الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة تلمســـــان
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

العرف وأثره في الفتوى من خلال كتاب الدّرر المكنونة في نوازل مازونة، باب العقود.

رسالة مكملة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية
تخصص: الفقه المالكي وأصوله

من إعداد الطالب:
مولاي زيان

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د رزاق حبيب

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
ماحي قندوز	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
حبيب رزاق	أستاذ	جامعة وهران1	مشرفا ومقررا
عبد اللطيف بوقنادل	أستاذ	جامعة وهران1	عضوا
محمد رضا الكريف	أستاذ محاضر"أ"	جامعة وهران1	عضوا
عبد الصّمد بلحاجي	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تلمسان	عضوا
مولاي نورالدين	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تلمسان	عضوا

السنة الدراسية: 1445-1446هـ/2023-2024م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة تلمســـــان
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

العرف وأثره في الفتوى من خلال كتاب الدّرر المكنونة في نوازل مازونة، باب العقود.

رسالة مكملة لنيل شهادة الدكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية
تخصص: الفقه المالكي وأصوله

من إعداد الطالب:
مولاي زيان

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د رزاق حبيب

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
ماحي قندوز	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
حبيب رزاق	أستاذ	جامعة وهران1	مشرفا ومقررا
عبد اللطيف بوقنادل	أستاذ	جامعة وهران1	عضوا
محمد رضا الكريف	أستاذ محاضر"أ"	جامعة وهران1	عضوا
عبد الصّمد بلحاجي	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تلمسان	عضوا
مولاي نورالدين	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تلمسان	عضوا

السنة الدراسية: 1445-1446هـ/2023-2024م

القبس :

قَالَ تَعَالَى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾

الأعراف [199]

الإهـــــــــــــــداء

إلى من ذلّل لي المصاعب وهوّن عليّ المتاعب

من كدّ وجدّ من أجل إيصالي... والديّ الكريمين

إلى من جعلهم الله زينة الحياة إخوتي وأخواتي...

إلى زوجتي الكريمة أم لجين...

أهـــــدي هذا العمـــــــــــل...

شكر وتقدير

أحمد الله أولا و أشكره وأثني عليه سبحانه وتعالى،صاحب الفضل والمنّ عليّ بإتمام هذا البحث.

ثم أتقدّم بالشكر الجزيل إلى جامعة تلمسان جامعة: أبو بكر بلقايد ـ زادها الله شرفا ـ بمشايخها والقائمين عليها، الذين يبذلون جهودهم وأوقاتهم لاستمرار عطاء هذه الجامعة الطيبة المباركة، سائلا المولى أن يبارك في أعمارهم وجهودهم، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر كذلك والدعاء الخالص لفضيلة الأستاذ الدكتور رزاق حبيب لإشرافه على هذا البحث المتواضع حتىّ النهاية، مع ملحوظاته النفيسة القيمة، وتوجيهاته السديدة، وصبره معي حتّى النهاية، فجزاه الله عنّي خيرا.

كما أتوجّه بخالص الشكر والامتنان إلى الأساتذة المناقشين على تفضلهم بطيب نفس، وحسن قبول مناقشة هذه الرسالة، وإثرائها بالتوجيهات النافعة، والإرشادات الصائبة.

المقدمة

الحمد لله الذي شرف العلم ورفع من قدر العلماء، وجعلهم أهلا للتبجيل والتوقير والثناء، فهم حملة ميراث النبوة والصفوة من خلقه بعد الأنبياء، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له الذي جعل من علامات الخير تيسير العبد للتّفقّه في الدّين، وأشهد أنّ محمّدا عبده ورسوله، وصفيّه من بين خلقه وخليله وحبيبه، صاحب الشّريعة السمحة والنّهج القويم، اللّهم صلّ وسلّم وبارك عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإنّ علم أصول الفقه من أفضل العلوم وأشرفها وأدقّ أنواع الفنون وأصعبها؛ لذا لا يمكن للمجتهد أن يستغني عنه في فهم نصوص الشّريعة وتفسيرها، إذ به يَتوصّل الفقيه إلى استنباط الأحكام الشّرعية الفرعية من أدلّتها التّفصيلية، لتتكوّن لديه ملكة فقهية يُميّز من خلالها بين دائرتي الحلال والحرام.

وإنّ المتأمّل في كتب الأصول والفقه الإسلامي وقواعده يجد أنّه أمام ثروة من القواعد الأصولية والفقهية الحاكمة لكلّ تصرفّات المكلّفين من عبادات ومعاملات، ولعلّ من أهمّ هذه القواعد قاعدة (العرف) التي تلازم المجتمعات الإنسانية والإسلامية؛ حيث إنّها ذات صلة وثيقة بالحياة اليومية للنّاس، ويُرجع إليها في التّعامل، ويُتحاكم إليها في كثير من التّصرفات.

ولقد جاءت الشّريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وتكثيرها، ودفع المفاسد عنهم وتقليلها، فكانت مراعية لحاجات النّاس، دافعة للضّرر، رافعة للحرج، حافظة للدّين والنّفس والعقل والعرض والمال. ممّا جعلها صالحة لكلّ زمان ومكان، متّصفة بالدّيمومة والاستمرار. ولا شكّ أنّ اعتبار عوائد النّاس وأعرافهم السّليمة من أهمّ ما أكسب الشّريعة هذه الخصائص والميزات.

ويعتبر العرف من أصول التّشريع التّبعية، وهو من الأدلة التّي تُبنى عليها الفتاوى والأحكام الشّرعية، وقد ثبت قطعا أنّ كلّ المذاهب الفقهية أخذت بهذا الأصل عمليا، إلاّ أنّ المذهب المالكي تميّز على وجه الخصوص بكثرة إعمال العرف مقارنة بالمذاهب الأخرى، فما أكثر تلك الفروع الفقهية والفتاوى الشّرعية عند المالكية التي تُبنى أصالة على العرف.

ولما كان العرف عرضة للتغيّر والتّبدل على حسب الأمكنة والأزمنة، استدعى الأمرُ التأمّل في مدى تأثّر النّظر والاجتهاد في أحكام النّوازل بهذا التغيّر والاختلاف.

وانطلاقا من هذه المعطيات جاءت دراستي لهذا الأصل لبيان أثر العرف والعادة في دراسة النوازل الفقهية خاصّة عند تغيّر العرف، ومدى تأثير ذلك على الاجتهاد والنّظر في حكم النازلة، والحكم عليها.

وقد حرصت على أن تكون تلك النوازل والفتاوى من أحد مصادر فقه النّوازل عند المالكية الذي هو كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة للقاضي أبي زكريا يحي بن موسى بن عيسى بن يحي المغيلي المازوني؛ إذ يعدّ كتابه من أنفع الكتب وأجلّها، فقد ساهم في حفظ التّراث الفقهي والعلمي لعلماء الغرب الإسلامي؛ حيث جمع فيه المازوني علم فقهاء تلمسان والجزائر وبجاية وفاس والقيروان وغيرها من الأقطار، والمطّلع عليه يقف أمام ثروة علمية وظّفها فقهاء المنطقة في أجوبتهم على النوازل؛ حيث تعدّ هذه الثروة ميدانا خصبا للبحث بفضل ما تحتويه من نماذج تطبيقية وعملية بعيدة عن التنظير والافتراض؛ فيمكن لمن تقلّد منصب القضاء والفتوى أن يجعله سندا يرجع إليه.

ولأنّ كتاب الدرر جامِعٌ لأبواب الفقه كلّها تقريبا، اخترت باب العقود الذي تضمّن فتاوى في فقه النكاح والمعاملات المالية والأيْمان ليكون محلاّ للدّراسة؛ لاعتباره المجال الأكثر تطبيقا وتأثيرا وإعمالا للعرف، ومن هنا جاءت الدّراسة موسومة بعنوان:

العرف وأثره في الفتوى من خلال كتاب الدّرر المكنونة في نوازل مازونة باب العقود.

أهمّية البحث:

تتجلى أهمّية البحث من خلال النقاط الآتية:

ـ كوْن العرف من المباحث الأصولية، بالإضافة إلى اعتباره أصلا من أصول الاستنباط عند الإمام مالك رحمه الله تعالى.

ـ كما تظهر أهمّيته من خلال المسائل الفقهية الخاصة بباب العقود التي هي المجال الأكثر تأثيرا وتطبيقا وتوظيف لأصل العرف.

ـ كوْن مسائل العقود من المسائل المتناولة التي عمّت بها البلوى، وهي ذات الصّلة بالناس وبحياتهم الاجتماعية والاقتصادية، فلا يكاد يخلو منها بيت.

ـ تغيّر الأعراف عبر الزمان والمكان، ولما لها من تأثير كبير في الأحكام الشرعية والفتاوى الاجتهادية.

ـ وأخيرا يمكن القول أن أهمية الموضوع تكمن في كونه يعالج مسألة مهمة في أصول الفقه المالكي، وهي مسألة تأثر الفتوى والأحكام الشرعية الاجتهادية بالأعراف والعادات الجارية في مختلف المجتمعات والبيئات، عبر كل زمان ومكان في ظل ما يشهده المجتمع من أعراف فاسدة أو صحيحة، ثابتة أو متغيرة.

أسباب اختيار الموضوع:

من نعم الله سبحانه وتعالى على العبد بعد نعمة الهداية، أن يحبّب إليه طلب العلم الشرعي، فيكبّ عليه حفظا وتعلما وفهما، من غير تعصب ولا جمود، والذي شدّني لهذا الموضوع وأخذ بمجامع همّتي عدّة أسباب منها:

ـ الرّغبة الشّديدة في أن تكون لي بصمة خير ونفع في تراثنا الإسلامي، ولبنة طيبة في بناء صرح مجدنا العريق.

ـ الميل الذّاتي والرّغبة في البحث في علم أصول الفقه التي تنمي الملكة الفقهية وتقوّيها وتُعين على ربط الأصول بالفروع.

ـ الموضوع كان من اقتراح المشرف جزاه الله خيرا، فقد كان مشجّعا ومدعّما ومتفائلا وصابرا معي.

ـ القيمة العلمية لكتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة، وما احتوى من مسائل فقهية تحوي تأثير العرف وعوائد أقطار أهل المغرب العربي ما عدا ليبيا الشرقية.

ـ أهمّية موضوع العرف في حياة الناس؛ حيث أنّ الكثير من شؤون حياتهم ومعاملاتهم أحالها الشّرع بحكمته إلى العرف والعادة تناسباً مع حالهم وزمانهم.

ـ المرونة في فقه العقود وكون العرف من مؤثراته.

ـ احتياج فقه العقود للمرونة ليواكب الزمان والمكان وحال المكلّف والرّاشد، وعدّ العرف أحد صور هذه المتغيرات.

هذا والله أحمد أن وفّقني في اختيار هذا الموضوع، وجعله شغلا لي حينا من الزّمن، فإن خير ما تقضي به الأعمار، وتنشغل به الأفكار هو تعلم العلم وبذل الوسع فيه.

أهداف البحث:

يرمي هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف هي:

ـ إبراز شخصية القاضي المازوني ومكانته العلمية، والتعريف بكتابه وقيمته العلمية.

ـ تبيين ماهية العرف وتمييزه عن المصطلحات المشابهة، ومعرفة ضوابطه وإشكالاته وقواعده.

ـ تعميق المعرفة الشرعية والتاريخية حول مكانة العرف عند علماء المالكية، ودور العرف في تنزيل الأحكام على الواقع المعاش.

ـ التّعرف على أعراف المنطقة وأثرها في الفتاوى والنوازل الفقهية.

ـ الرّبط بين الجانب النّظري للعرف وجانبه التّطبيقي عند المالكية بتتبّع الفروع الفقهية في كتاب الدرر، والكشف عن منهج المازوني في عرض نوازله، وبيان منهج الفتوى فيه.

ـ بيان مدى بناء فقه العقود على العرف وأثره فيها.

ـ التّعرف على ضوابط وشروط الفتوى، وبيان خطر الفتوى دون معرفة أعراف الناس.

ـ معرفة جوانب تغير الفتوى بتغير الأعراف فهمًا وتنزيلا ومآلا.

إشكالية البحث وتساؤلاته:

تتمثل إشكالية البحث كالآتي:

ـ ما مدى تأثير العرف واعتماده في دراسة النّوازل الفقهية الخاصة بالعقود عند المالكية؟

وعلى ضوئها تطرح مجموعة من التساؤلات، لعلّ أهمّها:

ـ ما هي الضّوابط الشّرعية لتوظيف العرف في الفتوى؟

ـ خطّة البحث:

من أجل اختبار تساؤلات وفرضيات البحث اشتملت خطة البحث على مقدمة، فصل تمهيدي، فصلين وخاتمة؛ وهي على التفصيل الآتي:

مقدمة: تضمّنت بواعث اختيار البحث، ومَكْمن جدّته وإضافته المعرفية، وخطته الهيكلية.

الفصل التمهيدي: تضمّن مباحث حول كتاب الدرر المكنونة ومؤلِّفه؛ حيث عني **المبحث الأول** بدراسة حياة الإمام أبي زكريا يحي المازوني، أما **المبحث الثاني** فاشتمل على القيمة العلمية لكتاب الدرر المكنونة ومصادره، بينما تضمّن **المبحث الثالث** أسلوب المازوني في عرض نوازله ومنهج الفتوى فيها.

الفصل الأوّل: كان بعنوان: العرف ومراعاته في الفتوى والأحكام الشرعية، وقد احتوى على أربعة مباحث، **المبحث الأوّل:** تضمّن مفهوم العرف وأقسامه وبعض المصطلحات المشابهة له، **المبحث الثاني** خصّص لحجّية العرف وشروط اعتباره وإشكالاته الأصولية والفقهية التي يطرحها، و**المبحث الثّالث** تناول قواعد العرف ومجالات توظيفه، في حين تناول **المبحث الرابع** مراعاة العرف في الفتوى والأحكام الشرعية.

الفصل الثّاني: كان بعنوان: أثر العرف في الفتوى من خلال نوازل المازوني ـ باب العقود ـ وقد قسّم إلى خمسة مباحث، **المبحث الأول:** فيه بيان أثر العرف في نوازل الصداق، **المبحث الثاني:** فيه بيان لأثر العرف في نوازل تجهيز المرأة، **المبحث الثالث:** فيه بيان لأثر العرف في نوازل من النكاح، **المبحث الرابع:** فيه بيان لأثر العرف في نوازل المعاملات المالية، **والمبحث الخامس** كان لبيان أثر العرف في نوازل الأيْمان.

الخاتمة: حَوَت بين عطفيها تقييما عاما لفصول البحث، ورصدا دقيقا لنتائجه. ما حظّ نوازل المازوني من توظيف العرف في الفتوى؟

منهج البحث وآلياته:

لدراسة هذا البحث اعتمدت على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي؛ إذ توجب استقراء المصادر والمراجع لدراسة الجانب النظري للبحث، ثمّ بتتبع تلك النوازل المتعلقة بالعرف الخاصة بباب العقود في كتاب الدرر المكنونة قصد دراستها، وذلك بتحليل هذه المسائل وشرحها وربطها بأصولها وأدلتها، مع بيان أثر العرف فيها.

المنهج التفصيلي للبحث:

تتضح منهجية البحث التي سلكتها في بناء هذه الرسالة في النقاط الآتية:

أولا: المنهجية في التوثيق.

ـ ذكر الأقوال المنسوبة إلى أصحابها مع الحرص على الرّجوع إلى الكتب المعتمدة في كلّ مذهب وتوثيق آرائهم منها.

ـ ترقيم الآيات وبيان سورها بكتابة الآيات بالرسم العثماني برواية ورش عن نافع تبعا لقراءة البلد، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن.

ـ جعل الأحاديث والآثار بين الشّولتين " " مع تخريجها في الهامش، وبيان ذكر أهل الشأن في درجتها ـ إن لم تكن في الصّحيحين أو أحدهما.

ـ كانت طريقة التخريج على النحو الآتي: الكتاب، المؤلف، المحقق، دار النشر، بلد النشر، الطبعة، سنة النشر، الكتاب، الباب، رقم الحديث، الجزء والصفحة، فإن تكرر المصدر اكتفيت بذكر الكتاب والمؤلف ثم الكتاب، الباب، رقم الحديث ثم الجزء والصفحة.

ـ كتابة الأحاديث والآثار باللون الأسود الداكن وتشكيلها تمييزا لها.

ـ توثيق المعلومات الواردة في المتن في الهامش حسب الطريقة الآتية: الكتاب، المؤلف، المحقق، دار النشر، بلد النشر، الطبعة ورقمها وتاريخها الميلادي، الجزء والصفحة.

ـ عند الاعتماد على مصدر أو مرجع سبق التوثيق منه نكتفي بذكر اسم الشهرة للكتاب والمؤلف مع عبارة" مصدر سابق" أو "مرجع سابق"، وأما إن كان في موضعين متتاليين في نفس الصفحة نكتفي بعبارة" مصدر نفسه" أو "مرجع نفسه"، مع ذكر الجزء والصفحة.

ـ في حالة أخذ معلومات من صفحتين متتاليتين أضع الرمز(ـ)، وفي أكثر من صفحتين متتاليتين أضع ثلاث نقاط(...)، وفي حالة الافتراق أضع الفاصلة.

ـ توثيق المعاني اللغوية من الكتب المعتمدة في اللغة، والمعاني الاصطلاحية من مصادرها الأصلية ومراجعها المعتمدة.

ـ حرصت على وضع علامات التنصيص والأقواس والفواصل.

ـ استعملت بعض الرموز للاختصار في الهوامش: (ت) يرمز لتاريخ الوفاة، (ص) للصفحة، (تح) تعني تحقيق.

ثانيا: المنهجية في دراسة المسائل.

ـ استقراء الأجزاء المحققة الخاصة بالعقود من كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة للقاضي المازوني، وجمع المسائل منها، وهي خمس رسائل جامعية:

1. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: ماحي قندوز، وهي أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم الإسلامية.

2. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: الكريف محمّد رضا، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات، وهي أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم الإسلامية.

3ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: بلبشير سيد أحمد، مسائل الطلاق، وهي أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم الإسلامية.

4ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: عبد العزيز مرابط، مسائل من المعاملات المالية، رسالة لنيل درجة الماجستير.

5ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: زهرة شرفي، مسائل البيوع، رسالة لنيل درجة الماجستير.

6ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق: فريد قمّوح، مسائل الأيمان والنذور، رسالة لنيل درجة الماجستير.

ـ جمعت المسائل المتعلقة بالعرف وتوثيقها، ووضعت لكل مسألة فقهية عنوانا مناسبا لها، كما تصرّفت في نقل بعض النّوازل الطويلة.

ـ ترجمت للشيوخ والأعلام المذكورين في نصّ المسائل الفقهية، وكانت التراجم مختصرة قدر الإمكان فيها ذكر اسم العلم وتاريخ وفاته، وشيوخه، وتلامذته، ومؤلفاته.

ـ شرحت المصطلحات والألفاظ الواردة في نصّ المسائل التي قد تبدوا غامضة للقارئ.

ـ اتّبعْت في دراسة المسائل المنهجية الآتية: اسم المسألة، ثم نص المسألة، ثم توضيح وبيان المسألة، وأخيرا أثر العرف في المسألة.

ـ في توضيح المسألة بيّنت موضوعها، وأصلها، وحكمها، والخلاف الموجود فيها سواء داخل المذهب أو خارجه إن وجد، وفي أغلب الأحيان أذكر الخلاف العالي في الهامش.

ـ في ختام المسألة أوردت وجه الاستدلال بالعرف مع بيان أثره في المسألة ومقارنته بأعراف اليوم من حيث التغير والتوظيف، سواء بذكر من قال برأيه من الفقهاء، أو بتوجيه منا وفق ما تيسّر لنا فهمه.

ثالثا: الخاتمة والفهارس.

وفي الأخير وضعت خاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات، ليليها سبعة فهارس علمية تسهيلا للاستفادة من هذه الرسالة:

1ـ فهرس الآيات القرآنية الكريمة: رتّب حسب ترتيب المصحف في سوره وآياته في السورة الواحدة.

2ـ فهرس الأحاديث النبوية الشريفة: رتب ترتيبا ألفبائيا، حسب الحرف الأول من الكلمة الأولى من متن الحديث.

3ـ فهرس الآثار: رتّب ترتيبا ألفبائيا حسب الحرف الأول من الكلمة الأولى من متن الأثر.

4ـ فهرس الأعلام: تم ترتيبه كذلك ألفبائيا بحسب الحرف الأول من اسم العلم المشهور المترجم له، مع عدم اعتبار (أبو ـ ابن ـ ال).

5ـ فهرس المصطلحات والألفاظ: جاء على حسب ترتيب المصطلحات في الرسالة.

6ـ قائمة المصادر والمراجع: رتبت ترتيبا ألفبائيا بحسب الحرف الأول من اسم المصدر أو المرجع.

7ـ فهرس الموضوعات.

الدّراسات السابقة:

تعدّدت الدّراسات حول العرف نظرا لاعتباره في التّشريع وأهمّيته في حياة الناس، ومن أهمّ هذه الدّراسات نذكر:

ـ **العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع** للدكتور أحمد فهمي أبو سنة(ت 2003م): وهي رسالة لنيل الأستاذية، نوقشت سنة1941م، وطبعت سنة 1949م، كان منحاها أصولي نظري، يغلب عليها تطبيقات الفقهية للسادة الحنفية نظرا لمذهب المؤلف

ـ **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب** للدكتور عمر بن عبد الكريم الجيدي: الكتاب عبارة عن دراسة جامعية تقدم صاحبها لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية من الدار الحسنية للحديث بالمغرب، طبعت سنة1982م، اهتمت بالجانب الأصولي للعرف، فتعتبر دراسة أصولية مركزة، بيّن فيها ماهية العرف والعمل وذكر بعض مسائلهما.

ـ **أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض:** وهو بحث لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر، طبع في دار الكتب الجامعي ـ القاهرة ـ في 1389هـ، وقد تناولت الدّراسة بيان أثر العرف في التشريع الإسلامي واختلاف الفقهاء.

ـ **إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي للشيخ محمد عبد الله ابن** الثمين: الكتاب تناول قاعدة العمل بالعرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي وإخضاعهما لها، مبرزة عدم اختصاص المذهب المالكي بالعمل بالعرف، وإن تميّز بزيادة اعتماد وتطبيق.

والملاحظ على هذه الدّراسات اهتمامها بالنّاحية الأصولية، بينما كان المجال التطبيقي أمرا ثانويا، ما عدا الكتاب الأخير فقد تميّز بكثرة التطبيقات في شتّى موضوعات وأبواب الفقه، كما

أن المجال التطبيقي في هذه الدراسات جاء من جميع أبواب وموضوعات الفقه دون تخصيص باب معين، لا سيما أن التطبيق فيها هو من قبيل التمثيل فقط.

وعلى هذا فإنّ هذه الدّراسة تتّفق مع الدّراسات المذكورة فيما يلي:

ـ الاهتمام ببيان ماهية العرف، ومنزلته في الشريعة الإسلامية.

ـ إبراز وظائف العرف ومراعاته في التشريع الإسلامي وبيان مجالاته.

أمّا ما يميّز هذه الدراسة عن غيرها من الدّراسات السّابقة:

أوّلا: تخصيص باب العقود بالدّراسة التّطبيقية لبيان أثر العرف فيه.

ثانيا: التّعرف على أعراف المنطقة وآثارها في الفتوى، ومحاولة مقارنتها بالأعراف الحالية.

ثالثا: إبراز دور العرف ومساهمته في حل النزاعات القائمة بين أفراد المجتمع.

رابعا: الربط بين الجانب النظري للعرف وجانبه التطبيقي عند المالكية بتتبع الفروع الفقهية في كتاب الدرر، وبيان أثر تلك الفتاوى العرفية على واقعنا الحالي.

خامسا: تمييز العرف عن بعض المصطلحات المشابهة.

صعوبات البحث:

واجهت عدّة صعوبات سَعيت لتذليلها، ولعلّ أهمّها:

ـ صعوبة التّعامل مع كتاب الدرر باعتباره أحد مصادر النّوازل الفقهية الأصيلة عند المالكية لدى علماء المغرب.

ـ صعوبة فهم بعض المصطلحات الموجودة في ثنايا الكتاب نظرا لطبيعته (فقه النوازل).

الفصل التمهيدي

الفصل التّمهيدي

الإمام المازوني وكتابه الدّرر المكنونة في نوازل مازونة

أبو زكريا يحي المازوني أحد علماء المالكية، وقد حوى كتابه الدّرر المكنونة في نوازل مازونة ثروة فقهية وعلمية هائلة، إذ يُصنّف ضمن كتب الفتاوى والنّوازل التي اشتهر المغاربة بالتأليف فيها؛ حيث يعدّ من أهمّ مؤلّفات فقه النّوازل، وهو يمثّل واقعية عاشها الإمام المازوني في مجال القضاء والفتوى، وقد نال الكتاب شهرة في أوساط المحافل العلمية أثناء تلك الفترة، وللإحاطة بما ذُكر تضمّن هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: دراسة حياة الإمام أبي زكريا يحيى المازوني.

المبحث الثاني: القيمة العلمية لكتاب الدرر ومصادره.

المبحث الثالث: أسلوب المازوني في عرض نوازله ومنهج الفتوى فيها.

المبحث الأول: دراسة حياة الإمام أبي زكريا يحيى المازوني .

تعتبر الفترة التي عاش فيها الإمام أبو زكريا يحيى ـ القرن التاسع للهجرة ـ من أحفل الفترات التاريخية بالعلم والعلماء، وأزْخرِها بالمدارس والمجالس العلمية، فقد ألّفت فيها المؤلفات وتخرج فيها الطلبة، فكان منهم الفقهاء والعلماء، ولا شكّ أنّ المازوني كان من هؤلاء الطلبة الذين استفادوا من هذه النّهضة العلمية والفكرية، والتي ساهمت في تكوين شخصيّته الذّاتية والعلمية.

وللتّعرف على هذا العلم أوْرد الباحث هذا المبحث الذي تناول الحياة الشخصية والعلمية له، وذلك وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الحياة الشخصية لأبي زكريا يحيى المازوني

المطلب الثاني: الحياة العلمية لأبي زكريا يحيى المازوني

المطلب الأول: الحياة الشّخصية لأبي زكريا يحيى المازوني

الفرع الأول: اسم المازوني ونسبه ومولده وكنيته ومهنته:

1ـ اسمه: لم يختلف الذين ترجموا للإمام المازوني في تحديد اسمه فهو: يحي بن موسى بن عيسى بن يحي المغيلي المازوني، أبو زكريا[1] .

2ـ نسبه: نسبه يرتبط بقبيلة مغيلة، فيقال: المغيلي، ومغيلة بطن من بطون بني فاتن ـ نسبة إلى فاتن بن مصيب بن حريس بن زحيمك بن مادغيس الأبتر ـ وقد ذكر ابن خلدون أنّه كان منهم جمهوران، الأوّل بالمغرب الأوسط عند مصب نهر الشلف بالبحر، وإلى هذا ينتمي المازوني، والثاني بالمغرب الأقصى، وهم ينتشرون ما بين فاس وصفرون ومكناسة[2].

أما المازوني فنسبة إلى مازونة، وهي بلده وبلد أجداده من قبله، والتي تعرف بعاصمة الظّهرة، تقع بين وادي الشلف والبحر المتوسط، وهي حاليا تابعة في التقسيم الإداري لولاية غليزان، وينسب إلى تلمسان؛ لأنّه استقضي بها ودفن بها[3].

3ـ كنيته: يكنى المازوني بأبي زكريا.

---

[1]. انظر ترجمته في:

. نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتّنبكتي:أحمد بابا التّنبكتي السّوداني، أبو العباس (ت 1036 هـ)، اعتنى به: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الثانية، 2000 م، (ص637)؛ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن مخلوف: محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360هـ)، تعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 2003 م،(383/1)؛ مُعجَمُ أعلام الجزائِر مِن صَدر الإسلام حَتّى العَصر الحَاضِر لعادل نويهض، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1980م، (ص281).

[2] . تاريخ ابن خلدون: العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر لابن خلدون: أبو زيد ولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن بن خلدون الحضرمي الإشبيلي(ت808هـ)، ضبطه: خليل شحاد، راجعه: سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،1981م، (164/6).

[3]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة إلى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، 2011/2010م، (ص61).

4. مهنته: اشتغال بمهنة القضاء لسنوات طويلة، فكان جديرا بهذا المهنة.

الفرع الثاني: مولده ووفاته:

1. مولده: اتّفق كل من ترجم للإمام المازوني أنّ ولادته كانت بمازونة التي إليها ينسب، إلاّ أنّ تاريخ ولادته تحديدا لم يرد ذكره في التّراجم، لكن تقديرا كانت في بداية القرن التاسع للهجرة ما بين (800هـ ـ 805هـ)[1].

2 ـ وفاته: وافته المنية في مدينة تلمسان التي استقر بها في آخر حياته، وذلك سنة 883هـ /1478م[2]، وعلى هذا القول اتّفقت كل كتب التراجم التي تعرضت لتاريخ وفاته، فرحم الله الإمام القاضي رحمة واسعة، ورفع درجته في الآخرة كما رفعها في الدنيا.

المطلب الثاني: الحياة العلمية للمازوني.

الفرع الأول: نشأته العلمية وعوامل بروز شخصية المازوني العلمية.

1. نشأته العلمية.

ولد الإمام المازوني في مازونة وترعرع فيها؛ حيث أخذ تعليمه الأوّلي منها، قبل أن ينتقل إلى تلمسان ويدرس على كبار علمائها.

وقد اعتبرت مازونة في هذا العصر من أهمّ الحواضر العلمية في المغرب الأوسط، التي اعتنى أهلها بالعلوم الدّينية ومختلف فروعها؛ حيث كان الفقه أساسها؛ لذلك اعتبرت مدرسة فقهية، ومركزا حضاريا هامّا قائما بذاته، كان لعلمائها وقضاتها ـ بمن فيهم أبوه وجدّه ـ الدّور الكبير والبارز في تكوين شخصية المازوني، وغرس بذور العلم والفقه في أرض فكره، فنال حظّه من التربية

[1]. وهذا ما أثبتته أيضا الباحثة زهرة شرفي في دراستها لشخصية المازوني إثر تحقيق مسائل البيوع من كتاب الدرر المكمونة في نوازل مازونة، وهي رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2005/2004م.

[2]. معجم أعلام الجزائر لعادل نويهض، مرجع سابق، (ص281)؛ شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف، مرجع سابق، (383/1).

والتعليم في سنّ مبكّرة كانت سببا في تفتّق مواهبه[1]، والتي ما طال بها الزّمان حتى أنبتت الفقيه القاضي البارع المتفنّن كما وصفه المترجمون.

2 ـ عوامل بروز شخصية المازوني العلمية.

يعدّ الإمام المازوني من أكابر الفقهاء الذين أنجبتهم مدرسة تلمسان، وأحد أهم القضاة الذين تشرّفت بهم الدّولة الزّيانية؛ حيث تقلّد هذه المهنة في عنفوان شبابه، وهي الوظيفة التي لا يترشح لها إلا من كان ريّانا في علم الفقه ومقاصده، مستوعبا لمسائله.

ولا شكّ أنّ من وراء بروز هذه الشّخصية العلمية الفريدة عدّة عوامل، نجمل أهمّها فيما يلي:

ـ **الانتماء إلى أسرة علمية:** لقد ولد الإمام المازوني ونشأ في أحضان أسرة عريقة، توارث أبناؤها العلم أبا عن جدّ، فقد اشتغل أفرادها بمهنة القضاء لمدّة طويلة، فكان أبوه موسى المازوني قاضي مازونة وفقيهها، وقد تولى القضاء بعد أبيه عيسى المازوني، وكان يحيى المازوني خير خلف لخير سلف، فهو القاضي ابن القاضي ابن القاضي. ولا شكّ أنّ لهذا الانتماء الأثر الواضح في تكوين شخصية المازوني العلمية، وصقلها، وبلورتها، وتحديد معالمها.

ـ **نشأته وترعرعه في حاضرة من حواضر العلم في وقته:** وهي حاضرة مازونة.

ـ **الاستفادة من النّهضة العلمية التي شهدتْها الدّولة الزّيانية:** شهد القرن التّاسع للهجرة نهضة علمية بارزة، نشطت فيها الحركة الفكرية؛ حيث شهدت تنوّعا في المواد التّعليمية بين العقلية والنقلية، فعادت الحياة إلى حِلق العلم والدروس في المساجد والجوامع والزوايا والمدارس، فكانت بذلك أهم الحواضر العلمية في الشرق والغرب، ومَجْمَعا علميا مهمّا لفطاحل العلماء، بعد أن استقطبت الكثير من الأسماء البارزة في حقل العلم والمعرفة، وكان الإمام المازوني من هؤلاء الطلبة الوافدين على العاصمة تلمسان والمستفيدين من هذه المرافق والمزايا والتسهيلات التي خصّ بها أهل

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة لأبي زكريا يحيى المازوني، مسائل البيوع، تح: زهرة شرفي، مرجع سابق، (ص61).

العلم؛ حيث كان سلاطين الدّولة الزّيانية يغدقون على الشّيوخ والطلبة بالأموال ويجزلون لهم العطايا، فتنوعت معارف، وتطوّرت مواهبه.

ـ المكانة العلمية لمشايخه: إنّ الدّور الأساس والأهم في تكوين الطالب علميا مرتبط ارتباطا وثيقا بالشيوخ الذين أخذ عنهم العلم، و بالنظر إلى مشايخ الإمام المازوني ندرك سرّ سبقه وتفوّقه، فبعد أن أخذ العلم عن أبيه ومشايخ بلدته مازونة، انطلق إلى العاصمة تلمسان بعد أن اشتد عودُه، لينهل من علم مشايخها الفطاحلة الأعلام، الذين ذاع صيتهم في المشرق والمغرب، وقَصَدَهُم الطلابُ من كل حدب وصوب، فأخذ عنهم العلوم والفنون، وتعلّم منهم التقوى والأدب، ومن هؤلاء الشيوخ أبو الفضل القاسم بن سعيد العقباني، والإمام محمد ابن مرزوق الحفيد، و محمد بن العباس[1].

الفرع الثاني: المكانة العلمية للمازوني وثناء العلماء عليه.

لقد حظي الإمام المازوني بالتّقدير والإجلال من قبل مجتمعه، العامّ منهم والخاص، وذلك بفضل علمه الغزير، وخلقه الراقي، كما كان مستشارا ومعتمد القول عند ذوي السلطان، ويشهد له على مكانته هذه مجموع الأوصاف التي لقّبه بها أساتذته وشيوخه قبل أصحاب التّراجم، وكلّهم نَعتوه بأشرف النّعوت والصفات الدالّة على علوّ مكانته في العلم، والمعبّرة عن اعتراف النّاس له بالفضل والسّبق، ومن الشهادات نذكر:

[1]. هو: محمد بن العباس بن محمد بن عيسى العبادي الشهير بابن العباس التلمساني، من أكابر علماء تلمسان، أحد اوعية العلم بها، أخذ عنه جماعة منهم: الحافظ التّنسي، وابن مرزوق الكفيف، والشيخ السّنوسي، والونشريسي، توفي عام(871هـ)، من مؤلفاته: تحقيق المقال وتسهيل المنال في شرح لامية الأفعال، وشرح جمل الخونجي، والعروة الوثقى في تنزيه الأنبياء عن فرية الالتقاء، كما له عدة فتاوى منقولة في كتاب الدرر وفي المعيار، انظر: شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف، (381/1 . 382)؛ معجم أعلام الجزائر لعادل نويهض، مرجع سابق، (ص77)؛ نيل الابتهاج للتنبكتي، مصدر سابق، (ص547)؛ الأعلام للزركلي: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت 1396 هـ)، دار العلم للملايين، الطبعة: الخامسة عشر، 2002م، (183/6)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (121/10).

ـ ثناء الشيخ العلامة أبو الفضل القاسم بن سعيد العقباني[1]: قال عنه واصفا أخلاقه ومُظهِرا مكانته العلمية: "ولدي الأعز علي والأحب إلي فلان ـ حفظه الله ـ وكان له، وزكى قوله وعمله، مسألة إنكاح الفاسق بالجوارح وما ذكره العلماء أنتم والحمد لله، تقومون عليه وتستحضرونه أكمل حضور"[2].

ـ ثناء شيخه الإمام محمد ابن مرزوق الحفيد[3]:"...جوزيتم خيرا أيها البحر الزخار، وبقية العلماء النظار في تلكم الأصقاع والقفار، ولولا وجودكم فيها لخلت الديار، وصارت إلى ما صارت إليه جهاتها كالقفار، فجدوا فيما أنتم فيه غاية الاجتهاد، فإنه في هذا الزمان خصوصا من أفضل الجهاد. ولقد حركت أبحاثكم منا قرائح جامدة، وأيقظت من سكرة النوم والكسل هما راقدة وقالت، أبقي في أرضنا من له من مثل هذه الفوائد عائدة، أعانكم الله على ما أولاكم، وحفظكم وتولّاكم "[4].

---

[1]. هو: أبو الفضل قاسم بن سعيد العقباني التلمساني، فقيه وأصولي ومفسر، مجتهد، ولي القضاء بتلمسان، أخذ عنه محمد بن العباس، وأبو البركات النايلي، وولده القاضي أبي سالم العقباني، وحفيده القاضي محمد بن أحمد العقلاني، والإمام الونشريسي، وغيرهم توفي في عام (854 هـ). من مؤلفاته: شرح منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، وله قواعد في النحو، وتفسير سورتي الأنعام والفتح، وشرح البرهانية في أصول الدين، أمّا تاريخ ميلاده فذكر السّخاوي في الضوء اللامع أنه ولد عام (768هـ)، على خلاف المصادر الأخرى فإنها لم تذكره. انظر ترجمته في: نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي، مصدر سابق، (ص365 ـ 366)؛ الأعلام للزركلي، مصدر سابق، (176/5)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مرجع سابق، (101/8)؛ مُعجَمُ أعلام الجزائِر، مرجع سابق، (ص236 ـ 237).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات، تح: محمد رضا كريف، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران 1، 2016/2015م، (ص96).

[3]. هو: شمس الدين، أبو عبد الله، أبو الفضل محمد بن مرزوق الحفيد العجيسي التلمساني، ولد عام (766هـ)، فقيه، أصولي، محدث، مفسر، صوفي، مقرئ، لغوي، بياني، أخذ عن الشريف أبو محمد عبد الله ابن الإمام الشريف التلمساني، وسعيد العقباني، وأبو الحسن الأشهب الغماري، وعن أبيه وعمه ابني الخطيب ابن مرزوق، وعن ابن عرفة، وغيرهم، توفي في(842هـ). ،من مؤلفاته: أنوار الدراري في مكررات البخاري، المفاتيح المرزوقية في استخراج رموز الخزرجية في علمي العروض والقوافي، إيضاح المسالك في شرح ألفية ابن مالك، وغيرها. انظر ترجمته في: الأعلام للزركلي، مصدر سابق، (331/5)؛ معجم المؤلفين لكحالة، مرجع سابق،(317/8 ـ 318).

[4]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطلاق، تح: بن بشير سيد أحمد، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، 2017/2016م، (ص646).

ـ ثناء تلميذه الونشريسي[1] : "...الفقيه الشيخ القاضي، العلم العامل، المفيد المقيد الجامع الشامل الفاضل الحافل الكامل، المشار إليه في سماء المعالي بالأنامل، الصدر الأرحب، العلامة العلم الفصال، ذي الخلال السنية، وسني الخصال، شيخنا ومفيدنا وملاذنا وسيدنا ومولانا وبركة بلادنا أبي زكريا سيدي يحيى... "، ووصفه أيضا بالفقيه الفاضل[2].

ـ وقد وصفه الشيخ عبد الرحمن الجيلالي:"هو العلامة المتشرع، الفقيه الضليع والحقوقي البارع... وتولى قضاء بلدة مازونة فكان إمام المحققين، ومرجع أهل الشورى في الاحكام الشرعية وغيرها، معتمدا مذهب مالك، حاملا لواءه بالمغرب في عصره، مطلعا على دقائق المسائل، وفتاوى العلماء فيها.."[3].

ومن خلال هذه الشهادات ظهر في الغالب أن الإمام المازوني كان مرجعا لعموم الأمة بالمغرب في عصره، مجتهدا في حل النوازل والمشاكل التي تحلّ بالناس.

---

[1]. هو: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، ولد عام(834هـ)، لعالم العلامة حامل لواء المذهب على رأس المائة التاسعة، أخذ عن شيوخ تلمسان كأبي الفضل قاسم العقباني وولده القاضي أبي سالم العقباني وحفيده والإمام محمد بن العباس وابن مرزوق الكفيف وغيرهم، وتخرج به جماعة من الفقهاء كأبي عباد بن مليح اللمطي وأبي زكرياء السوسي، وعبد السميع المصمودي، وغيرهم، توفي عام(914هـ)، ألّف المعيار في اثني عشر مجلداً جمع فأوعى وأتى على كثير من فتاوى المتقدمين والمتأخرين وله تعليق على ابن الحاجب الفرعي وشرح على وثائق الفشتالي وكتاب القواعد في الفقه والفائق في الوثائق لم يكمل وغيره. انظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، مصدر سابق،(ص135)؛ شجرة النور الزكية لابن مخلوف، مصدر سابق، (397/1)؛ معجم المؤلفين لكحالة، مرجع سابق، (205/2)؛ معجم أعلام الجزائر لعادل نويهض، مرجع سابق، (ص343).

[2]. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقيا والأندلس والمغرب لأبي العباس يحيى الونشريسي(914هـ)، إشراف: محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د. ط،1981م، (464/4).

[3]. تاريخ الجزائر العام لعبد الرحمن محمد الجيلالي الحسني (1431هـ)، مكتبة الشركة الجزائرية، الجزائر، دار مكتبة الحياة، الطبعة: الثانية،1965م، (277/2).

الفرع الثالث: آثاره.

1ـ تلاميذه: إنّ الناظر في كتب التراجم لا يجد ذكرا لأسماء تلاميذه، لكن هذا لا يتفق مع مكانته العلمية التي تجعله قبلة للطلبة والمتعلمين.

لذلك فإن من الإشارات التي تدلّ على أنّه كان صاحب مجلس وتدريس ما ذكره في مقدمة" الدرر المكنونة" بقوله:"... مع ما كنت أسأل عنه أو سأله غيري، وما يقع لي مع الأصحاب في المذاكرات أو في مجالس الإقراء من إشكال في كلام ابن الحاجب أو شراحه، وفيما اعترض به بعضهم على بعض ليقع لي التحقيق في الجملة"[1]. ومما يثبت مشيخته قول الونشريسي فيه في المعيار: "وعن مثل هذا السؤال سأل صاحبنا القاضي العلامة أبو زكريا يحيى بن موسى المغيلي شيخنا وبركتنا العالم المفتي أبا الفضل القاسم العقباني عن سور مازونة حين تهدم أكثره"[2]. وبهذا يمكن إثبات مشيخة المازوني للونشريسي.

2. مؤلفاته: لم يخلف الإمام المازوني مؤلفات كثيرة كما هي عادة العلماء في وقته، وإنما كان تركيزه على مؤلف واحد سمّاه " **الدرر المكنونة في نوازل مازونة**"، وهو الكتاب الذي عنيت به الدّراسة التّطبيقية. وقد أفرغ فيه المازوني ما كان في جعبته من المعارف والعلوم، فكان هذا المؤَلّف عبارة عن موسوعة فقهية ذات شأن عظيم وقدر جليل استوعبت معظم فتاوى علماء تلمسان خاصّة، وعلماء الغرب الإسلامي عامّة، وربّما كان انشغاله الكبير بمجال القضاء سببا أو أحد الأسباب المهمة في اقتصاره على مُؤَلَّف واحد، والله أعلم.

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص133).

[2]. المعيار للونشريسي، مصدر سابق، (351/5).

المبحث الثاني: القيمة العلمية لكتاب الدّرر المكنونة ومصادره .

يصنّف كتاب "**الدرر المكنونة في نوازل مازونة**" ضمن كتب النوازل الفقهية لدى المالكية، وهو ذا منزلة وقيمة علمية فائقة نظير ما يحمله من مادّة علمية متنوعة، ومسائل محقّقة ومؤصلة من مصادر مختلفة، ولمعرفة قيمة الكتاب العلمية ومصادره جاء هذا المبحث وفق المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: القيمة العلمية لكتاب الدرر المكنونة.

المطلب الثاني: مصادر كتاب الدرر المكنونة.

المطلب الأول: قيمة الكتاب العلمية.

لقد نال كتاب" **الدرر المكنونة** " شهرة واسعة من بين كتب المالكية في عصره، كما عدّه العلماء من بين أهم الكتب، وأجلّها، وأنفعها، وهذا راجع إلى ما يحمله الكتاب من المسائل المؤصلة والمحققة، وإلى قيمة المادة العلمية المتنوعة المبثوثة في ثناياه، ويمكننا أن نبرز هذه القيمة العلمية من خلال النقاط التالية:

ـ إنّ كتاب الدّرر حفظ فقه علماء المغرب الإسلامي وأقوالهم في مختلف القضايا والمسائل.

ـ إن كتاب الدرر احتوى على مسائل وفتاوى هي لفحول السادة المالكية المتأخرين، الذين كان منهم من بلغوا درجة الاجتهاد المذهبي، كأبي عبد الله المقري والشريف التلمساني وأحمد بن إدريس البجائي، وعبد الرحمن الوغليسي، وغيرهم[1].

ـ إنّ كتاب الدرر يعتبر من أهم المصادر التي اعتمد عليها علماء التراجم في مصنفاتهم وكتبهم، فتجدهم في أحيان كثيرة ينقلون الترجمة بنصها من الكتاب مباشرة[2]، والناظر في الكتاب يقف على أسماء كثيرة برزت في ساحة القضاء والفتوى، فكان لهذا الكتاب الفضل الكبير في حفظ هذه الأسماء التي كاد الزمان أن يُنسيها.

ـ يعتبر الكتاب منطلقا هامّا لعلماء الاجتماع في دراستهم لمجتمع الغرب الإسلامي من كل جوانبه؛ لأنه صورة واضحة لفترة من أهم الفترات التي مَرَّ بها مجتمع الغرب الإسلامي، وهذا بتسليطه الضوء على مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

وممّا ينبغي ذكره هنا أن للنوازل الفقهية جانبا آخر وهو لا يقل أهمّية عن الجانب الفقهي، من حيث اعتبارها مصدرا للتأريخ الاجتماعي؛ لأنّ واقعية النوازل تستبع في حيثياتها وملابستها تصوير المحيط الاجتماعي والاقتصادي والسياسي التي تصدر فيه، وتصوِّر ألوانا من حياة المستفتين

[1]. الدرر المكنونة، مسائل الطلاق، تح: بن بشير سيد أحمد، مرجع سابق، (ص355).

[2]. من أهم المترجمين الذين اعتمدوا على كتاب " الدرر المكنونة " في الوقوف على أسماء من ترجموا لهم نجد: ابن مريم صاحب البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، والحفناوي في كتابه: تعريف الخلف برجال السلف.

والعوائد التي جرت عليها معاملاتهم في الشؤون المالية والأحوال الشخصية[1]. وقد أشار المؤلف رحمه الله تعالى في الدرر إلى هذه الأوضاع التي كان يعيشها المجتمع الزيّاني خلال القرن التاسع الهجري، خاصّة في مسائل النكاح والغصب والتّعدي، والتي لا شكّ أنّه تعرّض لكثير منها، إلا أنّه بالرغم من كل هذه الويلات والنوازل التي كانت تنزل بالرعية إلا أنها لم تفسد من طباعهم الحسنة وخصالهم الطيبة[2].

ـ كما يزخر الكتاب بمادة فقهية غزيرة، مستمدّة من الواقع، وبعيدة عن التنظير والافتراض، فيمكن لمن تقلد منصب القضاء والفتوى أن يكون سندا يرجع إليه.

ـ يعتبر كتاب المازوني من الكتب المعتمدة عند المالكي، وفي هذا يقول صاحب الطليحية:

واعتمدوا نوازل الهلالي ودره النثري الآلي

كذلك ما يعزى إلى مازونة هو المسمّى الدرر المكنونة[3].

وممن اعتمد على الكتاب الونشريسي؛ وجعله من المصادر الأساسية لمادة كتابه "المعيار المعرب"، فنقل ما احتوى عليه من فتاوى، وكذلك الإمام الحطّاب في "مواهب الجليل"[4] والشيخ

[1]. تدوين النوازل في الغرب الإسلامي لمحمد سكحال، (ص40)، من أعمال الملتقى الدّولي السّادس في المذهب المالكي، فقه النوازل في الغرب الإسلامي، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ولاية عين الدفلى، دار الثقافة، في: جمادى الأولى(1431هـ).

[2]. بغية الرواد في ذكر الملوك بني عبد الواد لابن خلدون، تح: عبد الحميد حاجيات، المكتبة الوطنية، سنة الطبع: 1980م، (ص92). يحي بن محمد بن محمد ابن خلدون، أبو زكريا، ولد في(733هـ)، مؤرخ، وهو شقيق عبد الرحمان ابن خلدون المعروف، ولد بتونس وسكن فاس، وانتقل إلى تلمسان، توفي بها عام (780هـ)، من كتبه: بغية الرواد في ذكر الملوك من بني عبد الواد. انظر: الأعلام للزركلي، مصدر سابق، (166/8)؛ معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة، مرجع سابق،(228/13).

[3]. بوطليحية لمحمد النابغة بن عمر الغلاوي، تح: يحي بن البراء، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، الطبعة: الثانية،2004م، (ص87).

[4]. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي الحطاب(954هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1992م، (354/2).

محمد عليش في "منح الجليل شرح مختصر خليل"[1]، والشيخ أبو الحسن التّسولي في "البهجة شرح التحفة"[2].

ـ كما يعتبر الكتاب ميدانا خصبا من ميادين الاجتهاد، مثل تخريج الفروع على الأصول ومنهج الفقهاء في التعامل مع النوازل.

المطلب الثاني: مصادر كتاب الدرر المكنونة.

لقد اعتمد الإمام المازوني في جمع المادة العلمية التي بثها في ثنايا مؤلفه، والتي هي عبارة عن مجموعة كبيرة من النوازل الفقهية على موارد أساسية تمثلت في:

1. ما جمعه والده القاضي موسى المغيلي: لقد جمع والد المؤلف، مادة علمية غزيرة متمثلة في أجوبة علماء عصره على مسائل ونوازل مختلفة، وكان قد عزم على ترتيبها على أبواب الفقه المعروفة ليسهل الاطلاع عليها، والاستفادة منها، إلا أن المنية قد عاجلته، فبقيت هذه المادّة العلمية بيد ولده يحي المازوني، فأوردها في كتابه الدرر، وذكر هذا حين قال: "... وقد كان اتفق لمولاي الوالد رحمه الله في مدة قضائه ما اتفق لي من الالتجاء إلى كتب الأسئلة للأئمة المعاصرين له حتى اجتمع له من أجوبتهم جملة وافرة، وكان رحمه الله عزم على ترتيبها على أبواب الفقه فاخترمته المنية قبل ذلك، فضممت ما كنت جمعته وجمعه مولاي الوالد رحمه الله... "[3].

2. ما وجد بيد بعض المتخاصمين: كان الإمام المازوني يحتفظ بكل الأجوبة التي كانت بحوزة المتخاصمين، والتي هي عبارة عن أحكام وفتاوى متعلقة بمسائل متعددة صادرة من مختلف القضاة والفقهاء، فكان يرجع إليها في أحكامه وفتاويه، ثم لما عزم على تأليف كتابه أورد فيه هذه

---

[1]. منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي(1299هـ)، دار الفكر، بيروت، 1984م، (423/7)، (352/8).

[2]. البهجة شرح التحفة لعلي عبد السلام بن علي أبو الحسن التّسولي(1258هـ)،تح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1998م، (127/1. 228)، (130/2 ـ 131،141).

[3]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص134).

المسائل، وصرّح بصنيعه هذا حين قال: "... فضممت ما كنت جمعته وجمعه مولاي الوالد رحمه الله وما وجدته بيد بعض الخصوم... "[1].

3. ما وجد بحوزة بعض القضاة: كان الإمام المازوني في تواصل مستمر نع مختلف القضاة والمفتين في وقته، يأخذ منهم، ويتعلّم من تجربتهم وخبرتهم، وقد كان هؤلاء أيضا يجمعون الفتاوى والاجوبة، فلما عزم على تأليف كتابه "الدرر" أخذ ما كان اجتمع لهؤلاء القضاة والفقهاء، وضمّه إلى كتابه، إلى جانب ما وجده عند أبيه وبعض المتخاصمين، وقد قال في مقدمته:"... فضممت ما كنت جمعته وجمعه مولاي الوالد رحمه الله وما وجدته بيد بعض الخصوم وبيد بعض قضاة وطننا من أجوبة المتأخرين المتضمنة مسائل العبادات ومسائل العادات... "[2].

4. **ما اجتمع عنده من علم ومعرفة من فتاوى الأعلام المعاصرين له:** ولقد صرّح في مقدمة كتابه بأنه اعتمد كثيرا على هذه المادة العلمية الغزيرة المتنوعة في تأليف كتابه هذا حيث قال: " فضممت ما كنت جمعته...مع ما كنت أُسأل عنه أو أسأله غيري مما يقع لي مع الأصحاب في المذاكرات وفي مجالس الإقراء من إشكال في كلام ابن الحاجب، وفيما اعترض به بعضُهم على بعض، ليقع لي التحقيق في المسألة، وأَضَفْتُ إلى ذلك ما كنت تلقيته من أشياخي من بنات فكرهم، أو نقل غريب عن غيرهم، يتشوف الطالب إليه، وتنشرح نفسه عند الاطلاع عليه..."[3].

وقوله:" واقتصرت في جميع ذلك على أجوبة المتأخرين من علماء تونس وبجاية والجزائر وأشياخنا التّلمسانيّين؛ كشيخي ومفيدي شيخ الإسلام، علم الأعلام، العارف بالقواعد والمباني، سيدي أبي الفضل قاسم العقباني، وشيخي الإمام الحافظ بقية النظار...سيدي أبي عبد الله محمد بن مرزوق،

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، مرجع سابق، (ص134).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص134).

[3]. مرجع نفسه، (ص134).

وشيخي الإمام...سيدي أبي عبد الله محمد بن العباس، وغيرهم من أشياخنا وأصحابنا من أهل وطننا"[1].

5. جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام: للإمام البرزلي، أبو القاسم بن أحمد البلوي القيرواني(ت841هـ)، وهو من المصادر الأساسية التي اعتمدها المازوني في جمع نوازل علماء إفريقية، منهم الإمام السكوني، وأبو عبد الله بن عرفة[2].

والمتتبّع لكتاب الدرر يجد أن الإمام المازوني كان يعتمد في تعليقاته على فتاوى المشايخ الذين نقل عنهم والمسائل التي كان يثيرها على عدّة مصادر منها:

ـ المدوّنة الكبرى: للإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي، وهي رواية سُحنون بن سعيد التّنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العتقي، وأصلها الأسدية التي تنسب إلى أسد بن الفرات، رواها عن ابن القاسم، ثم جاء بعده سُحنون فأضاف عليها، ورتب بعض أبوابها.

ـ العتبية: وتسمى أبضا المستخرجة للشّيخ محمد العتبي، وقد جمعها من سماع ابن القاسم، وأشهب، وابن نافع عن الإمام مالك، وما سمعه من أصبغ، وسحنون، وغيرهما عن ابن القاسم، وهي مطبوعة ضمن كتاب البيان والتحصيل لابن رشد الجد[3].

ـ البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل: لأبي الوليد ابن رشد الجد، وهو كتاب حافل، من أمهات الكتب في الفقه المالكي، قال المؤلف في مقدمته: "ومن جمعه إلى كتابي

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص134 ـ135).

[2]. الدرر المكنونة، مسائل الطلاق، تح: بن بشير سيد أحمد، مرجع سابق، (317/1).

[3]. اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد إبراهيم أحمد علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتّحدة، دبي، الطبعة الأولى: 2000م، (ص121 ـ 122)؛ دليل السّالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك لحمدي عبد المنعم شلبي، مكتبة ابن سينا، القاهرة، (ص84).

المقدمات حصّل ما لا يسع جهله من أصول الديانات، وأحكم رد الفرع إلى أصله، وحصل على درجة من يجب تقليده"[1].

ـ **جامع الأمّهات**: لابن الحاجب، و يسمى هذا الكتاب أيضا "المختصر الفرعي"، واعتمده أهل إفريقية، وأكثر أهل الأمصار[2]، و يعتبر هذا الكتاب أهم المصادر التي كان يعتمد عليها المازوني، وذلك من خلال كثرة نقوله عنه.

ـ **التّلقين في الفقه المالكي**: للقاضي عبد الوهاب البغدادي.

ـ **المعونة على مذهب عالم المدينة**: للقاضي عبد الوهاب.

ـ **مختصر خليل**: من أنفس وأعظم كتب المذهب المالكي منذ القرن الثامن للهجرة، نال هذا المختصر اهتماما بليغا من العلماء، فأقبلوا عليه شرحا وتعليقا[3].

ـ **المختصر الفقهي**: لابن عرفة.

[1]. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(ت560)، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1988م، (32/1).

[2]. دليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك لحمدي عبد المنعم شلبي، مرجع سابق، (ص87).

[3]. مرجع نفسه، (ص88 ـ 89)؛ اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد إبراهيم أحمد علي، مرجع سابق، (559 ـ 560).

المبحث الثالث: أسلوب المازوني في عرض نوازله ومنهج الفتوى فيها.

لقد استطاع الإمام المازوني أن يجمع في كتابه الدرر جملة وافرة من أجوبة وفتاوى العلماء المتأخّرين من عدّة مناطق كتلمسان والجزائر وتونس؛ حيث اتّبع عند تأليفه طريقة العلماء وعادتهم، فصدّر كتابه بمقدمة تحدد معالم الكتاب ومنهجه، مع ذكر عنوانه ومصادره، أمّا عن طريقة عرضه للنّوازل والمنهج المتّبع في الفتوى، فقد تضمّنها هذا المبحث، وذلك وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أسلوب المازوني في عرض نوازله.

المطلب الثاني: منهج الفتوى في نوازل المازوني.

المطلب الأول: أسلوب المازوني في عرض نوازله

من خلال التتبع لنوازل المازوني يظهر أنّه اعتمد في عرض تلك النّوازل على الطّريقة الآتية:

1ـ تقسيم المسائل والنوازل وفق أبواب الفقه، بدء من أحكام الطهارة والعبادات إلى الأنكحة والطّلاق إلى البيوع والشّركات وغير ذلك، وهذا ما جرت عليه عادة المؤلّفين في الفقه.

2ـ عرض المسألة بنصّها كاملة كما جاءت من السائل أو المستفتي، مع ذكر مكانها وتاريخها في بعض الأحيان[1]، ثم يعقبها نص الجواب، ومرات يكون هو السائل[2]، إما عن طريق المشافهة أو عن طريق المراسلة، وفي بعض الأحيان ينقل المادة العلمية على شكل مناظرات علمية مفيدة بين العلماء، كمناظرة الإمام العقباني كمناظرة الإمام العقباني والإمام القباب[3] حول مسألة تجّار البزّ[4] مع الحاكَّة، وفي بعض الأحيان لا يذكر نصّ السّؤال، وإنّما يُفهم من الجواب، وذلك في مواضع كثيرة.

3ـ التّصريح باسم القاضي أو العالم المُستفتى في المسألة، كأن يقول مثلا: وسئل شيخنا وسيدنا أبو الفضل العقباني، أو وسئل الإمام الحافظ سيدي محمد بن مرزوق، وهكذا، وهذا هو الغالب في كتابه، وأحيانا يكتفي بالإشارة، كأن يقول: وسئل بعض علماء وطننا.

---

[1]. كفتوى ابن مرزوق الحفيد: تقرير الدليل الواضح المعلومة على جواز النسخ في كاغد الروم، انظر: الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح ماحي قندوز، (ص203).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات، تح: محمد رضا كريف، مرجع سابق، (ص86).

[3]. أحمد بن قاسم بن عبد الرحمان أبو العباس: عرف بالقباب، الإمام الحافظ العلامة الصالح الزاهد، تولى الفتيا بفاس. أخذ عن القاضي الفشتالي، والبسطي، وأبي الحسن بن فرحون المدني، وأخذ عنه الإمام الشاطبي، وأبو حفص عمر الرجراجي، وابن الخطيب القسنطيني، توفي سنة (779هـ)، من مؤلفاته: شرح قواعد عياض، واختصار إحكام النظر لابن القطان، وشرح على بيوع ابن جماعة. انظر: نيل الابتهاج، مصدر سابق، (ص102 . 103)؛ شجرة النور لمحمد بن مخلوف، مصدر سابق، (338/1)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مرجع سابق، (49/2)

[4]. البز: نوع من الثياب، أو أمتعة البيت خاصة، أو أمتعة التاجر من الثياب. انظر: لسان العرب لمحمد بن المكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الريفعي الإفريقي (711هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1414هـ، (311/5).

4- التعقيب على الأجوبة التي ينقلها عن غيره في بعض المسائل، بالإضافة أنه في بعض الأحيان يورد أجوبة متعددة لمجموعة من العلماء في المسألة الواحدة.

ويرى الباحث أن التعرف على أسلوب المازوني في عرضه للنوازل من العوامل التي تسهل على القارئ فهم مضمون الكتاب واستيعابه.

المطلب الثاني: منهج الفتوى في نوازل المازوني

إنّ الناظر للفتاوى التي نقلها المازوني في نوازله يجد أن المنهج الغالب في الإفتاء يعتمد على أصول المذهب المالكي بنسبة كبيرة؛ حيث أن معظم الفتاوى هي تخريجات على أصول المذهب وفروعه.

ومن المِلاحِظ كذلك اعتماد الاجتهاد الجماعي الذي تجسّد في المناظرات والاستشارات والمراسلات بين الفقهاء، وكذلك استخدام المناقشة والمقارنة والتحليل لإقناع المستفتي، مع الاكتفاء بالاختصار وعدم الإطالة في الجواب، وكذلك مما عجّت به النوازل المازونية توظيف القواعد الأصولية، والمقاصدية، والفقهية.

فهذه الملاحظ العامة على المنهج المتّبع في الفتوى في نوازل المازوني، وبالتتبع والاستقراء ظهر للباحث أن المنهج المتّبع في الفتوى في النوازل المازونية روعي فيه ثلاث جوانب أساسية: الجانب الأخلاقي، والجانب المنهجي، والجانب الاستدلالي.

أولا: الجانب الأخلاقي: ويظهر الجانب الأخلاقي جليا في نوازل المازوني من خلال الأدب مع الله وشرعه ونسبة العلم لله تعالى، ومن الشواهد على ذلك في نوازل المازوني: الثناء على الله وحمده عند افتتاح الفتوى وبين ثنايا الأجوبة، وقوله في آخر الفتوى عبارة " والله أعلم".

ومن مظاهر هذا الجانب عدم التجرّؤ على الفتوى تحصيلا لمقام الورع، وهذا دأب العارفين بالله والعلماء الربانيين، جاء في الدرر: "لجأت إلى كتب الأسئلة فيما يشكل علي من نوازل الأحكام، متطلبا جوابها من الأئمة الأعلام، المتعرضين للفتوى بين الأنام، متخوفا ممن قاله عليه

الصلاة والسلام في القضاة الثلاثة الحكام، واجتهدت في ذلك ـ علم الله ـ جهدي، ولم أتجاسر على تنفيذ حكم في قضية فيها احتمال وحدي، حتى أكون على بصيرة من ذلك، كي لا أهلك مع كل هالك"[1]. وكقول المازوني عندما شكّ في حليّة أجرة القضاء لما استفتى شيخه العقباني:" أنني لما تولّيت قضاء تنس وجدت مرتّب قاضيها يؤخذ من الباب[2]، فحار أمري، ذلك إن أنا أخذته أخذت ما لا يليق وإن أنا تركته تعلم أن قائد البلد يأخذه، فصرت أجود به على الضعفاء... فأحبّ من سيدي يبحث لي على وجه يتوصل به إلى حلية ذلك إن أمكن..."[3].

ومن مظاهر هذا الجانب كذلك التأدب مع العلم والعلماء والدعاء لهم، كقوله في الثناء على العلماء واحترامهم: "وأصحابنا من أهل وطننا، فرحم الله من فني، وأدام النفع بمن بقي"[4]؛ فمعاقد الأدب في نوازل المازوني منثورة، لأن المقام يتطلب ذلك، كيف لا والمفتي هو مبلّغ عن الله تعالى.

ثانيا: الجانب المنهجي: يظهر الجانب المنهجي المتبع في الفتوى في حسن التصور للنازلة، ودقة التكييف، ليليها إصدار الحكم الذي اعتمد على رؤية منهجية واضحة.

والنّاظر في نوازل المازوني يجد اهتماما ملفتا في تصور النازلة؛ إذ أن غالب تلك الفتاوى كانت مرتبطة بعلماء المنطقة لمعرفتهم بخصوصية واقعهم وإحاطتهم بملابسات المسائل والقضايا، ويُجسّد هذا المعنى في قول الإمام المازوني رحمه الله في الدرر:" واقتصرت في جميع ذلك على أجوبة المتأخرين من علماء تونس والجزائر وأشياخنا التّلمسانيّين ... وغيرهم من أشياخنا وأصحابنا من

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة إلى النزاع بين طلبة غرناطة، تح: بركات إسماعيل، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009 /2010م، (ص224).

[2]. أي: الأموال التي تؤخذ من المتخاصمين؛ وقد كانت أجرة القاضي من هذه الأموال.

[3]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: زهرة شرفي، مسائل البيوع مرجع سابق، (ص74).

[4]. الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل النزاع بين طلبة غرناطة، تح: بركات إسماعيل، مرجع سابق، (223 . 224).

أهل وطننا، رحم الله من فني و أدام النفع بمن بقي "[1]. فكان الاعتماد على المشايخ المتأخرين من أهل البلد لقربهم الزّماني والمكاني من النّازلة.

وممّا يؤكد حسن تصور المسألة كذلك، واقعية السّؤال الذي هو منهج الصّحابة رضوان الله عليهم، وقد سلك فقهاء المالكية هذا المسلك القويم، فكان من خصائص الفتوى عند المالكية معايشتها ومسايرتها للقضايا الاجتماعية والسياسية، وارتباطها الوثيق بالواقع، فكانت أجوبتهم عن مسائل واقعة متصورة الحدوث، معقولة الماهية، اقتداء بالإمام مالك رحمه الله، إذ حرص على الابتعاد عن كل ما ليس تحته عمل، يقول الإمام مالك رحمه الله: "الكلام في الدين أكرهه، ولم يزل أهل بلدنا يكرهونه وينهون عنه نحو الكلام في رأي جهم والقدر، وكل ما أشبه ذلك، ولا أحب الكلام إلاّ في ما تحته عمل، فأما الكلام في دين الله وفي الله عز وجل فالسكوت أحب إليَّ؛ لأني رأيت أهل بلدنا ينهون عن الكلام في دين الله إلا في ما تحته عمل"[2]. وعلّق ابن عبد البر على كلام الإمام مالك بقوله: "والذي قاله مالك ـ رحمه الله ـ عليه جماعة الفقهاء والعلماء قديماً وحديثاً من أهل الحديث والفتوى... إلا أن يضطر أحد إلى الكلام فلا يسعه السكوت إذا طمع بردّ الباطل وصرف صاحبه عن مذهبه أو خشي ضلال عامة أو نحو هذا"[3]، لذلك ابتعد أهل الفتوى عن الافتراضات والتقديرات، وكانوا لا يفتون إلا فيما نزل و وقع من القضايا متفائلين أن الله تعالى يوفقهم للجواب عند نزول الحادثة اقتداء بإمام مذهبهم، إذْ كان لا يجيب إلا فيما يقع، لذلك، كانت الفتاوى مرتبطةً بالواقع ارتباطاً وثيقاً تجيب عن قضايا الإنسان في مختلف المجالات سواء في معتقداته وسلوكه ومعاملاته[4].

[1]. الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل النزاع بين طلبة غرناطة، تح: بركات إسماعيل ،مرجع سابق، (ص226).

[2]. جامع بيان العلم وفضله ليوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي(463هـ)، تح: أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة: الأولى، 1994م، (2/ 116).

[3]. مصدر نفسه، (2/ 116).

[4]. مالك حياته وعصره أراؤه وفقهه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، (ص42).

والمتأمّل في كتاب الدرر كثيرا ما يجد ويصادف مسألة وقعت لطلبة كذا أو بأرض كذا...وهذا يدل على واقعية السؤال لا افتراضيّته، مثل مسألة إمامة أحد الطلبة لشيخه[1] ومسالة النزاع بين طلبة غرناطة في قراءة القرءان[2].

وبعد تصوّر المسألة تصورا صحيحا، تأتي مرحلة التكييف الذي يعنى به: تحديد الأصل الذي تنتمي إليه المسألة أو تتضمنه مع تحرير محل النزاع وتحرير مراجع البحث، ويكون هذا بالاعتماد على العلم بالقواعد والأصول، والعلم بالمسائل الفقهية وأقوال الفقهاء، وكلاهما يساهمان في إعطاء تكييف حسن ولائق للنازلة، فيسهل بذلك إناطة الحكم المناسب لها، ومن ذلك فتوى الحافظ أبي عبد الله ابن مرزوق عن الكاغد الرومي في حصره للنصوص التي يمكن استخراج حكم الكاغد[3]، وفتوى ابن الفخار عن رجل حلف لزوجته أو غيرها على تفاحة لتأكلنها، فوقعت في كيس وانبهمت؟ فذكر في الجواب نظائرها[4].

ثم تأتي مرحلة الأخيرة وهي مرحلة إصدار الحكم، فبعد تصوّر المسألة وفهمها فهما دقيقا، بعيدا عن الملابسات والأوصاف المطردة، وبعد تكييفها بإدراجها تحت أصولها الشرعية وإلحاقها بالباب الذي يحتويها، تأتي مرحلة إصدار حكم المسألة.

3ـ الجانب الاستدلالي

يعتبر التّدليل للفتوى هو لبّ وروح الفتوى، لذلك جاءت فتاوى فقهاء المذهب من خلال نوازل المازوني مكتملة باشتمالها على الأدلة الشرعية، مع ربط الأحكام بعللها وبمقاصدها، ولأن التدليل أعم من أن يكون نصوصا شرعية، بل يتعداها لأصول الشرع وقواعده العامة، فإن نوازل المازوني اتّسمت بـ: تنوّع الأدلة وتعددها من حيث توظيفها وإعمالها، فقد اعتبرت النصوص

[1]. الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل النزاع بين طلبة غرناطة، تح: بركات إسماعيل، مرجع سابق، (ص43).
[2]. مرجع نفسه، (ص432).
[3]. مرجع نفسه، (ص289 . 290).
[4]. مرجع نفسه، (ص284).

الشرعية، والإجماع، والقياس[1]، والأدلة التبعية[2]، واعتبرت كذلك القواعد المقاصدية[3]والأصولية[4] والفقهية[5] ، واعتمِد مسلك التخريج[6]؛ وهو أن ينظر المجتهد في مسألة غير منصوص عليها نازلة أو أو حادثة مستجدة فيقيسها على مسألة منصوص عليها في المذهب، مع مراعاة ضوابط التخريج[7]. كما اعتبر كذلك أصل ما جرى به العمل[8].

---

[1]. من مواطن الاستدلال به في الدرر نذكر: قوله: "وصح قياس الكاغد على الرق بجامع كل منهما مصنوع للكفار، ومما تناولته أيديهم"، وقوله:" فقياس الكاغد عليه على القول بطهارته من قياس المساواة، وقياسه عليه على القول بنجاسته من قياس أحرى، ولا يخفى عليك تقريره". الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة تح: ماحي قندوز، (ص249) و(ص240).

[2]. سد الذريعة والعرف والاستصحاب. انظر:الدرر المكنونة، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات، تح: كريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص222 ـ 223) و(ص203 ـ 204)؛ الدرر المكنونة، تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص250)؛ الدرر المكنونة، مسائل البيوع، تح: زهرة شرقي، مرجع سابق، (ص331).

[3]. كقاعدة يرتكب أخف الضررين وأهون الشرّين وقاعدة اعتبار المآلات وقاعدة: أن درء المفاسد بالإطلاق أولى من جلب المصالح بالإطلاق انظر: الدرر المكنونة، مسائل الجهاد والأيمان، تح: قموح فريد، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة 2010 ـ 2011م، (ص175) و(ص162 ـ163).

[4]. كقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب؛ حيث ذكرها القاضي في مسألة فرضية قراءة الفاتحة وسنّية السر والجهر، ومسألة الجنب لا يجد الماء إلا في المسجد. انظر: الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة تح: ماحي قندوز، مرجع سابق، (ص387) و(ص329). وكقاعدة: "ترك الاستفصال في حكايات الأحوال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال". انظر: الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل النزاع بين طلبة غرناطة ،تح :بركات إسماعيل، مرجع سابق، (ص303).

[5]. كقاعدة: "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ حيث ذكرها المازوني في من حلف بالطلاق ألا يفطر على حار ولا بارد. انظر: الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، (ص507).

[6]. كما في مسألة نيابة غسل الجمعة عن الوضوء. انظر: الدرر المكنونة، مسائل الطهارة حتى مسائل الضحايا والعقيقة، تح: ماحي قندوز، (ص344).

[7]. أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي لرياض محمد، دار النجاح، الدار البيضاء، المملكة المغربية، الطبعة: الأولى، 1997م، (ص577).

[8]. إن العمل هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، مراعاة لمصلحة الأمّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، فقد يعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور لسبب من الأسباب، كدرء مفسدة أو خوف فتنة أو جريان عرف أو تحقيق مصلحة أو نحو ذلك، فيأتي مَنْ بعدَهُ ويقتدي به، حتى إذا زال الموجب الذي كان سبباً لقيام العمل عاد الحكم للمشهور. انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب لعمر بن عبد الكريم الجيدي، المحمدية ،المغرب، مطبعة فضالة، (ص 342). وقد ورد هذا الأصل في الدرر في جواب سيدي موسى بن

عمر في مسألة بيع الكافل على مكفوله أن الخلاف فيها على أربعة أقوال، المنع مطلقا، والجواز مطلقا، والجواز في بلد لا سلطان فيه وقيل بالجواز في اليسير لا في الكثير، قال بعض الشيوخ: وبه جرى العمل. انظر: الدرر المكنونة، مسائل البيوع، تح: زهرة شرفي، مرجع سابق، (ص303).

الفصل الأول

الفصل الأول

العرف ومراعاته في الفتوى والأحكام الشرعية

إنّ الأحكام الشّرعية العملية التي عليها مدار التّكليف، انطلق الفقهاء في استنباطها من أصولها، وهذه الأصول منها المتّفق عليها في الجملة وهي: الكتاب والسّنة والإجماع والقياس، ومنها المختلف فيه، كالاستصحاب والاستحسان وعمل أهل المدينة والعرف...الخ، ومن محاسن الشّريعة أنّها جاءت متكاملة في أصولها وفروعها، مراعية مصالح المكلّفين في الدّارين، ومن المصالح التي راعتها الشريعة عند وضعها للأحكام أعراف الناس وعوائدهم؛ كي لا يقع النّاس في العنت والمشقة والحرج؛ خاصة وأن الأعراف لها سلطان على النفوس متى استحكمت صارت ملزمة لهم وصاروا خاضعين لها.

ولبيان ماهية العرف وحجّيته وشروط اعتباره وقواعده ومدى مراعاته في الفتوى والأحكام الشرعية أورد الباحث هذا الفصل النظري الذي تضمّن أربعة مباحث هي كالآتي:

المبحث الأوّل: ماهية العرف ـ أقسامه ـ بعض المصطلحات المشابهة له.

المبحث الثاني: حجّية العرف وشروط اعتباره وأهمّ إشكالاته المطروحة.

المبحث الثالث: قواعد العرف ومجالات توظيفه.

المبحث الرابع: مراعاة العرف في الفتوى والأحكام الشّرعية.

المبحث الأول: مفهوم العرف ـ أقسامه ـ تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له.

تناول هذا المبحث مفهوم العرف، وأقسامه، وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له؛ وذلك وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: أقسام العرف.

المطلب الثالث: تمييز العرف عن بعض المصطلحات المشابهة له.

المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحا.

تناول هذا المطلب المعنى اللّغوي والاصطلاحي للعرف.

الفرع الأول: العرف في اللغة.

عرف: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة[1].

وعَرِفَه يعرِفه بكسر الراء (معرفة) و(عرفانا) بالكسر. و(العرف) ضد (النكر) يقال: أولاه عُرفا أي معروفا، والعرف هو أيضا من الاعتراف، والعرف كذلك عرف الفرس، **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ **وَالْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا** ﴾ **المرسلات [1]**[2].

والمعروف والعرف الجود وقيل هو اسم ما تبذله وتسديه، قال الشاعر:

إن ابن زيد لا زال مستعملا للخير يفشي في مصره العرفا[3].

والمعروف كالعرف،**قَالَ تَعَالَى:** ﴿ **وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا** ﴾ **لقمان [14].** أي مصاحبا معروفا. قال الزجاج: "المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال"[4]. وعليه فالعرف لغة هو: ما تعارفه النّاس وسكنوا إليه واطمأنّت نفوسهم وتتابعوا على فعله من المحسنات وكرم المعاني.

---

[1]. معجم مقاييس اللغة لابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي(395هـ)، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر:1979م، (281/4).

[2]. مختار الصحاح لزيد الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي(666هـ)، تح: يوسف الشّيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النّموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1999م، (ص206).

[3]. البيت من البحر المنسرح بلا نسبة.انظر: المعجم المفصل في شواهد العربية لإميل بديع يعقوب، دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى، 1996م، (8/5).

[4]. لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (239/9).

الفرع الثاني: العرف في الاصطلاح.

تعددت تعاريف 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 أضاف تقييده بالصحيح منه دون الفاسد. ومن هذه التعريفات نذكر:

1ـ تعريف الإمام النّسفي: "العادة و العرف: ما استقرّ في النّفوس من جهة العقول، وتلقته الطّباع السّليمة بالقبول"[1]. والمراد بهذا التّعريف هو الأمر الذي اطمأنّت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذّوق السّليم في الجماعة، وإنّما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشّائع المتكرر الصّادر عن الميل والرغبة[2].

[1]. كشف الأسرار شرح المصنف على المنار لحافظ الدين النسفي(ت710)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المنار، الطبعة: الأولى،1986م، (593/2). وهذا التعريف تتابع العلماء والباحثون على نقله والاعتماد عليه من كل المذاهب الفقهية كالإمام الجرجاني في كتابه التعريفات. انظر: كتاب التعريفات للجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشّريف الجرجاني (ت 816هـ)، تح: ضبطه وصححه جماعة من العلماء ،دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1983م، (ص149). والذي يقال عن تعريف النسفي أنه جعل العرف والعادة بمعنى واحد ولم يفرّق بينهما، في حين أن العادة أعم من العرف على رأي من قال بهذا، إضافة أنّه يفهم من سياق تعريفه أنه أخرج العرف الفاسد.

[2]. العرف و العادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي لأحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، مصر،1947م، مرجع سابق، (ص8 ـ 9).

2ـ تعريف الإمام ابن عطية : "كل ما عرفته النفوس مما لا تردّه الشريعة"[1]. أي أن الإمام بن عطية يقيّد العرف بالمعتبر شرعا دون غيره مهما كان مستحسنا، ويعرّفه الإمام ابن ظفر الصقلي:" ما عرفت العقلاء أنّه حسن وأقرّهم الشّارع عليه "[2].

ونجد بعض الفقهاء يشيرون في التعريف إلى أقسام العرف وشروطه، مثل تعريف الشيخ عبد الوهاب خلاف:

3ـ "العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ويسمّى العادة"[3].

4ـ تعريف الشيخ محمد أبو زهرة:" ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم"[4].

ويبدو أن هذا التعريف قصر العرف في المعاملات دون غيرها.

أمّا الشيخ وهبة الزحيلي فعرّفه بأنّه:

5ـ " 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، أو بمعنى العادة الجماعية"[5].

ويبدو أنّ هذه التعريفات متفاوتة؛ فبعضها اشترط ما لا يشترطه الآخر؛ فكانت غير جامعة؛ لأنّها كلها تدلّ في الغالب على أن العرف لابد فيه من اعتياد النّاس كلّهم؛ حيث جاء في التعريفات:(وما استقر في النفوس)، (وما تعارفه الناس)، و(ما اعتاده الناس)، والجمع المعرف

---

[1]. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت542هـ)،تح: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1422هـ، (491/2).

[2]. نقلا عن محمد يحي الولّاتي: نيل السول على مرتقى الوصول، تح: محمد عبد الله محمد يحي الولاتي، طبع دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، الطبعة: الأولى، 1992م،(ص198).

[3]. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف(1375هـ)، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم، (ص89).

[4]. أصول الفقه لمحمد أبو زهرة(1394هـ)، دار الفكر العربي، مصر، 1958م، (ص273).

[5]. أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزّحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى،1986م، (828/2).

(بأل) يفيد العموم، وليس الأمر كذلك إذ يكفي في إثبات العرف اعتياد الأكثرية، وبعض العلماء سوّى في التعريف بين العرف والعادة، مع أن البعض فرّق بينهما، وبعضهم قد قصر العرف على المعاملات، وهذا غير مسلّم؛ لأن العرف وإن كان غالباً في المعاملات فإنّه يكون في وسائل العبادات والعادات.

وفي الأخير نخلص أن العرف: هو كل قول أو معنى أو فعل استقرّت عليه النفوس وشهدت له العقول، وتلقته الطّبائع السّليمة بالقبول بين جميع الناس، أو غالبهم، في جميع البلاد أو بعضها، مما لا تردّه الشريعة وأقرتهم عليه[1]. وهذا التعريف قريب من تعريف الإمام النسفي السّابق.

ومنه تبيّن أنّ العرف عند فقهاء الشّريعة مبنيّ على أركان لا بدّ من توفرها تتمثل في:

1. استقرار العرف في النّفوس.

2. تلقّي الطّباع السليمة بالقبول.

3. عدم رد الشّارع له.

المطلب الثاني: أقسام العرف.

ينقسم العرف إلى عدة أقسام بعدة اعتبارات؛ فينقسم من حيث شيوعه إلى عرف عام وخاص؛ وينقسم من حيث سببه إلى عرف قولي وفعلي؛ وينقسم من حيث موافقته لقواعد الشرع ونصوصه إلى عرف صحيح وفاسد ... وهذه التقسيمات تضمّنتها الفروع الآتية:

الفرع الأول: العرف العام والعرف الخاص.

[1]. أثر العرف في الفرق ومتعلّقاتها من أحكام فقه الأسرة، إلهام عبد الرحمن باجنيد، رسالة ماجستير جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2003م، (ص37).

الفرع الثاني: العرف القولي والعرف العملي.

الفرع الثالث: العرف الصّحيح والعرف الفاسد.

الفرع الرابع: العرف الثّابت والعرف المتبدّل.

الفرع الأول: العرف العام والخاصّ.

ينقسم العرف باعتبار شيوعه إلى عرف عام وخاص.

أ ـ العرف العام: هو الأمر المتعارف عليه بين جميع الناس أو أغلبهم[1]. أو هو ما شاع بين الناس واستمرّ بينهم حتّى أصبح عاما حيث تعارفه عامّة الناس. وعرّفه ابن فرحون بأنّه: " غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد"[2]. وعرّفه ابن عابدين ـ رحمه الله ـ بقوله: "هو ما تعارفه عامة أهل البلاد سواء كان قديما أو حديثا "[3].

و(ال) في كلمة (البلاد) للعهد، والمعهود هو البلاد الإسلامية؛ لأنّ غيرها غير مبحوث عن أحكامه ولا معوّل عليه، والمراد بقوله (قديما): أي عصر الرسالة والاجتهاد، وقوله(حديثا):أي عصر التقليد[4].

والعرف العام يضمّ كثيرا من الأعراف الجارية بين النّاس اليوم كبيع المعاطاة، وتأجيل بعض المهر، وكتعارف النّاس على عقد الاستصناع، وإطلاق لفظ الدابّة على ذوات الأربع[1].

---

[1]. العرف و أثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1986م، (ص107).

[2]. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري(799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى،1986م، (67/2).

[3]. مجموعة رسائل ابن عابدين لمحمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي (1252هـ)، (125/2).

[4]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص19).

ب ـ العرف الخاص: من خلال تعريف العرف العام يمكن تعريف العرف الخاص بأنّه: كلّ أمر لم يكتسب صفة العموم، وإنما عرف في وسط جماعة ما، ولم يتعارفه عامّة الناس، أو هو ما تعارفه أهل بلدة أو حرفة أو دين[2]، قال القرافي: "وقد تكون (أي غلبة العادة) خاصّة ببعض الفرق كالآذان للمسلمين و الناقوس للنصارى"[3].

وقال ابن نجيم ـ رحمه الله ـ:" والعرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحّاة، والفرق والجمع والنقض للنظّار"[4].

وهذا النّوع من العرف له صور كثيرة لا تعدّ ولا تحصى، وهو متجدّد لأنّه يدور مع مصالح الناس تسهيلا لأمورهم ورفعا للحرج عنهم.

ومن أمثلته: اصطلاح الرفع عند النحاة، والمصطلحات الخاصة بكل فنّ أو علم؛ كالمصطلحات الفقهيّة[5]، وإشارات المرور في الطرقات.

---

[1]. أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، مرجع سابق،(ص274)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع نفسه، (ص19) ؛ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة: الثانية، 2004م، (ص878).

[2]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، (ص99)، العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص19).

[3]. شرح تنقيح الفصول للقرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، تح: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1973 م ،(ص448).

[4]. الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم: زين الدّين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري(970هـ)، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1999م، (ص79) ؛ شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، (ص44).

[5]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي، (ص99)؛ الموسوعة الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت(57/30)؛ الأجزاء من 1 ـ2 ـ3:الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، الأجزاء 24 ـ 38 من :الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الأجزاء من39 ـ45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة: الطبع من 1404 ـ 1427هـ.

الفرع الثاني: العرف القولي والعرف الفعلي

ينقسم العرف باعتباره سببه إلى عرف قولي وعرف فعلي:

أ ـ العرف القولي(اللّفظي): هو اللفظ الذي يشاع عند القوم على إطلاقه و استعماله في غير معناه اللغوي، يراد به غير مدلوله[1]، أي يراد به المعنى العرفي دون الأصلي كإطلاق الولد على الذكر دون الأنثى. فالعرف القولي أن يغلب إطلاق لفظ و استعماله في معنى حتّى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أنّ اللّغة لا تقتضيه[2]، و هو الحقيقة العرفية[3].ومثاله: كإطلاقهم لفظ اللحم على غير السّمك مع أن اللّغة والقرآن لم يمنعا ذلك، **قَالَ تَعَالَى:**

﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَاكُلُواْ مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ **النحل [14]** ، أو أن يكون للفظ عدة معان في اللغة ثم يقصر استعمال الناس على معنى واحد من هذه المعاني دون غيرها، كإطلاق الولد على الذكر، وإن كان لغة شاملا للذكر والأنثى، وقد ورد هذا في القرءان الكريم، **قال الله تعالى:**

﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ **النساء [11].**

ب ـ العرف الفعلي(العملي): هو ما تعارف عليه أهل المجتمع أو أغلبهم في زمن ما و ساروا عليه من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية[4]، أي كل ما تعلق بشؤون حياة

---

[1]. العرف وأثره في التشريع الإسلامي لأبي عجيلة، مرجع سابق، (ص101).

[2]. الفروق ـ أنوار البروق في أنواء الفروق ـ للقرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، المالكي(684هـ)، عالم الكتب، دون طبعة ودون تاريخ، (171/1).

[3]. أثر العرف في فهم النصوص لرقية طه جابر العلواني، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الثانية، الطبعة: الأولى، 2003م، (ص42).

[4]. المدخل الفقهي لمصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، (876/2)؛ العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، مرجع سابق، (ص875).

النـاس و تبـادل المصـالح، وتصـرفاتهم مـن بيـع وشـراء و أنكحـة[1]، كاتّخـاذ يـوم الجمعـة عطلـة، وبيـع المعاطـاة في المعـاملات الماليـة، ومنـه أيضـا مـا تقـوم بـه المجتمعـات علـى اختلافهـا في مناسـبات الأفـراح مـن تقـديم الهـدايا والأطعمـة وضـع إشـارات المـرور في الطرقـات، ونحـو ذلك.

وهذا النّوع من العرف يجري مجرى النطق في التعبير عن المقصود إذنا أو منعا، وقد يعتبر قرينة تسوغ للقاضي أن يقضي وللشاهد أن يشهد وللمفتي أن يفتي[2]. قال ابن القيم رحمه الله تعالى: "وقد أجري العرف العملي مجرى النطق في أكثر من مئة موضع"[3].

وذكر العزّ ابن عبد السلام فصلا بعنوان: "فصل تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها"[4].

الفرع الثالث: العرف الصّحيح والعرف الفاسد.

ينقسم العرف باعتبار موافقته للشّرع إلى عرف موافق معتبر و عرف مخالف ملغى، وهو ما يعبّر عنهما بالعرف الصّحيح والفاسد.

أ ـ العرف الصّحيح: هو ما تعارف عليه الناس دون مخالفة قواعد ومقاصد الشرع[5]، سواء شهد له الشرع بالاعتبار أو لم يشهد له بنفي أو إثبات.

---

[1]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، (ص97).

[2]. العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، مرجع سابق، (ص126).

[3]. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم:محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1991م، (297/2).

[4]. قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي(660هـ)، راجعه وعلّق عليه: طه عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة منقحة:. 1991م، (126/2).

[5]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعبد الكريم الجيدي، (ص99)؛ المدخل الفقهي للزّرقا، مرجع سابق، (ص878).

فكل ما تعارف عليه الناس وفيه مصلحة بحيث تتحقق مع مقصود الشرع يكون عرفا مقبولا، فإذا اعتاد الناس شروطا في تصرفاتهم ومعاملاتهم وعقودهم فهي مقبولة ما دامت لا تناقض أو تخالف نصا شرعيا، وقد رعاه الشارع الحكيم في كثير من الأحكام كاشتراط الكفاءة في الزواج وغيرها.

فما شهد له الشّرع **كقوله تعالى:** ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ **الطلاق [7].**قال ابن العربي في تفسيرها: "هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا، وإنما تتقدّر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة"[1].

وأمّا ما لم يشهد له الشّرع ولم يصادم نصّا أو قاعدة كتقسيم المهر إلى معجّل ومؤجل.

ب ــ العرف الفاسد: هو ما يتعارف عليه الناس من أقوال و أفعال مخالفة للشريعة ومقاصدها[2]، وهو غير معتبر كقول المشركين في الجاهلية، **يقول الله تعالى:**

﴿ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقْتَدُونَ ﴾ الزخرف **[22].**أو كحرمان النساء من الميراث، أو كتعارف الناس على استعمال العقود الباطلة كالاستقراض بالربا وخروج النساء إلى الشارع كاشفات عوراتهنّ وتفشي ظاهرة الاختلاط، وغير ذلك[3]، فكلّها أعراف باطلة انتشرت في البلاد الإسلامية يجب أن تدفع وترفع من المجتمع المسلم عملا بما جاءت به الشريعة الإسلامية.

---

[1]. أحكام القرءان لابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي(ت543هـ)، تعليق وتخريج: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثالثة، 2003م، (289/4).

[2]. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، (ص89)؛ أصول الفقه الإسلامي لوهيبة الرحيلي، مرجع سابق، (830/2).

[3]. أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي، مرجع نفسه، (830/2).

الفرع الرابع: العرف الثابت والعرف المتبدّل.

ينقسم العرف باعتبار الثبات والتغيّر[1] إلى عرف ثابت و عرف متغير.

أ ـ العرف الثّابت: ما كان تابعا لفطرة البشر، ولا يمكن الاستغناء عنه في عصر من العصور، من هذا ما عرف في الطبيعة البشرية من الحزن والفرح والميل إلى الطعام والسكن واللباس، وتوصف الأعراف الثابتة بالاستمرار والاستقرار والثبات، لذلك فإنّ الأعراف الشّرعية تدخل ضمن الأعراف الثابتة؛ لأن ما ثبت شرعا يظلّ ثابتا مستمرا، كعدد الركعات في الصلوات وشروطها وأركانها، فكل ما أمر به الشرع من إيجاب وندب، وكل ما نهى عنه الشرع من تحريم وكراهة يعدّ معروفا شرعا، والمعروف شرعا يعد ثابتا شرعا[2].

ب ـ العرف المتغيّر: هو الذي يمكن التخلي والاستغناء عنه بحيث لا يكون تابع للفطرة. أو هو ما كان من الأمور التي تخضع لاختلاف الزمان والمكان، كغطاء الرأس وطرق المعاش والعمل.

وقد وضّح الشّاطبي هذا القسم بقوله: العوائد بالنسبة إلى وقوعها ضربان: [3]

ـالعوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال، كالأكل والشرب والفرح والحزن، والنوم واليقظة، والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر، وتناول الطيبات والمستلذات واجتناب المؤلمات والخبائث، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ. فهذه يقضى بها على أهل الأعصار الخالية والقرون الماضية للقطع بأن مجاري سنة الله في خلقه على هذا السبيل، فيكون ما جري منها في الزمان الحاضر محكوما به على الزمان الماضي والمستقبل مطلقا.

[1]. تيسير القواعد الفقهية وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، شركة الأصالة للنشر، الجزائر،2020 م، (ص246).

[2]ـالموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (56/30).

[3]. الموافقات للشاطبي:أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790 هـ)، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1997م، (509/2).

ـ العوائدُ الّتِي تختَلِفُ باختِلَافِ الأعصار والأنصار والأحوال، كَهَيْئَاتِ اللّباسِ والمسكن، وَاللِّينِ فِي الشِّدَّةِ، وَالشِّدَّةِ فِيهِ، وَالبُطء وَالسّرعةِ فِي الأمور، والأناة والاستعجال، وما كان نَحو ذلك. وهذا النوع فلا يَصحّ أن يقضى به على من تَقدّم البَتّة، حَتّى يقوم دَلِيل على الموافَقة من خارج، فإذا ذَاكَ يكون قضاءً عَلَى مَا مَضَى بذلك الدّلِيل لا بِمَجرى العادة، وَكذلك فِي المستقبل، ويستوي في ذَلِكَ أَيضا العادَة الوجودِيَّةُ وَالشّرعِيّة.

فاختلاف العصور والبقاع والأحوال يؤثر على بعض الأعراف والعوائد فتتغير وتتبدل لتجاري بذلك ما عليه الواقع الاجتماعي، وقد يختلف المعنى باختلاف أهل الصّنعة والحرفة مع جمهور الناس، فلا بدّ أن يحمل كلام كل طائفة على ما تعارفت واعتادت عليه.

ومن التقسيمات أيضا: تقسيمه باعتبار من يصدر عنه؛ حيث يقسم إلى عرف الشارع وعرف الناس.

فعرف الشارع يراد به العرف الذي أطلقه الشارع على معنى خاص خلافا للمعنى الموضوع له لغة كألفاظ الصلاة والحج والزكاة وغيرها، فلفظ الصلاة نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة، والحج نقل من القصد إلى الشيء إلى زيارة الكعبة وأداء مناسك الحج، والحقيقة أنّ العرف الشرعي من العرف الخاص، وإنما أفردوه لشرفه والتنويه به[1].

أما عرف الناس فيراد به تلك العادات التي أنشأها الناس وألفوها من جهة العقول وتلقتها طباعهم السليمة بالقبول من قول أو عمل، كإطلاقهم لفظ الدابة على ذوات الأربع خاصة، وإطلاق لفظ الولد على الذكور دون الإناث. ونكتفي بهذا القدر الذي يهمّنا من التقسيمات.

[1]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص20).

المطلب الثالث: تمييز العرف عن بعض المصطلحات المشابهة له.

يعالج هذا المطلب أهم نقاط التوافق والاختلاف بين العرف وبعض المصطلحات المشابهة، التي قد تتداخل مع العرف فيعسر التفريق بينها، ومن هذه المصطلحات: العادة ـ ما جرى عليه العمل ـ الإجماع ـ عمل أهل المدينة، وقد جاء محتوى المطلب وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: العرف والعادة.

الفرع الثاني: العرف وما جري به العمل.

الفرع الثالث: العرف والإجماع.

الفرع الرابع: العرف وعمل أهل المدينة.

الفرع الأول: العرف والعادة.

قبل التطرق لتحديد العلاقة بين العرف والعادة لا بد أن نمرّ على تعريف العادة في اللغة والاصطلاح.

أ . العادة لغة: هي الديدن، والمعاودة والمواظبة، وأعاده إلى مكانه رجعه، والكلام كرره. وجمعها عادٌ وعاداتٌ، وتعوّد الشّيء صيّره عادة له[1].

قال الفيومي ـ رحمه الله تعالى ـ في المصباح: "والعادة معروفة والجمع عاد وعادات وعوائد سمّيت بذلك لأنّ صاحبها يُعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة. وعوّدته كذا فاعتاده، وتعوّده، أي صيّرته له عادة واستعدت الرجل سألته أن يعود واستعدته الشيء سألته أن يفعله ثانيا وأعدتّ الشّيء رددته ثانيا ومنه إعادة الصلاة "[2].

فالعادة في اللّغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة حتى يصير سهلا تعاطيه كالطبع، فالعادة تقتضي التّكرار والاستمرار؛ لأن قبول الشيء واستمراره بين الناس في حياتهم يعدّ عادة، وهنا تتّفق العادة مع العرف في المعنى اللغوي، فلا يكون الشيء عادة حتّى إذا سار عليه الناس وتكرّر في معاملاتهم وتصرّفاتهم واستمرّ بينهم وهذا يكون كذلك في معنى العرف؛ حيث يشترط في العرف التّتابع والاستمرار.

ب ـ العادة اصطلاحا: لم تقتصر نظرة الفقهاء إلى العادة أنّها مجرّد تكرار الشّيء واعتياده، بل اشترطوا فيها أن تتلقّاها الطّباع السّليمة بالقبول؛ لتخرج بذلك العادات التي مصدرها الأهواء والنزاعات الشّخصية، وذلك لما لها من خطورة في إجراء الأحكام عليها؛ حيث إنّ المجتهد سواء

[1]. القاموس المحيط لفيروز آبادى: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى (ت817هـ)، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان، الطبعة: الثامنة، 2005م، (ص303)؛ لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (316/3).

[2]. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، (ت نحو770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، (436/2).

كان مفتيا أو قاضيا في اجتهاده ينظر إلى ما كان معهودا وجاريا بين الناس للفصل بين الخصومات والقضايا، لذا ذكر الإمام ابن عابدين أنّ العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرّرها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية[1].

ـ وعرفها الجرجاني ـ رحمه الله بقوله:" ما استمر الناس عليه على حكم معقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[2] .

ـ وعرّفها القرافيّ: "بأنها غلبة معنى من المعاني في جميع البلاد أو بعضها"[3].

ـ وعرفها السّيد صالح عوض بقوله: "عبارة عمّا يستقر في النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السّليمة "[4].

والّتعريف الأخير يُوضّح أن مجال العادة واسع يشمل كل متكرر من قول فعل، سواء كان صادراً عن الفرد أو الجماعة، أو عن أمر طبيعي أو كان مصدره الفعل، وتلقّي الطباع له بالقبول. وهذا المعنى قيّد العادة بثلاثة قيود:

1. التكرار.

2. تلقي الطباع السليمة لها بالقبول.

3. استمرارها في النفوس.

[1]. رسائل ابن عابدين، مصدر سابق، (114/2).

[2]. التعريفات للجرجاني، مرجع سابق، (146/1) .

[3]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مرجع سابق، (ص448).

[4]. أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، سليمان الحلي ـ التوفيقية ـ القاهرة، (56/1).

ج ـ علاقة العرف بالعادة: من خلال النظر في التعريفات السابقة للعرف والعادة نجد أن العلماء اختلفوا في التفريق بين العرف والعادة وفي تحديد النسبة بينهما إلى ثلاثة اتجاهات:

ـ الاتجاه الأول: إنّ العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد، واختاره جملة من أهل العلم منهم أحمد النّسفي وابن عابدين الحنفي والجرجاني، وعبد الوهاب خلاف[1] من المعاصرين، حتّى إن الشاّطبي ذكر في الموافقات على أن العوائد والعادات عما يسمّى في الاصطلاح بالعرف، مما يدل على أن العرف والعادة معنى واحد، وهذا رأي جمهور المالكية[2]، وأنّ عطف أحدهما على الآخر من باب الترادف، وقد نقل عمر بن عبد الكريم الجيدي في كتابه "العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب" أنه مذهب الجمهور[3].

والملاحظة الأساسية التي يجب التنبّه إليها هو أنّ العلماء الأقدمين والمتأخرين منهم لم يهتموا بوضع فواصل تمييزية بين مفهومي" العرف "و"العادة"؛ بحيث استعملوا كل واحد منهم للتعبير عن الآخر.

ـ الاتجاه الثاني: إن العرف مخصوص بالقول والعادة مخصوصة بالفعل أي العرف عملي، وقد نقد أبو سنة هذا الاتجاه فقال: "وهذا القصد لا معنى له، لأنّ الفقهاء من السّلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا "[4]. وهذا رأي بعض فقهاء الحنفية منهم الكمال بن الهمام[5].

---

[1]. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، (ص89).

[2]. أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية لفاديغا موسى، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 2007م، (491/2).

[3]. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب لعمر بن عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، (ص37).

[4]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص11).

[5]. التقرير والتحبير لمحمد بن محمد بن أمير الحاج: شمس الدين أبو عبد الله محمد لبن محمد الحلبي الحنفي المعروف بابن أمير الحاج(879هـ)، الطبعة: الأولى، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، 1316 . 1317 هـ، (282/1) ؛ تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الدين ابن همام الدين الإسكندري، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي (ت 972 هـ)، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1932م،

وعلى هذا الرّأي تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص والعرف أعم.

ـ الاتجاه الثالث: إن العادة أعم من العرف؛ لأن العادة تشمل العادة النّاشئة عن عامل طبيعي والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف[1]، وفي كون اعتبارها جنس يندرج تحتها أنواع من جملتها العرف.

وعلى هذا القول تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق[2]، لأن العادة أعم مطلقا وأبدا والعرف أخص؛ إذ هو عادة مقيّدة ، فكل عرف هو عادة، وليس كل عادة عرف؛ لأنّ العادة قد تكون فردية أو مشتركة، ومن أصحاب هذا الاتّجاه الشيخ الزّرقا[3]، وأحمد أبو سنة[4].

ـ القول المختار: يرى الباحث أن القول المختار من هذه الأقوال هو القول الأول، والذي مفاده أنّ العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد لأن مؤداهما واحد؛ فتتبعا في الفروع الفقهية نجد الفقهاء يستعملون العرف والعادة بمعنى واحد؛ لأنّ الذي ينظر إليهما في كونهما تبنى عليهما الأحكام والفتاوى؛ أو أنّهما مصدران للتّشريع يجدهما مترادفان، لاسيما وأنّه قول الجمهور نقلا عن الدكتور عمر بن عبد الكريم الجيدي، أما تلك القيود فالمقصود منها الوصول إلى الكمال في المعنى، وهي في الأخير تلتقي حول معنى واحد؛ حيث من اكتفى في المعنى بكوْن العادة تتكرر وتستمر

صورته: دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م، ودار الفكر، بيروت،1996م، (317/1)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، (ص11) ؛ أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية لفاديغا موسى، مرجع سابق، (494/2).

[1]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي، مرجع سابق، (ص38).

[2]. العموم والخصوص في اصطلاح علم المنطق نوعان: مطلق، ووجهي: فالعموم والخصوص المطلق في حالة كون أحد الشيئين أعم من الآخر دائما. والوجهي عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه. انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، مرجع سابق، (ص844).

[3]. المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، مرجع نفسه، (ص844).

[4]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص13).

بين الناس أراد أن يجعل العادة مرحلة مكوّنة للعرف، لأنّ الشّيء قد يتكرّر وربما لا يستمرّ بين الناس إلا إذا قبلوه واستقرّ في نفوسهم، والله أعلم .

وهذا هو الاتجاه الذي سار عليه الباحث في الجزء التطبيقي من هذا البحث عند دراسة المسائل، تماشيا مع منهج المازوني في عدم التفريق بين العرف والعادة في نوازله.

الفرع الثاني: العرف و ما جرى عليه العمل.

قبل ذكر الفرق بين العرف وما جرى به العمل سنبيّن الإطار المفهومي لمصطلح العمل عند المالكية باختصار:

ـ ما جرى به العمل مصطلح نشأ على يد القضاة والمفتين في بلاد الأندلس ليعمّ بعد ذلك في الغرب الإسلامي، وقد عبّر العلماء عن هذا المصطلح بعدة تعبيرات؛ فيطلقون عليه أحيانا بالماجريات، ويأتي أحيانا بمسمّى العمليات، ويأتي كذلك مضافا إلى الحاضرة التي تسمّى بها كقولهم العمل الفاسي؛ كما أنّ بعضهم قصره على أحكام القضاة[1]، أمّا المعاصرون الذين كتبوا في الموضوع فيطلقون عليه عدة مسمّيات كقولهم: نظرية العمل وقاعدة العمل وفقه العمل[2]، وكل هذه التسميات والمصطلحات تدلّ على مفهوم واحد الذي هو ما جرى عليه العمل أو الماجريات.

[1]. مواهب الخلاق شرح التاودي على لامية الزقاق المسماة تحفة الحكام بمسائل التداعي والأحكام ،لأبي الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي(1209هـ)، المكتبة الأزهرية للتراث، (396/2).

[2]. ما جرى عليه العمل وأهميته في صناعة الفتوى واستقرارها لإسماعيل نقاز، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد14، العدد3،تاريخ النشر30/09/ 2022م، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، سيدي بلعباس، الجزائر، (ص265).

أ ـ العمل لغة: عمل: العين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعلُ. والعمل أي المهنة والفعل والجمع أعمال، عمل عملا، وأعْملَه غيرَه، واستعمله، واعتملَ الرجل:عملَ بنفسه[1].

ب ـ ما جرى عليه العمل اصطلاحا: ذكر العلماء رحمة الله عليهم عدّة تعريفات لمصطلح ما جرى به العمل، منها:

ـ الأخذ بقول ضعيف أو شاذّ في مقابل الرّاجح أو المشهور لمصلحة أو لضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس[2].

وهذا التعريف ركّز على مجالات المصطلح وما يقتضيه من موجبات؛ كما أنّه لم يحدّد الجهة المختصة بإجرائه.

ـ وعرّفه عمر الجيدي وهو في معرض التكلّم عن مفهوم العمل كما استقر عليه الرأي عند المغاربة بثلاث تعريفات، **أوّلها**: أنّه العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية. **والثاني**: أنّه حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل، وقال في **الثالث** أنّه: اختيار قول ضعيف، والحكم والإفتاء به، وتمالئ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك[3]؛ حيث نبّه في التعريف الأول على ماهية العمل وموجباته من مصلحة وضرورة، وفي الثاني على الجهة المختصة به وهم القضاة، وفي الثالث أدرج أهل الفتوى مع القضاة.

---

[1]. معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مصدر سابق، (145/4)؛ لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (475/11).

[2]. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي: محمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (ت 1376هـ)، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1995م، (465/2).

[3]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، (ص342).

وقريبا من التعريف الأخير عرّفه به الشيخ عبد الله بن بيه بقوله: "الأخذ بقول ضعيف في القضاء والفتوى من عالم يوثق به في زمن من الأزمان ومكان من الأمكنة، لتحقيق مصلحة أو درء مفسدة، وقد يكون مسايرة لعرف أو مجاراة لرأي من له الأمر"[1]، ومثّل له بعمل أهل قرطبة في شأن السفيه بردّ عمله قبل الحكم عليه بالسفه بأمر بعض الأمراء[2]. وقد شمل التعريف على المرتكزات من ذكر الماهية والموجبات ومن يتأهّل له. وهذا أفضل من سابقيه.

ومن خلال التعريفات اتّضح أن المقصود بأصل ما جرى عليه العمل هو: أن يختار مجتهد في المذهب أو حاكم من أهل الترجيح قولا مرجوحا ضعيفا أو شاذا فيفتي أو يحكم به لباعث اجتماعي، أو سيادة عرف، أو وجود ضرورة، أو إصلاح قضية اجتماعية، توظيفا لقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وقاعدة سد الذرائع؛ لأنّ تغير الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجا عن المشهور، بل فيه جري على أصول المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا. ولذلك يعتبر هذا الأصل حلاّ تشريعيا اقتضته أوضاع استثنائية لدى مجتمع معين أو بلدة مخصوصة؛ إذ يحدثوا للناس أقضية بحسب ما أحدثوا، قصد تنزيل أحكام الشريعة على المكلفين وفق أحوالهم ورعيا لعوائدهم وأعرافهم[3].

[1]. صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مسار للطباعة والنشر، دبي، الطبعة: الثالثة، 2018م، (ص179).

[2]. صناعة الفتوى وفقه الأقليات، مرجع نفسه، (ص179).

[3]. مصطلح ما جرى به العمل وأثره في تغيّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي للزنّيفي عبد الفتاح، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، المملكة العربية السعودية، (ص1216).

ج ـ الفرق بين العرف وما جرى عليه العمل[1]:

إنّ مصطلح العمل وما يرِد في كلام أهل العلم كقولهم:(هذا عليه العمل أو جرى به العمل) وما شابه هذه العبارات، هو مصطلح له مدلوله المعين ومفهومه الخاص، فلا يقال في مسألة أو حكم: هذا ما عليه العمل إلا أن يكون الحكم مستندا إلى رأي فقهي موافق لقواعد الشّرع قد استقر عليه القضاء والفتوى؛ تحقيقا لمصالح الناس ومراعاة لعوائدهم وأعرافهم، لذلك فإن مفهوم العمل على هذا النحو هو قريب من العرف الخاص، وقد يكون مثالا له، وبالتزام الناس به ومعرفته لهم قد يكون عرفا عاما لدى الكافة، فالظاهر أن العرف والعمل قد يتداخلان؛ لأنّ اطّراد العمل وشيوعه بين الناس يُصيّره عرفا؛ حيث يكون باعث العمل هو الفتوى بما العرف جار به.

فالحاصل أن العمل نفسه مبني على العرف، وبعبارة أدق أن العرف هو سبب لقيام العمل؛ لأنّه لا يتِمّ العدول عن القول المشهور أو الرّاجح إلى قول مرجوح إلا لموجب يوجب ذلك العدول، ومن الموجبات: العرف، والمراد به العرف الصحيح الذي لا يخالف أحكام الشريعة الغراء، وقد ذكر الهلالي في نور البصر من المعيار عن ابن برهان ما نصه: "إن نصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن هذا مما يرجح به؛ إلا أن يختلف العرف في بلدين، فلا يكون ذلك حينئذ راجحا"[2]، فالعرف الصحيح أحد الأسس التي يبنى عليها أصل ما جرى عليه العمل، وليس هو كل الأسس، وبالتالي يظهر الفرق بين العرف وما جرى عليه العمل في النقاط الآتية:

---

[1]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي، مرجع سابق،(ص393) ؛ تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس للشّريف المهدي الوزاني الفاسي، أبو عيسى(1342هـ)، تقديم: هاشم العلوي القاسمي، طبعة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية،2001م، (ص43) ؛ نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي لعبد السلام العسيري، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1996م، (ص257).

[2]. نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل لأبي العباس الهلالي: أحمد بن عبد العزيز الهلالي الفلالي السجلماسي(1175هـ)، راجعه: محمد محمود ولد محمد الأمين ،دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الإمارات العربية المتّحدة الطبعة: الأولى،2007م، (ص138).

ـ العمل خاص بالعلماء، أمّا العرف فإنه يشمل عامة الناس العلماء وغيرهم.

ـ العمل خاص بالترجيح في المسائل المختلف فيها، بخلاف العرف فهو أعم وأشمل من ذلك بمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ـ يقتصر دور العرف على المعاملات التي لا نصّ فيه في رأي بعض الفقهاء، و كذا بيان مقاصد ومراد المتكلمين من ألفاظهم، ولا مجال له في وسائل العبادات، أما ما جرى عليه العمل فله دور في وسائل العبادات كتعدد الجمعة وتكرار آذانها، واستعمال مكبرات الصوت قصد تسميع الكثير من الناس، وغيرها.

الفرع الثالث: العرف والإجماع.

أ ـ الإجماع لغة: يطلق الإجماع في اللغة على العزم والتصميم أو الالتفاف على الأمر أو الاتفاق عليه. وهو بمعنى الاتّفاق، أي إحكام النية والعزم على الشيء يقال: أجمعت الرأي و أعزمت عليه وأجمع أمره، أي جعله جميعا بعدما كان متفرّقا[1].

ب ـ الإجماع اصطلاحا: "هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعيّ"[2].

ج ـ الفرق بين العرف والإجماع

يَتّفق العرف والإجماع من حيث أنّهما مصدران للتشريع معتبران بشكل عام، وإن كان الإجماع أقوى اعتبارا من العرف كمصدر تشريعي، ويختلفان في النقط الآتية:

[1]. لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (8/ 57ـ 58)؛ المصباح المنير للفيومي، مرجع سابق، (ص109).

[2]. الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، المطبعة العلمية، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1995م، (46/1).

ـ يُشترط الإجماع اتفاق المجتهدين، أمّا العرف فإنه يكفي فيه أن يصدر من الأغلبية سواء كانوا مجتهدين أم لا؛ لأن العبرة في الأعراف للغالب الشائع لا القليل النادر.

ـ الإجماع ينعقد بمجرّد اتفاق المجتهدين ولا يحتاج إلى تكرار، أمّا العرف فلا بد من تكراره حتى يستقر في النفوس وتطمئن إليه القلوب.

ـ ضبط الإجماع يأتي بعد جهد وتحرير وتحري وبحث، أمّا العرف فإنه يعلم دون تكلّف ولا تعب.

ـ العرف يتغير، أما الإجماع فلا يتغيّر إلّا إذا استند إلى مصلحة تغيّرت. ومن هذا قولهم: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، والمراد بالأحكام الأحكام المستندة على العرف والعادة. وقد بيّن الشّاطبي أنّ العوائد ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود منها العوائد التي تختلف باختلاف العصور والأمصار والأحوال[1].

ـ إذا تمّ الإجماع يكون ملزما للجميع، بخلاف العرف فقد يكون ملزما للكل إذا كان عامّا، وقد لا يكون ملزما للكل إذا كان خاصّا.

ـ الإجماع لا يكون فاسدا أو باطلا؛ لأنّه متى تحقّق فهو مؤسَّس على دليل شرعي، بخلاف العرف فقد يتعارف الناس على أمر فاسد مخالف لنصوص الشّرع ومقاصده.

ـ مستند الإجماع الأدلة الشّرعية، أما العرف فمستنده وباعثه حوائج الناس ومراعاة مصالحهم ورفع الحرج عنهم.

الفرع الرابع: العرف وعمل أهل المدينة

اعتبر الإمام مالك عمل أهل المدينة من المصادر التّشريعية الهامة في مذهبه، وشاع استعماله ذلك شيوعا واسعا، وقد حصل نزاع بين المالكية وغيرهم في حجّية بعض أقسامه.

[1]. الموافقات للشاطبي، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مرجع سابق، (509/2).

فما المقصود بعمل أهل المدينة؟ وما هي علاقته بالعرف؟

أ. المقصود بعمل أهل المدينة عند المالكية: عمل أهل المدينة عند المالكية يتلخّص في:[1].

1. العمل النقلي: هو الثابت من طريق النقل والحكاية الذي توثره الكافة عن الكافة، وعملت به عملا لا يخفى، ونقله الجمهور عن الجمهور عن زمن الوحي، وهو على أنواع:

ـ منه ما نقل شرعا مبتدأ من جهة النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل كالآذان والإقامة والصاع والمد، وترك الجهر بالبسملة في الصلاة، وكالوقوف والأحباس.

ـ ومنه ما نقل إقراره صلى الله عليه وسلم لما شهده منهم، كنقل عهدة الرّقيق.

ـ ومنه ما نقل تركه لأمور وأحكام لم يلزمهم بها، كتركه أخذ الزكاة من الخضروات مع علمه صلّى الله عليه وسلم بكونها عندهم كثيرة.

وهذا القسم لم يختلف قول مالك وأصحابه في أنه حجّة يجب الأخذ به.

2 ـ العمل الاستدلالي: هو ما كان من قبيل الاستدلال والاجتهاد، وهذا القسم اختلف المالكية فيه.

ـ فقيل أنه ليس بحجة وهو رأي جمهرة محقّقي المذهب.

ـ وقيل أنّه حجّة وهو قول أكثر المغاربة.

[1]. ترتيب المدارك للقاضي عياض، مصدر سابق، (47/1وما بعدها) ؛ الانتصار لأهل المدينة لابن فخار: أبو عبد الله محمد بن عمران ابن الفخار القرطبي،(ت419هـ)، تح: محمد التلمساني الإدريسي، الرابطة المحمدية للعلماء، الرباط، المغرب، الطبعة: الأولى،2009م،(ص90)؛ التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن الإمام مالك بن أنس لحاتم باي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى،2011 م، (413...433)؛ العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب لعمر عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، (ص288).

والصّحيح أن العمل المدني الذي يعتدّ به مالك هو العمل الظاهر المتصل إلى زمن الصحابة رضوان الله عليهم، سواء كان مستندا إلى نقل وتوقيف، أو اجتهاد واستنباط. أمّا العمل الحادث بعد زمن الصحابة، فليس من قبل الوراثة التي يحتج بها مالك، هذا ما الذي يفهم من خلال رسالته المشهورة إلى اللّيث بن سعد.

ب ـ العلاقة بين العرف وعمل أهل المدينة: بعد بيان مدلول عمل أهل المدينة عند المالكية نخلص إلى ما يلي:[1]

ـ يعتبر عمل أهل المدينة بقسمه الأول بمثابة عرف شرعي راجع إلى الإجماع العملي الذي يستند إلى السّنة القوْلية أو الفعلية أو التقريرية، لذلك فإن التزام الإمام مالك بعرف المدينة المتسلسل يعود في الأصل إلى كونه راجعا إلى الشارع، وعليه فإن حجيته تنبثق من كونه عرفا صحيحا سار عليه أهل البلدة التي نشأ فيها، يرجع في أصله إلى اعتبار الشارع، أما أعراف الناس فهي لا تصل هذه المرتبة. أمّا عمل أهل المدينة بقسمه الاستدلالي فهو من قبيل الاجتهاد، واجتهادهم كاجتهاد غيرهم، لذلك لم يتّفق المالكية على اعتباره.

ـ يوجد من الأحكام الاجتهادية ما بني على عرف أهل المدينة كالحكم بأن القول للزوج فيما اختلف الزوجان في المهر بعد الدّخول[2].

[1]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر،1947م، (ص41 . 43.42)؛ أثر العرف في فهم النصوص لرقية طه جابر العلواني، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة: الأولى،2003م، (ص83).

[2]. ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأَصْبَغ (ت486هـ)، تح: يحيي مراد دار الحديث، القاهرة، مصر،2007 م، (ص214).

المبحث الثاني: حجّية العرف وشروط اعتباره وإشكالاته الأصولية والفقهية.

يُعتبر العرف مستند كثير من الأحكام الفقهية العملية في شتّى أقسام الفقه ومعينا لا ينضبّ للمجتهدين، وهو أحد أدلة تغير الأحكام الشرعية واستيعابها لكل العصور والمستجدات والحوادث؛ مما يكفل ويضمن صلاحية التشريع الإسلامي ومرونته تحقيقا لمصلحة المكلفين في الدارين.

والمقصود من هذا المبحث ذكر الخلاف الحاصل في اعتبار العرف، وأدلة القول به، كما يعنى بذكر شروط اعتباره سواء في بناء الأحكام الشّرعية عليه أو توجيهها، وأخيرا اختتم المبحث بأهم الإشكالات الأصولية والفقهية التي يطرحها العرف، وقد تم هذا في ثلاثة مطالب هي كالآتي:

المطلب الأول: حجّية العرف.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.

المطلب الثالث: أهم الإشكالات الأصولية والفقهية التي يطرحها العرف.

المطلب الأول: حجّية العرف.

قبل ذكر الحجج والأدلة على اعتبار العرف وكونه حجّة في الأحكام الشرعية لا بدّ من توضيح مذاهب العلماء فيه بعد تحديد محل النزاع فيه.

الفرع الأول: ذكر الخلاف في حجية العرف

أ ـ تحرير محل النزاع:

اتّفق الفقهاء على اختلاف انتماءاتهم المذهبية على مراعاة العرف ومقتضاياته في إصدار الأحكام وتحديد طبيعتها عند إنزالها في الواقع ؛ لكن تفاوت العمل به من مدرسة فقهية للأخرى؛ فكانت المدرسة الحنفية والمالكية أكثر توسّعا في استعماله من غيرها.

ـ كما اتّفقوا على أنّه لا اعتبار للعرف الذي تخلف عنه أحد شروط اعتباره.

ـ واتفقوا أيضا على أن محلّ العمل بالعرف يكون في كل ما ورد في الشرّع مطلقا، وليس له حدّ في الشّرع، ولا في اللّغة[1].

لكن ما يلاحظ أنّ هذا الاتّفاق لم ينتج عنه رأي موحّد فيما يخصّ تحديد حجّية العرف وطريقة العمل بتلك الحجية، ولهذا السبب نجد أن العلماء انقسموا إلى فريقين في كون العرف هل يعتبر مصدرا مستقلا قائما بذاته[2].

---

[1]. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت 911 ه)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1983م، (ص98).

[2]. الوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، الطبعة: الثانية، 2006م، (268/1) ؛ العرف حجته وآثاره الفقهية مقال لأسماء بنت عبد الله الموسى، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد:21، الرياض، السعودية، (ص28).

ب ـ مذاهب العلماء في اعتبار العرف.

القول الأول: العرف حجّة ودليل شرعي مستقل، وهو رأي الحنفية [1] والمالكيّة[2].

ففي المذهب الحنفي نصّ فقهاء الحنفية على أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، يوضِّح الإمام ابن عابدين قائلا: "والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار "[3].

وفي المذهب المالكي هناك نصوص كثيرة للفقهاء تدلّ على العمل بقاعدة العرف وأنّه أصل من أصول المذهب، منها: قول الإمام أبو بكر بن العربي ـ رحمه الله تعالى ـ:"العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام "[4]. ويضيف:" إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام "[5].

[1]. المبسوط للسرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483 هـ)، صححه: جمع من أفاضل العلماء: مطبعة السعادة ، مصر، وصوّرَتها: دار المعرفة، بيروت، لبنان،(14/13) ؛ أصول السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 483 هـ)، تح: أبو الوفا الأفغاني، رئيس اللجنة العلمية لإحياء المعارف النعمانية ،لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند،(وصورته دار المعرفة ، بيروت، وغيرها)،(218/1)، الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق، (ص79)؛ الكافي شرح أصول البزودي لحسام الدين حسين بن علي بن حجاج بن علي السِّغْنَاقي (ت 714 هـ)،تح: فخر الدين سيد محمد قانت، أصل التحقيق: رسالة دكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 2001 م،(962/2).

[2]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق،(445) ؛ الموافقات للشاطبي، مصدر سابق، (575/2) ؛ أحكام القرءان لابن العربي، مصدر سابق، (288/4).

[3]. حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار،محمد أمين، الشهير بابن عابدين(ت 1252 هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية 1966م، وصَوّرَتْها: دار الفكر، بيروت، (88/5).

[4]. أحكام القرءان لابن العربي، مصدر سابق، (288/4).

[5]. أحكام القرءان لابن العربي، مصدر نفسه،(289/4).

ويقول الإمام التّسولي "إن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ و الفجور"[1]. وقد ذكر الإمام الشّاطبي أنّ العوائد الجارية ضروريّة الاعتبار شرعا[2].

إضافة إلى إجابات الإمام المازوني وأقرانه على عدّة نوازل تمّ الاعتماد فيها على العرف، سيتم دراستها في الفصل التطبيقي، تؤكد مكانة العرف وحجيته لدى علماء المالكية.

القول الثاني: لا يعتبر العرف حجة ودليلا شرعيا مستقلّا إلاّ إذا أرشد الشّارع إلى اعتباره، وهو مذهب الشافعية والحنابلة[3]. يقول الإمام الجويني ـ رحمه الله ـ:"فالذي رآه الشافعي: أن عرف المخاطبين لا يوجد تخصيص لفظ الشارع"[4].

وينتمي إلى هذا الفريق عدد كبير من المعاصرين أمثال عبد الوهاب خلاف[5]وصالح عوض، عوض، يقول صالح عوض: "تبيّن لنا أن العرف ليس مصدرا من مصادر التشريع، ولا دليلا بالمعنى الذي تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل"[6]

---

[1]. البهجة في شرح التحفة للتّسولي: أبو الحسن علي بن عبد السلام(1258هـ)، تح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1998م، (101/2).

[2]. الموافقات للشاطبي، مصدر سابق، (488/2).

[3]. المحصول للرازي:أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت 606 هـ)، تح: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة،1997م، (131/3) ؛ شرح الكوكب المنير المختبر المبتكر شرح المختصر لابن النجار: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت972 هـ)، تح: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة: الطبعة الثانية،1997م ، (387/3)؛ الوجيز في أصول الفقه لمحمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (268/1).

[4]. البرهان في أصول الفقه للجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت478هـ)، تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى،1997م، (164/1).

[5]. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، مر جع سابق، (ص91).

[6]. أثر العرف في التشريع للسيد صالح عوض، (ص217)؛ نظرات في أصول الفقه لعمر سليمان عبد الله الأشقر، دار النفائس النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الثالثة، 2015م، (ص175).

لكن النّاظر والمتتبّع للفروع الفقهية في كتب الشّافعية يجد كثيرا منها بني على العرف كمسألة تحديد مقدار الرضاع[1]، والمعتبر في التفرق المبطل لخيار المجلس[2]، وغيرها. وقد صرح الإمام السيوطي رحمه الله بهذا فقال: "اعلم أن اعتبار العرف و العادة رجع إليه في الفقه لا تعد كثيرة"[3]، وممّا اشتهر عن الإمام الشّافعي رحمه الله أنّه غيّر فتاواه العرفية لما انتقل من العراق إلى مصر نظرا لتغير الأعراف وتبدّلها[4].

أما عند الحنابلة فممّا يدل على اعتبار العرف عندهم، قول الفتوحي رحمه الله: "من أدلة الفقه أيضا: تحكيم العادة وهو معنى قول الفقهاء: إن العادة محكمة أي معمول بها شرعا"[5].

وهذا ابن القيم يعقد في إعلام الموقعين فصلا في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأحوال والنّيات والعوائد[6]. ويؤكد الإمام القرافي أنّ العرف معتبر لدى جميع الفقهاء فقال: "أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرّحون بذلك"[7]. فمن خلال كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم نجد عبارات وألفاظ تدل على اعتبار العرف لدى جمهور الحنفية، والمالكية، والشّافعية[8]، والحنابلة[9]، وأنّه حجّة في استنباط الأحكام الشرعية.

---

[1]. نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تح: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى،2007م، (350/15).

[2]السراج الوهاج على متن المنهاج للغمراوي: محمد الزهري الغمراوي(ت بعد1337هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، (ص184 . 185).

[3]. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، مصدر سابق، (ص90).

[4]. موجبات تغير الفتوى في عصرنا ليوسف القرضاوي، (ص76).

[5]. شرح الكوكب المنير لابن النجار، تح: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مرجع سابق، (448/4).

[6]إعلام الموقعين عن رب العامين لابن القيم، مصدر سابق، (11/3).

[7]شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص448).

[8]. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للسّيوطي، مصدر سابق، (ص90).

[9]. مجموع الفتاوى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني(728هـ)، تح: عبد الرحمن بن محمد محمد القاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، عام النشر: 2004 م، (282/10)، (230/20)، (345/20)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي، مرجع سابق، (448/4).

الفرع الثاني: أدّلة حجية العرف.

لقد تظافرت أدلة الكتاب والسّنة على اعتبار العرف حجّة في الأحكام الشّرعية، حتّى بلغت مبلغ القطع في الدّلالة على ذلك، ومن الأدلة التي ساقها العلماء على اعتبار العرف وأنه حجة نذكر:

أ- القرءان الكريم :

1.قَالَ تَعَالَى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾ الأعراف [199]

وجه الاستدلال من الآية: أن الله أمر نبيّه صلى الله عليه وسلم بالعرف، والأمر يفيد الوجوب ولا قرينة تصرفه إلى معنى آخر، وهذا دليل على اعتباره في الشرع، وإلاّ فما فائدة الأمر هنا، كما أن العرف هنا مدخول(ال) التي تقتضي الاستغراق، فيكون شاملا لكل خصلة حسنة ارتضتها الطباع السليمة من غير نكير[1].

ولقد استدلّ القرافي بهذه الآية وهو يتحدّث عن اختلاف الزوجين في متاع البيت، فقال:

"فقوله تعالى: **﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾ الأعراف [199]،**

فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية؛ إلا أن يكون هناك بينة، ولأن القول قول مدعي العادة في مواقع الإجماع "[2]. ومن الذين استدلوا بها كذلك الإمام القحطاني . رحمه الله تعالى

[1]. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية،1964م، (346/7)؛العرف وأثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبو عجلة، (ص130).

[2]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (149/3)و (185/3).

تعالى ـ حيث قال: (فقوله سبحانه: ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ ؛ حيث أخرج البخاري في صحيحه عن عبد الله بن الزبير ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: **"ما أنزل الله إلاّ في أخلاق الناس"**[1])[2].

وجاء في الإكليل قوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾معناه: اقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى[3].

فالمراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به؛ ثم إنّ أمر الله لنبيّه صلى الله عليه وسلم دلّ ذلك على اعتباره في الشرع، وهذا الدليل هو أشهر الأدلة من الكتاب[4].

2قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة [231]

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أوجب على الآباء النفقة والكسوة، على الوجه المستحسن شرعا وعرفا؛ مراعاة لحال الزوجين في اليسار والإعسار؛ ومعناها أن والد الطفل عليه نفقة

---

[1]. صحيح البخاري لأبي عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تح: جماعة من العلماء، الطبعة: السلطانية، مطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1311هـ، وطبعت عام1422هـ، دار طوق النجاة، بيروت،كتاب التفسير، سورة الأعراف، باب خذ العفو وأمر بالعرف ، رقم:4643، (60/6).

[2]. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية للقحطاني، أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عميّر، الأسمري، القحطاني(379أو383أو387هـ)، اعتنى بها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، .2000م، (ص94).

[3]. الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي(911هـ)، تح: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1981م، (ص132).

[4]. أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، دراسة تطبيقية مقارنة رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير لإلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1423هـ/1424هـ، (ص67)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص23).

الوالدات وكسوتهن بالمعروف أي بما هو معتاد في أمثالهن في بلدهن من إفراط ولا تفريط[1]، قال الإمام الماوردي ـ رحمه الله ـ في تفسيره: "ومعنى بالمعروف أجرة المثل، وهذا قول الضحاك"[2].

3ـ قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ المائدة [91].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى لم يحدد الوسط الواجب دفعه، بل تركه إلى عرف الناس، والناس ليسوا سواء في طعامهم؛ لأن كل بلد له طعام معيّن وخاص؛ بل نجد أن البلد الواحد طعامهم متفاوت ومختلف حسب الغنى والفقر؛ لذلك فما اعتبر في عرف الناس أنه وسط فهو الواجب، وكل مكان له حكمه[3]، وقد ذكر ابن تيمية بعدما نقل الخلاف في كون ذلك مقدرا بالشرع أو العرف أن الراجح في هذا أن يرجع فيه إلى العرف

ب ـ السّنة النبوية.

لقد وردت عدّة أحاديث نبوية استدلّ بها العلماء على اعتبار العرف منها:

[1]. تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري:أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310 ه)، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى،2001م، (211/4)؛ تفسير القرءان العظيم لابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي(ت774ه)، تح: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية ، 1999م، (634/1).

[2]. تفسير الماوردي (النكت والعيون للماوردي) لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي(450ه)، تح: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (300/1).

[3]. أحكام القرآن لابن العربي، تعليق وتخريج: محمد عبد القادر عطا، مصدر سابق، (289/4).

1ـ حديث عَائِشَةَ رضي الله عنها:" أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ"[1].

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم أحال هندا رضي الله عنها إلى ما هو معروف بين الناس في النفقات، قال ابن بطال في "ومما يدل على أن العرف سنة جارية قوله ـ عليه السلام ـ لهند: (**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**) . فأطلق لها أن تأخذ من متاع زوجها ما تعلم أن نفسه تطيب لها بمثله "[2]، فلم يقدر لها ما تأخذه لولدها ونفسها، فثبت أنها غير مقدرة وأنها على قدر كفايتها، وهو المعتاد من النفقة عند الناس، يقول القاضي عبد الوهاب:" فردها إلى العلم بمقدار كفايتها ولم يقدر بحد، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما وجب أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف، فكذلك يلزمه بدل النفقة لها "[3].

وقد وبيّن ذلك ابن حجر ـ رحمه الله ـ في فتح الباري بقوله:" فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي"[4]. وذكر ذلك أيضا النووي[5].

فيفهم منه صلّى الله عليه وسلم أنّه أحالها على العرف والعادة المتعارف عليها في أمر تقدير نفقتها ونفقة بنيها ولم يحددها بنص شرعي.

---

[1]. رواه البخاري في صحيحه، مصدر سابق، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث 5364، (65/7).

[2]. شرح صحيح البخاري لابن بطال: ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت 449هـ)،تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد ، السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، 2003م،(334/6)

[3]. المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)،تح: حميش عبد الحق، أطروحة دكتوراه ، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة،(ص783).

[4]. فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852 هـ)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، إخراجه وصححه: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، (394/4).

[5]. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ، (8/12).

2ـ عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ، قَالَ:(إِنَّ اللهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ لِنَفْسِهِ، فَابْتَعَثَهُ بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ، فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَجَعَلَهُمْ وُزَرَاءَ نَبِيِّهِ، يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ، فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللهِ سَيِّئٌ)[1].

وجه الاستدلال: أن الأمور التي اعتاد عليها الناس واستحسنوها، وتلقتها نفوسهم بالقبول، فهي عند الله حسنة مقبولة شرعا، أي أقرها الله، وما أقره الله فهو حق وحجّة ودليل[2].

ج ـ من المعقول: أمّا من جهة المعقول فالعرف له سلطان كبير على النفس، ويتمتع بالاحترام العظيم في القبول، وهو طبيعة ثانية للناس، يرضون به بسهولة، ويحقق مصالحهم ومنافعهم[3]؛ فالباعث عليه أول الأمر حاجة الناس إليه؛ فلو منعوا منه بعد اعتيادهم لوقعوا في ضيق وحرج كبير، فإقرار الأمر المتعارف عليه فيه تخفيف على الناس ودفع للحرج عنهم، لا سيما وأنّ رفع الحرج أصل قرره القرءان الكريم والسنة المطهرة. ففي القرءان الكريم:

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ الحج [76].

وقوله أيضا: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ البقرة [184].

---

[1]. مسند الإمام أحمد بن حنبل للإمام أحمد بن حنبل (241 ه)تح: شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 2001 م، باب مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، رقم الحديث:3600،(84/6).حسنه الإمام أحمد.

[2]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجيدي، (ص58)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة، (ص24).

[3]الوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق ، (267/1).

وفي السّنة المطهرة قول النّبي صلى الله عليه وسلم :"**إِنَّمَا بُعِثْتُ بالحَنِيفيّة السَّمْحَة**"[1]، وغيرها من النصوص، ورفع الحرج هو نوع من المصلحة، والشريعة جاءت لتحقيق المصالح، ولتحقيقها لا بد من اعتبار الأعراف ومراعاتها، وبذلك يكون العرف الصحيح دليلًا وأصلًا من أصول الاستنباط[2]، ثم إن الضرورة قاضية بلزوم اعتبار العوائد ومراعاتها وبناء الأحكام عليها.

فمن خلال ما سبق يرى الباحث أن وجهات نظر العلماء تتفاوت في طريقة الاستدلال على اعتبار العرف وإثبات حجّيته، مع إقرار أهميته والرجوع إليه، وبناء الأحكام عليه؛ فالعلماء مع اختلافهم في طريق الاحتجاج بالعرف إلا أنهم متفقون بالجملة على حجّيته واعتباره، ولعلّ المذهب المالكي و الحنفي أكثرهما توسعا و عملا به. وكونه محل اتفاق في اعتباره بين المذاهب لأنه يرجع إلى معنى الفطرة والطبيعة الجبلية للناس[3].

ومما يؤكّد كذلك أنّ العرف قوة ملزمة ومرجعا في التشريع والفتوى ما شاع في أقوال الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية، أن العادة محكمة وأن استعمال الناس حجة يجب العمل بها، وأن الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف، وأن العرف في الشرع له اعتبار، وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، وأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، حتى صارت هذه العبارات وما يماثلها أساسًا لقواعد فقهية استقرت في الفقه الإسلامي وفي تشريعات العديد من الدول الإسلامية، وتأكد بمقتضاها ما للعرف من دور متميز في بناء الأحكام والفتاوى الفقهية وتعديلها وتفسيرها.

لكن رغم ما للعرف من هذه المكانة إلا أن العلماء لم يتركوا الباب مفتوحا على مصراعيه؛ بل ضبطوا حاكميّته بضوابط محدّدة تميّز العرف الصالح الصحيح من الفاسد الملغى؛ وبذلك

---

[1]. مسند الإمام أحمد، مصدر سابق، ؛ رقم الحديث: 22292، (625/36)، اسناده حسن؛ المعجم الكبير للطبراني: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللّخمي الشامي أبو القاسم الطبراني(360هـ)، تح: حمدي بن عبد الله المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة: الثانية، رقم الحديث:7715، (170/8).

[2]. الوجيز في أصول الفقه الإسلامي محمد مصطفى الزحيلي، (268/1).

[3]. مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور الناشر: دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، و دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع و الترجمة، الطبعة: السابعة، 2016، (ص65).

أحكموا السيطرة على سلطان العادة، وقطعوا الاسترسال مع أهواء الناس وأغراضهم الفاسدة، وهذا ما تضمنه المطلب الآتي.

المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.

إنّ الشّيء الذي يجعل موقف الإسلام مميزا في التعامل مع الأعراف التي عرفتها المجتمعات هو تطهيره لذلك التراكم الكبير من العادات والتقاليد التي أصبحت في كثير من الأحوال سببا في انحراف الناس عن الطريق. لذا فإنّ ما تقدم بيانه من الاعتبار الشّرعي للعرف، وماله من سلطان في الأحكام العملية مشروط بشرائط وضوابط وضعها العلماء؛ لتكون هذه الضوابط بمثابة الفيصل بين الأعراف الفاسدة الملغاة وبين الأعراف الصحيحة المعتبرة، وتتمثل هذه الضوابط في:

1. عدم مخالفته لنص شرعي أو أصل قطعي.

لا تخل مخالفة العرف للنص الشرعي من حالتين:

ـ الحالة الأولى: مخالفة العرف للنص الشرعي من كل وجه: ففي هذه الحالة لا مناص من رد العرف والحكم ببطلانه، وإلا كانت مدعاة لانتشار الأعراف الباطلة الفاسدة، وبالتالي تتعطل أحكام الشريعة، لذلك فكل ما جاء من الأعراف والعوائد مخالف ومناقض لأحكام الشريعة ومقاصدها يضرب عرض الحائط ولا يلتفت إليه مهما كان درجة شيوعه وانتشاره؛ لأنّ هذا لا يكسبه استقرارا في النفوس ولا قبولا لدى العقول السليمة[1]، قال الولاّتي عند شرحه قول ابن عاصم:

ومقتضاهما معا مشروع في غير ما خالفه المشروع.

[1]. أثر العرف في الفرق ومتعلّقاتها من أحكام فقه الأسرة لإلهام باجنيد، مرجع سابق، (ص104)؛ الوجيز لعبد الكريم زيدان، مؤسسة قرطبة، (ص256)؛ الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (59/30).

ويعني ذلك: أن العرف معمول به في الشرع ما لم يخالف دليلا شرعيا، فإنه حينئذ يجب نبذه واعتماد الدليل الشرعي؛ لأن الشرع حق والعرف باطل، والشريعة لا تنسخها العادة[1]، قال ابن عابدين: "إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص، فلا شك في رده كتعارف الناس كثيرا من المحرمات من الربا، وشرب الخمر، ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا"[2]، ولذا جاء الإسلام بإلغاء كثير من أعراف الجاهلية كالتبنّي ونكاح الشّغار وحرمان النساء من الميراث[3].

ـ **الحالة الثانية**: أن تكون مخالفة العرف للنص من بعض الوجوه دون بعض: بحيث لا يترتب على ذلك تعطيل للنص، وذلك لإمكانية التوفيق بينهما بالتخصيص أو التقييد[4]، أو كان النص المخالف مباينا للعرف معللا به، أو كان العدول عن النص للعرف استحسانا، فيعتبر العرف في هذه الحالات، ولا يلغى لإمكانية التخلص من المخالفة والمعارضة، وفي هذا إعمال للنص والعرف جميعا بقدر الإمكان[5].

وقد ذكر ابن أمير الحاج أن العرف العملي لقوم مخصص للعام الواقع في مخاطبتهم وتخاطبهم[6]، وذكر الدسوقي ـ رحمه الله تعالى ـ أن العرف الفعلي يعتبر مخصصا ومقيّدا، ولا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء، ونقل الوَانُّوغِيُّ عَنْ الباجي أنّه صرّح بأنّ العرف الفعلِيّ

---

[1]. نيل السول على مرتقى الوصول لمحمد يحي الولاتي: محمد يحي بن محمد المختار بن الطالب عبد الله (1330هـ)، تقديم وتصحيح: بابا محمد عبد الله محمد يحي الولاتي حفيده، مطابع دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1992م، (ص198).

[2]. رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، (116/2).

[3]. العرف والعمل في المذهب المالكي للجيدي، مرجع سابق، (ص107).

[4]. الأشباه والنظائر لابن نجيم، مصدر سابق، (ص82،83)؛ رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، (116/2)؛ الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة لحسن بن محمد المشّاط: حسن بن محمد بن عباس بن علي بن عبد الواحد بن عباس المشاط المالكي(1399هـ)، تح: عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية،1411هـ، (ص271).

[5]. العرف والعمل في المذهب المالكي للجيدي، (ص108)؛ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في الفقه المالكي لمحمد عبد الله ابن التمين، دار الشؤون الإسلامية والعمل الخيري ،دبي، الطبعة: الأولى،2009م، (ص81).

[6]. التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، مصدر سابق، (282/1).

يُعتَبر مُخَصّصا، وَمُقيِّدًا، قَالَ وَبِهِ يُرَدُّ مَا زَعَمَهُ القرافِيّ وصَرَّح اللَّخْمِيّ بِاعْتِبَارِهِ أَيضا[1]. ومن العلماء من فرّق بين العرف القولي والعرف العملي، فقالوا: أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص النص العام، بخلاف العرف اللفظي، وهو مذهب جمهور الشافعية[2]، وجمهور الحنابلة[3] وبعض الحنفية. و سنذكر رأي المذاهب لاحقا في المبحث الرابع في جزئية العرف الصالح للتخصيص إن شاء الله.

ويرى الباحث أن العرف إذا كان مخالفا لنص شرعي أو أصل قطعي من بعض الوجوه دون بعض؛ حيث يمكن التوفيق بينهما، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، ففي هذه الحالة العرف معتبر دون النظر في كونه لفظيا أو عمليا، فيكون إما مخصصا أو مقيدا للنص الشرعي؛ لأنه لا مسوغ للتفريق بينهما ما دام مناط التخصيص واحدا، وهو تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له، ثم إن أعراف الناس وعوائدهم إذا لم تخالف الشرع سواء في تخصيص العام بالعرف القولي أو الفعلي، فلا حرج أن نأخذ بالعرف العملي كما أخذنا بالعرف اللفظي، لأننا وجدنا في تراث الأمة أن كثيرا من أهل العلم قد خالفوا أصل مذهبهم القائل بالمنع في التخصيص للعموم بالعرف العملي كما قرّر ذلك النووي بقوله: "وأما العوائد الفعلية، فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها، وذكروا لها أمثلة منها: تنزيل الدراهم

---

[1]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص212)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ، (140/2).

[2]. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، (631هـ)، تعليق:عبد الرزاق عفيفي، دار المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة: الثانية،1402هـ، (334/2)؛ الإبهاج في شرح المنهاج(على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي(685هـ) للسبكي: علي بن عبد الكافي السبكي(756) وولده تاج الدين عبد الوهاب(771هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت،1984م، (2/ 181).

[3]. المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، جمعها وبيضها: أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني الدمشقي (ت 745هـ)، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، وصورته دار الكتاب العربي، (ص123).

المرسلة في العقود على النقد الغالب"[1]. ووضح ذلك السّيوطي فقال:" إنما تعتبر العادة إذا اطّردت، فإذا اضطربت فلا"[2]. فالعرف كما هو واضح يخصص العام سواء كان خاصا أو عاما، قوليا أو فعليا، والضّابط في ذلك هو الاطّراد.

وقد ذكر الإمام الولاّتي أن كل ما تدخل فيه العادة سواء العادة القولية والفعلية من الأحكام الشرعية فهي عاملة فيه، أي محكَّمة فيه، تخصّصه إن كان عامّاً، وتقيّده إن كان مطلقاً، وتبيّنه إن كان مجملا[3]. و هذا مذهب جمهور محققي المالكية خلافا لما ذهب إليه القرافي من أن العرف العملي لا يخصص العام ولا يقيد المطلق، وتبعه الونشريسي؛ حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام[4].ومن الأمثلة: **قوله تعالى:** ﴿ وَلاَ تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ **النور [4].** فلفظ أبدا تدل على المستقبل، والعادة تدل على أن الإنسان لا يعيش أبدا؛ لأن القاذف يموت؛ لذلك خصّصته العادة بمدى الحياة[5].

ـ وقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام رضي الله عنه:" **لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ** "[6]. فلفظ (ما) تفيد العموم، أي ورود النهي عن بيع كل ما لا يملكه الإنسان. وقد أجاز الفقهاء عقد

---

[1]. المجموع شرح المهذب للنووي:أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت 676 ه)، تصحيح: لجنة من العلماء إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، عام النشر:1344 . 1347 ه، صورته دار الفكر، بيروت، (417/11).

[2]. الأشباه والنظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص92).

[3]إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك لمحمد يحي بن محمد المختار الولاّتي(1330ه)، تعليق: مراد بوضايه، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2006م، (ص201).

[4]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص212)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (1/ 140)؛ العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي، مرجع سابق، (ص175).

[5]. العقد المنظوم في الخصوص والعموم، تح: أحمد الختم عبد الله، أصل التحقيق: رسالة دكتوراه في أصول الفقه، جامعة أم القرى، المكتبة المكية، دار الكتبي، مصر، الطبعة: الأولى، 1999م، (295/2 ـ 296) .

[6]. أخرجه الترمذي في السنن، تح: بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1996م، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم:1232، (514/2)؛ سنن ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه

الاستصناع مع دخوله في عموم النهي؛ لأنه لم يلزم من جوازه إبطال النص، بل عمل بهما جميع، فعمل بالعرف في الاستصناع، وبالنص فيما عدا ذلك[1].

2ـ أن يكون العرف مطردا غالبا.

يقصد بالاطراد أن يكون عاما شائعا مستفيضا بين أهله؛ بحيث يعرفه جميعهم في البلاد كلها أو في إقليم خاص؛ مستمرا العمل به في جميع الحوادث، أي لا يختلف. ومعنى الغلبة أنها لا تختلف كثيرا؛ بحيث يجري العمل به في أكثر الحوادث، ويعبر بعض الفقهاء عن هاذين الضابطين في كتبهم بـ: (الانضباط)[2]. وهذا الشرط يجعل العرف مقطوعا به، متيقنا من وجوده، ولا يقدح في اعتباره تخلفه في بعض الحالات على جهة الندور والقلة[3]، وقد ذكر الإمام الشاطبي ضرورة ان يكون العرف غالبا مطردا فقال:" وإذا مانت العوائد معتبرة شرعا، فلا يقدح في اعتبار انخرامها، ما بقيت عادة في الجملة"[4]، وهو ما أكّده الإمام السّيوطي رحمه الله تعالى بقوله: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"[5].

ومعنى هذا الشرط ـ الاطراد والغلبة ـ هو اشتراط الأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكما في الحوادث، لا النصاب العددي الداخل في تكوينه؛ لأن الاطراد والغلبة لا يستلزمان أن العرف

يزيد (ت 273 ه)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، رقم:2187، (308/3). قال الألباني: حديث صحيح.

[1]. أثر العرف في التشريع الإسلامي، السيد صالح عوض، (ص211).

[2]العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص58)؛ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزوقا، (897/2)؛ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في الفقه المالكي لمحمد عبد الله بن التمين، (ص84).

[3]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجيدي، (ص105)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة،(ص57)؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا(1358ه)، تقديم وتعليق: مصطفى أحمد الزوقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1989م،(ص 60 ـ 61).

[4]. الموافقات للشاطبي، (288/2).

[5]. الأشباه والنظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص92).

عاما، فعموم العرف غير اطّراده، فقد يكون العرف شائعا بين جميع الناس وقد يكون خاصا ببقعة معينة، ومع ذلك يكون مطردا. فيشترط للعرف العام والخاص الاطراد لاعتباره وتحكيمه[1].

وقد يعبّر أحياناً عن هذا الشرط بالعموم، فيقال يشترط في العرف أن يكون عاماً، ويراد بالعموم أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث لا يعرفه العام فقط؛ لأن هذا الشرط وارد في العرف العام والخاص على السواء[2] .

وإنما اشترطت الغلبة والاطّراد في العرف لأنّ بهما يكون تقرره بين الناس وتمكنه من نفوسهم، ووجودهما في أمر قرينة على إرادته من صاحبه عملا كان أو قولا، فيدلان على أن ذلك الأمر المتعارف محتاج إليه؛ فيشرع له من الأحكام ما يناسبه[3].

والعبرة بالاطّراد والغلبة إنما تعرف بواقع الحال لا بما هو مكتوب ومسطور في الكتب لاحتمال وجواز التبدل بحسب الزّمان أو المكان[4].

وبهذا الشرط تخرج العادة المشتركة والنادرة، ونعني بالعادة المشتركة تلك التي تساوى فيها الوقوع والتخلف، أي يتساوى العمل بها وعدمه، أما النادرة فهي ما كان تخلفها أكثر من جريانها، فلا تعتبر لوجود عادة راجحة تقابلها وبالتالي تكون هي المرجوحة، أو تكون نادرة الوقوع بحيث لا يغلب على الظن علم الناس بها[5]، ولذلك من القواعد المقررة أنّ" العبرة للغالب الشائع لا النادر".

النادر".

---

[1]. المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، (898/2).

[2]. العرف والعادة لأبي سنة، (ص56)؛ أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة لإلهام باجنيد، مرجع سابق، (ص96وما بعدها)؛ الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (58.57/30).

[3]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص74).

[4]. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية،1995م، (ص218).

[5]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص57)؛ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، (898/2)؛ تيسير القواعد وتهذيب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص251).

3ـ أن لا يعارض العرف تصريح بخلاف.

إذا سكت المتعاقدان في عقدهما عن الأمر المتعارف عليه بينهم، فإنه يحمل العقد على العرف، ولزم كل منهما بمقتضاه، وهذا الإلزام من قبل الدلالة، ومن هذا قول الفقهاء: المعروف عرفا كالمشروط شرطا والثّابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي[1]، لكن إذا صرح أحدهما بما يخالف العرف، فالعبرة بالتصريح لا بالعرف، سواء كان التصريح قولا أو فعلا، لأن صراحة القول أقوى من دلالة العرف وهذا ما يوافق القاعدة الفقهية: "لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح"[2]. قال العز بن عبد السلام موضّحا هذا الشرط: " كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"[3].

ومثاله: كأن يكون العرف استثناء الليل من العمل، فاشترط رب العمل على العامل العمل ليلا، فلا عبرة بالعرف حينئذ.

أو أنّ العرف الغالب عند التجار أن تباع السلع نقدا، حالّة دون تأجيل للثمن، فلو اتفقا المتعاقدان على بيع التقسيط في بيعها، ينصرف العمل فيها إلى هذا التصريح، ولا يلتفت إلى عرف التجار.

4ـ أن يكون العرف قائما عند إنشاء التّصرّف.

[1]. د رر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي(1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجبل، الطبعة: الأولى،1991م، (51/1)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء، (ص67). .

[2]. د رر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، مرجع نفسه، (31/1).

[3]. قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز، علق عليه وراجعه: طه عبد الرؤوف سعد، مصدر سابق، (186/2).

ومعنى هذا أن يكون العرف سابقا على حدوث التصرف ومقارنا له، فلا عبرة بالعرف الطارئ على التصرف أو الحادث بعده، وكذلك لا عبرة بالعرف السّابق الذي تغيّر قبل إنشائه[1]؛ لذلك يعتبر هذا الشرط من الضوابط التي تتماشى مع الواقع، فمتى أقيم عرف بعد إنشاء التصرف فإنه لا يلتفت إليه؛ لأنّه عبرة بالعرف الطارئ، بخلاف لو كان العرف مقارنا لإنشاء التصرف أو سابقا عليه فإنه معتبر[2]، قال الإمام القرافي:" العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق فإن النطق سالم عن معارضتها ...إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها، فكذلك نصوص الشريعة لا تؤثر في تخصيصها إلاّ ما قارنها من العوائد"[3].

وذكر الإمام الشاطبي أن العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن ومن بلد إلى آخر؛ فإنه لا يقضى بها البتة على ما تقدم حتى يقوم الدليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه، فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها[4]. وقال الإمام السّيوطي . رحمه الله تعالى ـ:"العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، فلا عبرة بالعرف الطارئ"[5].

وخلاصة القول أنّ في هذا الكلام ما يدلّ دلالة واضحة وصريحة على أن العرف المعتبر في حادثة معينة، وفي زمن معين، لا بد أن يكون جاريا معتمدا وقت وقوعها، ولهذا لا يمكن أن تحكيم عرف قديم على ما يكون مستقبلا وبمعنى آخر لا يمكن استصحاب عرف قديم على مسائل مستقبلية ما لم يكن ذلك العرف ثابتا مستقرا.

---

[1]. العرف و العمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي، (ص110 ـ 112).

[2]. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة،(ص65)؛ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في الفقه المالكي لابن التمين، (ص86).

[3]. تنقيح الفصول للقرافي، مرجع سابق، (ص211).

[4]. الموافقات للشاطبي، تح: أبو عبيدة مشهور بن الحسن آل سلمان، مصدر سابق، (509/2).

[5]. الأشباه و النظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص96).

فهذه أهمّ الشّروط والضّوابط التي اشترطها الفقهاء ليكون العرف معتبرا شرعا وترد إليه مسائل الناس ويفصل به في أقضيتهم، وهناك من أضاف شروطا أخرى، وهي أن:

5ـ أن يكون العرف ملزما: ومعنى ذلك: أن يتولد لدى الأفراد اعتقاد أن هذا العرف أو العادة ملزمة وواجبة الاتّباع، لها في نفوسهم ما لسائر النصوص الشرعية من احترام[1].

والحقيقة أن هذا الشرط لم يقل به أحد على حسب كلام الشيخ أبو سنة؛ إذ يعتبر النتيجة الحتمية لتوفر تلك الشروط المذكورة آنفا، وليس شرطا في اعتباره[2].

6ـ أن يكون العرف عاما: اختلف في اعتبار هذا الشرط على قولين، بين مشترط له وهو قول بعض الحنفية ومن وافقهم من الشافعية[3]، وغير مشترط له وهم المالكية ومن وافقهم[4].

ويمكن إرجاع هذا الشرط إلى شرط الاطراد والغلبة، فليس من شرط اعتبار العرف أن يكون عاما؛ بل يعتبر العرف العام والخاص إذا تحقق فيهما معنى الغلبة والاطراد. فقد يكون عاما ولا يكون غالبا أو مطّردا[5].

---

[1]. العرف و العادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص66).

[2]. العرف و العادة في رأي الفقهاء، لأحمد أبو سنة، مرجع سابق، (ص66)؛ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في الفقه المالكي لابن التمين، (ص88).

[3]. رسائل ابن عابدين، مصدر سابق، (116/2)؛ أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض، (196ـ 197).

[4]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (448)؛ أثر العرف في التشريع الاسلامي للسيد صالح عوض، مرجع سابق، (196ـ 197).

[5]. أثر العرف في التشريع الاسلامي للسيد صالح عوض، (ص205).

المطلب الثالث: أهم الإشكالات الأصولية والفقهية التي يطرحها العرف.

تكمن الإشكالات التي يطرحها العرف في علاقة التّقابلات التي يفرزها مع ثلاث موضوعات أساسية، وهي الشّرع، واللّغة، والعرف المقابل.

الفرع الأول: تعارض العرف مع الشرع: هذه الحالة ذكرت سابقا في شروط اعتبار العرف في الضّابط الأوّل.

الفرع الثاني: تعارض العرف اللفظي مع الوضع اللغوي: هذه الحالة تظهر في نوع العرف القولي، وذلك عندما يتعارض أسلوب التعبير الذي يستعمله الناس في التّعبير عن مقاصدهم عن الوضع اللّغوي الحقيقي، خاصّة في المجالات التي تترتّب عليها أحكام شرعية، مثل مسائل النكاح والطلاق والأيمان، وغيرها.

وقد ذهب الحنفية والمالكية وجمهور الحنابلة وبعض الشافعية أن في هذه الحالة تقدم الدلالة العرفية، لما لها أثر في سلوك وتصرّفات الناس الحياتية ولعموميّتها[1]. ومن الأمثلة التي ساقها الفقهاء ما نقل القرافي أنه جاء في مدونة الإمام مالك: "إذا قال الرجل لامرأته: أنت علي حرام، أو خلية، أو برية، أو وهبتك لأهلك، يلزم الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من الثلاث، لأن هذه الألفاظ اشتهرت في عرف استعمال القديم في إزالة العصمة، واشتهرت في العدد الثلاث، مع أن صيغة الكلام يدل على الإخبار الماضي أو الحاضر، أن زوجته حرام عليه، وهذا كذب؛ لأن الزوجة حلّ لزوجها، لكن انتقلت في العرف إلى إزالة الحكمة والعدد الثلاث وإنشاء

[1]. الأشباه والنظائر لابن نجيم، مصدر سابق، (ص83)؛ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي:أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي(ت1098هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1985م، (305/1)؛ الفروق للقرافي، مصدر سابق، (189/1)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش، مرجع سابق، (49/3)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص93 ـ 94)؛قواعد ابن رجب، مصدر سابق، (ص274).

الحرمة"[1]. ومنها كعدم اعتبار دلالة (دابة) مستغرقة للإنسان، وكذلك لفظ (اللحم)غير متضمن لحم السمك، وغيرها من الأمثلة.

الفرع الثالث: تعارض العرف مع عرف مقابل: من المعلوم أن الأعراف تختلف من مصر إلى مصر ومن عصر إلى عصر، ولا شك أن هذا التنوع والاختلاف له من الإيجابيات الكثيرة والعديدة التي تصب في مقصد واحد وهو مصلحة الناس، وهنا يستوجب على الفقيه معرفة وفهم تلك الأعراف المتعارضة، سواء كان هذا التعارض بسبب أعراف استحدثت تتناسب مع المتطلبات الآنية مكان أعراف قديمة مسها الركود، قال القرافي في هذا الباب: " فمهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط أسقطه"[2]. أو كان التعارض بسبب تقابل عرف عام مع عرف خاص. وَالضَّابِطُ في هذه الحالة ما قاله الإمام السّيوطي: " أنّه إن كان المخصوص محصورا لم يؤثّر، كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقلّ مما استقر من عادات النساء رُدَّت إلَى الغالب في الأصحّ. وقيل: تُعْتَبَر عَادَتُهَا، وَإن كان غير مَحصورٍ أُعْتبِر كما لو جرَت عادة قومٍ بحفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهارا فهل يُنَزَّلُ ذلك مَنزِلةَ العرف العام في العكس ؟ وَجْهَانِ الأصحّ: نَعَمْ "[3].

وما نخلص إليه من هذا المبحث، أنّ الأهمّ الذي يعنى به في هذا الموضوع، ليس في مسألة حجّية العرف أو شروطه أو الإشكالات التي يطرحها مع الشرع أو اللغة أو عرف مقابل؛ لأنّ مصادر الوحي وفّرت كل الشّروط من أجل التمييز بين العرف المعتبر شرعا وغيره، وإنما الأهم يكمن في القضاء على تلك الأعراف الفاسدة والحد من انتشارها في المجتمع المسلم بالطّرق والوسائل التي حدّدها الشرع في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو الإصلاح بصفة عامة، والله أعلم.

[1]. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي، مصدر سابق، (ص222 ـ 223).
[2]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (191/1) و(176/1).
[3]. الأشباه والنظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص95).

المبحث الثالث: أهمّ القواعد المتعلّقة بالعرف ومجالات إعماله.

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالعرف وميادين إعماله؛ إذ تعتبر هذه القواعد حاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي، وهي ذات أهمية بالغة؛ لأن الذي يضبط الفقه بقواعده يستغني عن حفظ الجزئيات لاندراجها في الكلّيات، فالقواعد الأصولية تركّز على جانب الاستنباط، بينما القواعد الفقهية مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة لمعرفة الرابط بينها، وهذه الأخيرة قد تتداخل مع القواعد الأصولية في العرف. وللإحاطة بهذه القواعد ومجالات العرف ارتأينا إلى تقسيم المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: أهمّ القواعد الأصولية المتعلّقة بالعرف

المطلب الثاني: أهمّ القواعد الفقهية المتعلّقة بالعرف

المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف.

القواعد في الشّريعة قسمان: قواعد أصولية منسوبة إلى علم أصول الفقه، وقواعد فقهية منسوبة إلى علم الفقه، والإمام القرافي يعتبر أوّل من ميّز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية، فقد جاء في مقدمة الفروق ما يلي: " فإن الشريعة المعظمة المحمدية ـ زاد اللّه تعالى منارها شَرَفًا وعلوًا ـ اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيع،

ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك.

والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه"[1].

المطلب الأول: القواعد الأصولية المتعلّقة بالعرف.

تعتبر القواعد الأصولية الأسس التي على وفقها تستنبط الأحكام الشرعية، ولما كانت القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف قواعد تتعلق بمصدر من أهم مصادر التشريع الإسلامي وأكثرها أثرا في الأحكام الشرعية ألا وهو العرف؛ عرّفت بأنها: هي الأسس التي تبيّن كيفية إعمال العرف في التشريع الإسلامي؛ حيث تحدد هذه القواعد وجوه تأثير العرف في الأحكام الشرعية، فكانت بمثابة حصن للمجتهد تعصمه من الزّلل والخطأ حين يعتمد على العرف في استنباط الأحكام الشرعية؛ لأنها تبين كيفية الاعتماد عليه في فهم النّصوص الشّرعية في كونه مفسّرا أو مخصّصا أو مقيّدا لها، كما تحدّد كذلك الأحكام التي تتغيّر بالعرف والتي لا تتغيّر به[2].

[1]. الفروق ـ أنوار البروق في أنواء الفروق ـ للقرافي، (2/1 ـ 3).

[2]. القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح جابر، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، تاريخ قبوله للنشر 2003/11/23م، (ص10).

وأهمّ هذه القواعد تتمثل في: قاعدة: **يحمل الكلام على عرف التخاطب**، وقاعدة: **العرف يضبط ما لم يضبطه الشّرع واللغة**، وقاعدة: **الأحكام المرتّبة على العوائد تتبع العوائد وتتغيّر عند تغيّرها**.

الفرع الأول: قاعدة: يُحمل الكلام على عرف التخاطب.

أ. توضيح وبيان القاعدة

الأصل أن يحمل الكلام على حقيقته اللغوية دون المجاز؛ لأن الحقيقة هي الأصل الراجح المقدم في الاعتبار[1]، وذلك أن المعنى الحقيقي هو الذي يتبادر إلى الأذهان عند إطلاق اللفظ دون حاجة إلى قرينة تعينه، إلا في حالة وجود دليل أن المتكلم أراد المجاز[2]. لكن هذا الأصل مقيّد فيما لم توجد قرينة صارفة عن الحقيقة اللغوية، ومن تلك الصّوارف والقرائن العرف، فإذا كان ثمّة معنى عرفي في كلام المكلّف يخالف المعاني الحقيقية له؛ وجب حمل كلامه على ما يقتضيه ذلك العرف دون المعاني الحقيقية، وذلك أن هذا المعنى العرفي أصبح مقصود النّاس في كلامهم؛ حيث يتبادر إلى الأفهام دون قرينة، بينما لا يتبادر المعنى الوضعي إلا بقرينة صارفة، فيصير المعنى العرفي بمثابة المعنى الحقيقي للفظ، والمعنى الحقيقي بمثابة المعنى المجازي[3]، يقول الإمام الباجي:"فإذا ورد شيء من الألفاظ العرفية وجب حملها على ما عرف بالاستعمال فيه، من الجهة التي وردت منها"[4]. وقال الإمام السّرخسي: "تترك الحقيقة بدلالة الِاستِعمَال عرفا؛ لأنّ الكلام موضوع

---

[1]. البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت 794هـ)، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1994م، (105/3).

[2]. المستصفى للغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1993م، (ص190).

[3]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، مرجع سابق، (48/1)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، مرجع سابق، (ص273).

[4]. الإشارة في أصول المالكية، مطبوع بهامش حاشية محمد الهدة السوسي على قرة العين شرح ورقات إمام الحرمين الجويني، لأبي الوليد الباجي، المطبعة التونسية، نهج سوق البلاط، تونس، الطبعة: الثالثة، 1351 هـ، (ص47).

للإفهام والمطلوب بِهِ مَا تسبق إِلَيه الأوهام فَإِذا تعارف النَّاس استِعمَاله لشيء عينا كان ذلك بِحكم الِاستِعمَال كالحقيقة فِيهِ"[1].

ويقول الإمام الزّركشي: "اللّفظ الصّادِر من المكلف إذا عرِف مَدْلُولُهُ في اللّغةِ أو العرف لم يجز العدول عنه إلا بأمور: أحدها أن يُنْقَلَ عَنهُ وَيَصِيرُ حقِيقَة عرفية في غيره كالدابة في الحمار فحينئِذ يُحمَلُ كَلَامُ المتكلم بها من أهل العرف على ذلك ؛ لأنه مَدلُولُهُ حينَئذ وإن لم يكن مَدلُولُهُ فِي اللّغة، وَصار ذلِكَ كالنّاسخِ في الأحكام "[2].

هذا عن كلام المتكلّم، والأمر كذلك بالنسبة لكلام الشّارع؛ فالأصل في الألفاظ الشّرعية أن تحمل على معانيها الحقيقية اللّغوية ما لم يكن للشّارع وأهل اللغة عرف في تلك الألفاظ؛ وإلاّ حملت عليه؛ لأنّ الغالب من الشّارع أنّه إذا أطلق لفظا وله موضوع في عرفه، أنه لا يريد غيره، يقول الإمام القرافي:" القاعدة: أن من له عرف وعادة في لفظ إنّما يحمل لفظه على عرفه فإن كان المتكلم هو الشرع حملنا لفظه على عرفه وخصصنا عموم لفظه في ذلك العرف إن اقتضى العرف تخصيصاً، أو على المجاز إن اقتضى المجاز وتركا الحقيقة، أو إضمار أو غيرهن وبالجملة دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة؛ لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ"[3]؛ أي أنّها تحمل أوّلا على العرف الشّرعي، فإذا لم يوجد حملت على العرف اللّغوي، فإذا لم يوجد حملت على الحقيقة اللغوية[4].

---

[1]. أصول السرخسي . تمهيد الفصول في الأصول: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 483 ه)، تح: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، صورتها دار المعرفة وغيرها، (190/1).

[2]المنثور في القواعد الفقهية للزركشي: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (794 ه)،تح: تيسير فائق أحمد محمود، راجعه:عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية (طباعة شركة الكويت للصحافة)، الطبعة: الثانية، 1985م، (122/3).

[3]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص211).

[4]. مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت 1393ه)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة: الخامسة، 2001 م، (ص210).

ب . من تطبيقات القاعدة.

هذه النماذج لهذه القاعدة هي على سبيل المثال لا الحصر، والتي شمل تطبيقها على كلام المكلف وكلام الشارع.

أوّلا: كلام المكلف: ذكر القرافي في الفروق،" الفرق التاسع والتسعون والمائة قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه"، وجاء بعدّة أمثلة منها: بيع الأرض وما يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع، ويندرج في لفظ الدار عندنا الخشب المسمَّرِ والتّوابيت ومرافق البناء كالأبواب والرفوف[1]، ثم ذكر أن جميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد.

فلفظ الدابة يحمل على ذوات الأربع، مع أن المعنى اللغوي للدابة هي كل ما يدب على الأرض، لكن هذا المعنى متروك بعرف الاستعمال.

تنبيه: في حالة انتشار اللّهجة العامّية عند النّاس تترك معاني اللغة الفصحى بها؛ لأن اللّهجة العامية أصبحت حقيقة عرفية بين أهلها، فإذا حملناها على الفصحى ألزمنا المتكلمين بما لم يَقْصِدوه[2].

ثانيا: كلامُ الشّارع: من المعلوم أن كلام الشارع يحمل على عرفه إن وجد، فإن فقد يرجع إلى عرف اللغة، وإلا فعلى الحقيقة اللغوية. ومن النماذج على حمل كلام الشارع على العرف الشرعي ما قرره الإمام القرافي؛ حيث يقول: "**قوله صلى الله عليه وسلم لَا يَقْبَلُ اللهُ صلاةً بغيْرِ طَهُورٍ**"[3]، إن حملناه على اللغوي وهو الدعاء لزم أن لا يتقبل الله دعاء بغير طهارة ولم يقل به أحد فيحمل على الصلاة في العرف وهي العبادة المخصوصة فيستقيم[4].

---

[1]. الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، مرجع سابق، (283/3...287).

[2]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، مرجع سابق، (ص274).

[3]. صحيح مسلم، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، دار إحياء التراث العربي ببيروت، وغيرها)، عام النشر: 1955 م،كتاب الطهارة، بَابُ وُجُوبِ الطَّهَارَةِ لِلصَّلَاةِ، (204/1).

[4]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص114).

ومثال حمل كلام الشّارع على العرف اللغوي دون الحقيقة اللغوية، ما احتج به المالكية على أن البكر يجبرها أبوها على النكاح، وذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " **لا تُنْكَحُ اليَتِيمَةُ حَتَّى تُسْتَأْمَرُ**"[1]. فاليتيمة من لا أب لها، ومفهومه أن غير اليتيمة تنكح من غير استئمار، فيقول المخالف أن اليتم في اللغة هو الانفراد، بمعنى أن اليتيمة هي التي لا زوج لها، وإذا كان هذا هو المراد لم يكن ثمة في الخبر دليل. فكان الرد: أن عرف اللغة في اليتيمة من لا أب لها، وهو المشهور عند أهل العرف، وإذا كان كذلك كان حمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من حمله على المجاز العرفي[2].

الفرع الثاني: قاعدة العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع.

أ. توضيح وبيان القاعدة.

إنّ النّاظر في نصوص الشّريعة يلمح ورود بعض الألفاظ التي تعلّقت بمعانيها أحكام شرعية، لم يُبيّن الشّارع الحكيم الضّوابط التّي تتحقّق بها معاني هذه الألفاظ، حتّى يتمكن المجتهد من تطبيق تلك الأحكام الشرعية المعلقة بها، كما أنه لم يرد وضع لغوي يُبيّن تلك الضّوابط، فكان لا بدّ من الرّجوع إلى العرف في تحديد وضبط هذه الضوابط. لذلك فإن هذه القاعدة تتعلّق بمطلقات ألفاظ الشّارع التي تحتاج في تطبيقها إلى تحديد وتقييد، وذلك بإحالتها على العرف السّائد وقت تنفيذ الحكم، فما لم يعرف له حدّ في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف[3]. قال

---

[1]. جاء في صحيح البخاري بلفظ لا تنكح الأيم، صحيح البخاري، مصدر سابق، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم الحديث:5136، (17/7)؛ المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم: أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (ت 430هـ)، تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1996م، كتاب النكاح، بَابُ اسْتِئْمَارِ الأَيِّمِ وَالبِكْرِ، رقم الحديث:3306، (83/4 ـ 85).

[2]. مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول لأبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني (ت771هـ)، تح: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة المكرمة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1998م، (ص476...478).

[3]. تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد بن علي بن حسين المكي المالكي(ت1367هـ)،بهامش الفروق (190/1)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص270)؛ القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح جابر، مرجع سابق، (ص31).

الإمام السّيوطي: "قال الفقهاء: كل ما ورد في الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"[1]. فلا بدّ من تحديد الضابط في كل لفظ ورد في نصوص الشارع؛ إذا لم يكن له ضابط في الشرع ولا في اللغة، ضرورة تطبيق الحكم الشرعي الذي علّق تطبيقه على تحقق معنى ذلك اللفظ، وهو ما يسمى بـ: تحقيق المناط، إذ يعتبر العرف أحد المسالك التي يسلكها المجتهد لتحقيق المناط، جاء في نثر الورود:

بعد الحقيقيِّ أتى العُرْفِيُّ ... وبعدَ هذينِ أتى الشَّرْعيُّ

ومعنى ذلك أن الوصف المعلَّل به قد يكون حقيقيًّا، وقد يكون عرفيًّا، وقد يكون شرعيًّا، وذكر فيه أن الحقيقيَّ مقدَّم على العرفي، والعرفي مقدَّم على الشّرعي[2]. ويؤكّد ابن النجّار هذا المعنى حيث يقول: "ومأخذ هذه القاعدة وموضعها من أصول الفقه في قولهم: الوصف المعلل به قد يكون عرفيا، أي من مقتضيات العرف، وفي باب التّخصيص، في تخصيص العموم بالعادة"[3].

ويشهد لهذه القاعدة قوله صلّى الله عليه وسلّم لهند بنت عتبة رضي الله عنها: **"خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدكِ بالمَعْرُوفِ "**[4]. وفيه دلالة على اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشّرع.

والفرق بين القاعدتين[5] يكمن في أن قاعدة: يحمل كلام المخاطب على عرفه تبيّن أثر العرف في تفسير ألفاظ الشارع والمكلف، فتجعل منه صارفا للمعنى اللغوي لتلك الألفاظ ناقلا إيّاها إلى المعاني العرفية. أما قاعدة العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع واللغة، فإن العرف هنا لا

---

[1]. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، مصدر سابق، (ص98).

[2]. شرح مراقي السعود المسمى نثر الورود لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (1393 ه)،تح: علي بن محمد العمران، دار عطاءات العلم (الرياض) ، دار ابن حزم ،بيروت، الطبعة: الخامسة، 2019 م (الأولى لدار ابن حزم)(635/2. 636).

[3]. شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي، مرجع سابق، (453/4).

[4]. سبق تخريجه.

[5]. القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح جابر، مرجع سابق، (ص32 .33).

يصادف وضعا لغويا أو شرعيا ليقضي عليه أو يصرف عنه معناه، وإنما يصادف محلا مسكوتا عنه لغة وشرعا، فنقضي بالعرف ضرورة وجود ضابط، ولا ضابط إلا العرف.

ب . من تطبيقات القاعدة: [1]

فمثلا: لم يرد في الشرع ولا في اللغة لفظ يحدد الحرز، فكان لا بدّ من ضبطه وتحديده، ولا يتم ذلك إلا بالرجوع إلى العرف.

ـ التّفرّق في البيع غير محدّد في الزمان ولا المكان فيرجع فيه للعرف.

ـ وقت الحيض وقدره، يختلف حاله باختلاف الأحوال والأزمان.

ـ مِقدار النفقة غير محدد شرعا فيرجع فيه إلى عرف كل مصر أو بلد.

ـ الكسوة والطّعام في كفارة اليمين غير محدّدة شرعا، لذلك مردّها العرف الخاص بكل بلد وكسوتهم المعتادة وطعامهم.

ـ يقول ابن النجار وهو في معرض الكلام عن قاعدة العادة محكمة:" وضابطه: كل فعل رُتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع، ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يُعدُّ قبضاً، وإيداعاً، وإعطاء، وهدية، وغصباً، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر "[2].

الفرع الثالث: قاعدة: الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيّرها[3].

أ. توضيح وبيان القاعدة.

من المقرر لدى الفقهاء أن الأحكام الاجتهادية المستندة إلى الأعراف والعادات تدور معها وجودا وعدما، فإذا تغيرت تلك الأعراف بتغير احتياجات الناس نظرا لتغير الزمان والمكان والأحوال تتغير معها تلك الأحكام الشرعية التي تأسست عليها، ليحلّ محلّها أحكام جديدة مبنية

[1]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري،(ص271).

[2]. شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي، مرجع سابق، (452/2 .453).

[3]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (29/3).

على ما استجد من عوائد وأعراف، تيسيرا على الناس[1]، يقول الإمام القرافي: "إنّ الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت"[2]. والمقصود بالعادات التي تختلف أحكامها هي العوائد المتغيرة التي لم يرد دليل شرعي على إثباتها أو نفيها؛ لأن الشارع ليس له غرض في إجرائها على سنن معين، فكيفما وقعت فإن غرض الشارع يتحقق بهذا الوقوع، وتغير العوائد والأعراف يرجع إلى أمور منها[3]:

ـ اختلاف الناس في منازعهم ومشاربهم وأمزجتهم، الذي يحدث حتما اختلافا في أحكام بعض التصرفات، ككشف الرأس مثلا، يراه البعض أمرا عاديا، بينما يراه آخرون من خوارم المروءة.

ـ اختلاف طبيعة الأرض والمناخ، وهذا له أثر في اختلاف عادات الناس في لباسهم وتصرّفاتِهم.

ـ الاختلاف الذي يكون خارج عن إرادة المكلّفين، كالاختلاف في سن البلوغ وقدر الحيض,

ـ تأثير المفكرين والحكام في أممهم بتغيير أعراف قديمة وإصدار أعراف جديدة

ومن خلال ما سبق يظهر أن هذه القاعدة تتعلق بالقاعدة الأصولية: أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما؛ لأن تغير العرف الذي تأسس عليه الحكم الشرعي، يوجب تتغير ذلك الحكم تبعا، وإلا تخلفت حكمة الشارع من تشريعه لذلك الحكم؛ لأن تحقق الحكمة في الحكم الشرعي مرتبط بوجود العلة التي أنيط بهل هذا الحكم[4].

وهذه القاعدة هي أصل مقرر سار عليه الأعلام الأولون، حتّى أنّهم صاغوا لذلك قاعدة فقالوا: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"[5]، ويؤكّد ابن القيم هذا المعنى فيمن يفتي الناس بمجرد المنقول على اختلاف أعرافهم وأزمنتهم وأمكنتهم أنه ضال ومضل واعتبره جانيا، وجنايته هي من

---

[1]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري،(ص263).

[2]. الفروق للقرافي، (176/1) و(191/1).

[3]. العرف بين الفقه والتطبيق لعمر الأشقر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة علمية محكمة تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، العدد:5، (4/ 3251 ـ 3252).

[4]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص264)؛ القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح جابر، مرجع سابق، (ص35).

[5]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، مرجع سابق، (47/1).

أكبر الجنايات[1]. وذلك أن الاجتهادات الفقهية الصادرة عن السلف كانت صالحة في وقتها بحكم حالتها الآنية، وقد يصلح بعضها في زماننا بحكم تطابق الصور أو تشابهها، لكنها لا تعود صالحة لكل زمان ومكان، فليس من المعقول أن يلوك الخلف أسئلة السّلف نفسها ويبتلعوا الإجابات نفسها[2]، يقول محمد الخضر حسين: "ولاختلاف الأحكام باختلاف العرف ترى فقهاء المذاهب لا يأخذون بفتاوى أئمتهم من قبل، فلفقهاء المالكية كأبي عبد الله بن عتاب، والقاضي أبي بكر بن العربي، وأبي الوليد بن رشد، وأبي الأصبغ، والقاضي بن زرب ـ فتاوى عدلوا فيها عن المشهور في المذهب، وبنوها على رعاية العرف، وجوى باختيارهم عمل أهل القضاء والفتوى من بعدهم"[3]، وذلك لإدراكهم أن الالتزام بالفتوى الواحدة، مع تغير الأحوال والأعراف والأزمان مع ما يلزم من ذلك من تغير المصالح مخالف لمقصود الشرع، وهو التزام للحرج والمشقة، فكان التغيير لتلك الفتاوى والأحكام بما يحقق مصالح الناس هو الأمر المقصود للشارع الحكيم.

ولا بدّ أن نعلم أن مجال هذه القاعدة الأحكام الاجتهادية التي ارتبطت بالمصالح المتغيرة بتغير الأعراف، والأزمان، والبيئات؛ حيث يكون العرف مناطا للحكم الشرعي فيها دون غيرها، بخلاف الأحكام الثابتة فإنها لا تتغير.

والفرق بين قاعدة: العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع واللغة، وقاعدة: الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها، هو أن الأولى تتعلّق بأصل تحقيق المناط، وفيها أن المجتهد يمعن النظر في الفروع الفقهية للحكم وإلى مدى تحقق علّة الحكم في كل منهما، والثانية ترتبط بأصل دوران الحكم مع علته وجودا وعدما، وفيها ينظر المجتهد إلى علة الحكم من حيث إمكان

[1]. إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، مصدر سابق، (66/3).

[2]. التفكير الفقهي المعاصر بين الوحي الخالص وإكراهات التاريخ لأحمد ذيب، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2017م، (ص226).

[3]. موسوعة الأعمال الكاملة لمحمد الخضر حسين، دار النوادر، سوريا، الطبعة: الأولى، 2010م، المجلد:04، (48/1).

وجودها أو انعدامها في زمان ما، فإذا تحقق من عدم وجودها في زمن معين لتغير العرف مثلا، كان لا بدّ من تغير الحكم عندئذ إلى أن تعود علته[1].

ب . من تطبيقات القاعدة:

لقد طبق الفقهاء هذه القاعدة في كثير من المسائل التي بنيت عليها تلك الأحكام، وما روي عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول، أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض. قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائِد[2].

ومن ذلك ما حكي عن ابن أبي زيد القيرواني أن حائطا انهدم من داره، وكان يخاف على نفسه، فاتّخذ كلبا للحراسة، وربطه في داره، فلما قيل له: إن مالكا يكره ذلك، قال لو أدرك مالك زمننا لاتّخذ أسدا ضاريا[3].

وما روي كذلك عن الإمام الشافعي أنه لما انتقل إلى مصر غير رأيه في المسائل التي استند فيها إلى العرف، والسبب في ذلك اختلاف الأقطار والبيئات وقد اشتهر ذلك عنه[4].

ومن التطبيقات أيضا نذكر[5]:

ـ القضاء فيما يقدم للزوجة قبل عقد الزواج بعد الركون وتقديم المال على أنه صداق هل يأخذ حكم الصداق أم الهدايا عند الطلاق؟ يراعى في ذلك العرف السائد.

---

[1]. القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح، مرجع سابقن (ص37).

[2]. أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي لمحمد رياض، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة: الثالثة، 2002م، (ص456).

[3]. اختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا لمحمد المرعشلي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 2003م، (ص137).

[4]. مصادر التشريع فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: السادسة، 1993م، (ص148).

[5]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، مرجع سابق ،(47/1)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص267).

ـ القضاء في متاع البيت لمن تؤول بعد الفرقة بين الزوجين يراعى فيها تغير الأعراف من مجتمع لآخر في تجهيزات البيت وملكيتها.

المطلب الثاني: أهم القواعد الفقهية المتعلّقة بالعرف.

لا شكّ أنّ للعرف والعادة أثر كبير في القواعد الفقهية، فلم يخل كتاب من كتب القواعد من قاعدة أساسية في العرف والعادة، أو قاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة أساسية فيهما. وإذا كانت القواعد الأصولية تتعلّق بأدلّة الشرع الإجمالية من حيث وضع أسس الاستنباط فيها، فإن القواعد الفقهية هي أكثر تعلقا بأفعال المكلفين؛ حيث تهدف إلى جمع أحكام فقهية فرعية من أبواب مختلفة، والقواعد الفقهية في العرف قد تتداخل وتختلط مع القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف.

وفي هذا المطلب تطرقت إلى أهم القواعد الفقهية في العرف؛ حيث تم الاقتصار على ذكر ثلاثة قواعد: قاعدة: العادة محكّمة، وقاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وقاعدة: العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر.

الفرع الأول: قاعدة العادة محكمة.

أ. توضيح وبيان القاعدة.

تعدّ هذه القاعدة إحدى القواعد الكبرى الخمس المتّفق عليها، والمراد بها في الاصطلاح الفقهي أن: العادة سواء كانت عامة أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي، ومعنى ذلك أن العادة في نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرّفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة والعرف، إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة، وهنا يتبيّن مقدار تأثير الأعراف والعوائد وسلطانهما في الأحكام، وهو تأثير يظل متجددا ما كان في الناس أعراف وعادات، وما تجددت الحياة وبرزت أعراف جديدة، وما تبدلت أساليب المعيشة واتسع العلم

والعمران. لذلك قرر الفقهاء أن في نزع الناس من عاداتهم حرج عظيم لمالها من القوة والتغلغل في النّفوس[1].

وأدلة هذه القاعدة نفسها أدلة حجية العرف السابقة. أما حكم القاعدة فإنها تكون مرجعا في تحديد المراد من كلام الشارع والمكلف، وبذلك تبنى عليها الأحكام الشرعية، وتتنزل على مقتضاها، فتكون العادة بذلك حجة يجب العمل بها، وقد أكد الفقهاء فصاغوا قاعدة أخرى في معنى العادة محكمة وهي: "استعمال النّاس حجة يجب العمل بها"[2]. ولكيْ تكون العادة حجة يرجع إليها، لا بدّ من توفر الضوابط والشروط السابق ذكرها في حجّية العرف.

ب . من تطبيقات القاعدة.

يتفرع على القاعدة فروع كثيرة منها:[3]

ـ إذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة، وادّعت أنّهُ لَم يُنفِق عليها، فذهب مالك وأحمد بن حنبل ـ رَحِمَهُم اللَّهُ ـ أنّه لَا يُقبَل قول المرأة في ذلك ولا في دعواها، أنه لم يَكْسُهَا فيما مضى مِن الزّمان لِتكذِيبِ العرف وَشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها.

ـ وَإِذَا اخْتَلَفَ المتَبَايِعَانِ فِي تَعْجِيلِ الثَّمَنِ وَتَأْجِيلِهِ حُكِمَ بِالعُرْفِ إنْ كَانَ ثَمَّ عُرْفٌ.

---

[1]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (44/1)؛ شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا (ت1357هـ)، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية،1989م، (ص219)؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة. الطبعة: الرابعة،1996م، (ص276)؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة، (ص15ـ 16).

[2]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، (46/1)؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا، مرجع سابق، (ص223).

[3]. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)،مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1986م،(67/2...70)؛ نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، تقديم: الداي ولد سيدي بابا ، أحمد رمزي، مطبعة فضالة بالمغرب، الطبعة: (بدون طبعة) (بدون تاريخ)،(272/2)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص261)؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا، (ص222 . 223)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى،2006م،(303/1).

ـ العقوبة التعزيرية يراعى في تقديرها الظروف والأحوال التي ارتكبت فيها الجريمة، وما جرى به العرف في كل يعدّ زجرا وتأديبا.

ـ إذَا اختلف المتبايعان فِي قبض السلعة أو الثمن، فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع، وَبَقَاءُ المبيع بيد البائع، ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف، كالسّلعِ الَّتِي جَرَتْ العادة أنّ المشتري يدفع ثمنها قَبْلَ أن يَبِينَ بها، كاللّحم والخضر ونحو ذلك، فيُحكَم في ذلكَ بالعرف والعادة.

ـ الحكم بمقتضيات الألفاظ فِي البيع، كقول البائع بِعتُك هذه الأرض بكذا ولم يزِد على هذَا فإنّ هذا اللّفظَ يَتناولُ مَا هو مُتّصِل بِهَا كالبناء وَالأشجارِ، وهذا بحُكم العرف.

ـ طول الفصل في السّهو وقصره وأقل الحيض والنّفاس مردّه العرف.

ـ اعتبار الكيل أو الوزن فيما تعورف كيله أو وزنه، مما لا نص فيه من الأمور الربوية، كالزيتون وغيره، وأما ما نص عليه فلا اعتبار للعرف فيه عند الطرفين.

ـ ألفاظ الوقف والوصايا تحمل على عرف الناس.

الفرع الثاني: قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

أ. توضيح وبيان القاعدة.

تندرج هذه القاعدة تحت قاعدة العادة محكمة، والمراد بها: أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، وإن لم يصرح به، هو قائم مقام الشرط في الالتزامات، ويعد بمنزلة الاشتراط الصريح[1]. وَفِي الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى كـ" الثّابِت بالعرف كَالثّابِتِ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ " و "

[1]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري،(ص284).

الثَّابِتُ بالعرف كَالثَّابِتِ بِالنّصّ " والمعروف بالعرف كَالمشْرُوطِ بِاللَّفظِ[1]، وتعتبر هذه القاعدة بمثابة تطبيق عملي لقاعدة العادة واعتبارها بمنزلة الشّرط من حيث الإلزام في كل العقود والتّصرفات.

وقد صاغها الحنفية بصيغة الاستفهام دلالة على الخلاف فيها حيث قالوا: العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط[2]؟، والذي استقرت عليه الفتوى عندهم أنّ المعروف كالمشْروط[3].

وعند الشّافعية الذي يفهم من كلامهم أن العادة المطردة العامة تنزل منزلة الشّرط[4].

ب ـ من تطبيقات القاعدة.

للقاعدة تطبيقات كثيرة منها:[5]

ـ إذا اشترى شخص سيارة، فإن توابعها من مفاتيح وعجلات تدخل في المبيع ولو لم ينص على ذلك في العقد؛ لتعارف الناس على ذلك.

ـ الدخول إلى الحمام تشترط فيه الأجرة المعتادة.

ـ لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن، ولم يصرح بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ الثمن كل جمعة قدراً معلوماً، انصرف إليه بلا بيان.

ـ إذا جهّز الأب ابنته جهازا ودفعه لها ثم ادّعى أنه عارية ولا بيّنة، فإن العرف مستمرا أن ما دفعه الأب على وجه التمليك لم يقبل قوله[1].

---

[1]. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق،(51/1)؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا، (ص237)؛ تيسير القواعد لعبد القادر داودي الجزائري، (ص284).

[2]. الأشباه والنظائر لابن نجيم، مصدر سابق، (ص84).

[3]. الأشباه والنظائر لابن نجيم، مصدر نفسه، (ص81) و(85)؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، (591/3).

[4]. الأشباه والنظائر للسيوطي، مصدر سابق، (ص90).

[5]. درر الحكام لعلي حيدر، (51/1)؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا، مرجع سابق، (ص238)؛القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة للزحيلي، مرجع سابق، (324/1).

الفرع الثّالث: قاعدة العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر.

أ. توضيح وبيان القاعدة.

الأصل اعتبار الغالب في الفقه الإسلامي، فلا تبنى الأحكام على الشيء النادر القليل، بل تبنى على الغالب الشائع الكثير، إلّا في بعض الحالات استثناء، يقول الإمام القرافي:" وذلِك أَنّ الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النّادرِ، وَهُوَ شأن الشّريعة"[2]

وهذه القاعدة تعتبر شرطاً من شروط اعتبار العرف والعادة من حيث كونهما يجب أن يكونا شائعين بين الناس، والمراد بالشيوع: اشتهار العمل بالعرف أو العادة بين الناس، ومعنى القاعدة: أنه إذا بني حكم شرعي على أمر غالب وشائع فإنه يبنى عاماً للجميع، ولا يؤثر على عمومه واطّراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد، أو في بعض الأوقات؛ لأن خروج بعض الأفراد أو بعض الصور من العمل بها في العرف لا يؤثر في بناء الحكم على الأمر الغالب، بل تحمل الأحكام على العادة الغالبة وإن خرجت بعض الصور لأنّ النادر لا حكم له[3].

وقد ذكر القرافي أنه إذا دار الشيء بين الْغَالِبِ والنادر، فَإِنَّهُ لا يَلْحَقُ بالغالب عَلَى إطلاقه بل قيده بِثَلَاثَةِ قُيُودٍ: الأول أن يَطّرِد الغالب بمخالفة الأصل، والثَّانِي أن تَكثُرَ أسبابه، و الثَّالِثِ أن لا يكونَ مع النّادر ما يَعتضِدُ بِهِ، وإِلَّا قُدِّمَ النّادر على الغالب عَمَلًا بِالتَرْجيحِ لِتَعَيُّنِهِ[4].

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: الكريف محمد رضا، (ص122 . 123).

[2]. الفروق . أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي،(170/4).

[3]. تيسير القواعد و تقريب الفوائد لعبد القادر داودي، (ص269)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي، (325/1)؛ مُوْسُوعَة القَواعِد الفِقْهِيَّة، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو ،مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان، الطبعة: الأولى، 2003 م، (382/7)؛

[4]. الفروق . أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي،(171/4).

ب . من تطبيقات القاعدة.

لقد ذكر القرافي مجموعة من الأمثلة وهو في معرض الحديث عن الفرق الحادي والأربعون والمائتان بين قاعدة ما اعتبر من الغالب وبين ما ألغي من الغالب، فقال: "وأمثلته لا تُحصى كَثرَة منهَا: تقديم طهارة المياه وعقود المسلمين ، ويقصر في السفر ، ويفطر بناء على غالب الحال ، وهو المشقة ، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف"[1].

ومن التطبيقات كذلك نذكر:[2]

ـ من أتمّ خمس عشرة سنة من عمره ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعدّ بالغا حكم؛ لأنّ ظهور علامة عَلَامَةِ البلوغ في هذه السّن هو الغالب الشائع عند بعض الفقهاء.

ـ إن الغالب على الأطفال عدم جودة التصرف، فلا يصح منهم التصرف، وإن وجد من بعضهم جودة التصرف فهو نادر.

ـ يحكم بموت المفقود لمرور تسعين سنة من عمره، لأنه الشائع الغالب بين الناس، مع أن البعض يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر، والنادر لا حكم له.

ـ جواز بيع ثمر النخل إذا بدا صلاح بعضه، فإنه بعد بدو الصلاح يأمن من العاهة في الغالب.

ـ أكثر مدة الحمل تسعة أشهر لأنها الغالبة، ولا عبرة بالحالات النادرة.

المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف.

يعدّ العرف أحد القواعد العظيمة التي اعتنى بتحقيقها وبيانها الأصوليون والفقهاء على حدٍّ سواء، والتي تبنى عليها الكثير من الفروع الفقهية؛ التي شملت جميع جوانب الحياة وميادينها،

---

[1]. الفروق . أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي،(170/4).

[2]. تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجوائري، (ص270)؛ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (707/2)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي، (327/1 ..328 ـ 329)؛

فلا يمكن لقاضٍ أو فقيه أو مفتٍ أن يستغني عن إعمال العرف في كل ما يرد عليه من نوازل الناس وأقضيتهم، وهذا دأب العلماء قديماً وحديثاً.

وقد خصِّص هذا المطلب لبيان المجالات التي يدخلها العرف، والتي تشمل جميع أبواب الفقه؛ حيث يظهر من خلالها أن العرف يؤدي وظائف متنوعة في مجال التشريع.

1ـ مجال العبادات: فهو يدخل في باب العبادات، ويمثل المرجع في ضبط وتحديد الأمور التي لم يرد من الشارع تحديد لها:كطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء، وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها، فالضابط في هذا كله يحدّده العرف.

2ـ مجال الأحوال الشخصية: حيث يوظف العرف في عقود الأنكحة: فهو الحكم عند التنازع في نوع الصداق أو صفته؛ من حلول أو تأجيل أو مقدار كما في مهر المثل، وهو الفصل في تحديد الكفاءة والمؤنة والنفقة والكسوة والسكنى، ويرجع إليه كذلك في المقادير كالحيض والطهر، وأكثر مدة الحمل وسن اليأس، وهو المرجع كذلك في ألفاظ الطلاق[1]. وهذا ما سنبيّنه في الفصل التطبيقي إن شاء الله.

3ـ مجال المعاملات المالية: لا يمكن أن يستغنى عن الأعراف في قضايا البيع والتجارة، ويمكن القول أن أكبر حظ لمراعاة العرف واعتباره هو هذا المجال؛ لتعلقه بالحياة المدنية والاجتماعية، لذلك يدخل العرف المعاملات المالية من بيوع وأكرية وإجارات فكل مبهم من نقد أو كالئ، أو نوع التسليم، أو حلول أو تأجيل، يفسّره العرف السائد، ويُردّ الطرفان إليه، ويدخل في تقييد آثار العقود وتحرير الالتزامات على وفق المتعارف[2].

[1]. العرف والعمل في الفقه المالكي لعمر الجيدي، مرجع سابق، (ص130).

[2]. إعمال العرف في الأحكام والفتاوى المذهب المالكي للشيخ محمد عبد الله ابن التمين اليعقوبي، مرجع سابق، ص39).

كما يحدد مقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك، وسنتطرق في الفصل التطبيقي إلى بعض المسائل المبنية على العرف مع إيضاح لأثر العرف فيها إن شاء الله.

4. مجال الأيمان والنذور والأوقاف والوصايا والهدايا والعواري: وللعرف سلطان كذلك في تفسير ألفاظ الأيمان والنذور والأوقاف، وهو المحدد لها والمرجع في كل نزاع فيها[1].

وقد وضع الفقهاء قاعدتهم المشهورة الأيمان مبنية على العرف[2]، فلو حلف إنسان لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يحنث لأن السمك لا يسمى لحماً عرفا، وكذلك كل لفظ عرف بمعنى فإنّه يحمل عليه، وبهذا قال الشافعية والحنفية[3]. وظاهر مذهب الحنابلة: أنه إذا حلف ألا يأكل لحماً، ولم يرد لحما معيناً فإن يحنث بأكل السمك وذلك لأن الله عز وجل سماه لحما، **قال الله تعالى:** ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَاكُلُواْ مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ **النحل [14]،** وبهذا قال قتادة، والثوري، ومالك، وأبو يوسف[4].

وذهب المالكية في المشهور أنّ المعتبر في الأيمان هو نية الحالف، فإن انعدمت فقرينة الحال، فإن عدمت فعرف اللفظ، فإن عدم فدلالة اللفظ، وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي

---

[1]. الفروق للقرافي، مصدر سابق ، (1/ 171).

[2]. العرف والعادة عند الفقهاء، مرجع سابق، (ص154).

[3]أصول السرخسي، مصدر سابق، (191/1)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني:شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني (ت 988 ه)، تح: علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،1994م، (204/6)؛ موسوعة الأعمال الكاملة للإمام محمد الخضر حسين، محمد الخضر حسين (ت1377 ه)، جمعها وضبطها: المحامي علي الرضا الحسيني، دار النوادر، سوريا، الطبعة: الأولى، 2010 م، (2/1. 57).

[4]. المغني لابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة(ت620ه)، تح: طه الزيني ـ محمود عبد الوهاب فايد ـ عبد القادر عطا، مكتبة القاهرة، الطبعة: الأولى،1978 .1979م، (608/9).

فقط، وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى العرف[1]. فلو حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث إلا إذا نوى أكل السّمك .

وكثيرٌ من الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي مبنيةٌ على العرف، وتدور معه وتتغير بتغيره، ويعمل فيها من حيث الألفاظ، يخصِّص عامّها، ويقيِّد مطلقها، ويبين مجملها، وتؤسَّس عليه في العقود والفسوخ والإقرارات والشهادات والدعاوى[2].

5ـ مجال العقوبات: هناك نوعان من العقوبات: عقوبات مقدرة شرعا حيث قدّرها الشرع وحدّدها، كعقوبة القتل والزنا والقذف والحرابة والسكر، وهي جرائم رئيسية تؤذي المجتمع وتنتهك حرمته، وهذا النوع آثار العرف فيه قليلة، لأنّه لا مجال للاجتهاد فيه؛ لتحديدها من قبل الشارع الحكيم.

وعقوبات من النوع الثاني لم ينص الشّارع عليها ولم يحددها، وإنّما هي موكّلة إلى اجتهاد الإمام؛ حيث تُرك أمر تقديرها للحاكم أو المجتهد، وهذا النوع من الجرائم هي بمثابة بيئة خصبة لاجتهاد الحاكم أو المجتهد فيها لعدم ورود الأدلة الشرعية في عقوبتها؛ لكنّ أحكامها تختلف باختلاف الأمصار والأزمان والعادات والأعراف والأشخاص.

ومن تطبيقات اختلاف التّعزير باختلاف الأزمنة والأماكن والأعراف ما ذكره القرافي في كتابه الفروق: "إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فربّ تعزير في بلد يكون إكراما

[1]. بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (595هـ)، تح: هيثم جمعة هلال، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، طبعة:2012م، (ص388).

[2]. إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك لمحمد يحي بن محمد المختار الولاّتي(1330هـ)، دار ابن حزم، الدارة الأندلسية للدراسات والبحوث العلمية، الطبعة: الأولى،2006م ،(ص199 .200).

في بلد آخر، كقطع الطيلسان ليس تعزيرا في الشام فإنّه إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا، وبمصر والعراق هوان"[1]. ونقل قوله كذلك ابن فرحون في التبصرة[2].

ومن التّطبيقات أيضا: تعزير من يمزح بأحكام الشريعة، ومن لا يعمل بفتوى العلماء، وجواز تعزير من لا يحضر الجماعة بالغرامة في ماله، حماية للتكليفات الشرعية، ومن ذلك تعزير جميع الأفعال الموجهة ضد الأخلاق، والتي من شأنها نشر الرذائل والفواحش في المجتمع.

فالتّعزير في الأصل يوكل إلى الأعراف وأحوال الناس نظرا لاختلاف الزمان والمكان والشخوص، والمستقرئ للتاريخ الإسلامي يجد أن السلاطين والقضاة أحدثوا عقوبات تعزيرية لجرائم مستحدثة اعتمادا على العرف ومراعاة لظروف الجاني والمجني عليه والجناية[3].

وخلاصة المبحث: أنّه تناول أهم القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالعرف ومجالات توظيفه، ومن خلاله برزت أهمية مراعاة العرف ودوره في الفتوى والأحكام الشرعية، التي سنبحثها في المبحث الموالي المعنون بـ : **مراعاة العرف في الفتوى والأحكام الشرعية**.

[1]. الفروق للقرافي، (183/4).

[2]التبصرة لابن فرحون، (291/2).

[3]. تبصرة الحكام لابن فرحون، مصدر سابق، (291/2 وما بعدها).

المبحث الرابع: مراعاة العرف في الفتوى والأحكام الشرعية.

لمـّا كان للعرف أهمّية بالغة وجّه علماء الإسلام اهتماما خاصا له، وحاولوا استيعابه وتوظيفه من باب الاستعانة من أجل فهم الواقع و تنزيل الأحكام الشرعية، لذا نبّه الفقهاء إلى وجوب اعتباره في الفتيا والحكم، وساقوا أمثلة عديدة، حتّى أنّهم أضافوا أنّه يجب على المفتي أن يكون عالما بعوائد المستفتين وأعرافهم؛ لأنّه لا يصحّ تحكيم عرف بلد المفتي نفسه، ومثل الحاكم "القاضي" في ذلك[1]، وغير السّالك لهذا المنهج يقع حتما في كثير من الغلط والزلل، ويدخل فيمن ضل وأضلّ، ومن هذا ندرك أنّ العرف له علاقة وطيدة بالفتوى من حيث التأثير والأثر، هذا الذي حاولنا بيانه في هذا المبحث الذي جاء وفق المطالب الآتية:

المطلب الأوّل: مفهوم الفتوى والحكم الشرعي والفرق بينهما.

المطلب الثّاني: مراعاة العرف في بناء الفتوى و الأحكام الشرعية.

المطلب الثّالث: مراعاة العرف في الترجيح في الفتوى.

المطلب الرّابع: مراعاة العرف في تغيّر الفتوى والأحكام الشرعية.

[1]. الفروق للقرافي، (43/1 وما بعدها).

المطلب الأول مفهوم الفتوى والحكم الشرعي والفرق بينهما.

تناول هذا المطلب تعريفًا للفتوى والحكم والفرق بينهما.

الفرع الأول: مفهوم الفتوى في اللغة والاصطلاح.

أ- الفتوى في اللغة.

الفتوى: بفتحِ الفاءِ إذا كانتْ بالواو، وهي بضمِ الفاءِ إذا كانتْ بالياء؛ أي(الفتْيا) وأصلها من (فتى) من ثلاثة أحرف(الفاء، والتاء، والحرف المعتل)، وتدور مادة(ف ت و) في اللغة حول أصليْن ولها مدلولان:

المدلول الأوّل: الطّراوة والجدّة، فالفتى من الناس: الشاب، والفتى من الإبل: الطريّ.

المدلول الثاّني: تبيين الحكم، أو تبيين المبهم، ويُقالُ أفتاهُ الفقيه في الأمر الذي يُشكِل، ومنهُ **قولهُ تعالى:** ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ ﴾ **النساء [175]** . يقول ابن فارس: "الفاء والتّاء والحرف المعتل، أصلان: أحدهما يدلّ على طراوة وجدة، والآخر على تبيين الحكم"[1]. وتجمع الفتوى على(فتاوى)و(فتاوي).

وكِلا الأصلين مقصود هنا، فالإفتاء بمعنى التبيين والإظهار، والنصوص العامة إن لم يكن فيها ليونة ومرونة لا يمكن أن تواكب المستجدات، فإذا كان المعنى الثاني هو النهاية، فإن المعنى الأول هو البداية.

[1]. معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تح: عبد السلام محمد هارون، مصدر سابق، (473/4 ـ474)؛ لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (145/15...148).

ب ـ الفتوى في الاصطلاح:

عرّفها القرافي بأنّها: "إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة"[1]. ومعنى ذلك أن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجده عن القاضي واستفادة عنه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك[2]. وذكر الجرجاني أنّ الإفتاء بيان حكم المسألة[3].

وعرّفت كذلك: "الإخبار بحكم شرعي عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام "[4].

ومن خلال هذه التّعريفات تبيّن أن الفتوى هي عملية إنزال الحكم الشّرعي على واقع المستفتي.

ـ (فحكم الشَّرع) يعني ما كانَ من حضرٍ أو إباحةٍ أو غيرهما من الأحكام الشَّرعية أو أحكام وضعية؛ كالأسباب والموانع والصحة والفساد وغيرها، وسواءٌ كان ذلك في الأحكام العملية من عباداتٍ، أو معاملاتٍ مالية، أو أحوال شخصية، وغيرها، أو أحكام علمية عقدية[5].

ـ و(واقع المستفتي) يفهم منه أن إصدار الحكم الشَّرعي ابتداءً من غير سؤال سابق، أو كان الجوابُ على واقعةٌ لم تحدث بعد، يكونُ من باب التّعليم أو الاجتهاد، وليس من باب الفتوى، لذا يشترطُ في الفتوى وجودُ مستفتي عن أمر حصل.

---

[1]. الفروق للقرافي، (53/4)؛ الذخيرة للقرافي، (121/10).

[2]. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، المنجور أحمد بن علي المنجور (ات 995 ه)،تح: محمد الشيخ محمد الأمين،أصل التحقيق: أطروحة دكتوراه ، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، شعبة الفقه، دار عبد الله الشنقيطي،(617/2).

[3]. التعريفات للجرجاني،(ص32).

[4]. الفتوى . أهميّتها. ضوابطها . آثارها لمحمد يسري إبراهيم، بحث مقدم لنيل جائزة نايف بن عبد العزيز العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة،2007م، الدورة الثالثة، الطبعة: الأولى،2007م، (ص30)؛ الفتيا ومناهج الإفتاء لأحمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى، 1976م، (ص09).

[5]. صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن بيه، دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2007م، (ص21).

ـ و قيد (من غير إلزام) يقصد به عدم الإلزام القضائي لا الشّرعي؛ إذ إنَّ الفتوى لا يسع المؤمن مخالفتها إن قامت الأدلة على صحتها، ووضع هذا القيد لإخراج القضاء؛ لأنَّ بيانَ الحكم فيه يكونُ على وجه الإلزام[1].

فمن خلال ما سبق اتضح أن حقيقة الفتوى أنها بيان للحكم الشرعي في واقعة حادثة، أو هي إخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام. وإلى هذا المعنى مال عدد من الفقهاء والأصوليين المعاصرين منهم الشيخ القرضاوي[2]، والشيخ عبد الله التركي[3]، وغيرهم.

الفرع الثاني: مفهوم الحكم الشرعي في اللغة والاصطلاح.

أ- الحكم في اللغة: المنع، ومنه قيل للقضاء الحكم لأنّه يمنع من غير المقضي، نقول: حكمه كنصره وأحكمه كأكرمه وحكّمه بمعنى منعه، ومن معاني الحكم التي بمعنى المنع، قولهم: حكمة اللجام، وهي ما أحاط بحنكي الدابة، وسمّيت بذلك لأنّها تمنعها من الجري الشديد، أو هي الحديدة في اللجام تكون على أنف الفرس وحنكه تمنعه من مخالفة راكبه[4].

ب ـ الحكم الشرعي اصطلاحا: الحكم العام في الاصطلاح: "هو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه"[5]. أو هو: "إسناد أمر إلى آخر إيجابا أو سلبا "[6].

وعند الأصوليين: خطاب الله تعالى، المتعلق بأفعال المكلّفين اقتضاء أو وضعا أو تخييرا[1]، وعند الفقهاء: هو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والإباحة[2].

---

[1]. الفتوى وأثرها في حماية المعتقد وتحقيق الوسطية لفهد بن سعد الجهني، دار ابن الجوزي، (ص10)؛ فتاوى الفضائيات الضوابط والآثار لسعد بن عبد الله البريك، مؤتمر الفتوى وضوابطها، مكة المكرمة ،السعودية، 2008م، (ص9).

[2]. الفتوى بين الانضباط والتسيب للقرضاوي، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة: الأولى،1988م، (ص11)

[3]. أصول مذهب الإمام أحمد دراسة أصولية مقارنة لعبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة:الثالثة، 1990م، (ص725).

[4]. لسان العرب، مصدر سابق، (140/12)؛ القاموس المحيط، مصدر سابق، (ص1095).

[5]. مذكرة في أصول الفقه لمحمد الأمين الجكني الشنقيطي، مرجع سابق، (ص10).

[6]. التعريفات للجرجاني، مرجع سابق،(ص92).

فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة [1]. هذا النص المتعلق بإيفاء العقود هو نفسه الحكم الشرعي عند الأصوليين، وأثره وهو ما يقتضيه من وجوب الإيفاء بالعقود هو الحكم عند الفقهاء.

وقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗۖ وَسَآءَ سَبِيلٗا ﴾ الإسراء [32]. المتعلق بالنهي عن الزنا هو الحكم عند الأصوليين، وأثره المترتب عليه وهو حرمة الزّنا هو الحكم عند الفقهاء[3].

وخطاب الله تعالى أو كلامه يشمل المباشر منه وهو القرءان، أو بواسطة، وهو السنة والإجماع والقياس وبقية الأدلة، فكل واحد من هذه الأدلة هو الحكم الشرعي عند الأصوليين.

والمراد بالاقتضاء الطلب(طلب فعل أو طلب ترك)، فطلب الفعل إن كان جازما فهو الإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب، وطلب الترك إن كان جازما فهو التحريم، وإن كان عير جازم فهو الكراهة.

والمراد بالتخيير: الإباحة، وهو استواء الفعل والترك، وبهذا تدخل الأحكام التّكليفيّة الخمسة بقيدي الاقتضاء والتّخيير. والمراد بالوضع: جعل الشيء سببا لشيء آخر أو شرطا له أو مانعا منه أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة، وهذه أنواع الحكم الوضعي. كجعل الدلوك سببا لوجوب الصلاة وشغل ذمة المكلف بها هو الحكم الفقهي.

---

[1]. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، جمال الدين أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (ت 772 ه)، تح: محمد حسن هيتو، مؤسّسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية،1981م، (ص48).

[2]. التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، مرجع سابق، (18/1)، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي، (169/1)؛ إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني(ت1250ه)، تح: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى، 1999م، (25/1).

[3]. الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر ،دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية،1995م، (ص119).

فيظهر من هذا أن الحكم الأصولي هو النص الشرعي نفسه، والحكم الفقهي هو الأثر الذي اقتضاه النص الشرعي. والمعنى الأول هو الموافق لاصطلاح رجال القضاء لأنهم يقصدون بالحكم النص الصادر من القاضي، بينما اصطلاح الفقهاء أولى وأوضح في التفرقة بين النص وأثره أو بين الحكم الشرعي ودليله[1].

الفرع الثالث: الفرق بين الفتوى والحكم (القضاء): يتّفق الحكم والفتوى في أمور ويختلفان في أمور:

ـ يتّفقان في كونهما مبني على ما أتى به الشارع الحكيم، فالمفتي يعتمد على الأدلة الشرعية في استنباط الحكم الشرعي، وكذلك القاضي يتّبع الحجاج وسماع البينة والإقرار، والاجتهاد في تطبيق الحكم المناسب مع تعاليم الشرع الحكيم. وفي حالة إذا كانت الفتوى أو الحكم بغير ما جاء به الشّرع، فإنّ الفتوى ترد والحكم ينقض.

أما عن نقاط الاختلاف بينهما فهي كالآتي:

ـ أن المفتي في الفتوى مخبر عما فهم من حكم عن الله عز وجل لما يسره الله له من فهم الأدلة والاستنباط منه، أمّا حكم الحاكم فهو إنشاء الحكم في واقعة ظهر النزاع فيها بين متخاصمين أو أكثر لإظهار حكم الشّرع فيها، يقول القرافي هذا موضحا هذا المعنى: "إن الفرق بين الحالتين أنه في الفتيا يُخبر عن مقتضى الدليل الرّاجح عنده، فهو كالمترجم عن االله تعالى فيما وجده في الأدلة، كترجمان الحاكم، يخبر الناس بما يجده في كلام الحاكم أو خطه وهو في الحكم ينشئ إلزاما أو إطلاقًا للمحكوم عليه، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح، والسبب الواقع في تلك القضية الواقعة"[2].

[1]. الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، (ص120.121).

[2]. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي، مصدر سابق، (ص97).

ـ الحاكمُ يَتبعُ الحِجاج كالبيِّنَةُ والإقرارُ، والمفتي يَتبعُ الأدلَّة من الكتابُ والسُّنَّةُ وغيرها، ولا يَعتمِدُ على الحِجاج[1].

ـ من حيث المجال فإن الفتوى أوسع من مجال الحكم، يقول القرافي: "اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق، لا يدخلها الحكم البتة، بل الفتيا فقط، فكل ما وجد من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس للحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة..."[2]. فالمفتي يفتي في جميع الوقائع التي تتعلق بأمور الدين والدنيا، فيفتي في مسائل العبادات والمعاملات على الإطلاق، أما القضاء فإنه لا يكون في أمور العبادات، وإنما مجاله يكون في أمور المعاملات، وما يتعلق بأمور الدنيا فقط.

ـ حكم القاضي خاص لا يجاوز المحكوم عليه وله، والفتوى شريعة عامة لا تتعلق بالمستفتي فقط، يقول صاحب المعيار:" الفُتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة و الحكم يختص بالوقائع الجزئية "[3]. لذلك فإن الفتوى تتعدى المستفتي ويدخل فيها غيره .

ـ أما من حيث الإلزام وعدمه، فالقضاء آكد وأقوى من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتي لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتي[4].

ـ أن الفتوى كالرواية لا أثر للقرابة فيها، بخلاف الحكم فإن القرابة تؤثر فيه، يقول الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح في هذا المعنى: "ينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا يؤثر فيه قرابة وعداوة، وجر نفع، ودفع ضر؛ لأن المفتي في حكم مخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان كالراوي

[1] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي، (ص44)

[2]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (48/4).

[3]. المعيار المعرب، مصدر سابق، (2733/12).

[4]. المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب،(ص1501).

لا كالشاهد، وفتواه لا يرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي"[1]، فإذا كانت هناك صلة قرابة تؤثر على الحكم، أو يظن تأثر القاضي فيها، فعلى القاضي التنحي عن الحكم في الواقعة محل الدعوى.

المطلب الثّاني: مراعاة العرف في بناء الفتوى والأحكام الشرعية.

تظهر مكانة العرف في بناء الفتوى وإنشائها من خلال استحضار العرف في فهم النصوص الشرعية(كلام الشارع)؛ لأنّ ممّا يجب معرفته أن العرف حال نزول القرءان وورود الحديث ملحوظ فيه عند تفسير النصوص؛ فمعرفة حال العرف وأعرافها وقت التنزيل مسلك من مسالك فهم الوحي عند التباسه[2]. كما تبرز قيمته كذلك من خلال مراعاته في فهم المراد من كلام المكلف سواء كان هذا الكلام نصا لفقيه من الفقهاء في مسألة ما، أو كان سؤالا للمستفتي أراد الاستفتاء فيه .

وللإحاطة بهذه المعاني تضمن المطلب فرعيين أساسيين، عني الأول بمراعاة العرف في فهم كلام الشارع، والثاني بمراعاة العرف في فهم كلام المكلف، مع ذكر فروع فقهية لكليهما.

الفرع الأول: مراعاة العرف في فهم كلام الشارع الحكيم(النصوص الشرعية).

تعتبر هذه الملة عربية، فقد نزل الوحي بلسان عربي مبين، **قال الله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا لَّعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ۝٢﴾ يوسف [2]**، فلا يمكن فهمه واستيعابه إلا باتّباع معهود العرب في مخاطبتهم ومراعاة أعرافهم في الألفاظ، وغير السّالك لهذا المنهج القويم حتما يقع في كثير من الشبه والإشكالات والمغالطات، فكان لا بدّ من اعتبار العرف في تفسير النصوص الشرعية وبيان مدلولاتها؛ لكن ليس على إطلاقه، وإنما بضوابط وشروط وقد تقدم ذكرها في حجية العرف.

[1]. أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح: أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح الشهرزوري (643هـ)، تح: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم ،المدينة المنورة، عالم الكتب، الطبعة: الأولى،1986م، (ص106).

[2]. الموافقات للشاطبي،(154/4).

يعتبر العرف اللفظيّ السّائد حين ورود النص هو خير مفسر لما جهل من ذلك النص، ويعتبر موجِّها لألفاظه إلى معانيه المألوفة عند الناس، وهذا هو العرف المقارن للخطاب المؤثر في النصوص تخصيصا وتقييدا وتبيينا[1]، ومثاله حديث معمر رضي الله عنه قال: كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول:" **الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مَثَلاً بِمَثَلٍ" وكان طعامنا يومئذ الشّعير**[2]. وهم متّفقون على اعتباره[3]؛ لأن العرف اللفظي أو ما يسمّى بالحقيقة العرفية تتقدم على الحقيقة اللغوية؛ إلا إذا كان اللفظ اللغوي مستعملا، والمعنى المتعارف عليه أكثر شهرة واستعمالا ففي تقديم أحدهما على الآخر خلاف، ومعنى ذلك أن المقصد العرفي أي المعنى الجاري على العرف

[1]. العرف الصالح للتخصيص والتقييد والتبيين:لا خلاف بين العلماء في أن العرف اللفظي أو القولي من مخصصات العام انظر: الفروق للقرافي،(171/1)؛ نهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى 1999م، (ص217)؛ التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، مرجع سابق، (282/1)؛ القواعد لابن رجب:زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي،الحنبلي(ت795هـ)، مكتبة الخانجي، مصر،وصورتها دار الكتب العلمية ودار الفكر ودار المعرفة وغيرهم، (273 ـ 274).

أما العرف العملي فقد اختلف فيه أهل العلم على مذهبين:

ـ المذهب الأول: ذهب الحنفية وجمهور المالكية وبعض الحنابلة أن العرف العملي يخصص العام؛ ويقيد المطلق. انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، مرجع سابق، (282/1)؛ إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك،(ص200)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،مرجع سابق، (140/2).

ـ المذهب الثاني: ذهب الشافعية والقرافي وجمهور الحنابلة إلى أن العرف العملي لا يخصص العام ولا يقيد المطلق مفرقين بين العرف القولي والعملي. انظر:. الأحكام في أصول الأحكام للآمدي، تح: عبد الرزاق عفيفي، مصدر سابق،(334/2)؛ الفروق للقرافي، (175/1)؛ المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، مصدر سابق،(ص123. 124)

ـ والظاهر فيما سبق من آراء العلماء أنه لا مسوغ في التفريق بين العرف القولي والعرف العملي في تخصيص العام، مادام مناط التخصيص واحدا، وهو تبادر الذهن إلى المعنى غير الموضوع له. ثم إن الشريعة لما كانت مبنية على مصالح الخلق؛ وكانت عوائد الناس وأعرافهم لا تناقضا نصا ولا أصلا، سواء في تخصيص العام بالعرف القولي أو العرف الفعلي فما المانع أن يُأخذ به كما يأخذ بالعرف القولي، لا سيما وقد خالف كثير من أهل العلم مذاهبهم التي تقول بالمنع. قال الإمام النووي مقررا ذلك:"العوائد الفعلية فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها وذكروا لها أمثلة". وأشار الدسوقي أن العرف الفعلي يعتبر مخصصا ومقيدا، ولا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء .انظر: المجموع شرح المهذب للنووي مصدر سابق، (417/11)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (140/2)

[2]. صحيح مسلم ، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب بيع الطعام مثلا بمثل، رقم الحديث:1592، (214/3).

[3]. العرف والعمل ومفهومهما لدى علماء المغرب لعمر الجيدي، (ص172).

بتوجه قصد الناس إليه غالباً، إذا تعارض مع ظاهر اللفظ لغة، ففي المقدم منهما خلاف مقفوٌّ، أي متبع، مروي عن الفقهاء، والمشهور تقديم المقصد العرفي على ظاهر اللفظ لغة"[1]، وإذا هُجر المعنى الأصلي وحل الاستعمال العرفي محله، فهنا تقدم هذه الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية.

ومن النماذج في اعتماد العرف في فهم النصوص نذكر **قوله تعالى**: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ **البقرة [231]**، حيث خصص المالكية المرأة عالية القدر والشريفة من الآية، فلم يروا الإرضاع واجبا عليها [2]. وقد يتدخل العرف في ترجيح أحد مجازات اللفظ، فينتفي الإجمال بعد احتماله؛ حين يتجه التحريم والتحليل إلى أعيانٍ، **قَالَ تَعَالَى**: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ **النساء [23]**، فقد بيّن العرف أن المقصود بالتحريم هو الاستمتاع[3]، وقد ذكر الشاطبي أن اعتبار ما يُقصد بالأصالة والعادة و الذي جاء في الشريعة القصد إليه بالتحريم والتحليل: كشراء الخمر للشرب، والميتة للأكل، وذلك الغالب المعتاد عند العرب الذين نزل القرآن بلغتهم؛ ولذلك حُذف متعلق التحريم والتحليل[4].

الفرع الثاني: مراعاة العرف في فهم كلام المكلّف.

وذلك في جانبين:

أ. في نقل حكم المفتي المبني على العرف(نصوص الفقهاء): إذا كان مراعاة العرف في فهم النصوص الشرعية لا بدّ منه؛ فإن مراعاته في فهم نصوص الفقهاء ونقل أحكامهم مهمّ جداً

---

[1]. الدليل الماهر الناصح بشرح المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح لمحمد يحي الولاّتي، مكتبة الولاّتي لإحياء التّراث الإسلامي، نواكشوط، موريتانيا،2006م، (ص198).

[2]. أحكام القرءان لأبي بكر ابن العربي، مصدر سابق، (275/1)؛الجامع لأحكام القرءان للقرطبي، مصدر سابق، (161/3).

[3]. شرح تنقيح الفصول للقرافي، مصدر سابق، (ص275).

[4]. الموافقات للشاطبي، مصدر سابق، (460/3).

كذلك؛ لأن بعض الأحكام والفتاوى المستنبطة قد تكون مستندة إلى الأعراف والعوائد السائدة آنذاك، فإذا كانت الواقعة المفتى فيها مبنية على عرف ما أو معلّلة به، فعلى المفتي فيها أن يقارن بين عرفها الذي وقعت فيه وبين العرف الجاري، لينظر هل تغير العرف الذي أحاط بحكمها فيتغير الحكم معه من جديد أم لا؛ لأنّ "من أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف أعرافهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل"[1] . وعليه فإن الذي ينقل فتاوى الفقهاء دون النظر إلى تغير المناط يكون مهملا لمقصود الشّرع؛ لأن الأحكام المرتبة على القرائن تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت. فكذلك تعتبر الأحكام المرتبة على الأعراف مثلها[2].

ب ـ في فهم كلام المستفتي: لقد ذكر الفقهاء ضرورة ارتباط المفتي بالواقع المعيشي وما تعارف عليه الناس؛ لأن المفتي لا بدّ له من معرفة الزمان وأحوال أهله، لذلك تجد الرجل يحفظ كثيرا من الفقه ويعلمه لغيره، فإذا سئل عن واقعة لبعض العوام من مسائل الصلاة لا يحسن الجواب، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر، قال ابن عابدين عن الحاكم: "ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل فإن المجتهد لا بدّ من معرفة عادات الناس فكذا المفتي"[3]. بل ونقل عن السادة الحنفية أن الإنسان لو حفظ جميع كتب الحنفية ومسائلها ودلائلها وظاهر الرواية فيها فإن هذا لا يكفيه في الفتوى حتى يبنيها على عرف زمانه وعادتهم، وإلا كان ضرره أعظم من نفعه[4].

ومفتي هذا العصر ليس بدعا عن المفتين؛ فمن الواجب المحتم أن يتعرف على ما يدور في العالم؛ خاصّة في مجال المعاملات المالية كنظام الأسواق والأسهم والبورصات؛ ليكون مطلعا على العادات والأعراف المعمول بها من حيث القبض والحيازة، وغيرها، وإلا لم يستطع الإفتاء فيها لعدم تصورها تصورا صحيحا؛ هذا الأخير الذي ينتج عنه تكييف خاطئ يكون خلاف الواقع.

---

[1]. إعلام الموقعين لابن القيم، (66/3).

[2]. إعلام الموقعين لابن القيم، مصدر نفسه، (65/3).

[3]. رسائل ابن عابدين، مرجع سابق، (129/2).

[4]. رسائل ابن عابدين، مرجع نفسه، (115/2).

فالأصل أنّه لا يمكن للمفتي أن يجيب السائل إلا بعد التعرف على العرف المستمر الذي لم يتغير في بلدهم، ولا يحمّله على عرفه(المفتي) ولا على عرف غيره. وهذا المعنى يعبّر عنه الفقهاء بفقه الواقع الذي يقصد منه معرفة أحوال الناس وأعرافهم ومعاني ألفاظهم، والذي يخصّ المجتهد والقاضي والمفتي على السواء؛ لأن كل منهم كاشف أو مبيّن للحكم، أو فاصل في الخصام والنزاع، إضافة أن مجالهم واحد وهو حل مشاكل المجتمع، لذلك اشترط المالكية في القاضي أن يكون بلديا ليعرف الناس والشهود وغيرهم[1].

وتأكيدا بهذا المعنى قرر الفقهاء مجموعة من القواعد لتكون بذلك مرجعا لهم في بناء الفتاوى والأحكام الفقهية وفق الواقع كقولهم[2]: "المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم" و"التعيين بالعرف، كالتعيين بالنص "و "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

ومن الفروع الفقهية التي تبيّن أثر العرف في بناء الفتوى نذكر:

ـ حمل يمين على من حلف أن لا يركب دابة على ذوات الأربع؛ فلا يحنث بركوب غيرها من كل ما يدب على الأرض، كركوب نعامة أو إنسان مع أن لفظ دابة تشمل الجميع لغة، لكن خصصته العادة القولية[3].

ـ وفي ألفاظ الأيمان يقيِّد عرفُ الحالف لفظَه المطْلَق، فيُحمل على عرفه، بأن يكون العرف هو الذي ينصرف إليه القول عند الإطلاق كاختصاص الدابة عندهم بالحمار، والمملوك بالأبيض

[1]. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميّارة لأبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة(1072هـ)، دار المعرفة، (13/1).

[2]. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (مع دراسة لحياة المؤلف وآثاره وعصره)،أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، تح: أحمد بو طاهر الخطابي، خريج دار الحديث الحسنية ، الرباط، أصل التحقيق: دراسة جامعية لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية بالرباط، مطبعة فضالة – المحمدية (المغرب)عام النشر: 1980 م،(106/1).

[3]. إيصال السالك إلى مذهب مالك للولاّتي، مصدر سابق، (ص199).

والثوب بالقميص، فمن حلف لا يشتري ما ذُكر مثلا فاشترى فرسا أو أسود، أو عمامةً، فلا يحنث، ويستوي في ذلك العرف العملي والقولي على الصّحيح كما تقدّم[1].

ـ في لفظ المتعاقدين، كما إذا تبايعا المتعاقدان بدراهم، وفي البلد سكك، فإنه يُعطى من السّكة التي جرى العرف بالتعامل بها، ومثله لفظ الشراء إذا أريد به البيع فمردّ ذلك إلى العرف[2].

ـ وكالمعاطاة في عقد البيع فإنها تدل على الرضا بين الطرفين، **قال الله تعالى:** ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ **النساء [29]**؛ لأنه يكفي أن كل ما يدلّ على الرّضا من إيجاب وقبول سواء كان قولا كقولهم :خذ وهات، أو فعلا كالمعاطاة؛ لأن فيها دلالة عرفية وهي كافية، يقول خليل: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة"[3]، وكذلك الإجارة مثل البيع في الصيغة تنعقد بما يدل على الرضا، من قول أو فعل كالمعاطاة[4].

ـ ومنها قيام العرف مقام الشرط: فمن المقرر عند الفقهاء أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، فما من عرف جرى به العمل وتعارف الناس عليه إلا نزّل منزلة الشرط، ففي باب العارية وتحديد مدتها، جعلوا ما تعارف عليه الناس هو الحاكم، وليس للمعير أن يخالف المدة المعتادة بين الناس؛

---

[1]. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي، (140/2).

[2]. الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق للتسولي، المطبعة التونسية الرسمية بحاضرتها الحمية، الطبعة :الأولى،1303هـ، (ص181).

[3]. مختصر العلامة خليل لخليل بن اسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري(776هـ)، تح: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: الأولى،2005م، (ص143).

[4]. شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة: الثانية،1317هـ، صورتها دار الفكر للطباعة، بيروت، (3/7).

لأن العادة كالشرط[1]. وكذلك فرّق الفقهاء بين المرأة الشريفة والدنيئة في النفقة وإخدام الزوج لامرأته، ونصّوا على أن مردّ ذلك العرف[2].

المطلب الثالث: مراعاة العرف في الترجيح في الفتوى والأحكام الشرعية.

يعتبر العرف أحد المرجحات التي يعمل بها، إضافة إلى اعتماده في إنشاء الأحكام والفتاوى الشرعية التي مستندها العرف؛ حيث إذا تبدّل العرف تبدّل الحكم، وقد 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[3].ويكون الترجيح بالعرف في أمرين:

الأمر الأول: يكون الترجيح بالعرف في إنشاء حكم جديد لعرف متجدّد؛ حيث يلغى الحكم الأول المتفق عليه الذي أسّس على عرف تغير، فيكون العرف المتجدّد قد ناسب الحاجة أو المصلحة المتجددة، وهذا الترجيح من باب الاستحسان عند ابن العربي؛ وذلك حين يترك الدّليل لأجل العرف ومثاله تضمين الأجير المشترك[4].

الأمر الثاني: يظهر الترجيح بالعرف في ترجيح حكم في مقابل حكم مشهور نظرا لاستقرار العمل عليه؛ وذلك لمصلحة الناس وحاجتهم إليه، وهذا الترجيح يشمل المجتهد والمقلّد؛ لذلك ينبغي للمفتي مراعاة العرف في نقل الفتاوى العرفية لاحتمال تغير تلك العوائد والأعراف التي بنيت عليها، فيضطر المفتي إلى تحكيم الأعراف المتجددة، وإبطال الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء،

---

[1]. شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي،مرجع سابق،(126/6).

[2]. الذخيرة للقرافي، تح: جزء 1، 8، 13: محمد حجي، جزء 2، 6: سعيد أعراب، جزء 3 - 5، 7، 9- 12: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م، (467/4).

[3]. العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجيدي، (ص192 ـ 193).

[4]. المحصول في أصول الفقه لابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي(543هـ)، تح:حسين علي اليدري . سعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة: الأولى،1999م، (ص131).

"وهذا ليس تجديدا للاجتهاد بل قاعدة اجتهد فيه العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد"[1].

يقول النّابغة الغلاوي[2]:

ورجّحوا بالعرف أيضا وهْوا من سائر المرجّحات أقوى

وذلك التّرجيــح بالمجتهد ليس بمختصّ عن المقلـّد.

ـ كما ما يكون التّرجيح بالعرف في مجال القضاء؛ لأن القاضي يعتمد عليه في تمييز المدّعي والمدّعى عليه؛ لأن شهادة العرف لأحدهم تقوّي دعواه على دعوى غيره، بل إنّ من شروط الدعوى ألا يشهد العرف بنقيضها وكذبها[3].

ومن الفروع الفقهية عن الشاهد العرفي منها: الثياب والحلي التي يرسلها الزوج لزوجته، ثم يقع الفراق، فإن ادّعى أنه ذلك كان هبة ثواب منه حكّم حينئذ العرف، فإن شهد له العرف صدق في دعواه، وإلاّ فلا[4].

يقول ابن عاصم:

ومدّعي الإرسال للثواب شاهده العرف بلا ارتياب[5].

لكنهم اختلفوا في كون العرف هل كالشاهد أم الشاهدين، يقول الإمام الزقاق رحمه الله تعالى:

هل عادة كشاهد أو شاهدين زيد عدالة كذاك دون مِيْن[6].

---

[1]. الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام للقرافي، مصدر سابق، (ص219).

[2]. نظم بوطليحية، (ص127 ـ 128).

[3]. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري(1335هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت، (ص625)؛ الذخيرة للقرافي، مصدر سابق، (12/11).

[4]. شرح ميّارة لأبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة، مرجع سابق، (187/1).

[5]. البهجة في شرح التّحفة(شرح تحفة الحكام)لأبي الحسن التسولي، مرجع سابق، (467/1).

[6]. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لأحمد المنجور: المنجور أحمد بن علي المنجور(995هـ)، تح: محمد الشيخ محمد الأمين، أطروحة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، دار عبد الله الشنقيطي، (444/1).

فذكر رحمه الله تعالى هل أن العادة هي كالشاهد أو الشاهدين؟

والمشهور أن العادة والعرف كشاهد واحد فكان لا بدّ من اليمين معها، وقيل هي كالشاهدين، وبالتالي فلا يمين معها[1].

وتطبيقات العرف في الفقه الإسلامي كثيرة مبثوثة في كتب الأحكام والفتاوى، والتي يتّضح منها أن العرف أحد المرجّحات التي يترك لأجله الدليل ويخالَف ظاهره، كما أنه يعتبر معضّدا شاهدا في باب الحقوق والدّعاوى.

المطلب الرابع: مراعاة العرف في تغيّر الفتوى والأحكام الشرعية.

يتناول هذا المبحث حكم تغير الفتوى والأحكام الشرعية بتغير العرف والضوابط المتعلقة بهذا التغير، كما عني ببيان علاقة هذا التغيّر بمقاصد الشريعة.

الفرع الأول: حكم تغيّر الأحكام والفتاوى بتغير العرف.

يتطوّر الزمان وتتجدد معه الأفكار، حتى أن أحوال العالم وظروفه لا تبقى على حالة ثابتة ولا على نسق دائم، يذكر ابن خلدون في مقدمته أنّ: "أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال"[2]. فكان من المقرر في فقه الشريعة أن في تغيّر الأوضاع والأحوال الزّمانية والمكانية أثر بالغ في كثير من الأحكام والفتاوى العرفية، تحقيقا لإقامة العدل وتحقيق المصلحة.

وعلى هذا الأساس نصّ الفقهاء على أن ما كان من الأحكام والفتاوى الشرعية مبنيا على العرف، فإنه يتغير بتغير العرف؛ حتى لو كان عرف منطقة مغايرا لعرف منطقة أخرى، فإن الحكم الشرعي المبني على العرف يتغير بتغير أعراف الناس من منطقة لأخرى؛ وذلك مع توفر ضوابط اعتباره. والمتأمل يرى أن الفقهاء بنوا كثيرا من الأحكام والفتاوى على أعراف وعوائد كانت سائدة، لكن سرعان ما تغيّرت تلك الأعراف لتحلّ محلها أعراف جديدة، فاضطرّ الفقهاء إلى

[1]. شرح ميارة للتحفة، مرجع سابق، (241/1).

[2]. مقدمة ابن خلدون، مصدر سابق، (28/1).

الإفتاء بما تقتضيه تلك الأعراف الجديدة، وفي هذا المعنى يقول الإمام الزرقاني معلّقا على أثر عائشة رضي الله عنها: **"لَوْ أَدْرَكَ النَّبِيُّ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنعهنَّ المَسَاجِدَ"**[1] ما نصه:" واستُنبط من قول عائشة أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المباينة للشّرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة أن يحدثوا أمرا تقضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك، ولا غور في تبعية الأحكام للأحوال"[2].

وتأكيدا لهذا المعنى قال الإمام محمد الخضر حسين: "ولاختلاف الأحكام باختلاف العرف ترى فقهاء المذاهب لا يأخذون بفتاوى أئمتهم القائمة على رعاية العرف، متى تحققوا أنّ العرف تغير، وأنّ الواقعة أصبحت تستحق حكما آخر غير ما قرره الأئمة من قبل، فلفقهاء المالكية؛ كأبي عبد الله بن عتاب، والقاضي أبي بكر بن العربي، وأبي الوليد بن رشد، وأبي الأصبغ بن سهل، والقاضي بن زرب . فتاوى عدلوا فيها عن المشهور في المذهب، وبنوها على رعاية العرف، وجرى باختيارهم عمل أهل القضاء والفتوى من بعدهم"[3].

ويفصل القرافي القول في هذه المسألة؛ حيث ذكر أنها من المسائل المجمع عليها فقال: "إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتّبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة... هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد"[4]، ويقول كذلك في الفروق: "فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه"[1]. وقد

---

[1]. رواه البخاري عن عَبْدُ اللهِ بْنُ يُوسُفَ بلفظ:" لَوْ أَدْرَكَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ، لَمَنَعَهُنَّ كَمَا مُنِعَتْ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ. قُلْتُ لِعَمْرَةَ: أَوَ مُنِعْنَ؟ قَالَتْ: نَعَمْ ."كتاب الآذان، باب خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس، رقم:869، (173/1)؛ رواه مالك في الموطأ، رواية يحيى، تح: عبد الباقي، كتاب القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد، رقم:15،(198/1).

[2]. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك للزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تح: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 2003م، (676/1).

[3]. موسوعة الأعمال الكاملة لمحمد الخضر حسين، مرجع سابق، المجلد04، (48/1).

[4]. الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام للقرافي، مصدر سابق، (ص218 ـ 219).

عبّر الحنفية عن تغير الأحكام بتغير العلل والأمارات بقولهم :هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان"[2].

ومن الآثار التي قد يستند إليها هذا الإجماع الذي نقله القرافي:

ـ حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه، أنه جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة، فقال: **فَقَالَ:" اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا. قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ؟ قَالَ: هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ. قَالَ: فَضَالَّةُ الْإِبِلِ؟ قَالَ: مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا"**[3]. فالحديث فيه نهي عن التقاط ضالة الإبل، وقد بيّن الباجي أنّ هذا الحكم كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لتوفر الأمان عليها، لكن لما انعدم الأمان عليها في عهد عثمان وعلي رضي الله عنهما تغير الحكم؛ حيث أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم، وتغير هذا الحكم يرجع إلى اختلاف الظروف و الأحوال[4].

وفي الحقيقة هناك آثار كثيرة نكتفي بذكر بعضها لأن المقام يضيق لإيرادها وبسطها كلّها:

ـ اعتبار طلاق الثلاث في مجلس واحد ثلاثا، فقد روى مسلم عن ابن عباس، قال:**"كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَبِي بَكْرٍ، وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، طَلَاقُ**

---

[1]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (176/1) و(191/1).

[2]. ورد ذلك كثيرا في كتبهم؛ منها الهداية في شرح بداية المبتدي، المرْغِيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدّين(593هـ)، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (272/3)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدّين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي(786)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر الفكر، صورتها دار الفكر، لبنان، الطبعة: الأولى،1970م، (233/9)؛ درر الحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، مصدر سابق، (270/2).

[3]. أخرجه البخاري، مرجع سابق، كتاب الشرب والمساقاة، باب باب شرب الناس والدواب من الأنهار، رقم:2372، (113/3).

[4]. المنتقى شرح الموطأ للباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت 474هـ)، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ،ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ، (140/6).

الثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ"[1].

ـ إعفاء السّارق من الحد عَامَ المجاعة[2].

ـ تطوير عقوبة التّعزير تأديبا وزجرا للمجرمين. ومن ذلك ما جاء في حديث أنس بن مالك ـ رضي الله عنه ـ **" أَنَّ نَبِيَّ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَلَدَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ، وَالنِّعَالِ»، ثُمَّ جَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ، وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرِّيفِ وَالْقُرَى، قَالَ: «مَا تَرَوْنَ فِي جَلْدِ الْخَمْرِ؟" فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا كَأَخَفِّ الْحُدُودِ، قَالَ: "فَجَلَدَ عُمَرُ ثَمَانِينَ"**[3]**، أمّا عثمان ـ رضي الله عنه ـ فجلد ثمانين وأربعين، وعلي ـ رضي الله عنه ـ ورد عنه الأمران .وقال :كلٌّ سُنَّة**[4].

وهذا يدل أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يثبت لديهم حدّ معيّن في الخمر؛ وإلا كيف يتشاورون فيه ويقيسونه على القاذف، فدلّ هذا على عدم وجود نص ملزم لذا اختلفت فتواهم حسب تغير الأحوال والأزمان.

---

[1]. صحيح مسلم، مصدر سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم الحديث:1472، (1099/2).

قال الإمام النووي " وأما حديث ابن عباس فاختلف العلماء في جوابه وتأويله فالأصح أن معناه أنه كان في أول الأمر؛ إذا قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم ينو تأكيداً ولا استئنافاً يحكم بوقوع طلقة؛ لقلة إرادتهم الاستئناف بذلك، فحمل على الغالب الذي هو إرادة التأكيد، فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه وكثر استعمال الناس بهذه الصيغة وغلب منهم إرادة الاستئناف بها حملت عند الإطلاق على الثلاث؛ عملاً بالغالب السابق إلى الفهم منها في ذلك العصر، وقيل المراد أن المعتاد في الزمن الأول كان طلقة واحدة وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة فنفذه عمر، فعلى هذا يكون اخباراً عن اختلاف عادة الناس لا عن تغير حكم في مسألة واحدة". انظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج للنووي، دار إحياء التراث العربي ،بيروت، الطبعة: الثانية:1392هـ، (71/10).

[2]. المصنف: بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني(ت211هـ)، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1973م، رقم:18990 ،(242/10).

[3]. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، كتاب الحدود، باب حد الخمر، مصدر سابق، رقم"1706، (1331/3).

[4]. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، مصدر نفسه، رقم: 1707،(1331/3)؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي :أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي(321هـ)، تح :شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1994م، (237/6)؛

ومن الذين تعرّضوا لهذه المسألة الإمام ابن القيم الجوزية، فقد ذكر في كتابه "إعلام الموقعين" فصلا كبيرا في تغير الفتوى بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، مقررا فيه أن الجمود على الأحكام التي أصدرها الفقهاء في الماضي تحكيما للعرف السائد في زمانهم أوقعت الناس في ضيق وحرج، وأضاف كذلك أن الشريعة بعيدة كل البعد عن هذا الجمود؛ حيث توصف بالسمح واليسر، يقول موضحا ذلك: "هذا فصل عظيم النفع جدّا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة في أعلى رتب المصالح لا تأتي به"[1]، لذلك يجب مراعاة الأعراف المتجددة وبناء الأحكام والفتاوى عليها، إذ أنه لا بدّ من معرفتها؛ لأن كثيرا من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل زمان[2].

ثم إنه ينبغي أن نعلم أن تغير هذه الأحكام لتغير الأعراف أو لاختلافها، ليس تغيّرا في أصل الخطاب الشرعي أو نسخا له، وإنما تبعا لتغير مناط الحكم له؛ لأن العرف إذا تغير اقتضى حكما يلائمه، هذا ما أكّده الشاطبي؛ حيث بين أن الحكم المؤسس على مناط معين يدور مع ذلك المناط وجودا وعدما وأن العرف الجديد يحتاج إلى أصل شرعي آخر يدخل في إطاره[3]. وهذا ما يعنى بقاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، والتي أكّد الفقهاء عيها وفروعهم الفقهية تشهد على ذلك، كما جاء في مسألة توريث ذوي الأرحام، فقد ذكر ابن يونس رحمه الله تعالى وجوب توريثهم، وعلل قول مالك وأصحابه بوجود بيت المال في زمانه وقد تناسبت الفتوى معه، أما الآن فقد تغيرت الأحوال ولم يعد بيت مال المسلمين منتظم فوجب توريثهم[4].

ومن فروع هذه القاعدة كذلك، مسألة اتّخاذ الكلب الحراسة، التي لا يرى مالك باتخاذها للحراسة؛ وقد أقرّ الشيخ ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله كلب الحراسة لما سقط حائطه، وذلك في

---

[1]. أعلام الموقعين لابن القيم، مصدر سابق، (11/3).

[2]. رسائل ابن عابدين، (125/2).

[3]. الموافقات للشاطبي، مصدر سابق، (ص8).

[4]. منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش، مرجع سابق، (633/9).

زمن الشيعة، فقال: "لو أدرك مالك هذا الزمان لاتّخذ أسدا ضاريا"[1]. فكان جواب الشيخ واضحا في إدراكه أن المسألة تعلّقت بزمان وأحوال معينة، وبمجرد ما تغيرت تلك الأحوال والظروف وجب تغير الحكم أو الفتوى فيها تبعا لتغير المناط الذي يلائمه، رعيا لمصالح الناس ومنافعهم. لذلك ظهر عند فقهاء المالكية المغاربة بناء بعض الفتاوى والأحكام على أصل" ما جرى عليه العمل"، تنزيلا للواقع المعاش؛ حيث أصبحت تلك الفتاوى المبنية على هذا الأصل قاعدة يرجع إليها القاضي والمفتي في العديد من القضايا والأحكام، رعيا للمصلحة أو العرف أو من باب الاحتياط وسد الذرائع.

ومن ذلك إفتاء متأخرو الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرءان والإمامة والأذان، خلافا لما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبيه، والعلة في ذلك تغيّر الأحوال؛ حيث انقطعت عليهم العطايا التي كانت في العهد الأوّل، مما يدعوهم للشغل من أجل لقمة عيالهم، فيلزم من هذا ضياع القرءان والدين[2].

والذي نخلص إليه: أن الفتاوى والأحكام المبنية على العوائد والأعراف تتغيّر بتغيّرها، وتختلف باختلافها، وهي قاعدة قررها العلماء قديما، وتبعهم في هذا المتأخرون؛ حيث أفتوا في كثير من المسائل بخلاف ما أفتوا به الأوائل والأمثلة في ذلك كثيرة، يقول الشيخ يوسف القرضاوي رحمه الله تعالى :" ومن قرأ كتب الفقه على اختلاف مذاهبها، وجد فيها أحكاما وفتاوى مبنية على أعراف زمانها، ولكنها اليوم تبدلت إلى أعراف أخرى، فوجب أن تتبدل الفتوى أو الحكم بتبدلها"[3]، وقال الأستاذ الحجوي: " وكل حكم بني على عرف أو عادة فإنه يتغير بتغيرها"[4].

---

[1]. شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني لزروق: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي (899هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2006م، (1098/2).

[2]. رسائل ابن عابدين، (125/2 . 126).

[3]. موجبات تغير الفتوى في عصرنا للقرضاوي، (ص70 ـ 71).

[4]. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي الثعالبي، مرجع سابق، (478/2).

ومنه إذا كان قد ثبت أنّ من خصائص الشّريعة الخلود والشّمول والمرونة التي تستوعب الزمان والمكان وتساير الأحوال، فإنّ تغيّر الفتوى هي وجه من الأوجه التي تبرز هذه السمات والمزايا؛ من حيث النظر في المسائل والقضايا دون إغفال للزّمان والمكان والأحوال، وفي هذا تحرّر من الالتزام بالمنقول والمسطور.

الفرع الثاني: ضوابط تغير الفتوى والأحكام بتغير العرف.

قد يتجاسر الكثير على الخوض في أحكام الشريعة متّخذين هذه القاعدة مسلكا لتغيير الأحكام والفتاوى الشرعية عملا بمنطوقها ومفهومها تبعا لرغبات الناس ومتطلبات الحياة دون ضوابط تضبطها، لذا كان لا بد من الإشارة إلى تلكم الضوابط والشروط التي تخضع لها.

1ـ مجال القاعدة الظّنّيات لا القطعيات: فلا بدّ أن ندرك أن الأعراف التي تختلف أحكامها هي تلك الأعراف المتغيرة والمتبدّلة التي لم تقم الأدلة الشرعية بإثباتها أو نفيها؛ لأن في أحكام الشريعة ما هو ثابت وما هو متغير، فالحكم الثابت هو ما لا تأثير فيه لمتغير الزمان والمكان والحال، وليس محل اجتهاد، كالحدود المقدرة والواجبات المفروضة والنواهي المحرّمة التي دلت النصوص عليها، وهذا معنى أبدية الشريعة في كونها الشريعة الخاتمة الصالحة لكل زمان ومكان التي لا نسخ بعدها. أمّا المتغير فهو ما كان مؤسّسا على مُتغيّر، وهذه هي ساحة المجتهد والمفتي، "فثوابت الشريعة ومحكماتها لا يلحقها التغير بحال، أما الذي يتغير فهو دائرة الظّنّيات والأحكام الاجتهادية التي تقبل الاختلاف، وتقبل التغير بتغير المكان والزمان والحال، وهذا من روائع هذه الشريعة وخصائصها المميزة"[1].

ومن هذه الأعراف المتغيرة ما تعلق بأنماط السلوك الناس وتصرفاتهم وهيئاتهم، وهذا القسم حُكمه تابع لما تعارف عليه الناس وارتضوه، وقد يتغيّر حكمه بعد فترة من الزمن، وقد مثّل له الشاطبي في وقته بكشف الرّأس[2]، فإنه يختلف باختلاف البقاع.

[1]. موجبات تغير الفتوى في عصرنا ليوسف القرضاوي، مرجع سابق، (ص22).

[2]. الموافقات للشاطبي، مصدر سابق، (489/2).

ومنها أعراف عملية تعارف الناس عليها في معاملاتهم وعقودهم، كتحديدهم للعيوب الفاحشة واليسيرة، وما يعدّ ضررا في المعاشرة وما لا يعدّ بالرجوع للعرف، ومنها الأعراف التي تبيّن دلالات الألفاظ؛ حيث ينتقل مدلولها من معنى إلى معنى آخر على حسب اختلاف الجهات وأهل الصنائع، وأغلب ما يكون العمل بهذا العرف في الأيمان والعقود، ولهذا فإنّ الشارع الحكيم ليس له غرض أو هدف في إجرائها وفق سَنَن محدّد، و إنما مقصد الشّارع يتحقق كيفما كان هذا الوقوع[1].

وفي هذا كلّه تحقيق لمقاصد الشريعة القائمة على جلْب المنافع ودرء المفاسد.

مع العلم أن التغيير يقع في تطبيق النص، مع توفر الشروط وانتفاء الموانع، والتي منها:

ـ دلالة النصّ على كوْن الحكم مرتبطا بمصلحة مؤقتة لا دائمة.

ـ انتفاء العلة التي أدت إلى الحكم السابق.

ـ كوْن الحكم المستمد من النص يمثل أحد الاحتمالات التي تفهم منه.

2 ـ أهلية النظر في تغير الأحكام والفتاوى: إن الإفتاء في الوقائع و الحوادث المتغيرة وإدراك مناط تغير الفتوى يلزمها أهلها من أهل الاجتهاد المشهود لهم بالعلم، والورع وسلامة الذهن، وغير ذلك من آليات النظر وأدوات الاستنباط، التي قررها العلماء في مباحث شروط الاجتهاد والإفتاء، يقول الإمام الونشريسي: "يشترط في المفتي والحاكم أن يكون مجتهدا في أصول الشريعة، عارفا بمآخذ الأحكام ،فإن عجز عن ذلك فليكن مجتهدا في مذهب من المذاهب، فإن عجز عن ذلك فله أن يفتي بما يتحققه ولا يشك فيه ...فإن كان خطؤه فيه نادرا بعيدا جاز له الفتوى والحكم وإلا فلا"[2]؛ حيث حرص الفقهاء على ضرورة توافر كل الشروط المتوافرة في المفتي فكلّما استوفر أكثرها كان للحق أقرب، لذا وجب أن يكون حق النظر في تغير الفتوى عند تحقق موجباته له لا لغيره.

[1]. العرف بين الفقه والتطبيق لعمر الأشقر، مرجع سابق، العدد05، الجزء04، (ص3251 ـ 3252).

[2]. المعيار للونشريسي، (110/11).

3 ـ استصحاب مقاصد الشريعة[1]: إنّ استصحاب مقاصد الشريعة وكلّياتها يسّهل على المفتي الوصول للحكم الشرعي المناسب، وتمنعه من الزّلل خاصّة عند تغيّر الفتوى التي تتأثر بتبدل المصالح والمفاسد والعلل والأوصاف، فالاعتماد على موجبات تغير الفتوى دون ربطها بأصول الشريعة ومقاصدها ومصالح الشرع يفضي إلى القول على الله تعالى بغير علم، ومعلوم أن المصلحة تبنى على اختلاف أوضاع الناس وأعرافهم، وهذه المصلحة مبنية على العرف[2]، لذلك جعل العلماء العلم بمقاصد الشريعة ضمن شروط المجتهد والمفتي.

4 ـ تحقق شروط اعتبار العرف: إن القول بتغير الأحكام والفتوى بناء على تجدد الأعراف وتغيرها يقتضي أن تكون تلك الأعراف الجديدة مستوفية لشروط اعتبارها، وقد تم ذكر شروط اعتبار العرف في المبحث الثاني من هذا الفصل فلا داعي لذكرها.

الفرع الثالث: علاقة تغير الأحكام بتغير العرف بمقاصد الشريعة.

يظهر الارتباط الوثيق بهذه القاعدة ومقاصد الشريعة من جهة أن الشارع الحكيم أحال بعض الأحكام التي تتبدل مصالحها وتختلف باختلاف الزمان والمكان والأحوال على العرف، كتقدير نفقة الزوج على أهله، وتقدير متعة المطلقة، وغيرها، فإذا حصل من النفقة أو المتعة ما هو معروف ومعهود رضيت به النفوس وقبلته العقول.

ومن مظاهر هذا الارتباط أن الشارع الحكيم ذكر أحكاما مطلقة لا ضابط لها، كالحرز، ومقدار الذي يوجب الحد في السرقة، لذلك قرر العلماء أن كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف[3]، وهذا ما ذكرناه سابقا في قواعد العرف الأصولية والفقهية.

---

[1]. العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر عبد الكريم الجيدي، (ص157 ...159)؛.

[2]. العرف لكمال الدين جعيط، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة علمية محكمة تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة ، السعودية ، العدد05،الجزء04،(ص2980).

[3]. الفروق للقرافي، (190/1).

والسّبب في ذلك أن هذه الأحكام تختلف وتتغير حسب الأعراف والأحوال والأماكن، فكان لا بد من إحالتها على العرف تحصيلا للمصلحة وتحقيقا لمقصد الشرع. ثم إن في الالتزام بفتاوى ثابتة مع تغير للأحوال والأعراف والأماكن والأزمان فيه التزام بالمشقة والحرج وجمود على المسطور والمنقول، وفي هذا فقْد لخصائص الشريعة ومخالفة لمقصد التيسير فيها؛ إذ يعتبر الاعتداد بأعراف الناس من يسر هذه الشريعة السمحة؛ لأن في الإحالة على العوائد والأعراف رفع للحرج؛ وتحقيق لما جبل عليه البشر من الميل لما ألفوه، لذا عدّ بعضهم هذا من الفطرة كالإمام الطاهر ابن عاشور، لذا كان لا بد من تغير الأحكام والفتاوى بتغير الأحوال والأعراف تحقيقا لمقصود الشارع في اليسر ورفع الضرر على الناس، فهذا هو الحق الواضح، أمّا الجمود على المنقولات فهو ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين[1].

فظهر أن العمل بقاعدة تغير الأحكام بتغير العرف منظور فيه مقاصديّا بالدرجة الأولى من حيث التيسير ورفع الحرج الذي هو مقصد كلي بلغت أدلته مبلغ القطع، إذ تؤكد القاعدة أن الشريعة كاملة تامة، تتسم بالمرونة والصلاحية لكل زمان ومكان وعصر.

فيتضح مما سبق أن اعتبار العرف في الفقه الإسلامي من حيث وظائفه في الاستدلال وفي كونه مؤسسا ومرجحا ومغيرا للفتاوى والأحكام الفقهية الاجتهادية التي تستند إلى العرف؛ قد أفاد نموّا ومرونة في التشريع والفصل بين الناس، وأكسبه مسايرة مع المستجدات والوقائع واندماجا مع الواقع، وذلك من خلال الاعتماد على مألوف الناس ومعهوداتهم في كثير من القضايا و النوازل، خاصّة عند فقدان أو غياب النّصوص التفصيلية في الأحكام.

وبهذا نكون قد أنهينا الفصل النظري ليليه إن شاء الله الفصل التطبيقي الذي احتوى على مسائل من كتاب الدرر المكنونة تخصّ باب العقود(مسائل في فقه النكاح والمعاملات المالية والأيمان)؛ حيث قام الباحث بتتبع وجمع النوازل المتعلقة بالعرف مع بيان مدى اعتماد فقهاء المالكية عليه في الفتوى، وأثره فيها.

[1]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (191/1).

الفصل الثاني

الفصل الثاني: أثر العرف في الفتوى من خلال نوازل المازوني ـ باب العقود ـ

يمثّل فقه العقود الأحكام العملية التي تنظّم علاقة العبد المكلّف بالآخرين، كما أنه يتعلّق بحياة الناس المتغيّرة والمتجددة على الدوام، والباحث يعالج في هذا الفصل أثر العرف في الفتوى من خلال نوازل المازوني الخاصة بالعقود(النّكاح ـ المعاملات المالية ـ الأيمان)؛ قصد بيان مدى اعتماد العرف في الفتوى لدى فقهاء المالكية وأثره فيها؛ وكيف للفتوى أن تتغيّر من مصر إلى مصر ومن عصر إلى عصر؛ حيث جاء هذا الفصل في خمسة مباحث، ثلاثة منها خاصّة بالنكاح نظرا لكثرة المسائل المتعلّقة به، أمّا الرابع والخامس فتناولا مسائل المعاملات المالية ومسائل الأيْمان، وهي كالآتي:

المبحث الأول: أثر العرف في نوازل الصّداق.

المبحث الثاني: أثر العرف في نوازل تجهيز المرأة.

المبحث الثالث: أثر العرف في نوازل من النّكاح.

المبحث الرابع: أثر العرف في نوازل المعاملات المالية.

المبحث الخامس: أثر العرف في نوازل الأيمان.

في البداية تناول الباحث المسائل التي وقف عليها في باب النكاح؛ حيث شملت مسائل من مواضيع مختلفة؛ نوازل متعلقة بالصّداق، ونوازل خاصة بتجهيز المرأة، ونوازل أخرى من النكاح من مواضيعها مختلفة؛ الأمر الذي استدعى من الباحث أن يجعل في نوازل النكاح ثلاثة مباحث: المبحث الأول كان لنوازل في الصداق، والثاني خصصّ لمسائل تخصّ تجهيز المرأة، أمّا الثّالث فكان لمسائل أخرى من النكاح من مواضيع مختلفة.

المبحث الأوّل: أثر العرف في نوازل الصّداق (المهر).

إن للعرف أثر على كثير من المسائل التي تتعلّق بالمهر، خاصّة تلك التي يكثر فيها النّزاع؛ فقد يحدث خلاف بين الزّوجين، أو بين أحد الزّوجين وورثة الآخر حول بعض الجوانب المتعلّقة بالصّداق؛ كالخلاف حول تسمية المهر ومقداره، أو الخلاف حول قبض الجزء المعجّل منه، وغيرها من الجوانب، وقد تضمّن هذا المبحث هذه المسائل هي كالآتي:

1. الاختلاف في المهر من حيث التفويض والتسمية.
2. الاختلاف في قدر المهر المسمى.
3. الاختلاف في قبض المهر.
4. فيمن أعطى زوجته أشياء ثم ادّعى أها عارية.

لقد ارتأى الباحث قبل دراسة هذه النوازل وبيان أثر العرف فيها، أن يبين طبيعة المهر عند الفقهاء.

الفرع الأول: طبيعة المهر عند الفقهاء.

المهر أو الصّداق: هو ما يعطى للزّوجة في مقابلة الاستمتاع بها[1]، أو هو متموّل يملك تحقيقا أو تقديرا لمحققة الأنوثة ممن يجوز نكاحها عند إرادة نكاحها[2]، وقد اتّفق الفقهاء على وجوبه للزّوجة، وأنّه حقّ للزوجة على زوجها، واستدلّوا على ذلك بأدلّة من الكتاب، والسّنة والإجماع، فمن الكتاب: **قال الله تعالى:**

﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤ ﴾ **النساء [4]**، ومن السّنة قول النّبي صلّى الله عليه وسلّم: **"الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ "**[3]، أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية الصّداق في النكاح[4].

إلاّ أنهم اختلفوا في تحديد طبيعته:

فذهب الجمهور أنّ تسمية الصّداق ليس ركنا ولا شرطا في النكاح، ولذلك فإنّ عقْد الزواج يصحّ ولو لم يسمّ الصّداق فيه؛ بفرض للزوجة مهر المثل بعد ذلك، وبهذا يعتبر الصّداق من

---

[1]. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، مصدر سابق، (293/2).

[2]. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي(1126هـ)، دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر،1995م، (2/ 5).

[3]. رواه البخاري في صحيحه، صحيح البخاري، مصدر سابق كتاب النكاح، بَابٌ السُّلْطَانُ وَلِيٌّ لِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ، رقم الحديث:5135،(17/7)؛ الموطأ لمالك بن أنس، رواية يحيى، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، عام النشر:1985م، كتاب النكاح، بابُ مَا جَاءَ فِي الصَّدَاقِ وَالْحِبَاءِ، ، رقم:8، (526/2).

[4]المغني لابن قدامة، مصدر سابق، (209/7).

آثار الزواج لجواز انعقاده بدونه، وباعتباره أثرا يجوز إسقاطه من الزّوجة وتبرئة زوجها منه؛ لأنّه حقّ خاصّ لها، أمّا في حالة الاتّفاق على إسقاطه يصحّ العقد ويبطل الشّرط[1].

وعلى قول الجمهور قضت المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 1998/11/17م، الذي جاء فيه: "إن عدم تحديد الصّداق لا يبطل الزّواج".

وقد استدلّ الجمهور بمجموعة من الأدلة منها:

قَالَ تَعَالَى: ﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ **البقرة [234]**، فكوْن الطّلاق صحيحا قبل الدخول وبدون تسمية المهر، دليل على جواز العقد دون تسمية المهر[2].

أمّا المالكية[3] فقد اعتبروا أنّ الصّداق ركن[1]من أركان الزّواج في قول؛ لكنّ الرّاجح في مذهبهم أنّه شرط صحّة في الدّخول؛ حيث يلزم ذكره وتحديده عند العقد، وبناء على هذا القول

---

[1]. هم: الحنفية والشافعية والحنابلة. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(ت587هـ)،الطبعة: الأولى،1327 ـ 1328هـ، ج1 ـ 2:مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، ج3 ـ 7:مطبعة الجمالية، مصر، وأصدرت دار الكتب العلمية طبعة أخرى في 10أجزاء، تح: علي معوض وعادل عبد الموجود، الطبعة: الثانية، 1986م، (274/2)، روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي(676هـ)، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة،1991م، (257/7ا)؛ المغني لابن قدامة، مصدر سابق، (210/7).

[2]. تفسير القرطبي:الجامع لأحكام القرءان للقرطبي، مصدر سابق، (197/3)؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(476هـ)، دار الكتب العلمية، (462/2)؛ فتح القدير للشوكاني(1250هـ)، دار ابن كثير، دار الكلم الطيّب، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى،1414هـ، (289/1)؛ الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة: الثالثة، (ص171).

[3]. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي(616هـ)، تح: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2003م، (413/2)؛ جامع الأمهات لابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي(646هـ)، تح: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة:

لا يجوز التواطؤ على ترك الصداق أو اشتراط إسقاطه؛ وإلاّ فسد العقد وفرّق بينهما أي الزوجين قبل الدخول وصحّح بعده بعد ثبوت مهر المثل[2].جاء في متن الرسالة لابن أبي زيد:" ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل"[3]. ومن أدلّة المالكية أن الصّداق عوض لا يجوز الاتّفاق على إسقاطه أو نفيه؛ لأنّ العقد يَفسُد بنفي العوض لاعتبارهم الزّواج عقد معاوضة، جاء في شرح مختصر خليل للخرشي "فإن تراضيا على إسقاطه أو اشترطا إسقاطه أصلا فإن النكاح لا يصحّ"[4].

الفرع الثاني: نوازل الصّداق المتعلقة بالعرف.

لقد اتّفق العلماء على صحّة عقد النّكاح وإن لم يسمّ فيه الصّداق[5]؛ لكن قد يحصل النّزاع فيه من حيث التسمية والتفويض؛ كأن يدّعي الزوج التفويض وتدّعي الزوجة أو وليها أنه تزوجها بالتسمية، أو يكون النزاع في قدر المهر المسمىّ، أو يكون في قبض المهر، هذا ما سيتم دراسته في هذه المسائل مع إبراز أثر العرف ودوره في حل تلك النزاعات والخلافات.

الثانية،2000م، (ص255)؛ التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي(897هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1994م، (42/5)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (293/2).

[1]. الركن: لغةً: الجانب القوي من الشيء، فيكون عيْنه، واصطلاحاً: ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم إذْ قوامُ الشيء بركنه. وقيل: ركنُ الشيء ما يتمُّ به وهو داخلٌ فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه. وأركان الكعبة ملتقى الجدارين بجوانبها الأربعة، وأركان العبادات جوانبها التي عليها مبناناً وبتركها بطلانها. والشّرط: الشَّرْط لُغَة إِلْزَام الشَّيْء والتزامه، وَاصْطِلَاحا مَا يلْزم من عَدمه الْعَدَم وَلَا يلْزم من وجوده وجود وَلَا عدم ذَاته وَيُقَال مَا يتم بِهِ الشَّيْء وَهُوَ خَارج عَنهُ. انظر:التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،2003م، (ص106)؛ الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي(ت926هـ)، تح: مازن المبارك: دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة: الأولى،1411هـ، (ص71 ـ 72)؛ التعريفات للجرجاني، مرجع سابق، (ص125).

[2]. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، مرجع سابق، (419/3).

[3]. متن الرسالة لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ)، دار الفكر،(ص89).

[4]. شرح الخرشي على مختصر خليل للخرشي: أبو عبد الله محمد الخرشي المالكي(ت1101هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة: الثانية، 1317 هـ، صَوّرتها: دار الفكر للطباعة ،بيروت، (172/3).

[5]. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيدمصدر سابق، (ص467)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بنة محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدّمشقي الحنبلي(620هـ)، تح: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1994م، (70/3).

1ـ الاختلاف في المهر من حيث التفويض والتسمية[1].

أ ـ نصّ المسألة.

وسئل شيخنا وسيّدنا أبو الفضل العقباني[2] عن مسألة وهي اختلاف الزوج وأبي البكر غير البالغ، ادّعى الأب أن العقد وقع بينهما بتسمية وادّعى الزوج أنه تفويض[3] ولا بيّنة لهما، فلمن القول منهما.

فأجاب: القول قول من ادّعى التفويض، إلاّ أن يكون عرفهم التّسمية فقط أو تغلب التسمية، فيترجّح قول من ادّعاها، فيما يختاره بعض الشيوخ وهو الظّاهر.

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة لأبي زكريا المازوني، تح: لمسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات للكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص217).

[2]. سبق ترجمته في الفصل التمهيدي.

[3]. أي نكاح التفويض: ونكاح التفويض جائز، قد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض، **قال الله تعالى:**

﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ البقرة [234].

قال مالك: فنكاح التفويض جائز، وهو أن يقولوا: قد انكحناك، ولا يسمون صداقاً، فهو بالخيار إن شاء دفع مهر مثلها ودخل، وإن شاء فارق ولم يلزمه غير المتعة، وهذه سنة نكاح التفويض، فإن بنى بها فلها صداق مثلها وليس كصداق أختها، أو ذات رحم، ولكن مثلها في مالها وجمالها وشبابها وحالها في زمانها. انظر: الجامع لمسائل المدونة لابن يونس:أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت 451هـ)، تح: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، 2013 م، (237/9). وصفته: أن يعقدا النكاح ولا يذكرا صداقًا، ويكون الزوج فيه بين ثلاثة خيارات: إما أن يتراضيا على مهر يفرضانه أو يفرضه أحدهما ويرضي به الآخر فيجوز ذلك، أو أن يبذل المثل ويدخل ولا يعتبر رضاها، أو أن يطلق ولا يلزمه صداق ويستحب له أن يمنع، ومن مات منهما قبل الدخول وفرض المهر فللآخر الميراث دون الصداق. انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، تح: حميش عبد الحق، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، (ص763).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع هذه النّازلة الاختلاف الذي يكون بين الزّوجين أو ورثتهما في تسمية الصّداق؛ وقد جاء في النّازلة أنّ أحد الزّوجين أو الورثة ادّعوا تسمية المهر مع إنكار الطرف الآخر بدعوى أنّه تفويض، ولا بيّنة معتبرة شرعا لأحدهما يمكن الرّجوع إليها. فمن يعتبر قوله منهما؟.

ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة[1]، فذهب فقهاء المالكية إلى أن القول للمدّعي إن كان له بيّنة؛ وإلاّ فالقول لمن شهد له العرف في التسمية وعدمها مع اليمين؛ فلو كان العرف هو التّفويض وادّعى الزّوج أنه تزوّجها تفويضا فالقول قوله مع يمينه ولو بعد الدخول أو الموت أو الطلاق بفرض مهر المثل، فإن وقع طلاق أو موت قبل الدّخول فلا شيء عليه، لأن مالكاً قال:

[1]. الحنفية: يعمل الحنفية في حال الخلاف في تسمية المهر بقاعدة: البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر، فتكون البيّنة على مدّعي التسمية، فإن عجز يحلف منكر التّسمية، فإن حلف وجب صداق المثل؛ لأن القول قول منكر التسمية مع يمينه، وإن نكل صحّت التّسمية، سواء كان الاختلاف بينهما قبل الدخول أو بعده؛ إلا أنّه يجب نصف ادّعاء أحدهما في حالة الاختلاف قبل الدخول إن ثبت المهر المسمّى، هذا إن كان الخلاف بين الزوجين، أما إذا كان الخلاف بعد بين ورثة الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر فالقول لورثة الزوج عند أبي حنيفة لتقادم العهد على تقدير مهر المثل لفوات الوصف والوقت، فيما يرى الصاحبان أن الاختلاف في أصل الصداق المسمى بين الورثة حكمه كالاختلاف بين الزوجين في حياتهما. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني، مرجع سابق، (304/2 ـ 305)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (970هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، دون تاريخ، (3 /196)؛ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، (6820/9). الشّافعية: ذهب الشافعية إلى أنهما يتحالفان في حالة عدم البيّنة أو تعارضها، فينتفي بيمين كل منهما دعوى صاحبه فتسقط التسمية، ويجب مهر المثل، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف، ولم يفرّق الشافعية بين الدخول وعدمه في الأصح. انظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني، مصدر سابق، (400/4)؛ المهذّب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، مرجع سابق، (473/2)؛الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، مرجع سابق،(6820/9ـ 6821).

ـ الحنابلة: فرّق الحنابلة بين الدخول وعدمه: فقبل البناء لهم روايتان: أولهما: القول لمن ادّعى عدم التسمية، أي لمن يدّعي مهر المثل. والأخرى: القول للزوج، فإن هو طلقها كانت لها المتعة، وإن أمسكها فلها مهر المثل. وبعد الدّخول: ففي حالة ادّعاء الزوجة مهر المثل أو دونه وجب لها بلا يمين؛ لأنها لو صدقت زوجها لكان لها مهر المثل، وما نقص فهي مقرّة بنقصه عما يجب لها بدعوى الزوج، فإن ادّعت مهر المثل وزيادة فعلى الزوج اليمين لنفي الزائد، ولها مهر المثل، وهذا الحكم مبني على من ادّعى التسمية، فإذا لم يقم البيّنة قبل قول المنكر مع يمينه. انظر: المغني لابن قدامة، مصدر سابق، (237/7)؛ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، مرجع سابق، (6820/9).

إذا ماتت الزوجة قبل البناء فادعى ورثتها تسمية صداق، وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه، وله الميراث، وعلى ورثة المرأة البينة على ما ادعوا من التسمية، أمّا إذا كان عرف البلد هو التّسمية، وادّعت التسمية فالقول قولها بيمينها تحكيما لشهادة العرف؛ لأن العرف المطّرد يجري مجرى الشرط. هذا في حالة التنازع بعد البناء، أمّا لو تنازعا في التفويض والتسمية قبل البناء فسخ مطلقا[1]. وقد أقرّ الشيخ قاسم العقباني هذا الرأي، وصرّح أنه مذهب بعض الشيوخ؛ فحكَم لمن ادّعى التفويض ما لم يكن هناك عرف متقرّر أنّ الأصل في الصّداق التّسمية، وهذا ظاهر في جوابه. و للعلماء في هذه المسألة آراء متباينة.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه النّازلة من خلال رجوع المفتي إليه عند انعدام البيّنة؛ فقد حكم ابتداء لمن ادّعى التفويض؛ لكن لما كان للعرف سلطان على الأحكام تغيّر بموجبه هذا الحكم؛ فاشترط على من ادّعى التفويض عدم وجود عرف التّسمية في تلك المنطقة؛ فإن وجد ترجّح قول من ادّعى التسمية لشهادة العرف، فكانت وظيفة العرف في هذه المسألة هي ترجيح قول من شهد له العرف سواء للتّسمية أو للتّفويض ما لم تكن هناك بيّنة.

والعرف الغالب المعمول به في ناحيتنا(تنس ـ الظهرة ـ مستغانم) هو إدراج تسمية المهر في العقد، وبالتّالي لا مشكلة حول تسمية الصّداق، والعبرة بالغالب لا النّادر، فإن حصل نزاع في

[1] الجامع لمسائل المدوّنة لابن يونس، مصدر سابق، (251/9)؛ تبصرة اللخمي: علي بن محمد الربعي، أبو الحسن(ت478هـ)، تح: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى،2011م، (1992/5)؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري(ت776هـ)، تح: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة، الأولى،2008م، (248/4)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش، مرجع سابق، (54/3...56)؛ التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، مرجع سابق، (233/5)؛ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (334/2)؛ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزّحيلي، مرجع سابق، (6820/9).

الصّداق من حيث التّفويض والتّسمية، فالقول لمن ادّعى التّسمية لشهادة العرف الجاري؛ إلا أن تكن بيّنة للطرف الآخر، والله أعلم.

2. الاختلاف في مقدار المهر المسمّى[1].

أ ـ نصّ المسألة.

وسئل شيخنا وسيدنا أبو الفضل العقباني[2] عن مسألة تنازع فيها الزوج وورثة الزوجة، فادّعى الورثة أن قدر الصداق بين أمثالهم مائة وهو العرف الجاري، وادّعى الزوج بعد الموت أنه تزوجها بأربعين ودخل بها، فهل الأشبه دعوى الورثة فيحكم لهم بذلك؟ أو الأشبه دعواه فيحكم له؟

فأجاب: الحمد لله يحلف الزوج على ما ذكره ويعمل بمقتضاه.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تناولت هذه النازلة النزاع الذي يكون بين الأزواج أو الورثة في مقدار المهر المسمّى، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة[3].

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة لأبي زكريا المازوني، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات ، تح: الكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص190).

[2]. يقصد القاسم العقباني، وقد سبقت ترجمته.

[3]. الحنفية: لم يتفق الحنفية في هذه المسألة، فقال أبو حنيفة ومحمد أن الحكم في هذه النّازلة لمن شهد له الظاهر مع يمينه، والظاهر يشهد لمن يوافق مهر المثل، وعند عدم موافقتهما له يتحالفان، ويحكم بمهر المثل، واعتبر أبو يوسف أن الزوجة مدّعية فتطالب بالبيّنة تطبيقا لقاعدة: البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر. فإن فعلت قضي لها، وإن عجزت حلف الزوج وقضي له، فإن امتنع قضي لها كذلك. وخلاصة قول أبي يوسف يجعل للقول لزوج مع يمينه؛ لأنّه منكر والأصل براءة الذمّة. انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، مصدر سابق، (305/2)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ،مرجع سابق، (193/3). الشافعية: لم يفرق الشافعية بين الدخول وعدمه، ففي حالة التنازع يتحالفان عند عدم البيّنة، ويفسخ المهر ووجب مهر المثل، قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: "وإذا اختلف الزوجان في المهر قبل الدخول أو بعده تحالفا ولها مهر المثل وبدأت بالرجل". انظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي للماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب

ومذهب المالكية التفريق بين حالتين:[1]

1. التّنازع قبل الدخول: روي عن مالك قولان:

القول الأول: أنها يتحالفان ويتفاسخان، وهو قول ابن شاس[2]؛ فقد جاء عنه: "إن تنَازَعا فِي قَدرِ الْمهرِ وَصِفتِهِ قبلَ الْبِناءِ مَعَ بقاءِ الزّوْجِيَّةِ بينهُما تحالفا وَتَفاسخا"[3].

القول الثاني: يقضى لمن كان قوله أشبه بالمتعارف المعتاد بين بلديْهما، فإن نكلت عن اليمين قضي له بما ادّعاه، وإن نكل هو قضي لها بما ادعته، ولا يفرّق بينهما، أمّا إن لم يكن قول أحدهما يشبه المتعارف عليه، تحالفا، فكل منهما يحلف على صدق ما ادعاه، ونفي ما ادعاه الآخر، حيث يعتبر كل منهما مدّعي، ومدّعى عليه، فإن حلفا أو امتنعا معاً عن اليمين، فرّق القاضي

البصري البغدادي(ت450هـ)، تح: علي محمد معوض . عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى،1999م، (494/9)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني، مرجع سابق، (401/4). الحنابلة: لدى الحنابلة في هذه المسألة روايتان: أولهما: أن القول للزوج مطلقا مع يمينه؛ لأنه منكر لما يدّعيه عليه، والثانية: أن القول لمدّعي مهر المثل منهما، فإن لم يوافق صداق المثل أحدهما؛ فرض مهر المثل من غير يمين. وهذا موافق لرأي أبي حنيفة ومحمد. انظر: المغني لابن قدامة، مصدر سابق، (233/7).

[1]. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، مرجع سابق، (ص471)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تح: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية،1980م، (557/2)؛ إرْشَادُ السَّالِك إلَىَ أَشرَفِ المِسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي(ت 732هـ)،حسن شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة، (ص63)؛ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن الحسن الكشناوي(ت1397هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، (112/2).

[2]. هو: أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي السّعدي شيخ المالكية في عصره بمصر، الملقّب: بجلال الدين، كان فقيها، فاضلا في مذهبه عارفا بقواعده، توفي عام (610هـ)، ألّف كتابا في المذهب "الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة" وضعه على ترتيب الوجيز لأبي حامد الغزالي. انظر: الأعلام للزركلي،مصدر سابق، (124/4)؛ سير أعلام النبلاء للذهبي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ت 748هـ)، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: 2006م، (110/16)؛ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن شاس: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، تح: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، (443/1).

[3]. نقل عن: التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، (232/5).

بينهما بطلقة. قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ[1] رحمه الله تعالى:" إن اختلف الزوجان في قدر المهر ولا موت ولا طلاق, وذلك قبل البناء ففي المدونة: القول قولها وبخير الزوج في تمام ما ادعته وإلا تحالف وفسخ النكاح ولا شيء لها "[2]، وقد ذكر الإمام اللَّخْمِي[3] القولين وهو في معرض كلامه عن الاختلاف فِي القدر ورجّح القول الثّاني فقَالَ: "وقد اختلف فِي أربَعة مَوَاضِعَ منهَا: إذا أتى أَحدُهما بِمَا يُشبِه والآخر بِما لَا يُشبِهُ ولم يَكن بنى بها فقال مالِك مَرَّة: يَتحالفان ويَتَفاسخان. وقالَ مَرَّة: القَولُ قَولُ مَن أَتى بِمَا يُشبِه دونَ الآخر، وَهُوَ أَصوب لأنّ ذلكَ دَلِيل لَه كَالشّاهدِ يَحْلِفُ معه مَن قَامَ له دليل. وَإِن كان قَد بنى كان القول قَوْلَ الزّوْجِ"[4].

2 . التّنازع بعد الدّخول: القول قول الزوج مع يمينه؛ لأنّ الزوجة مكّنته من نفسها فصارت مدّعية، فإن نكل حلفت هي وكان القول له، وذكره اللّخمي في كلامه السابق.

وقد جاءت فتوى الشيخ أبو الفضل العقباني موافقة لما ذكره اللخمي في حالة حصول النزاع بعد الدّخول، بخلاف إن حصل قبله فإنه يرجع إلى العرف فيقضى لمن كان قوله أشبه بالمتعارف المعتاد، فلو كان النزاع في هذه المسألة قبل الدخول لكان قول الزوجة لشهادة العرف.

---

[1]. هو: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي ولد في (716هـ)، مقرئ، فقيه، أصولي، بياني، منطقي، متكلم، فرضي. تفقه على الإمام أبي عبد الله محمد بن عبد السلام، وأبي عبد الله محمد بن هارون، ومحمد بن حسن الزبيدي، ، ونظرائهم. وأخذ عنه أبو حامد بن ظهيرة المكي، والشريف السلاوي، والإمام ابن مرزوق الحفيد، وغيرهم، توفي عام(803هـ)، من مؤلفاته: المبسوط في الفقه المالكي، منظومة في قراءة يعقوب، مختصر الفرائض، وغيرها. انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، (331/2 ـ 332)؛ نيل الابتهاج للتّنبكتي، مصدر سابق، (ص463، 471)؛ الأعلام للزركلي، (43/7).

[2]. التاج والإكليل، مرجع سابق، (232/5).

[3]. هو: علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي فقيه مالكي، قيرواني الأصل، تفقّه بابن محرز، وأبي الطيّب، والتونسي، وعنه أخذ أبو عبد الله المازري، وأبو الفضل النحوي، وأبو علي الكلاعي، وغيرهم، توفي عام،(478 هـ). من كتبه: التبصرة، وهو تعليق على المدونة، وله كتاب فضائل الشام. انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، (104/2 . 105)؛ الأعلام للزركلي، (328/4).

[4]. تبصرة اللخمي، مرجع سابق،(1985/5)؛ التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، (232/5 . 233).

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه المسألة في حالة النّزاع قبل الدّخول في قول المالكية: أن القول لمن كان قوله أشبه بالمتعارف عليه ببلدهما؛ فإن كان قول الزّوجة موافقا للعرف فالقول لها، أما إذا وافق العرف قول الزوج حكم له، وإذا لم يشبه قول أحدهما المتعارف عليه، فإن حلفا أو امتنعا معا فرّق القاضي بينهما بطلقة في حال الحياة.

وفي الحقيقة لم تعد هذه النّازلة ذات أهمّية كبيرة في هذا الزّمان؛ إذ أصبح من عادة الناس إدراج تسمية المهر في عقد الزواج، ولا يتِمّ العقد إلاّ بعد تسمية الصّداق و ذكر قدره.

وفي ناحية الغرب من بلادنا جرت العادة على إدراج تسمية المهر وتحديده في العقد؛ وبالتّالي لم يعد مجال للنزاع في مقداره؛ لأن العرف القائم حسم هذا النزاع؛ غير أن الفقهاء تناولوا المسألة وناقشوها قديما لانعدام الإجراءات الموجودة اليوم، والله أعلم.

3ـ الاختلاف في دفع (قبض) المهر[1].

أ ـ نصّ المسألة.

وسئل أبو الفضل العقباني عن مسألة اتّفاق الزوجين أو ورثتهما على مسمّى الصداق، وادّعى الزوج أن الصّداق كله كان نقدا وادعت المرأة أن النقد منها أقل من النّصف أو ادّعى الزوج أن الأكثر منه كان نقدا، وأنه دفعه عند البناء، فهل القول، قول الزوج أو ورثته في ذلك؟ أو قول المرأة وورثتها؟

فأجاب: نصوص الأكثر، أن القول قول الزوج، أنه نقد الجميع وأنه باسم النقد أو فيما يذكر من ذلك؛ أنه باسم النقد، واختار بعض شيوخ المذهب الرجوع إلى شهادة العرف في ذلك.

[1]. الدرر المكنونة لابي زكريا المازوني ،تح: الكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص190).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تتعلّق هذه المسألة بالخلاف الذي يكون بين الزّوجين في الصّداق من حيث الدفع؛ فقد جاء فيها أنّ زوجا ادّعى أن الصّداق كلّه كان نقدا بينما ادّعت زوجته أن النقد منه كان أقلّ من النصف أو ادّعى الزوج أن الأكثر منه كان نقدا، وأنه دفعه عند البناء، فما هو القول المعتبر؟

تباينت آراء الفقهاء في هذه المسألة[1]، بينما ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بين الدخول وعدمه:

فقبل البناء القول للزوجة ووارثها لتمسّكها بالأصل الذي هو ثبوت الصداق في ذمّة الزوج فلا يبرأ منه إلا ببيّنة. أمّا بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه؛ وهذا قول مالك فقد روي عنه: إذا تنازع الزوجان في قبض الصّداق بعد الدخول، فإن القول قول الزوج ولوارثه[2]، وهذا هو

[1]. الحنفية: يرى فقهاء الحنفية عدم تصديق المرأة بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر، مع أنها منكرة للقبض والقاعدة: أن القول قول المنكر بيمينه وقد تركت هذا القاعدة هنا لأن المرأة في العادة، لا تسلّم نفسها قبل قبض المعجل، وهذا العرف جارٍ في كثير من الدول الإسلامية، بأن الزوج لا يدخل بزوجته قبل قبض معجل المهر، وقد جرى العرف أن الزوجة تقبض المعجل قبل الزفاف، والمؤجل يستحق بالطلاق أو الوفاة؛ إلا إذا تزوجت في بلد جرى عرف أهله على عدم تسليم معجل المهر كله أو بعضه، ففي هذه الحالة تسمع دعواها وعليها البينة، فان عجزت حلف زوجها اليمين، فإن حلف ردت دعواها، وإن لم يحلف حكم القاضي لها بما ادعت. أما إذا حصل الخلاف قبل الدخول كان القول للزوجة بيمينها لشهادة الظاهر لها ببقاء المهر في ذمّة الزوج بالعقد، فتجب عليه البيّنة لإثبات دعواه، فإن عجز وحلفت خسر الدّعوى، وإن هي نكلت حكم له بما يدّعيه. انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، مرجع سابق، (151/3)؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو، مرجع سابق، (ص310)؛ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (6823/9). الشافعية والحنابلة: يرى الشافعية والحنابلة أن القول قول الزّوجة مع يمينها سواء قبل الدخول أو بعده؛ لأنها منكرة وهو مدّعي، والأصل بقاء المهر في ذمّة الزوج، فلا يبرأ إلا بالبيّنة. انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، مرجع سابق، (473/2)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، (76/3)؛ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (6823/9).

[2]. المدونة لمالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني(ت179هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،1994م، (165/2. 166)؛ بداية المجتهد لابن رشد، مرجع سابق، (ص471)؛ المختصر الفقهي لابن عرفة: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله(ت803)، تح: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية،

المشهور[1] من قول مالك رحمه الله تعالى[2]؛ فالمرأة في الغالب أنّها لا تسلّم نفسها حتّى تقبض صداقها.

إلاّ أنّ المالكية اشترطوا لقبول يمين الزوج أربعة شروط[3]:

1ـ عدم وجود عرف يدلّ على تأخير الصداق عن البناء؛ وإلا فالقول للزوجة مع يمينها.

2ـ ألاّ يكون الصداق مكتوبا بوثيقة؛ وإلا فالقول قولها بلا يمين.

3ـ ألاّ يكون بيدها رهن[1] على المهر؛ وإلا القول قولها بيمينها.

الطبعة: الأولى،2014م، (53/4)؛ التاج والإكليل للمواق، مرجع سابق، (236/5)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، مرجع سابق، (558/2)؛ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، مرجع سابق، (486/2).

[1]. المشهور: اختلف في رسمه فقيل: المشهور ما قوي دليله، وهو بهذا مرادفا للراجح، جاء في كشف النقاب الحاجب "ومسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله". وهو رأي بعض المالكية كابن بشير وخويز منداد وشهره الونشريسي في المعيار. المعيار للونشريسي، (37/12)؛ التبصرة لابن فرحون، مصدر سابق، (71/1)، وقيل ما كثر قائله، وهو مذهب الجماهير من المالكية، قال عليش: "والعمل به في خاصة النفس وهو المشهور الذي كثر قائله". منح الجليل، مرجع سابق، (20/1). وقال الدسوقي" هو المعتمد". حاشية الدسوقي، (20/1)، ويسمى المستفيض أيضا. وقيل أن المشهور هو رواية ابن القاسم في المدونة، وإليه مال شيوخ الأندلس والمغرب. التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، (466/8).

ـ للتفصيل انظر:كشف النقاب من مصطلح ابن الحاجب لابن فرحون(ت799هـ)،تح: حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1990م، (ص 62،67).

ـ ويمكن أن نقول أن المشهور يجمع المعاني الثلاث، فهو يجمع بالإضافة إلى كثرة القائلين به قوة الدليل؛ لأن القائل بقول مشهور في الأصل لا يقول به إلا بعد النظر في الدليل وإلا كان مقلدا، والمجتهد لا يجوز له التقليد، بل يصادف قوله قول الجمهور بناء على قوة دليله، كما أن هناك مناسبة بين بين معنى المشهور وبين قولهم هو رواية ابن القاسم في المدونة؛ إذ إن المعوّل على المدونة، وهذا عند غالبية المالكية وهم الكثرة، وإليها هم صائرون في غالب ترجيحاتهم، ثم إن الكثرة المعتبرة في قول ابن القاسم هي كثرة معنوية لمنزلته، فكان قوله بمنزلة المشهور. انظر: مقال مصطلح المشهور عند المالكية ـ دراسة وصفية تحليلية ـ مقال علمي ـ لأسماء صوكو، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، تاريخ النشر في:01 /2018/07م، المجلد:05، العدد02، (ص80).

[2]. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، مصدر سابق، (757/2).

[3]. بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي(ت1241هـ)، دار المعارف، بدون طبع وبدون تاريخ، (496/2)؛ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، مرجع سابق، (538/3)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (336/2).

4ـ أن يدّعي الزوج بعد البناء أنه دفع الصداق قبله، أمّا إن ادّعى أنه دفعه بعد الدخول فالقول قولها مع يمينها.

والمفتي في هذه النازلة أفتى بمذهب أكثر المالكية وهو القول المشهور عن الإمام مالك رحمه الله تعالى؛ فبعد البناء القول للزوج مع يمينه لأنه فوت؛ ولأنها مكّنته من نفسها، وزيادة اليمين هي قول ابن القاسم، وقيّده ابن الماجشون[2] إن كان قريبا.

وأصل المسألة حديث النّبي صلى الله عليه وسلم" **البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ** "[3]، إلاّ أن الشيخ أحال إلى العرف في آخر الفتوى على رأي بعض الشيوخ؛ حيث جعل

---

[1]. الرهن: هو في اللغة مطلق الحبس، وفي الشرع: حبس الشيء بحقٍّ يمكن أخذه منه، كالدَّيْن، ويطلق على المرهون، تسمية للمفعول باسم المصدر، التعريفات للجرجاني، (ص113). وعرفه ابن عرفة بأنّه مَالٌ قَبْضُهُ تَوَثُّقٌ بِهِ فِي دَيْنٍ. انظر: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرّصاع)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (ت 894هـ)، المكتبة العلمية،الطبعة: الأولى، 1350هـ، (ص304)

[2]. هو: العَلاّمَةُ الفَقِيهُ مفتِي المَدِينَةِ أَبُو مروان عبد الملك بن الإِمَامِ عبدِ العَزِيزِ بنِ عبدِ اللهِ بنِ أَبِي سَلَمَةَ بنِ المَاجَشُوْن، والماجشون المورّد بالفارسية سمي بذلك لحمرة في وجهه، تفقه عن أبيه ومالك، وعنه ابن حبيب وسحنون وآخرون، توفي عام (212هـ)، وقيل في(214هـ).انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، تح:الجزء 1: ابن تاويت الطنجي، 1965 م ،جزء 2، 3، 4: عبد القادر الصحراوي، 1966 ـ 1970 م، جزء 5: محمد بن شريفة، جزء 6، 7، 8: سعيد أحمد أعراب 1981 ـ 1983م: مطبعة فضالة ـ المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى ، (236/3 ـ 237)؛ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لابن مخلوف، مصدر سابق،(85/1)؛ الأعلام للزركلي، مصدر سابق، (160/4).

[3]. رواه البيهقي في السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458 هـ)،تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 2003 م،كتاب الدعوى والبينات، بَابُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، رقم:21201، (427/10)، من حديث ابن عباس مرفوعًا وإسناده صحيح، ذكره ابن حجر في بلوغ المرام من أدلة الأحكام: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني(ت 852هـ)، تح: سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، الطبعة: السابعة،1424هـ، في كتاب الدعوى والبينات، رقم:1423، (ص430)، وقال النووي حديث حسن. انظر:الأربعون النووية مع زيادات ابن رجب محيي الدين النووي وابن رجب الحنبلي، تح: الشريبني بن فايق الشريبني .وقد جاء بعضه في الصحيحين، أخرجه البخاري، في كتاب تفسير القرءان، باب "إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلا أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ" رقم:4552، (35/6)؛ ومسلم في كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ، بَابُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، دون لفظ (البينة على المدعي)، ،رقم: 1711،(1336/3)،وغيرهما، وهي صحيحة فقد رويت من طرق عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس. والعمل عليها عند أهل العلم، بل نقل ابن المنذر الإجماع على العمل بها الإجماع لابن المنذر: محمد بن

من اطّراده حكما على تقرير صاحب الحقّ، لذلك اشترط المالكية عدم وجود عرف يقر بتأخير الصّداق؛ وإلا كان القول قولها، ورجوع المفتي إلى العرف دلالة على أهلية الشيخ للفتوى؛ إذ علم أن الحكم الذي يبنى على العوائد والأعراف قد يتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان والأشخاص؛ إذ أنّ معرفة ضابط التفريق بين الثوابت والمتغيرات[1] هو الأخطر في الإفتاء.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

إنّ النّاظر في أقوال أهل العلم وآرائهم يلمح توافقا في الجانب النظري من الموضوع، بينما يعلو صيت الخلاف عند التطبيق العملي، وعند ممارسة التنزيل والتكييف الفقهي للمسائل والمستجدات والحوادث، والقاعدة العامّة في الشريعة عند التنازع في الحقوق أن البيّنة على المدعي واليمين على المنكر، فلو قالت الزوجة قبل الدخول: لم أقبض الصداق وخالفها الزوج، فهي منكرة لشهادة الأصل لها وهو عدم قبض المهر قبل الدخول، ولو قالت ذلك بعد الدخول فهي مدّعية لمخالفتها ظاهر الحال عند الناس لأن عرف الناس أن المرأة لا تدخل قبل أن تستلم مهرها[2]، قال ابْن شَاسٍ ـ رحمه الله تعالى ـ :"فإن استقرَّت عادة صُيِّر إليها وإِلَا فالقول قولها إلاّ أن تكون مدخولا بها، فالنصّ أنّه تُقْبل دعواه إلاّ فيما لم يَحِلَّ منه، لكن اختلف الأصحاب في تنزيله، فقال أبو إسحاق: إنّما ذلك في بلد عُرْفُه تَعْجيلُ النّقدِ عِند البناء، فأَمَّا بَلَدٌ لَا عُرْفَ فِيهِ بذلك فالقول قَولُ الزَّوْجَةِ "[3]. والذي يُفهم من قول ابن شاس أنه لا ينبغي الوقوف على فتاوى السابقين والجمود على ما في المسطور ما دامت تلك الأحكام مبنيّة على المصالح والأعراف؛ فقد تزول تلك

إبراهيم بن المنذر النيسابوري، فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى لدار المسلم، 2004 مرقم:256، (ص65).

[1] الثابت من الأحكام: هو ما ثيت بقواطع الأدلة ومواضع الإجماع. المتغيّر من الأحكام: يقصد يه موارد الاجتهاد، وكل ما لم يقم عليه دليل قاطع من نص صحيح أو إجماع صريح. انظر: الثابت والمتغير في فكر الإمام أبي إسحاق الشاطبي لمحدي محمد عاشور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات، الطبعة: الأولى، 2002م، (ص19 ـ 20).

[2]. مدونة الفقه المالكي وأدلته للصادق الغرياني، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2002م، (602/2).

[3]. التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، (236/5).

الأعراف وتتبدل المصالح ويختلف الزمان وتحل الضرورة، فيضطرّ المفتي أن يمْعن النّظر من جديد في الحادثة نفسها تصورا وتكييفا على حسب الظروف والأحوال الجديدة والطارئة عليها؛ لينشئ حكما جديدا ملائما للنازلة، لذلك أفتى الإمام مالك رحمه الله في المسألة على حسب العرف السائد في المدينة، وقد تغيّر هذا العرف، فكان لزاما أن تتغير الفتوى تبعا له لتغير مناطها، ويؤكّد هذا المعنى تعليق القاضي إسماعيل[1] ـ رحمه الله تعالى ـ على قول مالك بقوله فيما نقله عنه: "إنما قال مالك هذا بالمدينة؛ لأنّ عادتهم جرت بدفع الصداق قبل الدخول، وأما في سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قبل الدّخول بها وبعده لأن الرجل قد أقرّ بالصداق وادّعى البراءة منه والمرأة مدّعى عليها، لذلك فالقول قولها مع يمينها"[2]. وقد عبّر القرافي عن هذا المعنى بقوله: "كل ما هو في الشريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ: يَتغيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجددة"[3]، ويضيف أيضا: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت"[4].

وقد نبّه إلى هذا الشّيخ أبو الفضل العقباني في آخر فتواه؛ حيث أشار إلى ضرورة تحكيم العرف السائد ونسب هذا القول لبعض شيوخ المذهب.

ومن خلال ما سبق: فإن القول الذي يعتمد في هذه المسألة هو أن يحكّم قول الزوج مطلقا؛ بخلاف ما جاء عن مالك في تفريقه بين الدخول وعدمه، وسبب تغيّر هذه الفتوى هو

---

[1]. هو: أبو إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن يزيد بن درهم الجهضمي الأزدي البصري المالكي، الإمام القاضي والفقيه وأحد رواة الحديث النبوي، ولد في(200 ه)،سمع من محمد بن عبد الله الأنصاري، ومسلم بن إبراهيم، والقعنبي، وغيرهم، وتفقه بابن المعذل، وعنه عبد الله بن أحمد بن حنبل والبغوي وابن الأنباري وأبو الفرج وغيرهم، توفي عام (282ه أو 284ه)، من مؤلفاته، موطؤه، وأحكام القرءان، والمبسوط في الفقه ومختصره وغيرها. انظر: شجرة النور لمحمد مخلوف،(97/1 . 98)؛ الأعلام للزركلي، (271/2)؛ ترتيب المدارك لعياض، (278/4 وما بعدها)؛ الديباج المذهب لابن فرحون، (281/1 وما بعدها).

[2]. ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام لأبي الأَصْبَغ، مصدر سابق، (ص214)؛ التفريع في فقه الإمام مالك لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (ت378ه)، تح: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2007م، (387/1).

[3]. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي، مصدر سابق، (ص218).

[4]. الفروق للقرافي، مصدر سابق، (176/1).

تغير العرف، فقد جرت عادة الناس في منطقتنا ونواحيها على تقديم الصّداق وتسليمه للمرأة بعد العقد المدني الذي يكون قطعا قبل الدخول؛ لهذا لا يتصوّر الدخول الحقيقي دون أن يدفع الزوج للزوجة الصّداق كلّه قبل الزفاف، فالذي تستقر عليه الفتوى أنه في حالة النزاع في دفع المهر أو قبضه قبل أو بعد البناء فإن القول للزوج مع يمينه لشهادة العرف.

4. فيمن أعطى زوجته أشياء مع الصداق، ثم ادّعى أنها عارية[1].

أ. نص المسألة.

وسئل سيدنا الإمام بن مرزوق عن رجل تزوج امرأة وكانت عادتهم إذا عقد الرجل على امرأة يأتيها قبل البناء بها، فيبيت عندها ليلة ويعطيها شيئا في تلك الليلة. فبات الرجل عندها وأعطاها حاجة على ما جرت به عادتهم من إعطاء ذلك لرؤيتها والخلوة بها تلك الليلة، زائدا على ما سمى لها من الصداق، فأخذت منه تلك الحاجة وبقيت عندها حتىّ بنى بها ولم يحاسبها بها في نقد صداقها ولا ذكرها بوجه إلى أن ماتت المرأة بعد مدة، نحو خمس سنين. فادّعى أنه إنما أعطاها ذلك عارية[2] لتتزين به لا للتمليك، فهل تقبل دعواه هذا أم لا؟

فأجاب: القول قول ورثة المرأة مع أيمانهم لشهادة العرف كما ذكر.

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة لأبي زكريا المازوني، تح: الكريف محمد رضا، (ص122 ـ123).

[2]. العارية: لغة: من التعاور أي التداول، وقيل مأخوذة من عرا يعرو بمعنى عرض، وقال بعضهم: من العار وهو ضعيف.

شرعا: تمليك منفعة بلا بدل، فالتّمليكات أربعة أنواع: فتمليك العين بالعوض بيع، وبلا عوض هبة، وتمليك المنفعة بعوض إجارة، وبلا عوض عارية. التعريفات للجرجاني، (ص146).

ـ وعرفها ابن الحاجب بقوله:" تمليك منافع العين بغير عوض ".انظر: جامع الأمهات، مرجع سابق، (ص407)، وزاد ابن عرفة حد التأقيت، فقال: "وهي مصدرًا تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ مُؤَقَّتَةٍ لَا بِعِوَضٍ".شرح حدود ابن عرفة للرّصاع، مصدر سابق، (ص345)؛ حاشية الدسوقي،مرجع سابق، (433/3).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يتعلق موضوع النازلة بحكم هدية العرس، وقد اخْتَلَفَ قولُ مالكٍ فيها[1]، فمرّة قال: لا يقضى بها[2]، و مرة قال: يقضى بها؛ لأنها صارت عادة كالشّرط[3]؛ ففي سماع ابن القاسم: "سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس، وجل الناس يعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة، أترى أن يقضي به؟ قال: إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم، لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلاّ أن يتقدم فيه السلطان لأني أراه أمرًا قد جروا عليه"[4]، وقال بهذا أصبغ وابن حبيب[5]، وقد جاء جواب الشيخ موافقا لهذا القول؛ لجريان العرف على مقتضى التمليك، والعرف كالشرط. وليس للزوج ادّعاء إلا بالإشهاد أو إقامة بيّنة.

---

[1]. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لابن رشد الجد، مصدر سابق، (329/4).

[2]. تبصرة اللخمي، مصدر سابق، (4 /1947).

[3]. البهجة في شرح التحفة للتسولي: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسولي، مصدر سابق، (465/1)؛ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، مرجع سابق، (110/2).

[4]. ديوان الأحكام الكبرى لأبي الأصبغ، مرجع سابق، (ص195).

[5]. النَّوادر والزِّيادات على مَا فِي المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ)، تح: محمَّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى،1999م، (572/4).

. أصبغ بن الفرج: ابن سعيد بن نافع، الشَّيْخُ، الإِمَامُ الكَبِيْرُ، مُفْتِي الدِّيَارِ المِصْرِيَّةِ، وَعَالِمُهَا، أَبُو عَبْدِ اللهِ المِصْرِيُّ، المَالِكِيُّ. مَوْلِدُهُ بَعْدَ الخَمْسِيْنَ وَمائَةٍ، أخذ عن ابن وهب، وابن القاسم، وكان أعلم الناس برأي مالك، روى عنه الذهبي والبخاري وأبو حاتم الرازي ومحمد بن أسد الخشني وابن وضاح وسعيد بن حسان وغيرهم وعليه تفقه بن المواز وابن حبيب وأبو زيد القرطبي وابن مزين وغيرهم، توفي عام (225هـ).ولأصبغ تآليف حسان، ككتاب الأصول، له عشرة أجزاء. وتفسير غريب الموطأ، وكتاب أدب الصائم، وكتاب المزارعة، وكتاب أدب القضاة، وكتاب الرد على أهل الأهواء انظر: ترتيب المدارك لعياض،(17/4 وما بعدها)؛ الديباج لابن فرحون، (299/1)؛ سير أعلام النبلاء للذهبي، مصدر سابق، (56/9).

. ابن حبيب: أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي المالكي، كان إماما في الحديث والفقه واللغة والنحو، انتهت إليه رئاسة الأندلس بعد يحي بن يحي ، سمع من ابن الماجشون، ومطرف، وعبد الله بن عبد الحكم، وعبد الله بن المبارك، وأصبغ بن الفرج، وغيرهم، وسمع منه ابناه محمد، وعبيد الله، وغيرهم، كان حافظا للفقه على مذهب مالك، جامعا للعلم، توفي عام (238 هـ)، ترك كثيرا من الكتب النّافعة في الفقه والتاريخ والأدب، منها: الواضحة في السنن والفقه، والجوامع، وكتاب فضائل الصحابة، وكتاب غريب الحديث، وكتاب سيرة الإمام في الملحدين، وكتاب طبقات الفقهاء والتابعين، وكتاب

فإذا كان هذا ممّا جرى عليه عمل الناس، وادّعى الزّوج أنّه عارية كان القول قولها لشهادة العرف، بخلاف قول الجمهور[1]، فقالوا أنّ القول قول الزّوج مع يمينه لأنّه هو المملك وهو أدرى بجهة التمليك والإعطاء(هل هو على سبيل الهدية أو هو جزء من المهر، أو على سبيل العارية)؛ جاء في حاشية ابن عابدين : " رجل اشترى حليا ودفعه إلى امرأته واستعملته، ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أو عارية، فالقول قول الزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية؛ لأنّه منكر للهبة "[2]، إلاّ في الطعام الذي يؤكل؛ لأنه لا يبعث مهرا عادة.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

إنّ هذه النّازلة خصّت حكم الهدية التي يقدّمها الزوج لزوجته قبل البناء، والأصل فيها أنّها على المكارمة؛ إلا أنّ أثر العرف كان فيها واضحا من خلال جواب المفتي؛ فقد أفتى أنها من نصيب المرأة وورثتها معتمدا في ذلك على العرف في كونه شاهدا في المسألة؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وقد روي عن مالك رحمه الله تعالى أنّه قال بالقضاء بذلك على وجه اللزوم إذا كان ذلك من عرف الناس و شأنهم[3]، لذلك نصّ المالكية على أن ما يهدى للمرأة قبل العقد أو حال العقد، يعدّ من المهر إذا جرى عليه العرف ولو لم يشترط[4]، بالإضافة ما أهدي إلى وليها قبل العقد، فالمرجع في هذه المسألة هو العرف، وهو يختلف باختلاف البلدان.

مصابيح الهدى. انظر: ترتيب المدارك لعياض، (4/ 122وما بعدها)؛ الدّيباج لابن فرحون،(2/ 8وما بعدها)؛ شجرة النور لابن مخلوف، (111/1).

[1]. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ للزيلعي: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (ت 1021هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1314هـ،(ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية، (158/2)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، مرجع سابق، (308/2)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني، مرجع سابق، (402/4)؛ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، (501/9)؛ المغني لابن قدامة، مرجع سابق، (236/7).

[2]. حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، (710/5).

[3]. النوادر والزيادات، مصدر سابق، (572/4).

[4]. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك للكشناوي، مرجع سابق، (110/2).

وفي منطقتنا وما جاورها جرى عرف الناس أن يدفع الزوج هدايا ثمينة (ملابس ـ أفرشة ـ أثاث...(الحقيبة) بعد العقد للزوجة؛ تلحق بالمهر عرفا وهي على وجه التمليك، فلا يحقّ للزوج استرجاعها أو يدّعي أنها عارية، وهذا ما أفتى به الشيخ لاستمرارية العرف الذي يقتضي التمليك؛ ما لم تكن هناك بيّنة للزوج، أو تبدّل العرف.

لكن الذي ينبغي أن يُقال هنا: أن ما نشاهده من انسياق لمجتمعاتنا إلى المبالغة والتكليف في الهدايا والهبات هو من مظاهر الاتجاه نحو التعقيد، هذا الأخير الذي جعل المجتمع المسلم يكلّف نفسه دفع فواتير باهضة التكلفة، كان من الأولى أن تستثمر في أمور أخرى تعود على المجتمع بالنفع والمصلحة.

لقد كان لهذه الأعراف الاجتماعية الجديدة أثر بالغ في عرقلة سعي الشباب للزواج نظرا للتكاليف المرهقة، وإن من أكثر المعضلات المعاشة فرار وإعراض فئة الشباب من الزواج، الذي ترتب عن ذلك تعطيل وكساد في زواج بناتنا، وفي هذا تضييع للجنسين، وباعتبار المآل تضييع للأمة، ثم تضييع للأعراض والأموال والأخلاق، فكان الأولى أن نقف عند حدود الله، وأن نيسر ما عسرته العوائد الفاسدة القاهرة من أمور الزواج، ولكننا نتأسف لما آل إليه الأمر من تعسير اليسير، وتحكيم العوائد في مسألة خطيرة كهذه؛ حتّى بدى الزواج وكأنه سبيل للقلق والبلاء والشقاء، بعدما كان سكنا وألفة ورحمة، وهذا جراء ما فرضته العوائد وغلاء المهور، وتفنن في النّفقات والمغارم[1]. ولا شكّ أن هذه الأعراف السّيئة ساقت المجتمع المسلم إلى سلوك سبيل منحرف عما تقتضيه الحكمة، وعمّا تقتضيه المصلحة؛ إذ أصبح الفقراء يقلدون الأغنياء مجاراة وتشبها، ولا يخفى على أحد أن الضعيف إذا جارى القوي انبتّ وهلك[2].

[1]. آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي(عيون البصائر)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى،2007م، (ص295).
[2]. عيون البصائر، مرجع نفسه، (ص323).

وممّا سبق تتأكّد لدينا جملة حقائق حريّ بنا وضعها في المقام الأسمى والاهتمام الكبير، وتوظيف كل الإمكانات لإبرازها والتذكير بها في جميع المحافل؛ لنقضي على هذه الموبقات التي قررتها تلك العوائد الفاسدة في مجتمعنا، وأهمّها ما يلي:

ـ أن يغلب على الصّداق بمعنى كونه هدية رمزية تعبّر عن صدق التوجه نحو الزواج.

ـ استبعاد الأغراض غير المشروعة كالإكثار من المصاريف لأجل المباهاة والتفاخر.

ـ التّيسير وعدم تكليف النّفس ولا الآخرين أكثر من قدرتهم.

المبحث الثاني: أثر العرف في نوازل تجهيز المرأة.

من المعضلات التي عالجتها الشريعة الإسلامية، ووضعت لها حلولا هي مشكلة جهاز المرأة الذي لا شكّ أن له ارتباطا وثيقا بأعراف الناس وتقاليدهم، كما أنّه يعتبر من المسائل التي لها علاقة وثيقة بموضوع المهر.

وقد حاول الباحث استقراء وجمع تلك النّوازل المتعلقة به، وهي كالآتي:

1. بيع المرأة شُوارها.
2. في تجهيز الأب لابنته.
3. فيمن زوج ابنته وجهزها بجهاز ثم ادّعى أنه عارية.

لقد ارتأيت قبل دراسة النوازل المتعلقة بالعرف إلى بيان معنى الجهاز والجهة الملزمة به، فهل تجهيز المرأة بما تحتاجه من أثاث منزلي أو ملابس أو غير ذلك عند زفافها مسؤولية الزوج أم أنها ملزمة شرعا بشراء ما يحتاجه بيت الزوجية من مهرها أو مالها أو مال أبيها.

الفرع الأول: المقصود بالجهاز والجهة الملزمة به.

إنّ المقصود بالجهاز: هو ما يحتاج إليه عند زفاف الزوجة إلى زوجها؛ لإعداد بيت الزوجية؛ وهو ما يعدّه الزوج أو الزوجة مع أهلها من أثاث وأدوات منزلية ليكون معها في البيت بعد الدّخول بها[1].

أمّا الجهة الملزمة بالجهاز فقد اختلف فيها الفقهاء على قولين، قول الجمهور، وقول المالكية.

أوّلا: مذهب الجمهور:[2] ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، إلى أنه لا يجب على المرأة أن تتجهز بمهرها أو بشيء منه، وعلى الزوج أن يعدّ لها المنزل بكل ما يحتاج إليه ليكون سكنا شرعيا لائقا بهما. وإذا تجهزت بنفسها أو جهزها ذووها فالجهاز ملك لها خاص

[1] الفقه الإسلامي وأدلّته للزحيلي، مرجع سابق، (311/7).

[2]. قال الشافعية والحنابلة: الصداق كله ملك للمرأة ولا يبقى للرجل فيه شيء. وقال الحنفية: إذا زاد الزوج في المهر على مهر المثل. ويقصد من وراء ذلك أن تقوم الزوجة بإعداد الجهاز. دون أن يفصل الزيادة عن المهر فليس عليها مع هذا تجهيز نفسها بقليل أو كثير لأن المهر حق خالص للزوجة تعظيما لشأنها لا في مقابل ما تزف به إليه من جهاز. أما إذا دفع لزوجته مالا فوق مهرها نظير إعداد الجهاز فتكون الزوجة ملزمة بالجهاز في حدود ما دفعه زيادة على المهر وإن لم تقم بالجهاز كان له الحق في استرداد ما أعطى وإذا سكت الزوج بعد الزفاف عن المطالبة مدة تدل على رضاه فيسقط حقه ولا يرجع عليها بشي. انظر: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل(ت1204هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، (264/4)؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، مصدر سابق، (249/7)؛ كشاف القناع عن متن القناع للبهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي(ت1051هـ)، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، بدون طبعة وبدون تاريخ، صورتها دار الفكر، بيروت، ودار عالم الكتب، بيروت، (140/5)؛ حاشية رد المحتار لابن عابدين، مرجع سابق، (153/3)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، (206/39)؛ المحلى لابن حزم: أبو محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، (59/9 ـ 60).

بها. حتى لو كان الزوج قد دفع أكثر من مهر مثلها رجاء جهاز فاخر؛ لأنّ المهر في مقابل المتعة[1].ثم إنّ المهر الذي يدفعه الزوج ليس في مقابلة الجهاز، وإنما هو عطاء ونحلة بالنصّ: قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ۝٤ ﴾ النساء [4]، ثم إنّ الزوج هو الذي يتحمل أعباء الزواج من المهر، وتجهيز بيت الزوجية، والنفقة على الزوجة. ولا تُطالب المرأة بشيء من ذلك إلا أن تبذله برضاها، وهذا ممّا يجعل للرجل قوامة على المرأة: قَالَ تَعَالَى: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ ﴾ النساء [34] ، يقول ابن حزم رحمه الله تعالى:"ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلا من صداقها الذي أصدقها ولا من غيره من سائر مالها.

والصّداق كله لها تفعل فيه ما شاءت، لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض"[2]، أمّا تهيئة المسكن فتتناسب مع حال الزوج وقدرته؛ لأن الشارع لا يكلّف نفسا إلّا وسعها؛ كما صرّح الفقهاء أنه يجب على الزوج سائر أدوات البيت من فرش وآنية وأدوات تليق بحسب عرف زمانه ومكانه حتى يكون المسكن شرعيا. ومن أدلتهم أنهم قالوا: أن إيجاد السكن المناسب وتهيئته واجب على الزوج؛ لأنه جزء من النفقة التي أوجبها الله تعالى على الزوج لزوجته بقوله تعالى في حق المطلقة الرجعية: ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ الطلاق [6]، فإذا إذا وجبت السكنى للمطلقة فالتي في صلب النكاح أولى، إضافة أن الزوجة لا يمكن أن تستغني عن المسكن؛ تحقيقا لمقصد الستر.

[1]. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، (166/16).

[2]. المحلى لابن حزم، مرجع سابق، (108/9).

ثانيا: مذهب المالكيّة[1]: يرى المالكية أن الجهاز واجب على الزوجة إذا أمهرها الزوج صداقا يقول العلامة خليل رحمه الله تعالى: "ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته"[2]، وذلك أن الزوجة إذا قَبَضَتْ صداقها قبل بناء الزوج بها فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه ، أما إذا تأخّرَ القبض عن البناء لم يلزمها، كأن يكون الصّداقُ مِمّا يُكالُ أو يوزنُ أو حيوَنا أو عُروضا أو عقارا، فَإنَه لا يَلْزَمُ بَيعُهُ لِتتجهّز بِهِ، وهو قول اللّخْمِي وَرَوَاهُ ابن سهل عَنْ ابْن زَرْبٍ وقيل يَجب بيعُه لِأَجلِ التّجْهِيزِ بِهِ، وَهو ضعِيف والمعتمد الأوّل[3].

ومن الأدلة التي ساقها المالكية أنه عليه الصلاة والسلام أخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها من طيبٍ وفرشٍ ووسائد على ما روي في الخبر، وفعله على الوجوب[4].

ومن حجج المالكية أيضا أن العرف جرى في جميع العصور والأمصار أن الزّوجة هي التي تعدّ بيت الزوجية، وتجهزه، ودفع الصداق من طرف الزوج هو لهذا الغرض، قال مالك رحمه الله تعالى:" وعليها أن تتجهز له بما يصلح الناس فى بيوتهم مما يحتاجون إليه من المتاع والفراش والصحفة وما لا غنى عنه. وإن كان فيه ما يتخذ منه خادم فعلت"[5].

---

[1]. مختصر العلامة خليل، مصدر سابق، (ص108)؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني المصري(1099هـ)، ضبطه وصححه: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى2002م، (57/4).

[2]. ، مصدر نفسه، (ص108).

[3]. حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (321/2. 322)؛ التاج والإكليل للمواق، مرجع سابق، (211/5)؛ مواهب الجليل من أدلة خليل لأحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، راجعه: عبد الله إبراهيم الأنصاري، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة: الأولى،1403.1407هـ، (110/3).

[4]. الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي، (213/9)؛ المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تح: حميش عبد الحق، (ص755). والحديث أخرجه البيهقي، وأبو يعلى، والطبراني في الأوسط والكبير والبزار، ورجال الطبراني رجال الصحيح. انظر:مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت807هـ)، تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة،عام النشر: 1994 م، (283/4 ـ 284)

[5]. النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، (484/4).

وقال القاضي عبد الوهاب[1] رحمه الله تعالى: "لأن العرف شراء الجهاز بالصداق، فقد دخل الزوج على ذلك، وصارت كأنها فعلت ذلك بأمره وتصريحه لقوله تعالى:﴿ ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾ الأعراف [199] [2]، وفي حالة عدم قبضه قبل الزفاف لا تطالب بالجهاز، كما أن الزّوج لا يطالب الزوجة بجهاز يزيد عن مقدار ما قبضته من مهر، إلاّ إذا كان ذلك مشروطا أو جرى عليه العرف.

لكن لما كانت المسألة مبنيّة على العرف، ومن خصائص الفتاوى العرفية التغيّر، فبعدما كانت الزوجة مطالبة بالتجهيز من مال المهر، أصبح اليوم الزوج هو المطالب بمعظم الجهاز؛ وقد أقر هذا الإمام الغرياني[3] في حديثه عن قول المالكية في إلزامية المرأة بتجهيز البيت من مال الصّداق؛ حيث قال: "ولعلّه مبنيّ على عرفهم في ذلك الوقت، أما اليوم فقد صار عرف الناس في بلدانه أن معظم جهاز البيت عند الزفاف مطالب به الزوج، ومثل هذه الأمور التي تطبق فيها قاعدة:" المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[4].

ومن خلال ما سبق يظهر لي والله أعلم أن إلزام المرأة بالجهاز من مهرها بناء على العرف هو انتهاك لحقوقها وأكل لأموالها ومخالفة لنصوص القرءان الكريم؛ إلّا ما كان بطيب نفس، **قال**

[1]. هو: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، أبو محمد، الفقيه، الحافظ، القاضي، (362 أو 363هـ)، تفقه على بن القصار، وابن الجلاب، والقاضي أبي بكر الباقلاني، وغيرهم، وممن أخذ عنه: عبد الحق بن هارون، وأبو عبد الله المازري، وابن عمروس، والخطيب البغدادي، وغيرهم، توفي عام (422هـ)، من مولفاته: المعونة لمذهب عالم المدينة، وكتاب الأدلة في مسائل الخلاف، والإشراف على مسائل الخلاف، وكتاب عيون المسائل، وغيرها. انظر: ترتيب المدارك لعياض، (220/7وما بعدها)؛ الأعلام للزركلي، (184/4 وما بعدها)؛ شجرة النور الزكية لابن مخلوف، (154/1وما بعدها).

[2]. الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي، (213/9).

[3]. الإمام الغرياني: الصادق عبد الرحمن علي الغرياني من مواليد 1942م، مفتي المجلس الوطني الانتقالي في ليبيا، عالم دين اسلامي وأستاذ جامعي، من مؤلفاته: العقيدة الإسلامية، ومدونة الفقه المالكي وأدلته، الأسرة أحكام وأدلة ،وغيرها. منقول من موقع الشيخ:http://www .tanasuh. com /

[4]. مدونة الفقه المالكي وأدلته للصادق الغرياني، مؤسسة الريان، مرجع سابق، (643/2).

تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾ ﴾ **النساء [4].** وبناء على هذا فإن الزّوجة لا تجبر بتجهيز نفسها من مهرها، ولا من مال غير مهرها، وهذا لا يعني أنّها تمنع من المساهمة بمالها بشراء جهازها وما يحتاجه البيت من لوازم؛ فإن تبرعت المرأة أو وليها بشيء من ذلك، أو جرى العرف به، فلا حرج في ذلك، لأن أعراف الناس تراعى وتحكم بين الناس عند النزاع لطالما أن تلك العوائد لم تخالف الشريعة، فيعدّ العمل بالعرف هو عمل بالشريعة، والله أعلم.

الفرع الثاني: نوازل الجهاز المتعلقة بالعرف.

1. في بيع المرأة جهازها[1] .

أ. نص المسألة.

وأما الجهاز فقد وقع في النوادر لسحنون[2] أن لها بيع جهازها إلا ما لا بد لها منه و لابن عبد الحكم المنع من بيع الجهاز، إلا لاستبدال جهاز بثمنه، وعليه العمل لكن لا مطلقا بل لأمر. وقال ابن عتاب[3] عن ابن زرب[4]:" ليس للزوجة بيع شوارها[1] من نقدها إلا بعد مدة وهي أن

---

[1]. الدرر المكنونة للمازوني، تح: الكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص204).

[2]. هو: أبو سعيد سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، واسمه عبد السلام، أخذ عن ابن القاسم وابن وهب، وأشهب، انتهت له رئاسة العلم بالمغرب، ولي قضاء القيروان، توفي عام(240هـ). له المدونة الكبرى في فقه مالك. انظر: ترتيب المدارك للقاضي عياض، (45/4وما بعدها)؛ الديباج المذهب لابن فرحون، (30/2وما بعدها)؛ شجرة النور لابن مخلوف، (103/1وما بعدها).

[3]. هو: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عتاب القرطبي، شيخ المفتين بها، أخذ عن ابن الفخار، وابن أبي الأصبغ القرشي، وابن بشير، وغيرهم، وتفقه منه الأندلسيون، سمع منه ابنه عبد الرحمن، وعيسى بن سهل، وغيرهما، توفي عام(462هـ).انظر: الديباج المذهب، (241/2)؛ شجرة النور الزكية لابن مخلوف، (176/1).

[4]. هو: أبو بكر محمد بن يبقى بن زرب، القاضي، ولد في:(317هـ)، سمع من قاسم بن أصبغ البناني وطبقته، تفقّه عند اللّؤلؤي، كان أحفظ أهل زمانه لمذهب مالك، ولي قضاء الجماعة، وإليه كانت الخطبة والقضاء، توفي عام (381هـ)، ألّف

تمضي مدة انتفاع الزوج بها، قال: السنة في ذلك قليلة. بمعناه والمعول في ذلك في كل بلد على غالب عادة أهله، فإن كانت العادة عندكم بقاء شوار المرأة في بيتها السنة أو أكثر منها إلى أن تلد فالعمل على ما تقرر من العادة. وإن اختلف ذلك بحسب البيئات فراع عادة بيئة تلك المرأة، والقاضي أعلم بما ينزل به. والله الموفق لا رب غيره.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يتعلّق موضوع النّازلة بالجهاز وأحقّية التّصرف فيه بالبيع وغيره من طرف الزّوجة، ولفقهاء المالكية في مسألة بيع المرأة شوارها قولان:

القول الأول: لها حرّية التّصرف فيه ببيعه شرط أن ينتفع به الزّوج لمدة معيّنة، لذلك فللزوج أن يسأل وليّ المرأة فيما جعل الصّداق؛ لأنه قد تعارف النّاس أنّه إنّما يدفعه إليها لتصرفه فيما يتجمّلان به ويستمتعان به، فكأنّه كالأمر المشترط، لأنه عرف قائم[2]، فلما كان تمتعه به حق له كان له منعها من بيعه وهبته لأنه يفوت عليه التمتع به، وقد جاء في كتاب ابن سحنون قال:" وكتب سليمان إلى سحنون فى المرأة تريد بيع رقيقها وعروضها وجهازها، هل للزوج منعها؟ فكتب إليه: أن ليس له منعها، ولها بيع جهازها، إلا ما لا بدّ لهما من النفع به من ذلك، ولها بيعه

الخصال في الفقه على مذهب مالك. انظر: الدّيباج لابن فرحون، (230/2)؛ الأعلام للزركلي، (135/7)؛معجم المؤلفين لكحالة، مرجع سابق، (97/12).

[1]. الشوار: الشوار والشارة في اللغة اللباس والهيئة. انظر: لسان العرب لابن منظور، مصدر سابق، (435/4). والمراد به في هذا المقام جهاز المرأة.

[2]. الذب عن مذهب الإمام مالك لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (386هـ)، تح: محمد العلمي، مراجعة: عبد اللطيف الجيلاني. مصطفى عكلي، المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، سلسلة نوادر التراث (13)، الطبعة: الأولى،2011م، (730/2).

وتستبدل منه ما لابد لهما من النفع به"[1]، والمراد بالجهاز ما دخلت به بعد قبض صداقها، فإن لم تقبض منه شيئًا وكان الجهاز من مالها فليس له عليها إلا الحجر إذا تبرعت بزائد الثلث[2].

وتحديد مدّة الانتفاع يرجع إلى عرف كل منطقة كما جاء في نصّ النّازلة في قول ابن زرب، وقد نقل عن ابن رشد أن لها التصرف فيها بعد أربع سنين وهي في بيت زوجها[3].

القول الثاني: للزوج منع زوجته من بيع شوارها، ولا بدّ من رضاه، وهو قول ابن وهب[4] عن مالك، قال مالك:" فلا يباع عليه ماله وهو كارهٌ إلا أن يرضى بذلك"[5]، وروي المنع كذلك عن ابن عبد الحكم[6]، قال محمد بن عبد الحكم فيمن دخلت على زوجها بجهاز، فأرادت بيعه فمنعها، فإن كانت تبيعه تستبدل به جهازاً غيره فذلك لها، وأما أن ترفع ثمنه فليس ذلك لها[7].

ويبدو أنّ ما ذهب إليه ابن زرب في فتواه هو القول المعتدل في المسألة؛ لمراعاته جانب الزّوج والزّوجة معا؛ إذ اعتمد في جوابه على قاعدي الضرر والعرف، ويظهر ذلك من خلال أنه أفتى بحريّة التصرف للزوجة ببيع شوارها مقابل الانتفاع الزوج به مدّة معيّنة وقال ابن زرب السنة

---

[1]. النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق،(4/ 627).

[2]. شرح الزُّرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، مرجع سابق، (442/4).

[3]. شرح الزرقاني، مرجع نفسه، (442/4).

[4]. هو: أبو محمد عبد الله بن وهب القرشي، الفقيه والمحدث، ولد في:(125هـ)، روى عن أربعمائة عالم منهم: مالك، اللّيث، ابن أبي ذئب، السفيانان، ابن الماجشون، روى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأبو مصعب الزهري، وغيرهم، خرج عنه البخاري وغيره، توفي عام (197هـ)، له تآليف حسنة عظيمة المنفعة، منها سماعه من مالك وموطأه الكبير وموطأه الصغير وجامعه الكبير والمجالسات، وغير ذلك. انظر: ترتيب المدارك، (228/3 وما بعدها)؛ الأعلام للزركلي، (144/4)؛ شجرة النور الزكية لابن محلوف، (89/1).

[5]. الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي، مرجع سابق، (213/9).

[6]. هو: أبو محمد، عبد الله بن عبد الحكم المصري . مفتي الديار المصرية، ولد في(155هـ)، سمع مالكا، والليث، وعبد الرزاق، والقعنبي، وابن لهيعة وغيرهم، وعنه حبيب وابن المواز وغيرهم، أفضت إليه رئاسة مصر في الفقه بعد أشهب، كان صديقاً للشافعي، توفي عام (214هـ)، له تآليف حسان منها : المختصر الكبير ،و المختصر الأوسط والصغير، الأهوال، المناسك، فضائل عمر بن عبد العزيز وغيرها. انظر: ترتيب المدارك لعياض، (363/3 وما بعدها)؛ الدّيباج لابن فرحون، (419/1)؛ سير أعلام النبلاء للذهبي، (347/8).

[7]. النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ لابن أبي زيد، مرجع سابق، (4/ 627).

في ذلك قليلة، وذكر ابن رشد أن لها التصرف فيها بعد أربع سنين وهي في بيت زوجها[1]. والأصل أنها ترجع إلى عرف كل منطقة.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه النازلة في منع الزوجة عن بيع شوارها حتى يبقى مدّة زمنية، وهذه الفترة يحددها العرف؛ وهي مدّة انتفاع الزوج منه ،بحيث تختلف باختلاف البلدان والأمصار، ومعنى ذلك: أن ليس للزّوجة بيع شوارها إلا بعد مدة وهي أن تمضي مدة انتفاع الزوج بها، والمعوّل في ذلك لكل بلد على غالب عادة أهله؛ فإن كانت العادة عندهم بقاء شوار المرأة في بيتها السّنة أو أكثر منها إلى أن تلد فالعمل على ما تقرر من العادة، وإن اختلف ذلك فيراعى عادة بيئة تلك المرأة.

وللعرف أثر كذلك في مسألة انتفاع الزّوج بجهاز زوجته؛ حيث يكون الانتفاع منه في حدود المتعارف عليه[2]؛ حفاظا عليه؛ فإن تعدّ انتفاع الزوج حدود المتعارف عليه أصبح ضارا لها، فوجب إزالة الضرر؛ لأن الضرر يزال؛ فيمنع الانتفاع به في غير المتعارف عليه.

ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ الشّرع راعى مصلحتي الزوج والزّوجة معا؛ حفاظا منه على آصرة النكاح، وقد اعتمِد العرف في تحديد هذه المصلحة؛ فمراعاته لمصلحة الزّوج تظهر في منع الزوجة من بيع شوارها حتى ينتفع منه الزوج مدّة معيّنة يحدّدها العرف، ومراعاته لمصلحة الزّوجة في أن ينتفع الزوج به في حدود المتعارف عليه.

وأخيرا نقول: أن الزوج معني و شريك في جهاز زوجته ،فقد جرى العمل في منطقتنا على اشتراط موافقة الزّوج في حالة التّصرف فيه من طرف المرأة بالبيع أو غيره، وله أن يمنع ذلك إن رأى

[1]. شرح الزُّرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، مرجع سابق، (442/4).
[2]. حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (323/2).

مصلحة أو كونه لم ينتفع به ما دامت الزّوجية قائمة؛ أما في حالة الافتراق فتبيع ما خصّ بها من المتاع والمختلف فيه يرجع فيه إلى العرف، والله أعلم.

2ـ في تجهيز الأب لابنته مع الإشهاد أنّه حقّها من الميراث[1].

أ. نص المسألة.

وسئل قاضي الجماعة سيدي إبراهيم العقباني[2]عن رجل زوج ابنته البكر في حجره وشورها ليلة البناء بشوار، وأشهد أن هذا حقّها مني إن مت وليس لها في متروكي شيئا، ثم بعد مدة مات، هل ترثه أم لا؟

فأجاب: الحمد لله، للبنت التي شورها أبوها ثم قال هذا حظّها مني ولا ميراث لها. الميراث من أبيها بعد موته ولا يمنعها من ذلك مقاله المذكور، إذ ليس لأحد تبديل الأحكام الشرعية بعد تقريرها والله تعالى أعلم.

وأجاب الحفيد سيدي الحاج محمد العقباني[3]: الحمد لله، ليس في قوله حين شورها بما جهزها به ليلة بنائها:" هذا حقها مني إن مت" ما يوجب إسقاط مورثها منه في هذه الملة المحمدية، لكن قوله في تلك الأعيان: أنها سلف منه لها، إن تبين سوء النظر منه لها في ذلك لم تعمر ذمتها به ولا تطالب بالاستعمال؛ لأنه سلطها على ذلك إن كانت من التي يبدو في قومها

---

[1]. الدرر المكنونة للمازوني، تح: الكريف محمد رضا، (ص176...178).

[2]. هو: أبو سالم إبراهيم بن القاسم بن سعيد بن محمد العقباني التلمساني، ولد في:(808هـ)، تولى قضاء الجماعة، أخذ عن والده وغيره من علماء تلمسان، وعنه أخذ أبو العباس الونشريسي، توفي عام (880هـ) له فتاوى منقولة في المعيار وفي الدرر. انظر: شجرة النور لابن مخلوف، (383/1)؛ معجم المؤلفين لكحالة، (76/1).

[3]. هو: محمد بن أحمد بن قاسم بن سعيد العقباني فقيه من أهل تلمسان، ولي فيها قضاء الجماعة ، أخذ عن جده الإمام وغيره، وعنه أخذ أبو العباس الونشريسي، وأحمد بن حاتم، وغيرهما، توفي عام (871هـ). من تصانيفه: تحفة الناظر وغنية الذاكر في حفظ الشعائر وتغيير المناكر.ا نظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، (ص547)؛ معجم أعلام الجزائر لعادل نويهض، (ص237)؛ الأعلام للزركلي، (334/5).

حسن النظر في تجهيزها بشورة تبرز لها الضرر يلحقها في تركه مؤنة وعرفا فالسلف لازم لها وعليها في المطالبة مثل الأعيان ،لا قيمتها ما لم يتعذر وجودها فيرجع إلى القيمة.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يتعلق موضوع النازلة حول الجهاز الذي يقدّمه الأب لابنته في ليلة زفافها مع الإشهاد أنّه حقّها من الميراث، فهل قوله معتبر ولا ميراث لها؟

من المعلوم عند الفقهاء أنّه إذا جهّز الأب ابنته الرّشيدة البالغة من ماله واستلمته بالقبض، فلا حقّ له ولا لورثته في الرّجوع عليها مادام العرف يقتضي أن الأب يجهز ابنته، وكذا لو اشتراه لها في صغرها فإنه يصير ملكا لها؛ لأن نحلة الأب ابنته جهازا للتّزين به هو منوط بأحكام الهبة، فله أن يهب ما يشاء من بنيه في صحته شرط العدل وعلى حسب الحاجة، أما تجهيزه لها في حالة مرض موته؛ فإن تصرّفه ينفذ في حدود ثلث تركته، ويتوقّف الباقي على إجازة الورثة؛ لأنّه يأخذ حكم الوصيّة.

والمسألة المذكورة هي منوطة بعرف أهلهم في الشّوار إذا كان مطّردا؛ كما قرّر ذلك الشيخ محمد العقباني؛ فإن كان من عرفهم أنّ ما يدفعه الأب على وجه الهبة وكانت من ذوي شرف ومقام فإنّ في تركه مضرة لاحقة بها؛ فكان لا بدّ من دفع هذا الضرر بالقيام به، وإن لم يكن ثمّة عرف يقضي بهذا، فلا بدّ من لزوم السلف لعدم أحقيّتها بالشّوار.

أمّا أن يعتبر الأب تجهيز ابنته حقَّها من الميراث بعد وفاته ويشهد على ذلك، فهذا ممنوع شرعا، وقد أفتى الشيخ إبراهيم العقباني بهذا؛ حيث صرّح أنه تغيير لشرع الله تعالى؛ لأنّ الشّريعة بيّنت أحكام التركة بيانا قاطعا شافيا؛ بعيدا عن التأويل ولا يقبل التّبديل ولا التّغيير مهما اختلفت الظروف والعصور. فميراث المرأة أُسّس على مبدأ الحقوق والواجبات المطلوبة، وجعل لها نصيبا

مفروضا،:قَالَ تَعَالَى: ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَالاَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَالاَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً ﴾ النساء [7].

ثمّ إنّ حقيقة الميراث تكون بعد موت المورث، وأنّ ما يُسلّم أثناء الحياة فهو من باب الهبات والعطايا، فالخارج عن هذا هو خارج ومتمرّد ومعطّل للقانون الربّاني، وقد قال الله تعالى في حقّه: ﴿ وَمَنْ يَّعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ نُدْخِلْهُ نَاراً خَٰلِداً فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾ ﴾ النساء [14]، وبهذا قال الشيخ محمد العقباني كذلك.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

إنّ ممّا يقع في دنيا الناس اليوم أن بعض الجهّال أدخل تجهيز الأب لابنته والتزامه به جزاء لها، وجعله نصيبها العاجل من الميراث، مع أنّ الرّاجح أن الجهاز لا يجب على المرأة ولا على وليها، وإن فعله فهو من باب المعروف والاستحسان وكرم الأخلاق؛ ولهذا فإن مثل هذه العادات والتقاليد مخالفة لأحكام الله تعالى ما أنزل الله به من سلطان، وقد قرّر الفقهاء في هذا الباب أنّه لا ميراث إلا بالموت؛ فكان لزاما القضاء على هذه الأعراف الفاسدة بتوعية الناس وإرشادهم إلى الحقّ والصواب. أمّا في حالة دفع الأب جهازا لابنته في زفافها دون تحديد ماهيته فمردّه إلى العرف؛ فما شهد العرف أنه هبة فهو كذلك، وما شهد أنه عارية فهو عارية ما لم يطل؛ وإلاّ لم ينفعه قيامه لطول حيازتها، وقدّره بعضهم بالسّنة[1].

[1]. ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بحاشية حجازي العدوي المالكي لمحمد الأمير المالكي، تح: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، نواكشوط، موريتانيا، الطبعة: الأولى،2005م، (131/4)؛ التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، مرجع سابق، (216/5 ـ 217)؛

والمتعارف عليه في الواقع المعاش بمنطقتنا وضواحيها أنّ ما يدفعه الأب لابنته من حلي أو أثاث وغيره، زيادة على مهرها هو من باب الهبة والعطية تعبيرا عن سعادته وفرحته بزفافها، فهذا الذي استقر عليه عرف الناس، فالمختار في الفتوى في نظري، أن ما يدفعه الأب لابنته في زفافها والمعبر عنه بالجهاز أو الشوار يعتبر ملكا لها لشهادة العرف، أمّا كونه نصيبها العاجل من الميراث؛ فهو عرف فاسد ما أنزل الله به من سلطان وبالتّالي لا أثر له.

3ـ فيمن زوّج ابنته وجهزها بجهاز، ثم ادّعى أنه عارية[1].

أ ـ نص المسألة.

وسئل سيدي الحفيد الحاج محمد العقباني عن رجل من كبار بلدته وذوي شرفها وابن قاضيها خطب ابنة رجل من مرابطي بلده، ممّن له وجاهة وحرمة فزوّجها منه، فلمّا كان ليلة البناء عمل لها الزّوج في نقدها ما يليق به من حلي وثياب وغير ذلك وعمل أيضا الأب لابنته في شورتها ما يليق أيضا بمنصبه وهمّته ويساره وما يظنّ به أنّه يفعله، فمكثت عند الزوج سنة وماتت، فاستظهر الأب ببيّنة أشهدها أن كل ما عمل لابنته في شورتها حتّى ما يساوي بيضة فإنّها عارية، فلما سمعوا بذلك من له عقل وتدبير وسياسة أخذوا عليه ولاموه لمخالفة العرف السائد، فهل العرف في هذا كالشرط فلا ينفع الأب استدعاؤه، أو القول قول الأب في كل شيء حتى في ما يساوي بيضة على زعمه؟

فأجاب: الحمد لله، إذا تقرر في حكم العادة بشاهد العرف أن بنت هذا المرابط إنما يتزوّجها ابن قاض بلده لما تبرزه من كبير الشورة والجهاز، وأنّه لو لم يكن ذلك لم يعرج على خطبتها بوجه لم ينتفع المستدعي باستدعائه فيما أبرزه لها، أي جميعه عارية، إذ الشاهد العرفي كالشرطي في صحة القول، وما وقع اشتراطه لا ينتفع المستدعي باستدعائه.

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة للمازوني، تح: الكريف محمد رضا، (ص214 ... 217) بتصرف.

ويضيف القاضي المازوني: "وقد حضرت مرارا لصدور الفتوى من مولانا الجد الأقرب بعدم قبول ذلك من الآباء ولو بالإشهاد إذ تقرُر العرف بإبراز ذلك ضرب لازم وإلا فما كان أحد ينكح لهم بنتا فيصير إظهار التمليك فيما باطنه العارية من الغش والخديعة المحرميْن، وأوقعت القضاء به عدّة مرات عديدة، وبمثل هذا يتحتّم القضاء في هذه النازلة على هذا الذي يقول في إشهاده حتّى فيما يساوي بيضة لأن هذا لم يقل به أحد في المذهب بل ولا في غيره، والله تعالى أعلم"[1].

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

إنّ موضوع هذه النّازلة يدور حول الخلاف الذي يكون بين الولي وابنته في حالة دعواه أنّ ما جهّزها به هو من باب العارية لا التّمليك، والأصل في هذه المسألة أنها قائمة على أعراف الناس وعاداتهم، فمن كانت عادتهم أنّ ما يدفعه الأب لابنته في جهازها هو على سبيل العارية، فهو كذلك، ومن كان عرفهم أنّ ما يدفعه الأب هو تمليك فهو ملك لها.

كما أن طول حيازة البنت للجهاز وقربها معتبر في هذه المسألة؛ لأن طول حيازتها تقطع دعوى الأب، قال ابن القاسم:" وإن ادعاه بعد طول حوزها، فهو لها ولو عرف أصله له، ولزوج في ذلك مقال، وطول حيازتها تقطع دعوى الأب إن أنكره الزوج"[2]، وقال ابن رشد رحمه الله تعالى: "ولا أرى الأب فيه مصدقا إذا جاء مثل هذا من الطول والبعد"[3].

واختلفوا في مدّة الحيازة؛ فذكر ابن القاسم أنه إذا طال حوزها له بمضي سنة أو نحوها، فهو للزوجة أو ورثتها ولو عرف أصله له أي للأب، وقال ابن حبيب لا أرى السنة فيه طولا[4].

---

[2]. المختصر الفقهي لابن عرفة، مرجع سابق، (520/3).
[3]. البيان والتحصيل لابن رشد، مرجع سابق، (86/5).
[4]. البيان والتحصيل لابن رشد، مرجع سابق، (87/5).

أمّا إن ادّعى أنه عارية بالقرب فإنّه يقبل قول الأب في ابنته البكر فيما جهزها به من حلي وثياب؛ لأن هذا من عمل الناس المتعارف عليه، وذلك من شأنهم يستعيرون المتاع يتجمّلون به، ويكثرون بذلك الجهاز[1]، ولا يكون القول قوله في ابنته الثيب؛ لأنّ مالها في يدها وفي ولايتها ولا قضاء للأب فيه ولا قول، وهو في ذلك بمنزلة الأجنبي في مال الأجنبية، وكذلك الولي مع البكر والثيب هو بمنزلة الأب أي يكون أجنبيا مع الثيب فقط[2]، قال ابن حبيب: "وهذا فى الأب خاصّةً فى ابنته البكر، فأمّا فى الثّيب، أو فى وليّته البكر أو الثّيب فلا، وهو فيها كالأجنبي"[3]. وجعل ابن رشد الثيب المولى عليها كالبكر وحمل ما في الرواية من إخراج الثّيب على غير المولى عليها[4].

لكن إذا أشهد الأب أنها عارية فالمشهور أن شهادة الأب على العارية ينفعه في استرجاع متاعه وإن طال الزمان على المشهور والبكر والثيب مع الإشهاد في ذلك سواء ولا ضمان عليها فيما تلف إلا أن تعلم المالكة منهما لأمرها بالعارية فتضمن ما تلف[5]، يقول ابْنُ سَلْمُونٍ رحمه الله تعالى[6]: " وإن كان أشهد حين التجهيز فإن ذلك منه عارية كان القول قوله وإن طال الزمان ويكون له أخذ ما وجد من ذلك ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا على زوجها "[7].

---

[1]. المختصر الفقهي لابن عرفة، مرجع سابق، (520/3، 522)؛ البيان والتحصيل لابن رشد، مصدر سابق، (86/5).

[2]. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، مرجع سابق، (524/3).

[3]. النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، (487/4)

[4]. شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني للزرقاني، مرجع سابق، (176/7)؛ مواهب الجليل خليل، مرجع سابق، (524/3).

[5]. مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، (528/3).

[6]. هو: أبو القاسم سلمون بن علي: الإمام القاضي، عالم بالعقود، أخذ عن أبي جعفر ابن الزبير وغيره، وأجازه المعمر بن هارون وابن الغماز وأبو إسحاق التلمساني، وغيرهم، توفي بغرناطة سنة767هـ، صنّف العقد المنظم للحكام فيما يجري على أيديهم من العقود والأحكام. انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، (397/1)؛ الأعلام للزركلي، (114/3)؛ شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف، (307/1).

[7]. مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، (528/3).

ونَقَلَ صَاحِبُ المسَائِلِ المُلْقُوطَةِ[1] عَنْ إمْلَاءِ الأَقْفَهْسِيِّ[2] أنّه:" إذا ادعى الرجل أن جهاز ابنته عارية قبل السنة فله ذلك بيمين وأما بعد السنة فإن أشهد عليها بذلك فهو له وإن لم يشهد فليس له ذلك إلا أن تصادقه على ذلك فيكون من ثلثها لحق الزوج ولا تصدق الأم لا قبل السنة ولا بعدها "[3]، وهذا الذي ذكره ابن رشد[4]، ونقله ابن عرفة والبرزلي[5]عن فتوى أشياخهم[6].

ويبدو أنّ إجابات المفتين جاءت مخالفة للقول المشهور الذي ذكره ابن رشد وغيره في ما تعلق بمسألة الإشهاد، ومما يؤكّد مخالفة الفتوى للمشهور ما نقله المازوني عن جدّه الأقرب في جوابه: أنه لا يقبل قول الأب ولو بالإشهاد لمخالفته العرف المتقرر، بل اعتبره من الغش والخديعة والتزوير.

فكان سبب مخالفتهم للمشهور هو العرف القائم آنذاك؛ حيث أنزلوه منزلة الشرط، فقالوا أنّ تجهيز البنت ذات شرف ورفعة بما يرقى لهذا المقام أمر متقرر لا نقاش فيه، فكان القول قولها

---

[1]. هو: الإمام أبو اليمن محمد بن برهان الدين بن فرحون المدني، أخذ عن والده وأحمد بن هلال الربعي، والشمس البساطي، والوانوغي والأقفهسي، ألّف كتاب المسائل الملقوطة الذي تضمن مادّة فقهية غنية و متنوعة، اعتمد في جمعها على مصادر مختلفة كالتبصرة، وكتب ابن رشد وابن عبد البر، ولأهمّية الكتاب وتميّزه صار موردا للعلماء أمثال الحطاب وعليش، وغيرهما، فقد نقل عنه الحطاب في مواهب الجليل، وعليش في منح الجليل. انظر: نيل الابتهاج، (ص531)؛ شجرة النور الزكية، (344/1).

[2]. هو: القاضي الفاضل جمال الدين عبد الله بن مقداد الأقفهسي الفقيه العالم ثم القاهري المالكي، ويعرف بالأقفاصي، ولد في:(741هـ) تفقه على الشيخ خليل وغيره، درس في العلم وناب في القضاء وانتهت إليه رئاسة المذهب والفتوى بمصر،أخذ عنه الشيخ البساطي والشيخ عبادة وعبد الرحمن البكري وغيرهم، توفي عام (823هـ)، له شرح على المختصر في ثلاث مجلدات وشرح على الرسالة وتفسير. انظر: شجرة النور لمحمد مخلوف، (346/1)

[3]. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، (526/3).

[4]. البيان والتحصيل لابن رشد،(88/5).

[5]. هو: أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثمّ التّنوسي، مفتي تونس وفقيهها وإمام الجامع الأعظم بها بعد الإمام الغبريني، أخذ عن ابن عرفة ولازمه كثيرا، وابن مرزوق الجد، وأحمد بن حيدرة وغيرهم، و أخذ عنه جلّة من العلماء كالرصّاع، وابن مرزوق الحفيد، توفي سنة (841 هـ)، أو سنة (843 هـ) ،أو سنة (844 هـ)، وعمره 103، له كتاب كبير في الفقه، وكتاب جامع في الأحكام والنّوازل، سنين. انظر: شجرة النور الزكية،(352/1)؛ معجم المؤلفين لكحالة،(158/2).

[6]. مواهب الجليل للحطاب، (528/3 ـ 529).

أو لزوجها، خاصّة وقد طالت حيازتها له التي هي مظنّة الإبراء من المطالبة؛ فلا يعقل ادّعاء الأب بعد طول المدّة أنه عارية.

وهذه حقيقة إذ من قواعد الشّرع المتقرّرة أن العادة محكمة و أن الشاهد العرفي كالشرطي في حال خلو العقود من الشروط الصّريحة.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه المسألة في حالة التنازع بين الطرفين ولا بيّنة لأحدهما؛ فيتم الرجوع إلى العرف السائد، ولا شكّ أن العرف يتغيّر من منطقة لأخرى أو من زمان لآخر، فقد يكون العرف في بلد ما أن ما يدفعه الأب لابنته هو على سبيل العارية لا الهبة، فالقول هنا للأب ولورثته لشهادة العرف، وما جرى العرف أنه تمليك، كان القول فيه للزوجة أو للزوج وورثته تحكيما لقاعدة العرف.

وفي هذه النازلة جاءت الفتوى مخالفة للقول المشهور؛ حيث تَقَدَّمَ أَنَّ شَهَادَةَ الأَبِ عَلَى العَارِيَّةِ يَنْفَعُهُ فِي اسْتِرْجَاعِ مَتَاعِهِ وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ على المشهور. وقد أفتوا بخلاف ذلك؛ فحكموا أن القول للزوجة أو لزوجها بعد موتها لا للأب ما دام العرف جاريا على أن الأب يدفع لابنته مثل هذا الذي تنازعا فيه جهازا لا عارية؛ لأن الغالب في أشراف الناس وأوساطهم أن ما يضيفونه من الجهاز على صداق بناتهم يكون على وجه الهبة والتمليك لهنّ؛ إلا ما كان من حلي ليلة الزفاف فإن غالبه يكون عارية.

والذي جرى عليه العمل وتعارف عليه الناس في منطقتنا وضواحيها أنّ ما يقدّمه الأب لابنته في زفافها من هدايا وعطايا زيادة على صداقها؛ سواء كان ذا قيمة أم لا، فهو على أصل التمليك لا العارية؛ إلاّ أن يشترط. فمن العادات المستمرّة أنّ أولياء الزوجة يأخذون صداقها ويضيفون عليه من عندهم حسب قدرتهم وحالتهم المادية؛ تجهيزا لها، وقد استحكمت هذه العادة

في كثير من المناطق، والذي ينبغي التنبيه عنه أن هذه العادة وإن كان في أصلها أنها مستحسنة ومن باب المعروف؛ إلاّ أنها لم تخلو من بعض المفاسد التي هي عقبات في طريق الزواج منها:

ـ تأخير تزويج الآباء الفقراء لبناتهم هروبا من تكاليف الجهاز.

ـ الحرص والالتفات إلى الزّواج من الثريات دون الفقيرات؛ وهذا يحدث اختلالا في توازن المجتمع.

فدرء لهذه المفاسد ينبغي إرشاد الناس وتوجيههم أن تجهيز الأب لابنته هو على وجه المعروف والإحسان؛ وهو من عمل الخير؛ لأنه من باب إدخال السّرور عليها بمناسبة زفافها، أمّا إذا صيّر من باب الجبر والإلزام فهو عادة فاسدة يرفضها الشرع قطعا لما فيها من التكليف والتضييق، وهذا لا شكّ أنه ينافي مقصدا التيسير ورفع الحرج اللّذان هما من أرقى المقاصد الشرعية، فعلى المسلمين أن يذللوا هذه العقبات الواقعة في طريق زواج بناتهم، وأن يقتلوا هذه الأعراف الفاسدة المفسدة؛ لأن العبرة في الزواج حسن الأخلاق لا وفرة الجهاز والصداق، وفي الزوجة الدين المتين، لا الجهاز الثمين[1].

[1]. عيون البصائر للبشير الإبراهيمي، مرجع سابق، (ص327).

المبحث الثالث: أثر العرف في نوازل من النّكاح .

يعالج هذا المبحث بعض نوازل النكاح ذات مواضيع مختلفة، والتي تتعلّق بالعرف وتتأثر به، وقد حاول الباحث جمعها وإدراجها في مبحث خاصّ نظرا لاختلاف مواضيعها، حيث تمثلت هذه النوازل في:

1ـ من خطب امرأة فاشترط أبوها شرطها وقال له: وترفع للتحريم، ولم يبيّن هل الداخلة خارجة؟

2ـ في حكم منع الزوج زوجته من خدمة أو ما يحق للزوج منع زوجه من خدمة.

3ـ في تكليف الزوجة ما لا تطيق من خدمة الضيوف.

4ـ من خالع امرأة على تحملها نفقة ابنه منها إلى الحلم ثم راجعها بنكاح جديد، هل يبقى عليها نفقة ابنها؟

5ـ الوكيل يزوج يتيمة ثم يدّعى عليه عدم رضاها.

1. من خطب امرأة فاشترط أبوها شرطها وقال له: وترفع للتحريم، ولم يبيّن هل الداخلة خارجة[1]

أ. نصّ المسألة.

وسُئل سيّدي الشيخ محمد بن العباس[2]عن من خطب امرأة فاشترط أبوها شرطها وقال له وترفع التّحريم؟ فقال: نعم رفعته، ولم يبيّنوا هل الداخلة خارجة، أو حكم هذه بيدها إن تزوج عليها، فماذا يلزمه إن تزوج عليها؟

فأجاب: وحمله للتحريم إن كان تحمله، وعقد على ذلك الشائع فيه، فإن كان عرفٌ حمل عليه في الداخلة أو فيها أو فيهما، وإلا القول قول الزوج، والله تعالى أعلم.

وأجاب الشيخ محمد العقباني: ومسألة الاحتمال في شرط التزويج عليها إن كان عرفهم المتقرر في ذلك، على أي نوع منه عمل عليه. وإلّا قبل تفسير الزوج، فيما أراد منه. والله تعالى أعلم.

وأجاب الشيخ عبد الرحمن الوغليسي[3]: وأما رفع التحريم والزوج موافق عليه فينظر في ذلك لعرف بلدهم فإن كان العرف عندهم أن الداخلة هي المحرمة كما هو عرف بلدنا، فعلى ذلك يحمل وإن كان العرف أن التحريم إنما هو في التي في العصمة كما هو في غير بلدنا حمل على ذلك، والله أعلم.

---

[1]. الدرر المكنونة، تح: الكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص 173...176).

[2]. سبق ترجمته في الفصل التمهيدي.

[3]. هو: أبو زيد عبد الرحمن بن أحمد الوغليسي البجائي، عالم بجاية ومفتيها في وقته، أخذ عن أحمد بن إدريس البجائي وأحمد بن عيسى البجائي، وعنه جماعة كأبي الحسن علي بن عثمان، وبلقاسم بن محمد المشدّالي، وغيرهما، توفي عام (786هـ).له المقدمة الوغليسية في الفقه، وفتاوى في الدرر المكنونة والمعيار. انظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، (ص248)؛ شجرة النور لابن مخلوف، (342/1).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تدخل هذه المسألة ضمن شروط النكاح، والتّي تنقسم في حاصلها إلى ثلاثة أقسام[1]:

القسم الأول: ما يناقض مقتضى العقد مثل ألاّ يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة أو لا ميراث لها فحكمها كالنكاح على صداق الفاسد؛ بأن يفسخ النكاح قبل الدخول، وفي فسخه بعده خلاف[2]، والمشهور يثبت بعده، هكذا قال في الجواهر. وقال ابن عبد السلام: ونقل بعضهم الاتّفاق على ذلك. فهذا القسم من الشروط لا يجوز اشتراطه في العقد ولا التطوع به.

القسم الثاني: ما لا يناقض العقد و يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر، كشرط الوطء والإنفاق ونحو ذلك، فلا يؤثر ذكره، فوجوده وعدمه سيان؛ إلا أنه إن شرط أن لا يضر بها مثلا ثم أثبت

[1]. المدونة لمالك بن أنس، مصدر سابق، (131/2) ؛الجامع لمسائل المدونة لابن يونس، مصدر سابق، (130/9)؛ القوانين الفقهية لابن جزي: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي(ت741هـ)، (ص145)؛ التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مصدر سابق، (181/4...183)؛ لوامع الدرر في هتك أستار المختصر لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي(1302هـ)، تح: دار الرضوان، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، لصاحبها أحمد سالك بن محمد الأمين بن أبوه، الطبعة: الأولى،2015م، (478/6).

[2]. نقل ابن القاسم فيما إذا تزوج على ألا نفقة أو لا ميراث أنه يفسخ بعد البناء، وحكى اللخمي فيها وفي نكاح النهارية، أو على أن يؤثرها على غيرها، أو ألا يعطيها الولد، أو على أن أمرها بيدها، بعد أن ذكر أن هذه الشّروط لا يصح الوفاء بها ثلاثة أقوال، فقيل: يفسخ قبل البناء فقط، وقيل: يفسخ قبله وبعده. وقال ابن زياد: إن تزوجت على ألا ميراث لها، أو لا يعطيها الولد، أو على أن أمرها بيدها، فعلم بذلك قبل الدخول أو بعده، قيل للمرأة أمرك بيدك الآن، فإن اختارت فراقه كان ذلك لها، وإن لم تختر فلا شيء لها ويقيمان على نكاحهما، وإن مسّها بعد أن جعل الأمر إليها فلا خيار لها. وسلك ابن بشير طريقة أخرى فقال: الشرط إن عاد بخلل في العقد فسخ قبل البناء، وفي فسخه بعد البناء قولان، وإن عاد بخلل في الصداق فثالثها: يفسخ قبله لا بعده، وهي حسنة من جهة الفقه. انظر: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب لخليل، (181/4. 182).

الضرر فلها أن تطلق نفسها من غير رفع لحاكم، وإن لم يشترط ففي اشتراط الرفع للحاكم وعدم اشتراطه قولان. قاله الشيخ ميارة[1] يشير إلى قول الناظم في التحفة:

وحيثما الزوجة تثبت الضرر ... ولم يكن لها به شرط صدر

قيل لها الطلاق كالملتزم ... وقيل بعد رفعها للحُكْم[2].

ـ قال ميارة في شرح هذين البيتين: "إنّ الشّرط الذي يقتضيه العقد اشتراطه وعدمه سواء، وإنما يظهر اشتراطه فيما إذا ثبت الضرر، فإن كان شرطا في العقد فلها تطليق نفسها من غير رفع للحاكم ولم يتعرض الناظم لهذا، وإنما يؤخذ من مفهوم كلامه وإن لم يكن شرطا ففي افتقار تطليقها نفسها للرفع للحاكم وعدم افتقاره قولان"[3]. وهذا القسم يجوز شرطا وطوعا.

القسم الثّالث: ما لا تعلّق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينفيه، وللمرأة فيه غرض ومصلحة، كشرط أن لا يتزوج عليها. وهذا القسم يكره شرطا ويجوز طوعا؛ ذكر ذلك ابن الحاجب[4] واللّخمي، وذلك لما فيه من التحجير، فإن نزل فالنكاح جائز والشرط باطل، وله أن يخرجها ويتزوج ويتسرى ويستحب له الوفاء بذلك. هذا إذا لم يعلقه بشيء، أمّا إن كان مقيّدا بطلاق أو تمليك أو عتق

---

[1]. هو:محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله، ميارة الفاسي، إمام وفقيه مالكي من أهل فاس، ولد في: (999هـ)، وتوفي عام (1072هـ)، من كتبه: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، والدر الثمين في شرح منظومة المرشد المعين، وتكميل المنهاج للزقاق. انظر: الأعلام للزركلي، (6/11 .12).

[2]. تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم القيسي الغرناطي(ت869هـ)،تح: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى،2011م، (ص45).

[3]. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة، لأبي عبد الله،محمد بن أحمد الفاسي، ميارة، مرجع سابق ،(195/1)؛ لوامع الدرر في هتك أستار المختصر لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، (478/6).

[4]. هو: أبو عمرو، جمال الدين، عثمان بن عمر، المعروف بابن الحاجب، العلامة الفقيه، ولد في: (646هـ)، برع في الأصول، وعلم اللغة العربية، استوطن مصر، توفي عام (570هـ)، من تصانيفه: الايضاح شرح المفصل للزمخشري، الكافية في النحو، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الاصول والجدل، جامع الامهات في فروع الفقه المالكي الذي انكبّ الناس عليه شرحاً وتقييداً، والمقصد الجليل في علم الخليل. انظر: الديباج لابن فرحون، (86/2وما بعدها)؛ شجرة النور الزكية، (241/1)؛ معجم المؤلفين لكحالة، (265/6).

أو غير ذلك لزم، قال مالك في الموازية: "لا يحل الشّرط ابتداء، فإن وقع الدخول رأيته جائز النكاح ولزم الشّرط "[1].

وخلاصة القول عند المالكية أن هذا الشرط مكروه، ولكن يستحب الوفاء به، فالوفاء غير لازم ولكنه مندوب؛ إلا أن يعلق فإنه يلزم.

وقد جاء السؤال في النّازلة عن وليّ المرأة الذي يشترط رفع التحريم مع موافقة الزّوج، دون أن يبيّن هل المراد تحريم الداخلة أم تمليكها أمرها بيدها إن تزوج عليها، وخلاصة المسألة عند المالكية أن المرأة إذا شرطت على الزوج ألا يتزّوج عليها وجاز له أن يتزوج لم يلزمه إن كان دون يمين، وأمّا إن كان على يمين ففيها أقسام كما ذكر ابن جزي في القوانين[2]:

ـ منها أن يجعل أمرها بيدها إن تزوج؛ فيجب أن يذكر هل ملّكها طلقة رجعية أو بائنة أو ثلاثا أو أي الطلاق شاءت فيعمل على حسبه.

---

[1]. التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل، مصدر سابق، (183/4).

[2]. القوانين الفقهية لابن جزي، مصدر سابق، (ص146).

. أقوال الفقهاء في القسم الثّالث من الشّروط:

. عند أبو حنيفة والشافعي: الزواج صحيح و الشرط باطل ولا يلزم الوفاء بها. لقوله صلى الله عليه وسلم"**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط**". قالوا: هذا ليس في كتاب الله، ولأن الشرع لا يقتضيه. انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني، تح: طلال يوسف، مصدر سابق، (202/1)؛ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لسيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشّاشي القفّال، تح: ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الطبعة: الأولى، 1988م، (449/6)؛ الأم للشافعي:أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي(ت204 ه)، دار الفكر ، بيروت ،الطبعة: الثانية 1973م، (79/5)؛ الحاوي الكبير للماوردي، مرجع سابق، (506/9).

. عند أحمد ابن حنبل: تصح الشروط ويجب الوفاء بما اشترط للمرأة، فإن لم يف فسخ النكاح، **لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴿١﴾ ﴾ المائدة [1]** .وقول الرّسول صلّى الله عليه وسلم:" **المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم**". انظر: المغني لابن قدامة، مرجع سابق، (92/7)؛ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مرجع سابق، (449/6).

ـ ومنها أن يجعل أمر الدّاخلة عليها بيدها تطليقَها رجعية أو بائنة أو ثلاثا أو أي الطلاق شاءت حسبما يجعل لها.

ـ ومنها أن يقول إن تزوّج عليها فالدّاخلة طالق؛ فتطلق بنفس نكاحها بأي طلاق جعل لها وليس لزوجته إسقاط ذلك.

ويبدو من خلال إجابات المفتين أنهم اعتمدوا على العرف في حمل على من يقع عليها التحريم كما هو واضح؛ حيث حمل رفع التحريم على العرف المتقرر لدى كل منطقة؛ فمن كان عرفهم أن الدّاخلة هي المحرمة حمل على ذلك، وإن كان عرفهم أن التّحريم هو في التي في العصمة حمل على ذلك. فإن لم يكن ثمة عرف شاهد قبل تفسير الزوج ويعمل بمقصوده، والله أعلم.

ج ـ أثر العرف في المسألة

قد ترِد على المفتي في مسألة ما احتمالات تجعله في حيرة من أمره؛ فلا يدري ما هو الاحتمال الذي يرتضيه ليبني عليه الحكم الشرعي؛ لكن مع وجود عرف متقرر تزول كل الاحتمالات الواردة؛ ليصدر المفتي من خلاله حكما يتماشى مع ذلك العرف؛ وبالتالي يزول ذلك اللبس عنه، وهذا ما جاء في هذه النازلة؛ فقد احتكم الشيوخ في هذه النازلة إلى عرف المنطقة في حمل التحريم هل هو على الداخلة كما هو عرف الإمام الوغليسي، أو هو على التي في العصمة كما في غير بلده.

وقول عبد الرحمن الوغليسي: "فإن كان العرف عندهم أن الداخلة هي المحرمة كما هو عرف بلدنا، فعلى ذلك يحمل وإن كان العرف أن التحريم إنما هو في التي في العصمة كما هو في غير بلدنا حمل على ذلك"، دليل على أن الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها؛ لذلك أفتى أن الداخلة هي المحرمة تبعا لعرف بلده وهي الشرق الجزائري، في حين حمل

التحريم في غير بلده على التي في العصمة تبعا لعرفهم. وهنا يظهر أثر العرف في تغير الفتوى، والله أعلم.

2ـ في حكم منع الزّوج زوجته من خدمة غسل الصوف ونسجه وغزله[1].

أ ـ نصّ المسألة.

وسُئل الشيخ سيدي محمد بن العباس عن المرأة تشتري الصوف وتتصرف فيه بالغسل والمشط والغزل والنسج، ويريد زوجها منعها من ذلك، هل له منعها من هذه الخدمة؟

فأجاب: للزوج منع الزوجة من ذلك، عملته له أو لها أو لغيرهما.

وأجاب الحفيد سيدي الحاج محمد العقباني: الحمد لله، مسألة منع الرجل زوجه من عمل الغزل والنسج، إن كان لامتهانها نفسها بذلك فيحصل له ضرر في طريق الاستمتاع فله ذلك، ويقضى عليها بالامتناع منه. وإن كان مضارا لها في ذلك ولا فائدة له إلا حرمانها من استفادة السبب فلا يترك لذلك كما لا يترك لمنعها من التّجر إن أرادته.

وأجاب الشيخ سيدي عبد الرحمان الوغليسي: فإن كان استعمالها للصوف أو غزل الكتان مما يدعوها لغسلها في العين أو في الوادي فله منعها من ذلك لما فيه من التكشف وعدم الستر، وإن كانت في ذلك قاصرة على مسكنها، وغيرها يتولى ذلك لها فينظر في ذلك الرجل، إن كان من أهل الرّفَهِ والتتره ممن يريد أن يرى امرأته مزينة غير ممتهنة في الغزل أو النسج وأنه يستمتع بها على هيئة حسنة و لبسة جميلة وأن يزري به أن تكون زوجته ممتهنة فله منعها. وقد قال الشيخ خليل في مختصره :"وله منعها من أكل الثوم"، قال شارحه: لما في ذلك من الرائحة الكريهة، ثم قال: وكذلك له منعها من الغزل فعطفه على تلك الأمور وتشبيهه بها دليل على أنه إن تضرر الزوج باستعمالها فلذلك فله منعها وإلا فلا، لا سيما إن كانت في موضع شأن نسائهم ذلك

[1]. الدرر المكنونة، تح: الكريف محمد رضا، مرجع سابق، (ص173...175).

ورجالهم يرغبون في ذلك فليس له منعها من ذلك لأن في ذلك ضرر عليها وتغييرا لها وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم:" **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**"[1].

ب . توضيح وبيان المسألة.

يُعالج موضوع المسألة حكم منع الرجل زوجته من أنّ تشتري الصوف وتتصرف فيه بالغسل والمشط والنسج، فهل يحق للزوج منعها من هذه الخدمة؟

لقد فصّل فقهاء المالكية في هذه المسألة وذكروا مجموعة من الأحكام تتمثل في:[2]

ـ أنّ النسج والغزل والخياطة هو من الخدمة الظاهرة وليس من خدمة البيت الباطنة.

ـ أنّ النّسج والغزل هو من أنواع التكسّب، وليس عليها أن تتكسب إلا أن تتطوع به، فلا يلزمها عمله له ولو من قوم عادتهم ذلك لأنه من التكسّب للنفقة وهي واجبة عليه لها لا عليها له.

ـ للزّوْج منع زوجته من فعل ما يوهن ويضعف جسدها من الصّنائع.

ـ ليس للزّوج منع زوجته من التّجارة وله منعها من الخروج وبه أفتى بن زرب.

---

[1]. رواه ابن ماجه عن ابن عباس وعبادة بن الصامت، وأحمد عن ابن عباس، ورواه مالك أيضا عن عمرو بن يحي المازني مرسلًا. انظر: سنن ابن ماجه لابن ماجة، كِتَابُ الْأَحْكَامِ بَابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بِجَارِهِ رقم:2341، (784/2)؛ مسند الإمام أحمد، تح: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد وآخرون، إشراف: عبد بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى،2001م، في كتاب الأقضية، بَابُ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفِقِ،رقم الحديث:2865، (55/5)؛ الموطأ، مصدر سابق، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم: 31، (745/2). قال ابن الملقن: رواه كذلك الحاكم من رواية أبي سعيد الخدري، وقال: صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح: حسن، وحسنه أيضًا النووي. قال أبو داود: وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه. انظر: الأربعون النووية، مرجع سابق، (ص36).انظر: خلاصة البدر المنير لابن الملقن: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت804هـ)، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى:1989م، (438/2).

[2]. التوضيح شرح مختصر ابن حاجب لخليل، مرجع سابق، (134/5)؛ شرح الزرقاني على مختصر وحاشية البناني، مرجع سابق، (442/4. 443)؛ شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، (39/6).

أمّا عن منعها من الغزل ونحوه فقد وقع خلاف في المذهب، فمنهم من قال بالمنع مطلقا ونقل هذا القول ابن رشد، ومنهم من قال بالمنع ما لم يقصد الضرر بها، ومنهم من قال ليس له منعها إن كان هذا الفعل من عرف وشأن نسائهم ورجالهم يرغبون في ذلك.

ويبدو أن المفتين في هذه النّازلة لم يخرجوا عن هذه الأقوال؛ حيث دار حكم المسألة بين المنع والجواز؛ نظرا إلى ما يترتب من ذلك من تفويت لمقاصد النكاح أو عدم تفويت لها، فالشيخ محمد بن العباس أفتى بمنعها مطلقا سواء عملت له أو لها أو لغيرهما؛ وفي هذا نظر[1]، أما الشيخ محمد العقباني فكانت فتواه مبنية على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، ومعنى ذلك: إذا كان عملها هذا يفوت عليه حقه من الاستمتاع الذي هو مقصد من مقاصد النكاح فله منعها لأنه ضرر؛ والضرر يزال، فتمتنع منه، وقد جاء اعتبار هذا المقصد كذلك في جواب عبد الرحمن الوغليسي.

أمّا إذا كان منعها قصد حرمانها؛ بحيث لم يترتّب على ذلك تفويت مصلحة الزّوج، فليس له منعها؛ لأنه يعتبر في هذه الحالة مضارا لها، فلا يترك له ذلك ويعامل بنقيض مقصوده.

---

[1]. لكن لا يعني هذا أن للزوج منع زوجته من ممارسة أي عمل، فلها الحق في التصرف في ممتلكاتها بالبيع والشراء والإيجار وإبرام الصفقات شرط أن لا يؤدي ذلك إلى فوات حق زوجها و أبنائها، إضافة إلى التقيّد بالضوابط الشرعية. قال مالك: "وليس له منع زوجته من التجارة، وله منعها من الخروج". انظر: المدوّنة، (222/13)؛ الجامع لمسائل المدونة، (646/17). ـ **مذاهب الفقهاء في عمل المرأة:** قال الحنفية للزوج منع الزوجة من الأعمال المكسبة عموما لأنها مستغنية عنها لوجوب كفايتها من زوجها. وأشار الشافعية في كتبهم أيضا أن للزوج منع زوجته من أي عمل يؤدي إلى ذهاب حقّه ولو كان هذا العمل داخل بيتها. وقال الحنابلة: للزوج منع زوجته من الخروج عن منزله، ويحرم عليها الخروج بلا إذنه؛ لأن ذلك يؤدي إلى فوات حقه. انظر: حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة لعز الدين عبد الدايم، دراسة فقهية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية،جامعة الجزائر، 2007/2006م، (ص63)؛ حكم عمل الزوجة بين الفقه والتشريع لحاشي حمزة، مقال في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور. الجلفة. العدد السابع، (ص164). وقد رجّح ابن القيم هذا القول بناء على العرف فقال: "فإنّ العقود المطلقة إنما تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلة". انظر: زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، 1994م، (171/5).

وبالإضافة إلى ما سبق فإن إجابات المفتين اعتمدت على العرف؛ وبالخصوص جواب الشيخ عبد الرحمن الوغليسي؛ فقد أشار إلى ذلك في قوله: "لا سيما إن كانت في موضع شأن نسائهم ذلك ورجالهم يرغبون في ذلك فليس له منعها من ذلك لأن في ذلك ضررا عليها وتغييرا لها". ومعنى ذلك أنّه إذا كان من عرف النّاس في البلد محلّ النّازلة أنّ مثل ذلك مما تمتهنه النّساء بحيث لا ينكر عليهنّ فيه، فلا سبيل للزّوج إلى منعها؛ لأنّ في ذلك ضررا وتغييرا لها.

أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه الفتوى من خلال جواب عبد الرحمن الوغليسي المتمثّل في عدم منع المرأة من الغزل والنّسج ونحوه إن كانت في موضع شأن نسائهم ذلك، ورجالهم يرغبون في ذلك.

والذي ينبغي أن نذكره في هذا المقام هو إمكانية تنزيل هذه الفتوى العرفية في واقعنا الحالي في قضية عمل المرأة في الوظائف العمومية؛ لا سيما وقد جرت أعراف الناس على اشتراط الزوجات على أزواجهم عدم منعهن من العمل، وذلك بحضور جماعة من جاهة المنطقة بحضور أهل الخاطب والمخطوبة والإمام بمجلس واحد دون أن يتمّ التوثيق؛ إضافة إلى أنّه قد جرت العادة على اشتغالها في وظائف معيّنة كالتّعليم والتّمريض.

ولا شكّ أن خروج المرأة للعمل يحقق مصالح مادية ومعنوية، إلا أنه فتح الباب واسعا للجرأة على اجتياز كثير من القيم الاجتماعية الأصيلة، ومن أهم الجوانب التي مسها الضّر إزاء هذا الفعل كثيرة منها:

ـ معايير اختيار الزواج لدى الجنسين: فأصبح اليوم عمل المرأة أحد المعايير التي ينظر إليه في الاختيار لدى كثير من الناس.

ـ تَغْلِيبُ الدّراسة والوظيفة على الزّواج وبناء الأسرة.

ـ المبالغة في الخصوصية الفردية: حتى أدّى ذلك إلى عدم الانصياغ والطّاعة؟

ـ خروج المرأة دون حاجة: وفي هذا مخالفة لقوله تعالى ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ **الأحزاب [33].**

ـ التحرر من القيود الأخلاقية في التعامل بين الجنسين: الذي أدّى إلى زوال الحياء والحشمة في المجتمعات الإسلامية.

أمّا الآثار الناجمة عنه فنذكر:

ـ إهمال تربية الأولاد لعدم التوفيق بين العمل والواجب الفطري المفروض على الجنس النّسوي.

ـ ومن آثاره أيضا انتشار ظاهرتي الطلاق والخلع، بالإضافة أنه ينشأ من عملهن فتور وقصور في الأداء بسبب ضعفهن وتأثرهن الناجم عن أصل الخلقة.

والذي يُستخلص من هذه المسألة أن خروج المرأة للعمل ينجم عنه أمرين مهمّين يتمثلان في مزاحمة المرأة للرجل في مناصب الشغل، والعزوف عن الزواج.

الأمْر الأول: مزاحمة المرأة للرجل في مناصب الشغل.

لا بدّ من التّنبيه أنّ مزاحمة المرأة للرجل في مناصب الشغل، هو من أهم المسائل الاجتماعية الحديثة، لأنه يتعلّق بنظام عاشت عليه الإنسانية منذ القدم؛ والذي يتمثل في عمل الرجل لسعادة أسرته في خارج البيت، وتعمل المرأة لهذه السعادة في داخله، فإذا خرجت المرأة وغادرت ميدانها وزاحمت الرجل في العمل اختلّ التّوازن في هذا النظام، مما نجم عنه آثار عدّة في هذا الزّمان.

الأمر الثاني: العزوف عن الزواج.

من آثار اختلال هذا النظام ترك نظام الزواج، وذلك من خلال عزوف الرجال عنه؛ لأن في منافسة المرأة لهم تضييق لسبل الاسترزاق عنهم، كما أن المرأة العاملة تشعر بأنها حرّة فتنجرّ إلى اللّهو واللّعب فتفقد الميل للزواج، وهو إحدى الضروريات من الناحية الاجتماعية والاقتصادية، من حيث كونه وسيلة التناسل التي هي أكبر أسباب العمران.

وبِالأمريْن معًا تترك الأمّة نظام الزّواج، فتضطرب الحياة الاجتماعية وتفسُد الأخلاق كما هو حاصل في أوروبا.

والذي أراه في نظري في هذه المسألة والله أعلم أن المرأة من حيث ممارستها للعمل في زماننا صنفان:

ـ صنف يحتاجه المجتمع لعدم وجود البديل كما في تطبيب النّساء وتمريضهن، وتعليم البنات وغيرها من الوظائف التي تخص الجنس النسوي، فهذا الصّنف تجري عليه أحكام العرف للضرورة والمصلحة، بل لا بدّ من تخريج فئة منهن على قدر الحاجة، والأحرى أن توظف أوّلا من هي بحاجة للعمل كالأرملة واليتيمة.

ـ وصنف آخر يزاحم الرّجال في المهن والوظائف الخاصة بهم أو التي في مقدورهم؛ بحيث لا حاجة للمجتمع لهن لوجود البديل من الرجال، فهذا الصّنف لا تجري عليه أحكام العرف. وهذا الأخير أي الصنف لو كفّ عن منافسة الرّجال في المهن التي تختص بهم أو التي في استطاعة الرجال فعلها لما ظهرت تلك النتائج والآثار السّابقة، والله أعلم.

3ـ في تكليف الزّوجة ما لا تطيق في خدمة الضيوف[1].

أـ نص المسألة.

وسئل عبد الرحمن الوغليسي: هل للزّوج أن يكلّف زوجته ما لا تطيق من خدمة الضّياف ويُنازعها على ذلك؛ لأنّهم يدخلون على ذلك حين التّزويج عرفا وعادة، أو لا يُحلّ له ذلك إلاّ برضاها.

فأجاب: أما تكليفها ما لا تطيق فلا يجوز ذلك، وقد أمر عليه السلام بالرفق بالمملوك وقال: "**لَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا لَا يُطِيقُونَ**"[2]، فكيف بالزوجة، وقد أمر عليه السلام بالإحسان إليهنّ وأمّا ما جرت عليه به العادة من ذلك مما يمكِنها وتقدر عليه من غير تضييق عليها من خدمة البيت، والله تعالى وأعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع النّازلة حكم خدمة الزوجة لضيوف زوجها؛ والأصل في هذه الخدمة أنها مبنية على المكارمة والمسامحة؛ وهذه المسألة تتعلق بخدمة الزّوجة لزوجها في البيت؛ والتي لا خلاف بين الفقهاء في جوازها إلا أنهم اختلفوا في وجوبها[3]، فذهب الحنفية إلى وجوب خدمة المرأة لزوجها ديانة لا قضاء، لأنّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم قسّم الأعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما،

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: الكريف محمد رضا، (ص247).

[2]. مصنف عبد الرزاق عن أبي ذر: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، الطبعة: الثانية، 2013م، بَابُ ضَرْبِ النِّسَاءِ وَالْخَدَمِ، رقم الحديث:19207، (181/9)؛ وأخرجه البيهقي في السنن، مرجع سابق، بَابُ مَا رُوِيَ فِيمَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ أَوْ مَثَّلَ بِهِ، رقم:15950، (66/8)؛ وأخرجه مالك أيضا في المدونة من طريق ابن وهب به بلفظ (لا تحملوهم ما لا يطيقون)، (2/ 445).

[3]. الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (44/19).

فجعل عمل الداخل على فاطمة رضي الله عنها، وعمل الخارج على علي رضي الله عنه[1]، ولهذا فلا يجوز للزوجة ـ عندهم ـ أن تأخذ من زوجها أجرا من أجل خدمتها له، أمّا الجمهور من الشّافعية والحنابلة وبعض المالكية فقالوا أنّ خدمة الزّوج لا تجب عليها، لكن الأولى لها أن تفعل ما جرت به العادة، بينما ذهب جمهور المالكية أن على المرأة خدمة زوجها في الأعمال الباطنة من عجن وكنس وغير ذلك مما جرت عادة أمثالها[2]؛ يقول القرطبي رحمه الله تعالى نقلا عن بعض الأصحاب: "عليها خدمة مثلها، فإن كانت شريفة المحل ليسار أبوة أو ترفه فعليها التدبير للمنزل وأمر الخادم، وإن كانت متوسطة الحال فعليها أن تفرش الفراش ونحو ذلك، وإن كانت دون ذلك فعليها أن تقيم البيت وتطبخ وتغسل، وإن كانت من نساء الكرد والدّيلم والجبل في بلدهن، كلّفت ما يكلفه نساؤهم"[3]، واعتبر أن هذا الأمر دائر على العرف الذي هو أصل من أصول الشريعة[4].

---

[1]. حديث: " **قسم صلى الله عليه وسلم الأعمال بين علي وفاطمة فجعل...**" ذكر ابن حجر في الفتح أن ذلك مستنبط من حديث علي بن أبي طالب، عَنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ "**أَنَّ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ أَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَسْأَلُهُ خَادِمًا، فَقَالَ: أَلَا أُخْبِرُكِ مَا هُوَ خَيْرٌ لَكِ مِنْهُ؟ تُسَبِّحِينَ اللهَ عِنْدَ مَنَامِكِ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَتَحْمَدِينَ اللهَ ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ، وَتُكَبِّرِينَ اللهَ أَرْبَعًا وَثَلَاثِينَ، ثُمَّ قَالَ سُفْيَانُ: إِحْدَاهُنَّ أَرْبَعٌ وَثَلَاثُونَ، فَمَا تَرَكْتُهَا بَعْدُ قِيلَ وَلَا لَيْلَةَ صِفِّينَ قَالَ: وَلَا لَيْلَةَ صِفِّينَ**"، فدلها على ما تقول حين تأخذ مضجعها. أخرجه البخاري، رقم:5362، (65/7)، انظر: الفتح الباري بشرح البخاري لابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، (506/9 ـ 507).

ـ لعلّ المالكية حملوا أمر النبي صلى الله عليه وسلم على أنه من تصرفه بالقضاء أما الحنفية فحملوا على أنه من الفتيا فجعلوا الوجوب ديانة أي فيما بينهما وبين الله تعالى. الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (44/19).

[2]. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك للكشناوي، مرجع سابق، (121/2)؛ شرح الخرشي، مرجع سابق، (187/4).

[3]. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي المعروف بتفسير القرطبي، مصدر سابق، (154/3).

[4]. تفسير القرطبي، نفس المرجع، (145/10).

ويُضيف الإمام الطبري رحمه الله تعالى: "إن كل من كانت لها طاقة من النساء على خدمة بيتها في خبز، أو طحن، أو غير ذلك، أن ذلك لا يلزم الزوج، إذا كان معروفا أن مثلها يلي ذلك بنفسه "[1].

واستدلّوا بقصّة علي وفاطمة رضي الله عنهما، ولأنّ النّبي صلّى الله عليه وسلم كان يأمر نساءه بخدمته **فيقول:" يَا عَائِشَةَ أَطْعِمِينَا، يا عائشة هَلمِّي المُدْيَةَ واشْحُذِيها بِحَجَرٍ"**[2].

وهذا هو القول الراجح، وقد اختاره ابن تيمية رحمه الله، فتجب على المرأة خدمة زوجها بالمعروف من مثلها لمثله، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال[3].

أمّا تكليف الزوجة ما لا تطيق في خدمة الضيوف، فقد كانت جواب المفتي واضحا بعدم الجواز؛ لأن الله تعالى أمر بالمعاشرة بالمعروف، وتكليفها بما لا تطيق ليس من المعاشرة، بل هو من الظلم الذي حرّمه الله ورسوله عليه الصلاة والسلام، ثم إنّه لا تكليف إلا بما يطاق، وتحديد ما يطاق وما لا يطاق يضبطه العرف كما جاء في جواب الشيخ الوغليسي.

---

[1]. الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، (45/19).

[2]. حديث:" كان يأمر نساءه بخدمته (**يا عائشة: هلمي المُدْيَة**)، أي هاتيها والمدية السكين وهي بضم الميم وكسرها وفتحها أخرجه مسلم عن عائشة، كتاب الأضاحي، بابُ اسْتِحْبَابِ الضَّحِيَّةِ، وَذَبْحِهَا مُبَاشَرَةً بِلَا تَوْكِيلٍ، وَالتَّسْمِيَةِ وَالتَّكْبِيرِ ،رقم:1967، (1557/3). (**يا عائشة: أطعمينا، يا عائشة اسقينا**): أخرجه النسائي و أبو داود في السنن عن يَعِيشَ بْنَ قَيْسِ بْنِ طِخْفَةَ: السنن الكبرى لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303 ه)، تح:حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى،2001م، باب ذِكْرُ اخْتِلَافِ هِشَامٍ، وَشَيْبَانَ عَلَى يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ فِيهِ رقم:6587، (215/6)؛ سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني(ت275ه)، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، في باب في الرجل ينبطحُ على بَطْنه، من حديث طخفة الغفاري، ،رقم:5040،(309/4). والحديث ضعّفه الألباني.

[3]. الفقه الميسر لعَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، مَدَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض . المملكة العربية السعودية، ،ج7و 11 . 13: الطبعة الأولى،2011 م، باقي الأجزاء: الطبعة: الثانية،2012م، (70/5).

ومعنى ذلك: لا تكلّف الزوجة إلاّ بما جرت به العادة من ذلك مما يمكنها وتقدر عليه من غير تضييق عليها لخدمة البيت.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

لقد جرت أعراف النّاس أنّ المرأة تخدم بيت زوجها؛ حتّى أنّ زواجها يعني قبولها الخدمة، هذا هو المتعارف عليه، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، حتّى أنّ خدمة أهل الزوج وضيوفه تعتبر من خدمة البيت؛ لكن إذا كلّف الزوج زوجته بما لا تطيق فمن حقها الامتناع عن خدمة الضيوف مخوفة أن يلحقها الضرر، ويتم الرجوع إلى العرف فيما تُكلّف به من خدمة البيت والضيوف؛ فإن وافق ما كلفت به المتعارف عليه فعلت وإلا امتنعت.

ولا بدّ من التّفريق هنا بين المرأة البدوية والحضرية وبين المرأة القوّية والضّعيفة، ومعيار التفريق هو العرف؛ حيث يتمّ الرجوع إليه في ضبط ما هو في دائرة استطاعة الزّوجة من تكاليف الزّوج وما ليس بمقدورها.

والمُلاحظ أنّ أعراف الناس قد تغيّرت وتغيرت معها نظرة الناس للخدمة؛ حيث أصبح كثير من الزّوجات تمتنعن عن خدمة أهل الزّوج وترفضن السّكن معهم؛ لما يلحقها من الضّرر بسبب الإرهاق والتّعب الناتج عن خدمة الضيوف، وقد يكون هذا على حساب رعاية الأبناء، وهذه طبيعة البيت العائلي الذي يختص بكثرة توافد الضّيوف، لذلك ربط المالكية خدمة الزوجة للزوج وضيوفه في البيت بالعرف فقالوا عليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس، وفرش، واستقاء ماء من الدار، إن كانت عادة بلدها كذلك؛ إلاّ أن تكون من الأشراف الذين لا يمتهنون نساءهم، فيجب عليه حينئذ إخدامها[1]، ولا يلزمها الاكتساب كالغزل والنسيج، وأما غسل الثياب وخياطتها فينبغي فيه اتّباع العرف[1].

[1]. اتفق الفقهاء على أن الإخدام يجب على الزوج للزوجة المريضة، والمصابة بعاهة لا تستطيع معها خدمة نفسها، وقال المالكية بوجوب إخدام الزوج زوجته، إن كان الزوج ذا سعة وهي ذات قدر ليس شأنها الخدمة، أو كان هو ذا قدر تزري خدمة زوجته

وعليه فإن ملخّص ما يقال في هذه المسألة: أن الواجب على المرأة في خدمة زوجها هو ما تقتضيه الأعراف والعادات وطبقات النّاس ومنازلهم.

فكل هذه الأمور ينبغي أن تراعى في هذه المسألة؛ لأن الله أمر الرجال بحسن معاشرتهن، ومن ذلك عدم تكليفهن فوق الطاقة رحمة بهنّ وتطبيقا لوصية النّبي عليه الصلاة والسلام فيهن، وفي هذا حفاظ على استقرار آصرة النكاح واستمرارها، خاصة وأن حفظها يعتبر من أسمى مقاصد الشريعة الإسلامية، والله أعلم.

4ـ من خالع امرأة على تحمّلها نفقة ابنه منها إلى الحلم، ثم راجعها بنكاح جديد، هل تبقى عليها نفقة ابنها أم لا[2]؟

أ ـ نصّ المسألة.

وسألت شيخنا وسيدنا أبا الفضل العقباني عن مسألة وهي: أنّ ابن رشد سئل عن من خالع امرأة على أن تحمّلت بنفقة ابنه منها إلى الحلم، ثم راجعها بنكاح جديد، هل تبقى عليها نفقة ابنها أم لا؟ وكيف إن طلّقها ثانية هل تعود عليها نفقته أم لا؟

فأجاب: إذا راجعتها سقط عنها ما تحمّلت به، ولا يعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تجدد التحمّل.

يقول المازوني: أشكل علي يا سيدي جواب ابن رشد بسقوط النفقة عنها ومعاوضتها كانت صحيحة وترتبت النفقة في ذمتها ولا يسقط ما في الذمة إلا الإبراء أو الإسقاط وقد قالوا

به، حتى أنهم قالوا إذا كان حالها ومنصبها يقتضي خادمين أو أكثر فلها ذلك. انظر: القوانين الفقهية لابن جزي، مرجع سابق، (ص226)؛ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (510/2)؛ كشاف القناع عن الإقناع للبهوتي، مرجع سابق، (463/5).

[1]. الفواكه الدواني، مرجع سابق، (24/2).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: الكريف محمد رضا، (ص342...345).

إذا ماتت المرأة المتحملة نفقة ولدها في الخلع، أخذ من تركتها وكذلك أشكل علي التنظير المذكور، فالمراد من سيدي بيان ما يختار في المسألة، وبيان فقه ابن رشد ووجه التنظير المذكور بأتمّ بيان.

فأجاب: الحمد لله، اعلم حفظك الله أن كثيرا من مسائل الفقه يجري الحكم فيها على قصود أهل العرف إن كانت الألفاظ تدل على خلاف ذلك، ومسألة النفقة التي أشرت إليها وأجاب ابن رشد فيها من هذا المعنى وذلك أن القوام على المرأة وولدها حال كونها تحت الزوج هو الزوج لكن يسهل ذلك عليه وهم في موضع واحد فإن وقع افتراق عسر على الزوج القيام بمؤن متعددة قد علم هذا بشهادة العادة، فلهذا ترى الرجل عند الفراق يرغب في صرف نفقة الولد إلى غيره وهذا المعنى يزول عند المراجعة بانضمام الزوجة وولدها إلى الزوج ولا ترى في العادة أن زوجة تكون مع زوجها وهي تنفق له على ولده فلهذا تعلم مراجعته إياها أنه أسقط النفقة عنها ولا شك أنها لا تعود بعد الإسقاط.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع النّازلة حكم نفقة الولد في حالة الخلع؛ حيث جاء في النازلة أن امرأة خالعت زوجها على أن تتحمّل نفقة ولدها إلى الحلم، ثم راجعها زوجها بنكاح جديد، فهل تسقط نفقة الولد برجوعها أم لا؟

وقد أجاب ابن رشد بسقوط ما تحمّلته في حالة رجوعها، وهذا على القول بجواز الخلع على أن تلتزم المرأة نفقة الولد بعد مدة الرضاع، والأصل أن في هذه المسألة خلاف عند المالكية[1]:

[1]. المدونة لمالك بن أنس، (249/2)؛ الجامع لمسائل المدونة لابن يونس، (489/9)؛ البيان والتحصيل لابن رشد، (339/5)؛ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، مرجع سابق، (499/2)؛ التوضيح على شرح مختصر ابن الحاجب، (298/4)؛ المختصر الفقهي لابن عرفة، (30/4)؛ التاج والإكليل، مرجع سابق،(295/5 . 296)؛ مواهب الجليل للحطّاب، (22/4).

القول الأول: لا يجوز أن تلتزم المرأة نفقة الولد إلا في الحولين، فإن وقع تم الخلع وسقط الزائد على الحولين: وهو قول مالك وَابْنُ الْقَاسِمِ وَابْن وَهْبٍ وَ مُطَرِّفٌ[1] وَابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ وَأَصْبَغُ وهو نصّ المدونة. قال مالك رحمه الله تعالى: "وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سمياه تم الخلع ولزمها نفقة الولد في الحولين فقط، ولا يلزمها ما ناف على الحولين"[2]. وصرّح بذلك اللّخمي وابن سلمون وغيرهما.

القول الثاني: جواز الخلع على أن تلتزم المرأة نفقة الولد بعد مدّة الرضاع: وهو قول أشهب[3] وسحنون، وابن الماجشون والمخزومي[4]، وابن عرفة، وذكر ابن حبيب أن عليه جماعة الناس، وقال ابن سلمون وبذلك جرى العمل[5]، وقال ابن سهل: وعلى قول سحنون ومن وافقه العمل وجرت الفتوى في جواز المبارأة على التزام الزوجة أو غيرها النفقة على الولد أعوام تزيد على ما في الرضاع،

---

[1]. مطرف: أبو مصعب مُطَرِّفُ بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني: الثقة الأمين الفقيه المقدم الثبت، صاحب مالك، هو ابن اخته، روي عنه ولابن أبي الزناد وعبد الرحمن ابن أبي المولى وعبد الله بن عمر، تفقه عن مالك، وابن الماجشون، وابن أبي حازم وابن دينار وابن كنانة والمغيرة وعنه أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري، وخرج له في الصحيح. قال الإمام ابن حنبل: كانوا يقدمونه على أصحاب مالك، توفي سنة 220هـ وسنه 83.انظر:ترتيب المدارك، (133/3)؛ شجرة النور الزكية لابن محلوف، (86/1)؛ الديباج، (340/2).

[2]. الجامع لمسائل المدونة، (488/9).

[3]. هو: أبو عمرو، أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، ولد في (140هـ)، من الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعد بن القاسم، روى عن مالك والليث وعنه بن عبد الحكم وسحنون، توفي عام (204هـ). انظر: ترتيب المدارك، (262/3)؛ الديباج، (307/1)؛شجرة النور الزكية، (89/1).

[4]. هو: المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث بن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، ولد في (124هـ)، ثقة تولى الفتوى في زمان مالك ، وكان بين مالك وبينه أول مرة معارضة ثم زالت، وجالسه وكان لمالك مجلس يقعد فيه وإلى جانبه المغيرة لا يجلس فيه وإن غاب المغيرة، عرض عليه الرشيد القضاء بالمدينة وامتنع ،كان فقيه المدينة بعد مالك، توفي عام (188هـ)، وقيل سنة ست وثمانين. انظر ترجمته: الديباج، (343/2وما بعدها)؛ ترتيب المدارك، (2/3 وما بعدها).

[5]. تحرير الكلام في مسائل الالتزام لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي(ت954هـ)، عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان، الطبعة: الأولى، 1984م، (ص94).

وعليه وضع الموثقون وثائقهم[1]. وقال ابن لبابة[2]: والخلق على خلاف ابن القاسم وروايته[3].وقال ابن غازي[4] رحمه الله تعالى: "وسقط الزائد عَلَى الحولين مما شرط من نفقة الولد خلاف ما جرى عَلَيْهِ العمل من قول المخزومي ومن وافقه"[5].وذكر الزرقاني أن هذا القول الثّاني صوّبه الأشياخ وهو وهو قول الأكثر وبه العمل[6] .

ويبدو أن ابن رشد أفتى بمقتضى الرأي الثاني كما ذكرنا سابقا بناء على جواز الخلع بالغرر[7]؛ إلا أن جوابه قد أشكل على المازوني فاضطر إلى طرح هذا الإشكال على شيخه أبي

---

[1]. يقصد بالموثقين: ابن عطار، ابن زرب، ابن هارون، ابن سهل ، ابن سلمون، وغيرهم.

[2]. هو: محمد أبو عبد الله بن عمر بن لبابة مولى آل عبيد الله القرطبي كان ممن برع في الحفظ للرأي، مأموناً ثقة، درس كتب الرأي نحو ستين سنة، فقيه الأندلس، كان من أعرفهم الناس باختلاف أصحاب مالك و حافظاً لأخبار الأندلس، برع في النحو والشعر، توفي سنة(314هـ)، وهو ابن ثمان وثمانين سنة. انظر ترجمته في الديباج، (2/ 189وما بعدها).

[3]. تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، مرجع سابق،(ص95).

[4]. هو: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي، مؤرخ حاسب فقيه من المالكية، من بني عثمان (قبيلة من كتامة بمكناسة الزيتون) ولد في مكناسة (بالمغرب الأقصى) عام (841هـ). أخذ عن أحمد بن محمد بن عيسى اللّجائي، ومحمد الصغير، وأبو عبد الله القوري، وغيرهم، وعنه علي بن موسى بن هارون، ومحمد الصنهاجي، وعبد الواحد الونشريسي، توفي عام(919هـ)،من مؤلفاته: كليات فقهية على مذهب المالكية، المجالس المكناسية، تكميل التقييد وتحليل التعقيد على المدونة، شفاء الغليل في حل مقفل مختصر خليل في فروع الفقه المالكي. انظر: نيل الابتهاج، نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي، (ص581)؛ الأعلام للزركلي، (336/5)؛ معجم المؤلفين لكحالة، (16/9).

[5]. شفاء الغليل في حل مقفل خليل لابن غازي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي(ت919هـ)تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى،2008م، (495/1).

[6]. شرح الزرقاني، مرجع سابق، (134/4).

[7]. في المذهب ثلاثة أقوال في حكم الخلع بالغرر: القول الأول: أنه يجوز بالغرر وهو قول المخزومي وهو المشهور. والثاني: أنه لا لا يجوز بالغرر وهو قول ابن القاسم في المدونة فيما إذا خالعها على نفقة نفسه حولين أو اشترط عليها نفقة الولد حولين زائدين على أمد الرضاع؛ إذ لا فرق بين أمد الرضاعة وما زاد عليه، وكل ذلك غرر، كما قال المخزومي ومن وافقه. والثالث: أن الخلع بالغرر مكروه. وسبب الخلاف: الخلع هل حكمه حكم المعاوضة المحضة أم لا؟ فمن قال أن له حكم المعاوضة المحضة؟ قال لا يجوز بالغرر، وكان فيه خلع المثل كالبيع الفاسد إذا فات فإنه يرد إلى القيمة. ومن قال أنه لا يكون له حكم المعاوضة المحضة قال: يجوز بكل غرر يجوز تملكه إذا قدر عليه، والقول بالكراهية تردد بين القولين. انظر: مَنَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرّجراجي(ت بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي ،أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى،2007م، (119/4 ـ120)؛ مواهب الجليل، (22/4)؛

الفضل العقباني؛ الذي كان جوابه تأصيلا لفتوى ابن رشد الراجعة إلى العرف، وملخص تأصيله وبيانه: أن الزوجة في حال كونها مع زوجها لا تنفق على ولده عرفا، فيرجع هذا الحكم بعد مراجعتها بنكاح جديد استصحابا للحكم السابق المعتمد على العرف، تحقيقا لمعنى القوامة، وكون موافقته على تحمّلها النفقة حال الافتراق لشهادة العرف على عسر قيامه بمؤن متعددة، وقد زال هذا المعنى بانضمام الزوجة وولدها إليه.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه النازلة في أمرين:

أوّلا: في تقدير وضبط نفقة الولد سواء في فترة الحولين أو بعدها بناء على جواز الخلع بالغرر مطلقا؛ كان الغرر مما يقدر على إزالته أو لا يقدر على قول المخزومي في المدونة وهو المشهور؛ حيث يرجع في تقديرها إلى ما هو معروف من نفقة من هو في سنّه، ومن ذلك أجاز المالكية في هذه النفقة الجهالة بالقدر والصّفة، فلا يشترط ذكر القدر والجنس والصفة؛ بل تترك للعرف[1].

ثانيا: في حالة رجوعها إلى زوجها بنكاح جديد: فإنّ نفقة الولد تسقط عنها ويتحمّلها الزّوج عرفا تحقيقا للقوامة واستصحابا للأصل الأوّل وهو أن النفقة على الوالد بالنص، **قال الله تعالى**:

﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة [231].

تبصرة اللخمي، مرجع سابق، (2531/6)؛ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد عليش، دار المعرفة، بدون طبعة وبدون تاريخ، (233/1).

[1]. حاشية الدسوقي، (522/2)؛ أثر العرف في الفرق ومتعلقاته من أحكام فقه الأسرة لإلهام عبد الرحمن باجنيد، (262 . 2263).

5ـ في الوكيل يزوج يتيمة ثم يدّعى عليه عدم رضاها لعدم دفع نقدها كاملا [1].

أـ نصّ المسألة.

وسئل أبو الفضل العقباني عن يتيمة ربيبة كفلها زوج أمّها من صغرها إلى بلوغها، ثم زوّجها من ابن أخيه برضاها وتفويضها له في ذلك، فلمّا كان عند البناء قبض لها بعض النّقد وبنى بها زوجها راضية بذلك، ثم عزلها القاضي عنه بعد البناء بأويمات[2] معتلا أن هذه سفيهة غير مولّى عنها واشترط دفع النقد كاملا ووافقته المرأة على ذلك ومنعت نفسها منه حتى يدفع نقدها. فهل للقاضي ولها ذلك، أو ليس لواحد منهما ذلك لتمكين نفسها حين قبض كافلها بعض النقد، ورضيت به، سيما والعادة بقبض بعض النقد وتأخير بعضه أكثرية.

فأجاب: الحمد لله، ليس لها منع نفسها بعد تسليمها نفسها وموافقة مربيها، ولا نظر لها على ذلك، وإنما يكون لها أو لمن ينوب عنها في طلب حقها، أن يطلب باقي نقدها، والله تعالى أعلم.

بـ ـ توضيح وبيان المسألة.

يدور موضوع النازلة حول تزويج الوصيّ أو الوكيل للبنت الربيبة؛ حيث جاء في النازلة أن وكيلا كفل ربيبته، ثم زوّجها بعد بلوغها برضاها مع قبض بعض النقد عند البناء بها؛ علما أن قبض بعض النقد وتأخير أكثره هو العرف الغالب؛ لكن القاضي عزلها بحجة أنها سفيهة وغير مولّى عليها، ووافقته البنت ومنعت نفسها من زوجها حتى تقبض نقدها. وقد كان جواب الشّيخ حاسما في المسألة فأفتى بعدم أحقيّتها في منع نفسها عن زوجها اعتبارا لصحّة العقد بوصاية زوج أمّها؛ لأنه زوجها بعد بلوغها وبرضاها، بخلاف إن زوّجها قبل بلوغها أو بعد بلوغها دون مؤامرتها

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: الكريف محمد رضا، (ص270) بتصرف.

[2]. كلمة غير مفهومة، والأقرب أنه يقصد بها أياما.

وأخذ رضاها بذلك؛ لقول النّبي صلى الله عليه وسلم: **"اليَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا"**[1]. أما منعها نفسها من زوجها شريطة أن يدفع النقد فلا حقّ لها في ذلك لقبولها الشرط خاصة مع وجود شهادة العرف القاضية بقبض بعض النقد وتأخير بعضه؛ والعرف كالشّرْطِ[2]؛ ولها أن تطلب حقها في باقي نقدها بالطرق المشروعة.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

لم تعد هذه النّازلة ذات أهمّية كبيرة في هذا الزمان؛ لأن العرف الذي قامت عليه زال وحلّ محلّه عرف آخر، وهنا يظهر أثر تغير العرف في تغير الفتوى. فلقد جرت عادة الناس اليوم أن تقبض الزوجة نقدها كلّه قبل البناء، فلا يتم الدّخول إلا بعد نقده؛ غير أن الفقهاء تناولوا المسألة وناقشوها قديما على حسب العرف الموجود آنذاك، فمن المعلوم أن انتقال الأعراف يوجب انتقال الأحكام، وأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت[3].

وبالتالي قبض النقد كلّه قبل البناء أصبح من المتعارف عليه لدى غالبية المجتمعات؛ فلو ادّعت امرأة أنها لم تقبض مهرها أو قبضت بعضه فقط لم تصدّق؛ لمخالفتها المعهود من عمل النّاس؛ إلا أن تكون لها بيّة، بخلاف لو احتكمنا إلى العرف السابق فإنها تصدّق إذا ادّعت أنها قبضت بعضه، لذلك من المتّفق عليه من شروط الفتوى أن يكون المفتي على دراية وعلم بعادات المُستفتين وأعرافهم.

---

[1]. كتاب ديوان الأحكام الكبرى لأبي الأصبغ، مصدر سابق، (ص182). والحديث رواه الترمذي في السنن عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، باب بَابُ مَا جَاءَ فِي إِكْرَاهِ اليَتِيمَةِ عَلَى التَّزْوِيجِ، رقم:1109، (409/3). وقال عنه الألباني حسن صحيح.

[2]. وردت في الأشباه والنظائر لابن نجيم بصيغة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، (ص84).

[3]. الفروق للقرافي، مرجع سابق، (176/1).

المبحث الرابع: أثر العرف في نوازل المعاملات المالية

يعالج هذا المبحث أثر العرف في نوازل المعاملات المالية، التي تعتبر إحدى مجالات توظيف العرف إن لم تكن أوسعها؛ إذ تعتبر المجال الفسيح لتطبيقات العرف، فكثيرا ما نجد أن العرف هو المحكَّم في بيوع الناس وشرائهم وتبادلاتهم التجارية. فكان الأثر البالغ في سعة دائرة فقه المعاملات المالية. وقد تضمّن هذا المبحث مسائل في المعاملات المالية هي كالآتي:

1. حكم بيع أرض الإمتاع.
2. رجل اشترك مع آخر بالخمس، ثم أبى الخمّاس أن يخدم إلا خمسه.
3. حكم الزرع إذا خيف عليه الفساد.
4. رجل دفع أرضه وبقره آلة حرثه وزريعته لآخر ليحرثها له بجزء معلوم.
5. حكم ما عملته الزوجة لزوجها.
6. حكم قسمة الفريك أغمارا بين الشركاء.
7. في بيع أرض القانون.
8. حكم بيع العبيد والحيوان بغير عهدة، والثمن إما حالا أو مؤجلا ثم يطرأ عيب.

والهَدف من هذا المبحث بيان مدى أثر العرف في هذه النوازل ودوره في حلّ تلك النّزاعات والمشاكل القائمة بين فئات المجتمع.

1. حكم بيع أرض الإمتاع[1].

أ ـ نصّ المسألة.

وسئل شيخنا وسيدنا أبو الفضل العقباني: عن قوم بأيديهم أرضا بأوامر السلاطين المتقدمين ومن بعدهم يغتلونها بأنواع الاغتلال من الحرث وغيره إلى عام المجاعة الكبرى الواقعة في عام ستة وسبعين عمد رجل منهم لقطعة واغترسها بأنواع الشّجر ثمّ توفى قبل تمام فبقي ذلك بعد موته حتّى دثر فعمد وارثوه للقطعة فباعوها من رجل فصار المشتري يحرثها وينتفع بها مدّة طويلة فقام أرباب الأرض فانتزعوها منه، هل لهم ذلك أم لا؟

فأجاب: الأرض التي يعطيها الأئمة إنما يعطونها في العادة امتاعا لا تمليكا، وهي لجماعة المسلمين، والحق فيها لغير معين، وإنّما تعين الانتفاع بتعيين الإمام مع كون الأرض لبيت المال لا يمضي فيها البيع، ولو كان على علم الذين متّعوا بها، ولو كان برضاهم والله تعالى الموفّق بفضله.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع النازلة حكم بيع الأرض التي يعطيها الحكّام إلى فئة من الناس قصد استغلالها والانتفاع بوجه من أوجه الانتفاع بها كالحرث والزرع وغيرهما.

وقد استند المفتي إلى قاعدة العادة محكّمة؛ وذلك من خلال بيان أن الأرض التي يعطيها الأئمة إنما يكون على وجه الانتفاع لا على وجه التمليك؛ لأنه لا يخفى على أحد ما للأعراف والعوائد من أثر في ضبط أحكام المعاملات؛ فالعادات إذا كانت شائعة بين الناس صارت حاكمة على تصرفاتهم ومعاملاتهم.

ويضيف الشيخ أيضا أن الأرض هي لجماعة المُسلمين، تترك فيئا مشتركة بين عموم المسلمين أولهم وآخرهم وحقّهم في خراجها، وبهذا المعنى تدخل هذه المسألة تحت تصرّف الراعي

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل البيوع، تح: زهرة شرفي، مرجع سابق، (ص338 ـ 339).

على الرعية الذي يكون منوطا بالمصلحة، والذي يقصد بها أن نفاذ تصرف الراعي على الرعية متوقف على وجود المنفعة سواء كانت منفعة دينية أو دنيوية؛ فإذا تضمن تصرفه منفعة وجب تنفيذه، وإلا ردّ.

ج ـ أثر العرف في النازلة.

يظهر أثر العرف في النازلة من خلال الاعتماد عليه في منع بيع الأرض الإمتاع، سواء بإذن الإمام أو بدونه[1] لجريان العادة أن الأئمة يعطون الأرض للانتفاع بها لا للتمليك أي اعطاء منفعة لا رقبة؛ والعرف كالشرط، ثم إن في منع بيعها نظرة ثاقبة من السّلاطين والأئمة اعتبر فيها أصل المآل والمصلحة العامة، والله أعلم.

ولا يزال هذا العرف قائما إلى اليوم في دولتنا ولله الحمد؛ حيث تنقسم الأملاك الوطنية إلى أملاك وطنية عقارية عمومية، وأملاك وطنية عقارية خاصة، فالقسم الأول محمي، لا يتصرّف فيه ولا يحجز ولا يكتسب بالتقادم.

أمّا القسم الثاني فهو يقع في دائرة التملك والاستغلال؛ لكنه يظل غير قابل للتقادم والحجز عليه؛ فيمكن التصرّف فيه سواء كان التصرف غير ناقل للملكية كالتأجير والامتياز أو ناقل للملكية كالتنازل عنه بدون مقابل كالهبة أو بمقابل كالبيع بالمزاد العلني بعد أن يتم إلغاء تخصيصه وثبوت عدم قابليته لتأدية وظيفته في عمل المصالح والمؤسسات العمومية؛ حيث إن عملية بيع الأملاك الوطنية العقارية الخاصة بالمزاد العلني لها أبعاد وأهداف اجتماعية واقتصادية

[1]. اختلف في جواز بيع هذه الأرض، بإذن الإمام أو بدونه انظر: البيان والتحصيل لابن رشد، مرجع سابق، (365/7)؛ الإشراف على مذاهب العلماء لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت 319هـ)، تح: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى،2004 م، (4/58 .59).

وسياسية، تسعى الدولة من ورائها إلى تمويل خزينتها العمومية قصد إنجاز مشاريع تنموية يستفيد منها الاقتصاد الوطني[1].

2 ـ رجل اشترك مع آخر بالخمس، ثم أبى الخمّاس أن يخدم إلا خمسه[2].

أ ـ نص المسألة.

وسئل سيدي عبد الرحمان الوغليسي عن رجل اشترك[3] مع آخر بالخُمُس[4]كما جرت العادة، على أنه لا يزرع، ولا يعطي خُمُسَه مما أنفق على السّكّة[5] والمحراث، إلا أنه يَحْبسُ الزوج[6] بيده، ويتبع الخمس، على أن هذا الخمّاس يخدم هذا الزرع مع الخديم الذي لرب الزوج، وهذا

---

[1]. بيع الأملاك الوطنية العقارية الخاصة بالمواد العلني مقال علمي لأمال بن بريح ونوال قحموص، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ،الجزائر، ا لمجلد:13، العدد :01(2021)، (ص220).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل من المعاملات المالية، تح: عبد العزيز مرابط، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01 ،2010/2009م، (ص133).

[3]. اشترك من الشَّرَكَة و الشِّرْكة لغة: الخلطة، يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد تشارك الرجلان، وشارك أحدُهما الآخر. انظر: لسان العرب لابن منظور، (448/10). شرعا: هي ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح. وعرفها خليل

بقوله:" الشركة إذن في التصرف لهما مع أنفسهما ". انظر: مختصر خليل، مرجع سابق، (ص178)؛ شرح مختصر خليل للخرشي، مرجع سابق، (335/6) .معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي، مرجع سابق، (ص261).

[4]. الخمس: هو نصيب يؤخذ من الزرع مقابل الخدمة، وهي عادة جرى العمل بها عند أهل المغرب، يخرج أحد الشريكين البذر والبقر والأرض، والآخر عمل يده على أن يكون له الخمس من الزرع. انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، (66/6)؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني للعدوي: أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (ت 1189هـ)، تح:يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر ، بيروت ،الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1994م، (216/2)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (375/3).

[5]. السّكَّة: الحديدة التي تُحرث بها الأرض. انظر: لسان العرب لابن منظور، (441/10).

[6]. الزوج أو الزويجة: في عرف الفلاحين إلى يومنا هذا هي المساحة التي يحرثها محراث واحد في فصل الصيف. انظر: جوانب من الحياة في المغرب الأوسط لمحمود بوعياد، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1982م، (ص33)، وقد يطلق أيضا ويراد به الثوران المستعملان للحرث، لأنه غالبا ما يستعمل زوج من الثيران لحرث الأرض، فغلب عليهما هذا الاسم.

الخمّاس جرت العادة أنه لا يخدم إلا هو و الخديم، مع أن الخمّاس أيضا مُحَرَّرٌ من المخزن[1] وجميع الأشياء، فلما حظر وقت خدمة الزرع قال: لا أخدم إلا خمسي، هل له ذلك، أم لا يُحكم إلا بالعرف الذي جرت به العادة؟ أو تكونُ الشركة فاسدة؟

فأجاب: إذا اشترط[2]عليه خدمة النّصف[3]، أو كانت العادة بذلك مستمرة، واشتركا على ذلك، فعلى الخمّاس نصف الخدمة، والله تعالى أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة وأثر العرف فيها.

تعرف هذه النازلة بمسألة الخماس وصورتها أن يخرج أحد الشريكين البذر والأرض والبقر وعلى الآخر عمل يده فقط وله من الزرع جزء كربع أو غيره من الأجزاء و هي جائزة بالاتّفاق إن عقدت بلفظ الشركة، أما إذا عقدت بلفظ الإجارة لم تجز لأنها إجارة بجزء مجهول، وفي حالة إطلاق القول فيها عند العقد فخلاف في المذهب؛ فابن القاسم حملها على الإجارة فمنعها، وسحنون حملها على الشركة فأجازها والمشهور الأول[4]. قال ابن رُشْد:"إن عقداها بلفظ الشركة جاز اتفاقاً وإن كان بلفظ الإجارة لم يجز اتفاقاً، وإن عرا العقد من اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم، ومنعه سَحنون ورأى أنه تحقيق المذهب"[5].

---

[1]. المخزن: اصطلاح مغربي يقصد به بيت المال، والمغرم معناه واضح، وهي بمعنى الضريبة التي يفرضها الحاكم أو عمّاله على سلع التجّار وأموالهم. انظر: جوانب من حضارة المغرب الإسلامي من خلال نوازل الونشريسي لكمال أبو مصطفى، مؤسسة شباب الجامعة، اسكندرية، مصر ،سنة الطبع: 1997، (ص86). والمعنى هنا أن الخماس معفى من الضرائب التي يفرضها بيت المال.

[2]. الشّرط: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود و لا عدم. انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي: ، (ص82و262)؛ شرح الخرشي على مختصر خليل ومعه حاشية العدوي، مرجع سابق، (124/4).

[3]. المقصود بخدمة الصّيف الحصاد والدراس، لأنهما يأتيان في زمن الصيف.

[4]. شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق،(66/6)؛ شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، (126/6)؛ الشرح الكبير للدردير، (375/3).

[5]. المختصر الفقهي لابن عرفة، مرجع سابق، (118/8).

وقد اختلف فقهاء المالكية في المراد بالعمل؛ فقال سحنون المراد بالعمل الحرث لا الحصاد والدِّراس؛ لأنه مجهول فمتى شرط عليه أزيد من الحرث فسدت والعرف كالشرط وأما لو تطوع بأزيد من الحرث بعد العقد كالحفظ والسقي والتنقية والحصاد ونحوها فذلك جائز، وله حصّة من التبن لأنّه شريك. وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْمُرادَ بِالْعَملِ الْحَرث والحصاد وَالدِّراسُ فَيَجوز اشْتِرَاطُهَا عَلَى الْعَامِل[1].

ويبدو أن المفتي مشى على الرأي الأخير؛ فقد عبّر بخدمة الزرع وهذه الخدمة تشمل التنقية والحصد والدرس.

وحاصل جواب الشيخ في هذه المسألة أنه أرجع الأمر إلى ما اتّفقا عليه من شروط أثناء الاشتراك؛ لأنّ المؤمنين على شروطهم، خاصّة إذا كان العرف شاهدا على استمرارية العمل بما اشترطا، والعرف كالشرط، والله أعلم.

3ـ حكم الزرع إذا خيف عليه الفساد[2]

أ ـ نص المسألة.

وسئل بعض الشيوخ عن الزّرع القائم إذا خِيفَ عليه من الصيد أن يفسده. أيجب حفظه على الخماس وحده دون ربّه، أو هو بينهما ؟

فأجاب: حِرْزُهُ[3]على المتعارف بين أهل الموضع فيه، والتَّنْقِيَةُ عليه مثل ذلك، والله تعالى أعلم.

---

[1]. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (375/3).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: عبد العزيز مرابط، مرجع سابق، (ص135).

[3]. من الحرز: يقال: أحرزتَ الشيء أحرزه إحرازا إذا حفظتَه، وضممتَه إليك، وصُنْتَه عن الأخذ. انظر: لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، (333/5).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تعالج هذه النازلة مسألة حماية الزرع وحفظه من الصيد، هل يكون حفظ هذا الزرع من الخماس وحده، أم هو مشترك بين الخماس وربّه؟

ويبدو أن الشيخ اعتمد في جوابه على العرف؛ حيث ردّ الأمر إلى العرف السائد لدى كل منطقة، وفي هذا دلالة على اختلاف الأعراف والعوائد من منطقة لأخرى التي يقتضي عنها اختلاف الأحكام وتغيرها، فمن كان من عادتهم أن الخماس هو المطالب بحفظ الزرع فعليه حرزه، ومن كانت عادتهم أن الحماية لرب العمل وحده فهي له، ومن عرفهم أن حرزه مشترك بين الخمّاس وربّه كان الحرز بينهما.

ج ـ أثر العرف في النازلة.

يعود سبب الاحتكام إلى العرف في هذه المسألة كونها قضية لم يرد فيها نص شرعي، ومعلوم أن العرف يضبط ما لم يضبطه الشرّع واللغة؛ ولأنّ من مجالات إعمال العرف اعتبار العادات والأعراف الجارية بين الناس، والرجوع إلى ما اعتادوه في أفعالهم وجعلها بمرتبة المنطوق بها، فقد تجري بين الناس عادات في تصرفاتهم تدل على الإذن في الشيء، أو المنع منه، أو تقييده أو تخصيصه، فهذه الأعراف والعوائد المطّردة تكون معتبرة عند الناس في معاملاتهم، وتنزل منزلة الألفاظ في العقود، فيكون للعرف قوة النطق باللفظ في الاعتبار. لذا قال الفقهاء: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

4. رجل دفع أرضه وبقره وآلة حرثه وزريعته لآخر ليحرثها له بجزء معلوم[1].

أ. نص المسألة.

وسئل سيدي عبد الله الشريف ابن الإمام سيدي أبي عبد الله الشريف[2] عمن دفع أرضه و بقره وآلة حرثه لرجل بجزء، ليحرث له زريعة الكَتَّانِ[3]، وهي من عند رب الأرض. على من تُرى قلعُه إذا بلغ ودباغه[4] وكسر أعظمه، هل على العامل وحده كالعامل في المساقاة[5] الذي يجب عليه جذاذ النخل، وحصاد الزرع ودراسه على ما قاله في مساقاة المدونة[6]، وعصر الزيتون إن اشترطه، أو كان العرف بالبلد أن عصره على العامل، وقد علمتم ما لسحنون في قطف التين و الكرم و تيبيسه وتزييبه أنه على العامل. هل العامل فيما ذكر مثله، أم يصار فيه للعرف؟ وكيف إن فُقِدَ العرف بالمكان هل ينتقل لعرف أقرب الأماكن إليه أم لا؟

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: عبد العزيز مرابط، مرجع سابق، (ص162).

[2]. هو: عبد الله الشريف بن أبي عبد الله محمد التلمساني العلامة المحقق، ولد في (748هـ)، كان من الفقهاء والمدرسين، اشتهر بتلمسان كأبيه، توفي عام (792هـ)، من مؤلفاته: شرح معالم أصول الدين للفخر الرازي، وشرح لمع الأدلة للجويني، وشرح متن السنوسية. انظر: نيل الابتهاج، (ص225)؛ الأعلام للزركلي، (127/4)؛ شجرة النور الزكية، (337/1).

[3]. الكتَّان: نبات يُتخذ من أليافه الخيوط والحبال، تدق عيدانه حتى يلين، ويذهب تبنه ثم يستعمل، وسمي بذلك لأنه يكتن، أي: يسوَدُّ إذا ألقي بعضه فوق بعض. انظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي:أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت نحو 770 هـ)، المكتبة العلمية، بيروت الفيومي (525/2)؛ معجم لغة الفقهاء محمد قلعجي، مرجع سابق، (ص377).

[4]. الدباغ والدباغة: مصدر دبغ، وهي إزالة النتن والرّطوبة. انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي، (ص 34).

[5]. المساقاة: عرفها ابن عرفة فقال:"عَقْدٌ عَلَى عَمَلِ مُؤْنَةِ النَّبَاتِ بِقَدْرٍ لَا مِنْ غَيْرِ غَلَّتِهِ لَا بِلَفْظِ بَيْعٍ أَوْ إجَارَةٍ أَوْ جُعْلٍ".انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع، مرجع سابق، (386). وعرفها ابن جزي فقال: "هي أن يدفع الرجل شجره لمن يخدُمها وتكون غلتها بينهما". انظر: القوانين الفقهية لابن جزي، (ص224).

[6]. قال ابن القاسم: "فأرى أن يكون حصاد الزرع ودراسه على العامل، لأنهم لا يستطيعون أن يقسموه إلا بعد دراسه كيلا". المدونة الكبرى للإمام مالك، (5/ 9).

فأجاب: يُرجَعُ فيه للعرف، والمسألة من باب المزارعة[1] لا من باب المساقاة، فإن فُقد[2] فالقلع وما بعده بينهما على حسب الأجزاء، والله تعالى أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة وأثر العرف فيها.

تدخل هذه المسألة في باب المزارعة، وقد جاء فيها أنّ رجلا دفع أرضه وبقره وآلة حرثه لرجل بجزء، ليحرث له زريعة الكتّان؛ علما أن الزّريعة من رب العمل، فعلى من يكون قلع الكتّان ودباغه وكسر أعظمه؟ هل هو على العامل كما في المساقاة؟ أم يترك الأمر إلى عرف المنطقة في تحديد من عليه هذا العمل ؟

ويبدو أن الشيخ أسّس فتواه على العرف، وهذا واضح من خلال جوابه؛ إذ اعتمد عليه في تحديد من عليه القلع وما بعده، وهنا يظهر أثر العرف، وبالتّالي إن جرى العرف في منطقة ما على أن القلع والدباغ على العامل فهو عليه وحده، أمّا إن شهد العرف أن العمل يكون مشتركا بين رب الأرض والعامل، فهو بينهما، وهكذا على حسب ما قرره العرف السائد لدى كل منطقة.

أمّا في حالة عدم وجود العرف المقرر، فقد رأى المفتي أن عملية القلع وما بعدها مشتركة بين العامل وربّ الأرض على حسب الأجزاء.

[1]. المزارعة: عرفها ابن عرفة فقال: "شَرِكَةٌ فِي الْحَرْثِ". انظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع، (390)؛ وانظر: التاج والإكليل للمواق، مرجع سابق، (176/5).

[2]. أي العرف.

5. حكم ما عملته الزوجة لزوجها[1].

أ. نص المسألة.

وسئل سيدي عبد الرحمن الوغليسي عَمَّنْ يأتي لزوجته بالصوف والشعر لتعمل بيتا للمسكن. فهل لها في عملها شيء؟ أو يكونوا مثل نساء البرابر فيما يعملون أنه للأزواج؟

فأجاب: أما التي عملت الصوف والشعر، فإن عملت ذلك للزوج بالتصرف، أو باستمرار العرف الذي لم يختلف فذلك له، وإلا فهو لهما، ويكون شركة بينهما بقيمة الأصول وقيمة العمل، والله تعالى أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

إنّ النازلة تتناول كما هو واضح من عنوانها ونصّ سؤالها بحث حكم ما عملته الزوجة بالصوف والشعر الذي أتى به زوجها لتعمل به بيتا للمسكن. فهل يكون لها في عملها نصيب بناء على أنها شريكة مع زوجها؟ أم أنها تعمل للزوج كما هي عادة نساء البرر؟ وهنا إشارة من السائل يشير فيها إلى أن نساء البرابر ليس لهن مقابلا ماديا على ما يصنعونه لأزواجهم.

والذي يظهر من إجابة الشيخ عبد الرحمن الوغليسي رحمه الله تعالى أنه فصّل في المسألة؛ حيث حكَم أن ما عملته الزوجة بالصوف والشعر لتعمل بيتا لمسكن هو للزوج؛ إذا صرّحت بذلك، أو كان ثمة عرف مستمر يشهد على ذلك.

أمّا إذا لم تصرح الزوجة بأن العمل للزوج، أو اختلف العرف أو فقِد ففي هذه الحالة يعتبران الزوجان شريكان تطبق عليهما أحكام الشركة العامة، ومعنى ذلك أن الزوجة في هذه المسألة تصبح شريكة للزوج بعملها مقابل قيمة ما أخرجه على الأصول وهما الصوف والشعر.

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح :عبد العزيز مرابط، (ص173).

ج ـ أثر العرف في النازلة.

لا شكّ أن الإسلام أثبت للمرأة ذمةً ماليةً مستقلةً ما دامت أهل للتصرفات المالية، لذلك فالعلاقات المالية بين الزوجين تُطبقُ عليها الأحكام الشرعية التي ضبطت الأمور المالية بشكلٍ عامٍ، لكن لا بد أن يتفاهم الزوجان على القضايا المالية، حتى لا يؤثر خلافهما على الحياة الزوجية القائمة بينهما. كما أن على الزوج أن يحفظ مال زوجته وأن لا يتسلط عليه، لأنّ مالها محرَّمٌ عليه إلا برضاها. فإذا شاركت الزوجة زوجها في عمل أو تجارة أو مشروع ما، يبقى حقّها ثابتٌ في الشركة بمقدار حصّتها كما قرر ذلك المفتي سابقا.

أمّا عن إشارة المستفتي إلى عادة نساء البرابر اللّواتي ليس لهنّ مقابلا مادّيا على ما يصنعونه لأزواجهم؛ فهذا لا يمكن أن يعمّم في كل المناطق؛ لأن الأعراف والعوائد تختلف من منطقة لأخرى، وبالضرورة أن الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها؛ لذلك اشترط الشيخ عبد الرحمن الوغليسي في العرف الذي اعتمد عليه في فتواه أن يكون مستمرا ولم يختلف.

6. حكم قسمة الفريك أغمارا بين الشركاء[1].

أ. نص المسألة.

وسئل أيضا عن قسمة الفريك أغمارا[2] بين الشركاء في القدر اليسير كما جرت به عادة الحرَّاثين، هل يجوز أم لا ؟

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح :عبد العزيز مرابط، (ص231).

[2]. الفريك أغمارا : والفَرِيك: طَعَامٌ يُفْرك ثُمَّ يُلَتّ بِسَمْنٍ أَو غَيْرِه، وفَرَكْتُ الثَّوْبَ وَالسُّنْبُلَ بِيَدِي فَرْكاً. وأَفْرَكَ السنبلُ أَي صَارَ فَرِيكاً، وَهُوَ حِينَ يَصْلُح أَن يُفْرَك فَيُؤْكَلَ، وَيُقَالُ لِلنَّبْتِ أَوَّلَ مَا يَطْلُع، نجَمَ ثُمَّ فَرَّخَ وقَصَّبَ ثُمَّ أَعْصَفَ ثُمَّ أَسْبَلَ ثُمَّ سَنْبَل ثُمَّ أَحَبَّ وأَلَبَّ ثُمَّ أَسْفى ثُمَّ أَفْرَكَ ثُمَّ أَحْصَدَ. وَفِي الْحَدِيثِ:نَهَى عَنْ بيع الحَب حَتَّى يُفْرِكَ.أَي يَشْتَدَّ وَيَنْتَهِيَ. يُقَالُ: أَفْرَكَ الزرعُ إِذَا بَلَغَ أَن يُفْرَك بِالْيَدِ، وفَرَكْته وَهُوَ مَفْرُوكٌ وفَرِيك. لسان العرب،(10/473. 474).

أغمارا: جمع القمح والزرع حزما حزما.

فأجاب: يجوز ذلك في اليسير لأجل الضرورة، إذا تبين الفضل بينهما، والله أعلم، والمسامحة والحسنى أولى.

ب ـ توضيح وبيان المسألة، وأثر العرف فيها.

يتعلق موضوع هذه النازلة بأحكام الشركة؛ حيث عالجت النّازلة حكم قسمة الشركاء الفريك أغمارا ، معنى ذلك أن يقسّم الزوع أو القمح قبل نضجه بين الشركاء تبعا لعادة الحرّاثين على فعل ذلك.

ويبدو أن جواب المفتي كان قائما على هذا العرف؛ فقد جرت عادتهم على قسمة الفريك أغمارا في القدر اليسير؛ والعادة محكمة لذلك أفتى بجواز ذلك في اليسير منه إذا تبيّن الفضل بينهما، وهذا العرف مبني على الإحسان والمسامحة، فأساس المعاملات هي الأخلاق؛ لذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: **"رَحِمَ الله رَجُلاً سَمْحاً إذا باعَ، وإذا اشترى، وإذا اقْتَضَى"**[1]. وهنا يظهر دور العرف وأثره بالنسبة للمفتي والقاضي في بيان الأحكام الشرعية غير المنصوص عليها وتيسير تطبيقها قصد التخفيف على الناس ورفع الحرج عنهم؛ لتتأكد بذلك شمولية الشريعة ومرونتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

7. في بيع أرض القانون[2].

أ. نص المسألة.

وسئل الإمام الحافظ محمد بن مرزوق عن أرض القانون[3] كجبالنا هذه و هل يسوغ لمن هي بيده بيعها وإرثها؟

---

[1]. رواه البخاري، كتاب البيوع، باب السُّهُولَةِ وَالسَّمَاحَةِ فِي الشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَمَنْ طَلَبَ حَقًّا فَلْيَطْلُبْهُ فِي عَفَافٍ، رقم:2076، (57/3).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: زهرة شرفي، (ص362 ـ 363).

[3]. أرض القانون: هي الأرض التي يقطعها ولاّة الأمور للأفراد نظير خدمات يقدّمونها للدّولة، وهي ملكية يجوز بيعها وإرثها. انظر: جوانب من حضارة المغرب الإسلامي من خلال الونشريسي، مرجع سابق، (ص63).

فأجاب: الحمد لله ـ العادة جرت ببيع أرض القانون بالمغرب وإرثها، والظّاهر من حالها أنّها مملوكة، والله أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع هذه النّازلة حكم العقارات التي يمنحها ولاة الأمور لبعض الأشخاص نظير ما يقدّمونه من خدمات لصالح الدّولة، هل تعتبر هذه العقارات ملكا تامّا لأصحابها بحيث لهم حق التصرف فيها بالبيع والكراء وغيرها؟ أم أن ملكهم ناقص مقتصر على المنفعة وتبقى في أصلها أملاكا الدولة؟

ويبدو أن المفتي من خلال جوابه أنه أقرّ بملكية الأرض لأصحابها وأحقّيتهم بها، فأباح لهم حرّية التصرّف فيها كالبيع وغيره؛ إذ لا خلاف في جواز بيع العقار المملّك ملكا تامّا، معتمدا في ذلك على عرف البلد، الذي جرت العادة فيه على بيع أرض القانون وإرثها.

ج ـ أثر العرف في هذه النازلة.

إن هذه النازلة تدخل في باب السياسة الشرعية[1]؛ لأنه قد تطرأ حوادث جرّاء منح هذه الأراضيّ؛ كأن يكثر عدد الأفراد الذين تمنح لهم الأراضي، أو تكون الدّولة بحاجة إلى تلك

[1]. عرّفها عبد الوهاب حلاف بأنها: تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة أو أصولها الكلية، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين وبعبارة أخرى هي متابعة السلف الأول في مراعاة المصالح ومسايرة الحوادث. والمراد بالشئون العامة للدولة كل ما تتطلبه حياتها من نظم، سواء أكانت دستورية أم مالية أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية، وسواء أكانت من شئونها الداخلية أم علاقاتها الخارجية. فتدبير هذه الشئون والنظر في أسسها ووضع قواعدها بما يتفق وأصول الشرع هو السياسة الشرعية. انظر: السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية لعبد الوهاب خلاف (ت1375هـ)، دار القلم، الطبعة: 1988م، (ص20).

الأراضي الممنوحة لإقامة مشاريع تفيد الأمة في المستقبل؛ فهنا يضطر الحاكم أن يغيّر ما كان سابقا من الأعراف ليستبدلها بإجراءات أخرى تكون في مصلحة الرعية؛ زجرا عن فساد واقع، أو وقاية من فساد متوقع، أو حلاّ لوضع خاص؛ فحكم الحاكم منوط بالمصلحة[1].

وبالتالي فإن الفتاوى العرفية المتعلقة بالسياسة الشرعية قد تتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص على حسب المصلحة التي تتغير بحسب الظروف؛ فيتغير الحكم تبعا لها، والله أعلم.

8ـ حكم بيع العبيد والحيوان بغير عهدة، والثّمن إمّا حالا أو مؤجّلا ثمّ يطرأ عيب[2].

أ ـ نص المسألة.

وسُئل الإمام الحافظ محمد بن مرزوق ما الحكم في أهل البادية يتبايعون العبيد والحيوان بغير عهدّة[3]، والثّمن تارة يكون حالا، وتارة يكون مؤجّلا، ثمّ يطرأ عليها عيب أو تموت بماذا يحكم بينهم فيها؟

فأجاب: الحمد لله، غير الرقيق لا عهدة فيه وإنّما تثبت في الرقيق، إذا كانت عادة البلد ذلك، أو أمر السّلطان النّاس بها[4]، وإلاّ فلا، والله تعالى أعلم.

. أو هي الأحكام المتعلقة بولاة الأمور مما يحسن فيه التقدير ويحكم فيه بالتّدبير. انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، دار الفضيلة للنشر والتوزيع بالرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 2012 ـ 2021 م، (41/5).

[1]. ترسم هذه القاعدة معالم السياسة الشرعية في إدارة شؤون الدولة؛ حيث تضع حدا للحاكم في جميع تصرفاته، ولكل من يتولى أمرا من أمور المسلمين، صاغها تاج الدين السبكي "كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة". أما موضوعها فتصرفات كل من له ولاية غيره كالإمام والقاضي وناظر الوقف والولي والوصي وغيرهم. انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت771هـ)، تح: أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1991م، (310/1).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: زهرة شرفي، (ص341 ـ 342).بتصرف.

[3]. العهدة في البيع: تعلّق المبيع بضمان البائع. انظر: مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، (406/6).

[4]. النوادر والزيادات لابن أبي زيد، مرجع سابق، (215/6)؛ التاج والإكليل للمواق، مرجع سابق، (409/6).

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تناولت هذه المسألة عهدة الرقيق، التي تصح في الرقيق خاصة دون سائر الحيوان[1]، والعهدة في الأصل: من العهد وهو الإلزام والالتزام، وفي العرف تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معيّن، مع أن الأصل في بيع الرقيق السلامة من العيوب كلها ظاهرها وخفيّها، وهي نوعان[2]:

أولا: عهدة الثلاث: والمقصود بها بيع الرقيق على أن يكون الضمان على البائع فيما يظهر فيه من العيوب مدة ثلاثة أيام بعد العقد، وابتداؤه من أوّل النّهار من المستقبل[3]، فهي عهدة كثيرة الضمان قصيرة الزمان، قال خليل رحمه الله تعالى: "وردّ في عهدة الثلاث بكل حادث إلا أن يبيع ببراءة"[4]؛ بحيث يكون الضمان فيها شاملا لجميع العيوب التي تطرأ على الرقيق في مدّة ثلاثة أيام[5].

ثانيا: عهدة السّنة: قليلة الضمان طويلة الزمان، يشمل الضمان فيها على ثلاثة عيوب فقط، الجنون والجذام والبرص، قال خليل: "وفي عهدة السنة بجذام وبرص وجنون بطبع أو مسّ جن "[6].

"[6].

---

[1]. تبصرة اللخمي، مرجع سابق، (4445/9).

[2]. الموطأ لمالك بن أنس، رواية يحي، تح: محمد فواد عبد الباقي، مصدر سابق، (612/2)؛مواهب الجليل، (473/4)؛ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب مالك للكشناوي، (296/2).

[3]. الفواكه الدواني للنفراوي، مرجع سابق، (ص84)؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، مرجع سابق ،(157/2)؛ الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للآبي: صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري(ت1335هـ)، المكتبة الثقافية . بيروت، (ص503).

[4]. مختصر خليل، مصدر سابق، (ص157).

[5]. عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، مرجع سابق، (718/2)؛ بداية المجتهد لابن رشد، مصدر سابق،(ص601)؛ التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، (406/6).

[6]. مختصر خليل، مصدر سابق، (157).

والدليل على مشروعية العهدتين: قول النبي صلى الله عليه وسلم: **"عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ "**[1].

ووجه الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم أثبت عهدة للمشتري على البائع مدّة ثلاثة أيّام[2]. وفي الموطأ أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة حين يشترى العبد أو الوليدة، وعهدة السّنة[3].

ومن أدلة مشروعية العهدتين كذلك عمل أهل المدينة، فقد جرى العمل على إثبات العهدتين في الرقيق وتناقلها الخلف عن السّلف[4]، قال النّفراوي في الفواكه: "والدليل على مشروعية مشروعية العهدتين عمل أهل المدينة"[5]. ونقل ابن عبد البر كذلك أن عمر بن عبد العزيز قضى بها، وبها قال الفقهاء السبعة وابن شهاب والقضاة ممن أدركنا يقضون بها، وغير ذلك من الأحاديث[6].

---

[1]. رواه أبو داود عَنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، و ابن ماجه عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ. انظر: سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني(ت275هـ)،تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا بيروت.بَابٌ فِي عُهْدَةِ الرَّقِيقِ، رقم:3506، (284/3)؛ سنن ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت 273 هـ)،تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.باب عهدة الرقيق، رقم:2244، (754/2). قال محقق الكتاب محمود عبد الباقي:" هذا قول أهل المدينة كابن المسيب والزهري. وبه أخذ مالك. وضعف أحمد بن حنبل الحديث وقال لا يثبت في العهدة حديث. ولم يسمع الحسن من عقبة شيئا. والحديث مشكوك فيه. فمرة قال عن سمرة. ومرة قال عن عقبة". وحكم الألباني بضعفه.

[2]. الاستذكار لابن عبد البر، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى،2000م،(6 / 279 ـ 280)؛ بداية المجتهد لابن رشد، مصدر سابق، (ص601).

[3]الموطأ لمالك بن أنس، رواية يحيى، تح: محمد فواد عبد الباقي، مرجع سابق،؛كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، رقم الحديث:3، (612/2)

[4]. الاستذكار لابن عبد البر، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، مرجع سابق، (279/6)؛ عقد الجواهر الثمينة، (499/2)؛ لوامع الدرر في هتك أستار المختصر لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، (586/8).

[5]. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، (97/2).

[6]. الاستذكار لابن عبد البر، مصدر سابق، (279/6)؛ الفواكه الدواني للنفراوي، مرجع نفسه؛ (97/2).

لكنّ العهدتين لا تثبتان للمشتري إلا بالشرط أو العرف، قال خليل: "إن شرطا أو اعتيدا"[1]، ويعني أنّ عهدة الثلاث، وعهدة السّنة لا يعمل بهما إلا إذا اشترط العمل بهما عند العقد ولو بحمل السلطان الناس عليهما ولا يكفي قول المشتري أشترى على عهدة الإسلام إذا لم تجر بهما عادة لأن المراد بذلك إنما هو ضمان الدرك من عيب واستحقاق أو كانت العادة قاضية بالعمل بهما، وإلا فلا يعمل بهما[2]، يقول أبو محمد في الرسالة: "والعهدة جائزة في الرقيق إن اشترطت، أو كانت جارية بالبلد"[3].

والصّحيح أن هذه رواية المصريين فقالوا إنه لا يقضى بالعهدة في الرقيق إلا بشرط أو عادة أو حمل السلطان الناس عليها، بخلاف رواية المدنيين فقالوا إنه يقضى بها في كل بلد إن لم يكن شرط ولا عادة وهناك قول ثالث لابن القاسم في الموازية لا يحكم بينهم بها وإن اشترطوها[4]. وقد ما ذكر ابن جزي في القوانين القولين أيضا[5].

فعلى رواية المدنيين يجب حمل الناس عليها وعلى رواية المصريين فروى ابن القاسم يستحب حمل الناس عليها وروى أشهب لا يحمل أهل الآفاق عليها[6].

ويبدو كما هو واضح أن الشيخ ابن مرزوق من خلال جوابه أخذ برواية المصريين؛ حيث اشترط لثبوت عهدة الرقيق والقضاء بها أن تكون من عرف البلد وعادتهم، أو تكون بأمر من السلطان، فإن لم يكن هناك عرف أو أمر من السلطان يثبتانها، فلا تثبت.

---

[1]. مختصر خليل، مرجع سابق، (ص157).

[2]. شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، (155/5).

[3]. متن الرسالة لابن أبي زيد: أبو محمد عبد الله بن(أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي(ت386هـ)، دار الفكر، (ص107).

[4]. شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، (278/5 ـ 279)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (142/3).

[5]. القوانين الفقهية لاين جزي، مرجع سابق، (ص177)؛ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، مرجع سابق، (297/2).

[6]. منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش، (225/5).

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه الفتوى من خلال رجوع المفتي إليه في إثبات عهدة الرقيق والقضاء بها، فرغم أن عهدة الرقيق ثابتة من حيث مشروعيتها؛ إلا أنّه اشترط للقضاء بها أن تكون من عادة البلد التي تعارفوا أهلها عليها، فإن لم تكن من عادتهم، أو خالفها عرف المنطقة فلا تثبت؛ لأن الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها.

والذي نخلص إليه من خلال هذه النازلة:

ـ أن بعض الأحكام الشرعية قد تكون جائزة ومشروعة؛ لكن جرت عادة الناس على ترك العمل بها؛ فهذه الأحكام لا يمكن أن يقضى بها إلا بتوفّر شرط يثبتها، فمشروعية الشيء وجوازه لا تدلّان على إلزامية العمل به، والله أعلم.

المبحث الخامس: أثر العرف في نوازل الأيمان.

يعدّ باب الأيمان كذلك مجالا واسعا لتوظيف العرف؛ إذ من مجالات اعتبار العرف اعتبار الأعراف القولية، وذلك بالرجوع إلى العرف القولي في تفسير مراد المتكلمين وألفاظهم والكشف عن مقاصدهم وتحديد المراد بها، وذلك بأن يحمل كلام الناس على ما جرت به عادتهم في خطابهم؛ لأنّ ألفاظ الناس تُفسّر بحسب دلالة العرف، فمن القواعد المقررة أن الحقيقة تترك بدلالة العادة[1].وقال الإمام القرافي:"القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه"[2].

وقد تناول المبحث المسائل التي وقف عليها الباحث في باب الأيْمان، والتي تعلّقت بالعرف وكان أثره بارزا فيها، وهي كالآتي:

1. من غضب على ولده فحلف بالحرام لا رمى له ذراعا أبدا
2. الحلف بالبربرية
3. من حلف بالثّلاث لا زنى
4. بدوي قلب ولده جديا فحلف بالأيمان أن يفعل بالولد ما فعله بالجدي.

[1]. شرح القواعد الفقهية للزرقا، مرجع سابق، (ص231).

[2]. نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض: مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة: الأولى، 1995م ، (571/2).

1. من غضب على ولده فحلف بالحرام لا رمى له ذراعا أبدا[1].

أ. نصّ المسألة.

وسُئلَ القاضي سيدي عبد الحق[2]قاضي الجزائر عن رجل سمع من ولده ما يكره فحلف بالحرام "لا رميت له ذراع الدنيا أبدا "[3]. فهل يكلّمه كما يكلم سائر الناس، ويدخل الولد لدار أبيه لرؤية أمه، أو لغير ذلك كما يدخلها الأجنبي، إلّا أنّه لا يواصله مواصلة الآباء للأبناء؟ أو يحنث إن كلّمه أو دخل داره؟

فأجاب: الحمد لله، يرجع في مثل هذا إلى نيّته؛ إن كانت له نية، وإلا نظر إلى بساط يمينه إن كان له بساط، وهو سببها الذي انعقدت عليه، فإن لم يكن فلينظر عرف الناس في هذا الكلام باعتبار بلد الحالف، فإن تقرر فيه عرف عمل على مقتضاه .

ب . توضيح وبيان المسألة.

تعلّق موضوع النازلة كما هو واضح بتصّرف الوالد مع ولده حينما صدر اليمين منه بهجرانه معبرا بقوله: "لا رميت له أبدا". ونلاحظ من خلال جواب المفتي أنه اعتبر أولا قصد المكلف؛ لأن الحالف لا بدّ أن تكون له نيّة، فالأيمان على نيّة الحالف[4]، إلّا في الدعاوى فهي

---

[1]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، دراسة وتحقيق لمسائل الجهاد و النذور والأيمان، تح: فريد قموح، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010م، (ص214).

[2]. هو: عبد الحق بن علي الجزائري، فقيه مالكي من القضاة له فتاوى منقولة في الدرر والمعيار، من أقران محمد ابن العباس العبادي، توفي عام 881هـ. انظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، (ص281)؛ معجم أعلام الجزائر لعادل نهويض، (ص102 ـ 103).

[3]. عبارة ذراع الدنيا تحتمل أمران: المال؛ لأن به تتحصل الدنيا، أو أنه أراد أن لا يصافحه ولا يعانقه.

[4]. اختلف العلماء في هذه القاعدة: هل اليمين على نية الحالف أو على نيّة المستحلف: فقال الحنفية: اليمين عند القاضي على نية الحالف إن كان مظلوما، وعلى نية المستحلف أي القاضي إن كان الحالف ظالما. إلا في الطلاق والعتاق ففيهما على نية الخالف سواء كان ظالما أو مظلوما. وعند المالكية والشافعية: فاليمين على نية المستحلف أي القاضي عند التحالف في الأحكام كلها. ومعنى ذلك: أن الأيمان على نية الحالف إلا في الدعاوى. وعند الحنابلة يرجع في الأيمان إلى نية الحالف إذا

على نيّة المستحلف، فإذا لم تكن له نيّة انتقل إلى اعتبار ما سمّاه ببساط يمينه، ويقصد به الباعث أو الملابسات التي دعت إلى اليمين، قال القرافي: "وهو عندنا معتبر في تخصيص اللفظ لبعض معانيه، وتعميمه فيما هو أعمّ من مسمّى اللفظ"[1]. فإن لم يكن باعث يحمل يمينه على عرف كلام الناس باعتبار منطقة الحالف؛ لأن ألفاظ الناس تفسّر بحسب دلالة العرف؛ لأن الحقيقة تترك بدلالة العرف، فإذا فقدت النيّة والبساط توصّل إلى مراد الحالف من لفظه، والمشهور أنه يحمل على العرف القوْلي أوّلا؛ لأنه غالب قصد الحالف، فكل متكلّم بلغة يجب حمل كلامه على المعنى الذي يستعمل أهل تلك اللغة فيه ذلك اللفظ[2]، وهنا يظهر أثر العرف من خلال توظيف قاعدة: "يحمل كلام المخاطب على عرفه".

فتحصّل من المسألة أن ما تُخصّص به اليمين أو يُقيّدها أمور أربعة: النيّة، والبساط، والعرف، والمقصد الشرعي، واقتصر بعضهم على العرف القولي؛ في حين أضاف البعض العرف الفعلي[3]؛ لا سيما وقد ذكرنا سابقا أن العرف القولي والفعلي يؤثران في النصوص على القول الراجح عند المالكية.

2. الحلف بالبربرية[4].

أ. نص المسألة.

وسئل الإمام ابن عرفة عن رجل حلف بيمين أعجمية وهي قوله بلسانه البربري " أركم"[1] ومعناه يمين سوء على فعل، وحنث فيه، فعلى ماذا تحمل يمينه هذه إن لم تكن له نية؟ هل على

احتملها اللفظ ولم يكن ظالما، وهم بهذا كالحنفية. انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي آل بورنو، (ص158).

[1]. الذخيرة للقرافي، مرجع سابق، (27/4).

[2]. مواهب الجليل، مرجع سابق، (287/3).

[3]. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، للكشناوي، (23/2).

[4]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: فريد قموح، مرجع سابق، (ص223).

الواحدة، أو أكثر؟ وهل مع عدم النيّة تحمل على عرف أن تحققه من نظر في هذا؟ وما هو جوابكم إن لم يتحقق فيه عرف؟ وما العرف المعتبر فيه؟

فأجاب: الحمد لله، الواجب حمل لفظه على ما نواه به، فإن لم يكن له نيّة فعلى العرف عند المتكلم الحالف، لا عند غيره ولو كثر، فإن لم يكن عرف فعلى أقل مسمّى ذلك اللّفظ فيما وضع له من لغته الأجنبية، والله تعالى أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

إنّ موضوع هذه النازلة كسابقتها؛ غير أن الحلف فيها كان باللغة الأعجمية، ويمين الأعجمي تصح بلغته، وقد أفتى ابن عرفة في هذه النازلة بحمل لفظ الحالف على نيّته، إذ لا بدّ من مراعاة قصد المكلّف فينزّل اليمين على ما تقتضيه نيته أوّلا، فإن غابت النيّة أو فقدت لجأ المفتي إلى تحكيم عرف الحالف دون غيره؛ لأن للعرف سلطان في تفسير ألفاظ الأيمان وهو المحدد لها والمرجع في كل نزاع فيها.

وقيد(عرف الحالف) مهمّ، لا سيما وأن مذهب جمهور الفقهاء هو اعتبار عادة وعرف الحالف وحمل ألفاظه عليه وعلى لغته التي يفهمها ويخاطب بها غيره لا مطلق الألفاظ اللغوية. قال القرافي موضّحا ذلك: "ينبغي للمفت إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا ألا يفتيه بما عادته يفتي به حتى يسأله عن بلده، وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا؟ وإن كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه أم لا؟ وهذا أمر متعيّن واجب لا يختلف فيه العلماء "[2]. ولهذا فقد يترك المعنى اللّغوي للألفاظ من أجل أن الناس يريدون بتلك الألفاظ ما تعارفوا عليه دون الأصل اللغوي لتلك

[1]. معناها بالأمازيغية: السّب والشّتم والذم. انظر: الدرر المكنونة في نوازل مازونة ،تح: فريد قموح، (ص223).

[2]. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي، مصدر سابق،(ص232).

الألفاظ. وهذا معنى قاعدة: "الحقيقة تترك بدلالة العرف"، فكلّ هذه الأمور يراعيها متصدّر الفتوى؛ وإلاّ كان قد جانب الصّواب وأفتى بغير ما أنزل الله تعالى.

فإذا لم يكن عرف حمل على أقل مسمّى ذلك اللّفظ فيما وضع له من لغته الأجنبية. قال ابن عبد البر "ويحنث عند مالك وأصحابه بأقل ما يقع عليه اسم تلك الصفة ولا يبر عندهم إلا بتمام ما حلف عليه هذا هو المشهور عن مالك وهو تحصيل مذهبه عند عامة أصحابه "[1]. وقال الونشريسي في عدّة البروق أنّ الحنث في الأيمان يكون بالأقل[2]. ونقل الكشناوي في أسهل المدارك عن ابن جزي قولان حمله على الأقل و حمله على الأكثر والمشهور الأوّل[3].

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في هذه النازلة من خلال حمل لفظة (اركم)على عرف الحالف؛ لأن المقصود باليمين تقوية إرادة الحالف وعزمه على فعل شيء أو تركه فيحمل يمينه على أقرب شيء لقصده وهو المعنى العرفي؛ تحكيما لقاعدة: "يحمل كلام المخاطب على عرفه"، لذلك حكّم المفتي العرف لمعرفة المراد من الكلمة على أن يكون الحالف حلف بلغة قومه؛ لأن الجاهل بمعنى اللفظ لا يمكن أن يؤدّي معناه، وبالتالي إذا نطق الأعجمي بكلمة يجهل معناها لا يؤاخذ بشيء منها لعدم التزامه بمقتضاها ولم يقصد معناها، وكذلك العربي إذا نطق بلفظ أعجمي لا يعرف معناه لا يُؤاخذ بشيء من ذلك؛ لأنّه لم يرده.

والذي يستفاد من هذه النازلة أن المفتي لا ينبغي أن يفتي في الأيمان وغيرها مما يتعلق بالألفاظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ والعبارات دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها

[1]. الكافي لابن عبد البر ،مرجع سابق،(449/1).

[2]. عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، تح: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، لبنان، الطبعة: الأولى، 1990 م، (ص136).

[3]. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي، مرجع سابق، (25/2).

فيحملها على ما أقروه وإن كان مخالفا لحقائقها اللغوية أو الأصلية، وإلا كان من الذين ضلّوا وأضلوا.

3. من حلف بالثّلاث لا زنى، هل يحنث بالمضاجعة دون الوطء[1]؟

أ. نص المسألة.

وسئل الإمام البرزلي عن رجل كان ليلة على غير استقامة مع مولاه، فندم على ذلك وحلف بالطلاق الثلاث لا زنيت بعد، فهل يحنث بالوطء بين الفخذين لحمل يمينه على قصد مباعدة المعصية؟، أو لا يحنث بذلك لأنّه لا يسمّى زانيا؟ إذ لو كان زانيا لَلزِمه الحدّ، وهو لا يلزمه اتّفاقا.

فأجاب: الحمد لله، الذي يظهر في هذه المسألة أنه يحنث بهذه الأشياء لوجهين، الوجه الأول منها أنه قصد المباعدة عن المعصية ومفسدتها فيما بينه وبين مولاه، والوجه الثاني أنه في باب الأيمان والحنث يقع فيها بأقل الأفعال.

وأجاب ابن مرزوق: الظاهر الحنث، لأنّ البساط دل على قصد اجتناب المحرّم إلا أن تكون له بيّنة في وطء الفرج.

وأجاب أبو القاسم العبدوسي[2]: الحمد لله الذي يقتضيه بساط يمينه أن لا حنث عليه لأن الزنا عرف مقصود في الإصابة.

وأجاب عنه عبد الله الباجي[1] بأنّه طلاق علّقه صاحبه على مسمّى الزّنا فإن كان عرف الحالف أن الزنا عندهم والوطء مترادفان فما أراد السائل من مسألة الإيلاء فصحيح إن كان

---

[1] الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: فريد قموح، (ص225، 229)بتصرف.

[2]. هو: أبو القاسم عبد العزيز بن موسى بن معطي العبدوسي شيخ الإسلام ابن شيخ الإسلام أبي عمران العبدوسي، أخذ عن أبيه وغيره، ووصل في قوة الحافظة الدرجة العظمى حتى عدّ حافظ المغرب وأخذ منه الرصاع وغيره، توفي عام(837هـ). انظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، (ص270)؛ شجرة النور الزكية لمخلوف، (338/1).

عرفهم موافق لعرف ابن القاسم، وإن كان عرف الحالف أن الزنا حقيقته عنده وطء فرج الآدمية كما هو في حقيقته لغة وشرعا فلا يلزمه حنث بالوطء بين الفخذين، وإن كان قد وقع في عرف الشّرع أن الزّنا يطلق على القُبلة وعلى نظر العين، هذا إن لم يكن للحالف نيّة ولا باعث.

ب . توضيح وبيان المسألة.

يعالج موضوع هذه النازلة حكم حمل الألفاظ على العرف؛ حيث جاء في المسألة أن رجلا حلف بالثّلاث أنه لا يزني فهل يحنث بالمضاجعة دون الوطء ؟ ومن خلال إجابات المفتين نرى اختلافا واضحا في حكم هذه النازلة.

فالشيخ البرزلي قال بأن الحالف يحنث؛ بناء على نيّته وقصده وهو الابتعاد عن المعصية واجتنابها، وأضاف أنّ في باب الأيمان والحنث يقع فيها بأقل الأفعال، قال ابن عبد البر: "ويحنث عند مالك وأصحابه بأقل ما يقع عليه اسم تلك الصفة"[2]. وذكر ابن جزي قولان حمله على الأقل والأكثر والمشهور الأول[3].

ووافق ابن مرزوق البرزلي؛ إلا أنّ ابن مرزوق بنى حكمه على الباعث أو بساط الكلام الذي يدل على قصد اجتناب المحرّم؛ ما لم تكن هناك بيّنة تؤكّد أنه قصد الوطء في الفرج فإنه لا يحنث.

أمّا أبو القاسم العبدوسي فقد بنى فتواه على مقتضى بساط كلام الحالف فحكم بعدم حنثه محتجّا أن مسمّى الزّنا يقصد بها الإصابة والوطء عرفا.

---

[1]. هو: عبد الله بن عبد السلام الباجي أخذ عن الإمام أبي مهدي عيسى الغبريني، ونقل عنه بن ناجي في شرح المدونة، توفي ببجاية عام(765هـ). انظر: نيل الابتهاج للتنبكي، (ص231).

[2]. الكافي لابن عبد البر، مرجع سابق، (449/1).

[3]. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، (25/2).

والأصل في هذه النازلة أن يحمل اللفظ أولا على قصد الحالف وبساط كلامه، فإن تعذّر ذلك يرجع إلى عرف الحالف؛ فإن كان عرفه أن الزنا حقيقته وطء فرج الآدمية فلا يحنث بالمضاجعة والوطء بين الفخذين، أمّا إذا كان عرفه موافقا لهما حنث.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في المسألة من خلال جواب الشيخ العبدوسي؛ حيث لم يحكم بحنث الحالف اعتبارا للعرف في إطلاق لفظ الزنا، وإن كان لفظ الحديث يطلق عليه، يقول صلى الله عليه وسلم: **"إنَ الله كَتَبَ عَلَى ابن آدَمَ حَظَّه من الزّنا أدْرَكَ ذلكَ لا محالة، فَزِنا العيْن النّظر"**[1].

وأميل في رأيي أنّه لا يحنث لأنّ لفظ الزنا في حقيقته اللغوية والشرعية هو الوطء في فرج الآدمية؛ رغم أنه وقع في عرف الشّرع أن لفظ الزّنا تطلق على نظر العين؛ لكن قُيّد الإطلاق بالإضافة إلى العين على وجه المجاز، ولا يصرف اللفظ عن الحقيقة إلى المجاز إلا بدليل صارف، والله أعلم.

4. بدوي قلب ولده جديا فحلف بالأيمان أن يفعل بالولد ما فعله بالجدي[2].

أـ نص النازلة.

وسئل سيدي بركات الباروني[3] عن رجل له ولد صغير لم يبلغ الحلم وله جديان معه صغار يرعاها، فضرب الولد جديا من تلك الجديان فقلبه[1] وذلك على عين أبيه، فغضب لذلك وحلف

---

[1]. رواه البخاري عن ابن عباس،كتاب الاستئذان، بَابُ زِنَا الْجَوَارِحِ دُونَ الْفَرْجِ،،رقم:6243، (54/8). وذكر أيضا في كتاب القدر، بَابٌ "وَحَرَامٌ عَلَى قَرْيَةٍ أَهْلَكْنَاهَا أَنَّهُمْ لا يَرْجِعُونَ"، رقم:6612، (125/8).

[2]. الدرر المكنونة في نوازل مازونة، تح: فريد قموح، (ص208) بتصرف.

[3]. هو: أبو الخير بركات الباروني الجزائري، من العلماء الجلة الأعلام في مدينة الجزائر، ثم نقل منها إلى تلمسان بطلب من السلطان أبو حمو موسى الثاني، وهو من فقهاء القرن 8هـ،لا يعرف تاريخ محدد لمولده ووفاته، وضع على فروع ابن الحاجب

بالأيمان تلزمه ليفعلن بولده مثلما فعل بالجدي، فضرب ولده وقلبه، فضرب ولده وقلبه، وبعد ساعة أفاق الولد من قلبته ولم يفق الجدي بل مات، وكانت نية الحالف أن يقلب الولد كما قلب الجدي، ولم ينو أن يقتله إذا مات الجدي، لعلمه أن الجدي لا يموت، فهل تنفعه نيّته؟ أم يقع عليه الحنث في الزوجة وغيرها؟

فأجاب: إن كان الأمر على نحو ما ذكره أعلاه فقد برّ بيمينه لما فعله من القلبة؛ إذ هي المقصودة من حلفه عرفا والله أعلم.

ب ـ توضيح وبيان المسألة.

تعتبر المسألة أحد فروع قاعدة هل الأيمان مبنيّة على العرف، فلدى المالكية أنّها مبنيّة أوّلا على نيّة الحالف، فإن فقدت فعلى الباعث أو البساط، فإن لم يكن باعث فعلى العرف، فالعادة عندهم مقدّمة على اللغة في الأيْمان[2]؛ لأن العرف أخص وأقوى.[1]

شرحاً في سبعة أسفار، نقل عنه المازوني وصاحب المعيار. انظر: نيل الابتهاج للتنبكتي، (ص147)؛ معجم أعلام الجزائر لعادل نويهض، (ص99).

[1]. القلبة: من قلب يقلب: تحويل الشيء عن وجهه. انظر: لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، (685/1).

[2]. أقوال المذاهب في مسألة تعارض اللغة والعادة في الأيمان عند فقدان النيّة:

الحنفية: يقدم عرف الاستعمال مع وجود بعض المستثنيات. انظر: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ لابن نجيم ،مصدر سابق،(ص83 ـ 84)؛ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت1097هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1985م، (305/1).

الشّافعية: في المذهب خلاف، فقيل تقدم الحقيقة اللغوية على العرف عملا بالأصل وهو الوضع اللغوي، وقيل الدلالة العرفية مقدمة على الحقيقة العرفية؛ لأن العرف يحكّم في التصرفات. وقيل إن عمّت اللغة قدّمت على العرف، وقيل إن كان المعنى العرفي ليس له وجه في اللغة فالمعتبر اللغة، وإن كان له وجه ففيه خلاف، وإن هجر المعنى اللغوي قدّم العرف. انظر: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، مصدر سابق، (93 ـ 94).

. الحنابلة: العرف يعمم اللفظ الخاص، وفي تخصيص اللفظ العام بالعرف ثلاثة أحوال:

. أن يغلب استعمال اللفظ العام في بعض أفراده حتى يصير حقيقة عرفية، فهذا العرف مخصص للفظ العام بلا خلاف فلو حلف لا يأكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى.

وقد أسّس جواب المفتي في هذه المسألة على العرف، وذلك من خلال حمله معنى لفظة القلبة على العرف؛ حيث ذكر أن الحالف برّ بيمينه لما فعله من القلبة؛ لأن الذي صنعه الحالف هو ما قصده عرفا، إذ كانت نيّته أن يقلب الولد كما قلب الجدي لا أن يقتله إذا مات الجدي؛ لعلمه أن الجدي لا يموت.

ج ـ أثر العرف في المسألة.

يظهر أثر العرف في المسألة من خلال حمل المفتي مراد الأب الذي حلف بالأيمان أن يفعل بولده كما فعله بالجدي على المعنى المقصود عرفا؛ عملا بقاعدة: يحمل كلام المخاطب على عرفه؛ حيث حكم أنه برّ بيمينه لما فعله من القلبة؛ لأنها المقصودة من حلفه عرفا. لأن كلام الناس يحمل على ما جرت به عادتهم في خطابهم، فألفاظ الناس تفسر بحسب دلالة العرف، قال القرافي: "القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه"[2]. وذلك أن للعرف سلطان في تحديد المراد بتلك الأسماء والألفاظ؛ إذ أن المعنى العرفي أقرب إلى ذهن المتكلم من المعنى اللغوي فتعيّن الحمل عليه، كما أنه من المعلوم أن الألفاظ التي يتلفظ بها الناس والتصرفات التي يقومون بها ليست كلها مقصودة لذاتها، فقد تعتبر وسيلة للتعبير عن مقاصدهم ونياتهم، وهنا تظهر

. ألا يطلق الاسم العام على المعنى الذي لا يدخله العرف في العام إلا مقيّدا ولا يفرد بحال، فهذا لا يدخل في العموم، فلو حلف لا يأكل تمرا فلا يدخل التمر الهندي في مطلق التمر؛ لأنه في الغالب لا يذكر إلا مقيدا.

. ألا يطلق اللفظ العام على المعنى الذي لا يدخله العرف في اللفظ العام إلا مقيدا غالبا بقيد أو قرينة، وقد يطلق عليه من غير قيد، وهذا فيه وجهان:. تقديم العرف الغالب فيخصص به.

ـ تقديم اللغة فيبقى اللفظ على عمومه.

. انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بقواعد ابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت 795 هـ)،تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1419هـ، (555/2 . 556 . 557)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي، مرجع سابق، (ص258 . 259).

[1]. الفروق للقرافي،مرجع سابق، (174/1)؛ تيسير القواعد وتقريب الفوائد، (ص257).

[2]. نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مصدر سابق، (571/2).

وظيفة العرف التفسيرية المتمثلة في بيان معاني تلك الألفاظ ودلالاتها على المقاصد والنيات، لذا وجب الرجوع إليه في بيان مدلولها و مرادها، ليبنى عليه الحكم الشرعي، والله أعلم.

الخـــاتمة

الخاتـمة

في ختام هذا البحث، هاته أهم النتائج التي توصلت إليها ملخصة في النقاط الآتية:

ـ يعتبر الإمام المازوني شخصية علمية بارزة، وهو من خريجي مدرسة تلمسان، ساهمت في بناءها الخصوصيّات الذاتية والمكانية والزّمانية، وتقلده لوظيفة القضاء في عنفوان الشباب دليل على علمه بالفقه واستيعاب مسائله.

ـ مساهمة كتاب الدرر في حفظ التّراث الفقهي والعلمي لعلماء الغرب الإسلامي؛ إذ جمع علم فقهاء تلمسان والجزائر وبجاية وفاس والقيروان وغيرها من الأمصار والحواضر، والمطّلع عليه يقف أمام ثروة علمية وظفها فقهاء تلك الأمصار في أجوبتهم على النوازل والتعامل معها؛ وهي تعدّ ميدانا خصبا للبحث؛ لما تحتويه من نماذج تطبيقية وعملية بعيدة عن التنظير والافتراض، فيمكن لمن تقلد منصب القضاء والفتوى أن يعتبره سندا يرجع إليه، كما احتوى الكتاب على شخصيات علمية بارزة كان له الفضل الكبير في حفظ هذه الأسماء التي كادت أن تنسى.

ـ تبيّن من خلال مضمون الكتاب مدى اهتمام فقهاء المغاربة بفقه الإمام مالك رحمه الله تعالى، وذلك بتطبيق قواعد وأصول المذهب في الفتوى؛ حيث روعي في تلك الفتاوى الجانب الأخلاقي، والجانب المنهجي، و الجانب الاستدلالي.

ـ العرف والعادة بمعنى واحد في المذهب المالكي، والمالكية هم أكثر من أخذ بالعرف؛ بحيث جعلوه أصلا من أصول المذهب ومصدرا من مصادرهم.

ـ قد تتداخل وتتشابه بعض المصطلحات مع العرف، كالإجماع، وعمل أهل المدينة، وما جرى عليه العمل معه لوجود بعض نقاط التوافق بينهم؛ إلا أنه عند التحقيق يظهر أن العرف يختلف عنها.

ـ إنّ العرف متى استكمل شروطه يعتبر مصدرا أساسيا من مصادر التشريع الإسلامي؛ تبنى عليه الأحكام ويرجّح به، كما يستعان به في معرفة مقاصد الناس في عقودهم ومعاملاتهم، ولذلك حرص الفقهاء على مراعاة العرف في الفتوى والأحكام.

ـ القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالعرف تبرز مدى اعتباره في كثير من الأحكام الشرعية العملية وأثره في التشريع الإسلامي؛ إذ يدخل فيه كثير من أبواب الفقه، سواء كان ذلك في مجال العبادات أو المعاملات أو الجنايات والعقوبات.

ـ يقوم العرف بدور هام في الحياة العامة، ويكاد لا يخلو جانب من جوانب الحياة من التأثر أو التأثير به، ومن أهم هذه الآثار نذكر:

ـ إن الشارع الحكيم راعى مصالح الناس في عاجلهم وآجلهم ومن ذلك أن جعل العرف أصلا يرجع إليه في كثير من الأحكام الاجتهادية؛ طالما كان محققاً لمصالح الناس ولا يخالف نصوص الشريعة وقواعدها، أمّا في حالة عدم مراعاة أعراف الناس ففيه تعطيل لمقاصد الشريعة لما ينجم عنه من الحرج والمشقة.

ـ يرجع إليه في فهم معاني الكتاب والسنة بما هو المعهود عند العرب في مخاطباتهم ومعاملاتهم، وهذا ظاهر في العرف المخصص والمقيّد والمبيّن للنصوص الشرعية.

ـ يعتبر مرجعا مهما في تفسير كلام الناس ونصوصهم؛ لأن كلام المخاطب يحمل على عرفه، كحمل ألفاظ الحالف على عرفه.

ـ يعتبر مرجعا مهما في تحديد نطاق التصرفات وبيان مشتملاته، خاصة عند عدم وجود نص ينظم العلاقة بين الأطراف، وهذا ظاهر في صيغ العقود؛ فالعرف هو الذي يحدد مراد المتصرّفين، فيجري الشارع أحكام تصرفاتهم على ما يفيده.

ـ يعتبر معيارا وضابطا لتحديد أنواع الأمور ومقاديرها المطلقة والمجملة؛ لأن العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع أو اللغة، مثل مقدار النفقة، وتأثيره في هذه الناحية واسع وقوي.

ـ للعرف دور كبير في الدلالة على الأمور الباطنة كالرضا، كما هو الحال في بيع المعاطاة وسكوت البكر.

ـ يعتبر العرف دليلا؛ حيث لا دليل.

ـ يتولّى الشاهد العرفي الترجيح بين الأقوال والبينات المتعارضة، كما في مسائل الصداق والجهاز؛ حيث يعتبر مرجحا لقول من كان قوله موافقا للعرف. كما يكون الترجيح بالعرف في إنشاء حكم جديد لعرف متجدّد؛ حيث يلغى الحكم الأول المتفق عليه الذي أسّس على عرف تغير فيكون العرف المتجدّد قد ناسب الحاجة أو المصلحة المتجددة، وهذا الترجيح من باب الاستحسان عند ابن العربي؛ وذلك حين يترك الدّليل لأجل العرف، ومثاله تضمين الأجير المشترك، وكالاشتراط في إثبات عهدة الرقيق أن تكون من عادة البلد، فإن لم تكن من عادتهم، أو خالفها عرف المنطقة فلا تثبت؛ لأن الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها.

ـ يعتبر العرف مصححا لكثير من الشروط المقترنة بالعقد، التي قد تكون مفسدة للعقد، وهذا يدل على دور العرف في توسيع دائرة الشروط، والابتعاد بها عن دائرة الفساد. كما هو الشأن في الشروط الجعلية.

ـ يكون العرف سببا للعدول عن القول المشهور في المذهب، ومثال ذلك كما تقدم في مسألة: **من زوّج ابنته وجهزها بجهاز، ثم ادّعى أنه عارية؛** حيث أَنَّ شهادَةَ الْأَب عَلَى العَارِيَةِ ينفعه في استرجاع متاعه وإن طال الزّمَان على المشهور. لكن الفتوى جاءت بخلاف؛ فحكموا أن القول للزوجة أو لزوجها بعد موتها لا للأب ما دام العرف جاريا على أن الأب يدفع لابنته مثل هذا الذي تنازعا فيه جهازا لا عارية.

ـ إن من أهم ضوابط الاجتهاد في النوازل الفقهية مراعاة العوائد والأعراف، وأن الفتاوى المبنية عليها تتغير بتغيرها، في هذا دليل على سعة الشريعة الإسلامية وشمولها ومرونتها.

ـ أهمّ شيء في قاعدة تغير الفتوى والأحكام بتغير العرف هو معرفة ضابط التفريق بين الثوابت والمتغيرات.

ـ إنّ كُلاّ من المجتهد والمفتي بحاجة ماسّة إلى معرفة حال الناس وأعرافهم، وقد عدّ كثير من العلماء ذلك من شروط المجتهد.

ـ إنّ بعض الأعراف قد تصاب بالأعطاب، خاصّة عند التّحوّلات الاجتماعية؛ فتفقد وظيفتها الحيوية أو كفاءتها الوظيفية، ممّا يؤثّر سلبا على انسجام المجتمع واستقراره وتؤثر تلك التحولات على الأعراف فتنحرف بها إلى التحايل والتعقيد وتدفع بها إلى التركيز على المظاهر والشكليات وإهمال المضامين، كما هو الحال في تكاليف الزواج والتجهيز وغلاء المهور,

ـ من الملاحظ أن بعض الأعراف التي كانت في عصر القاضي المازوني تغيّرت، وتم استبدالها بأعراف جديدة، كما هو الحال في مسألة نكاح التّفويض، فقد استبدل بنكاح التسمية حاليا وأصبح هو الغالب.

ـ لا يمكن عدّ العرف سببا من أسباب الخلاف بين الفقهاء؛ لأنّه لو شاهد كل مجتهد ما شاهده الآخر لقال بما قاله الأول، بل قلوا عنه أنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

أهم التوصيات والمقترحات: وهذه النتائج توصي بما يلي:

ـ إن الجزائر تفخر بموروث علمي غاية في الأهمية، سواء تعلق الأمر بالعلماء والقضاة، أو بالمؤلفات والدواوين، لذلك أهيب بطلاب العلم الاهتمام بهذا الموروث، وذلك بإخراج علم هؤلاء الرجال في حلة عصرية جديدة من أجل إحياء تراث الأمة وتفعليه في الاجتهادات الفقهية المعاصرة.

ـ يعد كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة أحد مصادر في النوازل عند المالكية، لذا يرجى الاعتناء به وتخصيصه بدراسات معمقة، وهذه مجموعة من الموضوعات المقترحة:

ـ توظيف القواعد المقاصدية والفقهية والأصولية في النّوازل المازونية.

كما يوصي الباحث بـ:

ـ العمل على إيجاد دراسة منهجية علمية للأعراف المحلية؛ لأن أعرافنا الاجتماعية تحتاج إلى تنقية وتوجيه قصد الاستثمار فيها وتفعيل إيجابياتها.

ـ إبراز دور الأعراف في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ مع ضرورة توعية المجتمع المحلي الجزائري بمسائل الأحوال الشخصية التي تأثرت بالأعراف.

ـ كما ينبغي إدخال التغيرات التي طرأت على المجتمع الإسلامي في تقييم العرف أو ما نبه إليه الفقهاء من فساد الحال فعلى سبيل المثال يجب النظر في" عرف الأقليات المسلمة "في بلدان" دار الحرب "وهو وضع لم يعرفه العلماء المتقدمين.

وبعد فهذا هو البحث قد اكتمل بحمد الله سبحانه، وعلم الله أني سعيت بكل ما أوتيت من جهد صيانة لما كتبت من الخطأ، ولكن يأبى الله العصمة إلا لكتابه، فمن عثر على شيء مما طغى به العقل أو زل به القلم ، فليحضر بقلبه أن الإنسان محل النسيان، وأن الصفح عن عثرات الضعاف من شيم الأشراف، وأن الحسنات يذهبن السيئات.

هذا ما تيسّر إيراده وأمكن إعداده ووفق الله لكتابته، وصلّى اللّهم وبارك على محمد وعلى آله وصحبه.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النّبوية

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس الألفاظ والمصطلحات

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرءانية الكريمة

الآيـــــــــــــــة	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ ﴾	البقرة	184	81
﴿ وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾	البقرة	231	78 124
﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾	البقرة	234	143 145
﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾	النساء	04	142 164 167
﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَالاَقْرَبُونَ ﴾	النساء	07	173
﴿ * يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلاُنثَيَيْنِ ﴾	النساء	11	54
﴿ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾	النساء	14	173
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾	النساء	23	124

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَاكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم ﴾	النساء	29	127
﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾	النساء	34	164
﴿ يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِ ﴾	النساء	175	116
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾	المائدة	01	119 184
﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾	المائدة	91	79
﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾	الأعراف	199	77.3
﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَٰهُ قُرۡءَٰنًا عَرَبِيّٗا لَّعَلَّكُمۡ تَعۡقِلُونَ ﴾	يوسف	02	122
﴿ وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلۡبَحۡرَ ﴾	النحل	14	54 113
﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا ﴾	الإسراء	32	119
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ ﴾	الحج	76	81
﴿ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا ﴾	النّور	04	86
﴿ وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗا ﴾	لقمان	14	48
﴿ وَقَرۡنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾	الأحزاب	33	190
﴿ إِنَّا وَجَدۡنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٖ ﴾	الزخرف	22	56

﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّنْ وُّجْدِكُمْ ﴾	الطّلاق	06	164
﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾	الطلاق	07	56
﴿ وَالْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ﴾	المرسلات	01	48

فهرس الأحاديث النبوية الشّريفة.

طرف الحديث	الصفحة
إنما بعثت بالحنيفية السمحة	82
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة	132
التمس ولو خاتما من حديد	142
إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا	228
أَنَّ فَاطِمَةَ عَلَيْهَا السَّلَامُ أَتَتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَسْأَلُهُ خَادِمًا	193
البيّنة على المدّعي	154
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	80
رحم الله رجلا سمحا	214
الطعام بالطعام مثلا بمثل	123
عهدة الرقيق ثلاثة أيام	218
كل شرط ليس في كتاب الله	184
لا تكلفوهم ما لا يطيقون	192
لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر	99
لا تبع ما ليس عندك	86
لا ضرر ولا ضرار	187
لا يقبل الله صلاة بغير طهور	98
ما رآى المسلمون حسنا	81
المسلمون على شروطهم	184
يا عائشة أطعمينا	194

يا عائشة هلمّي المدية	194
اليتيمة تستأمر في نفسها	202

فهرس الآثار

طرف الأثر	الصفحة
أنّ النّبي صلّى الله عليه وسلم جلد في الخمر	133
كان الطّلاق على عهد رسول الله وأبي بكر	132
لو أدرك النّبي صلّى الله عليه وسلم ما أحدث النّساء	131
ما أنزل الله إلا في أخلاق الناس	78

فهرس الأعلام

اسم العلـــــــــم	الصفحة
القاضي إسماعيل	156
إبراهيم العقياني	171
أصيغ	158
الأقفهسي	177
أشهب	198
بن برهان الدين بن فرحون المدني	177
البرزلي	177
أبو بركات الباروني	228
ابن الحاجب	183
ابن حبيب	158
ابن خلدون يحيى	31
ابن زرب	167
سحنون	167
بن سلمون	176
ابن شاس	149
عبد الله الشريف	210
ابن عرفة	150
عبد الله الباجي	227
ابن عتاب	167

عبد الرحمن الوغليسي	181
القاضي عبد الوهاب	166
عبد الحق الجزائري	222
الغرياني	166
ابن غازي	199
أبو القاسم العبدوسي	226
القباب	37
قاسم العقباني	26
اللخمي	150
ابن لبابة	199
مطرف	198
ميارة	183
محمد العقباني	171
المخزومي	198
بن مرزوق الحفيد	26
محمد بن العباس	25
ابن الماجشون	154
الونشريسي	27
ابن وهب	169

فهرس المصطلحات

المصطلـــــــحات والألفاظ	الصفحة
البز	37
الركن	144
الشرط	144
التفويض	145
المشهور	153
الرهن	154
الثابت من الأحكام	155
المتغير من الأحكام	155
العارية	157
الشوار	168
الشركة	206
الخمس	206
السّكّة	206
الزوج(الزويجة)	206
المخزن	207
الحرز	208
الكتّان	210
الدباغ	210
المساقاة	210

المزارعة	**211**
الفريك	**213**
أغمارا	**213**
أرض القانون	**214**
السياسة الشرعية	**215**
العهدة في البيع	**216**
أركم	**222**
القلبة	**229**

قائمة المصادر والمراجع.

ـ القرءان الكريم برواية روش عن نافع.

حرف الألف

ـ الأعلام للزركلي: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت 1396 هـ)،دار العلم للملايين،الطبعة: الخامسة عشر، 2002م.

ـ اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد إبراهيم أحمد علي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتّحدة، دبي، الطبعة: الأولى، 2000م.

ـ أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي لرياض محمد، دار النّجاح، الدّار البيضاء، المملكة المغربية، الطبعة: الأولى، 1997م.

ـ أصول الفقه لمحمد أبو زهرة(1394هـ)، دار الفكر العربي، مصر، 1958م.

ـ أصول الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى،1986م.

ـ الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم: زين الدّين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري(970هـ)،تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى ،1999م.

ـ أثر العرف في فهم النصوص لرقية طه جابر العلواني، دار الفكر، دمشق،الطبعة: الثانية، الطبعة: الأولى،2003م.

ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1991م.

ـ أحكام القرءان للقاضي أبو بكر بن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي(ت543هـ)، تعليق وتخريج: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثالثة، 2003م.

ـ أثر العرف في التشريح الإسلامي للسيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، سليمان الحلي . التوفيقية القاهرة.

ـ أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية لفاديغا موسى، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 2007 م.

ـ أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، دار الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة: الرابعة 1983م.

ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسّيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت 911 هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1983م.

ـ الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي(911هـ)،تح: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت،1981م.

ـ أثر العرف في الفرق ومتعلّقاتها من أحكام فقه الأسرة، دراسة تطبيقية مقارنة رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير لإلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1423هـ/1424هـ.

ـ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في الفقه المالكي لمحمد عبد الله ابن التمين، دار الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة: الأولى،2009م.

ـ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: علي بن محمد الآمدي أبو الحسن(631هـ)،تعليق:عبد الرزاق عفيفي، دار المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة: الثانية،1402هـ.

ـ الإبهاج في شرح المنهاج(على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي المتوفي(685هـ) للسبكي: علي بن عبد الكافي السبكي(756) وولده تاج الدين عبد الوهاب(771هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت،1984م.

ـ إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك لمحمد يحي بن محمد المختار الولاّتي(1330هـ)، تعليق: مراد بوضايه، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2006م.

ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ،لبنان، الطبعة: الثانية،1995م.

ـ الإشارة في أصول المالكية (مطبوع بهامش حاشية محمد الهدة السّوسي على قرة العين شرح ورقات إمام الحرمين الجويني) لأبي الوليد الباجي، المطبعة التونسية، نهج سوق البلاط، تونس، الطبعة: الثالثة، 1351 هـ.

ـ أصول السرخسي ـ تمهيد الفصول في الأصول: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت 483 هـ)،تح: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، صورتها دار المعرفة وغيرها.

ـ اختلاف الاجتهاد وتغيره وأثر ذلك في الفتيا لمحمد المرعشلي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى،2003م.

ـ أصول مذهب الإمام أحمد دراسة أصولية مقارنة لعبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة:الثالثة، 1990م.

ـ إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني(ت1250هـ)، تح: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى، 1999م.

ـ أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح: أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح الشهرزوري(ت643هـ)، تح: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1986م.

ـ الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميّارة لأبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (1072هـ)، دار المعرفة.

ـ الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر، الطبعة: الثالثة.

ـ إرْشَادُ السَّالِك إلىَ أَشرَفِ المِسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي(ت 732هـ)،حسن شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.

ـ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن الحسن الكشناوي(ت1397هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية.

ـ الإجماع لابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى لدار المسلم، 2004م.

ـ آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي(عيون البصائر)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ الأم للشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي(ت204 هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1973م.

ـ الإشراف على مذاهب العلماء لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت 319هـ)،تح: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة: الأولى، 2004م.

ـ الأشباه والنظائر لابن السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت771هـ)، تح: أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1991م.

ـ الاستذكار لابن عبد البر، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 2000م.

حرف الباء

ـ بغية الرواد في ذكر الملوك من الواد لابن خلدون يحيى بن محمد بن محمد ابن خلدون، أبو زكريا(733هـ ـ 780هـ)، تح: عبد الحميد حاجيات، المكتبة الوطنية، سنة الطبع: 1980م.

ـ بوطليحية لمحمد النابغة بن عمر الغلاوي، تح: يحي بن البراء، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، الطبعة: الثانية، 2004م.

ـ البهجة شرح التحفة لعلي عبد السلام بن علي أبو الحسن التسولي(1258هـ)،تح: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1998م.

ـ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(ت560)، تح: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1988م.

ـ البرهان في أصول الفقه للجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت478هـ)،تح: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى،1997م.

ـ البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي:أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت 794هـ)، دار الكتبي، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (595هـ)، تح: هيثم جمعة هلال، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، طبعة:2012م.

ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(ت587هـ)،الطبعة: الأولى،1327 ـ 1328هـ، ج1ـ2:مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، ج3 ـ 7:مطبعة الجمالية، مصر، وأصدرت دار الكتب العلمية طبعة أخرى في 10أجزاء، تح: علي معوض وعادل عبد الموجود، الطبعة: الثانية، 1986م.

ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (970هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، الطبعة: الثانية، دون تاريخ.

ـ بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي(ت1241هـ)، دار المعارف، بدون طبع وبدون تاريخ.

ـ بلوغ المرام من أدلة الأحكام: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني(ت 852هـ)، تح: سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، الطبعة: السابعة، 1424هـ.

ـ بيع الأملاك الوطنية العقارية الخاصة بالمواد العلني لأمال بن بريح ونوال قحموص، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ،الجزائر، المجلد:13، العدد 01(2021).

حرف التاء

ـ تاريخ الجزائر العام لعبد الرحمن محمد الجيلالي الحسني (1431هـ)،مكتبة الشركة الجزائرية، الجزائر، دار مكتبة الحياة، الطبعة: الثانية، 1965م.

ـ تدوين النوازل في الغرب الإسلامي لمحمد سكحال، من أعمال الملتقى الدولي السادس في المذهب المالكي ـ فقه النوازل في الغرب الإسلامي ـ وزارة الشّؤون الدينية والأوقاف، ولاية عين الدفلى، دار الثقافة، في: جمادى الأولى1431هـ.

ـ التعريفات للجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني(ت816هـ)تح: ضبطه وصححه جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1983م.

ـ تيسير القواعد الفقهية وتقريب الفوائد لعبد القادر داودي الجزائري، شركة الأصالة للنشر، الجزائر، 2020م.

ـ تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية لكمال الدين ابن همام الدين الإسكندري، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني

البخاري المكي (ت972هـ)، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1932م، صورته: دار الكتب العلمية، بيروت 1983م، ودار الفكر، بيروت، 1996م.

ـ التقرير والتحبير لمحمد بن محمد بن أمير الحاج: شمس الدين أبو عبد الله محمد لبن محمد الحلبي الحنفي المعروف بابن أمير الحاج(879هـ)، الطبعة: الأولى، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر 1316 . 1317 هـ.

ـ تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس للشّريف المهدي الوزاني الفاسي، أبو عيسى(1342هـ)، تقديم: هاشم العلوي القاسمي، طبعة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية،2001م.

ـ التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف فيها النقل عن الإمام مالك بن أنس لحاتم باي، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى،2011م.

ـ تفسير القرءان العظيم لابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي(ت774هـ)،تح: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية،1999م.

ـ التفكير الفقهي المعاصر بين الوحي الخالص وإكراهات التاريخ لأحمد ذيب، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2017م.

ـ التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2003م.

ـ التّاج والإكليل لمختصر خليل للمواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي(897هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب لخليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري(ت776هـ)،تح: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة، الأولى، 2008م.

ـ ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، تح: الجزء 1: ابن تاويت الطنجي، 1965 م ،جزء 2، 3، 4: عبد القادر الصحراوي، 1966 ـ 1970 م، جزء 5: محمد بن شريفة، جزء 6، 7، 8: سعيد أحمد أعراب 1981 ـ 1983م: مطبعة فضالة ـ المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى.

ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ للزّيلعي: عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (ت1021هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1314هـ(ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية.

ـ تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم القيسي الغرناطي(ت869هـ)، تح: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى،2011م.

ـ تحرير الكلام في مسائل الالتزام لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت954هـ)، عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1984م.

ـ تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بقواعد ابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت 795 هـ)،تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1419هـ.

ـ تبصرة اللخمي: علي بن محمد الربعي، أبو الحسن(ت478هـ)،تح: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى،2011م.

ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري(799هـ) ، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1986م.

ـ التفريع في فقه الإمام مالك لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (ت378هـ)، تح: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي(ت776)، تح: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الثانية،1981.

حرف الثاء

ـ الثّمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للآبي: صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري(ت1335هـ)، المكتبة الثقافية، بيروت.

ـ الثابت والمتغير في فكر الإمام أبي إسحاق الشاطبي لمحدي محمد عاشور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات، الطبعة: الأولى،2002م.

حرف الجيم

ـ جامع بيان العلم وفضله ليوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي(463هـ)، تح: أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة: الأولى،1994م.

ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي:أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة: الثانية، 1964م.

ـ جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري:أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310 هـ)تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى،2001م.

ـ الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة لحسن بن محمد المشاط: حسن بن محمد بن عباس بن علي بن عبد الواحد بن عباس المشاط المالكي(1399هـ)، تح: عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية،1411هـ.

ـ جامع الأمهات لابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي(646هـ)، تح: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 2000م.

ـ الجامع لمسائل المدونة لابن يونس:أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت 451هـ)،تح: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، 2013 م.

ـ جوانب من الحياة في المغرب الأوسط لمحمود بوعياد، الشركة الوطنية للنشر، الجزائر، 1982م.

ـ جوانب من حضارة المغرب الإسلامي من خلال نوازل الونشريسي لكمال أبو مصطفى، مؤسسة شباب الجامعة، إسكندرية، مصر ،سنة الطبع: 1997.

حرف الحاء

ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، محمد أمين، الشهير بابن عابدين(ت 1252هـ)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، 1966م، وصَوّرَتْها: دار الفكر، بيروت.

ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)،دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

ـ الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق للتسولي، المطبعة التونسية الرسمية بحاضرتها الحمية، الطبعة :الأولى، 1303هـ.

ـ الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي(ت926هـ)، تح: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة: الأولى،1411هـ.

ـ الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي للماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي،(ت450هـ)،تح: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999م.

ـ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لسيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشّاشي القفّال، تح: ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الطبعة: الأولى، 1988م.

ـ حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة لعز الدين عبد الدايم، دراسة فقهية تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية،جامعة الجزائر، 2007/2006م.

ـ حكم عمل الزوجة بين الفقه والتشريع لحاشي حمزة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 7.

ـ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني للعدوي: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (ت 1189هـ)، تح:يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1994م.

حرف الخاء

ـ خلاصة البدر المنير لابن الملقن: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت 804هـ)، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى،1989م.

حرف الدال

ـ دليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك لحمدي عبد المنعم شلبي، مكتبة ابن سينا، القاهرة

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل النكاح والإيلاء واللعان والظهار والعدد والرضاع والنفقات، تح: محمد رضا كريف، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، 2016/2015م.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطلاق، تح: بن بشير سيد أحمد، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، 2017/2016م.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة إلى مسائل الضحايا والعقيقة، تح :ماحي قندوز، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، 2011/2010م.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الطهارة إلى النزاع بين طلبة غرناطة ، تح :بركات إسماعيل، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010/2009م.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل الجهاد والأيمان، تح: قموح فريد، رسالة ماجستر، جامعة منتوري، قسنطينة، 20112010م.

ـ ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام لعيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأَصْبَغ (ت486هـ)تح: يحيي مراد دار الحديث، القاهرة، مصر ،2007 م.

ـ د رر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي(1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجبل، الطبعة: الأولى،1991م.

ـ الدليل الماهر الناصح بشرح المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح لمحمد يحي الولاّتي، مكتبة الولاّتي لإحياء التّراث الإسلامي ،نواكشوط، موريتانيا،2006م.

ـ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن شاس:إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)،تح: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل البيوع، تح: زهرة شرفي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر .01 ، 2007م.

ـ الدرر المكنونة في نوازل مازونة، مسائل من المعاملات المالية، تح:عبد العزيز مرابط، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01 ، 2010/2009م.

حرف الذال

ـ الذخيرة للقرافي، تح: جزء 1، 8، 13: محمد حجي، جزء 2، 6: سعيد أعراب، جزء 3 – 5، 7، 9– 12: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ الذب عن مذهب الإمام مالك لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (386هـ)، تح: محمد العلمي، مراجعة: عبد اللطيف الجيلاني. مصطفى عكلي، المملكة المغربية، الرابطة المحمدية للعلماء، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، سلسلة نوادر التراث ،الطبعة: الأولى، 2011م.

حرف الراء

ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي(676هـ)، تح: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1991م.

حرف الزاي

ـ زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار، الكويت، الطبعة: السابعة والعشرون، 1994م.

حرف السين

ـ السراج الوهاج على متن المنهاج للغمراوي: محمد الزهري الغمراوي(ت بعد1337هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

ـ السنن الكبرى لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303 ه)تح:حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة: الأولى،2001م.

ـ سنن الترمذي، تح: بشار عواد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى،1996م.

ـ سنن ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت 273 ه)،تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

ـ سير أعلام النبلاء للذهبي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ت 748ه)، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: 2006م.

ـ السنن الكبرى للبيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت 458 ه)،تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة: الثالثة، 2003 م.

ـ سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني(ت275ه)،تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا بيروت.

ـ السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية لعبد الوهاب خلاف (ت1375ه)، دار القلم، الطبعة: 1988م.

حرف الشين

ـ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن مخلوف: محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360ه)، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة: الأولى، 2003 م.

ـ شرح تنقيح الفصول للقرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت684ه)، تح: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1973م.

ـشرح مراقي السعود المسمى (نثر الورود): محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي(1393 هـ)،تح:علي بن محمد العمران، دار عطاءات العلم (الرياض) دار ابن حزم (بيروت)الطبعة: الخامسة، 2019 م.

ـ شرح الكوكب المنير المختبر المبتكر شرح المختصر لابن النجار: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت 972 هـ)،تح: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة: الطبعة الثانية،1997م.

ـ شرح القواعد الفقهية لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا(1358هـ)،تقديم وتعليق: مصطفى أحمد الزوقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1989م.

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة: الثانية،1317هـ، صورتها دار الفكر للطباعة، بيروت.

ـ شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لأحمد المنجور: المنجور أحمد بن علي المنجور(995هـ)، تح: محمد الشيخ محمد الأمين، أطروحة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، دار عبد الله الشنقيطي.

ـ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك للزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تح: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 2003م.

ـ شرح مشكل الآثار للطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي(321هـ)، تح :شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني لزروق: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي (899هـ)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 2006م.

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل للخرشي: أبو عبد الله محمد الخرشي المالكي(ت1101هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة: الثانية، 1317 هـ، صَوّرتها: دار الفكر للطباعة، بيروت.

ـ شرح صحيح البخارى لابن بطال: ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت 449هـ)،تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم،مكتبة الرشد ، السعودية، الرياض،الطبعة: الثانية، 2003م.

ـ شرح الزرقاني على مختصر خليل لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني المصري(1099هـ)، ضبطه وصححه: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 2002م.

ـ شفاء الغليل في حل مقفل خليل لابن غازي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي(ت919هـ)تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، 2008م.

حرف الصاد

ـ صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مسار للطباعة والنشر، دبي، الطبعة: الثالثة، 2018م.

ـ صحيح البخاري لأبي عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه البخاري الجعفي، تح: جماعة من العلماء، الطبعة: السلطانية، مطبعة الأميرية ببولاق، مصر،1311هـ، وطبعت عام1422هـ.

ـ صناعة الفتوى وفقه الأقلّيات، لعبد الله بن بيه، دار المنهاج، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري(261هـ)،تح: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، صورته دار إحياء التراث العربي ببيروت، وغيرها، 1955م.

حرف الضاد

ـ ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بحاشية حجازي العدوي المالكي لمحمد الأمير المالكي، تح: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، نواكشوط، موريتانيا، الطبعة: الأولى،2005م.

حرف العين

ـ العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظرية في التشريع الإسلامي لأحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، مصر، 1947م.

ـ العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر لابن خلدون: أبو زيد ولي الدين عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن بن خلدون الحضرمي الإشبيلي(ت808هـ)، ضبطه: خليل شحاد، راجعه: سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،1981م.

ـ العرف و أثره في التشريع الإسلامي لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، الطبعة: الأولى، 1986م.

ـ علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف(1375هـ)، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم.

ـ العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية لعادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المكتبة المكية، الطبعة: الأولى،1997م.

ـ العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب لعمر عبد الكريم الجيدي، اللجنة المشتركة انشر إحياء التراث الإسلامي، المملكة المغربية، الإمارات العربية المتحدة، مطبعة فضالة، المغرب.

ـ العرف حجته وآثاره الفقهية مقال لأسماء بنت عبد الله الموسى، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، السعودية، المجلد:21.

ـ العقد المنظوم في الخصوص والعموم،تح: أحمد الختم عبد الله، أصل التحقيق: أطروحة دكتوراه في أصول الفقه، جامعة أم القرى، المكتبة المكية، دار الكتبي، مصر، الطبعة: الأولى، 1999م.

ـ العرف بين الفقه والتطبيق: عمر الأشقر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة علمية محكمة تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، العدد:5.

ـ العناية شرح الهداية للبابرتي: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدّين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي(786)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر الفكر، صورتها دار الفكر، لبنان، الطبعة: الأولى، 1970م.

ـ العرف لكمال الدين جعيط، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة علمية محكمة تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ، السعودية ، العدد05، الجزء04.

ـ عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تح: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1990م.

ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي(616هـ)،تح: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 2003م.

حرف الغين

ـ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت1097هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1985م.

حرف الفاء

ـ فتح القدير للشوكاني (1250هـ)،دار ابن كثير، دار الكلم الطيّب، دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، 1414هـ.

ـ الفروق ـ أنوار البروق في أنواء الفروق ـ للقرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، المالكي(684هـ)، عالم الكتب ، دون طبعة ودون تاريخ.

ـ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي: محمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (ت1376هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1995م.

ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852 هـ) ،تح: محمد فؤاد عبد الباقي، إخراجه وصححه: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة ، بيروت، 1379هـ.

ـ الفتيا ومناهج الإفتاء لأحمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة: الأولى، 1976م.

ـ الفتوى ـ أهميتها ضوابطها ـ آثارها لمحمد يسري إبراهيم، بحث مقدم لنيل جائزة نايف بن عبد العزيز العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة،2007م ،الدورة الثالثة، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ الفتوى وأثرها في حماية المعتقد وتحقيق الوسطية لفهد بن سعد الجهني، دار ابن الجوزي.

ـ فتاوى الفضائيات الضوابط والآثار لسعد بن عبد الله البريك، مؤتمر الفتوى وضوابطها، مكة المكرمة، السعودية، 2008م.

ـ الفتوى بين الانضباط والتسيب للقرضاوي، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1988م.

ـ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنّفراوي: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي(1126هـ)، دار الفكر، بدون طبعة، تاريخ النشر،1995م.

ـ فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل(ت1204هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

ـ الفقه الميسر لعَبد الله بن محمد الطيّار، عبد الله بن محمّد المطلق، محمَّد بن إبراهيم الموسَى، مَدَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض ـ المملكة العربية السعودية، الطبعة:،ج7و 11 ـ 13:الأولى،2011 م، باقي الأجزاء: الطبعة: الثانية، 2012م.

ـ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد عليش، دار المعرفة، بدون طبعة وبدون تاريخ.

ـ الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا.

حرف القاف

ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي(660هـ)، راجعه: طه عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة منقحة، 1991م.

ـ القاموس المحيط لفيروز آبادى: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى (ت 817هـ)،تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الثامنة، 2005 م.

ـ القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي لمحمود صالح جابر، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، تاريخ قبوله للنشر، 2003/11/23م.

ـ قانون الأسرة: فضيل العيش،(مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات2005)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، الطبعة: الثانية،2007م.

ـ القواعد لابن رجب:زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي،الحنبلي(ت795هـ)، مكتبة الخانجي، مصر، وصورتها دار الكتب العلمية ودار الفكر ودار المعرفة وغيرهم.

ـ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الأولى، 2006 م.

حرف الكاف

ـ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة المقدسي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بنة محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدّمشقي الحنبلي(620هـ)، تح: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،1994م.

ـ الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تح: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، 1980م.

ـ كشف النقاب من مصطلح ابن الحاجب لابن فرحون(ت799هـ)، تح: حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1990م.

ـ كشاف القناع عن متن القناع للبهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي(ت1051هـ)، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، بدون طبعة وبدون تاريخ، صورتها دار الفكر، بيروت، ودار عالم الكتب، بيروت.

حرف اللام

ـ لسان العرب لمحمد بن المكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الريفعي الإفريقي (711هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1414هـ.

ـ لوامع الدرر في هتك أستار المختصر لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (1302هـ)،تح: دار الرضوان، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، لصاحبها أحمد سالك بن محمد الأمين بن أبوه، الطبعة: الأولى، 2015م.

حرف الميم التوقف.

ـ مُعجَمُ أعلام الجزائِر مِن صَدر الإسلام حَتّى العَصر الحَاضِر لعادل نويهض، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت ،لبنان، الطبعة: الثانية، 1980م.

ـ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ـ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقيا والأندلس والمغرب لأبي العباس يحيى الونشريسي(914هـ)، إشراف: محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ،دار الغرب الإسلامي، بيروت،1981م.

ـ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي الحطّاب(954هـ)، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1992م.

ـ منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي(1299هـ)، دار الفكر، بيروت، 1984م.

ـ مالك حياته وعصره أراؤه وفقهه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

ـ معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي(395هـ)، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر:1979م.

ـ مختار الصحاح لزيد الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي(666هـ)، تح: يوسف الشّيخ محمد،المكتبة العصرية، الدار النّموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1999م.

ـ المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية:أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت 542هـ)،تح: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت،الطبعة: الأولى، 1422هـ.

ـ مجموعة رسائل ابن عابدين لمحمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي (1252هـ).

ـ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة: الثانية، 2004م.

ـ الموسوعة الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت (57/30)؛ الأجزاء من 1. 23:الطبعة الثانية، دار السّلاسل، الكويت، الأجزاء من 24 .38:الطبعة الأولى، مطابع دار الصّفوة ، مصر، الأجزاء من 39. 45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة: الطبع من 1404. 1427هـ.

ـ الموافقات للشاطبي:أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790 هـ)،تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1997م.

ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، (ت نحو770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.

ـ مواهب الخلاق شرح التاودي على لامية الزقاق المسماة تحفة الحكام بمسائل التداعي والأحكام ،لأبي الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي(1209هـ)، المكتبة الأزهرية للتراث.

ـ ما جرى عليه العمل وأهميته في صناعة الفتوى واستقرارها لإسماعيل نقاز، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، سيدي بلعباس، الجزائر.

ـ معجم مقاييس اللغة لابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين(ت395)، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر:1979م.

ـ مصطلح ما جرى به العمل وأثره في تغيّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي للزنّيفي عبد الفتاح، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، المملكة العربية السعودية.

ـ المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية و الفقه و التشريع لنصر فريد محمد واصل، الطبعة: الثانية، المكتبة التوفيقية، مصر.

ـ المبسوط للسرخسي:محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت 483 هـ)صححه: جمع من أفاضل العلماء: مطبعة السعادة، مصر، وصوّرَتها: دار المعرفة، بيروت، لبنان.

ـ المحصول للرازي:أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت 606 هـ)،تح: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة،1997م.

ـ موجبات تغير الفتوى في عصرنا ليوسف القرضاوي.

ـ مجموع الفتاوى لابن تيمية لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني(728هـ)،تح: عبد الرحمن بن محمد القاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، عام النشر: 2004 م.

ـ المنثور في القواعد للزركشي: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي(ت 794 هـ) ،تح: تيسير فائق محمود، راجعه: عبد الستار أبو غدّة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (طباعة شركة الكويت للصحافة)، الكويت، الطبعة: الثانية، 1985م.

ـ مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية للقحطاني، أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عميّر، الأسمري، القحطاني(ت379أو383أو387هـ)، اعتنى بها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصّميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 2000م.

ـ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ.

ـ المعجم الكبير للطبراني: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللّخمي الشامي أبو القاسم الطبراني(360هـ)،تح: حمدي بن عبد الله المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة: الثانية.

ـ الموطأ لمالك بن أنس، رواية يحيى، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، عام النشر:1985م.

ـ الموطأ لمالك بن أنس، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تح: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة: الثانية.

ـ مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور الناشر: دار سحنون للنشر والتوزيع تونس، و دار السلام للطّباعة والنّشر والتوزيع و الترجمة، الطبعة:السابعة، 2016م.

ـ المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، جمعها وبيضها: أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني الدمشقي (ت745هـ)،تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني (وصورته دار الكتاب العربي).

ـ المجموع شرح المهذب للنووي:أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت 676 هـ)تصحيح: لجنة من العلماء إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، عام النشر:1344 ـ 1347 هـ، صورته دار الفكر، بيروت .

ـ المستصفى للغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ)، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1993م.

ـ مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي:محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (ت 1393هـ)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة: الخامسة، 2001م.

ـ المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم: أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (ت 430هـ)،تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1996م .

ـ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول (ومعه مثارات الغلط في الأدلة)، أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني (ت771هـ)تح: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة المكرمة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1998م.

ـ موسوعة الأعمال الكاملة لمحمد الخضر حسين، دار النوادر، سوريا، الطبعة: الأولى، 2010م.

ـ مصادر التّشريع فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: السادسة، 1993م.

ـ مُوْسُوعَة القَواعِد الفِقْهِيَّة لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 2003 م.

ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني:شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني (ت 988 هـ)، تح: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ موسوعة الأعمال الكاملة للإمام محمد الخضر حسين، محمد الخضر حسين (ت1377هـ)، جمعها وضبطها: المحامي علي الرضا الحسيني، دار النوادر، سوريا، الطبعة: الأولى، 2010 م.

ـ المغني لابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة(ت620هـ)، تح: طه الزيني ومحمود عبد الوهاب فايد ـ وعبد القادر عطا، مكتبة القاهرة، الطبعة: الأولى، 1978 .1979م.

ـ مختصر العلامة خليل لخليل بن اسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري(776هـ)، تح: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: الأولى، 2005م.

ـ المحصول في أصول الفقه لابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي(543هـ)، تح: حسين علي اليدري، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة: الأولى، 1999م.

ـ المنتقى شرح الموطأ للباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت474هـ)، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ، الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.

ـ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ.

ـ المصنف: بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني(ت211هـ)، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، توزيع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الثانية، 1973م.

ـ مصنف عبد الرزاق عن أبي ذر: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات. دار التأصيل، الطّبعة: الثانية، 2013م.

ـ المهذّب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(476هـ)، دار الكتب العلمية.

ـ المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، تح: حميش عبد الحق، أطروحة دكتوراه، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.

ـ المدونة لمالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني(ت179هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1994م.

ـ المختصر الفقهي لابن عرفة: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله(ت803)، تح: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى، 2014م.

ـ مصطلح المشهور عند المالكية ـ دراسة وصفية تحليلية ـ لأسماء صوكو، مجلة الحكمة للدّراسات الإسلامية، مؤسّسة كنوز الحكمة، الجزائر.

ـ مدونة الفقه المالكي وأدلته للصادق الغرياني، مؤسسة الريان ،بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى،2002م.

ـ المحلى لابن حزم: أبو محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

ـ مواهب الجليل من أدلة خليل لأحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي، راجعه: عبد الله إبراهيم الأنصاري، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة: الأولى، 1407.1403هـ.

ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت 807هـ)، تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، عام النشر: 1994م.

ـ مسند الإمام أحمد، تح: شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد وآخرون، إشراف: عبد بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى،2001م.

ـ منَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي (ت بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي، أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 2007م.

ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي:أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت نحو 770 هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.

ـ موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين، دار الفضيلة للنشر والتوزيع بالرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 2012 ـ 2021م.

ـ متن الرسالة لابن أبي زيد: أبو محمد عبد الله بن(أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي(ت386هـ)، دار الفكر.

ـ المعجم المفصل في شواهد العربية لإميل بديع يعقوب، دار الكتب العلمية،الطبعة: الأولى، 1996م.

حرف النون

ـ نيل الابتهاج بتطريز الديباج للتنبكتي: أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكتي السوداني، أبو العباس (ت 1036 هـ)، اعتنى به: الدكتور عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، الطبعة: الثانية، 2000 م.

ـ نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي لعبد السلام العسيري، المملكة المغربية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1996م.

ـ نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل لأبي العباس الهلالي: أحمد بن عبد العزيز الهلالي الفلالي السجلماسي(1175هـ)، راجعه: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين،

مكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الإمارات العربية المتّحدة، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ نظرات في أصول الفقه لعمر سليمان عبد الله الأشقر، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الثالثة، 2015م.

ـ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تح: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة: الأولى،2007م.

ـ نيل السول على مرتقى الوصول لمحمد يحي الولاتي: محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله (1330هـ)، تقديم وتصحيح: بابا محمد عبد الله محمد يحيى الولاتي حفيده، مطابع دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1992م.

ـ نهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى ، 1999م.

ـ النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ)،تح: محمَّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطّبعة: الأولى، 1999م.

ـ نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)،تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض: مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة: الأولى، 1995م.

ـ النكت والعيون للماوردي لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي(450هـ)، تح: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

حرف الهاء

ـ الهداية في شرح بداية المبتدي، المرْغِيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدّين(593هـ)، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

ـ الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرّصّاع)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (ت 894هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350هـ.

حرف الواو

ـ الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، المطبعة العلمية دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1995م.

ـ الوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى الزحيلي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ، سوريا (مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، الطبعة: الثانية، 2006م.

ـ الوجيز لعبد الكريم زيدان، مؤسسة قرطبة.

ـ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة. الطبعة: الرابعة، 1996م.

ـ موقع: http://www .tanasuh. com /

فهرس الموضوعات.

الموضـــــــــــــوع	الصفحة
البسملة	
القبس	
الإهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة. .....أ .. ل	
الفصــل التمهيــدي: الإمام المازوني وكتابه الدرر المكنونة في نوازل مازونة **19**	
المبحث الأول: دراسة حياة الإمام أبي زكريا يحيى المازوني **20**	
المطلب الأول: الحياة الشخصية لأبي زكريا يحيى المازوني 22	
الفرع الأول: اسمه ونسبه ومولده وكنيته ولقبه 22	
الفرع الثاني: مولده ووفاته 23	
المطلب الثاني: الحياة العلمية لأبي زكريا يحي المازوني.....23	
الفرع الأول: نشأته العلمية عوامل وبروز شخصية المازوني العلمية 23	
أ. نشأته العلمية..... 23	
ب ـ عوامل بروز شخصيته العلمية 24	
الفرع الثاني: المكانة العلمية للمازوني وثناء العلماء عليه 25	
الفرع الثالث: آثاره 28	
1. التلاميذ 28	
2. المؤلفات 28	

المبحث الثاني: القيمة العلمية لكتاب الدرر المكنونة ومصادره 29

المطلب الأول: القيمة العلمية للكتاب 30

المطلب الثاني: مصادره الكتاب 32

المبحث الثالث: أسلوب المازوني في عرض نوازله ومنهج الفتوى فيها 36

المطلب الأول: أسلوب المازوني في عرض نوازله 37

المطلب الثاني: منهج الفتوى في نوازل المازوني 38

الجانب الأخلاقي 38

الجانب المنهجي 39

الجانب الاستدلالي 41

الفصل الأول: العرف ومراعاته في الفتوى والأحكام الشّرعية 45

المبحث الأوّل: ماهية العرف ـ أقسامه ـ بعض المصطلحات المشابهة للعرف 46

المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحا 47

الفرع الأول: العرف في اللغة 47

الفرع الثاني: العرف في الاصطلاح 48

المطلب الثاني: أقسام العرف 50

الفرع الأول: العرف العام والعرف الخاص 51

الفرع الثاني: العرف القولي والعرف العملي 53

الفرع الثالث: العرف الصحيح والعرف الفاسد.....54

الفرع الرابع: العرف الثابت والعرف المتبدل 56

المطلب الثالث: تمييز العرف بعض المصطلحات المشابهة له.....58

الفرع الأول: العرف والعادة 59
الفرع الثاني: العرف وما جري به العمل 63
الفرع الثالث: العرف والإجماع 67
الفرع الرابع: العرف و عمل أهل المدينة 68
المبحث الثاني: **حجّية العرف وشروط اعتباره وأهم إشكالاته المطروحة** **71**
المطلب الأول: حجّية العرف 72
الفرع الأول: ذكر الخلاف في حجية العرف 72
أ ـ تحرير محل النزاع: 72
ب ـ مذاهب العلماء في اعتبار العرف.....73
الفرع الثاني: أدّلة حجية العرف.....76
أ. من الكتاب 76
ب ـ من السنة 78
ج ـ من المعقول 80
المطلب الثاني: شروط اعتبار العرف.....82
1. عدم مخالفته لنص شرعي أو أصل قطعي 82
2. أن يكون العرف مطردا غالبا 86
3. أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه 88
4. أن يكون العرف قائما عند إنشاء التّصرّف 88
5. أن يكون العرف ملزما 90
6. أن يكون العرف عاما 90
المطلب الثالث: أهم الإشكالات الأصولية والفقهية التي يطرحها العرف.....91
الفرع الأول: تعارض العرف مع الشرع 91

الفرع الثاني: تعارض العرف اللفظي مع الوضع اللغوي 91
الفرع الثالث: تعارف العرف مع عرف مقابل 92
المبحث الثالث: أهم القواعد المتعلّقة بالعرف ومجالات إعماله 93
المطلب الأول: القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف.....94
الفرع الأول: قاعدة يحمل الكلام على عرف المخاطب 95
أ . توضيح القاعدة.....95
ب . تطبيقات القاعدة.....97
الفرع الثاني: قاعدة العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع واللغة.....98
أ . توضيح القاعدة.....98
ب . تطبيقات القاعدة 100
الفرع الثالث: قاعدة الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها 100
أ . توضيح القاعدة 100
ب . تطبيقات القاعدة 103
المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف.....104
الفرع الأول: قاعدة العادة محكّمة 104
أ . توضيح القاعدة 104
ب . تطبيقات القاعدة.....105
الفرع الثاني: قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا.....106
أ . توضيح القاعدة 106
ب . تطبيقات القاعدة 107
الفرع الثالث: قاعدة العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر.....108
أ . توضيح القاعدة.....108

ب . تطبيقات القاعدة.....109
المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف.....109
1. مجال العبادات.....110
2. مجال الأحوال الشخصية.....110
3. مجال المعاملات المالية.....110
4. مجال الأيمان والنذور والأوقاف.....111
5. مجال العقوبات.....112
المبحث الرابع: مراعاة العرف في الفتوى والأحكام الشّرعية. 114
المطلب الأوّل: مفهوم الفتوى والحكم الشرعي والفرق بينهما 115
الفرع الأول: مفهوم الفتوى في اللغة والاصطلاح 115
الفرع الثاني: مفهوم الحكم الشرعي في اللغة والاصطلاح 117
الفرع الثالث: الفرق يين الفتوى والحكم (القضاء) 119
المطلب الثّاني: مراعاة العرف في بناء الفتوى و الأحكام الشرعية..... 121
الفرع الأول: مراعاة العرف في فهم كلام الشارع الحكيم(النصوص الشرعية).....121
الفرع الثاني: مراعاة العرف في فهم كلام المكلف 123
أ. في نقل حكم المفتي المبني على العرف(نصوص الفقهاء).....123
ب ـ في فهم كلام المستفتي.....124
المطلب الثالث: مراعاة العرف في الترجيح في الفتوى والأحكام الشرعية.....127
المطلب الرابع: مراعاة العرف في تغير الفتوى والأحكام الشرعية 129
الفرع الأول: حكم تغير الأحكام والفتاوى بتغير العرف 129
الفرع الثاني: ضوابط تغير الفتوى والأحكام بتغير العرف 135
الفرع الثالث: علاقة تغير الأحكام بتغير العرف بمقاصد الشريعة 137

الفصل الثاني: أثر العرف في الفتوى من خلال نوازل المازوني . باب العقود..... 239.

المبحث الأول: أثر العرف في نوازل الصداق (المهر)..... ..140

الفرع الأول: طبيعة المهر عند الفقهاء. 142

الفرع الثاني: نوازل المهر المتعلقة بالعرف 144

1. الاختلاف في المهر من حيث التفويض والتسمية.....145

أ. نص المسألة.....145

ب . توضيح وبيان المسألة 146

ج . أثر العرف في المسألة 147

2. الاختلاف في قدر المهر المسمى.....148

أ. نص المسألة.....148

ب . توضيح وبيان المسألة.....148

ج . أثر العرف في المسألة 151

3. الاختلاف في قبض المهر.. 151

أ. نص المسألة.....151

ب . توضيح وبيان المسألة.....152

ج . أثر العرف في المسألة.....155

4. فيمن أعطى زوجته أشياء ثم ادّعى أها عارية 157

أ. نص المسألة.....157

ب . توضيح وبيان المسألة.....158

ج . أثر العرف في المسألة.....159

المبحث الثاني: أثر العرف في نوازل تجهيز المرأة 162

الفرع الأول: المقصود بالجهاز والجهة الملزمة به.....163

أولا: مذهب الجمهور.....163

ثانيا: مذهب المالكية.....165

الفرع الثاني: نوازل جهاز المرأة المتعلقة بالعرف 167

.1 ـ بيع المرأة شُوارها..... 167

أ. نص المسألة.....167

ب توضيح وبيان المسألة.....168

ج . أثر العرف في المسألة.....170

2ـ في تجهيز الأب لابنته.....171

أ. نص المسألة.....171

ب . توضيح وبيان المسألة.....172

ج . أثر العرف في المسألة 173

3 ـ فيمن زوج ابنته وجهزها بجهاز ثم ادّعى أنه عارية.....174

أ. نص المسألة.....174

ب . توضيح وبيان المسألة.....175

ج . أثر العرف في المسألة.....178

المبحث الثالث: أثر العرف في نوازل من النكاح.....280

1. من خطب امرأة فاشترط أبوها شرطها وقال له: وترفع للتحريم، ولم يبيّن هل الداخلة خارجة 181

أ. نص المسألة.....181

ب . توضيح وبيان المسألة..... 182

ج . أثر العرف في المسألة.....185

2. في حكم منع الزوج زوجه من خدمة.....186
أ. نص المسألة.....186
ب . توضيح وبيان المسألة.....187
ج . أثر العرف في المسألة.....189
3. في تكليف الزوجة ما لا تطيق من خدمة الضيوف.....192
أ. نص المسألة.....192
ب . توضيح وبيان المسألة.....192
ج . أثر العرف في المسألة.....195
4. من خالع امرأة على تحملها نفقة ابنه منها إلى الحلم ثم راجعها بنكاح جديد، هل تبقى عليها نفقة ابنها؟ 196
أ. نص المسألة.....196
ب . توضيح وبيان المسألة.....197
ج . أثر العرف في المسألة.....200
5. الوكيل يزوج يتيمة ثم يدّعى عليه عدم رضاها.....201
أ. نص المسألة.....201
ب . توضيح وبيان المسألة.....201
ج . أثر العرف في المسألة.....202
المبحث الرابع: أثر العرف في نوازل المعاملات المالية.....203
1 . حكم بيع أرض الإمتاع.....204
أ. نص المسألة.....204
ب . توضيح وبيان المسألة.....205
ج . أثر العرف في المسألة.....205

2. رجل اشترك مع آخر بالخمس، ثم أبى الخماس أن يخدم إلا خمسه.....206
أ. نص المسألة.....206
ب . توضيح وبيان المسألة وأثر العرف فيها.....207
3. حكم الزرع إذا خيف عليه الفساد.....208
أ. نص المسألة.....208
ب . توضيح وبيان المسألة.....209
ج . أثر العرف في المسألة.....209
4. رجل دفع أرضه وبقره آلة حرثه وزريعته لآخر ليحرثها له بجزء معلوم.....210
أ. نص المسألة.....210
ب . توضيح وبيان المسألة و أثر العرف فيها.....211
5. . حكم ما عملته الزوجة لزوجها.....212
أ. نص المسألة.....212
ب . توضيح وبيان المسألة.....212
ج . أثر العرف في المسألة.....213
6. حكم قسمة الفريك أغمارا بين الشركاء.....213
أ. نص المسألة.....213
ب . توضيح وبيان المسألة وأثر العرف فيها..... 214
7. في بيع أرض القانون 214
أ. نص المسألة.....214
ب . توضيح وبيان المسألة.....215
ج . أثر العرف في المسألة.....215
8. حكم بيع العبيد والحيوان بغير عهدة، والثمن إما حالا أو مؤجلا، ثم يطرأ عيب؟...216

أ. نص المسألة.....216
ب . توضيح وبيان المسألة.....217
ج . أثر العرف في المسألة.....220
المبحث الخامس: أثر العرف في نوازل الأيمان.....221
1ـ من غضب علو ولده فحلف بالحرام لا رمى له ذراعا أبدا.....222
أ. نص المسألة.....222
ب . توضيح وبيان المسألة.....222
ج . أثر العرف في المسألة.....223
2ـ الحلف بالبربرية.....223
أ. نص المسألة.....223
ب . توضيح وبيان المسألة.....224
ج . أثر العرف في المسألة.....225
3ـ من حلف بالثلاث لا زنى.....226
أ. نص المسألة.....226
ب . توضيح وبيان المسألة.....227
ج . أثر العرف في المسألة.....228
4ـ بدوي قلب ولده جديا فحلف بالأيمان أن يفعل بالولد ما فعله بالجدي.....228
أ. نص المسألة.....228
ب . توضيح وبيان المسألة.....229
ج . أثر العرف في المسألة.....230
خاتمة والتّوصيات.....232
الفهارس العامة.....238

1. فهرس الآيات القرءانية.....239
2. فهرس الأحاديث النبوية.....242
3. فهرس الآثار.....243
4. فهرس الأعلام.....244
5. فهرس المصطلحات.....246
6. فهرس المصادر والمراجع.....248
7. فهرس الموضوعات.....278

تمّت بحمد الله تعالى.

الملخص: العرف وأثره في الفتوى من خلال كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة باب العقود.

الكلمات المفتاحية: العرف؛ الفتوى؛ أثر؛ النوازل

تهدف هذه الدّراسة إلى بيان أثر العرف ودوره في الفتوى والأحكام الشرعية الخاصة بباب العقود، ولا شك أن الموضوع يعالج مسألة مهمة في أصول الفقه المالكي، وهي مسألة تأثّر الفتوى والأحكام الشرعية بالأعراف والعادات الجارية في مختلف المجتمعات والبيئات، عبر كل زمان ومكان في ظل ما يشهده المجتمع من أعراف فاسدة أو صحيحة، ثابتة أو متغيرة، وقد جاء التساؤل الرئيسي للبحث كالآتي: ما مدى تأثير العرف واعتماده في دراسة النّوازل الفقهية الخاصة بالعقود عند المالكية؟ وما هو أثر تلك الفتاوى العرفية على واقعنا الحالي؟ وللإجابة على هذا التّساؤلات اعتمدنا على المنهج التحليلي لدراسة هذا البحث مستعينين بأداة الاستقراء لدراسة الجانب النظري للبحث، ثم بتتبع تلك الفتاوى المتعلقة بالعرف في كتاب الدرر المكنونة قصد دراستها وتحليلها وبيان أثر العرف فيها.

وقد توصّلت الدّراسة إلى جملة من النتائج مفادها أن: العرف يقوم بدور هام في الحياة العامة، ويكاد لا يخلو جانب من جوانب الحياة من التأثر أو التأثير به، ومن أهم هذه الآثار نذكر: كونه مرجعا في فهم كلام الشارع والمكلف، معيارا في تحديد نطاق التصرفات، ضابطا في الأمور المطلقة والمجملة، دالا على الأمور الباطنة، كونه دليلا حيث لا دليل .

Title: Custom (Urf) and its impact on fatwas through the book of el dorar el maknouna fi Nawazil Mazouna, Chapter of Contracts.

Keywords: custom; fatwa; Effect; Catastrophes

This study aims to explain the impact of custom and its role in fatwas and legal rulings related to contractsThere is no doubt that the topic addresses an important issue in the principles of Maliki jurisprudence, which is the issue of how fatwas and legal rulings are affected by current customs in various societies and environments, across all times and places in light of what society witnesses of corrupt or correct, fixed or changing customs.The main question of the research was as follows: What is the extent of the influence of custom and its adoption in the study of jurisprudential issues related to contracts according to the Malikis? What is the impact of these customary fatwas on our current reality?To answer this question, we relied on the analytical approach to study this research, using the induction tool to study the theoretical side of the research, and then by tracking those fatwas related to custom in the Book of Hidden Pearls in order to study and analyze them and explain the impact of custom on them.

The study reached a number of results stating that: Custom plays an important role in public life, and almost no aspect of life is devoid of being affected or influenced by it.Among the most important of these effects we mention: it being a reference in understanding the words of the legislator and the accountable, a standard in determining the scope of actions, a control in absolute and general matters, an indication of hidden matters, being a guide where there is no evidence...