حقيقة العرف وحجيته عند المالكية

الدكتور عبد الاله بنالشلح
تخصص: الفقه والأصول
الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين سوس ماسة
المغرب

ملخص:

سعت الدراسة إلى بيان أهمية العرف باعتباره أصلا من الأصول المعتبرة لدى العلماء المالكية، ونظرا لكونه ينبثق من السلوك البشري المطرد المتكرر الذي لا ينكره صاحب الفطرة السليمة، حيث يسهم في استكمال التشريع، وتحقيق العدل، وتيسير المعاملات، والاعتراف بالتنوع الثقافي، وتعزيز الاستقرار الاجتماعي. كما أن العرف أداة فعالة لجعل الفقه الإسلامي مرنًا ومتجاوبًا مع احتياجات المجتمعات المختلفة، وذلك من خلال إبراز حقيقته وأركانه وشروطه، وبيان حجيته، ومجالات اعتماده من لدن العلماء المالكية، وخاصة في المسائل الاجتهادية التي لم يرد فيها نص شرعي، إضافة إلى اعتماده كذلك في تفسير بعض النصوص.

الكلمات المفاتيح: – حقيقة العرف – حجية العرف – مجالات اعتماد العرف عند المالكية

Abstract

The study sought to demonstrate the importance of custom as one of the assets considered by Maliki scholars, and due to the fact that it stems from the repeated steady human behavior that is not denied by the owner of common sense, as it contributes to completing legislation, achieving justice, facilitating transactions, recognizing cultural diversity, and enhancing social stability. Custom is also an effective tool to make Islamic jurisprudence flexible and responsive to the needs of different societies, by highlighting its truth, pillars and conditions, and indicating its authenticity, and the areas of its adoption by the Maliki scholars, especially in Ijtihad matters where there is no sharia text, in addition to its adoption as well in the interpretation of some texts.

مقدمة عامة:

تحتل العادات والأعراف حيزا واسع النطاق في مجالي القوانين والتنظيمات البشرية، فبمرور الزمن ومضي الوقت تتخذ الأعراف قوة ملزمة في التعامل الاجتماعي، سرعان ما تصطبغ بمسحة القانون الإلزامي، هذه هي مكان العرف في المجال القانوني والاجتماعي، أما في المجال الفقهي والأصولي فليس الأمر بعكس ذلك، فالعرف حظي باهتمام كبير من قبل العلماء قديما وحديثا منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بل وقبله، بحيث كانت الأعراف القبلية أساس التنظيم البشري داخل القبيلة، ولما جاء الإسلام أقر ما يناسب روح مبادئه وألغى ما يخالف قواعده ومنذ ذلك الحين أحس العلماء المسلمون بضرورة مراعاة العرف، نظرا لكونه يبعث من السلوك البشري المطرد المتكرر الذي لا ينكره صاحب الفطرة السليمة، وأقر الرسول صلى الله عليه وسلم أصحابه على العديد من المسائل العرفية التي كانت جارية في معاملاتهم وتصرفاتهم مما لا يصطدم مع روح ومقاصد الشريعة الإسلامية السمحة، وسار الصحابة رضوان الله عليهم والتابعين بعدهم على هذا النهج القويم الذي رسمه لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ضرورة مراعاة عادات الناس وأعرافهم ملتزمين في ذلك بروح الشريعة ومبادئها، إلى أن وصل الأمر إلى الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى، الذين منحوا الفقه الإسلامي مزيدا من القوة والتطور و مسايرة مستجدات الحياة، بأن وضعوا وصاغوا قواعد وأصول مرنة تتناسب مع مستجدات الحياة، ولعل الإمام مالك رحمه الله تعالى من بين الأئمة الأربعة الذين أولوا عناية كبيرة لأعراف الناس والأخذ بمصالحهم في إطار روح الشريعة ومقاصدها، وبذلك بنى العديد من الأحكام الفقهية على العرف المنتشر في المدينة المنورة، والمتسلسل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وسماه عمل أهل المدينة وإجماعهم، فمنذ ذلك الحين قرر الإمام مالك ضرورة ربط الأحكام بمجال المكلف سواء بمجاله الزماني والمكاني نظرا لأن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، وعلى هذا النهج صار تلامذة الإمام مالك بعده بأن صاغوا وافوا مؤلفات جمعوا فيها أصوله وضموا إليها العرف كمصدر للأحكام الشرعية، وتناولوه بنوع من التفصيل جريا على ما عرفته حياة الناس من تطور.

المبحث الأول: حقيقة العرف:

المطلب الأول: التعريف اللغوي للعرف:

العرف في اللغة ضد النكر[1]، ويطلق ويراد به عدة معان منها:

أعلى الشيء ومنه قوله تعالى: "وعلى الأعراف رجال"[2]

أي أعالي السور بين الجنة والنار[3].

التتابع، ومنه قوله تعالى " والمرسلات عرفا"[4]. أي الملائكة المرسلات متابعة، ومنه أيضا عرف الفرس أي شعر عنقه المتتابع[5]

المألوف الحسن الذي تطمئن إليه النفوس ومنه قول الشاعر:

وليس يضيع عند الله عرف * إذا ما العرف عند الناس ضاعا[6]**

ج- اسم من الاعتراف تقول: له علي مئة عرفا أي أعترف به اعترافا.

د- الصبر وقد سمي بذلك دلالة على السكون والاستقرار ومنه قول الشاعر:

قل لابن قيس أخي الرقيات * ما أحسن العرف في المصيبات**

والعرف والعارفة والمعروف واحد – في لغة العرب – وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه[7]

ويقول الفيروزبادي: العرف اسم لكل فعل يعرف بالشرع والعقل حسنه، والعرف بمعنى المعروف من الإحسان[8].

وعلى هذا فللعرف في اللغة معان متعددة إلا أن أبرزها وأرجحها استعمالا من قبل الفقهاء والأصوليين هو التابع والمألوف غير المنكر وما تطمئن إليه النفوس وتأنس به.

المطلب الثاني: العرف في الاصطلاح

عرف عبد الله بن أحمد النسفي بقوله: " العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[9]

وتبعه على هذا التعريف الجرجاني وابن عابدين[10].

شرح التعريف:

يرى صاحب هذا التعريف أن العرف هو الأمر الذي استقر في النفوس فألفته واطمأنت إليه ، ولم تنكره الفطرة السليمة، وذلك بسبب الاستعمال الشائع المتكرر لهذا الأمر عن رغبة فيه وميل إليه.

وقد اشتمل هذا التعريف على قيود، فلفظ " ما " يشمل القول والفعل، ولفظ "ما استقر في النفوس" قد يخرج ما يحمل عن طريق الندرة، فإنه لا يستقر، ولفظ "من جهة العقول" قد يخرج ما استقر عن طريق الأهواء ، والشهوات كطاعة الخمر وسائر المسكرات، وما حصل اتفاقا كالتفاؤل أو التشاؤم من بعض الأعمال والأقوال. ولفظ "تلقته الطباع السليمة بالقبول" يخرج ما تألفه الطباع غير السليمة فالناس جميعا، أو أهل إقليم خاص، أو أرباب مهنة معينة، أو أرباب فن من الفنون، إذا اعتادوا إطلاق لفظ ما على معنى من المعاني مخالفين في ذلك الوضع اللغوي لهذا اللفظ غير أنه حين اطلاقهم هذا اللفظ يتبادر إلى ذهنهم ما أرادوه من معنى جديد، فإذا شاع هذا الإطلاق واستقر في نفوسهم واطمأنت إليه، ولم تنكره الطباع السليمة صار ذلك عرفا، وإذا اعتاد الرجال

من أهل إقليم ما كشف الرأس ولم تستقبحه طباعهم السليمة، واعتبر ذلك عادة لهم وعرفا فلا يعد كشف الرأس بالنسبة لهم مسقطا للعدالة بينما إذا لم يعتد ذلك أهل إقليم آخر، بل انكرته طباعهم فإذا اعتبروا ذلك مسقطا للعدالة فلهم ذلك وهم على ما تعارفوا عليه واعتادوه[11].

مناقشة تعريف النسفي:

ناقش بعض الباحثين المعاصرين هذا التعريف باعتراضين أساسيين وهما على الشكل التالي:

الاعتراض الأول: اعترض صاحب نظرية العرف[12] على هذا التعريف بأن ما تقبله الطبائع بعد عرفا، وأن وصف الطبائع بأنها سليمة فيه نظر، ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع أو العقل عند من يقول بتحسين ما يحسنه وتقبيح ما يقبحه.

وإذا كانت الجهة المميزة هي الشرح أو العقل، فان العقل لا يصلح للتمييز لاختلاف العقول وتبدلها فلم يتبق إلا الشرع، وعلى ذلك يكون غير جامع للعرف الفاسد،وبهذا قال صاحب نظرية العرف لابد من إضافة إلى التعريف عدم مخالفته للشرع[13].

الاعتراض الثاني: أورده صاحب كتاب أثر العرف في التشريع الإسلامي بقوله لابد من إضافة لتعريف النسفي قيدان هما:

القيد الأول: "واستمر الناس عليه إلا أنه يمكن أن تستنبط هذا القيد من قول النسفي "واستقر في النفوس" لا يستقر في النفوس إلا إذا استمر الناس عليه.

القيد الثاني: "مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه وأشار الدكتور حسنين محمود حسنين إلى أن هذا القيد كذلك موجودا ضمنيا في قول النسفي تلقته الطبائع السليمة بالقبول لأن الطباع السليمة لا تقبل ما يصطدم والشريعة[14]، ولكن في نظري ليس هناك مانع من إضافة هذا القيد الأخير إلى تعريف السفي خروجا من الخلاف المثار حول مسألة التحسين والتقبيح العقلي، وبالتالي فموافقة العرف للشرع ضروري وأساسي في تعريف النسفي.

ومما سبق يتبين لنا أن تعريف النسفي يعتبر أقدم تعريف وضع للعرف وأن هذا التعريف رغم بعض الانتقادات التي وجهت له فهو إلى حد ما يمكن الأخذ به لا سيما أن العديد من العلماء صاروا على منواله نذكر منهم الشريف الجرجاني في التعريفات، وكذا ابن عابدين في رسالته التي عنونها بعنوان " نشر العرف فيما بني من الأحكام على العرف وهذا لا يمنع من ذكر تعريف آخر للعرف يذكره العلماء المعاصرين كثيرا وهو على الشكل الآتي " العرف هو ما تعارفه الناس وصاروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[15]

المطلب الثالث: تمييز العرف عما يشابهه.

الفرع الأول: النسبة بين العرف والعادة.

قبل أن نتحدث عن النسبة بين العرف والعامة سنعرج على تعريف العادة من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

فالعادة في اللغة مأخوذة من العود أو المعاودة سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أن يرجع إليها مرة بعد أخرى، جمعها عادات وعوائد وهي بمعنى التكرار والاستقرار على الشيء[16].

أما العادة في الاصطلاح فقد عرفها الفقيه المالكي ابن فرحون بقوله: "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها "[17].

وعرفها الشريف الجرجاني بقوله " العادة ما استقر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[18].

وعرفها ابن أمير حاج في شرح التحرير بأنها "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[19]

فالأمر شامل للقول والفعل، وتكرر الشيء حصوله مرة بعد أخرى ، فحرح ما حصل مرة واحدة فإنه في الأصل لا تثبت به العادة وإن ثبتت به في بعض المواضيع كما في الحائض فلمقتضى خاص وهو عدم التخلف غالبا بعض حصوله مرة وخرج بقوله "من غير علاقة عقلية ما إذا كان التكرار ناتجة عن علاقة عقلية فإنه لا يسمى عادة ، بل يعتبر من قبيل التلازم العقل، وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها كتحرك الخاتم بحركة الأصبع ، وتبدل مكان الشيء تحركته فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل وليس ناشئا عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي[20].

تكون النسبة بين ما هو العموم والخصوص المطلق بناء على التعريفين السابقين السعي وابس أمير الحاج] لكل من العرف والعادة.

لأن العادة أعسر مطلقا والعرف أخص ، إذ هو عادة مفيدة بما تلقته الطبائع السلمة بالقبول ، ثم إن التكرار في العرف يجب أن يكون أكثر مما في المادة حتى يستقر ويترسخ في النفوس، وعلى القول الذي يقصر المادة على الأمر العملي تكون النسبة للعموم والخصوص المطلق أيضا ، والعرف هنا هو الأعم ، لأنه يشمل الأمر العملي والقولي ، إلا أن ما ذهب إليه أغلبية العلماء المتقدمين والمتأخرين هو أن النسبة بين العرف والعادة هي المساواة ، وإن اختلفا من حيث المفهوم ودلالة اللفظ ، فإنهما متحدان من حيث المعنى فكل ما يصدق عليه العرف تصدق عليه العادة ، لذاك نجد الفقهاء يعبرون بهما معا فيقولون العرف والعادة وأحيانا يكتفون بأحد اللفظين العرف أو العادة ، وقد صرح بأنهما بمعنى واحد السجلماسي والشاطبي[21] وابن فرحون والغزالي وابن عابدين[22] وابن عاصم وفي هذا الصدد يقول بن عاصم في المرتقى:

العرف ما يعرف بين الناس * ومثله العادة دون باس.**

ومقتضاهما معا مشروع ** في غير ما خالفه المشروع[23]

الفرع الثاني: الفرق بين العرف وإجماع أهل المدينة :

اعتبر الإمام مالك رحمه الله عمل أهل المدينة من المصادر التشريعية في مذهبه، وشاع استعماله ذلك شيوعا واسعا والنزاع بين المالكية وغيرهم من أصولي المذاهب الأخرى قديم، فقد حمل القاضي عياض على مخالفيه ممن لم يروا حجية عمل أهل المدينة ، وعمل أهل المدينة عند المالكية كما نقله القاضي عياض يتلخص في:

أولا: نقل شرع عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير فهذا حجة يلزمك المصير إليه، ويترك ما خالفه من خبر واحد أو قياس ، فإن هذا النقل محقق معلوم موجب للعلم القطعي فلا يترك لما توجبه غلبة الظنون.

ثانيا: إجماعهم على عمل من طريق الاجتهاد والاستدلال، فهذا مختلف فيه بين المالكية أنفسهم، وذهب معظمهم إلى أنه ليس بحجة ولا ترجيح فيه وهذا لأن أهل المدينة هم بعض الأمة والحجة إنما لمجموعها، وهذا قول مخالفي المالكية أجمع وأنكر كثير من المالكية أن يكون الإمام مالك قد قصد بإجماع أهل المدينة هذا النوع.

ثالثا: نقل العمل المستمر المتصل زمنا بعد زمن من عهده صلى الله عليه وسلم كما نقلوه في شأن المزارعة والأذان للصبح قبل الفجر وتثنية الآذان وإفراد الإقامة وقد ذكرابن القيم أن هذا النوع حجة يجب إتباعها، وسنة ملقاة على الرأس والعينين، وإذا ظفر بها العالم قرت بها عينه واطمأنت إليها نفسه[24].

ورجح الإمام ابن القيم أن المراد بعمل أهل المدينة عند الإمام مالك هو هذا النوع، وعلى هذا ذهب علال الفاسي رحمه الله إلى أن العمل المدني المتسلسل والمستند إلى تأييد من النبي صلى الله عليه وسلم أو من الخلفاء، هو ما يرمي إليه مالك[25].

" بيد أن العديد من مخالفي المالكية ذهبوا إلى القول بأن الإمام مالك كان يرى أن لا إجماع إلا إجماع أهل المدينة[26] ، فحصر بهذا الإجماع في عمل أهل المدينة وعلى هذا كان اعتراضهم.

وما وجه من انتقادات للمالكية في مسألة إجماع أهل المدينة ، قوبل بردود من قبل من تنبه إلى أن الإمام مالك لم يعتبر أهل المدينة حجة من حيث كونه إجماعا ، بل من حيث كونه عرفا سار عليه البلدة التي نشأ فيها، وفي هذا الصدد يقول ابن خلدون في مقدمته " واعلم أن الإجماع هو الاتفاق على الأمر الديني عن اجتهاد، ومالك رحمه الله تعالى لم يعتبر عمل أهل المدينة من هذا المعنى، وإنما اعتبره من حيث اتباع الجيل بالمشاهدة إلى أن ينتهي إلى الشارع صلوات الله عليه"[27].

وخالف بعض المعاصرين في هذا وذهبوا إلى أن المقصود عند المالكية هو العمل وحده أي عمل الناس الذي كان أهل المدينة سائرين عليه في عصره وقبله ، وعلى ذلك يكون مالك في تعابيره واصفا لعمل بلده ، وما اعتاده قومه وتعارفوا وساروا عليه فيكون العمل الذي وصفه الإمام مالك ، هو بمثابة العرف الذي يوجد في مكان ما يحكم عند ذويه[28].

وعلى هذا، فالفرق واضح بين العرف وإجماع أهل المدينة فالتزم مالك بعرف المدينة المتسلسل يعود في الأصل إلى كونه راجعا إلى الشارع على اعتبار استحواذ المدينة دون غيرها من الأماكن.

بقيام الدولة الإسلامية الأولى في عهد النبوة والخلافة الراشدة، فحجبه هذا الدليل المالكي لا تنبثق من كونه اجماعا، لأنه لا يعد في الأصل إجماعا ولا يتصور عدم إدراك الإمام مالك لهذا القيد. وإنما تنبثق حجيته من كونه عرفا صحيحا، يرجع في أصله إلى اعتبار الشارع وعدم إنكاره له من جهة، وإلى موقع المدينة من حيث كونها محضن الدولة الإسلامية الأول. أما أعراف الناس فهي لا تصل هذه المرتبة، وعلى هذا لم يعتبر المالكية العرف وإجماع أهل المدينة دليلا واحدا، بل فرقوا بينهما وهذا الأصح[29].

الفرع الثالث: الفرق بين العرف وما جرى به العمل.

إن أهم الفوارق بينهما هي ما يلي:

– إن جريان العرف بالشيء هو فعل العامة به المرة بعد المرة من غير استناد لحكم شرعي أو قول من أقوال الفقهاء، والعمل إنما يصدر من يقتدى به من الفقهاء والقضاة بشروط خاصة وهي ضوابط مقررة في نظرية العمل عند المالكية[30].

–إن العرف الصحيح يعتبر إحدى الأسس والأسباب التي يبنى عليها ما جرى به العمل وليس هو كل الأسباب والأسس، إذ هناك أسس أخرى كالمصلحة والضرورة، لذلك يقول الفقيه الحجوي الثعالبي في تعريف ما جرى به العمل هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية[31].

– كذلك يرى بعض العلماء أن العرف قاصرا على المعاملات، وفي رأي آخر دوره محدود في بيان المقاصد والنيات، ومرادات المتكلمين من ألفاظهم، ولا مجال له في وسائل العبادات، أما جرى به العمل فله دور في وسائل العبادات كتعدد الجمعة، وتكرار آذانها واستعمال مكبرات الصوت ليسمع عدد كبير من الناس ، وغير ذلك من أبواب العبادات التي تحتاج تأديتها إلى وسائل وتقنيات[32].

عموما فهذه بعض الفروق التي يمكن بواسطتها تمييز العرف عن ما جرى به العمل وإن كانت هذه الفوارق تتفاوت في قوتها، إلا أن الفرق الأكثر وضوحا في تمييز العرف عن ما جرى به العرف يتمثل في الفرق الأول الذي يتمحور حول كون العرف يكون صادرا من قبل عامة الناس ثم اطمئنوا إليه واعتادوه، إلا أن ما جرى به العمل لا يصدر إلا عن العمل والقضاة والمفتين.

المطلب الرابع: أركان العرف وشروطه وتقسيماته:

الفرع الأول: أركان العرف وشروطه:

أ-أركان العرف:

ركن الشيء أساسه وما يقوم عليه، فيوجد بوجوده وينعدم بانعدامه، وقد يعبر عنه البعض بمصطلح شروط اعتبار العرف. وللعرف بهذا الاعتبار ركنان ركن مادي ،وركن معنوي فالركن المادي يتمثل في تكرار العادة ،واطراد سلوك الناس واستمرارهم على التعامل بموجبها باتفاق صريح قولي أو عملي، مكتوب وغير مكتوب وهذا ما يعبر عنه الأصوليون باستقرار العرف أو اطراده واستمراريته. ومن هنا اشترطوا في قبول العرف أن يكون مطردا غالبا، بمعنى يكون عمل الذين تعارفوه مستمرا به في جميع الحوادث، أو يغلب استعمالهم له في أكثرها، بحيث يكون عرفا عاما بينهم شائعا، بمعنى أن العادة تعتبر إذا اطردت فإن اضطربت فلا، وان تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف[33]، وعلى هذا ذهب الشاطبي رحمه الله في الاستدلال على اعتبار العوائد من حيث إن التكليف بني على استقرار عوائد المكلفين فوجب أن ينظر في أحكام العوائد لما ينبني عليها بالنسبة إلى دخول المكلف تحت حكم التكليف. ومن ذلك مجاري العادات في الوجود أمر معلوم لا مظنون في الكليات، لا في خصوص الجزئيات...[34]. أما بالنسبة للركن المعنوي فالمقصود به هو الاعتقاد بأن ما اطرد عليه العمل أمرا ملزما، والناظر في غالب الكتابات الأصولية لا يكاد يجد فيها أثرا للركن المعنوي للعرف، ولعلهم وجدوا في القول باطراد العادة وغلبتها كفاية عن القول بهذا الركن، علاوة على أنهم لم يذكروا للعرف أركانا، ولكنه مجرد تقسيم أضافه بعض المعاصرين الذين جمعوا بين الدراسة القانونية والفقهية للعرف[35].

ب: شروط العرف:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطردا أو غالبا(هذا الشرط يتمثل في ركن الاعتياد والاطراد).

الشرط الثاني: أن يكون العرف قائما وقت إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه وبديهي أن هذا الشرط إنما في العرف المتغير وليس في العرف الثابت. ويعني هذا الشرط أن يكون العرف سابقا على التصرف ومقارنا له[36]. وعلى هذا فلا عبرة بالعرف الذي يطرأ بعد إنشاء تصرف ما إذا التصرف سابق على هذا العرف والعرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله[37].

وكذلك لا عبرة بالعرف الذي انقضى قبل إنشاء التصرف وحل محله عرف جديدة[38].

الشرط الثالث: أن لا يكون العرف مخالفا لنص شرعي يشترط عامة العلم في العرف ألا يكون مخالفا لنص شرعي من القرآن أو السنة فإذا كان ما تعارفا عليه الناس مخالفا للقرآن أو السنة فإنه لا يعتد به، بل يعتبر عرفا فاسدا، كأن يتعارف الناس على شرب الخمر أو لعب الميسر وما إلى ذلك من اعراف وعادات خالفت الأدلة الشرعية فهي أعراف فاسدة. أما إذا لم يكن العرف مخالفا لأدلة شرعية، بأن تكون المسائل التي تعارف عليها الناس لا نص فيها، أو فيها نص، ولكن العرف لم يصطدم به ففي هذه الحالة لا يكون العرف فاسدا بل هو معتبر وذلك كتعارف الناس على خطط سياسية وأنظمة قضائية وعادات تجارية مشروعة.

ولكن تجب أن نلاحظ النص إذا كان معللا بالعرف، فإن الحكم في هذه الحالة يدور معه وجودا وعدما، وفي هذه الحالة لا يقال إن العرف قد خالف النص، ومثال ذلك ما يراه بعض الحنفية من أن العلة للأشياء الأربعة: البر والشعير والملح والثمر والتي

نص عليها الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث الربا إنما هي معللة عندهم – أعني الحنفية – بالكيل، فإذا تغير المعيار فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال إذ تغير العرف الذي كان موجودا زمن الرسول صلى الله عليه وسلم فوجب أن يتغير المعيار تبعا لتغير العرف فتصبح المساواة بالوزن فلا يقال حينئذ إن العرف قد خالف النص، إذ نص الحديث على أن هذه الأشياء تكال في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ثم تغير العرف فأصبحت توزن ولهذا جعلوا العلة هي الوزن وليس الكيل، لا يقال هذا لأن الحكم أصلا معلل بالعرف فيتغير الحكم بتغيره وهذا ما يراه أبو يوسف من الحنفية، وفي الحقيقة أن الحكم لم يتغير وأن الذي تغير هوالمعيار الذي يعرف به المساواة وحكم الربا باق[39].

الفرع الثاني: تقسيمات العرف:

ينقسم العرف إلى عدة تقسيمات أهمها:

أولا: تقسيمه إلى قولي وعملي:

أ– العرف القولي: هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية، نظرا لتعارف الناس عليه واعتيادهم عليه. وقد اصطلح عليه الأصوليون بالحقيقة العرفية[40].

وقد عرفه ابن تيمية رحمه الله بأنه: " ما صار اللفظ دالا فيه على المعنى بالعرف لا باللغة، وذلك المعنى يكون تارة أعم من اللغوي، وتارة أخص، وتارة مباينا له. ومثل الأول بلفظ الرقابة والرأس فقد كان يستعمل في العضو المخصوص، ثم صار يستعمل في جميع البدن."[41] وقد يصير الاسم شائعا في غير ما وضع له أولاً، بل فيما هو فيه مجاز، مثل إطلاق الناس الولد على الذكر دون الأنثى، مع أن الشريعة تطلقه على الولد والبنت، قال تعالى: " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين." النساء الآية.

وللعرف القولي أمثلة أخرى جرى استعمالها بين العامة[42].

وعلى هذا اعتبر القرافي أن معنى كلام الفقهاء أن العرف يقدم على الفقه عند التعارض[43] أي الحقيقة العرفية، فمن له عرف وعادة في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه[44].

ب العرف العملي: هو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم، كتعارف الناس على البيع بالتعاطي، دون صيغة لفظية محددة. ومن أمثلة تعارف الناس على عدم دفع أجرة الخيوط والإبر للخياط، فهو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها[45]. ولا يظهر في كتابة الأصوليين ثمة اهتمام واضح بتوصيف العرف العملي مقارنة بالعرف القولي على الرغم من أهميته، ولعل السبب في تركيز جل اهتمامهم على العرف القولي تعلقه بالعقود والمعاملات التجارية ونحوها.

إضافة إلى أن العرف القولي يمكن تتبعه ومعرفة شيوعه بين الناس عن طريق الاستعمال المتواصل، أما العرف العملي فلا يكاد ينضبط على هذا النحو[46].

ثانيا : تقسيمه باعتبار الشيوع إلى عرف عام وعرف خاص.

العرف العام: هو الذي يكون فاشيا منتشرا في جميع البلاد وبين مختلف الشعوب، ومنه ما يكون على مستوى العالم بأسره مثل التعارف على تسمية أيام الأسبوع، أو اعتبار بعض الأيام إجازة رسمية في مختلف أنحاء العالم مثل يوم العمال، وعلى هذا فالعرف العام في سائر البلاد يتبث حكمه على أهل سائر البلاد... وقد يكون العرف صحيحا عاما، أو فاسدا أو قوليا أو عمليا أو هكذا[47].

ب– العرف الخاص: هو ما يكون خاصا بقوم من الأقوام، أو بلد من البلدان أو فئة من الناس، ومثاله عرف النجاة في إطلاق اسم الفاعل على كل اسم مرفوع تقدمه فصل ودل على من قام بالفعل، وكذا المصطلحات الخاصة بأهل كل فن من الفنون أو علم من العلوم، وتعارفهم على ألفاظ معينة ينصرف الذهن إليها عند الطلاق[48].

ثالثا: تقسيمه من حيث اعتبار الشارع له إلى (العرف الصحيح، الملغي المرسل).

أ–العرف الصحيح (المعتبر): هو الذي أقره الشارع بأن يأتي الحكم على وفقه ومقتضاه، سواء يأمر به أمر إيجاب أو ندب أو سكوت عنه على سبيل التقرير[49]، يقول الشاطبي في سياق الحديث عن الأعراف والعوائد: "والعوائد المستمرة ضربان أحدهما إيجابيا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيما فعلا وتركا، والضرب الثاني العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي"[50].

وأمثلة هذا النوع من العرف كثيرة، كالأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام، فلما جاء لم يلغها مثل فرض الدية على العاقلة، واعتبار العصبة في الإرث وبيع السلم إلخ، وقد جاءت الكثير من النصوص الشرعية في بعض الأحكام مطلقة، وتركت الشريعة تفاصيلها وتحديدها لعرف الناس واجتهاد العلماء،وهذا من باب السعة والمرونة في أحكامها وصلاحيتها للتطبيق في كل عصر ومكان ومن ذلك. تقدير النفقة الواجبة على الزوج المطلقة والتي نص عليها القرآن الكريم في قوله: " ولينفق ذو سعة من سعته" فالنفقة هنا وتقديرها أمر زكه الشارع لأعراف الناس وعادتهم المتغيرة بحسب الأمكنة والأزمنة.

ب– العرف الملغي (غير المعتبر) : وهو العرف الذي ألغاه الشارع بأن بنى الأحكام والتشريعات على خلافه أو نهى عنه صراحة بالتحريم أو الكراهة. ومن أسئلة ذلك العادات التي كانت منتشرة في الجاهلية وأتى الإسلام على خلافها، ومن ذلك الأنكحة الفاسدة في الجاهلية كالشفار والبدال ونحوهما، ولعب الميسر ووأد البنات وأكل الربا وغير ذلك كثير[51].

ت–العرف المرسل (المسكوت عنه): هو الذي لم يرد نص شرعي بإلغائه أو باعتباره، فإما أن يدخل في دائرة المعتبر إن شهد لفحواه نص من الشارع، أو حقق مصلحة شهد الشارع لها بالاعتبار أو إن يصادم مصلحة اعتبرها الشارع أو شهد لها نص فيحكم بإلغائه، وممن أشار إلى هذا النوع من العرف الأستاذ حسنين في كتابه العرف والعادة حاول الإشارة إلى هذا النوع، إلا أنه ما لبث أن رده إلى العرف الصحيح أو الفاسد[52].

المبحث الثاني: حجية العرف عند المالكية:

المطلب الأول: حكم العرف عند المالكية:

ذهب جمهور علماء المالكية[53]، إلى أن العرف أصل من أصول الاستدلال والاستنباط بمعنى أنه دليل يعتمد في استنباط الأحكام فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة، وأن مجال العرف واسع لا سيما في مجالي المعاملات والقضاء[54]، ولعل السبب في توسع المالكية في الأخذ بالعرف يرجع إلى كون المذهب المالكي من أكثر المذاهب أخذا بالمصلحة المرسلة التي كثيرا ما تقر الأعراف لما فيها من مصلحة معتبرة، وكذلك فالمذهب المالكي يعتمد على عمل أهل المدينة الذي يعتبر في كثير منه نوع من الأعراف المتسلسلة التي أقرها الشارع في تلك المدينة التجارية، فلا غرو إذا في توسع المالكية في الأخذ بالعرف فالمذهب المالكي مذهب مرن يتماشى مع الطباع البشرية السليمة، والمصلحة المشروعة، وروح الشريعة الإسلامية السمحاء.

ومن أقوال علماء المالكية في اعتبار العرف دليلا من أدلة الاستدلال ما أورده الإمام القرافي في شرح التنقيح حيث قال: " إن أدلة الأحكام تسعة عشر وعد منهما العوائد"[55]. وكذلك ما ذهب إليه الإمام ابن العربي في أحكام القرآن حيث ذكر في معرض

بيانه لمقدار النفقة الواجبة في قوله تعالى: * ولينفق ذو سعة من سعته" أي " أن الإنفاق ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام"[56].

وأضاف ابن العربي قوله: " والعرف عندنا أصل من أصول الملة، ودليل من جملة الأدلة". وقال ابن العربي أيضا: " وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضي به في الأحكام[57].

وجاء في قواعد المقري: " أن أصل مالك اعتماد العرف الخاص والعام وورد في قواعده أيضا: " إن العادة عند مالك كالشرط، تقيد المطلق وتخصص العام"[58].

ونقل الونشريسي في المعيار أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة.

وحكى المهدي الوزاني عن الإمام أبي عبد الله التالي الغماري أن العادة والعرف ركن من أركان الشريعة عند مالك وعامة أصحابه[59].

ويقول المقري: كل متكلم له عرف فإن لفظة يحمل على عرفه في الشرعيات، والمعاملات، والإقرارات وسائر التصرفات[60].

كما أن الإمام الشاطبي اطبي بين في هذا المقام أوجه اعتبار العرف في كونه مصدرا في استنباط الأحكام، أو في الترجيح بينهما فذكر عدة أوجه[61] منهما:

1- إن العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية أي سواء كانت مقررة بالدليل أمرا أو نهيا أو إذنا أو لا، أما المقررة بالدليل فأمرها طاهر وأما غير المقررة بالدليل فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك واحد .

2- إن ورود التكاليف ميزان وا الخلق يدل يد على أن الشارع اعتبر تير العادات المطردة فيهم.

3-لما وقع القطع بأن الشارع جاء باعتبار المصالح، لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد، لأنه إذا كان التشريع يجري على ميزان واحد، دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع بسبب المصالح، والتشريع دائم، فالمصالح كذلك رهو معنى اعتباره فيا اعتباره للعادات في التشريع.

4- أن العوائد لو لم تعتبر لأدى ذلك إلى التكليف تليف بما لا يطاق لا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع[62].

وقد به الفقهاء المالكية على أنه من الواجب أن تدور الأحكام مع العوائد، فليس من المعقول أن يلبس العرف لباس الديمومة أو القداسة، بل إن الأحكام المترتبة على العوائد: تدور معها حيثما ما هو في دارت، وتبطل معها إذا بطلت[63]، وقد لفت القراني النظر إلى هذه الحقيقة فقال: " إن كل ما الشريعة يتبع الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة[64].

فالجمود على ما في الكتب ضلال وإضلال، وقد نظم هذه القاعدة النابضة الشنقيطي[65]، فقال:

-وكل ما انبنى على العرف يدور ... معه وجوداً عدماً دور البدور

-فاحذر جمودك على ما في الكتب ... في ما جرى عرفٌ به بل منه تب

-لأنه الضلال والإضلال ... إذا قد خلت من أهلها الأطلال

-فكل ما في الشرع فهو تابع ... إلى العوائد لها مجامع

والإمام الشاطبي رحمه الله اشترط لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة معرفة عادات العرب في أفعالها وأقوالها، ومجاري عاداتها حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة.

فهذه النصوص وغيرها مما لم ننقله كثير، لا تدع مجالا للشك في اعتبار المالكية للعرف واحتجاجهم به، واعتمادهم عليه وقد صاغوا في ذلك مجموعة من القواعد منها : " المعروف عرفا كالمشروط شرطا" وهذه القواعد التي صاغها المالكية اعتمادا على العرف سيفصلها زميلي وأخي أنت الصديق في عرضه، إلا أنه في نهاية هذا المطلب ينبغي الإشارة إلى أن المالكية أولو عناية كبيرة للعرف واعتبروه أصلا من أصول الاستدلال والاستنباط وأنه عندهم حجة قوية، إلا أننا نتساءل عن الأدلة التي احتجوا بها في اعتبار العرف دليلا أصوليا ، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني: أدلة المالكية في الاحتجاج بالعرف ومناقشتها:

من أدلة المالكية في الاحتجاج بالعرف ما يلي:

1–من القرآن الكريم:

أ –قوله تعالى: " خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين"[66].

وممن أستدل بهذه الآية الإمام القرافي في كتابه الفروق، حيث قال عقب ذكره الآية: " فكل ما شهدت به العادة قفي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة"[67]. وقد بنى القرافي استدلاله هذا على أن المراد بالعرف في الآية: عادات الناس وما جرى تعاملهم به فحيث أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر دل على اعتباره في الشرع وإلا لما كان للأمر به فائدة[68]. غير أن هذا الدليل نوقش من طرف جمهرة من الفقهاء[69]، ورأوا أن الاحتجاج بالآية على اعتبار العرف ضعيف إن لم يكن باطلا، من حيث إن العرف يتنازع الناس في تفسيره، وأيضا فإن المراد بالعرف في الآية هو العرف بمعناه اللغوي الذي هو ضد النكر أو المعروف الذي معناه العلاقة والإحسان. ب قوله تعالى: " ولينفق ذو سعة من سعته، فقال ابن العربي في أحكام القرآن إن الإنفاق ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام"[70].

2–من السنة:

استدلوا بما أخرجه الإمام أحمد في مسنده حيث قال: " حدثنا عبد الله، حدثني أبي حدثنا أبو بكر، حدثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود قال: إن الله نظر في قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه غير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون عن دينه، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء."[71]

ووجه الاستدلال بهذا الحديث لاعتبار العرف أنه إذا كان لحل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيقته واعتباره[72].

غير أن هذا الدليل لم يسلم أيضا من الطعن[73] سواء من حيث رفعه، أو من حيث دلالته على المطلوب ... أما عن الأول: فقد صرح الحافظ العلائي بأنه لم يجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا، وال بسند ضعيف طول البحث، وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول ابن مسعود[74].

أما عن الاعتراض الثاني: فإن المراد بالمسلمين في الحديث هم المجتهدون لا مطلق العوام، بدليل كلمة " رآه في الحديث"، ذلك بأن الرأي في عرف الصحابة ما يراه القلب بعد فكر وتأمل، وطلب لوجه الصواب، مما تتعارض فيه الأمارات، وذلك كالاستنباط من طريق القياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وهذا لا يكون إلا لمن وصل درجة الاجتهاد[75].

ومما يستدل به من الأحاديث كذلك ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا؟ قال: خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف، قال الشراح: أحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي وهذا يدل على أن العرف عمل جار[76].

وقد عقد البخاري في صحيحه ترجمة قال فيها: (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، وقال شرح للغزالين سنتكم بينكم)[77].

3-عمل الصحابة والإجماع:

اعتبر بعض فقهاء المالكية أن أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم من بعده قد أكد وأعلى اعتبار العرف مصدرا من مصادر الفقه الإسلامي بأخذهم ببعض الأعراف التي لم يأت الإسلام بها للحاجة إليها، فقد أخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بنظام الدواوين وأنشأه في كل قطر إسلامي، وهذا النظام كان عرفا فارسيا، فجعل للجيش ديوانا وللعمال ديوانا ولموازنة الدولة ديوانا، وعين في هذه الدواوين سكان هذه الأقطار حتى ولو كانوا من غير المسلمين عملا بما تعارف عليه الناس في هذه المناطق[78].

ويذكر البعض كذلك أن الإجماع كان في أول الأمر عرف أهل المدينة، ثم تطور بعد ذلك حتى صار إجماع المجتهدين في كل عصر[79].

4-المعقول والضرورة الاجتماعية

إن المتتبع لفروع الشريعة يجد أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التي كانت سائدة قبل الإسلام كبيع العرايا، والسلم والمضاربة، فأبقت الشريعة ما كان صالحا، وألغت ما كان مافيا لأصولها كالربا وشرب الخمر وغيرهما[80].

المطلب الثالث: مجالات اعتماد العرف عند المالكية:

يمكن إجمال مجالات اعتماد العرف عند المالكية في المجالات الآتية:

1-المسائل الاجتهادية التي لم يرد فيها نص كتقدير وتحديد النفقات والمسافات وبعض العبارات الواردة في النصوص ونحوها، والعرف هنا لا يكون دليلا مستقلا بقدر ما يكون كاشفا وخادما للمصلحة التي أمر الشارع بتحصيلها لتستقيم حياة الناس بها[81]، وأمثلة ذلك كثيرة منها:

-تحديد النفقة الواجبة على الزوجة في قوله تعالى: " ولينفق ذو سعة من سعته" فقد ذكر ابن العربي أن الإنفاق ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام".

-تحديد نفقة الأولاد في قوله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" فالشارع هنا أحال النص على العرف لتقدير تلك النفقة ونفس الأمر يقال في قوله صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان:

"خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف"، فتقدير هذه الأمور هنا متروك للعرف لأنه يتغير من زمن إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى ومن فرد إلى آخر[82].

– ضابط الحرز في تحديد السرقة يرجع فيه إلى العرف قال ابن رشد اشترط جمهور الفقهاء الحرز لوجوب القطع في السرقة إلا أنهم اختلفوا فيما هو حرز وما ليس بحرز والحق أن الأمر متروك لعرف الناس..."[83].

2–الاعتماد على العرف في مجال تفسير بعض النصوص:

ومن ذلك إيمان الحالفين وعبارات المتعاقدين، بمعنى أن كلام المتكلم يحمل على ما جرى به العرف في بلده[84]، لذلك يقول الإمام القرافي. كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[85] وقال في الفرق الثامن والعشرين: "إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، تبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات، والعيوب في العروض والمبيعات، فلو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيبيا في الثياب في العادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوبا لم يرد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه"[86].

وكذلك من حلف بالإيمان اللازمة وحنث فيعتبر في ذلك عرف الحالف لا عرف المفتي، فلو دخل المفتي بلدا لا يكون عرفهم فيه أن يراد به الطلاق الثلاث لم يجز له أن يفتي فيه بذلك، ولا يحل للمفتي أن يفتي بما يتوقف على العرف إلا بعد معرفة العرف، ولو تغير العرف بتغير الجواب وهذا من الأمر المهم معرفته[87].

ونقل الونشريسي في المعيار الإجماع على أن الفتاوى تختلف باختلاف العوائد، فيجب على المفتي أن ينظر في مقاصد الناس ومقتضى خطاباتهم فيبنى عليها الحكم، ويترتب عليها الجواب، وكل من ينظر إلى الروايات فيفتي فيما تختلف فيه الأحكام باختلاف المقاصد والعوائد، فقد أخطأ، وكان منه فسقا إن علم ذلك وقصده.

ونظم ذلك صاحب العمل الفاسي فقال:

واعتبر الأعراف في الفتوى وفي ** الحكم لكن بانتفائها نفي[88].

وثمة مجال آخر اهتم الأصوليون بدراسته الا وهو التعارض بين الصوص والعرف، والقاعدة العامة لديهم أن كل عرف ورد الشرع بخلافه غير معتبر[89]، فمهما خالف العرف حكما أثبته النص، عمل بالنص وترك العرف المخالف، فالنص أقوى من العرف مطلقا، وعلى هذا لا يجوز القضاء ولا الإفتاء بالأعراف المخالفة للنصوص الشرعية لما فيها من إهدار الحكم الشارع ومقصده.

أما إذا كان العرف عمليا مقارنا للنص العام، فقد اختلف العلماء في جواز تخصيص النص العام، فذهب الحنابلة والشافعية وبعض المالكية إلى عدم جواز تخصيص عموم ألفاظ الشارع بالعرف، وفي به هذا الصدد يقول القرافي: فالعرف القولي يؤثر في اللفظ المعنوي تخصيصا وتقييدا إبطالا، والعرف العملي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصا ولا تقييدا، ولا إبطالا لعدم معارضة الفعل وعدمه، لوضع الفقه ومعارضة غلبة استعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي[90].

إلا أن جمهور المالكية[91]، ذهبوا إلى جواز تخصيص العرف للنص الشرعي ولم يفرقوا بين العرف القولي والعرف العملي كما فعل الحنفية، والمتأمل في الفروع الفقهية التي انبنى عليها الخلاف في هذه المسألة يلحظ أن غالب تلك المسائل –إن لم تقل كلها –قد انحصرت في مسائل البيوع والمعاملات التجارية[92].

هذه بعض النقط المتعلقة بعلاقة العرف بالنصوص الشرعية، فالعرف إما أن نفسر نصا شرعا وإما أن يخصصه أو يقيده وأحيانا أن يبطله وكل هذا مقرر عند جمهور المالكية إلا أن بعض الخلافات تبقى في بعض الجزئيات المتعلقة ببعض الفروع الفقهية وبعض

النوازل والمستجدات المعاصرة، ولكن فهذا الخلاف يمكن أن ينحصر تحت القواعد الفقهية التي صاغها فقهاء المالكية اعتمادا على العرف ولا حرج من خروج بعض الاستثناءات على القاعدة فهذا أمر مستساغ عند المحققين في القواعد الفقهية.

خاتمة:

عموما فالعرف عند المالكية دليل أصولي مهم قائم بذاته، وهذا ما قرره العديد من الفقهاء المالكية إلا أن البحث في مجال العرف عند المالكية يحتاج إلى نوع من الوقت ، من خلال استقراء أقوال المالكية في موضوع العرف وتحليلها واستخراج الأمثلة التطبيقية لاعتمادهم على العرف وتصنيفها حسب المجالات الفقهية ومعالجتها واستنباط القواعد الفقهية منها وكذا إبراز علاقة العرف بالفتوى والقضاء، إلا أن المهم في هذا الوقت هو محاولة إلقاء نظرة عامة على العرف كدليل أصولي عند المالكية ودراسة بعض نقطه الحساسة ، تاركين المجال للمستقبل إن شاء الله تعالى لمن أراد أن يبحث هذا الموضوع خصوصا بربطه بالدراسات الاجتماعية والقانونية والتطورات التي ظهرت في هذا العصر، نظرا لأن العرف له ارتباط وثيق بفقه النوازل وتغير الفتوى بتغير الزمان ونسأل الله تعالى أن نكون قد وفقنا، فيما أنجزناه والله الموفق ، والهادي إلى الصواب.

الهوامش:

[1] – لسان العرب، ابن منظور، حرف العين ج4\ 2897–2898 – مطبعة المؤسسة المصرية للطبع والنشر

[2] – سورة الأعراف الآية 46.

[3] – أساس البلاغة ، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري : 1583 – ص 298 دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.

[4] – سورة المرسلات الآية 1

[5] – لسان العرب ابن منظور ج4 \ 2898

[6] – لسان العرب ابن منظور ج 4\ 2898.

7 – تهذيب اللغة ، أبو منصور الأزهري، ج 2 \ 344 دار المصرية للتأليف القاهرة مصر.

8 – القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي | 1817 3–173، مطبعة الحلبي وأولاده مصر، مادة عرف.

[9] – عبد الله بن أحمد النسفي المستصفى 1\217 مخطوط بدار الكتب المصرية نقلا عن الدكتور حسنين محمود حسنين في كتابه العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وذكر الدكتور حسنين أن هناك من الباحثين المعاصرين من نسب هذا التعريف للإمام الغزالي إلا انه ببحثنا عن هذا التعريف المنسوب للغزالي لم نعثر عليه في المستصفى، و كذلك لم نجده في كتابه "المنخول".

[10] – الجرجاني في كتابه التعريفات ص :130 ،وابن عابدين في كتابة رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف ص 112.

[11] – العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الدكتور حسنين محمود حسنين ص: 16

[12] – الدكتور عبد العزيز الخياط النظرية العرف ص: 23 نقلا عن كتاب الدكتور حسين محمود العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص 16.

[13] – نفس المرجع السابق، ص 23–24، وهذا الاعتراض الذي ساعة صاحب نظرية العرف قد ناقشه كثيرا الدكتور حسنين وقال بأنه غير وجيه للمزيد بنظر العرف والعادة بين الشريعة والقانون الحسنين ص 16.

[14] – أثر العرف في التشريع الإسلامي الدكتور صالح عوض، ص51.

[15] – عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه – طبع بلبنان ص 69 .

[16] – الفيومي المصباح المنير 29/2 – المدخل الفقهي العام المصطفى الزرقاء 836/2

[17] – ابن فرحون البصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام الجزء الثاني ص: 67 الطبقة الأولى عام 1406 –1986 ، القاهرة مصر

[18] – الشريف الجرجاني التعريفات ص: 127–130

[19] – شرح التحرير لابن أمير الحاج انقلا عن كتاب نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب العصري ص 252

[20] – عبد السلام العسري نظرية الأخذ بما جرى به العمل بالمغرب في إطار المذهب المالكي – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – ص 252-253

[21] – الشاطبي يعبر كثير عن العرف بالعادة وبذلك فعندما يقول العادة قيراد بها العرف .

[22] – عبد السلام العصري نظرية الأخذ بما جرى العمل في المغرب ، ص: 256

[23] – الدكتور محمد رياض أصول الفتوى والقضايا في المذهب المالكي ، ص :450

[24] – رقية طه العلواني أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة أنموذجا ، ص: 80-81

[25] – علال الفاسي ، مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي ،ص: 206.

[26] – يقول أبو الحسن البصري : وحكى عن مالك انه قال : إجماع أهل المدينة وحدهم حجة المعتمد 2 / 34 . والمستصفى للغزالي ص:14

[27] – عبد الرحمان بن خلدون، المقدمة،ص: 447 دار القلم بيروت الطبعة الخامسة 1984م

[28] – عمر بن عبد الكريم الجيدي العرف والعمل في المذهب المالكي مطبعة فضالة ، المغرب 1982م، ص 326

[29] – أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجا للدكتورة رقية طه جابر العلواني – دار الفكر ، ص: 83،84.

[30] – نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي لعبد السلام العسري ص 257

[31] – العرف والعمل في المذهب المالكي نقله عن الحجوي صاحب الفكر السامي الدكتور عمر الجيدي ص 328

[32] – نفس المرجع السابق عبد السلام العسري ص 257

[33] – أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجا لرقية طه جابر العلواني، ص: 39

[34] – الموافقات في أصول الفقه للشاطبي تحقيق عبد الله دراز دار الكتب العلمية بيروت 2 / 279.

[35] – العرف والعادة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لحسن محمود حسنين، ص: 44

[36] – وفي هذا الصدد يقول صاحب مراقي السعود : وخصص الكتاب والحديث له ... أو بالحديث مطلقا فلتنتبه واعتبر الإجماع جل الناس وقسمي المفهوم كالقياس والعرف حيث قارنا الخطاب ودع ضمير البعض والأسباب.

[37] – العرف والعادة لحسنين محمود حسنين ص 44

[38] – العرف والعادة لحسنين محمود حسنين ص 44

[39] – العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور حسنين محمود حسنين، ص: 52/53.

[40] – نفس المرجع السابق، ص: 65 بتصرف.

[41] – مجموع الفتاوي لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية ،7 /96.

[42] – المرجع السابق ج 7 ص 97.

[43] – الإحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام لشهاب الدين القرافي ،ص: 234

[44] – شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للقرافي ،ص: 211

[45] – العرف والمعمل في المذهب المالكي لعمر الجيدي ،ص: 97

[46] – أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجا. الرقية طه جابر العلواني ،ص: 43-44

[47] – أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة نموذجا. الرقية طه جابر العلواني ،ص: 44

[48] – رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص ص: 44.

[49] – رقية طه جابر العلواني نفس المرجع ص:45.

[50] – الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه الجزء 2 ص: 283.

[51] – للتوسع ينظر أثر العرف في فهم النصوص ص: 47. ونظرية العرف والعمل في المذهب المالكي للعسري ص:262.

[52] – حسنين محمود حسنين العرف والعادة في الشريعة والقانون ص: 71.

[53] – يعتبر كذلك فقهاء الحنفية من المكثرين في اعتماد العرف ويعتبرونه دليلا مستقلا، عكس الشافعية الذين لا يأخذون بالعرف إلا إذا أرشد إليه نص شرعي، فالعرف عندهم متمم وليس مستقلا. وعند التحقيق في المسألة نجد كافة المذاهب الفقهية تقول بحجية العرف إلا أن الإشكال في كثرة اعتماده من قلته، لذلك ذكر ابن العربي في أحكام القرآن والقرافي في شرح التنقيح " إن مذهب مالك لا يختص بالعرف فهو مشترك بين المذاهب ومن استقرأها

تجدهم يصرحون بذلك . فيما – شرح تنقيح الفصول ص: 448 – وللتفصيل في المسألة ينظر أثر العرف في فهم النصوص رقية طه جابر العلواني ص: 51

[54] – الدكتور عبد السلام العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: 267

[55] – الإمام شهاب الدين القرافي – شرح تتقيح الفصول –– تحقيق طه عبد الرؤوف دار الفكر دمشق ص: 189.

[56] – ابن العربي، أحكام القرآن 1842/4

[57] – ابن العربي: أحكام القرآن ، 4 / 1840

[58] – المقري – القواعد ص: 164 – القاعدة رقم 635 – نقلا عن عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي ص: 226.

[59] – المهدي الوزاني، النوازل الكبرى الجزء 6 ص: 392

[60] – القاعدة رقم 459 نقلا عن عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي ص: 227

[61] – أشارت الدكتورة رقية طه جابر العلواني إلى أن هذه الاعتبارات التي صاغها الإمام الشاطبي في اعتبار العرف أمر لا يمكن تعميمه حسب قولها لأن المصلحة قد تقع من عادة غير صحيحة، وهذا في نظري مردود لأن الإمام الشاطبي رحمه الله يتم المقاصد ولا نفر أمرا إلا بعد أن تقرر عنده عن طريق الاستقراء ويراعى في ذلك مقاصد الشريعة فهو هنا يتحدث عن المصالح المعتبرة شرعا إما الملغية فلا يتحدث عنها للمزيد ينظر كتاب أثر العرف في فهم النصوص الدكتورة رقية ص: 57

[62] – أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه ، 2/279 ، تحقيق عبد الله دراز، دار الكتب العلمية بيروت لبنان

[63] – ابن فرحون، بتصرف الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، 2/ 67.

[64] – الأحكام في أصول الأحكام شهاب الدين القرافي ص: 27.

[65] – اصطلاح المذهب عند المالكية لمحمد إبراهيم علي،ص:521.

[66]– الإمام الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز الجزء 3 ص 151.

[67] – سورة الأعراف الآية 199.

[68] – شهاب الدين القرافي – الفروق الجزء 3 ص : 199، عالم الكتب، بيروت.

[69] – عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص: 224 . 5 – وقد أشار إلى ذلك القرطبي بقوله : " والعرف والمعروف والعارفة كل خصلة حسنة نرضيها العقول وتطمئن إليها النفوس تحقيق أي أن المراد بالعرف في الآية هو التعريف اللغوي لا الاصطلاحي القرطبي، الجامع لأحكام القرآن 7/346 الغليم البردوني دار الشعب القاهر مع 137هـ

[70] – ابن العربي أحكام القرآن.

[71] – مسند الإمام أحمد، 379/1، طبعة الميمنة. 2 – عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي ص: 224.

[72] – فقد جزم ابن حزم بأنه لا يوجد في مسند صحيح، وإنما عرفي عن ابن مسعود رضي الله عنه " الأحكام في أصول الأحكام – الجزء 6 ص: 194 ، دار الحديث القاهرة.

[73] – عمر الجيدي، نفس المرجع السابق ص 224-225

[74] – عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي ص: 224-225

[75] – فتح الباري لابن حجر ، 312/5.

[76] – نفس المرجع السابق 5/310

[77] – محمد مصطفى شلبي أصول الفقه الإسلامي، ص: 320

[78] – الإجماع والقياس والعرف على الأصوليين في القرن 6هـ/12م – ص:

[79] – الدكتورة رقية طه جابر العلواني، اثر العرف في فهم النصوص – قضايا المرأة نموذجا – منشورات دار الفكر دمشق بيروت ص 56.

[80] – رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص – قضايا المرأة نموذجا – ص: 60.

[81] – رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص – قضايا المرأة نموذجا – ص: 60.

[82] – حسنين محمود حنين – العرف والعادة في الشريعة والقانون ص: 130-131

[83] – ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 2 ص 449.

[84] – رقية طه جابر العلواني، نفس المرجع السابق، ص: 60.

[85] – الإمام القرافي، الفروق ا، 1 ص: 76.

[86] – الإمام القرافي الفروق الجزء 1 ص: 176.

[87] – الإمام القرافي، الفروق–الجزء 2 ص: 71.

[88] – عصر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي / ص/236.

[89] – المسألة قررها جميع علماء المذاهب، أنظر العرف والعمل في المذهب المالكي، عمر الجيدي ص: 176.

[90] – القرافي، الفروق الجزء 1/163–164.

[91] – هذا ما أشار ابن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – الجزء 20/140 وللتفصيل في الأمثلة ينظر تبصرة الحكام لابن فرحون، والمعيارالمعرب، والعرف والعمل لعمر الجيدي ص: 133.

[92] – رقية طه جابر العلواني، نفس المرجع السابق ص: 65.