قاعدة مراعاة العرف في الفتوى المالكية وأثرها في خصوصية النوازل الفقهية المغربية المعيار المعرب للونشريسي نموذجا

د. علي عشي
جامعة باتنة 1 / الجزائر

ملخص :

جاءت الشريعة الإسلامية والكثير من الأعراف البشرية متأصلة في النفوس، فسلكت معها مسلكاً حكيماً يتسم بالتدرج وعمق المعالجة، وحددت إطاراً عاماً، لم تسمح لتلك الأعراف بتجاوزه مهما بلغت درجة قوتها في النفوس؛ فأبقت على الأعراف الموافقة للتعاليم السماوية، وبنت على بعضها الكثير من الأحكام، في حين استبعدت ما خالف الشرع بحكمة وروية.

وقد أوضح الونشريسي من خلال بعض النوازل والفتاوى الفقهية العديد من العادات والتقاليد والأعراف المغربية في العصر الإسلامي، والتي تتوافق مع الشرع، والأخرى المنافية له، منها عادة الجهر بالتهليل أمام الجنائز، والاحتفال بالمولد النبوي الشريف، والاحتفال بميلاد أطفالهم.

Summary

Islamic law came and a lot of human norms inherent in the soul .it followed, a sage attitude Which is characterized by gradual and depth of treatment, and identified a general framework, did not allow for such usages crossed regardless of the degree of strength in the soul; , and built on a lot of sentences, while ruled that violates law wisely and deliberately.

Alwencharissi was usually explained through some calamity and Fatawa jurisprudential many of the traditions and customs of Maghreb in the Islamic era, which correspond with al-Shara, and other incompatible with him, including speaking out cheers in front of the funeral, and the celebration of the birth of the Prophet, and the celebration of the birth of their children

الكلمات المفتاحية:

العرف، المعيار المعرب، الونشريسي، المذهب المالكي، النوازل، الاحكام الفقهية، العادة محكمة، المقاصد

مقدمة:

جاء الإسلام وللشعوب"العرب والبربر"عادات وتقاليد ساروا عليها، واحتكموا إليها مئات السنين، وهذه العادات عبارة عن بقية من الشرائع السابقة مختلطة بتجاربهم، وممارساتهم وطبائع حياتهم، فكان من الطبيعي، أن يكون فيها الصالح والفاسد وما يتنازعه العقل وما يتنازعه الهوى.

فلما جاء الإسلام، وهو دين الصلاح والإصلاح، أقر طائفة من تلك العوائد والأعراف، وألغى أخرى، وعدل البعض الآخر.

ومما أقره الإسلام من أعراف الجاهلية الطلاق بعد أن نظم طريقته، حيث كان للرجل أن يطلق امرأته حتى إذا شارفت عدتها بالانقضاء راجعها، ثم طلقها...، وهكذا، فأنزل الله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"(1).

كما ألغى من عاداتهم بيع الملامسة، والمنابذة، وإلقاء الحصاة..أما بخصوص العرف المرفوض عند مؤلفنا الونشريسي، فيذكر أمثلة كثيرة في كتابه المعيار منها التسبيع للميت وضرب الفسطاط على القبر، من خلال قوله" فأخذ الناس في هذه الأزمنة بحظ من ذلك" واستند الونشريسي على فتاوى من سبقوه منهم طاوس(2)، وابن أبي زمنين(3)، في إنكاره وأنه مما أحدثه الناس ولا أصل له في الشرع، وأنه من قبيح محدثاتهم(4).

وقد سار الصحابة والتابعين على نهج النبوة في الأخذ بالعرف وتحكيمه ما دام لا يصادم نصا، ولا يتعارض مع مقصدٍ من مقاصد الشريعة ومبادئها.

ويعتبر المذهب المالكي من أكثر المذاهب توسعا في الأخذ بالعرف، وقد صدق الإمام القرافي حين قال: " نُقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصالح المرسلة، وسد

الذرائع، وليس كذلك، أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن شاء استقرأها وجدهم يصرحون بذلك"[5].

كما أوضح الونشريسي[6]، من خلال بعض النوازل والفتاوى الفقهية العديد من العادات والتقاليد والأعراف المغربية في العصر الإسلامي، منها عادة الجهر بالتهليل أمام الجنائز، والاحتفال بالمولد النبوي الشريف، والاحتفال بميلاد أطفالهم فكانوا يعدون العقيقة وهي وليمة.

وتغاير الحكم بين العلماء القدامى، والمتأخرين منشؤه في الغالب اختلاف العرف في زمنيهما، لهذا شاع في أقوالهم عن الاختلاف الذي من هذا النوع أنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان، ونشأ عنه القاعدة الفقهية التي تقول: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"[7].

بهدف رفع المشقة والضرر بالناس، والتخفيف والتيسير، ومن هنا تظهر أهمية العرف الصحيح بالنسبة للفقيه القاضي والمفتي في بيان النصوص أو ضبطها أو تخصيصها، وتيسير تطبيق الأحكام، وهو دليل على شمولية الشريعة ومرونتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

أما إشكالية الدراسة فتتمثل في : ما دور العرف في نوازل الونشريسي، والوقوف على مدى تأثيره في تأسيس خصوصية فقهية في إطار المدونة النوازلية المغربية في العصر الوسيط

وأهدف من وراء هذا البحث إلى تعميق المعرفة الشرعية والتاريخية حول مكانة العرف عند علماء المالكية عموما والونشريسي خصوصا، و دور العرف في تنزيل الأحكام على الواقع في مذهبنا المالكي.

الوقوف على المفاتيح التي تسعف في قراءة فتاوى الونشريسي المحكمة للعادة و العرف، من خلال إحدى أكبر النوازل الفقهية في الغرب الإسلامي وهو "المعيار المُعرب والجامع المُغرب

عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب" [8]، بما حواه من فتاوى ونوازل طرأت فيما بين القرن الثالث والتاسع الهجريين (9 و15 م) ونشرها شيوخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي.

من هنا تأتي **أهمية هذا البحث** من أهمية الموضوع المعالج، حيث يعد هذا البحث محاولة تبين أن: من الأحكام الشرعية ما تؤثر عليه الأعراف والأحوال، وفق رؤية أحد شيوخ الغرب الإسلامي، وهو الونشريسي، فتتغير الأحكام تبعا لتغير الأعراف والأحوال، وأن هذا النظر يعد خطوة ضرورية لإخراج الفقه الإسلامي من حيز الرفوف وجدران المساجد إلى واقع الحياة العملية.

وسأحاول دراسة أحد الأصول الفقهية وإحدى أكبر القواعد في النوازل الفقهية ذات الصلة بالناس وبحياتهم الاجتماعية والاقتصادية وأقصد هنا العرف وإعماله في النوازل والأحكام من خلال نوازل الونشريسي وفق الخطة التالية

الخطة المعتمدة:

مقدمة تتناول أهمية الموضوع وسبب الكتابة فيه والإشكالية المعالجة

أولا: قاعدة العرف مفهوم ودلالة

ثانيا : إعمال قاعدة العرف لاستنباط الأحكام الفقهية في المنظومة المالكية: الأهمية والحدود

ثالثا: أثر العرف في تشكيل خصوصية مغربية للنوازل الفقهية :

جدل النص والواقع (نماذج وأمثلة من المعيار للونشريسي)

الخاتمة تتضمن أهم النتائج.

