الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة
وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلاميّة - قسنطينة -
الرّقم التّسلسلي: .....
رقم التّسجيــل: .....

كلّيّة الشّريعة والاقتصاد
قسم: الفقه وأصوله

الاحتجاج بالعرف عند المالكيّة والإباضيّة

- مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في أصول الفقه المقارن -

إعداد الطّالب: محمّد الصّالح بلّه باسي **إشراف الأستاذ الدّكتور: مصطفى باجو**

الاسم و اللّقب	الرّتبة	الجامعة الأصليّة	أمام اللّجنة
د. بلقاسم حديد	أستاذ محاضر- أ	جامعة الأمير عبد القادر	رئيسا
أ. د. مصطفى باجو	أستاذ التّعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	مشرفا ومقرّرا
د. عبد المجيد جمعة	أستاذ محاضر- أ	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا
د. خالد ملاوي	أستاذ محاضر- أ	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا

نوقشت يوم: 2012/07/09م

السّنة الجامعيّة: 1432-1433هـ/2011-2012م.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الإهداء

إلى الوالدة السّعيدة، أمّي حفظها المولى الكريم.

أسأله تعالى التّوفيق للزوم برّك، وأرجوه إجابة دعائك في سرّك وجهرك، بجوده تعالى ومنّه وكرمه.

كما أسأل الله سبحانه أن يتغمّد والدي العزيز برحمته، وأن يسكنه فسيح جنانه.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى من واكبني وشجعني وكان دوما بجانبي.

إلى كلّ غيور على هذه الشّريعة الغرّاء، ممّن يبحث ويعمل على إظهار قدسيّتها، وصلاحيّتها لكلّ زمان ومكان.

إلى كلّ هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

شكر وتقدير

الحمد لله الجليل ثناؤه، الجميل بلاؤه، الجزيل عطاؤه، أحمده على ما أسبغ من النّعمة، وأظهر من المنّة، وأسبل من السّتر، ويسّر من العسر، وقرّب من النّجاح، وقدّر من الصّلاح، أحمده على الآلاء، وأشكره على النّعماء، وأستعين به في الشّدّة والرّخاء.

أشكر الله ﷻ شكرا كثيرا طيّبا مباركا فيه، على ما امتنّ به عليّ من المكارم والنّعم، ومنها أن وفّقني لسلوك طريق العلم، وإتمام هذا البحث المتواضع.

كما أسجّل بمداد العرفان جميل الشّكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل: الدّكتور مصطفى بن صالح باجو، على تفضّله بالإشراف على هذا البحث، مع حسن توجيهي، وتقويم خطئي، وصبره عليّ طوال مدّة إنجاز البحث، رغم مشاغله وارتباطاته.

ثمّ أتوجّه بالشّكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقّرة، على قبولها مناقشة هذه المذكّرة، وتجشّم عناء القراءة، رغم الأعمال المنوطة بهم، تقويما لاعوجاجها، وتكميلا لنقصها، والظّنّ بهم وافر.

والشّكر موصول لجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة، إدارة، وأساتذة، وعمّالا، وطلاّبا، وأسأل الله تعالى أن يجعلها منارة من منارات العلم في هذا البلد الطّيّب.

كما لا يفوتني أن أشكر جميع الإخوة والأصدقاء، الذين أعانوني على إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد، وأسأل الله تعالى أن يجزيهم خير الجزاء.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مُقَدِّمَةٌ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أنّ محمّدا عبده ورسوله.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ١٠٢﴾ [آل عمران/102].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ١﴾ [النساء/01].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١﴾ [الأحزاب/70-71].

أمّا بعد:

فإنّ أصدق الحديث كلام الله تعالى، وخير الهدي هدي محمد ﷺ، وشرّ الأمور محدثاتها، وكلّ محدثة بدعة، وكلّ بدعة ضلالة، وكلّ ضلالة في النّار.

إنّ الفقه من أشرف العلوم الشّرعيّة، بل هو غايتها ومنتهاها؛ لأنّ هذه العلوم لم تنشأ بين العلماء، وتنضج في عقولهم، وعلى ألسنتهم وأقلامهم، إلاّ بدافع واحد، ولقصد واحد، هو فهم النّص الشّرعي وفقهه واستنباط الأحكام الشّرعيّة منه؛ لتسليطها على مستجدّات الحياة، وهذا هو عين ما يبحث فيه الفقه ويهتمّ به.

ومن أجلّ ما يزيد في العقل الفقهي وينمّي الملكة ويوسّع المدارك: فنّ القواعد الفقهيّة؛ لأنّها تجمع شتات المسائل الفقهيّة، وتربط بين المتناثر من فروع الفقه، فيسهل استحضاره على الفقيه أيّ وقت شاء، وهو أمر ييسّر ويقرّب عمليّة الإفتاء، ويوفّر فيها الوقت وعناء البحث.

وقد رجوت الله تعالى أن يكون لي حظ من هذا الخير بدرس قاعدة من أكبر القواعد الفقهيّة، ألا وهي قاعدة العوائد، مع إعطاء بعض التّطبيقات الفقهيّة لهذه القاعدة.

وقصرت هذا الدّرس وهذا التّطبيق على مذهبي المالكيّة والإباضيّة، مع الإشارة إلى المذاهب الفقهيّة الأخرى، كالمذهب الحنفي والمذهب الشّافعي والمذهب الحنبلي، في بعض المسائل، وقد اخترت لهذا البحث العنوان الآتي:

"الاحتجاج بالعرف عند المالكيّة والإباضيّة".

إشكاليّة البحث:

تهدف هذه الدّراسة بإذن الله تعالى إلى الكشف عن مساهمة كلّ من المالكيّة والإباضيّة في مجال العمل بالعرف، ومدى تطبيقه في الفروع الفقهيّة.

وإذا كان المشهور عن المذهب المالكي أخذه بالعرف وعدّه أصلا من أصوله، كما صرّح بذلك أعلام المالكيّة منهم: ابن العربي والقرافي والباجي وغيرهم، وكما هو مبثوث في كتب المذهب أصولا وفروعا.

لكن يتساءل: هل المذهب الإباضي احتجّ بالعرف وعدّه أصلا من أصوله؟ وإذا اعتبره، فكيف وظّفه في الفروع الفقهيّة؟ وهل المذهب الإباضي يوافق المذهب المالكي في المسائل المتعلّقة بالعرف؟ وأيّ المذهبين توسّع في الأخذ بالعرف عن الآخر؟

هذه الأسئلة وما يتفرّع عنها تمثّل في مجموعها إشكاليّة البحث، وأحسب أنّ القارئ الكريم سيجد لها في ثنايا البحث جوابا.

أهمّيّة البحث:

للموضوع أهمّيّة بالغة ألخّصها فيما يلي:

1- إنّ الكلام على العرف والعادة في مجال الفقه والأصول، له أهمّيّته الكبرى، نظرا لاعتماد الفقهاء عليه في تأصيل كثير من الأحكام الشرعيّة، واحتكام الناس إليه في العقود والمعاملات والمسائل التّجاريّة والزراعيّة، هذا بالإضافة إلى اعتماده في مجال القانون الوضعي، ورجوع الفقهاء القانونيّين ورجال القضاء في المحاكم إليه في فقههم وأحكامهم.

2- إنّ إدراك النّاظر لدور العرف في كيفيّة فهم المجتهد للنّصوص، يمكن أن يحفظ للنّصوص إطلاقيّتها ومفارقتها للزّمان والمكان والبيئة، تلك الإطلاقيّة التي لاينبغي أن تنازل مطلقا، كما يساعد في إدراك طبيعة العوالم الكامنة وراء ظهور الاجتهادات المتعدّدة للعلماء في تفسيراتهم وبيانهم للنّصوص، ممّا سيسهم بدوره في تقدير آراء الآخرين واحترامها، ومراعاة أدب الخلاف والحوار مع المخالف، ومن ثمّ البعد عن مظانّ التّعصّب والتّقليد.

3- إنّ قاعدة "العادة محكّمة" والقواعد المرادفة لها والقريبة منها، لها صلة وثيقة بالمقاصد الشرعيّة، وذلك على نحو مقصد التّسهيل على النّاس بمراعاة أعرافهم وعوائدهم السّويّة، وبمسايرة أوضاعهم الصّحيحة، وبتقرير منهج التّدرّج والمرحليّة والتّوسّط، ومن الأمثلة التّفصيليّة على ذلك: مثال قصد الإصلاح ومعاشرة النّكاح وحسن الصّحبة، والثّابت بقوله تعالى: ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ**

﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة/228]، ومثال ذلك أيضا التّوسّط في الإنفاق لقوله تعالى: ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ ﴾ [المائدة/89].

أسباب اختيار البحث:

وقع اختياري على هذا الموضوع لأسباب أهمّها ما يلي:

1- أهمّيّة الموضوع، حيث يمسّ الواقع، ويساير الحياة اليوميّة لأفراد المجتمع، وقد كانت رغبتي في أن أطرق موضوعا من هذا القبيل.

2- رغبتي في الاطّلاع على مصادر المذهب المالكي وآراء علمائه؛ لأنّه المذهب السّائد في بلاد المغرب العربي، ورغبتي أيضا في الاطّلاع على مصادر المذهب الإباضي وآراء فقهائه؛ لتواجدهم في صحراء بلادنا.

3- عدم وجود دراسات أكاديميّة تقارن بين المذهب المالكي والمذهب الإباضي في الاحتجاج بالعرف والاعتداد به –حسب علمي– ممّا دفعني إلى الكتابة في هذا الموضوع.

4- وقد كان أيضا من أسباب اختيار هذا الموضوع ما تقتضيه طبيعة البحث فيه من الرّجوع إلى دعائم الفقه الثّلاث في مصادرها الأصليّة، ألا وهي: أصول الفقه وقواعده وفروع مسائله.

أهداف البحث:

لكلّ بحث أهدافه التي يسمو إلى تحقيقها، وهذه أهمّ أهداف هذا البحث:

1- بيان أنّ الشّريعة الإسلاميّة صالحة لكلّ زمان ومكان، وأنّها شريعة الخلود.

2- بيان سماحة الشّريعة الإسلاميّة، بأن جعلها الله كفيلة وافية لمصالح خلقه في المعاش والمعاد.

3- التّعرف على منهج الشّريعة في كيفيّة التّعامل مع النّصوص وإصدار الفتوى.

الدّراسات السّابقة:

احتلّ العرف مكانة بارزة في المباحث الفقهيّة قديما وحديثا، وتجلّى اهتمام علماء الأصول بالعرف من ناحية موقعه، بوصفه دليلا من الأدلّة التّبعيّة المختلف فيها.

وتناولت المباحث الفقهيّة العديد من القواعد المبتناة على اعتبار الشّارع للعرف والتّفريعات عليه، كما تناول بعض الأصوليّين في السّابق موضوع العرف ضمن مباحث التّخصيص كذلك، ومن ذلك ما جاء في كتاب "المستصفى" لأبي حامد الغزالي، والآمدي في "الإحكام"، والقرافي في "شرح تنقيح الفصول"، وغيرهم.

وكان من أوائل من كتب في موضوع العرف بحثا مفردا-حسب علمي-: العلاّمة المحقّق عمدة المتأخّرين من الحنفيّة الفقيه محمّد أمين بن عمر الشّهير بابن عابدين –رحمه الله تعالى– في رسالته القيمة "نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العرف".

أمّا الدراسات المعاصرة للعرف فقد قامت بدور بارز في إعادة صياغة ما كتبه السّابقون -رحمهم الله تعالى- تأصيلا وتفريعا، كما أفرد البعض منهم موضوع العرف في دراسات مستقلّة، من ذلك:

1- العرف والعادة في رأي الفقهاء، للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة، وهي رسالته للأستاذية، وقد نوقشت سنة 1941م، وطبعت بمطبعة الأزهر سنة 1949م، وأعيد طبعها سنة 1992م.

2- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، للأستاذ عمر بن عبد الكريم الجيدي، وهي رسالة دكتوراه مقدّمة إلى دار الحديث الحسنيّة بالمغرب، وقد طبعت عام 1982م.

3- العرف، حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة –دراسة نظريّة تأصيليّة تطبيقيّة-، للأستاذ عادل بن عبد القادر بن محمّد ولي قوته، وهي رسالة ماجستير مقدّمة إلى قسم الدّراسات العليا الشّرعيّة بكلّيّة الشّريعة –جامعة أم القرى–، وقد نوقشت سنة 1415هـ.

4- أثر العرف في تغيّر الفتوى، للأستاذ جمال كركار، وهي رسالة مقدّمة إلى المعهد العالي لأصول الدّين بالجزائر لنيل درجة الماجستير، وقد طبعت بدار ابن حزم سنة 1430هـ/2009م.

5- أثر العرف في فهم النصوص –قضايا المرأة أنموذجا–، للدّكتورة رقيّة طه جابر العلواني، وهي رسالة مقدّمة إلى جامعة ماليزيا لنيل درجة الدّكتوراه سنة 2001م، وطبعت بدار الفكر سنة 1424هـ/2003م.

6- منزلة العرف في المذهب المالكي والحنفي، وهي رسالة تفضّل بها الأستاذ ميلود سرير إلى المعهد العالي لأصول الدّين بالجزائر، لنيل درجة الماجستير، السّنة الجامعيّة: 1995-1996م.

7- مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، للدّكتور حسنين محمود حسنين، وهو بحث نشر بمجلّة الشّريعة والقانون، التّابعة لكلّيّة الشّريعة والقانون –جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة– سنة 1409هـ/1989م.

8– العرف وأثره في الفقه الإسلامي، للدّكتور حسنين محمود حسنين، وهو بحث نشر بمجلّة الشّريعة والقانون، التّابعة لكلّيّة الشّريعة والقانون –جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة– سنة 1411هـ/1991م.

9– مسألة تخصيص العموم بالعرف والعادة، للدّكتور خالد بن محمّد العروسي، وهو بحث نشر بمجلة أمّ القرى سنة 1427هـ.

10– العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الإباضي، وهو تقرير في مادّة أصول الفقه، سنة أولى دراسات معمّقة، تقدّم به الطّالب حميد بن حمد بن سلطان الحجافي إلى المعهد الأعلى لأصول الدّين، شعبة الشّريعة الإسلاميّة –جامعة الزّيتونة–، السّنة الجامعيّة: 2001/2000م.

فهذه عشرة كاملة من الدّراسات المفردة لموضوع العرف، والتي اطّلعت عليها، أضمّ إليها ما كتبه الأستاذ مصطفى الزّرقا في كتابه النافع الماتع "المدخل الفقهي العام" في الجزء الثاني منه، تحت عنوان "نظريّة العرف".

وثمّة دراسات أخرى ذكرها الأستاذ عادل ولي قوته في رسالته السّابقة لم أطّلع عليها وهي:

1- العرف في الفقه الإسلامي، للأستاذ عمر عبد الله، وهو بحث نشر بمجلّة الحقوق التّابعة لكلّيّة الحقوق –جامعة الإسكندرية– سنة 1951م.

2- أثر العرف في التّشريع الإسلامي، للأستاذ الدّكتور السّيّد صالح عوض، وهي رسالته للدّكتوراه، مقدّمة إلى الأزهر، وقد نوقشت سنة 1969م.

3- العرف وأثره في الشّريعة والقانون، للأستاذ الدّكتور أحمد بن علي سير المباركي، وهي رسالته للماجستير، قدّمها للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلاميّة، وقد نوقشت سنة 1392هـ، وطبعت سنة 1412هـ.

4- نظريّة العرف، للدّكتور عبد العزيز الخيّاط، وقد طبعت سنة 1397هـ/1977م.

5- العرف في المذهب المالكي للأستاذ محمّد أبي الأجفان، وهو بحث طبع ضمن بحوث ملتقى الإمام ابن عرفة، سنة 1977م، وزارة الشّؤون الثّقافيّة، تونس، منشورات الحياة الثّقافية.

6-من القواعد الفقهيّة –العادة محكّمة–، للأستاذ خليل محمّد مصطفى نصار، وهي رسالة ماجستير مقدّمة إلى كلّيّة الشّريعة –جامعة الأزهر– العام الجامعي: 1399هـ/1979م.

7-العرف وأثره في التّشريع الإسلامي، للأستاذ مصطفى عبد الرّحيم أبي عجيلة، وهو بحث نشر عام 1406هـ/1986م.

8- العرف والعادة بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي –دراسة مقارنة– للدّكتور حسنين محمود حسنين، وهو بحث نشر سنة 1408هـ/1988م.

وملاحظات الباحث على ما اطّلع عليه ممّا يتعلّق بموضوع بحثه، تتلخّص فيما يلي:

1- لم تشر البحوث التّسعة الأول إلى آراء الإباضيّة في الأخذ بالعرف سواء من النّاحية الأصوليّة أم من النّاحية التّطبيقيّة.

2- أمّا البحث العاشر فقد كانت فيه آراء علماء الإباضيّة في الجزء التّأصيلي على شكل عبارات يسيرة تخلّلت ثناياه، كما اتّصف الجزء التّطبيقي بقلّة مسائله، إضافة إلى ذلك لم يقارن بين آراء المالكيّة والإباضة.

وأمّا الذي يحاوله هذا البحث –إن شاء الله تعالى– فهو إعطاء بعض المسائل والفروع التي بنيت على العرف عند المالكيّة والإباضيّة، وطلب آرائهم الأصوليّة فيما يتعلّق بهذا الأصل الكبير: "العرف".

المنهج المتّبع في الدّراسة:

اقتضى منّي تنوّع موضوعات البحث السّير وفق مناهج ثلاثة هي كالآتي:

1- المنهج الوصفي: وذلك لنقل وتجميع آراء الأصوليّين والفقهاء من مصادرها المعتمدة ما أمكنني ذلك.

2- المنهج المقارن: ويظهر في عرض آراء المالكيّة والإباضيّة في الاحتجاج بالعرف ومدى تطبيقه في الفروع الفقهيّة.

3- المنهج التّحليلي: وذلك لتحليل هذه الآراء ومناقشتها والتّعليق عليها قصد التّمييز بين راجحها ومرجوحها بالحجج التي تكون أقوى من غيرها.

منهجيّة البحث:

اتّبعت في بحث مسائل هذا الموضوع منهجيّة علميّة تمثّلت فيما يأتي:

أوّلا– الآيات القرآنيّة:

1- اعتمدت في كتابتها رواية حفص عن عاصم، مقتبسا لها من مصحف المدينة المنوّرة، نسخة مجمع الملك فهد الإلكترونيّة.

2- جعلتها بين قوسين مزخرفين، هكذا: ﴿ ﴾، وعزوتها إلى سورها في متن الرّسالة، ذاكرا السّورة ورقم الآية، واضعا ذلك بين معكوفتين، هكذا: [ ]، وسواء كانت في نصّ منقول أو غيره، وأعرضتُ عن العزو في الهوامش؛ تجنّبا لإثقالها.

ثانيا- الأحاديث النّبويّة:

1-جعلتها بين علامتين، هكذا : " ".

2- خرّجت الأحاديث النّبويّة من مصادرها المعتمدة تخريجا فنّيّا، وذلك بذكر من أخرجه، واسم الكتاب والباب، ورقم الحديث، والجزء إن وجد، والصّفحة.

3- إذا كان الحديث في صحيح البخاري أوصحيح مسلم اِكتفيت بالعَزْو إليهما، دون ذكر درجته، وذلك لشهرتهما وصحّتهما.

ثالثا- الاقتباس:

1- وضعت النّصّ المقتبس بين شولتين، هكذا: « »، إن كان حرفيا.

2- إن كان الاقتباس بالمعنى، أو وقع فيه بعض التّغيير والتّصرّف، جرّدته من الشّولتين، مشيرا إلى ذلك –أثناء عزوه في الهامش- بقولي: "ينظر".

3- إن كان في النّص المنقول حذف أشرت له بثلاث نقاط متتابعة، هكذا: (...).

رابعا– التّوثيق:

1- قدّمت ذكر اسم المؤلِّف عن اسم الكتاب، وإذا ذكر اسم المؤلِّف في المتن أكتفي بذكر المصدر في الهامش، أمّا إذا ذكر اسم الكتاب في المتن اكتفيت بذكر اسم المؤلِّف في الهامش.

2- اِكتفيت بذكر اسم المؤلِّف والمؤلَّف، والجزء والصفحة، وأرجأت بقيّة المعلومات-الموجود منها- المتعلّقة بالكتاب إلى قائمة المصادر والمراجع، وذلك لاعتمادي على طبعة واحدة لكل مصدر.

3- اختصرت اسم المؤلِّف واسم المؤلَّف على المشهور، مثل: أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، فأذكره باسم: القرافي، الفروق، وهكذا.

4- إذا تكرّر ذكر المصدر أو المرجع بصفة متتالية في نفس الصّفحة، فإنّي أكتفي بكتابة عبارة: "المرجع نفسه"، مع بيان الجزء إن وجد والصّفحة.

5- أثناء العزو إلى أكثر من كتاب في تراجم الأعلام وفي نقل المعلومات لم ألتزم بترتيب معيّن في ذكرها.

خامسا- ترجمة الأعلام:

ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في متن البحث ترجمة مختصرة من كتب التّراجم المعتمدة، ولم أستثن سوى الصّحابة ﷺ وأئمّة المذاهب الأربعة –رحمهم الله تعالى– وذلك لشهرتهم وغناهم عن التّعريف.

سادسا- المسائل الفقهيّة:

1- اخترت بعض المسائل الفقهيّة في العبادات وأحكام الأسرة والمعاملات الماليّة، ولم أحصر الدّراسة في باب معيّن، ولم أتطرّق لكلّ المسائل المتعلّقة بالعرف.

2- أثناء دراستي للمسألة أبدأ أوّلا بالتّعريف بها، ثمّ أذكر الخلاف فيها أحيانا، مع ربطها بأصل العرف وقاعد العوائد.

3- الرّجوع إلى كتب المالكيّة عند عرض آراء علمائهم، والرّجوع إلى كتب الإباضيّة عند عرض آراء علمائهم أيضا، وهكذا.

سابعا- فهارس البحث:

جعلتها تقريبا لأفكار البحث ومعلوماته، وتسهيلا للوصول إليها، على النّحو التالي:

- فهرس الآيات القرآنية، ورتّبتها حسب ترتيب سور القرآن.
- فهرس الأحاديث النّبويّة، ورتبتها على حروف المعجم.
- فهرس الألفاظ والمصطلحات الغريبة، ورتّبتها على حروف المعجم أيضا.
- فهرس الأعلام المترجم لهم، ورتّبتهم حسب الحروف الهجائيّة.
- فهرس المصادر والمراجع، ورتّبتها أيضا حسب الحروف الهجائيّة.
- فهرس الموضوعات، وجعلته مفصّلا معطيا صورة حقيقيّة عن محتوى ومواضيع البحث.

مصادر ومراجع البحث:

اعتمدت في إنجاز هذا البحث على أهم كتب المالكيّة والإباضيّة في الأصول والقواعد والفقه والتّفسير.

فمن كتب الأصول عند المالكيّة: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي، و"إحكام الفصول" للباجي، و"الموافقات" للشّاطبي، أمّا عند الإباضيّة فاعتمدت بالدّرجة الأولى على كتاب "شرح طلعة الشّمس" لنور الدّين السّالمي، إضافة إلى "كتاب فصول الأصول" للسّيابي.

ومن كتب القواعد عند المالكيّة: "الفروق" للقرافي، و"جواهر القواعد من بحر الفرائد" لسفيان الرّاشدي عند الإباضيّة.

ومن كتب فقه المالكيّة: "حاشية الدّسوقي" لمحمّد الدّسوقي، و"مواهب الجليل" للحطّاب، و"بداية المجتهد" لابن رشد، ومن كتب فقه الإباضيّة: "كتاب الإيضاح" لعامر الشّماخي، و"كتاب الجامع" لابن بركة، و"شرح كتاب النّيل" للقطب أطفيش.

كما أفدت من كتب الفقه والأصول في المذاهب الأخرى، فمن كتب الفقه: "بدائع الصّنائع" للكاساني، و"تبيين الحقائق" للزّيلعي، عند الحنفيّة، و"نهاية المحتاج" للرّملي، و"المجموع" للنّووي، عند الشّافعيّة، و"المغني" لابن قدامة، عند الحنابلة.

أمّا كتب الأصول فمنها: "الإحكام" للآمدي، و"المستصفى" للغزالي، و"المحصول" للرّازي.

واستفدت أيضا من كتب التّفسير المشهورة في المذهبين، مثل: "الجامع لأحكام القرآن" للقرطبي، و"أحكام القرآن" لابن العربي، و"تيسير التّفسير" للقطب أطفيش، و"تفسير كتاب الله العزيز" لهود بن محكّم الهواري، وذلك لبيان وجه الاستدلال بالنّصّ القرآني.

واعتمدت في تخريج الأحاديث -غالبا- على الصّحيحين.

واستعنت بكتب اللّغة ومعاجمها؛ لبيان مصطلحات البحث وتوضيح الكلمات الغريبة من ذلك: "معجم مقاييس اللّغة" لابن فارس، و"لسان العرب" لابن منظور، و"المفردات" للرّاغب الأصفهاني.

كما رجعت إلى كتب التّراجم المعروفة في المذهبين، مثل: "الدّيباج المذهّب" لابن فرحون، و"ترتيب المدارك" للقاضي عياض، و"معجم أعلام الإباضية (قسم المغرب)" لمجموعة من المؤلّفين، و"معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)" لمحمّد صالح ناصر وسلطان بن مبارك الشّيباني، إضافة إلى كتب أخرى، مثل: "شذرات الذّهب" لابن العماد، و"الأعلام" للزّركلي.

هذا ولم أستنكف عن دراسات حديثة متنوعة، لها صلتها بموضوع البحث، ككتاب: "العرف، حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة" لعادل ولي قوته، وقد أفدت منه كثيرا خاصّة في الجانب التّأصيلي، ورسالة "منزلة العرف عند المالكيّة والحنفيّة" لميلود سرير، وقد أفادني في الجانب التّطبيقي، إضافة إلى كتاب "العرف والعادة" لأبي سنّة، وكتاب "العرف والعمل" للجيدي.

صعوبات البحث:

لا شكّ أنّ من أقبل على عمل قبل أن يخوض غماره، فإنّه سيقف في طريقه –لا محالة– بعض العقبات التي من شأنها أن تعرقل سيره، وتشتّت فكره، فمن هذا القبيل واجهتني في بحثي جملة من الصّعوبات أوجز أهمّها فيما يلي:

1- ندرة المصادر الإباضيّة في المكتبات الجامعيّة ممّا دفعني إلى السّفر بحثا عليها، من ذلك ذهابي إلى غرداية، والمكوث فيها مدّة، علّي أحصل على مرادي.

2- ندرة الكتب التي عُنيت بعلم أصول الفقه لدى الإباضيّة، والموجود منها لم يتوسّع في الكلام عن دليل العرف، بل أشار إليه كقاعدة من قواعد الفقه الكبرى، ممّا دفعني إلى قراءة كتبهم في الفقه والتّفسير، علّي أجد فيها آراءهم وأقوالهم في مجال العمل العرف.

3- عدم تحقيق وتنقيح المصادر الإباضيّة المطبوعة غالبا، كما يوجد فيها بعض السّقط أحيانا، ممّا جعلني أقف مستغربا ومستفهما عن مراد المؤلِّف.

4- فهرس موضوعات بعض الكتب الفقهيّة الإباضيّة ليس كما هو معتاد في كتب المذاهب المشهورة الأخرى، وهذا ممّا يسبّب صعوبة الحصول على المسألة المراد بحثها.

5- صعوبة بعض العبارات والمصطلحات الموجودة في الكتب القديمة عند المالكيّة والإباضيّة، ممّا يسبّب لي العسر في فهم مراد المؤلِّف، وهذا لقلّة بضاعتي.

خطّة البحث:

اِقتضت المنهجيّة العلميّة وطبيعة البحث دراسة هذا الموضوع بعد المقدّمة، في ثلاثة فصول تعقبها خاتمة.

المقدّمة:

جاءت مشتملة على التّعريف بالبحث، وبيان أهمّيّته، وإشكاليّته، وأسباب اختياره، والدّراسات السّابقة فيه، والمنهج المتّبع في إنجازه، ومنهجيّة البحث، وأهمّ مصادره، والصّعوبات التي واجهتني، وخطّته.

أمّا فصول الرّسالة فقد جاءت على النّحو التّالي:

الفصل الأوّل: تعريف العرف وتمييزه عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه، وحاجة الفقيه إلى اعتباره.

وجعلته في ثلاثة مباحث، فالأوّل منها في تعريف العرف لغة واصطلاحا، والثّاني في تمييز العرف عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه، والثّالث في حاجة الفقيه إلى اعتبار العرف.

الفصل الثّاني: حجّيّة العرف عند المالكيّة والإباضيّة، وأدلّة وشروط اعتباره.

وقد جاء في مبحثين، اِختص الأوّل منهما بنصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به، وأدلّة ذلك، وأمّا الثّاني فاختصّ بشروط اعتبار العرف.

الفصل الثّالث: تطبيقات العرف عند المالكيّة والإباضيّة.

وضمّنته ثلاثة مباحث، أوّلها في تطبيقات العرف في العبادات، والثّاني في تطبيقات العرف في الأيمان وأحكام الأسرة، أمّا الثّالث ففي تطبيقات العرف في المعاملات الماليّة.

وبعد هذه الفصول، اِنتهيت إلى خاتمة ضمّنتها أهمّ النتائج المتوصّل إليها، وحرصت على تدوين ما بَانَ لي من اقتراحات.

وفي ختام هذه المقدّمة أسأل الله الكريم ربّ العرش العظيم، أن يمنّ علينا بالفقه في الدّين، وأن ينفعنا بما علّمنا، وأن يحسن مقاصدنا ونيّاتنا، وأن يجعل ما قدّمنا حجّة لنا لا حجّة علينا، إنّه وليّ ذلك والقادر عليه.

وصلّى الله على نبيّا محمّد وآله وصحبه وسلّم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأوّل

تعريف العرف وتمييزه عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه، وحاجة الفقيه إلى اعتباره.

المبحث الأوّل: تعريف العرف لغة واصطلاحا.

المبحث الثّاني: تمييز العرف عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه.

المبحث الثّالث: حاجة الفقيه إلى اعتبار العرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

قبل الكلام عن حجّيّة العرف وشروط اعتباره، وهل هو دليل مستقلّ بذاته أم لا، أودّ في هذا الفصل –بإذن الله تعالى– تناول عدّة مسائل لابدّ من بيانها؛ لعلاقتها بما سيأتي ذكره في الفصل الثّاني –إن شاء الله تعالى–؛ ولأنّ الحكم عن الشّيء فرع عن تصوّره.

وقد قسّمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

الأوّل: تحدّثت فيه عن معنى العرف في اللّغة والاصطلاح، وأوردت مجموعة من التّعريفات؛ لأخلص في الأخير إلى التّعريف الرّاجح والمختار.

الثّاني: بيّنت فيه الفرق بين العرف وما يشتبه به من مصطلحات، مع ذكر أقسامه وأنواعه باعتبارات متباينة.

الثّالث: تكلّمت فيه عن حاجة الفقيه إلى العرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأوّل: تعريف العرف لغة واصطلاحا.

المطلب الأوّل: العرف في اللّغة.

المطلب الثّاني: التّعريف الاصطلاحي للعرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

اقتضت الدّراسة تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، أتحدّث في الأول -بإذن الله تعالى- عن تعريف العرف لغة، وفي الثّاني عن تعريفه اصطلاحا، مع ذكر التّعريف المختار والمرجَّح.

المطلب الأوّل: العرف في اللّغة.

وردت مادّة: "عرف"، وما يتصرّف منها في معاجم اللّغة على معانٍ كثيرة، أذكر منها ماله بموضوع البحث صلة، مع ضمِّ كلام علماء اللّغة بعضه إلى بعض.

ولمّا كان كلام الإمام ابن فارس[1]—رحمه الله تعالى— في معجم مقاييس اللّغة غاية في ذكر أصل الكلمة، وردِّ مفردات المادّة اللّغوية إلى أصولها المعنويّة المشتركة، وبيان الجامع القاسم بين معانيها، صار أصل وأساس هذا البحث[2].

هذا، والمستفاد من مادّة: "عرف"، وما يتصرّف منها أصلان صحيحان يدلّ أحدهما على تتابع الشّيء متّصلا بعضه ببعض، ويدلّ الآخر على السّكون والطّمأنينة.

فمن الأوّل: عرف الفرس، سمّي بذلك لتتابع الشَّعر عليه، والعَرْفَاء: الضّبع، لكثرة شعر رقبتها، وقيل: لطول عُرْفِها.

ويقال: جاءت القطا عُرْفاً عُرْفًا؛ أي: بعضها خلف بعض، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ۝١﴾ [المرسلات/1] -في أحد معنييه— أي : متتابعات، كشعر العُرْف.

والأصل الآخر: المعرفة والعِرفان، وهو: إدراك الشّيء بتفكُّرٍ وتدبُّرٍ لأثَره.

تقول: عرف فلان فلانًا عِرْفَانًا، ومَعْرِفَةً، وعِرْفَة —بالكسر— وعِرِفَّانًا —بكسرتين مشدّدة الفاء— عَلِمه، فهو عَارفٌ، وعَرُوفَةٌ، وهذا أمرٌ معروفٌ.

وهذا يدلّ على ما ذُكِر من سكونه إليه؛ لأنّ من أنكر شيئا توحّش منه ونَبا عنه.

ومن الباب: العَرْف، وهي الرّائحة الطّيّبة؛ لأنّ النّفس تسكن إليه، يقال: ما أطيب عَرْفه، قال الله تعالى :﴿وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ ۝٦﴾ [محمّد/6]؛ أي: طيّبها.

والعُرف: المعروف، سمّي بذلك لأنّ النّفوس تسكن إليه.

---

(1) هو أحمد بن فارس بن زكريّاء القزويني الرّازي المالكي، أبو الحسن، من أئمّة اللّغة والأدب، من مشايخه: علي بن إبراهيم القطّان وسليمان بن يزيد الفامي، وقرأ عليه البديع الهمذاني والصّاحب ابن عماد وغيرهما من أعيان البيان، من تصانيفه: مقاييس اللّغة، واللاّمات، والاتّباع والمزاوجة، توفّي سنة 395هـ. ينظر: الذّهبي، سير أعلام النّبلاء، 363/10. الزّركلي، الأعلام، 193/1.

(2) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 87/1.

والمعروف: النّصح وحسن الصّحبة مع الأهل وغيرهم، والمعروف ضدّ المنكر، والعُرْف ضدّ النُّكر، يقال: أولاه عرفًا؛ أي معروفا، والعرف والمعروف: الجود، وقيل: هو اسم لما تبذله وتُسْدِيه.

والعُرْف والعارفة والمعروف واحد: ضدّ النُّكر، وهو كلّ ما تعرفه النّفس من الخير، وتَبْسَأُ[1] به وتطمئنُّ إليه.

والعُرْف أيضا: الاسم من الاعتراف، ومنه قولهم: له عليَّ ألف عُرْفًا؛ أي: اعترافًا، والعُرْف والعُرُف: الرّملُ المرتفع.

والعُرْف بالضّم، والعِرْف بالكسر : الصّبر[2].

هذا، والّذي يبدو من تأمّل هذه المادّة وما نقله فيها أئمّة اللّغة دلالتها أيضا على: "العلوّ والارتفاع".

فالعُرْف أيضا هو كلّ عالٍ مرتفع، فعرف الأرض: ما ارتفع منها، وعرف الرّمل والجبل وكلّ عالٍ: ظهرُه وأعاليه، وناقة عَرْفَاء: مشرفة السّنام، وتقدّم ذكر عُرْف الفرس ونحوها.

والمعارف: محاسنُ الوجه، يقال: امرأة حسنة المعارف؛ أي: الأنف وما والاه، أو الوجه وما يظهر منها، واحدها: مَعْرَف.

ويقال للقوم إذا تلثّموا: غطّوا معارفهم.

ومعارف الأرض: أوجهُها وما عُرِف منها[3].

(1) تبسأ: تأنس. ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: بسأ، ص: 31.

(2) ينظر فيما تقدّم: ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، مادّة: عرف، 281/4. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: عرف، ص: 181. الزّبيدي، تاج العروس، مادّة: عرف، 133/24-153. الرّاغب، المفردات في غريب القرآن، مادّة: عرف، ص: 343 وما بعدها. ابن منظور، لسان العرب، مادّة: عرف، 140/11 وما بعدها. وقد أخذت هذا التّلخيص من: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، مع شيء من الحذف والتّصرف، 87/1-92.

(3) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادّة: عرف، 142/11،146. الزّبيدي، تاج العروس، مادّة: عرف، 133/24-153.

المطلب الثّاني: التّعريف الاصطلاحي للعرف.

أولا– تعريف حافظ الدّين النّسفي:

«عند استعراض كلام العلماء في حدّ العرف، يأتي تعريف حافظ الدّين النسفي[1]له في مقدّمة تلك التّعريفات؛ لكونه من أقدم من وُقِف له على حدٍّ اصطلاحي للعرف، ولتتابع كثير من العلماء والباحثين على نقل هذا التّعريف واعتماده»[2].

قال الإمام النّسفي –رحمه الله تعالى– في كتابه"المستصفى"[3]: «العادة والعرف: ما استقرّ في النّفوس من جهة العقول وتلقّته الطّباع السّليمة بالقبول»[4].

شرح التّعريف:

«لفظ **"ما"** عامّ يشمل القول والفعل.

وقوله: **"ما استقرّ في النّفوس"** يخرج عنه ما حصل بطريق النّدرة، ولم يعتدْه النّاس، فإنه لا يعدّ عرفا.

وقوله: **"من جهة العقول"** يخرج به ما استقرّ في النّفوس من جهة الأهواء والشّبهات، وما استقرّ بسبب خاصّ، كفساد الألسنة، أو بسبب أمر اتّفاقي،كتفاؤل قوم من بعض الأعمال، فيَتعارفون فعلها، أو تشاؤمهم منها، فيتعارفون تركها.

وقوله: **"تلقّته الطّباع..."** يخرج به ما أنكرته الطّباع أو بعضُها، فإنّه نُكْرٌ لا عرفٌ.

وعلى هذا يجري العرف في الأقوال والأفعال التّعامليّة والخُلُقيّة، ويقوم كيانه على استقرار الأمر في النّفوس، وقبول الطّباع السّليمة له، ومتى توفّر له ذلك فقد وجِدت حقيقة العرف»[5].

---

(1) هو عبد الله بن أحمد بن محمود النّسفي الحنفي، حافظ الدّين ، أبو البركات، فقيه، أصولي، مفسّر، له تصانيف جليلة منها: مدارك التّنزيل، وكنز الدّقائق، وكشف الأسرار شرح المنار، والمستصفى شرح الفقه النّافع، توفّي سنة 710هـ. ينظر: اللّكنوي، الفوائد البهيّة، 172–174. عمر كحالة، معجم المؤلّفين، 32/6. الزّركلي، الأعلام، 67/4.

(2) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 93/1. وممّن نقل هذا التّعريف: حسنين محمود، بحث: مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، ص: 100. وابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 112/2.وينظر: اليوبي، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، ص: 604.

(3) هو: المستصفى في فروع الحنفيّة، وقد نسب بعض أهل العلم هذا التّعريف إلى مستصفى الإمام الغزالي، وهو وهم سببه الاشتراك في عنوان الكتاب، منهم: الأستاذ الزّرقا في المدخل الفقهي (تهميش)، 879/2، والشّيخ أبو زهرة في كتابه مالك (تهميش)، ص: 448.

(4) نقلا عن: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 112/2.وينظر : البغا، أثر الأدلّة المختلف فيها، 242.

(5) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 92/1. وينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 10–11.

نقد تعريف النّسفي:

«مع تقدير من أنشأ هذا التعريف، ومن نقله واعتمده من الأجلّة، غير أنّه ترد عليه عدّة مآخذ منها:

1- ما في هذا التّعريف من نوع غموض و إبهام ، والحاجة في فهمه إلى معانات وشرح طويل،ثمّ هو أقرب إلى التّعريف بالمفهوم منه إلى الحدّ الاصطلاحي – بالجنس والفصل والخاصّة –، ومن المعلوم أنّ أهمّ مزايا التّعريف: حسنُ الدّلالة والشّمول، بجانب الاختصار والتّحرير.

2- أنّه ليس مانعا؛ إذ ليس كلّ ما قبلته الطّبائع يعدُّ عرفا، ولا كلّ ما استقر في النّفوس من جهة العقول يكون عرفا أيضا، فترد عليه العقائد صحيحة كانت أم باطلة؛ إذ هي تستقرّ في النّفوس من جهة العقول، وليست عرفا!

3- ما في دلالة "ال" في النّفوس والطّبائع على إرادة الاستغراق والعموم، فيكون العرف هو: ما اعتاده جميع النّاس وكلُّهم، مع أنّ هذا غير صحيح؛ لما يأتي في شروط اعتبار العرف من أنّ العرف يحكَّم مادام مطّردًا أو غالبا، ثمّ هو أيضا يُخرج العرف الخاصّ وتحكيمه واعتباره.

4- أنّ ظاهر صياغة هذا التّعريف ليست كاشفة عن أقسام العرف، وما يتناوله، ولا مومئة إليها، فكيف تَبِين طبيعة العرف إذًا، وما يجري فيه من القول والفعل.

5- أنّ هذا الحدَّ غيرُ محرّر؛ إذ لو كان المراد به العرف المعتبر شرعًا لكان وصف الطّباع بالسّليمة غير كافٍ للخروج من هذا الإيراد، بل لابدّ من تقييد ذلك بـ : "ممّا لا تردّه الشّريعة"، أو "ممّا لا يصادم نصًّا"، ونحو هذا؛ ليكون العرف معتبرًا.

وإن أريد بهذا الحدّ مطلقُ التّعريف للعرف؛ ليدخل الصّحيح المعتبر والفاسد الملغي اعتباره، فما فائدة وصف الطّباع بالسّليمة ؟!»[1].

وكيف توصف بالسّلامة طباع تقبل الرّشوة وعقود الرّبا ، وتستحسن كشف العورات، وتستلذّ المنكرات والمحرّمات.

ثانيا– بعض تعريفات علماء المالكيّة للعرف :

ذهب علماء المالكيّة إلى عدم التّفريق بين العرف والعادة، فيطلقون كلاّ منهما على الآخر[2]، وعليه إذا ورد لفظ "العادة" في تعريفاتهم، فالمراد بها "العرف".

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 1/95-96.

(2) ينظر: علاّل الفاسي، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، ص: 157. الجيدي، العرف والعمل، ص: 45-46.

وفيما يلي ذكر لبعض هذه التّعريفات، مع تثنيتها ببعض الملاحظات والانتقادات:

1- قال ابن فرحون[1]-رحمه الله تعالى-: «العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها»[2].

2- وقريب من هذا تعريف ابن جزي[3]-رحمه الله تعالى- حيث قال: «أمّا العوائد: فهي غلبة معنى من المعاني على النّاس، وقد تكون هذه الغلبة في جميع الأقاليم، وقد تختصّ ببعض البلاد أو بعض الفرق»[4].

3- وعرّفها الإمام القرافي[5]-رحمه الله تعالى- بأنّها: «غلبة معنى من المعاني على النّاس»[6].

نقد تعريفات المالكيّة:

قد يرد على هذه التّعريفات ما يلي:

1- اقتصرت التّعريفات على المعاني التي هي من خصائص الأقوال والألفاظ، ولم تشر إلى الأفعال، ومن المعلوم أنّ العرف نوعان: قولي وفعلي[7]، كما سيأتي بيانه -بإذن الله تعالى- عند ذكر أقسام وأنواع العرف.

2- إنّ تعريف الإمام القرافي يخرج العرف الخاصّ، ولا يشير إليه.

---

(1) هو برهان الدّين أبو الوفاء إبراهيم بن نور أبي الحسن علي بن محمّد بن أبي القاسم فرحون بن محمّد بن فرحون اليعمري، ولد بالمدينة ونشأ بها، من فقهاء المالكيّة، تولّى القضاء، من مصنّفاته: تبصرة الحكّام، توفّي سنة 799هـ، ودفن بالبقيع. ينظر: ابن العماد، شذرات الذّهب، 112/7.

(2) تبصرة الحكّام، 68/2.

(3) هو محمّد بن أحمد بن جزي، الكلبي الغرناطي، كنيته أبو القاسم، ولد سنة 693 هـ، فقيه مالكي، محدّث وأصولي، أديب ومفسّر، من مشايخه: أبو جعفر بن الزّبير، أبو عبد الله بن رشد، أبو عبد الله بن برطال، أبو المجد بن أبي الأحوص، ومن مؤلّفاته: القوانين الفقهيّة، تقريب الوصول إلى علم الأصول، توفّي سنة741هـ. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 255/2-256. مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 213.

(4) تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص: 148.

(5) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمان بن عبد الله بن يلّين الصّنهاجي المالكي، يلقّب بشهاب الدّين، كنيته أبو العبّاس، واشتهر بالقرافي، أخذ عن عزّ الدّين بن عبد السّلام الشّافعي، وعن جمال الدّين بن الحاجب، كان فقيها أصوليّا، من مؤلّفاته: الفروق، شرح تنقيح الفصول، الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام، توفّي سنة 684هـ، ودفن بمصر. ينظر: مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 188-189.

(6) شرح تنقيح الفصول، ص: 448.

(7) ينظر: ميلود سرير، منزلة العرف في المذهب المالكي والحنفي (رسالة ماجستير)، ص: 17.

ثالثا– نقول عن بعض علماء الإباضيّة تشير إلى معنى العرف:

مع بذل الجهد في مفاتشة مدوّنات الإباضيّة[1]، من أجل الحصول على حدّ للعرف خاصّ بها، لم أقف على ما يفيد ذلك، والذي وقفت عليه فيها –حسب بحثي– هو ما يلي:

1–أفرد الإمام ابن بركة[2]–رحمه الله تعالى– رسالة مستقلّة، سمّاها: "التّعارف"، حيث قال مُبيّنا موضوعها: «وأمّا هذا، فإنّما قصدنا فيه إلى تبيين ما كلّفنا علمه بالاستدلال والظاهر، وما يعلم بالقلب وسكون النّفس والعادة الجارية»[3].

وقال في موضع آخر عند ذكره لأشياء تعارف النّاس عليها: «وهذه الأشياء تعرف بالدّليل في القلب، وسكون النّفس بما يجري بها في العادة بين النّاس»[4].

يمكن أن يؤخذ من كلام ابن بركة أنّ العرف: "هو ما علم بالدّليل في القلب وسكنت إليه النّفس واعتاده النّاس".

(1) الإباضيّة: بكسر الهمزة أوفتحها، وقال القطب: الأصحّ فتحها، وهذه التّسمية نسبة إلى عبد الله بن أباض بن تيم اللاّت بن ثعلبة التّميمي المقاعسي المرّي (ت 86هـ–705م)، وذلك بسبب ما اشتهر به من مراسلات سياسيّة دينيّة مع الخليفة عبد الملك بن مروان، ونقده لأسلوب الحكم الأموي.

من علماء الإباضيّة بالمشرق الإسلامي: الرّبيع بن حبيب الفراهيدي، أبو عبيدة مسلم بن أبي كريمة، محمّد بن محبوب، محمّد بن سعيد الكدمي، محمّد بن بركة البهلوي، أحمد بن عبد الله الكندي، محمّد بن إبراهيم الكندي، عبد الله بن حميد السّالمي، سلمة بن مسلم العوتبي.

وأمّا في المغرب الإسلامي: عبد الوهّاب بن عبد الرّحمان، وابنه أفلح، أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم الوارجلاني، أبو عبد الله محمّد بن بكر النّفوسي، أبو ساكن عامر بن علي الشّماخي، عبد العزيز بن إبراهيم التّميمي، امحمّد بن يوسف أطفيش، أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، إبراهيم بن عيسى أبو اليقظان، سليمان بن عبد الله الباروني، إبراهيم بن عمر بيّوض، علي يحي معمّر. ينظر: مجموعة من الباحثين، معجم مصطلحات الإباضيّة، ص: 2–6. مجموعة من الباحثين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 551/3–552. ابن حزم، الملل والنّحل، 273/3، 53/5.

(2) هو أبو محمّد عبد الله بن محمّد بن بركة السّلمي البهلوي الإباضي، الشّهير بابن بركة، من كبار علماء القرن الرّابع الهجري، كان أصوليّا وفقيها، حمل العلم عن الشّيخ أبي مالك غسّان بن محمّد الصلاني، والإمام سعيد بن عبد الله، من تلاميذه: أبو الحسن علي بن محمّد البسيوي، ترك آثارا منها: كتاب الجامع، ورسالة التّعارف، والتّقييد. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 285.

(3) كتاب التّعارف، ص: 9.

(4) المرجع نفسه، ص: 24.

2- قال نور الدّين السّالمي[1] -رحمه الله تعالى- مُبيِّنا معنى التّعارف:

وهو إباحـــــة بها تعـــارفـوا ولم يكـن في أمـرها تخـالف
يعـــرفـها أهـل البـــلاد طـــرا بـان ذا لم يحجـرن حجـرا
في مثـلـه تسـامـح النّفـوس ولم يكن ريب من المحسوس
عند انتفاء الرّيب في ذا الشان يعـرف حلّه بذا المكان[2].

يمكن أن يؤخذ من كلام السّالمي أنّ العرف: "هو إباحة تعارف عليها أهل البلاد، وأجمعوا عليها، وسكنت نفوسهم إليها".

3- قال الشّيخ سفيان بن محمّد بن عبد الله الرّاشدي: «العرف والعادة بمعنى، وهو ما كان مقرّرًا بالعقول، وتلقّته الطّباع السّليمة بالقبول»[3].

نقد النّقول السّابقة:

والملاحظات المتوجّهة على هذه النّقول تتلخّص فيما يلي[4]:

1- هي في جملتها بيان لمعنى العرف ومفهومه، وليست حدّا اصطلاحيّا جامعًا مانعًا.

2- في قول السّالمي: "هو إباحة بها تعارفوا" دور ظاهر، وإحالة في بيان معنى العرف إلى ما عرف.

3- إنّ وصف العرف بما تسكن إليه النّفس فيما نقله ابن بركة والسّالمي غير كاف في بيان معني العرف المعتبر شرعًا، بل لابدّ من تقييد ذلك بـ: "ممّا لا تردّه الشّريعة"، أو "ممّا لا يصادم نصّا"، ونحو هذا؛ لأنّ النّفس قد تسكن وتطمئنّ للحلال، كما يمكن أن تسكن وتطمئنّ للحرام.

4- ما نقله الشّيخ سفيان بن محمّد بن عبد الله الرّاشدي في جواهر القواعد هو قريب جدًّا من حدّ النّسفي المتقدّم، فيرد عليه ما ورد عليه، كما يرد بعضُ ذلك على ما قاله ابن بركة والسّالمي[5].

---

(1) هو عبد الله بن حميد بن سلوم بن عبيد بن خلفان بن خميس السّالمي الإباضي، من بني ضيّة، يلقّب بنور الدّين، ولد سنة 1286هـ ببلدة الحوقين، حفظ القرآن الكريم على يد والده، وتعلّم على يد الشّيخ راشد بن سيف اللّمكي، من مؤلّفاته: تحفة الأعيان، وطلعة الشّمس على الألفيّة، ومعارج الآمال، وشرح الجامع الصّحيح، توفّي سنة 1332هـ. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 271-273.

(2) جوهر النّظام، 1/3.

(3) جواهر القواعد من بحر الفرائد، ص : 143.

(4) ذكر الأستاذ عادل قوته ملاحظات على نقول بعض علماء الحنابلة المتعلّقة بالعرف، فرأيتها تنطبق على ما نقلته من كلام علماء الإباضيّة فأوردتها في هذا المقام. ينظر: العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 1/97-98.

(5) ينظر: ص: 7 من هذا البحث.

رابعا– تعريفات بعض المعاصرين:

لقد عرّف المعاصرون العرف بتعريفات مختلفة، أورد بعضها على سبيل التّمثيل، لا الحصر، من ذلك:

1– قال الأستاذ عبد الوهّاب خلاّف في بيان حدّ العرف: «هو ما يتعارفه النّاس ويسيرون عليه غالبا من قول أو فعل»[1].

2– وعرّفه الأستاذ وهبة الزّحيلي بقوله: «هو ما اعتاده الناس، وساروا عليه من كلّ فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاصّ لا تألف اللّغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي»[2].

3– وعرّفه الأستاذ محمّد سليمان الأشقر بقوله: «العرف هو العادة الجارية بين النّاس»[3].

نقد التّعريفات:

قد يلاحظ على هذه التّعريفات ما يلي:

1– في قول عبد الوهّاب خلاّف: "يتعارفه"، وقول وهبة الزّحيلي: "تعارفوا"، دور ظاهر وإحالة في بيان معنى العرف إلى ما عرف، وهو من عيوب التّعريف.

2– شمل تعريف كلّ من خلاّف والزّحيلي على ثلاثة أنواع من العرف هي: العرف القولي ، والعرف العملي، والعرف العام، ولم يتطرّقا إلى بيان العرف الخاصّ، أمّا تعريف محمّد الأشقر فقد اشتمل على نوع واحد ألا وهو العرف العام.

3– يتميّز تعريف الزّحيلي بالطّول، إذ هو بيان لمعنى العرف ومفهومه، وليس حدّا اصطلاحيّا جامعا مانعا.

4– لم تبيّن هذه التّعريفات العرف المعتبر شرعا؛ إذ لابدّ من تقييدها بـ: "ممّا لا تردّه الشّريعة"، أو "ممّا لا يصادم نصّا"، ونحو هذا؛ ليكون العرف معتبرا.

(1) مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، ص: 145.

(2) أصول الفقه الإسلامي، 104/2.

(3) الواضح في أصول الفقه، ص: 153.

خامسا– التّعريف المختار:

الذي يقرب من الحدّ الصّحيح للعرف –والله أعلم– هو تعريف الأستاذ مصطفى الزّرقا، حيث قال: «العرف: عادة جمهور قوم في قول أو فعل»[1].

شرح التّعريف:

عادة: سيأتي الكلام عن تعريفها، وأذكر بعد هذا الشّرح مباشرة سبب إيرادها هنا.

«**جمهور:** يستفاد منه أنّ تحقّق العرف يعتمد على نصاب عددي من النّاس، لابدّ من توفّره، ولو كان عرفا خاصّا، وأن يكون موضوع العرف قد اعتاده القوم المحكَّم بينهم في مكان جريانه، ويخرج به: العادة الفرديّة، والمشتركة التي لم تطّرد بل اضطربت، وهي لا تسمّى عرفا أصلاً، ولا تبلغ حدّه.

قوم: يستفاد من تنكير لفظ "قوم" دخول العرف الخاص، وأنّه محكَّم فيمن كان غالباً عليهم، من نحو أهل بلدٍ معيّن، أو أهل حرفة خاصّة.

في قول أو فعل: يدلّ على تقسيم العرف إلى عرف قولي (لفظي)، وعرف عملي.

ويستفاد أيضا من قول الحدّ: "في قول أو فعل": أنّ العرف لا يكون إلاّ في الأمور المنبعثة عن التّفكير والاختيار؛ لأنّ عادة الجماعة من النّاس لا تكون إلاّ كذلك، فيخرج عن معنى العرف: ما كان ناشئا بسبب عادي من عوامل الطّبع، كالحيض ومدّته، وإسراع بلوغ الأشخاص، ونضج الثّمار في البلاد الحارّة، وإبطاء ذلك في البلاد الباردة، وأشباه ذلك، فمثل هذا لا يسمّى عرفا، بل هي العادة»[2]، كما سيأتي تعريفها[3].

ذكر ما قد يرد على هذا التّعريف، والجواب عنه:

قد يرد على هذا التّعريف أمران اثنان:

1– «ذكر العادة في حدّ العرف، فيكون إحالة على ما هو المراد من التّعريف، ويكون دورًا عند من يقول بترادفهما.

(1) المدخل الفقهي، 872/2. وهو ما رجّحه عادل قوته في كتابه العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 101/1. وجمال كركار في كتابه أثر العرف في تغيّر الفتوى، ص: 42.

(2) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 102/1. وينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 874-873/2.

(3) ينظر: ص: 16 من هذا البحث.

ويجاب عنه: أنّ ذكر العادة هنا مراد؛ لبيان النّسبة والعلاقة بين العرف والعادة وأنّ العرفَ أخصّ منها، وهو نوع من أنواعها؛ إذ العرف عادة العامّة والجماعة، أو"عادة جمهور قوم"، ثمّ إنّ "العادة" كلمة مأنوسة مألوفة ، لا يلزم من استعمالها الدّور »[1].

2-التّعبير بـ: "قوم"، وأنّه يخرج به النّساء، وعليه فإذا وجد عرف خاصّ بالنّساء فإنّ هذا التّعريف لا يشمله.

وجوابه: إنّ هذا غير صحيح، فمع التّسليم أنّ الأصل في استعمال "قوم" هو في جماعة الرّجال دون النّساء، لكن هذا لا ينفي صحّة إطلاقها على الرّجال والنّساء معًا، وجواز استعمالها بما يشملهما جميعا، كما في قوله تعالى: ﴿وَكَذَّبَ بِهِۦ قَوۡمُكَ وَهُوَ ٱلۡحَقُّۚ قُل لَّسۡتُ عَلَيۡكُم بِوَكِيلٖ ٦٦﴾ [الأنعام/66]، ومنهنّ النّساء[2].

بقي أن يضمّ إلى هذا التّعريف المختار إن أريد به بيانُ حدّ العرف المعتبر شرعًا "فيما لا يصادم نصّا، أو قاعدة من قواعد الشرع"[3]، فيكون تعريف العرف كالآتي:

"عادة جمهور قوم في قول أو فعل، فيما لا يصادم نصّا، أو قاعدة من قواعد الشّرع".

النّسبة بين المعنى اللّغوي والاصطلاحي:

«بدا من تأمّل الأصل اللّغوي لكلمة العرف، وجملة مجالات الكلمة ومعانيها أنّها تدل على:

1-المعرفة بالشّيء.

2-وتتابعه واتّصاله.

3-على سكون النّفس إليه وطمأنينتها به.

4-على كرم معانيه.

5-على علوّه وارتفاعه، وإفادة هذا الأخير معنى الظّهور والوضوح»[4].

وكأنّ بتعداد هذه الأمور إشارة إلى شروط اعتبار العرف شرعًا، ولا يبقى إلاّ كونه فيما لا يصادم نصّا[5]، وعليه فالنّسبة بين المعنى اللّغوي والاصطلاحي تقرُب من التّساوي[6].

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 102/1.

(2) ينظر: المرجع نفسه، 102/1-103-104.

(3) ينظر: المرجع نفسه،104/1.

(4) المرجع نفسه، 104/1-105.

(5) ينظر: ص: 60 وما بعدها من هذا البحث.

(6) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 105/1.

فتأمّل –رعاك الله– قيمة هذه الكلمة "العرف" وكرَم هذه المعاني التي تدلّ عليها، وصحّتها، ودلالة ذلك كلّه على عظمة ومكانة لغة القرآن[1].

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 105/1.

المبحث الثّاني: تمييز العرف عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه.

المطلب الأوّل: تمييز العرف عمّا يشتبه به.

المطلب الثّاني: أقسام العرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

أبيّن في هذا المبحث –إن شاء الله تعالى– الفرق بين العرف وما يشتبه به من مصطلحات، كالعادة، والإجماع، ثمّ أتحدّث عن أقسام العرف وأنواعه باعتبارات مختلفة.

المطلب الأوّل: تمييز العرف عمّا يشتبه به.

الفرع الأوّل: الفرق بين العرف والعادة.

قبل الحديث عن الفرق بين العرف والعادة، نودّ أن نذكر أوّلا معنى العادة في اللّغة والاصطلاح.

تعريف العادة:

لغة: «مأخوذة من العود، أو المعاودة، بمعنى التّكرار»[1]،«وهي اسم لتكرير الفعل والانفعال حتّى يصير سهلا تعاطيه كالطّبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية»[2].

اصطلاحا: عُرّفت العادة بعدّة تعريفات، وأفضلها وأدقّها التّعريف الآتي: «العادة: هي الأمر المتكرّر من غير علاقة عقليّة»[3].

شرح التّعريف:

«**الأمر**: الشّأن والحال، وجمعه أمور، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلّها.

المتكرّر: تكرار الشّيء: حصولُه مرّة بعد أخرى، فخرج بالمتكرّر ما حصل مرّة، فلا تثبت به العادة.

من غير علاقة عقليّة: خرج به ما إذا كان التّكرار ناشئا عن علاقة عقليّة، وهي التي يحكم فيها العقل بهذا التّكرار، كتكرار حدوث الأثر كلّما حدث مؤثّرة، بسبب أنّ المؤثّر علّة لا يتخلّف عنها مَعْلولها، مثالها: تحرّك الخاتم بتحرّك الأصبع، وتبدّل مكان الشّيء بحركته، فهذا لا يكون من قبيل العادة، بل هو من قبيل "التّلازم العقلي" النّاشئ عن تلازمٍ وارتباطٍ في الوجود بين العلّة والمعلول، يقضي به العقل، وهو لا يسمى عادة مهما تكرّر؛ إذ هو ليس ناشئا عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي»[4].

---

(1) مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 870/2. ينظر: الزّبيدي، تاج العروس، مادّة: عود، 443/8. الرّازي، مختار الصّحاح، مادة: عود، ص: 194.

(2) الرّاغب الأصفهاني، المفردات، ص: 364.

(3) ابن أمير الحاج، التّقرير والتّحبير، 282/1. وينظر: أمير بادشاه، تيسير التّحرير، 317/1.

(4) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 109/1–110.وينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 871/2–872. أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 12.

النّسبة بين المعنى اللّغوي والمعنى الاصطلاحي للعادة:

نلاحظ أنّ المعنى اللّغوي يقرب جدّا من التّعريف الاصطلاحي للعادة، فالنّسبة بينهما هي التّساوي[1]، وهو ما دفعنا لاختيار التّعريف السّابق.

بعد بيان معنى العادة لغة واصطلاحا، نذكر الآن –بإذن الله تعالى– الفرق بينها وبين العرف.

«للعلماء في مبحث الفَرق بين العرف والعادة وبيان النّسبة بينهما ثلاثة اتّجاهات: هل يشمل التّعبير بالعرف العادةَ، أم هي تشملُه، أو هما مترادفان»[2].

الاتّجاه الأوّل: «أنّ العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد»[3]، وهو رأي فقهاء مالكيّة المغرب[4]، والقطب أطفيش[5][6]، وعبد الله الحضرمي[7]، وسفيان بن محمّد بن عبد الله الرّاشدي[8]من الإباضيّة، واختاره جملة من أهل العلم[9].

قال الأستاذ عبد الوهّاب خلاّف –رحمه الله تعالى– معبّرا عن هذا الاتّجاه: «العرف والعادة في لسان الشّرعيّين لفظان مترادفان، معناهما واحد»[10].

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 110/1.

(2) المرجع نفسه، 115/1. وينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 874/2. الجيدى، العرف والعمل، ص: 37-45. أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 12-15.

(3) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 115/1.

(4) علاّل الفاسي، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، ص: 156-157.

(5) هو محمّد بن يوسف بن عيسى بن صالح بن عبد الرّحمان بن عيسى بن إسماعيل بن محمّد بن عبد العزيز بن بكير الحفصي أطفيش، أشهر عالم إباضي بالمغرب الإسلامي في العصور الحديثة، يلقّب بالقطب، ولد بغرداية، أخذ عن أخيه الأكبر إبراهيم بن يوسف، و سعيد بن يوسف وينتن، من تلاميذه: أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، وسليمان باشا الباروني، له مؤلّفات كثيرة منها: تيسير التّفسير، هيمان الزّاد، شرح كتاب النّيل، توفّي بمرض دام أسبوعا، بعد أن قضى قرابة قرن. ينظر: مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 835/4-849.

(6) شرح كتاب النّيل، 532/7.

(7) الكوكب الدّرّي، 200/5.

(8) جواهر القواعد من بحر الفرائد، ص: 143.

(9) هو رأي النّسفي في مستصفاه من خلال التّعريف المتقدّم، ينظر: ص: 6 من هذا البحث. وابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 112/2. والجرجاني، التّعريفات، ص: 125. وعلي حيدر، درر الحكّام، 44/1.

(10) مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص: 145.

«وعليه تكون النّسبة بين العرف والعادة هي التّساوي، ويكون عطف أحدهما على الآخر في كلام الفقهاء من باب التّرادف»[1].

الاتّجاه الثّاني: «أنّ العرف مخصوص بالقول، والعادة مخصوصة بالفعل؛ أي: العرف العملي»[2].

وقد نقد الأستاذ أبو سنّة هذا الاتّجاه بقوله: «وهذا القصر لا معنى له؛ لأنّ الفقهاء من السّلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معًا»[3].

وعلى هذا الرّأي تكون النّسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص، والعرف الأعمّ[4].

الاتّجاه الثّالث: «أنّ العادة أعمّ من العرف، لأنّ العادة تشمل: العادة النّاشئة عن عامل طبيعيّ، والعادة الفرديّة، وعادة الجمهور الّتي هي العرف»[5].

«وعليه: تكون النّسبة بين العادة والعرف: العموم والخصوص المطلق؛ لأنّ العادة أعمّ مطلقا وأبدا، والعرف أخصّ؛ إذ هو عادة مقيّدة، فكلّ عرف هو عادة، وليست كلّ عادة عرفا؛ لأنّ العادة قد تكون فرديّة أو مشتركة»[6].

وإلى هذا الرأي الرّاجح ذهب الأستاذان الزرقا وأبو سنّة[7]، وهو الرّأي الذي يبدو بروزه وقوّته، وهو أيضا مقتضى ما سبق اختياره من تعريفات العرف والعادة[8].

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 116/1. وينظر: أبو سنّة العرف والعادة، ص: 15.

(2) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 116/1. واختار هذا الاتّجاه طائفة من أهل العلم منهم: ابن الهمام في متن "التّحرير"؛ إذ يقول: «العادة: العرف العملي»، ينظر: أمير بادشاه، تيسير التّحرير، 317/1. وذهب إليه البزدوي في أصوله، ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 145/2، 140. كما ذهب إليه أحمد الزّرقاء في شرحه على قواعد المجلّة، ص: 165. وينظر: الزّبيدي، تاج العروس، 439/2.

(3) العرف والعادة، ص: 13.

(4) ينظر: المرجع نفسه، ص: 15.

(5) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 117/1.

(6) المرجع نفسه، 117/1. وينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 15. مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 874/2.

(7) ينظر: المدخل الفقهي، 874/2. العرف والعادة، ص: 15. وهو ما رجّحه فاديغا موسى في كتابه أصول فقه الإمام مالك –أدلته العقليّة–، 495/2. وسها سليم مكداش في كتابها تغيّر الأحكام، ص: 138.

(8) ينظر: ص: 13، 16 من هذا البحث.

«ومع هذا الاختيار المرجَّح، فالنّاظر المستقرئ لغالب كلام الفقهاء فيما يتعلّق بالعرف من مسائل فروعيّة، يرى استعمالات الفقهاء لأحدهما مكان الآخر، ممّا يفيد أنّهما -عندهم- بمعنى واحد»[1].

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 118/1.

الفرع الثّاني: الفرق بين العرف والإجماع.

الإجماع في اللّغة يطلق على أحد معنيين:

الأوّل: «العزم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَجۡمِعُوٓاْ أَمۡرَكُمۡ وَشُرَكَآءَكُمۡ﴾ [يونس/71].

الثّاني: الاتّفاق، يقال: أجمع القوم على كذا؛ أي صاروا ذوي جمع»[1].

وأمّا في الاصطلاح فهو: «اتّفاق مجتهدي أمّة محمّدٍ ﷺ بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور»[2].

بعد عرض مفهوم الإجماع، يظهر لنا أنّه يختلف عن العرف في أمور، وهي كالآتي:

1- «العرفُ يتكوّن من توافق غالب النّاس على ما تعارفوا عليه، فيشمل العامّة والخاصّة، والقارئين والأمّيّين، والمجتهدين والعامّة، أمّا الإجماع فلا يتكوّن إلاّ من اتّفاق المجتهدين خاصّة، دون غيرهم.

2- أنّ العرف لا يتكوّن، ولا يتأتّى تحكيمه إلاّ إذا تكرّر فعله، حتّى يستقرّ في النّفوس، وتطمئنّ إليه القلوب، ويقع التّواطؤ عليه، والعمل به، أمّا الإجماع فيتحقّق بمجرّد اتّفاق المجتهدين على أمر، دون حاجة إلى تكراره.

3- أنّ الإجماع لابدّ له من مستند: نصّ أو قياس، أو ما يلحق بذلك من الأدلّة، أمّا محلّ العرف وسنده والباعث عليه فهي حوائجُ النّاس، وتحقيق مصالحهم، ورفع الحرج عنهم.

4- أنّ الحكم الذي يستند إلى الإجماع كالحكم الذي يستند إلى النّص لا مجال لتغييره أو تبديله -إلاّ إذا كان سند الإجماع عرفا أو مصلحة، فإنّه يتغيّر بتغييريهما- وهو أيضا حجّة على من يأتي بعد عصر المُجْمِعين، أمّا الحكم المستند للعرف، فيتغيّر بتغيّر العرف، ولا يكون مُلْزِمًا إلاّ لمن تعارفوا علية.

5- أنّ العرف يحصل تحكيمه بتعارف جميع النّاس، أو تعارف غالبهم عليه، فلا ينقضه مخالفةُ بعض النّاس له، ولا يحول دون اعتباره، هذا إذا كان عرفًا عامًّا، وكذا في حال العرف الخاصّ، فيشترط تعارف جميع أهله أو غالبهم عليه، أمّا الإجماع فلا يتحقّق إلاّ باتّفاق جميع المجتهدين، في عصر حدوث الواقعة المعروضة، ومخالفةُ مجتهدٍ واحدٍ قد تكون ناقضة لحكم الإجماع.

---

(1) الرّازي، المحصول، 4/19-20.

(2) الشّوكاني، إرشاد الفحول، 1/193.

6-أنّ العرف قد يكون فاسدا، كما لو تعارف النّاس على أمر محرّم مصادم للنّصّ، بخلاف الإجماع فإنّه لا يمكن أن يكون فاسدا؛ لأنّ هذه الأمّة المرحومة لا تجتمع على ضلالة»[1].

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 122/1-123. وينظر: عبد الوهّاب خلاّف، مصادر التّشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، ص: 145-146. حسنين محمود، بحث: مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، ص: 109-110. فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك -أدلّته العقليّة-، 496/2.

المطلب الثّاني: أقسام العرف.

ينقسم العرف إلى أقسام متعدّدة، باعتبارات مختلفة، بحسَب النّظر المتوجّه إليه، فهو ينقسم باعتبار موضوعه إلى: عرف قولي، وعرف عملي، وباعتبار شيوعه إلى: عرف عام، وعرف خاص، وباعتبار الشّارع له إلى: عرف صحيح، وعرف فاسد.

وقد تجتمع هذه الأقسام كلّها في عرف واحد، فالاستصناع[1] –مثلا– يوصف بأنّه عرف عملي عام صحيح، وهكذا[2].

الفرع الأوّل: أقسام العرف باعتبار موضوعه.

ينقسم العرف باعتبار موضوعه إلى: عرف قولي، وعرف عملي.

أولا– العرف القولي:

ويسمى أيضا العرف اللّفظي، أو العرف الاستعمالي، كما اصطلح الأصوليّون على تسميته بالحقيقة العرفيّة[3].

وعرّفه الإمام القرافي –رحمه الله تعالى– بقوله: «أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللّفظ في معنى معيّن، ولم يكن ذلك لغة»[4].

وقد يكون هذا الاستعمال في المفردات، كما قد يكون في التّراكيب؛ لذا قال: «وذلك قسمان: أحدهما في المفردات، نحو الدّابّة للحمار، والغائط للنّجو[5]...وثانيها في المركّبات وهو أدقّها على الفهم، وأبعدها عن التّفطّن وضابطها أن يكون شأن الوضع العرفي تركيب لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وله مثل أحدهما، نحو قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ ﴾ [النّساء/23]، وكقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ﴾ [المائدة/03]، فإنّ التّحريم والتّحليل، إنّما تحسن إضافتهما لغة للأفعال دون الأعيان، فذات الميتة لا يُمكن العرفيّ أن يقول هي

(1) الاستصناع: «شراء ما سيصنع قبل صنعه»، مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي (تهميش)، 78/1.

(2) ينظر: المرجع نفسه، 875/2. رقيّة طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النّصوص، ص: 42. عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 251/1.

(3) ينظر: رقيّة طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النّصوص، ص: 42.

(4) الفروق، 171/1.

(5) النّجو: «ما يخرج من البطن »، الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: نجا، ص: 266. وينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادّة: نجا. ابن منظور، لسان العرب، مادّة: نجا، 177/20.

حرام بما هي ذاتٌ، بل فعلٌ يتعلّق بها وهو المناسبُ لها، كالأكل للميتة والدّم ولحم الخنزير، والشّرب للخمر، والاستمتاع للأمّهات ومن ذكر معهنّ»[1].

كما نجد الإمام السّالمي –رحمه الله تعالى– يعرّف الحقيقة العرفيّة بقوله: «وهي ما إذا استعمل أهل العربيّة شيئا من الألفاظ في غير ما وضع له لغة، ثمّ يغلب استعماله عليه حتّى يكون هو المتبادر عند الإطلاق»[2]، ثمّ يعطي أمثلة على ذلك، فيقول: «كالدّابة مثلا فإنّها في أصل الوضع لكلّ ما يدبّ على الأرض، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلۡأَرۡضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا﴾ [هود/06]، ثمّ غلب عليها استعمال العامّة لها في ذوات الأربع فهم يقصرونها عليها، ولا يتبادر عند الإطلاق منها إلاّ ذلك، كالغائط فإنّه في الأصل للمكان المنخفض، ثمّ نقله العرف إلى زبل مخصوص، وكالحيض فإنّه في الأصل لكلّ فائض، يقال: حاض الوادي إذا فاض، ثمّ نقل إلى فيض الدّم المخصوص»[3].

وممّا تجدر الإشارة إليه في هذا الموضع أنّ من له عرف وعادة في لفظه، إنّما يحمل لفظه على عرفه[4]؛ أي أنّ الحقيقة العرفيّة مقدّمة على الحقيقة اللّغوية عند التّعارض[5].

ثانيا– العرف العملي (الفعلي):

عرّفه الإمام القرافي –رحمه الله تعالى– بقوله: «أن يوضع اللّفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواع ذلك المسمّى دون بقيّة أنواعه»[6]، ثمّ مثّل له، فقال: «أنّ لفظ الثّوب صادق لغة على ثياب الكتّان والقطن والحرير والوبر والشّعر، وأهل العرف إنّما يستعملونه من الثّياب الثّلاثة الأول دون الآخرين، فهذا عرف فعلي»[7].

كما يعطي لنا الإمام ابن بركة –رحمه الله تعالى– مثالا عن هذا النّوع من العرف، فقال: «وكذلك في قيم المتلفات فإنّما الاعتبار فيه أن تجري القيمة على حسب ما تبايع النّاس به، وتجري به البياعات بينهم، فيرجع في ذلك إلى أهل المعرفة دون من لا معرفة معه، وقد تقع البياعات بين

(1) الفروق، 171/1.
(2) شرح طلعة الشّمس، 194/1.
(3) المرجع نفسه، 194/1-195.
(4) ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص: 211.
(5) ينظر: السّالمي، شرح طلعة الشّمس، 195/1.
(6) الفروق، 173/1.
(7) المرجع نفسه، 173/1.

التّجار على الأيمان المتقاربة والمغابنة[1] اليسيرة، وقد تقع بينهم أيضا المغابنة الفاحشة، وهذا نادر بينهم بأعلام كثيرة بينهم، فانظر في ذلك ما أبيح لأهل القيم إذا كانوا من أهل الخبرة والمعرفة بالأثمان المتضاربة دون المتفاوتة الفاحشة، وفوق النّاقصة الخسيسة»[2].

وخلاصة القول في معنى العرف العملي هو ما ذكره الأستاذ الزّرقا: «اعتياد النّاس على شيء من الأفعال العاديّة أو المعاملات المدنيّة»[3].

فالمراد بالأفعال العاديّة: أفعال النّاس الشّخصيّة في شؤونهم الحيويّة ممّا لا يقوم على تبادل المصالح و إنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشّرب واللّبس والرّكب والحرث والزّرع ونحو ذلك.

والمراد بالمعاملات المدنيّة: التّصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين النّاس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التّصرفات عقودا أم غيرها، كالنّكاح والبيع، وكالغصب والقبض والأداء.

فمن أمثلة العرف في الأفعال: اعتياد النّاس تعطيل بعض أيّام الأسبوع عن العمل، ومن أمثلته في المعاملات: اعتيادهم تقسيط الأجور السّنويّة للعقّارات إلى أقساط معدودة[4].

الفرع الثّاني: أقسام العرف باعتبار شيوعه.

ينقسم العرف بحسب شيوعه وانتشاره إلى: عرف عام وعرف خاص.

أولا– العرف العام:

عرّفه ابن فرحون –رحمه الله تعالى– بقوله: «غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد»[5].

لكن هذا التّعريف قصر العرف العام على المعاني التي هي من خصائص الأقوال والألفاظ، ولم يشر إلى الأفعال، كما سبق بيانه[6].

(1) المغابنة: من الفعل غبن، بمعنى خدع، يقال: غبنه في البيع؛ أي خدعه. ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: غبن، ص: 197.

(2) كتاب التّعارف، ص:14.

(3) المدخل الفقهي، 876/2.

(4) ينظر: المرجع نفسه، 876/2-877 .

(5) تبصرة الحكّام، 57/2.

(6) ينظر: ص: 8 من هذا البحث.

ولذا يمكن تعريفه بما يلي: هو الذي يكون فاشيا في غالب البلاد بين غالب النّاس في أمر من الأمور[1]، سواء كان هذا الأمر قولا أو فعلا.

ومن أمثلته: عقد الاستصناع، فإنّ النّاس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزّمان، وأصبح جاريا في جميع الحاجات، وكذا بيع المعاطاة، وتعارف النّاس اسم الطّلاق في إزالة العصمة[2].

وقد أشار القطب أطفيش -رحمه الله تعالى- إلى هذا النّوع من العرف عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ﴾ [الأنفال/22]، حيث قال: «كلّ ما يدبّ على الأرض كما هو أصل اللّغة، أو البهائم كما هو العرف العام ولو عند العرب»[3].

والمتتبّع لفروع المالكيّة والإباضيّة يجد أنّهم وظّفوه في فقههم، من ذلك ما ذكره الإمام الشّاطبي[4] -رحمه الله تعالى-: «ما تقدّم أوّلا من أنّ الأمّة استحسنت دخول الحمّام من غير تقدير أجرة، ولا تقدير مدّة اللّبث ولا تقدير الماء المستعمل، والأصل في هذا المنع، إلاّ أنّهم أجازوه لا لما قال المحتجّون على البدع، بل لأمر آخر هو من هذا القبيل الذي ليس بخارج عن الأدلّة»[5]، وهذا الذي ليس بخارج عن الأدلّة هو العرف الذي سار عليه النّاس في تعاملهم بهذا النّوع من التّصرّف[6]، ثمّ يواصل كلامه مؤكّدا لهذا المعنى، فقال: «فأمّا تقدير العوض، فالعرف هو الذي قدّره، فلا حاجة إلى التّقدير، وأمّا مدّة اللّبث وقدر الماء المستعمل، فإن لم يكن ذلك مقدّرًا بالعرف أيضا، فإنّه يسقط للضّرورة إليه، وذلك لقاعدة فقهيّة، وهي أنّ نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيّق أبواب المعاملات، ويحسِم أبواب المعاوضات...»[7].

كما نجد أيضا أنّ ابن بركة –رحمه الله تعالى- يضرب لنا مثالا لهذا النّوع بقوله: «...وأيضا ما أجمع عليه النّاس من تمليك العبيد بالشّراء ممّن يبيعهم بغير إقرار منهم ولا صحّة عبوديتهم على أنّهم

(1) ينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 877/2-878. وقد عبّر بلفظ: "جميع" مكان "غالب"، لكن من شروط اعتبار العرف: الغلبة، كما سيأتي بيانه -إن شاء الله تعالى-.

(2) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 98-99.

(3) هميان الزّاد إلى دار المعاد، 184/7.

(4) هو إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، أبو إسحاق، الشّهير بالشّاطبي، كان فقيها أصوليّا أديبا، من مشايخه: ابن لبّ، الشّريف التّلمساني، الإمام المقّري، من مصنّفاته: الموافقات، والاعتصام، توفّي سنة 790هـ. ينظر: مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 231.

(5) الاعتصام، 73/3.

(6) ينظر: ميلود سرير، رسالة: منزلة العرف في المذهب المالكي والحنفي، ص: 34.

(7) الاعتصام، 73/3-74.

قد أجمعوا أنّ حكم الحريّة في الأصل، وكذلك ما يشترونه من صغار العبيد وإجراء التّمليك عليهم، وقد علمت أنّه لا يقين معنا في ذلك، ولو كان العمل على اليقين، ولا مرجع إلاّ إليه، ولا يستعمل لكان الكلّ في حكم الحرّيّة، ولا يتملّك منهم إلاّ من علمناه مملوكا بيقين، وإقرار العبد أيضا ليس بيقين، ويدلّ عليه أنّ سكون القلب باليقين يجري به كثير من أعمال الشّريعة أنّ الأعمى يخبر ويفتي ويتزوّج ويطأ، وأحواله كلّها إلاّ ما شاء الله بسكون القلب»[1].

ثانيا– العرف الخاصّ:

عرّف الأستاذ الزّرقا العرف الخاصّ بقوله: «هو الذي يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر، أو بفئة من النّاس دون أخرى»[2].

وقد أشار ابن فرحون –رحمه الله تعالى– إلى هذا النّوع من العرف بقوله: «أو بعضها» في تعريفه للعادة كما ذكرناه آنفا[3].

وهذا النّوع من العرف «متنوّع كثير متجدّد لا تحصى صوره ولا تقف عند حدّ؛ لأنّ مصالح النّاس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجدّدة أبدا، وذلك كعرف التّجّار فيما يُعدّ عيبا ينقص الثّمن في البضاعة المبيعة، أو لا يعدّ عيبًا، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسّطا إلى عدد معلوم من الأقساط»[4].

ومن أمثلته في الفقه المالكي ما قاله القرافي: «لا يمكن أن تقول فلانة تحيض عشرة أيّام، وينقطع دمها، وجب أن تكون الأخرى كذلك قياسًا عليها، فإنّ هذه الأمور تتبع الطّباع والأمزجة والعوائد في الأقاليم، فربّ إقليم يغلب عليه معنى لا يغلب على غيره من الأقاليم»[5].

ومن أمثلته في الفقه الإباضي ما قاله نور الدّين السّالمي: «وقد يكون العرف خاصّا بقوم دون آخرين فيسمّى اصطلاحًا وعرفا خاصّا، وذلك كالفعل فإنّه اصطلاح أهل النّحو اسم لنحو: ضرب وأخبر وأضرب، وهو عرف خاصّ بهم؛ لأنّه في أصل الوضع اسم للحدث مطلقا»[6].

(1) كتاب التّعارف، ص: 33.
(2) المدخل الفقهي، 878/2.
(3) ينظر: ص: 8 من هذا البحث.
(4) مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 878/2.
(5) شرح تنقيح الفصول، ص: 416.
(6) شرح طلعة الشّمس، 195/1.

الفرع الثّالث: أقسام العرف باعتبار الشّارع له.

ينقسم العرف من حيث موافقته أو مخالفته لنصوص وقواعد الشّريعة الإسلاميّة إلى: عرف صحيح وعرف فاسد.

أوّلا– العرف الصّحيح:

العرف الصّحيح: «هو ما تحقّقت فيه شروط اعتباره شرعًا، ممّا يجعله موافقا لقواعد الشّريعة ونصوصها»[1].

وسواء أمر به الشّارع أمر إيجاب أو ندب، أو سكت عنه، أو أذن فيه فعلا وتركا، أو سكت عنه، يقول الإمام الشّاطبي في سياق الحديث عن الأعراف والعوائد: «العوائد المستمرّة ضربان:

أحدهما: العوائد الشرعيّة التي أقرّها الدّليل الشّرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشّرع أمر بها إيجابا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلا وتركا.

والّضرب الثّاني: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي»[2].

ومن أمثلة هذا النّوع من العرف: ما تقدّم ذكره في التّقسيمات السّابقة.

ثانيا– العرف الفاسد:

العرف الفاسد: «هو ما يتعارفه النّاس ممّا يخالف قواعد الشّريعة، ويصادم نصوصها»[3].

ومن أمثلته: تعارف النّاس التّعامل بالرّبا والرّشوة، والتبرّج، والاختلاط الماجن[4].

ومن أمثلته أيضا ما ساقه السّالمي لمّا وجّه إليه هذا السّؤال: «تعارف القوم في بيع خيارهم على أنّ كلّ ذي مال باع ماله بيع خيار، ثمّ بدا له نقض الخيار من ماله، والثّمرة بعد غير مدركة أنّها للمشتري، هل هذا التّعارف ثابت فيحلّ أخذ الثّمرة للمشتري أم غير ثابت فيحرم؟»[5].

---

(1) عادل قوته، العرف حجّيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 264/1.

(2) الموافقات، 570/2-571.

(3) عادل قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 264/1.

(4) ينظر: المرجع نفسه، 264/1-265.

(5) جوابات السّالمي، 270/4. ولقد ورد السّؤال في هذا المرجع بزيادة لفظ"له"، هكذا: «...أخذ له الثّمرة...»، فربّما يكون خطأ مطبعيّا، والصّواب –والله أعلم– ما أُثبت.

فأجاب قائلا: «لعلّهم جعلوا ذلك في مقابلة المدّة التي مضت على دراهمه حتىّ لا تذهب سَبَهْلَلاً[1]، فيصدق فيهم نظر المانعين لبيع الخيار، حيث قالوا أنّ المشتري لم يرد إلاّ نفس الغلّة...وما أرى عرفهم بأفعالهم ولا يغنيهم عن الحقّ شيئًا، أتعارف فيما حرّم الله، أم تعامل بالرّبا بعد أن حُرّم في جميع الملل، وإنّ أقلّ باب منه كالذي يأتي أمّه»[2].

وممّا تجدر الإشارة إليه والتّنبيه عليه، هو أنّ شروط اعتبار العرف سيأتي بيانها -إن شاء الله تعالى- في الفصل الثّاني من هذا البحث[3].

(1) سَبَهْلَلاً: يقال: «جاء الرّجل يمشي سَبَهْلَلاً، إذا جاء وذهب في غير شيء». الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: سبهل، ص: 126.

(2) جوابات السّالمي، 4/270-271.

(3) ينظر: ص: 60 وما بعدها من هذا البحث.

المبحث الثّالث: حاجة الفقيه إلى اعتبار العرف.

المطلب الأوّل: حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها، وحال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.

المطلب الثّاني: حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع، ولمعرفة النّاس.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

إنّ الباحث في حاجة الفقيه إلى اعتبار العرف يجد أمامه نواحي متعدّدة، يمكن تقسيمها إلى الأنحاء الأربعة التّالية[1]:

1- «حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها.

2- حاجة الفقيه إلى العرف حال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.

3- حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع، وتنزيل الأحكام على الحوادث.

4- حاجة الفقيه إلى العرف لمعرف النّاس»[2].

المطلب الأوّل: حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها، وحال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.

الفرع الأوّل: حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها.

إنّ هذه الشّريعة المباركة عربيّة، ومقصد الشّارع من ذلك وضعها للإفهام، قال الله تعالى: ﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَٰهُ قُرۡءَٰنًا عَرَبِيّٗا ﴾ [يوسف/02]. ولابدّ لمن أراد الخوض في علم القرآن والسّنّة من معرفة عادات العرب في أقوالها وأفعالها ومجاري أحوالها حالة التّنزيل، وإلاّ وقع في الشّبه والإشكالات التي يتعذّر الخروج منها إلاّ بهذه المعرفة[3].

قال الإمام الشّاطبي –رحمه الله تعالى-: «لابدّ في فهم الشّريعة من اتّباع معهود الأمّيّين –وهم العرب، الذي نزل القرآن بلسانهم – فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمرّ، فلا يصحّ العدول عنه في فهم الشّريعة، وإن لم يكن ثمّ عرف فلا يصحّ أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه. وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب»[4].

وأيضا، يحتاج الفقيه إلى معرفة عوائد العرب حال نزول الوحي؛ ليعرف ما أقرّه الشّرع من تلك العوائد، مثل: مكارم الأخلاق، والكفاءة في الزّواج، والسّلم، والاستصناع، والمضاربة.

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 58/1.

(2) المرجع نفسه، 58/1.

(3) ينظر: الشّاطبي، الموافقات، 375/2، 314/3-315.

(4) المرجع نفسه، 391/2.

وليعرف أيضا ما أنكره وقبّحه الشّرع ونفاه وأبطله من تلك العوائد، نحو: التّبنيّ، ووأد البنات وتبرّج الجاهليّة، وأكل الرّبا، ولعب الميسر، وشرب الخمر، وغير ذلك[1].

الفرع الثّاني: حاجة الفقيه إلى العرف حال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.

خلّف أسلافنا من الأئمّة الأعلام تراثا فقهيّا وافرا، فيه أحكام وفتاوى بُنيت على أعراف سائدة في زمانهم، فهل إذا تغيّرت تلك العوائد والعادات، يتغيّر الحكم والفتوى التي بنيت عليها أم لا؟

لقد طرح الإمام القرافي في كتابه الماتع "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام" سؤالا معبّرا عمّا سبق، ونصّه: «ما الصّحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشّافعي ومالك وغيرهما، المرتّبة على العوائد وعرف كان حاصلا حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيّرت تلك العوائد، وصارت العوائد لا تدلّ على ما كانت عليه أوّلا، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويُفتى بما تقتضيه العوائد المتجدّدة؟ أو يُقال: نحن مقلّدون، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليّتنا للاجتهاد، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين»[2].

وأجاب عنه جوابا مطوّلا، أنقل منه المواضع المحتاج إليها:

قال –رحمه الله تعالى–: «إنّ أمر الأحكام التي مُدْركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدّين، بل كل ما هو في الشّريعة يتبع العوائد يتغيّر الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجدّدة، وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلّدين حتّى يشترط فيه أهليّة الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتّبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد»[3].

وقال: «...بل ولا يشترط تغيير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنّا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادّة للبلد الذي نحن فيه لم نُفْته إلاّ بعادة بلده دون عادة بلدنا»[4].

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 59/1-60. الجيدي، العرف والعمل، ص: 108.

(2) ص: 111.

(3) ص: 111.

(4) ص: 111-112.

وذكر –رحمه الله تعالى– أحكاما في الفقه المالكي بنيت على العرف والعادة، وأنّ هذه العادة تغيّرت في زمنه، فيتعيّن تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجدّدة[1].

وقال أيضا: «...وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيّرت العادة تغيّرت الأحكام في تلك الأبواب»[2].

وعلّق على بعضها بقوله: «...إنّا طول عمرنا لم نسمع في كتب الفقه، أمّا في المعاملات فلا»[3]، «فلا نفتي بما في الكتب من صحّته وتفاصيله لانتقال العادة»[4].

من تلك الأحكام ألفاظ الطّلاق المتداولة في كتب الفقه، حيث ناقش دلالتها على الطّلاق في وقته، ثمّ قال: «...فأنت تعلم أنّك لا تجد النّاس يستعملون هذه الصّيغ المتقدّمة في ذلك، بل تمضي الأعمار ولا يُسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها: أنت خليّة، ولا: وهبتك لأهلك، ولا تستعمل هذه الألفاظ في إزالة ولا في عدد طلقات، فالعرف حينئذ في هذه الألفاظ منفي قطعا...»[5].

وقال في آخر ذلك: «...وهذا الكلام واضح لمن تأمّله بعقل سليم، وحُسن نظرٍ سالم من تعصّبات المذاهب، التي لا تليق بأخلاق المتّقين لله تعالى»[6].

وقد بسط الإمام القرافي القاعدة نفسها في موضع آخر، فقال: «...فهذه قاعدة لابدّ من ملاحظتها، وبالإحالة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين، فإنّهم يُجرون المسطورات في كتب أئمّتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار، وذلك خلاف الإجماع، وهم عصاة آثمون عند الله تعالى، غير معذورين بالجهل؛ لدخولهم في الفتوى وليسوا أهلا لها، ولا عالمين بمدارك الفتاوى وشروطها واختلاف أحوالها»[7].

وقال أيضا: «...تعتبر جميع الأحكام المرتّبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا، وعلى هذا التّحرير يظهر أنّ عرفنا اليوم ليس فيه الحلف بصوم شهرين متتابعين، فلا تكاد تجد أحدا بمصر يحلف به فلا ينبغي الفتيا به

(1) ينظر: ص: 112 وما بعدها.
(2) ص: 111.
(3) ص: 112.
(4) ص: 113.
(5) ص: 113-114.
(6) ص: 114.
(7) الفروق، 46/1.

وعادتهم يقولون عبدي حرّ وامرأتي طالق وعليّ المشي إلى مكّة ومالي صدقة إن لم أفعل كذا فتلزم هذه الأمور.

وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيّام، فمهما تجدّد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجْره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه، وأَفْته به، دون عرف بلدك، والمقرّر في كتبك، فهذا هو الحقّ الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدّين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسّلف الماضين»[1].

وقد علّق على هذا النّص الأخير الإمام ابن القيّم[2] –رحمه الله تعالى– بعد نقله له بحروفه تقريبا[3]، فقال: «وهذا مَحْض الفقه، ومن أفتى النّاس بمجرّد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضلّ وأضلّ وكانت جنايته على الدّين أعظم من جناية مَن طبّب النّاس كلّهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم، وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطّبّ على أبدانهم، بل هذا الطّبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضرّ ما على أديان النّاس وأبدانهم، والله المستعان»[4].

ذكر ذلك خلال أمثلة فصل طويل عنون له بـ: "تغيّر الفتوى، واختلافها بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال والنّيّات والعوائد"، وقال في فاتحته: «هذا فصل عظيم النّفع جدّا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشّريعة أوجب من الحرج والمشّقة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يُعلم أنّ الشّريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»[5]، ثمّ وصف الشّريعة بقوله: «فإنّ الشّريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد...»[6].

---

(1) الفروق، 1/176-177.

(2) هو محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد بن حريز الزّرعي، ثمّ الدّمشقي، الحنبلي، المعروف بابن قيّم الجوزيّة، شمس الدّين، أبو عبد الله، فقيه أصولي مجتهد مفسّر محدّث نحوي، لازم ابن تيمية وسجن معه في قلعة دمشق، تصانيفه كثيرة منها: زاد المعاد في هدي خير العباد، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، توفّي سنة 751هـ، ودفن في سفح قايسون بدمشق. ينظر: عمر كحالة، معجم المؤلّفين، 9/106-107. ابن العماد، شذرات الذّهب، 6/352-354.

(3) ينظر: إعلام الموقّعين، 3/99.

(4) المرجع نفسه، 3/100.

(5) المرجع نفسه، 3/05.

(6) المرجع نفسه، 3/05.

وقد ذكر العلامة ابن عابدين[1] –رحمه الله تعالى– في رسالته القيّمة "نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العرف" نصوصا كثيرة، تدلّ على وجوب مراعاة العرف من قبل المفتين والحكّام، ونبذ الجمود على المنقولات المبنيّة على أعراف وعادات زالت أو تغيّرت، أختار منها ما يلي:

قال –رحمه الله تعالى–: « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزّمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أوّلا للزم منه المشقّة والضّرر بالنّاس، ولخالف قواعد الشّريعة المبنيّة على التّخفيف والتّيسير ودفع الضّرر والفساد؛ لبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن أحكام»[2].

وقال: «اعلم أنّ المتأخّرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السّابقة لم يخالفوه إلاّ لتغيّر الزّمان والعرف، وعِلْمِهم أنّ صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه»[3].

وقال أيضا: «...أنّ المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرّواية من غير مراعاة الزّمان وأهله، وإلاّ يضيّع حقوقا كثيرة، ويكون ضرره أكثر من نفعه»[4].

وصاغ المتأخّرون من الفقهاء قاعدة فقهيّة تؤكّد ما سبق بيانه، ونصّها: "لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان"[5]، لكن يرد على هذه القاعدة عدّة ملاحظات، وهي كالآتي:

1- كان ينبغي إضافة تغيّر الأمكنة والأحوال والعوائد، كما عنون لذلك الإمام ابن القيم.

2- كان ينبغي تقييد الأحكام بالبعضيّة أو وصفها بالاجتهاديّة حال وضع القاعدة؛ لأنّ هذا أحوط وأدقّ، وفي قول ابن القيّم: "تغيّر الفتوى"، وقول ابن عابدين: "في بناء بعض الأحكام"، خروج من هذا الإشكال[6].

3- لا ينبغي أن يفهم من اختلاف الأحكام باختلاف العوائد والأحوال والزّمان، أنّه اختلاف في أصل خطاب الشّرع، كنسخه مثلا للأحكام الأصليّة بل المقصود أنّ العوائد إذا اختلفت رجعت كلّ عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها[7].

---

(1) هو محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، فقه الديار الشاميّة وإمام الحنفيّة في عصره، ولد سنة 1198هـ بدمشق، له مصنّفات منها: ردّ المحتار على الدّرّ المختار، ومجموعة رسائل، توفي سنة 1252هـ . ينظر: الزّركلي، الأعلام، 42/6.

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين، 123/2.

(3) المرجع نفسه، 126/2.

(4) المرجع نفسه، 129/2.

(5) أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 173.

(6) ينظر: يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام، ص: 132-133. مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 941/2-942.

(7) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 68/1.

قال الإمام الشّاطبي –رحمه الله تعالى-: «واعلم أنّ ماجرى ذكره هنا من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد، فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب؛ لأنّ الشّرع موضوع على أنّه دائم أبدي، لو فرض بقاء الدّنيا من غير نهاية، والتّكليف كذلك لم يحتج في الشّرع إلى مزيد، وإنّما معنى الاختلاف أنّ العوائد إذا اختلفت رجعت كلّ عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها»[1].

فهذه ملاحظة في غاية الأهمّية، وممّا يزيد الأمر وضوحا ما ساقه الإمام من أمثلة، حيث قال: «البلوغ مثلا، فإنّ الخطاب التّكليفي مرتفع عن الصّبي ما كان قبل البلوغ، فإذا بلغ وقع عليه التّكليف، فسقوط التّكليف قبل البلوغ ثمّ ثبوته بعده ليس باختلاف في الخطاب، وإنّما وقع الاختلاف في العوائد أو في الشّواهد، وكذلك الحكم بعد الدّخول بأنّ القول قول الزّوج في دفع الصّداق بناء على العادة، وأنّ القول قول الزّوجة بعد الدّخول أيضا بناء على نسخ تلك العادة، ليس باختلاف في حكم، بل الحكم أن ترجح جانبه بمعهود أو أصل، فالقول قوله بإطلاق؛ لأنّه مدّعى عليه، وهكذا سائر الأمثلة، فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق»[2].

(1) الموافقات، 573/2.

(2) المرجع نفسه، 573/2.

المطلب الثّاني: حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع، ولمعرفة الناس.

الفرع الأوّل: حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع وتنزيل الأحكام على الحوادث.

لا يمكن للحاكم الحكم، ولا للمفتي الفتوى إلاّ بعد تصوّر المحكوم فيه، والعلم بالواقعة المراد النّظر فيها؛ لأنّ الحكم عن الشّيء فرع عن تصوّره[1].

فالحاكم والفقيه يحتاجان إلى نوعين من الفقه ذكرهما الإمام ابن القيّم –رحمه الله تعالى– في قوله: «...فقه في أحكام الحوادث الكلّيّة، وفقه في نفس الواقع وأحوال النّاس يميّز به بين الصّادق والكاذب، والمحقّ والمبطل، ثمّ يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع»[2].

وقال أيضا: «الحاكم إذا لم يكن فقيه النّفس في الأمارات ودلائل الحال كفقهه في كلّيّات الأحكام ضيّع الحقوق»[3].

والمتأمّل لحال بعض المفتين في هذا الزمان يرى دخول الزّلل والخطأ إلى الحكم والفتوى، وهذا بسبب عدم إدراك الواقع، ممّا يؤدّي إلى إدخال الواقعة والنّازلة المراد النّظر فيها ومعرفة حكمها في دائرة الحرام، وهي ليست كذلك، أو بإدخالها في دائرة الإباحة، وهي من دائرة الحرام[4].

الفرع الثّاني: حاجة الفقيه إلى العرف لمعرفة النّاس.

ومن معرفة الواقع –الذي يشترط في القاضي والمفتي– معرفة النّاس: معرفة أحوالهم، وأعرافهم، وعوائدهم، وأنواع تصرّفاتهم، وسنن معايشهم، وطرائق سلوكهم الاجتماعي، ومعاملاتهم[5].

ذلك أنّ الفقيه لا يجتهد في فراغ ، بل في وقائع تنزل بالأفراد والمجتمعات من حوله، وهؤلاء النّاس تؤثّر في أفكارهم وسلوكهم تيّارات وعوامل مختلفة: نفسيّة، واجتماعيّة، وثقافيّة، وفكريّة، واقتصاديّة، وسياسيّة.

فلا بدّ للفقيه أن يكون عالما بأحوال عصره، مدركا لطبيعة مجتمعه الذي يعيش فيه؛ لأنّ ذلك دعامة مهمّة من دعائم الفتوى والقضاء[6].

---

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 69/1.

(2) الطّرق الحكميّة، ص: 4.

(3) بدائع الفوائد، 117/3.

(4) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 70/1-71.

(5) ينظر: المرجع نفسه، 71/1.

(6) ينظر: المرجع نفسه، 72/1.

قال الإمام أحمد –رحمه الله تعالى–: «لا ينبغي للرّجل أن ينصّب نفسه للفتيا حتّى يكون فيه خمس خصال:

أوّلها: أن تكون له نيّة، فإن لم يكن له نيّة، لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور.

الثّانية: أن يكون له علم وحلم ووقار وسكينة.

الثّالثة: أن يكون قويّا على ما هو فيه وعلى معرفته.

الرّابعة: الكفاية وإلاّ مضغه النّاس.

الخامسة: معرفة النّاس»[1].

قال الإمام ابن القيّم معلّقا على ذلك: «وهذا ممّا يدلّ على جلالة أحمد، ومحلّه من العلم والمعرفة، فإنّ هذه الخمسة هي دعائم الفتوى، وأيّ شيء نقص منها ظهر الخلل في المفتي بحسَبه»[2]. ثمّ شرح هذه الخصال الخمسة شرحا شافيا كافيا، بيّن فيه حاجة المفتي لها، وأثرها على المفتي والفتوى، وفي شرحه للخصلة الأخيرة منها قال: «وأمّا قوله: الخامسة: معرفة النّاس: فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيها فيه، فقيها في الأمر والنّهي، ثمّ يطبّق أحدهما على الآخر، وإلاّ كان ما يُفسد أكثر ممّا يُصلح، فإنّه إذا لم يكن فقيها في الأمر، له معرفة بالنّاس، تصوّر له الظّالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحقّ بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصوّر له الزّنديق في صورة الصّديق، والكاذب في صورة الصّادق، ولبس كلّ مبطل ثوب زور تحتها الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالنّاس وأحوالهم وعوائدهم وعرفيّاتهم لا يميّز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيها في معرفة مكر النّاس، وخداعهم واحتيالهم، وعوائدهم وعرفيّاتهم، فإنّ الفتوى تتغيّر بتغيّر الزّمان والمكان، والعوائد والأحوال، وذلك كلّه من دين الله»[3].

وهذه الكلمة المضيئة: "معرفة الناس" لها نظائر من كلام الأئمّة –رحمهم الله تعالى– من ذلك:

1- قال الإمام القرافي: «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت، لا يعلم أنّه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا: أن لا يفتيه بما عادته يفتي به حتّى يسأله عن بلده...»[4]، ثمّ قال: «وهذا

(1) إعلام الموقّعين، 254/4.

(2) المرجع نفسه، 254/4.

(3) المرجع نفسه، 261/4.

(4) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 117-118.

أمر معيّن واجب، لا يختلف فيه العلماء وأنّ العادتين متى كانتا ليستا سواء أنّ حكمهما ليس سواء»[1].

2- قال العلاّمة ابن عابدين: «لا بدّ للمفتي من معرفة الزّمان وأحوال أهله، ومعرفة أنّ هذا العرف خاصّ أو عامّ، أو أنّه مخالف للنّص أو لا، ولابدّ له من التّخرّج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرّد حفظ المسائل والدّلائل»[2].

3- كما حكى –رحمه الله تعالى– عن المذهب الحنفي أنّ المقرّر لدى علمائهم الإفتاء بقول أبي يوسف فيما يتعلّق بالقضاء؛ لكونه جرّب الوقائع وعرف أحوال النّاس[3].

4- قال الخطيب البغدادي[4]: «...إنّ الفقيه يحتاج أن يتعلّق بطرف من معرفة كلّ شيء من أمور الدّنيا والآخرة، وإلى معرفة الجدّ والهزل، والخلاف والضّدّ، والنّفع والضّرّ، وأمور النّاس الجارية بينهم، والعادات المعروفة منهم.

فمن شرط المفتي النّظر في جميع ما ذكرناه، ولن يدرك ذلك إلاّ بملاقاة الرّجال، والاجتماع مع أهل النّحل والمقالات المختلفة، ومساءلتهم، وكثرة المذاكرة لهم، وجمع الكتب ومدارستها، ودوام مطالعتها»[5].

هذا، ومن أجلى مظاهر الحاجة إلى معرفة النّاس، وأهمّ ما يشهد لتلك الحاجة، احتياج الفقيه إلى معرفة طرائق النّاس في التّعبير عن مرادهم في صيغ العقود وألفاظ الطّلاق والوقف والوصيّة، وفي والأيمان والنّذور والإقرار، ونحو ذلك[6].

قال الإمام القرافي: «إذا وقع العقد في البيع فإنّ الثّمن يحمل على العادة الحاضرة في النّقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النّقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدّم، وكذلك النّذر والإقرار والوصيّة إذا تأخّرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنّما يعتبر من العوائد ما كان مقارنا لها»[7].

---

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 117-118.

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين، 127/2.

(3) ينظر: المرجع نفسه، 128/2.

(4) هو أحمد بن ثابت البغدادي، أبو بكر، المعروف بالخطيب البغدادي، أحد الحفّاظ المؤرّخين المقدمين، مولده في غزية، توفّي سنة 463هـ. ينظر: ابن العماد، شذرات الذّهب، 497/3. االزّركلي، الأعلام، 172/1.

(5) الفقيه والمتفقّه، 334/2.

(6) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 75/1.

(7) شرح تنقيح الفصول، ص: 211.

وفي خاتمة هذا المبحث نخلص إلى نتيجة جدّ هامّة، وهي: أنّ الفقيه إذا كان عارفا بأحوال النّاس وعوائدهم و أعرافهم، يكون رأيه مقاربا للصّواب، أميل إلى الرّفق والعدل والوسط[1].

قال الإمام الشّاطبي: «المفتي البالغ ذروة الاجتهاد هو الذي يحمل النّاس على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور، فلا يذهب بهم مذهب الشّدّة، ولا يميل بهم طرف الانحلال.

والدّليل على صحّة هذا أنّه الصّراط المستقيم الذي جاءت به الشّريعة، فإنّه قد مرّ أنّ مقصد الشّارع من المكلّف الحمل على التّوسّط من غير إفراط ولا تفريط[2]، فإذا خرج عن ذلك في المستفتين خرج عن مقصد الشّارع، ولذلك كان ما خرج عن المذهب الوسط مذموما عند العلماء الرّاسخين»[3]، ثمّ يقول: «...لأنّ المستفتي إذا ذُهب به مذهب العَنت والحرج بُغّض إليه الدّين، وأدّى إلى الانقطاع عن سلوك طريق الآخرة، وهو مشاهد. وأمّا إذا ذُهب به مذهب الانحلال كان مظنّة للمشي مع الهوى والشّهوة، والشّرع إنّما جاء بالنّهي عن الهوى، واتّباع الهوى مُهلك»[4].

وقال أيضا: «والتّوسّط يعرف بالشّرع، وقد يعرف بالعوائد وما يشهد به معظم العقلاء»[5].

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 77/1.

(2) ينظر: الموافقات، 467/2.

(3) الموافقات، 607/4.

(4) المرجع نفسه، 608/4. وينظر تتمّة هذا المبحث المهم: 608/4-610.

(5) المرجع نفسه، 468/2.

الفصل الثّاني

حجّيّة العرف عند المالكيّة والإباضيّة، وأدلّة وشروط اعتباره.

المبحث الأوّل: نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به، وأدلّة ذلك.

المبحث الثّاني: شروط اعتبار العرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

«اعتبر العلماء على اختلاف مذاهبهم العرف، وجعلوه أصلا يبتنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه»[1]، وذلك على اختلاف في كثرة الاعتماد عليه أو قلّته.

قال الإمام القرافي –رحمه الله تعالى–: «...أمّا العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرّحون بذلك فيها»[2].

لذا أصبح العلم بأعراف النّاس وعاداتهم أمرا ضروريّا حتميّا في الفتوى والاجتهاد والقضاء، قال ابن عابدين –رحمه الله تعالى–:

والعـرف في الشّـرع له اعتبـــار لذا عليـه الحكـم قد يـدار[3].

وأردت في هذا الفصل –إن شاء الله تعالى– عرض رأي بعض علماء المالكيّة والإباضيّة في الأخذ بالعرف وأدلّة وشروط اعتباره، فاقتضى المقام تقسيمه إلى مبحثين.

(1) أبو سنة، العرف والعادة، ص: 29. وينظر: البغا، أثر الأدلّة المختلف فيها، ص: 250. وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 112/2.

وقد وقع بعض المعاصرين في نوع من المغالطة في أثناء تعرّضهم لحجّيّة العرف وسردهم لأدلّة المانعين، والنّاظر المتمعّن فيما ألّفوه، يجد أنّ بعضهم اعتمد على ما كتبه غيره من المعاصرين. ينظر: حسنين محمود، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 28 وما بعدها.

والبعض الآخر تكلّف في فهم مراد العالم الذي نقل عنه. ينظر: جمال كركار، أثر العرف في تغيّر الفتوى، ص: 83 وما بعدها.

(2) شرح تنقيح الفصول، ص: 448.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، 112/2.

المبحث الأوّل: نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به، وأدلّة ذلك.

المطلب الأوّل: نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به.

المطلب الثّاني: أدلّة اعتبار العرف.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

أوضّح في هذا المبحث –إن شاء الله تعالى– نصوص بعض علماء المالكيّة والإباضيّة الدّالّة على تحكيم العرف واعتبار العوائد، مع ذكر الأدلّة التي اعتمدها القائلون بحجّيّته، وبيان شروط الأخذ به.

المطلب الأوّل: نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به.

الفرع الأوّل: نصوص علماء المالكيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به.

مذهب المالكيّة أحفل المذاهب بهذه النّصوص، كما هو أكثر المذاهب اعتمادا على العرف، واعتباره كأصل هامّ من أصوله الفقهيّة[1]، بل إنّ طائفة من أئمة هذا المذهب الجليل اشتهروا بالعمل به، كالأئمّة: ابن العربي[2]، والقرافي، والمقّري[3]، والشّاطبي، ونظرائهم –رحمهم الله تعالى–[4].

وقد لاحظ هذه الحقيقة الشيخ أبو زهرة، إذ ورد في كلامه ما يلي: «والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهيّة فيما لا يكون فيه نصّ قطعي، بل إنّه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي؛ لأنّ المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولاشكّ أنّ مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصحّ أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به»[5].

(1) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 82.

(2) هو أبو بكر محمّد بن عبد الله بن محمّد بن عبد الله بن أحمد المعافري الأندلسي الإشبيلي المالكي، ولد في إشبيليّة سنة 468هـ، محدّث وفقيه وأصولي، من تصانيفه: القبس على موطّأ مالك بن أنس، وأحكام القرآن، وعارضة الأحوذي على كتاب الترمذي، والقواصم والعواصم، توفّي بالقرب من مدينة فاس سنة 543هـ بعد خروجه من سجن مراكش. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 233/2-236. مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 136-138.

(3) هو محمّد بن محمّد بن أحمد القرشي التّلمساني، أبو محمّد، الشّهير بالمقّري، من مشايخه: أبو عبد الله البلوي، القاضي الشّريف السّبتي، القاضي ابن هدية، ومن تلاميذه: الإمام الشّاطبي، لسان الدّين بن الخطيب، ومن مصنّفاته: ألّف كتاب القواعد (اشتمل على ألف ومائتي قاعدة)، إقامة المريد، رحلة التّبتّل، الحقائق والرّقائق، توفّي سنة 756هـ. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 245/2-246. مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 232.

(4) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 208/1-209.

(5) مالك، ص: 448.

وها أنا أذكر كلام بعض أئمة هذا المذهب ما يبيّن لنا نظرتهم إليه واعتمادهم عليه، لا على سبيل الاستقراء، ولكن على سبيل التّمثيل فقط:

- يقول الإمام ابن العربي –رحمه الله تعالى–: «أنّ المصالح والعادات لا تختلف فيها الشّرائع»[1].
- ويقول في موضع آخر: «العرف والعادة أصل من أصول الشّريعة يقضى به في الأحكام»[2].
- وقال عن العادة: «وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام»[3].
- ولـمّا قسّم الإمام القرافي –رحمه الله تعالى– الأدلّة ذكر منها: العوائد[4].
- وقال أيضا: «إنّ من له عرف وعادة في لفظ إنّما يحمل لفظه على عرفه»[5].
- وقال في موضع آخر: «إنّ أمر الأحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد، خلاف الإجماع، وجهالة في الدّين، بل كلّ ما هو في الشّريعة يتبع العوائد يتغيّر الحكم فيه عند تغيّر العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجدّدة»[6].
- قال الإمام المقّري –رحمه الله تعالى–: «العادة عند مالك كالشّرط، تقيّد المطلق وتخصّص العام»[7].
- قال الإمام الشّاطبي –رحمه الله تعالى–: «العوائد الجارية ضروريّة الاعتبار شرعا»[8].
- قال الفقيه التّسولي[9] –رحمه الله تعالى–: «إنّ حمل النّاس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزّيغ والجور»[10].

(1) أحكام القرآن، 50/3.

(2) المرجع نفسه، 288/4.

(3) المرجع نفسه، 289/4.

(4) ينظر: شرح تنقيح الفصول، ص: 445.

(5) المرجع نفسه، ص: 211.

(6) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 111.

(7) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص: 168-169.

(8) الموافقات، 573/2.

(9) هو علي بن عبد السّلام التّسولي، أبو الحسن، فقيه من علماء المالكيّة، يلقّب بمديدش، نشأ بفاس وولي القضاء بها، من مصنّفاته: شرح الشّامل في عدّة أسفار، والبهجة شرح لتحفة الحكّام، حاشية على شرح التّاودي على لاميّة الزّقاق، توفّي سنة 1258هـ. ينظر: مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 397.

(10) البهجة في شرح التّحفة، 101/2 .

الفرع الثّاني: نصوص علماء الإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به.

للإباضيّة إسهامهم في الاعتماد على العرف في كثير من فتاويهم، وإن لم يهتمّوا بدراسته من النّاحية التّأصيليّة كما عند المالكيّة، واكتفوا بمراعاته في الفروع الفقهيّة، وخصّص الإمام ابـن بركة –رحمه الله تعالى– رسالة مستقلّة، كلّها نماذج للعمل بالعرف، سمّاها: "التّعارف"، ولم يفرد له السّالمي مبحثا مستقلاّ في كتابه الأصولي: "شرح طلعة الشّمس"، وإن أشار إليه في مبحث: "الحقيقة والمجاز" أثناء حديثه عن أقسام الحقيقة، وعدّ منها: "الحقيقة العرفيّة"، كما ذكره أثناء حديثه عن قواعد الفقه الخمس، وعدّ منها: "العادة محكّمة"، وتكلّم عنه أيضا في: "مبحث التّخصيص"، وهو صنيع السّيابي[1] في: "كتاب فصول الأصول" وإن نصّ على أنّ قواعد العرف راجعة إلى الاستقراء[2].

وعلى ذكر اهتمام الإباضيّة بالعرف ورجوعهم إليه في فقههم، ننقل بعض نصوص علمائهم تبيّن لنا ذلك:

- يقول الإمام ابن بركة –رحمه الله تعالى–: «...ويدلّ أيضا أنّ الله تعالى تعبّد عباده بما يتعارفون بينهم، ويتجاوزونه فيما جرت به عاداتهم»[3].
- قال القطب أطفيش –رحمه الله تعالى–: «العرف كالشّرط»[4].
- وقال أيضا: «العرف قاض»[5].
- وقال الشّيخ نور الدّين السّالمي –رحمه الله تعالى–: «اعلم أنّ قدماء الفقهاء من أصحابنا وغيرهم بنوا الفقه على خمس قواعد»[6]، وذكر منها: «القاعدة الخامسة قولهم: أنّ العادة

(1) هو خلفان بن جميل السّيابي، أبو يحيى، من أجلّ علماء عمان في القرن الرّابع عشر الهجري، وأصل دراسته مع العلماء المعاصرين له، من بينهم: الشّيخ نور الدّين السّالمي، فقد تتلمذ له واغترف من معين علمه ردحا من الزّمن إلى أن أصبح عالما مشهورا، وقاضيا معتبرا، ومرجعا للفتوى، من مؤلّفاته: كتاب فصول الأصول، وسلك الدّرر الحاوي غرر الأثر، توفّي سنة 1392هـ. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 129.

(2) ينظر: مصطفى باجو، منهج الاجتهاد عند الإباضيّة، 747/2.

(3) كتاب التّعارف، ص: 14.

(4) شرح كتاب النّيل، 404/7.

(5) المرجع نفسه، 160/9.

(6) شرح طلعة الشّمس، 191/2.

محكّمة؛ أي حكّمها الشّرع، ومن فروع هذه القاعدة، بيان أقلّ الحيض وأكثره ومسائل التّعارف، ونحو ذلك»[1].

- وقال أيضا:

وحكّمـوا العـادة في أشيـاء وهكـذا الحكـم بالاستقراء[2].

- قال الشّيخ السّيابي –رحمه الله تعالى–: «اعلم أنّ الفقهاء من المتقدّمين بنوا الفقه على خمس قواعد»[3]، وذكر منها: «الرّابعة: أنّ العادة محكّمة، ومن فروعها أقلّ الحيض وأكثره، وكذا مسائل التّعارف ونحوها، قلت: وهذه راجعة إلى الاستقراء»[4].
- وقال الإمام أبو سعيد الكدمي[5] –رحمه الله تعالى–: «وقد يخرج في معنى الاطمئنان والتّعارف وما تجري به العادات ما يشبه معنى الحكم الثّابت في الأصول، فتصبح بذلك العادات والتّعارف في معنى ما يشبه الأحكام الثّابتة»[6].

(1) شرح طلعة الشّمس، 191/2. وينظر: البطاشي، سلاسل الذّهب، 385/2، وكتاب غاية المأمول، 451/58. محمّد الكندي، بيان الشّرع، 451/58. سفيان الرّاشدي، جواهر القواعد، ص: 143.

(2) جوهر النّظام، 25/1 .

(3) كتاب فصول الأصول، ص: 534.

(4) المرجع نفسه، ص: 534.

(5) هو محمّد بن سعيد بن محمّد بن سعيد النّابعي قبيلة والكدمي مسكنا، أبو سعيد، ولد في أواخر القرن الثّالث وبداية الرّابع، وينتمي إلى الطّبقة الخامسة من علماء إباضيّة عمان، من مشايخه: محمّد بن روح الكندي، وأبو الحسن بن محمّد النّزوي، ومن تلاميذه: ابنه سعيد، مات بقرية العارض من منطقة كدم (الحمراء حاليّا)، من مؤلّفاته: الاستقامة، المعتبر، الجامع المفيد. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 398–400.

(6) المعتبر، 83/4.

المطلب الثّاني: أدلّة اعتبار العرف.

استدلّ القائلون بحجّيّة العرف وضرورة تحكيمه واعتباره بأدلّة من الكتاب والسّنة والمعقول.

الفرع الأوّل: أدلّة اعتبار العرف من الكتاب.

استدلّ المحتجون بالعرف بأدلّة من الكتاب منها:

1- قال الله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾ [الأعراف/199].

عند الكلام عن أدلّة اعتبار العرف من القرآن الكريم يأتي في مقدّمتها هذا الدليل؛ لذا سأبسط الكلام فيه بشيء من التّفصيل.

لقد تنازع أهل العلم في الاستدلال بالآية على حجّيّة العرف، وسبب ذلك اختلافهم في المراد من كلمة "العرف".

وممّن صرّح بالاستدلال بهذه الآية على حجّيّة العرف، من علماء المالكيّة:

- الإمام القرافي –رحمه الله تعالى–، ففي خلال حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت، وأنّ القول لمن شهد له العرف والعادة، وترجيح ذلك، قال: «لنا: قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾ [الأعراف/199]، فكلّ ما شهدت به العادة قضي به، بظاهر هذه الآية، إلاّ أن يكون هناك بيّنة»[1].
- قال القاضي عبد الوهاب[2] –رحمه الله تعالى– وهو يتحدّث عن الزوجة: «إذا قبضت الصّداق فاشترت به شيئا من مصلحتها أو مصلحة زوجها ممّا جرى العرف في موضعهما بأن تتجهّز المرأة به لزوجها، ثمّ طلّقت قبل الدخول، فله نصف ما ابتاعته، ولا يلزمها أن تغرم له نصفه عينا، فلو طالبها بنصف ما ابتاعته فأرادت هي أن تتمسّك به وتعطيه مثل نصف ما أعطاها عينا لم يكن لها ذلك إلاّ برضاه، فإن كان الذي اشترته به شيئا تختص هي بمنفعته، فإنّ عليها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه...ودليلنا أنّ العرف إذا كان جاريا بأنّ المرأة تتجهّز للرّجل، وأنّه يلتمس ذلك وعليه مضت عادة أهل بلدهم وجب متى فعلته أن يكون عليها

(1) الفروق، 149/3.

(2) هو عبد الوهّاب بن علي بن نصر الثّعلبي البغدادي، أبو محمّد، من فقهاء المالكيّة، له نظم و معرفة بالأدب، ولد ببغداد، وولي القضاء في أسعرد وبادرايا في العراق، ورحل إلى الشّام فمرّ بمعرة النّعمان، واجتمع بأبي العلاء، وتوجّه إلى مصر، فعلت شهرته، له مصنّفات منها: كتاب التّقلين، والمعونة على مذهب عالم المدينة، والإشراف على مسائل الخلاف، توفّي سنة 422هـ بمصر. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 25/2. الزّركلي، الأعلام، 184/4.

نصاب ما اشترته...ودليلنا على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف/199]...»[1].

- وفسّر ابن جزي –رحمه الله تعالى– العرف الوارد في الآية بقوله: «أي؛ بالمعروف، وهو فعل الخير، وقيل: العفو الجاري بين النّاس من العوائد، واحتجّ المالكيّة بذلك على الحكم بالعوائد»[2].

وجه الاستدلال بالآية :

«وهذا الاستدلال مبنيّ على أنّ المراد بالعرف في الآية الكريمة: عادات النّاس وما جرى تعاملهم به، فحيث أمر الله نبيّه ﷺ بالعرف دلّ ذلك على اعتباره في الشّرع، وإلاّ لما كان للأمر به فائدة»[3].

أعود وأقول: إنّ لفظ العرف الوارد في الآية اخْتُلِف في معناه على أقوال وآراء كثيرة[4]، أذكر منها بعض أقوال المالكيّة وبعض أقوال الإباضيّة:

أوّلا– بعض أقوال المالكيّة:

- ذكر ابن العربي –رحمه الله تعالى– في الآية: أربعة أقوال، وبعد أن استعرضها خلص إلى القول بأنّ المراد بالعرف في الآية هو: «ما عرف حكمه، واستقرّ في الشّريعة موضعه، واتّفقت القلوب على علمه»[5].
- وذهب القرطبي[6] –رحمه الله تعالى– إلى أنّ المراد بالعرف في الآية: «كلّ خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئنّ إليها النّفوس»[7].

---

(1) المعونة، 754/2-755.

(2) كتاب التّسهيل لعلوم التّنزيل، 106/2.

(3) أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 29.

(4) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 53 وما بعدها.

(5) أحكام القرآن، 363/2.

(6) هو الإمام شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري المالكي، من أهل قرطبة، ولد سنة 578هـ، سمع من أبي العبّاس القرطبي، وأبي علي الحسن بن محمّد البكري، من مصنّفاته: الجامع لأحكام القرآن، والتّذكرة، والأسنى في شرح أسماء الله الحسنى، توفي سنة 671هـ. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 287/2-288. ابن العماد، شذرات الذّهب، 478/5.

(7) الجامع لأحكام القرآن، 346/7.

ثانيا– بعض أقوال الإباضيّة:

- فسّر القطب أطفيّش –رحمه الله تعالى– العرف في الآية بقوله: «المعروف: وهو كلّ ما جاءك من الله، وما يعرف من الشّرع حسنه من مكارم الأخلاق، وترك مساويها، وسواء في ذلك اعتقاد وقول وفعل»[1].
- وقال في موضع آخر: «محاسن الأخلاق والأمور الشّرعية، كقول: لا إله إلاّ الله»[2].
- وذكر هود بن محكّم[3] –رحمه الله تعالى– أنّ المراد بالعرف في الآية هو: «المعروف»[4].

يدلّ كلام هؤلاء العلماء من المالكيّة والإباضيّة أنّ المراد بالعرف في الآية هو المعنى اللّغوي الذي ذكرناه سابقا، دون المعنى الاصطلاحي؛ أي أنهم –والله أعلم– لا يعدّون الآية دالّة على حجّيّة العرف.

وممّن صرّح بمنع الاستدلال بهذه الآية على حجّيّة العرف من المعاصرين الأستاذ: أحمد فهمي أبو سنة [5].

والصّواب أنّ العرف في الآية واقع على معناه اللّغوي: وهو الأمر المألوف المستحسن، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي[6]، وهو الذي عناه كثير من المفسّرين[7]، ويؤيّد هذا قول عبد الله بن الزّبير ﷺ عن الآية: «ما أنزل الله إلاّ في أخلاق النّاس»[8].

لكن قد يُسْتَأْنَس بذلك في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، والمعنى اللّغوي أعمّ من المعنى الاصطلاحي[9].

---

(1) تيسير التّفسير، 260/5.

(2) هميان الزّاد إلى دار المعاد، 7 /106.

(3) هو هود بن محكّم الهواري، من علماء القرن الثالث الهجري (9م)، عالم متقن، أحد أعلام الإباضيّة، أخذ العلم عن أبيه وعن غيره، كان والده قاضيا للإمام عبد الوهّاب بن رستم، اشتهر بمؤلّفه: تفسير كتاب الله العزيز. ينظر: مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 926/4-927.

(4) تفسير كتاب الله العزيز، 67/2.

(5) ينظر: العرف والعادة، ص: 31.

(6) ينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 143/1.

(7) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 53 وما بعدها.

(8) البخاري، كتاب التفسير، باب: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩ ﴾ [الأعراف/199]، رقم: 4643، ص: 645.

(9) ينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 143/1. وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 110/2.

2- قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة/233].

قال ابن العربي –رحمه الله تعالى– في تفسير هذه الآية: «"بالمعروف": يعني على قدر حال الأب من السّعة والضّيق، كما قال تعالى في سورة الطّلاق: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطّلاق/7]، ومن هذه النّكتة أخذ علماؤنا جواز إجارة الظِّئْر[1] بالنّفقة والكسوة، وبه قال أبو حنيفة، وأنكره صاحباه؛ لأنّها إجارة مجهولة فلم تجز، كما لو كانت الإجارة به على عمل الآخر، وذلك عند أبي حنيفة استحسان، وهو عند مالك والشّافعي أصل في الارتضاع، وفي كلّ عمل، وحمل على العرف والعادة في ذلك العمل، ولولا أنّه معروف لما أدخله الله في المعروف»[2].

وقال القطب أطفيش –رحمه الله تعالى–: «ولا حدّ في نفقة الزّوجة والمطلّقة والمرضعة سوى ما يليق بالنّظر»[3].

يتبيّن من كلام ابن العربي والقطب أطفيش أنّ تقدير نفقة المرضعة مردّه إلى العرف.

3- قال الله تعالى: ﴿قَالَ هِىَ رَٰوَدَتْنِى عَن نَّفْسِى ۚ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾ [يوسف/26-27].

قال ابن العربي: «قال علماؤنا هذا دليل على العمل بالعرف والعادة، لما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا، وما عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف، وهذا أمر تفرّد به المالكيّة كما بيّناه في كتبنا»[4].

4- قال الله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ

(1) الظِّئر: العاطفة على غير ولدها، والمراد بها المرضعة. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادّة: ظأر، 186/6.

(2) أحكام القرآن، 274/1.

(3) تيسير التّفسير، 80/2.

(4) أحكام القرآن، 50/3.

﴿أَخۡوَٰنِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمۡ أَوۡ مَا مَلَكۡتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوۡ صَدِيقِكُمۡۚ﴾ [النّور/61].

قال القطب أطفيش: «وحكم الآية باق على اطمئنان النّفس من صاحب المال...»[1].

تدلّ الآية على أنّ العرف والعادة قد جرت بالمسامحة في الأكل من هذه البيوت من غير إذن، لأجل القرابة القريبة، أو التّصرف التّام، أو الصّداقة[2].

5- قال الله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ﴾ [الطّلاق/7].

قال ابن العربي: «هذا يفيد أن النّفقة ليست مقدّرة شرعا، وإنّما تتقدّر عادة، بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه، فتقدّر بالاجتهاد على مجرى العادة»[3].

وقد ذكر السّالمي أنّ أمر النّفقة يختلف باختلاف السّعة والضّيق مستدلاّ بهذه الآية[4]، ثمّ قال: «والسّعة والضّيق يختلفان باختلاف الأزمان والأحوال والأمكنة، والمأكل والملبس يختلفان باختلاف الأحوال أيضا ولكلّ قوم عادتهم»[5].

الفرع الثّاني: أدلّة اعتبار العرف من السّنّة.

استدل المحتجّون بالعرف بأدلّة من السّنّة منها:

1- حديث: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"، وهذا الحديث أشهر أدلّة اعتبار العرف من السّنّة؛ لذلك آثرته بالتّقديم.

لقد ذهبت طائفة من أهل العلم إلى الاستدلال بهذا الحديث على حجّيّة العرف[6]، ويُوجب النّظرُ في صواب ذلك أو فساده بيانَ عدّة أمور:

- إيراد لفظه.
- تحقيق ثبوته.

---

(1) تيسير التفسير، 61/10 .

(2) ينظر: عبد الرّحمان السّعدي، تيسير الكريم الرّحمان في تفسير كلام المنّان، ص: 546.

(3) أحكام القرآن، 4 /289.

(4) ينظر: جوابات السّالمي، 56/3-57.

(5) المرجع نفسه، 56/3-57.

(6) منهم: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 101/2. السّيوطي، الأشباه والنّظائر، ص: 99. وممّن استدلّ به من المعاصرين: محمود حسنين محمود في بحثه: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 25.

- بيان وجه الاستدلال به، ومناقشة ذلك[1].

أوّلا– لفظ الحديث:

لفظ الحديث كما في مسند الإمام أحمد: ...عن عبد الله بن مسعود ﷺ قال: "إنّ الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمّد ﷺ خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثمّ نظر في قلوب العباد بعد قلب محمّد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيّه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيّئا فهو عند الله سيّء"[2].

وأخرجه الحاكم[3] بلفظ: "...وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيّئا فهو عند الله سيّء، وقد رأى الصّحابة جميعا أن يُستخلَف أبو بكر"[4].

ثانيا– تحقيق ثبوته:

ممّا قاله نقّاد الحديث في سنده ما يلي:

- قال الإمام الزّيلعي[5] –رحمه الله تعالى–: «...غريب مرفوعا، ولم أجده إلاّ موقوفا على ابن مسعود»[6].
- قال العلاّمة العجلوني[7] –رحمه الله تعالى–: «والأصحّ وقفه على ابن مسعود»[8].

---

(1) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 187/1.

(2) المسند، كتاب: رسول الله، (إنّ الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمّد خير قلوب العباد)، رقم: 3600، 505/3–506.

(3) هو محمّد بن عبد الله بن حمدويه بن نعيم الضّبي الطّهماني النّيسابوري، المعروف بالحاكم، ويعرف بابن البّيع، أبو عبد الله، من أكابر حفّاظ الحديث والمصنّفين فيه، رحل إلى العراق سنة 341هـ، وحجّ ، وجال في بلاد خراسان، وما وراء النّهر، وأخذ عن نحو ألفي شيخ، صنّف كتبا كثيرة جدّا منها: تاريخ نيسابور، المستدرك على الصّحيحين، توفّي سنة 405هـ، ينظر: الزّيلعي، الأعلام، 227/6. ابن العماد، شذرات الذّهب، 319/3–320.

(4) المستدرك، كتاب: معرفة الصحابة ﷺ، (أبو بكر بن أبي قحافة رضي الله عنهما)، 89/3، رقم: 4527.

(5) هو عبد الله بن يوسف بن محمّد الزّيلعي، أبو محمّد، جمال الدّين، فقيه، عالم بالحديث، أصله من زيلع (في الصّومال)، من كتبه: نصب الرّاية في تخريج أحاديث الهداية (في مذهب الحنفيّة)، وتخريج أحاديث الكشّاف، توفّي سنة 762هـ بالقاهرة. ينظر: ابن حجر، الدّرر الكامنة، 310/2. الزّركلي، الأعلام، 147/4.

(6) نصب الرّاية، 4 /133.

(7) هو إسماعيل بن محمّد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدّمشقي، أبو الفداء، محدّث الشّام في أيّامه، له كتب منها: كشف الخفاء ومزيل الإلباس عمّا اشتهر من الأحاديث على ألسنة النّاس، والفيض الجاري في شرح صحيح البخاري، توفّي سنة 1162هـ. ينظر: الزّركلي، الأعلام، 325/1.

(8) كشف الخفاء، 245/2 .

- قال الحافظ العلاّئي[1] -رحمه الله تعالى-: «لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث، وكثرة الكشف، والسّؤال، وإنّما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه، أخرجه أحمد في مسنده»[2].
- قال الإمام ابن حزم[3] -رحمه الله تعالى-: «...وهذا لا نعلمه يُسند إلى رسول الله ﷺ من وجه أصلا، وأمّا الذي لاشكّ فيه، فإنّه لا يوجد البتّة في مسند صحيح، وإنّما نعرفه عن ابن مسعود»[4].
- قال الإمام السّخاوي[5] -رحمه الله تعالى-:«وهو موقوف حسن»[6].

تدلّ هذه النّقول عن العلماء الأجلاّء على أنّ هذا الحديث لا يصحّ رفعه إلى النّبي ﷺ، وإنّما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه.

ثالثا- بيان وجه الاستدلال به، ومناقشة ذلك:

بيان وجه الاستدلال:

وجه الاستدلال بالحديث عند من استدلّ به هو: «إذا كان كلّ ما رآه المسلمون مستحسنا، قد حُكِم بحسنه عند الله تعالى فهو حقّ لا باطل فيه؛ لأنّ الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيقته واعتباره»[7].

(1) هو خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلاّئي الدّمشقي، أبو سعيد، صلاح الدّين، محدّث فاضل، ولد وتعلّم في دمشق، ورحل رحلة طويلة، ثمّ أقام في القدس مدرّسا في الصّلاحية، من كتبه: المجموع المذهّب في قواعد المذهب (في فقه الشّافعية)، كتاب المدلّسين، توفّي سنة 761هـ في القدس. ينظر: ابن العماد، شذرات الذّهب، 381/6-382. الزّركلي، الأعلام، 321/2.

(2) السّيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 99.

(3) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح الأموي الأندلسي القرطبي الظّاهري، أبو محمّد، روى عن أبي عمر بن الجسور، ويحيى بن مسعود، كان عالما بالكتاب والسّنّة، والمذاهب، والملل والنّحل، والعربيّة والشّعر، من مصنّفاته: المحلّى، والإحكام في أصول الأحكام، الملل والنّحل، ومراتب الإجماع، توفّي سنة 456هـ. ينظر: ابن خلّكان، وفيات الأعيان، 325/3-382. ابن العماد، شذرات الذّهب، 480/3-482.

(4) الإحكام، 18/6.

(5) هو محمّد بن عبد الرّحمان بن محمّد، شمس الدّين السّخاوي، أبو الخير، عالم بالحديث والتّفسير والأدب، أصله من سخا (من قرى مصر) ومولده في القاهرة، من مؤلّفاته: شرح ألفيّة العراقي، والمقاصد الحسنة، والقول البديع في أحكام الصلاة على الحبيب الشّفيع، توفّي سنة 902هـ بالمدينة. ينظر: الزّركلي، الإعلام، 194/6. ابن العماد، شذرات الذّهب، 46/8-48.

(6) المقاصد الحسنة، ص: 367.

(7) أبو سنة، العرف والعادة، ص: 30.

المناقشة:

قد يقال: «الحديث وإن كان موقوفا لكنّه في حكم المرفوع؛ لأنّ ما تضمّنه وهو حجّيّة رأي المسلمين، لا يدرك بالرّأي»[1].

فالجواب عنه: إنّه على فرض أنّه في حكم المرفوع، فإنّ دلالته على المطلوب غير تامّة[2]؛ لورود الاحتمالات التّالية:

-إنّ المراد بالمسلمين في الحديث "المجتهدون"، بدليل كلمة "رآه"، وهي من الرّأي[3]، وهو كما عرّفه ابن القيم -رحمه الله تعالى-: «ما يراه القلب بعد فكر وتأمّل وطلب لمعرفة وجه الصّواب ممّا تتعارض فيه الأمارات، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمرا غائبا عنه ممّا يحسّ به أنّه رأيه، ولا يقال أيضا للأمر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الأمارات أنّه رأي، وإن احتاج إلى فكر وتأمّل كدقائق الحساب ونحوها»[4].

-إنّ كلمة "المسلمون" صيغة عموم، فالمعنى: ما رآه جميع المسلمين، وحينئذ يكون الحديث واردا في الإجماع[5]، وبهذا صرّح الآمدي[6] -رحمه الله تعالى- حيث قال: «قوله: ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، إشارة إلى إجماع المسلمين والإجماع حجّة، ولا يكون إلاّ عن دليل...»[7].

-إنّ المراد بالمسلمين الصحابة ﷺ دون غيرهم، بدليل حرف الفاء الدّاخلة على"ما رآه"، ورواية الحاكم ففي آخرها: "...وقد رأى الصّحابة أن يستخلف أبو بكر"، فسياقها يشهد بذلك[8].

(1) أبو سنة، العرف والعادة، ص: 32.

(2) ينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 32.

(3) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 191/1.

(4) إعلام الموقّعين، 70/1.

(5) ينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 32.

(6) هو علي بن أبي علي بن محمّد بن سالم الثّعلبي الآمدي الحنبلي ثم الشّافعي، الأصولي، من مشايخه: محمّد الصفار، ابن عبيدة، ابن المني، ابن شاتيل، من مصنّفاته: الإحكام في أصول الأحكام، منتهى السّول، دقائق الحقائق، توفّي سنة 631هـ. ينظر: أبو بكر الدّمشقي، طبقات الشّافعيّة، 79/2-80. الزّركلي، الأعلام، 332/4.

(7) الإحكام، 215/4.

(8) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 191/1. أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 33.

بعد هذه المناقشة يتبيّن أنّ الحديث لا ينهض دليلا على اعتبار العرف[1].

2-عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النّفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ، إلاّ ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"[2].

قال نور الدّين السّالمي –رحمه الله تعالى–: «المراد بالمعروف في الحديث: القدر الذي عرف بالعادة أنّه الكفاية»[3].

وقال القطب أطفيش مؤكّدا هذا المعنى: «والمشهور عند قومنا وعليه الأكثر أنّ نفقة الزّوجة بحسب ما يصلح»[4].

فقد أحال الرسول ﷺ تقدير النّفقة على العرف، فدلّ ذلك على اعتباره ومراعاته؛ إذ لو كان غير جائز لما أحال عليه[5].

3-عن ابن عبّاس رضي الله عنه قال: قدم النّبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثّمار السّنة والسّنتين فقال: "من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[6].

وموضع الدّلالة منه: أنّه ﷺ لـمّا قدم المدينة وجد أهلها يتعاملون بالسّلم، وهو نوع من بيع ما ليس عند الإنسان، المنهي عنه شرعا، فأقرّهم عليه بعد أن نظّمه لهم، مراعيا في ذلك عرف العرب[7].

4-عن ابن عبّاس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: "إنّ هذا البلد حرّمه الله يوم خلق السّماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، وإنّه لم يحلّ القتال فيه لأحد قبلي، ولم يحلّ لي إلاّ ساعة من نهار، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، لا يُعْضَد شوكه، ولا يُنفَّر

(1) هذا ما قوّاه الأستاذ أبو سنّة ورجّحه. ينظر: العرف والعادة، ص: 33.

(2) مسلم، كتاب: الأقضية، باب قضية هند، رقم: 4574، 129/5. وأخرجه الرّبيع بن حبيب بلفظ آخر، ينظر: الجامع الصّحيح، كتاب الأحكام، باب [35]، رقم: 599، 48/2.

(3) شرح الجامع الصّحيح، 371/3.

(4) تيسير التّفسير، 81/2.

(5) ينظر: محمود حسنين، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 26.

(6) مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، رقم: 4202، 55/5.

(7) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 67.

صيده، ولا يلْتَقط لُقطَته إلاّ من عرَّفها، ولا يُختلى خلاه"، فقال العبّاس: يا رسول الله إلاّ الإِذْخَر فإنّه لِقَيْنهم وبيوتهم، فقال: "إلا الإِذْخَر"[1].

ووجه الاستدلال به: أنّ استثناء النّبيّ ﷺ للإِذْخَر فيه مراعاة لما اعتاده النّاس وألِفوه، ومن العسير عليهم ترك عاداتهم، فرخّص لهم في ذلك دفعا للحرج عنهم[2].

5-عن ابن عبّاس رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قدم المدينة فوجد اليهود صياما يوم عاشوراء، فقال لهم رسول الله ﷺ: "ما هذا اليوم الذي تصومونه؟"، فقالوا: هذا يوم عظيم أنجى الله فيه موسى وقومه وغرّق فرعون وقومه، فصامه موسى شكرا، فنحن نصومه، فقال رسول الله ﷺ: "فنحن أحقّ وأولى بموسى منكم"، فصامه رسول الله ﷺ وأمر بصيامه[3].

ووجه الاستدلال به: أنّ صيام عاشوراء كان عادة اليهود، فصيامه ﷺ هذا اليوم مع الأمر به دليل على اعتبار هذه العادة، وذلك بعد تقييدها بضوابط الإسلام[4].

6-عن ابن عمر رضي الله عنه أنّ عمر قال: يا رسول الله إنّي نذرت في الجاهليّة أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال: "فأوف بنذرك"[5].

وموضع الدّلالة منه: أنّ الاعتكاف كان عادة العرب في الجاهليّة، فأَمْر النبي ﷺ عمر بن الخطّاب بإيفاء نذره دليل على اعتبار هذه العادة، وذلك بطبيعة الحال بعد تهذيبها وضبطها بقواعد الإسلام[6].

وخلاصة القول: أنّ النّصوص التي تمّ ذكرها من الكتاب أو السّنّة تشير إمّا تصريحا أو تلميحا إلى اعتبار العرف والاحتجاج به في الأحكام.

---

(1) مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلاّ لمنشد على الدّوام، رقم: 3368 ، 109/4.
وفي قوله ﷺ: "لا يعضد شوكه" دليل على أنّ قطع الشّوك ممتنع. ومعنى قوله ﷺ: "لا ينفّر صيده"؛ أي يزعج من مكانه. وقوله ﷺ: "ولا يلتقط لقطته إلاّ من عرّفها"، اللّقطة بإسكان القاف وقد يقال بفتحها: الشّيء الملتقط. والخلى بفتح الخاء والقصر: الحشيش إذا كان رطبا واختلاؤه قطعه. والإذخر: نبت معروف طيّب الرّائحة. وقوله ﷺ: "فإنّه لقينهم"، القين: الحدّاد؛ لأنّه يحتاج إليه في عمل النّار، وبيوتهم تحتاج إليه في التّسقيف. ينظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام، 310/1-311.

(2) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 68.

(3) مسلم، كتاب الصّيام، باب صوم يوم عاشوراء، رقم: 2714، 150/3.

(4) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 73.

(5) مسلم، كتاب الأيمان، باب نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم، رقم: 4382، 88/5.

(6) ينظر: الجيدي، العرف والعمل، ص: 73.

الفرع الثّالث: أدلّة اعتبار العرف من المعقول.

استدلّ الإمام الشّاطبي –رحمه الله تعالى– على حجّيّة العرف واعتباره بأدلّة عقليّة، وعقد لذلك مسألة خاصّة سمّاها: "العوائد تعتبر شرعا"، ودلّل لها بما يلي:

1- «العوائد الجارية ضروريّة الاعتبار شرعا، كانت شرعيّة في أصلها أو غير شرعيّة؛ أي سواء كانت مقرّرة بالدّليل شرعا، أمرا أو نهيا، أو إذنا أم لا، أمّا المقرّرة بالدّليل فأمرها ظاهر، وأمّا غيرها فلا يستقيم إقامة التّكليف إلاّ بذلك، فالعادة جرت بأنّ الزّجر سبب الانكفاف عن المخالفة، كقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة/179]، فلو لم تعتبر العادة شرعا لم ينحتم القصاص ولم يشرع، إذ كان يكون شرعا لغير فائدة، وذلك مردود بقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة/179]، وكذلك البذر سبب لنبات الزّرع، والنّكاح سبب للنّسل، والتّجارة سبب لنماء المال عادة»[1].

2- «إنّ ورود التّكاليف بميزان واحد في الخلق يدلّ على أنّ الشارع اعتبر العادات المطّردة فيهم، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التّشريع واختلاف الخطاب»[2].

3- إنّ الشّارع جاء باعتبار المصالح قطعا، فلزم اعتبار العوائد قطعا؛ لأنّه إذا كان التّشريع على وزان واحد، دلّ جريان المصالح على ذلك؛ لأنّ أصل التّشريع سبب المصالح والتّشريع دائم، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التّشريع[3].

4- إنّ عدم اعتبار العوائد يؤدّي إلى التّكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز، أو غير واقع، وبيانه أنّ التّكليف لا بدّ وأن يراعي قدرة المكلّف وعلمه، وإلاّ كان تكليفا بما لا يطاق، فليس من السّهولة والبساطة تكليف الإنسان بترك ما اعتاده وألفه[4].

قد يرد على هذا: أنّ الشّريعة الإسلاميّة ألغت كثيرا من عادات الجاهليّة كوأد البنات والخمر والميسر والتّعامل بالرّبا، ومع ذلك لم يقل أحد أنّ هذا يُعدّ تكليفا بما لا يطاق[5].

---

(1) الموافقات، 573/2-574.

(2) هذا كلام الشّيخ عبد الله درّاز في تعليقه عن الموافقات، 574/2، وهو تلخيص لقول الشّاطبي. وينظر: 567/2-568 من المرجع نفسه؛ لقراءة ما كتبه الإمام الشّاطبي.

(3) ينظر: الموافقات، 574/2- 575. رقيّة العلواني، أثر العرف في فهم النّصوص، ص: 57.

(4) ينظر: الموافقات، 575/2 . رقيّة العلواني، أثر العرف في فهم النّصوص، ص: 57.

(5) ينظر: محمود حسنين، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 28.

ويجاب عليه: بأنّ الإسلام أقرّ ما صلح من العادات، وهذّب منها ما كان في حاجة إلى ذلك، وأبطل السيّئة المستقبحة التي تأباها الفطرة السّليمة السّويّة؛ لذلك وضع العلماء قيودا وشروطا لاعتبار العرف والاحتجاج به في أحكام الشّريعة الإسلاميّة[1].

بعد كلّ ما تقدّم ذكره من نقول أهل العلم والنّصوص الدالّة على حجّيّة العرف، بقي أن يقال: هل يمكن أن يكون العرف دليلا أصليّا مستقلاّ كالكتاب والسّنة؟

وجواب ذلك:

1- أمّا أنّ العرف يكون دليلا قائما بنفسه، كالنّص فلا، لكنّه يكون دليلا مُظْهِرًا للحكم، والدّليل في الحقيقة ما رَجَع إليه، من السّنّة أو الإجماع أو المصلحة أو أصل الإباحة[2].

2- وأمّا أنّ العرف ينشئ أحكاما جديدة، فنعم، إذا كان ذلك في دائرة مجاله، وتحقّقت شروط اعتباره؛ إذ هو في دائرة العفو والإباحة، التي أذن الشّرع للعرف بملء فراغها، وتطبيق جزئيات الحوادث فيها، من نحو إنشاء العقود والشّروط وطرائق التّوثيق[3].

وبهذا الرّأي نطق الأستاذ أبو سنّة، حيث قال: «...إنّ العرف في هذه النّصوص ليس دليلا على الحقيقة، وإنّما هو دليل ظاهر فقط، وبإنْعام النّظر يُرى على الدّوام مردودا إلى دليل آخر من الأدلّة الصحيحة»[4].

وقال الأستاذ عبد الوهّاب خلاّف: «والعرف عند التّحقيق ليس دليلا شرعيّا مستقلاّ»[5].

(1) ينظر: محمود حسنين، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 28.

(2) ينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 50، 106.

(3) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 226/1.

(4) العرف والعادة، ص: 41. وينظر: ص: 39، 40، 45، 106 من المرجع نفسه.

(5) علم أصول الفقه، ص: 80. وينظر: مصادر التّشريع فيما لا نصّ فيه، ص: 149.

المبحث الثّاني: شروط اعتبار العرف.

المطلب الأوّل: أن يكون العرف مطّردا أو غالبا، وقائمـا عند إنشـاء التّصرّفات.

المطلب الثّاني: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، وأن لا يكون فيه تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

إنّ العرف المعتبر هو الذي توفّرت فيه شروط وضوابط معيّنة لو تخلّف واحد منها أو اختلّ لم يصحّ تحكيمه، ولم يكن صالحا للاعتداد به أو بناء الأحكام عليه، «ولم يجمع الفقهاء له شروطا ولا نصّوا على بعضها، بل كلّ ما هنالك أنّ لهم كلمات متفرّقة ذكرت في الفقه لمناسبات تستفاد هذه الشروط من بعضها تصريحا، ومن البعض الآخر استنباطا»[1]، ويمكن تلخيص هذه الشّروط في الأمور الأربعة التّالية:

1- أن يكون العرف مطّردا أو غالبا.

2- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التّصرفات قائما عند إنشائها.

3- أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه .

4- أن لا يكون في العرف تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة[2].

وفيما يلي تفصيل لهذه الشّروط، وتوضيح المراد بكلّ شرط منها.

المطلب الأوّل: أن يكون العرف مطردا أو غالبا، وقائما عند إنشاء التّصرّفات.

الفرع الأول: أن يكون العرف مطّردا أو غالبا.

المراد هنا من اطّراد العرف بين متعارفيه: «أن يكون عملهم به مستمرّا في جميع الحوادث لا يتخلّف...والمراد من غلبة العرف: أن يكون جريان أهله عليه حاصلا في أكثر الحوادث»[3].

وتأكيدا لهذا الشّرط يقول ابن نجيم[4] -رحمه الله تعالى-: «إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت»[5].

(1) أبو سنة، العرف والعادة، ص: 73.

(2) ينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 897/2. أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 73 وما بعدها. الجيدي، العرف والعمل، ص: 104 وما بعدها. عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 231/1.

(3) مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 897/2.

(4) هو الشّيخ زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، الشّهير بابن نجيم الحنفي، أخذ عن العلاّمة قاسم بن قطلوبغا، والبرهاني الكركي، له تصانيف جليلة منها: البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، والأشباه والنّظائر، توفّي سنة 970هـ. ينظر: ابن العماد، شذرات الذّهب، 421/8-422. الزّركلي، الأعلام، 104/03.

(5) الأشباه والنظائر، 103/2.

«فالعرف مثلا على تقسيم المهر في النّكاح إلى معجّل ومؤجّل إنّما يكون مطّردا في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التّقسيم في جميع حوادث النّكاح»[1]، «ولا يقدح في اعتباره إذا ترك العمل به في بعض الحوادث القليلة؛ لأنّه لا يزال يعتبر غالبا»[2]، «والعبرة للغالب الشّائع لا للنّادر»[3].

وفي معنى هذا يقول الإمام الشّاطبي –رحمه الله تعالى–: «إذا كانت العوائد معتبرة شرعا، فلا يقدح في اعتبارها اخراقها ما بقيت عادة على الجملة»[4].

وإلى هذا الشّرط أشار القطب أطفيش –رحمه الله تعالى– لمّا قال: «(ولا يصحّ) السّلم (لثمرة سنة معيّنة) متّصلة أو منفصلة بسنة أو سنتين أو أكثر أو ثمرة سنة مقدّمة في أوانها أو بعده، ولا لثمرة شهر أو أقلّ أو أكثر لعلّها لا توجد، وإن فعلوا فسدت ولو وُجدت، وقيل:صحّ إن وُجدت، وقيل: صحّ وإن لم توجد، وعليه فإنّه يأخذ في السّنة الأخرى أو الشّهر الآخر، وهو الصّحيح عندي»[5]، وعلّل ذلك قائلا: «لأنّ العادة أنّها توجد في ذلك، والغالب وجودها، والعبرة بالكثير من الأمور لا بالقليل، ولا بالشّاذّ، وغالب أمور الشّريعة تجري على الظّن والعادة...»[6].

ويؤكّد معنى الاطّراد ما نقله ابن بركة عن أبي حنيفة –رحمه الله تعالى–: «إذا تزوّج رجل امرأة على أنّها بكر فوجدها ثيّبا، أنّ النّكاح ثابت، وقد مضى على أصله، وإن كانت عادة النّاس أكثرها الرّغبة في الأبكار»[7]، واعترض عليه بأنّه استند إلى عادة غير مطّردة، فقال: «فإن كان هذا قصده فعندي أنّه ليس بقوي فيه؛ ولأنّ عادة النّاس في مثل هذا مختلفة؛ لأنّ فيهم من يرغب في بكر دون ثيّب، وآخر يرغب في ثيّب دون بكر، وآخر يرغب في سوداء دون بيضاء، وبيضاء دون سوداء»[8].

«وممّا تقدّم من اشتراط الاطّراد أو الغلبة في العرف المحكّم يعلم خروج العرف المضطرب، وخروج النّادر، وهو لا يسمّى عرفا أصلا»[9].

(1) مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 897/2.

(2) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 233/1.

(3) أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 181.

(4) الموافقات، 575/2.

(5) شرح كتاب النّيل، 672/8. وما بين قوسين هو كلام الشّيخ عبد العزيز الثّميني –رحمه الله تعالى–.

(6) المرجع نفسه، 672/8-673.

(7) كتاب الجامع، 143/2–144.

(8) المرجع نفسه، 144/2.

(9) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 233/1.

وعلم أيضا خروج العرف المشترك: وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والتّخلّف عنها، وهو فاسد لا يصحّ الرّجوع إليه، ولا يبنى عليه حكم، وكذا لا يقضي على الألفاظ والأدلّة تقييدا وتخصيصا وإبطالا لتعارض العرفين، فإذا كان أحدهما يقتضي التّخصيص أو غيره، فالعرف الآخر يمنع منه، والعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجّح[1].

وممّا يجدر التّنبيه عليه: «أنّ اشتراط الاطّراد والغلبة لا يستلزم أن يكون العرف عامّا في جميع البلاد، بل كلّ من العرف العام والخاص معتبر في محلّه، محكّم بين متعارفيه ما دام مطّردا أو غالبا بينهم»[2].

قال العلاّمة ابن عابدين –رحمه الله تعالى–: «إنّ حكم العرف يثبت على أهله عامّا أو خاصّا، فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد، والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط»[3].

وقال أيضا: «إنّ العرف العامّ يثبت به الحكم العام، والعرف الخاص يثبت به الحكم الخاص»[4].

وقال الإمام القرافي –رحمه الله تعالى– مُظْهرا الأثر التّطبيقي لهذا الأصل–: «...لو خرجنا نحن من تلك البلد إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنّا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادّة للبلد الذي نحن فيه، لم نفته إلاّ بعادته، دون عادة بلدنا»[5].

الفرع الثّاني: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التّصرفات قائما عند إنشائها.

«يجب أن يكون العرف الذي يحمل عليه التّصرف موجودا وقت إنشائه، بأن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التّصرف، ثمّ يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء أكان التّصرف قولا أو فعلا»[6].

فخرج بهذا أمران: العرف الحادث الطّارئ، والعرف السّابق المتغيّر[7].

(1) ينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 74. مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 898/2.

(2) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 233/1-234. وينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 898/2.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، 130/2.

(4) المرجع نفسه، 130/2.

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 111-112.

(6) أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 85.

(7) ينظر: المرجع نفسه، ص: 85.

قال العلاّمة ابن نجيم –رحمه الله تعالى–: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنّما هو المقارن السّابق دون المتأخّر؛ لذا قالوا لا عبرة بالعرف الطّارئ»[1].

وقال الإمام القرافي –رحمه الله تعالى–: «القاعدة: أنّ من له عرف وعادة في لفظ إنّما يحمل لفظه على عُرْفه...أمّا العوائد الطّارئة بعد النّطق لا يقضى بها على النّطق، فإنّ النّطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللّغة، ونظيره: إذا وقع العقد في البيع فإنّ الثّمن يحمل على العادة الحاضرة في النّقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النّقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدّم، وكذلك النّذر والإقرار والوصيّة، إذا تأخّرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنّما يعتبر من العوائد ما كان مقارنا لها»[2].

«ورعاية لهذا الشّرط يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع والهبات ووثائق الزّواج وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرّفين الذي كان موجودا في زمانهم، لا على عرف حادث»[3].

وكذا في العرف العملي، فلو تغيّر عرف النّاس مثلا فيما يعدّ عيبا في البيع أو فيما يدخل في المبيع تبعا، أو في تقسيم المهر إلى معجّل ومؤجّل، إلى غير ذلك من الشّؤون، فإنّ العرف الحادث لا يسري على التّصرفات السّابقة ولا يبدّل شيئا من أحكامها والتزاماتها، وإنّما تخضع له التّصرفات الجديدة الواقعة في ظلّه[4].

وها هنا أمر في غاية الأهميّة، وهو أنّ نصوص الشّرع كذلك في فهمها وتفسيرها تحمل على الأعراف المقارنة لها لا على المتأخّرة عنها[5]، قال الأستاذ مصطفى الزّرقا: «فالنّصوص التّشريعيّة يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللّغوية والعرفيّة في عصر صدور النّص؛ لأنّها هي مراد الشّارع، ولا عبرة لتبدّل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزّمنيّة المتأخّرة، وإلاّ لم يستقرّ للنصّ التّشريعي معنى»[6].

وفي معنى هذا ما قاله الإمام القرافي عقب كلامه المنقول سابقا: «...كذلك نصوص الشّريعة لا تؤثّر في تخصيصها إلا ما قارنها من العوائد»[7].

(1) الأشباه والنظائر، 110/2.

(2) شرح تنقيح الفصول، ص: 211.

(3) أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 86.

(4) ينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 900/2-901.

(5) ينظر: عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 241/1.

(6) المدخل الفقهي، 900/2.

(7) شرح تنقيح الفصول، ص: 211.

المطلب الثّاني: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، وأن لا يكون فيه تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة.

الفرع الأوّل: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه.

«إنّ سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف دليل على إقراره والرّضا به، فإذا صرّحا بخلافه كان ذلك ناقضا لهذه الدّلالة مُبْطلا لهذا العرف، لأنّ العرف أضعف من دلالة اللّفظ»[1]، و«لا عبرة للدّلالة في مقابل التّصريح»[2].

قال الإمام العزّ بن عبد السّلام[3] –رحمه الله تعالى–: «كلّ ما يثبت بالعرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحّ»[4].

من أمثلة ذلك: إذا كان العرف في السّوق تقسيط الثّمن، واتّفق العاقدان صراحة على الحلول، فإنّه يعمل بهذا التّصريح ولا يُلتفت حينئذ إلى العرف، وكذا لو كان العرف أنّ مصاريف التّصدير على المشتري، واتّفقا أن تكون على البائع صحّ ذلك، وكان مُلْغِيًا لاعتبار العرف[5].

وعُلِم من هذا أنّ قولهم: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»[6]، و«المعروف بين التّجّار كالمشروط بينهم»[7]، «مقيّد بعدم التّصريح بخلافه»[8]؛ لأنّه «لا عبرة للدّلالة في مقابل التّصريح»[9].

---

(1) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 241/1.

(2) علي حيدر، درر الحكّام، 31/1. أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 91.

(3) هو عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القاسم بن الحسن السّلمي الدّمشقي، عزّ الدّين، الملقّب بسلطان العلماء، فقيه شافعي، ولد بدمشق سنة 577هـ، تولّى الخطابة والتّدريس بزاوية الغزالي، ثمّ الخطابة بالجامع الأموي، من كتبه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الإلمام في أدلّة الأحكام، توفّي سنة 660هـ بالقاهرة، ينظر: الزّركلي، الأعلام، 21/4. أبو بكر الدّمشقي، طبقات الشّافعيّة، 109/2-111.

(4) قواعد الأحكام، 158/2.

(5) ينظر: أبو سنّة، العرف والعادة، ص: 87–88. عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 242/1.

(6) أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 183.

(7) المرجع نفسه، ص: 185.

(8) عادل قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، 242/1. وينظر: مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 901/2.

(9) أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 91.

الفرع الثّاني: أن لا يكون في العرف تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة.

ومعنى هذا الشّرط أن لا يترتّب على العمل بالعرف تعطيل لنصّ شرعي أو أصل قطعي من أصول الشّرع، فإذا خالف العرف نصّا شرعيّا، بحيث يكون مصادما للنّصّ بخصوصه، أو خالف أصلا قطعيّا مستفادا من الكتاب والسّنّة، فهو عرف باطل؛ لأنّ نصّ الشّارع مقدّم على العرف[1]، كتعارف النّاس التّعامل بالرّبا والرّشوة وتناول المسكرات ولعب القمار وارتداء الألبسة المحرّمة.

قال الإمام ابن العربي معبّرا عن تقرّر ما تقدّم: «ولا يمنع في الشّرع أن يغيّر الخلق مصالحهم ما لم يعترض ذلك التّغيير على ركن من أركان الدّين، فإن اعترض العرف عليه سقط في نفسه، واعتبر حكم الشّرع»[2].

وقال الإمام ابن بركة: «...ويدلّ أيضا أنّ الله تعبّد عباده بما يتعارفون فيما بينهم، ويتجاوزونه فيما جرت به عاداتهم، ما لم يعلم على تحريمه دليل من كتاب أو سنّة أو إجماع من الأمّة...»[3].

وقال القطب أطفيش: «...فإنّ العادة إذا لم تصادم الشّرع أو الأثر معمول بها»[4].

وقال الإمام السّالمي: «...فإنّ العرف مبني على التّعامل ما لم يقع على محرّم شرعا»[5].

لكنّ أبا يوسف[6] صاحب أبي حنيفة استثنى النّص العرفي: «وهو النّصّ الشّرعي الصّادر عن الشّارع نفسه بناء على عرف قائم، ومعلّلا به، مثل: مقياس الأموال الرّبويّة، فإذا كانت العلّة في الأصناف الأربعة: (وهي البرّ والشّعير والتّمر والملح) هي الكيل، ثمّ تغيّر المعيار، فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال، فوجب أن يتغيّر المعيار تبعا لتغيّر العرف، فتصبح المساواة المعتبرة شرعا بالوزن، ولا يكون العرف حينئذ مخالفا للنّصّ الشّرعي»[7].

(1) ينظر، مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 902/2.

(2) كتاب القبس، 825/2.

(3) كتاب التّعارف، ص: 14.

(4) شرح كتاب النّيل، 661/8.

(5) جوابات السّالمي، 267/4.

(6) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف، لزم أبا حنيفة، وولي قضاء بغداد، من مصنّفاته: الأمالي، والنّوادر. توفّي سنة 183هـ في خلافة هارون الرّشيد. ينظر: محمّد اللّكنوي، الفوائد البهيّة، ص: 372-373.

(7) الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 123/2. وينظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 116/2.

وأصل النّهي عن التّفاضل في الأصناف الرّبويّة ما رواه عبادة بن الصّامت ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: "الذّهب بالذّهب، والفضة بالفضّة، والبرّ بالبرّ، والشّعير بالشّعير، والتّمر بالتّمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"[1].

ولقد أورد المحقّق ابن عابدين اعتراضا عن رأي أبي يوسف، ونصّه: «فإن قلت: قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه الأشياء المنصوصة، حتّى جوّز التّساوي بالكيل في الذّهب وبالوزن في الحنطة إذا تعارفه النّاس، فهذا فيه اتّباع العرف اللاّزم منه ترك النّص، فيلزم أن يجوز عنده ما شابه من تجويز الرّبا ونحوه للعرف وإن خالف النّص»[2]، ثمّ ردّ عليه فقال: «حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك، وإنّما أراد تعليل النّص بالعادة بمعنى أنّه إنّما نصّ على البرّ والشّعير والتّمر والملح بأنّها مكيلة، وعلى الذّهب والفضّة بأنّها موزونة؛ لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك، فالنّص في ذلك الوقت إنّما كان للعادة، حتّى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البرّ وكيل الذّهب لورد النّص على وفقها، فحيث كانت العلّة للنّص على الكيل في البعض والوزن في البعض هي العادة، تكون العادة هي المنظور إليها، فإذا تغيّرت تغيّر الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيّرة الحادثة مخالفة للنّص، بل فيه اتّباع للنّص»[3].

وقال الأستاذ الزّرقا عن رأي أبي يوسف : « أقوى حجّة، وأقوم محجّة رغم انفراده به »[4].

ويؤيّد هذا الرّأي ما تعارف عليه النّاس في زماننا من وزن الأصناف الأربعة (البرّ والشّعير والتّمر والملح) بدل كيلها، بل أصبح كيلها في حكم المنسي إلاّ ما ندر، وعليه فإنّ أبا يوسف قد سدّ بهذا الموقف بابا عظيما من الرّبا ، كما ذكر ابن عابدين[5].

وثمّة مسألة أخرى تعرّض لها أهل الأصول في مصنّفاتهم، وبالضّبط في مبحث التّخصيص، وهي: "تعارض العرف مع النّص التّشريعي العام"، والعرف الذي يعارض النّص العام إمّا أن يكون مقارنا له، أو حادثا بعده.

(1) مسلم، كتاب المساقاة، باب الصّرف وبيع الذّهب بالورق نقدا، رقم: 4147، 44/5.

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين، 116/2.

(3) المرجع نفسه، 116/2.

(4) المدخل الفقهي، 910/2.

(5) ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين، 116/2.

وقد تقرّر سابقا أنّ من شروط اعتبار العرف: أن يكون قائما عند إنشاء التّصرف، إذ لا عبرة بالعرف الطّارئ سواء كان قوليّا أم فعليّا؛ لذا سيكون موضوع حديثنا في هذه المسألة عن تعارض العرف المقارن مع النّص التّشريعي العام.

إنّ العرف المقارن للنّص العام إمّا أن يكون لفظيّا أو عمليّا:

أولا– إذا تعارض العرف اللّفظي المقارن مع النّص العام: فهم النّص في حدود المعنى العرفي، فإنّ الأصوليّين اتّفقوا على أنّ العرف القولي يخصّص[1] اللّفظ العام[2].

* قال ابن عابدين: «العرف عملي وقولي...والثّاني مخصّص للعام اتّفاقا، كالدّراهم تطلق ويراد بها النّقد الغالب في البلدة»[3].

* قال القرافي: «العوائد القوليّة تؤثّر في الألفاظ تخصيصا ومجازا وغيره»[4].

* وقال الباجي[5]: «يجوز تخصيص العموم بعادة المخاطبين، وبه قال ابن خويز منداد[6]؛ لأنّ اللّفظ إذا ورد حمل على عرف التّخاطب في الجهة التي ورد منها»[7].

والعرف اللّفظي في هذه الحالة يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفيّة، وهي مقدّمة في الفهم على الحقيقة اللّغوية[8].

(1) قال البيضاوي: «والتّخصيص: إخراج بعض ما يتناوله اللفظ». السّبكي وابنه، المنهاج في شرح المنهاج، 1303/4. وينظر: محمّد الأمين الشّنقيطي، نثر الورود، 272/1.

(2) ينظر: أمير بادشاه، تيسير التّحرير، 317/1. الغزالي، المستصفى، 112/2. الطّاهر خذيري، التّعليل بالقواعد، ص: 364. محمّد الأمين الشّنقيطي، نثر الورود، 308/1-309.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، 112/2-113.

(4) شرح تنقيح الفصول، ص: 212.

(5) هو سليمان بن خلف بن سعد بن أيّوب بن وارث الباجي، أبو الوليد، من مشايخه: أبو الفضل بن عمروس، أبو إسحاق الشّيرازي الشّافعي، ومن تلاميذه: أبو بكر الطّرطوشي، من مصنّفاته: المنتقي في شرح الموطّأ، إحكام الفصول في أحكام الأصول، الإشارة في أصول الفقه، توفي سنة 474هـ . ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 330/1-335.

(6) هو محمّد بن أحمد بن عبد الله بن خويز المالكي العراقي، أبو بكر، تفقّه بالأبهري، وسمع الحديث، روى عن أبي الحسن التمار، وأبي العبّاس الأصم، وله كتاب كبير في الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وفي أحكام القرآن الكريم. توفّي سنة 390هـ تقريبا. ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 606/2. عمر رضا كحالة، معجم المؤلّفين، 280/8.

(7) إحكام الفصول، 275/1.

(8) ينظر: الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 123/2. مصطفى الزّرقا، المدخل الفقهي، 913/2-914.

* يقول القرافي مؤكّدا لهذا المعنى: «دلالة العرف مقدّمة على دلالة اللّغة؛ لأنّ العرف ناسخ للّغة، والنّاسخ يقدّم على المنسوخ»[1].

* ويقول السّالمي: «إذا تعارضت الحقيقة العرفيّة والحقيقة اللّغوية ، فالمقدّم منهما الحقيقة العرفية»[2].

فألفاظ العبادات من صلاة وصيام وحجّ، والمعاملات من بيع وشراء وإجارة، والأحوال الشّخصيّة من زواج وطلاق، كلّ ذلك ونحوه في النّصوص يحمل على معانيه العرفيّة عند ورود النّصوص بها، وإن اختلفت عن المعاني الوضعيّة في أصل اللّغة[3].

وقد أورد الباجي أمثلة توضّح هذا المعنى فقال: «...وكذلك قولنا: صلاة في أصل اللّغة موضوعة في الدّعاء، ثمّ استعملت في الشّرع في الدعاء بقرائن ومعان مخصوصة، وكذلك الصّوم هو الإمساك، ثمّ استعمل في إمساك عن معنى مخصوص في وقت مخصوص، وكذلك الحجّ هو القصد في أصل اللّغة، ثمّ غلب عليه عرف الاستعمال بالقصد إلى موضع مخصوص في وقت مخصوص على وجه مخصوص»[4].

وقال السّالمي بعد حديثه عن المعنى الشّرعي للصّوم: «وإطلاقه على هذا المعنى مجاز لغوي، غير أنّه حقيقة شرعيّة وعرفيّة أيضا، فمن حلف أو نذر بصيام في يوم مخصوص لا يبرّ بمطلق الإمساك كما تقتضيه اللّغة، بل عليه أن يأتي بالإمساك المخصوص وهو الصّوم الشرعي؛ لأنه صار هو المتبادر عند الإطلاق، فلا يفهم من أوّل الأمر سواه، ومن كانت له نيّة عند النّذر أو الحلف فإلى نيّته»[5].

ثانيا– إذا تعارض العرف العملي المقارن مع النّص العام، فقد وقع الخلاف بين أهل العلم في جواز تخصيص النّص العام به على رأيين هما:

الرّأي الأوّل: ذهب الجمهور إلى عدم جواز تخصيص عموم ألفاظ الشّارع به، ومنهم الشّافعية[6]، والإباضيّة، والقرافي وابن الحاجب من المالكيّة.

(1) شرح تنقيح الفصول، ص: 211.

(2) شرح طلعة الشّمس، 195/1.

(3) ينظر: الزّرقا، المدخل الفقهي، 914/2. الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 123/2.

(4) إحكام الفصول، 292/1.

(5) معارج الآمال، 6/17.

(6) ينظر: الآمدي، الإحكام، 486/2.

* قال القرافي: «العوائد القوليّة تؤثّر في الألفاظ تخصيصا ومجازا وغيره، بخلاف العوائد الفعليّة»[1].

* وقال ابن الحاجب: «الجمهور : إنّ العادة في تناول بعضٍ خاصّ، ليس بمخصّص، خلافا للحنفيّة، مثل: حرّمت الرّبا في الطّعام، وعادتهم تناول البرّ. لنا: أنّ اللّفظ عام لغة وعرفا، ولا مخصّص»[2].

* وقال نور الدّين السّالمي: «إذا ورد الدّليل الشّرعي عامًّا، فلا يصحّ تخصيصه بعادة المخاطبين مثال ذلك: أن يقول الشّارع حرّمت الرّبا في الطّعام، وكان عادة المخاطبين تناول البرّ مثلا، فلا يكون العام محمولا على البرّ خاصّة، بل يكون شاملا لكلّ ما يسمّى طعاما، فهذا مذهبنا»[3].

الرّأي الثّاني: ذهب الحنفيّة إلى جواز تخصيص العرف العملي للنّص العام[4]، و به قال المحقّقون من فقهاء المالكيّة[5].

ومن الأمثلة التي يذكرها الحنفيّة على ذلك عقد الاستصناع[6]، فقد جاء هذا العرف مخالفا لقول الرّسول ﷺ لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك"[7].

فهذا الحديث يدلّ على تحريم ما ليس عند الإنسان، والاستصناع يصدق عليه ذلك؛ إذ أنّ الشّيء المراد صناعته لا يوجد إلاّ بعد العقد، أمّا أثناءه فمعدوم، فطبقا لحديث رسول الله ﷺ يكون الاستصناع محرّما، لكن لمّا تعارف عليه النّاس اعتبر وصار العرف مخصّصا للحديث النّبوي[8].

والحنفيّة الذين قالوا بجواز تخصيص العام بالعرف العملي اشترط له أكثرهم أن يكون عرفا عامّا، أمّا العرف الخاصّ بمكان دون آخر، أو بفئة من النّاس دون سواهم، كعرف التّجّار أو الصّنّاع

(1) شرح تنقيح الفصول، ص: 212. وينظر: الطّاهر خذيري، التّعليل بالقواعد، ص: 364.

(2) مختصر ابن الحاجب، 846/2-848. وينظر: ابن الحاجب، منتهى الوصول والأمل، ص: 133.

(3) شرح طلعة الشّمس، 159/1. وينظر: البطاشي، سلاسل الذّهب، 103/2، وغاية المأمول، 210/1. الشّماخي، شرح مختصر العدل والإنصاف (رسالة دكتوراه)، ص: 410. مصطفى باجو، أدلّة الاجتهاد عند الإباضيّة، 503/1.

(4) ينظر: ابن أمير الحاج، التّقرير والتّحبير، 282/1. أمير بادشاه، تيسير التّحرير، 317/1.

(5) الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، 421/2. وفي الأدلّة التي اعتمدها كل من الجمهور والحنفيّة في مبحث تخصيص النّص العام بالعرف العملي، ينظر: ابن الحاجب، مختصر ابن الحاجب، ص: 848. الآمدي، الإحكام، 486/2. خالد بن محمّد العروسي، بحث: مسألة تخصيص العموم بالعرف والعادة، ص: 129-132.

(6) ينظر: الجصّاص، الفصول في الأصول، 249/4. عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، 7/4.

(7) النّسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم: 4613، ص: 703. وصحّحه الشّيخ الألباني، ينظر: الإرواء، رقم: 1292، 132/5.

(8) ينظر: محمود حسنين، بحث: مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، ص: 115-116. الجصّاص، الفصول في الأصول، 118/4.

في بعض البلدان، فإنّه لا يخصّص النّصوص الشّرعيّة العامّة، ولو كان قائما عند ورود النّص[1]، لكن ابن عابدين انتصر للرّأي القائل بالتّخصيص، فقال: «فاعتبار العرف الخاصّ ببلدة واحدة قول في المذهب، والقول الضّعيف يجوز العمل به عند الضّرورة»[2].

أمّا المالكيّة فهم لا يصرّحون بالتّمييز بين أن يكون العرف عامّا أو خاصًّا[3].

قال المقّري –رحمه الله تعالى–: «العادة عند مالك كالشّرط، تقيّد المطلق وتخصّص العام»[4].

والظّاهر من كلامه عدم التّمييز بين كون العادة عامّة أو خاصّة.

والصّواب فيما سبق ذكره أنّ العرف الذي يقوى على تخصيص النّص العام هو القائم أثناء التّنزيل فقط، فإن سكت عنه النّبي ﷺ فهو سنّة تقريرية، وعندئذ نكون أمام نصّ خصّص نصًّا، كما في مثال الاستصناع، أمّا العرف الطّارئ فلا عبرة به إذا اصطدم مع النّص، اللّهم إلاّ أن يكون الحكم معلّلا بالعرف، فحينئذ يدور الحكم معه وجودا وعدما، فيتغيّر بتغيّره، كما مثّلنا لذلك بمقياس الأموال الرّبوية[5].

(1) ينظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 122/1-123. الزّرقا، المدخل الفقهي، 916/2.

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين، 123/2.

(3) ينظر: الزّرقا، المدخل الفقهي ، 917/2.

(4) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص: 168-169.

(5) وهو ما رجّحه الدّكتور حسنين محمود في بحثه: مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، ص: 117.وينظر: السّبكي وابنه، الإبهاج في شرح المنهاج، 1497/4-1498.

الفصل الثّالث

تطبيقات العرف عند المالكيّة والإباضيّة.

المبحث الأوّل: تطبيقات العرف في العبادات.

المبحث الثّاني: تطبيقات العرف في الأيمان وأحكام الأسرة.

المبحث الثّالث: تطبيقات العرف في المعاملات الماليّة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

جاءت الشّريعة الإسلاميّة بأحكام شملت جميع مناحي الحياة، فهناك ما يتعلّق بالعبادات، وما يتعلّق بالأيمان وأحكام الأسرة، وما يتعلّق بالمعاملات الماليّة...إلخ.

ومن هنا يتبادر سؤال: ما هو دور العرف بالنّسبة لهذه الموضوعات المختلفة؟

والجواب عنه هو: أنّ العرف له أثره في جميع الموضوعات السّابقة، لكن يختلف أثره من موضوع لآخر[1].

وهذا ما سنبيّنه في هذا الفصل من خلال أمثلة تطبيقيّة؛ لذا قسّمته إلى ثلاثة مباحث، وهي كالآتي:

المبحث الأوّل: تطبيقات العرف في العبادات.

المبحث الثّاني: تطبيقات العرف في الأيمان وأحكام الأسرة.

المبحث الثّالث: تطبيقات العرف في المعاملات الماليّة.

(1) ينظر: حسنين محمود، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 36.

المبحث الأوّل: تطبيقات العرف في العبادات.

المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الطّهارة والصّلاة.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الزّكاة والصّوم والحجّ.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

إنّ الأحكام الخاصّة بالعبادات أحكام تعبّديّة، لا مجال للعقل في أصلها وكيفيّتها، ومن هنا لا يكون للعرف أيّ دور في تشريع أصل العبادة، أو بيان كيفيّتها فيقتصر فيها على ما ورد.

ولكن قد يكون للعرف دور ما في العوارض الطّارئة على العبادات غير أنّ دوره محدود جدًّا، فلا يعدو أن يكون تفسيرًا لنصّ، أو سببًا في حكم، أو مانعا منه[1].

وهذا ما سنوضّحه في هذا المبحث من خلال أمثلة تطبيقيّة، أمّا ما يتعلّق بالأيمان وأحكام الأسرة والمعاملات الماليّة، فسيأتي بيانه في المبحثين الآخرين —إن شاء الله تعالى-.

المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الطّهارة والصّلاة.

تناولت في هذا المطلب ثلاث مسائل، الأولى والثّانية تتعلّقان بالطّهارة، والثّالثة تتعلّق بالصّلاة.

المسألة الأولى: الموالاة في أفعال الوضوء.

معنى الموالاة بين أعضاء الوضوء: أن لا يقع تراخ بينها، وليس المراد بها الفور الذي يسبب العجلة[2].

وقال السّالمي: «معنى موالاة الأعضاء تتابعها إثر بعض في أسرع حال، حيث لا يفصل بين العضوين بمهلة»[3].

واختلف أهل العلم في حكمها، «فذهب مالك إلى أنّ الموالاة فرض مع الذّكر ومع القدرة، ساقطة مع النّسيان ومع الذّكر عند العذر ما لم يتفاحش التّفاوت.

وذهب الشّافعي وأبو حنيفة إلى أنّ الموالاة ليست من واجبات الوضوء»[4].

قال ابن جزي -رحمه الله تعالى-: «وأمّا الفور فواجب مع الذّكر والقدرة في المشهور، وعلى ذلك إن فرّق ناسيًا بنى، أو عامدًا ابتدأ، وقيل: هو سنّة، وأسقطه الشّافعي وأبو حنيفة»[5].

---

(1) ينظر: حسنين محمود، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 36.

(2) ينظر: الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 71/1.

(3) معارج الآمال، 64/2.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد،26/1. وينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 128/1. النّووي، المجموع، 451/1-452. الكاساني، بدائع الصّنائع، 22/1. الزّيلعي، تبيين الحقائق، 6/1.

(5) القوانين الفقهيّة، ص: 23.

أمّا أكثر فقهاء الإباضيّة فقد ذهبوا إلى أنّ الموالاة واجبة مع الذّكر والقدرة، وأنّه إن فقد أحدهما بنى على ما تقدم طال الوقت أو لم يطل، وهو ما قوّاه عامر الشّمّاخي[1]، وصحّحه[2].

وسبب اختلافهم هو الاشتراك الذي في الواو في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ﴾ [المائدة/6]، وذلك أنّه قد يعطف بها الأشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض، وقد يعطف بها الأشياء المتراخية بعضها عن بعض[3].

والمرجع في حدّ الطّول المعتبر بين أعضاء الوضوء، وفي معرفة تفاحش التّفاوت عند المالكيّة رأيان ذكرهما القاضي عبد الوهّاب في قوله: «أحدهما الرّجوع إلى العرف في القرب أو التّفاحش، والأخرى ما لم يجف وضوؤه، فوجه الأولى: أنّ كلّ أمر فرّق بين قليله وكثيره، واحتيج إلى فاصل بينهما لم يرد الشّرع به فالمرجوع فيه إلى العرف، كالعمل في الصّلاة وغيره، ووجه الثّانية: أنّ ما لم يجف وضوؤه، ثمّ يخرج عن حدّ التّقارب؛ لأنّه لو تباعد لم يبق على رطوبته، وحكم الغسل والوضوء في ذلك واحد»[4].

أمّا عند الإباضيّة فإنّه لا معنى لطول الوقت أو عدمه إذا فُقد الذّكر والقدرة، وبالتّالي لا أثر للعرف عندهم في هذه المسألة.

المسألة الثّانية: مدّة الحيض.

تعريف الحيض:

لغة: «هو الانفجار، وقيل: السّيلان، يقال: حاض الوادي إذا سال»[5].

---

(1) هو عامر بن علي بن عامر بن يسّفاو الشّماخي، أبو ساكن، أحد أكابر مشايخ الإباضيّة في جبل نفّوسة بليبيا، لقّب بـ: "يسّفَاوْ"، ومعناها بالعربيّة: ضياء الدّين، أخذ علمه عن الشّيخ أبي موسى عيسى بن عيسى الطّرميسي، وكان ملازمًا مصاحبا لأبي عزيز بن إبراهيم بن أبي يحي، مؤثرا له على غيره من المشايخ، من تلاميذه: ولده موسى، وحفيده سليمان، من مؤلّفاته: كتاب الإيضاح، وقصيدة في الأزمنة، توفّي سنة 792هـ. ينظر: مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 501/3-502 .

(2) كتاب الإيضاح، 87/1-88 .

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 27/1.

(4) المعونة، 129/1 .

(5) السّالمي، معارج الآمال، 12/4. وينظر: الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 132/1. الشّمّاخي، كتاب الإيضاح، 178/1. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: حيض، ص: 78.

اصطلاحا: عرّفه ابن جزي بقوله: «هو الدّم الخارج من فرج المرأة التي يمكن حملها عادة من دون ولادة، ولا مرض، ولا زيادة على الأمد»[1].

وقال القطب أطفيش: «الدّم الخارج بنفسه من فرج المرأة الممكن حملها عادة»[2].

اختلف العلماء في أكثر أيّام الحيض وأقلّها، فرُوي عن مالك أنّ أكثر أيّام الحيض خمسة عشرة يومًا، وبه قال الشّافعي، وقال أبو حنيفة: أكثره عشرة أيام.

وأمّا أقلّ أيّام الحيض، فلا حدّ لها عند مالك، بل قد تكون الدّفعة الواحدة عنده حيضا، إلاّ أنّه لا يعتدّ بها في الأقراء في الطّلاق، وقال الشّافعي: أقلّه يوم وليلة، وقال أبو حنيفة: أقلّه ثلاثة أيّام[3].

والخلاف موجود أيضا بين فقهاء الإباضيّة، فقال جمهورهم: أقلّه ثلاثة أيّام وأكثره عشرة أيام، وقال بعضهم: إنّ أقلّ الحيض يوم وليلة وأكثره خمسة عشرة يومًا، وهناك قول شاذّ لبعضهم وهو أنّ أقلّ الحيض ساعة[4].

والحق أنّ هذه المسألة ليس لها ضابط معيّن، لذلك كثرت فيها الأقاويل؛ لاختلاف أحوال النّساء وعادتهنّ، والمرجع في ذلك كلّه هو العرف والعادة، ويؤيّد هذا ما ذكره ابن رشد[5] والقاضي عبد الوهّاب والقرافي-رحمهم الله تعالى-.

قال ابن رشد: «وهذه الأقاويل كلّها المختلف فيها عند الفقهاء في أقلّ الحيض وأكثره...لا مستند لها إلاّ التّجربة والعادة»[6].

---

(1) القوانين الفقهيّة، ص: 39، وينظر: القروي، الخلاصة الفقهيّة، ص: 48. مولاي أحمد، فتوحات الإله المالك، 176/1-177. الآبي، جواهر الإكليل، 30/1.

(2) كتاب الجامع الصغير، 226/1. وينظر: السّالمي، معارج الآمال، 16/4. الشّمّاخي، كتاب الإيضاح، 180/1.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 68/1. الكاساني، بدائع الصّنائع، 39/1-40. الزّيلعي، تبيين الحقائق، 55/1. ابن الهمام، شرح فتح القدير، 160/1-161. النّووي، المجموع، 375/1-380.

(4) ينظر: ابن بركة، كتاب الجامع، 226/2. الشّمّاخي، كتاب الإيضاح، 192/1. السّالمي، معارج الآمال، 29/4-30، الجيطالي، قواعد الإسلام، 207/8. حميد الجحافي، رسالة: العرف وأثره في الفقه الإباضي، ص: 55-59.

(5) هو محمّد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، أبو الوليد، الشّهير بالحفيد الغرناطي، عالم حكيم، مشارك في الفقه والطّب والمنطق والعلوم الرّياضية والإلاهيّة، عرض الموطّأ عن أبيه، وأخذ عن مروان بن مسرة وجماعة، من مصنفاته: بداية المجتهد، مختصر المستصفي. توفّي سنة 595هـ. ينظر: الذّهبي، سير أعلام النّبلاء، 307/21. مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 146-147. الزّركلي، الأعلام، 313/8.

(6) بداية المجتهد، 69/1.

وقال القاضي عبد الوهّاب: «...أنّ كلّ أمر وجب تحديده ولم يرد نص به وجب الرّجوع فيه إلى العرف»[1].

وقال القرافي: «لا يمكن أن تقول فلانة تحيض عشرة أيام، وينقطع دمها، وجب أن تكون الأخرى كذلك قياسا عليها، فإنّ هذه الأمور تتبع الطّباع والأمزجة والعوائد في الأقاليم، فربّ إقليم يغلب عليه معنى لا يغلب على غيره من الأقاليم»[2].

المسألة الثّالثة: العمل المفسد للصلاة.

من مبطلات الصلاة: العمل الكثير من غير جنسها، وهذا في المذهبين على حدّ سواء[3].

وقد جاء في الخلاصة الفقهيّة ذكر أمثلة توضّح ذلك منها: الحكّ الكثير للجسد، والعبث الكثير باللّحية، أمّا العمل الخفيف اليسير فلا يبطل الصّلاة ولا يفسدها [4].

قال الشّمّاخي: «وعند علمائنا –رحمهم الله– أنّ الفعل الخفيف لاينقض الصّلاة إلاّ إن فعله المصلّي عمدا في ذلك، ولذلك قالوا: العمل الواحد لا ينقض الصّلاة والاثنان فيهما خلاف، والثّلاثة تنقض الصلاة، وإنّما يعنون بذلك إذا زادهم الرّجل في صلاته على السّهو»[5]، ثمّ يضرب لذلك أمثلة منها: «إن كسر حبّة تين في فيه وهو يصلّي من غير عمد فلا إعادة عليه، وإن كسرها وبلعها فسدت صلاته على العمد والسّهو؛ لأنّه عملان»[6].

وممّا تجدر الإشارة إليه أنّ الإمام السّالمي فرّق بين العمل والعبث في الصّلاة، فقال: «والعمل ما فعله الإنسان لأجل معنى يقصده كحمل شيء ووضعه، والعبث ما كان من الحركات لغير معنى كالتفات يلتفته وهز رأس وحركة يد وأشباه ذلك من غير أن يقصد دفع أذى أو جلب منفعة، فإن قصد أحدهما فهو العمل وهو جائز لمصلحة الصّلاة ولتنجية النّفس والمال، ممنوع في غير ذلك، مبطل الصّلاة وفي العبث خلاف»[7].

(1) المعونة، 189/1.

(2) شرح تنقيح الفصول، ص: 416.

(3) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 49. القروي، الخلاصة الفقهيّة، ص: 83. الشّمّاخي، كتاب الإيضاح، 271/2.

(4) ينظر: القروي، ص: 83، 84، 85.

(5) كتاب الإيضاح، 278/2.

(6) المرجع نفسه، 278/2.

(7) جوابات السّالمي، 329/1.

لكن ما حدّ الكثرة والقلّة في الأعمال المفسدة للصّلاة؟

الإجابة عن هذا السّؤال نجدها في قول القاضي عبد الوهّاب: «كلّ أمر فرّق بين قليله وكثيره، واحتيج إلى فاصل بينهما لم يرد الشّرع به، فالمرجوع فيه إلى العرف، كالعمل في الصّلاة وغيره»[1].

معنى كلامه أنّ المرجع في تحديد الكثرة والقلّة في العمل المبطل للصّلاة هو العرف والعادة، هذا عند المالكيّة، أمّا الإباضيّة فلا أثر للعرف عندهم في هذه المسألة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) المعونة، 129/1.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الزّكاة والصّوم والحجّ.

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: صفة الشّاة المأخوذة في الزّكاة.

تعريف الزّكاة:

لغة: «النّمو والزّيادة»[1].

اصطلاحًا: جاء في الخلاصة الفقهيّة أنّ الزّكاة هي: «إخراج مال مخصوص من مال مخصوص بلغ نصابا لمستحقّه إن تمّ الملك وحول غير المعدن والحرث»[2].

وقال القطب أطفيش: «ما يخرج من مال أو بدن على وجه مخصوص لطائفة مخصوصة بالنّيّة»[3].

حكمها:

«واجبة في الجملة؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة/43]، وقوله تعالى: ﴿وَوَيۡلٞ لِّلۡمُشۡرِكِينَ ٦ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [فصّلت/06-07]، وقوله: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ﴾ [الأنعام/141]»[4].

ومن الأموال التي تجب فيها الزّكاة: الإبل والغنم، فلا زكاة «فيما دون الخمس من الإبل، فإذا كانت خمسا ففيها شاة، ثمّ لا شيء فيها إلى تسع، فإذا كانت عشرا ففيها شاتان إلى أربع عشرة، فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه، فإذا كانت عشرين ففيها أربع شياه»[5].

«ولا زكاة في الغنم فيما دون الأربعين، فإذا كانت أربعين ففيها شاة، إلى مائة وعشرين»[6].

ونقل ابن رشد الإجماع على هذا[7]، لكن ما نوع الشّاة المأخوذة في صدقة الإبل والغنم؟

---

(1) القروي، الخلاصة الفقهيّة، ص: 160. وينظر: المختار بن العربي مؤمن، العَرف النّاشر، ص: 267. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: زكا، ص: 122.

(2) القروي، الخلاصة الفقهيّة، ص: 160.وينظر: المختار بن العربي مؤمن، العَرف النّاشر، ص: 268.

(3) شرح كتاب النّيل، 5/3.

(4) القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 359/1.

(5) المرجع نفسه، 382/1.

(6) المرجع نفسه، 392/1.

(7) ينظر: بداية المجتهد، 324/1، 328.

والإجابة عن هذا السّؤال نجدها في كلام القاضي عبد الوهّاب وابن جزي من المالكيّة، وعبد العزيز الثّميني[1]من الإباضيّة.

قال القاضي عبد الوهّاب: «والشّاة المأخوذة في أوّل صدقة الإبل من غالب أغنام البلد من الضّأن والمعز»[2].

وقال ابن جزي: «الغنم المأخوذة عن الإبل الجذاع والثّنايا، من غالب غنم البلد من المعز والضّأن»[3].

وقال عبد العزيز الثّميني: «...وإنّما يأخذ المصدّق أوسط، ومن ثمّ قيل تقسّم الغنم أثلاثا، فيأخذ ربّها الجيّد والرّديء، ويختار المصدّق من الأوسط ما لزم»[4].

بعد هذه النّقول يتبيّن أنّه يرجع إلى العرف من أجل معرفة نوع الشّاة التي يخرجها المزكّي، ففي تكليفه الأعلى إضرار به، وفي تكليفه الأدنى إضرار بالفقراء، فكان العدل ما ذكر[5].

المسألة الثّانية: المعتبر فيما يخرج في زكاة الفطر.

حكمها:

اختلف أهل العلم في حكم زكاة الفطر على أقوال: ذهب الجمهور إلى فرضيّتها[6]، وهو قول إباضيّة عمان[7]، وذهب بعض المتأخّرين من أصحاب مالك إلى أنّها سنّة، وبه قال أهل العراق.

وقال قوم: هي منسوخة بالزّكاة[8].

وقال إباضيّة المغرب: إنّها سنّة مؤكّدة[9].

---

(1) هو عبد العزيز بن إبراهيم بن عبد الله بن عبد العزيز الثّميني، الملقّب بضياء الدّين، علم من أعلام الإباضيّة من بني يسجن بميزاب، ولد ونشأ بها، وحفظ القرآن ببلدته، تتلمذ على يد أبي زكريّاء يحي بن صالح الأفضلي، تخرّج على يده: إبراهيم بن بيحمان، يوسف بن حمّو بن عدون، من مؤلّفاته: كتاب النّيل وشفاء العليل، الأسرار النّورانية، التّاج على المنهاج، توفّي سنة 1223هـ. ينظر: مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 3/532-534.

(2) المعونة، 1/383.

(3) القوانين الفقهيّة، ص: 96.

(4) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 3/204-205.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 1/389.

(6) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 1/347. ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 99.

(7) ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 3/289.

(8) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 1/347.

(9) ينظر: القطب أطفيّش، شرح كتاب النيل، 3/289.

واستدلّ من قال بوجوبها بما رواه عبد الله بن عمر ﷺ "أنّ رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير على كل حرّ أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين"[1].

لكن السّؤال المطروح هو: ممّاذا تجب زكاة الفطر؟

وجوابه: لقد وقع الخلاف بين العلماء في هذه المسألة على أقوال:

- ذهب قوم إلى أنّها تجب إمّا من البرّ أو من التّمر أو من الشّعير أو الزّبيب أو الأقط[2]، وأنّ ذلك على التّخيير للذي تجب عليه.

- وذهب قوم إلى أنّ الواجب عليه هو غالب قوت البلد، أو قوت المكلّف إذا لم يقدر على قوت البلد، وهو ما حكاه القاضي عبد الوهاب عن المذهب المالكي[3].

- وذهب عبد العزيز الثّميني من الإباضيّة إلى أنّ الواجب عليه غالب قوته، وتابعه القطب أطفيش في ذلك[4].

ممّا سبق يتبيّن أنّ جنس الطّعام المخرج في زكاة الفطر مردّه إلى العرف والعادة، سواء كان ذلك من غالب قوت المكلّف، أو من غالب قوت البلد.

المسألة الثّالثة: حكم صيام يوم الشّك.

يوم الشّك: «هو آخر يوم من شعبان»[5].

اختلف أهل العلم في حكم صيامه، والجمهور على أنّه منهي عنه[6]، وقال ابن جزي من المالكيّة بكراهيّته[7].

(1) البخاري، كتاب الزّكاة، باب صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين، رقم: 1504. ص: 208.

(2) الأقط: «الأَقِطُ والإِقْطُ والأُقْطُ شيء يتّخذ من اللّبن المَخِيض يطبخ ثمّ يترك حتّى يَمْصُل والقطعة منه أَقِطَة». ابن منظور، لسان العرب، مادّة: أقط، 125/9. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: أقط، ص: 18.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 349/1. وينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 438/1-439. ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 99.

(4) ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 292/3-293.

(5) ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 101.

(6) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 386/1.

(7) ينظر: القوانين الفقهيّة، ص: 101.

وذهب السّالمي من الإباضيّة إلى تحريم صيامه[1]، وهو المعتمد عند القنّوبي والخليلي[2].

والنّهي عن صيام يوم الشّك، إنّما هو في حقّ من صامه على أنّه من شهر رمضان، أو صامه على أنّه نفل مطلق، وأمّا إذا وافق صياما قد اعتاد صومه، كالإثنين والخميس، فلا مانع من صيامه[3]؛ لما رواه أبو هريرة ﷺ عن النّبي ﷺ قال: "لا يتقدمنّ أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين إلاّ أن يكون رجل كان يصوم صومه فليصم ذلك اليوم"[4].

وإلى هذا الرّأي ذهب الإمام مالك –رحمه الله تعالى–، حيث قال: «أنّه سمع أهل العلم ينهون أن يصام اليوم الذي يشك فيه من شعبان، إذا نوى به صيام رمضان، ويرون أنّ على من صامه على غير رؤية، ثمّ جاء الثّبت أنّه من رمضان: أنّ عليه قضاءه، ولا يرون بصيامه تطوّعا بأسًا»[5]، ثمّ قال: «وهذا الأمر عندنا، والذي أدركت عليه أهل العلم»[6].

وهذا ما رجّحه القنّوبي والخليلي[7].

المسألة الرّابعة: الاستطاعة في الحج.

تعريف الحج:

لغة: القصد[8].

اصطلاحًا: «القصد إلى البيت الحرام بأعمال مخصوصة»[9].

وعُرّف بأنّه: «قطع المناسك»[10].

(1) ينظر: المعتصم المعولي، المعتمد في فقه الزّكاة والصّيام، ص: 425. السّالمي، معارج الآمال، 167/17، وجوابات السّالمي، 154/2.

(2) ينظر: المعتصم المعولي، المعتمد في فقه الزّكاة والصّيام، ص: 425.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ص: 427، القروي، الخلاصة الفقهيّة، ص: 190. القاضي عبد الوهّاب، المعونة: 459/1. ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 101.

(4) البخاري، كتاب الصّوم، باب لا يتقدّم رمضان بصوم يوم ولا يومين، رقم: 1914، ص: 259.

(5) الموطّأ، كتاب الصّيام، باب صيام اليوم الذي يشكّ فيه، ص: 181.

(6) المرجع نفسه، كتاب الصّيام، باب صيام اليوم الذي يشكّ فيه، ص: 182.

(7) ينظر: المعتصم المعولي، المعتمد في فقه الزّكاة والصّيام، ص: 427.

(8) ينظر: الرّازي، مختارالصّحاح، مادة: حجج، ص: 61.

(9) المختار بن العربي مؤمن، العَرف النّاشر، ص: 320.

(10) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 5/4.

حكمه: هو «فرض على مستطيعه من أحرار المكلّفين»[1].

إنّ من شروط وجوب الحجّ: الاستطاعة[2]، ودليلها قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران/97].

لكن أهل العلم اختلفوا في معنى الاستطاعة الواردة في الآية على الأقوال:

- « قال الشّافعي وأبو حنيفة وأحمد: الزّاد والرّاحلة»[3].
- وفسّر المالكيّة الاستطاعة بالقدرة على الوصول إلى البيت، وفعل المناسك بكلّ ما أمكن ذلك معه من قوة ومشي ومال[4].

كما نجد علماء الإباضيّة اختلفوا في معناها أيضا:

- فقال بعضهم: صحّة البدن.
- وقال بعض العمانيين: الزّاد والرّاحلة وصحّة البدن.
- وقال بعضهم: الزّاد والرّاحلة وأمان الطّريق وصحّة البدن[5].
- وقال خميس الرّستاقي[6]: «ونحن نقول: إذا قدر على زاد وراحلة، وصحّة البدن، وأمان الطّريق، ورفقاء يأمن معهم، وقوت لمن يلزمه عوله، وجد السّبيل إلى الحجّ واستطاعة»[7].

(1) القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 497/1.

(2) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 398/1.

(3) المرجع نفسه،398/1. وينظر: الكاساني، بدائع الصّنائع، 120/2. ابن الهمام، شرح فتح القدير، 410/2. النّووي، المجموع، 63/7. ابن قدامة، المغني، 169/3.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 500/1.

(5) ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 9/4.

(6) هو خميس بن سعيد بن علي الشّقصي الرّستاقي، أحد أقطاب العلم والسّياسة في النّصف الثّاني من القرن العاشر والنّصف الأوّل من القرن الحادي عشر، ولد بنزوى، ثمّ انتقل إلى رستاق ونشأ فيها، أشهر مصنّفاته: منهج الطّالبين وبلاغ الرّاغبين، توفّي أيّام دولة الإمام سلطان بن سيف الأوّل؛ أي مابين: 1059-1098هـ. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 134.

(7) منهج الطّالبين، 10/7.

ولاشكّ أنّ للعرف والعادة دورا وأثرا في تحديد معنى الاستطاعة، ذلك أنّها تختلف باختلاف أحوال النّاس وعاداتهم، ويؤيّد هذا الرّأي ما ذكره القاضي عبد الوهّاب من المالكيّة، وخميس الرّستاقي وعبد الوهّاب[1]من الإباضيّة.

قال القاضي عبد الوهّاب بعد نقله عن المذهب المالكي أنّ المقصود بالاستطاعة هو القدرة على الوصول إلى البيت: «...ويختلف ذلك باختلاف أحوال النّاس وقدرهم، فمن كانت عادته المشي وسلوك الطّريق بنفسه من غير حاجة إلى راحلة لزمه الحجّ إذا وجد الزّاد ولم يقف وجوبه على وجود الرّاحلة، فإن كانت عادته المسألة واستماحة النّاس لزمه الحجّ، وإن عدم الزّاد في الحال جرى على عادته في التماسه، وإن كان ممّن لا يسأل ولا يقدر على الوصول إلى البيت إلا براحلة لم يلزمه الحجّ إلاّ بوجودها»[2].

وقال خميس الرّستاقي: «ويعجبني في ذلك ألاّ يكون حدّ محدود في كثرة المال، إلاّ ما يمكنه أن يبلغه ذاهبا وراجعا، مع قدر ما يحتاج إليه من النّفقة والمؤنة إلى رجوعه إليهم، في مثل عادة النّاس في مسيرهم ورجوعهم في حجّهم، من موضعهم ذلك، وإن اختلفت أحوالهم في أسفارهم، فعلى قدر الوسط من المقدار المعتاد في ذلك»[3].

وقال عبد الوهّاب الإباضي: «إنّ القدر فيما يجب به الحجّ ليس هو معيّنا بحدّ في ذلك، إنّما هو على قدر الطّاقة وبعد الطّريق، إنّما هو اجتهاد الرّأي وحسن النّظر وليس لذلك حدّ»[4].

(1) هو عبد الوهّاب بن عبد الرّحمان بن رستم، كنّاه ابن عذاري بأبي وارث، تلقّى العلم بالقيروان، ثمّ بتيهرت عن أبيه عبد الرّحمان وغيره من حملة العلم، عاصر الرّبيع بن حبيب إمام الإباضيّة بالبصرة بعد أبي عبيدة، طبع جزء من كتاب، المسمى بـ: مسائل نفّوسة، توفّي سنة 208هـ.ينظر: مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، 3/591-594.

(2) المعونة، 500/1.

(3) منهج الطّالبين، 11/7.

(4) مسائل نفّوسة، ص: 85.

المبحث الثّاني: تطبيقات العرف في الأيمان وأحكام الأسرة.

المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الأيمان والنّكاح.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في النّفقة والطّلاق والرّضاع.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

للعرف دور مهمّ في توجيه ألفاظ الحالف؛ لذلك اعتبره العلماء في مجال الأيمان.

أمّا أحكام الأسرة فمنها ما ليس للعقل فيه مجال، فلا مجال للعرف فيه، لا في أصله ولا في عوارضه؛ لأنّها من جنسه، ومنها ما للعقل فيه مجال، وللعرف فيه مدخل، وإن اختلف أثر العرف فيه من موضوع لآخر.

فمثال الأوّل الذي لا مجال للعرف فيه: عدد الطّلقات، والمحرّمات من النّساء، وما إلى ذلك من أحكام لا أثر للعرف فيها؛ لأنّه لا مجال للعرف في مورد النّص، إلاّ أن يكون العرف مفسّرًا أو مناطًا للحكم.

ومثال الثّاني الذي للعرف فيه مجال: تعجيل المهر وتأجيله، وتقدير النّفقة.

ويلاحظ أنّ الأحكام التي للعرف فيها مجال هي تلك الأحكام التي يمكن أن تتغيّر من زمن لآخر، ومن إقليم لآخر، ومن أسرة لأخرى غنى وفقرا، أمّا الأحكام التي لا مجال للعرف فيها فهي أحكام ثابتة لا تتبدّل ولا تتغيّر، ومع ثبوتها فهي صالحة لكلّ زمان ومكان، فضلا عن كونها أحكاما تعبديّة[1].

وسنبيّن في هذا المبحث -إن شاء الله تعالى- بعض التّطبيقات الفقهيّة للعرف في الأيمان وأحكام الأسرة.

المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الأيمان والنّكاح.

في هذا المطلب أربع مسائل، الأولى والثّانية تتعلّقان بالأيمان، والثّالثة والرّابعة تتعلّقان بالنّكاح.

المسألة الأولى: ألفاظ اليمين.

تعريف اليمين:

لغة: «أصل اليمين لغة اليد اليمنى، أطلق على الحلف؛ لأنّهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كلّ يمين صاحبه، وقيل: لأنّ اليد اليمنى من شأنها حفظ الشّيء، وسمّي الحلف بذلك لحفظ المحلوف عليه، وقد يسمّى المحلوف عليه يمينا لتلبّسه بها»[2].

(1) ينظر: حسنين محمود، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 37-38.

(2) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 271/4. وينظر: النّفراوي، الفواكه الدّواني، 907/2. الرّازي: مختار الصّحاح، مادّة: يمن، 303-304.

شرعا: قال القطب أطفيش: «توكيد الشيء بذكر اسم أو صفة لله»[1].

والحلف الجائز يكون بأسماء الله تعالى، أو صفاته، أمّا الحلف بغير ذلك فممنوع، كالحلف بالأنبياء والآباء، أو بالكعبة، أو ما أشبه ذلك[2]؛ لقوله ﷺ: "ألا إنّ الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت"[3].

لكن ما المعتبر في الأيمان عند المالكيّة الإباضيّة؟

والجواب: المشهور عند المالكيّة أنّ الاعتبار في الأيمان بالنّيّة أوّلا ، فإن عدمت فالسّبب الذي أثار اليمين ليستدل منه عليها، فإن عدم فعرف اللّفظ، فإن عدم فمقتضى اللّفظ[4]، وقيل: ينظر إلى النّيّة، ثمّ إلى مقتضى اللّفظ، ولا يعتبر السّبب ولا العرف، وقيل: ينظر إلى النّيّة، ثمّ إلى السّبب، ثمّ إلى مقتضى اللّفظ، ولا يعتبر العرف[5].

أمّا عند الإباضيّة فنجد الإمام ابن بركة يقول: «فإنّما الأيمان على المقاصد والعادات مع تعلّق الأسماء بمسمّياتها»[6].

وقال عبد العزيز الثّميني: «واليمين على المقاصد والعادة وتعلّق الأسماء بمسمّياتها»[7].

وقال السّالمي في باب الأيمان:

فالعرف هو الأصل في ذا الباب لأنّه المعروف في الخطاب[8].

يؤخذ من كلام ابن بركة وعبد العزيز الثّميني أنّ المعتبر في الأيمان هو النّيّة، ثمّ العادة إن لم تكن نيّة، ثمّ اللّفظ، أمّا السّالمي فالعرف عنده هو الأصل في باب الأيمان.

ممّا سبق يتبيّن أنّ للعرف دورا في توجيه ألفاظ اليمين عند المالكيّة والإباضيّة، وهذه بعض الأمثلة التّطبيقيّة أنقلها عن علمائهم توضّح ذلك:

---

(1) شرح كتاب النيل، 271/4.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 629/1.

(3) البخاري، كتاب الأيمان والنّذور، باب لا تحلفوا بآبائكم، رقم: 6646 ، ص: 916. وينظر: مالك، الموطّأ، كتاب النّذور والأيمان، باب جامع الأيمان، رقم: 1022، ص: 282.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 640/1. ابن رشد، بداية المجتهد، 510/1. ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 140-141.

(5) ينظر: ابن رشد، بداية لمجتهد، 510/1.ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 141.

(6) الجامع، 90/2.

(7) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 304/4-305.

(8) جوهر النّظام، 150/1.

قال ابن جزي: «من حلف لا يأكل إداما فأكل لحما أو شوي حنث كما لو أكل زيتا أو خلاّ ويرجع في ذلك إلى العادة فيما يؤتدم به»[1].

قال القاضي عبد الوهّاب: «إذا حلف أن لا يأكل رأسا، فإن كانت له نيّة، وإلاّ نظر في السّبب فقصر على ما يقتضيه، فإن كانت كلّ رأس ولا يراعى رؤوس الغنم أو الإبل أو البقر خلافا لمن يراعى الاستعمال؛ لأنّ ذلك لا يؤثّر في اللّفظ؛ لأنّه يختلف باختلاف العادات في البلاد، ألا ترى أنّ العرف في الخبز جار في الحنطة في أغلب البلاد...ثمّ لو حلف الخليفة في الملك العظيم لا آكل خبزا حنث بأكل خبز الدّخن[2]، وكذلك لو حلف لا آكل لحمًا لحنث عندهم بأكل لحم الخنزير ولحم بني آدم، وإن لم يجر ذلك عرف استعمال»[3].

قال ابن بركة: «ولو حلف رجل لا يأكل البيض ولا نيّة له لا يحنث إن أكل بيض السّمك؛ لأنّ عرف النّاس وعاداتهم ومقاصدهم على بيض الدّجاج.

ولو حلف لا يسكن بيتا، فكلّ بيت من حجر أو مدر يسكنه حنث، وإن سكن بيتا من شعر أو نحو ذلك لم يحنث؛ لأنّ البيوت المعروفة والمقصود إليها هو ما ذكرنا»[4].

وسئل السّالمي عن معنى المساكنة لمن حلف أنّه لا يساكن ولده في بيت الولد، أيكون الدّخول والخروج منه، والقعود في البيت بلا نوم وبنوم، والأكل والشّرب مساكنة؟[5]

فأجاب قائلا: «أمّا في أصل اللّغة فالسّكن الاطمئنان إلى الشّيء، قال تعالى: ﴿ **وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا** ﴾ [الأعراف/189]، وأصله من السّكون وهو انعدام الحركة، ثمّ استعمل للنّوم كما في قوله تعالى: ﴿ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ ﴾ [القصص/73]، وقد جرى عرف الفقهاء في المساكنة على هذا المعنى، فلا يعدّون ما عدا المبيت سكنا، وأقول لا بدّ من مراعاة العرف، فلا تكون مساكنة حتّى يقيم معه إقامة تعدّ في العرف أنّها سكنى، ولا يعتبر الدّخول والخروج، ولا الأكل والشّرب،

(1) القوانين الفقهيّة، ص: 142.

(2) الدُّخْنُ: «بالضّمّ حبّ الجاوَرْس أو حبّ أصغر منه أملس جدّا»، الفيروزآبادي، مادّة: الدّخن، 221/4.

(3) المعونة، 640/1.

(4) الجامع، 89/2.

(5) ينظر: السّالمي، جوابات السّالمي، 222/2.

ولا الزّيارة والمرور، ولم أر من صرّح بهذا غير أنّه لا بدّ منه، فهو لازم لمذهب من يرجّح العرف على اللّغة»[1].

المسألة الثّانية: الوسط المطلوب في جنس الطّعام المخرج في كفّارة اليمين.

تعريف الكفّارة:

لغة: مأخوذة من الكَفر -بفتح الكاف- وهو التّغطية والسّتر[2].

اصطلاحا: «هي ما يفعله المكلّف من أمور عيّنها له الشّرع تكفيرا عن ذنب اقترفه»[3].

قال ابن بركة موضّحا العلاقة بين المعنى اللّغوي والمعنى الاصطلاحي للكفّارة: «فكأنّها تكفّر الذّنوب؛ أي تسترها، هذا معروف من طريق اللّغة، ويطلقه الفقهاء على هذا اللّفظ»[4].

أنواع كفّارة اليمين:

كفّارة اليمين أربعة أنواع، ثلاثة منها على التّخيير وهي: إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة، والرّابع مرتّب بعدها، لا ينتقل إليه إلاّ بعد العجز عن الثّلاث، وهو صوم ثلاثة أيّام[5]، والدّليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ﴾ [المائدة/89] .

لكن ما الوسط المطلوب في جنس الطّعام الذي يخرجه الحانث؟

اختلف أصحاب مالك في ذلك على رأيين:

الأوّل: أن يكون الطّعام من غالب عادات النّاس، وهو بين الأقلّ والأكثر، فما يجزئ في صدقة الفطر يجزئ هنا، وهي الأنواع التّسعة: القمح، والشّعير، والسُّلت[6]، والزّبيب، والدّخن أو الذّرة، والتّمر، والأرز، والأقط، أمّا إذا عدمت فيجوز إخراجها من غالب المقتات، ولو لبنا أو لحما[7].

(1) السّالمي، جوابات السّالمي ، 222/2.

(2) ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادة: كفر، ص: 237.

(3) الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 127/3.

(4) الجامع، 87/2.

(5) ينظر: ابن جزي ، القوانين الفقهيّة، ص: 144. النّفراوي، الفواكه الدّواني، 917/2.

(6) السُّلت: «ضرب من الشّعير ليس له قشر كأنّه الحنطة»، الرّازي، مختار الصّحـــاح، مادّة: سلت، ص: 135. وينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادّة: سلت، 350/2.

(7) ينظر: النّفراوي، الفواكه الدّواني، 918/2.

وقد قال الشّيخ النّفراوي[1] عن هذا الرأي: «والمعتبر عيش أهل البلد على المشهور»[2].

الثّاني: يعتبر عيش المكفّر نفسه[3]، وإليه ذهب ابن العربي، حيث قال: «وقد زلّت هاهنا جملة من العلماء، فقالوا: إنّه إذا كان يأكل الشّعير ويأكل النّاس البُرّ فليخرج ممّا يأكل النّاس، وهذا سهو، وقد قال النّبي ﷺ: صاعًا من طعام، صاعًا من شعير، صاعًا من تمر[4]، في موضع كان فيه الشّعير والتّمر أكثر من البرّ، والبرّ أكثر من الشّعير والتّمر، فإنّما فصّل ذكرهما ليخرج كلّ أحد فرضه ممّا يأكل منها، وهذا ممّا لا خفاء فيه»[5].

أمّا عند الإباضيّة فنجد القطب أطفيش يفسّر الوسط المذكور في الآية بقوله: «لا يجزي الدّون، ولا يلزم الأعلى، وظاهر الآية عموم الطّعام، والمذهب أنّه من الحبوب السّت[6]»[7].

ولا شكّ أنّ في تعيين الوسط من هذه الحبوب السّت يرجع فيه إلى العرف والعادة.

يتبيّن ممّا سبق أنّ جنس الطّعام الذي يخرجه الحانث من أجل التّكفير عن حنثه مردّه إلى العرف والعادة، سواء كان ذلك من غالب قوته، أو من غالب قوت البلد، أو الوسط من الحبوب السّت.

المسألة الثّالثة: الألفاظ التي ينعقد بها النّكاح.

من أركان النّكاح: الصّيغة[8]: «وهي اللّفظ الدّال على حصول النّكاح»[9].

---

(1) هو أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم، شهاب الدّين النّفراوي الأزهري المالكي، نشأ بمصر وتفقّه بها وتأدّب، من مشايخه: عبد الباقي الزّرقاني، ومن تلاميذه: أحمد بن مصطفى الصّباغ، له كتب منها: الفواكه الدّواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، توفّي سنة 1126هـ بالقاهرة. ينظر: مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة، ص: 318. الزّركلي، الأعلام، 192/1.

(2) النّفراوي، الفواكه الدّواني، 918/2.

(3) ينظر: المرجع نفسه، 918/2. ابن رشد، بداية المجتهد، 512/1.

(4) أخرجه البخاري من طريق أبي سعيد الخدري ﷺ أنّه قال: "كنّا نخرج زكاة الفطر صاعًا من طعام، أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من تمر، أو صاعًا من أقط، أو صاعًا من زبيب"، كتاب الزّكاة، باب صدقة الفطر صاع من طعام، رقم: 1506، ص: 209.

(5) أحكام القرآن، 158/2.

(6) وهي: البرّ والشّعير والتّمر والزّبيب والذّرة والسّلت. ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 6/3، 13.

(7) تيسير التّفسير، 124/4.

(8) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 169. مولاي، فتوحات الإله المالك، 26/3.

(9) التّيدي، الأجوبة التّيديّة، ص: 91.

لكن ما هي الألفاظ التي ينعقد بها النّكاح؟ وهل حدّد الشّرع ألفاظا معيّنة ينعقد بها؟ أم أنّه ينعقد بكلّ لفظ تعارف عليه النّاس واعتادوه؟

وجواب ذلك هو: اتّفق أهل العلم على أنّ انعقاد النّكاح بلفظ النّكاح ممّن إذنه اللّفظ، وكذلك بلفظ التّزويج، واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع، فأجازه مالك وأبو حنيفة، وقال الشّافعي: لا ينعقد إلاّ بلفظ النّكاح أو التّزويج[1]، واشترط القطب أطفيش في ذلك ذكر عبارة: "على وجه النّكاح"، وذلك بأن يقول الولي: وهبتها لك على وجه النّكاح، أو يقول: بعتها لك على وجه النّكاح[2].

وقال عبد العزيز الثّميني: «وصحّ بصيغة أَخَطبْتُ وأملكت وبأنكحت وزوّجت وهما أفصح وبكلّ لفظ ساغ بعرف»[3].

ووجّه إلى السّالمي هذا السّؤال: «إذا تركت العرب أصل عربيّتهم وتعارفوا باصطلاح جديد فيما بينهم، وصاروا لا يفهمون مدلولات العربيّة أصلا، هل لهم أن يتناكحوا بالألفاظ الدالّة على التّزويج في اصطلاحهم الجديد أو لا؟»[4].

فأجاب قائلا: «نعم، لهم ذلك لحصول الوضع المشروط في صحّة العقد»[5].

بعد ذكر هذه النّقول عن العلماء الأجلاّء، يتبيّن أنّ للعرف دورا في معرفة الألفاظ التي ينعقد بها النّكاح، فمنهم من جوّزه بكلّ لفظ يقتضي التّمليك المؤبّد، كالهبة والبيع، ومنهم من ترك الأمر في ذلك إلى ما تعارف عليه النّاس وألفوه، إذ لكلّ قوم ما اصطلوا عليه ما لم يخالف دليلا شرعيّا.

المسألة الرّابعة: اختلاف الزّوجين في متاع البيت.

قال القاضي عبد الوهّاب: «إذا اختلف الزّوجان في متاع البيت فادّعى كلّ واحد منهما أنّه له ولا بيّنة لهما ولا لأحدهما نظر، فإن كان من متاع النّساء فهو للمرأة مع يمينها، وإن كان من متاع الرّجال فهو للرّجل مع يمينه...والمتاع الذي يصلح للنّساء، كالحلي وثياب النّساء والغزل والجهاز،

(1) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 6/2. الآبي، جواهر الإكليل، 277/1. الكاساني، بدائع الفوائد، 229/2. النّووي، المجموع، 209/16.

(2) ينظر: شرح كتاب النّيل، 256/6.

(3) المرجع نفسه، 256/2-258.

(4) جوابات السّالمي، 456/2.

(5) المرجع نفسه، 456/2.

والمتاع الذي يصلح للرّجل، كالسيف والدّرع والرّمح وسائر السّلاح وثياب الرّجل وكتب العلم والأدب»[1].

وذكر مثالا يوضّح ذلك مفاده: إذا تنازع دبّاغ وعطّار، فادّعى الدّبّاغ المسك وادّعى العطّار الجلود، فلا يصدق كلّ واحد منهما فيما ليس من شأنه؛ لأنّ أيديهما غير متساوية[2].

وممّا استدلّ به على صحّة مذهبه قوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ [الأعراف/199]، وقوله عزّ وجلّ في قصّة يوسف عليه السّلام: ﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ ﴾ [يوسف/26][3]، ثمّ قال: «فجعل قوّة دعوى كلّ واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب، فكذلك في مسألتنا الغالب والعرف أنّ النّساء يتّخذن ما يصلح لهنّ، والرّجال يتّخذون ما يصلح لهم، وإذا صحّ ذلك ثبت ما قلناه»[4].

هذا عند المالكيّة، أمّا عند الإباضيّة فقد حكى ابن بركة الخلاف بين علمائهم، فقال أكثرهم: القول في ذلك قول الحيّ منهما، وقال بعضهم: لا تصدق الحيّ منهما إلاّ فيما يملك عن طريق العادة بين الزّوجين، فالمرأة تصدق فيما هو من آلة النّساء في البيوت نحو الطّبلة وما تحويه، ويصدق الرّجل في السّيف والفرس وما يصلح للرّجل، ولا يصدق كل واحد منهما فيما ليس من شأنه واتخاذه لنفسه[5]، إلاّ أنّه خالف أصحابه، فقال: «والنّظر يوجب أنّهما مدّعيان في سبيل ما يدّعيانه، سبيل ما يتداعاه النّاس في الأملاك، ويدّعي بعضهم على بعض، فمن كان في يده منهما شيء وفي قبضه ودخل في جوزه كان القول قوله فيه، ومن ادّعى عليه دعوى ملك أو مشاركة كان عليه البيّنة»[6].

وخلاصة القول في المسألة أنّ للعرف دورا في فكّ النّزاع بين الزّوجين إذا اختلفا في متاع البيت ولم يكن لأحدهما بيّنة، فما كان يصلح للرّجال فهو للزّوج، وما يصلح للنّساء فهو للزّوجة، وهو ما حكاه القاضي عبد الوهّاب عن المالكيّة، وبه قال بعض الإباضيّة، أمّا ابن بركة فقد رأى أنّ كلاّ منهما مدّعيان، فمن كان في يده شيء فهو له، وإن ادّعاه غيره كان عليه البيّنة.

(1) المعونة، 1575/3.
(2) ينظر: المعونة، 1576/3.
(3) ينظر: المرجع نفسه، 1576/3.
(4) المرجع نفسه، 1576/3.
(5) ينظر : الجامع، 266/2-267. القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 38/13.
(6) الجامع ، 267/2.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في النّفقة والطّلاق والرّضاع.

اخترت في هذا المطلب أربع مسائل، الأولى تتعلّق بالنّفقة، والثّانية والثّالثة تتعلّقان بالطّلاق، أمّا الرّابعة فتتعلّق بالرّضاع.

المسألة الأولى: تقدير نفقة الزّوجة.

النّفقة واجبة للزّوجة على زوجها عند المالكيّة[1] والإباضيّة[2]، وهي حقّ من حقوقها، وحكى ابن رشد الاتّفاق على ذلك[3]، والأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة/228]، وقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة/232]، وقوله ﷺ لهند بنت عتبة رضي الله عنها: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"[4].

والنّفقة عند المالكيّة غير مقدّرة بالشّرع، وإنّما يرجع في ذلك إلى ما يقتضيه حال الزّوجين من اليسر والعسر، وأنّ ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال[5].

يقول القاضي عبد الوهّاب: «الاعتبار بالنّفقة بحال الزّوجين معا، فيفرض لها كفايتها على ما يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر، وليست بمقدّرة»[6].

أمّا رأي الإباضيّة فقد بيّنه القطب أطفيش في قوله: «والمشهور عند قومنا وعليه الأكثر أنّ نفقة الزّوجة مقدّرة بالكفاية»[7]، واستدلّ بحديث هند بنت عتبة السّابق.

يتبيّن ممّا سبق أنّ المرجع في تحديد نفقة الزّوجة هو العرف، وهذا ما صرح به المالكيّة والإباضيّة.

وتأكيدًا لهذا الرّأي يقول السّالمي: «أمر النّفقة يختلف باختلاف السّعة والضّيق؛ لقوله عزّ من قائل: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ [الطلاق/07]، والسّعة والضّيق يختلفان باختلاف الأزمان والأحوال والأمكنة، والمأكل

(1) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 782/2. ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 191.

(2) ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 478/6.

(3) ينظر: بداية المجتهد، 64/2.

(4) سبق تخريجه، ينظر: ص: 55 من هذا البحث.

(5) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 64/2.

(6) المعونة، 783/2.

(7) شرح كتاب النّيل، 478/6.

والملبس يختلفان باختلاف الأحوال أيضا، ولكلّ قوم عاداتهم»[1]، ثمّ يقول: «فلو قضى رجل في هذا الزّمان بالنّفقة المقدّرة في الأثر في الزّمان الأوّل لكان من الغباوة بمكان»[2].

وذُكر عند عبد الوهّاب الإباضي رجل «لا يقدر لامرأته على ما تأكل وتلبس من القطن والكتّان، إلاّ أنّه يقدر على تلّيس تحتَضِره وشعير تعيش به، وأرادت الانتزاع منه، فهل تنزع منه أم لا، وهي منعمة أو مشرفة، وهي ميسّرة في مالها، أو غير ميسّرة؟»[3].

فأجاب قائلا: «إنّ عليه قدر ما يجد من القطن أو الكتّان أو الصّوف أو تلّيس؛ لأنّ التّلّيس والصّوف قد يلبسها الصّالحون، فليس عليه إلاّ قدر ما يجد.

وكذلك عليه في الطّعام قدر ما يجد من أكله، والشّعير ليس عيبا أكله، فاحمل كلّ أحد على قدر ما يجد، وأمّا الذي ذكرت من المرأة إذا كانت منعمة أو مشرفة، فليس ينظر في ذلك إلى نعمتها وشرفها، ولا تحمّل الزّوج أكثر من طاقته»[4].

المسألة الثّانية: ألفاظ الطّلاق.

تعريف الطّلاق:

لغة: هو التّخلية والإرسال[5].

اصطلاحًا: عرّفه ابن عرفة[6]بقوله: «صفة حكميّة ترفع حلّيّة متعة الزّوج بزوجته موجبًا تكرّرها مرّتين للحرّ ومرّة لذي رقّ حِرْمَتها عليه قبل زوجٍ»[7].

وقال القطب أطفيش: «هو حلّ العصمة المنعقدة بين الزّوجين»[8].

(1) جوابات السّالمي، 3/56-57.

(2) المرجع نفسه، 3/57.

(3) مسائل نفّوسة، ص: 109.

(4) المرجع نفسه، ص: 109-110.

(5) ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: طلق، ص: 168. القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 7/449.

(6) هو محمّد بن محمّد بن عرفة الورغمي، أبو عبد الله، فقيه مالكي، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، من كتبه: المختصر الكبير، والمختصر الشّامل، والحدود، توفّي سنة 803هـ. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 2/311. الزّركلي، الأعلام، 7/43.

(7) الرّصّاع، شرح حدود ابن عرفة، ص: 271.

(8) شرح كتاب النّيل، 7/449.

دليل مشروعيّته:

الأصل في مشروعيّة الطّلاق قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطّلاق/01]، وقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة/229].

ومن السّنّة: عن عبد الله بن عمر ﷺ أنّه طلّق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطّاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول ﷺ: "مره فليراجعها، ثمّ ليمسكها حتّى تطهر، ثمّ تحيض، ثمّ تطهر، ثمّ إن شاء أمسك بعدُ، وإن شاء طلّق قبل أن يمسّ، فتلك العدّة التي أمر الله أن تطلّق لها النّساء"[1].

وممّا يقع به الطّلاق: الألفاظ، وهي عند المالكيّة والإباضيّة نوعان: صريح وكناية.

قال القاضي عبد الوهّاب: «فأمّا النّطق فضربان: صريح وكناية»[2].

وقال ابن بركة: «والطّلاق يقع عند أكثر أصحابنا وعليه العمل منهم اليوم بالإفصاح به والكناية عنه أيضا»[3].

والصّريح عند المالكيّة والإباضيّة هو لفظ الطّلاق فقط، كقوله: أنت طالق، وأنت الطّلاق، وأنت مطلّقة[4].

والكناية عند المالكيّة ضربان:

كناية ظاهرة: وهي ما جرى العرف بأن يطلّق بها في اللّغة والشّرع، مثل قوله: أنت خَلِيَّة، أو بَرِّيَّة، وحَبْلُكِ على غَارِبِك، وبائن، وبتّة، واعتدّي.

كناية محتملة: مثل قوله: اذهبي وانصرفي واخرجي واغربي[5].

---

(1) البخاري، كتاب الطّلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق/1]، رقم: 5251، ص: 751.

(2) المعونة، 846/2.

(3) الجامع، 167/2.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 847/2. ابن رشد، بداية المجتهد، 89/2. ابن بركة، الجامع، 167/2.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 847/2. ابن رشد، بداية المجتهد، 91/2.

أمّا عند الإباضيّة فنجد ابن بركة يتحدّث عن ألفاظ الكناية في قوله: «...والمكنّى فهو مثل قول الرّجل لامرأته الحقي بأهلك، أو أنت خليّة منّي، أو برّيّة، أو حبلك على غاربك، أو اعتدي، أو ما كان من نحو هذه الألفاظ إذا أراد به الطّلاق فهو طلاق»[1].

والظّاهر من كلامه أنّه لم يفصل بين الكناية الظاهرة والكناية المحتملة، معنى هذا أنّ الكناية عنده –والله أعلم– نوع واحد، ويرجع فيها إلى نيّة المتلفّظ لإيقاع الطّلاق، فإن نوى بها الطّلاق وقع، وإن كان غير ذلك فلا.

لكن إذا قال اليوم رجل لزوجته: أنت خَلِيَّة[2]، أو بَرِّيَّة[3]، أو حَبْلُكِ على غَارِبِكِ[4]، هل يقع بها الطّلاق، كما كان ذلك سائدا، في الزّمن الماضي، أم على المفتي ترك هذا العرف القديم؛ لأنّه لم يصبح منتشرا لدى النّاس في الزّمن الحاضر، بل هو ملغى.

يقول الإمام القرافي موضّحًا هذا المعنى: «إنّ العوائد لا يجب الاشتراك فيها بين البلاد خصوصا البعيدة الأقطار، ويكون المفتي في كلّ زمان يتباعد عمّا قبله يتفقّد العرف هل هو باق أم لا، فإن وجده باقيا أفتى به، وإلاّ توقّف عن الفتيا، وهذا هو القاعدة في جميع الأحكام المبنيّة على العوائد، كالنّقود والسّكك في المعاملات، والمنافع في الإجارات، والأيمان والوصايا والنّذور في الإطلاقات، فتأمّل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمّة الأول قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائدهم، وسطّروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثمّ المتأخّرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد، فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع، ومن ذلك لفظ الحرام والخليّة والبرّيّة ونحوها ممّا هو مسطور لمالك أنّه يلزم به الطّلاق الثّلاث بناء على عادة كانت في زمانه، فأكثر المالكيّة اليوم يفتي بلزوم الطّلاق الثّلاث بناء على المنقول في الكتب عن مالك، وتلك العوائد قد زالت، فلا نجد اليوم أحدا يطلّق امرأته بالخليّة، ولا البرّيّة، ولا بحبلك على غاربك، ولا بوهبتك لأهلك»[5].

---

(1) الجامع، 167/2.

(2) الخليّة: «الفارغة، والفراغ حقيقة في خلوّ جسم من جسم، فشبّه به خلوّ المرأة من عصمة النّكاح». القرافي، الفروق، 154/3.

(3) برّيّة: «من البراءة وهو مطلق السّلب كيف كان المسلوب». المرجع نفسه، 154/3.

(4) «إنّ عادة الدّابّة في الرّعي إذا أمسك صاحبها حبلها لا تنهنّى في الرّعي لتوهّمها أنّه يجرّها به، وإذا أراد تهنئتها بالرّعي ألقى حبلها على كتفها وهو غاربها، فتطمئنّ حينئذ، فشبّه به طلاق المرأة؛ لأنّها تبقى مخلاة لنفسها». المرجع نفسه، 154/3.

(5) المرجع نفسه، 162/3.

ويقول ابن بركة: «...أو ما يتكلّم به النّاس من لفظ يريد به الطّلاق فهو معهم طلاق، وهذا قول أكثرهم»[1].

يتّضح ممّا سبق أنّ ألفاظ الطّلاق تبنى على العرف، وأنّه لا يحلّ للمفتي أن يفتي بالطّلاق حتّى يعلم العرف في ذلك البلد، فعدم تحديد لفظ معيّن في التّطليق من الشّارع فيه دلالة على أنّه يجب الرّجوع إلى ما تعارف عليه النّاس واعتادوه من ألفاظ دَالّة على ذلك، وإلى هذا أشار ابن القيّم -رحمه الله تعالى- فقال: «والله سبحانه ذكر الطّلاق ولم يعيّن له لفظا، فعلم أنّه ردّ النّاس إلى ما يتعارفونه طلاقا، فإن جرى عرفهم به، وقع به الطّلاق مع النّيّة، والألفاظ التي لا تراد لعينها، بل للدّلالة على مقاصد لافظِها، فإذا تكلّم بلفظ دالّ على معنى، وقصد به ذلك المعنى ترتّب عليه حكمه»[2].

المسألة الثّالثة: تقدير متعة المطلّقة.

المتعة: هي مقدار من المال يدفعه الرّجل لمن طلّقها جبرا لخاطرها وأداء لحقوقها[3]، وهي مشروعة، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة/236].

وفي تقدير المتعة الواردة في الآية نقل القرطبي عن مالك أنّه قال: «ليس للمتعة عندنا حدّ معروف في قليلها ولا كثيرها»[4].

وقال القطب أطفيّش عند تفسيره لهذه الآية: «فليست المتعة بالنّظر إلى قدر المرأة، بل لحكم الحاكم بالنّظر إلى مال الزّوج، ولا حدّ لها كما لا حدّ للصّداق»[5].

وجاء في تفسير كتاب الله العزيز: «والمتعة على قدر ما يجد، وليس فيه شيء مؤقّت يأخذ به الرّجل إلاّ ما أحبّ لنفسه من طلب الفصل في ذلك»[6].

(1) الجامع، 167/2.

(2) زاد المعاد، 320/5.

(3) ينظر: السّعدي، تيسير الكريم الرّحمان، ص: 89-90. ولمعرفة اختلاف العلماء في المتعة ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 289/1-291.

(4) الجامع لأحكام القرآن، 201/3.

(5) تيسير التّفسير، 96/2.

(6) هود بن محكّم، 227/1.

يستخلص ممّا سبق أنّه ليس للمتعة تقدير، وإنّما يرجع في ذلك إلى عرف النّاس، وقد صرّح بهذا الشّيخ عبد الرّحمان السّعدي –رحمه الله تعالى– في تفسيره، حيث قال: «...هذا يرجع إلى العرف، وأنّه يختلف باختلاف الأحوال»[1].

المسألة الرّابعة: حكم الرّضاع.

قال ابن العربي: «قال مالك: كلّ أمّ يلزمها رضاع ولدها بما أخبر الله تعالى من حكم الشّريعة فيها»[2].

ودليل الوجوب قوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ ﴾ [البقرة/233].

ووجه الاستدلال بالآية كما ذكره القاضي عبد الوهّاب في قوله: «وهذا وإن كانت صيغة الخبر، فالمراد به الأمر، ولأنّ العرف جار بذلك في غالب أحوال النّاس أنّ المرأة تلي بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزّوج أجرة، وما جرى مجرى العرف به كان كالشّرط»[3].

قال عبد العزيز التّميني وهو يتحدّث عن حكم الرّضاع: «ولا يلزم واضعا لزوجها إرضاع ولدها إن امتنعت، وقيل: من غيرها، وتجبر بضرب بلا عدد إن لم يقبله حتّى ترضعه ولو كانت بعصمته»[4].

والظّاهر من كلامه أنّ الرّضاع لا يلزم الزّوجة؛ أي غير واجب، وقيل: يلزم الرّضاع من غيرها، وتجبر بضرب بدون عدد حتّى ترضعه إن لم يقبل ذلك إلاّ منها.

إلاّ أنّ الإمام مالك استثنى الحسيبة والشّريفة، فقال لا يلزمها الإرضاع؛ لأنّه عرف جار في زمانه[5].

يقول ابن العربي: «إلاّ أن مالكا –دون فقهاء الأمصار– استثنى الحسيبة، فقال: لا يلزمها إرضاعه، فأخرجها من الآية، وخصّها فيها بأصل من أصول الفقه، وهو العمل بالمصلحة، وهذا فنّ عظيم لم يتفطّن له مالكي»[6].

(1) تيسير الكريم الرّحمان، ص: 89.

(2) أحكام القرآن، 278/1.

(3) المعونة، 935/2.

(4) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 473/6.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 935/2.

(6) أحكام القرآن، 278/1.

ولا شك أنّ العمل بالعرف نوع من أنواع المصلحة، ثمّ يواصل كلامه، فيقول: «والأصل البديع فيه هو أنّ هذا أمر كان في الجاهليّة في ذوي الحَسَب، وجاء الإسلام عليه فلم يغيّره، وتمادى ذوو الثّروة والأحساب على تفريغ الأمّهات للمتعة بدفع الرّضعاء إلى المراضع إلى زمانه، فقال به، وإلى زماننا، فحقّقناه شرعًا»[1].

لكن هذا العرف تغيّر في زماننا، فأصبحت الأمّ هي التي ترضع ولدها بنفسها دون أن يجبرها أحد، سواء كانت من أسرة غنيّة أم من أسرة فقيرة، وتراه أصل الأمومة وحقّا من حقوق الطّفل، بل وتتشّرف بذلك، وتشعر بالسّعادة الحقيقيّة حين القيام به.

(1) أحكام القرآن، 278/1.

المبحث الثّالث: تطبيقات العرف في المعاملات الماليّة.

المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في البيع.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الإجارة والقراض والوصيّة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

الأحكام الخاصّة بالمعاملات الماليّة بين النّاس بعضهم ببعض، أفرادا وجماعات، الأصل فيها الالتفات إلى المعاني، والعبرة بالمقاصد لا بالألفاظ.

والعرف يلعب دورًا كبيرًا في هذا النّوع من الأحكام، اللّهمّ إلاّ بعض الأحكام القليلة فلا مجال للعرف فيها، كالبيوعات المحرّمة، والاقتراض بالرّبا، إلى غير ذلك من الأحكام الثّابتة التي لا مجال لا للعقل ولا للعرف فيها، أمّا غير ذلك فإنّ مجال العرف هنا أوسع من مجاله في الأقسام السّابقة[1].

وفي هذا المبحث سنأخذ-بإذن الله تعالى- بعض الأمثلة التّطبيقيّة للعرف في المعاملات الماليّة.

المطلب الأوّل : تطبيقات العرف في البيع.

وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى: بيع المعاطاة.

تعريفه:

لغة: المعاطاة هي المناولة[2].

والمراد بالمعاطاة عند الفقهاء: المبادلة بالفعل الدّال على الرّضا، وذلك بأن يعطي البائع المثمّن للمشتري ويعطيه المشتري الثّمن، أو يعطي المشتري الثّمن للبائع ويعطيه البائع المثمّن، من غير تكلّم ولا إشارة[3]، ويسمّيه الإباضيّة "بيع المسالمة"[4].

وهذا البيع جائز وصحيح عند المالكيّة والإباضيّة، وهذه نصوص لبعض علمائهم تدلّ على ذلك:

قال ابن عرفة عن الصّيغة في البيع: «ما دلّ عليه ولو معاطاة»[5].

(1) ينظر: حسنين محمود، بحث: العرف وأثره في الفقه الإسلامي، ص: 38.

(2) ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: عطا، ص: 186.

(3) ينظر: الحطّاب، مواهب الجليل، 13/6. الآبي، جواهر الإكليل، 2/2. مولاي، فتوحات الإله المالك، 82/3.

(4) ينظر: الشّقصي، منهج الطّالبين، 46/14. الكندي، المصنّف، 12/24.

(5) الرّصّاع، شرح حدود ابن عرفة، ص: 331.

وقال الشّيخ خليل[1]-رحمه الله تعالى-: «ينعقد البيع بما يدلّ على الرّضا وإن بمعاطاة»[2].

عقد الشّقصي في كتابه قولا سمّاه: "فيما جاء في العرف والعادة والإدلال بين النّاس وغير ذلك"، وأتى بأمثلة دالّة على ذلك منها قوله: «وكذلك في البيوع يسلّم المشتري دراهمه إلى التّمّار أوالخباز، أو غيرهم من الباعة، فيأخذ البائع الدّراهم، ويزن له التّمر أو غيره، ويسلّمه إليه، من غير عقد بيع، فيجوز له أكله»[3].

وقال السّالمي في باب عقد البيع:

وفيه وجه يدعى بالمسالمة ... وهو الذي يأتي بلا مكالمة
لكنّه قبض ودفع الثّمن ... تسالمًا فيه لأمر بيّن
فلا يقال إنّه حرام ... لو لم يقع في عقده كلام [4].

وقال إبراهيم الكندي: «وهو المعمول به عندنا»[5].

واحتجّ من قال بجوازه بأنّ الفعل يدلّ عن الرّضا عرفًا، والمقصود من البيع إنّما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، والرّضا ركن في البيع، ودليله قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء/29]، فعلم من هذا أنّ الدّال على الرّضا المسمّى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولا، وتارة يكون فعلاً[6].

إنّ في تشريع بيع المعاطاة تلبية لحاجات النّاس، ورفع للحرج عنهم، وتحكيم لعوائدهم وأعرافهم الصّحيحة، وهذا النّوع من البيع لا يزال العمل به إلى الآن، فترى المشتري يدخل الدّكّان فيعطي للبائع الثّمن، ويسلّمه البائع السّلعة من غير لفظ دالّ على البيع والشّراء.

(1) هو خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدّين، الجندي، فقيه مالكي، من أهل مصر، تعلّم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك، له "المختصر" في الفقه، يعرف بـ "مختصر خليل"، توفّي سنة776هـ. ينظر: ابن فرحون، الدّيباج المذهّب، 312/1-313. الزّركلي، الأعلام، 315/2.

(2) الآبي، جواهر الإكليل، 2/2.

(3) منهج الطّالبين، 144/13.

(4) جوهر النّظام، 288/2.

(5) الأدلّة الاجتهادية، ص: 236.

(6) ينظر: الحطّاب، مواهب الجليل، 13/6.

المسألة الثّانية: العيوب المؤثّرة في عقد البيع.

من أراد بيع سلعة له فيها عيب، فعليه أن يعلم المشتري به، فإن كتمه ذلك فقد غشّه، والغشّ محرّم شرعًا[1].

فإذا اشترى المشتري سلعة فوجدها معيبة، ولم يعلم بذلك حين التّبايع، فهو بخير النّظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها[2]، والدّليل على وجوب الخيار والردّ بالعيب ما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء/29] .

ووجه الاستدلال بها: «أنّ إمضاء البيع على مشتري المبيع المعيب أكل لماله بالباطل، وقد نهت الآية عنه »[3].

2- قال أبو هريرة ﷺ، عن النبي ﷺ: "لا تصرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنّه بخير النّظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاعَ تمر"[4].

ووجه الاستدلال: أنّ الحديث أثبت للمشتري الخيار بالرّدّ مع التّصرية[5]، وذلك دالّ على كونه عيبا مؤثّرا، كما هو عند مالك[6].

والمرجع في معرفة العيب هو عرف النّاس، خاصّة التّجّار منهم، فما عدّوه عيبا فهو عيب، وما لم يعدّوه عيبا فهو ليس بعيب، وقد صرّح بهذا فقهاء المالكيّة والإباضيّة، من ذلك:

قول ابن رشد: «والعيوب التي لها تأثير في العقد: هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعيّة، أو عن الخُلُق الشّرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص»[7].

(1) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 1050/2.

(2) ينظر: المرجع نفسه، 1051/2.

(3) الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 197/5.

(4) البخاري، كتاب البيوع، باب النّهي للبائع أن لا يُحفِّل الإبل والبقر والغنم وكل مُحفَّلة، رقم: 2148، ص: 289.

(5) التّصرية: هي حقن اللّبن في ثدي الشّاة أو النّاقة أو البقرة أيّاما، حتّى يوهم ذلك أنّ الحيوان ذو لبن غزير. ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 1073/2. ابن رشد، بداية المجتهد، 208/2. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: صري، ص: 155.

(6) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 208/2-209.

(7) المرجع نفسه، 208/2.

ويقول القاضي عبد الوهّاب: «الذي يوجب الرّدّ من العيوب، كلّ عيب ينقص الثّمن ويؤثّر نقصا في المبيع أو يخاف عاقبته»[1]، ويضرب مثالا يبين فيه مدى تأثير العرف في تحديد العيب المؤثّر في البيع، فيقول: «فأمّا عدم الخفاض[2] فعيب في رقيق العرب؛ لأنّ العادة أنّهم يخفضون، وليس بعيب في رقيق العجم؛ لأنّه يعلم أنّهم لا يفعلونه»[3].

وقال عبد العزيز التّميني: «والعيوب المؤثّرة في العقد عند الكلّ ما نقص عن الخلق الطبيعيّة والشّرعيّة نقصا مؤثّرا في ثمن المبيع، ويختلف بالعادات والأزمان، ومن ثمّ قيل: لا يردّ حاكم مبيعا بعيب على بائعه ولو علمه عيبًا حتى يخبره عدول أنّه عيب عندهم، فربّما يكون شيء عيبًا عند قوم وليسه عند آخرين، كدابّة تحرث وحدها معيبة ببلد يحرث فيه بأزواج لا فيما بواحد، وكذا بحسب الأزمان»[4].

وجاء في المصنّف: «وكذلك الدّواب إذا بيعت، ولم تكن تأكل النّوى، فإن كان في الموضع أنّه عيب كان عيبًا، وذلك خاصّ في بقعة من الأرض وعلفهم»[5].

المسألة الثّالثة: ما يتناوله البيع.

إنّ ما يلحق بالمبيع، وما يتناوله البيع، ولم يذكر في العقد، مردّه إلى عرف النّاس وعاداتهم، وعند المالكيّة والإباضيّة فروع تدلّ على ذلك منها:

جاء في جواهر في الإكليل: «...(تناول) تناولا شرعيًّا لجريان العرف به (البناءُ والشجرُ) أي العقد عليهما بيعا كان أو رهنا أو وصيّة (الأرضَ) التي بها البناء والشّجر»[6].

ومعنى كلامه: أنّ المشتري إذا اشترى بناء وشجرًا، ولم تذكر الأرض معهما، فإنّ العقد عليهما يتناول الأرض لجريان العرف بذلك.

وقال الشّقصي: «...وكذلك حبل الدّابة إذا بيعت، وكسوة العبيد إذا بيعوا، ولم يذكر من ذلك شيء عند البيع، وقد جرت العادة أنّ البائع لا يرجع يطلب من ذلك شيئا»[7].

---

(1) المعونة، 1063/2.

(2) الخفاض: هو إزالة ما بفرج المرأة من الزّيادة. ينظر: النّفراوي، الفواكه الدّواني، 877/2.

(3) المعونة، 1063/2.

(4) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 398/8-402.

(5) أحمد الكندي، 101/24.

(6) الآبي، 59/2. وما بين قوسين هو كلام الشّيخ خليل-رحمه الله تعالى-.

(7) منهج الطّالبين، 143/13.

يدلّ كلامه: أنّ حبل الدّابة وكسوة العبيد للمشتري عند البيع، ولو لم يذكر ذلك أثناء العقد؛ لأنّ العادة جرت على أنّ البائع لا يطلب مثل هذا.

وقال في موضع آخر: «ومن اشترى دابّة ، عليها سرج أو إكاف، أو غير ذلك من الآلة، ولم يشترط ذلك البائع ولا المشتري، فهو للبائع في الحكم، ويجوز للمشتري أخذه، والانتفاع به، ما لم يطلبه البائع.

وأمّا على ما تجري به العادة والحكم في الاطمئنانة، فعلى سبيل ما يكون في ذلك الوقت مع عامّة النّاس»[1].

وقال أحمد الكندي[2]: «ومن باع لرجل دابّة وعليها أداة لها مثل قتب جمل، أو أداة حمار، أو حبل، أو خطام، فذلك للمشتري ما لم يطلبه البائع إليه، وهذا من التّعارف بين النّاس، ما لم تكن يرتاب به، ولم يخرج من تعارف النّاس»[3].

وعلى هذا إذا باع رجل حافلة مثلا، وبها ستائر تقي الرّكّاب من حرارة الشّمس، فهي للمشتري، إلاّ أن يشترطها البائع، وهذا ممّا جرى به العرف في زماننا.

المسألة الرّابعة: بيع النّجس.

من شروط صحّة المعقود عليه أن يكون طاهرًا[4]، فلا يصحّ بيع النّجسات، والأصل في تحريمها ما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء/29].

ووجه الاستدلال: «أنّ الله تعالى نهى عن أكل أموال النّاس بالباطل؛ لأنّ ما كان كذلك لا تحصل به منفعة للمسلم أو تحصل به منفعة يسيرة، فكأنّه غير منتفع به أصلا فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل المناقض للتّجارة الحلال»[5].

(1) منهج الطّالبين، 174/14.

(2) هو أحمد بن عبد الله بن موسى بن سليمان بن محمّد بن عبد الله بن المقداد الكندي الأفلوجي، أبو بكر، فقيه إباضي، تلقّى العلم على يد الفقيه أبي بكر النّزواني، وأحمد بن محمّد بن صالح الغلافقي، أهمّ آثاره: المصنّف، التّقريب، توفّي سنة557هـ. ينظر: محمّد صالح ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، ص: 56-57.

(3) المصنّف، 69/25.

(4) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 212.

(5) الحطّاب، مواهب الجليل، 57/6.

2- عن جابر بن عبد الله ﷺ أنّه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: "إنّ الله ورسوله حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنّها يُطلى بها السّفن ويُدهن بها الجلود ويَسْتَصْبِح بها النّاس، فقال: "لا، هو حرام"، ثمّ قال رسول الله ﷺ عند ذلك: "قاتل الله اليهود، إنّ الله لمّا حرّم شحومها جملوه[1] ثمّ باعوه فأكلوا ثمنه"[2].

ووجه الاستدلال به: «أنّ الحديث نصّ في تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، والعلّة هي النّجاسة، ويلحق بها كلّ محرّم نجس»[3].

لكن من النّجاسات ما وقع الاختلاف في بيعها كالعذرة، فعند المالكيّة أربعة أقوال: قيل: بمنعها مطلقا، وقيل: بإجازتها مطلقا، وقيل: بكراهية ذلك، وقيل: بالفرق بين الاضطرار فيجوز، وعدمه فيمنع[4].

جاء في البهجة في شرح التّحفة: «(ورخّصوا في الزّبل) أي فضلات الدّواب غير المأكولات اللّحم ورجيع بني آدم (للضّرورة) أي الانتفاع به»[5].

ومعنى الضّرورة حاجة النّاس إليه لعرف جرى بينهم، وفي منعهم من ذلك يقع الحرج والضّيق والمشقّة، «والضّرورات تقدّر بقدرها»[6].

أمّا عند الإباضيّة فنجد الإمام الكدمي تحدّث عن بيع العذرة والخلاف فيه، فمن أجازها نظر إلى منفعتها لتسميد الأرض، واشترط لذلك اختلاطها بتراب الأرض وما أشبه ذلك، ومن قال بهذا الرّأي عبد العزيز التّميني وتابعه القطب في ذلك[7]، ومن حرّمها نظر إلى نجاستها، ثمّ حكّم العرف في أنّ النّاس يتملّكونها وينتفعون بها[8]، فقال: «...وهذا لم يزل عليه النّاس أن يتّخذوا ذلك من

(1) جملوه: أذابوه، يقال: فلان تجمّل؛ أي أكل الجميل، وهو الشّحم المذاب. ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: جمل، ص: 56.

(2) البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، رقم: 2236، ص: 299.

(3) الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 17/5.

(4) ينظر: الحطّاب، مواهب الجليل، 59/6-60.

(5) التّسولي، 15/2-16. ومابين قوسين هو كلام محمّد بن محمّد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي –رحمه الله تعالى- في تحفة الحكّام.

(6) أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، ص: 133.

(7)ينظر: شرح كتاب النّيل، 20/8.

(8) ينظر: المعتبر، 101/3-102.

البواليع[1] والكنف[2]، وينتفعون بها، ولا يخرج ذلك على معاني الإباحة لغير متّخذه ومالكه في معاني التّعارف بينهم، حتّى يخرج مخرج الإباحة والتّرك»[3].

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) البواليع: «البالوعة والبلاَّعَة والبلُّوعَة مشدّدتين بئر يُحفر ضيّق الرّأس يجري فيها ماء المطر ونحوه»، الفيروزآبادي، القاموس، مادّة: بَلِعَه، 7/3.

(2) الكُنف: «جمع الكنيف كأمير وهو السُّترة والسَّاتر والتُّرس والمِرْحَاض»، المرجع نفسه، مادّة: كنف، 192/3.

(3) المعتبر، 102/3.

المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الإجارة والقراض والوصيّة.

وفيه ستّ مسائل:

المسألة الأولى: إجارة الظِّئر.

أركان الإجارة أربعة هي: المستأجر، والأجير، والأجرة، والمنفعة، ولكلّ ركن شروط معيّنة[1]، ومن شروط الأجرة أن تكون معلومة، لكنّ مالكا قال بجواز استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها، وبه قال أبو حنيفة وابن بركة[2]، ومنعه الشّافعي؛ لأنّها إجارة مجهولة فلم تجز[3].

يقول ابن العربي مبيّنا مذهبه عند تفسيره للمعروف في قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة/233]: «يعني على قدر حال الأب من السّعة والضّيق، كما قال تعالى في سورة الطّلاق: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ [الطّلاق/7]، ومن هذه النّكتة أخذ علماؤنا جواز استئجار الظِّئر بالنّفقة والكسوة»[4].

وقال ابن بركة: «إنّ المرضعة قد أوجب الله لها أجر الرّضاع على ما يلزمها من إحياء الطّفل بالرّضاع والقيام به»[5].

والسّؤال المطروح هو: لماذا جوّز المالكيّة استئجار الظِّئر، مع اشتراطهم في الأجرة أن تكون معلومة؟

يقول القاضي عبد الوهّاب مجيبا عن هذا السّؤال: «...فدليلنا أنّ الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشّرط والاسم ،كنفقة الزّوجة، وصفة ركوب الرّاكب في الإجارة، ولأنّه لمّا جاز أن تكون النّفقة مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع في معرفتها العرف، كذلك في الإجارة»[6].

والظّاهر من كلامه أنّ دليل جواز استئجار الظِّئر بطعامها وكسوتها هو العرف والعادة.

(1) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 236.

(2) ينظر: الجامع، 393/2.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 273/2.

(4) أحكام القرآن، 274/1.

(5) الجامع، 393/2.

(6) المعونة، 1104/2.

ويقول ابن جزي مؤكّدا هذا الرّأي: «ويجوز استئجار الأجير للخدمة والظّهر بطعامه وكسوته على المتعارف»[1].

يؤخذ من كلامه أنّه يجوز استئجار كلّ أجير بطعامه وكسوته[2]، سواء كان الأجير مرضعة أم غير ذلك، وهذا ما تعارف عليه النّاس.

المسألة الثّانية: الإجارة على تعليم القرآن والأذان والصلاة.

من المسائل الفقهيّة ما يبنيه المجتهد على عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أوّلا[3]، من ذلك إفتاء العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ونحوه بعد منعهم ذلك؛ لانقطاع العطايا من بيت مال المسلمين؛ ولأنّ معلّم القرآن والمؤذّن والإمام إذا اشتغلوا بلا أجرة لزم منه ضياعهم وضياع عيالهم، وإذا اشتغلوا في حرفة أخرى لزم منه ضياع العلم.

وفي هذا يقول ابن عابدين: «فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه؛ لانقطاع عطايا المعلّمين التي كانت في الصّدر الأوّل، ولو اشتغل المعلّمون بالتّعليم بلا أجر يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدّين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التّعليم، وكذا على الإمامة، والأذان كذلك، مع أنّ ذلك مخالف لما اتّفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمّد من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه كبقيّة الطّاعات من الصّوم والصّلاة والحجّ وقراءة القرآن ونحو ذلك»[4].

ويقول ابن جزي: «وتجوز الإجارة على الإمامة مع الأذان والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها»[5].

وقال ابن بركة: «وجائز أخذ الأجر على تعليم القرآن»[6].

إنّ جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة هو ما يتفّق مع زماننا الحاضر؛ لغياب بيت مال المسلمين؛ ولأنّ المنع من ذلك يؤدّي إلى ضياع القرآن والتّهاون في أداء شعائر الدّين.

---

(1) القوانين الفقهيّة، ص: 236.

(2) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 273/2.

(3) ينظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، 123/2.

(4) المرجع نفسه، 123/2-124.

(5) القوانين الفقهيّة، ص: 237 . وينظر: التّسولي، البهجة في شرح التّحفة، 302/2.

(6) الجامع، 401/2.

المسألة الثّالثة: تضمين الأجير.

الأصل في الأجير أنّه مؤتمن كالوكيل والرّسول، فلا يضمن ما هلك عنده ممّا استؤجر عليه إلاّ أن يتعدّى، ما عدا حامل الطّعام والطّحّان، فإنّ مالكا ضمّنه ما هلك عنده[1]؛ لأجل عرف كان سائدا في زمانه.

قال القاضي عبد الوهاب مبيّنا سبب تضمين حامل الطّعام: «من استؤجر لحمل ما سوى الطّعام فادّعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه؛ لأنّ الأجير مؤتمن كالوكيل والرّسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه، خلافا لمن منع ذلك؛ لأنّ العادة جارية بأنّ الأكرياء يتسرّعون إلى أكل الطّعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أنّ نفوس النّاس وأهل المروءات والأقدار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لاسيما العرب مع كرمهم وعزّة نفوسها واعتيادها بذله والسّماحة به، وفي ذلك إضرار بالنّاس وليس كذلك العروض وغيرها؛ لأنّه لا يقبح في العادة المطالبة بها، وإن قلّ ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء بالتّسرّع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك في الطّعام؛ ولأنّ بالحجاز يتنافس في الطّعام لضيق العيش هناك وشدّة الحاجة إليه، فلو لم يضمن الأكرياء لتسرّعوا إلى تناوله ولحق النّاس الضّرر، إذا استؤجر على حمل شيء فتلف منه من غير تعدّ ولا تفريط فلا ضمان عليه؛ لأنّا قد بيّنّا أنّه مؤتمن فلا يضمن إلاّ بالتّعدي والتّقصير في ترك التّحفّظ»[2].

ويقول الشّقصي مبيّنا أنّ مقدار التّعدّي يرجع إلى العرف والعادة: «والعامل إن فضل عند ماء، إن تركه في الزّرع أفسده، فإن كان في العادة أنّ العمّال يصرفون الفضلة عن الزّرع ضمن لسنّة أهل البلد، ولا ضمان عليه لربّ المال.

وكذلك إذا حمل الماء في السّاقية، ففاضت ولم يعلم، أو أفسد زرع غيره، فإن كان حمل على السّاقية أكثر ممّا يتساقى به النّاس أهل البلد، فلا نبرئه من الضّمان ممّا أفسد مَاؤُه»[3].

(1) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 278/2.

(2) المعونة: 1107/2.

(3) منهج الطّالبين، 160/12. كُتبت همزة كلمة: "ماؤه" في هذا المرجع على السّطر، فربّما يكون ذلك خطأ مطبعيّا، والصّواب -والله أعلم- ما أُثبت.

المسألة الرّابعة: سفر المقارض بالمال.

تعريف القراض:

لغة: مشتقّ من القرض وهو القطع[1]؛ «لأنّ المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرّف فيها بجزء من الرّبح»[2].

ويسمّيه فقهاء العراق بالمضاربة[3]؛ لما فيه من الضّرب في الأرض وهو السّير؛ أو لأنّ المتعاقدين يتضاربان في الرّبح[4].

اصطلاحا: عرّفه ابن عرفة بقوله: «تمكين مال لمن يتّجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة»[5].

وعرّفه عبد العزيز الثّميني بقوله: «إعطاء نقدٍ لتَجْرٍ بجزءٍ من ربح»[6].

ويلاحَظ أنّ تعريف عبد العزيز الثّميني يقرب جدّا من تعريف ابن عرفة.

حكمه:

قال القاضي عبد الوهّاب: «لا خلاف بين الأمّة في جواز القراض في الجملة، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه»[7].

وقال ابن رشد: «ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنّه ممّا كان في الجاهليّة فأقرّه الإسلام»[8].

وقال الشّقصي: «واتّفق النّاس على إجازة شركة المضاربة، ولولا اتّفاق النّاس على جوازها لم تجز؛ لأنّها أجرة غير معلومة»[9].

وظاهر كلام هؤلاء أنّ دليل جواز القراض (المضاربة) هو الإجماع.

---

(1)ينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: قرض، ص: 220.

(2) مولاي: فتوحات الإله المالك، 150/4.

(3) ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهيّة، ص: 242.

(4) ينظر: القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 306/10. الشّقصي، منهج الطّالبين، 343/14. الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: ضرب، ص: 161.

(5) الرّصّاع، شرح حدود ابن عرفة، ص: 500.

(6) القطب أطفيش، شرح كتاب النّيل، 304/10.

(7) المعونة، 1119/2.

(8) بداية المجتهد، 284/2.

(9) منهج الطّالبين، 337/14.

صفته:

هو أن يدفع الرّجل مالا إلى غيره ليتّجر فيه، ويكون الرّبح بينهما على جزء يتّفقان عليه من قليل أو كثير[1].

لكن هل للعامل أن يسافر بالمال إن أُطلق العقد، ولم يشترط عليه ربّ المال ترك السّفر؟

وجوابه: أنّ أهل العلم اختلفوا في ذلك، فمن جوّزه حكّم العرف وقال إنّ من عادة التّجّار السّفر والتّنقّل بالمال من مكان لآخر، كما أنّه من السّلع ما لا يتمّ بيعها أو الحصول عليها إلاّ عن طريق السّفر.

وفي هذا يقول القاضي عبد الوهّاب: «للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلاّ أن يشترط عليه ترك السّفر، وليس له أن يبيع بدين إلاّ أن يأذن له ربّ المال ، فإن فعل ضمن والفصل بينهما؛ لأنّ العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به، وقد عرف أنّ من عادة التّجّار التّقلّب بالمال حضرا وسفرًا وطلب النّماء فيه بسائر الوجوه، كما أنّهم يتقلّبون به في سائر السّلع، بل قد علم من عادتهم أنّ من السّلع ما يبتاع للسّفر بها، كما أنّ منها ما يبتاع للتّربّص به وقت تغيّر سوقه، فالإطلاق محمول على العرف...»[2].

ويقول ابن بركة مؤكّدًا لما سبق بيانه: «واختلف أصحابنا في الخروج بالمضاربة إلى بلدان يقطع فيها البحر من مِصْرِه، فأجاز ذلك بعضهم له ما لم يكن عليه شرط يمنعه، وقال آخرون ليس له الخروج إلى البحر إلاّ بأمر ربّ المال، والنّظر يوجب عندي أنّ المضارب والمضاربة المقصودة بذلك المال يراعى الحال فيها، فإن كان المضارب معروفا بالمضاربات إلى أماكن معروفة، وجرت العادة منه في التّجارة في برّ وبحر فهو على عادته، وكذلك إذا أراد بهذا المال تجارة لا تعرف بالمصر الذي هو فيه، كان له الخروج إلى حيث تكون تلك التّجارة وبذلك المال ما لم يمنعه شرط»[3].

(1) ينظر: القاضي عبد الوهّاب، المعونة، 1119/2. الشّقصي، منهج الطّالبين، 339/14.

(2) المعونة: 1124/2-1125.

(3) الجامع، 369/2-370.

المسألة الخامسة: عمل المقارض.

الأعمال التي يقوم بها المضارب في عقد القراض مردّها إلى العرف والعادة، فليس له أن يفعل غير فعل المضارب من أهل بلده.

يقول الباجي: «بعض الأعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصّبغ والخياطة، وإنّما يعملها الصّنّاع، ومنها ما لا يعملها مثل المقارض، وإن كانت ممّا أكثر النّاس عملها، كالشّدّ والطّيّ والنّقل، ومثل هذا يحكم فيه بالمعتاد المعروف، وقد يكون من العمّال من له الحال والمعروف والتّصاون فيحمل على عادته»[1].

ويقول ابن بركة: «وليس للمضارب أن يستعمل بالمال الزّراعات وغرس الأشجار والنّخيل وشراء العقّارات؛ لأنّ ذلك لا يعرف كلّه في متاجر النّاس ولا يسمّون به تجّارًا، وقد أجاز بعض أصحابنا ذلك ولم يروه متعدّيا إذا رأى الصّلاح في ذلك لنفسه ولربّ المال»[2].

وقال الشّقصي: «ومن أعطى رجلاً مالاً مضاربة، ولم يجد له فيه شيئًا، فذهب المضارب فزرع له، فذهبت الزّراعة، ففي ضمانه اختلاف:

قول: لا ضمان عليه.

وقول: ليس له أن يفعل غير فعل المضارب من أهل موضعه، وإن تعدّى ذلك ضمن»[3].

والقول الثّاني الذي حكاه الشّقصي مبنيّ على تحكيم العرف، فمن استخدم المال في عمل غير معتاد لدى أهل البلد، ثمّ هلك المال ضمن.

المسألة السّادسة: ألفاظ الوصيّة.

تعريف الوصيّة:

لغة: «هي التّقدّم إلى الغير بما يعمل به مقترنًا بوعظ، من قولهم: أرض واصية متّصلة النّبات، ويقال: أوصاه ووصّاه»[4].

(1) المنتقى، 173/5.

(2) الجامع، 370/2.

(3) منهج الطّالبين، 348/14.

(4) الرّاغب الأصفهاني، المفردات، ص: 562. وينظر: الرّازي، مختار الصّحاح، مادّة: وصي، ص: 296.

اصطلاحًا: عرّفها ابن عرفة بقوله: «عقد يوجب حقًّا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده»[1].

وممّا يتعلّق بالعرف في الوصيّة: الألفاظ التي تنعقد بها.

يقول ابن عرفة: «الصّيغة ما دلّ على معنى الوصيّة»[2].

والظّاهر من كلامه أنّ الوصية تنعقد بكلّ لفظ دالّ عليها في العرف، كما تنعقد بالكتابة والإشارة[3].

قال القرافي مؤكّدًا لما سبق: «إذا وقع العقد في البيع فإنّ الثّمن يحمل على العادة الحاضرة في النّقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النّقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدّم، وكذلك النّذر والإقرار والوصيّة إذا تأخّرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنّما يعتبر من العوائد ما كان مقارنا لها»[4].

ممّا يؤخذ من كلامه أنّ ألفاظ النّذر والإقرار والوصيّة تحمل على العرف المقارن دون المتأخّر.

وقال القطب أطفيش: «...والوصيّة تجري على العرف إذا كان، وإلاّ فعلى اللّغة»[5].

وقال في موضع آخر: «...وكذا في المذهب أنّ الوصيّة تجري على العرف»[6].

يتبيّن ممّا نقله القطب أطفيش أنّ ألفاظ الوصيّة تجري على العرف عند الإباضيّة إذا وجد، وإلاّ فعلى اللّغة.

(1) الرّصّاع، شرح حدود ابن عرفة، ص: 681.

(2) المرجع نفسه، ص: 685.

(3) ينظر: المرجع نفسه، ص: 685. الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، 29/7-30.

(4) شرح تنقيح الفصول، ص: 211. وينظر: الفروق، 162/3.

(5) تيسير التّفسير، 162/8.

(6) المرجع نفسه، 308/13.

الخاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصّالحات، والصّلاة والسّلام على المبعوث بالهدى والرّحمات، أحمده ربي أن وفّقني وأعانني على إتمام هذا البحث ، وأسأله تعالى المزيد من فضله وعطائه وتوفيقه، وبعد:

فالحقّ أنّ موضوع هذا البحث في بعض جوانبه أكبر من أن تستوعبه مثل هذه المذكّرة، وأنّ المسائل والفروع التي بنيت على العرف وعلّلت بالعوائد كثيرة جدّا، ولا يأتي عليها مثل هذا البحث المتواضع؛ لذلك اقتصرت على بعض منها.

وقد خرج البحث بنتائج أهمها:

1- ثبوت قاعدة العرف والرّجوع إليها في كتب المذهبين استدلالا وتعليلا وتفريعا، لكنّ المالكيّة توسّعوا في الأخذ بها أكثر من غيرهم.

2- الأخذ بالعرف يضمن للشّريعة استمرارها وخلودها، بأن جعلها الله كفيلة وافية لمصالح خلقه في المعاش والمعاد.

3- كلّ ما لم يقدّره الشّارع ولا حدّ له في اللّغة، فإنّه يرجع في بيان حدّه إلى العرف.

4- العرف دليل مظهر للحكم، والدليل في الحقيقة ما رَجَع إليه، من السّنّة أو الإجماع أو المصلحة أو أصل الإباحة.

5- العمل بالعرف منظور فيه إلى مقاصد الشّريعة الإسلاميّة بالدّرجة الأولى؛ لذا لم يقل العلماء بمراعاته مطلقا، بل قيّدوه بضوابط وشروط يفهم منها مراعاة المقاصد، من ذلك أنّهم اشترطوا في العرف"ألاّ يكون فيه تعطيل لنصّ ثابت، أو لأصل قطعي في الشّريعة"؛ لأنّ العمل بالأعراف المصادمة للنّصّ مع كثرة الأعراف وتجدّدها إبطال للشّريعة عياذا بالله.

6- عدم اعتبار العرف بشروطه، وعدم تحكيمه في مجاله ومداه ممّا له نتائجه الخطيرة وآثاره الوخيمة، ليس أقلّها اختلال ثقة النّاس بعلمائهم وحكّامهم.

7- العرف قد يكون سببا للعدول عن الصّحيح في المذهب إلى رواية أو قول أو وجه في الخلاف الفقهي، أو التّرجيح بين الأئمّة في الخلاف الكبير، وأنّ على المفتين مراعاة ذلك.

8- للعرف أثر في جميع أبواب الفقه، لكن يختلف أثره من باب لآخر، فله دور كبير في الأحكام الخاصّة بالمعاملات؛ لأنّ الأصل فيها الالتفات إلى المعاني، أمّا الأحكام المتعلّقة بالعبادات فهي أحكام تعبّديّة لا مجال للعقل في أصلها وكيفيّتها، لكن قد يكون للعرف دور في العوارض الطّارئة عليها.

التّوصيات والاقتراحات:

هذه بعض الاقتراحات والتّوصيات التي أثمرها هذا البحث وأنضجتها هذه الدّراسة:

1- تجديد النّظر في مسطور المذاهب ممّا بني على العرف واقتضته مراعاة العوائد، وهذا لا يتأتّى لأيّ أحد، بل يشترط للقائم بذلك أن يكون له رأي ونظر صحيح ومعرفة بقواعد الشّرع.

2- جمع كلّ المسائل المبنيّة على العرف في فقه الأسرة عند المالكيّة والإباضيّة، وإخراجها ضمن مؤلّف خاص ينتفع به أهل العلم وطلاّبه.

3- جمع كلّ المسائل المبنيّة على العرف في باب المعاملات الماليّة عند المالكيّة والإباضيّة، ومقارنتها بالعقود الحديثة،كأنواع الشّركات، ونحوها من العقود والمعاملات.

والحمد لله على ما منّ به عليّ أوّلا وآخرا، وأسأله سبحانه بأسمائه الحسنى وصفاته العلى، أن يجعل هذا البحث لوجهه خالصا ولعباده نافعا، وأن ينفعني به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاّ من أتى الله بقلب سليم، وأن ينفعنا بما كتبنا وقرأنا وسمعنا.

وصلّى الله وسلّم على نبيّنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليما كثيرا إلى يوم الدّين.

ملخصات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملخّص البحث

الحمد لله وكفى والصّلاة والسّلام على النّبيّ المصطفى وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فعنوان البحث هو: "الاحتجاج بالعرف عند المالكيّة والإباضيّة".

والهدف العام لهذا الموضوع هو بيان اعتبار العرف والاعتداد به عند المالكيّة والإباضيّة، ومدى تطبيقه في الفروع الفقهيّة للمذهبين.

وقد شملت هذه الدّراسة على مقدّمة وثلاثة فصول وخاتمة.

بيّنت في المقدّمة أهمّيّة الموضوع، وإشكاليّته، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدّراسات السّابقة فيه، والمنهج المتّبع في إنجازه، ومنهجيّة البحث، وأهمّ مصادره، والصّعوبات التي واجهتني، وخطّته.

وفي الفصل الأوّل تناولت التّعريف بالعرف وتمييزه عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه، وحاجة الفقيه إلى اعتباره.

أمّا الفصل الثّاني فتطرّقت فيه لحجّيّة العرف عند المالكيّة والإباضيّة وأدلّة وشروط اعتباره.

وأمّا الفصل الثّالث فعرضت فيه بعض التّطبيقات الفقهيّة للعرف في المذهبين المالكي والإباضي.

وبعد هذه الفصول، اِنتهيت إلى خاتمة ضمّنتها أهمّ النّتائج المتوصّل إليها، وأظهرها ما يلي:

- ثبوت قاعدة العرف والرّجوع إليها في كتب المذهبين استدلالا وتعليلا وتفريعا.
- عدم اعتبار العرف بشروطه وضوابطه، وعدم تحكيمه في مجاله، ممّا له نتائجه وآثاره الوخيمة.
- للعرف أثر في جميع أبواب الفقه، لكن يختلف أثره من باب لآخر.

ومن أهمّ التّوصيات والاقتراحات:

- تجديد النّظر في مسطور المذاهب ممّا بني على العرف، ويشترط في القائم بهذا العمل المهمّ والخطير أن يكون له رأي ونظر صحيح ومعرفة بقواعد الشّرع.
- جمع كلّ المسائل المبنيّة على العرف في فقه الأسرة عند المالكيّة والإباضيّة، وإخراجها ضمن مؤلّف خاصّ ينتفع به أهل العلم وطلاّبه.
- جمع كلّ المسائل المبنيّة على العرف في فقه المعاملات الماليّة عند المالكيّة والإباضيّة، ومقارنتها بالعقود الحديثة.

والله تعالى أسأل أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن يعلّمني ما أجهل، وينفعني بما علمت، إنّه نعم المولى، ونعم المجيب.

وصلّى الله وسلّم وبارك على نبيّنا محمّد، وعلى آله الطّيّبين الطّاهرين، وعلى صحابته الكرام أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

Research summary

In the name of Allah, the most gracious, the most merciful, and peace be upon Mohamed, god's messenger.

The title of my research paper is the possibility of considering custom as sharia's source in its issues.

And from the title, we can deduce that the general aim of custom and considering it as one of sharia's sources in ibadhi and maliki doctrines and its application in the two doctrines.

this study consists of an introduction, three chapters and a conclusion.

In the introduction, I dealt with the importance of the topic, its problem, the reasons of selection, its goals, previous studies, the method followed in this research and other elements as the main references, the outline and the obstacles I have faced.

In the first chapter, we dealt with the definition of custom, its classes and its importance.

In the second chapter, we dealt with the evidence of custom and its condition.

In the third chapter, we included some application of custom related to Ibadhi and Maliki doctrines.

After these three chapter, we included a conclusion consisting of some findings related to this research, and the main ones are:

- Insisting on the rule of custom and relying on it in the books related to the doctrines mentioned above.

- Ignoring the conditions and the rules of the custom and the misusing of it which leads to bad consequences.
- To know the impact in all sections of the doctrine, but its impact varies from one chapter to another.

The main proposals can be:

- Changing the view to the books of the doctrines mentioned above which were relying on custom, taking the condition that the right opinion and the true knowledge of sharia's rules must be elements of the personality of who is responsible and involved in that crucial issue.
- Gathering all the issues which are based on custom in the fiqh of the family of Maliki and Ibadhi, and including them all in special book helps the scholars in this field of study.
- Collect all the issues based on custom in the jurisprudence of financial transactions and the Malikis Ibadhism, and compare modern contracts.

And ask God to make this work purely for Allah's sake, teach me and what did not know, and would benefit me as I learned, for he is lord, and yes the respondent.

And may Allah bless him and bless our prophet Mohammed, and porn stars too, and his companions upon him, and our final prayer is praise be to Allah, lord of the worlds.

فهارس عامّة

فهرس الآيات القرآنيّة.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام المترجم لهم.

فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة.

فهرس المصادر والمراجع.

فهرس المحتويات.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾	43	79
﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾	179	57
﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾	228	93،ب
﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾	229	95
﴿۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾	233	98
﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾	233	50 93 108
﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾	236	97
سورة آل عمران		
﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ﴾	97	83
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾	102	أ
سورة النّساء		
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾	01	أ
﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ﴾	23	22

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾	29	102 103 105
سورة المائدة		
﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ ﴾	03	22
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ ﴾	06	75
﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ ﴾	89	ج،89
سورة الأنعام		
﴿ وَكَذَّبَ بِهِۦ قَوۡمُكَ ﴾	66	13
﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ ﴾	141	79
سورة الأعراف		
﴿ وَجَعَلَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا لِيَسۡكُنَ إِلَيۡهَاۖ ﴾	189	88
﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾	199	47 48 49 92
سورة الأنفال		
﴿ ۞ إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ ﴾	22	25
سورة يونس		
﴿ فَأَجۡمِعُوٓاْ أَمۡرَكُمۡ وَشُرَكَآءَكُمۡ ﴾	71	20
سورة هود		
﴿ ۞ وَمَا مِن دَآبَّةٖ فِي ٱلۡأَرۡضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا ﴾	06	23

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

سورة يوسف		
﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَٰهُ قُرۡءَٰنًا عَرَبِيّٗا ﴾	02	30
﴿ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ ﴾	26 27	50 92
سورة النّور		
﴿ لَّيۡسَ عَلَى ٱلۡأَعۡمَىٰ حَرَجٞ وَلَا عَلَى ٱلۡأَعۡرَجِ حَرَجٞ وَلَا عَلَى ٱلۡمَرِيضِ حَرَجٞ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَن تَأۡكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ إِخۡوَٰنِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَعۡمَٰمِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ أَخۡوَٰلِكُمۡ أَوۡ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمۡ أَوۡ مَا مَلَكۡتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوۡ صَدِيقِكُمۡۚ ﴾	61	50 51
سورة القصص		
﴿ لِتَسۡكُنُواْ فِيهِ ﴾	73	88
سورة الأحزاب		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١ ﴾	70 71	أ
سورة فصّلت		
﴿ وَوَيۡلٞ لِّلۡمُشۡرِكِينَ ٦ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُم بِٱلۡأٓخِرَةِ هُمۡ كَٰفِرُونَ ٧ ﴾	06 07	79
سورة محمّد		
﴿ وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ ٦ ﴾	06	04
سورة الطّلاق		

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ ﴾	01	95
﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ ﴾	07	50 51 93 108
سورة المرسلات		
﴿ وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ۝١ ﴾	01	04

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث النّبويّة والآثار

فهرس الأحاديث النّبويّة

طرف الحديث	الرّاوي	الصّفحة
أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر	عبد الله بن عمر رضي الله عنه	81
إنّ الله ورسوله حرّم بيع الخمر	جابر بن عبد الله رضي الله عنه	106
إنّ هذا البلد حرّمه الله	عبد الله بن عباس رضي الله عنه	55
خذي من ماله بالمعروف	عائشة رضي الله عنها	55
الذّهب بالذّهب	عبادة بن الصّامت رضي الله عنه	66
فأوف بنذرك	عبد الله بن عمر رضي الله عنه	56
لا تبع ما ليس عندك	حكيم بن حزام رضي الله عنه	69
لا تصرّوا الإبل والغنم	أبو هريرة رضي الله عنه	103
لا يتقدّمنّ أحدكم رمضان	أبو هريرة رضي الله عنه	82
مره فليراجعها	عبد الله بن عمر رضي الله عنه	95
من أسلف في تمر	عبد الله بن عبّاس رضي الله عنه	55
ما هذا اليوم الذي تصومونه؟	عبد الله بن عباس رضي الله عنه	56

فهرس الآثار

طرف الأثر	القائل	الصفحة
كنّا نخرج زكاة الفطر	أبو سعيد الخدري رضي الله عنه	90
ما رآه المسلمون حسنا	عبد الله بن مسعود رضي الله عنه	52، 53

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام المترجم لهم

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

العلـــم	الصفحة
حرف الألف	
إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي	25
إبراهيم بن نور أبو الحسن، ابن فرحون المالكي	08
أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمان القرافي	08
أحمد بن ثابت، الخطيب البغدادي	38
أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي	105
أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم النّفراوي	90
أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني	04
إسماعيل بن محمّد بن عبد الهادي العجلوني	52
حرف الخاء	
خلفان بن جميل السّيابي	45
خليل بن إسحاق بن موسى المالكي	102
خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلاّئي	53
خميس بن سعيد بن علي الشّقصي الرّستاقي	83
حرف الزّاي	
زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، ابن نجيم الحنفي	60
حرف السّين	
سليمان بن خلف بن سعد الباجي	67
حرف العين	
عبد العزيز بن إبراهيم بن عبد الله التّميني	80
عبد العزيز بن عبد السّلام بن أبي القاسم السّلمي	64

عبد الله بن أحمد بن محمود النّسفي الحنفي	06
عبد الله بن حميد بن سلوم السّالمي	10
عبد الله بن محمّد بن بركة البهلوي	09
عبد الله بن يوسف بن محمّد الزّيلعي	52
عبد الوهّاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي	47
عبد الوهّاب بن عبد الرّحمان بن رستم	84
علي بن أبي علي بن محمد الآمدي	54
علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظّاهري	53
علي بن عبد السّلام التّسولي	44
عامر بن علي بن عامر الشّماخي	75
حرف الميم	
محمّد بن أبي بكر بن أيّوب، ابن قيّم الجوزيّة	33
محمّد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي المالكي	48
محمّد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد الغرناطي	76
محمّد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي	08
محمّد بن أحمد بن عبد الله بن خويز المالكي	67
محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الحنفي	34
محمّد بن سعيد بن محمّد الكدمي	46
محمّد بن عبد الرّحمان بن محمّد، شمس الدّين السّخاوي	53
محمّد بن عبد الله بن حمدويه، الحاكم النّيسابوري	52
محمّد بن عبد الله بن محمّد، ابن العربي المالكي	43
محمّد بن محمّد بن أحمد، المقّري التّلمساني	43
محمّد بن محمّد بن عرفة المالكي	94
محمّد بن يوسف بن عيسى، القطب أطفيش	17
حرف الهاء	

هود بن محكّم الهواري	49
حرف الياء	
يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف	65

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المصطلح أو الكلمة	الصّفحة
الإباضيّة	09
الإجماع	20
الإذخر	56
الأقط	81
برّيّة	96
البواليع	107
تبسأ	05
التّصرية	103
التّخصيص	67
جملوه	106
الخفاض	104
خلاه	56
خليّه	96
الدّخن	88
سبهللا	28
الاستصناع	22
السّلت	89
الظّئر	50
العادة	16
العرف	13
العمل	19

غاربك	96
قينهم	56
الكنف	107
لقطته	56
المغابنة	24
النّجو	22
يختلى	56
يعضد	56
ينفّر	56

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

❁ ❁ ❁

(أ)

- إبراهيم بن أحمد بن سليمان الكندي، الأدلّة الاجتهاديّة، دار البيان، القاهرة، ط1، 1419 هـ-1999م.
- إبراهيم بن علي بن محمّد بن فرحون اليعمري (ت 799هـ):
  - تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1422هـ-2003م.
  - الدّيباج المذهّب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: علي عمر، مكتبة الثّقافة الدّينيّة، القاهرة، ط1، 1423هـ-2003م.
- إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي (ت 790هـ):
  - الاعتصام، ضبط نصّه وقدّم له وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التّوحيد.
  - الموافقات في أصول الشّريعة، خرّج أحاديثه وآياته: إبراهيم رمضان، مقابلة عن الطّبعة التي شرحها الشّيخ عبد الله درّاز، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1425هـ-2004م.
- أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ):
  - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق: طه عبد الرّؤوف سعد، مكتبات الكلّيّات الأزهريّة، القاهرة، 1393هـ-1973م.
  - أنوار البروق في أنواء الفروق، دار المعرفة، بيروت.
  - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرّفات القاضي والإمام، تحقيق: أبو بكر عبد الرّزاق، المكتب الثّقافي للنّشر والتّوزيع، القاهرة، ط1، 1989م.

- أحمد الزّرقاء، شرح القواعد الفقهيّة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1403هـ-1983م.
- أحمد بن شعيب بن علي الشّهير بالنّسائي (ت 303هـ)، سنن النّسائي، حكم على أحاديثه وآثاره وعلّق عليه الشّيخ محمّد ناصر الدّين الألباني، مكتبة المعارف، الرّياض، ط2.
- أحمد بن غانم (أو غنيم) النّفراوي (1126هـ)، الفواكه الدّواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني (ت 386هـ)، مكتبة الثّقافة الدّينيّة، القاهرة، 2004م.
- أحمد بن عبد الله بن موسى الكندي (ت557هـ)، المصنّف، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1404هـ- 1984م.
- أحمد بن علي الرّازي الجصّاص (ت 370هـ)، أصول الفقه المسمّى: الفصول في الأصول، تحقيق: عجيل جاسم النّشمي، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة، الكويت، ج1 +ج2: ط1، 1405هـ-1985م، ج3: ط1، 1408هـ-1988م، ج4: ط2، 1414هـ-1994م.
- أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت 462هـ)، كتاب الفقيه والمتفقّه، تحقيق: أبو عبد الرّحمان عادل بن يوسف العزازي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السّعودية، ط4، 1428هـ.
- أحمد بن علي بن محمّد، الشّهير بابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثّامنة، دار الجيل، بيروت، 1414هـ-1993م.
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني (ت395هـ)، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق: عبد السّلام محمّد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م.
- أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ط2 ، 1312هـ-1992م.
- أحمد بن محمّد بن أبي بكر بن خلّكان (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان، تحقيق: إحسان عبّاس، دار صادر، بيروت.
- أحمد بن محمّد بن حنبل (ت 241هـ)، المسند، شرحه ووضع فهارسه: أحمد محمّد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ-1995م.
- أحمد بن يحي الونشريسي (ت 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق: الصّادق بن عبد الرّحمان الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م.

- إسماعيل بن محمّد العجلوني (ت 1162هـ)، كشف الخفاء ومزيل الألباس عمّا اشتهر من الأحاديث على ألسنة النّاس، علّق عليه: أحمد القلاش، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1405هـ– 1985م.
- إسماعيل بن موسى الجيطالي (ت 750هـ)، كتاب قواعد الإسلام، صحّحه وعلّق عليه: بكلّي عبد الرّحمان بن عمر، المطبعة العربيّة، غرداية، ط1، 1976م.
- أبو بكر بن أحمد بن محمّد الدّمشقي (ت 851هـ)، طبقات الشّافعيّة، اعتنى بتصحيحه وعلّق عليه: عبد العليم خان، عالم الكتاب، بيروت، ط1، 1407هـ-1987م.
- أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت587هـ)، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1402هـ–1982م.

(ج)

- جمال كركار، أثر العرف في تغيّر الفتوى، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1430هـ-2009م.

(ح)

- الحبيب بن الطّاهر، الفقه المالكي وأدلّته، مؤسّسة المعارف، بيروت، ط1، 1430هـ-2009م.
- الحسين بن محمّد الرّاغب الأصفهاني (ت 502هـ)، معجم المفردات في غريب القرآن، تحقيق: نديم مرعشلي، دار الكتاب العربي.

(خ)

- خلفان بن جميل السّيابي (ت1392هـ–1972م)، كتاب فصول الأصول، تحقيق: سليم بن سليم بن سعيد آل ثاني، ط2، 1426هـ– 2005م.

- خميس بن سعيد الشّقصي الرّستاقي (ت ما بين: 1059-1098هـ)، منهج الطّالبين وبلاغ الرّاغبين، تحقيق: سالم بن حمد بن سلمان الحارثي، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1403 هـ- 1983م.
- خير الدّين الزّركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرّجال والنّساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 1980م.

(ر)

- الرّبيع بن حبيب، الجامع الصّحيح، على ترتيب أبي إسحاق يعقوب بن إبراهيم الوارجلاني، المطبعة السّلفية ومكتبتها، القاهرة، ط2، 1349هـ.
- رقيّة طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النّصوص -قضايا المرأة أنوذجا-، دار الفكر، دمشق، ط1، 1424هـ-2003م.

(ز)

- زين الدّين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (ت 970هـ)، الأشباه والنّظائر، تحقيق: محمّد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، 1476هـ-2005م.

(س)

- سفيان بن محمّد بن عبد الله الرّاشدي، جواهر القواعد من بحر الفرائد، تحقيق: محمّد بن يحي بن سفيان الرّاشدي، مكتبة الاستقامة، سلطنة عمان، ط1، 1426هـ- 2005م.
- سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد الباجي (ت474هـ):
  - إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط2، 1415هـ-1995م.

- كتاب المنتقى شرح موطّأ الإمام مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1332هـ.

– سها سليم مكداش، تغيّر الأحكام –دراسة تطبيقيّة لقاعدة: لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر القرائن والأزمان–، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، ط1، 1428هـ-2007م.

– سيّد عبد الله التّيدي المالكي، الأجوبة التّيديّة في مذهب السّادة المالكيّة، المكتبة المحموديّة التّجارية، مصر، ط7.

(ص)

– صالح عبد السّميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلاّمة الشّيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التّنزيل، دار الفكر، بيروت.

(ط)

– الطّاهر بن الأزهر خذيري، التّعليل بالقواعد وأثره في الفقه عند المالكيّة، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، ط1، 1430هـ–2009م.

(ع)

– عبد الحي بن أحمد بن محمّد بن العماد الحنبلي (ت 1089هـ)، شذرات الذّهب في أخبار من ذهب ، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.

– عبد الرّحمان بن أبي بكر جلال الدّين السّيوطي (ت911هـ)، الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعيّة، دار إحياء الكتب العلميّة وعيسى البابي الحلبي وشركاه.

– عبد الرّحمان بن ناصر السّعدي، تيسير الكريم الرّحمان في تفسير كلام المنّان، اعتنى به تحقيقا ومقابلة : عبد الرّحمان بن معلاّ اللّويحق، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1424هـ-2003م.

- عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت 730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمّد عمر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة المقدسي (ت 620هـ)، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ-1983م.
- عبد الله بن بشير الحضرمي، الكوكب الدّرّي، وزارة التّراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1428هـ-2007م.
- عبد الله بن حميد نور الدّين السّالمي (ت 1332هـ):
  - كتاب شرح طلعة الشّمس على الألفيّة، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1401هـ-1981م.
  - شرح الجامع الصّحيح مسند الإمام الرّبيع، مكتبة الاستقامة، سلطنة عمان، ط3.
  - جوابات الإمام السّالمي، مطابع النّهضة، سلطنة عمان، ج1-ج7: ط2، 1419هـ-1999م ، ج4: ط1، 1417هـ-1996م.
  - جوهر النّظام في علم الأديان والأحكام، علّق عليه: أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، المطبعة السّلفيّة، القاهرة، 1346هـ.
  - معارج الآمال على مدارج الكمال بنظم مختصر الخصال، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1404هـ-1983م.
- عبد الله بن محمّد بن بركة البهلوي (من علماء ق4هـ):
  - كتاب التّعارف، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1984هـ.
  - كتاب الجامع، تحقيق: عيسى يحيى الباروني، وزارة التراث القومي والأوقاف، سلطنة عمان.
- عبد الله بن يوسف بن محمّد الزّيلعي (ت 762هـ)، نصب الرّاية.
- عبد الوهّاب خلاف:
  - مصادر التّشريع فيما لا نصّ فيه، دار القلم، الكويت، ط5، 1402هـ-1982م.
  - علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، 1423هـ-2003م.
- عبد الوهّاب بن عبد الرّحمان بن رستم (ت 250هـ)، كتاب مسائل نفّوسة، تحقيق: إبراهيم محمّد طلاي، المطبعة العربيّة، غرداية، 1991هـ.

- عبد الوهّاب بن علي بن نصر الثّعلبي البغدادي (ت422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، 1419هـ-1999م.
- عثمان بن علي الزّيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدّقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2.
- عادل بن عبد القادر بن محمّد وليّ قوته، العرف حجّيّته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، المكتبة السّعوديّة، السّعوديّة، ط1، 1418هـ-1997م.
- عمر رضا كحالة، معجم المؤلّفين، دار إحياء التّراث العربي، بيروت.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمّديّة، المغرب، 1982م.
- عامر بن علي الشّماخي (ت792هـ)، كتاب الإيضاح، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1403هـ-1983م.
- علاّل الفاسي، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993هـ.
- علي بن أبي علي بن محمّد الآمدي (ت 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1403هـ-1983م.
- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظّاهري (ت 456هـ):
  - الإحكام في أصول الأحكام، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط3، 1403هـ-1983م.
  - الفصل في الملل والأهواء والنّحل، تحقيق: محمّد إبراهيم نصر، عبد الرّحمان عميرة، شركة مكتبات عكاظ، جدّة، الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة، ط1، 1402هـ-1982م.
- علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.
- علي بن عبد السّلام التّسولي (ت 1258هـ)، البهجة في شرح التّحفة، تحقيق: محمّد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.
- علي بن عبد الكافي السّبكي (ت 756هـ)، وولده عبد الوهّاب بن علي السّبكي (ت 771هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق: أحمد جمال الزّمزمي، نور الدّين بن عبد الجبّار صغيري، دار البحوث للدّراسات الإسلاميّة وإحياء التّراث، الإمارات العربيّة المتّحدة، دبي، ط1، 1424هـ-2004م.

- علي بن محمّد بن علي الجرجاني (ت 816هـ)، التّعريفات، تحقيق: محمّد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة.
- عياض بن موسى بن عياض اليحصبي (ت 554هـ-1149م)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق: أحمد بكير محمود، دار مكتبة الحياة، بيروت، دار مكتبة الفكر، طرابلس.

(م)

- مجموعة من الباحثين، معجم مصطلحات الإباضيّة، وزارة الأوقاف والشّؤون الدّينيّة، سلطنة عمان، ط1، 1429هـ-2008م.
- مجموعة من المؤلّفين، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المغرب)، المطبعة العربيّة، غرداية، ط1، 1420هـ-1999م.
- محمّد بن إبراهيم الكندي (ت 508هـ)، بيان الشّرع، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1414هـ-1992م.
- محمّد بن أبي بكر بن أيّوب المعروف بابن قيّم الجوزيّة (ت 751هـ):
  - بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت.
  - الطّرق الحكميّة في السّياسة الشّرعيّة، تحقيق: محمّد حامد الفقّي، دار الكتب العلميّة، بيروت.
  - إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، تحقيق: عبد الرّحمان الوكيل، مطبعة المدني، القاهرة، 1969م.
- محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي (ت بعد 666هـ)، مختار الصّحاح، عني بترتيبه: محمود خاطر، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ-2001م.
- محمّد أبو زهرة، مالك -حياته وعصره-، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2.
- محمّد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرّياض، المملكة العربيّة السّعوديّة، 1423هـ-2003م.

- محمّد بن أحمد بن جزي المالكي (ت 641هـ):
  - تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمّد علي فركوس، دار التّراث الإسلامي، الجزائر، ط1، 1410هـ-1990م.
  - كتاب التّسهيل لعلوم التّنزيل، تحقيق: محمّد عبد المنعم اليونسي، إبراهيم عطوة عوض، دار الكتب الحديثة.
  - القوانين الفقهيّة، دار الفكر، بيروت، 1420هـ-2000م.
- محمّد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرّملي (ت 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م.
- محمّد بن أحمد بن عثمان الذّهبي (ت 748هـ) ، سير أعلام النّبلاء، مكتبة الصّفا، القاهرة، ط1، 1424هـ-2003م.
- محمّد بن أحمد بن عرفة الدّسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، خرّج آياته وأحاديثه: محمّد عبد الله شاهين، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م.
- محمّد بن أحمد بن محمّد بن رشد الشّهير بالحفيد (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، خرّج أحاديثه: أحمد أبو المجد، دار العقيدة، القاهرة، ط1، 1425هـ- 2004م.
- محمّد بن إسماعيل البخاري (ت 256هـ)، صحيح البخاري، مؤسّسة المختار، القاهرة، ط1، 1428هـ-2008م.
- محمد أمين المعروف بأمير بادشاه (ت 978هـ)، تيسير التّحرير، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، مصر، 1350هـ.
- محمّد أمين أفندي الشّهير بابن عابدين (ت 1252هـ)، مجموعة رسائل بن عابدين، دار إحياء التّراث العربي، بيروت.
- محمّد الأمين بن محمّد المختار الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، تحقيق وإكمال تلميذه: محمّد ولد سيدي ولد حبيب الشّنقيطي، دار المنارة، جدّة، السّعوديّة، ط3، 1423هـ-2002م.

- محمّد بن سعيد الكدمي (حي في: 272هـ)، المعتبر، مطابع دار جريدة عمان للصّحافة والنّشر، سلطنة عمان، 1405هـ–1985م.
- محمّد سعيد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة وعلاقتها بالأدلّة الشّرعيّة، دار الهجرة، الرّياض، المملكة العربيّة السّعودية، ط1، 1418هـ–1998م.
- محمّد سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في أصول الفقه، دار السّلام، القاهرة، ط2، 1425هـ–2004م.
- محمّد بن شامس البطاشي:
  - كتاب غاية المأمول في علم الفروع والأصول، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان.
  - سلاسل الذّهب في الأصول والفروع والأدب، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان.
- محمّد صالح بن ناصر، سلطان بن مبارك الشّيباني، معجم أعلام الإباضيّة (قسم المشرق)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1421هـ-2001م.
- محمّد عبد الحي اللّكنوي (ت 1304هـ)، الفوائد البهيّة في تراجم الحنفيّة، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.
- محمّد بن عبد الرّحمان شمس الدّين السّخاوي (ت 902هـ)، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، دار الهجرة، بيروت، 1406 هـ-1986م.
- محمّد بن عبد الله بن حمدويه الشّهير بالحاكم النّيسابوري (ت 405هـ)، المستدرك على الصّحيحين، دار الحرمين، القاهرة، ط1، 1417هـ-1997م.
- محمّد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي (ت 543هـ):
  - أحكام القرآن، راجع أصوله وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط3، 1424هـ-2003م.
  - كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، دراسة وتحقيق: محمّد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1992م.
- محمّد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي (ت 681هـ)، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2.
- محمّد العربي القروي، الخلاصة الفقهيّة على مذهب السّادة المالكيّة، لبنان.

- محمّد بن علي بن محمّد الشّوكاني (ت 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحقّ من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزّو عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1424هـ-2003م.
- محمّد بن علي بن وهب المعروف بابن دقيق العيد (ت 702هـ)، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى ومدثر سندس، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1426هـ-2005م.
- محمّد بن عمر بن الحسين الرّازي (ت 606هـ)، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسّسة الرّسالة، بيروت.
- محمّد بن قاسم الرّصّاع (ت 894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمّد أبو الأجفان، الطّاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993هـ.
- محمّد بن محمّد بن حسين المعروف بابن أمير الحاج (ت 879م)، التّقرير والتّحبير، مصوّرة عن الطّبعة الأولى بالمطبعة الأميريّة، بولاق، تصوير دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1403هـ-1983م.
- محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان المعروف بالحطّاب الرّعيني (ت 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريّا عميرات، دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م.
- محمّد بن محمّد بن عبد الرّزاق الملقّب بمرتضى الزّبيدي (ت 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحقّقين، دار الهداية.
- محمّد بن محمّد مخلوف، شجرة النّور الزّكيّة في طبقات المالكيّة، دار الفكر.
- محمّد بن مكرّم بن علي بن منظور (ت 711هـ)، لسان العرب، طبعة مصوّرة عن طبعة بولاق، الدّار المصريّة للتّأليف والتّرجمة.
- محمّد ناصر الدّين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السّبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1399هـ-1979م.
- محمّد بن يعقوب الفيروزآبادي الشّيرازي (ت 817هـ)، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان.
- محمّد بن يوسف أطفيش الملقّب بالقطب (ت 1332هـ):
  - هميان الزّاد إلى دار المعاد، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1406هـ- 1986م.

- تيسير التّفسير، تحقيق: إبراهيم بن محمّد طلاي، المطبعة العربيّة، غرداية، 1417هـ-1997م.
- شرح كتاب النّيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدّة، ط2، 1392هـ-1972م.
- كتاب الجامع الصّغير، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان ، 1406هـ- 1986م.

- المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثمّ الشّنقيطي، العَرف النّاشر في شرح وأدلّة متن ابن عاشر في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1 ، 1425هـ-2004م.
- مسلم بن الحجّاج بن مسلم النّيسابوري (ت 261هـ)، صحيح مسلم، دار الجيل، بيروت.
- مصطفى أحمد الزّرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ- 2004م.
- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلّة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط4، 1428هـ-2007م.
- مصطفى بن صالح باجو، منهج الاجتهاد عند الإباضيّة، مكتبة الجيل الواعد، مسقط، عمان، ط1، 1426هـ-2005م.
- المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الزّكاة والصّيام -دليلك الموثّق وكتابك المنهجي على آراء الشّيخين الجليلين: أحمد بن حمد الخليلي وسعيد بن مبروك القنوبي-، برعاية النّورس، الوطن، بيروت، ط1، 1431هـ-2010م.
- مالك بن أنس الأصبحي (ت 179هـ)، الموطّأ، تحقيق: طه عبد الرّؤوف سعد، ط1، 1424هـ-2003م.
- مولاي أحمد الطّاهر، فتوحات الإله المالك على نظم أسهل المسالك ج1 وج2: المطبعة العلاويّة، مستغانم، 1994م، ج3 وج4: مطبعة الواحات، غرداية، 1996م.

(هـ)

- هود بن محكّم الهواري (من علماء القرن الثّالث الهجري)، حقّقه وعلّق عليه: بالحاج بن سعيد شريفي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1990م.

(و)

- وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط14، 1427هـ-2006م.

(ي)

- يحي بن شرف بن مري النّووي (ت 676هـ)، المجموع شرح المهذّب، دار الفكر.
- يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام خلودها وصلاحيّتها للتّطبيق في كلّ زمان ومكان، دار الشّهاب، باتنة، الجزائر.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المجلاّت والدّوريات والرّسائل الجامعيّة

- أحمد بن سعيد الشّماخي (ت 928هـ)، كتاب شرح مختصر العدل والإنصاف، دراسة وتحقيق: مهني بن عمر التّيواجني، بحث قدّم لنيل درجة الدّكتوراه، إشراف الدّكتور المختار التّليلي، الجامعة الزّيتونيّة، الجمهوريّة التّونسيّة، السّنة الجامعيّة: 1411هـ-1990م.
- خالد بن محمّد العروسي، مسألة تخصيص العموم بالعرف والعادة، وقد نشر بمجلّة جامعة أمّ القرى، السّعوديّة، الجزء: 18، العدد: 39، ذو الحجّة، 1427هـ.
- محمود حسنين محمود:
  - العرف وأثره في الفقه الإسلامي، وقد نشر بمجلّة الشّريعة والقانون، التّابعة لكلّيّة الشّريعة والقانون، جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة، العدد: 05، ذو الحجّة، 1411هـ-1991م.
  - مفهوم العرف في الشّريعة الإسلاميّة، وقد نشر بمجلّة الشّريعة والقانون، التّابعة لكلّيّة الشّريعة والقانون، جامعة الإمارات العربيّة المتّحدة، العدد: 03، ذو الحجّة، 1409هـ-1989م.
- ميلود سرير، منزلة العرف في المذهب المالكي والحنفي، وهي رسالة ماجستير مقدّمة إلى المعهد العالي لأصول الدّين، الخرّوبة، الجزائر، السّنة الجامعيّة: 1995-1996م.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المحتويات

		الصفحة
مقدمة	.....	أ
الفصل الأوّل:	تعريف العرف وتمييزه عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه، وحاجة الفقيه إلى اعتباره.....	01
المبحث الأوّل:	تعريف العرف لغة واصطلاحا.....	03
المطلب الأوّل:	العرف في اللّغة.....	04
المطلب الثّاني:	التّعريف الاصطلاحي للعرف.....	06
المبحث الثّاني:	تمييز العرف عمّا يشتبه به، وبيان أقسامه.....	15
المطلب الأوّل:	تمييز العرف عمّا يشتبه به.....	16
الفرع الأوّل:	الفرق بين العرف والعادة.....	16
الفرع الثّاني:	الفرق بين العرف والإجماع.....	20
المطلب الثّاني:	أقسام العرف.....	22
الفرع الأوّل:	أقسام العرف باعتبار موضوعه.....	22
الفرع الثّاني:	أقسام العرف باعتبار شيوعه.....	24
الفرع الثّالث:	أقسام العرف باعتبار الشّارع له.....	27
المبحث الثّالث:	حاجة الفقيه إلى اعتبار العرف.....	29
المطلب الأوّل:	حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها، وحال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.....	30
الفرع الأوّل:	حاجة الفقيه إلى العرف في فهم نصوص الشّريعة نفسها.....	30
الفرع الثّاني:	حاجة الفقيه إلى العرف حال تعامله مع المدوّنات والكتب الفقهيّة.....	31
المطلب الثّاني:	حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع، ولمعرفة النّاس.....	36
الفرع الأوّل:	حاجة الفقيه إلى العرف لفهم الواقع وتنزيل الأحكام على الحوادث.....	36
الفرع الثّاني:	حاجة الفقيه إلى العرف لمعرفة النّاس.....	36
الفصل الثّاني:	حجّيّة العرف عند المالكيّة والإباضيّة، وأدلّة وشروط اعتباره.....	40
المبحث الأوّل:	نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به، وأدلّة ذلك..	42

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأوّل: نصوص علماء المالكيّة والإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به..... 43
الفرع الأوّل: نصوص علماء المالكيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به..... 43
الفرع الثّاني: نصوص علماء الإباضيّة في اعتبار العرف والاحتجاج به..... 45
المطلب الثّاني: أدلّة اعتبار العرف..... 47
الفرع الأوّل: أدلّة اعتبار العرف من الكتاب..... 47
الفرع الثّاني: أدلّة اعتبار العرف من السّنّة..... 51
الفرع الثّالث: أدلّة اعتبار العرف من المعقول..... 57
المبحث الثّاني: شروط اعتبار العرف..... 59
المطلب الأوّل: أن يكون العرف مطّردا أو غالبا، وقائما عند إنشاء التّصرّفات..... 60
الفرع الأوّل: أن يكون العرف مطّردا أو غالبا..... 60
الفرع الثّاني: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التّصرّفات قائما عند إنشائها..... 62
المطلب الثّاني: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه، وأن لا يكون فيه تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة..... 64
الفرع الأوّل: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه..... 64
الفرع الثّاني: أن لا يكون في العرف تعطيل لنصّ ثابت أو لأصل قطعي في الشّريعة..... 65
الفصل الثّالث: تطبيقات العرف عند المالكيّة والإباضيّة..... 71
المبحث الأوّل: تطبيقات العرف في العبادات..... 73
المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الطّهارة والصّلاة..... 74
المسألة الأولى: الموالاة في أفعال الوضوء..... 74
المسألة الثّانية: مدّة الحيض..... 75
المسألة الثّالثة: العمل المفسد للصلاة..... 77
المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الزّكاة والصّوم والحجّ..... 79
المسألة الأولى: صفة الشّاة المأخوذة في الزّكاة..... 79
المسألة الثّانية: المعتبر فيما يخرج في زكاة الفطر..... 80
المسألة الثّالثة: حكم صيام يوم الشّك..... 81
المسألة الرّابعة: الاستطاعة في الحجّ..... 82
المبحث الثّاني: تطبيقات العرف في الأيمان وأحكام الأسرة..... 85
المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في الأيمان والنّكاح..... 86
المسألة الأولى: ألفاظ اليمين..... 86

المسألة الثّانية: الوسط المطلوب في جنس الطّعام المخرج في كفّارة اليمين..... 89
المسألة الثّالثة: الألفاظ التي ينعقد بها النّكاح..... 90
المسألة الرّابعة: اختلاف الزّوجين في متاع البيت..... 91
المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في النّفقة والطّلاق والرّضاع..... 93
المسألة الأولى: تقدير نفقة الزّوجة..... 93
المسألة الثّانية: ألفاظ الطّلاق..... 94
المسألة الثّالثة: تقدير متعة المطلّقة..... 97
المسألة الرّابعة: حكم الرّضاع..... 98
المبحث الثّالث: تطبيقات العرف في المعاملات الماليّة..... 100
المطلب الأوّل: تطبيقات العرف في البيع..... 101
المسألة الأولى: بيع المعاطاة..... 101
المسألة الثّانية: العيوب المؤثّرة في عقد البيع..... 103
المسألة الثّالثة: ما يتناوله البيع..... 104
المسألة الرّابعة: بيع النّجس..... 105
المطلب الثّاني: تطبيقات العرف في الإجارة والقراض والوصيّة..... 108
المسألة الأولى: إجارة الظّئر..... 108
المسألة الثّانية: الإجارة على تعليم القرآن والأذان والصّلاة..... 109
المسألة الثّالثة: تضمين الأجير..... 110
المسألة الرّابعة: سفر المقارض بالمال..... 111
المسألة الخامسة: عمل المقارض..... 113
المسألة السّادسة: ألفاظ الوصيّة..... 113
خاتمة 115
ملخّصات 118
فهارس عامة 123
فهرس الآيات القرآنيّة..... 124
فهرس الأحاديث والآثار..... 128
فهرس الأعلام المترجم لهم..... 129
فهرس المصطلحات والكلمات الغريبة..... 132
فهرس المصادر والمراجع..... 134

فهرس المحتويات..... 148

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية