ما جرى به العمل واستقرار الفتوى

بقلم: د. محند أو إدير مشنان

مقدمة

شهدت حركة الفقه المالكي تطورا من خلال تفاعل الأحكام الفقهية مع الواقع المعيش، في سياق الممارسات الفقهية العملية، وخصوصا في مجال التطبيقات القضائية أو (الاجتهاد القضائي)، وأثمرت هذه السحنة الفقهية ظهور قاعدة من أهم القواعد الخاصة بالمذهب المالكي، هي القاعدة التي اصطلح على تسميتها بـ «ما جرى عليه العمل»، أو «فقه العمليات (الماجريات)».

والمتصفح لكتب الأقضية في المذهب المالكي يلاحظ حرصها على بيان ما جرى به العمل القضائي، والدعوة إلى الالتزام به، وهو ملمح قد يكون ذات علاقة بأصل عمل أهل المدينة، كما قال صاحب الفكر السامي.

وقد فتح الاتجاه القضائي التوثيقي في الفقه المالكي للقضاة أبوابا واسعة في التعامل مع الأحكام المنصوص عليها في دواوين المذهب، على وجه قد يحملهم على مخالفة المنصوص أو المشهور، إذا رأوا أن ذلك أدعى إلى تحقيق مقاصد التشريع وتحقيق مصالح الناس، فيصبح جريان العمل القضائي مخالفا في بعض الجزئيات لما هو مأخوذ به في كتب الفقه.

وإذا كانت المعطيات لا تسعفنا بتحديد تاريخ مضبوط لظهور «ما جرى به العمل» كقاعدة مذهبية، ولكن يمكن إرجاع ذلك إلى حدود القرن الرابع الهجري، ليعرف الذيوع والانتشار في القرن الخامس الهجري، حتى خصَّه بعض العلماء بالتأليف كتاباً كما هو الشأن بالنسبة لأبي الوليد الباجي، في كتابه «فصول الأحكام وما مضى به العمل عند الفقهاء والحكام» إذ هو «موضوع أساسا لبيان ما جرى عليه عمل الحكام، وما درج عليه الفقهاء في إفتائهم كما يدل على ذلك عنوانه.

لعل من بوادره تلك المسائل التي خالف فيها الأندلسيون المذهب المالكي، وقد نُظِم بعضُها في قول القائل:

قَدْ خُولِفَ الْمَذْهَبُ بِالْأَنْدَلُسِ
فِي سِتَّةٍ مِنْهُنَّ سَهْمُ الْفَرَسْ
وَغَرْسُ الْأَشْجَارِ لَدَى الْمَسَاجِدِ
وَالْحُكْمُ بِالْيَمِينِ قُلْ وَالشَّاهِدِ
وَخُلْطَةٌ وَالْأَرْضُ بِالْجُزْءِ تَلِي
وَرَفْعُ تَكْبِيرِ الْأَذَانِ الْأَوَّلِ

وكان لهذا الاتجاه أثر في صناعة التراكم في مجال الاجتهاد عموما، وفي مجال الاجتهاد القضائي خصوصا، وهذا يسهم في استقرار العمل والفتوى، والمحافظة على النسق الفقهي المجتمعي، ولا تخفى أهميته.

المبحث الأول: مفهوم ما جرى به العمل وأمثلته

المطلب الأول: مفهوم ما جرى به العمل

يقصد بما جرى به العمل: الأخذ بقول ضعيف أو شاذ، في مقابل الراجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، أو غير ذلك.

أو هو: أن يحكم القضاة في نازلة من النوازل مقلدين لقول ضعيف مخالفين للمشهور والراجح لأمر اقتضاه، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به.

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

فهو اجتهاد مبني على قول ضعيف من مفتٍ أو مجتهدٍ أهل لذلك، اختاره مجتهد أو مفتٍ آخرُ في مقابل قولٍ راجح أو مشهور مع النظر إلى الأدلة التي تقوّيه، ومن ذلك تحقيق المصلحة، ودفع المفسدة، ومراعاة العوائد والأعراف.

ويرى الدكتور عبد الكبير المدغري أن القاضي إذا عرضت له قضايا ونوازل ينتج عن الحكم فيها بالمشهور وللراجح مفسدة، أو تحدث مضرة أو تضيع مصلحة، أو يأتي الحكم فيها مخالفا لعرف صار في الناس، أو مخالفا لعادة جرت على تصرفاتهم، ولا يخرج القاضي من هذا المحظور إلا بالوقوع في المحظور الذي نهنا عليه وهو ترك المشهور والراجح: والقول الضعيف.

إذن القاضي عندما يختار القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح، إذا تبعه القضاة في ذلك نشأ ما يسمى بما جرى به العمل، وإذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشأ العمل، وبقي الحكم حكما فرديا لا أقل ولا أكثر.

وهناك من يوجه ظهور قاعدة ما جرى به العمل بغلق باب الاجتهاد، ويرى ((أنه لما أقفل باب الاجتهاد سدا لذريعة من قد يدعيه دون أن يكون من أهله، فتح فقهاء المالكية بابا آخر له عن طريق ما جرى به العمل حين طرأت نوازل ووقائع، واستجدت أمور كان لا بد من مواجهتها بالنظر في المذهب إلى أقوال مهجورة، وآراء منثورة لتصبح لها حظ من النظر بعد تقويتها بأدلة وأصول)).

المطلب الثاني: مثالان تطبيقيان لقاعدة ما جرى به العمل

أولا. بيع الصفقة

وصورة المسألة أن تكون ملكية دار بين شخصين مثلا، فيبيع أحدهما الدار كلها، وحينئذ يكون للشريك الآخر الحق في أن يكمل البيع ويأخذ منه ثمن نصيبه، وبين أن يضم المبيع لنفسه ويدفع مناب حصته.

والمشهور في المذهب منع بيع الصفقة، ولا يجوز ذلك إلا بشروط كثيرة تصل إلى تسعة شروط، لكن جرى العمل عند الفقهاء المتأخرين بجواز بيع الصفقة دون التقيد بالقيود والشروط التي حددها المتقدمون، وفيها هذا يقول الإمام عبد الواحد الونشريسي:

وَالْبَيْعُ بِالصَّفْقَةِ بِالغَرْبِ اشْتَهَرْ
بَيْنَ قَضَائِهِ بِبَدْوٍ وَحَضَرْ
وَلَمْ يَرِدْ نَصٌّ لَهَا عَمَّنْ مَضَى
وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ مَنْعُهُ اقْتَضَى

والباعث على بيع الصفقة هو المصلحة ودفع الضرر، لأنه إذا رفع مريد الصفقة الأمر إلى الحاكم، طال الأمر عليه، وحصل له الضرر من جهة النقص إذا بيعت الصفقة مفردة، ومن جهة عدم أداء الشريك قيمة النقص.

ثانيا. شهادة اللفيف:

فالشهادة هي إخبار الشاهد بأمر شاهده أو بلغ إلى علمه، والشهادة لا تصح إلا العدول، لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾.

ولكن وجود العدول قد لا يتوفر دائما، وقد تحدث قضايا يتعذر حضورهم، فيُضطر إلى طلب الشهادة من أمكن حضورهم، ولو لم يتوفر فيه شرط العدالة، فهل يصح ذلك أو لا؟

أفتى العلماء. على القول المشهور. بأن شهادة غير العدول لا تجوز مطلقا، غير أن الالتزام بالمشهور دوما وفي كل الأحوال قد يوقع الناس في حرج، ويؤدي إلى ضياع الحقوق، لما هو معروف من أن الشهود العدول لا يتوفرون في حالات عديدة، ولذلك رجع العلماء عن القول المشهور، وأفتوا بجواز شهادة اللفيف، حتى في باب النكاح وثبوت الزوجية، وأخذوا به في باب السرقة إذ عملوا بشهادة من رأى السارق من كل من اتفق لهم رؤيته ولو لم تتوفر شروط العدالة، كما عملوا بشهادة اللفيف في الأماكن التي يبعد أو يستحيل فيها حضور العدول، كالملاهي مثلا، يؤخذ فيها بشهادة بعض الحاضرين على بعض بدون مراعاة عدالة أو غيرها.

