ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي

بقلم
د/ نبيل موفق*

الملخص

يناقش هذا المقال دليلا من أدلة المذهب المالكي الذي يعتبر من أكثر المذاهب أصولاً والتي من شأنها أن تجعل فقهه فقهاً مرناً في التّطبيق ومعالجة الوقائع الحادثة، كما تجعله أقرب حيويّة وتحقيقاً لمصالح النّاس، والذي هو دليل ما جرى به العمل الذي يعتبر من القواعد التي كان لها الفضل في تمكين الفقهاء من الاجتهاد والاستنباط والتّوسّع في مجال تخريج المسائل في المذهب المالكي.

الكلمات المفتاحية: مذهب مالكي – بعد مقاصدي – فقه.

مقدّمة

الحمد لله والصّلاة والسّلام على نبيّه ومصطفاه، وبعد:

فإنّ المذهب المالكي من أكثر المذاهب أصولاً والتي من شأنها أن تجعل فقهه فقهاً مرناً في التّطبيق ومعالجة الوقائع الحادثة، كما تجعله أقرب حيويّة وتحقيقاً لمصالح النّاس.

وقد كان الفضل في تمكين الفقهاء من الاجتهاد والاستنباط والتّوسّع في مجال تخريج المسائل في المذهب المالكي ثراء الأصول الاجتهادية المعتمدة من طرف المجتهدين، ولذلك نجد فقهاء المذهب المالكي قد يخالفون إمامهم في

* أستاذ محاضر - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي – الجزائر.

المنارة للاستشارات

بعض الفروع تخريجاً على نفس الأصول ومن أهمّ ما يمكن أن يلفت الانتباه في أصول المذهب اعتماده على المصلحة الشّرعيّة
كأساس في الاجتهاد عن طريق خطط تشريعيّة مثل المصلحة المرسلة وسدّ الذّرائع والاستحسان والعرف، وكل هذه الخطط جعلته ينفرد ببعض الخصائص التّشريعيّة والمناحي الاستدلاليّة التي لها أبعاد مقاصديّة من ذلك الأخذ بدليل ما جرى به العمل الذي تتجلّى فيه مقاصديّة الفقه التّشريعي المالكي، لاعتماده على المصلحة والحاجة واستناده إلى الضّرورة وتحقيق المناط في عمليّة الاجتهاد والإفتاء، وهو بذلك يعتبر أحد الرّوافد الاجتهادية التي تسعف الفقيه والمفتي المجتهد في إيجاد حلّ للمشكلات المعروضة عليه لاسيما ما يتعلّق بمسائل النّوازل بما يتوافق مع أصول الشّريعة ومقاصدها، ويتناسب مع نصوصها وأدلّتها، وعليه يمكن طرح الإشكالية التّالية: مامدى تجلّيات الدّرس المقاصدي في إعمال ملمح ما جرى به العمل كمنحىً استدلاليّ في الفقه المقاصدي التّشريعي المالكي؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية رمت الخطّة التّالية:

- المبحث الأوّل: تعريف ماجرى به العمل وأهمّيّته في الفقه المقاصدي المالكي.
- المبحث الثّاني: المسوّغات المقاصديّة لاعتبار ماجرى به العمل في الاجتهاد.
- المبحث الثّالث: نشأة ماجرى به العمل في تاريخ الفقه المالكي.
- المبحث الرّابع: ضوابط اعتبار ما جرى به العمل في المذهب المالكي.
- المبحث الخامس: مسائل مالكية مبنيّة على اعتبار ما جرى به العمل.
- خاتمة.

وهذا تفصيل المباحث المذكورة آنفاً:

المنارة للاستشارات

المبحث الأوّل
تعريف ما جرى به العمل وأهمّيّته في الفقه المالكي

المطلب الأوّل
تعريف ما جرى به العمل

ما جرى به العمل وجه من وجوه النّظر، يؤخذ به في الفتاوى والأحكام والنّوازل والأقضيات، ومرتبته الاستدلالية استثنائيّة من الأصل، إذ الأصل وجوب اتّباع الرّاجح والمشهور والعدول عنهما إلى المرجوح أو الضّعيف إذ اقترن بمسوّغ معقول يعد رخصة، وما كان حقّه كذلك وجب الاقتصار فيه على القدر الخادم للقضيّة من غير تعدّ وتعميم إلى غيرها وبالضّرورة وجوب الرّجوع إلى الأصل إذا انقضى زمان أو حال الاستثناء والرّخصة، وهذا ما يدلّنا على أنّ ما جرى به العمل نتاج النّظر المقاصدي في الفقه المالكي باعتباره وجهاً من وجوه الاستدلال الفقهي والتّرجيح الاجتهادي والنّظر المقاصدي في المذهب المالكي، وقد ارتضى بعض الباحثين تعريف ما جرى به العمل على النّحو الآتي: (هو العدول عن القول الرّاجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضّعيف فيها رعياً لمصلحة الأمّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعيّة)[1].

ومن خلال هذا التّعريف يتبيّن لنا أنّ ما جرى به العمل مؤسّس على اعتبار المقاصد والمصالح والحاجات والضّرورات؛ ذلك أنّ الفقيه يلجأ إليه إن اقتضى الحال من أجل إيجاد حلّ للمسألة التي جاء المستفتي سائلاً عنها فيفتيه بالقول الضّعيف الشّاذ أحياناً مقابل الرّاجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، ويظهر من خلال ذلك أنّ تفعيل ملمح ما جرى به العمل كمنحى استدلاليّ مرتبة لا تتحصّل إلاّ لمن ملك آلة الاجتهاد كما سوف يظهر معنا.

