الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامعة أحمد دراية ادرار – الجزائر

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

ما جرى به العمل عند المالكية دراسة تأصيلية تطبيقية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الماستر في الفقه وأصوله

إعداد الطالبة:

تويريك فاطمة

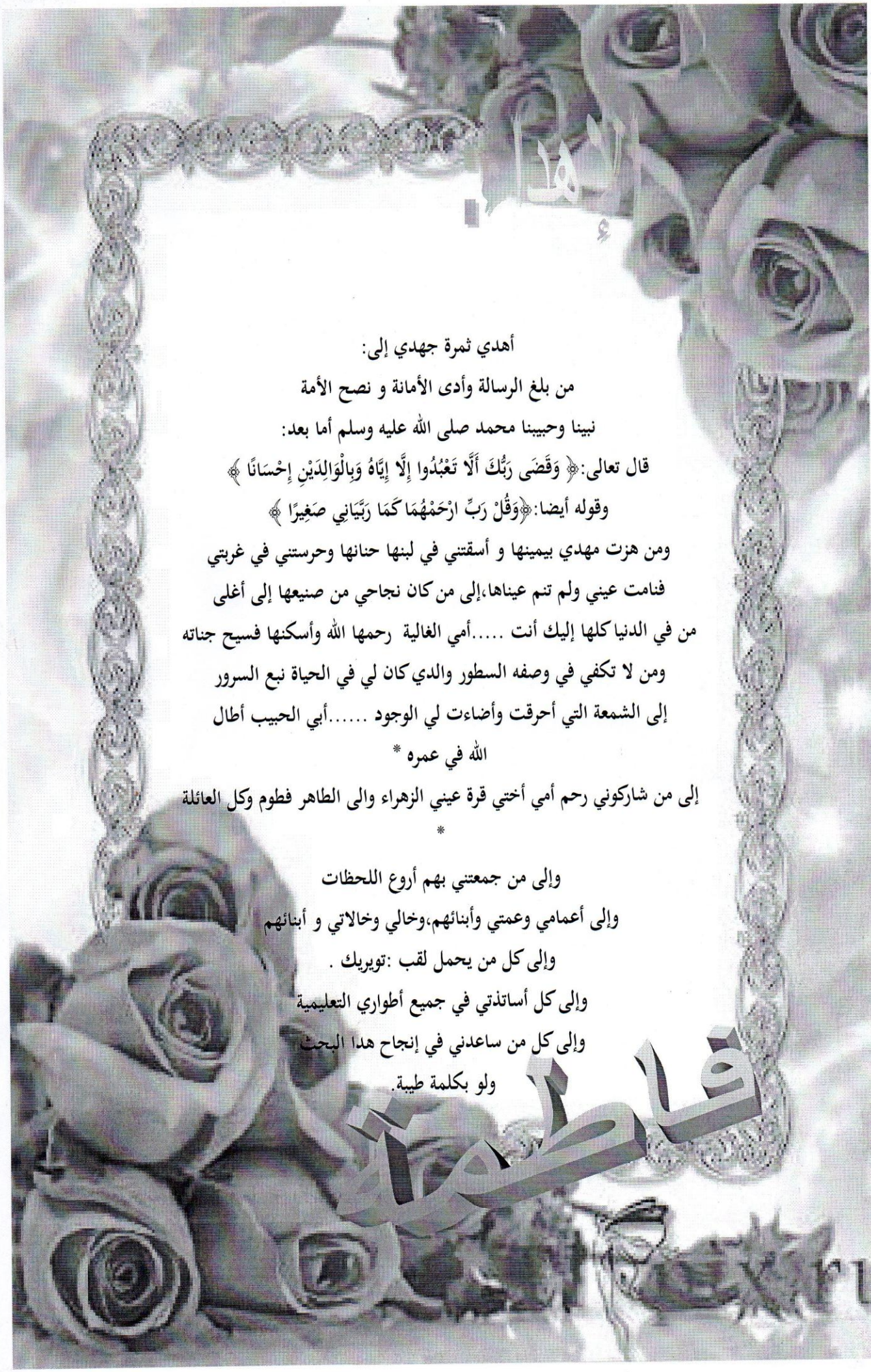
تحت إشراف الاستاذ:

الدكتور: عاشور بوقلقولة

	الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
01	خالد ملاوي	محاضر أ	رئيساً
02	عاشور بوقلقولة	أستاذ	مشرفاً ومقرراً
03	جرادي محمد	محاضر أ	عضواً مناقشاً

الموسم الجامعي: 1435/1436هـ_ 2014/ 2015م

بسم الله الرحمن الرحيم



أهدي ثمرة جهدي إلى:

من بلغ الرسالة وأدى الأمانة و نصح الأمة

نبينا وحبيبنا محمد صلى الله عليه وسلم أما بعد:

قال تعالى:﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾

وقوله أيضا:﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾

ومن هزت مهدي بيمينها و أسقتني في لبنها حنانها وحرستني في غربتي

فنامت عيني ولم تنم عيناها،إلى من كان نجاحي من صنيعها إلى أغلى

من في الدنيا كلها إليك أنت .....أمي الغالية رحمها الله وأسكنها فسيح جناته

ومن لا تكفي في وصفه السطور والدي كان لي في الحياة نبع السرور

إلى الشمعة التي أحرقت وأضاءت لي الوجود .....أبي الحبيب أطال

الله في عمره *

إلى من شاركوني رحم أمي أختي قرة عيني الزهراء والى الطاهر فطوم وكل العائلة

*

وإلى من جمعتني بهم أروع اللحظات

وإلى أعمامي وعمتي وأبنائهم،وخالي وخالاتي و أبنائهم

وإلى كل من يحمل لقب :تويريك .

وإلى كل أساتذتي في جميع أطواري التعليمية

وإلى كل من ساعدني في إنجاح هدا البحث

ولو بكلمة طيبة.

فاطمة

شكر وعرفان:

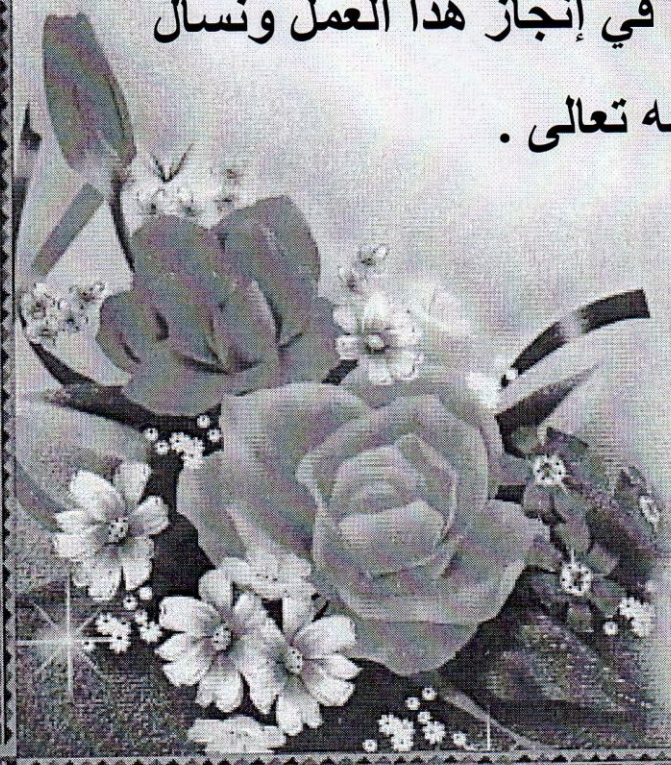
مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم :

(من لا يشكر الناس لا يشكر الله).

فالحمد لله والشكر لله حتى يرضى وله الحمد بعد الرضى والشكر لله رافع الدرجات والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف: "*عاشور بقلقولة*" على رعايته لهدا البحث كما نتقدم بجزيل الشكر لجميع الأساتذة

والى كل من كان لنا عونا في إنجاز هدا العمل ونسأل الله أن يكون خالصا لوجهه تعالى .



فاطمة توبريك

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله، سيدنا محمد الناطق بلسان الكمال، وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فلقد جعل الله شريعته خاتمة لكل الرسالات السماوية، وصالحة لكل زمان ومكان، بما استوعبته من كليات شرعية تؤسس للفهم البشري لكل القضايا، والتغيرات المستجدة في حياتهم، ولما أحدثته البشرية عبر القرون المختلفة، والأماكن المتباينة، والظروف المتنوعة، والأعراف المتجددة من حوادث مستجدة.

تبعا لهذه الصلاحية ، استطاع الفقه الإسلامي أن يحمل راية هذا الاجتهاد، وفق ضوابط وشروط حددها أهل العلم، واستطاع – بفضل المولى جل وعلا – أن يلامس أحوال المكلفين، ويجد لها الحلول الناجعة، و لم يتأخر عن حل مشكلاتهم، مهما دقّت النوازل أو جلّت .

ولقد قيّض الله لهذا العمل رجالاً فقهاء حملوا ميراث النبوة، فأناروا للناس طريقهم، واستنبطوا من معين الشريعة الإسلامية الغراء الأحكام والتكاليف، فبددوا غيوم الجهل، الأمر الذي أدى إلى كثرة الفتاوى الفقهية،و الأحكام القضائية التي جابهت النوازل المختلفة سواء أكانت تتعلق بالعبادة ،أو المعاملة

ومن هؤلاء الفقهاء الأجلاء، نجد السادة المالكية،خاصة مالكية الاندلس و المغرب.

إن الحديث عن النوازل العملية هو حديث عن حصيلة فقهية، لمئات الفتاوى والأجوبة تحكي ظروفًا سياسية، واجتماعية، وتاريخية متناثرة بين أبواب الفقه، تبرز الخصوصية والسعة والمرونة التي ميزت المدرسة المالكية، كما تبرز وجاهة فقهاءه بما ألّفوا وجمعوا واستنبطوا وأَصّلوا.

وفي هذه الدراسة المتواضعة سأحاول جاهدة الوقوف على قاعدة مهمة في المذهب المالكي،بما تضمنته تضمنته هذه القاعدة من خصوصيات

إشكالية البحث:

إن ما جرى به العمل تقديم قول ضعيف أو شاذ على قول راجح أو مشهور.فهل ما جرى به العمل عند المالكية مجرد خروج عن الراجح و المشهور لمقابلهما؟أم انها عملية اجتهادية ترتكز على اسسس و ضوابط؟

ما لضوابط التي تضبط العمل؟و ما موجباته؟هذه بعض الأسئلة التي حاولت الإجابة عنها في بحثي هذا

أسباب اختيار الموضوع:

-رغبتي في دراسة أصول المذهب المالكي خاصة قاعدة ما جرى به العمل لما لها من خصوصية

- من والواجب على طالب العلم الإسهام في دراسة التراث الفكري لعلمائنا و الكشف عنه

-الوقوف على السبق الفكري لعلمائنا باستحداث أصل جديد مبني على أصول امامهم

-حاجتنا إلى مثل هذه القواعد الاجتهادية ،لمجابهة النوازل الحالية

المنهج المتبع:

-المنهج الوصفي التحليلي : الذي يمكن من التأصيل لقاعدة ما جرى به العمل

-المنهج الاستقرائي: لتتبع أمثلة لقاعدة ما جرى به العمل في نوازل مختلفة

أهمية الموضوع:

-الإسهام في دراسة إحدى قواعد المذهب المالكي

-محاولة الإسهام و لو بقليل للتعريف بهذه النظرية

-الاستفادة منها في حل مشاكل حديثة

الصعوبات:

-ضيق الوقت

-قلة المراجع المحققة

-صعوبة قراءة المخطوطات

الدراسات السابقة:

-نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي،الأستاذ:عبد السلام العسري

- ضوابط الفتوى بما جرى به العمل في المذهب المالكي،بحث محكم،الدكتور فرج عبد الله جوان

-مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغير الفتوى في المدرسة المالكية بالمغرب الإسلامي،بحث ،عبد الفتاح الزنيفي.

و قد استفدت منها و كانت ،خاصة نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي

خطة البحث:

المقدمة:

الفصل الأول: الدراسة التأصيلية لما جرى به العمل عند المالكية

المبحث الأول: بعض المصطلحات الفقهية عند المالكية

المطلب الأول الأقوال المعتمدة في الذهب المالكي

الفرع الأول: : تعدد الأقوال

الفرع الثاني:أسباب تعدد الأقوال

المطلب الثاني:: مصطلح العمل عند المالكية

الفرع الأول:تعريف عمل أهل المدينة

الفرع الثاني:تعريف ما جرى به العمل عند المالكية

المطلب الثالث: مقارنة بين عمل أهل المدينة وما جرى به العمل عند المالكية

المبحث الثاني: شروط الأخذ بما جرى به العمل عند المالكية

المطلب الأول: ثبوت جريان العمل

المطلب الثاني :اندراج العمل تحت أصل شرعي

المطلب الثالث: ارتباط العمل بالظروف الزمانية و المكانية و العوامل الاجتماعية

المطلب الرابع: صدور العمل من قدوة مؤهل

المطلب الخامس: معرفة موجب العدول عن المشهور

المبحث الثالث: الأسس و الموجبات التي تبنى عليها أحكام العمل

المطلب الأول: العرف

المطلب الثاني: المصلحة

المطلب الثالث: سد الذرائع و فتحها

المطلب الرابع: الضرورة و الحاجة

الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لما جرى به العمل عند المالكية

المبحث الأول: نماذج موجبها الضرورة و الحاجة

المطلب الأول: مسألة شهادة اللفيف

المطلب الثاني: نظر النساء إلى عورة المرأة

المبحث الثاني: نماذج موجبها العرف

المطلب الأول: الإعتداد بالأشهر

المطلب الثاني:ترك اللعان

المبحث الثاني: نماذج موجبها المصلحة

المطلب الأول: :بيع الصفقة

المطلب الثاني:بيع المضغوط

المبحث الرابع :مسائل موجبها سد الذريعة

المطلب الأول:مسالة تأبيد التحريم للمخلق و الهارب

المطلب الثاني: : بيع الثنيا

خاتمة

الفصل الأول: الدراسة التأصيلية لما جرى به العمل عند المالكية

لقد تميز المذهب المالكي بإمام راسخ القدم في العلوم الشرعية،انهال عليه طلاب العلم من كل جهة،ينقلون عنه مروياته،و يدونون فتاويه،و يتصدون لها بالشرح و التخريج.

فمذهب كهذا جدير بأن تتسع فيه ظاهرة الاختلاف الفقهي،الراجع إلى بعض المصطلحات،و كذا تعدد الروايات،و الأقوال ، و منها ما يرجع إلى تعدد الأفاق التي انتشر بها المذهب المالكي

المبحث الأول: بعض المصطلحات الفقهية عند المالكية

في المذهب المالكي المراد بالروايات أقوال الإمام مالك،و المراد بالأقوال:أقوال الأصحاب،و من بعدهم من المتأخرين،كابن رشد و المازري و غيرهما[1]

المطلب الأول: الأقوال و الروايات في المذهب المالكي

الفرع الأول: الأقوال المعتمدة عند المالكية

إن الذي يتعين تطبيقه في مجالات الحكم و الفتوى و عمل الإنسان في خاصة نفسه،هو القول المعتمد في المذهب الذي يأخذ به ، و قد تباينت المصطلحات في المذهب المالكي تبعا لحالتي الاتفاق على الحكم في المسألة و الاختلاف فيها ، و تبعا لتباين الأقوال في درجة قوتها عند الاختلاف ، فقد وجد ،القول المتفق عليه ، و الراجح ، و المشهور ، و المساوي لمقابله ، و ما جرى به العمل.

و عليه سنوضح هذه المصطلحات ، و بيان حكم العمل بها ، مع الإشارة على وجه الخصوص إلى الحالة التي يتعارض فيها الراجح مع المشهور.

---

[1]/ الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته و اسبابه، عبد العزيز بن صالح الخليفي، ،الطبعة الأولى ،سنة :1414ه-1992م،ص237

البند الأول:القول المتفق عليه

المتفق عليه لغة: "اتَّفقَ/ اتَّفقَ على/ اتَّفقَ في يتَّفق، اتِّفاقًا، فهو مُتَّفِق، والمفعول مُتَّفَقٌ عليه اتَّفق الشَّخصان على شيء/ اتَّفق الشَّخصان في شيء: تواطآ على أمر واحد لا خلاف فيه، اجتمعت كلمتهما و لم يختلفا "اتَّفق الزَّوجان على عدم الشِّجار"[2]

أما اصطلاحا :يقال عن القول انه متفق عليه،إذا اتفق على القول به جميع فقهاء المذهب،المعتد باتفاقهم [3]، و كثيرا ما يعبرون عنه بقولهم:الحكم كذا اتفاقا ،و المراد : اتفاق علماء المذهب دون غيرهم من علماء المذاهب الأخرى ، أما إذا أشاروا في بعض المسائل إلى الإجماع ، فإن المراد به اتفاق جميع العلماء.

و المفتي و القاضي حين يرجع إلى أمهات المذهب في الفقه و المصنفات المعتمدة في الفتوى ،يجب عليه مراعاة المنصوص عليه بلفظ الاتفاق أو اتفاقا،و بما يفهم منه عدم الاختلاف في المذهب،فإذا ألفى ذلك كان القول المصرح بالاتفاق في المرتبة الأولى في نازلة الفتوى أو القضاء.[4]

و مع ذلك فان بعض نقلة المذهب لم تطرد معهم هذه القاعدة،في عدد من المسائل التي ذكروها في مصنفاتهم،فحكوا الاتفاق فيما فيه خلاف،و بناءا على ذلك حذر الفقهاء من اتفاقات ابن رشد ،و اجماعات ابن عبد البر ،و احتمالات الباجي،و اختلاف اللخمي[5]،لذا وجب التثبت من نقل المتفق عليه،و قائله .

---

[2]/ معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل،الناشر: عالم الكتب،الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م،ج3،ص2473

3/ نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، عبد السلام العسيري، بدون طبعة،سنة 1996ة ،ص 36

[4]/أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي،محمد رياض،الطبعة الأولى،سنة 1996،ص471

[5]/ المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب،أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي،نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالمملكة المغرب،سنة 1401ه - 1981م،ج12،ص31

يقول صاحب البوطليحة :

و حذروا أيضا من إتفاق ****** عن ابن رشد عالم الافاق

لكن أقل ذلك الجمهور ******* كما أقل ذا هو المشهور

و حذروا من الخلافيات ******* أي ما من الباجي منها ياتي [6]

كما يقول :

و حذر الشيوخ من إجماع ******* عن ابن عبد البر في السماع[7]

فإن كان القول متفقا عليه في المذهب،فإنه الذي يعمل به حكما و إفتاءا،و مما جرى عليه استعمال الفقهاء أنهم قد يطلقون لفظ المذهب على المتفق عليه[8].

البند الثاني:القول الراجح

الراجح **لغة:** الوازن. ورجح الشيء بيده، وزنه ونظر ما ثقله. وأرجح الميزان، أثقله حتى مال ،ورجح الشيء يَرْجَحَ ويَرْجُحُ ويَرْجِح رُجُوحا ورَجاحا ورُجْحانا ،ورجح في مجلسه يرجح، ثقل فلم يخف [9]،

أما **اصطلاحا:** فقيل : الراجح هو ما قوي دليله [10]. ذلك لا يكون إلا في حق المجتهد في المذهب، القادر على النظر في قوة الأدلة رواية و دراية،أما في حق المقلد،أو المفتي ،أو القاضي،المقيدين في

---

[6]/البوطليحة ، محمد بن عمر الغلاوي ، تحقيق : يحيى بن البراء ، المكتبة المكية ، مؤسسة الريان ، الطبعة الثانية ، سنة 1425 هـ 2004 م ، ص 97

[7]/ نفس المرجع ، ص 96

[8]/ كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب،إبراهيم بن علي بن فرحون، دراسة و تحقيق:حمزة أبو فارس و عبد السلام الشريف،دار الغرب الإسلامي بيروت-لبنان،الطبعة الأولى،سنة 1990 م،ص119

[9]/ المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ،المحقق: عبد الحميد هنداوي،دار الكتب العلمية – بيروت،الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م،ج3،ص75

[10]/ رفع العتاب و الملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام،محمد بلقاسم القادري الحسني ،بدون طبعة ،بدون سنة طبع،بدون دار نشر،ص5

الفتوى و الحكم،فالراجح هو ما رجحه علماء المذهب الذين توفرت فيهم أهلية الترجيح،و حصل منهم التنصيص على الراجح في الكتب الأمهات[11].

وقيل: ما كثر قائله [12] ، فيكون بهذا مرادفا للمشهور على ما هو مشهور كما سيأتي قريبا ، والذي عليه الجماهير من فقهاء المالكية هو الحد الأول [13]، وهو الأنسب للمعنى اللغوي.

يقول صاحب البوطليحة الغلاوي :

فما به الفتوى تجوز المتفق ******* عليه فالراجح سوقه نفق [14]

البند الثالث:القول المشهور

أما المشهور لغة[15]: المشهور: المعروف المكان، المذكور، والنبيه ، و الشهرة، بالضم: ظهور الشيء في شنعة، شهره، كمنعه، وشهره واشتهره فاشتهر،و هو مشتق من الشهرة،

أما اصطلاحا : فقيل هو ما قوي دليله فيكون بهذا مرادفا للراجح، و لا يعتبر صاحب هذا القول،كثرة القائلين،كما لم يعتبر في تعارض البينتين كثرة شهود احدهما[16].

وقيل: المشهور ما كثر قائله [17] ،و هذا في حق الفقيه المجتهد،القادر على تمحيص الأسانيد،و الملم بروايات المذهب،أما في حق المقلد ،فالمشهور هو ما شهره علماء المذهب ،و المنصوص عليه بالشهرة في مراجع المذهب،وهو مذهب الجماهير من المالكية وهو الحق الأنسب للمعنى اللغوي.

وقيل : هو قول ابن القاسم في المدونة.

---

[11]/ أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي،محمد رياض،ص475

12/رفع العتاب و الملام عمن قال العمل بالضعيف حرام،ص3

13/ جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل ، صالح عبد السميع الآبي، ،المكتبة الثقافية بيروت

[14]/ البوطليحة ، الغلاوي ، ص 70

[15]/ القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ،تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي،الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان،الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م،ص421

[16]/ نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل،أبو العباس سيدي أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، دار يوسف بن تاشفين و مكتبة الإمام مالك،الطبعة الأولى،سنة 1428ه 2007م،ص125

[17]/رفع العتاب و الملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام،المرجع السابق، ص4

يعلق صاحب نور البصر قلت:"و لا يخفى قصور هذا التعبير الأخير للمشهور لاقتضائه أنه إذا لم يكن الحكم مذكورا في المدونة،و كان مذكورا في غيرها،و قال فيه الإمام و أصحابه قولا ،و شذ بعضهم فقال مقابله ،فلا يسمى الأول مشهورا،و لا أظن أحدا ينفي عليه اسم المشهور،و لعل قائله قصد التعريف بالأخص على مذهب من جوزه،و كأنه على وجه التمثيل للمشهور،و لم يقصد غيره.

و سبب تقديم قول ابن القاسم فيها لأنه لازم مالكا أكثر من عشرين سنة،و لم يفارقه حتى توفي، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا بعذر ،فكان اعلم من غيره بالمتقدم و المتأخر من أقوال مالك، و إنضاف إلى ذلك ما علم من ورعه و تثبته ، و بكون المدونة مروية عنه مع كون راويها سحنون.

و معلوم انه إذا تعارض الراجح و المشهور،بأن كان في المسالة قولان أحدهما راجح و الآخر مشهور،فمقتضى نصوص الفقهاء و الأصوليين أن العمل بالراجح واجب. ."[18]

يقول الغلاوي :

فبعده المشهور فالمساوي ***** إن عدم الترجيح في التساوي[19]

البند الرابع:القول المساوي لمقابله

القول المساوي لمقابله ،و هذه مرتبة تكون حين تتساوى الأقوال من جهة دليلها ،أو قائلها و لا يظهر في بداية الأمر موجب للرجحان،فالواقعة هنا تندرج تحت قولين متعارضين و كلاهما معتمدان فالمفتي إذا كان مجتهدا فينظر في الأدلة ،فإن تعارض عنده قولان متساويان و عجز عن الترجيح بينهما، اختلف العلماء فيما إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان، أو يختار واحدا منهما يفتي به؟ قولان للعلماء.

"فعلى القول الأول: بأنه يختار أحدهما يفتي به، له أن يختار أحدهما يحكم به، مع أنه ليس أرجح عنده بطريق الأولى، لأن الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع

[18]/ نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل ،أبو العباس سيدي أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، ص125.

[19]/ البوطليحة ،ص 73

الجزئية الخاصة، فتجويز الاختيار في الشرائع العامة أولى أن يجوز في الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد الشرعية.

القول الثاني:يتساقطان و لا يعمل بأحدهما"[20]

و قال الخرشي:" فإذا كان في المسألة قولان متساويان فقيل إن المفتي يخير السائل وقيل يختار له أحدهما، وهو ما جرى به العمل".[21]

والقاعدة المقررة عند العلماء في هذا الموطن، أن لا سبيل للمفتي كيفما كانت رتبته إلى الاختيار أو الترجيح بداعي الهوى وباعث الشهوة، بل يتعين الاستيفاء الكامل للنظر فيهما والموازنة بينهما.

المطلب الثاني: مصطلح العمل عند المالكية

يستعمل مصطلح العمل عند المالكية بإطلاقين ،الأول عمل أهل المدينة ،و الثاني ما جرى به العمل

فالأصل الأول من أصول الإمام مالك، لكن لم يبين لنا مقصوده منه ،لذلك تضاربت الآراء حول مدلوله، فما هو مدلول عمل أهل المديق ؟

لم يذكر المتقدمون تعريفا لعمل أهل المدينة، و لعله كان سببا في بقاء العمل محاطا بهذا الغموض،لأن التعريفات من شأنها أن توضح المُعَرَّف و تزيل عنه الغموض .

و قد حاول بعض المعاصرين تعريف عمل أهل المدينة ،نورد فيما يلي بعض هذه التعاريف.

الفرع الأول:تعريف عمل أهل المدينة عند بعض المعاصرين

---

[20]/الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام،شهاب الدين أي العباس احمد بن إدريس=القرافي،اعتنى به عبد الفتاح أبو غرة،مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب،الطبعة الأولى بحلب ،سنة 1387ه 1967 م،و الطبعة الثانية ببيروت ،سنة 1416ه ،1995م،ص93

[21]/ شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، دار الفكر للطباعة – بيروت،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ،ج1،ص36

البند الأول :تعريف حسن فلمبان:" إن عمل أهل المدينة عبارة عن أقاويل أهل المدينة بعضه أجمع عليه عندهم ، وبعضه عمل به بعض الولاة والقضاة حتى اشتهر ، وكله سمي إجماع أهل المدينة، وأن منه ما كان أصله سنة عن النبي -صلى الله عليه وسلم- ومنه ما كان سنة خلفائه الراشدين- رضي الله عنهم- ,ومنه ما كان اجتهادا ممن بعدهم" [22]

البند الثاني: تعريف عبد الرحمن شعلان :"عمل أهل المدينة هو ما أتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة ،كلهم أو أكثرهم ،في زمن مخضوض سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا" [23]

قال الدكتور محمد المدني بوسا ق بعد نقله لهذه التعاريف:"وبعد تأمل هذه التعاريف والنظر في المسائل المدروسة من عمل أهل المدينة , تبين أن التعريف الأخير هو الأصوب والأدق من الناحية الوصفية للعمل دون النظر إلى ما يكون منه حجة ، أو لا، لكنه لم يبين في التعريف الزمن الذي ينتهي إليه العمل المعتبر، و لعل الباحث فعل ذلك هروبا من التحديد ، بسبب الخلاف القائم بين من يلحق إجماع تابعي التابعين بعمل من قبله، ومن يجعل التابعين نهاية من يعتد بعملهم عند مالك، وقد جزم الباحث فيما بعد باعتبار التابعين خاتمة من يعتد بعملهم عند مالك.

فعلى هذا الأساس يكون التعريف المختار كما يلي:

البند الثالث : تعريف **أحمد نور سيف** :" عمل أهل المدينة هو ما أتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن الصحابة والتابعين سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا".[24]

الفرع الثاني : تعريف ما جرى به العمل : يراد به الأخذ بقول ضعيف، أو شاذ،في مقابل الراجح،أو المشهور،لمصلحة أو ضرورة،أو عرف،أو غير ذلك من الأسس.[25]

---

22 / خبر الواحد إذا خالف عمل أهل المدينة ،حسان فلبمان، ،رسالة ماجستير،ص 101،102

23 / أصول فقه الإمام مالك، أدلته النقلية ،عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى ، سنة 1424 هـ ، 2002 م ، ج2 ، ص 1041 .

24/ عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك و أراء الأصوليين ،أحمد محمد نور سيف، ،دار البحوث للدراسات الإسلامية،الطبعة الثانية،سنة 1421ه ،2000 م ،الجزء الأول ، ص443

أو هو حكم القضاة بالقول، وتواطؤهم عليه ، من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل26 و ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه.[27]

فمن هذه التعاريف يبدو أن ما جرى به العمل نوع من الاجتهاد المذهبي ، إذ يقوم على اختيار قول ضعيف من عالم ، أو قاض أهل لذلك –أي من ذوي الاجتهاد داخل المذهب – لأنه القادر على مقابلة القول الضعيف ، أو الشاذ ، بالراجح ، أو المشهور، و النظر إلى الأدلة التي يقوى بها ذلك القول على غيره .

يقول الإمام محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ":وهذا مبني على أصول في المذهب المالكي ، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع ، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة ... فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور ، لأن الحكم بالراجح ، ثم المشهور واجب ....وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح ، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به ، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة ، وما هو مفسدة، أو ذريعة إليها،ويميز ما هو في رتبة الضروريات ، والحاجيات ، وما هو في رتبة التحسينات...وعلى كل حال لا يقدر على نقد 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 فالباب دونه مسدود" [28]

25/ أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي ،محمد رياض ، ،الطبعة الأولى، سنة 1996 ،ص 513

26/ العرف و العمل و مفهومهما لدى علماء المغرب ،عمر عبد الكريم الجيدي ، ،مطبعة فضالة المحمدية المغرب،بدون طبعة،سنة 1982، ص 342

27 /حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ،دار الفكر ،بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج4 ،ص145

1/ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ،محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ، ابتدئ طبعه بمطبعة إدارة المعارف بالرباط ، سنة 1340ه ، و أكمل بمطبعة البلدية بفاس ، سنة 1345ه ، الجزء الثاني ، ص 406

المطلب الثالث : مقارنة بين عمل أهل المدينة و ما جرى به العمل

الفرع الأول :أوجه التشابه

"-كان مالك-رحمه الله-إذا تعارضت لديه الأدلة أخذ بما صحبه عمل أهل المدينة،فالفقهاء كذلك إذا تعارضت لديهم الأقوال يأخذون بما صحبه عمل الفقهاء في البلد الذي جرى بهِ العمل

-إن من شروط عمل أهل المدينة استمرار العمل به من طرف الصحابة و التابعين،و الاستمرار أحد عناصر العرف،كذلك عمل الفقهاء كثيرا ما يعتمد على العرف.

-أكثر عمل أهل المدينة يكون من أقضية و فتاوى الصحابة و التابعين،فهؤلاء أدرى بفهم النص و تطبيقه،كذلك عمل الفقهاء يكون من أقضية و فتاوى العلماء ذوي أهلية الترجيح."[29]

- من الفقهاء من يقول انه امتداد لعمل أهل المدينة حتى قيل إن: "الفقهاء الذين يقولون بعدم لزوم ذكر من أجرى العمل وإنما ذكره على سبيل الجواز، لهم سوابق من طرف الإمام مالك رضي الله عنه في هذا الموضوع بالنسبة لعمل أهل المدينة، فالإمام مالك في الموطأ لا يذكر أسماء من أجروا العمل، وإنما يكتفي بقوله: الأمر المعمول به عندنا، وعليه العمل عندنا، ليس مما مضى عليه أمر الناس، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا"، ومعنى هذا باختصار أن ما قيل إن العمل قد جرى به وجب اعتماده ولو لم يعرف قائله، ولا مجريه، ولا سبب جريانه، لأن الإمام يأخذ بعمل أهل المدينة دونما بحث عما هو خلفه.

الفرع الثاني:أوجه الاختلاف

-اشتهر الإمام مالك بعمل أهل المدينة،وارتبط اسمه بهذا الأصل ارتباطاً وثيقاً.فهو أصل من أصول فقهه .

---

[29]/ينظر:نظرية الأخذ بما جرى به العمل ،عبد السلام العسري،ص183

- أما جرى به العمل ،فهو أصل اجتهادي مذهبي يدل دلالة قاطعة على نبوغ العقلية المالكية.

-عمل أهل المدينة مبني على المشاهدة المتصلة ،و الملاحظة المستمرة لمسائل وقعت في عصر الرسول و أمتدت إلى زمن الإمام مالك –رحمه الله-في مكان مخصوص و هو المدينة المنورة،مهد السنة و مأوى الصحابة.

-أما ما جرى به العمل فمبناه القول الضعيف، الذي تقوى بموجب معتبر، في دائرة أصول المذهب.

المبحث الثاني: شروط الأخذ بما جرى به العمل عند المالكية

ليس كل ما جرى به العمل يكون محترما ، فيقدم على المشهور أو الراجح ،فقد يكون القول جرى به العمل لكنه صادر عن أشخاص ليس لهم أهلية توجيه الأحكام ، إما لجهلهم ، أو جورهم ، أو جريهم مع أهوائهم ، و لضبط عملية الأخذ بما جرى به العمل إشترط العلماء شروطا في العمل ، لكي يقدم على المشهور، أو الراجح .

المطلب الأول: ثبوت جريان العمل

لكي يعتبر العمل جاريا لا بد أن تثبت له هذه الصفة ليميز بها عن غيره لكن كيف تثبت هذه الصفة؟

ذهب البعض إلى أن:"العمل يجب أن يثبت ويصح بواسطة العدول المثبتين في المسائل ممن لهم معرفة في الجملة،كما لا يثبت بقول عوام العدول،ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ ، فضلا عن غيره،بأن العمل لا يثبت بحكم قاض أو قاضين بل يجب بحكم ثلاث مرات فأكثر، فهذا الرأي يصح بالنسبة للمشهور لأنه هو الذي عرف بأنه ما كثر قائله أما النسبة لما جرى به العمل فغير معقول لأنه إذا اشترطنا أن يحكم به أكثر من مرتين فإن،الحكم في الأولى والثانية يكونان باطلين، فلا يجوز أن تحسبا ، وعليه فهذا شرط غير معقول لأنه يؤدي إلى الدور والتسلسل ، واختلف البعض هل يثبت بقول عالم موثوق به،لأنه من باب الخبر الذي يكفي فيه الواحد أم أنه لابد في إثباته من موافقة ثلاث علماء"[30]

و الأرجح في هذا الشرط أنه ينبغي الاحتياط و التأكد من ثبوت ما جرى به العمل من العدول المثبتين في المسائل ممن لهم معرفة في الجملة.[31]

---

30 / نظرية ما جرى به العمل، عبد السلام العسري ، ص 151 ،و عمر الجيدي ، مباحث جديدة ص184

[31]/نور البصر ،الهلالي ،ص83

المطلب الثاني :اندراج العمل تحت أصل شرعي

نص العلماء على وجوب اندراج العمل تحت أصل شرعي،وهذا الاختيار ليس أمر موكول إلى هوى الشخص الذي يختاره،بل يجب أن يستند إلى أدلة ، شرعية إلا أن الفقهاء الذين بحثوا في شروط العمل لم يوجبوا أن يكون الدليل في العمل دليل معين أو خاص،بل اكتفوا بالدليل العام،و روح الشريعة و مقاصدها ، ويستفاد هذا مما قرره الفقهاء فقد ذكروا أن العمل يجب أن يكون قابل للاندراج تحت أصل عام شرعي،وأن يكون جاريا على قوانين الشرع،فهم لم يشترطوا أن يكون له دليل معين بل اشترطوا أن لا يكون مصادما للنص،ولا لمصلحة أقوى منه، وهناك من اشترط أن يكون ما جرى به العمل قولا منصوصا لبعض العلماء المتقدمين،أو المتأخرين، و إن كان هذا القول المنصوص ضعيفا فيعمل إذا ترجح لمصلحة أو نحوها،و الغالب أن هذه المسائل تكون وقائع وجزئيات لم يرد النص بها بذاتها 32

المطلب الثالث: ارتباط العمل بالظروف الزمانية و المكانية

يتجلى هذا الشرط في مراعاة الفقهاء لعنصر الزمان والمكان،وأثرهما على تغير الأحكام وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في (الْمَادَّةُ 39) : [لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ]. [33]

وهي قاعدة يستدل بها الأحناف،إذ يعبرون أن هذا اختلاف عصر وزمان،لا اختلاف في مقال، فإذا جهل المحل أو الزمان الذي جرى به العمل لم يتتأت تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه،إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات34

و العمل الجاري ببلد لأجل عرفها الخاص،لا يعم سائر البلدان،بل يقصر على ذلك العرف في أي بلد وجد،لأن مبناه عليه،فإن قيل جرى العمل بأن النحاس مثلا يحكم به للنساء عند اختلافهن مع

32/ ينظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 178

33/ مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية،المحقق: نجيب هواويني،الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي،ج1،ص20

34 / مصطلح ماجرى به العمل وأثره على تغير الفتوى في المدرسة المالكية بالمغرب ، عبد الفتاح الزنقي، ص 122

الأزواج،لأن عرف البلد أنه من متاعهن، لم يعم البلد الذي لا عرف لهم بذلك،و إذا تغير العرف في ذلك البلد في بعض الأزمان،سقط العمل المذكور ووجب الرجوع للمشهور،و هذا في العرف الذي تبنى عليه الأحكام،و هو ما لم يخرج عن أصول الشريعة،و إلا فلا عبرة بهِ.[35]

المطلب الرابع:صدور العمل من قدوة مؤهل

وقد قسم العلماء المجتهد إلى أقسام منها

الفرع الأول أقسام المجتهدين

1 - المجتهد المطلق : ويسمى عندهم بالمجتهد المستقل ويعرفونه بأنه الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد ولا تقييد بمذهب معين [36] كالإمام مالك و الشافعي و أبي حنيفة و أحمد

2 - المجتهد المطلق المنتسب :و هم علماء بلغوا درجة الإجتهاد المطلق لكنهم فضلوا البقاء تحت مظلة مذهب فقهي ، ويمثل ذلك تلاميذ الأئمة، وبذلك يكون المجتهد المطلق أعم من المجتهد المستقل، لأنه يشمل الأئمة المجتهدين من أصحاب المذاهب، والمجتهدين من تلاميذهم.

3 - مجتهد المذهب، وهو المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه.

وهو المقلد لإمام من الأئمة، فلا يشترط فيه إلا معرفة قواعد إمامه، فإذا سئل عن حادثة لا يعرف لإمامه فيها نصا اجتهد فيها على مذهبه، وخرجها على أصوله.[37]

---

[35]/الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي،عبد العزيز صالح لخليفي،ص187

[36]/ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران ،المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي،الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت،الطبعة: الثانية، 1401، ج1،ص374

[37]/ الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي ،المحقق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى، 1425هـ - 2004م، ج1،ص700

4 - مجتهد الفتوى وهو المجتهد المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول آخر يعني ترجيح أحد القولين على آخر أطلق الإمام قولين فيأتي هذا فيرجح أحد القولين على الآخر، وهذا يسمى مجتهد فتوى.[38]

5 - المقلد الصرف الذي يستفتي علماء المذاهب ويعمل على فتواهم وكتب القوم مشحونة بشروط كل مترل وأحكامه إلا أن من لا يميز بين المنازل فيتخبط في تلك الأحكام فليس له الفتوى[39].

و يندرج ضمن مراتب المفتين رغم تقليده ،لأنه إذا استطاع معرفة إدخال الوقائع تحت أحكامها،و الإخبار بالحكم المطابق للنازلة المشابهة لمثلها،فله الفتوى فيما يعلم من ذلك،و إلا فلا،أما إن نقله غير مستوف بأن كان لا تحقيق عنده،و لا علم له بالمخصصات ،و القيود و لا تمييز بين المشهور من الضعيف،فهذا تحرم عله الفتوى أيما حصل له،لأنه هو و العامي سواء.[40]

المطلب الخامس:معرفة موجب العدول عن المشهور

إن من الشرائط المرعية في إثبات ما جرى به العمل معرفة موجب العدول عن المشهور،هل هو المصلحة الراجحة؟أم الضرورة و الحاجة؟أم سد الذريعة؟حتى إذا زال الموجب عاد الحكم إلى أصله،فالعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما،كما يقول الأصوليين،كما أن الجهل بالموجب يمنع تعديته إلى المحل الذي تريد تعديته إليه،لاحتمال أن يكون الموجب معدوما في البلد الذي تريد تعديته إليه.[41]

---

[38]/ الشرح المختصر لنظم الورقات، أبو عبد الله، أحمد بن عمر بن مساعد الحازمي،مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشيخ الحازمي، http://alhazme.net ،الدرس رقم12،ص17

[39]/ عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور ،المحقق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية – القاهرة،بدون رقم طبعة بدون سنة طبع، ج1،ص17

[40]/نور البصر،الهلالي،ص70

[41]/المرجع نفسه،ص133

وقد نظمها النابغة الشنقيطي في نظم سماه البوطليحة و هذه بعض الأبيات المتضمنة الشروط الخمسة[42]:

- بيان مــــــــــــــــــــــــــــــا به الضعيف يرجــــــــــــــح
من بعد ضعـــــــــــــــف قادح وينجـــــــــــــــح
- حتى يقـــــــــــــــــــــــــــــــدم على
المشهـــــــــــــــــــــــــور وضعفــــــــه في
غايــــــــــــــــــة الظهــــــــــــــــــــــــــــــــور
- شروط تقديم الذي جرى العمل به أمور خمسة غير
همـــل
- أولهــــــا ثبوت إجــــــــــــــــــــراء
العمــــــــــــــــــــــــــــــل بذلك القــــــــــول
بنص ما احتمل
- والثـــــــاني والثالــــــــــــــــث
يلزمـــــــــــــــــــــــــــــــــــان معرفة
المكـــــــــــــــــــــــــــان
والــــــــــــــــــزمـــــــــــــــــــــان
- وهل جرى تعميما أو تخصيصـــا ببلد أو
زمـــــــــــــــــــــــــــــــن
تنصيـــــــــــــــــــــــــــــــــصا
- وقد يخص عمـــــــل
بأمكنـــه وقد

[42] البوطليحة ، محمد بن عمر ، ص 124

يعـــــــــــــم وكذا في الأزمنــــــــــــــــــــــه

- رابعها كون الذي أجرى العمل أهلا للاقتــــــــــــــــــــــــــــداء

قـــــــــــــــولا وعمل

- وحيث لم تثبـــــــــــــــــــــــــــــــــــت له الأهليه

تقليـــــــــــــــــــــــــــده

يمنـــع في النقليه

- خامسها معـــرفة الأسباب

فإنها

معينـــ

ـــــــــــــــة في الباب

- فعند جهل بعض هذي الخمس ما العمل اليوم

كمثـــــــــــــــــــــــــــــــل أمس

المبحث الثالث: الأسس و الموجبات التي تبنى عليها أحكام العمل

بالرغم من وجوب اشتراط اندراج العمل تحت أصل شرعي،ولو عام فإن الفقهاء أوجبوا أن يكون للقول الذي يجري به العمل أسس وموجات اجتماعية، تدعوا إلى العمل بذلك القول وأن يكون هناك ترابط دائم مستمر بين الموجبات وبين ما جرى به العمل.

المطلب الأول: العرف

الفرع الأول:تعريف العرف و أقسامه

لغة:عرف الخليل العرف بقوله: "والعُرْفُ: المعروف"[43].

أما اصطلاحا: فقد عرف بأنه : "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[44] والعرف الصحيح حجة عند المالكية وهو مقبول عندهم بشروط وهي:[45]

1-أن يكون العرف غالبا مطردا ، لأن العبرة بالغالب الشائع لا النادر

2-أن لا يخالف العرف نصا ، والمخالفة القادحة في العرف هي ما إذا كان في العمل به إبطال للنص من كل وجه وبالكلية أما إذا لم يكن كذلك ، كما إذا كان النص عاما ، وقام عرف خالفه في بعض أفراده ، فإنه يعمل بهما معا ، ويكون العرف مخصصا النص العام ، لا مبطلا له

3- أن لا يكون هناك اتفاق على استبعاد العرف ، فان وجد الإتفاق أهمل العرف ، وعمل بالاتفاق

---

43 / كتاب العين ،أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري،تحقيق د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج2 ،ص121

44 /كتاب التعريفات ،علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان الطبعة: الأولى 1403هـ -1983م ،ص149

45/ نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية ،د. مبارك جزاء الحربي

4-أن يكون العرف الذي تحمل عليه صيغ النصوص والتصرفات موجودا وقت ورودها ، فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على التصرف أو النص ، ولا عبرة كذلك بالعرف السابق على التصرف إذا تغير قبل إنشائه

5-أن يكون العرف ملزما ، أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس ، وهو خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق لقيامه مقام الشرط أو العقد

ينقسم العرف إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة من أهمها ما يلي: [46]

التقسيم الأول: ينقسم العرف باعتبار من يصدر منه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العرف العام، وهو: ما تعارف عليه أكثر الناس في جميع البلدان مثل عقد الاستصناع في أحذية وألبسة، ونحو ذلك.

القسم الثاني: العرف الخاص، وهو: ما تعارف عليه أكثر الناس في بعض البلدان مثل: إطلاق لفظ الدابة على الفرس عند أهل العراق، بينما ذلك يختلف في مصر.

القسم الثالث: العرف الشرعي، وهو: اللفظ الذي استعمله الشارع مريداً منه معنى خاصا، مثل " الصلاة "، فإنها في الأصل: الدعاء، ولكن الشارع أراد بها شيئاً مخصوصا.

التقسيم الثاني: ينقسم العرف باعتبار سببه و متعلقه إلى قسمين:

القسم الأول: العرف القولي وهو اللفظي، وهو: أن يتعارف أكثر الناس على إطلاق لفظ على معنى ليس موضوعا له بحيث يتبادر إلى الذهن عند سماعه من غير قرينة، ولا علاقة عقلية،

القسم الثاني: العرف الفعلي، وهو: ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتادها الناس في أفعالهم العادية، أو معاملاتهم،مثل: بيع المعاطاة

46 /الْمُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ (تحريرٌ لمسائِلِه ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً)، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 1999 م ،ج3 ،ص121

الفرع الثاني:حجية العرف:

إن المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذا بالعرف، وذلك لأنه اعتمد المصالح المرسلة، التي كثيرا ما تقر الأعراف لما فيه من مصلحة، واعتمد أيضا على عمل أهل المدينة الذي هو في كثيرا منه أعراف تلك المدينة التجارية [47] ،والعوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا ، كانت شرعية في أصلها ،أو غير شرعية،أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا . [48]

أما المقررة بالدليل ; فأمرها ظاهر ، وأما غيرها ،فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك ، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الإنكفاف عن المخالفة ;كقوله تعالى:﴿ **ولكم في القصاص حياة**﴾ البقرة : 179 .

فلو لم تعتبر العادة شرعا ; لم ينحتم القصاص و لم يشرع ; إذ كان يكون شرعا لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله: ﴿ **ولكم في القصاص حياة** ﴾البقرة : 179.

وليس معنى حجية العُرْف كونه مصدراً للتشريع وإنشاء الأحكام ،كالكتاب والسنة، إنما المراد بحجيّته أن نصوص الشارع، وعبارات المتعاملين تُفسَّر وفْقاً للعُرْف الجاري بينهم.[49]

الفرع الثالث:سبب جعل العرف موجب من موجبات ما جرى به العمل

العرف من أقوى المرجحات،ثم هو لا يقتصر على الترجيح من الخلاف،بل يعتمد عليه في إنشاء حكم مقابل للحكم المتفق عليه،و ذلك في الأحكام التي مستندها العرف،فإذا تبدل العرف تبدل الحكم،فإن كان العرف الطارئ عاما عم الحكم و إن كان خاصا ببلد أو بقوم اختص الحكم.[50]

---

47 /نظرية الأخذ بما جرى به العمل، العسري، ص 267

48/ الموفقات في أصول الشريعة،أبو إسحاق الشاطبي =إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي،عني بضبطه عبد الله دراز،المطبعة الرحمانية بمصر،بدون رقم طبعة ، بدون سنة طبع ،ج2،ص286

49/ جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ،تحقيق ناصر بن علي بن ناصر الغامدي (رسالة ماجستير) جامعة أم القرى ،ج2 ،ص 502

[50]/نور البصر،الهلالي،ص138

فرب شيء شهد العرف أنه للرجال دون النساء في بلد وشهد في آخر أنه للنساء دون الرجال، وربما اختلف العرف في البلد الواحد فلا ينبغي أن يعم. فكلامه يقتضي أن العمل بشيء هو جريان العرف به وليس كذلك، بل مرادهم بقولهم وبه العمل وعمل به أن القول حكمت به الأئمة وجريان العرف بالشيء هو عمل العامة به من غير إنشاء حكم من قول أو فعل، كقول ابن رشد: العرف عندنا في ذوات الأقدار أن المرأة تخرج الدار، فلو اختلفا فيها لوجب أن يكون القول فيها قول المرأة.[51]

فلو قال عالم الذي جرى به عمل في هذه المسألة كذا، لم يعم سائر البلاد،بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه،ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه:الذي جرى به العمل و استقرت عليه الأحكام كذا،بل يقولون:الذي جرى به العمل في مسالة كذا،في بلد كذا و في عرفهم كذا.[52]

يقول صاحب البوطليحة :

و رجحوا بالعرف أيضا و هو ********** من سائر المرجحات أقوى [53]

المطلب الثاني: المصلحة و سد الذرائع

الفرع الأول: المصلحة

لغة: المصالح: بفتح الميم وكسر اللام واحدها المصلحة، وهي من الصلاح ضد الفساد = المنافع.[54]

اصطلاحا:المصلحة المرسلة هي: كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع ، دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء.[55] ،

---

[51] /منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي،دار الفكر- بيروت، بدون طبعة،سنة 1409هـ/1989م، ج8،ص381

[52]/نور البصر،الهلالي،ص139

[53]/البوطليحة ، محمد ابن عمر الغلاوي ، ص 127

[54]/ معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، ج1،ص432

55/ الْمُهَذَّبُ فِي عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ ،عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 1999 م ج3 ص103

وتنقسم المصلحة المرسلة باعتبار الأصل الذي تعود عليه بالحفظ إلى خمسة أقسام [56] :

1- مصلحة تعود إلى حفظ الدين.

2- مصلحة تعود إلى حفظ النفس.

3- مصلحة تعود إلى حفظ العقل.

4- مصلحة تعود إلى حفظ النسب(النسل).

5- مصلحة تعود إلى حفظ المال.

كما تنقسم المصلحة المرسلة أيضًا إلى ثلاثة أقسام، وذلك باعتبار قوتها

القسم الأول: المصلحة الضرورية، وتسمى درء المفاسد،

القسم الثاني: المصلحة الحاجية، وتسمى جلب المصالح،

القسم الثالث: المصلحة التحسينية، وتسمى التتميمات

أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشرع لها:

والمصلحة من حيث اعتبار الشرع لها وبناء الأحكام عليها وعدمه تنقسم ثلاثة أقسام:

1ــ مصلحة ملغاة:

وهي كل منفعة دل الشرع على عدم الاعتداد بها ، وعدم مراعاتها في الأحكام الشرعية، وذلك لانطوائها على مفسدة أعظم منها، أو لأنها تفوّت مصلحة أكبر.

ومثال المصلحة الملغاة ما في الزنى من لذة قضاء الشهوة، وما في ترك قطع السارق من مصلحة تمتعه بأعضائه، وما في التسوية بين الرجال والنساء في الميراث من مصلحة ترغيب النساء في الإسلام، وغير ذلك.

والضابط الذي به نعرف أن المصلحة ملغاة هو مخالفتها لنص أو إجماع أو قياس جلي.

56/ معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، محمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني، دار ابن الجوزي، الطبعة الخامسة، 1427هـ ، ج1 ص238

فالمنافع المشار إليها قبل قليل ، مصادمة لنصوص الشرع الصحيحة الصريحة، وإذا دققنا النظر فيها نجد أنها مصالح جزئية،لو روعيت لفوتت مصالح كلية.

2- مصلحة اعتبرها الشارع بعينها، وراعاها في أصل معين، يمكن أن يقاس عليه ما يشبهه:

وهذه هي المصلحة التي تتضمنها العلة في القياس، ويسميها بعضهم المناسبة، ومثالها: مصلحة حفظ العقل التي تضمنها تحريم الخمر، فيقاس على الخمر كل ما يذهب العقل من المخدرات والحشيش ونحو ذلك.

3- مصلحة اعتبر الشارع جنسها، ولا يشهد لعينها أصل معين بالاعتبار:

بمعنى أن نصوص الشرع العامة تدل على مراعاة جنس هذه المصلحة، ولكننا لا نجد نصا خاصا على تحقيق هذه المصلحة بهذا الحكم المعين بخصوصه؛ إذ لو وجدنا أصلا خاصا ، وأمكن القياس عليه لكانت من النوع الثاني.

ومثال هذا النوع: المصلحة الناشئة من جمع القرآن في مصحف واحد، فهذا العمل فيه مصلحة حفظ الدين، ولكن لم نجد نصا يدل على حفظ الدين بهذه الطريقة بخصوصها، ولا بشيء يشبهها شبها يمكن معه قياسها عليه.[57]

الفرع الثاني: سد الذريعة

الذريعة **لغة**:ما يستتر به الصائد و جمعها ذرائع 58

أما اصطلاحا: فتعرف الذريعة بأنها: الوسيلة إلى الشيئ وسد الذرائع: منع كل ما يفضي إلى الحرام.59

وسد الذرائع من الأصول التي تنبني عليها أحكام عظيمة ،خاصة في العصر الحالي الذي كثرت فيه المستجدات ، وعن هذا الأصل يقول القرافي:" الذريعة الوسيلة للشيء ومعنى ذلك حسم مادة

---

[57]/ أصُولُ الِفقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ،عياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، الرياض – المملكة العربية السعودية،الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م،ص205

2/ القاموس الفقهي لغة واصطلاحا : الدكتور سعدي أبو حبيب دار الفكر. دمشق – سورية الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م ص 136

3/ معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م ج1 ص 240

وسائل الفساد دفعا له ،فمتى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل،وهو مذهب مالك –رحمة الله عليه – تنبيه ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع... وأما الذرائع فقد أجمعت الأمة على أنها على ثلاثة أقسام أحدها معتبر إجماعا كحفر الآبار في طرق المسلمين وإلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ وثانيها ملغى إجماعا كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر والشركة في سكنى الآدر خشية الزنا وثالثها مختلف فيه كبيوع الآجال اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا."[60]

والذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ويكره ويندب ويباح فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للمجمعة والحج وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل61

المطلب الثالث: سبب جعل المصلحة و سد الذريعة موجب لما جرى به العمل

إن الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور كونه طريقا لدرء مفسدة أو كونه طريقا لجلب مصلحة إذا عرضت،ووجه ذلك أن الشريعة جاءت لدفع المفاسد و جلب المصالح،فضلا من الله ونعمة ،فإذا عرض توقفهما على مقابل المشهور،غلب على الظن،أن قائل القول المشهور لو أدرك هذا الزمان،الذي توقف فيه جلب المصلحة أو دفع المفسدة على مقابل قوله، لم يقل إلا المقابل،و لكن الترجيح بهذين الأمرين لا يعم القادر على الترجيح و غيره كما عممها الترجيح بالأول —العرف– بل لابد هنا من أهلية الترجيح بإتقان الآلات و القواعد،إذ ليست كل مصلحة تعتبر في نظر الشرع ،فلابد من نظر في ذلك بملكة يميز بها بين المعتبر شرعا و غير المعتبر،و يعلم بها أن الكليات الخمس

---

[60]/ الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ،المحقق:جزء 1، 8، 13: محمد حجي جزء 2، 6: سعيد أعرابجزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة،الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت،الطبعة: الأولى، 1994 م،ج1،ص152

2/ الذخيرة ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي مجموعة من المحققين الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994 م ص153

ترجح،اعني الدين و النفس و النسب و العقل و المال،و هل هي ضرورية أو حاجية أو تحسينية،ليقدم ما يقدم و يؤخر ما يؤخر.[62]

المطلب الرابع: الضرورة و الحاجة

والضَّرورةُ: اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حَمَلتْني الضَّرورة على كذا 63، و الضرورات لا تؤخذ على إطلاقها لذلك قيد الفقهاء قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) [64] بقاعدة أخرى وهي : (الضرورة تقدر بقدرها) [65]، وأصل ذلك قوله تعالى:﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ**﴾[البقرة الآية143]

فالحرام جاز لعلة وهي الضرورة ،والحكم مناط بعلة ينتفي بانتفائها، فإذا زالت العلة التي هي الضرورة زال الجواز وعاد الحكم إلى الحرمة. والإنسان إذا اضطر إلى ارتكاب المحرم من أجل الضرورة لإنقاذ نفسه أو طرفٍ من أطرافه ،ولكنه لم يفعل ومات،فإنه يموت عاصيًا آثمًا، لأن حفظ نفسه وأطرافه واجب عليه، ففعل المحرم حال الاضطرار ليس من الرخص المستحبة ،وإنما هو من الرخص الواجبة فهو عزيمة لا يجوز تركه.[66]

أما الحاجة فهي: ما يترتب على عدم إزالتها عسر، وصعوبة فهي دون الضرورة ولا يتأت معها الهلاك، فالفرق بين الضرورة والحاجة هي: أن الضرورة أشد باعثا من الحاجة، فالضرورة مبنية على فعل ما لابد منه للتخلص من المسؤوليات،ولا يسع الإنسان الترك،أما الحاجة فهي مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الإنسان تركه، وليس هناك ضابط محدد للحاجة نظرا لتغير مدلولها ،و

---

[62]/نور البصر، الهلالي ،ص132

63 كتاب العين ،أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري ،تحقيق :د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال ج7 ص7

64 الأشباه والنظائر،تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ،دار الكتب العلمية ،الطبعة: الأولى 1411هـ-1991م ج1 ص45

65 /شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم،دمشق/ سوريا، الطبعة: الثانية، 1409هـ - 1989م ، ج1 ،ص 131

66/ تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية ،وليد بن راشد السعيدان، راجعه وعلق عليه: الشيخ سلمان بن فهد العودة، ص52

تطور مفهومها،فما يكون حاجة بالأمس،قد يصبح ضرورة في الحاضر و الغد،و ما لم يكن حاجة قي الماضي، قد يصبح حاجة ملحة في الوقت الحاضر و المستقبل ،فالمرجع هو اطمئنان القلب و اجتهاد المضطر،و لا يصح ربط الحاجة بهوى الشخص ،و الجدير بالملاحظة أن معظم مسائل العمل مبنية على الحاجة،و قل ما تبنى على الضرورة،لكن استمرار الحاجة و بقاءها يؤدي في الغالب،إلى حالة الضرورة،و فقهاء المالكية يطلقون لفظ الضرورة و يريدون به ما يشمل الحاجة والضرورة،وتستمد مشروعيتها من الأصول العامة المقطوع بها،و من المبادئ العامة للشريعة الإسلامية مبدأ اليسر والتسهيل ورفع الحرج، سواء كان منصوص عليه صراحة، أم مستنبط بواسطة الفقهاء[67]، ومن الآيات والأحاديث الدالة على كون الشريعة راعت حال الضرورة والحاجة،فأباحت الممنوع ورخصت في ترك الواجب قال تعالى : ﴿**إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾ [البقرة الآية 168]

وقال أيضا: ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾[المائدة الاية03]

ومن الأحاديث الدالة على ذلك:

1- عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ فِي الْجَنِينِ: «ذَكَاتُهُ، ذَكَاةُ أُمِّهِ»[68]

67/ نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي،وهبة الزحيلي،مؤسسة الرسالة،الطبعة الرابعة،سنة 1305ه-1985م،ص67

68/ مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني : شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م مسند أبي سعيد الخدري، رقم الحديث 11414، ج18 ص12

2-" عَنْ جَعْفَرِ بْنِ إِيَاسٍ، قَالَ: «سَمِعْتُ عَبَّادَ بْنَ شُرَحْبِيلَ - رَجُلٌ مِنْ بَنِي غُبَرَ قَالَ: أَصَابَنَا عَامُ مَخْمَصَةٍ فَأَتَيْتُ الْمَدِينَةَ، فَدَخَلْتُ حَائِطًا مِنْ حِيطَانِهَا، وَأَخَذْتُ سُنْبُلًا فَفَرَكْتُهُ وَأَكَلْتُ، وَجَعَلْتُ فِي كِسَائِي، فَجَاءَ صَاحِبُ الْحَائِطِ فَضَرَبَنِي، وَأَخَذَ ثَوْبِي، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ لِلرَّجُلِ: «مَا أَطْعَمْتَهُ إِذْ كَانَ جَائِعًا أَوْ سَاغِبًا، وَلَا عَلَّمْتَهُ إِذْ كَانَ جَاهِلًا» قَالَ: فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ فَرَدَّ إِلَيْهِ ثَوْبَهُ وَأَمَرَ لَهُ بِوَسْقٍ مِنْ طَعَامٍ أَوْ نِصْفِ وَسْقٍ»[69]

69/ مسند ابن أبي شيبة،أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، عادل بن يوسف العزازي و أحمد بن فريد المزيدي ،دار الوطن – الرياض الطبعة: الأولى، 1997م حديث: عادة بن شرحيل رقم الحديث 565، ج2، ص60.

الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لما جرى به العمل عند المالكية

إن كتب النوازل طافحة بالأمثلة مما يدل على الجهود التي بذلها فقهاءنا في مجال حل النوازل و تدوينها و هذه بعض الأمثلة حسب موجبها.

المبحث الأول: نماذج موجبها الضرورة و الحاجة

إن من موجبات العمل بما جرى به العمل الضرورة و الحاجة،و هذه بعض الأمثلة التطبيقية،المستند على حالة الضرورة و الحاجة.

المطلب الأول: مسألة شهادة اللفيف

الفرع الاول :تعريف اللَّفِيف

لغة هو : " الْجَمْعُ الْعَظِيمُ مِنْ أَخْلاط شتَّى فِيهِمُ الشَّرِيفُ والدَنِيء وَالْمُطِيعُ وَالْعَاصِي وَالْقَوِيُّ وَالضَّعِيفُ1. قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿**جِئْنا بِكُمْ لَفِيفاً**﴾[الإسراء الآية 110]

اصطلاحا:واللفيف الجماعة المجتمعون من فرق، ومن لازم ذلك عدم الوقوف على عدالتهم فلا تكون عدالتهم ثابتة2

وعن مالك اللفيف من السواد والنساء والصبيان وغير العدول لوث[3]

1 لسان العرب، محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ ،ج9، ص 318

2 حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، يوسف الشيخ محمد البقاعي ،دار الفكر - بيروت: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1414هـ - 1994م ،ج2، ص113

3/ الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي،تحقيق: (مجموعة من المحققين)، دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994 م ج12 ص 291

الأصل في إثبات الوقائع والتصرفات يكون بعدلين،لان الله اشترط العدالة في الشاهد قال تعالى :﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾[البقرة 182]وهذه الآية أوضح دليل في اشتراط العدالة في الشاهد، و لقد كان وصف العدالة موجود في كثير من الناس،لتأثير المبادئ الإسلامية في نفوسهم، و لم يكن هناك سجل خاص العدول المنتصبين للشهادة بل كان القاضي يقبل الشهود ولو لم يكونوا منتصبين للشهادة ل بمجرد تزكيتهم [1] وبفساد الزمان،وضعف الوازع الديني،وشساعة البلدان،أفتى الفقهاء بحصر قائمة العدول المنصبين، لتسهيل عمل القاضي في معرفة الشهود العدول، وقد تكلم الفقهاء القدامى على قبول الإثبات بالعدد الكبير من الناس الذين يبلغون حد التواتر،بحيث يستحيل تواطئهم على الكذب ويحصل بخبرهم العلم القطعي،ويخبرون عن محسوس لا عن معقول، وتكلموا عن إثبات اللوث في القسامة بلفيف الشهداء اثنى عشر فأكثر، بدون اشتراط العدالة إلا ستر الحال، و لم يكونوا يثبتون إلا اللوث أما باقي الحقوق فلم يكونوا يقبلون الإثبات فيها بمجرد اللفيف ،كما تكلموا عن الإثبات بشهادة الصبيان فيما يحصل بينهم بشروط،و على الإثبات بشهادة النساء فيما يقع بينهن،من ضرب و جراح في المآتم ،و الأعراس،و الحمام.

الفرع الثاني :صورة شهادة اللفيف

أما شهادة اللفيف حسب ما جرى به العمل فهي تعدل شهادة عدلين ،عند فقدان، أو عدم تيسر حضورهم،و لم تكن معروفة في القرن التاسع الهجري،و قد ذكرها الشيخ "العربي الفاسي" في رسالة "اللفيف" أنه أدرك العمل يجري بها حوالي سنة ألف هجرية،ثم تدرج العمل بها خلال القرن العاشر الهجري إن طريقة إقامة شهادة اللّفيف تكون بأن يأتي المشهود له ب إثنا عشر رجلا،إلى عدل منتصب للشهادة ــ هناك من قال بضرورة تلقي الشهادة من طرف القاضي ــ فيقوم هذا العدل بكتابة مضمن الشهادة الّتي تلقاها , و يضع أسماء الشهود , ثم ينتقل إلى كتابة رسم آخر , فيه تسجيل على القاضي و صحته لديه , ثم يطالع

1 نظرية الأخذ بما جرى به العمل ، العسري، ص337

العدل القاضي بذلك فيكتب هذا الأخير في الرسم العبارة التاليّة : " شهدوا لدي من قدم لذلك لموجبه فثبت " و يضع علامته , ثم يضع العدلان علامتيهما . ثم يخاطب القاضي على الرسم الثاني و في هـــذه الحالة , أي في حالة تدوين القاضي على الرسم , فإن شهادة اللفيف تكون بمثابة حجة كتابيّة من نوع الأوراق الرسميّـــة و قد نصت الفقرة الأولى من الفصل 419 من قانون العقوبات المغربي على ما يلي : " الورقـــة الرسميّـــة حجـــة قاطعـــة حتـــى على الغيـــر في الوقـــائع و الاتفاقات التي يشهـــد الموظـــف العمومـــي الذي حررهـــا بحصـــولها في محـــضره و ذلـــك إلى أن يطعـــن فيها بالزور . " أما إذا لم يكن هناك تدوين للقاضي فإنه يكون لشهادة اللفيف صفة الحجة العادية القابلة لإثبات العكس . و هـــذه المسألة مهمة من حيث تحديد قوة شهادة اللفيف الإثباتية .

ولشـــهادة اللّفيـــف أهمية بالغة , فمـــن خلالها يتم الحفـــاظ على حقوق المجتمع لاسيـــما في الوقت الذي قل فيه توفر عدليين في جميع الوقائع اليومية ، لكن هذه الشهادة لا مستند لها صراحة في الكتاب ولا في السنة، وإنما جرى العمل بها للضرورة، وقبولها والعمل بها أولى من تركها حتى لا تضيع مصالح الناس[1].

و موجب شهادة اللفيف،هو الضرورة و الحاجة،و هي مطبقة في القضاء المغربي ،غي أنها لم تأخذ حظها الأوفر،كونها لم تعمل بشروطها التي بقيت في كتب الفقهاء،فلم تعطى الأهمية البالغة كوسيلة من وسائل الإثبات،و ليس كمجرد قرينة قضائية.

المطلب الثاني:نظر النساء إلى عورة المرأة

ينظر النساء إلى الفرج إذا ادعى الزوج انه وجد قرنا،أو رتقا ،و نحوه

[1]/نظرية الأخذ بما جرى به العمل،العسري،ص339

وفي ذلك قولان:المشهور لا ينظرها النساء ،و هي مصدقة قاله ابن القاسم ،و قيل ينظرن إليها، حكاه سحنون "بل يقول سحنون تجبر على أن ينظرها النساء. أي في هذه المسألة لا مطلقا."[1] و القول بالنظر أولى لأنها تتهم في أن تدفع عن نفسها،فالشهادة على ذلك ضرورة، لتعلق حق الغير، و هو ما جرى به العمل[2]،فلو ادعى زوج ان بفرج زوجته عيبا يوجب خياره،و انكرته و احتيج إلى إثباته ،فإن للقاضي أن يمكن من يوثق بخبرتهن من النساء لدينهن و معرفتهن، النظر إلى فرجها و ذلك للضرورة الداعية.

و كذلك الأمر بالنسبة للرجل فإذا ادعت الزوجة أن بفرج الرجل عيب فلا فارق بينما.

و لا بد في هذا النظر أن يكون بإذن القاضي أو نائبه و لا عذر فيمن وجهه القاضي لذلك،و لا يقبل غير العدول عند وجودهم و الأولى أن يكونا اثنين[3].

هكذا كان العمل جاريا،أما الآن فقد حل الطب هذا المشكل،و أصبح كل من المرأة و الرجل يعرضان على الطبيب،و لا يتم العقد إلا بعد إحضار وثيقة تثبت خلو كلا منهما من العيوب التي تمنع من الزواج،ولعل في أقوال الفقهاء المتأخرين ما يبرر عملهم.

[1]/ شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ،دار الفكر للطباعة – بيروت،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ،ج3،ص243

[2]/فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق،أبو عبد الله محمد بن احمد ميارة الفاسي،تحقيق رشيد البكاري،دارالرشاد الحديثة،الدار البيضاء المغرب، الطبعة الأولى،سنة الطبع 1429 ه-2008 م،ص 451

[3]/العرف و العمل في الذهب المالكي و مفهومهما لدى علماء المغرب،ص436

المبحث الثاني: مسائل موجبها العرف

المطلب الأول:الإعتداد بالأشهر

من المعلوم أن عدة المطلقة التي تحيض المدخول بها ،ثلاثة أقراء ،سواء كان القرء، الطهر أو الحيض على الخلاف الحاصل، و سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا،مصداقا لقوله تعالى:

الاية: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ.. .﴾ (البقرة الآية 228)

ومعلوم أيضا أن عدة الصغيرة و اليائسة ثلاثة أشهر، كما جاء في الآية الكريمة:

﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾ (الطلاق الآية 4)

لكن ما جرى به العمل مسألة الإعتداد بالأشهر ،و المتمثلة في المطلقة ذات الاقراء –السالفة الذكر–لا يحل لها الزواج، إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم طلاقها،و هذا إذا ادعت انقضاء الأقراء فيها، أما إذا ادعت إنقضاء الأقراء في أقل من هذه المدة فلا تصدق،

"وعادة النساء عندنا مرة واحدة في الشهر، وقد قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان؟، فلا أرى أن تمكن المطلقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا يسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو آخره"[1].

كلام ابن العربي هذا،صريح في أن عدتها بالأقراء، لكن لا تصدق في انقضائها في أقل من ثلاثة أشهر، أما بعد الثلاثة أشهر فتسأل و تصدق، في انقضائها أو عدم انقضائها،فإذا قالت بعدها: لم تنقض، لم تزوج.

[1]/ أحكام القرآن ،القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري ،راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان،الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م،ج1،ص255

و المشهور أنها تصدق في انقضاء عدة الأقراء،و الوضع بلا يمين ما أمكن،لكن جرى العمل على اعتبار الأشهر،و هو خلاف النص[1].

المطلب الثاني :ترك اللعان

الفرع الأول تعريف اللعن: ل ع ن: (اللَّعْنُ) الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ مِنَ الْخَيْرِ وَبَابُهُ قَطَعَ. وَ (اللَّعْنَةُ) الِاسْمُ، وَالْجَمْعُ (لِعَانٌ) وَ (لَعَنَاتٌ) وَالرَّجُلُ (لَعِينٌ) وَ (مَلْعُونٌ) وَالْمَرْأَةُ (لَعِينٌ) أَيْضًا. وَ (الْمُلَاعَنَةُ) وَ (اللِّعَانُ)[2]

جرى العمل في فاس بترك اللعان و رحب الفقهاء به نظما و شرحا يقول عبد الرحمن الفاسي في منظومته :

و اترك لفاسق و غيره اللعان ******* أو هو للفاسق فقط بغير ثان .

و لعل جذور هذا العرف ضارب في أغوار التاريخ ، إذ لاعن الفقيه الواثق الأندلسي زوجته سنة388ه ، فأنكر الناس عليه ذلك ، ميلا إلى أولوية الستر ، و درءا للفضيحة ، فأجابهم معتذرا :" أردت إحياء سنة أميتت " ، و المفهوم من جوابه أن سنة اللعان إندثرت قبل عصره و هذا مما ينبأ عن قدم هذا العرف .

و لا يعلم لترك اللعان حجة إلا ما يذكر عن ابن العربي أنه صرح بأن شهادة الرجل على زوجته برؤية الزنى مكروهة ، ولا يلتفت لقول أحد بعد نهوض الحجة من كتاب الله و سنة رسوله و اللعان ثابت من وجوه :

الأول : قوله تعالى : ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ**﴾ **(النور الآية6)**

الثاني : حديث عويمر في الصحيحين قال رسول الله : «قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا» قَالَ سَهْلٌ: فَتَلاَعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1]

[1]/ينظر فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق،ابو عبد الله محمد بن احمد ميارة،تحقيق رشيد بكاري،ص 449

[2]/ مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ،يوسف الشيخ محمد،المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا،الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م،ج1،ص283

الثالث : إنعقاد الإجماع على ثبوت اللعان ، قال ابن رشد الحفيد : " فاللعان ثابت بالكتاب و السنة و القياس و الإجماع .

الرابع : مذهب مالك أن الفاسق كالعدل في صحة الإلتعان يقول خليل " إنما يلاعن زوج و إن فسد نكاحه أو فسق "[2]

و العمل مهما كانت قوته لا يمكن أن يحل محل النص،و مع وجود النص وجب الرجوع اليه.

و لم يعثر الفقهاء على مستند لهذا العمل،إلا ما ذكره ابن العربي،من أولوية الستر،و لا يبدوا أنه مستند صحيح.[3]

[1]/ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري،محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، رقم الحديث:5259،المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر،دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)،الطبعة: الأولى، 1422هـ، ج7،ص42

[2]/ مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي،أحمد جاد،دار الحديث/القاهرة،الطبعة: الأولى، 1426هـ/2005مـ، ج1،ص128

[3]/الغرف و العمل،عمر الجيدي،ص448

المبحث الثالث :مسائل موجبها المصلحة

كما كان أساس و موجب الأخذ بما جرى به العمل هو المصلحة، فسأحاول إيراد بعض المسائل التي جرى بها العمل و كان مستندها المصلحة.

المطلب الأول:بيع الصفقة

الفرع الأول:تعريف بيع الصفقة

تعريفها لغة و اصطلاحا: الصفق: مصدر صفقت الشيء بيدي صفقا، إذا ضربته بها وصفقت وجهه، إذا لطمته.وتصافق القوم، إذا تبايعوا. وفلان خاسر الصفقة ورابح الصفقة في الشراء والبيع[1].

و أصله من التصفيق ،و هو الضرب بباطن الراحة على الأخرى ،لأنهم كانوا يفعلون ذلك عند البيع هذا أصل اللفظة في اللغة ،الذي صار في الغالب على نوع خاص من البيوع،و هو أن يبيع احد الشركاء جميع المشترك،لأجنبي ثم يخبر بقية الشركاء،مخيرا إياهم بين أن يضموا حصته لحصتهم بما نابها من الثمن الذي باع به الشيئ المشترك للأجنبي،أو أن يمضوا البيع[2].

الفرع الثاني :صورة بيع الصفقة

و صورتها أن تكون دار بين رجلين أو ثلاثة مثلا ،ملكوها بشراء أو إرث مثلا ،و مدخلهم في ذلك واحد،بحيث كانوا قد ملكوا ذلك دفعة واحدة، فيعمد أحدهم إليها و يبعها جميعا،ثم يكون لشريكه أو شركائه الخيار بين أن يكملوا البيع للمشتري ،و يأخذوا منه ثمن نصيبهم و بين أن يضموا المبيع لأنفسهم ،و يدفعوا للبائع مناب حصته.

فالمشهور من مذهب مالك،يقتضي منع بيع الصفقة ،و لا يجوز إلا بشروط عديدة ،من هذه الشروط رفع الأمر إلى الحاكم ليجبر الممتنع.

---

[1]/ جمهرة اللغة،أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ،المحقق: رمزي منير بعلبكي،دار العلم للملايين – بيروت،الطبعة: الأولى، 1987م،ج2،ص265

[2]/العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومهما لدى علماء المغرب،ص449

"وجاء الشيخ ميارة الكبير، فألف في مسألة بيع الصفقة وجوزه، وبين شروطه على ما به عمل فاس وهي أيضا لا تنطبق على أصول المذهب، وسوغوها لضرورة كثرة الخصومات في الجزء المشاع، وليتهم لم يضيقوها بكثرة الشروط التي لم نعلم مستندها"[1].

فالباعث على بيع الصفقة هو المصلحة،إذ أنه مبني على قاعدة [الضرر يزال][2]،لأنه إذا رفع مريد بيع الصفقة الأمر إلى القاضي،فان الأمر يطول عليه،فيحصل له فوت في ربح ،كما يحصل له ضرر من بيع حصته منفردة ،و عدم أداء الشركاء قيمة النقص.

لكن ما جرى به العمل عند فقهاء المالكية المتأخرين،يقتضي جواز بيع الصفقة دون النظر إلى القيود التي قال بها الفقهاء المتقدمون.

المطلب الثاني:بيع المضغوط

الفرع الأول:تعريف بيع المضغوط

لغة: بيع المضغوط، وهو المكره، وقال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والشدة والإكراه انتهى.[3]

اصطلاحا:هو من اكره على البيع أو على سببه [4].

و مسالة بيع المضغوط من المسائل التي جرى العمل بها قبل القرن التاسع الهجري بالمغرب،و من نوازل مازونة أن القاضي الفشتالي قاض فاس كان يفتي بالشاذ في مسألة المضغوط[5].

فالمضغوط، أو المقهور على دفع مال لا يلزمه شرعا،إذا باع متاعه فيه ليؤديه إلى من اكرهه ،فله نفوذ، وإمضاء، تقديما لحفظ النفوس على صون الأموال.

---

[1]/ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي،ج2،ص457

[2]/ الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ، دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى 1411هـ-1991م،ج1،ص41

[3]/ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي ، دار الفكر،الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م،ج4،ص248

[4]/العرف و العمل في المذهب المالكي ،عمر الجيدي،ص457

[5]/النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية،أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد بن محمد الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني،بدون دار نشر،سنة1413ه-1993م،ج3،ص102

و المشهور في المذهب خلاف هذا،لأن شرط لزوم البيع كون عاقده مكلفا،و المكروه غير مكلف،على الصحيح ،و ظاهر عبارات الفقهاء أن اسم المضغوط خاص بمن اكره على دفع المال دون بيع كما يتضح من كلام ابن رشد " أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال، فباع لذلك ونصه، ولا يلزم بيع المجبور على البيع جبرا حراما."[1]

وقال البرزلي: سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو فقال: هو من أضغط في بيع ربعه أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك انتهى.[2]

أي سواء كان الإكراه على دفع المال و البيع معا ،فيعده ابن أبي زيد داخلا في مسالة المضغوط،و هذا رأي غالبية الفقهاء،فهم يعممون الضغط فيهما معا[3]

لكن العمل جار على الوجه الأول و عليه اقتصر"ابن هلال" مفرقا بين المضغوط و المجبر على مجرد البيع فقال:المضغوط هو المأخوذ بغرم مال قهرا يضيق عليه بشدة و تعذيب،و بهذا افترق حكم المجبر على البيع و المضغوط شرعا،فالمجبر على البيع لا يلزمه شرعا اجماعا.

الفرع الثاني:حكم المكره

"وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ففيه خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك أنه لا يلزمه، وقال ابن حبيب: وحكاه عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ.

وقال به سحنون، وأفتى به ابن رشد وغيره لكن سحنونا وابن رشد خالفا في أخذه صاحبه بلا ثمن كما سيأتي، وقال ابن كنانة: بيعه لازم؛ لأنه غير مفسوخ نقله عنه ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان، ونقله أيضا البرزلي، وقال به السيوري واللخمي قال البرزلي: ومال إليه شيخنا الإمام يعني ابن عرفة، وهو قول الثوري قال في التوضيح: عن ابن رشد بعد أن حكاه عن اللخمي والسيوري، والمذهب خلاف ذلك ونص كلام السيوري واللخمي على ما نقل البرزلي"[4]

---

[1]/مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني ، دار الفكر،الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م،ج4،ص248

[2]/المرجع نفسه،ص248

[3]/ينظر العرف و العمل في المذهب المالكي،عمرالجيدي،ص458

[4]/مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،الحطاب،ج4،ص248

فكما نرى اضطربت فتاوى الشيوخ في هذه المسالة ،فأفتى أكثرهم بالمشهور،و أقلهم بالشاذ،كما مر علينا سابقا مع القاضي "الفشتالي" الذي أفتى بالشاذ في مسالة بيع المضغوط،و كان "السيوري"يرى أن بيع المضغوط جائز،لأن في ذلك تخليص نفسه من العذاب،وهو آكد و أولى.و أن في مضيه مصلحة و معونة،إلحاقا له بما اجمع عليه من فداء الأسير،و هذا الرأي ذهب إليه "التادلي"،إذ كان يرى أن بيع المضغوط هو الذي ينبغي العمل به،و هو الذي يليق بأحوال الناس،و إلا تعذر فكاكهم[1]

فمسالة المضغوط جرى العمل بها بالقول الشاذ،استحسانا فهي و إن خولف فيها المشهور،إلا أن الفقهاء لاحظوا فيها تحقيق مصلحة المضغوط لأن المحققين اختاروا القول الشاذ لما رأوا كثرة الجور و شيوع الضغط،و لا شك أن الجري على المشهور يؤدي إلى بقاء المضغوطين في العذاب،و لا يخلصهم من ذلك إلا المال الذي ضغطوا فيه،و حيث كان كذلك،فالمحافظة على النفس و العرض مقدمة على المحافظة على المال.[2]

[1]/ينظر العرف و العمل في المذهب المالكي،عمر الجيدي،ص459

[2]/المرجع نفسه،ص460

المبحث الرابع :مسائل موجبها سد الذريعة

المطلب الأول:مسالة تأبيد التحريم للمخلق و الهارب

المخلق هو المفسد للمرأة على زوجها بأن وسوس لها حتى نشزت منه،و طلقت من زوجها و أراد هو الزواج بها فإنها تحرم عليه أبدا معاملة له بنقيض قصده ،كما تقول القاعدة الفقهية:

[من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه][1]

قال رسول الله–صل الله عليه وسلم– حدثنا الحسن بن علي، حدثنا زيد بن الحباب، حدثنا عمار بن رزيق، عن عبد الله بن عيسى، عن عكرمة، عن يحيى بن يعمر، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس منا من خبب امرأة على زوجها، أو عبدا على سيده»[2].

و قال"أو هارب بامرأة، أو مفسدها على زوجها فلا يتأبد تحريمها عليه على المشهور في الأخيرتين، وقيل يتأبد فيهما.

ابن عمر الهارب بالمرأة قيل يتأبد عليه تحريم تزوجها والمشهور أنه لا يتأبد فيها التحريم. وكذا المخلف الذي يفسد المرأة على زوجها حتى يتزوجها فقيل يتأبد فيها التحريم والمشهور لا يتأبد..

لكن أفتى غير واحد من متأخري الفاسيين بالتأبيد فيهما، ولذا قال في العمليات:

وأبدوا التحريم في مخلف ... وهارب سيان في محقف"[3]

و كذلك الهارب بالمرأة فيعاملان نفس المعاملة،أي يؤبد التحريم عليهما، و هذا ما جرى به العمل ،منذ أواسط القرن التاسع الهجري بتأبيد تحريم المرأة المخلقة على المخلق،فقاس الفقهاء حكم هروب الرجال بالنساء،على حكم التخليق فحكموا بتأبيد تحريمها عليه ،مع فارق في الشروط و الملابسات،

و بفضل هذا العمل الذي اجراه الفقهاء توقفت عملية الهروب بالنساء.

---

[1]/ المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ،وزارة الأوقاف الكويتية،الطبعة: الثانية، 1405هـ - 1985م،ج3،ص205

[2]/ سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو،المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، ج2،ص254،رقم الحديث :2175،صححه الالباني

[3]/ منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، دار الفكر – بيروت،الطبعة: بدون طبعة،سنة 1409هـ/1989م،باب النكاح،ج3،ص264

المطلب الثاني: بيع الثنيا

الفرع الأول : تعريف بيع الثنيا لغة و اصطلاحا

الثنيا لغة: الثنيا: الاسم من الاستثناء[1].

إصطلاحا:و هو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إذا أتيتك بالثمن إلى مدة كذا، أو متى أتيتك به ، فالمبيع مصروف علي ، و لا يجوز و يفسخ ما لم يفت المبيع ، فتلزم القيمة يوم قبضه ، و فوت الأصول إنما يكون بالبناء و الهدم ، و الغرس و نحو ذلك على المشهور[2] .

"وأما مالك، وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه، وحملوا النهي على الثنيا على ما فوق الثلث"[3]

و أوضح حديث في منعه حديث جابر قال :" و قد جوزه من أجاز البيع و الشرط . و هو مشهور المالكية . **حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ الْقَوَارِيرِيُّ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدٍ الْغُبَرِيُّ، وَاللَّفْظُ لِعُبَيْدِ اللهِ، قَالَا: حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، حَدَّثَنَا أَيُّوبُ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، وَسَعِيدِ بْنِ مِينَاءَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، قَالَ: " نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةِ، وَالْمُعَاوَمَةِ، وَالْمُخَابَرَةِ – قَالَ أَحَدُهُمَا: بَيْعُ السِّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ – وَعَنِ الثُّنْيَا، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا "**[4]،

---

[1]/ معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر،مراجعة: إبراهيم أنيس،طبعة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة،السنة:1424ه-2003م،ج4،ص64

[2]/الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج،محمد بن احمد ميارة الفاسي،دراسة و تحقيق:محمد فرج الزائدي،منشورات:ELGA،سنة 2001،ص312

[3]/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الحديث – القاهرة،الطبعة: بدون طبعة، 1425هـ - 2004 م،ج3،ص182

[4]/ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري ،المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي – بيروت،باب النهي عن المحالقة و المزابنة،رقم الحديث :85،ج3،ص1175

إلا أن إبن الماجشون و سحنون منعاه ، فكان قولهما ضعيفا لا يعتد به و مع ذلك جرى به العمل لدى بعض فقهاء المغرب، و ذكر ابن عبد البر أن المالكية حملوا النهي في الحديث عن الثنيا على ما فوق الثلث، و ذهب المتيطي إلى أن بيع الثنيا لا يجوز انعقاده في شيء من الأشياء .

صورة بيع الثنيا : و هو أن يتفق بائع و مشتري عند عقد البيع على أن للبائع حق استرجاع ما باع مهما رد للمشتري ما دفع إليه من الثمن .

و قد تطور هذا البيع حتى غدا ذريعة للربا إذ لجأ المتعاقدان إلى حيلة و هي أن يعقد البيع ظاهرا مع تواطؤهما باطلا على أنه مجرد سلف يقبضه الدائن بعد مدة يكون خلالها قد استفاد من كراء المبيع أو غلته فيصير سلفا و هو محرم قطعا و لذلك لجأ بعض الفقاء إلى الإفتاء بمنعه و قطع التعامل به منعا لتحايل الناس للوصول إلى الربح المحظور شرعا .

و من الذين أفتوا بالمنع ابن هلال، و سعيد ابن علي الهوزالي ،اعتمادا على القول الضعيف داخل المذهب .

و هذا البيع كان يجري بكثرة في البلاد السوسية و حكى ابن هلال تمالؤ الناس عليه

المطلب الثالث:مسالة الخلطة في اليمين

الخلطة لغة[1]: "بالضم: الشركة، ولا فرق إذن بين الخليط والشريك، والاختلاف بينهما إنما يقع بسبب اختلاف المحل، فتارة يذكر الشريك في نفس المبيع، والخليط في حق البيع، وتارة بالعكس"

اصطلاحا:الخلطة عند المالكية ،أن يعلم بين المتداعيين مخالطة أو معاملة أو تهمة ،و المشهور في مذهب مالك ،أن المدعى عليه إذا أنكر لا يمين عليه ،حتى تثبت الخلطة بينه و بين المدعي ، حتى لا يبتذل أهل السفه أهل المروءة بتحليفهم مرارا في اليوم الواحد ،و على المشهور ذهب ابن أبي زيد في رسالته حين قال : " و لايمين حتى يثبت الخلطة أو الظنة " غير أن الذي عليه العمل في الأندلس و المغرب هو قول ابن نافع الذي لا يرى اشتراط الخلطة، لحديث ابن عباس مرفوعا و لكن اليمين على المدعى عليه و معلوم ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه .

[1]/ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء ، المحقق: عدنان درويش – محمد المصري،الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت،بدون سنة،ج1،ص433

و الركون إلى ما جرى به العمل في هذه المسألة و خروجه على المشهور، يجري على عموم الأدلة ، و مقتضى القواعد الشرعية،و نبين ذلك من الوجوه التالية:

الأول:أن عمومات القرآن و السنة تأمر بإقامة العدل،و صيانة الحقوق،و اشتراط الخلطة يجافي هذه العمومات،فيحتاج إلى دليل مخصص .

الثاني : إن إشتراط الخلطة ذريعة إلى إهدار الحقوق ، و تضييع المصالح ذالك أن المدعي قد يكون صاحب حق لكن تنقصه البينة على إثباته ، و لا تقوم بينه و بين المدعي و المدعى عليه مخالطة ، فإذا اقتضى هذا الشرط المجحف عدم حضور المدعى عليه و توجيه اليمين له ، فإن ذالك مفض إلى تضييع حق المدعي و فتح ذرائع المحاباة و الميل في القضاء .

الثالث : إذا تصورنا تزاحما بين المفسدتين : مفسدة تضييع الحقوق و مفسدة إبتذال أهل المروءة مرارا ، فإن القاعدة تقضي عند الترجيح بارتكاب أخف الضررين ، و الضرر الأخف هنا هو إهدار تحسينيات تتعلق بكرامة ذوي الهيئات و أهل المروءات ، فكيف يغلب على الضرر الأشد و هو إهدار ضروريات كحفظ الحقوق المادية أو المعنوية .

الرابع : إن الإحتياط لكرامة ذوي الهيأت و سد الذريعة إلى ابتذالهم ، لا يتأتى بتضييع حقوق الناس ، إذ الضرر لا يزال بمثله ، و لامتعلق لمن ذهب إلى إشتراط الخلطة في اليمين بحديث :" أقيلوا ذوي الهيات عثراتهم " لعدم نهوضه للإحتجاج على المطلوب ، و فرضنا صحته ، فإنه لا يدل ضمنا و لا صراحة على إشتراط الخلطة ، فإقالة عثرات ذوي الهيأت لا يستلزم الإضرار بالغير، و إهدار المصالح .

و يمكن الإحياط لمنع أهل السفه من إبتذال أهل المروءة بمسالك أخر ، كتوكيل المدعى عليه لمن يسد مسده إن كره الحضور إلى مجلس القضاء سواء كان رجل أو إمرأة فهي تخرج لقضاء حوائجها فحكمها حكم الرجل ، و إن كانت مخدرة فإنها تؤمر بالتوكيل فإن توجهت إليها اليمين بعث القاضي أمينا معه شاهدان ، فيستحلفها بحضرتهما ، للحديث الصحيح: " واغد يا أنس إلى امرأة هذا ، فإن إعترفت فأرجمها " [1] فالرسول –صل الله عليه و سلم– بعث إليها أمينا و لم

[1] /المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي،رقم الحديث:5411،صححه الالباني ،تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة،الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب،الطبعة: الثانية، 1406 هـ – 1986م، ج8،ص241

يستدعها إلى مجلسه و هناك مخرج أخر يصون أهل المروءة و ذوي الهيأت عن الإبتذال ، و هو أن يفرد لهم الحاكم مجال خاصة يجمع فيها بينها و بين خصومهم ، فلا ترد الدعوة حين إذن ، مع حسم مادة الإساءة و المضارة و الإيقاع في الحرج.

خاتمة

بعد انجاز بحثنا المتواضع لقاعدة "ما جرى به العمل عند المالكية دراسة تأصيلية تطبيقية "وقفنا على أن المجال الخصب لهذه النظرية هو مجال المعاملات، و بدرجة أقل مجال العبادات و لا يفهم أن مصطلح ما جرى به العمل أساسا تشريعيا ، جاء لمصادمة النصوص و تغييرها ، بل هو علاج تشريعي إقتضته الأحوال الإستثنائية الحاصلة في بلد ، أو مجتمع ما، فجاء لإعطاء الحلول للنوازل المعروضة ، و لتنزيل أحكام الشريعة على المكلفين ، وفقا لأحوالهم، و رعاية لمصالحهم ، بسبب فساد الزمان و تغير الأعراف ، و هذا كله قصد الإصلاح ، و التخفيف عن الناس ، إذ تحدث للناس أقضية بحسب ما أحدثوا من فجور .

غير أن نظرية ما جرى به العمل تحتاج إلى ضبط و إعادة نظر، خاصة ما تعلق منها بمخالفة النص كترك اللعان ، و الإعتداد بالأشهر لذوات الأقراء ،كما أن هناك نوازل جديدة تحتاج إلى عميق نظر من طرف فقهاء مؤهلين،خاصة مع التطور الحضاري الذي عرفه عصرنا على جميع الأصعدة ، كالنقد، العمران و غيرها.

و نلخص النتائج في النقاط التالية :

1- إن ما جرى به العمل مرتبط بفقه المعاملات ، أكثر مما هو مرتبط بفقه العبادات حيث يعتبر جانب المعاملات مجالها الخصب .

2- على الفقهاء و رجال القانون ، و أساتذة الإجتماع العمل سوية من أجل إستخدام نظرية ما جرى به العمل إستخداما يسمح بالإحاطة بها من جميع الجوانب

3 – ضرورة إستقراء الأقوال التي جرى بها العمل ، و حصرها ، و نخلها .

4- دراسة الأقوال دراسة وافية لمعرفة ما يوافق ضوابط ما جرى به العمل فيعمل به و ما لم يوافق الضوابط يترك و لا يعتد به .

5- عدم تسرع في الإفتاء بما جرى به العمل ، لمجرد التنصيص عليه بل لابد من التأكد من الموجبات التي يستند عليها هل مازالت مستمرة فيعمل بها ، أم تجاوزها الزمن و لم تصبح صالحة لوقتنا الحاضر

6- من أهم موجبات ما جرى به العمل العرف ، و الأعراف لقديمة التي بني عليها العمل قد تغيرت فيجب الإنتباه و الحذر .

7 – كما أن المصالح قد تغيرت عما كانت سابقا فيجب الإنتباه لما هو مصلحة و ما هو غير ذلك

8- الإستفادة ما جادت به قريحة الفقهاء المالكيين لإيجاد حل لما يعصف بالعالم من نوازل عجزت أكبر الأدمغة عن حلها.

9- ما جرى به العمل عملية إجتهادية إذا لم تضبط ، سيؤدي ذلك إلى أمرين :

- إما الإفراط في استخدامها .

- أو التفريط فيها بتركها جملة و تفصيلا بناءا على مآخذ عدة أخذت عليها ، و كلا الأمرين غير مقبول

10- إن إطلاق الأحكام المتسرعة ،و المعارضة لهذا النوع من الفقه الإجتهادي ليس من الحكمة ،إذ يجب عرض حجج المؤيدين ، و المخالفين و استحضار روح الشريعة العامة و تقدير أحوال المخاطبين بها و إيراد الأدلة و الشبهات حولها و إجراء مقارنة للوصول إلى نتيجة يقبلها الجميع .

11- عرض النتائج على الميزان الشرعي ، دون جمود و لا تسيب ، و لا تقليد، و لا تعصب فما تطرحه هذه النظرية من قضايا معرفية مبنية على أسس ، إجتماعية سواء تمثلت ، في عرف أو مصلحة أو سد ذريعة يستدعي النظر ، و توظيف ما جرى به العمل ، مع إرتباط المنهج النصي، بالمنهج المقاصدي، للوصول إلى رؤية شاملة ،تخضع فقه العمليات للتصويب و التوجيه

12-و بالرغم من أن هذه النظرية لم يكن مجمعا عليها عند فقهاء المالكية المتأخرين، بالأندلس و المغرب إلا أنه نتج عنها خلاف فقهي أغنى التراث الفقهي الإسلامي عموما ، و المالكي خصوصا .

التوصيات :

1- التكفل بما في كتب الفقه،عن هذه النظرية،و تمحيصه ،و ذلك بعد القيام بتحقيق المخطوطات التي تحوى أمثلة عن نوازل حلت بهذه النظرية ،و لا تبقى هذه المخطوطات حبيسة أدراج المكتبات العتيقة.

2-زيادة البحوث في موضوع هذه النظرية فالكتابات التي تناولتها جد قليلة.

3-إدخال هذه النظرية المخبر ،المشكل من الفقهاء،القانونيين،و علماء الاجتماع

4-قيام العلماء المؤهلين، أو المجامع الفقهية بالعناية بهذه النظرية و إخراجها من حيز المذهب المالكي،و الاستفادة منها.

قائمة المصادر والمراجع

1.القرآن الكريم

2-أحكام القرآن ،القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري ،راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا ،دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،الطبعة: الثالثة، 1424 ه - 2003 م،ج1.

3-الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام،شهاب الدين أي العباس احمد بن إدريس =القرافي،اعتنى به عبد الفتاح أبو غرة،مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب،الطبعة الأولى بحلب ،سنة 1387ه 1967 م،و الطبعة الثانية ببيروت ،سنة 1416ه ،1995م.

4-الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته و اسبابه، عبد العزيز بن صالح الخليفي، الطبعة الأولى ،سنة :1414ه-1992م

5-الأشباه والنظائر ،تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ،دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى 1411ه- 1991م ج1

6-أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي ،محمد رياض ، ،الطبعة الأولى، سنة 1996

7-أصُولُ الِفقهِ الذي لا يَسَعُ الفَقِيهِ جَهلَهُ،عياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية،الطبعة: الأولى، 1426 ه - 2005 م.

8-أصول فقه الإمام مالك، أدلته النقلية ،عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الطبعة الأولى ، سنة 1424 ه ، 2002 م ، ج2 .

9-بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الحديث – القاهرة ،الطبعة: بدون طبعة ، 1425ه - 2004 م،ج3

10-البوطليحة ، محمد بن عمر الغلاوي ، تحقيق : يحي بن البراء ، المكتبة المكية ، مؤسسة الريان ، الطبعة الثانية ، سنة 1425 ه 2004 م

11-تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية ،وليد بن راشد السعيدان، راجعه وعلق عليه: الشيخ سلمان بن فهد العودة.

12-الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري،محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، رقم الحديث: 5259،المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر،دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)،الطبعة: الأولى، 1422ه،ج7.

13-جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ،تحقيق ناصر بن علي بن ناصر الغامدي (رسالة ماجستير) جامعة أم القرى

14-جمهرة اللغة،أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ،المحقق: رمزي منير بعلبكي ،دار العلم للملايين – بيروت،الطبعة: الأولى، 1987م،ج2.

15-جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل ، صالح عبد السميع الآبي، ،المكتبة الثقافية بيروت

16-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ،دار الفكر ،بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج4

17-حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، يوسف الشيخ محمد البقاعي ،دار الفكر - بيروت: بدون طبعة ، تاريخ النشر: 1414ه - 1994م ،ج2.

18-خبر الواحد إذا خالف عمل أهل المدينة ،حسان فلبمان، ،رسالة ماجستير.

19-الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ،المحقق:جزء 1، 8، 13: محمد حجي جزء 2، 6: سعيد أعرابجزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة،الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت،الطبعة: الأولى، 1994 م،ج1.

20-رفع العتاب و الملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام،محمد با القاسم القادري الحسني ،بدون طبعة ،بدون سنة طبع،بدون دار نشر

21-الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج،محمد بن احمد ميارة الفاسي،دراسة و تحقيق:محمد فرج الزائدي،منشورات:ELGA،سنة 2001.

22-سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو،المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت،ج2.

23-شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم،دمشق/ سوريا، الطبعة: الثانية، 1409ه - 1989م ، ج1 .

24-الشرح المختصر لنظم الورقات، أبو عبد الله، أحمد بن عمر بن مساعد الحازمي،مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشيخ الحازمي،http://alhazme.net ،الدرس رقم12.

25-شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، دار الفكر للطباعة – بيروت،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ،ج1.

26-شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ،دار الفكر للطباعة – بيروت،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ،ج3.الطبعة: الثانية، 1408 ه - 1988 م،ج1.

27-العرف و العمل و مفهومهما لدى علماء المغرب ،عمر عبد الكريم الجيدي ، ،مطبعة فضالة المحمدية المغرب،بدون طبعة،سنة 1982.

28-عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد، أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور ، المحقق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية – القاهرة،بدون رقم طبعة بدون سنة طبع

29-عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك و أراء الأصوليين ،أحمد محمد نور سيف، ،دار البحوث للدراسات الإسلامية،الطبعة الثانية،سنة 1421ه ،2000 م ،الجزء الأول .

30-الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي ،المحقق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى، 1425ه - 2004م،ج1.

31- فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق،أبو عبد الله محمد بن احمد ميارة الفاسي،تحقيق رشيد البكاري،دارالرشاد الحديثة،الدار البيضاء المغرب، الطبعة الاولى،سنة الطبع 1429 ه- 2008 م.

32-الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ،محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي ، ابتدئ طبعه بمطبعة إدارة المعارف بالرباط ، سنة 1340ه ، و أكمل بمطبعة البلدية بفاس ، سنة 1345ه ، الجزء الثاني

33-القاموس الفقهي لغة واصطلاحا : الدكتور سعدي أبو حبيب دار الفكر. دمشق – سورية الطبعة: الثانية 1408 ه = 1988 م .

34-القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ،تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة،بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي،الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان،الطبعة: الثامنة، 1426 ه - 2005 م

35-كتاب التعريفات ،علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية ،بيروت –لبنان الطبعة: الأولى 1403ه -1983م .

36-كتاب العين ،أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري،تحقيق د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج2 .

37-كتاب العين ،أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري ،تحقيق :د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال ج7 .

38-كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب،إبراهيم بن علي بن فرحون، دراسة و تحقيق:حمزة أبو فارس و عبد السلام الشريف،دار الغرب الإسلامي بيروت-لبنان،الطبعة الأولى،سنة 1990 م،

39-الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء ،

40-لسان العرب ، محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 ه ،ج9.

41-المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي،صححه الالباني ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب،الطبعة: الثانية، 1406 ه– 1986م، ج8.

42-مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية،المحقق: نجيب هواويني،الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي،ج 1،المحقق: عدنان درويش – محمد المصري،الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت،بدون سنة،ج 1. المحكم والمحيط الأعظم، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ،المحقق: عبد الحميد هنداوي،دار الكتب العلمية – بيروت،الطبعة: الأولى، 1421 ه - 2000 م،ج3

43-مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ،يوسف الشيخ محمد،المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420ه / 1999م،ج1.

44-مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي،أحمد جاد،دار الحديث/القاهرة،الطبعة: الأولى، 1426ه/2005م،ج1.

45-المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران ، المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت،الطبعة: الثانية، 1401،ج1.

46-مسند ابن أبي شيبة،أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، عادل بن يوسف العزازي و أحمد بن فريد المزيدي ،دار الوطن – الرياض الطبعة: الأولى، 1997م حديث: عادة بن شرحيل رقم الحديث 565، ج2.

47-مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني : شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 ه - 2001 م مسند أبي سعيد الخدري، رقم الحديث 11414، ج18

48-المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي – بيروت،باب النهي عن المحالقة و المزابنة،رقم الحديث :85،ج3.

49-مصطلح ماجرى به العمل وأثره على تغير الفتوى في المدرسة المالكية بالمغرب ، عبد الفتاح

50-معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، محمَّد بنْ حسَيْن بن حَسنْ الجيزاني، دار ابن الجوزي، الطبعة الخامسة، 1427 ه، ج1 .

51-معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل،الناشر: عالم الكتب،الطبعة: الأولى، 1429 ه - 2008 م

52-معجم ديوان الأدب، أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم بن الحسين الفارابي، تحقيق: دكتور أحمد مختار عمر،مراجعة: إبراهيم أنيس،طبعة: مؤسسة دار الشعب للصحافة والطباعة والنشر، القاهرة،السنة:1424ه-2003م،ج4.

53-معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1408 ه - 1988 م ج1 .

54-معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع

55-المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب،أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي،نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالمملكة المغرب،سنة 1401ه -1981م،ج1

56-المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ،وزارة الأوقاف الكويتية،الطبعة: الثانية، 1405ه - 1985م،ج3.

57-منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي،دار الفكر- بيروت، بدون طبعة،سنة 1409ه/1989م،ج

58-منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، دار الفكر – بيروت،الطبعة: بدون طبعة،سنة 1409ه/1989م،باب النكاح،ج3.

59- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني ، دار الفكر،الطبعة: الثالثة، 1412ه - 1992م، ج4

60 -الْمُهَذَّبُ فِي عِلْمِ أُصُولِ الفِقْهِ الْمُقَارَنِ ،عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد – الرياض، الطبعة الأولى: 1420 ه - 1999 م ج3 .

61-. الموفقات في أصول الشريعة،أبو إسحاق الشاطبي =إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي،عني بضبطه عبد الله دراز،المطبعة الرحمانية بمصر،بدون رقم طبعة ، بدون سنة طبع ،ج2

62 -نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، عبد السلام العسيري، بدون طبعة،سنة 1996م

63-نماذج من جهود فقهاء المالكية المغاربة في تدوين النوازل الفقهية ،د. مبارك جزاء الحربي

64-نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل،أبو العباس سيدي أحمد بن عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، دار يوسف بن تاشفين و مكتبة الإمام مالك،الطبعة الأولى،سنة 1428ه

فهرس الأيات

الأية	الصفحة
﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة : 179 :	24
:﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[البقرة الآية143]	29
:﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة الآية 168]	30
:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[المائدة الاية03]	30
﴿ جِئْنا بِكُمْ لَفِيفاً﴾[الإسراء الآية 110]	31
:﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾[البقرة 182]	31
﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ.. .﴾ (البقرة الآية 228)	35
﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾ (الطلاق الآية 4)	35

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النور الآية6)	36

فهرس الأحاديث

الأحاديث	الصفحة
«ذَكَاتُهُ، ذَكَاةُ أُمِّهِ»	31
«سَمِعْتُ عَبَّادَ بْنَ شُرَحْبِيلَ - رَجُلٌ مِنْ بَنِي غُبَرَ قَالَ: أَصَابَنَا عَامُ مَخْمَصَةٍ فَأَتَيْتُ الْمَدِينَةَ، فَدَخَلْتُ حَائِطًا مِنْ حِيطَانِهَا، وَأَخَذْتُ سُنْبُلًا فَفَرَكْتُهُ وَأَكَلْتُ، وَجَعَلْتُ فِي كِسَائِي، فَجَاءَ صَاحِبُ الْحَائِطِ فَضَرَبَنِي، وَأَخَذَ ثَوْبِي، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ لِلرَّجُلِ: «مَا أَطْعَمْتَهُ إِذْ كَانَ جَائِعًا أَوْ سَاغِبًا، وَلَا عَلَّمْتَهُ إِذْ كَانَ جَاهِلًا» قَالَ: فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ فَرَدَّ إِلَيْهِ ثَوْبَهُ وَأَمَرَ لَهُ بِوَسْقٍ مِنْ طَعَامٍ أَوْ نِصْفِ وَسْقٍ»	31
«قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَاذْهَبْ فَأْتِ بِهَا» قَالَ سَهْلٌ: فَتَلاَعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم	36
قال رسول الله-صل الله عليه وسلم-حدثنا الحسن بن علي، حدثنا زيد بن الحباب، حدثنا عمار بن رزيق، عن عبد الله بن عيسى، عن عكرمة، عن يحيى بن يعمر، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليس منا من خبب امرأة على زوجها، أو عبدا على سيده».	40
. حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ الْقَوَارِيرِيُّ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدٍ الْغُبَرِيُّ، وَاللَّفْظُ لِعُبَيْدِ اللهِ، قَالَا: حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ زَيْدٍ، حَدَّثَنَا أَيُّوبُ، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، وَسَعِيدِ بْنِ مِينَاءَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، قَالَ: " نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةِ، وَالْمُعَاوَمَةِ، وَالْمُخَابَرَةِ - قَالَ أَحَدُهُمَا: بَيْعُ السِّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ - وَعَنِ الثُّنْيَا، وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا	41

: " واغد يا أنس إلى امرأة هذا ، فإن إعترفت فأرجمها "	43

فهرس القواعد الفقهية

القاعدة	الصفحة
[لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ]	17
[الضرر يزال]	39
[من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه]	40

فهرس الأبيات الشعرية

القاعدة	الصفحة
و حذروا أيضا من إتفاق ****** عن ابن رشد عالم الافاق لكن أقل ذلك الجمهور ******* كما أقل ذا هو المشهور و حذروا من الخلافيات ******* أي ما من الباجي منها ياتي	8
و حذر الشيوخ من إجماع ******* عن ابن عبد البر في السماع	9
فما به الفتوى تجوز المتفق ******** عليه فالراجح سوقه نفق	10
فبعده المشهور فالمساوي ****** إن عدم الترجيح في التساوي	11
– بيان ما به الضعيف يرجح من بعد ضعف قادح وينجح – حتى يقدم على المشهور وضعفه في غاية الظهور – شروط تقديم الذي جرى العمل به أمور خمسة غير هممل – أولها ثبوت إجراء العمل بذلك القول بنص ما احتمل – والثاني والثالث يلزمان معرفة المكان والزمان – وهل جرى تعميما أو تخصيصا ببلد أو زمن تنصيصا – وقد يخص عمل بأمكنه وقد يعم وكذا في الأزمنه – رابعها كون الذي أجرى العمل أهلا للاقتداء قولا وعمل – وحيث لم تثبت له الأهليه تقليده يمنع في النقليه – خامسها معرفة الأسباب فإنها معينة في الباب – فعند جهل بعض هذي الخمس ما العمل اليوم كمثل أمس	20
و رجحوا بالعرف أيضا و هو ********** من سائر المرجحات أقوى	25

فهرس الموضوعات

الموضوع	الرقم
المقدمة :	أ-ب – ج-د- ه-و
الفصل الأول: الدراسة التأصيلية لما جرى به العمل عند المالكية .	06
المبحث الأول: بعض المصطلحات عند المالكية .	07
المطلب الأول: الأقوال و الروايات في الذهب المالكي .	07
الفرع الأول: تعدد الأقوال .	07
البند الأول:القول المتفق عليه .	07
البند الثاني:القول الراجح .	09
البند الثالث:القول المشهور .	10
البند الرابع:القول المساوي لمقابله .	11
المطلب الثاني: مصطلح العمل عند المالكية .	12
الفرع الأول:تعريف عمل أهل المدينة عند بعض المعاصرين .	12
البند الثاني: تعريف عبد الرحمن شعلان .	12
البند الثالث : تعريف أحمد نور سيف .	13
الفرع الثاني : تعريف ما جرى به العمل .	13
المطلب الثالث : مقارنة بين عمل أهل المدينة و ما جرى به العمل .	14
الفرع الأول :أوجه التشابه .	14
الفرع الثاني:أوجه الاختلاف	15
المبحث الثاني: شروط الأخذ بما جرى به العمل عند المالكية .	16
المطلب الأول: ثبوت جريان العمل .	16
المطلب الثاني :اندراج العمل تحت أصل شرعي .	16

المطلب الثالث: ارتباط العمل بالظروف الزمانية و المكانية .	17
المطلب الرابع:صدور العمل من قدوة مؤهل	18
المطلب الخامس:معرفة موجب العدول عن المشهور .	19
المبحث الثالث: الأسس و الموجبات التي تبنى عليها أحكام العمل	21
المطلب الأول: العرف .	21
الفرع الأول:تعريف العرف و أقسامه	21
الفرع الثاني:حجية العرف:	23
الفرع الثالث:سبب جعل العرف موجب من موجبات ما جرى به العمل	23
المطلب الثاني: المصلحة و سد الذرائع	24
الفرع الأول: المصلحة	24
الفرع الثاني: سد الذريعة	26
المطلب الثالث: سبب جعل المصلحة و سد الذريعة موجب لما جرى به العمل .	27
المطلب الرابع: الضرورة و الحاجة	28
الفصل الثاني: الدراسة التطبيقية لما جرى به العمل عند المالكية	30
المبحث الأول: نماذج موجبها الضرورة و الحاجة	31
المطلب الأول: مسألة شهادة اللفيف	31
الفرع الاول :تعريف اللَّفِيف.	31
الفرع الثاني :صورة شهادة اللفيف	32
المطلب الثاني:النظر إلى عورة المرأة	33
المبحث الثاني: مسائل موجبها العرف	35
المطلب الأول:الإعتداد بالأشهر	35
المطلب الثاني :مسائل ترك اللعان	36
المبحث الثالث:مسائل موجبها المصلحة	38
المطلب الأول:تعريف بيع الصفقة	38

الفرع الثاني :صورة بيع الصفقة	38
المطلب الثاني:بيع المضغوط	39
الفرع الأول:تعريف بيع المضغوط	39
الفرع الثاني:حكم المكره	40
المبحث الرابع :مسائل موجبها سد الذريعة	42
المطلب الأول:مسالة تأبيد التحريم للمخلق و الهارب	42
المطلب الثاني: بيع الثنيا	43
الفرع الأول : تعريف بيع الثنيا لغة و اصطلاحا	43
المطلب الثالث:مسالة الخلطة في اليمين	44
.خاتمة	47
قائمة المصادر والمراجع	50
فهرس الآيات	57
فهرس الأحاديث	59
فهرس القواعد الفقهية	61
فهرس الأبيات الشعرية	62
فهرس الموضوعات	63