعض المفتين والقضاة يغفلون ويعممون الحكم وهو غلط لا ينبغي السكوت عنه"[4].

فالعمل الجاري في بلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان، بل يقتصر على ذلك العرف في أي بلد وجد، لأن مبناه عليه، فإن قيل جرى العمل بأن النحاس مثلا يحكم به للنساء عند اختلافهم مع الأزواج، لأن عرف البلد أنه من متاعهن، لم يعم البلد الذي لا عرف لهم بذلك.[5]

الفرع الثالث: معرفة زمان ما جرى به العمل.

ومعناه: أن العمل قد يكون خاصا ببعض الأزمنة دون بعض، وقد يستمر في جميع الأزمنة.[6]

ووجه اشتراطه أن المصلحة قد تكون في زمن دون زمن وقد تستمر في جميع الأزمنة[7]، إذ لكل زمان أهله وأعرافه ونوازله، وما يكون مصلحة في يوم قد يصير مفسدة في يوم آخر، "فعلم أن

---

[1]. محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء،مرجع سابق، ص 518.
[2]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص24.
[3]. الهلالي : نور البصر،مرجع سابق، م11/ 2.
[4]. الحجوي: الفكر السامي،مرجع سابق، ج4، ص468.
[5]. التسولي: البهجة بشرح التحفة،مرجع سابق، ج1، ص41.
[6]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص24.
[7]. المرجع نفسه، ص24.

القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال فيالإفتاء بما به العمل ويظن أنه حكم مؤبد، بل هو مؤقت ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم بالمشهور، لأنه واجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة، فإذا زالت الضرورة ذهبت الرخصة، كالتيمم لعدم الماء".[1]

وقد ضرب الهلالي مثالا توضيحيا فقال:" وقد رأيت قاضيا احتج على فرض أجرة الرضاع في سجلماسة بعمل أهل قرطبة، وزاد ف الغلط أن اعتقد أن الدينار المتعارف عندهم مثقال الذهب عندنا، فبينت له أنه لا يصح لاختلاف الزمان والمكان والعرف، وأن الدينار عندهم يطلق على ثمانية دراهم من دراهمهم، وهو أقل من الشرعية، وأمثال هذا الخطإ في الطلبة كثير".[2]

ومن خلال الشرطين الثاني والثالث[3] يتبين لنا أن العمل مرتبط ارتباطا وثيقا بالظروف الزمانية والمكانية، وهذا فيه دلالة على مرونة الشريعة الإسلامية ومسايرتها لكل الحوادث والوقائع المستجدة، مما يوحي بصلاحيتها لكل الأعصار والأمصار، ولهذا كان المجال الطبيعي لإجراء العمل هو أحكام المعاملات التي يكون مبناها على الأعراف والعوائد والمصالح، فيتغير بتغيرها عبر الأزمنة والأمكنة.

الفرع الرابع: صدوره عن الأئمة المقتدى بهم واستمرار القضاء والفتوى به.

وذلك بأن يكون العالم الذي أجرى هذا العمل أهلا للاقتداء في الترجيح، بأن توافرت فيه أهلية الاقتداء، فإذا جرى عمل بمقابل المشهور ممن لا يقتدى به فالواجب علينا اتباع المشهور، وربما عمل القضاة بالمشهور لجهله أو جوره، لا لموجب شرعي، فيتبعه من بعده لنحو ذلك، فيقال جرى به العمل، ولا يجوز التقليد في الجور والجهل[4].

---

[1]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4, ص469.

[2]. الهلالي: نور البصر شرح خطبة المختصر، مرجع سابق، م11/ ص2.

[3]. هناك من يذكر الشرطين مع بعضهما على أنهما شرط واحد، وهناك من يذكر كل شرط على حدى.

[4]. ينظر: الهلالي: نور البصر،مرجع سابق، م11/ ص2 / القادري: رفع العتاب وملام،مرجع سابق، ص24./ السجلماسي، فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص 7.

و لما كان أصل ما جرى به العمل قائما على الاجتهاد، فقد اشترط علماء المذهب أن يكون صادرا عن أئمة لهم أهلية الاجتهاد، ومن المعلوم أن المجتهدين لهم مراتب مختلفة، وهي:[1]

1/ المجتهد المطلق[2].

2/ المجتهد المنتسب[3].

3/ مجتهد المذهب[4].

4/ مجتهد الترجيح أو مجتهد الفتيا[5].

وبناءا على هذا فإن مسائل العمل التي يمكن ترجيحها استنادا إلى العرف أو بناؤها عليه، أو استنادا إلى قول الأكثرية لا يشترط في إجرائها إلا مرتبة الفقيه العادي المتطلع على المذهب، لأن بناء الأحكام على العرف والترجيح بقول الأكثرية لا يختص بالمجتهدين، بل الفقيه الصرف يدرك ذلك، لأن العرف يشترك في إدراكه العام والخاص[6].

أما الوقائع الجديدة التي لم يسبق للأئمة السابقين أن تكلموا فيها وفيما يشبهها، أو الترجيح بالمصلحة أو سد الذريعة أو مراعاة الضرورة، فإن ذلك يحتاج إلى مؤهلات أكثر، والمرتبة المحتاج إليها

---

[1]. ينظر هذه المراتب: أبو زهرة محمد: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ص365، 370. الشنقيطي: نشر البنود،مرجع سابق، ج2/ ص317. بابا الشيخ الشنقيطي: إرشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين، تحقيق الطيب بن عمر بن الحسني، دار ابن حزم ط1: 1418هـ/1997م، ص175.

[2]. **المجتهد المطلق**: هو الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد وتقييد بمذهب أحد. ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، ص 88.

[3]. **المجتهد المنتسب**: هو الذي وجدت فيه شرائط الاجتهاد المستقل، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد، بل سلك طريقة إمام من الأئمة في الاجتهاد، فإذا سئل نظر في نصوص إمامه كنظر المطلق في نصوص الشرع. أبو زهرة: أصول الفقه، ص370.

[4]. **مجتهد المذهب**: هو الذي يكون مطلعا على قواعد إمامه الذي قلدة، ومحيطا بأصوله ومآخذه التي يستند إليها، وعارفا بوجود النظر فيها وبما تكون نسبته إليها كنسبة المجتهد المطلق إلى قواعد الشريعة وهذا كابن القاسم وأشهب في مذهب مالك. الونشريسي: المعيار، ج11،ص 364.

[5]. **مجتهد الترجيح**: وهو المتبحر في مذهب إمامه الذي قلد فيه، ويفتي الناس بمسائله، المتمكن من ترجيح قول على آخر أطلقهما ذلك الإمام بأن لم ينص على ترجيح واحد منهما، أو المتمكن من ترجيح قول أصحاب ذلك الإمام على قول آخر أطلقوهما. أبو زهرة: مرجع سابق، ص371.

[6]. ينظر: الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ج4، ص468.

في مثل هذه الأمور هي **مرتبة مجتهد المذهب**، وعند انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الترجيح، لأن التكليف مقرون بشرط الإمكان[1].

قال الحجوي عند قول الهلالي "أن يكون من الأئمة المقتدى بهم" :"**هو مجتهد الفتوى**، بحيث يتبين له رجحان القول الذي عمل به بأدلته التي منها المرجحات المذكورة، وإلا فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح أو من قاض مجتهد الفتوى، بيَّن وجه ترجيح ما عمل به، لأنه هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجات وما هو في رتبة التحسينات... وعلى كل حال فلا يقدر على نقل مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلا".[2]

قال الهلالي:" وقد سألت قاضيا ممن مارس صنعة القضاء ونشأ بين أهلها عن مستندهم في بعض المسائل جرى عملهم فيها بغير المنصوص، إذ لم أجد لها مستندا ولو شاذا، فلم يجد جوابا ولم يعرف من أجراه أولا، وسألت آخرا عن مثلها فكان كذلك".[3]

ولا يكفي صدور العمل بالقول الضعيف أو الشاذ عن الأئمة المقتدى بهم، بل لابد من **استمرار الحكم به المرة بعد المرة**، لأن مجرد الصدور لا يعني أن المسألة قد جرى بها العمل، وهذا القيد لم ينص عليه العسريوالجيديوالريسوني ممن تناولوا شروط العمل، وقد استخلصنا هذا القيد من كلام الفقهاء كالتسولي و السجلماسي والمهدي الوزاني وغيرهم ممن لهم عناية بما جرى به العمل، ومن هذه النصوص نذكر:

قال السِّجلماسي: "والمراد بالعمل بالقول: حكم الأئمة به **واستمرار حكمهم**"[4].

قال الوزاني: "قال الشيخ الرَّماصي: مراد الأئمة بقولهم هذا القول جرى به العمل: أنه حكمت به الأئمة و**استمر حكمهم** به وجرى"[1].

---

[1]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ، مرجع سابق، ص 362.

[2]. الحجوي: المرجع السابق، ج4،ص466،465.

[3]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، م11/ص2, لوح 89.

[4]. السجلماسي: العمليات العامة، مرجع سابق، ص6.

وجاء في تحقيق نظم البوطليحية: الذي جرى به العمل:" هو الذي **استمر عليه عمل الفقهاء** في مكان معين، سواء أكان مشهورا أو شاذا، أو كان راجحا أو ضعيفا"[2].

لذلك يعترض على العسري و الجيدي الذين يرون أن مجرد حكم القاضي بالقول الشاذ هو ما جرى به العمل، بينما تشير نصوص الفقهاء كالرماصيوالسجلماسيوالأجهوري إلى حكم القضاة واستمرار الحكم.

ووجه اشتراط استمرار الحكم بالقول الضعيف أو الشاذ؛ أن موجب العمل لا يزال قائما، فلو لم يستمر الحكم به من الأئمة المعتبرين لزال الموجب، ولصار العمل باطلا، كما أن اشتراط استمرار الحكم بالضعيف والشاذ يدفع توهم صدوره عن غير أهله.

كما أن صدور الحكم بالقول مرة واحدة من قاض واحد لا يقال فيه جرى به العمل، إذ جريان العمل تعدد الحكم بالقول المرة بعد المرة، ولو لم يشترط استمرار الحكم لكان كل قول شاذ أو ضعيف مما جرى به العمل، وهذا ما لم يقل به أحد.

فعدد القضاة واستمرار الحكم من الشروط المعتبرة في ما جرى به العمل.

وقد يقال: أن الفتوى والقضاء بالقول الضعيف والقول الشاذ لا يجوز في الأصل، لاسيما إذا كان في مقابليهما راجح أو مشهور، فإذا حكم قاض أو أفتى مفت بقول شاذ أو ضعيف نقض حكمه،

وقد جاء في مراقي السعود:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ.[3]

والجواب: أن محل نقض حكم الحاكم المقلد إذا حكم بغير مشهور مذهبه، ما إذا لم يبلغ رتبة الترجيح، وأما إذا بلغها بأن كان مجتهدا مقيدا فلا ينقض حكمه، لأنه يجوز له الحكم والعمل والإفتاء بالضعيف إذا ترجَّح عنده.[1]

---

[1]. المهدي الوزاني: تحفة أكاس الناس بشرح عمليات فاس، مرجع سابق، م5/1.

[2]. الغلاوي، النابغة: البوطليحية أو نظم المعتمد من الكتب والفتوى على المذهب المالكي، مرجع سابق ص 123.

[3]. الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، مرجع سابق، ج2، ص 332.

فإذا حكم القاضي بقول شاذ أو ضعيف ولم ينقض قوله، وتابعه عليه من جاء بعده من القضاة واستمر الحكم به، كان ذلك أمارة جريان العمل.

الفرع الخامس: معرفة موجبه.

إن معرفة السبب الذي لأجله عدل الفقهاء عن الراجح والمشهور إلى الضعيف والشاذ شرط بالغ الأهمية في الأخذ بما جرى به العمل، "ومن الموجبات: تبدل العرف أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان، فليتفطن الحاكم والمفتي لذلك".[2]

ولا يكفي معرفة الموجب، بل لابد أن يكون هذا الموجب كافيا للعدول عن الراجح إلى المشهور، فإذا انتفت المصلحة أو السبب وجب العمل بالمشهور، وما دام العمل يبنى على موجبه فإنه يدور معه وجودا وعدما، فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور، لأن الحكم بالراجح ثم المشهور واجب، وهو من الأصول الشرعية العقلية.[3]

ووجه اشتراط هذا الشرط "أنه إذا جهل موجب جري العمل امتنعت تعديته، لجواز أن يكون ذلك الموجب معدوما في البلد الذي يريد تعديته إليه".[4]

وسنرى في المبحث الثالث ـ إن شاء الله ـ هذه الموجبات بالتفصيل كل على حدى.

الفرع السادس: إندراجه تحت أصل شرعي.

لم يذكر هذا الشرط ضمن الشروط الخمسة إلا بعض الفقهاء كالحجوي، إلا أنه متضمن في كلام الفقهاء وإن لم ينص عليه، وقد يقال"السلامة من المعارض الأقوى أو المساوي"، قال

---

[1]. الشنقيطي: سيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي: نشر البنود على مراقي السعود، دط، دت، ج2، ص332. وينظر: السجلماسي:العمليات العامة، مرجع سابق،ص405.

[2]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص 7.

[3]. ينظر: الحجوي: الفكر السامي،مرجع سابق، ج4، ص465./ القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص24./ التسولي: البهجة ، مرجع سابق، ج1، ص41.

[4]. الهلالي: نور البصر،مرجع سابق، م11/ ص 2, لوح 89.

الهلالي:"وتلخيص هذا الفصل . شروط العمل . أنه لا بد من السلامة من المعارض الراجح أو المساوي له، وإلا امتنعت التعدية"[1].

ووجه اشتراط هذا الشرط أنه لما جرى العمل في كثير من المسائل بمخالفة النصوص الصريحة والجماعات؛ كترك اللعان والاعتداد بالأشهر بدل الأقراء... كان لا بد من التصريح بهذا الشرط، قال الحجوي: "وأن شرطه أن لا تصادم نصا من نصوص الشريعة، ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف... وقد ركب الناس في كل هذا كل صعب و ذلول، وإلى الله المشتكى"[2] .

والحاصل أن ما ورد فيه نص من الشارع معاملة كان أو تعبدا لا يجوز العدول عنه إذا جرى عرف الناس بخلافه، وكذا لا يمكن أن يجرى عمل ممن يقتدى به من العلماء بخلافه، لأنه إذا حكم حاكم بحكم مخالف للنص الجلي فإنه ينقض.[3]

[1]. المرجع نفسه: م11/ ص2.

[2]. الحجوي: المرجع السابق، ، ج4، ص469 وما بعدها.

[3]. القادري: رفع العتاب والملام، مرجع سابق، ص44. 45.

المبحث الثاني:

اختلاف الفقهاء في الأخذ بما جرى به العمل.

المطلب الأول: تحرير محل النزاع.

قبل الخوض في مذاهب الفقهاء في اعتبار ما جرى به العمل وعدم اعتباره، لابد من الإشارة إلى أن فقهاء المالكية قد اختلفوا في تسمية ما جرى به العمل وتكييفه أصوليًا، ولهم في ذلك اصطلاحات مختلفة ومتنوعة، فيقال: أصل ما جرى به العمل أو قاعدة ما جرى به العمل، ومنهم من جعله مصدرا ودليلا، كما يصِحُّ أن يكون استثناءً من أصل أو قاعدة عامة، وهناك من وسَّع في معناه أكثر فجعل منه نظرية بأكملها كالعسري و الريسوني.

وقد لا يهم كونه دليلا أو أصلا أو قاعدة بقدر ما يهمُّ اعتباره وصحة بناء الأحكام عليه، لأن ذلك يختلف بحسب الاعتبار و وجهة النظر إليه، فبالنظر إلى تعدد الأقوال والروايات في المذهب وتعارضها فيما بينها يكون ما جرى به العمل قاعدة ترجيحية؛ كما اصطلح على تسميته صاحب اصطلاح المذهب:"من أهم قواعد التَّرجيح عند المالكية تقديم ما جرى به العمل على غيره"[1]،وقد كتب عبدالله كنون مقالا تحت عنوان:"قاعدة العمل حجة في مذهب مالك"[2].

وبالنظر إلى القاعدة العامة والتي تقول بوجوب تقديم الراجح والمشهور على الضعيف والشاذ؛ يكون ما جرى به العمل استثناء من هذه القاعدة، إذ لكل قاعدة مستثنياتها، لأن الأصل وجوب تقديم الراجح والمشهور، كما قرر ذلك غير واحدكالقادري[3]والمازري[4]، وقد تناقلت كتب الفقه والأصول قول المازري:"لا أفتي بغير المشهور، ولا أحمل الناس على غيره، لأن الورع قلَّ، بل يكاد ينعدم...فلو فتح باب مخالفة مشهور المذهب لاتَّسع الخِرق على الرَّاقع، وهتكوا حجاب هيبة

---

[1]. محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية،مرجع سابق، ص 396.

[2]. عبد الله كنون: قاعدة العمل حجة في مذهب مالك، مجلة العربي الكويتية، عدد 152، سنة 1971م، ص 23.19.

[3]. القادري: مرجع سابق، ص 63، 64.

[4]. **المازري** : أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، يعرف بإمام المذهب، أخذ عن اللخمي وعبد الحميد الصائغ، وعنه: أبو محمد عبد السلام وأبو عبد الله بن تومرت، له: المعلم في شرح مسلم، شرح التلقين، إيضاح المحصول من برهان الأصول، ت536هـ ينظر:(ابن فرحون: الديباج المذهب، مرجع سابق، ص279/ مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص127).

المذهب، وهذا منالمفسدات"[1]،وإلى جانب هذه القاعدة العامة هناك استثناءات يمضي فيها الحكم بالضعيف والشاذ إذا صدر على سبيل تحري الصواب من فقيه مؤهل، وكذا إذا حصلت له ضرورة في خاصَّة نفسه[2].

ومن الذين جعلوا ما جرى به العمل مصدرا ودليلا عمر الجيدي حيث قال:" اهتدى المغاربة إلى ابتكار مصدر تشريعي أسموه العمل"[3]، وقال:" ما أصبح يعرف بالعمل الذي غدا مصدرا تشريعيا يرجع إليه القضاة والمفتون ويحكمونه في القضايا التي لم يرد فيها نص من الكتاب ولا ثابت من السنة، ولا تخضع لضوابط القياس"[4]، وقد عقد له فصلا تحت إسم:"علاقة ما جرى به العمل بغيره من الأدلة" كالعرف والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والاستحسان...

والسؤال الذي ينبغي أن يطرح هنا هو: لو كان ما جرى به العمل دليلا ومصدرا تشريعيا في المذهب المالكي، فما منزلته ومرتبته من أدلة الأحكام المعروفة عند المالكية؟

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين الإجابة على هذا السؤال قائلا:"العمل هو أصل من أصول المالكية، وقاعدة محكمة في المذهب على نطاق الاجتهاد المطلق والاجتهاد المذهبي، ويبقى أن نعرف بأن هذه قاعدة تأتي بعد القياس مباشرة في ترتيب الأدلة التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، ولكن ذلك فيما إذا لم تكن السنة في حيز الآحاد والعمل على خلافها، فإنه حينئذ يقدمه على دليل السنة، ويأتي على دليل الكتاب في الترتيب"[5].

ولا يخفى قصور هذا الجواب؛ لأن صاحبه جعل قيمة العمل الاقليمي كقيمة عمل أهل المدينة، لأن مالكا كان يرجح بين الأدلة المختلفة بعمل أهل المدينة، بينما جريان العمل يرجح به الأقوال والروايات المتعارضة في المذهب.

---

[1]. ينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام،مرجع سابق، ج1، ص64/ القادري: رفع العتاب الملام، مرجع سابق، ص 64/ محمد عليش: شرح منح جليل على مختصر خليل، مكتبة الرحاب، طرابلس، ليبيا، ج4، ص 141، عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت، ج6، ص158.

[2]. القادري: المرجع السابق، ص38، نثر البنود على مراقي السعود، مرجع سابق، ج2، ص275.

[3]. الجيدي: مباحث في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 307.

[4]. المرجع السابق، ص 181.

[5]. عباسي نور الدين: الاجتهاد الاستصلاحي مفهومه حجيته مجاله ضوابطه، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1428هـ/2007م، ص198.

ومن هنا يمكن القول بأن ما جرى به العمل ليس أصلا استدلاليا نستنبط به الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وإنما هو أصل تنزيلي يستعمله القاضي أو المفتي في تطبيق الأحكام الشرعية على النوازل بعد تحصُّل الأقوال والروايات لديه، قال الشاطبي[1]:"كل دليل شرعي فمبني على مقدمتين: إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم"[2]،وتحقيق مناط الحكم هو تطبيق النص على جملة الوقائع التي تدخل تحته، وهو اجتهاد لا ينقطع أبدا كما يقول الشاطبي:"أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر إلى تعيين محله"[3].

إنَّ ما جرى به العمل وإن لم يكن دليلا في نفسه فإنه مستند إلى دليل شرعي عام، وفقهاء المدرسة المالكية المغربية لما قرَّروا إجراء العمل بحكم ما لم يكن ذلك استنادا إلى هوى نفس، بل استندوا إلى أدلة عامة، ولذلك جعلوا من شروطه اندراجه تحت أصل شرعي، والسلامة من المعارض الأقوى أو المساوي كما مر معنا في المطلب الثالث من المبحث السابق.

وقبل عرض مذاهب الفقهاء المالكية وأدلتهم لابد من أن نذكر أن القول الذي يجري به العمل أما أن يكون قويا؛ أي راجحا أو مشهورا، وإما أن يكون مرجوحا؛ أي ضعيفا أو شاذا، فإذا جرى العمل بالقول القوي زاده قوة، وكان ذلك هو المطلوب، وهذا ليس هو محل الخلاف هنا، ولكن إذا جرى العمل بالقول الضعيف أو الشاذ فهل يكون ذلك مقبولا؟ وهل يكون جريان العمل موجبا لترجح الضعيف والشاذ على مقابلهما؟

إن استقراء نصوص فقهاء المالكية في حجة العمل وصحة الركون إليه في الفتوى القضاء؛ يبيّن لنا اختلافهم في ذلك على مذهبين، وفيما يلي استعراض لأقوال الفقهاء من الفريقين وأدلتهم

المطلب الثاني: مذهب المثبتين لما جرى به العمل.

---

[1]. **الشاطبي**: هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، العلامة المحقق النظار الأصولي، أخذ عن المقري، الشريف التلمساني، ابن لب، خلف مؤلفات نفيسة منها: الموافقات في أصول الشريعة، الاعتصام في الحوادث والبدع، ت 790هـ، ينظر:(الحجوي: الفكر السامي: ج4،ص291/التنبكتي: نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص46، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص231).

[2]. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية،تحقيق عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط2: 1395هـ/1975م، ج3، ص43.

[3]. المرجع نفسه، ج4، ص89.

ذهب معظم متأخري مالكية الأندلس و المغرب إلى أن العمل أصل معتبر لا يستغنى عنه في صناعة الفتوى والقضاء، وأن تركه منافٍ لقواعد المذهب ومقاصد الشرع، ومن بين المثبتين لهذا الأصل: ابن عبد البر وابن فرحون والحطاب[1]،والونشريسي، والأجهوري، وميَّارة، والهلالي، والمهدي الوزاني، وجلُّ شرَّاح التحفة، وغيرهم كثير، وفيما يلي بعض النقولات والأقوال عنهم:

. قال ابن عبد البر[2]: إذا رأيت الرجل يعمل بالعمل الذي اختلف فيه وأنت ترى غيره فلا تنهه.[3]

. قال المازري: إن كان القاضي على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أدَّاه إليه اجتهاده إلى الخروج، لتهمة أن يكون خروجه هوى أو ضعفا.[4]

. قال ابن لب: إذا كان عمل الناس على أقوال لبعض العلماء فلا ينبغي إنكاره.[5]

. قال الشاطبي: "الأولى عندي في كل نازلة يكون لعلماء المذهب فيها قولان، فيعمل الناس على موافقة أحدهما وإن كان مرجوحا في النظر، أن لا يعرض لهم، وأن يجروا على أنهم قلدوه في الزمان الأول وجرى به العمل، فإنهم إن حملوه على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة وفتح لباب الخصام، وربما يخالفني في ذلك غيري، وذلك لا يصدني عن القول به ولي فيه إسوة".[6]

---

[1]- **الحطاب**: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المكي مولدا ومنشئا، أخذ عن والده وأحمد بن عبد الغفار ومحمد السخاوي، وأخذ عنه ولده يحي، وعبد الرحمان التاجوري، ومحمد القيسي، له: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، وشرح رجز ابن غازي، ت954هـ، ينظر:(التنبكتي: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، دار الكتب العلمية، بيروت، ص337، مخلوف شجرة النور، مرجع سابق،ص309.)

[2]. **ابن عبد البر**: أبو عمرو يوسف بن عبد الله النمري، أخذ عن ابن المكوي، وابن الفرضي، وعنه أبو العباس الدلائي، وأبو علي البغساني، له: التمهيد، والاستذكار، والاستيعاب، والكافي في الفقه، ت464هـ، ينظر:(ابن فرحون: الديباج المذهب، مرجع سابق، ص 457، مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ص 119).

[3]. المواق: سنن المهتدين، طبعة حجرية، دت، ص5.

[4]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص64.

[5]. المواق: المرجع السابق، ص5.

[6]. ينظر: المهدي الوزاني: شرح عمليات فاس، مرجع سابق، م22/ ج2،ص7/ السجلماسي: فتح الجليل،مرجع سابق، ص2.

. قال ابن فرحون: كثيرا ما يوجد في كتب المتأخرين والموثقين في المسألة ذات الأقوال الذي جرى به العمل كذا، والذي جرى به القضاء... ونصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن ذلك مما يرجح به ... فإنه مما يرجح به القول المعمول به، ولا ينبغي أن يختلف في هذا، وظاهر النصوص تشهد به.[1]

قال المسناوي: "وإذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب, فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل وإن كان مخالفا للمشهور".[2]

قال السجلماسي: إذا كان القول المعمول به راجحا لم يجز للقاضي ولا المفتي العدول عنه إلى غيره وإن كان مشهورا، وفي أنكحة المعيار عن سيدي عبد الله العبدوسي[3]: لا يقضي القاضي إلا بمشهور المذهب، أو بما مضى عليه العمل من الموثوق بعلمهم ودينهم"[4].

