العـــرف وتطبيقاته المعاصرة في فـــروع الفقه المالكي

د. ابتسام صدقي الهنقــاري*
كلية التربية الزّاوية ، جامعة الزاوية، ليبيا .
a.alhinqari@zu.edu.ly
تاريخ الارسال 2025/11/8م تاريخ القبول 2026/1/23م

Custom and its contemporary applications in branches of Maliki jurisprudence

Ibtisam Sidqi Al-Hangari*
University of Al-Zawiya / Faculty of Education, Al-Zawiya
a.alhinqari@zu.edu.ly

Research Summary:
Custom is one of the sources of Islamic legal rulings that ensures the flexibility and suitability of Islamic law for all times and places, especially among Maliki scholars. They consider custom to be evidence for Islamic legal rulings, restricting the absolute with it, and specifying the general from the legal texts with it. Custom, in their view, is the basis for the branches of jurisprudence in all chapters of jurisprudence, both in the past and in the modern era, and they built upon it the fundamental and jurisprudential rules.
Keywords: Custom, Maliki jurisprudence, branches, fundamental principles

الملخّـص :

العــرف من مصادر الأحكام الشرعية التـي تضـمن للشـريعة الإسـلامية المرونـة والصلاحية لكل زمان ومكان ، خاصة عند علماء المالكية ، فهم يعتبرون العرف دليلا للأحكام الشرعية ، يقيدون به المطلق ، ويخصصون به العام من النصوص الشرعية ، والعرف عندهم أساس للفروع الفقهية في جميع أبواب الفقه قديما وفي العصر الحـديث ، وبنوا عليه القواعد الأصولية والفقهية.
الكلمات المفتاحيـــة : العرف ، الفقه المالكي ، الفروع ، القواعد الأصولية .

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على نبينـا الكـريم سـيدنا محمـد المبعـوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحابته الطيبين ، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .

وبعد

فالعُرف من مصادر الأحكام الشرعية التي تحقق للشّريعة الإسلامية الاستمرار

حقوق النشر © للمؤلف/للمؤلفين 2025. ينشر هذا البحث بموجب رخصة المشاع الإبداعي Creative Commons (CC BY-NC 4.0)

والصلاحية لكل زمان ومكان ، فالزمن متطور ، والحوادث متغيرة حسب المكان والزمان ، والأحوال ، فيساهم العرف في بناء أحكام جديدة تحقق مصالح الناس حسب التغيرات ، فتكون أحكام الشريعة محققة لمنفعة الناس في كل زمان ومكان ، فيتحقق لها الاستمرار ، والاستيعاب لكل جوانب حياة المسلم ، وما دفعني لاختيار هذا الموضوع أنه قابل للتجدد والتطوير ، وامكانية ربطه بالمستجدات المعاصرة ، واستنباط أحكام شرعية مناسبة لها .

إشكالية وتساؤلات البحث :

1- ما هو العرف المعتبر كدليل من أدلة الأحكام الشرعية؟

2- هل يعتمد علماء المالكية على العرف في وضع الفروع الفقهية ؟

3- ما دور العرف في تفسير النصوص الشرعية، وبناء القواعد الأصولية والفقهية ؟

وهدف هذه الدراسة الإجابة على هذه التساؤلات ، بدأتها بالتعريف بالعرف ، وبيان أنواعه وشروط اعتباره ، ثم بيان حجيته كدليل لأحكام الشريعة ، ثم قمت بجمع بعض التطبيقات الفقهية من فروع الفقه المالكي المختلفة قديما ، وفي الواقع المعاصر ، لبيان صلاحية العرف في كل زمان لاستنباط وبناء أحكام فقهية صالحة للتطبيق ، واتبعت في ذلك منهج الاستقراء والتحليل ، وقسمت الدراسة إلى جزئيات على النحو التالي :

تعريف العرف لغة واصطلاحا .

شروط اعتبار العرف . أنواع العرف . وحجية العرف . وأثر العرف في استنباط الأحكام ، و تفسير النصوص الشرعية " تخصيص العموم ، تقييد المطلق ، وتغير الأعراف بتغير الزمان والمكان ، وتطبيقات لفروع فقهية بنيت على العرف ، وبعض القواعد الأصولية والفقهية المبنية على العرف . ثم الخاتمة .

تعريف العرف :

العرف في اللغة من المعروف ، ويعني الخير ،والرفق ، والاحسان ، وهو ضد المنكر[1] .

وفي اصطلاح الأصوليين : هو ما تعارفه الناس وساروا عليه ، من قول ، أو فعل ، أو ترك ، ويسمى أيضا العادة ، فهي لا تفترق عنه عند الشرعيين[2] .

شروط اعتبار العرف :

يُشترط لاعتبار العرف دليلا للأحكام الشرعية شروطا هي[3] :

1- أن لا يخالف نصوص الشريعة الإسلامية ، فإن تعارض العرف أو خالف النصوص فلا اعتبار له .

2 ـ أن يكون العرف مطّردا أو غالبا ، ومعنى ذلك أن يشتهر العمل بالأعراف المتجددة في كل العصور ، والأماكن ، مع تغير الأحكام إذا تغيرت الأعراف التي بنيت عليها ، وإن لم يكن الأمر كذلك يجب أن يكون هذا التخلف نادرا ، وإلا فلن يتحقق هذا الشرط .

3 ـ أن يكون عاما متعارفا عليه عند جماعة المسلمين المنطبقة عليهم أحكامه .

4 ـ أن لا يكون العرف طارئا ، بمعنى يكون موجودا متعارفا عليه عند التصرف أو قبله ، يقول الإمام الشاطبي : (إن العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، والأحوال لا يصح أن يقضى بها البتة حتى يقوم دليل على الموافقة ، وكذلك المستقبل ، ويستوي في ذلك العادة الوجودية والشرعية)[4].

أنواع العـــرف :

العرف الشّـــرعي يغلب فيه استعمال اللفظ للدلالة على المعنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن حال التخاطب به ، و العرف أنواع :

1ـ العـــرف القـــولي : وهو ما يتعارف عليه الناس بينهم من قبيل الألفاظ ، مثل إطلاق لفظ الدابة على كل ما يدب على الأرض ، وهو الاستعمال اللغوي الأصلي ، ولكن الناس تعارفوا على إطلاق لفظ الدابة على أنواع مخصوصة من ذوات الأربع ، كالفرس ، والحمار ، وصار هذا المعنى العرفي هو المتبادر عند إطلاق اللفظ [5].

2ـ العرف العملي : وهو ما يتعارف عليه الناس من الأعمال التي اعتادوها في معاملاتهم ، وأعمالهم ، مثل بيع المعاطاة ، فيصح به البيع [6] ، وكذلك تعارف الناس على تعجيل بعض المهر ، وتأجيل بعضه ، ويصح بذلك النكاح .

3ـ العرف العام : وهو ما يتعارف عليه الناس في كل البلدان ، مثل عقد الاستصناع [7]، وكون النقود أثمانا للأشياء ، وهو أمر متعارف عليه ومعمول به في كل البلدان .

4 ـ العرف الخاص : وهو ما يتعارف عليه الناس في بعض البلدان ، مثل إطلاق الدابة على الفرس خاصة عند أهل العراق ، وإطلاقه على الحمار في بلدان أخرى[8] .

حجية العُـــرف :

اتفق العلماء على اعتبار العرف الصحيح حجة شرعية [9] يستدل بها على الأحكام الشرعية ، ولكن اختلفوا في العرف من جهة اعتباره مصدرا مستقلا من مصادر الأحكام الشرعية أم لا ؟ ولهم في المسألة قولان :

الأول : قول الحنفية والمالكية وابن القيـــم ، ويرى القائلون به أن العرف حجة مستقلة على الأحكام الشرعية .

والثاني : قول الشافعية ، وهو أن العرف لا يصلح أن يكون حجة ودليلا على الأحكام الشرعية إلا إذا كان مستندا إلى دليل شرعي[10] .

والملاحظ بناء على ما سبق اتفاق العلماء على اعتبار العرف مصدرا ودليلا للأحكام الشرعية .الأدلة

استدل أصحاب القول الأول بقوله – تعالى -: ﴿ **خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ**﴾ الأعراف 199 ، مفهوم الآية أمر من الله - تعالى - بوجوب الرجوع إلى ما اعتاده الناس ، وجرى تعاملهم على وفقه ، وهو دليل على حجية العمل بالعرف ، وقوله - تعالى -: ﴿ **وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾ البقرة 233 ، فتحديد الرزق والكسوة وما يتعلق بهما من حيث المقدار والنوع يكون على حسب العرف ؛ لأن الله تعالى أمر بذلك ، وقوله - تعالى - ﴿ **وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾النساء 25 ، في الآية - أيضا - إرشاد إلى وجوب إعطاء المهر للزوجة بحسب الاتفاق والمتعارف عليه ، وقوله - تعالى - : ﴿ **مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ** ﴾ " المائدة 89 ، فالآية لم تحدد الوسط ، بل جعلته راجعا للعرف والعادة المعمول بهما في كل عصر ، ومكان ؛ لأن طعام الناس وما يتعلق به يختلف من بلد لبلد ، ومن عصر لعصر آخر ، فيراعى ذلك في إطعام المساكين في الكفارة ، فيكون تقديره بحسب ما يجري به العرف في زمن وبلد الحانث .

- قوله صلى الله عليه وسلم " **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** " [11] ، رد النبي صلى الله عليه وسلم تحديد مقدار نفقة الرجل على زوجته إلى العرف ، حسب الأحوال والأشخاص، والأماكن ، والأزمان ، فتعطى المرأة ما تعارف الناس على أنه يكفيها من الطعام والكساء ونحوهما ، قال النووي :" في هذا الحديث فوائد منها ، اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي " [12]، وقوله صلى الله عليه وسلم " **ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن** " [13] ، يدل الحديث على حسن ما تعارف عليه الناس ، وإقرار الشرع له .

- وأما المعقول ، فهو يدلّ على أن للعرف سلطان كبير على النفس ، وتتقبله الطباع السليمة بالتوافق على القبول ، إضافة إلى أن العرف القولي يكون مقدما على اللغة ؛ لأنه يكون عليه استعمال اللفظ في غير المسمى اللغوي ، فيكون ناسخا للغة ، والناسخ مقدم على المنسوخ [14].

والعرف من باب اعتبار الشارع للمصالح ؛ لأنه يحقق مصالح الناس في كل زمان

ومكان ، وتحقيق المصلحة أصل ثابت في أحكام الدين ، وبذلك نستنبط دوام اعتبار الأعراف في وضع الأحكام [15].

أثـــر العرف في استنباط الأحكام :

1- تفسير النصوص " تخصيص العموم ، تقييد المطلق " : تخصيص النصوص الشرعية بالعرف يحقق المرونة للشريعة الإسلامية دون تعارض مع النصوص الثابتة ؛ لذلك يراعى العرف عند تفسير نص شرعي عام عند المالكية ، كقوله - تعالى - : ﴿**الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ** ﴾ البقرة 180، فمن أوصى لأولاده ، فهل يدخل فيهم أولاد البنات أم لا؟ فعلى مذهب الإمام مالك ، وعلى اعتبار الحقيقة اللغوية يدخلون ذكورا وإناثا ، وعلى اعتبار العرف الشرعي ، وأعراف الناس يخرج أولاد البنات ، ويقتصر " يخصص" اللفظ بالوارثين فقط [16].

كذلك الألفاظ إذا أطلقت ، ووقع التنازع فيها كان الأولى فيها أن تحمل على العرف اللغوي والشرعي ، قال - تعالى - : ﴿ **وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجاً** ﴾ نوح7 ، ثم أطلق اللفظ من هذا حمل على العرف ، والغالب من السراج هو المصباح ، وقوله تعالى " ﴿**فَضَحِكَتْ فَبَشَّرْنَٰهَا** ﴾ هود 71، فالمراد بالضحك الحيض، ولو قال : إذا ضحكت فأنت طالق ، لم يتعلق الحكم إلا بالضحك المعقول في العرف [17].

ويعد قوله - تعالى - : ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ** ﴾ الطلاق 7، نص مطلق في وجوب النفقة ، لكنه لم يحدد مقدارها ، ولا كيفيتها ، وقد قيد هذا الإطلاق بعرف الناس فيتم تحديد مقدار النفقة بحسب مستوى المعيشة ، والأعراف المعمول بها بين الناس ، والعرف من المقيدات المعتبرة في الشريعة الإسلامية ، فهو دليل من أدلة الأحكام الشرعية ، وكذلك قوله – تعالى- : ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾ النساء 19، نص مطلق في إيجاب معاشرة النساء بالمعروف ، ولفظ "المعروف " غير مقيد ، فاعتبر في تقييده العرف السائد ، ومما يعد من المعروف المتعارف عليه في العصر الحديث تأمين المنزل المستقل للزوجة مثلا ، وتوفير مستلزمات الحياة المعاصرة ، و حديث " من أحيا أرضا ميتة فهي له" [18] ، مطلق في لفظه ، وهو مقيد بالعادة والعرف .

والتخصيص يكون بالعرف القولي السابق أو المقارن للعموم ، أما الطارئ فلا يتم به التخصيص ، كذلك العـــرف العملي المقارن يخصص به العموم عند الإمام مالك ، ومنع القرافـــي ذلك وذكر أن العادة الفعلية لا تصلح لتخصيص العموم بها [19] .

2 ـ بيان المصطلحات المختلف فيها :

يختلف الفقهاء في تحديد المعنى المراد من بعض المصطلحات الفقهية ، فيكون العرف هو المحدد للمعنى الذي تستعمل فيه هذه الألفاظ ، مثل أهل السوق أعلم بأسعار العمل ، وأهل الصناعة أعلم بالصناعة ، فيدخل العرف في تعيين حقيقة الأشياء ، فيسير الناس في معاملاتهم على ما تعارفوا عليه ، ومن تطبيقات ذلك :

ـ تحديد معنى الفقير الذي يعطى من الزكاة وهو من لا يجد ما يكفيه ومن يعولهم من الحاجات الأساسية ، وتحديد مواصفات هذا الفقير يرجع تحديدها إلى العرف ، بتحديد الحاجات الضرورية في كل عصر وفي كل مجتمع .

وفي الواقع المعاصر الفقير هو من لا يجد ما يكفيه من الأمور الضرورية التي تقتضيها الحياة المعاصرة ، كالسكن المناسب ، ووسيلة النقل الضرورية ، وما يكفي للدراسة والعلاج ، والملبس ، والغذاء ، وعليه فمن يملك مرتبا لا يغطي هذه الأساسيات فهو فقير ، ومن لا يملك مرتبا فهو فقير من باب أولى ، ومن عليه دين لا يستطيع سداده فهو فقير مستحق للزكاة كذلك .

ـ لفظ القرابة عرفا لا يشمل الوالد والولد ، بدلالة قوله ـ تعالى ـ: ﴿ **الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ البقرة 180، فأفرد النص الوالدين من الأقربين ، وفرق بينهما ، فلا يفهم من لفظ القرابة عرفا الوالد والولد ، بل يقصد بالقرابة بقية الأقارب غيرهما كالإخوة والأعمام ونحوهم [20].

ـ من ألزم نفسه بيمين فإن علماء المالكية يرجعون هذه اليمين إلى ما عليه الأعراف في استعمالها ، قال الإمام الشاطبي ـ عندما سئل عن حكم هذه اليمين ـ : " حكم ما يلزمه في الحنث باللازمة مقتضى العرف فيما عندكم " [21].

ـ لو أقر شخص لآخر بشيء ، يحمل لفظ الإقرار على ما تقتضيه اللغة والعرف المستعمل في الخطاب بين الناس ، ويعمل بموجبه ، كمن أقر بأرض لفلان ، وكان فيها زرع لم يدخل الزرع في الإقرار ؛ لكونه مما لا يتأبد مقامه في الأرض، أما إذا كان فيها شجر دخل في الإقرار؛ لكونه متأبدا فيها غالبا ، وهو ما يعمل به في عرف الناس وخطابهم غالبا [22].

ـ تحديد الحرز في السرقة : لا يقطع السارق عند المالكية إلا إذا سرق من حرز ، وتحديد معنى الحرز يرجع فيه للعرف ، قال ابن رشد :" والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ الشيء المسروق فيه " [23] ، والحرز يختلف باختلاف عادات الناس في إحراز أموالهم [24]، ومما يعد حرزا المنزل وكل ما فيه من

متاع ، والحانوت ، ومحمل الدابة ، وفناء الدار ، وما يجمع فيه الزرع ، والحب ، فهو حرز لها ـ وإن بعد عن البلد والسكن ـ ، فهذه صور لبعض ما يعتبر حرزا عرفا [25] .

ومن أمثلته المعاصرة منازل الناس ، وخزائنهم ، ومحلاتهم التجارية ، وكذلك السيارات المقفلة ، وصناديق الأمانات ، وخزائن البنوك ، والبيانات المحفوظة بكلمة مرور ، وغيرها ، وعلى الجملة كل ما يحفظ فيه الشيء الثمين يسمى حرزا في العرف المالكي.

ـ تحديد مقدار الكسوة في كفارة اليمين : سار المالكية في تحديدهم لمقدار الكسوة الوارد في قوله ـ تعالى- : ﴿ **فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ** ﴾ المائدة 89، على أن هذه الكسوة تكون بحسب المقدار الذي جرى به العرف أنه يستر في الصلاة ، جاء في الموطأ :" قال مالك : أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه إن كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا ، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعا وخمارا ، وذلك أوفى ما يجزئ كلا في صلاته " [26] .

ـ تحديد قيمة المهر في عقود النكاح : فالمهر ركن في عقد النكاح ، ولكن مقداره غير محدد ويرجع تحديده للأعراف السائدة ، فهو عوض عن منفعة يقوم العرف فيها مقام الشرط ، ويكون تحديد مقدارها لما تعارف عليه الناس وجرى بينهم[27] .

وما كان من متاع البيت على ملك الزوج ، ولم يثبت ببينة أنه ملكه للزوجة ، يبقى على ملكه ، ولا يعتبر تصرفها فيه عرفا من باب انتقال ملكيته لها ؛ لأن العرف والعادة بين الزوجين هو وجوب كسوة المرأة ، وتوفير ما تحتاجه على زوجها دون إخراج ذلك عن ملكه[28] .

ـ تحديد قيمة النفقة بين الأزواج : تكون حسب المتعارف علية وحال الزوج ، وتقدر قيمتها على عرف البلد قلة وكثرة عند فقهاء المالكية ، قال ابن رشد " وذلك لعرف معروف عندهم ـ أي بالمدينة ـ وعادة تجري عليها نساؤهم ، ولا يفرض ذلك عندنا ـ أي بالأندلس ـ إذ لا تعرفه نساؤنا ، ولأهل كل بلد من هذا عرفهم وما جرت به عادتهم " ، فالقاعدة في التحديد هي أن كل أمر فرق بين كثيره وقليله دون ورود الشرع يرجع إلى العرف [29].

وتقدر النفقة الواجبة حديثا حسب العرف المعاصر للكفاية ، وهو مختلف عن العرف السابق ، فهي حديثا تشمل السكن ، والكهرباء ، والتعليم ، والعلاج .

3- تغير الأحكام بتغير الأعـــــراف :

مـن قواعـد المالكيـة المعتبـرة " لا ينكـر تغيـر الأحكـام بتغيـر الزمـان ، والمكـان ، والعرف " ، ومثال ذلك توسع مفهوم النفقة فـي العصـر الحـديث ، ليشـمل الكهربـاء ، والنقل ، والتعليم ، ونحوها من الضروريات المعاصـرة . وكـذلك تغيـر قيمـة النقـود ، ومكاييل ، ومقادير الأشياء المتقومة فإن تحديد قيمتها في عصر وبلد ما يكـون بحسـب المتعارف عليه ؛ لأن قيمتها ومقدارها يتغير في كل عصر ومكان . ومما يعد من ذلـك تحديد آلية عمل الشركات المعاصرة ، كتعيين الأرباح ، وشروط الشـراكة ، والأحكـام المترتبة عليها . وتحديد مواصفات الصناعات في عقـود الاستصـناع المعاصـرة كلهـا يرجـع فيهـا للعـرف السـائد كبنـاء المنـازل والمـدارس والعقـارات المختلفـة ، وفـق مواصفات محددة متعارف عليها في سوق العمـل ، وكـذلك التعـارف علـى مواصـفات معينة في صناعة الثياب والأثاث تكون مواصفاتها خاصة بالمصـنع . ومنـه – أيضـا- توثيق العقود بالكتابـة الـذي أصـبح عرفـا مـن الضـروريات ، فالأحكـام المبنيـة علـى العرف يراعى فيها تغير الأماكن والأزمان ، فتتغير بتغيرها[30].

وهذا الأصل مبني على أهمية العرف في تحقيق مناط الأحكام لتطبيق علـى الفـروع بشكل صحيح قائم على مراعاة واقع الناس ، وعاداتهم ، وأعرافهم .

تطبيقات لفروع فقهية بنيت على اعتبار العرف:

من خـــلال النظـر والتتبـع لـبعض مصـادر الفقـه المـالكي نسـتنبط بعـض الفـروع الفقهية المبنية على العرف ومنها على سبيل الذكر :

1- التفرق في كيفية القبض ، وكيفية القبض تكون بمـا تعـارف النـاس عليـه قـال ابـن القاسم : ويرجع في القبض إلى ما جرت به عادتهم " ، وقال " والقبض ما عده النـاس قبضا "[31]. فإن اختلف البائع والمشتري في قبض الثمن يرجع إلـى العـرف ويحلـف من شهد العرف لـه ، وإن لـم يكـن عـرف ، فـالقول للبـائع مـع يمينـه[32]. وقـد جـرى العرف على كون القبض في العقار يكون بالتمكن منه ، والاستيلاء عليـه وأخـذه ممـن هو في يده [33]. ومن الصور المعاصرة للقبض مـا تعـارف عليـه النـاس مـن القـبض الإلكتروني القائم على التحويل البنكي .

2 - حيازة العقار : تكون طـول مـدة حيـازة العقـار بعـد قبضـه عرفـا كتملكـه بـالبيع ، فالعرف يقضي بأن لا يؤجر بشيء يخالف العرف ، ويؤجر بالملك للحائز[34] .

3 - إحياء المـــوات : ومعناه : الانتفاع بالأرض التي لا نبات فيها ، ويكـون إحياؤهـا بحفر بئر فيها ، أو بناء ، أو غرس شجر ، أو حرث ، أو نحو ذلك مـن وجـوه الإحيـاء

عرفا ؛ لأنه يحقق منفعة للأرض ، كبئر الماشية مثلا ـ وهو الذي يحفر في الأرض غير المملوكة لأحد ـ فهو وإن كان الأصل فيه أنه لسقي الماشية الخاصة بحافره ، إلا أن العرف جرى بأن ما يفضل بعد سقي الماشية يكون صدقة لعامة الناس ، وعابري السبيل ، وقد ورد نهي من النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل هذه البئر ، في حديث " **لا يمنـــــع فضل الماء ليمنع به الكلأ**" [35] . :

ومما يعد عرفا من الإحياء في الفقه المعاصر استصلاح الأراضي الزراعية من قبل الدولة ، وإقامة المشاريع الزراعية عليها ؛ لزيادة الإنتاج الزراعي ، وتحقيق الاكتفاء من المواد الغذائية ، وغيرها ، وكذلك إقامة المصانع على الأراضي الموات ؛ للإسهام في تنمية اقتصاد الدولة المحلي ، مع توفير التجمعات السكنية التي توفر السكن المناسب لمن لا سكن لهم ، كما يمكن الاستفادة من الأراضي الموات وإحياؤها بإقامة المشاريع السياحية التي تقدم مصدر دخل إضافي للدولة ، وقد يستفاد من أرض الموات في إنشاء بعض مشاريع التنمية المستدامة كإقامة بعض محطات الطاقة الشمسية ، مما يسهم في تطوير مصادر الطاقة ، وتوفير الطاقة النفطية والكهربائية.

4 ـ بيع المعاطـــاة : وهو عند القرافي الأفعال دون شيء من الأقوال[36] . وقد صحح المالكية هذا البيع ، واتفقوا على صحته ، وانعقاد البيع به ، فالبيع عنده ينعقد بما يدل على الرضا سواء كان بصيغة الإيجاب والقبول ، أو بما يدل عليها عرفا ، كالكتابة ، والإشارة ، والمعاطاة [37] .

ومن أمثلته المعاصرة الشراء من المحلات التجارية التي أصبحت تضع المنتج ملصقا عليه الثمن ، فيأخذ المشتري ما يلزمه ، ويضع الثمن للبائع دون صيغة ، كذلك مما يعد منه الشراء عبر آلات البيع والشراء عبر الأنترنت ، و ـ أيضا ـ استهلاك الوقود من بعض المحطات الآلية التي يتم استعمالها آليا بلا إيجاب ولا قبول ، وغيرها من الصور المعاصرة لهذا النوع من البيوع.

5 ـ الاختلاف في المضاربة : إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح الذي اتفقا عليه ، فإنه يرجع للعرف في الفصل بينهما، ففي الموطأ " في رجل دفع مالا إلى رجل للقراض ، فربح به ربحا ، فقال العامل : قارضتك على أن لي الثلثين ، وقال صاحب المال : قارضتك على أن لك الثلث ، قال مالك : القول قول العامل ، وعليه اليمين ، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله ، وكان ذلك نحوا مما تتقارض عليه الناس ، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس ، لم يصدق ، ورد إلى قراض مثله "[38].

وفي العصر الحديث لو اشترط في عقد المضاربة نسبة للربح ، وحصل خلاف فيها بني الحكم على العرف التجاري السائد في نفس المجال ، وإن لم يوجد عرف تقسم الأرباح بما يضمن العدالة وحفظ الحقوق .

6 ـ الاختلاف في البيع :عند الاختلاف في صفة البيع ، فيقول البائع إنه حال ، ويقول المشتري : مؤجل ، يكون الحكم بالنظر في العرف ، فإن كان نوع المبيع عرفا لا يباع إلا نقدا ، كان القول قول البائع ، ولا يؤثر القبض ، وإن لم يكن هناك عرف من تأجيل أو عدمه ، صدق المشتري مع يمينه بعد القبض ، قياسا على الاختلاف في المقدار [39].

7 ـ وإذا اختلف كيل مبيع على ما تم الاتفاق عليه ، فينظر للعرف ، هل مما يكون مثله يرد به المبيع أو لا ؟ ، فإن كان مما يعفى عرفا ، كبعض التراب في أسفله مما لا ينفك عادة فلا يرد به ، أما إن زاد عما جرى العرف بالعفو عنه فله محاسبة البائع ورد المبيع [40].

8 ـ عقد السلم : يلعب العرف عند المالكية دورا أساسيا في تحديد شروط السلم ، وتقدير أسعار السوق ، ومواصفات السلع ، والمكان الذي يسلم فيه ، حتى لا يحدث تخاصم بين المتبايعين ، ولو جرى العرف بترك ذكر مكان السلم ، فلا بأس بذلك ؛ لأن العرف كالمشترط [41].

9 ـ خلط الزيتون في معاصر الزيت : قال الإمام مالك :" إنه مثل خلط زيت الجلجلان ، والفجل مع بعضه ، والأرجح إجازته ؛ لحاجة الناس إليه ، فخفف للضرورة ، مع إن الأصل أن لا يخلط " [42].

10 ـ **يجب على الزوجة التجهيز بما قبضته من المهر قبل البناء** ، وتتجهز على عادة أمثالها في البلد ، إذا كان العرف جار بالوجوب[43] . ولا يلزمها التجهيز بأكثر مما قبضت إلا لو جرى العرف بذلك .

11 ـ **التنازع في قبض الصداق** : إذا تنازع الزوجان في قبض ما حل من الصداق بعد البناء ، فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأن العرف في كل البلدان أن معجل الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء ، وهو ما كان متعارفا عليه في المدينة – المنورة- في عهد الإمام مالك ، أي : أن الزوج لا يدخل بالمرأة إلا بعد دفع الصداق ، فكان القول عند التنازع قول الزوج مع يمينه بشهادة العرف [44]، وفي ذلك بيان أن الحكم في التنازع في الصداق يكون على ما يتقرر في عرف البلد الذي تقع فيه الحادثة ؛ لعموم قوله تعالى ﴿ **وَأْمُرْ بِالْعُـــرْفِ**﴾ ، والعرف دليل شرعي معتبر .

12 ـ **وجوب إرضاع المرأة لابنها** : يلزم عند المالكية أن ترضع المرأة مولودها ؛ لقوله ـ تعالى ـ : ﴿ **وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾البقرة 233 ، حيث إن الخبر في الآية يحمل معنى الأمر ، والذي حمله على هذا المعنى هو العرف الجاري بين غالب الناس من أن المرأة تتولى إرضاع طفلها بنفسها ، ولا تأخذ أجرة على ذلك من زوجها ، وما جرى به العرف كالمشترط شرعا ، ولو كانت المرأة ممن لا ترضع أمثالها لشرفها مثلا ، فإنه يعمل بمقتضى العرف ، ويكون إرضاع الطفل على نفقة الزوج [45].

نماذج لقواعد أصولية وفقهية مبنية على العرف :

بنيت على العرف العديد من القواعد في الأصول وفي الفقه الإسلامي ، منها على سبيل الذكر لا الحصر :

1 ـ كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع ، فالمرجع فيه إلى العرف ، فبعض الألفاظ يرجع الناس في بيان دلالتها إلى العرف والعادة ، كالبيع ، والقبض ، والدينار ، فهي ألفاظ يختلف تحديد معناها باختلاف الزمان والمكان ؛ لأنها متغيرة بحسب العرف ، فيرجع له في تحديد معناها[46] .

2 ـ إطلاق العقود محمول على العرف ، والمعنى أنه يرجع في تقييد ألفاظ العقود المطلقة إلى العرف لبيان المعنى المراد منها[47] .

3 ـ الثابت بالعرف كالثابت بالنص، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، بمعنى أن ما تعارف عليه الناس بمنزلة المنصوص عليه ، أو المشروط شرعا ، شرط عدم مصادمة النصوص، كتحديد توابع العقود التي لم تذكر في العقد على عادة كل بلد [48].

ومن الأمثلة المعاصرة على ذلك ، الرجوع إلى عرف البلد في تحديد ساعات العمل ، وطبيعة المهام المطلوبة ، واللوائح والشروط المعمول بها ، وكذلك إلزام الأزواج بما تعارف عليه الناس في حال الزواج ـ وإن لم يذكر في العقد ـ ؛ لأن المعروف كالمشروط.

4 ـ كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف ، ولم يرد توقيف بتجديد أمده وجب الرجوع فيه إلى العرف [49].

ومن صوره المعاصرة تحديد أمد عقود الموظفين إلى سن التقاعد مثلا ، فهو عرف معمول به في الوظائف ، وكذلك تحديد ساعات العمل والإجازات .

5 ـ يحمل كلام الناس على ماجرت به عادتهم في خطابهم ، وهذا يشمل تخصيص العموم بالعرف ، حيث تترك الحقيقة اللغوية بدلالة العرف ؛ لأن التعارف يجعل استعمال اللفظ فيما تعارف الناس علية حقيقة ، ويصبح إطلاقه على معناه اللغوي الأصلي مجازا ، والحقيقة ترجح على المجاز ، ومنه اعتبار التقييد في دفاتر التجار بمثابة الإقرار الشفهي [50].

6 ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ، ومعناها أن ما بني من الأحكام على عادات وأعراف الناس ، يمكن تغيره عند تغير العرف بتغير الزمان أو المكان ، وقد سبق ذكر هذه القاعدة والتمثيل لها في هذا البحث [51].

الخاتمـــــة :

1 ـ العرف من وسائل تكييف الأحكام الشرعية مع الواقع ، وهو من أبواب الاجتهاد المعاصر .

2 ـ اعتبار العرف دليلا شرعيا عقليا في المذهب المالكي ، مع موافقة معظم العلماء والمذاهب الفقهية الأخرى على اعتباره.

3 ـ للعرف أثر في تفسير النصوص الشرعية لاستنباط الأحكام الشرعية منها ، وتحديد المراد من نصوص الأحكام .

4 ـ بناء العديد من الفروع الفقهية والأحكام الشرعية على العرف ، واعتباره مصدرا لهذه الأحكام ، في جميع أبواب الفقه الإسلامي .

5 ـ قيام الكثير من القواعد الأصولية والفقهية على قاعدة العرف ، واندراجها تحتها.

6 ـ للعرف أثر واضح في بناء الأحكام الفقهية للمسائل المعاصرة ، والنوازل الحديثة .

وأسأل الله العلي القدير التوفيق والسداد .

بيان تضارب المصالـــح:

يُقر المؤلف بعدم وجود أي تضارب مالي أو علاقات شخصية معروفة قد تؤثر على العمل المذكور في هذه الورقة.

الهوامـــــــــــش :

1 ـ القاموس المحيط ، المؤلف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي " ت 817هـ " تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، الناشر مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الثامنة 2005 ، ص 836 .

2 ـ أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف ، الناشر مكتبة الدعوة ، الطبعة الثامنة " دار القلم " ، ص89

3 ـ ينظر أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية ، المؤلف فاديغا موسى، دار التدمرية الطبعة الأولى 2007 ، 499/2

4 ـ الموافقات ، تأليف ابراهيم بن موسى الشاطبي "ت 790" تحقيق مشهور آل سلمان ، الناشر دار ابن عفان ، الطبعة الأولى 1997 ، 583/1.

5 ـ ينظر الفروق ، تأليف شهاب الدين القرافي "ت 684هـ " ، الناشر عالم الكتب 188/1 ، المهذب في أصول الفقه المقارن ، عبد الكريم النملة الناشر مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الأولى 1999 ، 1021/3

6 ـ المهذب في أصول الفقه المقارن ، 1021/3

7 ـ الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، تأليف محمد الزحيلي ، الناشر دار الخير دمشق ، الطبعة الثانية 2006 ، 266/1.

8 ـ المهذب في أصول الفقه المقارن ، تأليف عبد الكريم النملة ، 1021/3.

9 ـ ينظر شرح تنقيح الفصول ، تأليف شهاب الدين القرافي ، تحقيق طه سعد ، الناشر شركة الطباعة الفنية المتحدة ، الطبعة الأولى 1973 ، ص144 .

10 ـ الوجيز 268/1 يتصرف .

11 ـ صحيح البخاري ، الطبعة السلطانية ، كتاب الأحكام 66/9 .

12 ـ شرح النووي على صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، الناشر مطبعة عيسى البابي الحلبي ، 1955 ، 13 /9.

13 ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، الناشر مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى 2001 ، 379/1.

14 ـ ينظر الذخيرة 28/4 ، و ينظر الوجيز للزحيلي 267/1 .

15 ـ ينظر الموافقات 219/2 بتصرف.

16 ـ ينظر الذخيرة 354/6 بتصرف.

17 ـ ينظر عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار ، لابن القصار المالكي ، تحقيق أحمد مغراوي ، الناشر دار أسفار الكويت ، الطبعة الثانية 2022 ، 24/3 ـ 25.

18 ـ سنن أبي داود ، الناشر المكتبة العصرية بيروت ، كتاب الخراج والفيء ، باب إحياء الموات ، 178/3.

19 ـ ينظر أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية ، د. فاديغا موسى 510/2 ـ 512.

20 ـ ينظر الذخيرة 22/7.

21 ـ فتاوى الإمام الشاطبي " إبراهيم بن موسى الشاطبي " ، تحقيق محمد أبو الأجفان ، الطبعة الثانية 1985 ، ص136 .

22 ـ ينظر شرح التلقين محمد المازري ، تحقيق محمد السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى 2008 ، 65/3 .

23 ـ بداية المجتهد ، أبو الوليد محمد بن رشد " ت 595هـ " ، الناشر دار الحديث القاهرة ، ط 2004 ، 233/4.

24 ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، جلال الدين عبد الله بن شاس المالكي ، تحقيق د. حميد بن محمد ، الناشر دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى 2003 ، 1164/3 .
25 ـ ينظر الفقه المالكي وأدلته 7/ 349 ـ 353 .
26 ـ الموطأ، تأليف مالك بن أنس ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، الناشر دار إحياء التراث العربي بيروت ، سنة النشر 1985 ، 479/2.
27 ـ المعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ، تحقيق حميش عبد الحق ، الناشر المكتبة التجارية مكة المكرمة 1104/2.
28 ـ فتاوى الشاطبي ص140 .
29 ـ ينظر البيان والتحصيل 5/ 425 ، المعونة 82/1 .
30 ـ الفروق35/3 .
31 ـ المدونة المؤلف مالك بن أنس ، الناشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى 1994 ، كتاب السلم الثاني 95/3 بتصرف .
32 ـ شرح التلقين ، 34/2.
33 ـ ينظر شرح التلقين 65/1 .
34 ـ ينظر الذخيرة 12/11 .
35 ـ ينظر المعونة 2/ 1996 ، المنتقى شرح الموطأ ، أبو الوليد الباجي ، الناشر مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى 1332 ، 35/6.
36 ـ الفروق 143/3 .
37 ـ ينظر فتاوى الإمام الشاطبي ص147.
38- الموطأ 700/2.
39 ـ المعونة 1079/2 .
40 ـ المرجع نفسه 977/2 .
41 ـ نفس المرجع 990/2.
42 ـ فتاوي الشاطبي ص 159 بتصرف.
43 ـ الفقه المالكي وأدلته 299/3 .
44 ـ بداية المجتهد 35/2 .
45 ـ ينظر المعونة ، 935/2 .
46 ـ ينظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، محمد الزحيلي ، الناشر دار الفكر دمشق ، الطبعة الأولى 2006 ، 314/1 .
47 ـ المعونة 81/1 .
48 ـ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة 346/1 .
49 ـ المعونة 85/1 .
50 ـ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة 335/1 .
51 ـ المرجع السابق 353/1 .