



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة
- نماذج مختارة -

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: فقه وأصوله

المشرف:

د. عماد جراية

الطالبة:

سهيلة داهش

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. حياة عبيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. عماد جراية	أستاذ محاضر (ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. علي زواري	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 1438 - 1439هـ / 2017 - 2018م



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة
- نماذج مختارة -

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: فقه وأصوله

المشرف:

د. عماد جراية

الطالبة:

سهيلة داهش

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. حياة عبيد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. عماد جراية	أستاذ محاضر (ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. علي زواري	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 1438 - 1439هـ / 2017 - 2018م



بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الإفتراس

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين . . .

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من كَلَّه الله بالهيبه والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار، أرجو من الله أن يمدّ

في عمره ليرى ثمارا قد حان قطفها . . . أبي العزيز

إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحب والحنان إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها

بلسم جراحي . . . أمي الحبيبة

إلى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة إلى من عرفت معهم معنى الحياة . . . إخوتي

وأخواتي

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات . . . صديقاتي وزميلاتي

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ولو بكلمة تشجيع

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع، وأرجو أن يكون خالصاً لوجه الله الكريم .

سهيلة

شكر و عرفان

يقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ شَكَرْنَا يَشْكُرْ لِنَفْسِهِ﴾¹

إقراراً بالفضل والعرفان ورداً بالمعروف إلى أهله من غير نقصان ولا نكران، فإني أحمد الله العليّ القدير حمداً كثيراً كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على أن يسّر لي إتمام هذا البحث فالشكر لله وحده أولاً وأخيراً.

ثم أتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور: **عماد جراية** الذي تفضّل عليّ بقبول الإشراف على هذه المذكرة، سائلة المولى عزّ وجل أن يجعله في ميزان حسناته يوم القيامة.

كما أتوجه بالشكر الخالص إلى الدكتور: **علي باللموشي**، والأستاذ: **خالد ضو اللذين** مدّا لي يد المساعدة وأنا را لي الطريق في إعداد هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذة جامعة الوادي، خاصة أساتذة الفقه والأصول منهم فلهم مني التقدير والإحترام.

والشكر موصول إلى كل من ساهم معي في إنجاح هذا العمل من قريب أو بعيد فجزاهم الله عنّا خير الجزاء.

¹ [النمل: 40].

ملخص:

تناولت الدراسة بعنوان: "أثر العرف في المعاملات المالية عند المالكية - نماذج مختارة" التي تتحدث عن مدى تأثير العرف في المعاملات المالية لدى المالكية، منطلقاً من إشكالية رئيسية كانت كالتالي: ما مدى تأثير العرف في المعاملات المالية عند المالكية؟. وللإجابة على الإشكالية المذكورة أعلاه رسمت خطة قسمتها إلى مبحثين؛ في المبحث الأول كان مبحثاً نظرياً لبيان حقيقة العرف، وضوابطه، أما عن المبحث الثاني فكان تطبيقياً تطرقت فيه إلى ذكر بعض النماذج من عقود المعاوضات والتبرعات التي للعرف أثر فيها. توصلت الدراسة إلى نتائج أهمها: أن العرف أصل أصيل في المذهب المالكي وهم أحفل المذاهب وأوسعهم أخذاً به، ويتضح أثره الكبير في باب المعاملات المالية.

Abstract:

The study dealt with:" the effect of custom in financial transactions at Al-Malikiyya" -Selected Samples-

The answer of this problem that mentioned above which was divided into two sections. The first topic was a theoretical study for showing the truth of the custom . which the second topic was applied to mention some of the models of contracts of negotiations and the contributions which the habit affected them.

The study reached to the most important results: that the custom is an authentic origin in the Maliki doctrine and the widest to do it and its big role is clear in the financial transactions section.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أما بعد:

إن علم أصول الفقه من أفضل العلوم وأشرفها وأدق أنواع الفنون وأصعبها؛ لذا لا يمكن للمجتهد أن يستغني عنه في تبيينه النصوص وتقنينه فيما لا نص فيه، فبها يتوصل الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية، لتكون لديه ملكية فقهية يميز بها بين الحلال والحرام.

هذا وإن المصادر التشريعية على ضربين: أصلية وتبعية، فالأصلية هي الكتاب والسنة والإجماع وأما التبعية والتي أقامت الشريعة دلائل عليها ونصبت لها أمارات، كالقياس والإستحسان والمصالح المرسلة والعرف... وهذا الأخير هو محل البحث، فالمذاهب الأربعة المعروفة اليوم انطلق أصحابها من هذه المصادر والأصول وهم بين موافق ومخالف فيها، أما العرف فمتفقون على الأعمال به من حيث التطبيق لكن على تفاوت بينهم، أما من حيث التأصيل هناك من يعتبره وهناك من لا يعتبره؛ إلا أن المذهب المالكي أكثر وضوحاً من حيث التأصيل له وأوسعهم إعمالاً من حيث التفرع والتخريج بحيث جعله أصلاً أصيلاً في مذهبه، فهو يؤثر في جميع ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال سواء أكان ذلك من عبادات أو معاملات أو أحوال شخصية، أو أي نوع من أنواع العقود، إلا أن المجال الأكثر تأثيراً وتطبيقاً وإعمالاً فيه هو المعاملات المالية؛ لذا أراد الباحث جمع بعض النماذج المعاملاتية التي للعرف أثر فيها وذلك في البحث المعنون بـ: "أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة"- نماذج مختارة-.

أولاً: أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع في كون العرف أصلاً من أصول الاستنباط عند مالك فهو من المؤثرات المباشرة في مسيرة التشريع، ونجد أثره في المعاملات المالية واضحة جلية، ولولا الأخذ به والأخذ باليسر لما تمكنا أن نسهم في سريان هذه الأحكام بشكل سلس بين الناس لأنهم ألفوا مجموعة من الأعراف والعادات يصعب تركها، حتى أصبحت من ضروريات الحياة التي لا غنى لهم عنها.

فالمعاملات لها دور كبير في حياة الناس ومجتمعاتهم فنجد في كثير من الأحيان بعض عقود المعاوضات والتبرعات في الغالب مرجعها إلى العرف الذي يحكم تصرفاتهم، وكان البحث قد خصّ بالمعاملات لأنها أكثر تداولاً بين الناس. ولأن الأمة واقعة في إشكالات لا تستطيع الرجوع إليها إلا بمقتضى العرف، نجد الإمام مالك رحمه الله قد راعى في أساس مذهبه قصد الشارع إلى تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة إذ المصلحة أصل بلا نزاع في المذهب المالكي.

ثانياً: إشكالية الموضوع:

لاشك أن للعرف في نظر الشريعة الإسلامية قيمة تشريعية كبرى، لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر، وهو الأصل الذي تدعو الحاجة إليه، لأن حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمة أحس بها الإنسان منذ أيامه الأولى، كما أنه يعد مستندا قويا وسلطانا على النفوس، لذا فإن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح الأمة وحفظ حقوقها، وتيسير أمورها ورفع الحرج عليها، وتعتبر الأعراف من بين هذه المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها، فكان حتماً لمن أراد الخوض في الأحكام الشرعية وفهم معانيها وتفسيرها من معرفة أعراف الناس في أقوالهم وأفعالهم، وذلك لأن العرف يؤثر في جميع جوانب الحياة ومجالاتها ومن بين الجوانب التي للعرف أثر كبير فيها "المعاملات المالية" ومن هنا نطرح الإشكال الآتي: ما حقيقة العرف؟ وماهي ضوابطه؟ وما مدى تأثيره في المعاملات المالية عند المالكية؟.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع:

لقد دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب عديدة منها:

❖ أسباب ذاتية:

- 1- الميل الذاتي والرغبة في معرفة ما يدور في الموضوع من المسائل التي اقتضتها العادة والعرف، سيما أن الموضوع خصّص عنوانه من طرف الأستاذ المشرف. فكان الموضوع مطلقاً: أثر العرف في المعاملات المالية المعاصرة - نماذج مختارة-، فقيده ليختص بـ: أثر العرف في المعاملات المالية عند المالكية - نماذج مختارة-، وهذا مما زادني تشوقاً للاطلاع عليه أكثر.
- 2- معرفة كيف أثرت الأعراف والعادات في المعاملات المالية لدى المالكية خصيصاً في بعض عقود المعاوضات والتبرعات.

❖ أسباب موضوعية:

- 1- أهمية موضوع العرف في حياة الناس بحيث يتناول الكثير من شؤون حياتهم والمعاملات من باب أولى لكثرة تعاملها بين البشر فأحالتها الشرع بحكمته إلى العرف والعادة ليناسب حالهم وزمانهم.
- 2- الوصول إلى حقيقة العرف ومكانته الرفيعة في تاريخ الإنسانية قديما وحديثا، وكمصدر من مصادر التشريع، ولمعرفة حدوده ومجال تطبيقه في جانب المعاملات.
- 3- الاسهام في تعميق البحث حول محور من محاور المعاملات المالية في الفقه المالكي وكون العرف من مؤثراته.

4- مرونة فقه المعاملات المالية وسعته في المذهب المالكي.

رابعًا: أهداف الموضوع: يهدف الموضوع إلى ما يلي:

- 1- بيان حقيقة العرف كأصل من أصول الفقه.
- 2- أن المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذاً للعرف بحيث جعله أصلاً من أصول الشريعة.
- 3- أن المعاملات المالية مجال من مجالات الحياة الفسيحة لكثرة العمل به وكثرة تداوله وتكراره بين الافراد، لذا فله الأثر الأول في تطبيقات العرف فيه، لأن العرف يبين المفاهيم ويُشخص المصاديق ويشكل قرينة مع مقصود الشارع.
- 4- سد فراغ حاصل في تناول المعاملات كجانب من الجوانب التطبيقية للعرف، ويقدم للمكتبة إضافة جديدة، تتمثل في تتبع بعض المسائل في المذهب المالكي التي أعمل فيه العرف.
- 5- إبراز أثر العرف في المعاملات المالية لدى المالكية التي اعتادتها الأمم واتخذتها منهاجا تسير عليه حتى رسخت في نفوسهم.

خامسًا: الدراسات السابقة:

يكاد يخلو هذا الموضوع من الدراسات السابقة تحديدا في المذهب المالكي إلا أننا نجد هذا الموضوع ينطوي في بطون ثنايا بعض الكتب والرسائل منها:

- 1- أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، عادل عبد القادر قوته، كلية الآداب جامعة الملك عبد العزيز، قسم الدراسات الإسلامية، جدة 1428هـ/2007م، وأصل هذا الكتاب بحث تقدم به الباحث للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية وقد اعتنى فيه بتعريف العرف، وحججته، وأثره في فقه المعاملات المالية.

2- العرف حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، عادل عبد القادر قوته، وقدم له الشيخ عبد الله بن بية، والشيخ محمد بن علي القرني، وأحمد بن عبد الله بن حميد، الطبعة الأولى 1418هـ/1997م، وأصل هذا الكتاب رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه والأصول نوقشت بتاريخ: 1415/1/12هـ، تقدم به المؤلف لكلية الشريعة بجامعة أم القرى، قسم الدراسات العليا الشرعية، وقد اعتنى فيه بحقيقة العرف وحجيته... وذكر جمع من مسائل المعاملات فيما يخص المذهب الحنبلي، لكنه كان يذكر في بعض الأحيان المذاهب الموافقة والمخالفة للمذهب في المسألة.

3- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر عبد الكريم الجيدي والكتاب عبارة عن دراسة جامعية تقدم بها صاحبها لنيل دكتوراه في العلو الإسلامية من دار الحديث الحسنية، وهي دراسة أصولية مركزة، بين فيها مفهوم العرف والعمل بشكل موسع وذكر بعض المسائل فيما يخص العرف والعمل.

وهذا، فإن الموضوع قد قتل بحثاً من الناحية النظرية في الدراسات المذكورة سالفاً وفي دراسات أخرى، وتوفيق من الله ستكون الاضافة من الجانب التطبيقي للموضوع، وذلك بتزويد بعض المسائل في المعاملات المالية فيما يخص عقود المعاوضات والتبرعات.

سادساً: الصعوبات:

أهم عقبة واجهتها في هذا البحث هي:

مشكلة الحصول على مصادر متخصصة بهذا الموضوع، وندرة المادة العلمية من الناحية التطبيقية فالموضوع يحتاج إلى عمل.

سابعاً: المنهج المتبع:

المنهج الاستقرائي: وذلك عند تتبع النصوص القرآنية والحديثية الدالة على مشروعية الأخذ بالعرف وعند ذكر النماذج الواردة في الموضوع التي أعمل فيها العرف.

المنهج الوصفي: وهو الأكثر استعمالاً في البحث، وذلك عند التعريف بالعرف وما شاكله من ألفاظ ومصطلحات، وكذا في مسائل المعاملات التي لها تأثير بالعرف.

ثامناً: منهجية البحث:

1- عزو الآيات في الهامش بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وكتبت الآية فيما بين الرمزتين الآتين: ﴿﴾، مع تنخين الخط تمييزاً لكلام الله على سائر البشر.

- 2- جعلت الأحاديث النبوية في المتن بين مزدوجين بالشكل الآتي: « » مع تحخين الخط؛ تمييزاً لكلام المعصوم عن كلام سائر الناس، ويكون عزوها في الهامش على الطريقة الآتية: ذكر صاحب المصنف الحديثي وعنوان المصنف، ثم الكتاب والباب إن وجد، رقم الجزء إن وجد، والصفحة.
- 3- توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش على الطريقة الآتية: ذكر المؤلف والكتاب مع مكتمل البيانات، هذا عند التوثيق لأول مرة عند أول ذكر، وبعد ذلك اكتفي بذكر اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب، مصدر أو مرجع سابق، رقم الصفحة.
- 4- عند استعمال كتاب في موضعين متتاليين لا يفصل بينها استعمال كتاب آخر، نورد عبارة المصدر أو المرجع نفسه ثم نردف برقم الجزء والصفحة، هذا إن كان في الصفحة نفسها، أما إذا كان بينهما استعمال كتاب آخر أو كان الأول في صفحة والثاني في أخرى، فنورد عبارة: المصدر أو المرجع السابق.
- 5- إذا كان المرجع عبارة عن مقال في المجلة، فتوثيقه يكون كالاتي: اسم ولقب المؤلف، "عنوان البحث أو المقال". اسم المجلة، مكان صدورها: الناشر، العدد، رقم العدد، تاريخ النشر، رقم الصفحة.
- 6- إذا كان مؤلفو الكتاب أكثر من اثنين فيذكر الأول منهم ثم يتبع بكلمة "آخرون".
- 7- ترجمة بعض الأعلام غير المعروفين الواردة في صلب الموضوع في الهامش معتمدة على كتب التراجم.
- 8- شرح بعض المصطلحات الغامضة والإشارة إليها بالرمز (*).
- 9- عند حذف الكلام من النصوص المنقولة حرفياً أضع العلامة: ... (ثلاث نقاط).
- 10- كتابة كلمة "ينظر" في حال التصرف في قول المؤلف، على أن تكون الإشارة إلى الكلام المنقول حرفياً من دون استعمال هذه الكلمة، مع وضع كلام بين " " .
- 11- التزمت رموزاً معينة لإفادة المعاني الآتية: الطبعة: ط، بدون ذكر الطبعة: لا.ط، النشر: ن، بدون ذكر مكان النشر: لا.م، بدون ذكر الناشر: لا.ن، التاريخ الهجري: هـ، التاريخ الميلادي: م، بدون ذكر التاريخ: د.ت، الجزء: ج، الصفحة: ص.
- تاسعاً: خطة البحث:**

ينقسم البحث إلى مقدمة، ومبحثين، وخاتمة متبوعة بفهارس فنيية.

المقدمة: فقد اشتملت على ما ذكرت: من أهمية الموضوع وسبب اختياره وأهدافه، وجهود السابقين فيه، والصعوبات في البحث، ومنهج البحث، والمنهجية المتبعة فيه.

المبحث الأول: وفيه ثلاث مطالب ابتدأت بتعريف العرف كأصل من أصول الفقه وتمييزه عما شاكله من مصطلحات، ومن ثم تطرقت إلى حجية العرف وشروطه لينتهي بأقسام العرف وقواعد اعتباره.

المبحث الثاني: عُني هذا المبحث بصور اعتبار العرف في بعض مسائل في المعاملات المالية عند الملكية وفيه مطلبين، المطلب الأول: أثر العرف في عقود المعاوضات وفيه: (أثر العرف في الخيار وبيع السلم، وبيع المراجحة، والإجارة، ومسائل متفرقة)، أما المطلب الثاني والذي تناول أثر العرف في عقود التبرعات فيه: (أثر العرف في الهبة، والوقف، والعارية).

ثم أردفت **بخاتمة**، ذكرت فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وذكرت فيها بعض التوصيات. ومن ثم ذكر المصادر والمراجع، ثم الفهارس.

أسأل الله أن يجعله مفيدا نافعا، وسهلا يسيرا، والله ولي التوفيق وهو نعم المولى ونعم النصير.

المبحث الأول

المبحث الأول:

العرف كأصل من أصول الفقه

سيتناول الباحث في هذا المبحث ثلاثة مطالب، سيذكر في المطلب الأول المصطلحات ذات الصلة بالعرف، وفي المطلب الثاني حجية العرف لينتهي أخيراً في المطلب الثالث بالكلام عن أقسام العرف وشروطه وقواعد اعتباره.

المطلب الأول- تعريف العرف وما شاكله من مصطلحات:

الفرع الأول- تعريف العرف:

أ- لغة: عرف: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.¹

وعرفه يعرفه بالكسر (معرفة) و(عرفانا) بالكسر. و(العرف) ضد (النكر) يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً، والعرف أيضاً الاسم من الاعتراف، والعرف أيضاً عرف الفرس.² وقوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾³.

والعرف والمعروف الجود وقيل هو اسم ما تبذله وتسديه، وحرك الشاعر ثانية فقال:

إن ابن زيد لازال مستعملاً للخير يفشي في مصره العرفا

والمعروف كالعرف⁴، وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾⁵ أي مصاحباً معروفاً. قال الزجاج: "المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال"⁶.

¹ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق، عبد السلام محمد هارون، ج4 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر 1399هـ/1979م) ص281.

² محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح. تحقيق: يوسف الشيخ محمد (ط:5؛ بيروت- صيدا: المكتبة العصرية- الدار النموذجية 1420هـ/1999م)، ص467.

³ [سورة المرسلات: 01].

⁴ محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب. (ط:1، بيروت: دار صدر، د.ت)، ج9، ص236.

⁵ [سورة لقمان: 15].

⁶ المرجع السابق، ص236.

فالعرف في اللغة إذن هو، ما تعارفه الناس وسكنوا إليه واطمأنت نفوسهم وتتابعوا على فعله.¹

ب - اصطلاحاً:

عرف العلماء العرف بتعريفات كثيرة نذكر منها تعريفين:

تعريف المالكية: حيث عرفه الإمام المفسر ابن عطية - رحمه الله -: بأنه كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة².

وقد عرفه الجرجاني بأنه: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول³.

شرح التعريف:

1- لفظ "ما": عام يشمل القول والفعل.

2- جملة "استقر في النفوس" يخرج بما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس، فهو لا يعد عرفاً.⁴

3- وقوله "بشهادة العقول" يخرج ما استقر في النفوس من جهة الشهوات كتعاطي المسكرات وما استقر في النفوس بسبب خاص كفساد الألسنة، أو ما استقر باقتران بعض الأشياء المكروهة أو المحبوبة بحدوث أمور معينة من باب الطيرة والتفأول.

4- وقوله "تلقته الطبائع بالقبول": يخرج ما أنكرته الطبائع أو بعضها فإنه لا يكون عرفاً.⁵

الفرع الثاني - علاقة العرف بالعادة:

قبل ذكر العلاقة بين العرف والعادة أتطرق إلى تعريف العادة ومن ثم العلاقة.

¹ محمد بن عبد الله التميمي، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، (ط:1؛ لا.م، لا.ن. 1490هـ/1979م)، ص21.

² أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز. تحقيق: عبد السلام الشافعي محمد (ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1413هـ/1993م)، ج2، ص563.

³ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات. تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر (ط:1؛ بيروت- لبنان دار الكتب العلمية، 1403هـ/1983م) ص149.