وهكذا رجع العلماء عن القول المشهور الراجح، وعملوا بالقول الضعيف وهو شهادة العامة، واستمر العمل على ذلك في القضاء، وأصبحت شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل.

المبحث الثاني: مستند ما جرى به العمل وأقسامه

المطلب الأول: مستند قاعدة ما جرى به العمل

إن ما جرى به العمل اختيار أملاه الواقع الذي تتغير فيه الظروف وتتجدد فيه الوقائع، وقد أثر عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: ((تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور))، وكل هذا يدعو الفقيه المجتهد إلى مواكبة المستجدات والإجابة عما يطرأ من النوازل والمستجدات، مُعْمِلاً أصول الشريعة وأدلتها، مراعيا مقاصد الشريعة بجلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم، مع ملاحظة الأعراف والعوائد، وإذا لم يسعفه الراجح أو المشهور بحث حتى في الأقوال ولو كانت ضعيفة، لأنه الهدف أن يبقى المكلفون في إطار الشريعة، وقد ذهب علماء أصول الفقه إلى أن الدليل الضعيف لا يسقط بالكلية لأن ((**القضاء بالراجح لا يقطع**

حكم المرجوح بالكلية، بل يجب العطف على المرجوح بحسب مرتبته))!.

وعليه فإن قاعدة ما جرى به العمل ليس مستندها مجرد ميل النفس أو اتباع الهوى، بل لها مستند شرعي، وقد ذهب الفقهاء إلى أن هذه القاعدة لا يشترط فيها الاستناد إلى دليل خاص، بل يمكن بناؤها على الدليل العام القائم على مقاصدها وقواعدها الكلية.

وقاعدة ما جرى به العمل مستنده من حيث الكل إلى قواعد المذهب وأصوله، ((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).

ومن ثم فقد ((استقر علماء المغرب على ما جرى به العمل وأفتوا بوجوب مراعاته والتزام القضاة به، وأن القاضي لا يجوز له مخالفة ما جرى به العمل والرجوع إلى المشهور، والراجح إذا كان قضاة البلد قد جرى عملهم في مسألة معينة بحكم معين، قالوا: وما به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور)).

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)).

وهذه القيود والاشتراطات مؤشر بأن قاعدة ما جرى به العمل، ليست من قبيل القواعد التي يسترسل فيها الفقهاء والمجتهدون والقضاة، ((فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل، ويظن أنه حكم مؤبد بل هو مؤقت، مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم للمشهور)).

وفي ظل هذه السياقات والمفاهيم أخذ الكثير من فقهائنا بهذا المبدأ وعملوا وبه والتزموا به، ومنهم ابن لب، وابن فرحون، والعبدوسي، والشاطبي، والحطاب، والأجهوري، وميارة، والسجلماسي، والسكتاني، والتسولي، والمهدي الوزاني وغيرهم.

وبهذا ندرك أن قاعدة ما جرى به العمل لم تأت لمصادمة النصوص ولا الأدلة الراجحة والأقوال المعتمدة المشهورة، ولكنها جاءت بمثابة علاج تشريعي لحالات خاصة، اقتضتها الأعراف الجارية، والمصالح المطلوبة، والظروف الخاصة، ومتى انتفت هذه الأسباب عاد العمل بالراجح أو المشهور.

هذا، وقد بدا للبعض أن منشأ قاعدة ما جرى به العمل يرجع إلى قاعدة عمل أهل المدينة، وفحوى هذا الرأي أنه تطورت نظرة الفقهاء إلى عمل أهل المدينة، فكما أن الإمام مالكا ينظر إلى العمل الأكثر والمستمر ويقدمه على الأحاديث، كذلك رأى القضاة والفقهاء أن القاضي عليه أن ينظر في عمل سلفه من القضاة، فما كان أكثر ومستمرا عمل به والتزم به، وقدمه على المشهور وعلى أدلة أخرى.

ويبدو لي أن الأمرين مختلفان، فعمل أهل المدينة دليل نقلي متواتر، ومن ثم يقدم على خبر الآحاد، وترجيحه مبدأ أصيل مستمر لا يخضع للعرف ولا للمصلحة، أما تقديم ما جرى به العمل على المشهور فإنما هو بمقتضى الأسباب الداعية إلى ذلك كالعرف والمصلحة، ومتى زال السبب رجع إلى العمل بالقول الراجح.

ويشترط الدكتور لتقديم ما يجري به العمل خمسة أمور:

1. ثبوت جريان العمل بذلك القول.

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

3. معرفة زمانه.

4. معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الأئمة المقتدى بهم الترجيح.

5. معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله، بحيث يكون جاريا على قوانين الشرع وإن كان شاذا.

وقد نظم الشيخ محمد الغلاوي الشنقيطي هذه الشروط فقال:

شُرُوطُ تَقْدِيمِ الذِي جَرَى الْعَمَلْ
بِـــهِ أُمُورٌ خَمْسَـــةٌ غَيْرُ هَمَلْ
أَوَّلُهَا ثُبُوتُ إِجْرَاءِ الْعَمَلْ
بِذَلـــكَ الْقَوْلِ بِنَصٍّ مُحْتَمَلْ
وَالثَّانِي وَالثَّالِثُ يَلْزَمَانِ
مَعْرِفَـــةُ الزَّمَـــانِ وَالْمَكَانِ

وَهَلْ جَرَى تَعْمِيمًا أَوْ تَخْصِيصَا
بِبَلَـــدٍ أَوْ زَمَـــنٍ تَنْصِيصَا
رَابِعُهَا كَوْنُ الذِي أَجْرَى الْعَمَلَ
أَهْلاً لِلاِقْتِدَاءِ قَـوْلاً أَوْ عَمَلاَ
فَحَيْثُ لَم تَثْبُتْ لَهُ الأَهْلِيَّهْ
تَقْلِيـــدُهُ يُمْنَـــعُ فِي النَّقْلِيَّهْ
خَامِسُهَا مَعْرِفَةُ الأَسْبَابِ
فَإِنَّهُـــنَّ مُعِينَـــةٌ فِي الْبَابِ

المطلب الثاني: أقسام ما جرى به العمل

يقول الدكتور المدغري: ((نشأ ما يسمى بالعمل المطلق، ثم نشأ ما يسمى بالعمل المقيد، مثل العمل الفاسي والعمل الرباطي والعمل المراكشي والعمل السوسي وغيره، وهي اجتهادات قضائية لها طابع محلي، وتتسم بمتابعة قضاة الجهة أو البلد لأحد القضاة السابقين بما يعرف بالسوابق القضائية في البث في نازلة معينة على نحو معين، يترك المشهور، والراجح ويأخذ بالضعيف)).

يتبين مما سبق أن "ما جرى به العمل" قسمان رئيسان هما:

أولا . العمل المحلي (الخاص): وهو العمل المتعلق ببلد أو قطر معين، ويختص ترجيحه بتلك المدينة أو القطر، مثل عمل فاس وعمل قرطبة، وقد يلحق بها المدن أو الأقطار التي تشبهها في العرف والعادة.

وقد كتب العلماء مؤلفات في هذا النوع منها:

1 . نظم العمل الفاسي، وشرحه، كلاهما لأبي زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي (ت1096هـ).

2 . تقييد على عمليات عبد الرحمن الفاسي، لأحمد بن أحمد بن محمد الشدادي (1146هـ).

3 . أبحاث على العمليات، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد التماق الأندلسي الفاسي (1151هـ).

4 . تقييد على العمليات، لأحمد بن علي بن أحمد بن محمد الشدادي (ت1163هـ).

5 . شرح العمل الفاسي، لمحمد بن أبي قاسم بن محمد بن عبد الجليل السجلماسي الرباطي (ت1214هـ).

6 . مختصر شرح العمل الفاسي للسجلمساسي، تأليف محمد بن غبراهيم النظيفي (ق13هـ).

7 . شرح العمل الفاسي، لأبي عبد الله عبد الصمد بن التهامي بن المدني كنون (ت1352هـ).

8 . تحفة أكياس الناس شرح عمل فاس، لأبي عيسى محمد المهدي بن محمد الخضر العمراني الوزاني(ت1324هـ).

9 . نظم العمل السوسي، لأبي زيد عبد الرحمن بن عبد الله البكري الجشتمي الجزولي (ت1296هـ).

ثانيا . العمل المطلق: وهو عمل عام لم يتعلق ببلد أو قطر معين في الغالب، نظرا لتحقيق مصلحة عامة، أو سد ذريعة، أو عرف عام، فترجيح هذا العمل ليس خاصا بقطر معين.

وللعلماء مصنفات في هذا النوع منها:

1 . نظم العمل المطلق، كلاهما لأبي عبد الله محمد بن أبي قاسم الفلالي السجلماسي الرباطي (ت1214هـ).

2 . الشرح الصغير لعمل المطلق، للناظم نفسه.

3 . الشرح الكبير لعمل المطلق، للناظم نفسه.

4 . نيل الأمل فيما به المالكية جرى العمل، للإمام أبي العباس أحمد ابن القاضي المكناسي (ت1025هـ).

5 . طرد الضوال والهمل عن الكروع في حياض مسائل العمل، لأبي محمد عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (ت1233هـ).

6 . ما جرى به العمل من شهادة اللفيف، لأبي عبد الله محمد العربي بن أبي المحاسن يوسف الفاسي (ت1052هـ).

هذا، وقد أنجزت بحوث أكاديمية متخصصة في الموضوع من أشهرها:

1 . العرف والعمل في المذهب المالكي، للأستاذ الدكتور عمر الجيدي رحمه الله، وكانت أطروحته في الدكتوراه.

2 . نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري.

الخلاصة

في نهاية هذا المقال ينبغي الإشارة إلى أن عددا من العلماء والأئمة رفضوا العمل بقاعدة ما جر به العمل، لأن في ذلك ركونا إلى العمل بالأقوال الضعيفة، وتغليبا للأعراف والتقاليد على أدلة الشرع، وأنه مدعاة لظهور البدع، وانتشار المخالفات الشرعية كالقول بترك اللعان مع أنه منصوص عليه صراحة في القرآن الكريم.

ومع التسليم بكل هذه الملاحظات، فإن الأمر ليس على إطلاقه لأن توظيف هذه القاعدة مرهون بشروط من شأنها تجنب هذه الانتقادات والملاحظات، مع ما في الأخذ بالقاعدة من الفوائد والإضافات التي تقدم للفقه الإسلامي عموما، والمصالح التي ترجع على المكلفين، ومن ذلك:

•أن في هذه القاعدة دليلا على مرونة الفقه الإسلامي وتجاوبه مع المستجدات، وتوظيفا للأعراف وتكييفها مع أحكام الشريعة، وفي ذلك كله إغناء وإثراء للتشريع الإسلامي.

•قاعدة ما جرى به العمل تعد تجليا واضحا لفكرة السوابق القضائية، ولمبدأ الاجتهاد القضائي، وهذا يسهم في الدراسات المقارنة بل التكاملية بين الدراسات الفقهية والقانونية.

•ما جرى به العمل عامل مهم في توحيد الأحكام واستقرار المعاملات والتصرفات.

• تفتح قاعدة ما جرى به العمل الباب للاستفادة من أقصى الطاقات المبثوثة في الفقه الإسلامي، بما في ذلك الآراء المستندة إلى أدلة ضعيفة في نظر المجتهد، ولكنها تَقَوَّتْ بالأسباب الداعية إلى العمل بهذه القاعدة.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

للموضوع هوامش