مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

من خصائص المذهب المالكي: اعتبار قاعدة: ما جرى به العمل، مفهومها، حجيتها، ضوابطها، وأثرها في معالجة قضايا العصر

أ. د. خلف محمد المحمد

كلية القانون - جامعة العلوم والتقنية
الإمارات العربية المتحدة

مجلس
النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029-8908

العدد ١٣٩ - السنة ٣٩

جمادى الآخرة ١٤٤٦ هـ - ديسمبر ٢٠٢٤م

البحث الخامس

من خصائص المذهب المالكي: اعتبار قاعدة: ما جرى به العمل، مفهومها، حجيتها، ضوابطها، وأثرها في معالجة قضايا العصر

الأستاذ الدكتور / خلف محمد المحمد

أستاذ أصول الفقه والفقه المقارن - كلية القانون

جامعة العلوم والتقنية - الإمارات العربية المتحدة

للاستشهاد:

المحمد، خلف محمد. (٢٠٢٤). من خصائص المذهب المالكي: اعتبار قاعدة: ما جرى به العمل، مفهومها، حجيتها، ضوابطها، وأثرها في معالجة قضايا العصر. *مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية*، ٣٩ (١٣٩)، ١٨٥-٢٢٦.

https://doi.org/10.34120/jsis.v39i139.3325

To cite:

Al Mohammed, Kh. M. (2024). Characteristic of Maliki School is considering Legal Precedents Rule.Concept, authoritative force, controls and impact on contemporary issues. *Journal of Sharia and Islamic Studies, 39*(139), 185-226.

https://doi.org/10.34120/jsis.v39i139.3325

Doi: https://doi.org/10.34120/jsis.v39i139.3325

من خصائص المذهب المالكي: اعتبار قاعدة: ما جرى به العمل، مفهومها، حجيتها، ضوابطها، وأثرها في معالجة قضايا العصر

أ. د. خلف محمد المحمد*

تاريخ الاستلام: يوليو/٢٠٢٤ تاريخ الإجازة: أغسطس/٢٠٢٤

ملخص البحث

تتمثل **فكرة البحث في تميّز** المذهب المالكي بخصائص، جعلت منه مرجعاً للقضاة والمفتين؛ لتنوع مصادره وكثرتها، منها: الاستدلال بقاعدة، ما جرى عليه العمل. وهي عمل القضاة، والمفتين المعتمدين بقول مرجوح لمصلحة مناسبة، ويجري هذا العمل، **وتكمن أهمية البحث** في توظيف هذه القاعدة، وتنزيلها على الواقع، لأن الاعتماد على القول الراجح، أو المشهور، قد يؤدي إلى وقوع الناس في مشقة، وبالأخص في هذا العصر. **ومن هنا ظهرت الإشكالية**، ألا وهي ما مدى جواز ترك القول الراجح أو المشهور، والأخذ بالقول الضعيف؟ وهل في الأخذ به خروج عن المذهب المالكي؟ **ويهدف البحث** إلى تجلية موقف فقهاء المالكية من الأخذ بهذه القاعدة، وبيان شروطها وضوابطها، **سالكاً في كتابته** المنهج الاستقرائي والتحليلي، مُدَعماً ذلك بالمسائل الفقهية من المذهب المالكي، التي فيها أقوال راجحة، أو مشهورة ومرجوحة، ثم عَدل الفقهاء فيها إلى الإفتاء بالقول المرجوح، لسبب معتبر. **ومن نتائجه:** هذه القاعدة مؤصلة في

(*) **أ. د. خلف محمد المحمد:** بكالوريس كلية الشريعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٩٨٦، ماجستير في الفقه والأصول، كلية الشريعة، جامعة أم القرى بمكة المكرمة ١٩٩٢، دكتوراه في الفقه والأصول، كلية الشريعة، جامعة أم القرى بمكة المكرمة ١٩٩٧، يعمل أستاذاً بكلية القانون، جامعة العلوم والتقنية بالإمارات، قسم الشريعة الإسلامية، له كتب، منها: أصول الفقه، الميسر في فقه المواريث والوصايا والوقف، وله عدد من الأبحاث المحكمة في المجلات والمؤتمرات.

الاهتمامات البحثية: أصول الفقه، الفقه، المقارن مع القانون في قضايا معاصرة، المعاملات المالية المعاصرة، مقاصد الشريعة ودورها في العصر الحاضر.

البريد الإلكتروني: K.almohmed@ustf.ac.ae

حقوق الطبع والنشر محفوظة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

المذهب المالكي، تدل على التطور والنمو المنهجي للفقه المالكي، وفق قواعد المذهب، تُعالِجُ كثيراً من الأحكام الشرعية للمسائل الفقهية في هذا العصر، مثل مسألة بيع الصفقة وغيرها. **وتوصي** الدراسة المجامع الفقهية ومراكز الفتوى في القضايا المعاصرة للمسلمين في أوروبا، بالاعتماد على هذا المنهج للضرورة، وتفعيله في معالجة النوازل.

الكلمات المفتاحية: خصائص المذهب المالكي، ما جرى عليه العمل، الترجيح، العمل.

A Characteristic of Maliki School is considering Legal Precedents Rule. Concept, authoritative force, controls and impact on contemporary issues

Prof. Khalaf Mohammed Al Mohammed*

Submitted Date: July 2024 **Accepted Date: Aug. 2024**

Abstract

Research focuses on Maliki School and its characteristics that made it a reference for judges and muftis, due to diversity and abundance of sources, including: inference based on legal precedents rule, which is an act of judges and muftis adopting less preponderant opinions for an appropriate interest, such act is carried out accordingly. **Significance of the Research lies** in applying this rule on reality, because relying on preponderant or popular opinion may lead to hardship, especially nowadays. **Hence, issue arises**, namely, to what extent might we ignore preponderant or popular opinions and adopt less preponderant opinions? Is adopting such opinion considered a deviation from Maliki School? **Research aims** to clarify the position of Maliki Jurists on adopting this rule, and outline the conditions and controls thereof, **utilizing** an inductive and analytical approach, supported by jurisprudential issues from Maliki School, where there are preponderant or popular, and less preponderant opinions, then Jurists made amendments thereto by rendering Fatwas based on less preponderant opinion, for good reasons. **Its results:** This rule is rooted in Maliki

(*) Professor of Jurisprudence Fundamentals and Comparative Jurisprudence, Faculty of Law, University of Science and Technology, United Arab Emirates. Email: K.almohmed@ustf.ac.ae

All Rights Reserved - Academic Publication Council - Kuwait University

School, showcasing the development and growth of Maliki Jurisprudence. **Research recommends** that contemporary **Jurisprudential Councils** and Fatwa Centers in Europe should rely on this approach when remedying current issues.

Keywords: Maliki School Characteristics, Legal Precedents, Preponderance, Act.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه والتابعين، ومن سار على نهجهم، واقتفى أثرهم، إلى يوم الدين؛ وبعد:

فإن الفقه الإسلامي منهاج وقانون ينظم حياة الناس، لا يستغني عنه أحد، سواء في العبادات، أو المعاملات، أو الأحوال الشخصية، أو العلاقات العامة، ومعلوم أن الفقه ثمرة استنباط الأحكام الشرعية من النصوص والأدلة الأخرى المعتمدة، وأغلب الفقه أحكامه ظنية، وعند تعدد الأقوال في المسألة، يوازنُ المجتهد والمفتي بين الأقوال، وما اعتمدت عليه من أدلة، وما يترتب على كل قول في الحال أو في المآل، ملاحظاً البعد المقاصدي، عند ذلك يفتي بما يراه مناسباً للحالة الخاصة التي أمامه، مستنداً إلى الأدلة المعتبرة شرعا، حتى لو كان القول الذي أفتى به قولاً مرجوحاً، إذ لا يستقيم أن نلزمَ الناسَ بقول واحد، لأنه هو الراجح، لكن هذا لا ينبغي أن يكون منهجاً فردياً، بل يكون اجتهاداً جماعياً، وهذا هو الذي سار عليه فقهاء المالكية في المغرب الأقصى؛ إذ قد تتباين أقوال الفقهاء في المسألة الواحدة، وذلك لأمور عدة، منها: اختلاف الزمان والمكان والمحل ...وغير ذلك، فقد يكون القول نفسه في مسألة راجحاً، وفي وقت آخر يكون مرجوحاً، وقد يكون القول عند فقيه قولاً راجحاً، وعند فقيه آخر قولاً مرجوحاً، وهذا الذي سار عليه علماء المدرسة الفاسية في المغرب الأقصى؛ إذ قد يفتون ويقضون بالقول المرجوح لأسباب معتبرة، وتبعهم من أتى بعدهم، ومن هنا ظهر عندهم مصطلح ما جرى به العمل، لذا كان نصيب المذهب المالكي من كتب الفتاوى والنوازل وافراً.

لقد اختلفت الفتاوى لاختلاف العصر، كما اختلفت باختلاف الأقطار، وهذا الاختلاف سببه اختلاف الأعراف السائدة في المجتمعات الإسلامية، وكثيراً ما كان الإفتاء أو القضاء يرجع إلى ما جرى عيه العمل في ذلك، ونحن نعلم أن المسائل الفقهية التي يختلف الفقهاء في أحكامها الشرعية على أقوال، تشتمل على الراجح والمرجوح، وقد تكون الفتوى بالقول المرجوح أنسب، لكن هذا ليس على إطلاقه، وقاعدة ما جرى به العمل، فيها من التثبت ما يعلو على هذا، قال الشيخ ابن بيّه: «يجب التنبيه على أن العمل لا يجري إلا في مقابل

قول...ثم قال: العمل لا بد له من قول يعتمد عليه، فهو ترجيح من الخلاف، وليس إنشاء لرأي جديد مستقل، لأن صاحبه ليس مجتهداً...[1]».

مشكلة البحث:

هل ما جرى به العمل، يُعتد به في الحكم والإفتاء في المذهب المالكي؟ ويَتفرع عن هذا الإشكال أسئلة عدة:

أ - هل ما جرى به العمل، يخالف الراجح، والمشهور، دائماً، أو خروج عن المذهب؟

ب - هل ما جرى به العمل، محل اتفاق في قبوله في الفقه المالكي؟

ت - متى يُحتج بما جرى به العمل، وما شروط الاحتجاج به؟

ث - هل الاستدلال بما جرى به العمل، له دور في تيسير بعض المعاملات المعاصرة؟

ج - هل يمكن أن يكون ما جرى به العمل، مخالفاً للنصوص الشرعية الصريحة؟

أهداف البحث:

١ - معرفة مصطلح ما جرى به العمل معنى، ونشأة، وتسمية، وأهمية.

٢ - بيان موقف فقهاء المذهب المالكي من الأخذ بنظرية ما جرى به العمل، وضوابط الاستدلال به.

٣ - ذكر نماذج من التطبيقات الفقهية التي اعتمد فيها المذهب المالكي على نظريه ما جرى به العمل.

٤ - التكييف الصحيح لقاعدة ما جرى عليه العمل، والفرق بين هذه النظرية وبين اختيار الأخذ بالقول المرجوح من دون عمل سابق.

٥ - إبراز خصائص التطور الفقهي، ومرونته وتلبيته لمتطلبات العصر، وتفرد المذهب المالكي في المغرب الأقصى بهذا المصطلح.

٦ - دحض ما قد يتصور أن الأخذ بما جرى به العمل، قد يكون مخالفاً للنصوص الشرعية الصريحة.

---

(١) ينظر: ابن بيّه، عبد الله بن الشيخ المحفوظ، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، (بيروت: دار المنهاج، ٢٠٠٧)، ط١، ص: ١١٩.