⁴ أحمد فهمي أبو سنة، العادة والعرف في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي) (لا.ط؛ لا.م: مطبعة الأزهر 1947م) ص8.

⁵ محمد بن عبد الله ابن التميمي ، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص23.

أ - تعريف العادة لغة:

العادة الديدنُ يعاد إليه معروفة وجمعها عادٌ وعاداتٌ¹، وتَعَوَّدَ الشيء صيره عادة له.² والعادة اسم لتكرير الفعل و الانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع.³

ب - تعريف العادة اصطلاحاً:

عرفها ابن عابدين: أن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية⁴.

أو هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.

وعرفها القراني بأنها "غلبة معنى من المعاني على الناس".⁵

ج - علاقة العرف بالعادة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العادة والعرف بمعنى واحد⁶، وهذا ما يراه ابن عابدين من خلال تعريفه للعرف والعادة إذ يقول: "... فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق* "وان اختلفا من حيث المفهوم".⁷

¹ ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج3، ص315.

² مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، (لا.ط؛ القاهرة: دار الدعوة، د.ت)، ج2، ص635.

³ أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، للمفردات في غريب القرآن. تحقيق: صفوان عدنان الداودي، (ط:1 دمشق بيروت: دار القلم، الدار الشامية، 1412هـ)، ص594.

⁴ السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) ج2 ص114.

⁵ أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقراني، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (ط:1؛ لا.م: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ/1973م)، ص446.

⁶ عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، (لا.ط، المحمدية-المغرب: مطبعة فضالة، د.ت)، ص37.

* الماصدق: مصطلح منطقي يقصد به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذ يتحقق فيه مفهومه الذهني. (عبد الرحمان حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة. ط:4؛ دمشق: دار القلم، 1414هـ/1993م، ص45).

⁷ ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مرجع سابق، ص115.

بينما يذهب آخرون إلى التفرقة بينهما يجعلون العادة أعم من العرف، باعتبار أن العادة "جنس" يندرج تحته أنواع من جملتها العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة على عامل طبيعي كسرعة البلوغ في البلاد الحارة وبطئه في البلاد الباردة.

والعادة الفردية كأن يعتاد شخص ما حالة معينة وعادة الجمهور التي هي العرف¹. فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة.

فكل عرف هو عادة، وليس كل عادة عرفاً، لأن لعادة قد تكون فردية أو مشتركة.²

الفرع الثالث - علاقة العرف بعمل أهل المدينة والفرق بينهما:

قبل الشروع في العلاقة بين العرف والعمل والفرق بينهما سأتطرق إلى تعريف عمل أهل المدينة عند المالكية

أ - العمل لغة:

عَمَلَ: العَيَّنَ والمَيَّمُ، واللامُّ أصل واحدٌ صحيح، وهو عام في كلِّ فعلٍ يُفَعَّلُ³. والعمل أيُّ الهيمنة والفعل والجمع أعمال، عَمَلًا، وأَعْمَلَهُ غَيْرُهُ، واستَعْمَلَهُ واعْتَمَلَهُ الرجلُ عَمَلَ بِنَفْسِهِ⁴.

ب - العمل اصطلاحاً:

هو حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه، من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل.⁵

¹ عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص38.

² مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. (ط.10؛ دمشق: مطبعة طربين، 1387هـ/1968م)، ج1، ص843-844.

³ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج4، ص45.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج11، ص474.

⁵ عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق ص342.

ج - مفهوم عمل أهل المدينة عند المالكية:

اختلفت المالكية في المراد من عمل أهل المدينة¹، على ثلاث روايات،² - لكن لا يسع المقام لذكرها جميعاً وسأقتصر على التعريف المعاصر - حيث حاول بعض الفضلاء من الباحثين المعاصرين إيجاد تعريف جامع مانع لعمل أهل المدينة³، وفيما يلي: تعريف الدكتور أحمد نور سيف: "ما نقله أهل المدينة من سنن، نقلاً مستمراً عن زمن النبي صلى الله عليه وسلم، أو ما كان رأياً واستدلالاً لهم"⁴.

د - العلاقة بين العرف والعمل والفرق بينهما:

مصطلح "الععمل" وما يرد ويتكرر في كلام أهل العلم نحو قولهم: "هذا عليه العمل أو جرى به العمل أو العمل عليه" وأشبه هذه العبارات - هذا المصطلح له مفهومه المعين ودلالته الخاصة.

والذي يبدو من تأمل جملة مما قيل في بيانه - أنه لا يقال في مسألة ما أو حكم بعينه: "هذا العمل عليه"⁵ - إلا بعد توفر أمور:

1- أن يستند هذا الحكم إلى رأي فقهي - ولو كان مرجوحاً - موافقاً لقواعد الشرع، وألاً يكون هذا الرأي منكراً.

2- أن تستقر الفتوى عليه في الغالب، ويلتزم القضاة به، وتجري به أحكام القضاء.

3- أن الباعث على اختيار هذا الحكم وجعل "الععمل عليه" دون غيره وسبب جريان الفتوى والقضاء به - هو حفظ مصلحة من المصالح المرعية، أو لحفظ العرف المعترف. فاختار قول -

¹ محمد المدني بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة (ط:1؛ الإمارات العربية المتحدة - دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1421هـ/2000م)، ج1، ص72.

² موسى اسماعيل، عمل أهل المدينة وأثره في الفقه الإسلامي. (ط:1؛ الجزائر: دار ابن حزم، 1424هـ/2004م) ص224.

³ المرجع السابق، ص75.

⁴ أحمد نور سيف، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين. (ط:2؛ دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1421هـ/2000م)، ص443-444.

⁵ عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف. (رسالة ماجستير في أصول الفقه في كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، لا.ط، 1428هـ/2007م)، ص85.

غير منكرٍ - من العلماء الثقات المقتدى بهم¹، والحكم والإفتاء به، وتماثلُ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به سبب اقتضى ذلك² - هو مفهوم العمل. ومفهوم العمل على هذا النحو يشبه أن يكون فردًا ومثالاً للعرف الخاص، ثمَّ إنَّ معناه قد يتقدم - مع التزام القول به، ومعرفة الناس له - ليكون بعد ذلك عرفاً عاماً متبادراً لدى الكافة.

ومن ثم يظهر الفرق بين العرف والعمل في أمرين اثنين هما:

- 1- أن العمل خاص بالعلماء، بخلاف العرف فإنه يشمل عامة الناس، علماء وغيرهم.
- 2- أن العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف، فهو أعم وأشمل، من ذلك؛ لمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ويظهر أيضاً: أن العرف والعمل قد يتدخلان؛ بأن يكون باعث العمل الفتوى أو الحكم بما العرف جارٍ به، أو اطّراد التزام العمل، وشيوع القول به، حتى يصير عرفاً. وعلى هذا يحمل ما جاء من نقول عن العلماء في تعبيرهم عن أحدهما بما هو مفهوم الآخر³ وجاء في الحديث: "العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكا أو حجاماً". قيل لأحمد: وَكَيْفَ تَأْخُذُ بِهِ وَ أَنْتَ تُضَعِّفُهُ. قال: الْعَمَلُ عَلَيْهِ. أَيَّ أَنَّهُ يُؤَفَّقُ الْعُرْفَ.⁴

¹ عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته، العرف حُجَّتُهُ، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، (ط:1؛ مكة المكرمة- السعودية: المكتبة المكية، 1418هـ/1997م)، ص 119-120.

² عمر بن عبد الكريم الجديدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص342.

³ المرجع السابق، ص 120-121.

⁴ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الإرادات. (ط:1؛ لا.م: عالم الكتاب، 1414هـ/1993م) ج2 ص650.

وبَيَّن الشريفة المهدي الوزاني¹ رحمه الله الفرق بين العرف والعمل قائلاً: "قال الشيخ مصطفى الرماصي²: مراد الأئمة بقولهم: " هذا القول جرى به العمل"، أنه حكمت به الأئمة واستمر حكمهم به، وجرى العرف بالشيء هو عمل العامة من غير استناد لحكم من قول أو فعل، ... فتحصل أن العرف هو فعل العامة والعمل هو حكم القضاة"³.
وذكر د. الجيدي في كتابه أنه:

لا يظهر كبير فرق بين ما جرى به العمل وبين العرف، فتعارف الناس شيئاً وتعودهم عليهم عليه معناه: عملهم به.

ولذلك رأينا كثيراً من العلماء لا يفرقون بينهما، بل يجعلونها شيئاً واحداً..

وليس معنى هذا أنه لا يوجد من يفرق بين الاثنين ولكن رغم هذه الفروق التي يفرقوا بها فإنها ليست حاجزاً تمنعها من أن يلتقيا، فالعمل نفسه مبني على العرف، والعرف هو السبب لقيام العمل.⁴

¹ هو أبو يوسف عيسى محمد المهدي بن محمد بن قاسم العمراني الوزاني الفاسي، مفتي فاس وفقهها في عصره من المالكية، ولد بوزان سنة (1266هـ/1850م)، وتوفي بفاس سنة (1342هـ/1923م)، من مؤلفاته: الكواكب النيرة، وحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق، وغير ذلك من المؤلفات. (ينظر: الزركلي، الأعلام، 7/114).

² هو أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصي، الامام الفقيه العلامة المحقق الفهامة، اخذ عن شيوخ مازونة ومصر، ومنه الخرشبي والزقاني، توفي سنة (1136هـ/1723م)، من مؤلفاته: "حاشية على شرح الشمس التتائي على المختصر"، غاية في الجودة والتبيل. (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 1/482).

³ الشريفة المهدي الوزاني، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. (لا.ط؛ الرباط-المغرب، مطبعة فضالة، د.ت) ص 43.

⁴ عمر بن الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. ص 393.

المطلب الثاني - حجية العرف وشروطه:

الفرع الأول - حجية العرف:

استدل علماء المذهب المالكي على اعتماد العرف في أصول مذهبهم¹.

أولاً - القرآن الكريم:

أ - قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾².

وقد استدل بهذه الآية في مسألة إذا اختلف الزوجان في متاع البيت³ حيث يقول: لنا قوله تعالى: خذ العفو وأمر بالعرف فكل ما شهد به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة⁴.

وقد بنى استدلاله بناء على أن المراد بالعرف في الآية عادات الناس وما جرى تعاملهم به فحيث أمر الله نبيه بالأمر دلاً على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر فائدة⁵. وقال ابن الفرس رحمه الله تعالى: في تفسير قوله تعالى: خذ العفو وأمر بالعرف: "واقض فيه بكل ما عرفته النفوس مما لا يردده الشرع، ... والقول بالعرف الجاري بين الناس في التنازع أصل مختلف فيه وأصحاب مالك رحمه الله تعالى يحتجون بهذه الآية كثيراً في إثباته"⁶.

ب - قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِيَّ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ

فُدِّمَ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَذِبِينَ﴾⁷.

¹ محمد بن عبد الله التميمي، اعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 59.

² [سورة الأعراف: 199].

³ سعود بن عبد الله الورقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة، ص 14.

⁴ أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقراي، أنور البروق في أنواء الفروق، (لا.ط؛ لا.م: عالم الكتب، د.ت)، ج 03 ص 149.

⁵ عمر بن عبد الكريم الجليدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص 53.

⁶ محمد بن عبد الله ابن التميمي، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ص 53، 54.

⁷ [سورة يوسف: 26].

قال بن العربي رحمه الله تعالى: "قال علماؤنا: في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة لِمَا ذُكِرَ مِنْ أَخَذِ الْقَمِيصِ مَقْبِلًا وَمُدْبِرًا، وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الْإِقْبَالُ مِنْ دَعْوَاهَا، وَالْإِدْبَارُ مِنْ صَدَقِ يَوْسُفَ".¹

وغيرها من الأدلة من القرآن الكريم كثيرة.

ثانياً- السنة:

استدل العلماء على الاحتجاج بالعرف من السنة:

أ- ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ ، فَاصْطَفَاهُ وَبَعَثَهُ بِرِسَالَتِهِ ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ فَجَعَلَهُمْ وَرَثَاءُ نَبِيِّهِ يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ»².

ووجه الاستدلال بهذا الحديث: أن كل ما رآه المسلمون بعقولهم من العادات وغيرها مستحسناً فهو حسن عند الله يقبله ويعتد به. ووجه الأخذ لاعتبار العرف من الحديث أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسناً قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه؛ لأن الله لا يحكم بحسن الباطل؛ فإذا كان العرف من أفراد ما أستحسن المسلمون كان محكوماً بحقيقته واعتباره.³

ب- حديث: هند بنت عتبة فيما روته عائشة رضي الله عنها: «أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»»⁴.

¹ القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن. (ط.3؛ بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية 1424هـ/2003م)، ج3، ص50.

² أخرجه أحمد بن حنبل، المسند، (لا.ط؛ القاهرة: مؤسسة قرطبة، د.ت)، ج1، ص379. قال: "إسناده حسن".

³ العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص24.

⁴ محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح. تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، (ط.3؛ بيروت: دار بن كثير كثير ودار الإمامة، 1407هـ/1987م) كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها

قال القاضي عياض: "... وقيد الحكم بالعرف لقوله: "ما يكفيك وولدك بالمعروف" وذلك على ما جرت به عادتهم في الإنفاق وبقدر حاجتهم وقدر ماله، وتحرى القصد والوسط دون الإكثار والافتقار".¹

وغيرها من الأدلة الواردة من السنة النبوية.

وهنا نشير أن مذهب المالكية أحفل المذاهب بهذه النصوص، كما هو أسعد المذاهب بتحكيم العرف واعتبار العوائد، بل إن طائفة من أئمة هذا المذهب الجليل هم مع العرف والعوائد مقترنون، إذا ذُكر العرف ذُكروا، شُهِروا به، وبهم شُهر، كالأئمة: ابن العربي، والقرافي، والمقري والشاطبي، والونشريسي، ونظرائهم - رحمهم الله تعالى.²

ومن أقوال أئمة هذا المذهب ما يلي:

1- قول الإمام الشاطبي: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً".³

2- قول ابن العربي: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام".⁴

كذلك: "إن المصالح والعادات لا تختلف فيما الشرائع".⁵

3- قول الونشريسي: "أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة".⁶

و"أن العادة والعرف ركن من أركان الشريعة عند مالك وعمامة أصحابه".⁷

وولدها من معروف، ج5، ص2052.

¹ عياض بن موسى، أبو الفضل، إكمال المعلم بفوائد مسلم. تحقيق: د. يحيى إسماعيل، (ط.1؛ مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ/1998م)، ج5، ص565.

² عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، العرف حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج1 ص208، 209.

³ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان (ط:1؛ لا.م: دار ابن عفان، 1417هـ/1997م)، ج3، ص208، 209.

⁴ القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج4، مرجع سابق، ص288.

⁵ المرجع نفسه، ص50.

⁶ عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص84.

⁷ المرجع نفسه، ص84.

* العرف أصل من أصول المذهب المالكي:

يقول الشيخ أبو زهرة: "والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي؛ لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به."¹

إن الإمام مالك رحمته الله، راعى في أساس مذهبه قصد الشارع الأساسي إلى تحقيق مصالح الناس.²

وقد جاءت أصول مذهبه متكاملة، يرتبط بعضها ببعض، ويستقي جميعها من معين واحد، هو: النص الإسلامي وروحه ومعناه، وتطبيق النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة له، والإمام مالك رحمته الله وإن لم يفرد أصوله التي بنى عليها مذهبه بالتأليف والشرح والتأصيل فقد كانت واضحة جلية في موطنه³، وقد بناه مالك - رحمه الله - على تمهيد الأصول على الفروع، وتبته فيه على علم عظيم من معظم أصول الفقه التي ترجع إليه مسائله وفروعه.⁴

والإمام مالك "ناهجاً في هذه الأصول منهاجاً مرتباً لها مراتبها ومدارجها مقدماً كتاب الله ومرتباً له على الآثار، ثم مقدماً على القياس والاعتبار، تاركاً منها لما لم يتحمله عنده الثقات العارفون بما تحملوه أو ما وجد الجمهور الجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه، ولا يلتفت إلى من تأول عليه بظنه في هذا الوجه، سوء التأويل وقوله ما لا يقوله بل يصرح بأنه من الأباطيل"⁵.

¹ محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره - آراؤه الفقهية. (ط: 1؛ لا.م: دار الفكر العربي، د.ت)، ص 448.

² المرجع نفسه، ص 456.

³ إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 45.

⁴ القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، (ط: 1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي 1428هـ/2007م)، ج 1، ص 330.

⁵ أبو الفضل القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، (ط: 1؛ المحمدية-المغرب: مطبعة فضالة، 1965م)، ج 1، ص 89.

والقاضي عياض رحمه الله في كلامه السابق، لم يذكر من الأصول التي اعتمدها مالك إلا الكتاب والسنة والقياس، وأشار من طرفٍ حفي إلى إجماع أهل المدينة¹، وعدها العلامة التسولي² رحمه الله ستة عشر أصلاً: "نص الكتاب وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب وهو باب آخر، وتنبيه الكتاب وهو تنبيه على العلة ومن السنة أيضاً مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة، والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر والثالث عشر عمل أهل المدينة والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف فمرة براعيه ومرة لا يراعيه ومن ذلك الاستصحاب"³.

ولعل أدقَّ إحصاءها ما ذكره القرافي في كتابه تنقيح الفصول فقال: "هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسله، والاستصحاب والبراءة الأصلية، والعوائد، والاستقراء، وسد الذرائع، والاستدلال، والاستحسان..."⁴.

وهكذا اعتمد مالك العرف في أصول مذهبه وسار على منهجه من جاء بعده من أهل المذهب وجعلوه أساساً أداروا عليه كثيراً من المسائل والأحكام، بل إنهم جعلوا الأخذ بالعرف وتحكيمه من أسس الفقه عامة التي يُبنى عليها⁵.

¹ محمد عبد الله ابن التميمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 47.

² هو القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المدعو مديش: الفقيه النوازي الحامل لواء المذهب المطلع على أسرار المحقق العلامة المتفنين ... أخذ عن الشيخ محمد بن إبراهيم وهو عمدته والشيخ حمدون ابن الحاج وغيرهما، له تأليف شاهدة له بطول الباع وسعة الإطلاع منها: شرح على التحفة، وحاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق، وشرح الشامل في عدة أسفار وجمع فتاوى .. توفي سنة 1258هـ/1842م. (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية 568/1).

³ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، (ط: 1؛ لبنان- بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م)، ج2، ص 219.

⁴ أبو العباس شهاب الدين المعروف بالقريني، شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص 445.

⁵ محمد عبد الله ابن التميمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص 48-49.

وذكر القاضي الحسين من الشافعية: "أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي بني عليها الفقه"¹.

وجاء في أحكام القرآن لابن العربي: "أن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"².

وصرّح بعضهم بأن "العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص"³.

إذن فالعرف عندهم دليل أصلي مستقل قائم بذاته إلى جانب الأدلة الشرعية كالنص والإجماع.

الفرع الثاني- شروط اعتبار العرف:

إنّ العرف الذي يقع الرجوع إليه واعتباره وتحكيمه لدى الفقهاء هو الذي توفرت فيه شرائط اعتباره وتحققت ضوابط العمل به، وبمخالفة أحد هذه الضوابط أو فقدانها، لم يصح تحكيم العرف ويفقد العرف صلاحيته للعمل، ومن هذه الشروط ما يلي:

1- أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا:

اشتراط الفقهاء لتحكيم العرف أن يكون مطردًا، ومعنى الإطراد أن تكون العادة كليةً بمعنى أنها لا تتخلف⁴، وقد يعبر عنه بالعموم، فيقال: يشترط في العرف أن يكون عامًا أي شائعًا مستفيضًا بين أهله بحيث يعرفهم جميعهم في البلاد كلها أو في إقليم خاص، ومعنى الغلبة: أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تتخلف كثيرًا⁵، وأن يكون جريان أهله عليه حاصلًا في أكثر الحوادث⁶.

ومثال ذلك: إذا جرى العرف في بلد على تقسيم المهر في النكاح إلى معجلٍ ومؤجلٍ، فيكون العرف -هنا - مطردًا، إذا جرى أهله في هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح، ولا يقدر في

¹ أبو الفضل، أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري- تحقيق، أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ)، ج4، ص406.

² ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج4، ص289.

³ كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير. (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت)، ج7، ص15.