وجاء في المعيار:" العمل إذا جرى بالشيء في بلد ما كان مما يرجح به، إلا أن يختلف العرف في بلدين فلا يكون ذلكمرجحا"[5].

وقال أبو زيد عبد الرحمان الفاسي: وما به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور.

جاء في الشرح:" إن القول الشاذ الذي جرى عليه عمل القضاة والمفتين واستمر حكمهم به مقدم في الأخذ على القول المشهور فيجب على القاضي الحكم به ويمضي حكمه به ولا ينقض وإن كان ما جرى به العمل غير مشهور".[6]

قال في منهاج الناشئين: فإن تعارض المشهور أو الراجحمع العمل قدِّم عليهما، وفي ذلك قلت:

إن يكن الدليل قد تقوَّى فراجح عندهم يسمى

---

[1] ابن فرحون: تبصرة الحكام،مرجع سابق، ج1, ص 53،54،55.

[2]. القادري : رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص 23.

[3]. **عبد الله العبدوسي**: أبو محمد عبد الله محمد بن موسى بن معطي العبدوسي الفاسي، أخذ عن والده وجده أبي عمران، وعنه القوري، له رسائل وفتاوى نقل منها في المعيار، ت849هـ، (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص255).

[4]. السجلماسي: العمليات العامة،مرجع سابق، ص 6، 7.

[5] الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج10، ص47.

[6]. المهدي الوزاني: شرح عمليات فاس، مرجع سابق، م22، ج2،ص7.

عملنا هو الذي به حكم قضاة الاقتداء رعيا للحِكَم

وقدم العمل حيث ما جرى على سواه مطلقا بلا مرا.[1]

وقال الهلالي: قد علمت أن تقديم ما جرى به العمل مطلوب...فإذا رجَّح بعض المتأخرين المتأهلين للترجيح قولا مقابلا للمشهور لموجب رجحانه عندهم، وأجروا به العمل في الحكم والفتوى، تعيَّن على المقلد إتباعهم"[2].

وقال التسولي:"إن ما جرى به العمل يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، إن كان هناك من يقول به"[3].

وجاء في منار السالك: "يعتبر القول الذي جرى به العمل من فروع الراجح ومن جزئياته، لأن القول إذا جرى به العمل صار راجحا، فإذا رجح بعض المتأخرين المتأهلين لذلك قولا مقابلا للمشهور تعيَّن إتباعه ويقدم على المشهور".[4]

وفي مراقي السعود: وقدم الضعيف أن جرى عمل به لأجل سبب قد اتصل.

أي أنه يجب تقديم القول الضعيف في العمل به على المشهور إذا تخالفا، وإذا ثبت بشهادة العدول.[5]

الأدلة:

وقد اعتمد فقهاء المالكية لإثبات ما جرى به العمل بأدلة مختلفة منها:

1/ ما ترجمه الأمام البخاري في صحيحه بقوله:" باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون عليه بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"[1].

---

[1]. أبو الشتاء الصنهاجي: منهاج الناشئين من القضاة والحكام، ط1: 1348هـ، فاس، المملكة المغربية، ص40.

[2]. الهلالي: نور البصر،مرجع سابق، لوح 89.

[3]. التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج2/ ص215. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج8، ص8.

[4]. الرجراجي: منار السالك، مرجع سابق، ص47.

[5]. الشنقيطي: نثر البنود، مرجع سابق، ج2، ص333.

والأصل في هذا حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال:" حجم رسول الله ρ أبو طيبة فأمر له رسول الله بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه"[2] .

وحديث عائشة رضي الله عنها: قالت هند لرسول الله ρ :"أن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًّا؟ قال:"خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"[3]،

قال ابن حجر:"قال ابن المنيّر: مقصود البخاري بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ"[4].

فأصل قاعدة جريان العمل النصوص الواردة في اعتبار العرف والعوائد، إذ أن العمل يجري على ما تعارف عليه القضاة والمفتين إذا وافق ذلك الشرع كما هو في باب العرف.

وقد قرر غير واحد أن العمل تابع للعرف، مثل أدوات البيت، منها ما يكون لزوج ومنها ما يكون للزوجة بحسب الأعراف والعوائد، فكل بلد يحكم لها بعرفها[5]... وللأعراف قيمة في نظر الشرع، قال تعالى:﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾الأعراف 199.

2/ أن ما جرى به العمل جار وفق أصول المذهب وقواعده، وبيان ذلك أن"بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض فقهاء المذهب إلى الحكم بقول مخالف للمشهور لدرء مفسدةأو لخوف فتنة أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف، أو نوع مصلحة أو نحو ذلك، فيأتي بعده و يقتدى به مادام الموجب قائما، وهذا مبني على أصول في المذهب المالكي قد

---

[1]. ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، دار الفيحاء، دمشق، ط3: 1421هـ/2000م، ج4،ص512.

[2]. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ذكر الحجام، رقم:2102.فتح الباري بشرح صحيح البخاري ،ج4، ص 324.

[3]. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى عمل الأمصار على ما يتعارفون عليه، رقم:2211. فتح الباري بشرح صحيح البخاري ،ج4، ص 405.

[4]ابن حجر: فتح الباري، مرجع سابق، ج4، ص405، 406.

[5]. ينظر: الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص 468/ ابن فرحون: تبصرةالحكام،مرجع سابق، ج1،ص 51.

تقدمت، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة..."[1].

3/ أن ما جرى به العمل إذا ترجَّح بموجب صار من فروع الراجح، والراجح واجب تقديمه والعمل به, قال الهلالي:"والعمل لا ينافي ما انعقد عليه الإجماع من مطلوبية العمل بالراجح، بل هو جزء من جزئياته، ومصدق من مصدوقاته"[2].

وقد يعترض فيقال: إن العمل هو الأخذ بالضعيف أو الشاذ لموجب؛ فكيف يصح أن يقال إن ما جرى به العمل مقدم على المشهور؟، والإجماع منعقد على عدم جواز العمل بالضعيف والشاذ.

والجواب:" أن المفتي القادر على الترجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رجحانه مطلقا، قال ابن هلال: إن المفتي المتأهل له الفتيا بغير المشهور على وجه الاجتهاد و الاستحسان"[3]، ومن هنا اشترط المالكية لصحة إجراء العمل صدوره عن أهله ممن يقتدى بهم.

4/ أن في تقديم ما جرى به العمل على المشهور حسم لمادة الخلاف ، ووأد للفتنة وسد للذريعة التي تفضي إلى المفسدة، قال أبو مهدي السكتاني[4]:"ترك ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير"، وصرح التسولي بأن مخالفته ليس بالأمر الهين. وقال السجستاني:" مخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير، وقال محمد المجَّاصي: وخروج القاضي على عمل بلده ريبة قادحة ، لكنه يقتصر من العمل على ما ثبت ".[5]

وقال ميارة:" إن القاضي يلزمه إتباع عمل بلده، وإن خروجه عنه موجب إساءة الظن به".[6]

---

[1]. الحجوي: المرجع السابق، ج4، ص465.

[2]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 88.

[3]. المرجع نفسه، لوح 88.

[4]. **أبو مهدي السكتاني**: هو عيسى بن عبد الرحمان مفتي مراكش، أخذ عن المنجور وغيره، وعنه خلق منهم محمد بن سعيد زمحمد بن سليمان الفاسي، له حاشية على شرح أم البراهين، ت1062هـ.(محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص308).

[5]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص 6،7.

[6]. ميارة: شرح ميارة على التحفة، مرجع سابق،ج1، ص 28.

قال الهلالي:"ووجه تقديم م جرى به العمل على الراجح مع أن كلا منهما راجح من وجه، أن في الخروج عنه تطرق التهمة إلى الحاكم، فوجب عليه إتباع العمل سدًّا للذريعة"[1].

وقد أفتى الفقيه الحافظ القوري[2] بعدم لزوم بيع المضغوط، فكان ذلك سببًا في تأخيره عن مجلس الشورى[3]، كما حدث للفقيه السراج[4] عندما عرض شهادة الابن مع أبيه على خلاف ما أفتى به القاضي الحميدي[5]، فأُخِّر عن الإفتاء، فكل منهما أفتى بالمشهور ومع ذلك أخرا عن الفتوى، لأنهما لم يذهبا مع القول الذي جرى به العمل[6]، فلا ينبغي التشويش على العامة وفتح باب الخصام كما مرَّ مع الشاطبي.

5/ أن الأخذ بما جرى به العمل هو اقتداء بمالك في الأخذ بعمل أهل المدينة، فتأثروا بمالك في عمل أهل المدينة وقاسوا عمل الأمصار والأقاليم على عمل أهل المدينة،" لأنه يتفق معه في المبدأ، غير أنه يختلف عنه في الاعتبارات"[7]، وقد سبق وأن أشرنا إلى أوجه الشبه بينهما.

والإمام مالك حكَّم قاعدة العمل على صعيد الاجتهاد المطلق، وجاء من بعده من أصحابه في العصور المتأخرة و لاسيما في بلاد المغرب، فحوَّروا تلك القاعدة إلى مفهوم جديد، وطبقوها في نطاق الاجتهاد المذهبي.[8]

لكن هذه النظرة لم يقل بها كل من أثبت العمل، بل إن هناك من أنكر قياس العمل على عمل أهل المدينة كابن فرحون.

---

[1]. الهلالي: نور البصر،مرجع سابق، لوح 88.

[2]. **القوري**: أبو فارس عبد العزيز بن محمد القوري الفاسي، أحذ عن أبي الحسن الصغير ، وعنه أحذ أبو عمران العبدوسي، له تقييد على المدونة، ت750هـ، (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص231).

[3]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق،ج4، ص 467.

[4]. **السراج**:أبوزكرياء يحي بن الفقيه أبي العباس الفاسي، المعروف بالسراج، أخذ عن أبي البركات ابن الحاج، وابن عباد وبه انتفع، ت1007هـ،(محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص294).

[5]. **القاضي الحميدي**: أبو محمد عبد الواحد بن أحمد الحميدي، قاضي الجماعة بفاس، أخذ عن أحمد بابا و عبد الراحدالونشريسي، وعبد الوهاب الزقاق، وعنه: عبد الرحمان الفاسي وأخوه أبو المحاسن وأولاده علي وأحمد، ت1003هـ, (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص294).

[6]. الجيدي: العرف والعمل،مرجع سابق، ص 366.

[7]. المرجع نفسه: ص 342.

[8]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل،مرجع سابق، ص 79.

المطلب الثالث: مذهب المنكرين لأصل ما جرى به العمل وأدلتهم.

ذهب جماعة من فقهاء المالكية . وهم قلّة قليلة . إلى إنكار العمل وردّه وعدم قبوله، واعتباره بدعة منكرة، وأنه لا يصح الأخذ به في الفتوى والقضاء، وأنه لا يجوز ترجيح الضعيف والشاذ في مقابل الراجح والمشهور مهما كان سبب ذلك، لأنه قول في دين الله بالتَّشهي، وقد تبنَّى هذا الرأي ثلة من الفقهاء وهم: الأستاذ الطرطوشي[1]، والمقري الجد، وابن ستاري، وابن العربي، وفيما يلي نقل لأقوالهم وآرائهم.

أولا: رأي الشيخ أبو بكر الطرطوشي.

قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي:"أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولّوا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، قال الشيخ أبو بكر:" وهذا جهل عظيم منهم"، يريد أن الحق ليس في شيء معين.[2]

ثانيا: رأي المقري الجدّ.

شنَّع المقري على من يرى جواز اعتماد العمل، ويرى فيه خطرا على الإسلام وبادرة للتَّبديل والتغيير فيه، فيقول:" وعلى هذا الشرط . اشتراط الوالي على القاضي أن يحكم بقضاء قرطبة . ترتَّب إيجاب عمل القضاة بالأندلس، ... فبينا نتازع الناس في عمل المدينة، ونصيح بأهل الكوفة مع كثرة ما نزل بها من علماء الأمة؛ كعلي وابن مسعود، ومن كان معهما:{ليس التكحل في العينين كالكحل}، سنح لنا بعض الجمود ومعدن التقليد:

الله أخَّر مدَّتي فتأخَّرت حتى رأيت من الزمان عجائبا.

يالله وللمسلمين، ذهبت قرطبة وأهلها، ولم يبرح من الناس جهلها، ما ذاك إلا لأن الشيطان يسعى في محو الحق فينسيه، والباطل لا زال يلقنه ويلقيه، ألا ترى خصال الجاهلية ؛كالنياحة والتَّفاخر

---

[1]. **الطرطوشي**: أبوبكر محمد بن الوليد القرشي الاسكندري، صحب الباجي واخذ عنه وأجازه، ورحل إلى المشرق وسمع عن أبي بكر الشاشي والجرجاني وابي علي التستري، وعنه أخذ ابو الطاهر إسماعيل بن المكي والقاضي سند وابن العربي وعياض، له تآليف منها: سراج الملوك، واختصر تفسير الثعالبي، وكتاب في الخلاف، وشرح لرسالة ابن أبي زيد، ت520، (ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص125/124).

[2]. ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق،ج1، ص 52 .

والتَّكاثر، والطعن والتفضيل، والكهان والنجوم، والحظ والتَّشاؤم وما أشبه ذلك، وأسماءها كالعتمة ويثرب، وكذا التَّنابز بالألقاب، وغيره مما نهى عنه محذر منه، كيف لم تزل من أهلها، وانتقلت إلى غيرهم مع تيسر أمرها، حتى كأنهم لا يرفعون بالدين رأسا، بل يجعلون من العادات القديمة أسًّا، وكذا محبة الشعر والتلحين والنسب، وما انخرط في هذا السلك ثابتة الموقع من القلوب، و الشرع فينا منذ سبعمائة وسبعة وستين سنة لا نحفظه إلا أقوالا ولا نحمله إلا كلاًّ".[1]

ثالثا: رأي ابن ستاري.

سُئِل الفقيه عبد الله بن ستاري عمَّا يوجد في كتب المتأخرين والموثقين في المسألة ذات الأقوال؛ الذي جرى به العمل كذا و الذي جرى به القضاء، واستمرت عليه الفتوى كذا، فهل يكون ذلك مرجحا لذلك القول أو لا؟ وهل له أن يختار أحد الأقوال فيقضي به أم لا؟[2]

قال ابن فرحون: "وقع في الفتوى لابن عبد النور من كلام الفقيه أبي محمد عبد الله بن علي بن سمارى[3] في جوابه عن مسائل مختلفة سئل عنها في سؤال واحد، فأجاب:" وأما قوله الذي جرى به العمل كذا، فإن كان يريد عمل أهل الأندلس أو جهة من الجهات فليس يترجح بهذا، وإذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة دون تقييد أو تفصيل، وهي مستقر الوحي ومنزل الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة", انتهى ما لخصته من الجواب"[4].

رابعا: رأي ابن العربي.

قال أبو بكر بن العربي في العواصم من القواصم:" ثم حدثت حوادث لم يلقوها في نصوص المالكية، فنظروا فيها بغير علم فتاهوا، وجعل الخلف منهم يتبع في ذلك السلف، حتى آلت الحال ألاّ ينظر إلى قول مالك وكبراء أصحابه، ويقال قد قال في هذه المسألة أهل قرطبة، وأهل طلمنكة، وأهل

---

[1]. المقري الجد: القواعد، مرجع سابق،ج1، ص 84. وكذا نفح الطيب للمقري الحفيد، مرجع سابق،ص557، والمعيار للونشريسي،مرجع سابق، ج2، ص 482.

[2]. الونشريسي: المعيار المعرب،مرجع سابق ج10، ص44.

[3]. هكذا ورد عند ابن، فرحون " ابن سمارى" بالميم، والأصح "ابن ستاري" بالتاء، ينظر:

[4]. ابن فرحون: تبصرة الحكام،مرجع سابق، ج1ص52.

طليطلة، وأهل طلبيرة، فانتقلوا من المدينة وفقهائها إلى طلبيرة وطريقتها، و حدثت قاصمة أخرى تعلم العلم"[1]

1/ وبالتأمل في رأي هؤلاء الأعلام الأربعة نجد أنهم أنكروا ما جرى به العمل لأنهم تصوروا المسألة من باب القياس على عمل أهل المدينة، وللمدينة خصوصيات ليست لغيرها من البلدان، وسيأتي الكلام عن هذا في المطلب الموالي . إن شاء الله ..

2/ وبما أن الأخذ بما جرى به العمل هو اختيار المغاربة؛ فإن مالكية مصر اختاروا الخروج عن المذهب إلى مشهور المذاهب الأخرى، جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:" الفتوى إنما تكون بالقول المشهور أو الراجح من المذهب... وأما القول الشاذ والمرجوح أي الضعيف، فلا يفتى بهما، فلا يجوز الإفتاء بواحد منهما، ولا الحكم به، ولا يجوز العمل به في خاصة النفس، بل يقدم العمل بقول الغير عليه، لأن قول الغير قوي في مذهبه، كذا قال الأشياخ... وهو اختيار المصريين".[2]

يستفاد من هذا القول أن الفتوى بالضعيف أو الشاذ عند الضرورة لا تجوز، وإنما ينظر إلى ما قوي من قول الغير، والمقصود بذلك القول خارج المذهب، لأن الراجح منه أولى من الضعيف والشاذ داخل المذهب، وهذا الاتجاه كما ذكره هو اختيار المالكية المصريين.

3/ كما ينتقد أصل ما جرى به العمل بأن كثيرا من مسائله لا أصل لها، وإنما هي مجرد دعوى لم يثبت بها العمل، فصار العمل مجهول أصله من حيث الشخص والزمان والمكان والسبب، كما أنه مجهول من حيث المستند، ثم هل يرجع إلى دليل من أدلة التشريع من نصوص أو كليات أصولية، أو قواعد عامة حتى يصح بناء الأحكام عليه[3]، وقد انتقد الحجوي نظم العمل الفاسي وشرحه لعبد الرحمان الفاسي،وقال إنه حاطب ليل، جمع حتى ما كان من قضاة الجور، وضرب أمثلة على ذلك.[4]

---

[1]. ابن العربي: العواصم من القواصم، مرجع سابق، ص 357.

[2]. الدسوقي شمس الدين محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج1، ص20.

[3]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق،ص 414, 415.

[4]. الحجوي: الفكر السامي،مرجع سابق، ج4، ص 469.

4/ إن الأخذ بما جرى به العمل مدعاة للتقليد، وسدٌّ لباب الاجتهاد، وهذا ما حدث للفقهاء المتأخرين الذين أفرطوا في التقليد لما رجَّحه الفقهاء أو عملوا به، وأخذوا به في مرتبة النصوص القطعية، متقبلين ذلك باقتناع تام دون أن يتطلعوا إلى معرفة الأساس التشريعي الذي بني عليه، فكلما وجدوا قولا للمتأخرين رجحوه وقالوا: عله العمل، وأصبح الاستدلال بذلك قائما على الأشخاص لا على الدليل[1]، "ومن هنا تشعبت الخصومات، وصعب التوصل إلى الحق على الأقوياء، فضلا عن الضعفاء، فلو أن علماء المالكية رقعوا هذا الفتق، وحرَّروا كتبا يفتى بها، تصان بها الحقائق لقاموا بواجب عيني"[2].

المطلب الرابع: مناقشة وترجيح.

الفرع الأول: مناقشة أدلة الثبتين لما جرى به العمل.

1/ إن الاستدلال بالأحاديث والنصوص الواردة في اعتبار العرف والعوائد على قاعدة جريان العمل خارج عن محل النزاع، والذي هو ترجيح الضعيف والشاذ لموجي اقتضى ذلك، فمحل الاستشهاد بها إنما هو في باب العرف لا العمل، ولو كان العرف كالعمل فما الفائدة من التقسيم، لاسيما وأن هناك فرق بين العرف والعمل، إذ أن العرف هو عمل العوام الشيء المرة بعد المرة، والهمل هو فعل القضاة والمفتين لا العوام.

[1]. الجيدي: المرجع السابق، ص 415.

[2]. الحجوي: المرجع السابق، ج4، ص470.

. ويجاب على هذا بأن العمل تابع للعرف، بل إن أكثر مسائل العمل مبناها على الأعراف الخاصة أو العامة للبلد الذي يجري فيه ذلك العمل، ومن موجبات العمل العرف والعوائد، كما قرر ذلك غير واحد كابن فرحون و الحجوي.

2/ قولكم: في الأخذ بما جرى به العمل حسم لمادة الخلاف وسد لذريعة تطرق التهمة للقاضي لا يسلم، لأن القاضي لو حكم بالضعيف والشاذ لعزل عن منصبه، وينقض حكمه ولا يتم، فصار الأخذ بالعمل . وهو قول ضعيف أو شاذ . ذريعة إلى تطرق التهمة للقاضي وليس حسم لمادة الخلاف، لما في ذلك من تتبع رخص الفقهاء، "وذلك من أسباب ضياع الثقة بالمحاكم الشرعية الإسلامية، فما أحوج محاكمنا إلى التجديد والنظام، وما أحوجنا إلى قضاة ومفتين عدول نزهاء يقومون بالقسط، وتحصل بهم ضمان الحقوق".[1]

وقد جاء في مراقي السعود:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ.

ومن عوام لا تجز ما وفقا قولا فلا اختيار منهم مطلقا[2]

ويستفاد من هذا أن الفتوى والقضاء بالقول الضعيف والقول الشاذ لا يجوز في الأصل، لاسيما إذا كان في مقابليهما راجح أو مشهور، والسبب في ذلك سد ذريعة الميل مع الهوى، و إتباع الأغراض دون وازع، وهو ما نقل عن الإمام المازري.[3]

. ويجاب على هذا: أن محل نقض حكم الحاكم إذا حكم بغير المشهور والراجح إذا كان مقلدا لم يبلغ رتبة الترجيح، وأما إذا بلغها بأن كان مجتهدا مقيدا فلا ينقض حكمه، لأنه يجوز له الحكم والعمل والإفتاء بالضعيف إذا ترجح عنده.[4]وقد سبق في شروط العمل أن يصدر عن فقيه مؤهل، وهو من بلغ رتبة مجتهد الترجيح.

---

[1]. الحجوي: الفكر السامي،مرجع سابق، ج4، ص470.

[2]. الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، مرجع سابق، ج2، ص 332.

[3]. القادري: رفع العتاب والملام،مرجع سابق، ص 64.

[4]. الشنقيطي: المرجع السابق،ج2، ص333.

3/ إن قياس عمل الأقاليم والأمصار على عمل أهل المدينة قياس مع الفارق، وقد أنكر ذلك كثير من فقهاء المالكية، كابن العربي، وابن ستاري، والمقري، لأن المدينة لها خصوصيات ليست لغيرها من الأقاليم، فالزمن زمن تشريع، والمكان محل تطبيق للتشريع، والأشخاص هم مجتهدي الصحابة والتابعين، وهذا كله لا يوجد في غيرها من البلدان.

. ويجاب على هذا الاعتراض: بأن قياس العمل إنما هو على عمل المدينة الاستدلالي لا العمل النقلي والقديم، فمالك رحمه الله قد حكم قاعدة العمل بناء على عرف المدينة وأهلها، ويجعله مرجحا بين الأدلة المتعارضة لديه، وكذلك ما جرى به العمل، إذ الأحكام والفتاوى تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المنكرين لأصل ما جرى به العمل.

. إن المعترضين على أصل ما جرى به العمل تصوروا المسألة من باب القياس على عمل أهل المدينة، وقد كانت هذه المسألة محل خلاف بين فقهاء المالكية، ولما نقل ابن فرحون قول أبي بكر الطرطوشي في شرط أهل قرطبة" هذا جهل عظيم منهم" قال:" يريد أن الحق ليس في شيء معين، وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان، فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصرا للإمام ابن عبد البر، والقاضي أبي الوليد الباجي،والقاضي أبي الوليد بن رشد، والقاضي أبي بكر بن العربي، والقاضي أبي الفضل عياض، والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظائرهم، وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب، وهذا الذي الذكر الباجي عن ولاة قرطبة ورد نحوه عن سحنون، وذلك أنه ولى رجلا القضاء، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة، ولا يتعدى ذلك، قال ابن رشد: وهذا يؤيد ما ذكره الباجي،ويرد ما قاله الشيخ أبو بكر، فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه فإنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك؟"[1].

[1]. ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص52.

. أما رأي المقري الجد في ما جرى به العمل؛ فقد أنكره الشريف التلمساني[1]، قال المقري الحفيد[2]:" ولما ذكر مولاي الإمام قاضي القضاة بفاس سيدي أبو عبد الله المقري التلمساني في كتابه القواعد شرط أهل قرطبة المذكور،... قال الحافظ ابن غازي بعد ذكر كلام مولاي الجد ما نصه:وحدثني ثقة ممن لقيت أنه لما قدم مدينة فاس العلامة التلمساني، وتصدى للإقراء والتفسير بالبلد الجديد، وأمر السلطان أبو سعيد المريني الحفيد أعيان الفقهاء بحضور مجلسه، كان مما ألقاه إليهم منزع المقري هذا، فبالغوا في إنكاره، ورأوا أنه لا معدل عما عول عليه زعماء الفقهاء كابن رشد وأصحاب الوثائق كالمتيطي[3] من اعتماد عمل أهل قرطبة ومن في معناهم".[4]

وقال ابن فرحون في جوابه على رأي ابن ستاري:" وكلامه في الجواب عما جرى به العمل غير شاف، وقياسه على عمل أهل المدينة غير مستقيم، فإن اختلف العلماء في عمل أهل المدينة إنما هو بالنسبة إلى الإجماع، هل يكون عملهم إجماعا أم لا؟ وليس ذلك من هذا الذي نحن فيه".[5]

الفرع الثالث: الترجيح.

بعد عرض أدلة المثبتين والمنكرين لأصل ما جرى به العمل ومناقشتها، تبين أن أصل ما جرى به العمل له مستندات شرعية يقوم عليها، والأدلة العامة تشهد له بالاعتبار، لأنه يجرى على قواعد المذهب المالكي في اعتبار المصالح وسد الذرائع واعتبار الأعراف والعوائد، غير أن الأخذ بهذا الأصل ينبغي أن لا يتوسع فيه فيسترسل القضاة والمفتون في الحكم والفتوى به، لأن الأصل أن الحكم والفتوى لا ينفذان إلا وفق الراجح والمشهور في المذهب، والأخذ بالضعيف والشاذ إذا جرى

---

[1]. **الشريف التلمساني**: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد العلويني الشريف الحسني، أعلم من في عصره بإجماع، من مشايخه: الأبلي، القاضي التميمي، ابن زيتون...أخذ عنه الشاطبي وابنه عبد الرحمان، وابن خلدون...ألف مفتاح الوصول، ت771هـ، ينظر:(حمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص234).