الدراسات السابقة:

منذ بداية ظهور هذه النظرية بدأت الإشارة إليها في المذهب المالكي لكن من ناحية التأصيل والاستدلال لها مرت بمراحل عدة:

أولاً: ظهر هذا المصطلح بشكل عام كما في الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، (ت١٣٧٦) وفي كتاب اصطلاح المذهب عند المالكية للدكتور محمد ابراهيم علي، كما ظهر في منظومات كثيرة في أصول المذهب المالكي مثل منظومه ابن غازي، (ت٩١٩) في أرجوزته المشهورة؛ إذ ذكر ما خالف فيه الأندلسيون مذهب مالك جرياً على العمل، وكذلك الشيخ أبو الحسن الزقاق، (ت٩١٢)؛ فقد عقد فصلاً في لاميته بما جرى به العمل، وكتابه «المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب»، مشهور لدى المالكية، ومن أهم شروحه المنجور على المنهج المنتخب.

ثانياً: ظهرت كتب مستقلة فيما جرى به العمل، منها كتاب: (نيل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل) لأبي العباس أحمد بن القاضي، (ت١٠٢٥) وكذلك العربي الفاسي، (ت١٠٥٢)؛ فقد كتب رسالة في مسألة ما جرى به العمل وهي (شهادة اللفيف) وكذلك كتب محمد بن أحمد مياره، (ت١٠٧٢) في مسألة بيع الصفقة، ونظم عبد الرحمن الفاسي، (ت١٠٩٦) نحو ٣٠٠ مسألة مما جرى به العمل في فاس.

وبحثنا يختلف عن هذه لكونها خاصة في المسائل التي أُفتي بها بما جرى به العمل.

ثالثاً: ظهرت رسائل علمية، ومنها كتاب: (العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب) للدكتور عمر عبد الكريم الجيدي رحمه الله، وله قصب السبق والفضل في البحث العميق لنظرية ما جرى به العمل؛ فقد جعل كتابه في قسمين: الأول في العرف، والثاني في العمل.

والكتاب الثاني: (نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي) للدكتور عبد السلام العسري؛ فقد ركز على التطبيقات والسوابق القضائية، مركزاً على العلاقة بين مصطلح ما جرى به العمل وبين الأدلة الأخرى.

وبحثنا يختلف عن هذه الرسائل، كونها رسائل جامعية لها طابعها الخاص، فالكتاب الأول يتحدث عن العرف ثم العمل، وأفاض في العرف كثيراً، أما الكتاب الثاني فقد ركز

على علاقة مصطلح ما جرى به العمل بغيره من الأدلة المشابهة له، وأطال في السوابق القضائية، وبحثنا مختصر وفي لب الموضوع، حجيةً وضبطاً وأثراً منبهاً على معالجته لبعض القضايا الفقهية المعاصرة.

رابعاً: هناك بحوث في الأخذ بما جرى به العمل، ومنها بحث: (ما جرى به العمل في الفقه المالكي) للدكتور قطب الريسوني، حاول ربط التأصيل بالتفريع ووضّح الموقف من هذا الدليل من ناحية الاحتجاج به، والمآخذ عليه.

- وهناك بحث: (ضوابط الفتوى بما جرى به العمل في المذهب المالكي) للدكتور فرج علي جوان، وهو بحث قُدم إلى مؤتمر الفتوى الذي أقيم في جامعة القصيم عام ١٤٣٥هـ، لكنه ركز على الفتوى أولاً، وذكر ثانياً ما جرى به العمل عند المالكية، لكن بشكل موجز.

- وبحثنا يختلف عن هذه الدراسات والبحوث؛ في كونه ركّز على مسيرة التطور في المذهب المالكي، ودوره في حل المشكلات المعاصرة، وحصر مواطن الأخذ والاعتماد على قاعدة ما جرى عليه العمل.

خامساً: هناك رسائل علمية، وبحوث في حكم العمل بالقول المرجوح بشكل عام، مثل أطروحة «العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح دراسة نظرية تطبيقية» للباحثة حفيظة ربيع، بحث لنيل الماجستير في جامعة المدينة العالمية في ماليزيا عام ٢٠١٥، تكلمت في معظم رسالتها عن الاجتهاد والترجيح في نصف الرسالة، والنصف الآخر تكلمت فيه عن أسباب عدول المجتهد عن القول الراجح إلى القول المرجوح، ولم تتطرق إلى نظرية ما جرى به العمل عند المالكية، وهناك رسائل جامعية في موضوع العمل بالمرجوح، وترك الراجح، لم أتمكن من الاطلاع عليها، لكونها لم تنشر.

سادساً: أُقيمت ندوة بعنوان «العمل السوسي، تاريخه وقضاياه، بجامعة القرويين، كلية الشريعة أكادير، تكريما للحسين العبادي رحمه الله، عام ٢٠٠٦، وقدّم د. كمال بالحركة بحثاً بعنوان: «جرد كل ما صنف المالكية فيما جرى به العمل» وقد أوصلها إلى أكثر من ثلاثين موضوعا، بين نظم، وكتاب، وبحث، ومقال؛ إذ استعرض هذه الكتب بإيجاز.

حدود البحث:

١ - تأصيل قاعدة ما جرى عليه العمل في المذهب المالكي، في المدرسة الفاسية في المغرب الأقصى، ودورها في معالجة القضايا المعاصرة.

٢ - بعض المسائل الفقهية في المذهب المالكي التي أُفتي فيها على ما جرى به العمل خلافاً للمشهور في المذهب.

ما يضيفه البحث:

١ - إظهار ما تميز به المذهب المالكي من أصول تدل على تطوره ومواكبته لعصره، من دون خروج عن المذهب.

٢ - ضبط العمل بهذه القاعدة، بشروطها وتطبيقها، وفق النصوص والمقاصد الشرعية.

٣ - تفعيل العمل بهذه القاعدة الفقهية يساعد على حل كثير من القضايا الفقهية المعاصرة، وبالأخص ما يواجه المسلمين في أوروبا وغيرها استئناساً بمنهج المدرسة المالكية في المغرب.

منهجيه البحث:

سلكت في البحث المنهج الوصفي والاستقرائي (الشمولي) والتحليلي.

خطه البحث:

اقتضت خطة البحث أن يكون مكوناً من مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث.

- المقدمة: وفيها أسباب كتابة البحث ومشكلته وأهدافه، والدراسات السابقة، وحدوده، وما يضيفه، ومنهجه، وخطته.
- التمهيد: وفيه بيان تكييف هذه القاعدة مع نوازل العصر.
- المبحث الأول: مفهوم ما جرى به العمل ونشأته ومجاله والألفاظ التي أطلقت عليه، وفيه مطالب.
- المبحث الثاني: أقوال العلماء في حجيته، وضوابطه، وعلاقته بالأدلة المشابهة له، وفيه مطالب.
- المبحث الثالث: أثر الاستدلال بما جرى به العمل في الفروع الفقهية، وأثره في إيجاد الحلول الشرعية لبعض القضايا المعاصرة، وفيه مطالب.
- الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.
- المصادر والمراجع.

التمهيد

الفقه الإسلامي منهج حياة رباني، ينظم حياة الناس في كل ما يحتاجون إليه؛ فقد بدأ الفقه الإسلامي مع نزول القرآن الكريم ونما وترعرع في خير القرون، واشتهر في عهد التابعين ومن بعدهم، ثم استقام مستوياً في القرن الثاني الهجري، وما بعده حتى منتصف القرن الرابع، حتى أصبح منهاجاً للناس في حياتهم، ومن واجب الفقهاء والمفتين إعطاء الحكم الشرعي المناسب.

جاء في الفكر السامي للحجوي الثعالبي الفاسي رحمه الله: « الفقه الإسلامي جامعة ورابطة للأمة الإسلامية، وهو حياتها تدوم ما دام، ...وهو جزء لا يتجزأ من تاريخها، ومفخرة من مفاخرها العظيمة، ومن خصائصها الفريدة؛ إذ هو فقه عام مبين لحقوق المجتمع الإسلامي، بل البشري، وبه كمل نظام العالم، فهو جامع للمصالح الاجتماعية بل والأخلاقية، وإن النهضة الأوروبية المعروفة عند بداية رقيها أول حجر وضعته في أساس مدينتها الزاهرة، هو العدل، وسن القوانين بالتسْوية بين الحقوق، فالفقه الإسلامي أصيل التمدن العصري الحديث وله الفضل في احترام الحقوق وصيانتها، وهو مُؤَسّس على روح العدل، والمساواة، واحترام الحقوق العامة والخاصة، وقد اعتبر درء المفاسد فقدمه على جلب المصالح، وسد الذرائع، والمصالح المرسلة، ولا ضرر ولا ضرار، وتقديم الأهم على المهم، وبُنيت أحكامه على الاعتدال، لا إفراط ولا تفريط، واعتبر الأعراف والعوائد [1]».

ومعلوم أن الشريعة الإسلامية لم تنص على أكثر الحوادث والقضايا بالتفصيل، فكان عمل الفقهاء أن يجتهدوا في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة وأقضية الصحابة والتابعين، وأن ينظروا في فتاوى العلماء، وأقوال الفقهاء المعتمدين في المذاهب، وأن يتبعوا طريقهم في التأصيل، والاجتهاد، والتخريج، والتنزيل.

في ظل هذا الجو العلمي ظهرت المذاهب الفقهية المعروفة، ومن هؤلاء الأئمة الأعلام الإمام مالك بن أنس رحمه الله، (ت ١٧٩)، مؤسس المذهب المالكي، وإليه يُنسب، حباه الله بيئة علمية متميزة؛ فهو من أوائل من جمع حديث رسول الله ﷺ وأقوال الصحابة

(١) ينظر: الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتنى به: أيمن شعبان (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٥)، ط ١، ج: ١، ص: ٢٥، ٢٦. بتصرف واختصار.

والتابعين وفتاويهم في موطئه المعروف، معلقاً في بعض الأماكن فيه بقوله: (والعمل عندنا)، أو (وما عليه العمل)، أو (وهو ما عليه العمل)، أو (العمل على خلافه)، مما يدل على أن العمل له اعتباره عند الفقهاء والمحدثين [١]، والإمام مالك من الأئمة الذين جمعوا بين الحديث والفقه، وهذا ظاهر من تعقيباته في الموطأ.

والباحث المتبصر يجد أن الفقه المالكي تطوّر تدريجياً، لذا جاء بنيانه قوياً متماسكاً منقحاً مهذباً معتمداً على أدلة قوية يساعد الفقيه على إيجاد حلول لمشكلات عصره، حتى لو كان القول مخالفاً للقول الراجح في المذهب، ومعلوم أن فقهاء المالكية لهم قصب السبق في تجديد فقه القضاء، وعدم الجمود على المنقولات وعلى تقليد أقوال الفقهاء السابقين، والمعتمدين في المذهب أو التعصب لهم، تولّوا القضاء في بلدانهم كما هي الحال في المغرب، وقعدوا القواعد، وعرفوا العوائد، ونظروا إلى المقصد في الحال والمآل بما يحقق رضا الله، وهم بذلك لم يخرجوا عن أصول مؤسس المذهب؛ فقد وُجدَ في المذهب المالكي: مجتهدُ الترجيح، ومجتهدُ التخريج على الأقوال في المذهب، ومجتهدُ الترجيح بين الأقوال [٢]، ومعلوم لدى الدارسين من أهل الاختصاص الفقهي، أن فقه المذاهب ليس قول إمام المذهب فقط، بل هو: أقواله، وفتاويه، وأقوال تلامذته، وفتاويهم، وكل من سار من بعده على قواعد المذهب وأصوله، ترجيحاً وتخريجاً، فهي مذاهب مؤصلة، منقحة، مهذبة، مبنية على أسس وأدلة، وعليها تعليقات، وتعقيبات، وموازنات، وترجيحات. وجاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل: «المذهب عند المالكية ما قاله هو وأصحابه على طريقته ونُسب إليه مذهباً، لكونه يجري على قواعده وأصله الذي بُنيَ عليه مذهبه، وليس المراد ما ذهب إليه وحده»[٣].

(١) مثل الإمام الترمذي صاحب السنن، المتوفى ٢٧٩، سمى كتابه: «الجامع المختصر من السنن عن النبي ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل».

(٢) ينظر: الهلالي، أبو العباس سيدي أحمد، نور البصر شرح خطبة المختصر خليل، تصحيح: محمد محمود ولد الأمين (الإمارات: دار يوسف بن تاشفين، ٢٠٠٧)، ط ١، ص: ١١٧، الغلاوي، محمد النابغة بن عمر، من نصوص الفقه المالكي. بو طليحيه. وهو نظم في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية، تحقيق ودراسة: يحيى بن البراء (بيروت: دار الريان، ٢٠٠٤)، ط ٢، ص: ١٣٤.

(٣) ينظر: العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي (مصر: المطبعة الأميرية، ١٣١٧)، ط٢، ١\٣٥، ينظر كذلك: أبو زهرة، الإمام محمد، أبو حنيفة حياته (مصر: دار الفكر العربي، د.ت)، د.ط، ص: ٤٩١.

يقول الإمام أبو زهرة وهو يشيد بالمرونة في أصول المذهب المالكي: «إذا كان الاجتهاد بالتخريج [١] أو بتحقيق المناط لا ينقطع أبداً؛ لأن الفتوى لا تنقطع، وهو شرطها، فإن المذهب الذي يقرر فقهاؤه ذلك في نماء مستمر، واتصال بالحياة دائم، وكذلك كان مذهب مالك رضي الله عنه اتصل بالحياة اتصالاً وثيقاً؛ لأن مخرجيه اجتهدوا أن يفهموا خصائص الأمور التي يُطالبون لها، ومقدار المصلحة فيما يفتون، أو دفع المضرة فيه، ... وليس مذهباً جامداً يقف عند نصوص السابقين لا يتحرك قيد أنملة.» [٢]

ولما ظهر اعتماد علماء الأندلس والمغرب على مصطلح: ما جرى به العمل الذي يُعد من أبرز ملامح تطور الاجتهاد الفقهي في المذهب المالكي في المغرب آنذاك، حصل فيه اضطراب بين فقهاء المالكية، وفي هذا البحث إن شاء الله سنقف على أصول هذه النظرية، ومناقشتها بموضوعيّة، وبيان أثر ذلك في المدرسة المالكية، وإسهاماتها في بسط الحلول لبعض القضايا الفقهية في هذا العصر.

(١) والتخريج عند الفقهاء: هو استنباط أحكام الواقعات التي لم يعرف لأئمة المذهب آراء فيها، وذلك بالبناء على الأصول العامة التي بني عليها الاستنباط في المذهب، ينظر: أبو زهرة، الإمام، أصول الفقه، (مصر: دار الفكر العربي، ١٩٩٧)، د.ط، ص: ٣٤٤، أبو حنيفة، لأبي زهرة، ص: ٤٩٨، والتخريج الفقهي أنواع، وأصبح علماً يدرس، ينظر: الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤١٤)، ط ١، ص: ١٨٧.

(٢) ينظر: أبو زهرة، الإمام محمد، مالك، حياته وعصره، (مصر: دار الفكر العربي، د.ت)، د.ط، ص: ٤٧٦.

المبحث الأول
مفهوم ما جرى به العمل عند المالكية ونشأته واقسامه والأسماء التي أطلقت عليه، وعلاقته بالأدلة ذات الصلة

وفيه مطالب:

المطلب الأول
مفهوم ما جرى به العمل عند فقهاء المذهب المالكي

تعريفه: «هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، مراعاةً لجلب مصلحة أو دفع مفسدة، أو عرف جار، وحكم القضاة بذلك، وتواطؤا عليه بسبب اقتضى ذلك[1]».

ومعناه: أن بعض الفقهاء والقضاة يحكمون ويقضون في بعض المسائل الفقهية، التي اختلف فيها الفقهاء بقول يخالف القول الراجح، أو القول المشهور في المذهب بسبب من الأسباب، مثل: درء مفسدة، أو خوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف، أو تحقيق مصلحة، فيأتي مَن بعده ويقتدي به، ما دام الموجب لمخالفة الراجح، أو المشهور في ذلك البلد، أو الزمان قائماً، وهذا المنهج جار على أصول المذهب المالكي؛ لأنه إذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة، فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإن كان العمل بالضعيف لجلب مصلحة، فهو على أصله في اعتبار المصلحة المرسلة، وكذلك العرف ما لم يخالف نصاً شرعياً أو يصادم مصلحة أقوى [2]، حتى إذا زال الموجب الذي كان سبباً لقيام العمل، عاد الحكم بالمشهور أو الراجح؛ لأنه اختلاف في حال لا اختلاف في مقال ؛ لأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً، كما هو معلوم لدى علماء أصول الفقه، وهذا المنهج عند المالكية يختلف عما يعنيه العلماء في المذاهب الفقهية الأخرى من مناقشتهم لحكم العمل بالقول المرجوح، وترك القول الراجح بشكل عام، أي: من دون اعتماد على عمل سابق به، لأن هذه النظرية عند المالكية فيها عمل الأئمة والقضاة

(١) ينظر: الجيدي، عمر عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، (المغرب: مطبوعات اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث في المغرب الإمارات، ١٩٨٤)، د.ط، ص: ٣٤٢.

(٢) ينظر: الفكر السامي، للحجوي، ج:٢، ص: ٧٠٩.

واستمرارهم عليه، وهذا العمل لا يقوم به إلا مجتهد له باع في المقاصد الشرعية، حالاً وواقعاً ومآلاً، ولديه القدرة على تحقيق المناط وتنزيله على الواقعة، وهذا ما أشار إليه صاحب الفكر السامي بقوله [١]: «وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح أو من قاض مجتهد في الفتوى يبين وجه ترجيح ما عمل به».

وبالتمعن نرى أن الفتوى، أو الحكم فيما جرى به العمل ليس شرطاً أن تخالف قولاً راجحاً أو مشهوراً في المذهب؛ إذ قد تكون في عصر وزمان، أو مكان آخر لها ما يرجحها، والمفتَى به هو الملائم المناسب، فيكون هو الراجح عند المجتهد، وهذا المنهج معمول به في المذاهب الأخرى؛ أن القول كذا هو الراجح أو الأقوى، لكن الفتوى على قول آخر، كما هو الشأن في مسألة طلاق الثلاث بلفظ واحد، في مجلس واحد؛ إذ إن الأئمة الأربعة يقولون بوقوعه ثلاثاً، [٢] لكن المعمول به في كثير من قوانين الأحوال الشخصية أنه يقع واحدة[٣].

موجبات الأخذ بما جرى به العمل وأسبابه.

اتضح مما سبق أن العدول عن العمل بالراجح، أو المشهور، لا بد له من موجب، وهذه الموجبات هي: تبدل العرف، أو جلب المصلحة، أو درء المفسدة، أو تبدل المكان، أو تغير الزمان، أو ضرورة، أو حاجة إلى رفع الحرج عن الناس وغير ذلك، ففي هذه الحالة لا يكون ضعيفاً أو شاذاً، جاء في نور البصر: «غير أن المفتي المتأهل، له الفتوى بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النوازل والأشخاص».[٤]

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) ينظر: ابن قدمة، الموفق أبو محمد، المغني، (الأردن: بيت الأفكار، ٢٠٠٤)، د.ط، ج:٢، ص: ١٧٧٢، الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (دمشق: دار الفكر، ١٩٨٧)، ط٢، ج: ٧، ص: ٣٩١.

(٣) ينظر: خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، تحقيق: علي عثمان، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠١٧)، ط١، ص: ١٣٨، أبو زهرة، الإمام محمد، الأحوال الشخصية، (مصر: دار الفكر العربي، د.ت)، د.ط، ص: ٣٠٧، أبو رخية، ماجد، فقه الزواج والطلاق وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، (الإمارات: جامعة الشارقة، ٢٠٠٨)، ط٢، ص: ١٤٠.

(٤) ينظر: نور البصر، للهلالي، ص: ١٣٤.

المطلب الثاني
مصطلحات يُعبر بها بما جرى به العمل، نشأتها وظهورها

أ - الأسماء التي يعبر بها عن هذه القاعدة: هناك ألفاظ مختلفة تُطلق على ما جرى به العمل، من أشهرها: (ما جرى به العمل)، ومنها (المعمول به)، ومنها (وبه العمل)، ومنها (وعليه العمل)، ومنها (ما عليه العمل)، ومنها (جريان العمل به)، ومنها (العمليات)، ومنها (المجريات)[١]، لكن معناها واحد.

ب - نشأة هذا المصطلح وظهوره: من الصعب الجزم بتحديد زمن ظهور هذا المصطلح في المذهب المالكي لكن بعض الباحثين[٢] تتبع هذا المصطلح في مصنفات فقهاء المالكية في المغرب الأقصى، واستنتجوا أنه ظهر في بداية القرن الرابع الهجري، واستُنِد في هذا إلى أدلة عدة من تعبيرات الفقهاء في بعض المسائل، ومنذ القرن الرابع الهجري لا يزال (ما جرى به العمل) موضع استدلال وتناقل بين الفقهاء في المسائل المتجددة في بعض القضايا كلما اقتضت الحال والمصلحة بحيث لم يكد يمضي من هذا القرن نصفه حتى كانت لفظة (ما جرى به العمل) جارية على ألسنة الفقهاء، مبثوثة في كتبهم ومؤلفاتهم [٣]. وفي القرن الخامس الهجري اشتهر حيث ظهرت مؤلفات تخص المسائل التي نُص عليها أن العمل جرى بها، كما في مؤلفات أبي الوليد الباجي (ت٤٧٤)، وابن عتاب(ت٥٢٨)، وابن سهل (ت٤٨٦)؛ فقد ذكر أبو الوليد أحمد بن هشام الغرناطي صاحب كتاب المفيد (ت٥٣٠) أن العمل في عهده جرى في اثنتين وعشرين مسألة خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك وابن القاسم، منها أربع مسائل خالفوا فيها الإمام مالك [٤]، ثم تتابع العمل بالمغرب وصار فيه تدريجياً إلى أن كثرت مسائله، ودخل في غالب أبواب الفقه، وعقد له

---

(١) ينظر: الفكر السامي، للحجوي، ج ٢: ص:٧٠٨، العسرى، عبد السلام، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، (المغرب: وزارة الأوقاف، ١٩٩٦)، د.ط، ص: ١١١.

(٢) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص: ٣٤٤.

(٣) ينظر: علي، محمد إبراهيم، اصطلاح المذهب عند المالكية، (دبي: دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، ٢٠٠٠)، ط١، ص: ٢١٣.

(٤) ينظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، لعبد السلام، ص: ١٢٦.