⁴ محمد عبد الله ابن التميمي، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص83.

⁵ أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء. مرجع سابق، ص56.

⁶ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. مرجع سابق، ص874.

اعتباره ترك العمل به في بعض الحوادث القليلة، لأنه لا يزال يعتبر غالباً¹ و"العبرة للغالب الشائع لا للنادر".

فاشترط الإطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكمًا في الحوادث.

فإنَّ العادة تسمى عرفًا متى اعتادها أكثر القوم ولو كانوا لا يجرون عليها إلا في أقل أعمالهم وإذا تساوى عملهم به وعدمه سميت عرفًا مشتركًا، وهو لا يعتبر في معاملات الناس ولا يصلح مستندًا ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة، لأن عمل القوم به أحيانًا إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فتركهم له أحيانًا مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة².

كما إذا اختلف العرف فيما يجهز الأب به ابنته عند الزفاف بين كونه عارية أو هيبَةً ولم يكن لأحدهما بينه تثبت دعواه، لم يكن هذا العرف المشترك شاهدًا لواحدٍ منهما ولا حاكمًا، لأنَّ الحكم بأحد العرفين ترجيح بلا مرجح، وعندئذٍ يرجع إلى الأصل وهو اليمين فيحلف الأب، لأنه المعطي وهو أدري بحقيقة ما أعطى، والعادة لم تطرد، فلم تعتبر من الشارع³.

2- عدم مخالفته لنص شرعي

يعتبر هذا الشرط ضروريًا وأساسيًا، إذا العرف لا يقوى قوة النص⁴، وفي هذا الصدد نستشهد بقول السرخسي: "كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"⁵.

وهذا الرأي غالب على الفقهاء عموماً فالمبدأ العام أنه مهما ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي قطعي الورد في الشريعة لم يكن للعرف اعتبار، إذا النص الشرعي مقدم

¹ عادل قوته، العرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ص232-233.

² مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية. (ط:2؛ دمشق. سوريا: دار القلم، 1409هـ/1989م)، ص235.

³ محمد بن عبد الله ابن التميمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص86.

⁴ المرجع سابق، ص107.

⁵ محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط. (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ/1993م)، ج12 ص196.

على العرف غير أنه يستثنى من ذلك النص الذي ورد معللاً بالعرف ومبنيًا عليه ففي هذه الحالة تبقى للعرف قوته ويعمل بالعرف والنص توفيقاً؛ بمعنى أنه إذا أثبت العرف حكماً مخالفاً لما أثبتته النص يعمل بالنص ويترك العرف المخالف ولا يعتد به، لأنّ النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأضعف. فالعمل بالعرف المخالف للنص لا يجوز إذ كان يلزم من العمل به ابطال الحكم الشرعي الثابت بالنص لئلا يكون العرف قاضياً على النص، مثل تعارف الناس كثيراً من المحرمات شرعاً، كالربا ولعب الميسر وشرب الخمر وغير ذلك من المحرمات التي نصّ عليها الشارع.¹

وأما إذا لم يكن العرف مخالفاً للنص من كل وجه ولم يكن مبطلاً للحكم الذي أثبتته كما إذا كان النص الشرعي عاماً والعرف خاصاً فإن خالفه في بعض أفراده فإنه يعمل بالعرف والنص معاً ويكون العرف مخصصاً للنص العام لا مبطلاً له² ومثاله: إباحة عمل الإستصناع للتعامل به، رغم أنه مخالف³ لقوله ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»⁴. مع أن النص يشمل إذ يصدق على الإستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فهو نهي عنه بالنص فقد عمل بمقتضى النص في غير الإستصناع وعمل بالعرف في الإستصناع فلم يلزم من العمل بالعرف المخالف للنص ترك النص والعمل بالمتعارضين ولو من وجه أولى من إلغاء أحدهما⁵.

3- أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:

إنّ سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف دليل على إقراره والرضا به، فإذا صرّحاً بخلافه كان ذلك ناقضاً لهذه الدلالة مبطلاً لهذا العرف، لأنّ العرف أضعف من دلالة اللفظ⁶، "ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"⁷.

¹ عمر عبد الكريم الجديدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص 107-108.

² المرجع نفسه، ص 107-108.

³ محمد عبد الله ابن التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 82-83.

⁴ أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 273هـ، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. (لا.ط؛ لا.م): دار إحياء الكتب

العربية د.ت) كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يُضْمَر، ج 2، ص 737.

⁵ عمر عبد الكريم الجديدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص 108-109.

⁶ عادل قوته، العرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ص 241.

⁷ علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. (ط: 1؛ لا.م: دار الجيل، 1411هـ/1991م)، ج 1، ص 30.

يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكلٍ وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن يعمل شهرًا الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به، فإنّ النوم يغلب بحيث لا يتمكن الأجير من العمل، كان ذلك غرراً لا تمسُّ الحاجة إليه".¹

وورد قول بأن: "العرف والعادة يكون حجّة إذا لم يكن مخالفاً لنصٍ أو شرطٍ لأحد المتعاقدين كما لو استأجر شخصاً آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أنّ عرف البلدة كذلك بل يتبع المدة المعينة بينهما".²

ومن أمثلة ذلك: أن العرف عند التجار أنّ غالب السلع تباع نقداً، حالة غير مؤجلة، فلو اتفق العاقدان على بيعها بالتقسيط، أو إلى أجل مسمى فإنه يعمل بهذا التصريح ولا يلتفت حينئذٍ إلى العرف، وكذا لو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري واتفقا أن تكون على البائع - صح ذلك، وكان ملغياً لاعتبار العرف.³

وعلم من هذه أن قولهم "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" مقيد بعد التصريح بخلافه.⁴

4- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند انشائها:

بمعنى أن يكون العرف سابقاً ومقارناً لزم الشيء الذي يحمل على العرف، فلا عبرة للعرف المتأخر الطارئ على العقد، أو التصرف الذي يراد فيه الاحتكام إلى العرف.⁵ وفي هذا يقول القرافي: "إنما تعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها، فكذلك نصوص الشريعة لا تؤثر في تخصيصها إلا ما قارنها من العوائد" ويقول: "أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على

¹ عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام. (لا.ط؛ لا.م؛ القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية 1414هـ/1991م)، ج2، ص186.

² علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. مرجع سابق، ج1، ص47.

³ عادل قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ص242.

⁴ المرجع نفسه، ص242.

⁵ عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص112.

النطق فإنّ النطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللغة، وتظهره إذا وقع العقد في البيع، فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرق بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر¹.

فلو وقع الاتفاق على ثمن المبيع بدراهم أو دنانير في بلدة اختلفت فيها النقود كان متصرفاً إلى النقد المعروف بين الجميع وإلى العرف الغالب حين البيع، وليس إلى ما يطراً بعد ذلك من اختلاف أو تغيير وعبارات الواقفين وشروطهم في صحيح أوقافهم ونصوص الوثائق وألفاظ الحجج في العقود والتصرفات وما دون فيها من قيود واطلاقات والتزامات واشترطات وما جاء فيها من اصطلاحات يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كان قائماً وقت صدور العقود وانشاء التصرفات².

فالعرف إنما يعمل فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله.

وهذه الشريعة شاملة للعرف اللفظي والعملي، ففي العرف اللفظي يحمل كلام المتعاقد أو المتصرف بالإرادة المنفردة على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية، بشرط أن يكون العرف القائم حين صدور هذه التصرفات من أصحابها، فإذا تغير بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب الواردة في الوقفيات والوصايا وسائر الصكوك فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير التصرفات القولية الواقعة في ظل العرف القديم، وإنما الذي يحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات.

والنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى، فمثلاً لفظ "في سبيل الله" من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك.

ولفظ "ابن السبيل" فيها أيضاً معناه العرفي من ينقطع من الناس في السفر.

¹ شهاب الدين أحمد بن ادريس القراني، شرح تنقيح الفصول. مصدر سابق، ص211.

² عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص113.

فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير، فأصبح مثلاً معنى "سبيل الله" طلب العلم خاصة، وأصبح معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط الذي لا يُعْرَفُ له أهل، فإنّ النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولاً به في حدوث ذلك المعنى لأنه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعاني العرفية أو الإصلاحية للحادثة بعد ورود النص. هذا عن العرف اللفظي، أمّا العرف العملي فيعتبر في كل تصرف من الأعراف المؤثرة فيه ما كان موجوداً عند التصرف دون الحادث بعده.¹

فلو تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً في المبيع، أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع أو في تقسيط أجرة العقارات المأجورة، أو في كون سنة الإيجار شمسية أو قمرية، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل، إلى غير ذلك من الشؤون، فإنّ العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله.²

هذه هي أهم الشروط التي اشترطها الفقهاء ليكون العرف معتبراً شرعاً، بحيث لو اختل شرطاً منها أو فُقد، لم يبقى للعرف صلاحيته ولا يُعتد به في الأحكام.

المطلب الثالث- أقسام العرف وقواعد اعتباره:

الفرع الأول- أقسام العرف:

يذكر الأصوليون أنّ العرف ينقسم إلى عدة أقسام وباعتبارات كثيرة ومختلفة، وذلك من حيث سببه أو موضوعه، وشيوعه، ومن حيث موافقته لنصوص وقواعد الشريعة. وهذه التقسيمات هي كالتالي:

1- التقسيم الأول: باعتبار الموضوع:

ينقسم العرف من جهة موضوعه أو سببه إلى عرف قولي، وعرف فعلي.

¹ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 876-879.

² المرجع نفسه، ص 879.

أ- العرف القولي (الحقيقة العرفية)

اصطلح الأصوليون على تسمية العرف القولي بالحقيقة العرفية،¹ والعرف القولي (اللفظي): هو ما شاع بين الناس من استعمال ألفاظ وتراكيب في معنى خاص بحيث يصبح ذلك المعنى هو المتبادر منهما إلى الذهن عند الاطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية، ويتكون هذا العرف من اتفاق الناس على هجران المعنى الأصلي وينقلون اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثاني، وهذا الاستعمال يعتبر وضعاً حتى إذا أطلقوه في مخاطبتهم كان حقيقة عرفية، لأن لفظ مستعمل فيما وضع له عرف التخاطب² وهو ما عبّر عنه القرافي بقوله: "وذلك أنّ العُرفَ القوِّيَّ أن تكون عادةُ أهلِ العرفِ يستعملون اللفظ في معنَى معيّنٍ ولم يكن ذلك لغة".³

وذلك كاستعمال لفظ "دراهم" بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها حتى الورق النقدي اليوم، مع أنّ الدراهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين، وقيمة محددة.

وكذلك استعمال لفظ "البيت" في بعض البلدان بمعنى "الغرفة" وفي بعضها بمعنى "الدار" بجملتها.

وهذا النوع من الفرق هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو حمل انسان عصا صغيرة وحلّف ليقتلن فلاناً بها، فإنه يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المولم.

وكذلك لو قال لآخر: "وهبتك هذا الشيء بعشرة دنانير" فإنه يفهم بقرينة البدل أن مراده بالهبة معنى البيع مجازاً.

¹ رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص، (ط:2؛ دمشق: دار الفكر، 1430هـ/2009م)، ص42.

² عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص94-95.

³ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج01، ص171.

ومثال العلاقة العقلية قولنا: "حكمت المحكمة على فلان" فان المراد أنه قد حكم الحاكم إذا المحكمة هي المكان. وكما تقول: "حالف الأمير البلد الفلاني وحاربه"، والمراد أهل البلد وسكانه.

فهذه الأساليب الفنية في طرائق التعبير هي صور المجاز في البيان، لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة وليست في شيء من العرف اللفظي الذي يعتبره كلغة وضعية خاصة تصبح معانيها حقائق عرفية تستفاد من مجرد اللفظ.¹

ب- العرفي العملي (الفعلي):

ويقال له العرف المعنوي وهو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها. مثال غلبة هذا المعنى على جميع البلاد ملك الرجل لآلة الحرب، وملك النساء لفرش المنزل.² قال القرافي: "العادة: غلبة معنى من المعاني على الناس وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالإذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه العادة يقضى بها عندنا".³ فتبين بهذا أن العرف العملي هو اعتياد الناس شيئاً من الأفعال العادية أو معاملتهم المدنية مما يتعلق بشؤون حياتهم وتبادل مصالحهم وتصرفاتهم من بيع وشراء وعقود وأنكحة⁴، فمن الأمثلة: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن والماعز والبقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات ونحو ذلك.

ومن الأمثلة في المعاملات: اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل: الحطب والفحم والقمح أن تكون على البائع حملتها إلى بيت المشتري، واعتيادهم تقسيط الأجر السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة، وتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهر النساء كالنصف والثلاثين وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق، وتعملهم فيما بينهم ببعض

¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 845-846.

² عمر بن عبد الكريم الجدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص 97.

³ أبو العباس شهاب الدين الشهير بالقرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 448.

⁴ المرجع السابق، ص 97.

أنواع النقود دون سواها¹ وكبيع المعاطاة، فهو بيع صامت لا إيجاب فيه ولا قبول، وإنما جرى العرف بأن يأخذ المشتري السلعة من البائع ويدفع إليه النقود بدون إيجاب ولا قبول ولا كلام.²

التقسيم الثاني: باعتبار من يصدر عنه.

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه أو بحسب شيوعه إلى عام وخاص وشرعي.

أ- العرف العام: وهو الذي يكون فاشياً منتشراً في جميع البلاد وبين مختلف الشعوب، ومنه ما يكون على مستوى العالم بأسره.³

أو هو ما تعارفه الناس في أمر من الأمور⁴. وعرفه ابن فرحون بقوله: "غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"⁵.

وينتظم هذا النوع كثير من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم كالإستصناع، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان وأصبح جارياً في جميع الحاجات، وكذا بيع المعاطاة⁶، وكذا استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية، وتعارف أن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها، وتعارف أن وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك، والعرف في إهداء طعام في إناءه أو عنب في سلة أنه يرد الوعاء في الأول دون الثاني، ولا يتعين الواضع لهذا العرف في الغالب.⁷

ب- العرف الخاص: وهو الذي يكون مخصوصاً ببلدٍ أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى.

¹ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 847.

² محمد عبد الله ابن التميمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 32.

³ رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص، مرجع سابق، ص 44.

⁴ عادل عبد القادر قوته، العرف حُجَّتُهُ، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، مرجع سابق، ص 261.

⁵ ابراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (ط: 1؛ لا.م: مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م)، ج 2، ص 67.

⁶ عمر عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 98-99.

⁷ أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 19.

وهذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلاقتهم متجددة أبداً.¹ ومن ذلك اصطلاح الرفع عند النحاة²، ومثل عرف التجار فما بعد عيباً وما لا يعد كذلك وعرف المحامين في تأجيل بعض الأجور أو تعليقها على نجاح الدعوى، وتوصيل الراكب في السيارة من بلدة إلى بيته الخاص أو حملة منه، وتعارف التقسيط في البيوع، ودفع أجرة المحل أو البيت إذا اتفق على تجديدها ولم يتفق على دفعها فينصرف إلى المشاهدة عند بعض الناس وإلى المسانحة عند آخرين وألفاظ الوقف والوصايا والأيمان وما إلى ذلك وعرف الناس في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً إلى عدد معلوم من الأقساط³ وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.⁴

ومن هذا القبيل المصطلحات الخاصة بكل فن من الفنون، أو علم من العلوم كاصطلاحات الفقهية كألفاظ الوقف والفرض والواجب.⁵

ج- العرف الشرعي: هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريداً منه معنى خاصاً؛ مثل المنقولات الشرعية، كالصلاة⁶: فإنَّ الشرع نقل لفظها من معناه الأصلي -وهو الدعاء بخير- إلى الأركان المخصوصة، حتى صار هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاق اللفظ وصار المعنى الأصلي كالمهجور⁷ والحج نُقِلَ من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة، وكالوقف نقل من مطلق الحبس إلى حبس العين والتصدق بالمنفعة، والناقل في هذا القسم هو الشارع.

¹ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 848-849.

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية. (ط:1؛ مصر: مطابع دار الصفاة 1404هـ/1984م)، ج 3 ص 56.

³ عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 99.

⁴ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 849.

⁵ حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، ص 124.

⁶ أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 20.

⁷ عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 100.

هذا والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص، إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به.¹

التقسيم الثالث: باعتبار ملاءمته لقواعد الشرع وأحكامه

ينقسم العرف باعتبار ملاءمته لقواعد الشرع وأحكامه إلى: صحيح وفساد.

أ- العرف الصحيح: هو ما اعتاده الناس أو بعضهم من قول أو فعل، ولا يُصادم نصاً شرعياً

أو قاعدة من قواعده، سواء شهد له دليل الشرع بالاعتبار أو لم يشهد له بنفي ولا إثبات.

مثال ما شهد له دليل الشرع² قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾³.

قال ابن العربي: "هذا ما يفيد أنّ النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر عادةً بحسب الحالة

من المنفق والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة"⁴، ويدخل في ذلك جميع

جميع الأعراف التي وجدها الإسلام سائدة في المجتمع الجاهلي فأقرها، مثل الدية على العاقلة في

القتل الخطأ وغيرها، بعد تهذيب ما يحتاج إلى تهذيب. ومثال ما لم يشهد له الشرع ولم يصادم

شيئاً من قواعده وأحكامه تعارف بعض الناس على إطلاق لفظ معين على معنى عرض غير

معناه اللغوي، وكذلك تعارفهم أيضاً على تقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل.

وكان مالك يراعي مثل هذا النوع⁵ "فقد سئل عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس

وجل الناس تعمل به عندنا حتى أنه لتكون منه الخصومة،" أترى أن يقضى به، قال: إذا كان

ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم، لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان.

¹ أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص 20.

² فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك (أدته العقلية). (ط: 1؛ لا.م: دار ابن حزم، 1428هـ/2007م)، ج 2 ص 497.

³ [الطلاق: 07].

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن، ج 4، ص 289.

⁵ فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك (أدلته العقلية)، مرجع سابق، ص 498.

قال ابن القاسم: قال مالك قبل ذلك: لا أرى أن يقضى به وهو أحب إلي كان مما جرى عليه أو لم يكن".¹

ب- **العرف الفاسد:** هو ما خالف بعض أدلة الشرع أو بعض قواعده، أو هو الذي يصطدم بنصوص الشريعة وأحكامها، ومثال ذلك أن يصادم عرف عام نصاً خاصاً أمراً، فيجعله حراماً، أو يسقط واجباً.²

ومثال ذلك: المعاملات الربوية المنتشرة في عالم اليوم، ولذلك ألغى الشارع عادات العرب الفاسدة التي تعارفوا عليها قبل الإسلام، كالطواف بالبيت عراة وأنواع من الأنكحة الفاسدة التي كانت سائدة في ذلك المجتمع الجاهلي.³

تقسيم الشاطبي: قسم الامام الشاطبي العوائد على ضربين:

الضرب الأول: العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهي عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً وتركاً.

والضرب الثاني: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

فأما الأول، فثبت أبداً كسائر الأمور الشرعية، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشهادة، وفي الأمر بإزالة النجاسات، وستر العورات، والنهي عن الطواف بالبيت على العري، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع.

وأما الثاني، فقد تكون تلك العوائد ثابتة، وقد تتبدل، ومع ذلك، فهي أسباب لأحكام تترتب عليها. فالثابتة: كوجود شهوة الطعام والشراب، والوقاع والنظر، والكلام، والبطش والمشى وأشباه ذلك، والمتبدلة: منها: ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس، مثل

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج2، ص71.

² عطا موسى أهل، تخصيص العموم بالعرف. مرجع سابق، ص89.

³ فاديجا موسى، أصول فقه الإمام مالك (أدلته العقلية)، مرجع سابق، ص502.

كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك.¹

الفرع الثاني - أهم القواعد الأصولية والفقهية الحاكمة لإعمال العرف²:

سأذكر فيما يلي أهم القواعد الفقهية والأصولية الحاكمة لإعمال العرف وهي كما ذكر القراني في كتابه: "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ الجزئيات لإندراجها في الكليات"³؛ لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها⁴، وهي - أي القواعد الفقهية - في العرف قد تتداخل وتختلط مع القواعد الأصولية في العرف وهذه هي أهم القواعد:

1- القواعد الأصولية:

أ- قاعدة: يحمل كلام المخاطب على عرفه

هذه القاعدة تنطبق على كلام المكلف وكلام الشارع.