[2]. **المقري الحفيد**: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد المقري، أخذ عمه سعيد المقري والشيخ أحمد بابا والقصار، وعنه أخذ كثير منهم: عيسى الثعالبي، وعبد القادر الفاسي، وميارة، له نفح الطيب، وأزهار الرياض، وحاشية على مختصر خليل، ت1041هـ.(محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1.ص301/300).

[3]. **المتيطي**: هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي، نسبة إلى متيطة . قرية في أحواز الجزيرة الخضراء بالأندلس . أخذ عن خاله أبي الحجاج المتيطي، وأبي محمد بن القاضي، له كتاب النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، ت570هـ، ينظر:(التنبكتي: نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص199 /،397، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص163).

[4]. المقري: نفح الطيب مرجع سابق،، ج2, ص557, 558.

[5]. ابن فرحون: المرجع السابق، ج1، ص55.

بهما العمل هو استثناء من هذا الأصل العام، والاستثناء لا يتوسع فيه، بل يكتفى فيه بالحالات المخصوصة كالضرورة والخوف الفتنة ونحوهما، وفي هذه الحالات لابد من التحقق من توفر الشروط اللازمة والسابق ذكرها.

وهذا هو الذي رجحه قطب الريسوني حيث قال:" والذي أميل إليه أن المخالفين وهم قلة قليلة يسلكون العمل في عداد الآراء المذمومة والقول في دين الله بالتشهي والتلذذ، وفي هذا التصور غفلة عن حقيقة العمل وشروط العمل به، ولو جلّي الأمر المخالف فيه على النحو الذي تقرر عند المالكية المتأخرين لكان له موقف آخر أقرب إلى الاعتدال و النَّصفة"[1].

غير أن مذهب المنكرين لا يمكن اعتباره باطلا بالكلية، لأن فيه شيئا من الصواب، لاسيما وأن البعض مسائل العمل جاءت مخالفة للنصوص القطعية والاجماعات المنعقدة، مما أدى بالبعض إلى الاسترسال في إثبات كل ما جرى به العمل، مما يوحي بضرورة مراجعة أحكام العمل في الأبواب الفقهية، وإخضاعها لمنهج النقد الفقهي، وفق الضوابط والشروط المتعارف عليها، فيثبت منه كما هو كذلك، ويبطل ما لا يصح، وقد عقد الهلالي فصلا في "التحذير من أمور جرى العمل بها في بعض البلدان ولم يظهر لها مستند، أو كان لها مستند في زمان مخصوص ومكان مخصوص، فتقلد ذلك الجاهلون والمتساهلون في مكان أو زمان لا مستند لهم فيه"[2].

ومن المرجحات الدالة على اعتبار ما جرى به العمل نذكر:

1/ أن العمل لا يجري إلا في المسائل التي يعقل معناها، والتي يكون مبناها على المصالح والأعراف، وطبيعة هذه الأحكام أنها تتغير من زمن لآخر ومن بلد لآخر، والفقيه أو المجتهد إذا عرضت عليه مسألة من المسائل راعى ظروفها وملابساتها والوسط الذي حدثت فيه، ثم يستنبط لها الحكم المتفق مع كل هذا، فإذا تغير الوسط وتبدلت الظروف التي حدثت فيها الواقعة؛ تغيرت بذلك المسألة وتبدل وجهها، وكانت مسألة أخرى اقتضت حكما آخر لها، وهذا لا ينفي أن المسألة السابقة بظروفها مازالت على حكمها، وهذا الذي يعرف بتحقيق المناط.

[1]. قطب الريسوني: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في الميزان، مرجع سابق،ص 29.

[2]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق،لوح 92.

ثم إن الفقهاء 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 و الأماكن يحق ذلك الغرض، وهذا موافق للقاعدة التي تقول "**إن تغير الأحكام عند تغير الأسبابليس خروجا عن المشهور، بل فيه جرى على أصول المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا**"، وأمثال هذه الاعتبارات موجودة كثيرا في ما جرى به العمل[1].

2/ أن الأخذ بما جرى به العمل ليس بدعا من الأمر أحدثه المالكية المغاربة، وإنما يوجد في المذاهب الفقهية السنية الأخرى ما يشبهه وان لم يسمى باسمه، كالمذهب الحنفي، فقد سلك فقهاؤه منهجا في العمل بالضعيف والشاذ يشبه الذي جرى به العمل عند المالكية، وقد قرر فقهاء الحنفية قاعدة:" لا يجوز العمل أو الإفتاء بالرواية الضعيفة أو المرجوحة إلا لضرورة شديدة تبدو لمفت عارف متبحر"... وقد صرح عدة من الفقهاء بأنه قد يجوز العمل والإفتاء برواية ضعيفة أو قول مرجوح لضرورة اقتضت ذلك"[2]، ورسائل ابن عابدين تحوي أمثلة كثيرة لهذه القاعدة، وذلك في عقود رسم المفتي ورسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف.[3]

ومن الصور التي أجاز الحنفية العمل فيها بأقوال ضعيفة أو بروايات مرجوحة مايلي:

1/ قضاء القاضي وحكمه بها.

2/ إفتاء المفتي وإصداره الفتيا بها.

3/ عمل الشخص بها في حق نفسه و إتباعه في ذاتها.[4]

وهذا أيضا مذهب الشافعية، فقد ذكر أبو عمرو بن الصلاح الشافعي رحمه الله في كتاب (أحكام المفتي والمستفتي) أن القول القديم إذا قيل فيه أنه جرى به العمل، فإن هذا يدل على أن القول القديم هو المفتبه"[1].

---

[1]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي،مرجع سابق، ص 69.

[2]. الراشدي، محمد كمال الدين أحمد: المصباح في رسم المفتي ومناهج الإفتاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1: 2005م/ 1425هـ، ص 328، 329.

[3]. ابن عابدين، محمد أمين أفندي: مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتاب، دط، دت، ج1, ص 50.

[4]. الراشدي: المصباح في رسم المفتي ومناهج الإفتاء، ص 330.

المبحث الثالث:

أسس وموجبات ما جرى به العمل.

تمهيد:

سبق وأن ذكرنا أن العمل ينقسم باعتبار موجبه إلى: عمل موجبه العرف وعمل موجبه المصلحة وعمل موجبه سد الذريعة وعمل موجبه الضرورة ، كما بيَّنا أن الفقهاء قد اشترطوا لصحة العمل واعتباره أن يكون للقول الذي جرى به العمل أسس وموجبات شرعية تبرر العمل بذلك القول، كما يجب أن يكون هناك ترابط دائم ومستمر بين تلك الأسس والموجبات وبين ما يجري به العمل، لأن أحكام العمل تتغير بتغير الأسس والموجبات.

وفي هذا المبحث ندرس ماهية تلك الموجبات، ثم الأدلة الشرعية على اعتبارها واتخاذها أصلا للاستنباط وترجيح الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور من الأقوال في المذهب المالكي، وبتتبع كتب العمليات والنوازل والفتاوى نجد إشارات لأهم تلك الأسس والموجبات التي بنيت عليها أحكام العمل، والتي هي: العرف، والمصلحة، وسد الذريعة، والضرورة.

وقد اقتصر الجيدي في العرف والعمل على ذكر ثلاثة موجبات فقط، حيث قال:" العمل يجري بخلاف المشهور للأسباب التالية: لدرء مفسدة، أ لجلب مصلحة، أو لضرورة"، ومثل لكل موجب بأمثلة من عمل فاس.[2]

ولم يذكر الهلالي و الحجوي الفاسي ضمن موجبات العمل الضرورة .

بينما أضاف العسري موجبا آخر؛ وهو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، حيث قال:"ومسائل العمل تبنى على الضرورة...بل تبنى أيضا على الحاجة، لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة"[3].

ولم أجد من يذكر حكم الحاكم من الموجبات سوى ابن بية كما مر في تعريف ما جرى به العمل، وإجراء الحاكم العمل بالضعيف يكون بعد النظر في المصالح والمفاسد والأعراف أو للضرورة.

---

[1]. ابن فرحون: تبصرة الحكام،مرجع سابق، ج1، ص 55.

[2]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 381.

[3]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص326.

ولا يشترط في المسألة الواحدة من العمل أن تجتمع كل هذه الموجبات، فقد يكون الموجب للعمل واحد من هذه الموجبات أو موجبان أو أكثر، وكلما كان الموجب أكثر وأقوى كلما ازداد العمل قوة.

المطلب الأول: العرف.

"يعتبر العرف من أقوى المرجحات"[1]، وقد سبق وأن عرفنا العرف والعادة عند فقهاء المالكية، وبينا العلاقة بينها وبين ما جرى به العمل،وتبين أن العمل في أغلب أحواله تابع للعرف، وهنا نذكر أقسام العرف، وحجية العرف في المذهب المالكي، والأدلة على اعتبار في ترجيح الضعيف والشاذ.

الفرع الأول: أقسام العرف.

ينقسم العرف إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، فينقسم من حيث نوعه إلى: عرف قولي وعرف عملي، وينقسم من حيث عمومه وخصوصه إلى: عرف عام وعرف خاص، وينقسم من حيث صحته وفساده إلى: عرف صحيح وعرف فاسد.

أولا: أقسام العرف باعتبارنوعه.[2]

1/ العرف القولي: وهو أن يتعارف قوم على إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماعه إلا ذلك المعنى، ومثاله: لفظ اللحم؛ فإنه يطلق على لحم الحيوان ولا يطلق على السمك، مع أن المعنى الحقيقي يشملهما.

2/ العرف العملي: وهو ما تعارف الناس عليه من أمر عملي معين، كبيع المواد السائلة في بلد بالوزن وفي بلد آخر بالكيل.

ثانيا: أقسام العرف باعتبار عمومه وخصوصه.[1]

---

[1]. الهلالي، نور البصر،مرجع سابق، لوح 90.

[2]. ينظر: القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق محمود عرنوس، مطبعة الأنوار، القاهرة، دط: 1938م، ص 234.أبو سنة، أحمد فهمي: العرف والعادة. ص 18، الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق،ج2، ص842. الباحسين: يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425هـ/2004م، ص40.

1/ العرف العام: هو ما تعارف عليه أغلبية أهل البلدان في وقت من الأوقات، مثل تعارفهم على أجرة الحمام، واستعمالهم الطلاق في فصل الرابطة الزوجية،

2/ العرف الخاص: وهو ما يتعارف عليه أهل بلد من البلدان أو إقليم من الأقاليم، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع.

ثالثا: أقسام العرف باعتبار صحته وفساده.[2]

1/ العرف الصحيح: هو الذي يوافق الشرع ولا يخالفه، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، كتعارف الناس على تعجيل جزء من المهر وتأخير جزء، وهذا هو العرف الذي يندرج تحته العرف القولي والعمل كما يندرج تحته العرف العام والخاص.

2/ العرف الفاسد: هو ما خالف دليلا شرعيا، فأبطل واجبا وأحل حراما، أو يجلب ضررا أو يدفع مصلحة، ومن أمثلته: تعارف الناس على بعض العقود الباطلة والتعامل بالربا...

الفرع الثاني: حجية العرف في المذهب المالكي.

يعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذا بالعرف، وذلك لأن المذهب المالكي اعتد مصدر المصالح المرسلة والتي كثيرا ما تقر الأعراف لما فيها من مصلحة، قال القرافي:" فهذه العادة يقضى بها عندنا لما تقدم من الاستصحاب".[3]

قال ابن العربي:" والعرف عندنا أصل من أصول الملة، ودليل من جملة الأدلة"[4] وقال أيضا:" وما جرى به العرففهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة، يقضى به في الأحكام"[5].

---

[1]. محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط1: 1414هـ، ص167. الباحسين: مرجع سابق، ص40. ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها،مرجع سابق، ص 246 وما بعدها.

[2]. وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ط2: 1418هـ/1998م، ج2،ص834، أبو زهرة: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 277.

[3]. القرافي: شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص448.

[4]. ابن العربي: أحكام القرءان،تحقيق علي محمد البجاوي، دار الفكر، دط:1974م، ج3، ص1472.

[5]. نفسه: ج4، ص1840.

وقد استدل المالكية على حجية العرف بأدلة منها:

أولا: من القرآن: قوله تعالى﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾الأعراف 199.

ووجه الاستدلال من الآية: "أن كل ما شهدت به الأعراف والعوائد قضي به، لظاهر هذه الآية، إلاأن تكون هناك بينة"[1].

والمراد بالعرف هنا هو عادات الناس وما جرى به تعاملهم به، والآية أمر من الله لرسوله لمراعاة العادات الحسنة.

. قوله تعالى:﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾البقرة: 233.

الآية أرشدت إلى اعتبار الأعراف في تعيين حقوق الزوجية من النفقة والكسوة، وجعلت العرف هو الحكم في هذه المسألة.

ثانيا: من السنة النبوية.ورد أثر عن الصحابي الجليل عبد الله بن مسعودτ أنه قال:" ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن".[2]

والأثر وإن كان موقوفا على ابن مسعود فإن هذا لا يضر في الاستدلال، لأن ما يتضمنه ويدل عليه مما لا يدرك بالرأي فله حكم الرفع، ووجه الاستدلال به: أن ما رآه المسلمون من عاداتهم وأعرافهم فهو حسن عند الله، وما أقره الله فهو حجة ودليل.[3]

. ماثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لهند زوج أبي سفيان حينما اشتكت إليه بخل زوجها عليها وعلى أولادها بالنفقة قال لها" خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"[1]

---

[1]. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج3، ص149.

[2]. أخرجه أحمد بن حنبل في المسند، دط، مؤسسة قرطبة، مصر، ج1، ص379. وأخرجه الحاكم في المستدرك،ج3، ص87.
قال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله موثوقون، ج1، ص428/ وقال الزيلعي في نصب الراية: غريب مرفوع ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، ج4، ص133.

[3]. ديب البغا: الأدلة المختلف فيها، مرجع سابق، ص 274.

ثالثا:من المعقول.

بيَّن الشاطبي وجه اعتبار العرف في كونه مصدرا في استنباط الأحكام أو الترجيح من خلال أربعة أوجه:[2]

1/ اعتبار الشارع لوقوع الأسباب على مسبباتها العادية، كالنكاح سبب للولد، فأقام كثيرا من أحكام الشريعة على تلك الأسباب العادية، مثل: القصاص والزواج والزراعة والتجارة وغير ذلك.

2/ أن التكاليف الكلية بالنسبة للمكلف موضوعة على وزن واحد، وهذا دليل على أنت الشارع قد اعتبر العادات المطردة في التشريع.

3/ أن مصالح العباد لا تتحقق إلا باعتبار عاداتهم المطردة، والمصالح أصل التشريع ، والتشريع دائم.

4/ أن العوائد والأعراف لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز في الشرع.

الفرع الثالث: إيجاب العرف للعمل.

يبقى أن نشير إلى أن المالكية يرون أن العرف يستعمل في المجالات التالية:[3]

1/ في بيان المفاهيم التي أوكل الشارعأمر تحديدها إلى العرف.

2/ في بيان المقاصد والنيات ومرادات المتكلمين.

3/ في ترجيح بعض الأقوال في المسائل المختلف فيها.

4/ في استخراج حكم شرعي فيما لا نص فيه.

قال المهدي الوزاني:" العرف على قسمين: تارة يرجح به القول ولو ضعيفا إذا كان موافقا له، كما في الزقاقية: فإن قيل أن البعض مما نقلته ضعيف نعم، لكن على العرف عولا[1].

---

[1]. أخرجه مسلم في صحيحه ،كتاب الأقضية ، باب قضية هند ، رقم 4477،دارالكتاب العربي ط1 ، 2004 تحقيق احمد زهوة وأحمد عناية ،ص 729.

[2]. الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص287.

[3]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص 268.

وتارة يبنى عليه الحكم، كالاختلاف في متاع البيتّ إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين"[2].

قال الهلالي:" والعرف هو أقوى المرجحات، ثم هو لا يقتصر به على الترجيح من الخلاف، بل يعتمد عليه أيضا في إنشاء حكم مقابل للحكم المتفق عليه، وذلك في الأحكام التي مستندها العرف، فإذا تبدل العرف تبدل الحكم... وهذا الباب ـ العمل ـ عند المحققين تابع للعرف"[3].

ولذلك تنوع العمل الخاص وأصبح لكل حاضرة علمية عمل يخصها، تبعا لاختلاف الأعراف، فالعمل القرطبي ليس كالعمل التونسي، والعمل الفاسي ليس كالعمل المصري، وعليه **فإن العمل يدور مع العرف وجودا وعدما.**

المطلب الثاني: المصلحة.

الفرع الأول: المصلحة؛ تعريفها أنواعها مراتبها.

أولا: تعريف المصلحة.

أ. لغة:" من الصلاح وهو ضد الفساد، والمصلحة والاستصلاح سواء، والمصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى".[4]

ب ـ اصطلاحا: عرفها الغزالي بقوله:" إنها في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة".[5]

ـ وعرفها الشاطبي فقال:" المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد، على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإن لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى كان مردودا باتفاق المسلمين".[6]

---

[1]. علي الزقاق: لامية الزقاق، ط1: 1346هـ، تطوان، ص 3

[2]. المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس ،مرجع سابق، ج1، ص196.

[3]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 90.

[4]. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج2،ص 31، الفيروز أبادي القاموس المحيط، مرجع سابق، ج1، ص235..

[5]. الغزالي، أبو حامد، المستصفى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، دط، ج2، ص481.

[6]. الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص128.

ثانيا: أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع وعدم اعتباره لها.

تنقسم المصلحة باعتبار نظر الشارع إليها إلى ثلاثة أقسام:

1/ **المصالح المعتبرة:** وهي المصالح الحقيقية، وهي ما اعتبرها الشارع بأن جعل لها الأحكام الموصلة إليها بطريقتين: طريق الاعتبار بالنص والإجماع، وطريق الاعتبار بترتيب الحكم وفق الوصف أو المناسب المعتبر، وهذا لا خلاف في قبوله.[1]

وهذا النوع من المصالح يشمل كل ما يعود على الأمة والأفراد بصلاح دينهم وأنفسهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم، وهي الضروريات الخمس.

2/ **المصالح الملغاة:** أو المناسب الملغى، وهو أن يكون الشرع ألغاه في الاعتبار، وذلك بجريان الحكم اشرعي على خلافه، وحكم هذا النوع من المصالح السقوط وعدم صحة بناء الأحكام عليه، مهما وافق رأي المجتهد أو هواه.[2]

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي:" ما شهد الشرع برده فلا سبيل إلى قبوله، إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها، وإنما ذلك كذهب أهل التحسين العقلي، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشارع اعتباره في اقتضاء الأحكام ؛ فحينئذ نقبله "[3].

3/ **المصالح المرسلة:** عرفها الشاطبي بقوله:" ما سكتت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه".[4]

أي أنها مصالح ملائمة لمقاصد الشارع الإسلامي، ولا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء، فإن كان يشهد لها أصل خاص دخلت في عموم القياس، وإن كان يشهد لها أصل خاص بالإلغاء فهي باطلة، والأخذ بها مناهضة لمقاصد الشارع.[5]

---

[1]. الخادمي: نورالدين، المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1420هـ/ 2000م، ص 24.

[2]. البوطي: محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة،مكتبة رحاب الجزائر، ومؤسسة الرسالة، بيروت،دط، ص 194.

[3]. الشاطبي : الاعتصام، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، الجزائر، دط: 1418هـ/ 1997م، ج2، ص 609.

[4]. نفسه: ج2، ص611.

[5]. أبو زهرة: أصول الفقه ،مرجع سابق، ص279.

ومن أمثلتها: جمع القرآن في عهد الصحابة في المصحف، واجتهاد الصحابة في تضمين الصناع، ومصلحة الدولة في فرض الضرائب على الرعية، واتخاذ السجون...[1]

ثالثا: مراتب المصالح.

إن المصالح المعتبرة ليست على درجة واحدة في القوة، بل هناك تفاوت فيما بينها، وهي تندرج في القوة بحسب الترتيب الذي بيَّنه الشاطبي في قوله:" تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدوا ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون ضرورية، والثاني أن تكون حاجية، والثالث أن تكون تحسينية".[2]

1/ **المصالح الضرورية:** "وهي التي لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة النعيم والرجوع بالخسران المبين".[3]

ومجموع الضروريات خمس وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وهي المشار إليها بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَٰنٍ يَفْتَرِينَهُۥ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِينَكَ فِى مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ وَٱسْتَغْفِرْ لَهُنَّ ٱللَّهَ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾(الممتحنة : 12)،

إذ لا خصوصية لنساء المؤمنات، فقد كان رسول الله ρ يأخذ البيعة على الرجال بمثل ما نزل في المؤمنات.[4]

2/ **المصالح الحاجية:** ومعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي والمتوقع في المصالح العامة.[1]

---

[1]. الخادمي: المصلحة المرسلة، مرجع سابق، ص 41. البوطي: ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص205 وما بعدها.

[2]. الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار الفكر العربي، بيروت، ط2: 1395هـ/1975م، ج2، ص3.

[3]. نفسه: ج2، ص 10.

[4]. ابن عاشور: محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الشركة التونسية، دط: 1978م، ص80.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بما يرفع الحرج والمشقة على المكلفين، قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾(البقرة 185)، وقال أيضا: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾(الحج :78).

3/ **المصالح التحسينية**:"ومعناهاالأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات، التي تألفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"[2].

قال ابن عاشور :" والمصالح التحسينية هي عندي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها، حتى تعيش آمنة مطمئنة، ولها بهجة منظر في مرأى بقية الأمم، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبا في الاندماج فيها والتقرب منها، فإن لمحاسن العادات مدخلا في ذلك، سواء كانت عامة كستر العورة، أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة وإعفاء اللحية، والحاصل أنها مما تراعى فيها المدارك الراقية للبشرية".[3]

الفرع الثاني: حجية المصلحة المرسلة في المذهب المالكي.

اشتهر مذهب الإمام مالك . رحمه الله . بمراعاته للمصالح واعتبارها دليلا مستقلا بذاته، حتى قيل انه زعيم الآخذين بها، قال أبو زهرة:" لقد أخذ مالك بالمصلحة في المعاملات واعتبرها دليلا مستقلا غير مستند إلى ما سواه، فحيثما وجدت المصلحة أخذ بها، سواء كان لها شاهد خاص من الشرع بالاعتبار أم لم يكن لها شاهد بالاعتبار أوالإلغاء، وهذا ما يسمى في عرف الفقهاء بالمصالح المرسلة"[4].

وقد نسب الجويني القول بالمصلحة مطلقا . من غير شرط . إلى الإمام مالك، فقال:" وأفرط إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستصلاح، فرأى تثبيت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة

---

[1]. الشاطبي:مرجع سابق، ج2، ص10.

[2]. نفسه: ج2، ص 11.

[3]. ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص82.

[4]. أبو زهرة: مالك بن أنس حياته وعصره وآراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، بيروت، دط:، ص318.

والمعاني المعروفة في الشريعة، وجره ذلك إلى استحلال القتل وأخذ المال بمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستندا إلى أصوله".[1]

وقد أنكر جماعة من المالكية هذا القول ومنهم القرطبي[2]، وفي هذا يقول البوطي:"وأما ما ينقل عن مالك من أنه قال: أنا أقتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها؛ فمع أنها كلمة لا يعرف صادرها ولا واردها ولا تعتمد على سند ترتبط به غير مجرد القيل والتناقل؛ ليس فيها ما يدل على الاسترسال بالمصالح مع إهمال القواعد والنصوص".[3]

فهذا النص دليل واضح على أن الإمام مالك لم يقل ذلك، وإنما وقع مثل هذا الظن بسبب نقل الآراء والفتاوى دون تحر لها أو تدقيق في مدركها، أو دون نقل من كتب المذهب اكتفاء بكتب المذاهب الأخرى.

وإذا رجعنا إلى محققي المذهب المالكي فإنهم ينصون على هذا في كتبهم كما قال الشاطبي:" أما قسم العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول، فإن مالك استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلامن أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله، زاعمين أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع، وهيهات! ، ما أبعده من ذلك رحمه الله، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالإتباع"[4].

وبالنظر إلى المذاهب الأخرى؛ فقد اعتبر هذا الأصل مسلما به عند الجميع، وإن كانوا ينازعون في اسمه، ولهذا فهو لا يختص بمذهب مالك وحده.

---

[1]. الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن يوسف، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الذيب، دار الوفاءط3: 1412هـ/1992م، ج2، ص421.

[2]. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي مصعب سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2: 1413هـ/1993م، ص403.

[3]. محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة، مرجع سابق، ص415.

[4]. الشاطبي: الاعتصام، مرجع سابق، ج2، ص 631.

قال القرافي:" وأما المصلحة المرسلة ؛ فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع نجدهم يعللون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة".[1]

وقد استدل المالكية على حجية المصالح المرسلة بأدلة منها:

. أنه ثبت بالاستقراء أن أحكام الشريعة روعي فيها الأخذ بمصالح الناس، واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام بما يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام، والعمل بالظن واجب.[2]

. أن من ينظر في فتاوى الصحابة ويتتبعها يجد أنهم أفتوا في كثير من الوقائع بناء على المصالح، ومن ذلك: جمع القرآن في مصاحف، وإبطال سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات، وتضمين الصناع...[3]

وقد لاحظ محققوا المذهب المالكي أن منهج الأمام مالك في الاستدلال بالمصلحة المرسلة كان مقيدا بثلاثة شروط هي:[4]

1/ أن تكون متفقة مع مقاصد الشرع، فلا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته.

2/ أن تكون معقولة في ذاتها، تتلقاها العقول بالقبول إذا عرضت عليها.

3/ أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين.

وتجدر الملاحظة إلى أن المصالح "لا تدخل في باب التعبدات البتة، وإنما هي راجعة إلى حفظ أصل الملة، وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية"[5]، وذلك لأن أغلب أحكام التعبدات لا يعقل معناها، خلافا للمعاملات التي بنيت على رعاية المصالح المدركة بالعقل.

---

[1]. القرافي: شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص446.

[2]. ابن القيم: أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعة طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، دط، ج3، 14.

[3]. أبو زهرة: أصول الفقه، مرجع سابق، ص262، 264.

[4]. نفسه: ص 261، 263، وينظر: الشاطبي: الاعتصام، مرجع سابق، ج2، ص129 وما بعدها.

[5]. الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص 74.

الفرع الثالث: إيجاب المصلحة لما جرى به العمل.

قال الهلالي:" ومن الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور؛ كونه طريقا لجلب مصلحة إذا عرضت واحتيج للجلب، ولم يكن إلا بمقابل المشهور"[1].

ووجه كون المصلحة موجب للعمل بالضعيف والشاذ، أن العمل بهما إذا كان لجلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة، وقد تقدم ما فيه من الخلاف، وأن شرطه أن لا تصادم نصا من نصوص الشريعة ولا مصلحة أقوى منها ولا جريان عرف، فتقدم أنه من الأصول التي بني الفقه عليها.[2]

وعليه فإن العلاقة بين ما جرى به العمل والمصلحة علاقة واضحة جلية، إذ العمل يتبع المصالح، ولأن المصلحة إذا انبنت على اختلاف أوضاع الناس وأعرافهم وعاداتهم كان العمل تابعا لها[3].

ثم إن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة، ويميز ما هو في رتبة الضروريات أو الحاجيات، وما هو في مرتبة التحسينات، فما ألجأت إليه المحافظة على النفس أو الدين أو العقل أو النسل أو المال فهو في رتبة الضروريات، ويلحق بهذا ما في رتبة الحاجيات، فقد نص المواق[4] في شرح خليل أن المذهب المالكي مبني على اعتبار الحاجيات وإلحاقها بالضروريات، أما ما كان في رتبة التحسينات لا يعتبر مرخصا في الخروج عن المشهور، وعلى كل حال لا يقدر على مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي.[5]

ومن أمثلة مسائل العمل التي كان الموجب فيها المصلحة ما يلي: مسألة بيع المضغوط، مسألة الجلسة والجزاء، والحكم لولي القتيل دون شاهد، ومسألة الخماس...[6]، مما يدل على أن ما

---

[1]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 91.

[2]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص465.

[3]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 401.

[4]. **المواق**: أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدوسي الغرناطي الشهير بالمواق، له شرحان على مختصر خليل، كبير سماه التاج والإكليل، ت897هـ، (ينظر: الشيخ مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص262).

[5]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص466.

[6]. الهلالي: نور البصر، لمرجع سابق، وح 91. ينظر هذه المسائل بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث.

جرى به العمل له ارتباط وثيق بالمصالح، بل هو جار على وفقها، فحيث تحققت المصلحة للمفتي أو القاضي في أمر ما أفتى بجواز العمل فيه وفقا للمصلحة المتحققة، ووفقا للشروط المعروفة.

المطلب الثالث: سد الذرائع.

الفرع الأول: تعريف الذرائع وأقسامها.

أولا: تعريف الذرائع.

أ. لغة: ج ذريعة، وتأتي بمعنى الوسيلة إلى الشيء أو السبب إليه.[1]

ب . اصطلاحا: إن الناظر في كتب الأصوليين يجد أنهم قد جعلوا للذرائع في الاصطلاح معنيين، أحدهما خاص والآخر عام.

. **المعنى العام للذرائع**:هي كل وسيلة تتخذ للوصول إلى أمر ما، وهي بهذا تقترب من المعنى اللغوي.

قال القرافي:" وعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، ويكره ويندب، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فإن وسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين:

مقاصد: وهي الطرق المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها.

ووسائل: وهي الطرق المفضية إلى المقاصد، وحكمها كحكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل".[2]

وبالنظر إلى المعنى العام للذريعة يتبين أنه يدخل فيه الصور الأربعة الآتية:

1/ اتخاذ الوسيلة الجائزة للوصول إلى أمر جائز.

2/ اتخاذ الوسيلة المحظورة للوصول إلى أمر محظور.

3/ اتخاذ الوسيلة الجائزة للوصول إلى أمر محظور.

[1]. الرازي: محمد لن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، دط: 1401هـ/ 1981م، ص 221.
[2]. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج2، ص33.

4/ اتخاذ الوسيلة المحظورة للوصول إلى أمر جائز.

وكل هذه الصور يتصور فيها السد والفتح للذريعة.

. **المعنى الخاص للذرائع**: وهو المعنى الاصطلاحي، وقد عرف بعدة تعاريف منها:

. تعريف القاضي عبد الوهاب البغدادي[1]:" الذرائع هي الأمر الذي ظاهره الجواز إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع".[2]

. تعريف الباجي:" الذرائع هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى أمر محظور".[3]

. تعريف ابن عبد البر القرطبي:" الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، ويخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع".[4]

. وعرفها الشاطبي بقوله:" قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه حقيقتها: التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة".[5]

ثانيا: أقسام الذرائع.

قسم فقهاء المالكية الذرائع إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، وسنقتصر هنا على ذكر تقسيم القرافي و الشاطبي.

أ . أقسام الذرائع باعتبار الاتفاق على سدها ومنعها: قسم القرافي الذرائع إلى ثلاثة أقسام، قال القرافي:"الذرائع ثلاثة أقسام:

---

[1]. **عبد الوهاب البغدادي**: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، أخذ عن الأبهري وتفقه به، وابن القصار وابن الجلاب، له: الإشراف على مسائل الخلاف، والتلقين، شرح رسالة ابن أبي زيد .ت422هـ.(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1, ص104).

[2]. القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على مسائل الخلاف، اعتناء أبو عبيدة مشهور آل سليمان، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، مصر، ط1: 2008م/1429هـ،ج2، ص8. 9.

[3]. الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق ، مرجع سابق، ص576.

[4]. ابن عبد البر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط2:دت، ج2، 57،58.

[5]. الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج4، 144 و 4/ 198.

. قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنه مسيلة على إهلاكهم، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم...

. وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من مجاورة البيوت خشية الزنا...

. وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا، كبيوع الآجال عندنا..."[1]

ب . أقسام الذرائع باعتبار ما يترتب عليها: قسم الشاطبي الذرائع باعتبار ما يترتب عليها من مفسدة أو مصلحة إلى أربعة أقسام وهي:[2]

. الأعمال التي تترتب عنها المفاسد قطعا: كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث إذا دخل أحد إلى الدار فلا شك أنه يقع في البئر.

. الأعمال التي لا تؤدي إلى المفاسد إلا نادرا: كحفر البئر في مكان لا يؤدي غالبا إلى وقوع الناس أو الحيوان.

. الأعمال التي تترتب عنها المفاسد كثيرا: كبيع السلاح في وقت الفتن، وبيع العنب للخمار.

. الأعمال التي تترتب عنها مفاسد كثيرة لكن تلك الكثرة لا تصل إلى حد يحمل العقل على ظن المفسدة في تلك الأعمال؛ كمسائل بيوع الآجال.

الفرع الثاني: حجية سد الذرائع في المذهب المالكي.

[1]. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج2, ص32, الفرق الثامن والخمسون، شرح تنقيح الفصول: ص448.

[2]. الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص348

إن الناظر في فروع فقه الإمام مالك يظهر له بادئ ذي بدء أن الإمام مالك اعتمد كثيرا على أصل سد الذرائع في أثر أبواب الفقه، ولا ينازع في ذلك أحد، وهذه جملة من نصوص فقهاء المالكية تدل على ذلك:

قال الباجي:" ذهب مالك رحمه الله إلى المنع من الذرائع"[1].

قال القرافي في الفرق الثامن والخمسون:" وربما عبر عن الوسائل بالذرائع، وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللفظ المشهور في مذهبنا، ولذلك يقولون سد الذرائع، ومتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور، وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية"[2].

قال الشاطبي:" وكان مالك رحمه الله شديد المبالغة في سد الذرائع"[3].

وأصل سد الذرائع ثابت بأدلة من القرآن والسنة وعمل الصحابة، ومن هذه الأدلة نذكر ما يلي:

أ. من القرآن الكريم: قوله تعالى:﴿ وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ ۙ لَا تَأْتِيهِمْ ۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا۟ يَفْسُقُونَ ﴾الأعراف 163.

قال ابن العربي:" هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع، التي انفرد بها مالك، وهو كل عمل ظاهره الجواز يتوصل به إلى محظور، كما فعل اليهود عندما حرم الله عليهم صيد السبت، فسكروا الأنهار وربطوا الحيتان فيه إلى يوم الأحد"[4].

وقوله تعالى:﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴾ الأنعام 108.

---

[1]. الباجي: إحكام الفصول، مرجع سابق، ص567.

[2]. القرافي: المرجع السابق، ج2، ص32.

[3]. الشاطبي: الاعتصام، مرجع سابق، ج1، ص 281.

[4]. ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، دط، دت ، ج2، ص787.

ووجه الاستدلال من الآية أن الله عز وجل نهى عن سب الأوثان والأصنام مع أنه في ذاته مباح لئلا يكون ذريعة إلى سب الله تعالى، وهو أكبر المفاسد، قال ابن العربي:" اتفق العلماء على أن معنى الآية: لا تسبوا آلهة الكفار فيسبوا إلهكم"[1].

ب . من السنة:نذكر منها[2]:

قولهρ لعائشة:" لولا حداثة قومك بالكفر لنقضت البيت ثم لبنيته على أساس إبراهيم عليه السلام، فإن قريشا اقتصرت بناءه وجعلت لهخَلْفًا"[3].

. أن النبيρ نهى أن تقطع الأيدي في الغزو لئلا يكون ذريعة إلى أن يلحق المحدود بالكفار[4].

. أن النبي ρ منع المقرض من قبول الهدية من المقترض إلا أن يحسبها من دينه، حتى لا تتخذ الهدية ذريعة لتأخير الدين، فيكون قرض به منفعة، وهو من الربا، كما أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، لئلا يكون ذريعة لأكل مال المشتري بغير حق حال نزول الجائحة.[5]

الفرع الثالث: إيجاب سد الذرائع لما جرى به العمل.

يعتبر سد الذرائع وجه من أوجه المصالح، إذ المصلحة جلب منفعة أو درء مفسدة، وقد سبق أن بينا العلاقة بين العمل والمصلحة، وكذلك العلاقة بين العمل وسد الذرائع، وفي كثير من الأحيان ما

---

[1]. نفسه: ج2، ص734.

[2]. ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج3، ص104 وما بعدها. :وقدجمع في كتابه تسعة وتسعون وجهاً من أوجه سد الذرائع من سنة النبي ρ

[3]. أخرجه مالك في الموطأ، رواية يحي بن يحي الليثي، باب ما جاء في بناء الكعبة، رقم 807. وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب سورة البقرة، رقم 4214.

[4]. أخرجه أبو داوود في كتاب الحدود، باب السارق يسرق في الغزو أيقطع؟. عون المعبود شرح سنون ابوا داوود ، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق عبد الرحمان، مكتبة ابن تيمية ، ط3، 1407هـ، ج12، ص82. وأخرجه الترمذي في أبواب الحدود، باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو، وقال: حديث غريب، 4/ 53، وقال الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي: حديث صحيح، ج3، ص450.

[5]. ابن القيم : مرجع سابق، ج3، ص117.

يكون العمل تابعا للسد الذرائعووجها من أوجهه، بل هو جار على وفقه؛ فحيث كان المباح يفضي إلى المفسدة منع، وكثير من مسائل العمل حكم فيها القضاة والمفتون بالمنع لما يترتب عنها من المفاسد والمضار، ولو كان القول المتروك مشهورا والقول المعمول به شاذا أو ضعيفا، مستندين في ذلك لأصل سد الذرائع، ومن مسائل العمل التي كان مستندهم فيها سد الذرائع: مسألة تأبيد التحريم للهارب مع الهاربة، ومسألة المخلق، وتوجيه اليمين في الدعاوى، ومسألة الأرض تزرع غصبا...

قال الهلالي:" وثانيها الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور كونه طريقا لدرء المفسدة واحتيج للدرء، ولم يكن إلا بمقابل المشهور"[1].

ووجه ترجيح العمل بالضعيف والشاذ إذا كان لدرء المفسدة أنه على أصل مالك أيضا في سد الذرائع، وهو من الأصول التي بنى عليها مالك فقهه كما تقدم.

ووجه ذلك أن الشريعة جاءت لدرء المفاسد وجلب المصالح فضلا من الله ونعمة، فإذا تعرض توقعهما على مقابل المشهور وغلب على الظن، فإن قائل القول المشهور لو أدرك هذا الزمن الذي توقف فيه جلب المصلحة أو دفع المفسدة على مقابل قوله لم يقل إلا بالمقابل، ولكن الترجيح بهذي الأخيرين . المصلحة وسد الذريعة لا يعم إلا لقادر على الترجيح، ...إذ ليست كل مصلحة أو مفسدة تعتبر في نظر الشرع، بل لابد م نظر في ذلك بملكة يميز بها بين المعتبر شرعا وغير المعتبر[2].

المطلب الرابع: الضرورة.

سبق وأن ذكرنا أن هناك من لم يذكر الضرورة ضمن موجبات العمل كالحجوي والهلالي، ولعل ذلك راجع إلى تقدير آخر، وهو اعتبارها ضمن المصلحة، إذ المصلحة مراتب متفاوتة، وأقوى مراتب المصالح المصلحة الضرورية، كما بينا في الموجب الأول وهو المصلحة المرسلة.

الفرع الأول: تعريف الضرورة.

أ . الضرورة في اللغة: هي الاحتياج للشيء ، يقال اضطره إليه أي أحوجه إليه.[3]

---

[1]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 91/ 92.

[2]. نفسه لوح 91.

[3]. ينظر: تاج العروس شرح القاموس مادة ضر

ب . الضرورة في الاصطلاح:

. عرفهاالدردير[1] بأنها: "هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا"[2].

أو هي: أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بأحد الأعضاء أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح حينئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع.[3]

وهي بهذا المعنى تشمل كل ما يخل بأحد الكليات الخمس للشرع، كما تشمل الضرورة والحاجة ، لأن الحاجة قد تكون في معنى الضرورة فتنزل منزلتها،و الحاجة هي: المشقة الشديدة التي لا يخشى منها فوات النفس أو عضو من أعضاء البدن[4].

وليس هناك ضابط محدد للحاجة؛ نظرا لتغير مدلولها وتطور مفهومها، فما يكون حاجة بالأمس قد يصبح ضرورة في الحاضر أو في الغد، وما لم يكن حاجة في الماضي قد يصبح حاجة ملحة في وقت ما، فحاصل الأمر أن هناك تداخل بينهما، والضابط هو تقدير المجتهد.

الفرع الثاني: مراعاة الضرورة عند المالكية.

اتفق فقهاء المالكية على وجوب مراعاة حالات الضرورة في الجملة، غير أنهم اختلفوا في مقدار وحدود مراعاة الضرورة بين موسع ومضيق، فهناك من جعل الحاجة الملحة كالضرورة في إباحة المحظور؛ قال الشاطبي:"إنه لو أطبق الحرام الأرض ، أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها،

---

[1]. **الدردير**: هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الدردير، له شرح على المختصر، متن في الفقه، ت1201هـ.ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، 348.)

[2]. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ,ص 136.

[3]. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2: 1405هـ/1985م، ج1، ص26. نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: 1997م/ 1418هـ، .ص67. 68.

[4]. محمد سعيد البوطي: ضوابط المصلحة ، مرجع سابق، ص119.

وانسدت طرق الحلال، فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والمسكن، إذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال، ولم يزل الناس في مقاساة ذلك إلى أن يهلكوا، وفي ذلك خراب الدين...فإن الشرع أجاز أكل الميتة للمضطر، والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث المحرمات، وحكى ابن العربي الاتفاق على جواز الشبع عند توالي المخمصة"[1].

كما لا يشترط في الضرورة أن يصل الإنسان إلى حال يشرف فيها على الموت، لأن الأكل فيه لا يفيد، ولا يقف عند حد سد الرمق، وله أن يتزود من المحرم، لكنه إذا وجد الحلال استغنى به، ووجب عليه أن يطرح الحرام.[2]

وقد ذكر كل من المقري والونشريسيقاعدة:"الضرورات تبيح المحظورات"، وأصلها القياس على الرخص المباحة للضرورة، كالقرض والقراض والجعل...[3]

قال وهبة الزحيلي:"أجاز مالك القياس في الرخص الشرعية أخذا بمبدأ التيسير والتسهيل على الناس، وتابعه في ذلك الشاطبي؛ حيث قال: إن الأدلة على رفع الحرج عن الأمة بلغت مبلغ التواتر والقطع"[4].

ومن الأدلة على مشروعية مراعاة حالات الضرورة نذكر ما يلي:

. قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴾البقرة 173.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلۡمُنۡخَنِقَةُ وَٱلۡمَوۡقُوذَةُ وَٱلۡمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ

---

[1]. الشاطبي: الاعتصام، مرجع سابق، ج2، ص107

[2]. عليش: شرح منح جليل ، مرجع سابق، ج1، ص596.

[3]. ينظر: المقري: القواعد، مرجع سابق، ص143، الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2006م/1427هـ، ص155، القاعدة103.

[4]. وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص313.

وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾المائدة:3.

ومن السنة: قوله ρ لأبي واقد الليثي حينما سأله: يا رسول الله إنا بأرض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة؟ قال: "إذا لم تصطحبوا ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا بها بقلا فشأنكم بها"[1].

فالآيتان والحديث نص في إباحة الميتة والمحظور من الأطعمة حال الضرورة.

الفرع الثالث: جواز العمل بالضعيف والشاذ للضرورة

بعد أن بينا معنى الضرورة ومدى مراعاتها عند فقهاء المالكية، بقي أن نجيب على السؤال التالي: هل يجوز العمل بالضعيف والشاذ عند الضرورة؟ أو: هل الضرورة موجب لترجيح العمل بالضعيف والشاذ؟.

إن المقرر عند فقهاء المالكية أن الفتوى لا تكون إلا بالراجح أوالمشهور، وذلك في الأحوال العادية للمكلف، ومعنى ذلك أنه قد تطرأ على المكلف أحوال يكون الأخذ بالراجح أوالمشهور مما يوقعه في حرج وضيق شديدين، ويكون هناك قول ضعيف أو شاذ فيه تخفيف عن المكلف، فحاصل هذه المسألة أن فيها مذهبان:[2]

المذهب الأول: عدم الفتوى بالقول الضعيف أو الشاذ أصلا.

جاء في حاشية الدسوقي :"أما القول الشاذ و المرجوح أي الضعيف فلا يفتى بهما، وهو كذلك، فلا يجوز الإفتاء بواحد منهما ولا الحكم به، ولا يجوز العمل بهما في خاصة النفس، بل

[1]. أخرجه أحمد في المسند، حديث أبي واقد الليثي، رقم، 22538، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما يحل من الميتة بالضرورة، رقم 19420. وأخرجه الحاكم في المستدرك، رقم 7156، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: رواه أحمد بإسنادين رجال أحدهما رجال الصحيح، ج 4، ص293/.

[2]. ينظر: صادق الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص190, 191.

يقدم العمل بقول الغير عليه، لأن قول الغير قوي في مذهبه كما قال الأشياخ...وهذا اختيار المصريين"[1].

يستفاد من هذا القول أن الفتوى بالضعيف أو الشاذ عند الضرورة لا تجوز، وإنما ينظر إلى ما قوي دليله من قول الغير، والمقصود بذلك القول خارج المذهب، لأن الراجح منه أولى من الضعيف والشاذ داخل المذهب.

المذهب الثاني: جواز الفتوى بالضعيف والشاذ داخل المذهب للضرورة.

وهذا الذي ذهب إليه أكثر شيوخ المذهب، كأصبغ وابن حبيب من المتقدمين، والشيخ بناني[2]والزياتي[3] وغيرهم، فقد جوزوا العمل بالضعيف في خاصة النفس عند الضرورة،[4] وقال الحطاب:"هو اختيار المغاربة"[5].

وهذا الاتجاه يراعي حرمة المذهب وهيبته، بينما الاتجاه الأول يراعي قوة الدليل ولو في مذهب الغير.

ولأجل الرجوع إلى الأقوال الضعيفة يوما ما تروى هذه الأقوال في كتب الفقه، قال الحجوي:"عند تحقق الضرورة أو المصلحة تعينت الفتوى بقول ولو ضعيف ، ولأجل الضرورة تذكر الأقوال الضعيفة في الكتب الفقهية".[6]

---

[1]. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج1، ص20.والمرادبالمصرين: علماء مصر الدين حملوا لواء المذهب المالكي وهم: ابن القاسم، أشهب، ابن وهب، أصبغ، وابن عبد الحكم.(ينظر: الزيلعي: الوجيز في اصطلاحات المالكية، مرجع سابق، ص10، مريم الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية، مرجع سابق، ص149).

[2]. محمد البناني : حاشية البناني على الزرقاني، بهامش شح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط: 1398هـ/1978م، ج7، ص124.

[3]. **الزياتي**: هو عبد العزيز بن الحسن بن يوسف الفاسي المالكي، يكنى بأبي محمد وأبي فارس، فقيه مقرئ ولد بتطوان، رحل إلى المشرق ولقي الكثير، له: كتاب في القراءات، وكتاب في النوازل والأحكام يعرف بالنوازل المختارة فيما وقفت علية من النوازل بجبل غمارة، (ينظر: البوطليحية، تحقيق: يحي ابن البراء، ص 104 بالهامش).

[4]. القادري: رفع العتاب والملام، مرجع سابق، ص 63.

[5]. الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق ج1، ص33.

[6]. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص421,

وإذا جاز العمل بالمحظور عند الضرورة . كما سبق وأن بينا في الفرع السابق . فالأولى منه جواز العمل بالضعيف والشاذ عند الضرورة، فصارت الضرورة من موجبات ما جرى به العمل .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني:

أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية و المعاملات المالية

المبحث الأول: أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: تأبيد التحريم للمخلِّق و الهارب.

المطلب الثاني: الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء.

المطلب الثالث: الخلع بالإنفاق على الولد

المطلب الرابع:الحلف بالحرام.

المطلب الخامس: ترك اللعان

المبحث الثاني: أثر ما جرى به العمل في المعاملات المالية

المطلب الأول: بيع المضغوط.

المطلب الثاني: بيع الصفقة.

المطلب الثالث: أجرة الدلال.

المطلب الرابع: تضمين الرعاة

المطلب الخامس: عدم الرد بالعيب في الدوابب

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني:

التطبيقات الفقهية لما جرى به العمل في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية.

تمهيد:

تنقسم الدراسة التطبيقيةبحسب العنوان إلى مبحثين ؛ مبحث للأحوال الشخصية ومبحث للمعاملات المالية ؛ و سنتناول المسائل الفقهية وفق منهجية كالآتي:

أولا: صورة المسألة.

ثانيا: أقوال المالكية في المسألة، مع التحقيق في نسبة القول لصاحبه، وبيان القول المشهور والقول الضعيف والشاذ في المسألة.

ثالثا: القول الذي جرى به العمل.

رابعا: موجب العمل.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول:

أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية.

نتناول في هذا المبحث خمسة مسائل فقهية كأمثلة تطبيقية لما جرى به العمل في باب الأحوال الشخصية وهي: تأبيد التحريم للمخلِّق والهارب، الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء، الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع، الحلف بالحرام، ترك اللعان.

المطلب الأول: تأبيد التحريم للمخلِّقوالهارب.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المخلِّق في اللغة: اسم فاعل من الخلق، خَلَقَ اللهُ الخَلْقَ : أَوْجَدَه، ومنه إخْلاق الثوْبِ وتَقْطِيعِه[1]

ويسمى أيضا المخبِّب: من الخبّ؛ ومعناه الفساد والخبث والغش.[2]

اصطلاحا: هوالمفسد للمرأة على زوجها، حتى إذا نشزت وطلقت وأراد هو تزوجها.

أو هو الذي يحمل المرأة على خلق يفسد به الرابطة الزوجية.

أما الهارب؛ فهو أعم من المخلق، لأن الهروب بالمرأة قد يكون بالتخليق أو بغيره، كالغصب والقهر، كما أن الهروب قد يكون بالمرأةالمتزوجة وقد يكون بالمرأة غير المتزوجة.[3]

ومعناه أن المخلق إذا خبب المرأة عن زوجها فطلقها، ثم أراد الزواج بها فإنها تحرم عليه مؤبدا، وألحقوا الهارب بالمخلق في التأبيد.

---

[1]. عبد الرزاق الحسني: تاج العروس، مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، ج25، ص 263. (مادة خلق).

[2]. نفسه: مادة (خبب)، ج3، ص439.

[3]. ينظر: السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1 م6/ 4. 5، الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م2/3.

الفرع الثاني: حكم المخلق والهارب بالمرأة.

اتفق الفقهاء على تحريم إفساد المرأةعلى زوجها، لقوله ρ :"من خبب على امرئ زوجته أو مملوكه فليس منا"[1]، واختلفوا بعد ذلك في تأبيد التحريم على المخلق والهارب بالمرأة، بين محلل ومحرم، تبعا لاختلافهم في وسائل الزجر وحسم الفساد المترتب عنه.

القول الأول: عدم تأبيد التحريم.

وهو القول المشهور في المذهب المالكي، فإذا رجعت المرأة إلى زوجها الأول ثم حصلت المفارقة بينهما بسبب من الأسباب؛ كموت الزوج أو الطلاق، جاز للمخلق الزواج منها.

نُقل عن السراج وابن هارون[2] أن المشهور عدم التأبيد، وهو المفهوم من جواب أبو الفضل راشد[3]في نوازل الأنكحة من المعيار:" فيمن هرب بصبية بكر مهملة إلى بلده، فتزوج بها بنكاح صحيح بزعمه، فادعت أنه أكرهها على ذلك، فقال: القول قولها؛ لأنها لم تشهد بالرضا طائعة، وإنما أظهرت الرضا تقية من عودته لمثل ما فعله أولا، فالصواب فسخ العقد لعدم تحقق رضاها، ثم تستأنف النظر لنفسها"[4].

قال السجلماسي:"يتحمل أن تكون فتواه هذه جريا على المشهور، ويحتمل أن يكون جريان العمل المذكور خاصا بالهارب بالمتزوجة"[5].

---

[1]. رواه أبو داوود وسكت عنه، كتاب الأدب، باب من خبب إمرأة عن زوجها، رقم: 2177،عون المعبود مرجع سابق ، ج4، ص508./ والنسائي في السنن، كتاب عشرة النساء، باب من أفسد امرأة على زوجها، رقم: 9214، ج5، ص351 والبيهقي: السنن الكبرى، باب التشدشد على من خبب خادما على أهله، رقم:15591. قال الألباني في السلسلة الصحيحة: حديث صحيح، رقم 5436.ج8 ، ص13.

[2]. **ابن هارون**: أبو عبد الله محمد بن هارون الكناني، التونسي، أخذ عن جلة منهم: المعمر أبو عبد الله الاندلسي، وعنه: ابن عرفة، وابن مرزوق الجد، له: شرح مختصر ابن الحاجب الأصلي والفرعي، شرح التهذيب، ت750هـ، (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص288/ محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، 211).

[3]. **أبو الفضل راشد**: هو أبو الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي، أخذ عن أبي محمد صالح، وعنه: أبو الحسن الصغير، ت675هـ. ينظر:التنبكتي: نيل الإبتهاج، مرجع سابق، ص179/الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4، ص273).

[4]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج3، ص82، 83.

[5]. السجلماسي: مرجع سابق، ج1، م6/ 5.

وذكر الزرقاني القولين:" التأبيد كما في سيدي يوسف بن عمر، وعدمه؛ وهو المشهور...لأن استظهار فسخه بعده معاملة له بنقيض مقصوده لا يقتضي التأبيد"[1].

القول الثاني: تأبيد التحريم.

وهو القول الشاذ في المذهب المالكي، وبه جرى العمل في فاس، وهو منقول عن أحمد بن ميسرة[2]، واختار العمل به جماعة من الفقهاء، كابن عرفة والأبي[3] التونسيين، والونشريسي وولده عبد الواحد[4]، والزقاق، والسراج والحميدي وأحمد بن عرضون[5].

الفرعالثالث: جريان العمل بتأبيد التحريم.

قال في العمليات الفاسية: وأبدوا التحريم في مخلق....وهارب سيان في محقق.

أي أن حكم الهارب مثل حكم المخلق في تأبيد التحريم، لكن التحقيق أنهم اختلفوا في حكم الهارب، وقد وقعت مناظرة بين القاضي إبراهيم الجلالي والمفتي عبد الله آجليان في واقعه وقعت بفاس، فيمن هرب بالمرأة، فحكم آجليان بعدم التأبيد، وحكم الجلالي بتأبيد التحريم، وألف في ذلك كتاب:" تنبيه الصغير من الولدان، على ما وقع في مسألة الهارب مع الهاربة من الهذيان"[6].

---

[1]. السجلماسي، مرجع سابق، ج1، م6/ 6.

[2]. **أحمد بن ميسرة:** هو أبو بكر أحمد بن خالد بن ميسرة الاسكندري، روى عن ابن المواز كتبه، وعن مطروح وابن شاكر، ألف الإقرار والإنكار، ت339هـ، (مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص80).

[3]. **الأبّي:** أبو عبد الله محمد بن خلف المعروف بالأبي، أخذ عن ابن عرفة والبرزلي، وعنه ابن ناجي والقلشاني، له شرح نبيل على مسلم سماه إكمال الإكمال، وشرح المدونة، ت828هـ.(مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص244)

[4]. **عبد الواحد الونشريسي:** أبو محمد عبد الواحد بن الإمام أحمد بن يحيى الونشريسي، تولى القضاء ثمان عشرة سنة، أخذ عن والده وابن غازي، له نظم قواعد مذهب مالك، شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، وشرح على الرسالة، تعليق على البخاري، ت955هـ. ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج4/316،315/مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، 282)

[5]. ينظر: السجلماسي: مرجع سابق، م6/ 5/ الوزاني: تحفة أكياس الناس، م2/3. 3.

[6]. العلميأبو الحسن علي بن الشيخ الحسني: كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي، المغرب، دط: 1989م/ 1409هـ، ج1, ص36.

جاء في شرح العمل: أما الهارب: فإن كان عن تخليق فحكمه كذلك، وأن كان عن غصب و فر ففي شأنه قال الهلالي: الذي جرى به العمل على ما أفتى به جماعة من الشيوخ تأبيد حرمتها"[1]. كما اختلفوا في فسخ العقد حال الوقوع، سواء قبل البناء أو بعده.

الفرع الرابع: موجب العمل بالتأبيد.

ولعل الموجب في تقديم الشاذ على المشهور في هذه المسألة هو سد ذريعة الفساد المترتب عن الهروب والتخليق، قال ابن عرضون:"فالواجب أن نجتهد جهدنا في سد الذريعة لهذه الفاحشة، وهي هروب الرجال بالنساء، ولهذا اختار العلماء ممن سلف الفتوى في هذه البلاد بتأبيد التحريمللهاربة على من هرب بها، وإن كان على خلاف المشهور، سدا لذريعات الفاسدات والمفسدين"[2]، كما أن فيه معاقبة المخلق بنقيض قصده.

المطلب الثاني: الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الأقراء: جمع قرء، وتجمع على قروء أيضا، وهوفي اللغة الجَمعُ، و قولهم قَرَيْتُ الماءَ في الحَوضِ أي جمعته، وهو مشترك بين الطهر والحيض[3].

وقد اختلف العلماء في الأقراء، فقال أهل الكوفة: هي الحيض، وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وأبي موسى ومجاهد وقتادة والضحاك وعكرمة والسدي. وقال أهل الحجاز: هي الأطهار، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والزهري وأبان بن عثمان والشافعي. فمن جعل القرءاسما للحيض سماه بذلك، لاجتماع الدم في الرحم، ومن جعله اسما للطهر فلاجتماعه في البدن[4].

---

[1]. السجلماسي: مرجع سابق، م6/ 5.

[2]. العلمي: مرجع سابق: ج1، ص36. 37.

[3]. عبد الرزاق الحسني: تاج العروس، مرجع سابق، ج1، ص 189.مادة قرأ

[4]. القرطبي؛ أبو عبد الله محمد: الجامع لأحكام القرآن، ج 3/ 114, 115.

وصورة المسألة أن المرأة المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا، المدخول بها؛ إذا كانت ذات أقراء ممن تحيض، فإنها تعتد ثلاثة أشهر بدل أن تعتد ثلاثة قروء، فإذا ادعت انتهاء عدتها في أقل من ثلاثة أشهر فلا تصدق[1].

الفرع الثاني:عدة المطلقة ذات الأقراء عند المالكية.

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾البقرة 228.

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾الطلاق4

أرشدت الآيتان إلى أن المرأة المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا، إذا كانت ممن تحيض، فإنها تعتد ثلاثة أقراء، أما إذا كانت ممن لا تحيض فإنها تعتد ثلاثة أشهر.

قال ابن بطال[2]:"أجمع العلماء أن عدة اليائسة من المحيض لكبر ثلاثة أشهر، وأن عدة التى لم تحض لصغر ثلاثة أشهر"[3].

أما المطلقة ذات الأقراء،فالقول المشهور في المذهب المالكي أنها تعتد بثلاثة أقراء، لظاهر القرآن، قال مالك:" طلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة طاهرا من غير جماع، ثم يتركها حتى يمضي لها ثلاثة قروء، ولا يتبعها في ذلك طلاقا، فإذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد حلت للأزواج، وبانت من زوجها الذي طلقها"[4].

الفرع الثالث: جريان العمل بالاعتداد بالأشهر بدل الأقراء.

---

[1]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م7/ 5. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، م11/ 5.

[1]. **ابن بطال**: أبو الحسن علي بن خلف ابن بطال البكري، يعرف بابن اللحام، أخذ عن أبي عمر الطلمنكي، روى عن ابن أبي صفرة والقضي يونس بن عبد الله، له شرح على البخاري، والاعتصام في الحديث، ت444، ينظر: (مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق،ج1، ص115)

[3]ابن بطال؛ أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: شرح صحيح البخاري، ضبط أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، دط، دت، ج7/ ص483، 484.

[4]. سحنون: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج2، ص3.

قال في العمليات الفاسية: ثم المطلقة ذات الأقرا.....ثلاثة تعتد شهراشهرا.

جاء في الشرح: ومما جرى به العمل أيضا؛ وهي أن المطلقة التي تعتد بالأقراء لا تحل للأزواج إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، والمراد والله أعلم أنها لا تصدق في انقضاء عدتها في أقل من هذه المدة كما قال ابن العربي، لا أنها تكتفي بثلاثة أشهر ولو لم تكمل الأقراء الثلاثة، لأن ذلك يخالف نص الكتاب العزيز، وما أظن أحدا يقول ذلك، أو يعمل به من العلماء"[1].

و قال الزقاق: في عدة المسائل التي جرى العمل بها في فاس: "وذات قروء في اعتداد بأشهر"، ومراده أنها تنتظر تمام الأشهر الثلاثة إن كملت الأقراء قبلها احتياطا، لا أنها تعتد بالأشهر حقيقة، تاركة للأقراء"[2].

الفرع الرابع: موجب العمل.

ولعل الموجب لذلك هو فساد الزمن كما ذكر ابن العربي:" عادة النساء عندنا حيضة واحدة في الشهر، وقد قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان، فلا أرى أن تمكن المرأة المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا تسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو في آخره"[3]، فصارت كاليائسة في الاعتداد.

ولا يخفى أن هذا النوع من العمل باطل، لمخالفته صريح القرءان والسنة والإجماع، وقد عده الهلالي من جملة المسائل التي حذر منها[4]، كما أنه لم يثبت به العمل كما قال السجلماسي، وهنا ندرك أن دور ناظم العمل في نظمه هو مجرد جمع المسائل التي جرى بها العمل في فاس لا الحكم عليها من حيث الصحة وعدمها.

المطلب الثالث: الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع.

---

[1]. السجلماسي، مرجع سابق، م11/ 5. 6.

[2]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص 83.

[3]. ينظر: الوزاني: مرجع سابق، م7/ 5، السجلماسي، مرجع سابق، م11/ 5، العميري: الأمليات الفاشية، مرجع سابق لوح 14.

[4]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 92.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الخلع لغة:من خلع يخلع من باب قطع، وخلعت النعل وغيره خلعا، نزعته، وخالعت المرأة زوجها مخالعة: إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها، والاسم الخلع، بالضم، وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.[1]

وفي اصطلاح المالكية: "هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض"[2].

وصورة المسألة: أن يشترط الزوج على الزوجة في عقد الخلع أن تبقي من مالها ما تنفق به على الولد من الزوج ذكرا كان أو أنثى، واحدا أو أكثر، مدة زائدة على مدة الرضاع، فيلزم الزوجة هذا الشرط.[3]

الفرع الثاني: حكم نفقة الولد بعد الرضاع.

اختلف فقهاء المالكية في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: سقوط النفقة على المرأة بعد الحولين، والشرط باطل، وهو المشهور.

وعلى هذا القول تلتزم المرأة بالنفقة مدة الرضاع، وما زاد على الحولين تسقط عنها النفقة.

جاء في المدونة:" قلت: أرأيت إن اختلعت امرأة من زوجها على أن نفقة الزوج عليها أو نفقة الولد؟ قال: سمعت مالكا يقول: إذا اختلعت امرأة من زوجها على أن ترضع ولدها منه سنين وتنفق عليه إلى فطامه فذلك جائز، وإن ماتت كان الرضاع في مالها والنفقة عليها في مالها، وإن اشترط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلا أربع سنين أو ثلاث سنين، فذلك باطل،

---

[1]. الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 185

[2]. الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ج1، ص 275.

[3]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م3/ 3.

وإنما النفقة على الأم والرضاع في الحمل وفي الحولين، فأما ما بعد الحول والحولين فذلك موضوع عن المرأة، وإن اشترطه عليها الزوج. قال: وأفتى مالك بذلك وقضى به"[1].

وهو قول خليل في المختصر:"وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه"[2]، قال الحطاب:" قاله ابن القاسم وابن وهب و مطرف[3] وابن عبد الحكم[4] وأصبغ، وهو قول مالك وابن القاسم في المدونة"[5].

القول الثاني: وجوب النفقة على المرأة في الحولين وما بعد الحولين، وهو الشاذ.

وعلى هذا القول تلتزم المرأة بالنفقة على الولد مد إرضاعه، كما تلتزم بالنفقة عليه بعد الحولين بحسب الشرط المتفق عليه في عقد الخلع، فيصبح الشرط لازما لها.

وهو قول المغيرة المخزومي، وسحنون وابن يونس[6]واللخمي، جاء في مواهب الجليل:"قال المخزومي: يلزمها نفقة الزوج ونفقة الولد بعد الحولين، وقاله سحنون: ابن يونس: وهو أصوب، ابن سلمون: وبهذا جرى العمل والقضاء، قال ابن العطار: وبقول المغيرة القضاء عندنا، وكذلك كان ابن لبابة لا يرى كلام ابن القاسم ولا روايته"[7].

---

[1]. سحنون: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج2، ص248، 249.

[2]. خليل: المختصر الفقهي، مرجع سابق، ص113.

[3] **-مطرف**: هو أبو مصعب عبد الله بم مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، مولى ميمونة أم المؤمنين، تفقه بمالك وعبد العزيز بن الماجشون وابن كنانة، ت220هـ، (عياض: ترتيب المدارك، مرجع سابق،ج3، 133/ الحجوي: الفكر السامي،ح3، ص114).

[4]**- ابن عبد الحكم**: أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، سمع الليث وابن عيينة وابن لهيعة، أفضت إليه الرئاسة بعد أشهب، روى عنه ابن المواز، له: المختصر الكبير والأوسط والصغير، ت214هـ، (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص113/ مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص59).

[5]. الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5, ص296.

[6]. **ابن يونس**: هو أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الصقلي، أخذ عن أبي الحسن القاضي، وعتيق ابن الفرضي، وأبي بكر بن عباس، وحدث عن القابسي، له الجامع وكتاب في الفرائض، من أئمة الترجيح، اعتمده خليل في مختصره، ت451هـ، (الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص254/محمد مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، 111)

[7]. نفسه: ج5، ص296.

قال في التوضيح:"قال اللخمي والمغيرة وابن الماجشون وأشهب وابن نافع وسحنون: لاتسقط النفقة، وهو صواب عند جماعة الشيوخ"[1].

الفرع الثالث: جريان العمل بلزوم نفقة المرأة المختلعة على ولدها بعد مدة الرضاع.

قال في العمليات الفاسية:

وشرط من خالع في العقود.....نفقة منها على المولود....لمدة على الرضاع زائدة.

قال السجلماسي:" هذه المسألة مما جرى به العمل، وهي مذكورة في اللامية أيضا، والعمل الجار لا يختص بمدينة فاس لوحدها بل هو جار فيها وفي غيرها، ...وقد قال ابن هلال[2]: وهو قول المخزومي وأشهب وعبد الملك ابن حبيب وابن نافع وابن دينار، و به قال سحنون وصوبه ابن محرز[3] واللخمي وابن يونس وغيرهم"[4].

وفي تحفة ابن عاصم: والخلع بالإنفاق محدود الأجل.... بعد الرضاع بجوازه العمل.

وجاز قولا واحدا حيث التزم.....ذاك وإن مخالع به عدم.

قال ميارة:" والعمل على جواز الخلع أن تنفق المرأة على الولد أجلا محدودا بعد حولي الرضاع"[5].

قال المتيطي:" قال غير واحد من الموثقين؛ والعمل على هذا القول، ووجهه ظاهر لأن غايته غرر، والغرر جائز هنا"[6].

---

[1]. خليل، التوضيح في شرح المختصر الفرعي، ضبط أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه، مصر، ط1: 1429هـ/2008م، ج4، ص 298.

[2]. **ابن هلال**: هو أحمد بن عمر بن علي بن هلال الربيعي، له شرح ابن الحاجب الفقهي والأصلي، ت795هـ، ينظر:(الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص293).

[3]- **ابن محرز**: محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الرحمان، إستوطن بجاية، له تقييد على التلقين، ت655هـ. (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص380).

[4]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م6/ 6.

[5]. ميارة : شرح ميارة على التحفة، مرجع سابق، ج1، ص360.

[6]. خليل: التوضيح، مرجع سابق، ج4، ص298.

المطلب الرابع: الحلف بالحرام.

الفرع الأول: صورة المسألة.

قال في العمليات الفاسية: وطلقة بائنة في التحريم ... والحلف به لعرف الإقليم.

الحلف بالحرام أو تحريم الحلال؛ كما لو قال الزوج لزوجته: هي عليه حرام، أو حرام كلحم الخنزير، أو كالميتة أو كالدم، أو كحرمة مكة على اليهود، أو الحلال علي حرام، أو قال: عليه الحرام أفعل كذا ثم فعله وحنث، أو قال عليه الحرام ليفعلن كذا ولم يفعله"[1].

كل هذه الصيغ وغيرها تدخل في مسألة الحلف بالحرام، سواء قصد الطلاق أم لم يقصد، وسواء نوى طلقة واحدة أم أكثر.

الفرع الثاني: أقوال المالكية في الحلف بالحرام.

اختلف فقهاء المالكية في الحالف بالحرام على أربعة أقوال، كما هو منقول في كتب المذهب:

. القول الأول: أنه ثلاثة في المدخول بها، وينو في غير المدخول بها، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

. القول الثاني: أنه ثلاثة ولا ينو قبل ولا بعد، وهو قول عبد الملك في المبسوط.

. القول الثالث: أنه ثلاثة في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها، وهو قول أبي مصعب وابن عبد الحكم.

القول الرابع: أنها واحدة بائنة في المدخول وغير المدخول بها، وهذا القول حكاه محمد بن خويزمنداد[2] عن مالك.

---

[1]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م3/ 7.

[2]. **ابن خويزمنداد**: أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الله، روى عن ابن أبي داسة، وتفقه بالأبهري وأبو الحسن المصيصي، له كتاب كبير في الخلاف وآخر في الأصول، وآخر في أحكام القرءان، ذكره عياض في أواخر القرن الرابع. الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص139)

قال الرجراجي[1]: وهذا القول أصح في النظر، لأن الأخذ بأقل ما يقع عليه الاسم هو الاصل، حتى يأتي نص أو إجماع، وليس في التحريم نص أو إجماع[2].

الفرع الثالث: جريان العمل بطلقة بائنة في الحلف بالحرام.

قال السجلماسي: "مما جرى به العمل: طلقة واحدة بائنة لمن حرم زوجته في يمين أو غيرها، للعرف الذي استقر عند الخاص والعام؛ أن الحالفين بذلك لا يقصدون به الثلاث، و الذي جرى العمل به رواية ابن خويزمنداد، وصحح الأخذ بها جماعة من الشيوخ المتأخرين، وإن كان المشهور في ذلك لزوم الثلاث في لزوجة المدخول بها وواحدة في غيرها"[3].

ومن ذلك ما نقله المواق عن المشايخ:أن الحلف بالحرام في المدخول بها يصدق الحالف فيها بأنه نوى واحدة ولا يلزمه غيرها، لأن مالكاً إنما قال لا يصدق في المدخول بها أنه أراد واحدة في حلفه بالحرام منها، لأن الطلقة المملكة لم تكن هي الغالبة على الناس، والواحدة الرجعية لا تحرم بها المرأة بحيث تصير كالأجنبية وإنما تحرم بالثلاث وبطلقة بائنة كطلقة الخلع أو طلقة الحاكم ولا شيء منهما بموجود في الحالف بالحرام فحمل أمره على الثلاث وأمابعد أن صار الناس يطلقون طلقة مملكة فإذا قال الحالف بالحرام أردت بالحرام طلقة تملك بها نفسها صدق لأنه ادعى ما يفعله الناس وهي تصير بها حراماً كالأجنبية، ولذلك جرى العمل اليوم بأن في الحرام وما في حكمه طلقة واحدة بائنة، نعم إذا قال الحالف أردت الثلاث فلا إشكال في لزومه الثلاث[4].

وقد صرح الناظم **بأن العرف هو الموجب** لجريان العمل بطلقة بائنة في التحريم بقوله:" وحلف به **لعرف إقليم**".

---

[1]. **الرجراجي**:هو علي بن سعيد أبو الحسن الرجراجي، صاحب مناهج التحصيل في شرح المدونة، اعتمد على ابن رشد وعياض واللخمي، أخذ عنه الكثير، لم تذكر سنة وفاته. (التنبكتي: نيل الابتهاج، مرجع سابق، ص316).

[2]. الرجراجي: مناهج التحصيل، مرجع سابق، ج5، ص 25، 26.

[3]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م4/ 5.

[4]. ميارة: الإتقان والإحكام، مرجع سابق، ج1 ،ص217.

المطلب الخامس: ترك اللعان.

الفرع الأول: صورة المسألة:

اللعان في اللغة: من اللعن وهو الإبعاد والطرد من الخير، وقيل من رحمة الله.[1]

وفي اصطلاح المالكية:"هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض"[2].

أو هو: أن يرمي زوج مكلف حرا كان أو عبدا زوجته بالزنا، أو ينفي حملها عنه، ولم تكن له بينة[3].

وصورته: أن يقول الزوج: رأيت زوجتي تزني مع رجل بعينه، أو ينفي حملها عنه وينكره، فتكذبه هي وتقول: ما رآها تزني، أو أن حملها منه، فيحلف هو أربعا على ما قال، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف هي أربعا وتخمس بالغضب كما هو صريح القرآن.

وقد جرى العمل بترك اللعان من الزوج؛ قيل مطلقا كان الزوج عدلا أو فاسقا، وقيل إن كان فاسقا.

الفرع الثاني: حكم اللعان عند المالكية.

مذهب الإمام مالك رحمه الله أن الفاسق كالعدل في صحة اللعان، ولا يشترط عنده إلا أهلية اليمين والزوجية، جاء في المختصر الفقهي:" إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه أو فسقا"[4].

واللعان ثابت بدليل الكتاب والسنة و الإجماع؛[5]

أما من الكتاب **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧

---

[1]. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص970.

[2]. ابن عرفة: الحدود، مرجع سابق، ص220.

[3]. عبد الوهاب البغدادي: التلقين في الفقه المالكي، تح سعيد الغاني، دار الفكر بيروت، دط: 1425هـ/2005م، ص339.

[4]. خليل، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ص128.

[5]. ينظر: المدونة: ج3، ص105، القاضي عبد الوهاب: المعونة، مرجع سابق، ج2، ص652، ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص93.

وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾النور: 6. 9.

قال ابن العربي:" عام في كل رمي... وظاهر القرءان يكفي لإيجاب اللعن"[1].

وأما من السنة؛ فما رواه مالك وغيره من حديث عويمرالعجلاني: أنه جاء إلى عاصم بن عدي الانصاري فقال له:يا عاصم ارأيت لو أن رجلا وجد مع امراته رجلا أيقتله فتقتلونه؟، أم كيف يفعل؟، سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فسأل عاصم رسول الله . صلى الله عليه وسلم . عن ذلك، فكره رسول الله . صلى الله عليه وسلم . المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فلما رجع عاصم إلى أهله؛ جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله . صلى الله عليه وسلم .؟ فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله . صلى الله عليه وسلم . المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فقام عويمر حتى أتى رسول الله . صلى الله عليه وسلم . وسط الناس؛ فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . :" قد أنزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها" قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فلما فرغا من تلا عنهما، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله . صلى الله عليه وسلم . .

قال مالك: قال ابن شهاب: فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين.[2]

أما الإجماع؛ فقد قال ابن رشد:" لا خلاف في ذلك أعلمه"[3]

---

[1]. ابن العربي: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص1342.

[2]. أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان ص 339، وأخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان،رقم 5308، فتح الباري، مرجع سابق ، ج10 ، ص438، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، باب اللعان، رقم 1492 ، النووي شرح مسلم ، ج2 ، ص695.

[3]. ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص93.

الفرع الثالث: جريان العمل بترك اللعان .

قال في العمل الفاسي: واترك لفاسق وغيره اللعان أو هو للفاسق فقط بغير ثان.

و جاء في شرحه: "جرى العمل بترك اللعان للفاسق ولغيره، أو للفاسق فقط، وكذلك قال الزقاق في لاميته: واترك لعان مطلقا او لفاسق، غير أن المعروف في مذهب مالك رحمه الله أنه لا يشترط في صحة اللعان إلا أهلية اليمين فيصح في المملوكين والفاسقين"[1].

وقد أدرج الهلالي مسألة ترك اللعان ضمن المسائل التي ينبغي التحذير حيث قال:" ومنها قولهم جرى العمل بترك اللعان مطلقا أو للفاسق فقط، فمقتضاه أن قضاة العدل كانوا لا يمكنون الزوج منه إذا وقع سببه ورفع إليهم الزوج قصته، وما أظن ذلك صحيحا، أما إذا كان سببه نفي الولد وأراد الزوج أن يلاعن لينفي عن نفسه ولدا أجنبيا فكيف يسعه أن لا يمكنوه منه، وذلك منكر بالإجماع"[2].

ولذلك قد استشكله كثير من الفقهاء، قال العميري:" وقد كان بعض شيوخنا يستشكلونه ويقولون: كيف يعمل على خلاف ما نص عليه الكتاب والسنة"[3].

وقد رد الهلالي على من أجرى العمل بترك اللعان "بأن المفسرين قد صرحوا بوجوبه في قوله تعالى " فشهادة أحدهم" الآية. فإذا قال الزوج للحاكم: أردت أداء هذا الواجب، فكيف يكون جواب الحاكم؟ أيقول له: نحكم لك بنفيه بلا لعان، وذلك لم يقله أحد، أم يقول: دعه يكن ولدك في الأحكام وإن تحققت أنه أجنبي، وهذا أيضا لم يقله أحد، وهذا من أعجب العجاب، وإن كان مرادهم أنه جرى عمل الأزواج بعدم الرفع للحاكم فليس هذا مما يعد في العمليات، إذ المراد بها ما عمل به في القضاء والفتوى[4].

---

[1]. العميري: الأماليات الفاشية بشرح العمليات الفاسية، مرجع سابق، لوح 16.

[2]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 92، 93.

[3]. العميري: المرجع السابق، لوح 16.

[4]. الهلالي: المرجع السابق، لوح 93.

المبحث الثاني:

أثر ما جرى به العمل في المعاملات المالية.