المؤلفون فصولاً في كتبهم كالشيخ الزقاق الذي عقد في لاميته فصلاً بعنوان: «ما جرى به العمل»، وأشار إلى أن عمل أهل المغرب هذا مقتبس من عمل أهل الأندلس، ثم جاء أبو العباس أحمد بن القاضي (ت١٠٢٥) فألف كتابه: «نيل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل» وتلاه العربي الفاسي؛ فقد ألف كتاباً صغيراً في مسألة «ما جرى به العمل من شهاده اللفيف» خاصة، ثم جاء عبد الرحمن الفاسي فعمل منظومة ضمنها نحو ثلاثمائة مسألة، مما جرى به العمل بفاس[١].

المطلب الثالث
أقسامه

يقسم فقه العمل بما جرى به العمل إلى قسمين[٢]:

الأول: عمل مطلق، ويجري ذلك في أقطار شتى، كالعمل المغربي أو العمل الإفريقي، أو العمل الأندلسي؛ إذ يعم أقاليم عديدة.

الثاني عمل مقيد، وهو الذي يكون في بلد معين، ويكون الحكم بالعمل الذي جرى فيه العمل، بذلك الإقليم الذي جرى فيه العرف، ولا يتعداه الى البلدان الأخرى؛ لأن لكل بلد وإقليم عرفه، وذلك كالعمل القرطبي، والعمل الفاسي، وغير ذلك.

(١) قد مرّ ذكر بعض هؤلاء العلماء في بيان إفراد هذا الموضوع، لذا جاء هذا التنويه.

(٢) ينظر: ابن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، علق عليه: جمال مرعشلي، (الرياض: دار عالم الكتب، ٢٠٠٣)، د.ط، ج: ١، ص: ٥٨، الفكر السامي، للحجوي، ج: ٢، ص: ٧١٠.

المبحث الثاني
أقوال الفقهاء في حجية ما جرى به العمل وشروط ذلك عند القائلين به وعلاقته بالألفاظ المشابهة له

وفيه مطالب:

للمذهب المالكي قواعد متينة استقر عليها الفقهاء في ترتيب الأقوال في المذهب؛ فقد دُونت وهُذبت ونُقحت، فكان ترتيب الأقوال الفقهية اعتماداً وترجيحاً على النحو الآتي:[١]

أولاً: القول المتفق عليه بين الإمام مالك وتلامذته.

ثانياً: القول الراجح، وهو ما قوي دليله.

ثالثاً: القول المشهور، وهو ما كثر قائلوه.

رابعاً: القول الضعيف، وهو يقابل الراجح.

خامساً: القول الشاذ، وهو يقابل المشهور.

ثم جاء القول: «بما جرى به العمل» الذي هو العدول عن القول الراجح، أو المشهور، لموجب، وسبب اقتضى ذلك، وذكرنا الترتيب المنطقي الذي يمشي عليه فقهاء المالكية ليتضح كيف يتجاوزونه إلى الفتوى، والحكم بما جرى به العمل، ولو كان مرجوحاً، وهذه القواعد تُطبق في المسائل محل الاختلاف والاجتهاد، وليس في المسائل التي فيها نصوص صريحة قطعية الثبوت والدلالة.

المطلب الأول
أقوال الفقهاء في حجية العمل بما جرى به العمل

اختلف فقهاء المالكية في الأخذ بما جرى به العمل والاحتجاج به على قولين[٢]:

القول الأول: أنه حجة ودليل معتبر، وهذا قول أكثر فقهاء المالكية كابن سراج (ت٤٥٦)، وابن عبدالبر (ت٤٦٣)، والمازري (ت٥٣٦)، وابن فرحون (ت٧٩٩ والحطاب (ت٩٥٤)،

(١) ينظر: اصطلاح المذهب، لمحمد إبراهيم، ص: ٣٩٠.

(٢) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص: ٣٦٢، ٣٦٣.

والعربي الفاسي (١٠٥٢)، وأبي العباس الهلالي (ت١١٧٥)[١]، والمهدي الوزاني(ت١٣٤٢)، وبه قال كثير من الفقهاء والقضاة والمفتين المعاصرين.

ووجهة نظرهم ما يأتي:

أ - أنه لا يستغنى عنه في صناعة الفتوى والقضاء.

ب - تركه يفضي إلى الحرج، والتضييق على الناس، وفيه فتح لباب الخصومة بين الناس.

ت - عدم العمل به جمود على المنقولات، ومناف لقواعد المذهب المؤصلة على مراعاة أحوال الناس في جلب المصالح، ودرء المفاسد.

القول الثاني: العمل بما جرى به العمل غير معتبر ولا يحتج به، وهذا القول قال به كل من الطرطوشي(ت٥٢٠)، والمقري (ت ٧٥٨)، وبعض المعاصرين. ووجهة نظرهم ما يأتي:

أ - أنه بدعة، وفيه تحريف للنصوص، ونوقش هذا، أنه غير مسلّم مخالفتها للنصوص، وما قيل في حكم هذه المسائل لم يكن أخذاً بما جرى عليه العمل، بل لسبب آخر معتبر من تخلف شرط أو وجود مانع، مثل مسألة العدة بالأشهر دون الأقراء، وليس اعتماداً على قاعدة ما جرى عليه العمل.

ب - فيه ترك الأخذ بالقول المشهور والراجح، والأخذ بالضعيف، وهذا غير مقبول، ونوقش هذا، أن ترك القول الراجح والمشهور كان لسبب اقتضى ذلك، من رفع حرج أو جلب مصلحة معتبرة، أو دفع مفسدة.

ت - إذا كان الاحتجاج بعمل أهل المدينة فيه نزاع، فكيف بعمل غيرهم من العصور المتأخرة، ونوقش هذا، أن جلّ المالكية يعتدون بعمل أهل المدينة، وما جرى عليه العمل ليس مجرد عمل آحاد الناس، بل هو قول المفتين والقضاة المعتمدين.

ث - هناك بعض المسائل التي اعتُمد فيها على ما جرى عليه العمل فيها مخالفة لنصوص صريحة، ونوقش هذا، أنه غير مسلّم، بل إن هذه المسائل لم تُطبق عليها هذه النصوص لأسباب معتبرة عند أهل العلم مثل مسألة العدة بالأشهر دون الأقراء، وليس استناداً إلى ما عليه العمل.

(١) ينظر: نور البصر شرح مقدمة المختصر، للهلالي، ص: ١٣٥ وما بعدها.

والذي يظهر رجحانه -والله أعلم - القول بجواز العمل بما جرى به العمل، وذلك لأن القائلين بحجتيه وضعوا له من الضوابط والشروط ما يجعله منسجماً مع قواعد المذهب ومقاصد التشريع، وعدم مخالفته للنصوص الشرعية، بل يُعد مزية للمذهب المالكي وإثراءً لقواعده، قال العربي الفاسي في رده على من أنكر العمل به: «إن ما جرى به العمل له مستند إن لم يكن نصاً من المتقدمين فهو تخريج من المتأخرين، ولم يزل علماء المذهب من لدن ابن القاسم إلى المتأخرين من علمائنا المحصلين يقيسون على روايات المذهب، وأقواله، ويبنون على قواعده، ويفرعون على أصوله، ويسيرون العمل والفتوى والحكم بذلك[١]» والمقلد حين يعمل بالراجح، فهو يعمل بالمنصوص عليه بالأرجحية، بل قد يكون ما جرى به العمل عنده راجحاً في حالة معينة بغض النظر عن التقديم عند التعارض[٢]؛ لما فيه من رفع الحرج، هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم العمل بالقول الضعيف على أقوال[٣]، والقول الوسط فيها أنه يجوز العمل بالقول الضعيف عند الضرورة والحاجة كما في بعض الأحكام التي تقع للمسلمين المقيمين في الغرب، قال ابن تيمية (ت٧٢٨): «يكون ترك الراجح أرجح أحيانا لمصلحة راجحة»[٤]، وجاء في فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم» إذا ثبتت الضرورة جاز العمل بالقول المرجوح نظراً للمصلحة، ولا يتخذ هذا عامّاً في كل قضية، بل الضرورة تقدر بقدرها، والحكمة تدور مع العلة وجوداً وعدماً»[٥]

(١) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص:٣٦٥.

(٢) ينظر: المالكي، محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، (المغرب، ١٩٩٦)، ط١، ص: ٤٨٤.

(٣) ينظر: صناعة الفتوى، لابن بيّه، ص١٢١.

(٤) ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموع فتاوى شيخ الاسلام، (المدينة المنورة، مجمع الملك فهد، ٢٠٠٤)، د.ط، ج:٢٤، ص: ١٩٥.

(٥) ينظر: بن إبراهيم، محمد، فتاوى ورسائل، جمع: محمد بن عبد الرحمن، (مكة المكرمة: مطابع الحكومة، ١٣٩٩)، ط١، ج: ١١، ص: ٢٧٢.

المطلب الثاني
شروط القائلين بحجية ما جرى به العمل وضوابطه

إن فقهاء المالكية الذين أجازوا العمل والاحتجاج فيما جرى به العمل وضعوا لذلك الضوابط والشروط، وهي تختلف من فقيه إلى آخر، وقد بُحثت هذه الضوابط بدقة، وهي ما يأتي[١]:

الشرط الأول: ثبوت جريان العمل بذلك، ومعناه أن قول القائل في مسألة معينة، بهذا جرى العمل قضية نقليه، فلا بد من إثبات النقل، لذا اختلف الفقهاء المتأخرون من المالكية في كيفية ثبوت النقل بما جرى به العمل على أقوال[٢]:

القول الأول: جريان العمل يثبت بقول عالم واحد موثوق به، لأنه من الخبر الذي يجزئ به خبر الواحد.

القول الثاني: العمل لا يثبت إلا باتفاق ثلاثة من العلماء أو القضاة.

القول الثالث: العمل يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل الفقهية.

القول الرابع: العمل يثبت بشهادة العدول ونص عالم موثوق به على ذلك.

ويبدو أن القول الذي يرى أنه لا بد من ثبوته باتفاق ثلاثة من العلماء القضاة هو الراجح؛ إذ اتفق عليه ثلاثة، وفيه احتياط واطمئنان من مصدر ثبوته.

الشرط الثاني: أن يكون العمل جارياً وفق قواعد الشرع[٣]، ومعنى ذلك أن يكون العمل فيه جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وذلك أن العمل وإن لم يكن بالمشهور أو الراجح، لكن كونه يتضمن جلب مصلحة أو دفع مفسدة، يقدم على غيره، بل إن بعض الفقهاء يرون الأخذ بما جرى به العمل لا يخرج عن الراجح والمشهور، لأنه جار على أصل المذهب في جلب المصالح ودرء المفاسد، كما قال صاحب المراقي[٤]:

وقُدّم الضعيفُ إن جرى عمل به لأجل سبب قد اتّصل

---

(١) ينظر: نور البصر، للهلالي، ص: ١٣٥.

(٢) ينظر: صناعة الفتوى، لابن بيه، ص:١١٨.

(٣) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص:٣٦٢.

(٤) العلوي الشنقيطي، سيدي عبد الله، نشر البنود على مراقي السعود، وضع حواشيه: فادي نصيف (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠)، ط ١، ج:٢، ص: ٢١٩.

ومقتضى هذا الشرط أن العمل لو كان فيه مخالفة لنص شرعي أو مقصد شرعي، لا يُعتد به ولا يُعمل به.

الشرط الثالث: معرفة محل جريان العمل ومكانه، وذلك لتنزيل الحكم على عرف المكان الذي جرى فيه العمل، لأن الأعراف تختلف من مكان إلى آخر.