الأصل أن يحمل الكلام الصادر من المكلف على المعاني الحقيقية له دون غيرها، ولكن هذا الأصل مقيد فيما إذا لم يكن للمكلف عرف في ذلك الكلام يخالف المعاني الحقيقية له وإلا وجب حمل الكلام على ما يقتضيه ذلك العرف دون المعاني الحقيقية . والأصل في ألفاظ النصوص الشرعية أن تحمل على معانيها الحقيقية اللغوية ما لم يكن للشارع وأهل اللغة عرف في تلك الألفاظ، فإذا وجد مثل هذا العرف وجب حمل تلك الألفاظ عليه، فتحمل عليه - أولاً- على العرف الشرعي، فإن لم يوجد حملت على عرف أهل اللغة فإن لم يوجد حملت على حقائقها اللغوية أو المجازية.

¹ الشاطبي، الموافقات. مصدر سابق، ج2، ص488-489.

² محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي. كلية الشريعة، الجامعة الأردنية قسم الفقه وأصوله، 2003م، ص1.

³ القراني، الفروق. مصدر سابق، ج1، ص3.

⁴ يعقوب بن عبد الله الباحسين، قاعدة العادة المحكمة (ط:2؛ المملكة العربية السعودية - الرياض: مكتبة الرشد 1433هـ\2012م)، ص20.

فيحمل كلام المكلف على عرفه دون الوضع اللغوي وذلك أن هذا العرف الذي يقصده الناس في كلامهم دون المعاني الوضعية¹، مثل ما ذكره القراني في كتابه: (الفرق التاسع والتسعون والمائة قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وقاعد ما لا يتبعه) وذكر أمثلة منها: بيع الأرض وما يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع، ويندرج في لفظ الدار عندنا الخشب المُسَمَّر والتواييت ومرافق البناء كالأبواب والرفوف...، ثم يقول: "فجميع هذه المسائل و هذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد"².

وتحمل الألفاظ الواردة في النصوص الشرعية على عرف الشارع في هذه الألفاظ دون المعاني اللغوية التي وضعت لها، ودون المعاني العرفية غير الشرعية التي قد تستعمل فيها هذه الألفاظ، فمثال ما يحمل على الشرعي، يقول القراني: «قوله ﷻ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ»³ إن حملناه على اللغوي وهو الدعاء لزم أن لا يتقبل الله دعاء بغير طهارة ولم يقل به أحد فيحمل على الصلاة في العرف وهي العبادة المخصوصة فيستقيم⁴. ومثال ما يحمل على عرف أهل اللغة دون الحقيقة اللغوية يقول التلمساني⁵: "ومثاله من كلام الشارع ما احتج به أصحابنا، على أن البكر يجبرها أبوها على النكاح.

¹ ينظر: محمود جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي. ص 9-13-14.

² القراني، الفروق. مصدر سابق، ج 3، ص 287-290.

³ أخرجه: محمد بن يزيد بن ماجه ت 275هـ، سنن ابن ماجه. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا.ط؛ لا.م: دار إحياء الكتب العلمية، د.ت) كتاب الطهارة، باب لا يقبل الله الصلاة بغير طهارة، ج 1، ص 100.

⁴ القراني، شرح تنقيح الفصول. مصدر سابق، ص 114.

⁵ هو محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسني، أبو عبد الله العلوي المعروف بالشريف التلمساني: باحث من أعلام المالكية، ولد سنة (710هـ/1315م)، انتهت إليه إمامتهم بالمغرب. كان من قرية تسمى العلوين ونشأ بتلمسان ورحل إلى فاس مع السلطان أبي عنان وتوفي سنة (771هـ/1370م)، من كتبه: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع والأصول، كتب عليه عبد الحميد ابن باديس شرحاً مختصراً، حاد تدرسه له، ولم يطبعه و" شرح جمل الخونجي. (الزركلي، الأعلام 327/5).

وذلك قوله ﷺ: «لَا تُنكَحُ الْيَتِيمَةُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ»¹ واليتيمة هي التي لا أب لها فمفهومه: أن غير اليتيمة - وهي ذات الأب - تنكح من غير استئمار، فيقول المخالف: اليتيم في اللغة هو الانفراد... فقد يكون المراد باليتيمة التي لا زوج لها... وإذا أريد بالتي لا زوج لها لم يكن في الخبر دليل.

والجواب عند أصحابنا: أن عرف اللغة في اليتيمة أنها التي لا أب لها... وهو المشتهر عند أهل العرف، وإذا كان كذلك، كان حمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من حمله على المجاز العرفي".²

ب- قاعدة: العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع أو اللغة

يقول السيوطي: "قال الفقهاء: كُلُّ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مُطْلَقًا، وَلَا ضَابِطَ لَهُ فِيهِ، وَلَا فِي اللَّغَةِ يَرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ. وَمَثَلُوهُ بِالْحُرْزِ فِي السَّرِقَةِ، وَالتَّفَرُّقِ فِي الْبَيْعِ، وَالْقَبْضِ وَوَقْتِ الْحَيْضِ وَقَدْرِهِ وَالْإِحْيَاءِ وَالْإِسْتِيْلَاءِ فِي الْعَصَبِ"³.

ولا بد من تحديد الضابط في كل لفظ ورد في نصوص الشارع، إذا لم يكن لذلك اللفظ ضابط في الشرع ولا في اللغة، ضرورة تطبيق الحكم الشرعي الذي علق تطبيقه على تحقق معنى ذلك اللفظ وهو ما يسميه الأصوليون ب: "تحقيق مناط الحكم"، والعرف هو أحد الطرق التي يمكن أن يسلكها المجتهد والفقهاء لتحقيق ذلك المناط.⁴

¹ أحمد بن عبد الله بن مهران الأصبهاني ت430هـ، المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم. تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي (ط:1؛ بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م)، كتاب النكاح، باب الثيب أحق بنفسها من وليها ج4، ص85.

² محمد بن أحمد الحسيني التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع الاصول. تحقيق: محمد علي فركوس (ط:1؛ بيروت - لبنان: مؤسسة الريان، 1419هـ/1998م)، ص476-478.

³ عبدالرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر. (ط:1؛ لا.م، دار الكتب العلمية، 1411هـ/1991م) ص98.

⁴ محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف. ص31.

ج- قاعدة: تغيير الأحكام بتغيير العرف

قد يكون بعض الأحكام الشرعية يبنى على عرف الناس وعاداتهم، فإذا اختلفت العادة عن زمان قبله، تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم، وأما ما أصله على غير ذلك فلا تتغير. فالأحكام الشرعية الاجتهادية تنظم ما أوجبه الشرع الذي يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية، فكم من حكم كان تديراً نافعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو يفضي إلى عكسه، وعلى هذا أفى كثير من الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفى به أئمة مذاهبهم الأولون¹.

لذا قرر كثير من الأصوليون والفقهاء، أن من أحكام الشرع ما يتبدل ويتغير بتغيير الأعراف والعادات، حتى صاغوا لهذه القاعدة: "لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الزمان"².

2- القواعد الفقهية:

أ- **قاعدة العادة محكمة:** ومعناها أن العرف والعادات يرجع إليها لإثبات الأحكام إذا لم يرد هناك نص³، وأصل هذه القاعدة: قوله ﷺ: «فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيئٌ»⁴.

وقد أخذت أكثر المذاهب الفقهية بهذه القاعدة، لكنها كانت متفاوتة في مدى الأخذ بها وربما كان المالكية هم الأكثر أخذاً بها وإعمالاً لها، يليهم الحنفية، ثم باقي المذاهب⁵. وهناك قاعدة تندرج تحت هذه القاعدة الأساسية-العادة محكمة- وهي قاعدة: الإطلاق محمول على العادة.

¹ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة. (ط: 1؛ دمشق: دار الفكر 1427هـ/2006م) ج1، ص353.

² محمود جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي. مرجع سابق، ص34.

³ أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجيته، ص35.

⁴ سبق تخريجه، ص16.

⁵ يعقوب الباسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص21.

فاللفظ المطلق في استعمال الناس يجوز تقييده بالعرف والعادة عند المالكية، العادة عند مالك كالشرط تقييد المطلق، وتخصص العام. مثال تقييد المطلق بالعرف: شراء الثمر في رؤوس الأشجار فإنه يقتضي عند المالكية التبقية، حملاً على العرف والعادة، بينما يقتضي عند الحنفية والشافعية القطع.

مثال تخصيص العام بالعرف: عدم وجوب إرضاع الأم ولدها إذا كان العرف أن مثلها لا ترضع لشرف قدرها، فهذا تخصيص لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾¹ لما في ذلك من المصلحة العرفية.²

ب- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح.³ وقولهم: المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً، والعرف كالشرط، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص والثابت عادة كالثابت بالنص⁴... إلخ، كل هذه القواعد تدخل في قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ج- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم:

هذه القاعدة في معنى سابقتها لا تفترق عنها، إلا أن تلك في مطلق عرف، وهذه خاصة في عرف التجار، فإذا وقع التعارف والاستعمال بينهم على شيء غير مصادم للنص يتبع وينصرف إليه عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه؛ كما لو باع التاجر شيئاً وقد جرى

¹ [سورة البقرة: 233].

² محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ص 657.

³ أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية. تحقيق: مصطفى الزرقا (ط:2)؛ دمشق- سوريا: دار القلم 1409هـ/1989م) 237.

⁴ المرجع السابق، ص 345.

العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالا، أو على أن دفع كل الثمن يكون منجما على نجوم معلومة يكون ذلك العرف مرعيا بمنزلة الشرط الصريح¹.
وغيرها الكثير من القواعد المتخذة من العرف كقاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة واستعمال الناس حجة يجب العمل به، والكتاب كالخطاب... الخ.
ومما يجب التنبيه عليه أن القواعد الفقهية والأصولية متممة ومكملة بعضها البعض ومتداخلة فيما بينها، فقد تجد القاعدة الواحدة متفرعة عليها الكثير من القواعد.

¹ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 239.

خلاصة المبحث:

تعرضت من خلال هذا المبحث إلى مفهوم العرف بحيث توسع المذهب المالكي في الأخذ به وجعله أصلاً أصيلاً تنبى عليه الأحكام، ولا بد من شروط وضوابط حتى يصح تحكيمه، وكثير من الأعراف السائدة اليوم هي بين صحيح معتبر وفساد ملغى، وما هو موافق للشرع ومخالف له، وما هو عام متعارف لدى جميع الناس وما هو خاص لبلد معين...، ووفقاً بالناس ومراعاة لمصالحهم واعتبار لما يتعارفون بينهم اعتمد المالكية العرف في أدلة المذهب وبوأوه المكانة اللائقة به، فأكسب ذلك مذهبهم مرونة ومسايرة للواقع واتساعاً في مجال التطبيقات، وهذه المرونة من أسباب صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

المبحث الثاني

المبحث الثاني:

صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية:

إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من الأعراف إلا ما كان صحيحا يحقق المصلحة للناس ويرفع الحرج والمشقة عليهم، لذلك نجد الفقهاء قسموا العرف إلى صحيح وفاسد، فالعرف والعادة لهما أهمية كبرى في معيشة الناس لما تعودوا، وألفوه في حياتهم، إذن فهو معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية إذ له دورا هاما في أبواب الفقه المختلفة فالمعاملات من باب أولى فهو المجال الفسيح لتطبيقات العرف فيه، فكثير ما نجدده هو المحكم في بيع الناس وشرائهم واعتبار أصل العرف من أعظم أسباب خلود هذه الشريعة ويبقى له الأثر الأول في سعة دائرة فقه المعاملات المالية.

المطلب الأول- أثر العرف في عقود المعاوضات:

يعالج هذا المطلب أثر العرف في عقود المعاوضات، وذلك من خلال تقسيمه إلى أربعة فروع، حيث يشتمل كل فرع على نوع من أنواع العقود، وهي بيع الخيار، وبيع السلم، وبيع المرابحة، والإجارة:

الفرع الأول- أثر العرف في الخيار:

أولاً- خيار الشرط:

الخيار في اللغة: الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين: إما امضاء البيع أو فسخه¹. وفي الاصطلاح: هو بيع وقف بتهّ أولاً على امضاء يتوقع².

والمراد بخيار الشرط: ويسمى خيار ترؤّ، وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة إذ اشترط ذلك في العقد. فالبيع الذي فيه خيار الشرط هو بيع وقف بتهّ؛ أي لزمه على إمضاء يتوقع ممن له الخيار البائع أو المشتري أو غيرهما في المستقبل سواء كان الشارط عاقدا لنفسه أو لغيره.

فإذا قال البائع للمشتري مثلاً: بعث لك هذه الدار بكذا على أني بالخيار مدة ثلاثة أيام، وقبل المشتري هذا الشرط كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة فإن مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الامضاء أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد.

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء فسببه هو الاشتراط وعند الامام مالك يثبت أما بالشرط أو العادة، على معنى أنه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيها من غير شرط إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً³. ويتعلق بالنظر في أصول خيار الشرط مسألة وهي:

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج2، ص 267.

² - أبو عبد الله، محمد بن قاسم الأنصاري، شرح حدود ابن عرفه. (ط:1؛ لا.م: المكتبة العلمية، 1350 هـ)، ص 266.

³ - أحمد ادريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. (مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها) (لا.ط؛ عين مليلة - الجزائر: دار الهدى ، د.ت)، ص 147.

أ- كيف أثرت الأعراف في تحديد مدة الخيار؟:

رأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات¹، ذلك أن الخيار مشروع للتروي والمشورة، وذلك يختلف عادة باختلاف السلع ويتفاوت بتفاوت المبيعات، فمثل الشهر ونحوه في اختيار الدار وكذا الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر ومثل ثلاثة أيام في ثوب وعرض ومثلي ودابة ليس شأنها الركوب أو شأنها ذلك ولكن لم يكن اختيارها للركوب، بل لنحو قوتها وأكلها وغلائها ورخصها، أما إن كان الخيار لخصوص اختيارها بالركوب، ففي البلد يومان وقيل يوم، وفي خارج البلد يريد أو يريدان² (البريد اثنا عشر ميل) إذا كان يريد اختبارهما في السير على الطريق، والخيار في الفواكه والخضر والرطب يكون بقدر الحاجة، بحيث لا تفسد معه، وذلك كاليوم ونحوه³.

وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع، وعمدة أصحاب مالك: هو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمن إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيع ومبيع، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام⁴.

ب- هل يجوز الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة؟

إذا اشترط الخيار أبداً، أو متى شاء أوقال أحدهما: ولي خيار ولم يذكر مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد، ووقت قدومه لا يعلم أو إلى أن تمطر السماء أو شرط مشاوره شخص بعيد لا يقدم إلا بعد مدة الخيار بكثير، أو نحو ذلك فهل يصح هذا الخيار؟ فإن قلنا لا يصح

¹ - أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (لا.ط، القاهرة: دار الحديث 1425 هـ / 2004 م)، ج3، ص 225.

² - أحمد ادريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك. مرجع سابق، ص 150.

³ - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. (ط:1؛ بيروت-لبنان: مؤسسة الريان 1423 هـ / 2002 م)، ج3، ص 313.

⁴ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ص 225 - 226.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

فهل يفسد الشرط وحده ويصح البيع أم يفسد به البيع؟ في هذا خلاف، وسأكتفي بذكر قول مالك فقط.

حيث قال: إلى أنهما إذا شرطا مدة تزيد على مدة الخيار المقدر لكل سلعة، أو شرطا مدة مجهولة كإلى قدوم فلان، أو نزول المطر، أو نحو ذلك كمشاورة شخص بعيد فإن البيع المحتوي على الخيار بهذا الشرط باطل، لأنه عقد قارنه شرط فاسد.

أما إذا سكت عن تحديد المدة بأن كان اشتراط الخيار مطلقاً، صح العقد والخيار ويضرب السلطان لهما فيه أجل مثله حسبما ذكر من المدة لكل سلعة، لأن ذلك مقررًا في العادة فإذا أطلقا ولم يحددا يضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة وحاصله أن السكوت عن مدة الخيار لا يبطله¹.

والأصل في تقدير الخيار بالثلاثة أيام حديث المصراة*²، وهو قول النبي ﷺ «مَنْ اشْتَرَى مُصْرَاةً، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ...»³.

وحديث ابن عمر في منقذ ابن حبان، وكان رجلاً يُجَدِّعُ في البيع ويغبن فيه فشكا ذلك إلى رسول الله ﷺ⁴ فقال له: «إِذَا بَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ تَبْتَاعُهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْذُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا»⁵، والتحديد بالثلاث في هذا الحديث ونحوه خرج مخرج الغالب، فلا يدل على منع الزيادة على الثلاثة عند الحاجة وذلك كما قدرت حجارة الاستنحاء في الحديث بالثلاث، مع أنه يجوز زيادة عليها عند الحاجة بالاتفاق.⁶

¹ - أحمد ادريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك، مرجع سابق، ص 153.

* التصرية: إذا حبس لبنها في ضرعها فلم يحلب ليظن من يشتريها أنها كثيرة اللبن. (معجم لغة الفقهاء، ص 433).

² - الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. مرجع سابق، ص 313.

³ - أبو عبد الله أحمد بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، وآخرون.

(ط: 1 لا.م: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م)، ج16، ص 345.

⁴ المرجع السابق، ص 313.

⁵ علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني، سنن الدار قطني. (لا. ط، بيروت: دار المعرفة، 1386هـ-1966م) كتاب

البيوع (55/3).

⁶ الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص 313.

والتمييز بين العقار وغيره في تقدير المدة - كما يراه المالكية - غير ظاهر لعدم اطراده لأن كثير من المبيعات من غير العقار كالسفن قد يحتاج التروي أو المشاورة فيها إلى مدة أطول والأمر كذلك في العروض المنقولة، خاصة إذا كانت صفقة كبيرة وهذا بيّن واضح. فالأولى ترك الأمر في تقدير مدة الخيار إلى اتفاق المتعاقدين، شريطة أن تكون المدة معلومة لمنع التنازع مستقبلاً.¹

ثانياً - خيار النقيصة:

والمراد بخيار النقيصة: هو نقص مخالف ما التزمه البائع شرطاً أو عرفاً في زمان ضمانه. فالشرطي: ما يؤثر في نقص الثمن كصانع، وكاتب، وتاجر، فان شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فيه ألغى على المعروف²، وإن شرط ما لا فيه غرض ولكن لا مالية فيه قولان؛ الراجح ثبوت الخيار له فيه عند عدم الوفاء، كمن اشترى جارية فاشتراط كونها نصرانية فوجدها مسلمة وادعى أنه إنما شرط ذلك لرغبته تزويجها لعبد نصراني وهذا غرض³.

والعرفي: ما تقتضي العادة بأنه إنما يدخل على السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف أو خوفاً في العاقبة⁴، لأن العرف والعادة سلامة الأشياء من العيوب الطارئة والنادرة والنادرة فللمشتري الخيار بين أن يمسك المبيع المعيب ولا شيء في مقابلة العيب، أو يرده ويأخذ ثمنه من بئعه سواء كان المبيع عقاراً أو عرضاً أو عيناً، وسواء كثر العيب أو قل إن أحل بذات المبيع أو الثمن أو التصرف العادي أو يخاف عاقبته، ودليل اعتبار القضاء العرفي **قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**⁵ وحديث المصرة السالف ذكره.

ومن أمثلة العيب الذي جرت العادة السلامة منه: - المنقص للثمن، أو المبيع، أو التصرف أو يخاف عاقبته.

¹ أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 152.

² عثمان بن الحاجب الكردي المالك، جامع الأمهات. تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى (ط: 2؛ اليمامة: لا. م 1421 هـ - 2000 م)، ص 357.

³ المرجع السابق، ص 169.

⁴ ابن الحاجب، جامع الأمهات. مصدر سابق، ص 358.

⁵ [سورة المائدة 01].

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

- غشاوة بعيني البائع لعدم تمام البصر، وعور حيث كان خفياً، كما لو كان المبيع تام الحدقة يظن أنه يبصر فله الرد، أو كان العور ونحوه ظاهراً ولكن المشتري كان أعمى فله الرد أيضاً، أما إذا كان العور والغشاوة ظاهرين والمشتري مبصراً والمبيع حاضر عند العقد فلا رد له، إذ لا ينفعه دعوى أنه لم يره حال البيع لحمله على الرضا.

ومن العيوب التي يرد بها المبيع¹ رهص - وهو داء يصيب باطن الحافر من حجرٍ وعثرٍ شهدت العادة بقدمه² - ودبر الدابة، وعدم القدرة على حمل ما هو معتاد لأمثالها، وقس على هذه ما شابههما من كل عيب أدى لنقص في الثمن أو المثمن أو التصرف العادي أو يخافا عاقبته³.

وإذا كان العيب يسيراً جداً لا تأثير له على الثمن، أو لا المبيع لا ينفك عنه بحسب العادة والعرف ولأن المشتري في حكم المتسامح به لقلته ولأن العرف لا ينكره، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁴.

ولذا فسييل معرفة النقائص الموجودة في المبيع والموجبة لنقص ماليته الرجوع إلى أهل المعرفة والخبرة في ذلك لأن المبيع انما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فيه فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن في تلك السلعة وهم التجار⁵.

الفرع الثاني: أثر العرف في السلم:

¹ أحمد ادريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 169 - 170.

² محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج3، 122.

³ المرجع السابق، ص 170.

⁴ الصادق الغرياني، المدونة، المرجع السابق، ص 468.

⁵ المرجع السابق، ص 170.

أولاً- تعريف السلم: هو عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متمثل العوضين.

فيخرج شراء الدين مائل حكمه لأنه لا يصدق عليه عرفاً¹.
ويسمى أيضاً السلف، وهو بيع من البيوع الجائزة بالاتفاق ينعقد بما ينعقد به البيع، وهو رخصة على خلاف الأصل، مستثنى من بيع الانسان ما ليس عنده، لأنه تدعو الحاجة اليه فهو من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء: "بيع المحاويج" وقد دل على جوازه الكتاب والسنة والاجماع²، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾³.

قال ابن عباس عن هذه الآية نزلت في السلم خاصة، معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية⁴.

وأما السنة: فروى ابن عباس رضي الله عنهما عن الرسول ﷺ أنه قدم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَّعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَّعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَّعْلُومٍ»⁵. واتفق العلماء على جواز السلم قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز⁶.

ثانياً- شروط السلم وذكر بعض ما يتعلق بالعرف منها:

¹ ابن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير (ط: 1؛ لا م. مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435 - 2014 م)، ج6، ص 230.

² الصادق عبد الرحمن الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ص 86.

³ [البقرة: 282].

⁴ أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري (لا ط؛ الرياض-المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، 1423 هـ / 2003 م) ج3، ص 376.

⁵ محمد البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع - باب السلم في كيل معلوم، ج2-781.

⁶ الصادق الغرياني، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 86

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

وشروط السلم منها ما هو خاص برأس المال وبعضها بالمسلم فيه، سأذكرها وأذكر الشروط التي للعرف تأثير فيها، وهي كما يلي:

أ- شرط رأس المال وفيه:

1- تعجيل رأس المال¹ (حذرا من بيع الدين بالدين، لا يجوز تأخير نقد الثمن في المدة كثيرة مطلقا لا باشتراط ولا بدونه)².

2- تأخير رأس المال إذا لم يكن عيناً.

3- تأخير رأس المال إذا كان منافع لا يجوز.

ب- شرط المسلم فيه (السلعة):³

1- أن يكون المسلم فيه ديناً.

2- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً.⁴

3- أن يضبط المسلم فيه بعادته التي جرى بها العرف في كيل أو وزن أو وعد.

4- أن يكون المسلم فيه في الذمة.

5- أن تبين الأوصاف التي تختلف بها الأغراض عادة بيانا ثانياً.

6- أن يوجد فيه المسلم عن حلوله غالباً.⁵

فالشروط التي للعرف أثر فيها هي الشروط الثلاثة الأخيرة.

ففي شرط أن يضبط المسلم فيه بعادته التي جرى بها العرف في كيل أو وزن أو وعد؛ أي عادة أهل العقد (من كيل)، كقمح أو (وزن) كلحم أو، (عدد) كثياب وحيوان، لأنه يوزن في بعض البلاد ويعد في بعضها.¹

¹ الصادق الغرياني، المدونة، المرجع السابق، ص328.

² محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية. ج3، ص 290.

³ أبو محمد جلال الدين بن شاش المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تحقيق: حميد بن محمد لحرر (ط: 1 بيروت-لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1423هـ/2003م)، ج2، ص 751-752.

⁴ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص 32.

⁵ أبوبكر بن حسين الكشناوي، أسهل المدارك. (ط:2؛ بيروت-لبنان: دار الفكر، د.ت)، ج2، ص 312.311.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

فلا يجوز السلم من غير ضبط، ولا في جزاف، ولا باشتراط القبض بمعيار مجهول القدر كاشتراط تسليم المسلم فيه بتفويض لا يعلم عياره، أو بقصعة لا يعرف قدرها، أو بزنه حجر مجهول القدر ويفسخ العقد إذا وقع بذلك، لأن ذلك جهالة في المبيع، وقد نهي النبي ﷺ عن بيع المجهول.

ولأن السلم في الحبوب، أو في ثوب بشرط التسليم بذراع فلان يؤدي إلى الغرر، والغرر منهي عنه ولأن المسلم فيه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة، فاشتراط معرفة قدره كالثمن. هذا ولا يعلم خلاف بين الأئمة في اعتبار معرفة القدر شرطاً في صحة السلم، فيجب معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل إن كان مكيلاً، وبالوزن إذا كان موزوناً، وبالعدد إذا كان معدوداً. فما يكال كالقمح والشعير ونحوهما يجب معرفة قدره بالكيل، وما يوزن كالسمن والعسل والزيتون يجب معرفة قدره بالوزن، وما يعدُّ كالثياب والحيوان يعرف مقداره بالعدد، وما يعرف مقداره بالعد تارة وبالوزن أخرى كالرمان يصح معرفة مقداره بالعد أو الوزن حسب العادة لأنه يوزن في بعض البلاد ويعد في بعضها.²

وما بيع بالعدد كالرمان والبيض والبطيخ ونحوهما مما فيه اختلاف بالكبر والصغر، يقاس بخيط ويوضع ذلك الخيط عند شخص أمين حتى يتم الأجل فيقاس به عند التسليم.³ لاختلاف الأغراض بالكبر والصغر، أي أعتبر قياسه به عند العقد لا أنه يقاس بالفعل إذ هو في الذمة غير موجود عند العقد.⁴ فإن أسلم فيما يكال كالحب وزناً، أو فيما يوزن كيلاً، لتغير العادة، فقد منعه بعضهم، فلا يجوز في المكيل إلا كيلاً، ولا في الموزون إلا وزناً، لأنه مبيع يشترط معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، قياساً على الربويات بعضها في بعض والأصح خلافه، فيجوز تقدير المكيل وزناً والموزون كيلاً إذا كانت عادة الناس كذلك

¹ محمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. (لا.ط؛ د.م: دار الفكر، د.ت)، ج 3 ص 207.

² ينظر: أحمد ادريس عبده، مرجع سابق، ص 233.

³ المرجع نفسه، ص 234.

⁴ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ص 207.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

وهذا هو المنقول عن مالك، لأنَّ الغرض من التقدير في السلم معرفة قدر المسلم فيه، وخروجه من الجهالة، وإمكان تسليمه من غير تنازع، فبأي قدر قدر جاز. فإذا قال مثلاً: خذ هذا الدينار سلماً على قنطار قمح، وهو في الأصل مكيل لا موزون، صح السلم إذا جرت عادة الناس بيع المكيل وزناً، كما هي عادة زماننا¹.

وكذلك لا يجوز بيع السلم إذا كانت السلعة مضبوطة بما يخالف عرف البلد، كأخذ مائة في قنطار من البيض، لأن البيض يباع بالعدد، لا بالقنطار.

وشرط بأن تكون السلعة معروفة الصفة، وذلك بأن تبين صفات السلعة التي يكون لها تأثير في الثمن عادة وتختلف فيها الرغبات كبلد الصنع في المصنوعات، وبيان الجودة والرداءة أو المتوسط، ويرجع في تفسير الجيد والرديء إلى العرف²، كالكبر والصغر ويبين في التمر والحوت كونه كبيراً أو صغيراً أو متوسطاً وبين ما ذكر في البُرِّ (الأوصاف الخمسة)؛ أي نوعه وجودته أو رداءته أو كونه متوسطاً ولونه من كونه أبيض أو أحمر ولا بد فيه أيضاً من ذكر البلد إن اختلفت قيمة البر باختلاف البلاد وأن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة عادة³، وبيان الكبر والصغر في الحيوان، واللون والطول والعرض والرقعة والغلظ في الثياب واللباس، والصفة والنقاء في العسل والزيت، والقدم والجدة فيما يختلف قديمه من جديده من السلع كالشعير والزيت، ويبين في الحيوان سنه والذكورة والأنوثة والسمن⁴، فهذه الصفات وما شابههما تختلف أغراض المتبايعين باختلافها في بعض المبيعات دون بعض:

ففي الحيوان⁵: النوع، واللون، والذكورة والأنوثة، والسن، ويُرَاد في الرقيق القدّ، وكذلك الخيل والابل وشبههما، ولا يشترط في اللحم فِخْدٌ ولا جَنْبٌ، ولا يؤخذ من البطن إلا بعادة، وقال

¹ أحمد عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 234.

² الصادق الغرياني، أحكام المعاملات في الإسلام. مرجع سابق، ص 89.

³ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي. مصدر سابق، ص 208.

⁴ المرجع السابق، ص 89.

⁵ أحمد عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 231.

ابن القاسم: أيكون لحم بلا بطن، قيل: فما مقداره؟ قال: ﴿قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾¹، لأنها كانت عادتهم².

- وفي اللحم: الجنس كالضأن، والسِّن، كالجدع، والصنف كالذكورة والأنوثة والهيئة من السمن³ وهذه لا بد من ذكرها في اللحم، وتسمية الناحية المأخوذ منها أجود، ويذكر في الرؤوس والأكارع: النوع من الغنم أو غيرها والسن والذكورة والأنوثة والسمن مشوي أو مغموم وإن جرت العادة بالوزن كان اضبط، ويزاد في الأكارع مقدم أو مؤخر.
- وفي الحيتان: النوع: لاج أو يوري والسمن والصغر والكبر، الجيد والرديء، وموضع الصيد فإن نواحي البحر مختلفة لاختلاف الوزن أو التحري⁴.
- وفي العسل: يذكر النوع والجودة أو الرداءة أو المتوسط، وبيان المرعى من العسل باختلافه لذلك طعما ورائحة وحلاوة⁵، ويذكر الزمان فيه ربيعي أو خريفي أو صيفي، وإن اختلفت القيمة بذلك عادة⁶.
- ويذكر في الفاكهة: جنسها وصفتها وقدر التفاحة والرمانة، وجودتها ورداءتها.
- وفي قصب السكر: ما عُرف فيه، فإن كان يباع عندهم حُرما: فعدد أعوادها وطول العود وغلظه وجودته ورداءته وإن كان يبيع بالوزن اشترط، ويكفي العدد في الرمان والسَّقَرَجَل والتفاح إذا وضعت مقاديرها، ويجوز الوزن إذا كان ذلك عادة وكذلك الجوز. ولا يسلم في البيض - مذهب مالك - إلا عدداً لأنه عادة.

¹ [سورة الطلاق: 03].

² ابن الحاجب، جامع الأمهات. مصدر سابق، ص 372.

³ أبو العباس المالكي الشهير بالقراي الذخيرة. تحقيق: محمد بوخبزة (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، م1994) ص 249.

⁴ القراي، الذخيرة، مصدر سابق، ص 249-250.

⁵ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي. مصدر سابق، ص 208.

⁶ أحمد عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 231.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

- **ويذكر في الثياب:** الجنس كالكتان والبلد لاختلاف نسج البلاد وطول الصفاقة* والخفة والغلظ والرقّة والنعومة والخشونة والجودة والرداءة¹.

- **وفي الحبوب:** نوعه وجودته أو رداءته أو كونه متوسطا ولونه من كونه أبيض أو أحمر ولا بدّ أيضا من ذكر البلد إذ اختلفت قيمة البر باختلاف البلد، وأن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة عادة، وإن اختلف الثمن فيها فالمدار على عرف البلد².

- **وفي الزيت:** يذكر نوعه وجودته ورداءته، والأصل الذي عصر منه، من الزيتون أو السمسم أو حَبِّ الفُجْلِ أو بَزْرِ الكَتَّان³، ويبين إن اختلف بذلك الغرض.

ومن أسلم في شيء وشرط الجودة أو الرداءة صح السلم، وحمل على وسط من الجيد والرديء هذا ان لم يغلب شيء، وإلا حمل على الكثير الغالب من الجيد والرديء، وان لم يذكر الجيد من الرديء في المسلم فيه، وفي البلد جيد ورديء منه فسد، لأن المسلم فيه لم يضبط فيؤدي ذلك إلى الخصومة عند الأداء⁴.

وشرط أن يوجد المسلم فيه عند حلوله غالبا:

إذا كان المسلم فيه غير مأمون التسليم عند أجله، بسبب توقع العجز عن تسليمه، إمّا لكونه نادراً ككبار اللؤلؤ الخارج عن العادة لعدم القدرة على تحصيله غالباً، فيلزم عليه بيع ما ليس عند بائعه وما لا قدرة على تسليمه وإمّا لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه فيتعذر تسليمه عند حلول الأجل، فما لا وجود له لا يمكن تحصيل وما قلّ وجوده بحسب العادة لم يؤمن تسليمه فالمسلم فيه قد يؤدي إلى تردد الثمن المدفوع تارة يكون ثمناً وذلك عند التسليم عند حلول الأجل، وتارة يكون سلفاً وذلك عن تعذر التسليم بسبب انقطاعه أو تلفه، وكون المدفوع

* الصفاقة: وهي المتانة وضدها الخفة. (حاشية الدسوقي: 210/3).

¹ القراني، الذخيرة. مصدر سابق، ص 245-246.

² محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي. مصدر سابق، ص 209.

³ أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل. ص 210.

⁴ أحمد عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 240-241.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

مترددًا بين الثمينة والسلفية ممنوع، وسبب المنع من ذلك، أن السلف رخص فيه صاحب الشرع لمصلحة المعروف بين العباد.¹

الفرع الثالث: بيع المرابحة:

أولاً- المراد بالمرابحة: هو بيع السلعة بالثمن الذي شراها به وزيادة ربح معلوم لهما². فهو إذن: أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً، أما على الجملة مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين، وأما على التفصيل وهو أن يقول: تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك³. وحكمه هو: الجواز⁴.

ثانياً- من ألفاظ المرابحة: قول البائع: بعتك بوضيعة العشرة أحد عشر، أو بوضيعة العشرة عشرين أو أكثر من ذلك، وهذا اللفظ يقتضي عادة أن يأخذ لكل أحد عشر عشرة ويحطّ نصف الثمن اللفظ الآخر ويلزمون من المتعاقدين من الجانبين بمجرد هذا اللفظ لأنه العادة وهذه العادة قد بطلت ولا بقي هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا معنى ألبتّه، بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلاً عن العامة لأنه لا عادة فيه، ولا يفهم منه شيء معين باعتبار اللغة أيضاً، فينبغي إذا وقع هذا العقد بين العامة في المعاملات أن يكون العقد باطلاً، فإنه ليس عادتهم استعماله ألبتّه وإذا لم يكن الثمن معلوماً بالعادة ولا باللغة كان العقد باطلاً.

وفي المرابحة: إذا قال: بعتك بما قامت عليّ، قالوا يصح البيع ويكون للبائع مع الثمن ما بذله من أجرة القصارّة والكماد والطرز والخياطة والصّبغ ونحو ذلك مما له عين قائمة، وتستحق له حصته من الربح إن سمّي لكل عشرة ربحاً، وما ليس له عين قائمة إلا أنه يؤثر في السوق زيادة فيه، وتنمية الثمن فإنه يستحقه ولا يستحق له حصته من الربح نحو كراء الحمولات في النقل للبلدان، وما لا يؤثر في السوق لا يستحقه ولا يكون له ربح كأجرة: الطيّ والشدّ وكراء

¹ المرجع السابق، ص 240-241.

² أحمد الدردير، الشرح الكبير. مصدر سابق، ج3، ص 159.

³ أبو القاسم محمد ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 174.

⁴ عبد الله محمد بن يوسف العبدري، التاج والاكليل لمختصر خليل. (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1398 هـ)، ج4 ص 488.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

البيت ونفقة البائع على نفسه، وهذا التفصيل لا يفيدُه قوله بما قامت على لغةٍ، بل يصح هذا البيع بهذه العبارة إذا كان هذا اللفظ يقتضيه عادة، فيصير الثمن معلوماً بالعادة فيصح البيع¹. وما يُعدُّ في الثمن مما لا يُعدُّ فتحصل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدة على الثمن ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

- قسم يُعدُّ في أصل الثمن، ويكون له حظ من الربح.
- قسم يُعدُّ في أصل الثمن، ولا يكون له حظ من الربح.
- قسم لا يُعدُّ في أصل الثمن، ولا يكن له حظ من الربح.

فأمَّا الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح، فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة² وكان لأثره عين قائمة؛ أي مشاهدة محسوسة بحاسة البصر كالخياطة والصبغة والقتل (قتل الحرير والغزل) أي؛ دقُّ قَصَّار الثوب لتحسينه، وجعل الثوب في الطراوة³. وأمَّا الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح: فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه، كحمل المتاع من بلدٍ إلى بلد، وكراء البيوت التي توضع بها⁴، وشدُّ وطِيٍّ أعتيد أجرهما بأن لم تجر العادة بتوليتهما بل لتوليه الغير⁵. وأمَّا ما لا يحتسب فيه في الأمرين جميعاً، فما ليس تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه؛ كالسمسرة، والطيِّ، والشد⁶. أو عمل له مجاناً، أو كان من شأنه أن يتولى ذلك بنفسه؛ أي جرت العادة بأن يتولاه بنفسه الشراء ما لم يكن الفعل لأثره عين قائمة، فانه متى أجل عليه حسب الأجرة وربحها، والفرق أن ما لا عين له قائمة لا يقوى

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ج2، ص 76.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ج3، ص 229.

³ ينظر: محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ج3، ص 160.

⁴ المصدر السابق، ص 229.

⁵ المصدر السابق، ص 161.

⁶ ابن رشد الحفيد، مصدر سابق، ص 230.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

قوة ناله، وذلك كأجرة السمسار¹، أنه إذا لم يُعتد بأن كان من الناس من يتولى الشراء بنفسه دونة ففيه ثلاثة أقوال: قيل تُحسب أجرته وربحها، وقيل لا يحسبان، وقيل تحسب أجرته دون ربحها.²

وإن أعتيد بأن كان المتاع لا يشتري مثله إلا بسمسار، فقال البعض يحسب أصله دون ربحه.³

وجرى العمل في المغرب على أن يعطي الناس بضاعتهم للدلال* كي يصيح بها في الأسواق فإن تم البيع استحق الأجرة كاملة، وهي تجري على العرف بحسب الزمان والمكان وقيمة السلعة، وإن لم يتم البيع فلا شيء له، وهي مركبة من الإجارة من جهة لزومها بالعقد من قول، و من الجعل، من جهة كون السمسار لا يستحق شيئاً إلا بتمام العمل⁴.

مسائل متفرقة للعرف لأثر فيها:

1- توزيع الربح في المضاربة:

والمقصود من المضاربة: عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر.⁵

عند الاختلاف: إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه لكل منهما يرجع في ذلك إلى العرف ويكون القول قول العامل مع يمينه إذا كان ذلك يشبه ما جرى العرف بمثله.⁶ جاء في الموطأ: «قال مالك في رجل دفع لرجل مالاً قراضاً فربح فيه ربحاً فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين وقال صاحب المال: قارضتك على أن لك الثلث قال مالك: القول قول

¹ عبد السلام فيغو، العرف وبعض تطبيقاته في الفقه المالكي. (مقال)، مجلة: دعوة الحق، المغرب - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - العدد: 297، 1376 هـ / 1957 م.

² محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ص 161.

³ عبد السلام فيغو، مرجع سابق.

* الدلال بلغة أهل المغرب هو: السمسار. (قطب الريسوني، ما جرى به العمل في الفقه المالكي، نظرية في الميزان. ص40).

⁴ قطب الريسوني، "ما جرى به العمل في الفقه المالكي" (نظرية في الميزان). (مقال) مجلة العدل، العدد: 43، 1430 هـ ص40-41.

⁵ علي الجرجاني، التعريفات. مصدر سابق، ص 218.

⁶ فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك. مرجع سابق، ص 549 - 550.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

العامل وعليه في ذلك اليمين إذا كان ما قال يشبهه قراض مثله وكان ذلك نحو مما يتقارض عليه الناس لم يصدق ورد إلى قراض مثله»¹.

2- مسألة العهدة*:

قال ابن العربي - رحمه الله -: "ومن أعظم مسائل العرف والعادة مسألة العهدة وقد انفرد بها مالك دون سائر الفقهاء"².

وأما عمدة مالك - رحمه الله - في العهدة وحجته التي عوّل عليها: فهي عمل أهل المدينة³. وجاء في الموطأ: «أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة من حين يشتري العبد أو الوليدة، فعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص فإذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها»⁴.

وقال ابن رشد: "واختلف عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها؟ فروي عنه الوجهان⁵، ثم قال: إن مالكا ضعف القول بالعهدة في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد يشترط، وبخاصة عهدة السنة، فإنه لم يأت في ذلك أثر". فالظاهر أن دليل مالك فيها عمل أهل المدينة المبني على العرف⁶.

3- بيع على البرنامج*:

من الثابت شرعاً أن بيع الغرر لا يجوز لورود النهي عنه، ومن صور الغرر أن يكون المبيع مغيباً وقت العقد لم يطلع عليه المشتري، لكن مالك استثنى ما إذا كان المبيع موصوفاً ووجده

¹ أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الامام مالك. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (لا.ط؛ مصر: دار إحياء التراث العربي، د.ت) كتاب القراض، باب جامع ما جاء في القراض، ج2، ص 700.

* معنى العهدة: أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهي للبائع. (بداية المجتهد/3/193).

² القاضي محمد بن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس. تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم (ط1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، 1992 م)، ص788.

³ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ص 194.

⁴ مالك بن أنس، الموطأ. مصدر سابق، كتاب البيوع، باب ما جاء في العهدة، ج2، ص 612.

⁵ ابن رشد، المصدر السابق، ص194.

⁶ فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك. مرجع سابق، ص 545.

* البيع على البرنامج: أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل. (حاشية الدسوقي: 24/3).

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

المشتري موافقاً لتلك الصفة فإن البيع حينئذ يكون لازماً له، إذ الغرر فيه منتفٍ، والعرف جرى بمثل ذلك وهو ما يسمى في الفقه ببيع الغائب، أجازته مالك لأن الصفة تنوب مناب الرؤية. ومن صورته: البيع على البرنامج¹؛ فقد جاء في الموطأ: «قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز* ويحضره السوام* ويقرأ عليه برنامجاً ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية* كذا وكذا ربطة سابرية* ذرعها كذا وكذا ويسمى لهم أصنافاً من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون قال مالك ذلك لازم لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه»².

وقال محتجاً لهذا في نفي الغرر: «قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج* في جرابه* والثوب في طيه وما أشبه ذلك، فرق بين ذلك الأمر المعمول به، ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأساً لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة»³.

إذا فمثل هذا البيع جائز لجريان العرف به، فقد تعارف عليه أهل المدينة وهم عمدة مالك في ذلك

¹ فاديغا موسى، أصول فقه مالك. مرجع سابق ص545.

* البز: الثياب من القطن والكتان (معجم لغة الفقهاء: 126/1).

* السوام: جمع سائم وهو من يطلب بيع السلعة أو يعرضها للبيع.

* ملحفة بصرية: ملاءة يلتف بها، نسبة إلى البصرة البلد المعروف في العراق.

* ربطة: ملاءة من قطعة واحدة بما أو هي كل ثوب رقيق، سابرية: نوع رقيق من الثياب وقيل أنه نسبة إلى سابور من بلاد

فارس. ذرعها: قياسها: فيستغلونها يستكثرون ثمنها. (أصول فقه الإمام مالك: ص546).

² مالك بن أنس، الموطأ. مصدر سابق، كتاب البيوع، باب البيع على البرنامج، ج2، ص670.

* الساج: ثوب بشكل معين كان معروفاً لديهم والساج الطيلسان الغليظ وجمعه سيجان.

* جرابه: وعاءه الموضوع فيه (أصول فقه الإمام مالك: ص546. ومجمل اللغة لابن فارس: 481/1).

³ المصدر السابق، كتاب البيوع، باب الملامسة والمنابذة، ج2، ص666.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

قال ابن رشد: "وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يُؤمَّنُ أن تتغير فيه قبل القبض صفته؛ وقال: وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم"¹.

4- حكم نماء الرهن*:

اختلف الفقهاء في نماء الرهن المنفصل، مثل الثمرة في الشجر المرهون، ومثل الغلّة، ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا؟.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الزوائد المنفصلة لا تدخل في الرهن، وذهب آخرون إلى أن جميع ما كان من زوائد الرهن ونمائه في يد المرتهن يكون رهناً كأصله.

وأما مالك فقد فصل في ذلك، حيث ذهب إلى أن ما كان من النماء المنفصل على خلة الرهن وصورته كالولد يدخل في الرهن، وما لم يكن كذلك كالثمرة ونحوها لا يدخل في الرهن إلا إذا اشترطه المرتهن².

جاء ذلك في الموطأ: «قال يحيى سمعت مالك يقول فيمن رهن حائطا له إلى أجل مسمى فيكون ثمرة ذلك الحائط قبل ذلك الأجل أن الثمر ليس برهن مع الأصل، إلا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه، وأن الرجل إذا إرتهن جارية وهي حامل أو حملت بعد ارتهانه أن ولدها معها»³.

وعمدة مالك في هذا التفصيل أمران:

الأمر الأول: قياس الرهن على سائر العقود اللازمة⁴، وذلك أن الثمر الذي على الشجر لا يتبع بيع الشجر إلا إذا اشترطه المشتري بينما يدخل الجنسين في بيع أمه من غير شرط واستدل على هذا التفريق في البيع بالسنة وبيجامع أهل المدينة⁵، فذكر في الموطأ - معرفا بين الثمر وبين ولد الجارية - قول الرسول ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَشَمْرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ

¹ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ج3، ص174.

* الرهن: توثيق دين بعين؛ أي: حبس شيء مالي ضماناً لحق على الغير. (معجم لغة الفقهاء: 227/1).

² ينظر: ابن رشد، مصدر سابق، ج4، ص58. وأصول فقه الامام مالك، ص548.

³ مالك بن أنس، الموطأ. مصدر سابق، كتاب الأقضية، باب القضاء في رهن الثمر والحيوان ... ج2، ص729.

⁴ المصدر السابق، ص57.

⁵ فاديعا موسى، أصول فقه الامام مالك. مرجع سابق، ص549.

يَشْتَرِطُهُ الْمُبْتَاعُ» ثم قال - مستدلاً بعمل أهل المدينة - : «والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع وليدة أو شيئاً من الحيوان وفي بطنها جنين أن ذلك الجنين للمشتري بشرطه المشتري، أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه»¹.
الأمر الثاني: العرف، وذلك أن الناس يرهنون الثمر دون الشجر، بينما لا يرهنون الأجنة في بطون أمهاتها، وذلك تفريق ظاهر بين نماء الحيوان وغيره²، وقد بيّن ذلك مالك في الموطأ بقوله: «ومما يبين ذلك أيضاً أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب»³.

5- الثمار بعد بدو صلاح بعضها:

بمعنى ما لا يتميز ظهور بعضه عن بعض، كالثقلاء* والبطيخ وما أشبه ذلك - فإن مالكا يجيزه - إذا ظهر بعضه وبدا صلاحه أن يباع جميعه ويكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبدو الصلاح هو⁴ - كما يقول ابن رشد-: "هو وجود الإزهاء في بعضه لا في كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكراً في بعضه تكبيراً يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعاً، لأن الوقت الذي تنجو فيه الثمر فيه في الغالب من العاهات هو إذ بدا الطيب في الثمرة ابتداءً متناسقاً غير منقطع"⁵.

يقول مالك في الموطأ عن ذلك: «والأمر عندنا في بيع البطيخ والقتاء والخربز* والجزر، أن يبيعه إذا بدا صلاحه حلالاً جائزاً، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت وذلك أن وقته معروف عند الناس»⁶.

¹ مالك بن أنس، الموطأ. مصدر سابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في رهن الثمر والحيوان ...، ص 729.

² فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك. مرجع سابق، ص 549.

³ المصدر السابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في رهن الثمر والحيوان ...، ص 729.

* القثاء: الخيار. (لسان العرب: 128/1).

⁴ المرجع السابق، ص 574.

⁵ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ج 3، ص 171.

* الخربز: البطيخ. (لسان العرب: 345/5).

⁶ مالك بن أنس، موطأ الإمام مالك. مصدر سابق، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدوا صلاحها، ج 2 ص 619.

فهذا الكلام يدل على أن عمدته في هذا الحكم عمل أهل المدينة والعرف¹.
وشيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - يؤيد هذا حيث يقول: من أهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عرف الناس وعاداتهم، وذكر أنواعا من العقود كلها يرجع إلى أعراف الناس وعاداتهم، ثم قال: "ومن هذا الباب أن مالكا يُجَوِّزُ بيع المعيب في الأرض كالجزر واللّفت وبيع المقائي جملة كما يجوّز هو والجمهور بيع الباقلاء في قشره. ولا ريب أن هذا هو الذي عليه عمل المسلمين في زمن نبيهم ﷺ وإلى هذا التاريخ ولا تقوم مصلحة الناس بدون هذا، وما يظن أن هذا نوع غرر فمثله جائز في غيره من البيوع لأنه يسير والحاجة داعية إليه وكل واحد من هذين يبيح ذلك فكيف إذا اجتمعا"².

الفرع الرابع: أثر العرف في الإجارة

أولاً- تعريف الإجارة: هو تمليك منفعة شيءٍ مباحةٍ مدّة معلومة بعوض³.
وقد فرق علماءنا بين الإجارة والكرأء تفرقة عرفية⁴، فسموا العقد على منافع الآدمي، وما ينقل ينقل غير السفن والحيوان إجارةً، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما يُنقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما⁵.
- والإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار⁶، فدل على جوازها.
من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَقَاتُوهُمْ أَجُورَهُمْ﴾⁷.

وقوله أيضاً: ﴿قَالَتِ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ أَسْتَجِرُّهُ إِنِّي خَيْرٌ مِّنْ أَسْتَجِرَّتِ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾⁸.

¹ فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك. مرجع سابق، ص547.

² أبو العباس تقي الدين ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (لا:ط؛ المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، 1416 هـ / 1995 م)، ج20، ص346.

³ يُنظر: محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ج4، ص2.

⁴ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص489.

⁵ المصدر السابق، ص2.

⁶ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج4، ص5.

⁷ [سورة الطلاق: 06].

⁸ [سورة القصص: 26].

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

ومن السنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ»¹.

وحديث عائشة رضي الله عنها: «استأجر ﷺ من بني الدليل هادياً خريئاً وهو على دين كفار قريش...»².

فلا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة معلومة وأجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل، أو توفية العمل بتمامه فيما يستعمل، وعمل موصوف أو عرف في العمل والخدمة يدخل عليه المتاجرون فيقوم ذلك مقام الصفة، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَبٍ﴾³، فسمى الأجرة وضرب الأجل ولم يصف الخدمة والعمل؛ لأن العرف والعادة أغناهما عن ذلك، وقال رسول الله ﷺ: «مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»⁴.

وقال ﷺ: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجرٍ معلوم إلى أجل معلوم»⁵. فأمر صلى الله عليه وسلم بتسمية الأجرة وضرب الأجل، وسكت عن وصف العمل إذ قد يستغني عن ذلك بالعرف والعادة اللذين يقومان مقامه⁶.

- وأركان الإجارة أربعة وهي: العاقدان (المستأجر والأجير) ويشترط فيهما ما يشترط في المتابعين والأجرة، والمنفعة ويشترط فيها ما يشترط في الثمن والمثمن، فأما الأجرة ففيها

¹ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب إثم من باع حُرًّا، ج2، ص776.

² المصدر نفسه، كتاب الإجارة، باب استئجار المشتريين...، ج2، ص790.

³ [سورة القصص: 27].

⁴ جمال الدين بن يوسف الزيلعي ت762هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية. تحقيق: محمد عوامة (ط:1؛ مؤسسة الريان- دار القبلة للثقافة الإسلامية: لبنان- السعودية، 1418هـ/1997م)، كتاب الإجازات، ج4، ص131.

⁵ محمد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل. تحقيق: محمد حجي وآخرون (ط:1؛ دار الغرب الإسلامي: بيروت-لبنان 1408هـ/1988م)، ج12، ص412.

⁶ محمد ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة. تحقيق: محمد حجي (ط:1؛ دار الغرب الإسلامي: بيروت-لبنان 1408هـ/1988م)، ج2، ص166.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

مسألتان، أولاهما: أن تكون معلومة، ويجوز استئجار الأجير للخدمة والظهر بطعامه وكسوته على المتعارف، ثانيها: لا يجب تقديم الأجرة بمجرد العقد وإنما يُستحب تقديم جزء من الأجرة باستيفاء ما يقابله من المنفعة إلا إن كان هناك شرط أو عادة أن يقترن بالعقد ما يوجب التقديم، وأما المنفعة فيشترط فيها شرطان الأول: أن تكون معلومة إما بالزمان كالمياومة والمشاهرة وإما بغاية العمل كخياطة ثوب ونحوه، والثاني: أن تكون المنفعة مباحة ولا محرمة ولا واجبة، والصيغة (إيجاب وقبول)¹ وتكون الصيغة كالتالي:

ثانياً- صيغة عقد الإجارة:

تتعقد الإجارة بكل ما يدل على تمليك المنفعة، كلفظ الإجارة أو الكراء، أو البيع، لأن الإجارة بيع منفعة، فتتعقد بكل قول يدل على الرضا، كأجرتك، أو كريتك، أو بعتك، أو وهبتك المنفعة بكذا وكذا المعاطاة وهي الأخذ والعطاء دون الكلام، كما يحدث في ركوب سيارة الأجرة أو حافلات النقل أو القطار ونحو ذلك؛ فإن ذلك يعتبر إيجاباً من صاحب السيارة أو الحافلة وقبولاً من الراكب، وهكذا سائر الأشياء معاً عرف فيه المنفعة والأجرة.² وانعقاد الإجارة بالمعاملات هو الذي قالت به المالكية واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى،³ وفي ذلك كلام له رحمه الله حيث يقول: "... ان اسم البيع والاجارة والهبة في هذا الباب لم يحدّها الشارع ولا لها حدٌ في اللغة؛ بل يتنوع ذلك بحسب عادات الناس وعرفهم فما عدوه بيعاً فهو بيع وما عدوه هبة فهو هبة وما عدّوه إجارة فهو إجارة..." وقال: "وهذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل"⁴.

وينبغي قصر صحة عقد الإجارة بالتعاطي على مجرى العرف بعقده كذلك، حتى لا يكون مجالاً للتنازع؛ إذ ظاهر أن دلالة التعاطي أضعف من اللفظ، فلا تتحمل إجراء العقود الكبيرة مع الشركات والمؤسسات - كخطوة الطيران مثلاً ونحوها - دون تقييد بالكتابة وتوثيقها في عقود وشروط واضحة معروفة، والعرف جار كذلك.

¹ ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، ص731، والقوانين الفقهية ص182.

² أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص312.

³ ينظر: عادل قوته، العرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ج2، ص562-565.

⁴ تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى. مصدر سابق، ج20، ص345.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

إذن: الإجارة تنعقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً بين العاقدين، ويكون واضح الدلالة عليهما وما عده الناس إجارة فهو إجارة.

وتحكيم العرف هنا في صيغة عقد الإجارة، هو: ردُّ إلى العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث، وبيان فعل غير منضبط تترتب عليه الأحكام.¹

أمثلة لصيغة عقد الإجارة:

1/ دلالة عقد الإجارة المذبل بالتوقيع، أو "الحتم" على الرضا، ويتم توثيقه بتسجيل الاسم كاملاً ورقم البطاقة الشخصية وتاريخها، وكذا تسجيل العقد في مكاتب العقار، أو "الشهر العقاري ونحوها".

2/ لو ركب سيارة من المواصلات العامة لنقل الركاب إلى مكان معلوم، ثم دفع ثمن "التذكرة" إلى الجابي، أو كان قد اقتطعها قبل، أو أعطى الأجرة عند وصوله -فيما لو كانت سيارة أجرة خاصة- دون كلام متبادل، صحّت الإجارة لجري العرف بها.

وكذلك الشأن في «الترامات» والبواخر والقطارات؛ إذ تكون أجزؤها في الغالب معلومة بالنظر إلى كل بلد.

3/ استخدام الهواتف «العُملَة» على النحو المعروف، إجارة صحيحة.

4/ لو أوقف سيارته في مواقف خاصة، أو دخل بها إليها، لمدة معلومة قيمتها، و«التذاكر» أو بطاقة استئجار الموقف تؤخذ من آلة معينة ذاتية، أو توضع بها قطع معدنية، هي إجارة صحيحة.

5/ دخول «ملاعب الأطفال» ونحوها، واستخدام ما فيها من سيارات وألعاب وأراجيح وبعضها يعمل ذاتياً بواسطة قطع معدنية توضع بها- هي إجارة صحيحة.

6/ إعطاء الحذاء لماسح الأحذية، وتناوله له دال على التراضي، فهي إجارة صحيحة.

¹ عادل قوته، العرف حجته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، مرجع سابق، ص 563.

7/ لو دخل إلى دكان حلاق، وجلس وأسلم إليه رأسه للحلاقة، كان ذلك دالاً على الرضا.¹

ثالثاً- بيان مدة الإجارة:

من بين الأمور التي يجب عند التعاقد توضيحها: بيان مدة الإجارة، فهو مطلوب في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر (المرضع)؛ لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة.² فإن غفل عن تحديد المدة فسد العقد، وإذا كانت الإجارة باليوم فيرجع فيه إلى العرف في تحديد يوم العمل من طلوع الشمس إلى الغروب أو من الساعة كذا إلى كذا.

والسنة في أرض الزراعة المسقية بالمطر تنتهي بالحصاد، وفي الأرض المسقية بالآلة اثنا عشر شهراً من العقد.³

وجاز التقييد بالزمن في الإجارة على عمل من حرفة أو غيرها كإستئجاره على عمل يوم وساعة أو جمعة، أو شهر يخطط له أو يبني أو يدرس أو يحصد له فيه بكذا، والتقييد بالعمل دون الزمن ككتابة كتاب علم أو بناء حائط،⁴ دون تحديد الزمن بيوم أو شهر، فإن جمع بين التقييد بالزمن والعمل كأوجرك يوماً بعشرة على أن تنقل جميع المتاع، صحت الإجارة إن كان المتاع يمكن نقله في العادة في أقل من يوم، فإن كان اليوم لا يتسع له عادة، أو النقل يستغرق جميع اليوم في العادة فسدت الإجارة المقيدة بالعمل والزمن معاً.

وتحديد المدة في الإجارة قد تكون مشاهرة⁵، أي ما يعبر عنه عادة بكلمة «كل» من غير تحديد مدة معينة، ككل شهر، أو كل يوم، أو كل سنة بكذا، وتعد البداية من حين العقد إذ لم ينص في العقد على البداية ما دام المستأجر متمكناً من المنفعة، وإن وقع الكراء وسط

¹ المرجع السابق، ص 564-565.

² وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته. (ط:2؛ دمشق، سوريا: دار الفكر، 1405هـ/1985م)، ج4، ص737.

³ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص507.

⁴ محمد بن حمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح لكبير. مصدر سابق، ج4، ص12.

⁵ المرجع السابق، ص508.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

الشهر على شهر، فثلاثون يوماً من يوم العقد،¹ أو وجيبه² أي، أن يوجب البيع، وقيل: أن يأخذ منه بعضاً في كل يوم، فإذا فرع قيل: استوفى وجيبته³.