وقد أسّس الفقهاء مشروعيّة قاعدة ما جرى به العمل على مجموعة من النّصوص منها ما بوّب به البخاري في صحيحه فقال:"باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"، ثمّ ساق ما يدلّ على ذلك[2].

المنارة للاستشارات

المطلب الثّاني
أهميّة ما جرى به العمل في الفقه المقاصدي المالكي.

إذا دقّقنا النّظر في أصول وقواعد المذهب المالكي الاستدلاليّة والحجاجيّة فإنّنا لا نجد حضوراً لدليل ما جرى به العمل باعتباره أحد وجوه الاستدلال أو القواعد المعوّل عليها في المذهب؛ وإنّما وجوده ينكشف ضمن القواعد الفقهيّة وبين ثنايا أبواب الفقه والأحكام والقضاء والفتوى، للالتصاق الوثيق بين العمل وحكم القاضي والحاكم والمجتهد في المذهب ومجتهد الفتوى لاسيما في الأحكام المتعلّقة بالمعاملات التي لها صفة التّجدّد والحدوث، ولها ارتباط وثيق بين الواقع والعرف والبيئة والمجتمع، وباعتبار آخر كون العمل يعدّ من الرّخص والاستثناءات، وما كان كذلك وجب الاقتصار به على المحلّ المعيّن من غير تعدية وجوهه إلى غيره.

فمضان ما جرى به العمل الاجتهادات والتّفريعات الفقهيّة والمسائل الواقعيّة والنّوازل الحادثة التي أفتى فيها المفتون والمجتهدون بفتاوى واجتهادات معيّنة، والتي تستند إلى المنطق الاجتهادي الصّحيح والتّأصيل المنهجي العميق.

واستلال الأصول والقواعد والخصوصيات من الفروع والفتاوى والاجتهادات منهج قديم قدم نشأة المذاهب الفقهيّة، ومنها المذهب المالكي، الذي لم يضع أصوله الإمام مالك- أي لم يصرّح بها- وإنّما استخرجها تلامذته من الإشارات والاختيارات ووجوه الاستدلال التي أوردها في موطّئه، أو من نصوص المدوّنة، وذلك بالاستقراء والتّتبّع.

وملمح ما جرى به العمل نمط اجتهادي مقاصدي غرضيّ مستلّ من الأصول الاستدلاليّة المالكيّة، فهو إن كان ملتفتاً فيه إلى جلب المصلحة فهو مخرّج على أصل الاستصلاح، وإن كان موجبه درء المفسدة فهو على أصل سدّ الذّرائع، وإن كان جرياً على ما تعارف عليه النّاس فمندرج تحت أصل مراعاة العوائد والأعراف، وممّا يجدر التّنبيه عليه هنا أنّ العمل يرتبط بموجبه ارتباط العلّة بالمعلول، فهو منفذ استدلالي مؤقّت إلى حين زوال العلّة بارتفاع الموجب لها فيعود الحكم إلى الرّاجح أو المشهور[3].

المنارة للاستشارات

فحقيقة القول بما جرى به العمل من خصوصيات المذهب المالكي، وأحسبه أنّه موازي في الظّاهر بالاستحسان عند الحنفيّة باعتبار هذا الأخير تقديم قياس خفي على قياس جليّ لمصلحة أو ضرورة.

وقد ورد عن أئمّة المذهب المالكي كثير من الفتاوى التي خالفوا فيها المشهور والرّاجح لقوّة المصلحة المترتّبة على الأخذ بالضّعيف أو الشّاذ أو المرجوح، وفي ذلك يقول إبراهيم اللّقاني ت1041هـ :(لشيوخ المذهب المتأخرين كأبي عبد الله بن عتّاب، وأبي الوليد بن رشد وأبي الأصبغ بن سهل، والقاضي أبي بكر بن زرب، والقاضي أبي بكر بن العربي، واللّلخمي، ونظائرهم اختيارات وتصحيح لبعض الرّوايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور وجرى باختيارهم عمل الحكّام والفتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف، والأحكام تجري مع العرف والعادة، قاله القرافي في القواعد، وابن رشد في رحلته وغيرهما من الشّيوخ)[4] .

ويظهر من كلامه –رحمه الله- النّزعة المقاصديّة الموجّهة لتأصيل القول بمصلحة ما جرى به العمل واعتماده عند أولئك الفقهاء المالكيين.

المبحث الثّاني
المسوّغات المقاصديّة لاعتبار ماجرى به العمل في الاجتهاد

لما كان القول بما جرى به العمل يظهر فيه إهمال ما هو راجح واعتبار ما هو مرجوح؛ فإنّ هذا ليس على إطلاقه وإنّما هو مقيّد بوجود مسوّغات قويّة تدعو إلى الجنوح إلى ترجيح ما جرى به العمل على المشهور المفتى به.

ولذلك فيمكن القول بأنّ (فقه العمل) أو (الماجريات)[5] ضاع بين الغالي فيه والجافي عنه؛ أمّا الأوّل فيقدّم العمل به على النّصوص القطعيّة من الكتاب والسّنّة تقديساً للعرف الدّارج والعمل الجاري، وأمّا الجافي عنه فشنّ على فقه العمل حملة شعواء إذ ترسّخ لديه اعتقاد أو عرفان بأنّ العمل لا أصل له إلاّ الجريان على الأقوال الضّعيفة، ومجاراة الأعراف الفاسدة[6] ، فضاعت الحسنة بين السّيّئتين.

ومن أهمّ المسوّغات المقاصديّة للقول بما جرى به العمل واعتباره ما يلي:

- قاعدة اعتبار المقاصد:

المنارة للاستشارات

فأصل العمل ينبع من معين الأدلّة والأقوال الاجتهادية لأئمّة النّظر والتّحقيق، وذلك (أنّ بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد القضاة إلى الحكم بقول مخالف المشهور لدرء مفسدة أو خوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام مستندها العرف لا غيرها، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك فيأتي من بعده، ويقتدى به مادام الموجب الذي لأجله خالف المشهور في مثل تلك البلد، وذلك الزّمن، وهذا مبني على أصول المذهب المالكي قد تقدّمت، فإذا كان العمل بالضّعيف لدرء مفسدة، فهو أصل مالك في سدّ الذّرائع، أو جلب مصلحة، فهو على أصله في المصالح المرسلة وقد تقدّم ما فيه من الخلاف وأنّ شرطه أن لا يصادم نصّاً من نصوص الشّريعة ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف، فتقدّم أنّ من الأصول التي بنى الفقه عليها، وأنّه راجع للمصالح المرسلة أيضاً، فيشترط فيه ما اشترط فيه، فتنبّه لهذا كلّه، فإذا زال الموجب، عاد الحكم المشهور، لأنّ الحكم بالرّاجح، ثمّ المشهور واجب، وهو من الأصول العقليّة)[7].

وملمح ما جرى به الدّليل بهذا الاعتبار هو من القواعد المقرّرة لوجوب المزج بين النّصّ والالتفات إلى روحه ومدلوله على وجه لا يخلّ بالمعنى الذي يلوح من الظّاهر، فهي بذلك تساعد على تنزيل مقاصد التّشريع على كلّ الوقائع المستجدّة، والنّوازل التي تقتضي أحكاماً استثنائيّة وفقاً لاعتبار مصلحة المكلّف واختيار الحكم المناسب لحاله وظروفه في حدود الضّوابط الشّرعية[8].

-قاعدة الأعذار والظّروف الطّارئة:

يقول ابن تيمية:(ويجب على المضطرّ أن يأكل ويشرب ما يقيم به نفسه، فمن اضطرّ إلى الميتة أو الماء النّجس فلم يشرب ولم يأكل حتّى مات دخل النّار)[9].

ويقول العزّ بن عبد السّلام:(وكذلك لو اضطرّ إلى أكل النّجاسات وجب عليه أكلها، لأنّ مفسدة فوات النّفس والأعضاء أعظم من مفسدة أكل النّجاسات)[10].

ويقول الشّاطبي:(إنّ محالّ الاضطرار مغتفرة في الشّرع أعني: إنّ إقامة الضّرورة معتبرة وما يطرأ عليه من عارضات المفاسد مغتفرة في جنب المصلحة المجتلبة، كما اغتفرت مفاسد أكل الميتة والدّم ولحم الخنزير وأشباه ذلك في

المنارة للاستشارات

جنب الضّرورة لإحياء النّفس المضطرّة، وكذلك النّطق بكلمة الكفر، أو الكذب حفظاً للنّفس أو المال حالة الإكراه)[11] .

فتبيّن لنا أنّ الإسلام أجاز هذه المحرّمات للضّرورة الحاصلة، فالوقوع في المحضور، وتناول ما كانت مفسدته قطعيّة وغالبة على مصلحته في الحالات الاعتياديّة أولى من عدمه، لأنّه وإن كان مفسدة في ذاته إلاّ أنّه يحقّق في مثل تلك الحالات مصلحة تربو عن مفسدته، فيكون هذا التّرجيح تأصيلاً لقاعدة ما جرى به العمل لمشابهتها في جلب المصلحة ودرء المفسدة، ويدلّلنا على أنّها قاعدة جارية على مقتضى الاستدلال الصّحيح.

-قاعدة التّخفيف والتّيسير:

من سمات الشّريعة الإسلاميّة التّيسير ورفع الحرج عن المكلّفين، وهو من قواعدها الكبرى، وأولويّاتها العظمى.

يقول الشّاطبي:(كلّ أمر شاق جعل الشّارع فيه للمكلّف مخرجاً فقصد الشّارع بذلك المخرج أن يتحرّاه المكلّف إن شاء كما جاء في الرّخص الشّرعيّة المخرج من المشاق فإذا توقّى المكلّف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممتثلاً لأمر الشّارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محضورين، أحدهما: مخالفته لقصد الشّارع سواء كانت تلك المخالفة في واجب أم مندوب أم مباح.

والثّاني: سدّ أبواب التّيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشّاق الذي طلب الخروج عنه بما لم يشرع)[12] .

يقول القرضاوي:(وإذا كان التيسير مطلوباً دائماً كما أمرنا الرّسول –صلّى الله عليه وسلّم- فهو ألزم ما يطلب في عصرنا هذا، نظراً لرقّة الدّين في أنفس الكثيرين وغلبة النزعات المادّيّة، وتأثر المسلمين بغيرهم من الأمم)[13] .

ويظهر ممّا سبق أنّ التّخفيف من القواعد الكلية في الشّرع، وملمح ما جرى به العمل ينزع في كثير من صوره إلى هذه القاعدة الكلية فتعتبر من جملة مسوّغاته، وأنّه يصار إليه بشرط اعتبار النّصوص والمقاصد والضّوابط.

-اعتبار المآل في الاجتهاد:

ومعناه النّظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتّصرّفات والتّكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتّوجيه، وإدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتوى[14].

المنارة للاستشارات

وهي عبارة ترد في كلام الفقهاء ومدوّناتهم، ومنهم فقهاء المذهب المالكي فقد جعلوها أصلاً دينيّاً ومصدراً اجتهاديّاً يرجع إليه في استنباط الأحكام والتّرجيح بينها، يقول الشّاطبي:(النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً...وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو الإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو مفسدة فيه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأوّل بالمشروعيّة فربّما أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعيّة، وكذلك إذا أطلق القول في الثّاني بعدم المشروعيّة ربّما أدّى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصحّ إطلاق القول بعدم المشروعيّة، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلاّ أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ جار على مقاصد الشّريعة)[15].

وقد ردّ –رحمه الله– على من يهمل هذه القاعدة بحجّة أنّ عليه العمل وليس عليه النّتيجة، فقال:(لا يقال إنّه قد مرّ في كتاب الأحكام أنّ المسبّبات لا يلزم الالتفات إليها عند الدّخول في الأسباب، لأنّا نقول: وتقدّم أيضاً أنّه لابدّ من اعتبار المسببات في الأسباب...وقد تقدّم أنّ الشّارع قاصد للمسبّبات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بدّ من اعتبار المسبّب، وهو مآل السّبب)[16].

-قاعدة مراعاة الخلاف:

ومعنى هذه القاعدة أنّها إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر[17].

أي أنّ المجتهد أعمل دليله في نقيض المدلول، وأعمل دليل المخالف في لازم ذلك النّقيض

وقد عبّر بعض المالكيّة عن قاعدة مراعاة الخلاف بقولهم: (إنّ إعمالها من جملة الورع المندوب، وهي من المرجّحات التي يرجّح بها في حال تعارض الأدلّة عندهم، ومثال ذلك: الماء الذي استعمل في طهارة حدث أو اغتسالات مندوبة، أو خالطته نجاسة ولم تُغيّر

المنارة للاستشارات

ومن أوصافه، فأنّه طاهر إلاّ أنّهم حكموا عليه بالكراهة مراعاةً لخلاف أصبغ والشّافعي اللّذين يقولا بعدم الطّهوريّة)[18].

وقد مثّلوا لذلك بأمثلة كثيرة نذكر منها هذا المثال التّوضيحي لمعنى القاعدة وهو: حكم التّسليمتين في الصّلاة، فعند المالكيّة أنّ: المشهور تسليمة واحدة يخرج بها المصلّي من الصّلاة، وقيل بأنّه: لابدّ من تسليمتين وسبب الخلاف: هل كان ﷺ- يقتصر عن تسليمة واحدة أو تسليمتين، والذي رأى مالك العمل عليه الاقتصار على واحدة، ولكن قد علمت أن من الورع مراعاة الخلاف فالأولى الإتيان بالتّسليمتين[19].

ويكون مفهوم مراعاة الخلاف من النّاحية التّطبيقيّة للمجتهد أنّه إن أوقع المكلّف فعلاً منهياً عنه في نظر مجتهد، فإمّا أن يرتّب عليه آثار النّهي من فسخ وإبطال، الأمر الذي يؤدّي إلى مفسدة أعظم من مفسدة المنهيّ عنه، أو يجد له مخرجاً يوافق مقصد الشّارع وذلك بإعمال دليل مخالفة أو بعض ما يقتضيه ذلك الدّليل، لدرء مفسدة متوقّعة وجلب مصلحة محقّقة[20]، ويكون هذا التّرجيح من جنس إعمال دليل ما جرى به العمل فهو من مسوّغاته.

هذه بعض القواعد التي اشتهر القول بها في المذهب المالكي وظهر لي أنّ فيها تأصيلاً لقاعدة ما جرى به العمل، وهي تختلف من حيث القرب والبعد، ومن حيث الظّهور والخفاء، والتّصريح والإشارة إلى المقصود، والله أعلى وأعلم.

المبحث الثّالث
نشأة اعتبار ما جرى به العمل في تاريخ الفقه المالكي

لا شكّ أنّ الثّراء الفقهي والمقاصدي للمذهب المالكي كان له أثر كبير في ظهور هذا النّوع من الاستدلال والتّرجيح في المسائل الفقهيّة فهو يعتبر امتداداً لطبيعة النّظر الفقهي والتّجديد التّشريعي.

وقد ظهرت بواكير اعتبار ما جرى به العمل كمنحى استدلالي حينما وصل المذهب المالكي إلى بلاد الأندلس والمغرب، وأصبح القضاء والحكم على وفق ما هو مشهور في المذهب، ثمّ نضجت تلك الفكرة واستوت على سوقها على يد الفقهاء المالكيين في تلك الدّيار، فبعدما تشبّع أولئك الفقهاء بثقافة المذهب

المنارة للاستشارات

الموسوعيّة، وتمرّنهم على وجوه استدلاليّة مرنة أملتها عليهم التحوّلات المعيشيّة، والتّطورات الحياتية وما نتج عن ذلك من متغيّرات ومستجدّات، فتمخّض اجتهادهم على استنتاج وجوه كثيرة من الاستدلال خلال تنزيل الفتاوى والأحكام على الوقائع، وإن كان في ظاهرها خروج عن مقتضى المشهور، أو العمل بما ضعف مدركه، ويشهد لذلك فتوى فقيه الأندلس يحيى بن يحيى الأندلسي ت 234هـ للأمير عبد الرّحمان حينما استفتاه في مسألة حصلت له ذلك أنّه وقع على جارية له في يوم رمضان فأفتاه الفقيه الأندلسي بأن يصوم شهرين متتابعين، ولم يخيّره بين الإطعام والعتق فلمّا سأله أصحابه قال معلّلاً عدوله عن المشهور الرّاجح في المسألة بقوله:(لو فتحنا للأمير هذا الباب وطئ كلّ يوم وأعتق فحمل على الأصعب عليه لئلاّ يعود)[21].

فيظهر من فتواه إعمال لقاعدة سدّ الذّرائع حتّى لا يجرئ من في قلبه مرض على حدود الشّريعة، ولأجل ذلك ندب أهل الفتوى ضرورة التّغليظ فيها للحاجة، وهذا الصّنيع له أصل في فعل الصّحابي الجليل حبر الأمّة عبد الله بن عباس – رضي الله عنه-.

قال إبراهيم اللّقاني:(للمفتي أن يغلظ في الجواب للزّجر والتّهديد إن احتاج إلى ذلك وأن يستعمل التّأويل في محلّ الحاجة كما إذا سأله من له عبد عن قتله له وخشي منه المفتي أن يقتله، فليقل له إن قتلته قتلناك متأوّلاً له على قوله –صلّى الله عليه وسلّم- :(من قتل عبده قتلناه)[22]، وقد سئل ابن عبّاس عن توبة القاتل فقال:"لا توبة له"، وسأله آخر فقال:"له توبة"، ثمّ قال:"رأيت في عينيّ الأوّل إرادة القتل فمنعته، ورأيت الثّاني قد قتل وجاء يطلب المخرج فلم أقنّطه"[23].

وبالرّغم ممّا في فتوى يحيى بن يحيى اللّيثي من مقال فالذي يهمّنا هو ظهور البعد المقاصدي للقول بما جرى به العمل الذي أملاه التّفاعل المباشر والقوي بالبيئة والمحيط والتّشبّع بفقه الواقع والاضطلاع بمقاصد الشّارع.

ثمّ صار القول بما جرى به العمل جارياً في القرن الرّابع الهجري فقد ثبت أنّ ابن لبابة القرطبي ت314هـ كان يفتي بعدم اشتراط الخلطة في اليمين جرياً على عمل بلده، كما أنّ القاضي منذر بن سعيد البلوطي ت355هـ كان يقضي بمذهب مالك والعمل الجاري في بلده إذا تصدّر للحكومة مع نزعته الظّاهرية، وفي القرن الخامس الهجري نجد أنّ العمل صار له ذيوع وصيت فجرى على ألسنة الفقهاء

المنارة للاستشارات

وفي مصنّفاتهم؛ ككتب أبي الوليد الباجي ت474هـ، وابن عات ت528هـ، وابن سهل ت486هـ، وابن عاصم ت829هـ، وهي شواهد تدلّ على استرسال القول بما جرى به العمل واعتباره في الفتاوى والأحكام، ويبدو أنّ الفقهاء في المغرب الإسلامي اقتنعوا بكونه قاعدة يعمل بها في مواطنها وفقاً لمقتضياتها، فقد ألّف أبو العباس أحمد بن القاضي ت1025هـ كتاب " نيل الأمل فيما بين الأئمّة جرى العمل"، وألّف العربي الفاسي ت1052هـ رسالة:" فيما جرى به العمل من شهادة اللّفيف"، ونظم عبد الرّحمان الفاسي نحو ثلاثمئة مسألة ممّا جرى به العمل في فاس [24].

المبحث الرّابع
ضوابط اعتبار ما جرى به العمل في المذهب المالكي.

الأخذ بدليل ما جرى به العمل في المذهب أحد مميّزاته وخصائصه الاستدلاليّة كما تقدّم ولاعتباره والقول به شروط وضوابط، منها ما يتعلّق بصفة القائم بإجراء الدّليل وهو المجتهد، ومنها ما هو متعلّق بصفة الدّليل، وما له تعلّق بشروط الدّليل وخصائصه؛ وبيان ذلك فيما يلي:

1-صفة القائم بإجراء الدّليل عند إعمال ما جرى به العمل:

ما جرى به العمل ليست عملية يسيرة، بل هي عمليّة اجتهاديّة معقّدة تحتاج إلى اطّلاع واسع بمآخذ الأدلّة ومواطن الاتّفاق ومحال الخلاف وأسس الاستنباط والإدراك الواسع بنصوص المذهب ورواياته وأقواله وآراء واجتهاد المنتسبين إليه وهي صفات لا تجتمع إلاّ في من بوّأه الله منزلة الاجتهاد.

قال الشّاطبي ت790هـ:(مراعاة الأقوال الضّعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء...فحسبنا فهم أقوال العلماء والفتيا بالمشهور منها، وليتنا ننجو من ذلك رأساً برأس لا لنا ولا علينا)[25].

وعليه فالأخذ بما جرى به العمل يشترط فيه:

أ- معرفة مواطن الإجماع ومحال الاتّفاق ومواطن الخلاف: فقد اتّفقت كلمة المجتهدين في أنّ من لم يعرف الخلاف فإنّه بمنأى عن معرفة وإدراك الفقه، فضلاً عن أن يكون مفتياً أو قاضياً، ومن باب أولى ألاّ يكون ممّن يعمل قاعدة الأخذ بالأولى لما فيها من تقديم قول ضعيف أو شاذ عن الرّاجح المشهور، والمقصود

المنارة للاستشارات

بالخلاف معرفة مواقع الخلاف، لا حفظ مجرّد الخلاف، ومعرفة ذلك إنّما تحصل بما تقدّم من النّظر فلابدّ منه لكلّ مجتهد، وكثيراً ما تجد هذا للمحقّقين في النّظر كالمازري وغيره[26].

ب-الإحاطة بمقاصد الشّريعة وإدراكها: وهو من الشّروط الأساسية في القائم بإجراء العمل فالمجتهد في فتواه عليه أن ينظر في مآلات الأفعال وعوائد وسلوكات النّاس، وواقع معاشهم وحياتهم، وبناء على ذلك يتم بناء الفتوى وتنزيلها فيرمي إلى تحقيق مصلحة المكلّف وفق مقاصد الشّريعة والمتمثّلة في (المعاني والحكم الملحوظة للشّرع في جميع أحوال التّشريع أو معظمها بحيث لا يختصّ ملاحظتها بالكون في نوع واحد من أحكام الشّريعة، وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التّشريع عن ملاحظتها، ويدخل أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنّها ملحوظة في أنواع كثيرة منها)[27].

قال الشّاطبي:(كلّ أمر شاق جعل الشّارع فيه للمكلّف مخرجاً فقصد الشّارع بذلك المخرج أن يتحدّاه المكلّف إن شاء كما جاء في الرّخص شرعية المخرج من المشاق، فإذا توخّى المكلّف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممتثلاً لأمر الشّارع، آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محظورين: أحدهما: مخالفته لقصد الشّارع، كانت تلك المخالفة في واجب أو مندوب أو مباح، والثّاني: سدّ أبواب التّيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشّاق الذي طلب الخروج منه بما لم يشرع له)[28].

وعليه فالنّظر عند إجراء العمل متفرّع عن الإمعان في مصلحة المكلّف ابتداء، فقد يكون للمسألة دليل نهي راجح وآخر مرجوح والعمل بالرّاجح فيه حرج على المكلّف ولا يحقّق المصلحة وعند إعمال الدّليل المرجح تكون المصلحة محقّقة ودافعة للمفسدة، فيلجأ المجتهد إلى الدّليل المرجوح لاحتفاف جانبه بقرائن فاقت قوّة دليليّة الرّاجح فصار المرجوح راجحاً، قال العزّ بن عبد السّلام ت660هـ:(قلنا: إذا خفيت المصلحة الخالصة أو الرّاجحة، كان خفاؤها عذراً مجوّزاً للاقتصار على المرجوحة...)[29].

2-صفة الدّليل الذي لأجله وقع إعمال ما جرى به العمل:

المنارة للاستشارات

فيجب أن يكون العدول من الرّاجح إلى المرجوح له ما يسوّغه ويدعو إليه من ذلك الحاجة والضّرورة وتحقيق مصلحة المكلّف وإلاّ كان ضرباً من ضروب التّشهّي والخروج عن المنهجيّة العلميّة الصّحيحة في الاستدلال والاجتهاد.

قال الحجوي:(إذا كان القاضي يحكم بالضّعيف لدفع مفسدة، أو خوف فتنة أو نوع من المصلحة فالإمام أولى لأنّ القاضي إنّما هو نائبه لكن لا ينبغي التّرخيص في ذلك إلاّ عند التّحقيق بمصلحة عامة لا خاصة إقاءً لهيبة الشّرع الأسمى، مثلاً الحنفيّة لا يجوّزون القياس في الحدود وقد دعت ضرورة الوقت لسنّ زواجر من ضرب وحبس لمن فعل جرائم غير مذكورة في الكتاب والسّنّة كتأديب وال ارتشى، أو عامل اختلس مال الدّولة، أو نحو هذا فلا بأس بالحنفي أن يقلّد مالكيّاً يرى أنّ الإمام يعزّر لمعصية الله أو آدمي بأنواع التّعازير...)[30].

ويقول أيضاً في معرض كلامه عن مسوّغات الأخذ بما جرى به العمل:(... وهذا كلّه قد دعت الضّرورة أو الحاجة إليه وإلاّ فلا يجوز الإفتاء ولا القضاء إلاّ بالمشهور أو الرّاجح إلاّ لضرورة كما سبق نعم عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة تعيّنت الفتوى بقول ولو ضعيفاً، ولأجل الضّرورة تذكر الأقوال الضّعيفة...)[31].

3-شروط دليل ما جرى به العمل وخصائصه:

تقدّم أنّ ما جرى به العمل مطلوب عند الحاجة والضّرورة، وأنّه لا يتنافى مع ما انعقد عليه الإجماع أو قواعد الشّريعة ومقاصدها وأنّ العمل به وإن استند لقول ضعيف أو مرجوح أو شاذّ فليس معناه تقديمه على القول المشهور والرّاجح؛ وإنّما المصلحة التي لأجلها وقع التّرجيح من المجتهد هي التي أكسبت القول قوّة ورجحاناً، وقد تقدّم لنا أيضاً أنّ المسألة في أصلها لا تعدو أن تكون استثناءً ورخصةً لها محلّها وقدرها، تنتهي بانتهاء الغرض ولا تكون المصلحة معارضة لأصول الدّين وقواعد التّشريع.

يقول الدكتور الجيدي:(اتّفق الفقهاء على أنّه لكي يصبح للعمل قوّة النّفوذ والاعتبار لابدّ فيه من توفّر الأركان الآتية:

* أن يكون العمل المذكور صدر ممّن يقتدى به في الأحكام.
* أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل الفقهيّة.
* أن يكون جارياً على مقتضى قواعد الشّرع وإن كان شاذّاً)[32].

المنارة للاستشارات

المبحث الخامس
مسائل في الفقه المالكي مبنيّة على قاعدة ما جرى به العمل

هذا المبحث مخصّص لذكر جملة من الأحكام الفقهيّة المعلّلة بقاعدة ما جرى به العمل في الفقه المالكي لاختصاصه بهذه القاعدة، وحسبنا هنا أن نشير لنماذج منها مع بيان وجه العمل بملمح ما جرى به العمل، وذلك لشحذ همم الباحثين للاستزادة من التّأصيل والتّفريع لهذه القاعدة الاستدلاليّة.

وتجدر الإشارة هنا أنّ إعمال دليل ما جرى به العمل أكثر جريانه يكون في باب المعاملات باعتبارها معلّلة بالحكم والمصالح، وباعتبارها أيضاً مجالاً رحباً للتّقصيد والتّعليل، ومن هذه المسائل:

-المسألة الأولى: بيع الصّفقة.

وهو أن تكون الدّار مثلاً أو غيرها ملكاً مشاعاً بين شخصين أو أكثر، فيعمد أحد الشّركاء إلى ذلك الملك فيبيعه جميعاً، فيكون لشريكه أو شركائه الخيار في أن يوافقوا على البيع فيتمّوه للمشتري أو أن يضمّوه لأنفسهم ويدفعون للبائع ثمن حصّته، هذا ما جرى به العمل وهو مخالف للنّصوص من جهة أنّ ذلك-أي البيع- متوقّف على شروط ربّما أنكرها أو بعضها الشّريك المبيع عليه أو الشّركاء المبيع عليهم، فيحتاج البائع إلى إثباتها -كأن يوكّلوه على البيع أو يوافقوه قبل البيع على أن يبيع هذا الملك المشاع- وشأن الإثبات أن يكون عند القضاة، ولكن جرى العمل بعدم الرّفع إليهم، والبيع بهذه الصّفة مخالف للنّصوص وظاهر المذهب يقتضي منعه كما صرّح بذلك الونشريسي وغيره[33].

وقد وقع اختلاف كبير بين الشّيوخ في هذا البيع فمنهم من أجازه بهذه الصّفة وهو الذي جرى به العمل ومنهم من منعه جرياً على ما تقتضيه نصوص الفقه[34].

-المسألة الثّانية: الرّدّ بالعيب في الدّواب.

المعروف عند الفقهاء أنّ من اشترى مبيعاً ووجد به عيباً له الرّجوع على البائع سواء تمّ ذلك-أي العيب- داخل الشّهر أو بعده وسواء كان هذا المبيع من الدّواب أو غيرها؛ غير أنّ الذي جرى به العمل لدى المتأخّرين من الفقهاء أنّ

المنارة للاستشارات

الدّواب لا يردّها المشتري بالعيب إذا قام ذلك العيب بعد شهر من يوم الشّراء، وأمّا قبل انتهاء الشّهر فله إرجاعه وردّه، وذلك مراعاةً لمصلحة العامة[35].

-المسألة الثّالثة: جرى العمل عند أهل فاس بأنّه إذا وقع في النّكاح بين ولي الزّوجة والزّوج اتّفاق، وظهر القبول من كليهما وانقطع الوعد بينهما لضرب الصّداق وعقده فإنّ ذلك كلّه ينزل منزلة الدّخول بهذه الزّوجة فيترتّب عليه من الأحكام ما يترتّب بالدّخول من إرث وغيره[36].

-المسألة الرّابعة: وجرى العمل بأنّ من حلف بالحرام ولم ينوه الثّلاث ولا لفظ الثّلاث يلزمه طلقة بائنة لا غير قبل الدّخول أو بعده، لأنّ العرف قاض به عندهم، والعرف متّبع محكوم به في هذه النّازلة في كلّ إقليم[37].

-المسألة الخامسة: وجرى العمل بتأبيد تحريم المرأة على الذي أفسدها على زوجها حتّى نشزت وطلّقها زوجها، فيعامل هذا المفسد بنقيض قصده، فلا يحلّ له التّزوّج بها أبداً، كما يتأبّد تحريم المرأة المتزوّجة على الهارب بها، وهذا على أصل المالكيّة في المعاملة بنقيض القصد، قال ابن منجور ت995هـ:(قاعدة: من أصول المالكيّة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد كحرمان القاتل من الميراث، وتوريث المبتوتة في المرض المخوف...)[38].

-المسألة السّادسة: وجرى العمل بصحّة اشتراط الزّوج الذي خالع زوجته بأن تنفق من مالها على أولاده لمدّة زائدة على مدّة الرّضاع التي هي حولين مع مخالفته للمشهور في المذهب المالكي[39].

هذه بعض المسائل التي مثّل بها الفقهاء لتخريج الفتاوى على دليل ما جرى به العمل في الفقه المالكي، وهي تشترك في كونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحياة النّاس وأحوالهم وعوائدهم وظروفهم وسلوكاتهم، وما تعارفوا عليه، فيظهر من ذلك كلّه أنّ إعمال ملمح ما جرى به العمل هو عين تحقيق المصلحة الرّاجحة ودرء المفسدة المتوقّعة.

-خاتمة:

من خلال ما تقدّم في هذه الإطلالة المختصرة لدليل ما جرى به العمل يتبيّن لنا أنّ الفقه المالكي فقه واقعي مصلحي مقاصدي اجتهادي، يفعّل روح النّص ومقصده حسب الحاجة والمصلحة والزّمان والمكان والحال، فإعمال قاعدة ما جرى به العمل هو نموذج من نماذج العلاج التّشريعي المصلحي لبعض التّصرّفات

المنارة للاستشارات

الطّارئة والقضايا الحادثة؛ وهذا يعدّ من محاسن ما اختصّ به المذهب المالكي عن غيره من المذاهب؛ أو على الأقل أنّه نضج عند فقهائه دون غيرهم.

وبالرّغم من الانتقادات التي وجّهت إلى هذا المنحى الاستدلالي التّشريعي المقاصدي فهو يعتبر عمل اجتهادي جليل وإبداع في ميدان التّشريع رصين، استعمله الفقهاء ليبيّنوا أنّهم قادرين على معالجة كلّ ظاهرة تستجدّ في حياتهم وكلّ مشكلة واقعة أو متوقّعة، فأعطوا بذلك حلولاً ناجعةً لكثير من القضايا والنّوازل، وأثبتوا عمليّاً أنّ التّخريج والاجتهاد في المذهب لم ينقض عهده، وإنّما هو باق ما بقت الشّريعة، كما برهنوا على أدائهم لمسؤوليتهم المتمثّلة وجوب السّير مع التّطوّر البشري والتّغيّر الزّماني.

كما يظهر لنا أيضاً أنّ الفقه المالكي فقه قابل دائماً للتّطوّر لما يملكه من خصائص تشريعيّة ومرونة وقابليّة للاستمرار والبقاء واستيعابه لكلّ ما يجدّ على السّاحة العلميّة من قضايا والسّاحة العمليّة من وقائع وحوادث.

وفي الختام فإنّ إعمال ملمح ما جرى به العمل في المذهب المالكي وثراء الجانب التّطبيقي منه بكثرة تخريج المسائل الفقهيّة على منواله يعدّ مستنداً قويّاً لوجود المسوّغات الدّاعية إلى القول به؛ إذ يعتبر قاعدة نفيسة ومنحى استدلاليّ عريق وأصل حجاجي دقيق، والقول به ليس من بدع القول، والعمل به لا يعدّ خروجاً عن المذهب ما روعيت شروطه وضوابطه وتحقّقت مصلحته المنشودة.

-الهوامش:

[1] - عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، إحياء التراث، الإمارات والمملكة المغربيّة، 1404هـ/1984م، ص342.

[2] - ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار...، ج4/ص466، تحقيق: ابن باز، دار الحديث، القاهرة،1424هـ/2004م.

[3] - ما جرى به العمل في الفقه المالكي(نظرية في الميزان) مجلة العدل، رجب1430هـ، العدد 43، ص22.

[4] - إبراهيم اللّقاني، منار الفتوى وقواعد الإفتاء، تحقيق:عبد الله الهلالي، المملكة المغربية، ص273/272.

[5] - محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النّجاح، الدار البيضاء، ط1، 1996م، ص513.

المنارة للاستشارات

[6] - ما جرى به العمل في الفقه المالكي، ص19.
[7] - الحجوي محمد بن الحسن، الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتنى به: هيثم خليفة طعيمي، شركة أبناء شريف الأنصاري للطّباعة والنّشر والتّوزيع، صيدا، المكتبة العصريّة، ط1، 1427هـ/2006م، بيروت، لبنان، ج2/ص709.
[8] - نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشّريعة، مؤسّسة المعارف، بيروت، ط1، 1429هـ/2008م، ص27.
[9] - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1418هـ/1997م، ج21/ص80.
[10] - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن، منشورات محمّد علي بيّوض، دار الكتب العلميّة، بيروت،1420هـ/1999م،ج1/ص66.
[11] - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1417هـ/1999م، ج1/ص243.
[12] - المصدر نفسه.
[13] - يوسف القرضاوي، تيسير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء الكتاب والسنّة، مؤسسة الرسالة، ط1422،1هـ/2001م، ص31.
[14] - زايدي عبد الرحمان، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ/2005م، ص234.
[15] - الشاطبي، الموافقات، ج4/ص195.
[16] - المصدر نفسه.
[17] - أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكيّة، دار البحوث والدّراسات، دبي، ط1، 1423هـ/2002هـ، ص94-95.
[18] - المصدر نفسه.
[19] - المصدر نفسه.
[20] - المصدر نفسه.
[21] - القاضي عياض ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ج3/ص388.
[22] - أبو دوود، كتاب الديات، باب من قتل عبده قتلناه، رقم4515، والنّسائي، كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النّفس، ج8/ص20-21.
[23] - الأثر في تفسير ابن كثير الآية(ومن يقتل مؤمنا متعمّداً) النساء 92، منار أصول الفتوى للقاني، ص261.
[24] - الحجوي، الفكر السامي، ج2/ص710. وعمر الجيدي، العرف والعمل، ص243.
[25] - الشاطبي، الموافقات، ج4/ص73.
[26] - المصدر نفسه.
[27] - ابن عاشور، مقاصد الشريع الإسلاميّة، ص51.
[28] - الشاطبي، الموافقات، ج1/ص284.

المنارة للاستشارات

[29] – العز بن عبد السلام، القواعد، ج2/ص195.
[30] – الحجوي، الفكر السامي، ج2/719.
[31] – المصدر نفسه.
[32] – عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص352.
[33] – الونشريسي، المعيار المعرب،ج5/ص124.
[34] – الجيدي، العرف والعمل، ص250.
[35] – ابن عبد الرفيع، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عباد، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1/2011م،ج1/ص157.
[36] – عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص454.
[37] – ابن منجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، ص483.
[38] – المصدر نفسه.
[39] – اللقاني، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، ص272.

المنارة للاستشارات