الشرط الرابع: معرفة زمان جريان العمل، لأن الأحكام تتغير من زمان لآخر[١]، فما يكون في زمان ما مقصداً شرعياً قد تتغير الأحوال فلا يكون مقصداً شرعياً، ومعلوم «أن الأحكام تتبدل بتبدل الأزمان»، كما جاءت بذلك القواعد الفقهية، وذلك مثل النفقات، ومهر المثل وغير ذلك، ومعلوم لدى الدارسين أن تغير الزمان واختلاف البلدان سبب في تغيير بعض الفقهاء لأقوالهم، كما هو الشأن مع الإمام الشافعي رحمه الله (ت٢٠٤) عند ذهابه إلى مصر، وعبارة الفقهاء مشهورة في توجيه الخلاف بين الإمام أبي حنيفة (ت١٥٠) وصاحبيه، أبي يوسف (ت١٨٢)، ومحمد بن الحسن (ت١٨٩) رحمهم الله، اختلاف زمان لا اختلاف دليل وبرهان[٢]، علماً أنهم في عصر واحد.

الشرط الخامس: أن يكون العمل صادراً عن الأئمة المقتدى بهم[٣]؛ وذلك لأن إجراء العمل فيه اجتهاد، وعدول عن الراجح، أو المشهور إلى الضعيف لسبب من الأسباب المعروفة، وهذا لا يدركه إلا الفقهاء العدول؛ إذ لا يجوز تقديم العمل على الراجح، أو المشهور، إلا بموجب شرعي من المجتهد الذي لديه القدرة على الموازنة بين المصالح وفقه الأولويات، والتنزيل، والتطبيق، ومراعاة الحال، والمآل.

الشرط السادس: معرفة موجب العدول[٤]. وذلك شرط ضمني؛ فلا يجوز ترك الراجح، والأخذ بالضعيف، إلا لموجب من الموجبات السالف ذكرها؛ وذلك لاحتمال أن لا يكون الموجب موجوداً في البلد الذي يراد تعدية العمل فيه أو الزمان الذي يراد تعدية العمل فيه.

---

(١) ينظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، لعبدالسلام، ص: ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: السرخسي، شمس الأئمة، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، د.ت)، د.ط، ج:٨، ص: ١٧٨.

(٣) ينظر: صناعة الفتوى، لابن بيه، ص: ١٢٠.

(٤) المصدر نفسه.

جاء في نشر البنود على مراقي السعود ما ملخصه: يجب تقديم القول الضعيف في العمل به على المشهور إذا تخالفا، وثبت العمل بشهادة العدول إذا كان العمل موافقاً لقول، وإن كان شاذاً، لكن إن كان له سبب من حصول مصلحة، أو درء مفسدة، وإلا فلا نعمل بالضعيف الجاري به عمل فاس مثلاً، وليس موجوداً في بلادنا، ووجه الترجيح بالعمل أن لشيوخ المذهب المتأخرين تصحيحات لبعض الروايات والأقوال، عدلوا فيها عن المشهور، وجرى بتصحيحاتهم عمل الحكام، والقضاة والفتيا لما اقتضته المصلحة(١).

المطلب الثالث
علاقة ما جرى به العمل بغيره من الألفاظ والأدلة ذات الصلة

خصصنا الألفاظ والأدلة الآتية بالذكر لما بينها وبين ما جرى عليه العمل من عموم وخصوص من بعض الوجوه.

أولاً: علاقته بالعرف.

العرف ما تعارف عليه الناس من قول أو عمل، وعرف أيضاً، أنه: ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها، في جميع العصور أو في عصر معين (٢)، والمقصود عند الفقهاء بالعرف الذي لا يخالف نصاً ولا مقصداً شرعياً(٣)، وما جرى به العمل هو حكم وقضاء من قاض في أمر من الأمور، وأما عن علاقته بما جرى به العمل، فهناك من العلماء من لا يفرق بين العرف وبين ما جرى به العمل ، ومنهم من يفرق بين العرف وبين ما جرى به العمل كما يرى الشيخ علال الفاسي، (٤) والحقيقة أن بينهما فروقاً في بعض الأمور، و يلتقيان في بعض الشروط، فبينهما عموم وخصوص، وذلك كما يأتي:

١ - إن العمل بما جرى به العمل لا بد له من شروط حتى يؤخذ به، وكذلك العرف.

٢ - إن العرف والعادة فعل العوام لشيء مرة بعد مرة، وما جرى به العمل صادر من العلماء الذين يقتدى بهم.

---

(١) ينظر: نشر البنود على مراقي السعود، للعلوي الشنقيطي، ج: ٢، ص:٢١٨.

(٢) ينظر: أبو سنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، (مصر: طبعة الأزهر، ١٩٤٧)، د.ط، ص: ٨، الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم، ١٩٩٨)، ط١، ج: ١، ص:١٤١.

(٣) ينظر: مدكور، سلام، المدخل للفقه الإسلامي، (مصر: دار الكتاب الحديث، ١٩٩٦)، ط ٢، ص:٨١.

(٤) ينظر: الفاسي، علال، مقاصد الشريعة ومكارمها، (المغرب: مطبعة النجاح، ١٩٩١)، ط، ٤، ص: ١٥٨.

٣ - إن ما جرى به العمل، يُقدم عند القائلين به في المعاملات، والعبادات، بخلاف العرف، فلا علاقة له بالعبادات، وهذه الفروقات محل خلاف لا تُسلم كلها لهم، فما جرى به العمل له علاقة بالعرف؛[١] إذ يُعتد بالعرف الصحيح الذي لا يُناقض نصاً شرعياً، أو مقصداً شرعياً، وكذلك العرف له ضوابط وشروط، وكلاهما لا بد أن يكون متفقاً مع مقاصد الشرع وقواعده.

ثانياً: علاقته بالمصلحة المرسلة:

المصلحة إما أن تكون ورد نص بتحقيقها، فهي مصلحة معتبرة، وإما أن تكون ورد نص بعدم اعتبارها، فهي مصلحة ملغاة، وإن لم يرد نص لا باعتبارها ولا بإلغائها، فهي مصلحة مرسلة ، وهذه هي التي تترتب عليها جلب منفعة أو درء مفسدة [٢]، وهي المقصودة هنا، وعند التحقيق نجد أن جميع المذاهب الفقهية تأخذ بالمصلحة المرسلة [٣]، إلا أن المالكية يعدونها من أصول المذهب، والقول بها راجع إلى أثرها في جلب المنافع ودفع المضار، وهنا تظهر العلاقة بينها وبين ما جرى به العمل؛ لأن العمل يتبع المصالح، والمصالح تبنى على اختلاف أوضاع الناس وعاداتهم وأعرافهم، وقد حدثت أعراف كثيرة نتيجة تغير وسائل الحياة وجرى عمل الناس بها تبعاً لتطور الزمان، وتعدد النوازل، وتشابك المصالح، وزياده الاختراعات، مما أنشأ أعرافاً جديدة، لذا وجب على الفقيه أن يعطي حكماً شرعياً مراعياً فيه تحقيق المصالح ودرء المفاسد، ولو كان هذا الحكم جارياً على القول الضعيف أو الشاذ، وقد تبين أن العمل بالقول الضعيف إذا كان فيه جلب المصالح، فهو على أصل مالك في اعتبار المصالح المرسلة، بشرط أن لا تصادم هذه الأحكام المستجدة نصاً من النصوص الشرعية، ولا مصلحة أقوى منها، وهذا الأمر معهود في فتاوى الفقهاء فيما جرى به العمل، ومن هنا نلمح ارتباطه القوي بالمصلحة، بل هو جار على وفقها، والفقهاء المتأخرون اعتمدوا فيه على ما عمله الصحابة (رضي الله عنهم) من جمع القرآن الكريم في عهد سيدنا أبي بكر الصديق، ثم وحدوا الرسم القرآني في عهد سيدنا عثمان رضي الله عنه،

(١) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص: ٣٩٥.

(٢) ينظر: زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٧)، ط ٧، ص: ٢٣٦.

(٣) ينظر: العبد، زين العابدين، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان، (دبي: دار البحوث، ٢٠٠٤)، ط ١، ج:١، ص: ٢٥٥.

خشية الاختلاف في القراءات، واعتمدوا نسخة أصلية، ثم نسخوا منها نسخاً عدة أُرسلت إلى الأمصار[١]، وهذا لم يكن موجوداً في عهد النبي ﷺ، وكذلك تضمينهم الصناع، جميع ذلك مبني على ما جرى به العمل مع أن الأصل والمشهور خلاف ذلك، والحكم بما جرى به العمل مبني على جلب المصالح ودفع المفاسد.

ثالثاً: علاقته بالاستحسان:

الاستحسان هو العدول في حكم مسألة عن نظائرها، إلى حكم آخر لوجه يقتضي التخفيف [٢]، وهو من الأدلة التي اختلف الفقهاء في اعتمادها، فعند الحنفية الاستحسان أصل من أصول التشريع، يحتج به في الأحكام، وكذلك الحنابلة، أما الشافعية فلم يأخذوا به بل أنكروا العمل به [٣]، أما عن العلاقة بين ما جرى به العمل، وبين الاستحسان فواضحة؛ إذ نجد كثيراً من المسائل التي قالوا فيها العمل جرى بها على كذا، نجد أن سبب ذلك هو الاستحسان عند القائلين به، أو الأصل في هذه كذا جرياً على القواعد لكن يُستحسن كذا، فيعدلون في مسألة من حكم لآخر لسبب ما، من جلب مصلحة، أو درء مفسدة ، وتكاد تكون المسائل التي قال بها المالكية جرى بها العمل من هذا القبيل، وذلك مثل: القول بتضمين الصناع، وكذلك الأصل المنع من الاطلاع على عورات الناس ورؤيتها، لكن أجيز ذلك استحساناً عند الضرورة [٤]، وهذا واضح بالنظر إلى المسائل التي ذكروها في باب الاستحسان.

رابعاً: علاقته بعمل أهل المدينة:

عمل أهل المدينة: هو ما نقله الجمهور عن الجمهور، وآثرته الكافة، وعمل به عملاً لا

(١) ينظر: البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار الفكر، ٢٠٠٥)، ط٤، ص: ٣٦٥.

(٢) ينظر: القرافي، شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول (مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت)، د.ط، ص:٤٥١، أصول الفقه، للإمام أبو زهرة، ص: ٢٣٢، الباحسين، يعقوب عبد الوهاب، الاستحسان. حقيقته (الرياض: مكتبة الرشد، ٢٠٠٧)، ط ١، ص: ٢١١.

(٣) ينظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، العبد، زين العابدين، ج:٢، ص:١٧١.

(٤) ينظر: أصول الفقه، للإمام أبو زهرة، ص: ٢٣٤.

يخفى على أحد بالتواتر، من زمن رسول الله ﷺ إلى زمن مالك رحمه الله [١]، وذلك كنقلهم مقدار المدّ والصاع، وكيفية الأذان، والإقامة، في مدينة رسول الله ﷺ، وهو مبني على المشاهدة، فهذا حجة؛ لأنه جاء بطريق النقل المتواتر، لذا يُقدم على خبر الآحاد، والقياس عند المالكية، ولا خلاف فيه بين فقهاء المالكية.