نتناول في هذا المبحث خمسة مسائل فقهية كأمثلة تطبيقية لما جرى به العمل في باب المعاملات المالية، كل مسألة في مطلب وهي: بيع المضغوط، بيع الصفقة، تضمين الرعاة، أجرة الدلالة أو السمسرة،عدم الرد بالعيب في الدواب.

المطلب الأول: مسألة بيع المضغوط.

الفرع الأول: صورة المسألة.

وجاء في شرح العمل:" المضغوط؛ أي المقهور على دفع مال لا يلزمه شرعا، إذا باع متاعه ليؤديه للظالم"[1].

قال السجلماسي:" المضغوط هو المحبوس في مال؛ يبيع متاعه، وظاهر عباراتهم أن إسم المضغوط خاص بهذا، دون من أكره على البيع"[2].

أي أن هناك فرقا بين المضغوط والمكره، وهو "أن المكره أكره على فعل ذلك الشيء، مثل أن يكره على بيع داره، والمضغوط لم يكره على بيع الدار، لكن على دفع المال، فباع الدار باختياره"[3]، فالأول أُكره على البيع ذاته، والثاني أُكره على سبب البيع.

وأجاب: السُّيوري[4] أيضًا عن بيع المضغوط فقال: بيع المضطر لفدائه.[1]

---

[1]. المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، مرجع سابق، ج1، م1/19.

[2]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م7/27، ص215.

[3]. أبو الحسن الصغير: الدر النثير، مرجع سابق، م8/ 18.

[4].**السيوري**: أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري، أخذ عن أبي بكر بن عبد الرحمان وأبي عمران الفاسي، وبه تفقه عبد الحميد الصائغ واللخمي وعبد الحق الصقلي، له تعليق حسن على المدونة، ت460هـ، (مخلوف: شجرة النور ، مرجع سابق، ج1/ 116)

والحاصل أنه قد اختلف فقهاء المالكية في معنى المضغوط؛ هل يطلق على المكره على دفع المال دون المكره على البيع، أو العكس، أو يطلق على كل منهما؟

فالأول: ظاهر كلام ابن رشد: أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بمن أكره على دفع المال؛ فباع لذلك.[2]

والثاني: فمقتضى قول ابن أبي زيد[3]. قال البرزلي[4]: سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو؟ فأجاب: من أضغط في بيع ربع أو شيء بعينه، أو في مال يُؤخذ منه فباع لذلك.[5]

والثالث: ما جاء في شرح التحفة عند قول صاحبها:" وَمَنْ يَبِعْ فِي غَيْرِ حَقَ شَرْعِي...بالْقَهْرِ مَا لاَ تَحْتَ ضَغْطٍ مَرْعِي" هو من أُكره على البيع أو على سببه"[6].

وعلى الأول من هذه الأقوال اقتصر ابن هلال؛ وقد فرَّق بين المضغوط والمجبر على مجرد البيع فقال:"المضغوط هو المأخوذ بغرم مال قهرًا، يُضيَّق عليه بشدّة وتعذيب، فيلزمه البيع، والمجبَر على البيع لا يلزمه شرعا إجماعا، حكاه ابن سحنون[7] والأبهري[8], قال السجلماسي:"ومن هنا تعلم أن الذي يجب أن يفسر به المضغوط في كلامهم هو القول الأول"[9].

الفرع الثاني: أقوال المالكية في حكم بيع المضغوط.

---

[1]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج 6، ص101.

[2]. السجلماسي: مرجع سابق، ج1، م7/ 216.

[3]. **ابن أبي زيد**: أبو ومحمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمان النفري القيرواني، إمام المالكية، له النوادر والزيادات، وختصر المدونة والرسالة، ت386هـ، (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص140/ مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص96).

[4]. **البرزلي**: أبو القاسم بن أحمد البرزلي القيرواني، أخذ عن ابن عرفة وابن مرزوق الجد، وعنه ابن ناجي وحلولووالرصاع ومحمد عظوم، له ديوان كبير في الفقه والحاوي في النوازل، ت841هـ أو 844هـ. (مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1،ص245)

[5]. نفسه :ج1، م7/ 216. وكذا الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج6، ص102.

[6]. ينظر: التسولي؛ البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج1، ص 123/ شرح التاودي على التحفة: ج1، ص39.

[7]. **محمدابن سحنون**: هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن سعيد بن حبيب القيرواني، أخذ عن أبيه سحنون، له: آداب المعلمين، الرسالة السحنونية، ورسالة في الفقه المالكي، ت256هـ، (الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص118,119)

[8]. **الأبهري**: هو محمد بن عبد الله، إليه انتهت الرياسة ببغداد، أخذ عن أبي الفرج وابن بكير وابن أبي زيد، ت395هـ،(الحجوي: الفكر السامي، مرجع سابق، ج3، ص143/ محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ج1، ص91).

[9]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م8/27، ص 216.

اختلف فقهاء المالكية في حكم بيع المضغوط على قولين:

القول الأول: قول ابن القاسم وروايته عن مالك بعدم النفوذ، وهو المشهور.

"وهو قول ابن حبيب، وحكاه مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ، وقال به سحنون، وأفتى به ابن رشد".[1]

قال التاودي:" اعلم أن الإكراه إما أن يكون على نفس البيع وهذا لا يلزم فيه البيع بالإجماع، ويرد بالثمن، إلَّا أن تقوم البيِّنة على تلفه عند البائع، وإما أن يكون على سببه؛ كإعطاء مال ظلما، وفي هذا لا يلزم البيع عند مالك وابن القاسم، و يُرد عليه بلا ثمن، إلا أن يعلم أن المكره صرفه في مصالحه، أو يكون المشتري غير عالم بالضغط كما قاله ابن رشد في نوازله، وقال سحنون: لا يلزم البيع ويرد عليه بالثمن"[2].

وأجاب ابن أبي زيد عمن أخذه السلطان بمال يؤديه بغير حق، فأدخل طعامه وعروضه وغير ذلك وعرضها للبيع، بأن جميع ما في هذه الغرامة مقامه مقام الغصب[3].

وأجاب ابن رشد في بيع المضغوط: أن من أضغط في الغرم بغير حق وأكره عليه ثم أطلق تحت الضمان حتى يأتي بالمال، فلم يزل في الضغطة، وأن بيعه في ذلك الوقت بيع المضغوط. وللعلماء في بيعه بغير حق اختلاف كثير.

والذي أقول به وأتقلده قول سحنون وروايته عن مالك، وهو: رد البيع ويغرم الثمن المقبوض إلا أن يعلم المبتاع بضغطه، فيرد البيع ويرد الضاغط الثمن، ولا تَبَاعَة له على المضغوط. فالواجب في هذه المسألة رد الدار للمضغوط، ويرجع المبتاع على الضاغط، إلا أن يكون الوكيل في البيع هو العالم بالضغطة دون الذي وكله، فيرجع الموكل على من وكله بالثمن، لأنه تعدّى.[4]

القول الثاني: قول ابن كنانة، وهو القول الشاذ.

---

[1]. نفسه:ج1، م7/ 216.

[2]. التاودي: شرح التاودي على التحفة، مرجع سابق، ج1، ص37. وكذا حلى المعاصم على هامش البهجة للتاودي: ج2، ص83.

[3]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج6، ص101.

[4]. أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي: فتاوى ابن رشد، تحقيق المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، ط1: 1987م/1407هـ، ج1، ص228 وما بعدها. وينظر: المعيار للونشريسي، ج6، ص 101. مواهب الجليل للحطاب: ج4، ص248.

قال المهدي الوزاني نقلا عن التاودي:" قال ابن كنانة: فمن أكره على مال فباع لذلك؛ البيع لازم، والمشتري مأجور، لأنه ينقذه من العذاب. قال الوزاني: وبهذا القول العمل بفاس وأتباعها"[1].

"وقول ابن كنانة نقله عنه ابن رشد والبرزلي، وقال به السيوري واللخمي، ومال إليه ابن عرفة"[2].

وقال خليل بعد أن حكاه عن اللخمي والسيوري:" والمذهب خلاف ذلك".[3]

ونقل صاحب المعيار نصوص وفتاوى الشيوخ في مسألة بيع المضغوط مضطربة، فأفتى أكثرهم بالمشهور، وأقلهم بالشاذ الذي جرى به العمل، ومن هذه الفتاوى نذكر ما يلي:[4]

أجاب: اللخمي عن يتيم أخذه السلطان وسجنه، واضطر لبيع ربعه خشية أن يأتيه من السلطان عنف أو غيره، وتوقف الناظر في البيع حين لم يأذن له القاضي فيه بأنه إذا كان الأمر على ما ذكر مضى بيعه.

وأجاب: السيوري بجواز البيع لأنه يرى أن تخليص النفس آكد وأولى.

وكان الشيخ الإمام أبو عبد الله ابن عرفة رحمه الله في آخر عمره يميل إلى مذهب السيوري فيما يفدي من أيدي اللصوص الأعراب أنه يطلبه بما فداه به وهو مأجور.

الفرع الثالث: جريان العمل بلزوم بيع المضغوط.

مما يدل على جريان العمل بلزوم بيع المضغوط أنه قال في نظم العمل المطلق:

وغير عامل كذاك يلزمه.....البيع مضغوطا لمال يغرمه

بذا عمل فاس قد جرى.....منذ مائتين سنة فأكثرا.

قال عبد الرحمان الفاسي:"هذه أيضا مسألة جرى بها العمل منذ أكثر من مائتي سنة، وهي نفوذ بيع المضغوط ومُضيِّه"[1].

---

[1]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، ج1، م19/ 3. التاودي: شرح التاودي على التحفة، مرجع سابق، ج1، ص37.

[2]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م8/27، ص 216.

[3]. الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4، ص248.

[4]. الونشريسي: المعيار المعرب، المرجع السابق، ج6، ص 100. 101.

قال الوزاني:"وبهذا القول العمل بفاس وأتباعها، والظاهر أن أهل القرية إذا ألزموا بمغرم فأسلم لهم في زيتون أو غيره من ذلك فيمضي على قول ابن كنانة المعمول به"[2].

قال ابن هلال:" قول ابن كنانة بلزوم بيع المضغوط أفتى به بعض الشيوخ الذين أدركتهم من الفاسيين والتلمسانيين والغرناطيين في قضية نزلت بفاس، وكان شيخنا القوري خالفهم، فأفتي بالمشهور ومذهب الجمهور، فأخر عن الفتوى بسبب ذلك"[3].

هذا عن زمان ومكان إجراء العمل بلزوم بيع المضغوط، أما من أفتى به من المفتين والقضاة فقد سبق وأن ذكرنا من قال به، كالسيوري واللخمي وابن عرفة وغيرهم، "وحكي أن الفشتالي[4] قاضي فاس كان يفتي بالشاذ في مسألة المضغوط"[5].

وكما ثبت العمل في هذه المسألة بنقل الأشياخ فقد ثبت أيضا أنه "وجد بخط أبي عبد الله القصار ما نصه: جرى العمل في هذه الأزمنة القريبة في مدينة فاس بنفوذ بيع المضغوط ومُضيِّه، أخذًا بفتوى اللخمي والسيوري"[6].

الفرع الرابع: موجب العمل بلزوم بيع المضغوط.

أما موجب وسبب العمل بلزوم بيع المضغوط فهو **الضرورة**، وبيان ذلك "أنه لما كثر الجور وشاع الضغط، قال كثير من المحققين المتأخرين بلزومه، وذلك لأن الجري على المشهور يؤدي إلى بقاء المضغوطين في العذاب، وحيث كان كذلك فالمحافظة على النفس والعرض مقدمة على المحافظة على المال"[7].

---

[1]. ينظر: السجلماسي: شرح العمل المطلق، مرجع سابق، ص 120/ شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م 27/ 7، ص 215. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، ج1،م19/ 2.

[2]. الوزاني: المرجع السابق، م3/19.

[3]. أبو الحسن: الدر النثير، مرجع سابق، م19/2. وكذا السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م218/7.

[4]. **الفشتالي**: هو أبو الربيع سليمان بن أحمد الفشتالي، أخذ عن أبي محمد عب المجيد المنالي، وعنه الشيخ التهامي، ومحمد الجزولي السوسي، له شرح سلك اللآلي في مثلث الغزالي، ت1208هـ.(مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، ص372)

[5]. السجلماسي: ج1، م217/7.

[6]. السجلماسي: شرح العمل المطلق، مرجع سابق، ص120.

[7]. الهلالي: بور البصر، مرجع سابق، لوح، 91.

قال ابن رحال:" وهو الذي يليق بأحوال الناس في هذه الأزمنة وإلا تعذر فكاك الناس مع كثرة هذا"[1].

المطلب الثاني: بيع الصفقة.

تعتبر مسألة بيع الصفقة من المسائل الشائكة، وقد حيرت بال الفقهاء كثيرا، وذهبوا فيها مذاهب مختلفة ما بين مجوز ومانع، ولعل ذلك راجع إلى أن المسألة لم ينص عليها بعينها في كتب المتقدمين، وإنما هي مخرجة على مسألة "بيع ما لا ينقسم" في باب القسمة، وقد ألف الشيخ ميارة كتابا في المسألة سماه:"تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة"[2].

الفرع الأول: صورة المسألة.

الصَّفْقَة بفتح الصاد وسكون الفاء؛ المرة من الصَّفق، كالضَّربة من الضَّرب، وفي الحديث:" ألهاني الصَّفق بالأسواق"[3]، وأصله من التصفيق وهو الضرب بباطن الراحة على الأخرى، لأنهم كانوا يفعلون ذلك عند البيع، ويقال: صفقة رابحة أو خاسرة.[4]

وصورة بيع الصفقة: أن تكون دار مثلا أو غيرها بين شخصين أو أكثر، بحيث يملكون ذلك دفعة واحدة؛ بشراء أو إرث أو غير ذلك، فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك فيبيع جميعه لأجنبي، ثم يكون لشريكه أو شركائه الخيار بين أن يملكوا البيع للمشتري أو أن يملكوا ذلك المبيع لأنفسهم، ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن الذي باع به[5].

---

[1]. السجلماسي: المرجع السابق، ص120.

[2]. الكتاب مخطوط نسخة منه في مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية ،الرياض، رقم الحفظ: 12689-1/ ونسخة أخرى بالخزانة العامة بالرباط، رقم: 889/د.

[3]. من كلام عمر بن الخطاب، ينظر البخاري بشرح فتح الباري، كتاب البيوع، باب الخروج للتجارة، رقم 1956.

[4]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م21/ 8.

[5]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م4/12. السجلماسي: المرجع السابق، ج1، م7/21. ص167.

أي أن بيع الصفقة صورته في المشترك الذي لا ينقسم من عقار وحيوان أو غيره، إذا أراد أحد المشتركين بيع حصته منه وطلب من شريكه أو شركائه بيع نصيبه معه فأبى، أجبر على البيع، وسبب تسميته ببيع الصفقة هو أن الشريك يبيع المشترك فيه صفقة واحدة.

هذه صورة بيع الصفقة المشهورة؛ ويشترط لهذا البيع شروط بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه عند المالكية القائلين بهذا النوع من البيع، لكن ينبغي التنبيه إلى أن الصورة التي جرى بها العمل تختلف عن هذه الصورة.

صورة بيع الصفقة التي جرى بها العمل:

قال ميارة بعد أن نقل نصوصا تتعلق ببيع الصفقة:" ولم يجر العمل عندنا بشيء من ذلك، وصورة بيع الصفقة عندنا: أن من أراد البيع من الشركاء؛ باع جميع ذلك الشيء المشترك فيه لأجنبي صفقة واحدة، من غير رفع لحاكم، ولا إثبات لشيء مما ذكر، ويكتب الموثق في ذلك: اشترى فلان . فذكر الوثيقة إلى آخرها . ثم يذهب البائع إلى بقية أشراكه ويلزمهم أحد أمرين: إما أن يمضوا؛ أي يأخذوا حصة البائع بما نابها من الثمن ويضموها إلى حصصهم، أو يكملوا؛ أي يمضوا للمشتري البيع من حساب ما باعه به"[1].

فالفرق بين الصورتين أن البيع في الصورة الثانية تم من غير رفع لحاكم أو إثبات، بخلاف الصورة الأولى فلابد فيها من الرفع إلى الحاكم.

الفرع الثاني: حكم بيع الصفقة عند المالكية.

سبق وأن ذكرنا أن هذه المسألة لم ينص عليها بعينها في كتب المتقدمين، وإنما هي مخرجة عن مسألة بيع ما لا ينقسم بين الشركاء، وهي أن كل ملك مشترك فيه إما أن يقبل القسمة على الشركاء بلا ضرر، وإما أن لا يقبل القسمة، فعلى الوجه الأول إذا أراد أحد الشركاء القسمة أجيب

[1]. السجلماسي: فتح الجليل الصمد، مرجع سابق، ص 321،

إليها، وإلا أجبر على القسمة من أباها من الشركاء، وأما على الوجه الثاني: فالقول قول من دعا إلى البيع ويجبر الآبي من الشركاء على البيع، لدفع الضرر كالشفعة[1].

وفي نوازل الأحباس في المعيار: "القولُ ببيع ما لا يَنقسم هو المختار وبه جرى عمل القضاة والحكام"[2].

شروطبيع الصفقة: وقد كانت هذه الصورة من المعاملة مقيدة بقيود هي:[3]

1/ أن يكون المبيع مما لا يقبل القسمة إلا بضرر.

2/ أن ينقص ثمن حظ من دعا إلى البيع في حالة ما إذا بيع مفردا عن ثمنه فيما لو بيع الجميع.

3/ أن يكون ذلك المبيع مما يتضرر في الاشتراك فيه.

4/ أن يتحد مدخل الشركاء فيه، ببيع أو إرث، فلا يجبر على البيع فيما اشتري للتجارة.

5/ أن يكون المشتري أجنبيا غير شريك.

6/أن يلتزم الممتنع من البيع بأداء النقص الحاصل لشريكه.

الفرع الثالث: جريان العمل ببيع الصفقة.

قال في العمل المطلق: وبيع صفقة جرى العمل في....فاس بعقده بلا توقف.

على ثبوت الموجبات عند من....يقضي وللشريك الأخذ بالثمن.

وقال في العمل الفاسي: وخالف المنصوص بيع الصفقة.... فلم يول لضابط أو ربقة.

---

[1]. ينظر هذه المسألة عند: خليل: التوضيح، مرجع سابق، ج7، ص22، القرافي: الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م، ج7، ص196.

[2]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج7، ص424.

[3]. ينظر هذه الشروط: التسولي: البهجة بشرح التحفة، مرجع سابق،ج2، ص151؟، الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م12/ 6.

قال السجلماسي: "قد جرى العمل في هذه الأزمنة المتأخرة في مدينة فاس بأشياء مخالفة للمنصوص في هذا البيع المسمى ببيع الصفقة"[1].

أي أن مقتضى نصوص المذهب عدم جواز بيع الصفقة، لمخالفته للشروط السابقة، ورغم ذلك فقد جرى العمل بجوازه، وقوله"لم يول لضابط أو ربقة" أي ليس له حد يضبط مفهومه فيحتكم إليه.

ولذلك قال عبد الواحد الونشريسي:

وبيع الصفقة بالغرب اشتهر..... بين قضاته ببدو وحضر

ولم يرد نص به عمن مضى..... وظاهر المذهب منعه اقتضى.

وفي الشرح: فقوله"لم يرد نص به" أي: لم يرد النص بحكم بيع الصفقة على الوجه الذي جرى به العمل، لأن نصوص المذهب تقتضي منعه على الوجوه المذكورة، ولم يرد نفي النص فيه رأسا لوجوده في المدونة وغيرها، ولم يسموه بهذا الاسم الذي هو بيع الصفقة الذي جرى به العمل عندنا، لما خولف فيه المشهور، كوقوعه بلا حاكم[2].

وعدم الرفع إلى الحاكم هو الذي تظهر فيه المخالفة للمنصوص، لا في بيع الصفقة مطلقا، بل قد جرى العمل بجوازه حتى فيما يقبل القسمة، وهذا أيضا مخالف لنصوص المذهب، حيث قال في العمل الفاسي: في قابل القسم وما لم يقبل.....لا تشترط إلا اتحاد المدخل.

أي أن العمل جار بإلغاء كل الشروط إلا شرطا واحدا وهو إتحاد مدخل المبيع بين الشركاء ببيع أو إرث.

الفرع الرابع: موجب العمل ببيع الصفقة.

[1] السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م7/21.

[2]. نفسه م7/21، 8.

ولعل الموجب لجريان العمل بذلك هو **رعاية مصلحة الشركاء، ورفع الضرر** المترتب عن البائع حال الشركة، كما لا تخفى الأضرار المترتبة على النقص في حصة البائع إذا بيعت مفردة، وذكر عبد القادر الفاسي[1] أن بيع الصفقة مبني على قاعدة"لا ضرر ولا ضرار"، و قال الشيخميارة: وعله استحسان من تأخر..... من القضاة لمصالح ترى.[2]

وقد اختلف شراح العمل الفاسي وشراح التحفة في ثبوت هذا العمل، وهو القول بالجواز من غير شرط، كما لم يذكر ما يدل على ثبوت هذا العمل وصدوره من القضاة والمفتين المؤهلين، وما دام كذلك فلا يصح.

المطلب الثالث: تضمين الرعاة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الضمان في اللغة : مشتق من الضَمّ ، أو من التضمن، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ، أو من الضمن، لأن ذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون ، لأنه زيادة وثيقة.[3]

أما في اصطلاح المالكية:" فالضمان التزام مكلف غير سفيه دَيْنًا على غيره "[4] .

والراعي: هو الذي يدفع إليه الناس دوابهم ومواشيهم ليرعى بها. وهو إما مشترك أو خاص.

. فالراعي المشترك هو من صفته رعي غنم الناس، فكل من أتاه بغنمه يرعاها ولا يردها عليه.

---

[1]. **عبد القادر الفاسي**: أبو محمد عبد القادر المعروف بابن عبد الرحمان الفاسي، أخذ عن محمد بن عبد الرحمان والداودي، وأجازه المرنيسي، وأخذ عنه جعفر بن إدريس الكتاني ، له حاشية على قلائد العقبان لابن خاقان، ت1296هـ.(مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1، 405)

[2]. العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، مرجع سابق، ص302. 303.

[3]. أبو الحسين أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة (ضمن) : الضاد والميم والنون أصل صحيح ، وهو جعل الشيء في شيء يحويه . . . والكفالة تسمى ضمانًا من هذا الوجه " : ج3، ص272 ؛ قال المناوي : " وقول بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم غلط من جهة الاشتقاق ؛ لأن نون الضمان أصلية ، والضم لا نون فيه ، فهما مادتان مختلفتان . التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت،ط1:1410هـ، ص 14 .

[4]. الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ،دار المعارف، مصر، ج 3 ،ص429

. والراعي الخاص: هو ما كان خاصا بجماعة أو عشرة من أهل الحاضرة، أو أحدهم، فلا تختلط غنمهم بغنم الناس[1].

وصورة تضمين الرعاة: أنه قد جرت عادة الناس أن يدفعوا بمواشيهم ودوابهم إلى الرعاة، فإذا ضاع أو تلف منها شيء فالأصل أن لا ضمان على الراعي، سواء كان الراعي خاصا أو مشتركا، لأن الراعي أجير، والأجير أمين، لكنهم قالوا بوجوب تضمين الراعي المشترك سواء تسبب في الضرر أو لم يتسبب فيه، إلحاقا بالصانع، أما الراعي الخاص فلا يضمن، إلا أن يثبت تسببه في الضرر بإهمال أو ضياع.

الفرع الثاني: أقوال المالكية في تضمين الراعي.

اختلف المالكية في تضمين الراعي على قولين:

القول الأول: عدم تضمين الراعي، وهو قول مالك وابن القاسم وابن وهب في المدونة وغيرها، وهو **المشهور**.

جاء في المدونة:" هل كان مالك يرى على الراعي ضمانا، رعاء الإبل أو الغنم أو البقر أو الدواب؟ قال: قال مالك: لا ضمان عليهم، إلا فيما تعدوا أو فرطوا.

قلت وسواء عند مالك إن كان هذا الراعي إنما أخذ من هذا عشرين شاة ومن هذا مائة شاة، فجمع أغنام الناس فكان يرعاها، أو رجل استأجرته على أن يرعى غنمي هذه، أهما سواء في قول مالك؟ قال: قال مالك: هما سواء، لاضمان عليها، إلا فيما تعديا أو فرطا.

قلت: أرأيت إن اشترطوا على الأجير الراعي ضمانا فيما هلك من الغنم؟ قال مالك: الإجارة فاسدة، ويكون له كراء مثله ممن لا ضمان عليه.

قلت: أرأيت الراعي يشترط عليه أرباب الغنم أن ما مات منها أتى الراعي بسمتها و إلا فهو ضامن؟ قال مالك: الإجارة فاسدة ولاضمان عليه، فهذا يشبه مسألتك ، ولا ضمان على الراعي وإن لم يأت بسمته، وله أجرة مثله.

[1]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م33/ 7.

قلت: فهل يكون الراعي مصدقا فيما هلك من الغنم في قول مالك؟ قال نعم"[1].

القول الثاني: تضمي الراعي، وهو اختيار ابن حبيب، نقله عن بعض التابعين، وهو قول شاذ في المذهب.

قال ابن فرحون:"وفي مختصر الواضحة قال عبد الملك حاكيا الخلاف عن ذلك: اختلف أهل العلم في الراعي الذي ورد الحديث بسقوط الضمان عنه، فعن مالك وأصحابه أنه كل راع مشترك كان أو غيره ما لم يتعد أو يفرط، وقال ابن المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي أنه الراعي لرجل خاص، أما المشترك فهو ضامن حتى يأتي بالمخرج، والأخذ بهذا القول أحب إلي، لأنه صار كالصانع"[2].

الفرع الثالث: جريان العمل بتضمين الراعي.

قال في العمل المطلق: والراعي ذو الشركة بين الناس.... ضمنه الضائع أهل فاس.

وكان قبل في الزمان الأول..... ليس على تضمينه من عمل.

قال الشارح: مراده بالعمل عمل فاس، وبالراعي؛ الراعي المشترك، وقد أفتى بتضمينه الشيخان أبو محمد عبد الله العبدوسي، وأبو عبد الله القوري تقليدا لقول ابن حبيب، وعلى فتواهما اعتمد القضاة بفاس"[3].

وفي العمل الفاسي: ضمان راعي غنم الناس رعي.....ألحقه بالصانع الغرم تعي.

والمعنى أنه جرى العمل بفاس بتضمين الراعي المشترك لما تلف أو ضاع عنده إلحاقا بالصانع المجمع على ضمانه لمصنوعه، ... أما الراعي الخاص فلا ضمان عليه، وضمنوه للمصلحة العامة"[4].

الفرع الرابع: موجب العمل بتضمين الرعاة.

---

[1]. سحنون: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3، ص 449. 450. 451.

[2]. ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج2، ص 247.

[3]. السجلماسي: العمل المطلق، مرجع سابق، ص338.

[4]. الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م33/ 6.

وقال أبو علي التادلي:" والقياس والنظر عدم ضمان الراعي المشترك، والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه، وهو الذي نختاره فيه"[1].

وفي أصول الفتيا لابن الحارث: أن الراعي المشترك حكمه كحكم الصانع"، ولفظ ابن الحارث في كتابه المذكور في تعداد الأمناء المصدقين على ما في أيديهم، وقد قال اليزناسي[2] في شرحه على التحفة:" كان زمن ولايتي بمدينة تلمسان كثيرا ما أحكم بتضمين الراعي المشترك عندما تظهر لي مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم، وذلك غالب أحوالهم، وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس، لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان، وأعتمد في ذلك على **المصلحة العامة** التي من أصول مذهب مالك مراعاتها[3].

وقد بالغ الونشريسي في إنكار العمل بتضمين الراعي، وألف في ذلك كتابا سماه:"إضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك"، رد فيه على العبدوسيوالقوري، مستدلا في ذلك بالفرق بين الراعي وبين الصانع، فليست الضرورة في الرعي كالضرورة في الصنع[4]، وهذا يدل على أن العمل بتضمين الراعي المشترك مختلف في ثبوته.

المطلب الرابع: أجرة الدلالة أو أجرة السمسرة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

السّمسرة لغةً : هي التّجارة ؛والسّمسار لفظ أعجميّ ، وكان كثير ممّن يعالج البيع والشّراء فيهم عجماً ، فتلقّوا هذا الاسم عنهم ، « فغيّره رسول الله ρإلى التّجارة الّتي هي من الأسماء العربيّة »[5].

---

[1]. محمد بن عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، جمع علي بن نايف الشحود، ج3، ص370.

[2].**اليزناسي**: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله اليزناسي، قاضي الجماعة بفاس، أخذ عن ابن مرزوق الحفيد، له فتاوى كثيرة نقل منها في المعيار، ت794هـ.(التنبكتي: نيل الابتهاج، ص53.مخلوف: شجرة النور، مرجع سابق، ج1،ص 239)

[3]. نفسه: ج3، ص370. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م46/ 2.

[4]. نفسه: ج1، م46/ 3.

[5]. الفيروزأبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، فصل الياء، ج1، ص526.

والسّمسرة اصطلاحاً : هي التّوسّط بين البائع والمشتري لتسهيل البيع، والسّمسار هو : الّذي يدخل بين البائع والمشتري متوسّطاً لإمضاء البيع ، وهو المسمّى الدّلّال ، لأنّه يدلّ المشتري على السّلع ، ويدلّ البائع على الأثمان[1].

قال الوزاني:"الدلالة في العرف السمسرة، ... وهي أن يعطي الرجل سلعته للسمسار فيصيح عليها، ويشهرها في وقت بيعها المعتاد لها بذلك السوق، مثل ما بين الظهر والعصر أو ما بين العصر للغروب ونحو ذلك، فإن باعها ولو في أول الوقت استحق الأجرة كاملة، وإن لم يبع فلا شيء له"[2].

قال في العمل الفاسي: وركّبت إجارة الدَّلالة....من الإجارة مع الجعالة.

يعني أن أجرة الدلالة مركبة من الإجارة والجعل، فهي إجارة من حيث لزومها بالعقد على قول، وجعل من جهة كونه لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل، وهذا البيت من مشكلات هذا النظم، التي لا يكاد يفهم المراد منها إلا من الناظم[3]. فإذا بيعت السلعة أخذ الأجرة وإن لم تبع لم يستحق شيئا.

الفرع الثاني: حكم أجرة الدلال.

إن أصول مذهب مالك تقتضي منع هذه المعاملة، جاء في المدونة في الرجل يُستأجر لبيع السلعة:" قال سحنون: إذا ضرب لذلك أجلا على أن يبيع نصفها إلى شهر، فلا بأس به، فإن لم يضرب لذلك أجلا فلا خير في ذلك.

قلت: فإذا مضى الأجل ولم يقدر على بيع السلعة؟ فقال: له الأجر كاملا، وكذلك قال مالك.

قلت: ولم لم يجزه مالك إلا أن يضرب لذلك أجلا؟ قال: لأن مالكا كره أن يجتمع البيع والجعل في صفقة واحدة، وكره أيضا أن تجتمع الإجارة والجعل في صفقة واحدة، وإنما جوز مالك الجعل في الشيء القليل إذا كان حاضرا، مثل الثوب أو الثوبين، أما إذا كثر ذلك فلا يصلح فيه إلا إجارة"[4].

---

[1]. قلعجي؛محمد رواس، حامد صادق قنيبي معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، دط، ص250.

[2]. المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، ج1، م6/34.

[3]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م48/ 2.

[4]. سحنون: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج3، ص414. 415.

فظاهر هذا أنه لابد من تحديد الأجل لصحة استئجار الرجل لبيع السلعة، وحينئذ تصبح المعاملة إجارة وليست جعلا، ولو كانت جعلا لما استحق البائع الأجرة حال عدم البيع، وقد نص على كراهية اجتماع الإجارة والجعل في صفقة واحدة، فدل على أن أجرة الدلال في هذه الحالة لا تصح، لأن الدلال لا يأخذ الأجرة حتى يبيع السلعة.

وفي كتاب التدليس بالعيوب من المدونة:" قيل لمالك: أفرأيت ما يستأجر الناس من النخاسين الذين يبيعون لهم الرقيق ويجعلون لهم الجعل على أن يبيعون من ذلك، والذين يبيعون المواريث أيستأجر على الصياح فيوجد من ذلك شيء مسروق أو خرق أو عيب؟ قال: ليس على واحد من هؤلاء ضمان وإنما **هم أجراء أجَّروا أنفسهم وأبدانهم**، وإنما وقعت العهدة على أرباب السلع"[1].

قال ابن بطال:" وحجة من كرهه أنه إجارة في أمد غير محصور، والإجارة مفتقرة إلى أجل معلوم، ...وعن ابن عباس :" نهى النبيρ أن يتلقى الركبان، ولا يبيع حاضر لباد" قلت: يا ابن عباس، ما قوله "لا يبيع حاضر لباد"؟ قال:" لا تكون له سمسارا".[2]

. وقد نقل ابن بطال في باب أجرة السمسرة عن بعض التابعين جواز أجرة السمسار فقال:" ولم ير ابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن بأجرة السمسار بأسا، وقال ابن عباس: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا و كذا فهو لك، وقال ابن سيرين: إذا قال بعه بكذا وكذا، فما كان من ربح فهو لك.

وقال النبي ρ :"المسلمون عند شروطهم"[3].

وحجة من أجازه: أنه إذا سمى له ما على المائة ، فقد عرفت أجرة كل ثوب واستغنى عن الأجل فيه؛ ولأنه عندهم من باب الجعل، وليس على المشترى إذا لم يطلب الشراء شيء من أجر السمسار عند من أجازه، وإنما عليه أجره إذا طلب الشراء أو طلب البيع.

---

[1]. نفسه، ج3، ص 370.

[2]ابن بطال : شرح صحيح البخاري، مرجع سابق ، ج6، ص400. والحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، رقم 2154. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حاضر لباد، رقم، 3900.

[3]. أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، رقم 14822. قال ابن الملقن: حديث مروي من طرق كثيرة أحدها عن أبي هريرة، وفيه كثير بن زيد وفيه مقال، قال أبو زرعة: صدوق فيه لين". البدر المنير في تخرج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، ص552.

وقوله:" لا تكون له سمسارا" يعني: من أجل الضرر الداخل على التجار، لا من أجل أجرته، لأن السمسار أجير، وقد أمر النبي ρ بإعطاء الأجير أجره قبل أن يجف عرقه.[1]

الفرع الثالث: جريان العمل بأجرة الدَّلال.

قال السجلماسي: العمل الشائع عند الناس في هذه الأزمنة في مدينة فاس وغيرها أن يعطي الرجل سلعته للسمسار فيصيح عليها ويشهرها في وقت بيعها المعتاد، فإن باعها فله الأجرة كاملة، إن لم يبعها فليس له شيء"[2]

وفي نوازل الشركة من المعيار؛ أن ابن لب سئل في مسألة فقال:" وإنما يجوز ذلك عن من يستبيح القياس على القراض والمساقاة، حكي هذا الأصل عن ابن سيرين وجماعة، وعليه يتخرج عملالناس اليوم في أجرة الدلال لأنها مجهولة، لكن **ألجأ الناس إلى ذلك قلة الأمانة وكثرة الخيانة،** كما اعتذر مالك بمثل هذا في إباحته تأخير الأجرة في الكراء المضمون في كراء الحج، لأن المكري إذا أخذ كراءه نقداً ربما يَفِرُّ عن الناقد ويتركه، فهذه عنده **ضرورة** إباحة الدين بالدين. ويجب على أصول المالكية أن يستأجر المالك العامل بشيء معلوم وقت قبضه بزمن الفراغ من العمل المتعارف في مدته المعلومة فحسن ليقف على جلاء من حال العمل في تضييع واجتهاد، لكن ربما لا يوجد في هذا الوقت من يستأجر بالأجرة المخالفة للعادة فيضطر إلى ما تقدم، والله المخلِّص"[3].

قال الوزاني: فانظر كيف يتصور تركيب عقد من الجعل والإجارة مع تنافي أحكامهما وشروطهما المستلزمة لتنافي حقيقتهما، ووجود أحد المتنافيين في محل يمنع وجود الآخر، والحاصل

---

[1]. نفسه: ج6، ص 400. 401.والحديث أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، رقم، 2443، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب من منع الأجير أجره، رقم 11439. قال ابن حجر في تلخيص الحبير: فيه عبد الرحمان بن زيد بن أسلم وشرقي بن قطامي وهو ضعيف، ج3، ص143. وقال الزيلعي في نصب الراية: روي هذا الحديث من طرق منها حديث ابن عمر وفيه عبد الرحمان بن زيد بن أسلم وهو معلول، و من حديث أبي هريرة وهو مرفوع، وكذا من حديث أنس، ج4، ص129.

[2]. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، مرجع سابق، ج1، م48/ 2, الوزاني: تحفة أكياس الناس، مرجع سابق، م34/ 6.

[3]. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج8, ص192. 193.

أشكل علي كلام الناظم هنا، وتحيرت في فهمه، إذ لم أجد ما يوافقه من كلام الأئمة، وكل هذه النصوص دالة على فساد عمل الناس في الأسواق"[1].

المطلب الخامس: عدم الرد بالعيب في الدواب بعد الشهر.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الرد بالعيب؛ أو خيار العيب: صورته أن من اشترى مبيعا ووجد به عيبا له الرجوع على البائع سواء كان هذا المبيع من الدواب أم غيرها.

والدواب في عرف الفقهاء هي: ذات الحوافر كالفرس والبغل والحمار، لا ذات الظلف كالإبل والبقر والغنم، وتسمى الأنعام.[2]

وصورة المسألة التي جرى بها العمل: أن من اشترى دابة فوجد بها عيبا بعد شهر من يوم الشراء، فليس له ردها على البائع، حتى ولو أثبت قدم العيب، أما إذا أثبت قيام العيب بالدابة داخل الشهر فله خيار الرد بالعيب.

[1]. الوزاني: المرجع السابق، م34/ 6. 7.

[2]. الجيدي: العرف والعمل، مرجع سابق، ص 463.

والملاحظ في المسألة أنه لابد من تحقق أمرين:

. أن الرد بالعيب خاص بالدواب لا بالأنعام.

. أن يثبت المشتري العيب داخل الشهر من يوم الشراء.

الفرع الثاني: جريان العمل بعدم الرد في الدواب بالعيب بعد الشهر.

قال في العمل الفاسي: وبعد شهر الدواب بالخصوص بالعيب لا ترد فافهم النصوص.

وفي الشرح: يعني أن العمل على أن الدواب لا ترد بعيب بعد الشهر، قال الحافظ القوري:" كان شيخنا عبد الله العبدوسي يفتي في الدواب خاصة أن لا ترد بعيب بعد شهر"[1].

ولعل العبدوسي هو أول من أفتى بعدم الرد بعد شهر في الدواب خاصة، وقد تابعه في هذه الفتوى الحافظ القوري وعلي بن هارون والقاضي المكناسي و عبد القادر الفاسي وغيرهم، وعليه مضى العمل وتلقاه القضاة بالقبول.[2]

وينبغي التنبيه إلى أن العمل بهذه المسألة فيه خلاف بين فقهاء المالكية المتأخرين، فقد أنكره كل من الحسن بن رحال والهلالي، حيث أدرجه ضمن الأعمال التي ينبغي التحذير منها؛ جاء في نور البصر:" ومنها ما جرى به عمل فاس من عدم رد الدابة بالعيب إذا قام به المشتري بعد شهر، ولا نعرف لذلك مستندا إلا فتوى صدرت من عبد الله العبدوسي شيخ القوري، فجعلوها قاعدة مطردة، واستثنى منها معاصر شيوخنا أبو علي الحسن بن رحال، فإنه ترد به الدابة ولو بعد مضي شهر أو أكثر، لأنه لا يظهر إلا بعد طول"[3].

الفرع الثالث: موجب العمل بعدم الرد بالعيب في الدواب بعد شهر.

إن الموجب للعمل في هذه المسألة هو **مراعاة مصلحة العامة**، قال القوري:"ووجه عدم الرد بالعيب في الدواب خاصة بعد شهر . والله أعلم . كون الحيوان في الغالب سريع التغير لا يكاد يبقى

---

[1]. العميري: الأمليات الفاشية، مرجع سابق، لوح 18.

[2]. نفسه: لوح 18.

[3]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 94.

على حالة واحدة، وكون البياطرة جهلة قليلوا الدين، فراعى الشيخ العبدوسي مصلحة العامة ... فكثير من الناس يشترون الدابة ويسخرونها وينهكونها ويقضون بها مصالحهم، حتى إذا انقضت مصلحتهم لطموا بها وجه صاحبها".[1]

ووجه تخصيص المدة بالشهر في الدواب دون الأنعام بهذا الحكم "لكثرة تعاطي النخاسين لشرائها، وشدة احتيالهم فيها دون غيرها من الأنعام، لأنها غير مرادة للخدمة والامتهان كما في الدواب، فقصدوا إلى تقليل التنازع ورفع الشغب عن الحكام باقتصارهم على هذه المذة التي يتبين العيب القديم فيها غالبا، بخلاف الأنعام فإنه يقام بالعيب فيها داخل الشهر وبعده"[2].

وقد انتقد الهلالي موجب العمل بهذه المسألة فقال:" واعتذروا لهذه الفتوى بقلة أمان البياطرة والناس، فقصدوا إلى تقليل الشغب على الحكام، فاقتصروا على المدة التي يظهر فيها غالبا، ولا يخفى ضعف هذا الاعتذار، إذ يلزم مثله في بهيمة الأنعام وفي الرق أكثر، وإنهم حافظوا على حق البائع وأخلوا بحق المشتري، فقد يكون العيب لا يظهر إلا عند الاستعمال أو في السفر خاصة كعدم حمل معتاد... وكيف يقال لا ترد عليه بعد شهر والبياطرة لا يتوقف عليهم في كل عيب، بل كثير من عيوب الدواب لا يتوقف على البياطرة، والصواب هو ركوب جادة المذهب، وترك تلك الفتوى خاصة في النازلة التي وقعت فيها، وإمامة العبدوسي لا تنكر، ولا تقتضي أن يترك المذهب كله، وتلقى نصوص جميع أئمة المذهب لفتوى لم يظهر لها مستند"[3].

[1]. العميري: الأمليات الفاشية، مرجع سابق، لوح18.

[2]. نفسه: لوح18.

[3]. الهلالي: نور البصر، مرجع سابق، لوح 94.

الخاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخاتمة:

بعد استعراضنا لهذه الدراسة المنهجية لموضوع "أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية عند المالكية في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية " من خلال الفصول الثلاثة التي حملها هذا البحث، نخلص في الأخير إلى بيان الخطوط العريضة لهذا الموضوع، وعرض أهم النتائج المتوصل إليها والتي منها:

1/ لابد قبل الخوض في أي دراسة علمية منهجية من ضبط الحدود والمصطلحات الأساسية للبحث، وهذا ما سارت وفقه هذه الدراسة، فتوصلنا إلى أن ما جرى به العمل يرد بعدة صيغ مختلفة منها: ما به الفتوى، ما به القضاء، وعليه العمل...إلخ، كما أن ما جرى به العمل يختلف عن بعض المصطلحات العلمية المشاكلة له ولو أنها قريبة من معناه؛ كالعرف والعادة، وعمل أهل المدينة.

2/ أن مصطلح "ما جرى به العمل" يختلف مفهومه عند فقهاء المالكية المتأخرين عن مفهومه عند المتقدمين، فقد كان يطلق على عدة معاني منها: عمل أهل المدينة، عمل الصحابة، ما اتفق عليه الفقهاء السبعة...، أما عند المتأخرين فإن المراد به:"**اختيار قول ضعيف أو شاذ في القضاء والفتوى من عالم يوثق به، في زمان من الأزمنة، ومكان من الأمكنة لتحقيق مصلحة أو لدرء مفسدة، وقد يكون مسايرة لعرف أو مجاراة لرأي من له الأمر**".

3/ أن أصل ما جرى به العمل هو نوع من أنواع الاجتهاد المذهبي داخل المذهب المالكي، وهو من الخصائص التي انفردت بها المدرسة المالكية المغربية والأندلسية دون غيرها من المدارس الأخرى التي لم تعرف هذا النوع من الاجتهاد، وقد كانت بدايته بالأندلس، ثم انتقل تدريجيا إلى المغرب حتى استقر فيها مع أوائل القرن الثامن الهجري؛ كما تدل على ذلك القرائن.

4/ تعتبر ولاية القضاء و الفتيا من أهم أسباب ذيوع هذا النوع من الاجتهاد، وقد اختلف الباحثون في تفسير ظاهرة اللجوء إلى الأقوال المهجورة في المذهب، بين من يرى أن ذلك من أسباب ضعف الأمة وتدهور حالتها،ومن علامات انحسار الفقه وجموده وضعف فقهاء العصر وقلتهم ،ومن يرى أن ما جرى به العمل من موجبات ازدهار الفقه وبعث روح الحياة فيه.لما له من المحافظة على المرجعية الفقهية المالكية وحرمة المذهب.

5/ ينقسم العمل إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، فينقسم باعتبار العموم والخصوص إلى عمل عام وعمل خاص، أو باعتبار الإطلاق والتقييد إلى عمل مطلق وعمل مقيد، كما ينقسم العمل الخاص أو المقيد إلى أقسام كثيرة باعتبار محله وجهته؛ فيقال: العمل الفاسي، العمل السوسي، العمل التونسي، عمل أهل قرطبة...إلخ، و ينقسم باعتبار مجاله الفقهي إلى ثلاثة أقسام: فمنه ما يجري في المعاملات والأقضية، ومنه ما يجري في العبادات، ومنه ما يجري في مسائل لم تتمحَّض للعبادات أو للمعاملات، كما ينقسم باعتبار موجبه إلى: عمل موجبه الضرورة، وعمل موجبه المصلحة، وعمل موجبه سد الذريعة، وعمل موجبه العرف، وقد ينقسم العمل باعتبار الصحة والفساد إلى: عمل صحيح، وعمل فاسد أو باطل.

6/ ليس كل ما قيل فيه "جرى به العمل" يقبل ويسلم، لاسيما وأن الأمر متعلق بتقديم الضعيف والشاذ على مقابليهما، وما دام الأمر كذلك فلا بد من الاحتياط والتثبت وعدم الاسترسال في الأخذ به، من هنا وضع فقهاء المالكية شروطا معتبرة لا بد من توافرها في المسألة التي جرى العمل بها حتى يصح تقديم الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور.

7/ ما جرى به العمل ليس أصلا استدلاليا نستنبط به الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وإنما هو أصل تنزيلي يستعمله القاضي أو المفتي في تطبيق الأحكام الشرعية على النوازل بعد تحصُّل الأقوال والروايات لديه، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الأصل، فذهب جل متأخري المالكية المغاربة إلى اعتباره، بينما أنكره بعض المالكية لأنهم تصوروا المسألة من باب القياس على عمل أهل المدينة.

8/ أن الفقهاء قد اشترطوا لصحة العمل واعتباره أن يكون للقول الذي جرى به العمل أسس وموجبات شرعية تبرر العمل بذلك القول، كما يجب أن يكون هناك ترابط دائم ومستمر بين تلك الأسس والموجبات وبين ما يجري به العمل، لأن أحكام العمل تتغير بتغير الأسس والموجبات، ومن الموجبات: تغير العرف، أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، أو الضرورة الملجئة.

9/ أن أصل ما جرى به العمل له تطبيقات فقهية واسعة وفي أبواب فقهية مختلفة، ولذلك يعتبر باب الأحوال الشخصية والمعاملات المالية أفضل وأوضح دراسة تطبيقية للعمل، إذ الأصل فيه أن يجري فيما يعقل معناه، ويدرك وجهه على وجه التفصيل، ومبناه على الأعراف والعوائد المتغيرة.

وفي الأخير يمكن الخروج باقتراحات وتوصيات لإعادة النظر فيما جرى به العمل كالتالي:

. هناك أمور جرى بها العمل في نطاق خاص أو عام، لابد مراجعتها من حيث استمرار الموجب وزواله، لأن العمل يدور مع الموجب وجودا وعدما، إذ لاشك أن الزمن الذي جُمِع فيه العمل المطلق أو العمل الفاسي يختلف عن زماننا الآن.

. هناك أمور وقعت ومسائل استجدت اقتضاها التطور العمراني والعلمي، يمكن لنظرية ما جرى به العمل أن تعطي الكثير من الحلول لكثير من هذه المسائل، مما يدعوا إلى فتح باب الاجتهاد الفقهي داخل المذاهب الفقهية لاستثمار الأقوال المهجورة، حتى لا يبقى أصل ما جرى به العمل حبيس مرحلة زمنية ماضية.

وفي الأخير ليس لنا إلا أن نقول ما قاله المزني:" لو عورض كتاب سبعين مرة لوجد فيه الخطأ، أبى الله أن يكون كتاب صحيح على وجه الأرض غير كتابه عز وجل﴿ ذَٰلِكَ ٱلۡكِتَٰبُ لَا رَيۡبَۛ فِيهِۛ ﴾

هذا ما وفقنا الله إليه، فما أصبنا فيه فبفضله وكرمه، وما أخطأنا فبما كسبت أيدينا، فالله نسأل أن يجعلنا من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن ينفع به طلبة العلم والباحثين، وأن يجعله في ميزان حسناتنا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

- فهرس الآيات.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	السورة	الصفحة
01	﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ	البقرة: 173	116
02	﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ	البقرة: 185	104
03	﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ	البقرة: 228	125
04	﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ	البقرة: 233	99
05	﴿ فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ	آل عمران: 195	04
06	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ	المائدة: 03	116
07	﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ	الأنعام : 108	112
08	﴿ وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ	الأعراف: 163	112
09	﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ	الأعراف: 199	99.84
10	﴿ وَأَمَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُۥ جَزَآءً ٱلْحُسْنَىٰ	الكهف: 88	04
11	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	الحج: 78	104
12	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ	الممتحنة: 12	104
13	﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ	الطلاق: 04	125

فهرس الأحاديث والآثار

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
01	إذا لم تصطحبوا ولم تغتبقوا.....	117
02	أعطوا الأجير أجره.....	150
03	حجم رسول الله أبو طيبة.....	83
04	خذي أنت وبنوك مايكفيك.....	83
05	قد أنزل الله فيك	133
06	لولا حداثة قومك بالكفر.....	113
07	ما رآه المسلمون حسن	99
08	المسلمون عند شروطهم.....	150
09	من خبب على امرئ	122
10	نهى النبي أن تقطع الأيدي في الغزو.....	113
11	نهى النبي أن يتلقى الركبان.....	150

فهرس الأعلام

الرقم	اسم العلم	الصفحة
01	ابن أبي زيد القيرواني	136
02	ابن بطال أبو الحسن علي البكري	125
03	ابن بشير	06
04	ابن خويزمنداد أبو بكر	131
05	ابن دقيق العيد	05
06	ابن رشد الجد	05
07	ابن الستاري	35
08	ابن سهل عيسى القرطبي	13
09	ابن عاصم أبو بكر محمد	44
10	ابن عبد البر القرطبي	80
11	ابن عبد الحكم	128

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

12	ابن عبد السلام	05
13	ابن عتاب القرطبي	13
14	ابن العربي الإشبيلي	13
15	ابن عرضون أحمد	53
16	ابن غازي المكناسي	42
17	ابن فرحون برهان الدين	07
18	ابن القاضي أبو العباس أحمد	48
19	ابن لب الأندلسي	13
20	ابن الماجشون عبد الملك	44
21	ابن محرز محمد بن محمد	129
22	ابن المخزومي المغيرة بن عبد الرحمان	44
23	ابن هارون أبو عبد الله الكناني	122
24	ابن هشام أبو الوليد هشام	44
25	ابن هلال	129
26	ابن الهندي أبو عمر احمد	40

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

27	ابن يونس الصقلي	128
28	أبو الحسن الزرويلي	26
29	أبو الفضل راشد	122
30	أبو مهدي السكتاني	85
31	الأبهري	136
32	الأبي أبو عبد الله محمد بن خلف	123
33	الأجهوري أبو الإشاد علي	08
34	أحمد بن ميسرة	123
35	أحمد الرهونيالتطواني	61
36	أحمد الونشريسي	53
37	إسماعيل ابن أبي أويس	30
38	أشهب بن عبد العزيز	45
39	أصبغ بن الفرج	46
40	الباجي أبو الوليد سليمان	02
41	البرزلي أبو القاسم القيرواني	136

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

42	بناني أبو عبد الله محمد	66
43	التاودي أبو عبد الله محمد الفاسي	09
44	التسولي أبو الحسن علي	08
45	التماق أبو عبد الله محمد	53
46	جعيط محمد العزيز	61
47	الحجوي محمد بن الحسن الفاسي	19
48	الحسن بن رحال التادلي	53
49	الحطاب أبو عبد الله محمد المكي	80
50	خليل الجندي	18
51	الدردير أبو البركات أحمد	114
52	الرجراجي علي بن سعيد	131
53	الرماصي مصطفى	08
54	الزقاق علي بن محمد	10
55	الزياتي عبد العزيز بن الحسن الفاسي	118
56	سحنون أبو سعيد عبد السلام	45

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

57	السجلماسي محمد بن القاسم	07
58	السراج أبو زكريا يحي	85
59	السيوري أبو القاسم	135
60	الشاطبي أبو إسحاق	79
61	الشريف التلمساني	92
62	الشريف العلمي	60
63	الطاهر بن عاشور	47
64	الطرطوشي أبو بكر	86
65	عبد الرحمان بن القاسم	06
66	عبد الرحمان الفاسي	18
67	عبد القادر الفاسي	144
68	عبد الله العبدوسي	81
69	عبد الملك بن حبيب	41
70	عبد الواحد الونشريسي	123
71	عبد الوهاب البغدادي	110

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

72	عياض أبو الفضل	30
73	عيسى بن دينار	45
74	الفشتالي	139
75	القادري محمد بن قاسم	23
76	القاضي الحميدي	85
77	القاضي المكناسي	44
78	القرافي شهاب الدين	14
79	القوري أبو فارس عبد العزيز	85
80	اللخمي القيرواني	13
81	المازري أبو عبد الله التميمي	77
82	المتيطي أبو الحسن علي	92
83	المحاصي خلف الله	27
84	محمد بن سحنون	136
85	محمد بن سعيد بن الملون	42
86	محمد بن عرفة الورغمي	02

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

87	محمد العربي الفاسي	48
88	محمد الفاظل بن عاشور	39
89	محمد ابن لبابة	40
90	المسناوي أبو عبد الله محمد	66
91	مطرف أبو مصعب	128
92	المقري االحفيد	92
93	المقري الجد	35
94	منذر بن سعيد البلوطي	04
95	المهدي الوراني	09
96	المواق أبو عبد الله العبدوسي	108
97	ميارة عبد الله بن محمد	15
98	الهلالي أبو العباس السجلماسي	27
99	الولاتي محمد بن يحي	51
100	يحي بن يحي اليشي	41
101	اليزناسي أبو إسحاق إبراهيم	147

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم: رواية حفص عن عاصم.

/كتب التفسير/

- ابن عبد البر القرطبي:**الجامع لأحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن العربي: أبو بكر بن عبد الله،**أحكام القرآن**، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

/كتب الحديث/

- ابن بطال؛ أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: **شرح صحيح البخاري**، ضبط أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، دط، دت
- ابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار السلام، الرياض، دار الفيحاء، دمشق، ط3: 1421هـ/2000م.
- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي،**عون المعبود شرح سنن أبي داوود**، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق عبد الرحمان عثمان،مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط3: 1407هـ
- أبو العلاء محمد بن عبد الرحيم المبارك فوري ، **تحفة الأحوذيبشرح جامع الترمذي**، ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1410هـ
- أحمد بن حنبل :**المسند**، دط، مؤسسة قرطبة، مصر،
- محمد عجاج الخطيب: **أصول الحديث** مطبعة دار الفكر،دط:1971م.
- مالك بن انس الموطأ ، رواية يحي بن يحي بن كثير الليثي.

- النسائي: أحمد بن شعيب بن علي، **سنن النسائي**، مطبوع مع شرح الحافظ السيوطي، المطبعة المصرية بالأزهر، المكتبة التجارية، مصر، ط1: 1348هـ.

/كتب المعاجم/

- ابن فارس، أبو الحسين أحمد فارس بن زكرياء: **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، دط.
- ابن منظور: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري: **لسان العرب**، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1426هـ/ 2005م.
- الرازي: محمد لن أبي بكر، **مختار الصحاح**، دار الكتب العلمية، بيروت، دط: 1401هـ/ 1981م
- عبد الباقي، محمد فؤاد: **المعجم المفهرس لألفاظ القرءان الكريم**، دار الفكر، ط2: 1041هـ/1981م.
- عبد الرزاق الحسني: **تاج العروس**، مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط.
- الفيروز أبادي**القاموس المحيط والقابوس الوسيط**، دار الكتاب العربي، دط.

/كتب الفقه والأصول/

- ابن حزم، أبو محمد علي: **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الجيل، بيروت . لبنان . ط1: 1407 هـ/ 1987م.
- ابنرشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المعرفة، ط6: 1402هـ/ 1982م.

- ابن عابدين، محمد أمين أفندي: **مجموعة رسائل ابن عابدين**، عالم الكتاب، دط، دت.
- ابن عاشور: محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، دار الشركة التونسية، دط: 1978م.
- ابن عبد البر؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي: **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2: 1413هـ/1992م
- ابن فرحون: تبصرة **الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1: 1416هـ/ 1995م.
- ابن القيم: **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، راجعة طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، دط.
- أبو الشتاء الصنهاجي: **منهاج الناشئين من القضاة والحكام**، ط1: 1348هـ، فاس، المملكة المغربية.
- الأُبِّي، صالح عبد السميع الأزهري: **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل**.
- أحمد بن تيمية: **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف ،الرباط، المغرب، دط، دت.
- بابا الشيخ الشنقيطي: **إرشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين**، تحقيق الطيب بن عمر بن الحسني، دار ابن حزم ط1: 1418هـ/1997م.
- . الباحسين: يعقوب بن عبد الوهاب، **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425هـ/2004م
- الباجي، أبو الوليد سليمان: **أحكام الفصول في أحكام الأصول**، تحقيق محمد البجوري، الرسالة، بيروت، ط1: 1409هـ/1989م.
- بوساق، محمد المدني، **المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/2000م.
- البوطي: محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، الدار المتحدة،مكتبة رحاب الجزائر، ومؤسسة الرسالة، بيروت،دط

- التاودي، أبو عبد الله محمد بن محمد: **حلى المعاصم لفكر ابن عاصم شرح تحفة الحكام**، مطبوع مع البهجة في شرح التحفة للتسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/ 1998م
- التوزري، عثمان بن المكي: **توضيح الأحكام على تحفة الحكام**، المطبعة التونسية، ط1: 1339م
- الحطاب: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي: **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن يوسف، **البرهان في أصول الفقه**، تحقيق عبد العظيم الذيب، دار الوفاءط3: 1412هـ/1992م
- الخادمي: نور الدين، **المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1420هـ/ 2000م.
- خليل ،أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي: **المختصر الفقهي**، تحقيق أحمد جاد، دار البصائر، الجزائر، ط 1: 1426هـ/ 2005م.
- وله: **التوضيح في شرح المختصر الفرعي**، ضبط أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه، مصر، ط1: 1429هـ/2008م
- . الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد ، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، دار المعارف، مصر.
- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية
- الشعلان، عبد الرحمان بن عبد الله: **أصول فقه الإمام مالك أدلته النقلية**، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط1: 1424هـ/ 2003م.
- ديب البغا: **أثر الأدلة المختلف فيها**، دار الإمام البخاري، دمشق، دط.
- الرجراجي: عي بن سعيد: **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، اعتناء أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، دار ابن حزم، ط1: 1428هـ/2007م.

- سحنون بن سعيد التنوخي: **المدونة الكبرى**، دار الكتب العلمية، ط1: 1415هـ/1994م.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، **الموافقات في أصول الشريعة** الإسلامية،تحقيق عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط2: 1395هـ/1975م.
- طبعة أخرى: تحقيق عبد الله دراز، دار الفكر العربي، بيروت، ط2: 1395هـ/1975م
- وله: **الاعتصام**، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، الجزائر، دط: 1418هـ/ 1997م.
- الشنقيطي: سيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي: **نشر البنود على مراقي السعود**، دط، دت.
- الشنقيطي: محمد الأمين، **مذكرة في أصول الفقه على روضة الناظر**، دار السلفية، الجزائر، دط.
- . الشوكاني: محمد بن علي بن محمد، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق أبي مصعب سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2: 1413هـ/1993م
- الطالب حمدون بن الحاج: **حاشية الطالب حمدون بن الحاج على ميارة** ، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب ط1: 1418هـ/1998م.
- عبد الباقي الزرقاني: **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، دار الفكر، دط، دت.
- القاضي عبد الوهاب البغدادي: **الإشراف على مسائل الخلاف**، اعتناء أبو عبيدة مشهور آل سليمان، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، مصر، ط1: 2008م/1429هـ
- علي الزقاق: **لامية الزقاق**، ط1: 1346هـ، تطوان
- عليش، محمد: **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، وبهامشه تسهيل منح جليل، دار صادر.
- طبعة أخرى: مكتبة الرحاب، طرابلس، ليبيا، ج4، ص 141،
- الغزالي، أبو حامد، **المستصفى**، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، دط،

- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس: **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب،دط:1387هـ/1983م.
- وله: **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، بيروت، ط1: 1973م
- وله:**الفروق**، وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت.
- **وله: الذخيرة**، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م
- محمد البناني : **حاشية البناني على الزرقاني**، بهامش شح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط: 1398هـ/1978م.
- محمد بن عليش: **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك**، جمع علي بن نايف الشحود، دط.
- محمد بن يوسف الكافي: **إحكام الأحكام على تحفة الحكام**، دار الفكر، ط3: 1401هـ/ 1981م.
- محمد رياض: **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، ط1: 1416هـ/1996م.
- محمد الزحيلي: **النظريات الفقهية**، دار القلم، دمشق، ط1: 1414هـ
- مصطفى أحمد الزرقاء: **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر، دمشق، ط9: 1968م.
- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد: **القواعد**، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث، مكة المكرمة، دط:دت.
- المهدي الوزاني: **حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق**
- ميارة الفاسي: **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام** ، صححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420هـ/2000م.
- المواق: **سنن المهتدين**، طبعة حجرية، دت.
- نور سيف، أحمد محمد: **عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين**، دار البحوث للدراسات وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/ 2000م
- الهلالي: **نور البصر**، طبعة حجرية، جامعة الملك سعود، مكة المكرمة.

- الونشريسي: **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، تحقيق الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2006م/1427هـ.
- وهبة الزحيلي: **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، بيروت، ط2: 1418هـ/1998م.
- وله: **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط2: 1405هـ/1985م.
- وله: **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: 1997م/ 1418هـ،

/كتب العمل والنوازل/

- ابن هلال، إبراهيم: الدر **النثير على أجوبة أي الحسن الصغير**، طبعة حجرية
- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف: **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام**، تحقيق أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م/ 1422هـ.
- طبعة أخرى: تحقيق الباتول بن علي، وزارة الأوقاف المغربية، دط: 1410هـ/ 1990م.
- جعيط: محمد العزيز، **الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية**، مكتبة الاستقامة، ومطبعة الإرادة، تونس، ط2:دت
- السجلماسي، أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد أو العمليات العامة، مطبعة الدولة التونسية، ط1: 1290هـ
- وله: **شرح العمل الفاسي**، طبعة حجرية.
- العسري، عبد السلام: **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي**، وزارة الأوقاف المغربية، 1417هـ/ 1996م.
- العلميأبو الحسن علي بن الشيخ الحسني: **كتاب النوازل**، تحقيق المجلس العلمي، المغرب، دط: 1989م/ 1409هـ.
- عمر بنعبد الكريمالجيدي: **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب**، مطبعة فضالة، المغرب، دط: 1982م.
- العميري: **الأمليات الفاشيةبشرح العمليات الفاسية**، نسخة حجرية.

- عياض أبو الفضل: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م.
- القادري، أبو عبد الله محمد ابن القاسم الحسبي الفاسي: **رفع العتاب والملام عمن قال"العمل بالضعيف اختيار حرام"**, تحقيق المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1: 1406هـ/ 1985م.
- الوزاني، أبو عيسى سيدي المهدي بن محمد العمراني: **تحفة أكاس الناس بشرح عمليات** فاس، طبعة حجرية.
- وله: **النوازل الجديدة الكبرى أو المعيار الجديد**،دار الحديث، المغرب، دط:1417هـ /1996م.
- الونشريسي، أحمد بن يحي: **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط: 1401هـ/ 1981م.

/كتب التراجم/

- ابن بشكوال،أبو القاسم، **الصلة** ، اعتناء عزت العطر الحسني، مكتبة الخانجي، القاهرة،ط1: 1374هـ/ 1955م.
- ابن حجر، شهاب الدين ،**الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**،اعتناء عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
- ابن فرحون:برهان الدين إبراهيم بن علي،**الديباجالمذهب في معرفة أعيان علماء**المذهب،مطبعة السعادة، مصر، دط:1329هـ .
- التنبكتي؛ أحمد بابا: **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، مطبعة السعادة، مصر، ط1 :1329هـ.
- الحجوي: محمد بن الحسن، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، اعتناء أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416هـ/1995م.
- الذهبي أبو عبد الله شمس الدين محمد، **تذكرة الحفاظ**، دط، دار الكتب العلمية، بيروت.

- الزركلي، خير الدين، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين**، دار العلم لملايين، بيروت، ط1: 1980م .
- عبد الحي بن عبد الكبير الكتابي، **فهرس الفهارس والأثبات**، إعتناء إحسان عباس، دار الغرب الاسلامي، بيروت، دط 1406هـ/ 1986م.
- عمر رضا كحالة ،**معجم المؤلفين**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1413هـ/1993م.
- عياض: أبو الفضل عياض بن موسى، اليحصبي، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، تحقيق أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت، دط.
- طبعة أخرى، تحقيق عبد القادر صحراوى،مطبعة فضالة ، المحمدية ، الغرب، 1982،
- لسان الدين بن الخطيب، **الإحاطة في أخبار غرناطة لابن الخطيب**، تحقيق عبد الله عنان، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2: 1980م،
- محمد بن محمد مخلوف:**شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، دار الفكر، بيروت،دت.
- طبعة أخرى: المطبعة السلفية، القاهرة، دط: 1324هـ
- المقري، أحمد التلمساني: **نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب**، تحقيق إحسان عباس، دار صادر بيروت، دط: 1408هـ/ 1988م.

.

/كتب المصطلحات الفقهية والأصولية/

- ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي: **كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب**، تحقيق حمزة أبوفارس و عبد السلام شريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م.
- الجرجاني، علي بن محمد:**التعريفات**، ضبط محمد بن عبد الحكيم، دار الكتاب المصري، القاهرة،ط1: 1411هـ/ 1991م.
- الرّصّاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري: **شرح حدود ابن عرفة** أو الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1993م
- الزيلعي إبراهيم عمر: المدخل **الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية**، دط، دت.

- الغلاوي، محمد بن عمر النابغة: **البوطليحية**أو نظم المعتمد من الكتب والفتوى على المذهبالمالكي، تحقيق يحي بن البراء، المكتبة الملكية مؤسسة الريان، مكة المكرمة، ط2: 1425هـ/ 2004م.
- . قلعجي؛محمد رواس، حامد صادق قنيبي:**معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، دط.
- مريم محمد صالح الظفيري: **مصطلحات المذاهب الفقهية**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م.
- المناوي: **التوقيف على مهمات التعريف**، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت،ط1: 1410هـ.

/كتب عامة/

- ابن بيه، عبد الله بن الشيخ المحفوظ: **صناعة الفتوى وفقه الأقليات**، دار المنهاج،بيروت، ط1: 1425هـ/ 2007م.
- ابن عاشور، محمد الفاضل: **محاضرات مغربيات**، جمع عبد الكريم محمد،الدار التونسية، تونس، دط:1394هـ/1974م
- وله: **ومضات فكر**، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981م،
- ابن العربي، أبو بكر:**العواصم من القواصم**، تحقيق عمار طالبي، دار التراث، القاهرة، ط1417:1هـ/1997م،
- أبو زهرة: مالك **بن أنس حياته وعصره وآراؤه الفقهية**، دار الفكر العربي، بيروت، دط.
- الراشدي، محمد كمال الدين أحمد: **المصباح في رسم المفتي ومناهج الإفتاء**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1: 2005م/ 1425هـ.
- عباسي نور الدين: الاجتهاد **الاستصلاحي مفهومه حجيته مجاله ضوابطه**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1428هـ/2007م،
- عباس المصراف، جورج خربون: **المدخل إلى علم القانون**، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2: 1991م .

- . عبد العزيز بن الخليفي: **الإختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته وأسبابه**، الرباط، ط1: 1414هـ/ 1993م، ص 186.
- عبد العزيز بن عبد الله،**معلمة الفقه المالكي**، دار الغرب الإسلامي ط1: 1403هـ/ 1983م.
- علال الفاسي: **مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي** ،مراجعة عبد الرحمان الحريشي، مؤسسة علال الفاسي ، دط: 1985م.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي: **مباحث في المذهب المالكي**، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، ط1: 1993م.
- المامي محمد المختار محمد: **المذهب المالكي مدارسه مؤلفاته خصائصه سماته**، مركز زايد للتراث والتاريخ،ط1: 1422هـ/ 2002م.
- محمد إبراهيم علي: **إصطلاح المذهب عند المالكية**، دار البحوث الإسلامية و إحياء التراث، دبي . الإمارات . ط1421:1هـ/2000م.
- الهروس، مصطفى: **المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة** وخصائص، المملكة المغربية،دط: 1418هـ/1997.

/المجلات/

- الريسوني، قطب: ما جرى به العمل نظرية في الميزان، **مجلة العدل**، عدد 43، رجب 1430هـ،
- عبد الله كنون: قاعدة العمل حجة في مذهب مالك، **مجلة العربي الكويتية**، عدد 152، سنة 1971م
- كمال بلحركة: **ندوة العمل السوسي**، تاريخه وقضاياه، جامعة القرويين، المملكة المغربية، 1427هـ/ 2006م
- **المجلة القضائية**: تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات

المقدمة.....أ . ط

الفصل تمهيدي: تعريف ما جرى به العمل و المصطلحات المشاكلة له وتاريخ نشأته وتطوره.....02

. المبحث الأول:تعريف ما جرى به العمل وصيغ وروده وإطلاقاته.....04

المطلب الأول:تعريف ما جرى به العمل 04

الفرع الأول: ما جرى به العمل في اللغة.....04

الفرع الثاني: تعريف العمل عند المالكية المتقدمين.....05

الفرع الثالث: تعريف العمل عند المالكية المتأخرين.....06

المطلب الثاني: صيغ ورود ما جرى به العمل وإطلاقاته.....17

الفرع الأول: صيغ ورود ما جرى به العمل.....17

الفرع الثاني: إطلاقات ما جرى به العمل.....18

المبحث الثاني: تعريف المصطلحات المشاكلة.....20

المطلب الأول: الماجريات والعمليات.....20

الفرع الأول: الماجريات.....20

الفرع الثاني: العمليات.....20

المطلب الثاني: العرف والعادة.....21

الفرع الأول: تعريف العرف والعادة.....21

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل والعرف أو العادة.....22

المطلب الثالث: ما به القضاء.....24

الفرع الأول: تعريف القضاء.....24

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل وما به القضاء.....25

المطلب الرابع: ما به الفتوى.....27

الفرع الأول: ما به الفتوى عند المالكية.....27

الفرع الثاني: الفرق بين ما جرى به العمل وما به الفتوى..... 29

المطلب الخامس: عمل أهل المدينة.....30

الفرع الأول: عمل أهل المدينة عند المالكية.....30

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفرع الثاني: علاقة عمل أهل المدينة بما جرى به العمل.....34

المبحث الثالث: نشأة ما جرى به العمل وتطوره.....38

. المطلب الأول: نشأة العمل بالأندلس.....39

. المطلب الثاني: تطور العمل بالمغرب.....46

. المطلب الثالث: أسباب ظهور العمل وتطوره.....48

. المطلب الرابع:مصادر ما جرى به العمل.....52

الفصل الأول:

ما جرى به العمل: أقسامه، شروطه، موجباته، ومدى اعتباره.....55

المبحث الأول: ما جرى به العمل ؛ أقسامه وشروطه.....56

المطلب الأول: أقسام ما جرى به العمل.....56

. الفرع الأول: أقسام العمل باعتبار عمومه وخصوصه، أو باعتبار محله.....56

. الفرع الثاني : أقسام العمل باعتبار القول الذي جرى به العمل.....62

. الفرع الثالث: أقسام العمل باعتبار مجاله.....64

المطلب الثاني: شروط ما جرى به العمل.....65

. الفرع الأول: ثبوت ما جرى به العمل.....68

. الفرع الثاني: معرفة محل جريانه . عاما أو خاصا . من البلدان.....69

. الفرع الثالث: معرفة زمان ما جرى به العمل.....70

. الفرع الرابع: صدوره عن الأئمة المقتدى بهم واستمرار الحكم به.....71

. الفرع الخامس: معرفة موجبه.....75

. الفرع السادس: إندراجه تحت أصل شرعي.....75

المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء في الأخذ بما جرى به العمل.....77

المطلب الأول: تحرير محل النزاع.....77

المطلب الثاني: مذهب المثبتين لما جرى به العمل.....80

المطلب الثالث: مذهب المنكرين لأصل ما جرى به العمل.....86

المطلب الرابع: مناقشة وترجيح.....90

. الفرع الأول: مناقشة أدلة الثبتين لما جرى به العمل.....90

. الفرع الثاني: مناقشة أدلة المنكرين لأصل ما جرى به العمل.....91

. الفرع الثالث: الترجيح.....93

المبحث الثالث: أسس وموجبات ما جرى به العمل.....96

المطلب الأول: العرف.....97

. الفرع الأول: أقسام العرف.....97

. الفرع الثاني: حجية العرف في المذهب المالكي.....98

. الفرع الثالث: إيجاب العرف للعمل.....101

المطلب الثاني: المصلحة.....102

. الفرع الأول: المصلحة؛ تعريفها أنواعها مراتبها.....102

. الفرع الثاني: حجية المصلحة المرسلة في المذهب المالكي.....105

. الفرع الثالث: إيجاب المصلحة المرسلة لما جرى به العمل.....107

المطلب الثالث: سد الذرائع.....109

. الفرع الأول: تعريف الذرائع وأقسامها.....109

. الفرع الثاني: حجية سد الذرائع في المذهب المالكي.....111

. الفرع الثالث: إيجاب سد الذرائعلما جرى به العمل.....113

المطلب الرابع: الضرورة.....114

. الفرع الأول: تعريف الضرورة.....114

. الفرع الثاني: مراعاة الضرورة عند المالكية.....115

. الفرع الثالث: جواز العمل بالضعيف والشاذ للضرورة.....117

الفصل الثاني:

أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية.....120

المبحث الأول: أثر ما جرى به العمل في الأحوال الشخصية.....121

المطلب الأول: تأبيد التحريم للمخلِّق و الهارب.....121

. الفرع الأول: صورة المسألة.....121

. الفرع الثاني: حكم المخلق والهارب بالمرأة.....122

. الفرع الثالث: جريان العمل بتأبيد التحريم.....123

. الفرع الرابع: موجب جريان العمل بتأبيد التحريم.....124

المطلب الثاني: الاعتداد بالأشهر بدل الأقراء.....124

. الفرع الأول: صورة المسألة.....124

. الفرع الثاني: عدة المطلقة ذات الأقراء عند المالكية.....125

. الفرع الثالث: جريان العمل بالاعتداد بالأشهر بدل الأقراء.....126

. الفرع الرابع: موجب العمل 126

المطلب الثالث: الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع.....127

. الفرع الأول: صورة المسألة.....127

. الفرع الثاني: حكم نفقة الولد بعد الرضاع.....127

. الفرع الثالث: جريان العمل بلزوم نفقة المرأة المختلعة على ولدها بعد مدة الرضاع.....129

المطلب الرابع: الحلف بالحرام.....130

. الفرع الأول: صورة المسألة.....130

. الفرع الثاني: أقوال المالكية في الحلف بالحرام.....130

. الفرع الثالث: جريان العمل بطلقة بائنة في الحلف بالحرام.....131

المطلب الخامس: ترك اللعان.....132

. الفرع الأول: صورة المسألة.....132

. الفرع الثاني: حكم اللعان عند المالكية.....132

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

. الفرع الثالث: جريان العمل بترك اللعان.....134

المبحث الثاني: أثر ما جرى به العمل في المعاملات المالية.....135

المطلب الأول: مسألة بيع المضغوط.....135

. الفرع الأول: صورة المسألة.....135

. الفرع الثاني: أقوال المالكية في حكم بيع المضغوط.....137

. الفرع الثالث: جريان العمل بلزوم بيع المضغوط.....138

. الفرع الرابع: موجب جريان العمل بلزوم بيع المضغوط.....139

المطلب الثاني: بيع الصفقة.....140

. الفرع الأول: صورة المسألة.....140

. الفرع الثاني: حكم بيع الصفقة عند المالكية.....141

. الفرع الثالث: جريان العمل ببيع الصفقة.....142

. الفرع الرابع: موجب جريان العمل ببيع الصفقة.....144

المطلب الثالث: تضمين الرعاة.....144

. الفرع الأول: صورة المسألة.....144

. الفرع الثاني: أقوال المالكية في تضمين الراعي.....145

. الفرع الثالث: جريان العمل بتضمين الراعي.....146

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

. الفرع الرابع: موجب جريان العمل بتضمين الراعي.....147

المطلب الرابع: أجرة الدلالة أو أجرة السمسرة.....148

. الفرع الأول: صورة المسألة.....148

. الفرع الثاني: حكم أجرة الدلال.....149

. الفرع الثالث: جريان العمل بأجرة الدَّلال.....150

المطلب الخامس: عدم الرد بالعيب في الدواب.....152

. الفرع الأول: صورة المسألة.....152

. الفرع الثاني: جريان العمل بعدم الرد بالعيب في الدواب بعد الشهر.....152

. الفرع الثالث: موجب العمل بعدم الرد بالعيب في الدواب.....153

الخاتمة.....156

الفهرس العام.....159

فهرس الآيات.....160

فهرس الأحاديث والآثار.....161

فهرس الأعلام.....162

فهرس المصادر والمراجع.....169

فهرس الموضوعات.....180

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية