الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة العقيد أكلي محند اولحاج
-البويرة-
كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de ka recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj-Bouira-
TasdawitAkliMuhendUlhag -Tubirett-
Faculté des Sciences économique,
Commerciales et des Sciences de Gestion

قسم الشريعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

في الفقه المقارن وأصوله

تحت عنوان:

العرف وتطبيقاته في فقه العبادات عند المالكية

إعداد الطلبة:

- لرباس فاطيمة
- مرسي رانية

إشراف الأستاذ

مداح نور الدين

السنة الجامعية:2020/2019م

إهداء

أقدم هذا العمل إلى من رباني و علمني و أرشدني إلى من وهبني روحه وقلبه وجوارحه في سبيل تعليمي إلى من كان يأمل أن يراني حاملة أسمى الشهادات وأرقى الرتب

" والدي الغالي محمد"

إلى الينبوع الذي الذي لا يمل من العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها

"والدتي العزيزة نصيرة"

إلى القلوب الطاهرة الذين ساندوني طيلة مشواري الدراسي

"إخوتي و أخواتي"

إلى خطيبي " عمار" حفظه الله

إلى من سرنا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح و الإبداع

صديقاتيوزميلاتي وأخص بالذكر صديقتي في هذا العمل المتواضع

"رانيا"

وفي الأخير أرجو من الله عز وجل أن يجعل عملنا هذا منفعا يستفاد منه.

فاطيمة

إهداء

الحمد لله أولا على توفيقه لنا لإتمام هذا العمل المتواضع وما كنا لنبلغ هذا لولا فضله سبحانه وتعالى أهدي هذا العمل المتواضع ...

إلى من وصاني بهما ربي

والديّ الكريمين

إلى من تقاسمت معهم طفولتي

أخواتي زهروات النرجس

إلى زوجي الذي لم يبخل علي بالنصائح والتشجيعات

" بوسعيدي عبد الحكيم"

إلى من سعيت معها لإنجاز هذا البحث

"فاطيمة"

إلى كل إخواني وأخواتي في الله، أخص بالذك

موسوني أسماء وكرفاح رقية

إلى من تتلمذنا على أياديهم ومن أمدونا بنصائحهم وتوجيهاتهم،

أساتذتنا

إلى كل أفراد دفعتنا دون استثناء ،

إلى كل هؤلاء نهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

رانيا

شكر وتقدير

الأحق بالشكر هو الله عز وجل الذي أنعم علينا بنعمة العلم،
ويسر لنا إتمام هذا العمل المتواضع فالحمد لله رب العالمين.
لله الحمد كله و الشكر كله أن وفقنا وألهمنا الصبر على المشاق التي واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع.

والشكر موصول إلى كل معلم أفادنا بعلمه من أول المراحل الدراسية حتىهذه اللحظة، ونتقدم بالشكر والعرفان وبالغ امتنانالأستاذنا المشرف نور الدين مداح الذي لم يبخل علينا بالمعلومات و النصائح القيمة و مساعدته لنا طيلة إنجاز هذه المذكرة.

كما نشكر كل من مد لنا يد العون من القريب و البعيد، كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل أساتذة قسم الشريعة بجامعة البويرة، وإلى إدارات ورؤساء الأقسام بكلية الشريعة.

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن ندعو الله عز وجل أن يرزقنا السداد و الرشاد راجين أن نجد عنده القبول و النجاح.

بسم الله الرحمان الرحيم

الملخص

احتوى بحثنا على قسمين، قسم نظري والآخر تطبيقي بعد مقدمة، وتلاهم خاتمة جاء فيها أهم النتائج.

فبالنسبة للمقدمة فقد اشتملت على لمحة موجزة على موضوع البحث، مع بيان أهمية الموضوع والأهداف المرجوة من دراسته وأسباب اختياره، والدراسات السابقة مع بيان الإضافة التي ميزت بحثنا عنها، إضافة إلى إشكالية البحث، والمنهج والخطة المعتمدين في انجازه.

وبالنسبة للقسم النظري فقد اشتمل على تعريف العرف والعادة مع توضيح العلاقة بينهما، كما اشتمل على بيان أقسام العرف وقواعده وشروطه وحجيته.

وأما بالنسبة للقسم التطبيقي وهو الهدف الرئيسي الذي سعينا جاهدين من أجله، والذي من خلاله يبرز القسم النظري للعرف وذلك بإسقاط العرف على الواقع، وقد اشتمل على باب العبادات من طهارة وصلاة وزكاة وصوم وحج إضافة إلى الأيمان والنذور، والتي قمنا باستخراج ما ورد فيها من مسائل مبنية على العرف عند المالكية.

وبعد كل ماسبق أوردنا خاتمة ذكرنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، تفرد بالربوبية، وبالوحدانية، له الملك، وله الحمد، يحي ويميت، بيده الخير وهو على كل شيء قدير ،ونصلي ونسلم على من بعثه الله رحمة للعالمين، المصطفى الأمين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه والذين اتبعوه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

لقد أنعم الله عز وجل على هذه الأمة بنعم كثيرة، ومنها أن منّ عليها بشريعة أصيلة سامية، ترعى مصالحها في مختلف عصورها وأزمنتها، تتسم بالشمول والمرونة والوضوح، قادرة على إعطاء الأحكام للمسائل الفقهية في كل نواحي الحياة المتطورة والمتجددة مهما تشابكت واختلفت، فنظمت حياة البشرية جمعاء لتتميز عن غيرها من المجتمعات الغابية، لذلك اعتبرت الشريعة الإسلامية أن لتغير الأحوال والأوضاع المكانية والزمانية تأثير كبير في تغير الأحكام الشرعية الفقهية الاجتهادية ، فتختلف هذه الأحكام باختلاف الناس وأعرافهم وعاداتهم، وبذلك أصبح العرف قوة ملزمة وله سلطان على النفس، والمستقرئ لكتب الفقهاء يجد أنهم جعلوا العرف والعادة مرجعا لإعطاء الحكم الشرعي في كثير من المسائل الفقهية وفي جميع الأبواب حتى في باب العبادات التي يتوهم البعض أنه لا مدخل للعرف فيها لأنها توقيفية، إلا أنها تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، حتى أنها تختلف داخل المذهب الواحد، فنجد أن فقهاء المالكية قد أعملوا العرف وجعلوه مرجعا في استنباط الأحكام الشرعية في باب العبادات من طهارة وصلاة وصوم وزكاة وحج إضافة إلى الأيمان والنذور، وهو موضوع بحثنا الذي حاولنا من خلاله بيان مدى اعتبارهم له في هذا الباب .

أولا: أهمية الموضوع

تبرز أهمية موضوعنا في النقاط الآتية:

_أهمية العرف في حياة الناس وابتناء الكثير من الأحكام الفقهية عليه.

_ كون العرف أصلا من أصول الإستنباط وبالأخص عند الإمام مالك، إضافة إلى الدور المهم له في ميادين الحياة العامة وخاصة في أمور العبادات.

_ كونه موضوع تجتمع فيه دعائم الفقه الثلاثة: أصول الفقه وقواعده وفروع مسائله.

ثانيا: أهداف الموضوع:

_بيان حقيقة العرف كأصل من أصول الفقه .

_بيان أثر العرف في العبادات عند المالكية ومدى اعتبارهم له .

_محاولة سد الفراغ الحاصل في تناول الجانب التطبيقي للعرف في العبادات عند المالكية من خلال تتبع المسائل الفقهية الفرعية في كتب المالكية التي كان للعرف أثر فيها.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

_الميول الذاتي والرغبة في معرفة ما يدور في الموضوع من مسائل في العبادات عند المالكية التي اقتضتها العادة والعرف، سيما أن الموضوع اقترح من طرف الأستاذ الفاضل مداح نور الدين المشرف على هذه المذكرة.

_رغبتنا في زيادة التعمق في الفقه المالكي من جهة ومن جهة أخرى رغبتنا في خدمة هذا المذهب كونه السائد في بلدنا، وأما سبب اختيارنا لباب العبادات دون الأبواب الأخرى فإنما يرجع إلى كون هذا الموضوع لم يلقى حظه الكافي من الدراسة.

_رغبتنا في كتابة موضوع يجتمع فيه علم أصول الفقه وقواعده وفروع مسائله.

رابعا: الدراسات السابقة

بعد اطلاعنا على مراجع تناولت موضوع العرف، لم نجد بحثا في نفس موضوعنا، إلا أننا اعتمدنا في إنجاز هذه المذكرة على بحوث لها علاقة بموضوعها، ولعل أهمها مايلي:

_أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور صالح عوض، وهي مذكرة دكتوراه بالأزهر نوقشت سنة 1981م و طبعت بدار الكتاب الجامعي بالقاهرة.

_العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنة، وهي رسالة حصل به واضعها على الشهادة العالمية من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر، وهي أول رسالة نوقشت في قسم الأستاذية سنة 1947، طبعت بمطبعة الأزهر سنة 1949م.

_المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم بدمشق سنة 2004م.

_العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء الغرب للدكتور عمر بن عبد الكريم الجيدي، وهي رسالة دكتوراه بدار الحديث الحسينية بالمغرب، نشر اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث الإسلامي سنة 1418هـ.

_العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للدكتور عادل بن عبد القادر محمد ولي قوتة، وهي رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، نوقشت سنة 1415هـ، نشر المكتبة المكية سنة 1418هـ.

_المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية لمشعل بن حمود بن فالح النفيعي، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه نوقشت سنة 1436هـ.

_العرف وأثره في الأحكام الفقهية (فقه العبادات في المذهب الحنبلي) دراسة تأصيلية تطبيقية، لأحمد يوسف ابراهيم المزروعي، وزارة الأوقاف الكويتية.

_إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، لمحمد عبد الله بن تمين.

_أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، وهي مذكرة ماجيستير في الفقه المقارن وأصوله، نشرت سنة 2003م بالمملكة العربية السعودية.

_أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة، نماذج مختارة، لسهيلة داهش.

_ العرف وتطبيقاته المعاصرة للدكتور سعود بن عبد الله الورقي.

وملاحظاتنا على هذه الدراسات وما يتعلق بموضوع بحثنا نلخصه في النقاط الآتية:

_ أن الإهتمام في بعضها كان متجها نحو الناحية الأصولية النظرية أما الناحية التطبيقية فكانت أمر ثانوي، أمالا بالنسبة لبحثنا فقد اهتم بالجانبين معا.

_أن الإهتمام بالناحية التطبيقية للعرف فيها كان متوزعا على موضوعات الفقه جميعا دون خصوص موضوع بعينه ، أما بحثنا فكان خاصا بفقه العبادات.

_أن دراسة موضوع العرف في بعضها كان في عموم المذاهب الفقهية دون خصوص مذهب بعينه، وفي البعض الآخر خاص بالمذهب الحنبلي، أما بحثنا فكان خاصا بالمذهب المالكي.

خامسا: إشكالية البحث

لدراسة موضوعنا نطرح الإشكالية التالية:

ما حقيقة العرف؟ وما مدى اعتبار المالكية له في فقه العبادات؟

ويترتب على على هذه الإشكالية عدة تساؤلات منهما:

_مامعنى العرف والعادة ؟ وما الفرق بينهما؟

_ماهي أقسام العرف وقواعدة وشروطه وحجيته؟

_مامدى تأثير العرف في مسائل الطهارة والصلاة والزكاة والصوم والحج والأيمان والنذور؟

سادسا: منهج البحث

_اتبعنا في دراسة موضوعنا على المنهج التحليلي، فقمنا بتقسيم وتجزئة المشكلات البحث إلى عناصر أولية لتسهيل عملية الدراسة لمعرفة محتوى كل جزء

الإستقرائي _كتابة الآيات بالرسم العثماني برواية ورش وكتابتها بين الرمزين بالشكل الآتي «....» مع ذكر اسم السورة ورقم الآية في الهامش بالطريقة الآتية: اسم السورة، رقم الآية .

_جعلنا الأحاديث النبوية بين الرمزين بالشكل الآتي"..." مع تخريجها في الهامش بالطريقة الآتية: ذكر صاحب المصنف الحديثي، عنوان المصنف، الكتاب والباب إن وجدا، رقم الحديث، الصفحة.

_توثيق المعاني اللغوية من كتب اللغة والمعاني الاصطلاحية من مصادرها ومراجعها المناسبة.

_ توثيق المعلومات في المتن بالهامش بالطريقة الآتية: ذكر اسم المؤلف، اسم الكتاب،المحقق إن وجد، دار ومكان النشر إن وجدا، تاريخ النشر إن وجد، رقم الطبعة مع سنة الطبع إن وجدا، رقم الجزء إن وجد، وأخيرا رقم الصفحة، وذلك عند التوثيق لأول مرةعند أول ذكر، وبعد ذلك اكتفينا بذكر اسم ولقب المؤلف، مرجع سابق مع رقم الصفحة وإضافة الجزء عند استعمالنا لأكثر من جزء.

_عند استعمال مرجع في موضعين متتاليين في نفس الصفحة إن كان الاستعمال لأول مرة اكتفينا بإيراد عبارة المرجع نفسه مع رقم الصفحة.

_اعتمدنا رموزا معينة لإفادة المعاني الآتية:

ط: الطبعة

ج: الجزء

ص: الصفحة

تح: تحقيق

هـ: هجري

م: ميلادي

كم: كيلو متر

سابعا: صعوبات البحث

أهم عقبة واجهتنا في هذا البحث هي مشكلة الحصول على مصادر متخصصة بهذا الموضوع ، إضافة إلى ندرة المادة العلمية من الناحيثة التطبيقية التي لم نتمكن من الإحاطة بجميعها لكثرتها ولصعوبة الحصول عليها نتيجة لغلق المكتبات بسبب الوضع الصحي الحالي الذي يعيشه العالم جراء انتشار فيروس كورونا.

خطة البحث:

قمنا بإنجاز هذا البحث وفق الخطة الآتية:

مقدمة:

الفصل الأول: حقيقة العرف وحجيته.

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة والعلاقة بينهما.

المبحث الثاني: أقسام العرف.

المبحث الثالث: شروط العرف.

المبحث الرابع: قواعد العرف.

المبحث الخامس: حجية العرف.

الفصل الثاني: تطبيقات المالكية للعرف في العبادات.

المبحث الأول: تطبيقاته في الطهارة والصلاة.

المبحث الثاني: تطبيقاته في الزكاة.

المبحث الثالث: تطبيقاته في الصوم.

المبحث الرابع: تطبيقاته في الحج.

المبحث الخامس: تطبيقاته في الأيمان والنذور.

الخاتمة

الفصل الأول:

مفهوم العرف وحجيته

المبحث الأول: تعريف العرف و العادة و العلاقة بينهما

المطلب الأول: تعريف العرف:

أولا: تعرف العرف لغة:

العين و الراء و الفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متّصلا بعضه ببعض، و الآخر على السكون و الطمأنينة، فالأول العرف: عُرف الفرس و سمّي بذلك لتتابع الشعر عليه، و الأصل الآخر: المعرفة و العرفان تقول: عَرَف فلان فلانا عرفانًا و معرفة، و هذا أمر معروف، و هذا يدل على سكونه إليه.[1]

جاء في لسان العرب العرف العارفة والمعروف واحد: ضد النّكر، و هو كل ما تعرفه النفس من الخير و تطمئن إليه.[2]

وجاء بمعنى المعروف أي: الخير و الرّفق و الإحسان.[3]

فالمعنى اللغوي للعرف ينحصر بين التتابع وما تسكن إليه النّفس والطمأنينة.[4]

ثانيا: تعريف العرف اصطلاحا:

لم يختلف التعريف الاصطلاحي للعرف عن المعنى اللّغوي بل جاء موافقا له، فهو يرتكز عمّا تطمئن إليه النّفوس وترتاح للأخذ به، و قد اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفهم للعرف، و في مقدمتها يأتي تعريف حافظ الدين النّسفي[5] لكونه من أقدم من وقف له على حدّ اصطلاحي للعرف لتتابع كثير من العلماء و الباحثين على نقل هذا التعريف منهم أبو سنة

[1] ابن فاس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ج:4، مادة عرف، ص281.

[2] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، المجلد التاسع، ص239.

[3] أحمد بن علي الفيّومي، المصباح المنير، بيروت، مكتبة لبنان،سنة 1987م، ص154.

[4] ابن فاس، المرجع نفسه، ص281.

[5] هو أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد بن لقمان النسفي من أهل سمرقند، وهو مصنف تاريخها الملقب بالقند ونظم الجامع الصغير وكان صاحب فنون ، وألف في الحديث و التفسير وله نحو مائة مصنف.(أنضر الأعلام ، خير الدين محمود بن محمد الزركلي ، دار العلم للملايين، ط:15،سنة 2002، ج:20، ص126).

وصالح عوض،[1] فقد عرفه بأنه:(ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول و تلقّته الطباع السليمة بالقبول).[2]

شرح محترزات التعريف:

- ❖ لفظا: "ما" عام يشمل القول و الفعل.
- ❖ و قوله: " ما استقر في النّفوس" يخرج عنه ما حصل عن طريق الندرة و لم يعتده النّاس فإنه لا يعدّ عرفا.

و قوله: " من جهة العقول" يخرج به ما استقر في النّفوس من جهة الأهواء و الشهوات.

و قوله: " تلقته الطباع السليمة بالقبول" يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه نُكر لا عرف.[3]

قال أبو سنة في شرحه لهذا التعريف :(أي هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس و عرفته و تحقق في قراراتها و ألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل و لم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، و إنما يحصل استقرار الشيء في النّفوس و قبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل و الرّغبة).[4]

و عرفه ابن عطية[5] فقال: (إن معنى العرف كل ما عرفته النفوس مما لم تردّه الشريعة).[6]

---

[1] عادل بن عبد القادر ولي قوته، العرف حجيته و أثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكية، السعودية، ط:1 سنة 1418هـ-1998م، ج:1، ص96.

[2] حافظ الدين النسفي، كشف الأسرار شرح المضنف على المنار، دار الكتب العلمية، لبنان، ج:2، ص593.

[3] أبو سنة، العرف و العادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر سنة 1947، ص8.

[4] المرجع نفسه،ص8.

[5] هو أبو بكر عبد الله بن طلحة أحمد بن عبد الرحمان بن عطية المغاربي الغرناطي، كان معدود في فقهاء بلده صدرا في أهل القرى، أجاز له أبو بكر بن العربي وأبو الحسن شريح، ولد سنة 511ه وتوفي سنة595ه، (أنظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف،1424ه-2003م،ص213).

[6] ابن النجار، شرح الكواكب المنير، تح:محمد الزحيلي و الدكتور حماد، مكتبة العبيكان، السعودية سنة 1413هـ-1993م، ج:4، ص449.

و عرفه عبد الوهاب خلاف بأنه: (ما يتعارفه الناس و يسيرون عليه غالبا من قول أو فعل).[1]

و قد وضع مصطفى أحمد الزرقا تعريف للعرف مستوحى من عدة تعريفات للفقهاء، فقال بأن العرف هو: (عادة جمهور قوم في قول أو عمل).[2]

وقد نوقشت كل هذه التعاريف السابقة بأنها غير جامعة، و فيها نوع من الغموض و الإبهام.

و التعريف الذي اطمأنت إليه نفوسنا، و ترجح عندنا بما يوافق موضوع بحثناهو :

العرف هو(ما يتعارفه أكثر النّاس، و يجري بينهم من وسائل التعبير و أساليب الخطاب و الكلام، و ما يتواضعون عليه من الأعمال و يعتادونه من شؤون العبادات، مما لم يوجد في نفيه و لا إثباته دليل شرعي).[3]

المطلب الثاني: تعريف العادة.

أولا: تعريف العادة لغة:

جاء في معجم مقاييس اللّغة عود، العين و الواو والدال أصلان صحيحان، يدلّ أحدهما على تثنية في الأمر، و الآخر جنس من الخشب، فالأول العَوَد: قال الخليل[4]: هو تثنية الأمر عودًا بعد بدء، تقول: بدأ ثم عاد، و العادة: الدّربة و التمادي في الشيء حتى يصير له سجية، و يقال للمواظب على الشيء معاود.[5]

---

[1] عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1954، ص124.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط:2، سنة 1425هـ-2004م، ج:1، ص141.

[3] عبد الكريم النملة، الشامل في أصول الفقه، مكتبة الرّشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط:1، سنة 1430هـ-2009م، المجلد 3، ص792.

[4] هو الخليل بن أحمد أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد بن عمر بن تين الفراهيدي ، إمام في علم النحو، مستنبط علم العروض، من مؤلفاته العروض والشواهد والنقط والشكل،(أنظر أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، المجلد2،ص248).

[5] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، المجلد 3، ص317.

فالعادة من التعوّد على الشيء، و عوده الشيء، جعله يعتاده، و المُعاودُ: المواظب، و هو منه.[1]

1. ثانيا: تعريف العادة اصطلاحا:

عرفت العادة بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي:

- ❖ عرف الجرجاني[2] العادة بأنها: (ما استمر الناس عليه على حكم العقول و عادوا إليه مرّة بعد أخرى).[3]
- ❖ عرفها الإمام النسفي بأنها:(ما استمرّوا عليه و عادوا إليه مرّة بعد أخرى).[4]
- ❖ عرفها ابن فرحون[5] في التبصرة:(العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها)[6].
- ❖ عرفها ابن عابدين[7] بأنها:(ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة، المعقولة عند الطباع السليمة).[8]

المطلب الثالث: العلاقة بين العرف و العادة:

اختلف العلماء في نوع العلاقة بين العرف و العادة إلى ثلاث اتجاهات منهم من ذهب إلى أنّهما بمعنى واحد، و ذهب آخرون إلى التفرقة بينهما، فمنهم من ذهب إلى أن العرف أعم من العادة، و منهم من ذهب إلى أن العادة أعمّ منه، هذا ما سنبينه فيما يلي:

الإتجاه الأول: أن العادة و العرف لفظان مترادفان:

---

[1] ابن فاس، مرجع سابق، ص181.

[2] هو أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمان بن محمد الجرجاني، فارسي الأصل، شافعي المذهب، تتلمذ على أبي الحسين بن عبد الوارث، من تأليفاته دلائل الإعجاز، وولد في جرجان وتوفي فيها سنة471ه، -(أنظر الأعلام للزركلي، ج:5، ص7).

[3] الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمّد صدّيق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، ص125.

[4] حافظ الدين النسفي، مرجع سابق، ص593.

[5] هو أبو اليمن محمد بن برهان الدين بن فرحون المدني،الإمام العمدة، من بيت علم وفضل، أخذ عن والده وعن أحمد بن هلال الربعي والثمر البساطي، ألف المسائل الملقوطة،(أنظر شجرة النور الزكية ص344).

[6] ابن فرحون، تبصرة الأحكام في أصول الأقضية و المنهاج، دار عالم الكتب، الرياض، ط خ سنة 1423هـ-2003م، ج2، ص68.

[7] هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، من تأليفاته كتاب رد المحتار على الدر المختار وكتاب الرحيق المختوم في الفرائض، ولد بدمشق وتوفي فيها سنة 1252ه، (أنظر الأعلام للزركلي، ج:7، ص75).

[8] رسائل ابن عابدين، ج2، ص114.

و هذا بمعنى أن العلاقة بينهما من قبيل المترادف اللّفظي[1]، أي لا فرق بينهما و أنّهما بمعنى واحد.

ذهب إلى هذا الإتجاه جملة من العلماء منهم الإمام النسفي والإمام الجرجاني و ابن عابدينو السيد صالح عوض وغيرهم[2]، و هذا رأي جمهور المالكية[3]منهم ابن العربي[4] والقرافي،[5] و قد سار على نهجهم في عدم التفريق بعض المعاصرين حيث قالوا: "العرف: هو ما تعارف النّاس و ساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، و يسمى العادة، و في لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة.[6]

الإتجاه الثاني: أن العرف أعم من العادة

فالعرف أعم لأنه يكون قوليا وعمليا ، بينما العادة لا تكون إلا عرفا عمليا، وعلى هذا تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، والعرف هو الأعم، فكل عادة عرف وليس كل عرف عادة.

ذهب إلى هذا الإتجاه المحقق ابن الهمام[7] والفخر الرازي[8] والفقيه الشيخ أحمد الزرقا.[9]

الإتجاه الثالث: أن العادة أعم من العرف

---

[1] مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، المسائل الفقهية المبنية على العرف عن شيخ الإسلام ابن تيمية، مذكرة دكتوراه،جامعة أم القرى، ص75.

[2] المرجع نفسه،ص75.

[3] فاديغا موسى، أصل فقه الامام مالك أدلته العقلية، ط:1 سنة1468هـ-2007م، دار التدمرية ، الرياض، المجلد2، ص491.

[4]هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله محمد المعروف بابن العربي الإشبيلي، خاتمة علماء الأندلس، من تأليفاته كتاب القبس في شرح موطأ مالك وكتاب أحكام القرآن، و468ه وتوفي سنة 543ه،(أنظر شجرة النور الزكية ص200).

[5]هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمان، إنتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله، كان بارعا في الفقه والأصول والعلوم العقلية، أخذ كثير من علومه عن العز بن عبد السلام ، من تأليفاته كتاب الذخيرة وكتاب الفروق، توفي في جمادى الآخرة سنة684،(أنظر دباج المذهب لابن فرحون ، ج: 1 ص239).

[6]سعود بن عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، ص9.

[7]محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي كمال الدين المعروف بابن الهمام، متكلم حنفي، من تأليفاته كتالب المسايرة في العقائد المنجية في الآخرة وكتاب القدير في شرح الهداية، (أنظر الأعلام لخير الدين الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، ط:15 سنة 2002، ج:2،ص255)

[8]هو أبو عبد الله فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين القرشي الشافعي الرازي، يقال له ابن خطيب الري، كان إماما مفسرا ووحيد زمانه في المعقول والمنقول وعلوم الأوائل، من تأليفاته كتاب التفسير الكبير وكتاب نهاية العقول في أصول الدين، (أنظر سير أعلام النبلاء، ج21، ص500).

[9]مشعل بن محمود بن فالح النفيعي، مرجع سابق، ص75.

فالعادة أعم حيث تطلق على العادة الجماعية وعلى العادة الفردية، أما العرف فلا يكون إلا من الجماعة، وعلى هذا تكون النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، والعادة هي الأعم، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرف.

ذهب إلى هذا الإتجاه ابن تيمية واختاره الشيخ أبو سنة والشيخ مصطفى الزرقا والدكتور يعقوب الباحسين، والدكتور وهبة الزحيلي.[1]

المبحث الثاني: أقسام العرف

قسم العلماء العرف إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، فينقسم باعتبار من يصدر عنه إلى عرف عام و عرف خاص و عرف شرعي، و ينقسم باعتبار سببه إلى عرف قولي و عرف فعلي وينقسم باعتبار حكمه إلى عرف صحيح و عرف فاسد ،و ينقسم باعتبار ثبوته و استقراره إلى عرف ثابت و عرف متبدّل.

المطلب الأول: تقسم العرف باعتبار من يصدر عنه.

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: العرف العام و العرف الخاص و العرف الشرعي.

أولا: العرف العام

وهو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان في وقت من الأوقات[2]، أو هو ما تعارفه الناس في كل البلاد في عصر من العصور قديما كان أو حديثا[3] في أمر من الأمور،والمراد بعامة الناس غالبهم وأكثرهم،وفي أمر من الأمور يشمل ما إذا كان قوليا أو فعليا[4]، يقول أبو زهرة:(العرف العام هو العرف الذي يسود في كل الأمصار من غير نظر إلى القرون

[1] مشعل بن محمود بن فالح النفيعي، مرجع سابق، ص76.

[2] وهبية الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط1، سنة 1406هـ-1986م، ج2، ص829.

[3] أبو سنة، مرجع سابق، ص19.

[4] باسم عبد الله عبيد، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دراسة تأصيلية، ص667.

الغابرة)،[1] و مثاله تعارفهم عقد الاستصناع في أحذية و ألبسة، و نحو ذلك،[2] و كاستعمال لفظ الحرام بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزّواج، و دخول الحمامات من غير تقديم مدة المكث فيها[3]

ثانيا: العرف الخاص:

وهو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس ،[4] فهو مالم يتعارفه أهل البلاد جميعا[5]، فيكون تعارفه مخصوصا ببلد أو مكان دون أخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى[6]، و هذا العرف متجدد، متنوع، و صوره كثيرة لا تقف عند حد، ذلك لأن مصالح الناس و الطرق الموصلة إلى تحقيقها و حوائجهم متجددة أبدا[7]، فيسود في كل بلد من البلدان، أو إقليم من الأقاليم، أو طائفة من الناس، كعرف التجارة أو عرف الزرّاع[8]، مثل جعل دفائر التجار حجة في إثبات الديون،[9] وكإطلاق لفظ الدابة على الفرس عند أهل العراق بينما ذلك يختلف في مصر.[10]

ثالثا: العرف الشرعي

وهو العرف الذي استعمله الشارع مريدا منه معنى خاصا[11]، خلاف معناه الموضوع له لغة[12]، و يسمى بالمنقولات الشرعية[13]،مثل "الصلاة" فإنها في الأصل الدعاء، و لكن

---

[1] أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص274.

[2] عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض ط1، سنة 1420هـ-1999م، المجلد3، ص1020.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 829.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص380.

[5] أبو سنة، المرجع نفسه، ص20.

[6] مصطفى الرزقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2 ، سنة 1425هـ-2004م، ج1، ص878.

[7] باسم عبد الله عبيد، مرجع سابق، ص24.

[8] أبو زهرة، مرجع سابق، ص274.

[9] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص830.

[10] عبد الكريم النملة، المهذب، مرجع سابق، ص1021.

[11] نفس المرجع، ص 1021.

[12] محمد حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، ص118.

[13] سعود عبد الله الورقي، العرف و تطبيقاته المعاصرة، ص118.

الشارع أراد بها شيئا مخصوصا[1]، و هو: تلك الأفعال المكونة من القيام و الرّكوع و السّجود.[2] المشتملة على قراءة و تسبيحات و تكبيرات، المفتتحة بالتكبير و المختتمة بالتسليم[3]، و الحج نقل من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة، و كذالك الزكاة و الصوم.

و الواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص، إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه و التنويه به.[4]

المطلب الثاني: تقسيم العرف باعتبار سببه:

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى قسمين: عرف قولي و عرف فعلي

أولا: العرف القولي

وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ و التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينه و لا علاقة عقلية[5]، و عرفه أبو سنة بأنه اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا انصرف إليه من غير قرينه[6]، مثل لفظ الدّابة، فإنه في اللغة يطلق على كل ما يدب على الأرض، و قد خصصه بعضهم بالفرس وبعضهم بالحمار[7].

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللّغة الخاصّة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرف، بل هو من قبيل المجاز.[8]

---

[1] عبد الكريم النملة، المهذب، مرجع سابق، ص 1021.

[2] عبد الكريم النملة، الشامل، مرجع سابق، ص294.

[3] عبد الكريم النملة، الشامل، مرجع سابق، ص294.

[4] أبو سنة، مرجع سابق، ص20.

[5] مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص875.

[6] أبو سنة، مرجع سابق، ص19.

[7] عبد الكريم النملة، المهذب، مرجع سابق، ص1021.

[8] مصطفى الرزقا، مرجع سابق، ص876.

ثانيا: العرف الفعلي

ويطلق عليه أيضا العرف العملي، و هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المالية،[1] و عرفه أبو سنة بأنه ما جرى عليه العمل سواء كان ذلك عاما أو خاصا، فسبب العرف الفعلي هو التعامل[2]، مثل بيع المعاطاة– و هو: أن يقول أعطني بهذا الدينار خبرا فيعطيه مايرضيه – فهذا بيع صحيح ثبت عن طريق العرف[3]، و إن لم تتوفر فيه شروط البيع، و لذا: تعارفهم على أن الشّخص يدخل المطعم و يطلب ما يشاء من الأطعمة الموجودة فيدفع هذا الشخص ثمن ما يطلبه منه صاحب المطعم، و لو لم يعلم هذا الثمن المطلوب من قبل و لم يشترطا عليه.[4]

المطلب الثالث: تقسيم العرف باعتبار حكمه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى قسمين: عرف صحيح و عرف فاسد.

أولا: العرف الصحيح

وهو ما تعارفه النّاس دون أن يحرّم حلالا[5] أو يحل حراماً، أي دون أن يخالف نص شرعي و لا الإجماع، أو لا يفوت المصلحة و لا يجلب المفسدة[6]، و لم يدل دليل من الشارع على فساده[7]، فالعرف الصحيح هو العرف الذي تحققت فيه شروط اعتباره شرعا – و التي سيأتي ذكرها في المبحث الموالي – ممّا يجعله موافقا لقواعد الشريعة و نصوصها،[8] وقد يكون شهد له دليل الشرع بالاعتبار، و مثال ذلك وجوب النفقة و الكسوة على قدر حال

[1] المرجع نفسه، ص875.

[2] أبو سنة، مرجع سابق، ص 19.

[3] عبد الكريم النملة، المهذب، ص19.

[4] عبد الكريم النملة، الشامل، مرجع سابق، ص295.

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص380.

[6] سعود بن عبد الله الورقي، العرف و تطبيقاته المعاصرة، ص13.

[7] عبد الكريم النملة، الشامل، مرجع سابق، ص296.

[8] باسم عبد الله عبيد، مرجع سابق، ص667.

الناس، و قد يكون مما لم يشهد له الشّرع، لكن لم يفوّت مصلحة و لم يجلب مفسدة، و محال ذلك ما عرف عند يعض الناس من تقسيم المهر إلى مؤجل و معجّل.[1]

ثانيا: العرف الفاسد

العرف الفاسد هو ما تعارفه النّاس و لكنه يحرّم حلالا أو يحلّ حراما[2]، فهذا العرف يكون مخالفا لنص الشارع[3]،ورد ما ينفيه و يبطله[4]، و من أمثلته تعارفهم أكل الربا، و التعامل مع المصاريف بالفائدة، و اختلاط النساء و الرّجال في الحفلات و الأندية العامة، و تقديم المكسرات في الضيافة و الرّقص في الأفراح، و ترك الصلاة في الاحتفالات العامة[5]، و كذلك يعتبر العرف فاسدا إذا تخلّفت إحدى شرائط اعتباره[6] التي سيأتي بيانها في المبحث الموالي.

المطلب الرابع: تقسيم العرف باعتبار ثبوته و استقراره:

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف ثابت و عرف متيدّل.

أولا: العرف الثابت

العرف الثابت هو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان و الأماكن و الأشخاص و الأحوال، لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان و فطرته، كشهوة الطعام و الشراب، و الحزن و الفرح[7]، و ميل الإنسان إلى ما يلائمه، و نفوره عمّا لا يلائمه، و إن كانت أسبابا لمسببات حكم بها الشارع فلا اشكل في اعتبارها و بناء الأحكام عليها، و لو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعا لما رتب الشارع عليها أحكاما شرعية تتعلق بها.[8]

---

[1] سعود بن عبد الله الورقي، مرجع سابق، ص13.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص830.

[3] مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، محاضرات ألقاها عبد الوهاب خلاف، دار الكتاب العربي، مصر، ص162.

[4] عبد الكريم النملة الشامل، مرجع سابق، ص296.

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص380

[6] باسم عبد الله عبيد، مرجع سابق، ص667.

[7] الموسوعة الفقهية إصدار وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت، دار الصفوة، ط1 سنة 1414هـ-1994م،ج30، عَدْل، عمَّة، ص56 – و صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي،القاهرة، ص96.

[8] صالح عوض، نفس المرجع،ص96.

ثانيا: العرف المتبدل

العرف المتبدل هو الذي يختلف باختلاف الأزمان و البيئات و الأحوال، و هو أنواع منه ما يعود إلى اعتبار البقاع و البيئات من حُسن الشيء أو قُبحه، فيكون في مكان حسنا، و في مكان أخر قبيحا، مثل كشف الرأس، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد الشرقية، و غير قبيح في البلاد المغربية،[1]، و منه ما يعود إلى العرف القولي فيختلف باختلاف الألفاظ التي يعبر بها الناس عما يريدون قوله أو فعله، و ذلك يختلف باختلاف الأمم كالعرب و غيرهم، و منه ما يعود إلى العرف الفعلي و هو ما يختلف باختلاف الأفعال و المعاملات، و منه ما يعود إلى أمور خارجية عن إرادة المكلف كاختلاف الإقطار حرارة و برودة، و أثر ذلك في الأقطار الحارة وبطئه في البلاد الأقل حرارة، أو البلاد الباردة، و كذلك مدة الحيض و معاودته يرجع فيه إلى عادات النّاس في ذلك البلد.[2]

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية، نفس المرجع، ص57.

[2] صالح عوض، مرجع سابق، ص99.

المبحث الثالث: شروط و قواعد العرف

اشترط العلماء في العرف لكي يكون معتبرا و يعتمد عليه عند استنباط الأحكام الشرعية شروطا لا بد من توافرها فيه بحيث لو تخلف أو اختل منها شرط لم يصح تحكيمه و الإعتداد به، فالعرف المعتبر هو العرف الذي توافرت فيه الشروط التالية:[1]

- أن يكون مطردا أو غالبا.
- أن يكون عاما
- ألا يكون مخالفا لنص شرعي.
- أن يكون قائما عند إنشاء التصرّف.
- ألا يعارض تصريحا بخلافه.
- أن يكون ملزما.

و فيما يلي شرحا مختصرا لهذه الشروط.

أولا:أن يكون العرف مطّردا أو غالبا.

العرف المطّرد هو أن يكون العمل به مستمرا في جميع الحوادث لا يتخلف،[2]و بمعنى آخر أن يكون العمل به جاريا بين متعارفيه في جميع الحوادث، و لذلك قالوا: إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت،[3]و معنى الغلبة أن يكون العرف شائعا بين أهله في أكثر الحوادث، لأن تقرُّر العرف بين النّاس و تمكّنه في نفوسهم إنّما يتم بالغلبة و الاطّراد ،ولأنّهما قرينة إرادة

[1] صالح عوض، مرجع سابق ،ص225.
[2] مشعل بن حمود بن فالح النّفيعي، مرجع سابق،ص105.
[3] عمر عبد الكريم الجيدي، العرف و العمل في المذهب المالكي، و مفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة،المحمدية (المغرب)،ص104.

الأمر الذي وجدا فيه من تصرف المتكلم قولا أو فعلا،[1] فإذا كان كذلك جرى به العمل حينئذ و اعترف به شرعا، و قد صرّح الفقهاء باعتبار هذا الشرط لاعتبار العوائد المنتشرة بين النّاس[2]، و الغلبة و الاطّراد إنّما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف لا في الكتب الفقهية لاحتمال تغيّرها.[3]

و على هذا الأساس –الاطّراد و الغلبة– ذهب الفقهاء في البيع إلى أنّه لو باع شخص بنقود و الحال أنّه في بلد اختلف فيه النقد، انصرف البيع إلى الأغلب، لأنّ الأغلب هنا هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه و يلغى في هذه الحالة العرف المشترك و لا يعمل به، و لا يبنى عليه حكم، و كذلك لو غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح.[4]

ثانيا: أن يكون العرف عاما.

والمراد بهذا الشرط أن العرف القاضي على الأدلة العامة بتخصيصها أو تقييدها يشترط فيه أن يكون عاما، لأنه حينئذ يكون كالإجماع العملي، أما في غير ذلك فيعتد بالعرف الخاص ويعمل بمقتضاه كما يعتد بالعرف العام[5].

وعموم العرف غير اطراده, لأن العرف قد يكون عاما ولكن العمل به لا يكون مستمرا في جميع الحوادث فلا يكون مطردا, و كذلك العرف قد يكون خاصا بطائفة أو مهنة أو أهل بلد

[1] مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، المرجعنفسه، ص150.
[2] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة،المملكة العربية السعودية سنة 1423ه-2003م، ص96.
[3] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص256.
[4] عمر عبد الكريم الجيدي، المرجع نفسه، ص 104.
[5] عبد العزيز بن عبد الرحمان المشعل، مرجع سابق، ص22.

خاص, وقد يكون غير مطرد بالمعنى المذكور، فالعام قد يكون غير مطرد والمطرد قد يكون غير عام[1].

وتجدر الإشارة أن هذا الشرط غير متفق عليه[2].

ثالثا: ألا يكون العرف مخالفا لنص شرعي.

يعتبر هذا الشرط ضروريا و أساسيا إذ العرف لا يقوى قوة النّص[3]، و ذلك بأن يكون عرفا صحيحا، فإن كان مخالفا فلا عبرة به بلا خلاف[4]، و هذا رأي غالب الفقهاء عموما، فالمبدأ العام أنّه مهما ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي قطعي الورود في الشريعة، لم يكن للعرف اعتبار، إذ النّص الشرعي مقدّم على العرف، غير أنّه يستثني من ذلك النّص الذي ورد معلّلا بالعرف و مبنيا عليه، ففي هذه الحالة تبقى للعرف قوّته و يعمل بالعرف و النّص توفيقا ، بمعنى أنّه إذا أثبت العرف حكما مخالفا لما أثبته النّص يعمل بالنّص و يترك العرف و لا يعتد به[5]،لأنّه كما أشرنا سابقا النّص أقوى من العرف و الأقوى لا يترك بالأضعف.

يقول أبو زهرة:(و إنّ العلماء الذين يقرون العرف أصل من أصول الإستنباط يقرون أنّه دليل حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنّة، و إذا خالف العرف الكتاب أو السنّة، كتعارف النّاس في بعض الأوقات تناول المحرمات كالخمر و أكل الربا فعرفهم مردود عليهم، لأنّ اعتباره إهمال

[1]صالح عوض، مرجع سابق، ص196.
[2]سعود بن عبد الله الورقي، مرجع سابق، ص25.
[3]عبد الكريم جيدي،مرجع سابق ص108.
[4] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص256.
[5]عمر عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، ص108.

لنصوص قاطعة، و اتّباعا للهوى، و إبطالا للشرائع، لأنّ الشرائع ما جاءت لتقرير المفاسد، و إن تكاثر الآخذين بما يدعوا إلى مقاومتها لا إلى الإقرار بها).[1]

فالعمل بالعرف المخالف للنّص لا يجوز إذا كان يلزم العمل به إبطال الحكم الشرعي الثابت بالنّص، لئلا يكون العرف قاضيا على النّص، و هذا إنّما يكون إذا خالفه من كل وجه، بحيث إذا عمل بالعرف لزم منه ترك النّص و عدم العمل به[2]، لأنّ المقصود بالعرف المخالف للنّص ما كان مخالفا له من كل وجه، بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنّص بالكلية [3]،أما إذا كان غير مخالف للنّص من كل وجه و لم يكن مبطلا للحكم الذي أثبته، كما إذا كان النّص الشرعي عاما و العرف خاصاً، فإذا خالفه في بعض أفراده فإنّه يعمل بهما معاً، و يكون العرف مخصصا للنّص العام لا مبطلا له.

و على كل حال فإنّ الأعراف المعتبرة هي التي توافق الأدلّة الأصولية المعتبرة، أما ما ورد منها على خلافها أو على خلاف روح الشريعة فهي مردودة[4] .

رابعا: أن يكون العرف قائما عند انشاء التصرّف.

و معناه أن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التصرف، ثم يستمرّ إلى زمانه فيقارنه[5]، فخرج بالسابق :العرف الحادث الطارئ، و خرج بالمقارن : العرف المتغير، لأنّ كل من يقوم بتصرف قولي أو فعلي إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصح الحمل على العرف القائم،[6]وعلى

[1] أبو زهرة، مرجع سابق، ص 273.
[2] عمر عبد الكريم الجيدي ، مرجع سابق، ص 108.
[3] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ، ص 256
[4] عمر عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، ص 108.
[5] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص256.
[6] مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، مرجع سابق ، ص 148.

هذا يجب تفسير حجج الأوقاف و الوصايا و البيوع و وثائق الزواج، و مايرد فيها من شروط وإطلاقات على عرف المتصرفين الذي كان موجودا في زمان عرف حادث بعدهم[1]، أو كان سابقا على التصرف و تغير بعد إنشائه فلا عبرة به، و لا يحمل على كلّ منهما.[2]

خامسا: ألا يعارض العرف تصريحا بخلافه.

و معناه ألا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه[3]، فقوة العرف تأتي من رضا المتعاملين به و إقرارهم له، فإذا صرّحا بخلافه دلّ ذلك على تركهم لذلك العرف[4]، و هذا الشرط قيد لقاعدة "المعروف عرف كالمشروط شرطا"، و ذلك أنّ الأمر المتعارف ينزل منزلة الشرط باعتبار أنّ التصريح به إنّما هو إعتماد على العرف الجاري، و هو في هذه الحالة من قبيل الدلالة، فإذا صرّح المتعاقدان بما يخالف ما تعارف النّاس عليه يصار إلى العمل بما صرّح به، و يترك العرف[5].

و إذا لم يكن تصريح بشيء معين فلا يعدل عنه، إذ كل ما يثبت في العرف إذا صرّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحّ[6]، كما إذا كان العرف تقسيط الثمن، و اتفق العاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف أنّ مصاريف التصدير على المشتري، و اتفقا أن تكون على البائع و القاعدة هنا: (ما يثبت بالعرف بدون ذكر لا يثبت إذا نص على خلافه)[7].

---

[1] خالد رمضان حسن، معجم أصول الفقه، دار الروضة، مصر، ص185.
[2] مشعل بن حمود بن فالح النّفيعي، مرجع سابق، ص148.
[3] خالد رمضان حسن، مرجع سابق، ص185.
[4] عبد الله بن تمين ، إعمال العرف في الأحكام و الفتاوى في المذهب المالكي، دبي، ط:1 سنة 1430 هـ- 2009مـ ،ص7.
[5] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ص 256، و خالد رمضان حسن، نفس المرجع، ص185.
[6] عبد الله بن تمين ، مرجع سابق، ص7.
[7] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص .

سادسا:أن يكون العرف ملزما.

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزما ومعتبرا في التشريع[1]، وهذا الشرط يعتبر نتيجة لتحقق شرائط العرف السابقة، ومعنى كونه ملزما يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[2]، والمتأمل في عبارات الفقهاء عند تحريرهم للقواعد ذات العلاقة بالعرف كالعادة محكمة والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، وغير ذلك يدرك أن من أهم سمات العرف الإلزام، ولو لم يكن كذلك لما أمكن تحكيمه ورد المتنازعين إليه، وإلا فلا معنى لكونه محكما و كونه كالمشروط،[3] فالعرف الذي يأخذ صفة الإلزام ليس مطلق العرف، بل هو العرف الذي يتضمن حقا من الحقوق على وجه الإلزام، أما العرف غير الملزم الذي لا يترتب عليه حقا من الحقوق أو الذي فقد شرطا من شروط العرف المتقدمة فلا يصلح مستندا في إثبات الحقوق وبناء الأحكام عليه، كما أن العرف ملزم للذين اتبعوه وتعاملوا به[4]، أي أن يكون لفظهم وعملهم موافق لما جرى به العرف والإستعمال.

والذي جعل العرف يأخذ صفة الإلزام إضافة إلى ما ذكر أن العرف لا تستغني عنه نصوص الأحكام العامة والمطلقة والتي ترك التفصيل فيها للعرف، وكذلك فإن العرف تولده الحاجات المتجددة والمتطورة في علاقات الناس ومعاملاتهم التي تجر بينهم ولابد منها ليستطيعوا مواجهة أمور الحياة.[5]

[1]صالح عوض، مرجع سابق، ص228.
[2]سعود بن عبد الله الورقي، مرجع سابق، ص28.
[3]عبد العزيز بن عبد الرحمان المشعل، مرجع سابق، ص23.
[4]صالح عوض، مرجع سابق، ص229.
[5]صالح عوض،مرجع سابق، ص231.

المبحث الرابع: قواعد العرف.

للعرف قواعد فقهية كثيرة منبثقة عنه، قررها و استنبطها الفقهاء، و قدانبنت عليها الكثير من الأحكام الفرعية، و من أهم هذه القواعد:

1-العادة محكمة:

معنى هذه القاعدة أنّ العادة عامة كانت أو خاصة تجعل سببا لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد و لكن عاماً، فإنّ العادة تعتبر[1]. فيرجع إلى هذه القاعدة لإثبات الأحكام التي لم يرد بخصوصها نص[2].

يقول ابن أبي كف في منظومته:

و كل ما العادة فيه تدخل من الأمور فهي فيه تعمل

يعني أنّ كل ما تدخل فيه العادة من الأحكام الشرعية فهي عاملة فيه، أي محكمة فيه، تخصصه إن كان عاما، و تقيّده إن كان مطلقا، و تبيّنه إن كان مجملا[3].

و أصل هذه القاعدة[4] قول ابن مسعود رضي الله عنه[5]:«ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن، و مارآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»[6].

و هناك قاعدة تندرج تحت هذه القاعدة الأساسية و هي قاعدة الإطلاق محمول على العادة، فاللفظ المطلق في استعمال النّاس يجوز تقييده بالعرف و العادة عند مالك كالشرط تقيّد المطلق، و تخصص العام.[7]

2-المعروف عرفا كالمشروط شرطا:

---

[1] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2 سنة 1049هـ-1989 م ، ص 219.

[2] أسعد كاشف العطاء، العرف حقيقته و حجيته، 1415هـ، ص35.

[3] محمد يحيى بن محمد المختار الولاتي، إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك ، تعليق مراد بوضاية ، دار ابن حزم ، بيروت –لبنان، ط:1 ،سنة 1427هـ-2006 م، ص200.

[4] أحمد بن الشيخ محمد الزّرقا، نفس المرجع، ص219.

[5] هو أبو مسعود البدري، صحابي جليل ممن شهد بيعة العقبة الثانية، لم يشهد غزوة بدر وشهد غزوة أحد وما بعدها من المشاهد، روى أحاديث كثيرة، وهومعدود في علماء الصحابة، استخلف علي على الكوفة، توفي بالمدينة المنورة سنة 679ه، (أنظر سير أعلام النبلاء، ج:2، ص494).

[6] أخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث 3600،دار الحديث،القاهرة،ط:1سنة1416ه-1995م،الجزء3،ص505.

[7] سهيلة داهش ، أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة نماذج مختارة، 1438هـ- 2017، ص 35.

و معنى هذه القاعدة أنّ في كل محل يعتبر و يراعي فيه شرعا صريح الشرط المتعارف، و ذلك بأن لا يكون مصادما للنّص بخصوصه، إذا تعارفه النّاس و اعتادو التعامل به بدون اشتراط صريح : فهو مرعى و يعتبر بمنزلة الإشتراط الصّريح،[1] فيجب مراعاته في تجديد الأشياء التي لم يبدّدها العقد.[2] وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط في العرف المنزل منزلة الشرط أن يكون مستكملاشروط اعتبار العرف، ومن ذلك عدم معارضة العرف تصريح بخلافه، فهذا الشرط قيد أساسي للقاعدة، لأنّ الالتزام بالعرف و جعله كالشرط من قبيل الدلالة، و التصريح بخلافه مبطل لهذه الدلالة، ولا عبرة للدّلالة في مقابل التصريح.[3]

و قولهم المشروط عرفا كالمشروط شرعاو العرف كالشرطو التعيين بالعرف كالتعيين بالعرف كالتعيين بالنّصو الثابت عادة كالثابت بالنّص...إلخ، كل هذه القواعد تدخل في هذه القاعدة.[4]

3-استعمال النّاس حجة يجب العمل بها:

ومعنى هذه القاعدة أنّ استعمال النّاس لأمر من الأمور و شيوع ذلك في فض النّزاع، كما لو استعان شخص بآخر لبيع متاعه في السوق و بعد البيع طالبه الرجل بأجرته، فينظر إلى تعامل أهل السوق، فإن كانت العادة أن يعمل مثل هذا العمل بأجرة فله أجر مثله و إلا فلا.[5]

4-الحقيقة تترك بدلالة العادة:

ومعنى هذه القاعدة أنّه إذا كان للمصطلح معنيان أحدهما حقيقي و الآخر عرفي، فإنّ المعنى الحقيقي يترك و يحمل المصطلح على المعنى العرفي عند المتعاقدين[6]، فهذه القاعدة تتعلق بالعرف اللفظي، و المراد بالحقيقة هنا المعنى الأصلي للفظ في مقابل المعنى

[1] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص237.
[2] أسعد كاشف الغطاء، مرجع سابق، ص237.
[3] محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد و الضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، دار البيان الحديثية، المملكة العربية السعودية،ط:1 سنة 1422هـ- 2001م،ج:1 ص351.
[4] سهيلة داهش، نفس المرجع، ص36.
[5] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، أثر العرف في الفرق و متعلقاتها في أحكام فقه الأسرة ، مذكرة ماجيستير، ص 90.
[6] أسعد كاشف العطاء، مرجع سابق، ص 35.

المجازي، فألفاظ النّاس في أقوالهم و تصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة لا على معانيها الحقيقية في أصل اللغة.[1]

و مثال هذه القاعدة إذا استأجر شخص عاملا بأجرة يومية معيّنة فاختلفا في الزّمن الذي يجب أن يقضيه في عمله فإنّ زمن اليوم الواحد محدد في العرف بساعات معينة حسب الأعراف و العادات، و لا يرجع في تغير معناه إلى المعنى الحقيقي.[2]

5-لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان:

و معنى هذه القاعدة أنّ الأحكام المبنية على الأعراف و العادات تتغير بتغير الأزمان لاختلاف ظروفهم[3]، فإذا كان عرفهم و عادتهم يستدعيان حكما ثم تغيرا إلى عرف و عادة أخرى فإنّ الحكم يتغيّر إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم و عادتهم[4]، أما الأحكام المبنية على النّص فلا تتغير[5]، فالأحكام ما وضعت إلا لمصلحة النّاس و ضبط معاملاتهم التي تخضع لأعرافهم حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من الحوادث بحسب اختلاف الأحوال و تغير الأزمان.[6]

6-التعيين بالعرف كالتعيين بالنّص:

و معنى هذه القاعدة أنّ كلّ ما عينه العرف، فهو كالمنصوص عليه في العقد،[7]و مثال ذلك لو استأجر دارا أو حانوتا بلا بيان من يسكن، أو بلا بيان ما يعمل فيه، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، غير أنّه لا يسكن و لا يسكن حدادا و لا قصارا و لا طحانا، من غير إذن المؤجر.[8]

7-إنّما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت:

[1] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، المرجع نفسه، ص 35.
[2] أسعد كاشف العطاء، مرجع سابق، ص35.
[3] أسعد كاشف العطاء، مرجع سابق، ص35.
[4] أحمد لن الشيخ محمد الزرق، مرجع سابق، ص227.
[5] أسعد كاشف العطاء، مرجع سابق، ص35.
[6] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، مرجع سابق، ص 66.
[7] نفس المرجع، ص66.
[8] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص241.

و معنى هذه القاعدة أنّ العبرة بالعادات المطردة أو الغالبة، لا العادات المنقطعة، فإذا كان التعاقد قد جرى على تجهيز بدلات بلبس هيئة معينة انصرف العقل إليها دون غيرها، فإن لم تكن دونغيرها لم تكن مطردة، فلا ينصرف العقل إلى نوع ما مالم يبين ذلك للجهالة العجلة بالعقد.[1]

8-العبرة للغالب الشائع لا لنادر:

و هي بمعنى القاعدة السابقة، فلو بنى حكم على أمر غالب فإنّه يبني عاما، و لا يؤثر على عمومه و اطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات.[2]

9-المعروف بين التجار كالمشروط بينهم:

هذه القاعدة في معنى سابقاتها لا تفارق عنها، إلا أنّ تلك في مطلق العرف، و هذه خاصة في عرف التّجار، فإذا وقع التعارف و الإستعمال بينهم على شيء غير مصادم للنّص يتبع و ينصرف إليه عند الإطلاق، و لا تسمع دعوى إرادة خلافه،[3] و هذه القاعدة تبين وجوب مراعاة العرف الخاص كعرف التجار و أرباب الحرف و الصّنائع، فإنّ لهم أعراف يجب مراعاتها.[4]

10-الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

و معنى هذه القاعدة أنّ ما يستحيل عادة كالذي يستحيل حقيقة[5]، فكما أنّ الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به و لا تقام البينة عليه للتيقن بكذب مدعية، كقوله لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى معروف بالفقر على آخر أصولا جسيمة لم يعهد عنه أنّه أصاب مثلها بإرث أو بغيره.[6]

10_ الإذن العرفي كالإذن اللفظي:

[1] أسعد كاشفأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص241.
[2] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص236.
[3] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص239.
[4] سهيلة داهش، مرجع سابق، ص36.
[5] أسعد كاشفأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص35.
[6] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص225.

معنى هذه القاعدة أنّ الأصل في الإذن في شيء ما يكون بالألفاظ، لدلالتها الصريحة في التعبير عن المعاني، لكن لقد تعرض أحوال يستغنى فيها عن صريح الإذن بالعادات الجارية بين النّاس الدّالة على الإذن، فتأخذ هذه العادات حكم صريح العبارات من حيث ترتب الأحكام عليها.[1]

و بعد ذكرنا لأهم قواعد العرف تجدر الإشارة إلى أنّ قواعده متممة و مكملة لبعضها البعض و متداخلة فيما بينها، فقد نجد القاعدة الواحدة تندرج تحتها الكثير من القواعد.[2]

المبحث الخامس: حجية العرف:

يتفق الأئمة عمليا على اعتبار العرف الصحيح حجة و دليلا شرعيا.

و لكنّهم يختلفون في اعتباره مصدرا مستقلا قائما بذاته على قولين:

القول الأول:العرف حجة و دليل شرعي مستقل، و هو مذهب الحنفية و المالكية و ابن القيم من الحنابلة، احتجوا بالكتاب و السنة و المعقول.[3]

أولا:من الكتاب:

1-قوله تعالى:«خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»[4].

قال الإمام القرطبي[5] في تفسيره لهذه الأية،(أي بالمعروف، و العرف و المعروف و العارفة، كل خصلة حسنة ترتضيها العقول و تطمئن إليها النّفوس).[6]

و معنى العرف في تفسير القرطبي هو الأمر بالجميل المستحسن من الأفعال، و الشريعة تتّبع في الطّباع و العادات المستحسن، و تمحو المستقبح .

و هذا هو معنى[1] قوله تعالى:« وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنكَرِ».[2]

---

[1] محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص354.

[2] سهيلة داهش، مرجع سابق، ص37.

[3] محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق،ط2 سنة 1427هـ-2006، ج:1،ص267.

[4]سورة الأعراف الأية 199.

[5]هو أبو عبد الله زياد بن عبد الر حمان القرطبي المعروف بشبطون، فقيه الأندلس، سمع عن مالك الموطأ وهو أول من أدخله الأندلس، وعنه أخذ يحي بن يحي وغيره، توفي بمصر سنة 193ه-808م (أنظر شجرة النور الزكية ص99).

[6]أبو عبد الله القرطبي،الجامع لأحكام القرآن،دار عالم الكتب،الرياض،الجزء 8،ص346.

و قال ابن العربي[3] ايضا في تفسيره لهذه الآية:هو ما عرف حكمه و استقر في الشريعة موضعه، و اتفقت القلوب على علمه و عمله.[4]

وجه الإستدلالبالأية أنّ الله أمر نبيه أن يأمر بالعرف و هو ما تعارفه النّاس فيما بينهم قولا أو عملا، و ألفته نفوسهم و تقبلته عقولهم ممّا لم تردّه الشريعة، فالعمل به مقتضى الأمر و إلاّ لم يكن للأمر به فائدة.[5]

2-من السنة:

أ-حديث عبد الله بن مسعود: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن و مارآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»[6]

وجه الإستدلال من هذا الحديث: أن المسلمون لا يرون الحسن إلا فيما اعتاده عامة النّاس، و قبلوه، و جرى بينهم على أساس الإستحسان، و الأعراف و العادات معللة لدى النّاس بعقولهم، إذ العقل هو الذي يدرك وجه الحسن و الخيّر فيها في كثير من الأحيان.[7]

فكل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأنّ الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيقتة و اعتباره[8] .

ب-حديث هند بنت عتبة[9] عن عائشة[10] رضي الله عنها: أنّ هند بنت عتبة قالت لرسول الله صلى الله عليه و سلّم يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني ما يكفيني

---

[1] جمال كركار، أثر العرف في تغيير الفتوى، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط:1سنة1430 هـ-2009م، رسالة ماجيستير، ص67.

[2] سورة لقمان الأية 17.

[3] هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد، المعروف بابن العربي الإشبيلي، خاتمة علماء الأندلس، من تأليفاته شرح الترمذي والقبس وأحكام القرآن، ولد سنة 468ه وتوفي سنة 543ه، (شجرة النور الزكية ص200).

[4] ابن العربي،أحكام القرآن،دار الكتب العلمية،بيروت –لبنان،ط:2،سنة 1424ه-2003م، القسم الثاني،ص363.

[5] فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك، أدلّته العقلية، دار التدمرية، الرّياض،ط:1 سنة 1468هـ- 2007م، المجلد:2،ص 529

[6] سبق تخريجه، انظر ص 26

[7] جمال كركار، مرجع سابق،ص 65.

[8] عمر عبد الكريم جيدي، مرجع سابق،ص 59.

[9] هي هند بنت عتبة القرشية الكنانية، أبوها عتبة بن ربيعة، كانت لها شهرة عالية قبل الإسلام وبعده، زوجة أبي سفيان بن حرب ، وأم الخليفة الأموي معاوية بن أبي سفيان، ومثلت بحمزة ابن عبد المطلب عم الرسول صلى الله عليه وسلم، أسلمت يوم فتح مكة،(أنظر الطبقات الكبرى ، أبو عبد الله ابن سعد الهاشمي، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت،الطبعة الأولى،سنة 1410ه-1990م،ج:8، ص235).

[10] هي أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بنت سيدنا أبي بكر رضي الله عنه زوج النبي صلى الله عليه وسلم، لم يتزوج بكر غيرها، أفقه النساء على الإطلاق، أحب النساء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بعد خديجة رضي الله عنها، توفيت في رمضان سنة 57 أو 58 للهجرة، (أنظر شجرة النور الزكية ص64).

و ولدي إلاّ ما أخذت منه و هو لا يعلم، فقال صلّى الله عليه و سلّم:«خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف »[1]

وجه الدلالة من هذا الحديث إحالة النبي صلّى الله عليه و سلّم لهند بنت عتبة على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي، إذ لو كان العرف غير معتبر في ذلك لما أحالها إليه.[2]

3-من الإجماع: احتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور، و اعتبارهم إياه في اجتهادهم، دليل على صحة اعتباره، لأنّ عملهم به ينزل منزل الإجماع السكوتي، فضلا عن تصريح بعضهم به، و سكون الأخرين عنه، فيكون اعتباره ثابتا بالإجماع.[3]فإنّ من الأعراف ما لم يختلف فيه أحد من عصر الصحابة إلى يومنا هذا كالاستصناع، و مثله بيع المعاطاة.[4]

4-من المعقول:

أ-ورود التكاليف بميزان واحد في الخلق يدلّ على أنّ الشارع اعتبر العادات و الأعراف المطّردة فيهم، و لو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع و اختلاف الخطاب.

ب-أن ما تعارف عليه النّاس. و عاداتهم لو لم تعتبر لأدّى إلى تكليف ما لا يُطاق، و هو غير جائر، أو غير واقع[5].

ج-أنّه لولا اطراد العادات لما عرف الدين من أصله، فضلا عن أن تعرف فروعه، فوجب اعتباره في الأحكام لأنّه لا يستقيم التكليف إلاّ باعتبارها.[6]

فنلاحظ أنّ العرف له سلطان كبير على النّفس، و يتمتع بالإحترام العظيم في القبول، و هو طبيعة ثانية للنّاس، يرضون به بسهولة، و يحقق مصالحهم و منافعهم، و الشريعة جاءت لتحقيق المصالح فيكون العرف الصحيح مصدرا و دليلا و أصلا من أصول الإستنباط.[7]

---

[1] أخرجه مسلم في صحيحه، با ب الأقضية، حديث هند، رقم الحديث1714، ص819، والبخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم5072، دار ابن كثير، دمشق، ط.1، سنة 1463ه-2006م، ص1367,

[2] فاديغام موسى، مرجع سابق،ص 535.

[3] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص255.

[4] فاديغام موسى،مرجع سابق، ص535.

[5] عبد الكريم النملة، إتحاف ذوي البصائر شرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، مكتبة الرشد، الرياض،ط:7 سنة 1434 هـ-2013م،ص 1379.

[6] إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، مرجع سابق،ص 95.

[7] أبو سنة، مرجع سابق، ص33.

القول الثاني: أنّ العرف ليس حجة و دليلا شرعيا إلا إذا أرشد الشارع إلى اعتباره، و هو مذهب الشافعية ، و احتجوا بأنّ العادة لا تعتبر إلا إذا جرى الشرع على قبولها، و أنّ العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصّحيحة.[1]

ومن خلال ما سبق نرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من كون العرف دليلا مستقلا، وعلى رأسهم المالكية ،فقد أخذوا ووسعوا العمل به واعتبروه نوعا من أنواع المصلحة ،حتى أنهم خصصوا به بعض النصوص ،و المطلع على النصوص الفقهية للمالكية يبدوا بوضوح المدى الواسع الذي كان للعرف عندهم مما جعل هذا المذهب يفوق غيره من المذاهب في الإعتماد عليه كأصل هام من أصول الفقه، حتى زعم بعض الفقهاء أنّ العرف أخذ به المذهب المالكي وحده.[2]

كما أشرنا فإنّ المالكية اهتموا بالعرف و أكثرو في رجوعهم إليه في عدة مسائل و في أبواب مختلفة، فكما رجعوا إليه في باب المعاملات فقد وضفوه كذلك في باب العبادات وسنذكر بعض تطبيقاتهم للعرف في العبادات و ذلك في الفصل الثاني.

[1] محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص 268.
[2] عمر بن عبد الكريم الجيدي، مرجع سابق، ص82.

الفصل الثاني:

تطبيقات المالكية للعرف

في العبادات

المبحث الأول: تطبيقات العرف في الطهارة والصلاة.

المطلب الأول: تطبيقات العرف في الطهارة.

لقد جعل فقهاء المالكية العادة مقياسا لكثير من المسائل الفقهية في باب الطهارة ومن ذلك ما يلي:

1-الماء الطاهر في نفسه الغير مطهر لغيره:

في أحكام المياه عرفوا الماء الطاهر في نفسه الغير مطهر لغيره بأنه الماء الذي تغيرت أحد أوصافه لونه أو طعمه أو ريحه بشيء طاهر يمكن الاحتراس من وقوعه في الماء عادة[1]، فجعلوا الاحتراس من وقوع الشيء في الماء عادة هو المرجع في كون الماء الواقع فيه ذلك الشيء غير مطهر لغيره.

2_مدى اعتبار العرف في مدة الحيض:

فرع الفقهاء جل أحكام الحيض على العادة، فقسم العلماء النساء اللواتي يحضن إلى مبتدأة ومعتادة، فالمبتدأة تعد أيام لداتها وقريناتها[2]، فتعتمد في معرفة عدد أيام حيضها على عادة قريناتها، ولكن إن زاد على أيام مثيلاتها في السن فقد اختلف فقهاء المالكية في أكثر الحيض بالنسبة لها إلى ثلاث روايات:

الرواية الأولى:أنها تجلس مدة حيض قريناتها، كالأسبوع مثلا ثم تعتبر مستحاضة.

الرواية الثانية:أنها تضيف على مدة قريناتها ثلاثة أيام، أي تستظهر ثلاثة أيام على المدة العادية للحيض ،ثم تكون مستحاضة.

الرواية الثالثة:أقصى مدة حيضها خمسة عشر يوما إن استمر بها الدم ،فما زاد عن ذلك فهو دم علة وفساد، وتلك استحاضة وحكمها حكم الطاهرة.[3]

[1] الصادق عبد الرحمان الغرياني،مدونة الفقه المالكي وأدلته،مؤسسة الريان،لبنان،ط:1سنة1423هـ-2002م،ج:1، ص36.

[2] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: محمد صبحي حسن خلاف، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط:1 سنة1415ه، ج:1، ص137.

[3] سعاد سطحي، فقه الطهارة والصلاة في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1436ه-2011م، ص117.

وأما المعتادة فيكون بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة أيام مالم تتجاوز أكثر مدة الحيض في معرفة أقله، أو جلوسها إلى انقضاء مدة الحيض، أو تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييزّ،[1] فجعلوا عادة المعتادة مقياسا معتبرا لطهرها،[2] يقول ابن رشد[3]:(وهذه الأقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض و أكثره و أقل الطهر لا مستند لها إلا التجربة والعادة، وكل إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته عن ذلك ولاختلاف ذلك في النساء، وقد صار الإمام مالك رحمه الله في المعتادة في إحدى الروايتين عنه إلى أنها تبني على عادتها)[4].

3- مدى اعتبار العرف في مدة النفاس:

ذهب مالك[5] إلى أنه لا حد لأقل مدة النفاس، وأما أكثره فقال هو ستون يوما[6] وما زاد عن ذلك هو دم استحاضة، فإن انقطع لفقت الستين وتغسل وتصوم وتصلي ويطؤها زوجها، وإذا انقطع خمسة عشر يوما فقد طهرت وما رأته بعد ذلك يعتبر حيضا.

وهناك رواية أخرى عند المالكية أن أقصى مدة النفاس يرجع فيها إلى العادة وما يعلم النساء أنه أقصى ما تجلسه النفساء[7] فكره التحديد[8]، قال ابن رشد:(وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذالك فقال يسأل عن ذلك النساء)، وذكر ابن رشد كذالك سبب الخلاف في مدة النفاس بعد أن ذكر الإختلاف في ذلك بين المذاهب فقال:(وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك، ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر).[9]

---

[1]ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص137.

[2]سعاد سطحي، المرجع نفسه ،ص165.

[3]هو أبو الوليد بن رشد الشهير بالحفيد الغرناطي، أخذ عن أبيه واستظهر عليه الموطأ حفظا، أخذ الفقه عن ابن القاسم بن بشكوال وأبي مروان، أجازه الإمام المازري، من تأليفاته بداية المجتهد والكليات في الطب، اختصر المستصفى، ولد سنة 520ه وتوفي سنة 595ه(شجرة النور الزكية ص213).

[4]ابن رشد الحفيد، المرجع نفسه، ص137.

[5]هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي، كان إمام دار الهجرة، شهد المغازي كلها مع النبي صلى الله عليه وسلم خلال بدر، أخذ على أكثر من 900شيخ، انتصب للتدريس وهو ابن 17سنة، ولد على الأشهر سنة 93ه وتوفي بالمدينة سنة179ه،(شجرة النور الزكية ص83).

[6]ابن رشد الحفيد، مرجع سابق ،ص140.

[7]سعاد سطحي ، مرجع سابق، ص125.

[8]القرافي،الذخيرة ،تح:محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط:1سنة1994ه،ج:1،ص394.

[9]ابن رشد الحفيد،مرجع سابق،ص140.

5-مدى اعتبار العرف في علامة الطهر:

اختلف فقهاء المالكية في علامة الطهر بالنسبة للحائض، فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف، وبه قال ابن حبيب[1]، وسواء كانت المرأة من عادتها أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أي ذلك رأت طهرت به، وفرق قوم فقالوا إن كانت عادة المرأة رؤية القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها، وإن كانت عادتها عدم رؤيتها فطهرها الجفوف، وذلك في المدونة عن مالك، وقيل أن التي عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء، ولا تطهر التي عادتها القصة البيضاء بالجفوف، و قيل أيضا بعكس هذا، و كله لأصحاب مالك،[2] وسبب الخلاف في ذلك ذكره ابن رشد فقال:(وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط)،[3] فنلاحظ بوضوح دور العادة في معرفة طهر المرأة من الحيض.

6_ مدى اعتبار العرف في الأحداث الموجبة للوضوء:

اعتبر المالكية في الأحداث الموجبة للوضوء الخارج المعتاد من المخرج المعتاد على وجه الصحة والإعتياد[4]، فكل ما خرج من السبيلين من المعتاد دون النادر ينقض الوضوء وتجب فيه الطهارة،[5] أما الخارج من السبيلين من غير المعتاد كالحصى والدود فالمشهور عند مالك وأصحابه أنه لا يجب به الوضوء لأنه خارج غير معتاد فهو كدم الفصادة،[6] وتقييد المخرجين بالمعتادين للاحتراز عما يخرج من غيرهما كدم الفصادة والحجامة والقيء المتغير عن حالة الطعام والحدث الخارج من فتق تحت المعدة ولم ينسد المخرجان، أما إذا انسد المخرجان وكان الفتق تحت المعدة فيعتبر كالخارج المعتاد من المخرج المعتاد.[7]

7_مدى اعتبار العرف في المني الموجب للغسل:

---

[1] هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان القرطبي، العالم الأديب النحوي، من كبار فقهاء المدرسة المالكية، أول من أظهر الحديث بالأندلس، من تأليفاته الواضحة في الفقه والسنن وتفسير الموطأ، (أنظر سير أعلام النبلاء، ج:12، ص102).

[2] ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص114.

[3] ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص142.

[4] عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، ج:1، ص48.

[5] أبي الوليد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تح:محمد عبد القادر أحمد عطا،، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1420ه-1999م، المجلد1، ص308.

[6] أبي الوليد بن أيوب الباجي ،المرجع نفسه ،ص310.

[7] صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص23، ومحمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1404ه-1984م، الجزء1، ص110.

جعلوا فقهاء المالكية من شرط المني الموجب خروجه للغسل أن يخرج بلذة معتادة ،[1] قال ابن رشد:(اختلف العلماء في الصفة المغيرة في كون خروج المني موجب للطهر ،فذهب مالك إلى اعتبار اللذة في ذالك)،[2] ومن رأى المني في ثوبه فإنه يجب عليه الغسل لأن الغالب خروجه على وجه اللذة، فيحمل المعتاد من حاله،[3] وأما ما يخرج لغير لذة كالخارج لمرض أو بلدغ عقرب ،أو نحوها فإنه لا يوجب الغسل لأنه خارج على وجه غير معتاد فلا يمكن الإحتراز منه فهو كالدم النازف من البواسير.[4]

وكذالك من جامع ولم ينزل فاغتسل للتقاء الختانين فصلى ثم خرج منه المني بعد ذلك، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم[5] لا غسل عليه، و به قال ابن المواز[6] وسحنون[7]، وقد قال أيضا يعيد الغسل، ووجه القول بأنه لا غسل عليه احتج له يحي بن عمر بأنه خرج لغير لذة، فلم يجد اللذة الكبرى التي يقدر معها انفصال الماء عن مستقره، وإنما وجد لذة الإتعاظ خاصة والمباشرة، فهو خارج من الفرج على وجه الصحة والعادة فوجب به الطهارة كالبول، وأما وجه القول بوجوب إعادة الغسل أن وجود لذة الجماع مع وجود خروج المني موجب للغسل، وهو بانفراده حدث والتقاء الختانين حدث، فإذا اجتمعا تداخلا، وإذا انفصلا لزم بكل واحد منه.[8]

8-مدى اعتبار العرف في الموالاة في الوضوء:

إن المقصود بالموالاة في الوضوء أن يفعل الوضوء كله في فور واحد من غير تفريق[9]فاحش، وفحش التفريق_طولمدته_ويساره مردها إلى العرف، فما كان فاحشا وكثيرا في

[1]محمد عبد الله ابن تمين،مرجع سابق ،ص164.
[2]ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص131.
[3]أبي الوليد بن أيوب الباجي،مرجع سابق، ص407.
[4]عبد الوهاب البغدادي المالكي، مرجع سابق، ص48.
[5]هو أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم العتبي المصري، أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله صحبه عشرين سنة، خرج عنه البخاري في صحيحه ، كان رئيس مصر، ولد سنة 133ه أو 128ه وتوفي بمصر في صفر سنة 191ه (أنظر شجرة النور الزكية ص88)
[6]هو محمد ابن ابراهيم بن زياد الإسكندري المعروف بابن المواز، تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم واعتمد على أصبغ، كان راسخا في الفقه والفتيا، من تأليفاته كتاب الكبير وكتاب الوقوف، ولد في رجب سنة 180ه وتوفي بدمشق في 11 ذي القعدة سنة 269ه،(أنظر الدباج ج:2 ص167).
[7]هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني، أصله من حمص، انتهت إليه الرئاسة في العلم، من تأليفات الدونته وعليها الإعتماد في المذهب، ولد في رمضان سنة 160ه، كانت ولايته سنة 234ه، توفي وهو يتولاه في رجب سنة 240ه،دفن بالقيروان(شجرة النور الزكية ص104).
[8]أبي الوليد بن أيوب الباجي،مرجع سابق ،ص408.
[9]المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي، العرف الناشر في شرح وأدلة فقه متن ابن عاشر في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط:1 سنة1425ه-2004م، ص47.

العرف حسب الشخص والمكان والزمان أضر، وما كان خفيفا لا يضر،[1] قال ابن الحاجب[2]:(والتفريق اليسير مغتفر)،[3] وقال ابن القاسم:(هو راجع للعرف في كل ما لم يرد عن الشارع فيه تحديد).[4]

9-مدى اعتبار العرف في شروط المسح على الخفين:

ذكر الفقهاء للمسح على الخفين شروطا أوردها الإمام القرافي في الذخيرة فقال:" فأما شروطه فعشرة وهي أن يكون جلدا، طاهرا، مخروزا، ساترا لمحل الفرض ويمكن متابعة المشي فيه لذوي المروءة، لّبس على طهارة بالماء كاملة، وأن يكون لابسه حلالا غير مرفه، فالأول احتراز من الخرق ونحوها فإنها ليست خفا للعرب ولا تعم الحاجة إليها ولا وردت بها الرخصة...وأما الشرط الخامس احتراز من الواسع جدا أو المقطوع قطعا فاحشا، قال في الكتاب: إن كان قليلا مسح وإلا فلا، وتحديد الكثير بالعرف خلافا لأبي حنيفة[5] في تحديده بثلاثة أصابع، فإن المعلوم من عادة الناس أنهم لا يعزفون عن القطع اليسير، لاسيما الصحابة رضي الله عنهم مع غزوهم وكثرة أسفارهم، فكان الجواز في القليل معلوما ، وأما من حده بغير العرف فرواية المتقدمين ظهور القدم أو جلها، وحده البغداديون بإمكان المشي فيه، فراعى الأولون ظهور المبدل، والآخروف فقد الحاجة إلى اللبس، فإن شك في مجاوزة القطع للقدر المعفو عنه قال ابن حبيب: لا يمسح لأن الأصل الغسل".[6]

10-مدى اعتبار العرف في بعض أحكام الوضوء:

اختلف فقهاء المالكية في وضوء من كان في يده خاتم هل عليه تحريكه أم لا؟ قال مالك في العتبية: ليس عليه تحريكه، وقال ابن المواز: ولا في الغسل، وقال ابن حبيب: إن كان

[1]محمد عبد الله ابن تمين،مرجع سابق،ص167.
[2]هو أبو عمر أحمد بن خالط القرطبي المعروف بابن الحاجب، سمع من ابن وضاح وقاسم بن محمد وابن زياد وجماعة، من تأليفاتة مسند حديث مالك وكتاب في فضائل الوضوء والصلاة، ولد سنة246ه وتوفي سنة322ه-933م،(أنظر شجرة النور الزكية ص130).
[3]المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي،المرجع نفسه،ص47.
[4]صالح عبد السميع الآبي الأزهري،مرجع سابق،ص167.
[5] هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي، أول الأئمة الأربعة ، صاحب المذهب الحنفي، من التابعين، كان معروفا بالورلاع، كان يعتمد في فقهه على ستة مصادر، 150(ه-767م)، أنظر سير أعلام النبلاء، ج:6، ص391.
[6]القرافي، مرجع سابق، ص325.

ضيقا فعليه تحريكه وليس عليه ذلك إن كان واسعا، وقال الشيخ أبو إسحاق: عليه تحريك الخاتم ضيقا كان أو غير ضيق.

ووجه قول مالك في عدم تحريك الخاتم أن الخاتم لما كان ملبوسا معتادا يستدام لبسه من غير نزع في الغالب لم يجب إيصال المال إلى ما تحته بالوضوء كالخفين،[1] فجعل لبس الخاتم عادة مرجعا في عدم تحريكه في الوضوء.

وفي الوضوء كذلك من كان شعر وجهه أو لحيته أوالحاجبينأوالأهداب غير كثيف فعليه تخليله، أي ظهرت البشرة من تحت الشعر، أما إذا كان الشعر كثيفا لا يظهر الجلد من تحته فلا يجب تخليل ذلك،[2] وخفة اللحية وكثافتها في الوضوء مرجعها المعتاد والمعروف.

وفي حدود الوجه الواجب غسله في الوضوء وكذلك في مسح الرأس اعتبروا منبت الشعر المعتاد[3]، فمن كان منبت شعره ليس من المنبت المعتاد_ كمن يعاني من الصلع _ فإن عليه مسح رأسه من المنبت المعتاد لا من حدود منبت شعره لأن منبت شعره ليس من المنبت المعتاد.

المطلب الثاني: تطبيقات العرف في الصلاة

ومن المسائل في باب الصلاة المبنية على المعتاد والمعروف ما يلي:

1- مدى اعتبار العرف في حكم تغطية الأنف في الصلاة :

إن تغطية الأنف في الصلاة من الأمور المنهي عنها نهي كراهة فعن أبي هريرة رضي الله عنه[4] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم" نهى عن السدل في الصلاة، وأن يغطي الرجل فاه"[5]، فتغطيته بالنسبة للمرأة مكروه لأنه من التعمق في الدين-أي التشديد

[1]أبي الوليد ابن أيوب الباجي ،مرجع سابق ،ص274.
[2]محمد المدني الهاشمي ،طريق السالك في فقه الإمام مالك،دار مكتبة المعارف،بيروت-لبنان،ط:1سنة 1432ه-2011م،ص43.
[3]محمد المدني الهاشمي،المرجع نفسه،ص43.
[4]هو الصحابي الجليل عبد الرحمان بن صخر اشتهر بكنية أبي هريرة، لازم النبي صلى الله عليه وسلم رغبة في العلم راضيا بشبع بطنه، كان يحفظ كل ما سمع ولا ينساه، روى عنه أكثر من 300رجل، ولي إمارة المدينة وبها توفي سنة 57ه-676م،(أنظر شجرة النور الزكية ص67).
[5]أخرجه أبي داوود في سننه، رقم 643، كتاب الصلاة، قال حديث حسن. ص190. ضعفه ابن المنذر في الأوسط رقم 2382، ص:57 قال: دفعه بعض أصحابنا ورجحه الدارقطني (337/8)وقفه على عطاء

في الدين– و بالنسبة للرجل مكروه كذلك للكبر إلا من كانت عادته ذلك كأهل مسوقة بلد المغرب فيباح له ذلك في الصلاة، بمعنى أنه لا يكره فلا ينافي أنه خلاف الأولى ويجوز في غيرها جاز مستوى الطرفين،[1]فتغطية الأنف مكروهة في الصلاة وغيرها إن لم تكن عادتهم ذلك، فإن كانت عادتهم تغطيته فلا حرج في ذلك.

2–مدى اعتبار العرف في سجود السهو:

إن المصلي المنصرف من صلاته قبل أن يتمها سهوا،كمن سلم من اثنتين في ثلاثية أو رباعية، أو سلم من واحدة في ثنائية، وكذلك تارك ركن يجوز له استدراك صلاته وإتمامها، وذلك إذا لم يطل الفصل، فإن طال الفصل فلا بد من ابتداء صلاة جديدة، وتحديد الفصل في ذالك إن كان يسيرا أم كثير إنما يرجع فيه إلى العرف[2]، ومثال ذلك من سهى في صلاة الجمعة كمسبوق أدرك مع الإمام ثانيتها وسها في ركعة القضاء عن السورة مثلا وسها عن السجود قبل السلام وخرج من المسجد وتذكره بالقرب فيرجع للمسجد الذي صلى فيه الجمعة ويجلس ويكبر مع رفع يديه ويعيد التشهد، ويسجد ثم يتشهد ثم يسلم وهذا على أن مجرد الخروج من المسجد لا يعد طولا وإنما هو بالعرف فتصح صلاته[3]، أي إن كان سجود السهو الذي نسيه قبليا سجد إذا تذكره بالقرب من انصرافه من الصلاة، والقرب غير محدود على المذهب وهو مذهب ابن القاسم وكذلك الطول بل مرجعهما إلى العرف، فما قاله العرف يعمل به فيهما.[4]

3–أحكام الرعاف في الصلاة ودخول العرف فيه:

الرعاف هو دم يخرج من اللأنف وبدون سبب ظاهري، وله إحتمالان إما أن يطرأ قبل في الدخول في الصلاة أو يتوقع طروءه أثناءها، فإذا طرأ قبل الدخول في الصلاة فلا يدخلها[5]وليس عليه إعادة الوضوء منه، قال مالك:(الأمر عندنا أنه لا يتوضأ من رعاف)[6] بل عليه أن يغسله

[1]صالح عبد السميع الآبي الأزهري،مرجع سابق ،ص70.
[2]عبد الله بن تمين، مرجع سابق، ص167.
[3]محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1404ه-1984م، ج:1، ص293.
[4]صالح عبد السميع الآبي الأزهري،مرجع سابق،ص141.
[5]محمد المدني الهاشمي،مرجع سابق،ص37.
[6]عبد الله معصر،مسائل الإمام مالك من خلال الموطأ،دار الكتب العلمية،بيروت-لبنان،ط:1 سنة 2009م،ص20.

فقط، وإذا طرأ أثناء الصلاة اعتبروا العادة في ذلك، فإن كانت عادته عدم انقطاعه حتى آخر الوقت المختار فعليه أن يواصل الصلاة ولا يجوز القطع ويومئ للركوع من قيام وللسجود من جلوس إن خاف تلطيخ المسجد، أما خوف تلطيخ البدن فلا يومئ له، فإذا انقطع قبل خروج الوقت لم تلزمه الإعادة، وأما إن كانت عادته انقطاعه قبل الوقت المختار وعدم استمراره فإن كان يقطر الدم وخاف تلطيخ المسجد وجب عليه قطع الصلاة، وإن كان يرشح رشحا دون أن يقطر فلا يقطع الصلاة، ولا يخرج لغسله مع اعتبار البناء[1] واختار مالك البناء على الإتباع للسلف وإن خالف ذلك القياس والنظر، وهذا على أصله أن العمل أقوى من القياس لأن العمل المتصل لا يكون أصله إلا عن توقيف[2].

4-مدى اعتبار العرف في حكم صلاة من يعرض له من حديث النفس:

إن صلاة من يعرض له من حديث النفس ما لا يكاد يسلم منه البشر فيه تفصيل فإذا شغله عنها فلم يدر ما صلى أعادها أبدا عل ظاهر المذهب ولا يبني على الإحرام لأن تفكره بمنزلة الفعل الكثير[3]، وإذا عرض له ذلك على المعتاد أو زيادة يسيرة فلا شيء عليه، وإن كثر أي شغله شغلا زائدا على المعتاد تندب إعادتها في الوقت،[4] وهذا ما ذكره اللخمي،[5] فمعرفة اليسير و الكثير من حديث النفس مرجعه إلى المعتاد.

5-مدى اعتبار العرف في حكم كثرة صلاة النوافل بالتيمم:

إن الحاضر الصحيح الذي فرضه التيمم لخوف المرض فيتيمم للجمعة وللجنازة وان لم تتعين وللسنن و النوافل ولو نوى بتيممه فرضا جاز له أن يصلي به نفلا بعده بشرط اتصاله بالفرض فإن فصله بطول أو خروج من المسجد أعاد تيممه إن أراد صلاة النفل فان كان

[1] محمد المدني الهاشمي،مرجع سابق،ص37.
[2] ابن رشد القرطبي,المقدمات والممهدات،تح:محمد حجي،دار الغرب الإسلامي،بيروت-لبنان،ط:1 سنة 1408ه-1988م،ج:1،ص107.
[3] محمد عليش، مرجع سابق، ص274.
[4] البرزلي، فتاوى البرزلي،تح:محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة2002، ج:1، ص410.
[5] هو أبو الحسن بن محمد الربعي المعروف باللخمي، كان فقيها فاضلا ذا حظ من الأدب، أخذ منه أبو عبد الله المازري وأبو الفضل النحوي، له تعليق كبير على المدونة سماه التبصرة، توفي سنة 478ه،(أنظر الديباج، ج:2، ص105).

الفصل يسيرا فهو مغتفر[1]، و تحديد الفصل هل هو يسير أم كثير؟ إنما يرجع فيه إلى العرف، وكذالك يشترط أن لا يكثر من النفل و تعتبر الكثرة بالعرف.[2]

6-قصر الصلاة في السفر:

إن الشخص لا يصير مسافرا بمجرد النية، لأن السفر على خلاف الأصل فلا لاتكفي فيه النية ويصير مقيما بها لأن الأصل الإقامة، كما لو نوى إقامة يوم وليلة في قرية وليس فيها أهله وفيها جواريه وولده وماله قصر، فإن كان فيها أهله أتم ولو صلى واحدة، لأن العادة تقوم مقام القصد والكون في هذا المكان إقامة في العادة فلا حاجة إلى النية.[3]

7-مسافة النداء للجمعة:

إن المسافة التي يسمع منها نداء الجمعة حددها المالكية على مسافة ثلاثة أميال-وثلاثة أميال تقدر ب827 كم بالقياسات المعاصرة- [4] من المصر بحيث يسمع منها النداء فيجب على كل من كان خارجا من المصر السعي إليها إن كان على بعد هذه المسافة أو أقل، وإنما حددها المالكية بثلاثة أميال وما قاربها لأن تلك عادة ما يسمع منه النداء إذا كانت الرياح ساكتة والأصوات هادئة، وكان المؤذن صيتا وذلك معلوم بالتجربة والعادة ممن جربه وامتحنه.[5]

8-الصلاة بعد العصر:

اختلف في المقصود بالنهي عن الصلاة بعد العصر هل هو الوقت أو هو نفس الصلاة؟ وعليه اختلف في صلاة الجنائز بعد العصر إن بقي من وقت العصر شيء، فمن قال الصلاة

[1]صالح عبد السميع الآبي الأزهري، مرجع سابق،ص65.
وهو أبو الحسن بن محمد الربعي المعروف باللخمي كان فقهيا، فاضلا ذا حظ من الأدب أخذ عنه أبو عبد الله المازري وأبو الفضل النحوي،له تعليق كبير على المدونة سماه التبصرة توفي سنة 478.(أنظر الديباج، ج:2).
[2]صالح عبد السميع الآبي الأزهري، مرجع سابق، ص65
[3]شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تح:سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي،بيروت، ط:1 سنة1994م، ج:2،ص363.
[4]ابن رشد الحفيد،مرجع سابق، ص396.
[5]أبي محمد عبد الوهاب علي ابن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تح: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان،ط:1 سنة 1418ه-1998م،ج:1،ص162.

لم يصل، ومن قال الوقت صلى، والصحيح أن المراد الصلاة لأنها صارت عرفا أسماء الصلوات، فمطلق اللفظ إليه يرجع والخطاب عليها يحمل كما قال ابن العربي.[1]

9-المدة بين الإقامة والقيام للصلاة:

إن الحد الذي يجب قيام الناس حيث تقام الصلاة متوقفة على أحوالهم فقد سئل مالك رحمه الله متى يجب القيام على الناس حيث تقام الصلاة ؟ فقال: لم اسمع بذلك بحد يقام له إلا أني أرى ذلك على قدر طاقة الناس، فإن منهم الثقيل و الخفيف ولا يستطيعون أن يكونوا كرجل واحد،[2] فمالك رحمه الله قد راعى أحوال الناس في ذلك.

10-حكم رفع الرجلين في الصلاة:

يكره للمصلي رفع رجليه عن الأرض إلا لعذر كطول قيام، أو وضع قدم على الأخرى لأنه عبث، وإقرانهما أي ضم الرجلين معا كالمقيد سواء اعتمد عليهما معا دائما أو روّح بهما بأن صار يعتمد على هذه تارة وعلى الأخرى تارة أخرى، أو اعتمد عليهما معا دائما إذا اعتمد أنه مطلوب في الصلاة وإلا فلا يكره، وعلة كراهته اشتغاله به عن الخشوع في الصلاة، واقتصاره على كراهة إقرانهما بجواز تفريقهما ومراده تفريقا معتادا لقول صاحب الطراز تفريقهما على خلاف المعتاد قلة وقار كإقرانهما، وإلصاقهما زيادة تنطع.[3]

11-حكم تتبع الشابة للجنازة:

للمرأة الشابة تتبع جنازة ولدها ووالدها وزوجها وأخيها إن كانت تخرج على مثله عرفا ويكره لها مع غيرهم.

وكره ابن حبيب مطلقا فقال: ويمنعهن الإمام من ذلك.[4]

المبحث الثاني: تطبيقات العرف في الصوم

[1] الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب،تخ:مجموعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي،بيروت،سنة 1401ه-1981م، ج:1، ص213.

[2] عبد الله معصر،مرجع سابق،ص25.

[3] محمد عليش، مرجع سابق، ص672.

[4] محمد عليش، مرجع سابق، ص457.

ومن بين المسائل في الصيام التي بناها فقهاء المالكية على العرف ما يلي:

1-وضح الصائم للحناء في رأسه:

سئل عن هذه المسألة الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله [1]عن حكم من جعل الحناء في رأسه هل يفطر أم لا؟ فأجاب: أما الحناء للصائم في رأسه فإن وجد طعمها في حلقه فلا شيء عليه والصواب ترك الصائم لذلك إلا مع العلم بأنه لا تصل بمجرى العادة،[2] وإن علم بعادته أنه تصل فعليه تركها.

2- صيام يوم الشك:

يوم الشك هو يوم الثلاثين من شعبان إذا كانت السماء مغيمة في ليلته، أو كانت السماء صحوا وأشيعت رؤية الهلال ولم تثبت عند الحاكم، وصيام يوم الشك منهي عنه[3] فقد جاء في الموطأ عن مالك أنه سمع أهل العلم ينهون أن يصام اليوم الذي يشك فيه من شعبان إذا نوى به صيام رمضان على غير رؤية، ثم جاء الثّبْتُ أنه من رمضان أن عليه قضاءه، ولا لا يرون بصيامه تطوعا بأسا، قال مالك وهذا الأمر عندنا والذي أدركتُ عليه أهل العلم ببلدنا،[4] وقال مسلمة: يكره صومه تطوعا،[5] وصيام يوم الشك منهي عنه إذا قصد به الإحتياط لرمضان مخافة أن يكون منه [6]وذلك لعدم جزم النية[7] ففي حديث عمار بن يسار رضي الله عنه:" من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم"،[8] وأما إذا لم يقصد

[1] هو فرج بن قاسم بن أحمد بن لب أبو سعيد الثعلبي الغرناطي، نحوي ، انتهت إليه رئاسة الفتوى في الأندلس، ولي الخطابة بجامع غرناطة، من تأليفاته الباء الموحدة والأجوبة الثمانية، ولد سنة 701ه -1302م وتوفي سنة782ه-1381م، (أنظر الأعلام للزركلي، ج:5، ص140).

[2] الونشريسي، مرجع سابق، ص428.

[3] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص 618.

[4] مالك بن أنس، الموطأ، دار الريان للتراث، القاهرة، ط:1 سنة 1408ه-1988م، ج:1، ص205.

[5] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان،ط:1 سنة1404ه-1984م،ج2، ص 116.

[6] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع سابق، ص618.

[7] صالح عبد السميع الآبي الأزهري، مرجع سابق،ص249.

[8] النسائي،كتاب السنن الكبرى، تح:حسن عبد المنعم، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط:1 سنة1461ه-2001م،كتاب الصيام، الحديث رقم 2509، ج:3، ص123.

بصيامه الإحتياط لرمضان لأجل عادة إعتادها بأن كانت عادته سرد الصوم تطوعا أو كانت عادته مثلا صوم يوم الخميس فصادف يوم الشك فلا يكره له صيامه[1].

3-مقدار الإمساك في يوم الشك:

يندب الإمساك عن المفطر في يوم الشك وذلك بقدر ما جرت العادة بالثبوت فيه من المارين والمسافرين وذلك بارتفاع الشمس إلى نصف قوس الزوال ليتحقق الحال من صيام أو إفطار، ولا يندب الإمساك فيه زيادة على ما تقدم لتزكية شاهدين، فإن كان ذلك قريبا فاستحباب الإمساك متعين وهذا ما ذهب إليه الحطاب[2]، وإذا كانت الشهادة بالرؤية نهارا أو ليلا والسماء مصحية وأخرت التزكية للنهار فلا إمساك أصلا، ولا يجب تبييت الصوم، وإن كانت السماء مغيمة وأخرت له فالمنهي إنما هو الإمساك الزائد على ما يتحقق فيه الأمر، وإن زكيا بعد ذلك أمر الناس بالإمساك والقضاء، وإن كانت في الفطر بأن رأيا هلال شوال واحتاجا للتزكية فصام الناس ثم زكّيا فلا إثم عليهم في صيامهم.[3]

4- وفي مفسدات الصوم اعتبروا العادة كمن خرج منه المني او المذي دون لذة أو بلذة ولكنها غير معتادة لا يفسد صومه[4].

4-كما أنهم اعتبروا العادة في القضاء و الكفارة في الصوم في مسائل منها:

فقد أوجبوا على من أنزل في نهار رمضان بالمباشرة أو غيرها وإن بإدامة فكر أو نظر فعليه القضاء و الكفارة وذلك إن كانت عادته الإنزال من استدامتها[5] ولو في بعض الأحيان،

[1]محمد العربي القروي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية،تح:عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط:1 سنة 1420ه-2000م، ص249.

[2]هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمان بن حسين الرعيني المعروف بالحطاب، أصله من المغرب ونسبه من المرابطين، ونسله موجود بمنطقة قرومة بالجزائر، من تأليفاته كتاب مواهب الجليل في شرح مختصر خليل وكتاب هداية السالك المحتاج في مناسك الحج، ولد بمكة المكرمة في رمضان سنة 902ه، (أنظر الأعلام للزركلي ، ج:7، ص58).

[3]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص117.

[4]محمد المدني الهاشمي، مرجع سابق،ص160.

[5]محمد العربي القروي، مرجع سابق، ص257.

ومن كانت عادته عدم الإنزال فخالف العادة فأنزل بعد الإستدامة فلا كفارة عليه، فإن لم يدمها فلا كفارة اتفاقا.[1]

وكذالك الإمناء بتعمد نظرة واحدة وإن لم يخالف عادته على الراجح فلا كفارة عليه أيضا[2].

واختلف في القبلة هل فيها كفارة إن أنزل؟ فقال مالك في المدونة لا كفارة فيها، وقال أشهب[3] وسحنون إلا أن يتابع، واتفقوا على شرط المتابعة في النظر، وقال اللخمي: والأصل لا تجب الكفارة إلا إذا قصد الإنتهاك فيجب أن ينظر إلى عادته، فمن كانت عادته أن ينزل عن قبلة أو مباشرة أو اختلفت عادته كفّر، وإن كانت عادته السلامة فلا يكفّر.[4]

كما أوجبوا القضاء والكفارة على المفطر إذا تأول لفطره إلى سبب غير موجود، أي معدوم شرعا، ويشمل ذلك من أصبح مفطرا لحمى تعودت أن تأتيه نهارا سواء أتته أم لم تأته، وكذالك من اعتادت حيضا فأصبحت مفطرة انتظارا له سواء حصل الحيض أم لم يحصل،[5] أما من خاف بصومه زيادة مرض أو تماديه أو تأخر البرء منه أو حصل للمريض شدة وتعب بالصوم بلا زيادة ولا تمادي وذلك يعلم بالتجربة في نفسه أي صار من عادته أنه يحصل له ذلك إذا صام جاز له الفطر.[6]

5- حكم إضرام النار والبارود والتلغراف لإعلام القرى الأخرى برؤية الهلال:

يثبت هلال رمضان بثلاثة أسباب رؤية العدلين أو المستضيفة، وكمال شعبان ونقل العدل الواحد، أما إيقاد النار و البارود وتلغراف فقد اختلف بثبوت الهلال بها، فمنهم من قال لا يجوز إحداث سبب رابع لثبوته فلا يثبت بإيقاد النار ولا بالبارود ولا بالتلغراف، ومنهم من رأى ثبوته فقد قال الشيخ ابن سراج[7]: إن الهلال يثبت بإيقاد النار، وقال محمد الرهوني الوزاني[1]بثبوته

[1]محمد عليش، ج2، مرجع سابق، ص183.
[2]محمد المدني الهاشمي، مرجع سابق، ص167.
[3]هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داوود القيسي العامري المصري، إنتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاسم، روى عن الليث، ولد سنة 140ه، توفي بمصر سنة 204ه بعد موت الشافعي ب28سنة،(أنظر شجرة النور الزكية، ص89).
[4]محمد عليش، ج2،مرجع سابق، ص138.
[5]محمد المدني الهاشمي، مرجع سابق، ص164.
[6]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص150.
[7]هو قاضي الجماعة أبو القاسم سراج بن محمد بن عبد الله بن سراج، كان أفضل زمانه وأعف أقرانه فقيها متفننا في العلوم، ولي الشورى بقرطبة وخطط بالوزارة، ثم ولي القضاء، توفي في شوال سنة 456ه-1063م وعمره نيف وثمانون سنة، (أنظر شجرة النور الزكية ص175).

أيضا بالبارود، وقال محمد عليش[2] بثبوته أيضا بالتلغراف، واعتمدوا في ذلك على العادة فإذا كانت العادة أن إيقاد النار والبارود والتلغراف لا تكون إلا إذا ثبت الشهر ثبوتا محققا وكانت العادة مطردة بذلك بحيث لا تتخلف أصلا فإن الشهر يثبت بذلك، وتحقيق ذلك أن أهل ذلك المحل أي محل البارود والنار والتلغراف ثبت عندهم الشهر بموجبه ولا إشكال ، ولما أرادوا نقله لغيرهم بسرعة كي يعزموا على الصوم ليلا أو يصبحوا بنية الإفطار وتعذر النقل إليهم بالرسول بسرعة، أنابوا تلك الأشياء عنه لسرعتها، فتلك الأمور الثلاثة إنما هي من باب النقل لما ثبت، وحيث كان الواحد كافيا في النقل هنا فتلك الأمور كافية فيه أيضا بل أحرى منه لأنها قد تفيد القطع، بخلاف نقل الواحد فلا يفيده فقد [3]جاء في المعيار جواب الشيخ القاضي أبو القاسم بن سراج عن إضرام النار من قرية إلى أخرى إعلاما برؤية الهلال، فأجاب: النار توقد علامة على رؤية الهلال حسبما ذكر إذا حصل لأهل القرية ثقة من أهل القرية الأخرى أنهم لا يوقدون النار إلا إذا رأوا الهلال بنوا عليه وإلا فلا،[4] والثقة تحصل إذا كان أهل القرية الأخرى لا يوقدون النار عادة إلا برؤية الهلال.

المبحث الثالث:تطبيقات العرف في الزكاة

كما جعل فقهاء الماكية المعتاد والمعروف مرجعا في بعض المسائل في الطهارة والصلاة

جعلوه كذلك مرجعا في بعض مسائل الزكاة ومن ذلك ما يلي:

1-حد الغني الذي يمنع من الصدقة:

[1]هوأبو عبد الله محمد بن أحمد الرهوني، حامل لواء االمذهب باليمين، أخذ عن الشيخ التاودي وأجازه إجازة عامة، من تأليفاته حاشية على شرح ميارة الكبير على المرشد المعين وحاشية على شرح الزرقانيعلى المختصر، ولد في ذي القعدة سنة 1459ه وتوفي سنة 1230ه،(أنظر شجرة النور الزكية ص542).

[2]هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بنأحمد بن عليش الطرابلسي، شيخ السادات المالكية ومفتيها، من تأليفاته شرح المختصر وشرح مجموع الأمير وحاشيته عليه وحاشية أقرب المسالك، توفي سنة1255ه،(أنظر شجرة النور الزكية ص552).

[3]أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، المملكة العربية السعودية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سنة 1412ه-1992م، ج:1، ص251.

[4]الونشريسي، مرجع سابق، ج:1،ص411.

اختلف العلماء في هذه المسألة فذهب الشافعي[1] إلى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطق عليه الاسم، وذهب أبو حنيفة إلى أن الغني هو مالك النصاب لأنهم الذين سماهم النبي صلى الله عليه وسلم أغنياء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ[2] له:(فأعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم)،[3] وإذا كان الأغنياء هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم، وقال مالك ليس فيه حد إنما هو راجع إلى الإجتهاد و يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والأمكنة والأزمنة وغير ذلك.[4]

2-مسألة إعطاء الفقير نصابا:

اختلف هل يعطى الفقير نصابا؟ قال اللخمي: (وأرى أن ينظر إلى زكوات الناس بذلك البلد، فإن كان يخرج به زكاة واحدة في العام وسع له في العطاء على قدر ما يرى أنه يغنيه إلى مثل ذلك الوقت إذا كان في الزكاة متسع لذلك، وإن كان يخرج به زكاتان العين والزرع أعطي من الأولى ما يبلغه الثانية إذا كان فيهما محمل لذلك، وإن كان يخرج به زكاة العين والحرث والماشية أعطي من كل واحدة ما يبلغه الأخرى،[5] فنلاحظ في كل ما سبق مراعاة حال الفقير.

3-حكم النقص اليسير من النصاب ودخول العرف فيه:

[1] هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ثقة حافظ وصاحب مذهب، حفظ القرآن وهم ابن سبع، وحفظ الموطأ وهو ابن العشر، من تأليفاته الرسالة والأم، ولد بغزة سنة 150ه، توفي سنة204ه، (أنظر الشيرازي أبو إسحاق، طبقات الفقهاء، تح: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت 1401ه، ص71).

[2] هو معاذ بن جبل ، صحابي وفقيه وقارئ قرآن وراوي للحديث النبوي من الأنصار من بني أدى من بني جشم بن الخزرج، أسلم وهو ابن 18سنة، توفي سنة 18ه،(أنظر سير أعلام النبلاء، ج:3، ص269).

[3] أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 1395، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، دار ابن كثير دمشق بيروت، ط:1 سنة 1423ه-2002م، ص838.

[4] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج:2، مرجع سابق، ص122.

[5] أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، تح:أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر ومركز نجيبوبية للمخطوطات وخدمة التراث، ط:2 سنة1433ه-2012م، ج:2، ص970.

إذا كان النصاب ناقصا نقصانا بينا فلا زكاة فيها إلا أن تجوز بجواز الوازنة، أما إذا كان ناقصا نقصانا يسيرا لا يؤثر ويجري مجرى الوازن في العادة والعرف جازت المسامحة به ووجبت فيه الزكاة خلافا لأبي حنيفة والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم:"في الرقة ربع العشر"[1] ولأن ذلك إذا كان غير مؤثر في العادة كان حكمه كحكم ما لم ينقص ولأن ما هذه سبيله لا اعتبار به في باب تعلق الأحكام بل يكون عفوا كاختلاف المكاييل ونقصان العشر حبات والعشرين حبة في الأوسق مما لا ينضبط في الكيل[2].

4- مدى اعتداد المالكية بالعرف فيما يؤخذ من صدقة الإبل:

ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة، وفيها شاة إلى عشر فشاتان، إلى خمسة عشر فثلاث شياه، إلى عشرين فأربع شياه، إلى خمسة وعشرين فبنت مخاض، فإن لم توجد فابن لبون ذكر، فإن لم يوجدا جميعا خير ربها على بنت مخاض إلا أن يعطي شيئا خيرا منها فليس للساعي ردها، فإن أبى فابن لبون لم يأخذه، إلى ستة وثلاثين فبنت لبون، إلى ستة وأربعين فحقة طروقة الفحل[3]، إلى إحدى وستين ففيها جذعة إلى خمسة وسبعين التي لها خمس سنين وليس في صدقة الإبل سن زائدة على الجذعة،[4] وقال المالكية أن الشاة المأخوذة في أول صدقة الإبل من غالب أغنام البلد من الضأن والمعز[5] بحسب حال غنم البلد، وقال في كتاب ابن سحنون: يعتبر حال المالك إذا كان مخالفا للبلد في غنمه،[6] وقالوا كذلك لأن في قوله صلى

[1] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، الحديث رقم 1484
[2] أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص256.
[3] شهاب الدين القرافي،الذخيرة، تح:محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة 1994م، ج:3، ص116.
[4] أبي عبد الوهاب بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص225.
[5] القرافي، ج:3، مرجع سابق، ص84.
[6] القرافي، ج:3، مرجع سابق، ص117.

الله عليه وسلم :"في خمسة من الإبل شاه"[1]فأطلق ولم يعين فوجب الرجوع إلى العرف، ولأنه لابد من أن يكلف الأعلى أو الأدنى، وفي تكليفه الأعلى إضرارا به وفي تكليفه الأدنى إضرارا بالفقراء فكان العدل هنا[2].

فإذا بلغت ستة وسبعين فبنتا لبون، إلى إحدى وتسعين فحقتان، فإذا بلغت عشرين ومائة إلى الثلاثين ومائة فقيل ليس فيها إلاّ ثلاث بنتا لبون حتى تبلغ ثلاثين ومائة، وقيل الساعي مخيّر فيما زاد على العشرين ومائة حتى تبلغ ثلاثين ومائة فإن شاء أخذ حقتين وإن شاء أخذ ثلاث بنات لبون، كما أنه مخيّر إذا بلغت مائتين في أربع حقاق أو خمس بنات لبون، وهذا كله قول مالك وأصحابه،[3] فقد خرج بعض المتأخرين على قول مالك: إذا لم يجد في المائتين إلاّ أحد السنين ليس له إلاّ إياه، فكذلك هاهنا، وقول يتغير الفرض بواحدة إلى ثلاث بنات لبون فزادت بعض واحدة لم يؤثر خلافا لبعض الشافعية حملا للزيادة على المعتاد.[4]

5-مدى اعتبار العرف في زكاة المقتات:

اختلف فقهاء المالكية في زكاة القطنية فذهب فريق إلى أنه لا زكاة في القطنية، منهم ابن سرين،[5] و الشعبي،[6] والثوري،[7] وابن أبي ليلى[1] وغيرهم، وذهب ابن عبد الحكم[2] أن الزكاة تجب

[1]أخرجه البخاري في صحيحة، كتاب الزكاة باب زكاة الغنم ص48.
[2]أبي عبد الوهاب بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص230.
[3]أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط:3، سنة1422ه-2002م، ص104.
[4]القرافي، ج:3، مرجع سابق، ص120.
[5]هو أبو بكر محمد بن سيرين البصري، التابعي الكبير والإمام القدير في التفسير والحديث والفقه وتعبير الرؤيا، توفي سنة 110ه بعد الحسن البصري بمائة عام،وكان عمره نيفا وثمانية سنة، (سير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، تح: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة ، ط:3 سنة 1405ه-1985م، ج:4، ص606).
[6]هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار، علامة العصر أبو عمرو الهمداني الشعبي، توفي سنة 104ه، (أنظر سير أعلام النبلاء، ج:2، ص295).
[7]هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، فقيه كوفي وأحد أعلام الزهد عند المسلمين وإمام من أئمة الحديث النبوي ، وواحد من تابعي التابعين، وصاحب واحد من المذاهب الإسلامية المندثرة الذي ظل متداولا حتى القرن السابع هجري، ولد سنة 97ه وتوفي سنة 161ه،(سير أعلام النبلاء ج:7، ص230).

على كل بلد فيما يكون عندهم من ذلك مقتاتا أصلا للعيش فمن ذلك التين، قال أبو الحسن ابن القصار[3]: يرجح فيه قول مالك، قال: وإنما تكلم على بلده ولم يكن التين عندهم، وإنما كان يجلب إليهم، وأما بالشام وغيرها ففيه الزكاة لأنه مقتات عندهم غالبا كما يقتات السمسم والتمر بالعراق، فيزكى التين في الشام ولا يزكى في المدينة.

وكذلك الكثير من أرياف الأندلس، وهو عندهم أصل للعيش ويعولون عليه لأنفسهم ولعيالهم كما يعول أهل اليمن على التمر أو قريب منه، فمن كان ذلك شأنهم وجبت عليهم فيه الزكاة، ومعلوم أن الإستعمال له والإقتيات به أكثر من الزبيب، ولم يختلف المذهب أن الزكاة تجب في الزبيب وهو في التين عند من ذكر أبين.

والقول بوجوب الزكاة في القطاني أحسن، لأنها تراد للإقتيات وإن كان غيرها أكثر ما يراد لذلك، وقول أبي محمد عبد الوهاب[4]:"إنها تجب في كل مقتات مدخر ليس بحسن إلا أن يكون أصلا للعيش"، وهذا هو الفرق بين ما تجب فيه الزكاة وبيم ما يحرم فيه التفاضل ولا تجب فيه الزكاة، كالجوز واللوز وما أشبه ذلك، لأنه وإن كان مقتاتا مدّخرا فإنه لا تجب فيه الزكاة لأنه ليس أصلا للعيش.[5]

7-وفي زكاة الخرص:

---

[1] هو أبو بكر عبد الرحمان بن أحمد بن ابراهيم بن أبي ليلى الأنصاري، إمام عدل متقن، تصدر للإسماع بالأندلس، تنافس الناس في الرواية عنه، ولد سنة 450ه وتوفي سنة 566ه،(أنظر شجرة النور الزكية ص215).

[2] هو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، أفضت إليه الرئاسة بصر بعد أشهب، روى عن مالك الموطأ، أعلم الصحابة بمختلف قول مالك، من تأليفاته المختصر الكبير والأوسط والصغير،(أنظر شجرة النور الزكية ص89).

[3] هو علي بن أحمد البغدادي أبو الحسن المعروف بابن القصار، له كتاب في مسائل الخلاف، قال الشيرازي: لا أعرف للمالكيين كتابا في الخلاف أكبر منه، وكان أصوليا نظارا، ولي الفضاء ببغداد، كان ثقة قليل الحديث، توفي سنة 398ه، (أنظر الديباج، ج:2، ص100).

[4] هو أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، أخذ عن أبي بكر الأبهري وحدث عنه وأجازه، تفقه عن كبار الصحابة، من تأليفاته المعونة والنصرة لمذهب مالك، ولد في شوال سنة 363ه وتوفي سنة 421هأو422ه، قبره قريب من قبر ابن القاسم وأشهب،(أنظر شجرة النور الزكية ص155).

[5] اللخمي، ج:2، مرجع سابق،1076 .

اقتصار زكاة الخرص على النخل والكرم دون غيرهما للإجماع، ولأن العادة مختصة بهما في أكلهما حال رطوبتهما دون غيرهما.[1]

8-زكاة ذوات الزيت:

الزكاة تجب فيما يراد منه زيته، وذلك في خمسة: الزيتون والجلجلان وحب الفجل وبزر الكتان والقرطم، على اختلاف في هذه الثلاث، فقال مالك في المدونة في حب الفجل الزكاة إذا بلغ خمسة أوسق،[2] وجاء في التبصرة تجب الزكاة في حب الفجل بمصر لأنه يراد للأكل وهو ما يكثر زيته[3]، وقال في المجموعة في بزر الكتان وحب القرطم لا زكاة فيهما، قيل له: إن بعض الناس يعصر منه الزيت الكثير، فقال: يزكي إن كثر، قال سحنون، وقد قال: لا زكاة فيه، قال: وهو أحب إلي، وقال ابن القاسم في كتاب محمد: لا زكاة في بزر الكتان ولا في زيته إذ ليس بعيش، وقيل في بزر الفجل أيضا لا زكاة فيه، ويلحق بهذه بزر السلجم إذا عمل بمصر، والجواز إذا عما بخرسان، وقد ذكر أنهم يعولون على زيتها في الأكل.

فأما الزيتون فالأصل فيه قوله تعالى:«وَهُوَ الَّذِي أَنشَأَ جَنَّاتٍ مَّعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ»[4] وقال:«وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ»[5]، ولأنه في البلدان التي هو بها مقتات وأصل للعيش، وكذلك الجلجلان باليمن والشام هو عندهم عمدة في الإستعمال للأكل ولا تجب فيه الزكاة عندنا بالمغرب على أصل المذهب أن الزكاة إنما تجب فيما كان مقتاتا أصلا للعيش لأنه إنما يراد للعلاج ويقام منه اللأدهان كالبنفسج والورود وما أشبه ذلك.[6]

10-زكاة عروض تقوم بما جرت به العادة أن تباع به وتزكى القيمة:

المراد بالعرض ما قابل الذهب والفضة، ولم تجب الزكاة في عينه فعرض التجارة ودين المدين قيمة كل منهما كالعين، فتزكى تلك القيمة إذا بلغت النّصاب أو ضمت لغيرها، فيقوم

[1] أبي عبد الوهاب بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص256.
[2] اللخمي، ج:2، مرجع سابق1077.
[3] الخمي، ج:2، مرجع سابق،ص1078.
[4] سورة الأنعام الآية141.
[5] سورة الأنعام اللآية 141.
[6] اللخمي، ج:2، مرجع سابق، ص1078

المدير عروضه عند كمال الحول بما تساوي حينئذ وبما جرت به العادة أن تباع به وتزكى القيمة.[1]

11-زكاة مال الإدارة المقروض:

اختلف فقهاء المالكية فيما أقرضه من مال الإدارة فقال ابن حبيب: لا زكاة عليه فيما أقرضه من ماله، يريد أنه خرج به عن التجارة، وعلى أصل ابن القاسم يزكيه إذا كان القرض أقل ماله، وقال مطرف[2] وابن الماجشون[3] عن مالك في كتاب ابن حبيب فيمن كان يبيع العروض بالعروض ولا ينضّ له شيء أنه يقوّم ويزكي وهذا مراعاة لاختلاف الناس،[4] فراعى فيه أحوالهم.

12-ما تخرج منه زكاة الفطر:

اختلف فقهاء المالكية ممّاذا تجب زكاة الفطر؟ فذهب قوم إلى أنها تجب إما من البر أو من التمر أو من الشعير أو من الزبير أو من الأقط، وأن ذلك على التخيير، وذهب قوم إلى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف إذا لم يقدر على قوت البلد،[5] ومرجع اعتبار غالب قوت أهل البلد قوله صلى الله عليه وسلم" أغنوهم في هذا اليوم"[6] وهم لا يستغنون عن الطلب إلا بوجود قوتهم المألوف لهم، فإذا ثبت ذلك فإن كان يقتات قوت أهل البلد أخرج منه[7] ولا يعتد بما يأكله المزكي في رمضان إذا كان يخالف أكل الناس ويجب أن يخرج مما يأكله عامة الناس، إلا إذا كان يأكل نوعا أجودا مما يأكله الناس، كأن يكون أغلب أكل الناس الشعير وكان هو يأكل القمح فيجوز له أن يخرج القمح، ولا يجوز العكس، فإذا لم يأكل الناس شيئا من الأصناف المتقدمة وأكلوا شيئا آخر مثل اللحم أو الفول أو غير ذلك فيجب الإخراج من غالب ما يأكلون.[8]

---

[1] المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي، مرجع سابق، ص274.

[2] هو عبد الرحمان بن المطرف بن سلمة، فقيه طليطلة وحافظها ومفتيها، كان أحفظ الناس وأعرفهم بطريق الفتيا، تفقه عند الشيخ محمد بن أبي جعفر، كان حافظا للمسائل، توفي سنة 498ه،(أنظر الديباج، ج:1، ص477).

[3] هو عبد المالك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمى الماجشون، كنيته أبو مروان، سمي بذلك لحمرة في وجهه، كان ضرير البصر، من الطبقة الأولى الذين انتهى إليهم فقه مالك، توفي سنة 212ه وقيل 213ه وقيل 214ه وهو ابن ستين سنة، (أنظر الديباج، ج:2، ص7).

[4] اللخمي، مرجع سابق، ص934.

[5] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج:2، مرجع سابق ،ص185.

[6] علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، تح:عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1422ه-2001م،ج:2، كتاب زكاة الفطر، الحديث رقم2108، ص348.

[7] أبي عبد الوهاب بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص267.

[8] الصادق عبد الحمان الغرياني، ج:2، مرجع سابق، ص75.

فنلاحظ مما سبق أن ماتخرج منه زكاة الفطر مبني على ما يتعارفه الناس بينهم وكان غالب قوتهم.

13-زكاة الفطر للزوجة غير المدخول بها:

قال أشهب: إذا دعي إلى البناء فلم يجد ما ينفق بقيت على الأب لبقاء الحاجة، وإذا أعسر الزوج سقطت عنه النفقة والفطرة، فإن أيسر بالنفقة فقط لم تلزمه الفطرة كفطرته ، ولا يلزمها لأنها لا تلزمها النفقة، قال أبو الطاهر: إذا لم يدع الزوج للدخول وسكت عنه، فلم تجب عليه الفطرة لأن العقد تمكين أم لا؟ قولان مبنيان على العوائد.[1]

المبحث الرابع: تطبيقات العرف في الحج.

ومن بين المسائل الفقهية في الحج التي مبناها المعتاد والمعروف عند المالكية ما يلي:

1-مدى اعتبار العرف في كون الحج على الفور أم على التراخي:

الحج واجب على من استطاعه مرة في العمر ولكن هل هو واجب على التراخي أم على الفور خلافبين العلماء، فذهب الباجي[2]وابن رشد والتلمساني[3] من المالكية وشهره الفاكهاني[4]أنه واجب وجوبا موسعا على التراخي، وفاقا للشافعي، وخوف الفوات وذهب ابن الحاجب إلى القول بأنه على الفور، وفاقا لأبي حنيفة، وكون الحج واجبا على التراخي لعام خوف الفوات أي تعذر الحج بتأخيره عنه فيتفق على فوريته ويختلف خوف الفوات باختلاف أحوال الناس قوة

[1]القرافي، ج:3، مرجع سابق، ص166.

[2]هو القاضي أبي الوليد الباجي سليمان بن حلف التميمي، رحل للمشرق سنة 426ه، حج أربع حجج وأقام بمكة أربعة أعوام، من تأليفاته التسديد إلى معلرفة التوحيد وبين المنهاج وفي نسخة السراج وأحكام الفصول في أحكام الأصول، شرح الموطأ في الإستفتاء والمنتقى، ولد سنة 403ه وتوفي سنة 474ه-1081م،(أنظر شجرة النور الزكية ص178).

[3]هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن مرزوق التلمساني الشهير بالخطيب، شيوخه نحو ألفي شيخ من أهل المشرق والمغرب منهم ابن رشد والشاطبي، من تأليفاته كتاب شرح العمدة في الحديث وشرح الأحكام الصغرى لعبد الحق، ولد سنة 710ه وتوفي سنة 781ه بالقاهرة، وقبره بين ابن القاسم وأشهب،(أنظر شجرة النور الزكية ص341).

[4]هو أبو حفص عمر بن أبي اليمن على بن سالم بن صدقة اللخمي الشهير بتاج الدين الفاكهاني، عالم متفنن في الحديث والفقه واالأصول والعربية، أخذ القراءات عن أبي عبد الله المازري، له شرح على العمدة في الحديث وشرح الأربعين النووية، ولد سنة654ه وتوفي بالأسكندرية سنة 734ه، (أنظر شجرة النور الزكية، ص331).

وضعفا وشبوبية وكهولية، وكثرة مرضوقلته، وأمن طريق وخوفه، ووجود مال وعدمه، وقرب بلد وبعده .[1]

2-مدى اعتبار العرف في الإستطاعة في الحج:

الإستطاعة هي إمكان الوصول لمكة بلا مشقة فادحة خارجة عن العادة،[2]والقدرة على الوصول إلى مكة تكون بثلاثة أشياء وهي: قوة البدن، إمّا راجلا وإمّا راكبا، والسبيل، وهي الطريق المسلوكة، ووجود الزاد المبلّغ ، وذلك معتبر بأحوال الناس ومختلف باختلاف عوائدهم، قال ابن حبيب:(الإستطاعة هي الزاد والراحلة)،[3]فهي معتبرة بحال المستطيع، فمن قدر على الوصول إلى البيت من غير تكلف بذله يخرج بها عن عادته لزمه ذلك، أي بذله سؤال الناس يخرجه عن عادته في بلده، أما إذا كان السؤال عادته في بلده فيجب عليه الحج، وكما لا يجب عليه التسلف إلا إذا كان عنده ما يوفي به دينه، وإن كان ممن لا يمكنه الحج إلا بالزاد والراحلة لم يلزمه إلا بحصولهما له، وإن وجد الزاد وعدم الراحلة لم يلزمه إلاّ أن تكون عادته المشي كالفيوج ومن جرى مجراهم فيلزمه، وأما إن وجد الراحلة وعدم الزاد لم يلزمه[4]إلا إذا كانتعادته السؤال وظن أن الناس يعطونه.[5]

وأما شرط إمكان السير فمن أحكام الإستطاعة وهو مختلف باختلاف عادات الناس في الأوقات[6]وعادتهم في الطرق من الأمن والخوف،[7]فإن كان في الطريق عدو قد تحقق طلبه للنفوس والفرات والقطع لا يكاد ينفع معه بذل مال إلا ما يشق ويعظم أو لا يؤمن غدره لتكرر ذلك منه، فإن الحج يسقطلقوله تعالى:«وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»"[8]وقوله أيضا:«وَلَا تَقْتُلُوٓاْ

[1]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص187.
[2] محمد العربي القروي، مرجع سابق، ص271.
[3]محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح:عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط:1 سنة1420ه-2000م، ص150.
[4]عبد الوهاب البغدادي المالكي، مرجع سابق، ص201.
[5]محمد العربي القروي، مرجع سابق، ص271.
[6]أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص316.
[7]عبد الوهاب البغدادي المالكي، مرجع سابق، ص201.
[8]سورة البقرة الآية195 .

أَنفُسَكُمۡ»،[1]ولأن المحصور بعدو له أن يتحلل من الإحرام بالحج، فكان بأن لا يلزمه قبل الدخول فيه أولى، وهل ذلك مانع من الوجوب أو الأداء ، محتمل والأقوى أن يكون مانعا من الأداء.

وأما إن علم من حال العدو أن يطلب شيئا من المال ولا يجحف بالناس ولا يشق ولا يؤثر قدره وأنه إذا بذل له مكّن الناس من الحج ولم يغدر بهم فإن الحج يلزم معه خلافا لمن منع ذلك، لأن ما يبذل له حينئذ يجري مجرى بعض النفقات والمؤن والضرائب التي لا يسقط معها فرض الحج ولا يؤثر في ذلك كونه جورا وظلما.[2]

2-الإغتسال في الحج:

قال المالكية يستحب أن يغتسل لأركان الحج كلها، أما الإحرام فلأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتسل له، وكذلك الصحابة، ويستحب للطاهر والحائض، لأنه أريد به التنظيف للعادة، ولأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر أن يأمر أسماء بالإغتسال وكانت نفساء.[3]

3-حكم إستعمال المحرم للعصفر:

الطيب ممنوع في الإحرام قليله أو كثيرة منع حظر تجب الفدية بتناوله ولا خلاف في ذلك، والأصل فيه أنها عبادة تمنع النكاح فمنعت الطيب كالعدة، ولا فدية في شمه ما لم يكن إتلاف، والعصفر ليس من الطيب لأنه من الريحان وليس في العادة التطيب به، فإن كثر جدا وكان ممن ينتقض فمن المالكية من يوجب الفدية ويجعله زينة ومقارنا للطيب.[4]

3- مدى اعتبار العرف في المني المفسد للإحرام:

يفسد الإحرام بالحج أو العمرة بخروج المني باللذة المعتادة بسبب قبلة أو ملاعبة وضم، أو بسبب استدعائه بيد أو استدامة تفكر أو نظر إلى ما يشتهى، أما إن من غير لذة معتادة فلا يفسد الحج ولا يلزم منه شيء، وكذلك لو خرج بالفكر والنظر من غير استدامة لا يفسد الحج

[1]سورة النساء الآية29 .
[2]أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص316.
[3]أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، مرجع سابق،ص330.
[4]أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص339.

ويلزم صاحبه هدي، ويلزم الهدي كذلك في القبلة على الفم، ولو لم يخرج معها شيء، وكذلك يجب الهدي في خروج المذي بسبب تفكر أو نظر ولو لم يدم النظر.[1]

4-صفة لباس المحرم واعتبار العرف فيها:

لا يجوز للرجل وقت الإحرام أن يلبس شيئا محيطا بعضو من أعضائه، كيده أو رجله، ومن باب أولى يحرم عليه شيء يحيط ببدنه كله، سواء كانت إحاطة الثوب بالعضو بخياطة، وتخليل وعقد، أو قفل بأزرار أو غير ذلك، وكذلك يحرم عليه لبس نعلا مقفلا وإنما يأتزر أي يلف على وسطه ثوبا يستر عورته، ويشده بالثني من أعلاه من غير ربط، أو تخليل، ولا يشده بتكة أو بخيط، ويرتدي المحرم بثوب آخر يلف به بطنه وكتفيه، ويجوز أن يكون بالثوب الذي يلتف به خياطة، أو أكمام، أو رقبة على هيئة رقبة القميص بشرط أن لا يلبسه لبسه المعتاد بل يلفه على نفسه منكسا، أو يشتمل به كما يشتمل بالثوب غير المخيط، فتحريم المخيط على المحرم إنما هو إذا لبسه على الهيئة المعتادة أما اشتماله به اشتمال الثوب غير المخيط فلا يضر.[2]

ويحرم على الرجل في الإحرام ستر رأسه بما يعد ساترا عرفا كالعمامة والخرقة والقلنسوة، ويجوز له اتقاء الشمس عن وجهه أو ريح بيده لأنها لا تعد ساترا عرفا، ورخص له لبس الخف المقطوع أسفل من الكعب، وشرط الترخيص في ذلك كون لبسه لعدم وجود نعل بالكلية أو لغلوه غلوا فاحشا بأن يزيد ثمنه على قيمته المعتادة فوق ثلثها.[3]

5-اعتبار العرف فيما ينفقه الأجير في السفر للحج:

إن ما ينفقه الأجير على نفسه في سفر للحج ذهابا من البلد إلى مكة ومنى وعرفة ورجوعا منها للبلد انفاقا بالعرف، أي المعروف بين الناس بلا إسراف ولا تقتير فيما يصلحه من كعك وزيت ولحم مرة بيع أخرى ووطاء ولحاف ولحاف وخفاف وثياب وشبهها، فيراعى العرف فيما ينفقه ابتداءا،وينبغي للمؤجر أن يبين للأجير النفقة بأن يقول حج عني وأدفع لك مائة دينار

[1] الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج:2، مرجع سابق، ص ص178.
[2] الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج:2، مرجع سابق، ص106.
[3] محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص305.

مثلا تنفق منها على نفسك كل يوم عشرة دراهم مثلا، فإن لم يبين له ذلك عند العقد أنفق على نفسه بالعرف.[1]

6-حكم النقصان في الطواف أو تركه جهلا:

إذا نسي الطائف بعض الطواف ولو بعض شوط أو تركه جهلا فيبتدئه إن كان فرغ سعيه وطال الزمن بالعرف أي إن كان طواف قدوم أو عمرة أو إفاضة يسعى عقبه، فإن كان تطوعا أو إفاضة لا سعي بعده اعتبر القرب والبعد من فراغ الطواف بالعرف، فإن قرب بنى وإن بعد ابتدأ.[2]

وفي الطائف إذا أصابته نجاسة أثناء طوافه في بدنه أو ثوبه وعلمها أثناء الطواف فعليه طرحها أو غسلها ويبني على ماتقدم من طوافه إن لم يطل، وإلا بطل لعدم موالاته، أما إذا لم يعلمها إلا بعد الفراغ من طوافه فلا يعيده، ويعيد ندبا ركعتي الطواف بالقرب، والقرب يعرف بالعرف، فإن طال فلا يعيده.[3]

المبحث الخامس:تطبيقات العرف في الأيمان والنذور

إن أصل المالكية في الأيمان محمولة على النية فإن عدمت فالسبب الذي أثار اليمين ليستدل منه عليها، فإن عدم حملت اليمين على العرف القولي لأنه غالب قصد الحالف إذا عري كلامه عن نية أوقرينة بساط ، ولأن كل متكلم بلغة يجب حمل كلامه على اصطلاح أهل تلك اللغة، وفروع ذلك كثيرة اقتصرنا على بعضها في ما يلي:

1- الحلف على الأكل والشرب:

من حلف : لا آكل طعاما لا يحنث بمجرد ذوقه بلسانه إذا لم يصل منه شيء إلى جوفه، ويحنث بشربه اللبن لأنه طعام، إلا إذا قصد بيمينه الأكل دون الشرب، ولا يحنث بشرب الماء

[1]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص207.
[2]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص246.
[3]محمد عليش، ج:2، مرجع سابق، ص247

ولو ماء زمزم لأنه لا يسمى طعاما عرفا، وإن سماه الشرع طعام، فالدلالة العرفية في اليمين مقدمة لأنها تعبر عن نية الحالف.[1]

3- الحالف أن لا يأكل بيضا:

للمالكية في الحالف ألا يأكل بيضا قولان، الأول يحنث حتى ببيض الحوت وهو قول ابن القاسم،[2] قال ابن حبيب: بيض الطير دون الحوت، لأن لفظ البيض لم يختص في العرف ببعض أنواعها،[3] والثاني لم يحنث إلا ببيض الدجاج وما جرت العادة بأكله من البيض عند أشهب.[4]

4-الحالف ألا يأكل إداما أو خبزا:

من حلف لا يأكل إداما يحنث بالإدام عرفا، وليس الملح منه، وحنثه أشهب بالملح لأنه عادة الضعفاء بمصر، والمعول في ذلك على العادة كالتمر والزيتون ونحوه، ووافق هذا القول الشافعي وخصصه الحنفية بما يضع فيه دون اللحم والشواء لقوله عليه الصلاة والسلام:" نعم الإدام الخل"[5]و"ائتدموا بالزيت فإنه من شجرة مباركة"،[6] والجواب عنه أنه مفهوم لقب لا حجة فيه،مسلمّ، ولكنه معارض بقوله عليه السلام:"اللحم سيد إدام الدنيا والآخرة"،[7] ولأن الإدام معناه الإئتلاف لأنه يؤلف الخبز مع النفس.

والحالف: لا يأكل خبزا وإداما لا يحنث بأحدهما عند أشهب، لأن العادة الجمع خلاف ما في المدونة.[8]

5-الحالف ألا يأكل عسلا:

[1]الصادق عبد الرحمان الغرياني، ج:2، مرجع سابق، ص375.
[2]محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، مرجع سابق، ص186.
[3]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص46.
[4]محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، مرجع سابق، ص186.
[5]أخرجه مسلم في صحيحه ، حديث(2051)، كتاب الأشربة، باب فضيلة الخل والتأدم به ، وهو في أبي داوود في الأطعمة في باب الخل، ج:2ص179.
[6] رواه الترمذي كتاب الأطعمة 43 باب: ما جاء في أكل الزيت رقم الحديث:1851 وقال هذا حديث غريب من هذا الوجه إنما نعرفه من حديث سفيان الثوري عن عبد الله بن عيسى وابن ماجه في كتاب الأطعمة باب الزيت برقم 3319.
[7] هذا جزء من حديث عن بريدة- رضي الله عنه- ذكره السيوطي في الجامع الصغير ونصه " سيد الإدام في الدنيا و الآخرة اللحم، وسيد الشراب في الدنيا والآخرة الماء وسيد الرياحين في الدنيا و الآخرة الفاغية
[8]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص 48.

يحنث الحالف لا يأكل عسلا بعسل القصب، وبالعسل مطبوخا، وبالفالوذج وبالخبيص، وبطعام فيه عسل، قال أشهب: لا يحنث بعسل القصب لأنه ليس العادة.[1]

6-الحالف ألا يأكل كبشا:

للمالكية قولان في هذه المسألة فمنهم من لاحظ العرف ومنهم من لاحظ اللغة، فمن لاحظ العرف ذهب إلى أن الحالف لا يأكل كبشا يحنث بكبار النعاج وصغارها لدخولها في الإسم، ولو قال كبشا ولم يقل كباشا لم يحنث بصغار الذكور ولا الإناث، قال ابن يونس: وكذلك الكباش لا يحنث بها عندنا في الصغار ولا الإناث الكبار لأنه العرف، ولاحظ محمد اللغة فقال: والحالف: لا يأكل نعجة أو نعاجا لا يحنث بصغار الذكور، والحالف: لا يأكل خروفا لا يحنث بالكبش، والحالف: لا يأكل تبسا أو تبوسا يحنث بالعتود[2]

دون العكس.[3]

7-من حلف ألا يأكل لحما:

اختلف علماء المالكية فيمن حلف ألا يأكل لحما، فقال ابن القاسم: يحنث بكل نوع من هذه الأنواع الأربعة (النعم والصيد والطير والسمك) وقال أشهب: لا يحنث إلا بأكل لحوم الأنعام دون الوحش وغيره مراعاة للعرف و العادة،[4] ولأنها المقصودة بالأثمان عادة.[5]

8-من حلف ألا يأكل رؤوسا فأكل رؤوس الحيتان:

اختلف فقهاء المالكية فيمن حلف ألا يأكل رؤوسا فأكل رؤس الحيتان،[6] قال أشهب أنه لا يحنث إلا برؤوس الأنعام لأنها المقصودة بالأثمان عادة،[7] فقد راعى دلالة العرف، ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث.[8]

---

[1]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص45.

[2]العتود: قال القاسم بن سلام في غريب الحديث :و العتود من أولاد المعز وهو ما قد شب وقوى ومن العتود حديث الرجل حين ذبح قبل الصلاة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعيد فقال: عندي عتود. ينظرغريب الحديث، أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى:224ه)، تح: محمد عبد المعيد خان،دار دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط:1، سنة 1384ه، 1964م،ج1، ص165.

[3]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص48.

[4]فريد عبد العزيز الجندي، ج:3، مرجع سابق،ص335

[5]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص47.

[6]ابن رشد الحفيد، ج:2، مرجع سابق، ص404.

[7]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص47.

[8]ابن رشد الحفيد، ج:3، مرجع سابق، ص404.

9-من حلف ألا يبيت على فراش أولا يستسرج بسراج فبات على الأرض، وجلس في الشمس:

اختلف في هذه المسألة هل يحنث أم لا؟ فذهب أصحاب الشافعي أنه لا يحنث لأن اللفظ لا يرجع إليهما عرفا، وأما المالكية فبنوه على أصلهم في الأيمان أنها محمولة على النية أو السبب أو البساط الذي جرت عليه اليمين، فإن عدم ذلك فالعرف.[1]

10-الحلف بطلاق أو عتاق:

ذهب الإمام مالك إلى القول بتأديب من حلف بطلاق أو عتاق إذا كان بالغا عالما معتادا للحلف بذلك ويكون ذلك جرحة في شهادته فيؤدب حنث أو لم يحنث و الأدب غير محدود عند مالك بل على ما يراه الإمام من ضرب أو شتم أو غيره و ذلك يختلف باختلاف الأشخاص و الأحوال.[2]

11-الحالف لا يهب لأجنبي أو امرأته دنانير:

اختلف في هذه المسألة فقال ابن القاسم: الحالف لا يهب لأجنبي أو امرأته دنانير فيكسوهما، أو يعطي الرجل فرسا أو عرضا، يحنث لأن المقصود بهذا في العادة تجنب النفع، فإن نوى الدنانير دون غيرها نوّي في الزوجة دون الرجل لأن العادة كراهة دفع الذهب للنساء لسوء نظرهن، وقال ابن يونس: ينوّى عندي في الرجل كالمرأة إذا علم من حاله سوء نظره في الذهب، قال أبو محمد: إنما يعني في الزوجة غير الثياب الازمة.[3]

12-الحالف لا يكلم فلانا:

من حلف لا يكلم فلانا فيؤم قوما هو فيهم فسلم من الصلاة عليهم، أو صلى خلفه عالما به فرد عليه سلامه من الصلاة لم يحنث لأنه ليس كلاما عادة.[4]

13-الحالف ليفعلن قبل البيات:

[1]فريد عبد العزيز الجندي، ج:3، مرجع سابق، ص334.
[2]الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، مرجع سابق،ص354
[3]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص33.
[4]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص48.

اختلتف فقهاء المالكية فيمن حلف ليفعلن قبل البيات فقال ابن القاسم: هو إلى الثلث الأول لأنه المقصود عادة، فقد لاحظ العرف، وقال أصبغ[1]: إلى غروب الشمس نظرا إلى اللغة.[2]

14-من حلف بأيمان المسلمين وحنث:

قل القرافي في الفرق الثامن و العشرين: مشهور فتاوى الأصحاب رحمهم الله تعالى فيمن حلف بأيمان المسلمين وحنث أنه يلزمه كفارة يمين، وعتق رقبة إن كان عنده أو كثروا، أو صوم شهرين متتابعين و المشي إلى بيت الله الحرام في الحج و العمرة، وطلاق امرأته، و التصديق بثلث ماله، ولا يلزمه اعتكافه عشرة أيام، ولا المشي إلى مسجد المدينة، ولا بيت المقدس، ولا الرباط في الثغور الإسلامية، ولا تربية اليتامى، ولا كسوة العرايا، ولا إطعام الجياع، ولا شيء من القربات غير ما تقدم، وسبب ذلك أنهم لاحظوا ما غلب الحلف به وما يجعل يمينا في العادة، فألزموه إياه لأنه المسمى العرفي، فيقدم على المسمى اللغوي.[3]

16-مدى اعتبار العرف في كفارة اليمين:

كفارة اليمين أربعة أنواع: إطعام وكسوة وإعتاق وصيام، وهي على التخيير بأيهما شاء أن يكفر مع القدرة على الآخرين فعل إلا الصوم فإنه لا يجزيه إلاّ مع العجز عن هذه الأنواع الثلاثة.

فأما الإطعام فهو أن يطعم عشرة مساكين لكل مسكين بالمد الأصغر إن كان بالمدينة ،وإن كان بغيرها من الأمصار فوسطها من الشبع وهو رطلان من الخبز بالبغدادي وشيء من الإدام، وقد قدر المالكية الإطعام بالمد أو زيادة يسيرة خلافا لأبي حنيفة[4] لقوله تعالى:" من أوسط ما تطعمون أهليكم" [5]والوسط المطلوب يكون من غالب عادات الناس، لا من الأدنى ولا من الأعلى،[6] وإنما فرق المالكية بين المدينة وغيرها لضيق العيش بها وتعذر الأقوات فيها وإتساعه في غيرها.[7]

[1]هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، من تأليفاته كتاب الأصول وكتاب تفسير حديث الموطأ وكتاب آداب الصيام، ولد سنة 150هـ، توفي بمصر سنة 225ه-839م، (أنظر شجرة النور الزكية، ص99).

[2]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص36.

[3]ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام، تخ: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة سنة 1423ه-2003م، ج:2، ص72.

[4]أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص423.

[5]المائدة الآية 89 .

[6]القرافي ج:4، مرجع سابق، ص133.

[7]أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، مرجع سابق، ص423.

وأما الكسوة فتقديرها ينصرف إلى المعنى الشرعي، لأن القاعدة حمل كل متكلم على عرفه، وليس في الشرع ما يتعلق بالكسوة إلا الصلاة.[1]

[1]القرافي، ج:4، مرجع سابق، ص135.

الخاتمة

الخاتمة:

نحمد الله تعالى الذي وفقنا لإتمام بحثنا، والذي توصلنا من خلاله إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نقتصر على ذكر أهمها فيما يلي:

1_أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد و تيسير أمورهم بمرونة تامة لأنها وحي من الله سبحانه وتعالى،فالتشريع الإسلامي بأصوله وقواعده راعى ظروف العباد و أثبت أنه صالح لكل زمان ومكان.

2_أن العرف هو ما يتعارفه أكثر الناس ويجري بينهم من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام،وما يتواضعون عليه من الأعمال ويعتادونه من شؤون الحياة مما لم يوجد في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

3_ هناك من العلماء من ذهب إلى أن العرف و العادة بمعنى واحد، وهناك من فرق بينهما، إلاّ أن الناظر لغالب كلام الفقهاء فيما يتعلق بالعرف في المسائل الفرعية يرى استعمالات الفقهاء لأحدهما مكان الآخر، فهما بمعنى واحد.

4_ أن العرف ينقسم إلى عدة أقسام، فينقسم إلى خاص و عام، وثابت و متغير، وصحيح وفاسد، وقولي وعملي وشرعي، ولما كان للعرف سلطان على النفوس فإن الشريعة الإسلامية اعتبرت ما كان منه صالحا للبقاء و ألغت الفاسد منه.

5_ أن الأعراف التي لم يقم دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها هي موضع نظر المجتهدين فيعتبر إذا كان مستجمعا لشروط اعتباره وإلا فلا اعتبار له.

6_ أن العرف قال به كافة المذاهب ووضعوا له قواعد متفرعة عنه مثل العادة محكمة والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

7_أن العرف أصل أصيل في المذهب المالكي وهو أوسع المذاهب أخذا به ويظهر ذلك جليا من خلال ما أوردناه من مسائل في باب العبادات التي كان للعرف أثر فيها ناهيك عن ابواب الفقه الأخرى.

8_ أن بعض المسائل في باب العبادات مبنية على العرف وهو رد على القائلين بعدم تأثيره فيها.

9_ أن موضوع العرف وتطبيقاته في فقه العبادات عند المالكية موضوع يستحق مزيد من الدراسة والتمحيص وبذل مزيد من الجهد للإحاطة بجميع المسائل التي بناها المالكية على العرف في العبادات.

فهرس الآيات

فهرس الآيات

« خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ».....30
« وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنكَرِ ».....31
«وَهُوَ الَّذِي أَنشَأَ جَنَّاتٍ مَّعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ».....53
«وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ».....53
«وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ».....56
«وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ».....56

فهرس الأحاديث

فهرس الأحاديث

"ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ..."....ص26،31

"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"....ص32

"نهى عن السدل في الصلاة وأن يغطي الرجل فاه"....ص41

"من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم"....ص45

"فأعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم"....ص49

"في الرقة ربع العشر"....ص50

"في خمسة من الإبل شاه"....ص51

"أغنوهم في هذا اليوم"....ص55

"ائتدموا بالزيت فإنه من شجرة مباركة"....ص60

"نعم الإدام الخل"....ص60

"اللحم سيد إدام الدنيا والآخرة"....ص60

فهرس الأعلام

_أحمد الرهوني الوزاني.....45
_أصبغ.....60
_أشهب.....45،53،57،58،59،60
_أبو إسحاق.....38
_الباجي.....53
_الجرجرجاني.....12،13
_الهمام.....13
_هند بنت عتبة.....30
_أبي هريرة.....39
_وهبة الزحيلي.....14
_أبو زهرة.....14،20
_ابن الحاجب.....37،53
_ابن حبيب.....35،37،38،43،52،53،58
_الحطاب.....44
_أبو حنيفة.....37،47،48،53،62
_أبو الحسن القصار.....50
_حافظ الدين النسفي .....9،12،13
_ابن يونس.....59،60
_يعقوب الباحسين.....14
_ابن أبي كف.....24
_ابن أبي ليلى.....49
_اللخمي.....40،45،47
_ابن المواز .....36،38
_محمد.....59،60

_أبي محمد عبد الوهاب.....50
_محمد عليش.....46
_مالك.....34،35،36،37،38،40،42،43،45،47،49،50،51،52،53،60
_ابن مسعود.....24،29
_معاذ بن جبل.....47
_مصطفى أحمد الزرقا.....11،13،14
_سحنون.....36،45،48،51
_أبو سنة.....10،14،16
_أبو سعيد بن لب.....43
_ابن سراج.....45،46
_ابن سرين.....49
_عائشة.....30
_عبد الوهاب خلاف.....11
_ابن عبد الحكم.....49
_ابن عابدين.....12،13
_أبو عبد الله القرطبي.....29
_ابن عطية.....10
_عمار بن يسار.....43
_ابن العربي.....13،29،42
_الفاكهاني.....53
_ابن فرحون.....12
_صالح عوض.....10،13
_ابن القاسم.....36،37،39،51،52،54،59،60،61
_القرافي.....13،29،37،42،61

_الرازي.....13
_ابن رشد.....34،35،36،53
_الشعبي.....49
_الشافعي.....47،48،53،58
_ابن تيمية.....14
_التلمساني.....53
_الثوري.....49

قائمة المصادر و المراجع

1_القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

2_أحمد، المسند، دار الحديث، القاهرة، ط:1 سنة 1416ه-1995م، ج:3.

3_أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، سنة 1987م.

4_أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر سنة 1947م.

5_أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، ط:2 سنة 1409ه-1415ه.

6_أسعد كاشف العطاء، العرف حقيقته وحجيته، سنة 1415ه.

7_ الألباني، صحيح سنن أبي داوود، مكتبة المعارف،الرياض، ط:1 سنة 1429ه-1998م.

8_ إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها في أحكام فقه الأسرة، المملكة العربية السعودية، سنة 1423ه-2003م، مذكرة ماجيستير.

9_باسم عبد الله عبيد، أثر العرف في التشريع الإسلامي(دراسة تأصيلية).

10_البرزلي، فتاوى البرزلي، تح: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة 2002، ج:1.

11_البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير ، دمشق-بيروت، ط:1 سنة 1423ه-2002ه

12_جمال كركار، أثر العرف في تغير الفتوى، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1430ه-2009م، رسالة ماجيستير.

13_ الجرجاني، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة

14_ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا-دمشق، ط:1 سنة 1406ه-1986م، ج:2.

15_أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، دار صادر،- بيروت، المجلد2.

16_أبي الوليد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تح: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط:1سنة1420ه-1999م، المجلد:1.

17_ الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تح: مجموعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة 1401ه-1981م، ج:1.

18_أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي.

19_حافظ الدين النسفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ج:2.

20_أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر ومركز نجيبوبية للمخطوطات وخدمة التراث، ط:2 سنة 1433ه-2012م، ج:2.

21_ الموسوعة الفقهية ، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، دار الصفوة، ط:1 سنة 1414ه-1994م، ج:30.

22_محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تح: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط:1 سنة 1420ه-2000م.

21_محمد حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية.

22_محمد يحي بن محمد المختار الولاتي، ايصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، تعليق: مراد بوضاية، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط: سنة 1427ه-2006م.

23_ محمد المدني الهاشمي، طريق السالك في فقه الإمام مالك، دار مكتبة المعارف، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1432ه-2011م.

24_محمد بن محمد بن عمر بن قاسم بن مخلوف، شجرة النور الزكية ، 1424ه-2003م.

25_ محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، ط:2 سنة 1427ه-2006م، ج:1.

26_ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دتر الفكر، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1404ه-1984م، ج:1.

27_ أبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تح: محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1418ه-1998م، ج:1.

28_محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، دار البيان الحديثية، المملكة العربية السعودية، ط:1 سنة 1422ه-2001م، ج:1.

29_محمد العربي القروي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، تح: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، ط:1 سنة 1420ه-2000م.

30_ مالك بن أنس، الموطأ، دار الريان للتراث، القاهرة، ط:1 سنة 1404ه-1984م، ج:2.

31_ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت-لبنان، المجلد الثالث والتاسع.

32_ابن المنذر النيسبوري، الأوسط في السنن والإجماع والإختلاف، تح: أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، ط:1 سنة 1993م، ج:5.

33_مسلم، صحيح مسلم.

34_ مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط:2 سنة 1425ه-2004م، ج:1.

35_ مشعل بن حمود بن فالح النفيعي ، المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، مذكرة دكتوراه بجامعة أم القرى.

36_ المختار بن العربي مؤمن الجزائري ثم الشنقيطي، العرف الناشر في شرح أدلة فقه متن ابن عاشر في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1425ه-2004م.

37_ ابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بالمختصر التحرير، تح: محمد الزحيلي والدكتور حماد، مكتبة العبيكان، السعودية سنة 1413ه-1993م، ج:4.

38_النسائي، كتاب السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط:1 سنة 1461ه-2001م، ج:3.

39_ سهيلة داهش، أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة(نماذج مختارة)، سنة 1438ه-2017م.

40_السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:6 سنة 2012ه.

41_ابن سعد، الطبقات الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1 سنة 1410ه-1990م، ج:8.

42_ سعاد سطحي، فقه الطهارة والصلاة في المذهب المالكي، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1436ه-2011م.

43_ سعود عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة.

44_ عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض-مكة المكرمة، ج:1.

45_ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1954م.

46_ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه.

47_ عبد الكريم النملة، إتحاف ذوي البصائر شرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة الرشد، الرياض، ط:7 سنة 1434ه-2013م.

48_عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط:1 سنة 1420ه-1999م، المجلد:3.

49_ عبد الكريم النملة، الشامل في أصول الفقه، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية- الرياض، ط:1 سنة 1430ه-2009م، المجلد:3.

50_ عبد الله بن تمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، دبي، ط:1 سنة 1430ه-2009م.

51_ عبد الله معصر، مسائل الإمام مالك من خلال الموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط:1 سنة 2009م.

52_أبو عبد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي، غريب الحديث، تح:محمد عبد المعيد خان، دار دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، ط:1، ج:1.

53_ أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، المملكة العربية السعودية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سنة 1412ه-1992م، ج:1.

54_ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، ج:8.

55_ ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، لبنان، ط:3 سنة 1424ه-2003م، القسم الثاني.

56_ عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، سنة 1397ه-1977م.

57_ عادل بن عبد القادر ولي قوتة، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكية، السعودية، ط:1 سنة 1418ه-1998م، ج:1.

58_ أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط:3 سنة 1422ه-2002م.

59_ عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب.

60_ ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، دار التراث، سنة2011م.

61_ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام، تح: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة سنة 1423ه-2003م، ج:2.

62_ ابن فاس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ج:4.

63_ فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك(أدلته العقلية)، دار التدمرية، الرياض، ط:1468ه-2007م، المجلد: 2.

64_ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، لبنان، ط:1 سنه 1423ه-2002م، ج:1و2.

65_ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

66_ شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تح: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة 1994م، ج:3.

67_ شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة 1994م، ج:1و4.

68_شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تح: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط:1 سنة 1994م، ج:2.

66_ الشيرازي، طبقات الشافعية، تح:إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، سنة 1401ه.

67_ شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، تح: مجموعة من المحققين بإشراف الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط:3 سنة 1405ه-1985م.

68_ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: صبحي حسن خلاف، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة، ط:1 سنة 1415ه، ج:1و2.

69_ ابن رشد القرطبي، المقدمات والممهدات، تح: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط:1 سنة 1408ه-1988م، ج:1.

70_خير الدين محمد الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط:15 سنة 2002م.

71_ خالد رمضان حسن، معجم أصول الفقه، دار الروضة، مصر.

فهرس
الموضوعات

الإهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ
الأهمية	ب
الأهداف	**ب**
الأسباب	**ب**
الدراسات السابقة	**د**
إشكالية البحث	**د**
منهج البحث	**و**
صعوبات البحث	**و**
خطة البحث	**ز**
الفصل الأول: مفهوم العرف وحجيته	
المبحث الأول:تعريف العرف و العادة، و العلاقة بينهما	**9**
المطلب الأول: تعريف العرف	**9**
أولا: تعريف العرف لغة	**9**
ثانيا: تعريف العرف اصطلاحا	11
المطلب الثاني: تعريف العادة	11
أولا: تعريف العادة لغة	11
ثانيا: تعريف العادة اصطلاحا	12
المطلب الثالث: العلاقة بين العرف و العادة	12
أولا: أن العرف و العادة لفظان مترادفان	13
ثانيا: أن العرف أعم من العادة	13
ثالثا: أن العادة أعم من العرف	14

المبحث الثاني: أقسام العرف	**14**
المطلب الأول: تقسيم العرف باعتبار من يصدر منه	14
أولا: العرف العام	15
ثانيا:العرف الخاص	15
المطلب الثاني: تقسيم العرف باعتبار سببه	16
أولا: العرف القولي	16
ثانيا: العرف الفعلي	17
المطلب الثالث: تقسيم العرف باعتبار حكمه	17
أولا: العرف الصحيح	17
ثانيا:العرف الفاسد	18
المطلب الرابع: تقسيم العرف باعتبار ثبوته واستقراره	18
أولا: العرف الثابت	18
ثانيا: العرف المتبدل	19
المبحث الثالث: شروط العرف	**20**
أولا: أن يكون العرف مطردا أو غالبا	21
ثانيا: أن يكون العرف عاما	22
ثالثا: أن لا يكون العرف مخالفا لنص شرعي	23
رابعا: أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف	24
خامسا: أن لا يعرف العرف تصريح بخلافه	25
سادسا: أن يكون العرف ملزما	26
المبحث الرابع:قواعد العرف	**26**
العادة محكمة	27

المعروف عرفا كالمشروط شرطا	27
استعمال الناس حجة يجب العمل به	28
الحقيقة تترك بدلالة العادة	28
لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأحوال	28
التعين بالعرف كالتعين بالنص	29
إنما تعتبر العادة إذا اطردت أوغلبت	29
العبرة للغالب الشائع لا للنادر	29
المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	29
الممتنع عادة كالممتنع حقيقة	30
الإذن العرفي كالإذن اللفظي	30
المبحث الخامس: حجية العرف	**30**
1من الكتاب	31
2 من السنة	32
3 من الإجماع	32
4 من المعقول	32
الفصل الثاني: تطبيقات المالكية للعرف في العبادات	
المبحث الأول: تطبيقات العرف في الطهارة و الصلاة	**35**
المطلب الأول: تطبيقات العرف في الطهارة	35
الماء الطاهر في نفسه الغير مطهر لغيره	35
مدى اعتبار العرف في مدة الحيض	36
مدى اعتبار العرف في مدة النفاس	36
مدى اعتبار العرف في علامة الطهر	37
مدى اعتبار العرف في الأحداث الموجة للوضوء	37

مدى اعتبار العرف في المني الموجب للغسل	38
مدى اعتبار العرف في الموالات في الوضوء	39
مدى اعتبار العرف في شروط المسح على الخفين	39
مدى اعتبار العرف في بعض أحكام الوضوء	40
المطلب الثاني: تطبيقات العرف في الصلاة	**40**
مدي اعتبار العرف في تغطية الأنف في الصلاة	41
مدى اعتبار العرف في سجود السهو	41
أحكام الرعاف ودخول العرف فيه	42
مدى اعتبار العرف في حكم صلاة من يعرض له من حديث النفس	42
مدى اعتبار العرف في حكم كثرة صلاة النوافل بالتيمم	43
قصر الصلاة في السفر	43
مسافة النداء للجمعة	43
الصلاة بعد العصر	44
مدى اعتبار العرف في المدة بين الإقامة و القيام للصلاة	44
حكم رفع الرجلين في الصلاة	44
حكم تتبع الشابة للجنازة	44
المبحث الثاني: تطبيقات العرف في الصوم	**45**
وضع الصائم للحناء في رأسه	45
صيام يوم الشك	46
مقدار الإمساك في يوم الشك	46
مفسدات الصوم	46
اعتبار العادة في القضاء و الكفارة في الصوم	47
حكم إضرام النار و البارود و التلغراف لإعلام القرى الأخرى برؤية الهلال	48

المبحث الثالث: تطبيقات العرف في الزكاة	**48**
حد الغني الذي يمنع من الصدقة	**49**
مسألة إعطاء الفقير نصابا	**49**
حكم النقص اليسير ودخول العرف فيه	**50**
مدى اعتداد المالكية فيما يأحذ من صدقة الإبل	**51**
مدى اعتبار العرف في زكاة المقتاة	**52**
مدى اعتبار العرف في زكاة الخرص	**53**
مدى اعتبار العرف في زكاة ذوات الزيت	**53**
زكاة العروض تقوم بما جرت العادة أن تباع به وتزكى القيمة	**54**
مدى اعتبار العرف في زكاة مال الإدارة المقروض	**54**
اعتبار العرف فيما تخرج منه زكاة الفطر	**55**
مدى اعتبار العرف في زكاة الفطر للزوجة غير المخول بها	**55**
المبحث الرابع: تطبيقات العرف في الحج	**55**
مدى تأثير العرف في كون الحج على الفور أم على التراخي	**56**
مدى اعتبار العرف في الاستطاعة في الحج	**57**
الإغتسال في الحج	**57**
حكم استعمال المحرم للعصفر	**57**
مدى اعتبار العرف في المني المفسد للإحرام	**58**
صفة لباس المحرم واعتبار العرف فيه	**58**
مدى اعتبار العرف فيما ينفقه الأجير على نفسه في سفر الحج	**59**
حكم النقصان في الطواف أو تركه جهلا	**59**
المبحث الخامس: تطبيقات العرف في الأيمان و النذور	**59**

الحلف على الأكل و الشرب	**60**
الحالف ألا يأكل بيضا	**60**
الحالف ألا يأكل إداما أو خبزا	**60**
الحالف ألا يأكل عسلا	**60**
الحالف ألا يأكل كبشا	**61**
الحالف ألا يأكل لحما	**61**
من حلف ألا يأكل رؤوسا فأكل رؤوس الحيتان	**61**
من حلف ألا يبيت على فراش أو يستسرج بسراج فبات على الأرض و جلس على الشمس	**62**
من حلف بطلاق أوعتاق	**62**
الحالف لا يهب لأجنبي أو امرأته دنانير	**62**
الحالف لا يكلم فلانا	**62**
الحالف ليفعلن قبل البيات	**62**
من حلف بأيمان المسلمين وحنث	**63**
مدى اعتبار العرف في كفارة اليمين	**63**
الخاتمة	**66**
فهرس الآيات	**68**
فهرس الأحاديث	**70**
فهرس الأعلام	**75**
قائمة المصادر و المراجع	**81**
فهرس الموضوعات	**88**