أولا: قاعدة العرف مفهوم ودلالة

تعريف العرف:

العرف لغة :

العين والراء والفاء كما يقول صاحب مقياس اللغة ترجع إلى أصلين صحيحين، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض والآخر على السكون والطمأنينة[9].

ومن الأصل الأول:

عُرف الفرس، سمي بذلك لتتابع الشعر عليه[10]، وقوله تعالى:"والمرسلات عُرفا"[11]، أي الملائكة أرسلت متتابعة بعضها خلف بعض[12].

ومن الأصل الثاني: المعرفة والعرفان وهو إدراك الشيء بتفكير وتدبر لأثره، وهذا يدل على سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه والعرف والمعروف واحد: وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه [13].

العرف اصطلاحا:

تعددت تعريفات العلماء القدماء منهم والمحدثين للعرف، تبعا لاختلاف الجهة التي نظر إليها كل منهم لمدلول هذه الكلمة، فمنهم من اقتصر على بيان ماهية العرف وحقيقته، ومنهم من أضاف الإشارة إلى بعض أقسامه، ومنهم من أشار إلى بعض شروطه، ومنهم من أضاف تقييده بالصحيح منه دون الفاسد[14].

وقد عرفه الإمام عبد الله النسفي، تعريفا تتابع العلماء والباحثون على نقله والاعتماد عليه من كل المذاهب الفقهية، وهو: ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[15].

وقيل :هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول، وهو حجة[16]، والمعروف ما يستحسن من الأفعال، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير[17]، وقيل :العرف (اسم من الاعتراف) الذي هو بمعنى الإقرار[18].

ويقيد علماء المالكية العرف بالمعتبر شرعا دون غيره مهما كان مستحسنا، كالإمام ابن عطية يعرفه" كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة[19]، ويعرفه الإمام ابن ظَفَر الصقلي المالكي:"ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه"[20].

ومن هنا يجب التفريق بين العرف والعادة، فالعادة في الاصطلاح عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة، قال ابن عابدين: العادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصادق وإن اختلفا من حيث المفهوم[21].

ونجد بعض الفقهاء يضيفون في التعريف أقسام العرف وشروطه، مثل الشيخ عبد الوهاب خلاف الذي عرفه بأنه: " ما تعارفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[22]،

أما وهبة الزحيلي فيعرفه:"هو ما اعتاده الناس، وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية[23].

والعرف عملي وقولي، فالأول كتعارف قوم أكل البُر ولحم الضأن، والثاني كتعارفهم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره، والثاني مخصص للعام اتفاقا كالدراهم تطلق ويراد بها النقد الغالب في البلدة.

العرف عام وخاص:

العرف العام : هو ما تعارفه عامة الناس كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فهو في العرف العام بمعنى الدخول، سواء دخلها ماشيا أو راكبا[24].

العرف الخاص: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظار[25].

العرف الشرعي: كالمنقولات الشرعية، كلفظ الصلاة حيث نقل من المعنى اللغوي وهو الدعاء إلى العبادة المخصوصة المفتتحة بالتكبير والمختتمة بالتسليم.

قال ابن عابدين :إن حكم العرف يثبت على أهله عاما أو خاصا فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط[26].

ونستطيع في الأخير إعطاء تعريف جامع لكل هؤلاء التعاريف وهو: العرف ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول بين جميع الناس، أو غالبهم، في جميع البلاد أو بعضها من قول أو فعل، مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه[27].

وإليك نصوص لبعض أجلاء المالكية تؤكد مكانة العرف في المذهب، وأنه أصل من أصوله[28]: يقول أبو بكر بن العربي، أثناء الكلام في مسألة علمية"...وهذا أمر دائر على العرف والعادة الذي هو أصل من أصول الشريعة"[29]، ويقول في موضع آخر" والعرف عندنا أصل

من أصول الملة، ودليل من جملة الأدلة"[30]، ويضيف" إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"[31].

وقال الفقيه التاودي:"إذا جرى العرف بشيء صار هو الأصل"[32]، كما قال التسولي:"إن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور"[33].

كما نقل صاحب المعيار أن" نصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن العرف مما يرجح به" ويعتمد عليه أيضا في إنشاء أحكام جديدة يبنيها المجتهدون عليه[34].

وأكد الونشريسي ذلك بقوله: الإطلاق في الوكالة يتقيد بالعرف في المقدار والجنس فإذا لم يتقيد وكان العرف يقوم مقام البينة يجوز أن يمنع الوكيل من مخالفته[35].

إضافة إلى إجابات فقيهنا الونشريسي على عدة نوازل معتمدا على العرف منها ما استقاه من فتوى عالم المغرب الأوسط أبو إسحاق الأشيري(ت459هـ/1066م)" سألوه عن بسر- نوع من التمر-يجدونه بسرا ولا يطيب في رؤوس النخل في الغالب لبرد البلد[36]، فهل يخرج زكاته أو حتى تيبس، أو يخير في الأمرين، فأجاب كما يشاء سواء بسرا أو يصير تمرا إنما يراعي النصاب"[37]، وبذلك راعى الظروف وترك الحرية للناس حسب عرفهم وعاداتهم.

كما أجاز تأخير الزكاة إلى يوم عاشوراء رغم إحلال الحول عليها، لتعودهم إخراجها فيه شرط قرب عاشوراء، حيث قال: "إن كان يوم عاشوراء قريبا من حلول حول الزكاة جاز التأخير إليه، وإن بعد وجب التقديم، ومع شدة الحاجة يجب التقديم مطلقا"[38]، أي أنه راعى العرف وأوضاع المنطقة.

وكتب الفروع مليئة بعبارات:" مرجع هذا العرف" " وتقدير هذا بالعرف" و " المعروف عرفا كالمشروط شرطا" وجرت به العادة[39]، وغير ذلك مما يبين المكانة الكبيرة التي يحتلها العرف في المذهب المالكي.

ثانيا : إعمال قاعدة العرف لاستنباط الأحكام الفقهية في المنظومة المالكية "الأهمية والحدود":

للعادات والأعراف سلطان على النفوس وتحكم في العقول فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضروريات الحياة لان العمل بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ولاسيما إذا اقتضته حاجة، يقول فقهاؤنا: إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجا عظيما[40].

ولما كانت الشريعة داعية إلى رفع الحرج والمشقة عن الناس لقوله تعالى: وما جعل عليكم في الدين من حرج[41]، جعلت الأحكام التابعة للأعراف تتغير بتغيرها، وهذا ما صرح به فقهاؤنا، فقالوا: نظرا لتغير الأعراف بتغير الأزمان فان الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضا[42] .

وقد جعل الإمام مالك العرف أحد الأصول التي اعتمد عليها في فتاواه التي تناقلها تلامذته"كان ناهجا في هذه الأصول منهجا مرتبا لها مراتبها و مدارجها، مقدما كتاب الله على الآثار، ثم مقدما لها على القياس والاعتبار، تاركا منها ما لم يتحمله الثقات العارفون لما تحملوه أو ما يجهلونه، أو ما وجد الجمهور الجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه، ولا يُلتفت إلى من تأول عليه بظنه في هذا الوجه سوء التأويل، وقوله مالا يقوله، بل صرح بأنه من الأباطيل "[43] .

ولعل أدق إحصاء لها ما قدمه القرافي في تنقيح الفصول، فقال إنها: القرآن والسنة والإجماع وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسلة، والعرف والعادات، وسد الذرائع، والاستصحاب، والاستحسان، والبراءة الأصلية والاستقراء"[44].

وهكذا اعتمد مالك العرف في أصول مذهبه، وسار على منهجه من جاء بعده من أهل المذهب، وجعلوه أساسا أداروا عليه كثيرا من المسائل والأحكام، بل إنهم جعلوا الأخذ بالعرف وتحكيمه من أسس وقواعد الفقه عامة التي بني عليها[45].

كما امتاز معيار الونشريسي بما احتواه من نوازل، وهي تختلف أساسا عن الافتراضات النظرية التي طالما شعبت الفقه وضخمته، فكانت الأحداث التي عاشها الناس في الغرب الإسلامي عموما والمغرب الأوسط خصوصا، مصطبغة بالصبغة المحلية ومتأثرة بالمؤثرات الوقتية[46]، أو ما يعرف بالعرف.

وقد نقل الونشريسي عن ابن منظور أنه ينبغي للمشاور في مسألة أن يحضر عند ذلك أمورا يبني عليها فتواه ويجعلها أصلا يرجع إليه أبدا فيما يستحضره في ذلك منها، مراعاة العوائد في أحوال الناس وأقوالهم وأزمانهم لتجري الأحكام عليها من النصوص المنقولة عن الأئمة[47].

إن قاعدة إعمال العرف هي قاعدة مهمة من قواعد الفقه، وهي من القواعد الخمس الكلية الكبرى عند فقهاء الشريعة، وذلك أنهم يجعلون القواعد الكبرى خمسًا هي :

- قاعدة الأعمال بالنيات أو الأمور بالمقاصد .
- والقاعدة الثانية: قاعدة اليقين لا يزول بالشك .
- القاعدة الثالثة: قاعدة المشقة تجلب التيسير .
- والقاعدة الرابعة: قاعدة الضرر يزال .
- والقاعدة الخامسة: قاعدة إعمال العرف أو يسمونها العادة محكمة.

والعلاقة بين العرف والعمل مترابطة، ولا بد من تحديد مفهوم إعمال قاعدة العرف، إذ أن هذا اللفظ اختلف مفهومه عند العلماء الذين ورد هذا اللفظ عنهم.

فدليل اعتبار العرف من الشريعة الإسلامية الكتاب والسنة فقد قال القرافي المالكي في كتابه الفروق يستدل بذلك قوله تعالى" خذ العفو وأمر بالمعروف"(48)، فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة، وأما السنة فقوله "ص": "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"

قال الطبري في تأويل الآية السابقة :والصواب من القول في ذلك أن يقال : إن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس بالعرف، وهو المعروف في كلام العرب، مصدر في معنى المعروف(49).

وساق الونشريسي تفاصيل مناظرة حول موضوع الجزاء جرت بين الفقيهين أبو القاسم التازغردي وأبي محمد عبد الله بن محمد العبدوسي، وقد كان القول النهائي للتازغردي أن الجزاء حق ثابت جرى به العرف فلا يجوز لوكيل السلطان الذي باع شقا من قاعة مشتركة أن يتجاهل حق شريكه في الجزاء"(50) .

والقول بتغير الأحكام تبعاً للعوائد والأعراف ليس في الحقيقة تغيرا في دين الله، وإنما هو تطبيق لروح النص الذي في الحقيقة قالب للمعنى.

لكن الأعراف والعادات ليست على شكل واحد، فمنها ما هو حسن ومنها ما هو قبيح، فما كان منها حسنا ويحقق مقاصد التشريع هو ما نعنيه في التأثير على الأحكام، أما ما هو غير ذلك فلا تأثير له على الأحكام.

حيث يبين لنا الونشريسي ذلك عندما سئل عن أهل موضع عادتهم إذا مات لهم إنسان يصعد أحدهم في ربيع النهار في المنار في الجامع الأعظم ويقرأ شيئا من القرآن، ويذكر نحو ما يفعل المؤذن بالليل ثم يدور في المنار، ويقول مات فلان وجنازته في كذا، إلى أشياء كثيرة في نحو هذا...فأجاب " إن ذلك من أشد النعي الذي جاء النهي عنه في الحديث، فالواجب التقدم فيه بالنهي عنه والمنع منه لقبحه بفعله في الصوامع التي لم يشرع فيها إلا الإعلان بالأوقات لإقامة شرائع الصلوات"(51) .

يقول الشاطبي: إن اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها"(52) .

وقد بين القرافي أن القول بتبعية الأحكام للعوائد هو مما أجمع عليه الفقهاء، وأن البقاء على حكم ذهبت علته هو خلاف للإجماع، وجهل بحقيقة الشريعة الإسلامية.

وقال أيضا: إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد :خلاف الإجماع وجهالة في الدين(53) .

وقد بين الإمام مالك وتبعه في ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية أن الشريعة الإسلامية تراعي أحوال الناس وتنشئ لهم أحكاما قد يكون للواقع تأثير فيها، سواء الواقع الشخصي أو الواقع العام(54) .

ثم بين الونشريسي ضرورة ارتباط الفقهاء بالواقع المعيشي وما تعارف عليه الناس ، باعتبار أن معرفة علم الواقع بمعرفة كل دقائقه وتفاصيله وحيثياته، فتجد الرجل يحفظ كثيرا من الفقه ويعلمه لغيره، فإذا سئل عن واقعة لبعض العوام من مسائل الصلاة، لا يحسن الجواب، بل ولا يُفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر"(55) .

يقول ابن القيم: ويعد تغير الفتوى بحسب الأمكنة والأحوال والعوائد معنى عظيم النفع ومظهرا من مظاهر التخفيف ورفع الحرج عن الناس وبسبب الجهل به يقع غلط عظيم على الشريعة يوجب من الحرج والمشقة والتكليف ما لا سبيل إليه الشيء الذي يتنافى والشريعة التي هي في أعلى رتب المصالح[56].

والعرف لا بد له من شروط حتى نعمله، إذ أحكم فقهاؤنا على أمر اعتبار العرف والإحالة إليه، بأن وضعوا شروطا وضوابط لا بد من توفرها في العرف ليكون صالحا للاعتبار، تنظيما لمصالح الناس، وحسما لفوضى الأعراف الفاسدة والعادة الشاذة،[57] وشروط إعمال العرف أربعة هي :

•أولها :أن يكون العرف مطردًا غالبًا بحيث لا يكون مضطربًا، لأنه إذا كان مضطربًا غير غالب-أي منتشرا بين أهله-، فلا يقال له عرف، وهذا ما يعبرون عنه بقولهم: العبرة للغالب الشائع دون النادر[58].

ويستدل الونشريسي في نوازله في كثير من الأحيان بهذه القاعدة كون العرف مطرد وغالب أو أنه منقطع وغير غالب[59].كما قال في إحدى النوازل المنقولة ابن رشد في مسألة جهاز العروس" إن كان في هذا العمل عرف في البلد قد جرى فيه الأمر، واستمر عليه العمل يحكم به، وإن لم يكن في ذلك عرف معلوم، فالقول قول المرأة"[60].

•والشرط الثاني :أن يكون العرف غير مخالف للشريعة، فالمخالف للشريعة لا عبرة به، ومقال ذلك: ما لو كان في العرف بناء البيوت على شكل مفتوح، بحيث لا يستتر النساء في البيوت، فإن هذا العرف مخالف للشريعة، ومن، ثم لا يلتف إليه، ولا تقيد به العقود، ويقول ميارة في كراء الحلي:"...ومنها لمن يكون القول إذا تنازعا في الحلي، هل هو للمكتري، أو غيره،

أو في قدر الأجرة، أو قبضتها، إلى غير ذلك مما يعرض من الأمور، والمعول عليه في ذلك كله: العرف والعادة، مالم يؤد لممنوع شرعا، فلا عبرة بالعرف حينئذ، والله أعلم"[61].

•الشرط الثالث :أن يكون العرف سابقا غير لاحق، ومن هنا فإننا نعمل بالعرف السابق المقارب دون العرف اللاحق، ومثال ذلك: لو اشترى إنسان من غيره بستين دينارا قبل مائة سنة، فإننا لا نحكم على ذلك بالدينارات الموجودة بيننا الآن، فالعرف المتقدم مع استمرار العمل به هو الذي يفسر إقرار الناس ووصاياهم وعقودهم، وهو الذي يردون إليه عند التنازع، فلو تغيرت عادة الناس فيما يعد عيبا أو ما يدخل في المبيع تبعا فالمعتبر في ذلك هو عرفهم الجاري به العمل وقت التصرف، دون اللاحق أو القديم المتروك[62].

•والشرط الرابع :ألا يوجد تصريح يخالف العرف، فإذا وجد تصريح يخالف العرف فالعبرة بالتصريح لا بالعرف، ومن أمثلة ذلك: أنه إذا وضع الطعام أمام الإنسان، فإنه في العرف يجوز الأكل من ذلك الطعام؛ لأن هذا يعتبر إذنًا في العرف، ولكن لو وضع الطعام، ثم قيل لا تأكل من هذا الطعام، فهنا وجدت في مقابلة العرف قرينة تدل على أن ما تعارف عليه الناس ليس مرادًا[63].

وقد أورد الونشريسي عدة نوازل تبين فيها الشرط وتوجب التقيد به حتى ولو لم يكن معروفاً " حيث سئل مطرف بن عمروس عن خماس، زارع رجلا سنة واحدة لورقتين، في الأولى على الخمس وفي الثانية على السدس، فأجاب: هذا مكروه ويفسخ مالم يقع، فإن فات بالعمل كان الزرع بينهما على ما جعل كل واحد منهما الزريعة ولزمها من النفقة في العمل على قدر ذلك"[64].

ومن أمثلته أيضًا: لو كان العرف أن الإجارة يسلم نصف إجارة البيت في أول السنة، والنصف الآخر في وسط السنة فاتفق المستأجر والمؤجر على تسليم الدفعة الأولى في وسط السنة،

فهنا العرف لا يعمل به، لأنه وجد تصريح يخالف العرف، وكما قال ابن عبد السلام" كل ما يثبت في العرف إذ صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"[65].

وقد بين الونشريسي هذه القاعدة عندما سأل شيوخه منهم الشيخ أبي عبد الله القروي بتلمسان، سنة871هـ/1466م عمن ماتت زوجته فأراد زوجها دفنها في مقبرته، وأراد عصبتها دفنها في مقبرتهم، فأجاب اعتمادا على فتوى ابن عرفة ، وهو بأن القول قول عصبتها أخذا من قول المدونة " وتنتوي البدوية مع أهلها لا مع أهل زوجها لفقد النص فيها"[66].

وقد عبر الفقهاء عن هذه القاعدة، قاعدة إعمال العرف بعدد من الألفاظ :

- منها قولهم: العادة محكمة[67].
- منها قولهم: الحقيقة تدرك بدلالة العادة.
- ومنها قولهم: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.
- ومنها قولهم: الإيمان محمول على العرف.

وقاعدة العادة محكمة هي قاعدة عظيمة جدا يرجع إليها شطر عظيم من الفقه مما ليس له ضابط له في الشرع ولا في اللغة، وتستند هذه القاعدة لقوله تعالى"خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين"[68]، وبقوله تعالى" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"[69]، فقد رد الله حقوق النساء على أزواجهن إلى العرف، وبقوله تعالى"وللمطلقات متاع بالمعروف"[70].

ومن السنة قوله "ص"لهند بنت عتبة"[71]، خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف" وعن ابن مسعود "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[72]،

وما يقابل ذلك في المذهب المالكي وعلى رأسه صاحب المعيار: أنه أجاب عن إحدى نوازل النكاح وشروط العقد أنه يجري مجرى العوائد إلا ما شذ منه[73].

أما قاعدة الحقيقة تدرك بدلالة العادة، أو يطلق عليها البعض الثابت عادة كالثابت نطا، أي أنه كل ما ثبت عرفا أو عادة من حقوق وغيرها فكأنه ثبت بالنص وهو الحقيقة، ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بحديث ناقة البراء بن عازب التي دخلت حائطا فأفسدته فسأل النبي"ص" عن عادة الناس في ذلك فقالوا: يارسول الله، العادة هي أن على أهل الماشية حفظ ماشيتهم في الليل وعلى أهل الحوائط حفظها في النهار، فقضى النبي "ص" بذلك[74] .

ويعتمد شيخنا الونشريسي على هذه القاعدة في عدة نوازل منها: ما إذا لم يعين نوع النقد حمل على المتعامل به في عرف البلد وهو نقد البلد ويصير تعيين نوع النقد عرفا حقيقة، وهو ما ينطبق على مقدار الزكاة ونوع النقد[75] .

أما قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وهي قاعدة مندرجة تحت القاعدة الأم " العادة محكمة" حيث من مجالات تحكيم العادة الشرط العرفي فهو في قوة الشرط اللفظي، مثل نفقة الزوج على الزوجة، وإرضاع المرأة لودها مادامت زوجة لأبيه، واشتراط الركاب على صاحب السفينة أن يجد في السير ولا يتحول في المسير إلى السواحل[76] .

والونشريسي بين هذه القاعدة في عدة من نوازله انطلاقا من الفقه المالكي ومنها ما بينه أنه المعروف بأن البكر هي التي العذراء، وأنها لم تتزوج، لأن هناك من تزوجت ولكنها بقيت عذراء، حيث بينها في إحدى النوازل التي نقلها عن ابن رشد وكذا ابن الحاج[77] .

أما القاعدة الرابعة والأخيرة ضمن قواعد العادة محكمة وهي الإيمان محمول على العرف، في حالة العزم على فعل شيء ما كأن يحلف اليمين أن لا يأكل لحما لم يحنث بأكل السمك، لأن عرف الناس قد جرى على تخصيص السمك من مسمى اللحم[78] .

ثالثا: أثر العرف في تشكيل خصوصية مغربية للنوازل الفقهية:

جدل النص والواقع (نماذج وأمثلة من المعيار للونشريسي)

يستدل علماء المذهب المالكي بعدة آيات وأحاديث تثبت ضرورة الاعتماد على العرف منها قوله تعالى"إن كان قميصه قد من قبل فصدقت[79] ، قال ابن عربي: " قال علماؤنا في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة، لما ذُكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا، وهو استخدام للواقع[80] .

وأكثر الآيات التي تحث على العرف واردة في أحكام الأسرة مثل قوله تعالي:" وعاشروهن بالمعروف"[81] و " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[82] ، وقوله " فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف"[83] ، وقوله كذلك" ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتدر قدره متاعا بالمعروف"[84] ، وهي كلها آيات تدل على رفض التحديد وإنما وكل الأمر إلى ما هو معروف ومن عادات الناس[85] .

إضافة إلى حديث الرسول" ص" لهند بنت عتبة حين قالت له إن أبا سفيان رجل مسيك لا يعطيها من النفقة ما يكفيها وأولادها: خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف"[86] ، أي خذي المعتاد من النفقة عند الناس، وبقدر حاجتهم، وقدر ماله وتحري القصد والوسط دون الإكثار ولا التقتير[87].

يحاول صاحب المعيار تبيان خصوصية المدرسة المالكية لإبراز ما جرى عليه العمل بين الناس إذا كان لهم مستندا صحيحا - ولو ضعيفا- فلا ينبغي أن يشوش عليهم بذكر غيره وإن كان مشهورا، حيث يبين : أن ماجرى به عمل الناس ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن"[88] .

والتزم الونشريسي بعرض أقوال العلماء السابقين وأحكام قضاياهم الخاصة بالعرف في إطار منهج رائع، تمسك بالأمانة العلمية في نسبة الأقوال والفتاوى، والردود والتعقيبات، إلى أصحابها بكل تجرُّد، والأسلوب الغالب في موسوعتِه أنه يقول" :سُئِل فلان عن كذا"، فيبين السؤال بوضوح، ثم يقول" :فأجاب"...، ثم يذكر الجواب بالتفصيل، من أجل مراعاة ما جرى على ألسنة الفقهاء في كثير من المواضيع المنقول فيها اختلافهم أن يقول هذا خلاف في حال لا في مقال(89)، أي في العرف والعادة فقط.

وقد نقل لنا الونشريسي نازلة وافق فيها فتوى ابن عرفة لمن يحلف اليمين بالبربرية وبالمعنى المحلي على فعل ما وحنث فيه، وفي حالة عدم النية هل تحمل على العرف، وما جوابكم إن لم يتحقق فيها عرف، والعرف المعتبر فيها هل لا بد من جماعة معتبرة تفهم هذا وتحققه؟ فأجاب: الواجب حمل اللفظ على مانواه به فإن لم تكن له نية فعلى العرف عند المتكلم الحالف لا عند غيره فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمى ذلك اللفظ فيما وضع له في لغته الأعجمية والله تعالى أعلم(90).

يثبت الونشريسي في المعيار أسماء المفتيين ونصوص الأسئلة إلا في حالات نادرة يعتذر فيها عن عدم وقوفه على نص السؤال أو يقول: سئل فلان عن مسألة أو مسائل تظهر من الجواب، ويأتي بنصوص الأسئلة على حالها ولو أنها في الغالب محررة من طرف عوام أو أشباه عوام، ولا تسمح له أمانته العلمية بالتصرف فيها أو تقويمها، وتنحرف أحيانا أخرى عبارات المفتين أنفسهم عن الأسلوب الفصيح، لا سيما عندما يتحدثون عن العادات والأعراف المحلية ، فلا يتدخل الونشريسي في تصحيحها ولا تعديلها، لذلك نجد في المعيار الكثير من الكلمات الدارجة والعبارات الملحونة، مثل "باطلا" أي مجانا بدون مقابل، و" أصاب" بمعنى وجد ولقي و " نتعوج" بمعنى نحرف، "وعباه" بمعنى ذهب به وحمله معه...الخ وهو كله يبرز مكانة العرف في نوازل المفتين المالكية وعلى رأسهم الونشريسي(91) .

وقد بين الونشريسي احترام ما جرت به العادة في الزواج والطلاق وغيرها من أمور الأسرة مثل أن يتزوج رجل بنقد ولا يدفعه وإنما يأتي بكسوة، وكان جوابه بأن تقبض الزوجة النقد عينا ثم تشتري ما يصلح لجهاز مثلها ولا يجاب الزوج إلى ما دعا إليه لما في ذلك من التحجير وفسخ الدين"(92) .

والملاحظ على نوازل الونشريسي مراعاته نقطتين مهمتين أثناء إصداره لفتاواه وهي:

- الاعتماد على النص في المنصوص عليه، والقياس فيما لم يُنصَّ عليه.

•ثم التخريج على القواعد الفقهية والأصولي، ومنها العرف.

وقد أشار فقيهنا الونشريسي إلى مجال من مجالات العرف في قوله: "إذا ورد حكم من الشرع لم يحد" وذلك أنه إذا ورد لفظ مطلق في أدلة الشريعة، فإننا أولًا نرجع إلى اصطلاح الشريعة .

مثال ذلك قوله سبحانه: -وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ -فنعمل بتفسير الشارع بهذا اللفظ، فإذا لم يوجد في الشارع تفسير للألفاظ الشرعية رجعنا إلى اللغة، مثل قوله: -وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ -نرجع إلى دلالة اللغة لعدم وجود تفسير شرعي لهذا اللفظ، فإذا لم يوجد تفسير شرعي ولا تفسير لغوي، رجعنا إلى العرف .

وفي معيار الونشريسي يذكر:" أننا إذا رفعنا عادة في قضاء أو فتيا ممن أدركنا من القضاة والمفتين ووجدنا لهم في ذلك مستندا من كلام من تقدم من السلف، ينبغي لنا أن نقف عند عادتهم، وأن نأخذ بعلمهم ولا نتعداه إلى غيره، وإن وجدنا خلافا عن الفقهاء في القضية، فإن فعلنا ذلك كنا أسلم فيما أفتينا به وكان إتباعنا لهم في ذلك إبراء لديننا وعرضنا وكان ذلك منا أقوى في نفوسنا، لاسيما إذا كان القول المخالف لما في القضية مشكلا علينا(93).

مثال ذلك: أن الشريعة جاءت بأن السارق لا يقطع إلا إذا سرق من الحرز، والحرز لا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، فيرجع إلى العرف، ومثله النفقة على الزوجة أو القريب لا يوجد لها ضابط محدد في الشرع ولا في اللغة، فيرجع إلى العرف، وقد أناط الشارع حكم النفقة بالعرف، وترك المؤلف عددًا من مجالات إعمال العرف غير هذا المجال، مثل تفسير ألفاظ الناس .

ونقل الونشريسي في المعيار على أن هناك إجماع بأن الفتاوى تختلف باختلاف العوائد(94)، ويراعي حتى ألفاظ الناس، فإن ألفاظ الناس تفسر بحسب دلالة العرف، فلو قلت في هذه البلاد بعتك هذا المبيع بستين ريالاً، لكان المراد بالريال ماذا؟ الريال السعودي، لكن لو قال: بستين جنيهًا، نقول هنا: لا عرف؛ لأن من شروط العرف أن يكون مطردًا غالبًا، ولا يوجد عندنا في هذه البلاد عرف في لفظ الجنيه هل هو المصري أو غيرها من أنواع الجنيهات؟ .

ويستدل الونشريسي بتفسير الألفاظ بدلالة العرف حين سئل عمن سكن وزوجته مدينة فاس ثم خرجت معه طوعا وسكنت معه بلدا آخر، لكنها قررت الرجوع فأطلق عليها زوجه اليمين لكانت لي امرأة أبدا، فهل له مراجعتها إن شاء أو ليس له مراجعتها لقوله أبدا؟ حيث أجاب عبد الواحد أن اليمين فهي عليه إحناث نفسه ويلزمه طلقة واحدة لأن اليمين في العرف طلاق وله رجعة مهما قال أبدا إن لم يصادف الثلاث"(95) .

من مجالات إعمال العرف تقييد وتخصيص ألفاظ الناس؛ ولذلك لو قال القائل :والله لا افترشت فراشًا ولا نمت على فراش، الأرض في لغة العرب تسمى فراشًا، ومع ذلك فإنه في العرف لفظ الفراش يراد به معنى معينًا، فنخصص هذا اللفظ بدلالة العرف .

لو حلف حالف لا يأكل سمكًا لا يأكل لحمًا، لو قال: والله لا أكلت لحمًا، هل يحنث بأكل السمك؟ ما رأيكم فأجاب: بحسب العرف، إن كان في العرف أن السمك يطلق عليه لحما، فإنه يحنث وإلا فلا.

كما أورد الونشريسي رأي الفقيه العقباني -أبو الفضل- أن كثيرا من مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف، وإن كانت الألفاظ تدل على ذلك[96] .

منها مسألة "إذا أرسل شخص مع آخر نقودا ليدفعها إلى من يطلبه بدين، فقال من أرسلت معه: دفعتها إلى فلان كما أمرتني، فأنكر فلان، فعلى الدافع البينة، وإلا ضمِن، إذا أمره بالإشهاد أو كانت العادة، قال العدوي" المعتمد الضمان، ولو جرى عرف بعدم الإشهاد، فهي تستثني من قاعدة العمل بالعرف الذي هو أصل من أصول المذهب"[97] .

وقد ذكر الونشريسي : أن الخلاف في لزوم نكاح الناكل مبني على الخلاف في العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين فإن قلنا كالشاهدين لزم النكاح بنكوله وعليه نصف الصداق، وإن قلنا كالشاهد لم يلزمه[98] .

وذكر الونشريسي : أنه جرت العادة بأن بعضهم يحامي عن بعض ويقاتل عنه ....وبالتالي وجب حمل الدية عنه أقاربه إن كان لا يستطيع دفعها وينبغي أن يبدأ بالأقرب بالنسب.." [99]

الخاتمة:

لا يزال العرف يلعب دورا هاما وحيويا لا ينكره أحد في المذهب المالكي، لأن العرف سبق القوانين وقام مقامها قبل تدوينها، ولا يزال يكملها عند سكوتها.

أوضح الونشريسي أن الأحكام الفقهية المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا لأن الفرع يتغير أصله، ولهذا يقول العلماء في مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

يحاول صاحب المعيار تبيان خصوصية المدرسة المالكية لإبراز ما جرى عليه العمل بين الناس إذا كان لهم مستندا صحيحا – ولو ضعيفا- فلا ينبغي أن يشوش عليهم بذكر غيره وإن كان مشهورا، حيث يبين : أن ماجرى به عمل الناس ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن".

بين الونشريسي من خلال المعيار أن المذهب المالكي قد توسع في الأخذ بالعرف واعتبره أصلا أصيلا تبنى عليه الأحكام، ويرجع إليه الفقيه والقاضي والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الواقع والجزئيات حيث لا يوجد نص من الشارع.

ولولا الوقت الضيق لحاولت إحصاء عدد النوازل التي أوردها الونشريسي واعتمد فيها على العرف أو العادة لأنه يتطلب إعداد رسالة تخرج.

الهوامش:

1) البقرة، الآية229.

2) هو طاووس بن كيسان اليماني الهمداني، كنيته أبو عبد الرحمن أمه من أبناء فارس، وأبوه من النمر بن قاسط مولى بحير الحميري. وقال أبو الفرج ابن الجوزي في كتاب الألقاب: إن اسمه ذكوان، وطاووس لقبه، وإنما لقب به لأنه كان طاووس القراء والمشهور أنه اسمه، عده أصحاب الطبقات من الطبقة الأولى من التابعين من أهل اليمن. مات طاووس بمكة قبل يوم التروية بيوم، وكان هشام بن عبد الملك قد حج تلك السنة وهو خليفة سنة ست ومائة، فصلى على طاووس وكان له يوم مات بضع وتسعون سنة.**ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر بيروت، د ت، ج2، ص509.**

3)أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد، المري الأندلسي الإلبيري، شيخ قرطبة، ولد في أول سنة أربع وعشرين وثلاثمائة وتوفي في ربيع الآخر، سنة تسع وتسعين وثلاثمائة واختصر" المدونة "وله "منتخب الأحكام" مشهور، وكتاب"الوثائق "و" مختصر تفسير ابن سلام " وكتاب "حياة القلوب " في الزهد، وكتاب" أدب الإسلام "،وكتاب" أصول

السنة"، وأشياء كثيرة. الذهبي: **سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ج17، ص188.**

4) المعيار، ج1، ص313.

5) القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، 1993،ص448.

6) هوأبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي (من جبال الونشريس غرب الجزائر (ولد بونشريس سنة 834/ 1430 ونشأ بمدينة تلمسان حيث درس على جماعة من الأعلام، في مقدمتهم شيخ المفسرين والنحاة العالم المطلق، على حد تعبير الونشريسي، أبو عبد الله محمد ابن العباب ولما بلغ أحمد الونشريسي أشده وبلغ أربعين سنة، غضب عليه السلطان أبو ثابت الزياني لقوله كلمة حق، وأمر بنهب داره فخرج إلى فاس، ولقي من حفاوة فقهائها وإقبال طلبتها عليه سنة 874/ 1469 وبها توفي سنة 1508.914 /، كان للونشريسي تكوين فقهي متين ومعرفة دقيقة بالمذهب المالكي الأمر الذي أتاح له استفادة كبرى من مكتبة آل الفرديسي بفاس فاستخرج منها مادة مجلداته الإثني عشر التي شرع فيها سنة 890 هـ / 1485 م ليفرغَ منها قبيل وفاته سنة 911 هـ / 1503 م. وتخرج على يد أحمد الونشريسي عدد وافر من الفقهاء الذين بلغوا درجات عليا في التدريس والقضاء والفتيا، في فاس وفكيك وجبال الأطلس وماوراءها من بلاد السوس الاقصى ،أشهرهم ولده عبد الواحد الونشريسي قاضي فاس ومفتيها(ت.955) ، ومحمد بن محمد ابن الغرديس التغلبي قاضي فاس وابن قاضيها (ت.976) ،ومحمد بن عبد الجبار الورتدغيري الذي عمر زاوية أبيه الشهيرة في فكيك مدة طويلة بتدريس الفقه والحديث (ت.956) والحسن بن عثمان التملي عالم تيبوت الكبير بضاحية ترودانت وشيخ الفقهاء في ربوع سوس كلها(ت.932). **محمد ابن عسكر الشفشاوني: دوحة الناشر، تحقيق محمد حجي ، مطبعة دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، بالرباط، 1976 ، ص47ـ 48.**

7) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991، ج1، ص47(القاعدة رقم39).

8) نُشر كتاب "المعيار المُعرب والجامع المُغرب عن فتاوى إفريقية والأندلس والمغرب في طبعة أولى (سنة 1314/ 1879) بفاس وثانية في دار الغرب الإسلامي ،بيروت، (1401/1981) ويتكوّن من 13 مجلدا،لم يقتصر عمل الونشريسي على جمع ألفين ومائةٍ وخمسٍ وثلاثين فتوى أصدرها رجال معاصرون له وآخرون متقدمون عليه بل تجاوز ذلك إلى تصنيفها والتعليق عليها وإثرائها بالاستشهادات والتأصيل بحسب ما تدعو إليه الحاجة أو مايقتضيه المقام مع اهتمام خاص بتعدد الآراء الناشئة عن مراعاة مختلف الأعراف السائدة. هذا إلى جانب ميل أكيد إلى الترجيح والتضعيف والقبول والرّد. **أحمد المنجور: فهرس، تحقيق محمد حجي، طبعة دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط، 1976، ص50 ـ55.**

9) إلهام عبد الرحمن باجنيد: أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2003، ص28.

10) ابن فارس: مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991، ج4، ص281.

11) المرسلات، الأية1.

12) الجوهري: الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1979، ج4، ص410.

13) ابن فارس: المصدر السابق، ج4، ص281.

14) إلهام عبد الرحمن باجنيد: المرجع السابق، ص30.

15) حافظ ا لدين الن سفي: ك شف الأ سرار شرح الم صنف ع لى الم نار، دار الك تب العلم ية الم نار، ط1، 1986، ج2، ص593.

16) الجرجاني علي بن محمد بن علي: التعريفات، تحقيق إبراهيم الابياري، دار الكتّاب العربي، ط4، 1998، ص193.

17) الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس،تحقيق مصطفى حجازي ، مطبعة حكومة الكويت، 1987، باب الفاء فصل العين، ج24، ص140.

18) ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج2، ص112.

19) ع بد ا لحق بن عط ية: المحرر ا لوجيز في تف سير الكتاب العز يز، تحق يق المج لس العل مي ب فاس، وزارة الأو قاف وال شؤون الإسلامية، الرباط، ط1، 1980، ج7، ص233.

20)نق لا عن محمد يحي الو لاتي: ن يل ال سول ع لى مرت قى الو صول، ت صحيح و تدقيق ومراج عة محمد ع بد الله محمد يحي الو لاتي، طبع دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط1، 1992، ص198.

21)**العادة** في اللغة هي الموا ضبة ع لى شيء ح تى ي صير له سجية، و سميت بذلك لأن صاحبها ي عود إلي ها. ا بن فارس: الم صدر ال سابق، ج4، ص182، و يرى ا لبعض أن ال فرق بين ال عادة وال عرف، هو الع موم والخ صوص، ح يث أن ال عرف أ عم بح يث ي شمل ال عرف ال قولي والعم لي بين ما ال عادة اقت صرت ع لى الع مل. **إلهام ع بد ا لرحمن باجن يد: المر جع ال سابق، ص41-42.**، وي بين الونشري سي ال فرق بين ال عادة والعرف بطري قة غ ير مبا شرة وغ ير مق صودة من خ لال تبيان عادة حمل تراب الم قابر للتبرك به نق لا عن عادة ناس قدماء قاموا بنقل تراب ق بر سيدنا حمزة بن ع بد المط لب، قال: " هذا القب يل ماجرى عل يه عمل العوام في ن قل تراب ضريح ال شيخ أ بي ي عزى و تراب ضريح ال شيخ أ بي غا لب النيسابوري للاست شفاء من ا لأمراض والقروح المع ضلة" وا ستند إ لى ف توى أ بو ع لي ال قروي" الت برك ي كون با ستعمال ما كانوا عل يه من الأو صاف الدين ية" **المع يار، ج1، ص330**، ولك نه ي عود في ناز لة أ خرى يعت بر فيه ا ال عادة هي ال عرف ح يث قال:"و قال ا بن ر شد إذا كان في الوثي قة شروط وك تب المو ثق طاع، وال عادة أن ها شرط في أ صل الع قد وأن ها تك تب طو عا، وإذا كا نت ب شرط فالقول قول من اد عى أن ها في أ صل الع قد...لأن ذ لك خ لاف ما د خل عل يه المتعا قدان عر فا" **المع يار، ج6، ص210**.وعمو ما الونشري سي في أغ لب نواز له يج عل العادة والعرف شيء واحد على عرار أغلب علماء المالكية. **المعيار، ج3، ص238.**

كما يجب التفر يق بين ال عرف والإجماع بأن الاجماع خاص بالع ماء والمجته دين و لا د خل ف يه للعا مة، بين ما ال عرف لا ي شترط ف يه أهلية الاجته اد وإنما يت كون من ت عارف ال ناس.**محمد م صطفى شلبي: أ صول الف قه الا سلامي، دار الجامع ية، ب يروت، لب نان، ط4، 1983، ج1، ص328.**

22) علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت، ط14، 1981، ص89.

23) أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق سوريا، ط1، 1986، ج2، ص828.

24) ابن نجيم: الأشباه والنظائر، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر بدمشق، ط1، 1983، ص101.

25) نفس المصدر والصفحة.

26) رسائله، المصدر السابق، ج2، ص130.

27) إلهام عبد الرحمن باجنيد: المرجع السابق، ص37.

28) لقد اختلف المالكية في عد هذه الأصول التي بني عليها الفقه المالكي فعدها الشيخ أبو محمد صالح ستة عشر أصلا وهي: نص الكتاب و ظاهره و هو العموم ودليله و هو مفهوم المخالفة ومفهومه و هو باب آخر(مراده مفهوم الموافقة) وتنبيهه و هو التنبيه على العلة و من السنة مثل هذه الخمسة فالمجموع عشرة، ثم الإجماع وعمل أهل المدينة و قول الصحابي والاستحسان والحكم بسد الذرائع واختلف قوله في مراعاة الخلاف فمرة يراعيه و مرة لا يراعيه.**عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق، ص198.**

29) محمد ابن عربي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ج3، ص143.

30) المصدر نفسه، ج3، ص500.

31) نفسه، ج4، ص1842.

32) شرحه على تحفة الحكام، هامش، ج2، ص171.

33) أبو الحسن التسولي: البهجة على تحفة الحكام، دار الرشاد الحديثة، 1991، ج2، ص115.

34) عمربن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق، ص192-193.

35) المعيار، ج6، ص207.

36) وقد ذكر الونشريسي أن بلاد إفريقيا تقريبا كلها بيئة واحدة من طنجة إلى طرابلس. المعيار، ج2، ص279.

37) المعيار، ج1، ص383.

38) نفسه، ص385.

39) المعيار، ج7، ص123.

40) رسائله، المصدر السابق، ج2، ص123.

41) الحج الأية78.

42) ابن عابدين: المصدر السابق، ص125.

43) القاضي عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق محمد بن تاويت الطنجي، وزارة الأوقاف المغربية، ط3، 1983، ج1، ص89.

44) تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، ط1، 1983، ص445.

45) سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي: نشر البنود على شرح مراقي السعود، تحقيق محمد الأمين بن محمد بيب، ط1، 2005، ج2، ص266.

46) المعيار، ج1، المقدمة، ص ز.

47) عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فوضالة، المحمدية المغرب، 1982، ص85.

48) الأعراف 199.

49) جامع البيان عن تأويل أي القرآن، دار الفكر بيروت لبنان، 1988، ج6، ص156.

50) المعيار، ج6، ص205-207.

51) المعيار، ج1، ص317.

52) الموافقات في أصول الشريعة : تخريج الأحاديث عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 2005، ص390.

53) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، ط2، 1995، ص218-219.

54) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي وابنه، المملكة العربية السعودية، الرئاسة العامة لشؤون الحرمين، ج20، ص 305.

55) المعيار، ج10، ص79-80.

56) أعلام الموقعين عن رب العالمين، اعتنى به أحمد عبد السلام الزعبي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1، 1997، ج3، ص13.

57) محمد عبد الله بن التمين: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، دائرة الشؤون الإسلامية، والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2009، ص79.

58) أحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، د د، ط2، 1992، ص73.

59) المعيار، ج6، ص208، 209،

60) المعيار، ج3، ص122.

61) القرافي: الذخيرة في الفقه المالكي، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج5، ص387.

62) أحمد فهمي أبو سنة: المرجع السابق، ص85.

63) محمد عبد الله بن التمين: المرجع السابق، ص88.

64) المعيار، ج8، ص164.

65) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الشروق القاهرة، 1968، ج2، ص178.

66) المعيار، ج1، ص319.

67) العادةُ مُحَكَّمَةٌ أَيْ معمولٌ بِهَا، فإِذَا نصَّ الشَّارِعُ على حكمٍ، وعلَّقَ بِهِ شيْئاً، فإِنْ نَصَّ عَلى حَدِّهِ وتفْسِيرِهِ، وإلاَّ رُجِعَ إلى العُرفِ الجَارِي، وذلكَ كالمعروفِ في قولِهِ تعالى {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}، وهذَا الَّذِي جرى عليهِ عُرْفُ النَّاسِ، وكذلكَ برُّ الوالدَيْنِ، وصلةُ الأَرحامِ، فكلُّ ما يُعَدُّ بِرًّا وصلةً، فهوَ داخلٌ في ذلكَ، وكذلكَ لفظُ القبضِ والحِرزِ وألفاظُ العقودِ كلُّهَا :

يُرْجَعُ فيهِ إلى عُرفِ النّاسِ.، وَمِنْ هذَا إذَا أمرَ حمّالاً ونحوَهُ بحملِ شيْءٍ منْ غيرِ إجارةٍ فلهُ أُجرةُ عادتِهِ، ويدخلُ في هذَا تصرُّفُ الإنسانِ في ملكِ غيرِه، واستعمالُه بغيرِ إذنِهِ، إذَا جرتِ العادةُ بذلكَ، والمسامحةُ كالتَّرَوُّحِ بمروحةِ غيرِهِ، ودقِّ بابِهِ، ودخولِ ملكِهِ، ولوْ لمْ يأْذنْ فيهِ، لجريانِ العُرفِ بذلكَ.

68) الأعراف، الآية199.

69) البقرة، الآية228.

70) البقرة، الآية241.

71) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ج3، ص79.

72) أخرجه أحمد في مسنده من حديث ابن وائل عن مسعود وهو موقوف حسن.

73) المعيار، ج3، ص115-116.

74) أخرجه: الشافعي في مسنده، ص1691، وأحمد ج5، ص435-436، وابن ماجه ص2332، والبيهقي، ج8، ص341.

75) المعيار، ج1، ص397.

76) محمد بن إبراهيم الكندي: بيان الشرع، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984، ج6، ص105.

77) المعيار، ج3، ص113.

78) المعيار، ج2، ص64-70.

79) يوسف الآيتان26، 27.

80) المصدر السابق، ج3، ص50.

81) النساء، الآية19.

82) البقرة، الآية 233.

83) البقرة، الآية 231.

84) البقرة، الآية 236.

85) ابن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار ابن حزم، ط1، 2002، ج2، ص320.

86) البخاري2096، ومسلم1714.

87) القاضي عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، دار الوفاء، مصر، ط1، 1998، ج5، ص565.

88) محمد العزيز جعيط: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة، تونس، ط2، دت، ص51.

89) عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق، ص87.

90) المعيار، ج4، ص300-301.

91) المعيار، ج1، المقدمة، ص ز.

92) عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق، ص366.

93) نفسه، ص88.

94) نفسه ص126.

95) المعيار، ج3، ص244.

96) عمر بن عبد الكريم الجيدي: المرجع السابق، ص181.

97) علي الصعيدي العدوي المالكي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني،دار الفكر بيروت، لبنان، 1991، ج2، 353.

98) محمد العزيز جعيط: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة، تونس، ط2، دت، ص51.

99) المعيار، ج2، ص280.