أما عن علاقة عمل أهل المدينة بما جرى به العمل، فهو ما يأتي:

يرى بعضهم أن ما جرى به العمل امتداد لفكرة عمل أهل المدينة، وهذا لم يُسلم لهم:

- إن عمل أهل المدينة نقل متواتر، لذا يقدم عندهم على خبر الآحاد، أما تقديم ما جرى به العمل فهو مبني على أقوال قد تكون ضعيفة في المذهب تعززت بأسس معتبرة في المذهب، فأصبحت في مرتبة الراجح، أو المشهور [٢]، أو لأسباب تقتضي تقديمه، مثل: العرف، أو جلب مصلحة، أو دفع مفسدة.
- إن عمل أهل المدينة يقصد به علماء عصر الصحابة، والتابعين، وتابع التابعين، إلى عصر الإمام مالك، أما ما عليه العمل أو ما جرى به العمل، فيقصد به عمل القضاة، والمفتين في الأزمنة المتأخرة في المغرب الأقصى.

بالنظر والتأمل في هذه الأدلة نجد أن بينها وبين هذا المصطلح ارتباطاً، فالمصلحة ودرء المفسدة، والعرف، من أسباب عدول المجتهد عن القول الراجح، إلى القول المرجوح، فبينها وبين ما جرى عليه العمل عموم وخصوص، لكن حقيقته تختلف عنها.

(١) ينظر: زقلام، محمد فاتح، الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها، (مطبوعات كلية الدعوة الإسلامية. ليبيا، ١٩٩٦)، ط ١، ص:١٣٧.

(٢) ينظر: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، لمحمد رياض، ص: ٥١٥.

المبحث الثالث
أثر العمل بقاعدة ما جرى به العمل في الفروع الفقهية والمسائل الفقهية المعاصرة

وفيه مطلبان:

لقاعدة ما جرى به العمل، أثر كبير في الفروع الفقهية عند المالكية، دلّت على مرونة قواعد المذهب، وأسعفت الفقهاء في العصر الحاضر، لإيجاد حلول شرعية لبعض القضايا المعاصرة.

المطلب الأول
أثر ما جرى به العمل في الفروع الفقهية في المذهب المالكي

إن اعتماد ما جرى به العمل، الذي جاء على وفق منهج قواعد، وأصول المذهب المالكي، لا يخرج عن الأنواع الآتية[1]:

١ - قسم يجري العمل فيه وفق المنهج الشرعي مع مخالفة الراجح في المذهب، أو المشهور فيه.

٢ - قسم يجري العمل فيه بالضعيف، لمرجح له عند المفتي، أو القاضي، أو المجتهد.

٣ - قسم يجري العمل فيه؛ إذ لا يوجد نص شرعي في المسألة، لكن العلماء أفتوا فيها فيما يحقق مصلحة، أو يدفع مفسدة.

٤ - قسم يجري العمل فيه، على وفق دليل خارج المذهب.

ومن هنا يظهر أن الأخذ بنظرية ما جرى به العمل، ما هي إلا نوع من الاجتهاد المعتمد على الاستصلاح في العدول عن القول الراجح، أو المشهور، لجلب منفعة، أو درء مفسدة، أو معتمد على الاستحسان لدليل من عرف صحيح سداً لذريعة، أو درءاً لمفسدة، فيتضح أن الاعتماد على ما جرى به العمل، لا يكون دائماً عملاً بالقول الضعيف أو الشاذ، إنما يكون بالدليل الذي اقتضى ذلك العدول، من جلب المصالح، أو درء المفاسد، أو مراعاة أحوال الناس، زماناً أو مكاناً، فهو اجتهاد يَتَجَدّدُ وفق القواعد الفقهية، والمقاصد العامة للتشريع الإسلامي.

(١) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص:٤٢٧.

التطبيقات الفقهية:

ليس المقصود هنا هو تحرير المسائل وتتبع الأقوال، وبيان المذاهب وأدلتها ومناقشتها، بل الهدف بيان القول المشهور في المذهب المالكي فقط، ثم بيان القول الآخر الذي عُمل به، لأجل مصلحة، أو رفع حرج، أو تبدّل عرف، أو تغيّر زمان، وتم وضعه تحت قاعدة ما جرى به العمل، حيث أفتى، وحكم فقهاء المغرب فيه.

المسألة الأولى: تعدد إقامة صلاة الجمعة في بلد واحد.

مشهور المذهب المالكي عدم جواز تعدد صلاة الجمعة في البلد الواحد، حتى لو كان البلد كبيراً، وإن تعددت الجمعة كانت للجامع الكبير العتيق، لكن جرى العمل بجواز تعددها إن كان البلد كبيراً، أو عظمت المدينة، وتصح من الجميع، وقد جرى به العمل، كما جاء في حاشية الدسوقي على شرح الدردير على مختصر خليل وشروحه:[١] ومقابله أي القول المشهور أي القول بعدم جواز التعدد، قول يحيى بن عمر بجواز تعدده إن كان البلد كبيراً وقد جرى العمل به.

المسألة الثانية: تضمين الرعاة ومَنْ في حكمهم.

جرت العادة في المغرب أن يعهد الناس لشخص يرعى مواشيهم، ويُسمى الراعي المشترك، والأصل أنه أمين، لا ضمان عليه، ما لم يَتعد أو يُفرط، لكن الذي جرى به العمل تضمين الرعاة لما ظهر عليهم من علامات الكذب والتحايل.[٢]

المسألة الثالثة: زكاة أحباس المساجد.

مشهور المذهب عند المالكية، أنه تجب فيها الزكاة، كما جاء في مختصر خليل[٣]

(١) ينظر: الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، تحقيق: محمد عليش (بيروت: دار الفكر، د.ت)، د.ط، ج:١، ص: ٣٧٤، الشيباني. محمد، تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، لعبد العزيز الإحسائي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٨)، ط ١، ج:١، ص: ٥٣٦، ويحيى بن عمر بن يوسف أحد فقهاء المالكية أخذ عن ابن حبيب وغيره، له كتاب أحكام السوق، توفي ٢٨٩.

(٢) ينظر: الأبي الأزهري، صالح عبد السميع، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (بيروت: دار الفكر، ٢٠٠٧)، ط ١، ج: ٢، ص: ١٩١.

(٣) ينظر: الدميري، بهرام، الدرر في شرح المختصر. – الشرح الصغير على مختصر خليل في الفقه المالكي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن (قطر: وزارة الأوقاف القطرية، بيروت: دار النوادر، ٢٠١٤)، ط١، ج:١، ص: ٥٢٠.

وغيره، لكن جرى العمل بعدم وجوب الزكاة؛ فقد جرى العمل في أحباس المساجد بعدم الزكاة؛ لأنه موقوف على من لا عبادة عليه.

المسألة الثالثة: العبرة بقصد المحبس لا بلفظه.

مشهور المذهب المالكي في الأحباس أن العبرة في الأحباس بلفظ الواقف من دون النظر إلى قصده، فلا يعدل عن لفظه متى ما كان جائزاً، ومعنى ذلك أن الواقف إذا اشترط شروطاً في عقد وقفه يجب اتباعها، إن كانت جائزة، [1] لكن القول الذي جرى به العمل في هذه المسألة هو أن العبرة بقصد المحبس لا بلفظه، والفتوى والحكم بما جرى به العمل يعطي الوقف حيوية ونماء واستدامة.

المسألة الرابعة: بيع روث الحيوان.

مشهور المذهب المالكي عدم جواز بيع روث الحيوان، يقول الدردير: «وشرط المعقود عليه أي لصحة بيع المعقود عليه ثمناً أو مثمناً طاهر، ولا يصح بيع ما نجاسته أصلية، ولا يمكن طهارته كزبل من غير مباح، ولو مكروهاً، وعظم ميتة وجلدها».[2] وفي هذه المسألة أقوال، والذي جرى به العمل الجواز للضرورة، وهذا القول فيه مرونة واستدامة للتخلص من النفايات وغيرها، وتحويلها إلى شيء يستفاد منه بضوابط وشروط.

المسألة الخامسة: بيع العقار المحبس إذا تعذر الانتفاع به.

المشهور في مذهب المالكية، عدم جواز بيع العقار المحبس، حتى لو خرب، يقول الشيخ الدردير بعد قوله: «لا عقار حبس من دور وحوانيت وحوائط وربع فلا يُباع، ولا يستبدل به غيره»،[3] وكذلك أيده الدسوقي: ولا يُباع العقار المحبس ولو خرب لكن جرى العمل بجواز بيعه إذا تعذر الانتفاع به ويجعل ثمنه في شيء آخر.

والقضاء بما جرى به العمل بالبيع، استناداً إلى المصلحة، يتمشى مع مقاصد الشرع لما فيه من تنمية واستدامة للوقف وعدم اندثاره.

---

(١) ينظر، الدرر شرح المختصر، للدميري، ج:٤، ص: ٢٠٦٨، ٢٠٨٠

(٢) ينظر: شرح الدردير على مختصر خليل، ج:٣، ص: ٦٩.

(٣) ينظر: الدردير على مختصر خليل، للدميري، ٤|٩١

المسألة السادسة: العقوبة بالمال:

الأصل في العقوبة أن تكون في الأبدان، لا في الأموال على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية [١]، لكن لما كثرت المخالفات، وعجزت السلطات، قال بعض الفقهاء بجواز العقوبة بالمال، مراعين في ذلك الضرورة والمصلحة، وهو ما عليه العمل في العصر الحاضر.

المسألة السابعة: شهادة اللفيف:

الأصل في الشهادة في الفقه الإسلامي أنها لا تُقبل إلا من عدول؛ لأن العدالة شرط في الشهود كما وردت النصوص الكثيرة في ذلك، ومقتضى ذلك عدم قبول شهادة غير معروف العدالة، وكان غالب حال الناس العدالة، لكن لما صار الحال العام من ضعف العدالة وقلتها بين الناس، أجاز المتأخرون من فقهاء المالكية شهادة غير معروف العدالة للضرورة، جاء في تبصرة الحكام: الباب الرابع والأربعون في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة [٢]... وذكر وقائع كثيرة، وذكر عن يحيى بن عمر من أئمة المالكية، [٣] أنه أجاز شهادة من لا تعرف عدالته في الشيء اليسير، وهو استحسان [٤]، وهي مما جرى به العمل.

ومسائل كثيرة كان للأخذ بحجية ما جرى به العمل أثر كبير، مثل مسألة تأبيد تحريم الزواج بالمخلّق، والهارب بالمرأة، واستحقاق زرع مغتصب الأرض لمالكها من دون صاحب الزرع، ومسألة اشتراط الخلطة لإيجاب اليمين على المدعى عليه؛ إذ لم يأخذ فقهاء المغرب بهذا الشرط، فأوجبوا اليمين ولو لم تثبت خلطة [٥]، وفي هذا الاتجاه المقاصدي علاج تشريعي لمشكلة اجتماعية قائمة، وهي ظاهرة الهروب بالنساء في ذاك العصر، وكثرة التعدي على أراضي الناس وأموالهم، فالقضاء بما جرى به العمل يعالج هذه الظواهر الطارئة على مجتمعاتنا[٦].

---

(١) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، ٤\٣٥٥.

(٢) ينظر، ج:٢، ص:٢١.

(٣) سبق التعريف به قبل قليل.

(٤) المصدر نفسه، ج:٢، ص: ٢٢.

(٥) ينظر صناعة الفتوى، لابن بيه، ص ١١٧.

(٦) ينظر: العرف والعمل، للجيدي، ص: ٤٨٦.

المطلب الثاني
أثر ما جرى به العمل في قضايا العصر

إن الباحث الفقيه يجد روح الفقه، وحيويته في منهج الإمام مالك وتلامذته، من ناحية فهم النص، ومقصده ومآل تطبيقه، وحسن تنزيله على أرض الواقع، كما في المسائل السابقة؛ فقد برهن هؤلاء الفقهاء أنهم قادرون على استنباط الأحكام الشرعية للمستجدات الفقهية، والمشكلات الواقعة أو المتوقعة، وأعطوا بذلك الحلول للنوازل والقضايا التي لم يرد فيها نص صريح، أو ضمني، وثبت أن الفقه المالكي يتناغم مع التطور البشري، والتغيير الزماني، وأنه فقه متجدد ومرن؛ نظراً لكثرة أصوله القابلة لمواكبة النمو والبقاء والاستمرار واستيعابه لكل ما يستجد في ساحة المعاملات، وأثبتوا عملياً أن التخريج والاجتهاد في المذهب لم يُغلق؛ إذ لم يجمد الفقهاء على نصوص أئمتهم المدونة في الكتب، بل ذموا مَنْ يفعل ذلك كما في كلام الإمام القرافي في الفروق والإحكام [1]، بل فهموا نصوصهم واجتهدوا على منهجها، واعتبار المقصد والمآل، و الاستنباط والتخريج، وما يزخر به المذهب من قواعد قوية تعين الفقيه على الوصول إلى الأحكام الشرعية.

والفقه المالكي فقه عملي، يعتد بالواقع، ويعتمد على العرف والعادة، ويستند إلى المصالح المرسلة، التي هي من أجلّ قواعد المالكية في هذا الباب، وقد أدرك فقهاء المذهب المالكي أن القواعد المستندة إلى العرف والعادة ليست مؤبدة، إذ نظروا إليها بمنظار الفقهاء الذين سبقوهم واعتبروا أن الفقه مادة اجتماعية تتأثر بما يتأثر به المجتمع، لذا أوجدوا حلولاً لمشكلات مجتمعهم، فكذلك نسلك طريقهم في حل مشكلات عصرنا.

وهذا يقودنا الى أن الاجتهاد بالرأي يترتب عليه اختلاف في وجهات النظر، لأن العقول متفاوتة، والقضايا مختلفة وظروف الزمان والأعراف متباينة والفقه يتأثر به كما قال الإمام القرفي رحمه الله: «إن كل ما في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة» [2].

---

(١) ينظر: القرافي، شهاب الدين أبي العباس، الفروق في أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: علي جمعة، (مصر: دار السلام، ٢٠٠١)، ط١، ج:٣، ص: ٩٥٨.

(٢) ينظر: القرافي، شهاب الدين أبي العباس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة (مصر: دار السلام، ٢٠٠٩)، ط ٥، ص ٢١٨.

فالفقيه المتمرس العارف ما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد في فتواه وحكمه، ينزلها على أرض الواقع تحقيقاً للمناط ونظراً للمآل.

من هنا نجد أن نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المذهب المالكي، تحمل في ثناياها مبدأ التطور التشريعي المواكب لكل عصر؛ لأن النظر في أقوال الفقهاء السابقين وأحكامهم، مورد خصب، يُستفاد منه للسير على طريقته، وهذا معروف اليوم في بعض الاتجاهات التشريعية في البلاد الأوروبية بالسوابق القضائية، يقول القانوني الفرنسي إرنسط زايس بعد إشادته بالفقه المالكي ووصفه بالتطور: «فيما جرى به العمل إنه منهج متطور على أن القضاة المسلمين لهم فقه لا يزال يترقى ويتحسن شيئاً فشيئاً حسب الضرورة ومن هذه النظرية يتمتع المغرب بثروة من التصانيف لا تخطر بالبال ولا شبيه لها بما توصف به أحيانا إذ تجد به مؤلفات فقهية جديرة بالاعتبار صنفت خلال القرن الحادي عشر وكتباً أخرى حديثة العهد يتراءى فيها الشرع الإسلامي من خلالها شرعاً حياً ومجالاً لأفسح الأبحاث». (١)

إن فقهاء المالكية يرون أن الفقه روح الحياة، ينظم الشؤون الاجتماعية، والاقتصادية، وسائر ما يحتاج إليه الناس، لذلك كرسوا جهودهم وفتاويهم في حل مشكلات الناس وقضايا المجتمع؛ لذا كثرت في المذهب المالكي كتب الشروط، والوثائق، والنوازل، والفتاوى، التي تراعي حياة الناس وأعرافهم وما فيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، مراعين ما جرى به العمل المُوثّق الصادر عن فقهاء، وقضاة، ومفتين، لهم القدم الراسخة في فقه المذهب، وهذا كله يدحض ما يقال إن الاعتماد على ما جرى به العمل، جمود وتحجر في الفقه وتعصب وقداسة لأقوال السابقين من الأئمة، أو أنه يدل على عجز الفقه، وعدم قدرته على التناغم مع معطيات العصر، ومستجداته، بل إن ما جرى به العمل عين التجديد والتطور، إذ كيف نخالف الراجح والمشهور، إلى ما جرى به العمل لمصلحة ملائمة، فكيف يُوصف بهذا الوصف الذي لا ينطبق عليه؟

إن من أهم معالم الاجتهاد المقاصدي عند المالكية، الأخذ بنظرية ما جرى به العمل الذي فتح للقضاة، والحكام باباً واسعاً؛ إذ يجيز لهم مخالفة القول المشهور، أو الراجح في

(١) مجلة الأحكام العدلية، العدد١، ص ١٠، كانت تصدر بالرباط، نقلًا عن الجيدي في العرف والعمل، ص ٤٢٢.

المذهب، إذا كان ذلك أدعى إلى تحقيق مصلحة، أو دفع فساد، وهذه المسائل مدونة في كتب المتأخرين في المذهب، فالقاضي إذا عرضت له مسألة، ووازن فيها بين الأقوال، وينتج من الحكم فيها بالمشهور أو الراجح مفسدة، أو ضرر، أو وقوع الناس في حرج، فيجوز له الحكم بالقول الضعيف، تاركاً المشهور، أو الراجح، عملاً بالمقصد الشرعي، الذي يراعي مصالح الناس، فإذا اتبعه قضاة ذلك البلد وصار أمراً معروفاً، سُمي (الحكم بما جرى به العمل) أما إذا لم يتبعه أحد ولم يُعرف، فإنه يبقى فتوى فردية، وهذا المنحى الاجتهادي لم يخرجه من المذهب، غايته أنه ترك الإفتاء، أو الحكم، بالقول المشهور، أو الراجح، وحكم بالقول الضعيف، لسبب من الأسباب الموجبة لذلك، ولمصلحة معتبرة، أو لعرف متغيّر.

- إن نظرة فقهاء المالكية في المغرب تطورت للعمل القضائي في هذا الموضوع في مجال العمل؛ فقد أصبح من القواعد التي يُستند إليها في الترجيح، وأن القول الذي يجري به العمل، حتى لو كان شاذاً أو ضعيفاً يرجح على غيره مما لم يجر به العمل، حتى لو كان مشهوراً أو راجحاً، حتى أصبح ما جرى به العمل يعد ترجيحاً في القضاء والفتوى، بل هو أولى من الحكم أو الفتوى بالقول الضعيف من دون عمل سابق به.
- ومما هو معروف أن القانون الغربي عامة والقانون الفرنسي خاصة أخذ من الفقه الإسلامي عامة ومن الفقه المالكي خاصة، -كما وضّح بالدليل الساطع صاحب كتاب المقارنات التشريعية، بل كما أقر بذلك كبار فقهاء القانون منهم، وهذا معلوم لدارسي القانون المنصفين كالسنهوري رحمه الله وغيره-. ونسجوا على منواله السوابق القضائية في القانون الغربي، والاجتهاد القضائي: هو مجموعة المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار المحاكم واطرادها في السير على قاعدة معينة، وبعبارة أخرى: هي الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها [1].

(١) ينظر: كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، (مصر: منشأة المعارف، ٢٠١٤)، ط١، ص:٢١٤.

المطلب الثالث
قاعدة ما جرى به العمل ودورها في معالجة كثير من القضايا في هذا العصر

إضافة إلى المسائل السابقة، التي تم عرضها في المذهب المالكي، أذكر هنا بعض القضايا المعاصرة في المذهب المالكي وغيره من المذاهب:

١ - بيع الصفقة، وصورتها: أن يكون شريكان أو أكثر يملكان بيتاً، أو عقاراً، أو شركة، في ملك مشاع لا يقسم، أو إذا قسم قل ثمنه، إذا أراد أحد الشركاء أن يبيع حصته، فالشريك الآخر إما أن يشتري حصة شريكه بمثل ذلك الثمن، وإما أن يوافق على البيع، ولا يجوز له أن يمنع شريكه من البيع، ففي هذه الحالة يجوز لشريكه أن يبيع حصته لآخر، وهذا الذي جرى عليه العمل [(١)]، من غير شرط الرفع إلى الحاكم، وهنا المخالفة في المذهب، وهي أنه يشترط الرفع إلى الحاكم، لكن الذي جرى به العمل جواز ذلك للمصلحة، من دون رفع للحاكم؛ لأن هذه الإجراءات قد تطول، وقد يذهب المشتري، وقد ينقص الثمن، فيتضرر الشريك الذي يريد البيع، وهذا القول يحل كثيراً من الإشكالات اليوم في الشركات العالمية، ففي اعتماده تصبح الأمور أكثر يسراً وسهولة، وحقوق الشركاء محفوظة من دون تطويل في الإجراءات، وهذا ما تسعى إليه بعض الدول المتطورة من إنشاء محاكم تجارية لفض النزاعات، حتى أصبح لديها ما يعرف (محاكمة اليوم الواحد كما في محاكم دبي).

٢ - مسألة الوقف إذا تعطلت منافعه. الأصل أن الوقف مؤبدٌ، لا يجوز تغييره، ولا تبديله، ولا نقله، لكن إذا تعطلت منافعه، وأصبح لا يُستفاد منه، فيجوز نقله، أو تبديله، أو بيعه، وشراء شيء آخر مكانه، وهذا ما جرى به العمل، إذا تعطلت منافعه؛ فقد جرى العمل بجواز بيعه للمصلحة العامة، وبهذا تحل مشكلات كثيرة من الأوقاف القديمة التي أصبحت لا يُستفاد منها، وتحييّ مشاريع الوقف، وتنمو، وتكون الأوقاف نافعة، متنوعة، محفوظة من الخراب والهلاك، وبهذا الاتجاه صدر قانون مدينة دبي للوقف ٢٠١٩- وما تبعه من تعديلات - وغيرها من البلاد مما يحيي سنة الوقف، وتنميته، واستدامته.

---

(١) ينظر العرف والعمل، للجيدي، ص: ٤٥٤.

٣ - مسألة النظر إلى العورات في حال الضرورة.

المشهور في المذهب أن المرأة تصدق في أمورها الخاصة، ولا يطلع على عورتها، وأفتى المتأخرون من فقهاء المالكية بجواز النظر إليها للشهادة، لتعلق حق الغير بها، وهذا ما جرى به العمل عند المالكية، وفي هذا القول رفع للحرج في العصر الحاضر؛ إذ إن كثيراً من النساء والرجال يضطرون للذهاب إلى الطبيب المختص بهذه الأمراض[١]، سواء كان الطبيب رجلًا، أو امرأة، وفتوى المتأخرين من فقهاء المالكية بجواز هذا، حلَّ هذا الإشكال؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات.

٤ - مسألة الشركات بأنواعها وعقودها، وحفظ الحقوق بالرهن وغيره مما هو معروف في الفقه الإسلامي.

٥ - مسألة التأمين التعاوني المعمول به الآن لدى شركات التأمين وفق قواعد ومقاصد التشريع الإسلامي.

٦ - مسائل فقهية معاصرة تواجه المسلمين في الغرب؛ فقد عالج فضيلة الشيخ بن بيّه في كتابه صناعة الفتوى كثيراً من المسائل الفقهية المتعلقة بما يحتاج إليه المسلون المقيمون في أوروبا، وذكر القواعد الكلية التي بنى عليه الاجتهاد في إعطاء الحكم الشرعي لهؤلاء، ثم ذكر أن الاجتهاد يكون فيها على ثلاثة أضرب[٢]:

- اجتهاد جديد، واجتهاد في تحقيق المناط، واجتهاد ترجيحي: وهو اختيار قول قد يكون مرجوحاً في وقت من الأوقات، فيختاره العلماء لمصلحة اقتضت ذلك، وهذا ما يسمى عند المالكية جريان العمل.

هذه نماذج للمسائل التي يعتمد الفقهاء فيها على ما جرى به العمل، نجد نماء، وروح الحياة في الفقه الإسلامي؛ إذ فيها مراعاة للواقع العملي، وتحقيق المصلحة، ودرء المفسد عموماً.

(١) ينظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ج:٢، ص:١٣٩.

(٢) ينظر: صناعة الفتوى، لابن بيه، ص:١٧٠.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

١ - الأخذ بما جرى به العمل في الفقه المالكي، علاج تشريعي ونبوغ فقهي، واجتهاد قضائي، ونمو وتطور في المذهب.

٢ - اعتماد الأخذ بما جرى به العمل لا خروج فيه عن المذهب؛ إذ يعتمد على أصل الإمام مالك في المصالح المرسلة، وعلى أصله في سد الذرائع، واعتبار العرف والعادة.

٣ - الأخذ بما جرى به العمل، قول معظم فقهاء المالكية، والذين أنكروا الأخذ به قلة، بل معظم المسائل التي أُفتي فيها بما جرى به العمل، معمول بها في المذاهب الأربعة لأدلة أخرى معتبرة، فالأخذ بهذه النظرية أولى من العمل بالقول الضعيف من دون عمل سابق.

٤ - اعتماد ما جرى به العمل في بعض المسائل، لا يعني أنها أحكام مؤبدة، ويمكن أن يتغير الحكم والفتوى إذا تغير الموجب.

٥ - الأخذ بنظرية ما جرى به العمل اجتهاد مذهبي ينبئ بعدم التعصب لفقهاء المذهب، وأقوالهم، أو الجمود على المنقولات، التي عالجت قضايا عصرها في ذلك الوقت، وهو يعالج قضايا عصرنا بهذا المسلك.

٦ - الضوابط والشروط التي وضعها القائلون بتقديم ما جرى به العمل تؤكد أصالته، وليس فيه مخالفة لقواعد الشرع ومقاصده، فضلاً عن نصوص شرعية صريحة قطعية.

٧ - إن الفقه والقانون الأوروبي، وبالأخص القانون الفرنسي، استفاد كثيراً من قواعد المذهب المالكي؛ إذ إن السوابق القضائية المعروفة في القانون الأوروبي، هي صورة عن العمل بما حكم، وأفتى به من كان قبلهم.

٨ - كثير من المسائل الفقهية التي تواجه المسلمين في الغرب تعتمد المجامع الفقهية الفتوى فيها على الأخذ بالقول المرجوح للضرورة والحاجة، وهو أنسب لهم حتى لا يقعوا في حرج، أو يتركوا العمل بأحكام الشرع.

ثانياً: التوصيات

١ - الدراسة الوافية لكل مسألة عُدلَ فيها عن القول الراجح أو المشهور إلى ما جرى به العمل، وتفحص سبب العدول، وهل لا زال ماثلاً في عصرنا الحاضر، أو لا؟ وهل تتوافر فيه الشروط؟

٢ - الدقة في تطبيق الضوابط التي اشترطها القائلون بالأخذ بما جرى به العمل، ومدى تطبيقاتها على كل مسألة من المسائل.

٣ - العمل على إيجاد حلول شرعية ولو على أقوال غير معتمدة خير من أن نعمل بقوانين تخالف مقاصد الشرع وروحه.

٤ - توجيه البحوث والرسائل الجامعية المتخصصة، لمعالجة القضايا المعاصرة، وفق قواعد المذاهب الفقهية المعتمدة وأصولها.

المراجع

الأبي الأزهري، صالح عبد السميع. (٢٠٠٧). *الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني*. بيروت: دار الفكر.

الباحسين، يعقوب عبد الوهاب. (٢٠٠٧). *الاستحسان: حقيقته – أنواعه – حجيته- تطبيقاته المعاصرة*. الرياض: مكتبة الرشد.

الباحسين، يعقوب عبد الوهاب. (١٤١٤هـ). *التخريج عند الفقهاء والأصوليين*. الرياض: مكتبة الرشد.

أبو البصل، علي. (٢٠٠١). *دراسات في الفقه المقارن*. دبي: دار القلم.

بلتاجي، محمد. (٢٠٠٢). *منهج عمر بن الخطاب في التشريع*. مصر: دار السلام.

البوطي، محمد سعيد. (٢٠٠٥). *ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية* (ط.٤). دمشق: دار الفكر.

ابن بيّه، عبد الله بن الشيخ. (٢٠٠٧). *صناعة الفتوى وفقه الأقليات*. بيروت: دار المنهاج.

ابن تيمية، تقي الدين أحمد. (٢٠٠٤). *فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية* (د.ط). المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف.

الجيدي، عمر عبد الكريم. (١٩٨٤). *العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب* (د.ط). المغرب: مطبوعات اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث في المغرب ودولة الإمارات.

الحجوي، محمد بن الحسن. (١٩٩٥). *الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي* (أيمن شعبان، تحقيق؛ د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

خلاف، عبد الوهاب. (٢٠١٧). *أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم* (علي عثمان، اعتناء). بيروت: دار الكتب العلمية.

الدسوقي، محمد عرفة. (د.ت). *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير* (محمد عليش، تحقيق؛ د. ط). بيروت: دار الفكر.

الدردير، أبو البركات أحمد. (د.ت). *الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي* (محمد عليش، تحقيق؛ د.ط). بيروت: دار الفكر.

الدميري، تاج الدين بهرام. (٢٠١٤). *الدرر في شرح المختصر. – الشرح الصغير على مختصر خليل في الفقه المالكي*- (حافظ عبد الرحمن؛ أحمد عبد الكريم؛ تحقيق). بيروت: دار النوادر.

أبو رخية، ماجد محمد. (١٩٩٩). حكم التعزير بأخذ المال الغرامة المالية. في عمر سليمان الأشقر، وعبد الناصر أبو البصل (تحرير)، *مسائل في الفقه المقارن* (ط.٣). (ص٢٧٩- ٢٩٤). الأردن: دار النفائس.

أبو رخية، ماجد محمد. (٢٠٠٨). *فقه الزواج والطلاق وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي* (ط.٢). الشارقة: جامعة الشارقة.

الريسوني، قطب. (١٤٣٠هـ). ما جرى به العمل في الفقه المالكي نظرية في الميزان. *مجلة العدل*، ١ (٤٣)، ١٨-٦٠.

الزحيلي، وهبة مصطفى. (١٩٨٧). *الفقه الإسلامي وأدلته* (ط.٢). دمشق: دار الفكر.

الزرقا، مصطفى أحمد. (١٩٩٨). *المدخل الفقهي العام*. دمشق: دار القلم.

زقلام، محمد فاتح. (١٩٩٦). *الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها*. ليبيا: كلية الدعوة الإسلامية.

أبو زهرة، محمد أحمد. (د.ت). *أبو حنيفة حياته وعصره -آراؤه وفقهه* (د. ط). مصر: دار الفكر العربي.

أبو زهرة، محمد أحمد. (د. ت). *الأحوال الشخصية* (د.ط). مصر: دار الفكر العربي.

أبو زهرة، محمد أحمد. (١٩٩٧). *أصول الفقه* (د.ط). مصر: دار الفكر.

أبو زهرة، محمد أحمد. (د. ت) *مالك حياته وعصره -أراؤه وفقهه* (د.ط). مصر: دار الفكر العربي.

زيدان، عبد الكريم. (٢٠٠٣). *المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية* (ط.١٦). بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون.

زيدان، عبد الكريم (١٩٩٧). *الوجيز في أصول الفقه* (ط.٧). بيروت: مؤسسة الرسالة.

السرخسي، شمس الأئمة الحنفي. (د.ت). *المبسوط* (د.ط). بيروت: دار المعرفة.

أبو سنة، أحمد فهمي. (١٩٤٧). *العرف والعادة في رأي الفقهاء* (د. ط). مصر: طبعة الأزهر.

الشيباني، محمد. (١٩٨٨). *تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك*. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

آل الشيخ، محمد بن إبراهيم. (١٣٩٩هـ). *فتاوى ورسائل* (محمد بن عبد الرحمن، جمع؛ د.ط). مكة المكرمة: مطبعة الحكومة.

العبد، زين العابدين. (٢٠٠٤). *رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية*. دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.

العسرى، عبد السلام. (١٩٩٦). *نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي* (د.ط). المغرب: وزارة الأوقاف.

العلوي الشنقيطي، سيدي عبد الله. (٢٠٠٠). نشر البنود على مراقي السعود (ط.٢). بيروت: دار الكتب العلمية.

علي، محمد إبراهيم. (٢٠٠٠). *اصطلاح المذهب عند المالكية*. دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.

الغلاوي، محمد النابغة بن عمر. (٢٠٠٤). *من نصوص الفقه المالكي. بو طليحيه. وهو نظم في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية* (يحيى بن البراء، تحقيق؛ ط.٢). بيروت: دار الريان.

الفاسي، علال. (١٩٩١). *مقاصد الشريعة ومكارمها* (ط.٤). المغرب: مطبعة النجاح الدار البيضاء.

ابن فرحون، برهان الدين المالكي. (٢٠٠٣). *تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام* (جمال مرعشلي، تحقيق؛ د. ط). الرياض: عالم الكتب.

ابن قدامه، الموفق أبو محمد المقدسي. (٢٠٠٤). *المغني* (د. ط). الأردن: بيت الأفكار.

القرافي، شهاب الدين أبو العباس. (٢٠٠٩). *الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام (عبد الفتاح أبو غدة، تحقيق؛ ط.٥). مصر: دار السلام.*

كيرة، حسن. (٢٠١٤). المدخل لدراسة القانون (د.ط). مصر: منشأة المعارف.

المالكي، محمد رياض. (١٩٩٦). أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي. المغرب: الدار البيضاء.

مدكور، محمد سلام. (١٩٩٦). المدخل للفقه الإسلامي (ط.٢). مصر: دار الكتاب الحديث.

الهلالي الفلالي، أبو العباس سيدي أحمد. (٢٠٠٧). نور البصر شرح خطبة المختصر خليل (محمد محمود ولد الأمين، تصحيح). الإمارات: دار يوسف بن تاشفين.

JOURNAL OF SHARIA AND ISLAMIC STUDIES

A refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

A Characteristic of Maliki School is considering Legal Precedents Rule. Concept, authoritative force, controls and impact on contemporary issues

Prof. Khalaf Mohammed Al Mohammed

Faculty of Law, University of Science and Technology
United Arab Emirates

Academic
Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029-8908

Volume 39 - Issue No. 139

Jamada II 1446 A.H. - December 2024