رابعاً- تأجيل وتعجيل الأجرة:

يجب تأجيل الأجرة إذا كانت الأجرة معينة كهذا المال، والمنافع معينة⁴ يتأخر الشروع نحو العشرة الأيام⁵، كأن تتعاقد على تأجير بيت معين أو سيارة معينة لتستوفي منافعها بعد شهر أو تتعاقد مع شخص ليقوم لك بعمل بنفسه بعد شهر⁶ لم يجز تقديم الأجرة⁷ في هذه الحالة إذا كانت معينة، لأن كون الأجرة معينة يقتضي تقديمها، من حيث أن تأخير قبض المعين غرر وكون العمل معيناً يقتضي تأخير الأجرة لئلا يتردد الثمن بين السلفية والشمينة إذا تعذر التنفيذ فتعارضاً.⁸

هذا بالنسبة لتأجيل الأجرة باختصار شديد، وأما تعجيل الأجرة فهنا يكمن دور العرف وأثره فيها.

فلا يجب تعجيل الأجرة بمجرد العقد في مذهب مالك، بل كلما استوفى منفعة وجبت عليه أجرته واستثنى من هذا الأصل صور:

الصورة الأولى: أن يشترط التعجيل في العقد، فيجب تعجيله عملاً بالشرط.

¹ الصادق الغرياني، أحكام المعاملات المالية في الإسلام. مرجع سابق، ص 154.

² الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص 508.

³ ابن منظور، لسان العرب. مصدر سابق، ج 1، ص 793.

⁴ المرجع السابق. ص 501.

⁵ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالخطاب الرعيبي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. (ط: 3 لا.م: دار الفكر، 1412هـ/1992م)، ج 5، ص 395.

⁶ المرجع السابق، ص 501.

⁷ شمس الدين محمد الطرابلسي، مواهب الجليل. مصدر سابق، ج 5، ص 395.

⁸ المرجع السابق، ص 501.

الصورة الثانية: جريان العرف بالتأجيل، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ووجوب التعجيل في هذا والذي قبله لحق الآدمي، فيقضي به عند التنازع فقط، فإن تراضيا على تأخير الأجر مع اشتراط تعجيله أو جريان العرف به، جاز ذلك، والعقد صحيح.¹

الصورة الثالثة: يقضي بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل سواء كانت الأجرة شيئاً معيناً أو شيئاً مضموناً وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير؛ لأن الأجر إذا كان معيناً، فإن شرط تعجيله، أو كان العرف تعجيله صحت الإجارة وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وإن لم يكن شرط، ولا عرفاً فالإجارة فاسدة.

مثال: إذا أراد الصُّناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما في الأكرية في دار أو راحلة، أو في إجارة بيع سلعة ونحو فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذ لم يأخذه على ذلك.²

الصورة الرابعة: أن يكون الأجر غير معين كدراهم أو ثوب صوف، ولكن وقع في منافع مضمونة في ذمة المؤجر،³ كقوله: استأجرتك على عمل كذا بنفسك⁴، فيجب تعجيل الأجرة الأجرة ولا يجوز تأخيرها أكثر من ثلاثة أيام، لاستلزام التأخير ابتداء الدين بالدين وتعمير الذمتين.

وخلاصة مذهب مالك، أنه لا يتعين تعجيل الأجرة بالعقد، ولكن بالشرط أو العادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم، أو يستلزم محذوراً التأخير كالأجر المعين أو الطعام الرطب ونحوها فالمؤجر لا يملك الأجر بالعقد، فلا يستحق المطالبة به إلا باستيفاء المنفعة أو التمكين من استيفائها.⁵

¹ أحمد عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك. مرجع سابق، ص 317.

² شمس الدين محمد الطرابلسي، مواهب الجليل. مصدر سابق، ج 5، ص 394-395.

³ المرجع السابق، ص 318.

⁴ شمس الدين محمد الطرابلسي، مواهب الجليل. مصدر سابق، ص 395.

⁵ المرجع السابق، ص 318.

ونشير هنا إلى الفرق بين الأجير والصانع، فالأجير لا يجوز ما يصنعه، كالبناء والعمل أما الصانع فإنه يجوز ما يصنعه في محله، كالخياط والحداد، وكل من الأجير والصانع ليس لهما أجره عند المشاحة، إلا بعد تمام العمل، وإذا تعارف الناس على شيء في تقديم الأجرة أو تأخيرها عمل به، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطاً¹. فليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجر حتى يتمه.²

خامساً- تحمل الأدوات والمواد المستعملة في الإجارة يخضع للعرف:

الإجارة على القيام قد تستلزم خدمات أخرى إضافية، مثل وقود السيارة المؤجرة أو تصليحها إذا فسدت فمن يتحمله³؟ والخياط في كونه على الخياط أو على رب الثوب؟ وفي نقش الرحى المستأجرة للطحن في كونه على المالك أو المستأجر؟⁴، والأدوات التي يستخدمها العامل في الهدم أو البناء هل هي على العامل أو على رب العمل، وفي إيجار البيت هل معه شيء من الأثاث أو فارغ، إلى غير ذلك، والقاعدة أن هذه الأشياء يتحكم فيها الشرط إن وجد الشرط، فإن لم يشترطها أحد عند العقد يحكم فيها بالعرف، لأن العرف كالشرط عند فقده⁵ فيُقضى بما جرى به العرف في هذه الأشياء، إذ العرف قاعدة من قواعد الفقه.⁶

¹ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص 509.

² شمس الدين محمد الطرابلسي، مواهب الجليل. مصدر سابق، ص 395.

³ المرجع السابق، ص 504.

⁴ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ج 4، ص 23.

⁵ المرجع السابق، ص 504.

⁶ المصدر السابق، ج 4، ص 23.

المطلب الثاني: أثر العرف في عقود التبرعات

يعالج هذا المطلب أثر العرف في عقود التبرعات، وذلك من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع حيث يشتمل كل فرع على نوع من أنواع العقود، وهي الهبة، والوقف، والعارية:

الفرع الأول: أثر العرف في الهبة

أولاً- تعريف الهبة: هي تملك بلا عوض¹، وعرفها ابن عرفة بقوله: الهبة لا لثواب تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض. وقوله "ذي منفعة" أخرج به العارية وما شابهها، وقوله "لوجه المعطى" أخرج به الصدقة وقوله "بغير عوض" أخرج به هبة الثواب²، وجعلها - أي الهبة - من أنواع العطية وهي تملك بشمول بغير عوض انشائي، والصدقة لوجه الله بدل لوجه المعطى³. وهبة غير الثواب، هي والهدية شيء واحد، قد يتميزان بالقرائن والمرتبة، فإذا كانت العطية للترقيم توددا إلى من حملت إليه، فهي هدية، وإن كانت لإعانتته فهي هبة⁴. والهبة مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِمَّنْهُ نَفْسًا فَكُوهُ هِيَكَ مَرِيكَ﴾⁵.
ومن السنة: حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِحَارَتِهَا، وَلَوْ فَرَسَنَ شَاةً»⁶، وفرسن شاة: هو الظلف.

ثانياً- صيغة عقد الهبة:

هي كل ما يدل على التملك من لفظ أو فعل ولا فرق بين أن تكون دلالة اللفظ صريحة أو لا.

¹ خليل بن إسحاق الجندي المالكي المصري، مختصر العلامة خليل. تحقيق: أحمد جاد (ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث 1426 هـ/2005 م)، ص 214.

² ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة. مصدر سابق، ص 421.

³ محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل. (لا.ط، بيروت: دار الفكر، 1398 م)، ج 6، ص 49.

⁴ الصادق الغرياني، المدونة، مرجع سابق، ج 4، ص 247.

⁵ [سورة النساء: 04].

⁶ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ت 261 هـ، صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت)، كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ...، ج 2، ص 714.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

مثال اللفظ الصريح: ملكت¹، أو وهبتك هذا الشيء، ومثال ما يفيد معناه إفادة التملك بلا ثمن كقوله: أعطيتك هذا الشيء، أو نحلتك لك أو أهديتكه، أو أطعمتك هذا الطعام، أو غير ذلك مما يراد به الهبة²، إذ المقصود الرضا، فأى شيء دل عليه، وإن اختلف في دلالة فعل الممدار على القرائن والعادة³، مثال: الفعل أن يمنح الأب أو الأم ولدهما حلياً، فإذا اشترى الأب لأحد أبنائه خاتماً من ذهب أو خاتماً من ألماس أو غير ذلك كان مملوكاً للابن بطريق الهبة، فإذا مات الأب لا يصح للورثة أن ينازعه فيه، ولا يطالب الوهاب بالإشهاد على ذلك؛ لأن استعمال الحلبي المشتري في حال الوالد أو الوالدة قرينه على التملك إلا إذا شهد الوهاب بأن هذا الحلبي ليس للولد بطريق التملك بل ليستمتع في هذه الحالة لا يكون مملوكاً. وعلى عكس ذلك الزوجة، فإذا اشترى لها زوجها حلياً ولبسته يحمل على أن الغرض من ذلك تزيينها إلا إذا شهد على أنه ملك لها، هذه إذا كانت عنده أما ما جرت العادة من إرسال متاع العروس، فإن سماه عارية كان كذلك، وإن سماه هدية كان هبة وإن لم يسم شيئاً يحمل على الهدية.

وإذا قال لولده ابن هذه الخبزة لتكون داراً وقال: إن هذه الخبزة دار ابني فلان فإن ذلك لا ينعقد به الهبة، لأن العرف ينسب ملك الأب للابن وأمره ببنائها لا يقتضي التملك. هذا وتملك الهبة بالإيجاب والقبول، أما قبضها في تملك الموهوب على المشهور⁴.

¹ عبد الرحمن بن محمد الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة. (ط: 2؛ بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ/ 2003م)، ج 3، ص 261.

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط: 2؛ لا.م: طبع الوزارة، 1404 هـ/ 1427م) ج 4 ص 135.

³ عادل قوته، العرف حججه وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ص 716.

⁴ ينظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة. مرجع سابق، ص 262.

– انعقاد الهبة بالمعاطاة:

تصح الهبة بالمعاطاة – لأن الهبة في حقيقتها عطية¹ – بفعل مقترن بما يدل عليه عرفاً لأن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول – كافية لا تحتاج إلى لفظ.² وقال ابن قدامه في المقنع:

"وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها"³.
والصحيح من انعقادها بكل ما يدل عليها عرفاً. فالله سبحانه وتعالى ذكر الهبة مطلقاً في كتابه، ليس لها حد في اللغة ولا في الشرع – فيرجع فيها إلى العرف⁴ «فما عده الناس هبة فهو هبة»⁵.

والنبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه ويُعطي ويُعطى ويفرق الصدقات ويأمر ساعاته بأخذها وتفريقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشتهراً.⁶

وقد جعل الامام البخاري – رحمة الله تعالى – باباً من كتاب الهبة في صحيحه فقال: «باب إذا قال: أخدمتك هذه الجارية على ما يتعارف الناس فهو جائز».⁷

وهناك قول للإمام أبو الوفاء ابن عقيل الحنبلي: "إنما يشترط الإيجاب مع الإطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضى فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلال فلا وجه لتوقفه على اللفظ".⁸

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية. مرجع سابق، ص 136.

² عادل قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ص 706.

³ عبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع. ج 6، ص 248.

⁴ المرجع السابق، ج 2، ص 707.

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى. مصدر سابق، ج 20، ص 345.

⁶ ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع. مصدر سابق، ج 6، ص 249.

⁷ محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري. مصدر سابق، ج 2، ص 928.

⁸ المصدر السابق، ج 6، ص 136.

هذا والرجوع إلى العرف هنا رجوع إليه في فعل غير منضبط تترتب عليه الأحكام، وتطبيق للأحكام المطلقة على الحوادث.¹

- وبالنسبة للعمري والرقبي عند المالكية، فالعمري هي تملك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء كإسكنتك هذه الدار عمرك أو وهبتك سكنها عمرك، أو أعمرتك هذه الدار حياتك أو هذا العبد أو هذه الدابة فهو جائز، وترجع بعد موته إلى من أعمرها أو إلى ورثته، والناس عند شروطهم.² والعمري مندوبة لأنها إحسان، ولا يشترط فيها لفظ الإعمار بل كل ما يدل على تملك المنفعة في عقار أو غيره مده عمر المعطى يكون عمري، كقوله: أعمرتك داري أو فرسي أو سلاحي ... ولكن إذا قال له: أعطيت فإنه لا بد من قرينة تدل على الإعمار، بأن يقول: أعطيتك سكن داري أو غلة أرضي مدة حياتك، فإن لم يفعل ذلك كانت هبة لا عمري.³

أما الرقبي: هي أن يقول: "هذه الدار لك إن متُّ أنا قبلك فهو لك، وإن متَّ أنت قبلي فهو لك" سميت بذلك؛ لأن كلاً منهما يترب، وينتظر موت الآخر قبل موته⁴، فهي باطلة، فإن وقع ذلك قبل موت أحدهما فسخ العقد وإن علم بعد الموت رجعت الدار للورثة ولا يعبأ بالعقد⁵، ولم يجزها مالك - رحمه الله -.⁶

والخلاصة أن مالكا أجاز العمري ومنع الرقبي.

- في هبة الثواب:

يجوز عند مالك وأصحابه الهبة للثواب ولا تكون إلا من فقير لغني، أو من غني لغني وأما من غني لفقير فلا، ولو مات واهبها قبل دفعها كانت صحيحة لازمة والموهوب له بالخيار في

¹ عادل قوته، العرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة. مرجع سابق، ج2، ص708.

² ابن عرفة، المختصر الفقهي. مصدر سابق، ج8، ص511.

³ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص263.

⁴ وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. مرجع سابق، ج5، ص09.

⁵ المرجع السابق، ج3، ص263.

⁶ ينظر: شرح حدود ابن عرفة، ص420.

قبولها وفي ردها فإن قبلها فهو ايضاً بالخيار إن شاء اثنان عليها وان شاء ردها، ومن وهب هبة مطلقه ثم ادعى انه وهبها للثواب نظر في ذلك وحمل على العرف فيه¹.
وقد جرى في غير وجه من الأحكام أن المتعارف كالمشترط والهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات².

– ما جرت به العادة من الهدايا عند النكاح:

أنه عرف يقضي بقيمة الكبش حين قبضه إن جهل وزنه، وإن علم؛ فبوزنه، وإن كان المهدي إليه بعث للمهدي قدرًا من اللحم مطبوخ، أو أكل عنده في العرس؛ حوسب به في قيمة هديته، ولو كان هذا يبلى لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب.
والشأن في هذه الولائم، الأعراس، الثواب، ويختلفون في القيام إن لم يثب من علم من مثله عدم الطلب؛ فلا قيام له، ولا لوارثه، ومن يعلم من مثله الطلب؛ فله ذلك ولوارثه، وهي في الصحة على وجهين إن كانت العادة أن الثواب قدر الهبة فأقل جازت، وإن كانت أنه أكثر لم يجز.

وإن كانت المكافأة عرفاً كالشرط؛ فهو فاسد يقضي فيه للقائم بالقيمة فيما يقضي فيه بالقيمة وبالمثل فيما يقضي فيه بالمثل، وكذا الجفان توجه لأولياء الميت، وما يوجه لأولياء الميت لا رجوع فيه، بخلاف هدايا النفاس والعرس، فإن فيها عرفاً كالشرط.
ومقتضى المذهب: أنه إن اقتضى العرف قصد الثواب ثبت، وإلا سقط إن إقتضاه على ما يوجب الفساد في وقته، أو قدره أو نوعه؛ حكم فيه بحكم البيع الفاسد، وإلا حكم بحكم ثواب الهبة، والغالب في صورته ثبوته عرفاً الفساد؛ ولذا ينبغي عدم الأكل منه لم حضره³.

¹ أبو عمر، يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة. تحقيق: محمد الموريتاني (ط:2؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ/1980م)، ج6، ص1006.

² أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة. تحقيق: مجموعة من الباحثين في رسائل دكتوراه (ط:2؛ جامعة أم القرى: دار الفكر، 1434هـ/2013م)، ج19، ص627.

³ ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي. مصدر سابق، ج9، ص36.

الفرع الثاني - أثر العرف في الوقف:

أولاً - تعريف الوقف: عرّف ابن عرفة الوقف بأنّه: هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك مُعْطِيَةٍ ولو تقديراً.
والفقهَاء بعضهم يعبّر بالحَبْسِ والآخَر يعبّر بالوقف، وهما في اللغة مترادفان، إلاّ أنّهم الوقف عندهم أقوى¹.

والوقف مندوب إليه، لأنّه من الصدقة²، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»³. والصدقة الجارية هي الوقف⁴.
ثانياً - ما ينعقد به الوقف (الصيغة):

وهي ما دل على ماهيته قولاً أو فعلاً⁵، والألفاظ التي ينعقد بها الوقف قد تكون صريحة فيه دالة عليه دون احتمال، وقد تحمل معنى الوقف وغيره، وهي الألفاظ الكنائية⁶.
تكون الصيغة باللفظ الصريح: سَبَّلت⁷، وحبست، ووقفت⁸، فإنها أصرح الألفاظ في الوقفية تفيد التأييد عند الإطلاق وعدم التقييد، فإن قيد هذا اللفظ الصريح بشخص، كحبست على فلان حياته، فهي صدقة من الصدقات يملكها من حبست عليه، وإن قيد بزمان، كحبست على الفقراء عشر سنين، رجع الحبس بعد العشر سنين إلى الحبس، أو ورثته.

¹ ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة. مصدر سابق، ص410

² ابن عرفة، المختصر الفقهي. مصدر سابق، ج8، ص431.

³ محمد بن فتوح الحميدي، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم - تحقيق: علي حسين البواب، (ط:2؛ بيروت، لبنان: دار ابن حزم)، 1423هـ/2002م، ج3، ص236.

⁴ محمد بن علي الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي (ط: 1؛ مصر: دار الحديث 1413هـ/1993م)، كتاب الوقف، ج6، ص26.

⁵ ابن عرفة، المختصر الفقهي. مصدر سابق، ج8، ص458.

⁶ عادل قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، ص155.

⁷ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص217.

⁸ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص84.

وتكون الصيغة بغير اللفظ الصريح، كتصدقت، إذا اقتزن بها ما يدل على التأييد¹ فلا بد من قيد نحو لا يباع ولا يوهب²، أو تكون الجهة المتصدق عليها لا تنقطع، والغرض السكنى والاستغلال مثل تصدقت على الفقراء والمساكين، أو على طلبة العلم، يسكنونها ويستغلونها أو تكون الصدقة على غير معينين، سواء كانوا محصورين، كتصدقت على فلان وعقبه، أو غير محصورين كطلبة المدرسة الفلانية، فإن لفظ تصدقت بهذه القرائن، يكون حبساً مؤبداً، لا يباع ولا يوهب³.

فإن تجرد لفظ الصدقة غير الصريح في التحبيس عما يدل على التأييد فهو مجرد صدقة كأن يقول المتصدق: داري صدقة على الفقراء، دون قوله يسكنونها، فإنها تباع، ويصرف ثمنها على الفقراء بالاجتهاد، إلا لعرف أو قرينة تدل على التحبيس، كما هو الحال اليوم، ولا يلزم من قوله هذا تعميم جميع الفقراء، إذ لا يقدر عليه، ولا هو مقصد المحبس، وإن قال الواقف: صدقة على فلان، فهي صدقة له، يتملكها، له أن يبيعها ويهبها، وتورث عنه⁴ وإن قال: داري داري صدقة على فلان وعقبه، فإنها بعد إنقراض العقب ترجع مرجع الأحماس على أقرب الناس بالمحبس⁵. فالمرجع في ذلك كله إلى مدلول العرف⁶.

ويقع التحبيس في المسجد ونحوه، كالبر أو المستشفى أو المدرسة أو المقبرة، بالتخلية بينه وبين الناس كافة، دون تمييز ولا تقييد.

ومن وقف شيئاً، ولم يعين الموقوف عليه، وهو ما يعرف بالوقف المبهم، كأن يقول داري حبس ولم يعين جهة تصرف فيها غلة الحبس، وتعذر سؤال المحبس، فإن الحبس صحيح، ولا يرجع ملكاً إلى صاحبه، وتصرف غلته إلى الفقراء والمساكين، إلا إذا كان هناك في بلد المحبس

¹ الصادق الغرياني، المدونة، مرجع سابق، ص 217.

² محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ص 84.

³ المرجع السابق، ص 217-218.

⁴ الصادق الغرياني، أحكام المعاملات في الإسلام، مرجع سابق، ص 339.

⁵ الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 6، ص 28.

⁶ المصدر نفسه، ص 28.

عرف يعين المراد بالأحباس المبهمه، مثل أن يكون عرفهم صرفه للمساجد، أو طلبه العلم، أو غير ذلك¹.

- بم يثبت الوقف²:

يثبت الوقف بالبينة وبالإشاعة بين الناس وبالكتابة على أبواب المدارس وعلى كتب العلم من مدرسة بها كتب مشهورة³، لا مجرد وجود لفظ: هذا الكتاب وقف لله تعالى على طلبه العلم، حيث لم تبين المدرسة والجهة، ولا بد مع بيان المدرسة أو الجهة، أن تكون تلك المدرسة مشهورة بالكتب وإلا فلا تثبت الوقفية بمجرد كتابة اسمها على الكتاب⁴.

وإذا ثبت الوقف أو بالشيوع، فإن علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بينة تشهد به ولو بالشيوع أتبع، وإن لم يُعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي⁵.

- الوقف على البنين دون البنات:

يكره لمن حبس أن يخرج البنات من حبسه، لما روي عن عائشة رضي الله عنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس اليوم وإخراج الناس بناهم منها، تقول: ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا كما قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِلَّذِينَ نَاوَمُوا مَحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُن مَيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ﴾⁶.

قال سحنون: "فهذا من قول عائشة يدل على أن الصدقات فيما مضى إنما كانت على البنين والبنات، ولقد كتب عمر بن عبد العزيز أن ترد صدقات الناس التي أخرجوا منها البنات"⁷.

¹ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص218.

² المرجع نفسه، ص220.

³ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ص85.

⁴ المرجع السابق، ص220.

⁵ الخطاب الرعيني، مواهب الجليل. مصدر سابق، ص28.

⁶ [الأنعام: 139].

⁷ خلف أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين (ط:1 دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1423هـ/2002م)، ج4، ص330-331.

وقال تعالى: ﴿وَتَأْكُلُونَ التُّرَاثَ أَكْلًا لَمًّا﴾¹، فقد كانوا لا يورثون النساء ولا اليتامى الضعاف، ويأكلون ميراثهم ظلماً وعدواناً، وهذه الرواية ببطلان الحبس في الفقه المالكي مع حرمة القدوم عليه، هي التي ينبغي أن يصول عليها، لما في العمل بها من البر والعدل والتقوى التي أمر بها رسول الله ﷺ ومخالفة عمل الجاهلية².
وقد جعل ابن رشد في هذه المسألة أربعة أقوال:

- 1- أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس.
 - 2- أن المحبس يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن حيز عنه.
 - 3- أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، ما لم يجز عنه فإذا حيز عنه لم يفعل ذلك إلا برضى المحبس عليهم.
 - 4- أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يجز عنه، إلا برضى المحبس عليهم³.
- وقد أجاز المتأخرون هذا العمل وحملوا على الكراهة في قول الإمام على التنزيه، وصححوا القول بالجواز⁴.
- قال الناظم:

وحبس على البنين لا البنات بصحة وعدم البطلان آت.

يعني أن تحبس الإنسان على أولاده الذكور دون الإناث آت أي وارد بصحة وبعدم البطلان.

والحبس على البنين الذكور دون الإناث جرى العمل بصحته وعدم بطلانه وذلك بناء على القول بجوازه⁵.

¹ [سورة الفجر: 19].

² الصادق الغرياني، المدونة، مرجع سابق، ص226.

³ ابن رشد، البيان والتحصيل. مصدر سابق، ج12، ص206.

⁴ عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. مرجع سابق، ص467.

⁵ أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. (لا.ط؛ المغرب: مطبعة فضالة 1422هـ/2001م)، ص385-386.

والذي يظهر أن هذا العمل مخرج من حيث أنه يترتب عليه مشاكل، وأقل ما يلاحظ عليه أنه يخلق العداوة والبغضاء بين الأبناء، وقد تسبب فعلاً في عدة مآس أدت بكثير من الناس إلى أن يقتتلوا بسبب ذلك، وأدى بالبنات أن يلعن الآباء.

هذا إلى شبهه بعمل أهل الجاهلية الذي كانوا يؤثرون الأبناء على البنات بحيث كانوا إذا حضر أحدهم الموت خص بإرثه الذكور دون الإناث على أنه ورد النهي أن يعطي الرجل بعض بنية دون بعض¹، كما في حديث النعمان بن بشير: «أَنَّ بِنْتَ رَوَاحَةَ، سَأَلَتْ أَبَاهُ بَعْضَ الْمَوْهَبَةِ مِنْ مَالِهِ لِابْنِهِ... فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَا بَشِيرُ أَلَيْكَ وَلَدٌ سِوَى هَذَا؟» قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: «أَكُلُّهُمْ وَهَبْتَ لَهُ مِثْلَ هَذَا؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَلَا تُشْهِدُنِي إِذَا فِإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»². بين الدلالة في أن الميل وتخصيص بعض الأولاد دون بعض من الجور، والجور حرام³.

الفرع الثالث - أثر العرف في العارية:

أولاً - تعريف العارية: هي تملك منفعة مؤقتة بلا عوض⁴.

تمليك منفعة "خرج البيع، لأنه تملك ذات، وكذا الهبة والصدقة والقرض، وقولة مؤقتة"، بزمن أو فعل نصاً أو عرفاً، وقوله "بلا عوض" خرجت الإجارة والحبس المطلق⁵. والإعارة مندوب إليها⁶، من التعاون على البر والتقوى، ومن عمل المعروف والإحسان، ومكارم ومكارم

¹ عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 467-468.

² مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم. مصدر سابق، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ج 3 ص 1243.

³ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ج 4، ص 225.

⁴ ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة. مصدر سابق، ص 345.

⁵ أحمد محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (لا.ط؛ لا.م: دار المعارف، د.ت)، ج 3 ص 570.

⁶ ابن جزى، القوانين الفقهية. مصدر سابق، ص 245.

الأخلاق¹، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾² وقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾³.

قال ابن عباس: هو ما يتعاطاه الناس بينهم، من القدرُ والدَّلُّ والفأس وأشباه ذلك⁴.
وأما السنة: روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع: «العارية مؤداة، والزَّعيم غارم،
والدين مُقتضى»⁵.

والنبي ﷺ استعار فرساً لأبي طلحة، يقال له مندوب فركبه⁶.

ثانياً - صيغة العارية:

وهي كل ما يدل على الإعارة من لفظ أو إشارة أو فعل⁷، فتتعقد الإعارة بلفظها، وبكل
وبكل لفظ يدل عليها، ويؤدي معناها، وتعقد العارية أيضاً بكل فعل دال عليها عرفاً، سواء
من المعير أو من المستعير أو منهما معاً⁸، كقوله: أعرتك، أو أخذ، لمن قال لك: أعرنى هذا
الكتاب أو تناوله إياه، أو تشير إليه أن يؤخذه⁹، ولو قال: أبحثك سكن هذه الدار، سكنها
كان ذلك فعلاً دالاً قائماً مقام القبول، أو قال: أعرنى ثوبك، فسلمه إليه، أو سمع من يقول،
من يُعيرني سيارته، فدفعت إليه مفاتيحها وتناولها الآخر¹⁰.

¹ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص34.

² [سورة المائدة: 02].

³ [سورة الماعون: 07].

⁴ ابن العربي أحكام القرآن، مصدر سابق، ج4، ص455.

⁵ أبو محمد، محمود بن محمد الغيتاني الحنفي ت855هـ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري. (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء
إحياء التراث العربي، د.ت)، كتاب العتق، باب من استعار من الناس فرساً، ج13، ص182.

⁶ محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر (ط:1، لا.م: دار طوق النجاة، 1422هـ)
كتاب الجهاد والسير، باب الركوب على الدابة الصعبة والفحولة من الخيل، ج4، ص30.

⁷ وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية. مرجع سابق، ج5، ص182.

⁸ عادل قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية. مرجع سابق، ص147.

⁹ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص38.

¹⁰ المرجع السابق، ص147.

ونستأنس هنا بقول الزرقاني: "وهو ما تكون به الإعارة بقوله بما يدل عليها من فعل أو قول عرفاً ولو إشارة تكفي المعاطاة فلا يشترط فيها صيغة مخصوصة كالبيع بكل ما يدل على تمليك المنفعة بلا عوض"¹.

وأشبهه هذا ونظائره، فيما العرف جارٍ به، ودال على كونه عارية. والفعل الذي يدل على العارية إيجاباً وقبولاً - مرجعه إلى العرف؛ لكونه هو المبين دلالة تلك الأفعال على ذلك.

والرجوع إلى العرف - هنا - هو: عود إليه؛ لمعرفة فعلٍ غير منضبط تترتب عليه الأحكام، وتنزيل الأحكام المطلقة على الحوادث².

هذا وقد بوب الإمام البخاري رحمه الله تعالى في صحيحه بما يفيد مراعاة العرف فيما تنعقد به العارية³، فقال: "باب: إذا أخدمتك هذه الجارية على ما يتعارف الناس فهو جائز"⁴.

ثالثاً- أصل حكم العارية:

يُطلق اسم العارية في العرف بطريقتين: بطريق الحقيقة، وبطريق المجاز. أمّا الإطلاق بطريق الحقيقة: هو إعارة الأعيان التي ينتفع بها، مع بقائها، وحكمها عند مالكية هو ملك المنفعة للمستعير، بغير عوض أو هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة⁵.

وأما إطلاق الإعارة بطريق المجاز: فهو إعارة المكيل والموزون والمعدود المتقارب، مثل الجوز والبيض وكل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه.

¹ عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل. تحقيق: عبد السلام محمد أمين (ط: 1؛ بيروت-لبنان: لبنان: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2002م)، ج6، ص232.

² عادل قوتة، العرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 688-689.

³ المرجع نفسه، ص689.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري. مصدر سابق، ج2، ص928.

⁵ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط: 2؛ لا.م: دار الكتب العلمية 1406هـ/1986م)، ج6، ص214.

رابعاً- صفة حكم الإعارة:

قال المالكية في المشهور عندهم، ليس للمُعير استرجاع العارية، مثل الانتفاع بها، وإذا كانت العارية إلى أجل، فلا يجوز للمُعير الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل وإن لم يتحدد أجل يلزم المُعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية¹، والراجع أن للمُعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب².

وبهذا يظهر أن المالكية يسوغون الرجوع في العارية المطلقة وبمنعوتها في العارية المُقيدة بالشرط أو العرف أو العادة³.

خامساً- حدود الانتفاع بالعارية⁴:

إذا كانت الإعارة محدودة بعمل، كإعارة أرض لزراعتها قمحاً، أو سيارة للسفر بها إلى مكان معين، أو كانت محددة بمدة، كإعارتها شهراً أو حولاً، فمن حق المُستعير أن يتمسك بالعارية إلى انتهاء المدة المحددة، أو العمل المتفق عليه، لأن الاتفاق يجري مجرى الشرط والمسلمون عند شروطهم.

فإن لم تكن العارية محددة بأجل، أو بانتهاء عمل، فللمُعير أن يستردها متى شاء، لأن صاحب الشيء أحق به إذا احتاج إليه⁵.

سادساً- الأجل في إعارة أرض للبناء عليها:

من أذن له أن يبني في أرضك أو يغرّس فيها⁶، فإنه إذ طلب المُعير إخراجها منها بالقرب قبل المدة التي اعتاد الناس أن يعيروا إليها، فليس له إخراجها، إلا أن يعطيه تكاليف ما أنفقه على البناء أو الغرس، فإذا لم يُعط المُعير تكاليف البناء، كان من حق المُستعير أن يبقى إلى

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. مرجع سابق، ج5، ص62.

² محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق، ج3، ص439.

³ المرجع السابق، ج5، ص62.

⁴ عادل قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية. مرجع سابق، ص147.

⁵ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص38.

⁶ الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص271.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

المدة التي يعير إليها الناس عادة فيما يُشبهه مثله، وإن أراد إخراجها بعد مضي المدة التي اعتاد الناس أن يعيروا إليها، وقد بنى وغرس¹ فعليه أن يعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعاً².

سابعاً- موجبات ضمان العارية³:

المستعير ومن كان في حكمه من كل من كانت يده على الشيء يد أمانة، ضامن لما قبضه إذا ادعى تلفه بسرقة أو كسر أو حرق⁴، وكان من الأشياء التي يمكن إخفاؤها (مما يغاب يغاب عليه) كالثياب والحلي،⁵ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ»⁶. إلا أن يقيم المستعير بينة أن هلاكه كان بغير سبب منه لا تضييع ولا تفريط ولا يصدق في دعواه⁷ إذا لم يكن على التلف بينة⁸، ويترتب الضمان على القابض فيما يمكن إخفاؤه، ولو شرط عدم الضمان، لأنه شرط باطل⁹.

وإما أن تكون من الأشياء التي لا يمكن إخفاؤها (أي مما لا يغاب عليه) كالعقار والحيوان¹⁰ فلا يضمن فيما لا يغاب عليه، ولا فيما قامت البينة على تلفه،¹¹ لما روي عن علي وابن مسعود قالوا: «لَيْسَ عَلَى الْمُؤْتَمَنِ ضَمَانٌ»¹².

¹ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص38.

² الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص271.

³ عادل قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة فقه المعاملات المالية. مرجع سابق، ص149.

⁴ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص40.

⁵ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة. مرجع سابق، ج3، ص251.

⁶ محمد بن عيسى بن الضحاك الترمذي ت279هـ، سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف (لا.ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998م)، أبواب البيع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ج2، ص557.

⁷ الصادق الغرياني، المدونة. مرجع سابق، ص40.

⁸ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. مصدر سابق، ج4، ص97.

⁹ المرجع السابق، ص40.

¹⁰ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة. مرجع سابق، ص251.

¹¹ المصدر السابق، ص97.

¹² أبو الفضل أحمد ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير. تحقيق: أبو عاصم حسن بن قطب (ط: 1؛ مصر: مؤسسة قرطبة، 1416هـ/1995م)، ج3، ص212.

- أمثلة تطبيقية:

1- لو استعمل الحلة (ثياب الزينة) المعارة في النوم -مثلا- كان ضامنا لها لو تمزقت أو بليت وكذا لو استعملت المرأة لباس الزفاف المعارة حال تنظيفها البيت، أو خدمتها لضيوفها فانسخت، أو تمزقت -كانت ضامنة لما نقص بذلك.

2- لو أن المرأة استعارت حليا للزينة ثم غسلت -حال لبسها لها- أواني المطبخ أو الثياب مثلا أو خدمت بمنزلها فتثلت تلك الحلي، أو غدت باهتة -كان عليها ضمان ذلك النقص¹.
ومن استعار ثوبا فتحرق أو أصابه حرق أو سرقت، فإنه ضامن لما نقصه، إلا أن يكون فسادا كثيرا فيضمنه².

3- لو قرأ في الكتاب المعار، وهو يأكل، أو وضعه في المطبخ، أو على المائدة فانسكب عليه ما تلف به -كان ضامنا.

4- لو استعمل سيارة الركوب في نقل أشياء لا تحمل في مثلها عادة -كان ضامنا.

5- لو قاد السيارة بطريقة مرهقة للمحرك أو متجاوزا السرعة المسموح بها - كان استعمالا بغير المعروف، ويضمن ما تلف منها ويرجع في حال الاختلاف إلى أهل الخبرة، وعرفهم الخاص. بخلاف ما يبلي من الاطارات مثلا - بالاستعمال المعتاد فهو غير ضامن³.

وينطوي تحت هذه الأمثلة أمثلة عديدة من كتب الفقهاء نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- لو استعار دابة ليحمل عليها بزا، فحمل عليها كتانا أو قطنا، أو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها عدسا، فإنه لا يضمن وإنما يضمن إذا كان أمرا مخالفا فيه ضرر على الدابة فهذا الذي يضمن إن عطبت.

2- رجل تكارى بعيرا ليحمل عليه وزنا مسمى، فتعدى فحمل عليه أكثر مما شرط في الوزن فعطب البعير فينظر في ذلك، فإن كان الذي زاد عليه الرطلين والثلاثة وما أشبه ذلك

¹ عادل قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية. مرجع سابق، ص 697.

² مالك ابن أنس، المدونة. (ط: 1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م)، ج 4، ص 448.

³ المرجع السابق، ص 697-698.

المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية

مما لا يعطب في مثل تلك الزيادة، كان له كراء تلك الزيادة إن أحب ولا ضمان على المتكاري في البعير إن عطب، وإن كان في مثل ما زاد عليه ما يعطب في مثله كان صاحب البعير مخيراً فإن أحب كان له قيمة بعيره يوم تعدى عليه، وإن أحب كان له كراء ما زاد على بعير مع الكراء الأول، ولا شيء له من القيمة، فكذلك هذا في العارية¹.

3- ومن استعار سيفاً ليقاتل به فضرب به فانكسر، لم يضمن، لأنه فعل ما أذن له فيه وهذا إذا كانت له بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء، وإلا ضمن².

¹ مالك ابن أنس، المدونة، مصدر سابق، ص 447-448.

² خلف بن أبي القاسم محمد القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة. مصدر سابق، ج 4، ص 315.

خلاصة المبحث:

تطرق في هذا المبحث إلى بعض النماذج في المعاملات المالية لدى المالكية التي أعمل فيها العرف وبيان أثره فيه، وذلك من خلال ذكر بعض الأمثلة من عقود المعاوضات والتبرعات التي جعل تطبيقها خاضعا لما تعارفه الناس وجرى به العمل فيما بينهم في أقوالهم وأفعالهم ومجاري عاداتهم والذي يفي بأغراضهم ويحقق مصلحتهم عامتهم وخاصتهم، ويتضح كذلك أن الصيغة - أي صيغة العقد - لها تأثير كبير في أعراف الناس؛ لأن المعنى المتعارف أشهر استعمالا وهو الذي يتوجه قصد الناس إليه غالبا.

جلائقہ

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته وفضله تتم الصالحات، وبمّنه وتوفيقه تقضى الحاجات وأصلي وأسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

بعد استعراضى لموضوع "أثر العرف في المعاملات المالية عند المالكية" أستطيع أن أوجز أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وهي كالآتي:

أولاً- النتائج

- 1- أن العرف والعادة بمعنى واحد في المذهب المالكي، وهو ما اعتاده أكثر الناس من قول أو فعل أو ترك وساروا عليه في جميع البلدان، أو في بعضها، أما العمل فما حكم به القضاة وجرى به عملهم.
- 2- استند علماء المذهب المالكي على اعتبار العرف في أصول مذهبهم بأدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.
- 3- أن المالكية هم أكثر من أخذ بالعرف بحيث جعلوه أصلاً من أصول المذهب ومصدراً مهمّاً من مصادرهم.
- 4- لكي يكون العرف في الشرع له اعتبار، ويكون حجة لاستنباط الأحكام، لا بد أن تتوفر فيه شروط أهمها: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، أن لا يخالف نص شرعي، أن لا يعارض تصريح بخلافه، أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف، وبمخالفة أحد هذه الشروط أو فقدانها لم يصح تحكيم العرف ويفقد العرف صلاحيته للعمل.
- 5- قسم الأصوليون العرف إلى أقسام عدة منها: العرف القولي والعملي، والعام والخاص وصحيح وفاسد، إضافة إلى تقسيم الشاطبي.
- 6- العرف له أثر كبير في القواعد الشرعية، فلا يكاد يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية إلا وذكر القاعدة الأساسية في العرف، وكان المالكية أكثر أخذاً بها وإعمالاً لها، وهي قاعدة "العادة محكمة".
- 7- أن القواعد الشرعية المبنية على العرف كثيرة، منها الأصولية وكذا الفقهية وأهم هذه القواعد: قاعدة يُحمل كلام المخاطب على عرفه، وقاعدة العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع أو

اللغة، وتغير الأحكام بتغير العرف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والثابت عادة كالثابت بالنص... إلخ.

8- أن للعرف دوراً هاماً في قسم المعاملات المالية، والمذهب المالكي أكثر المذاهب في إعمال العرف من هذا الجانب، لما له من تأثير في حياة الناس وتصرفاتهم، وهو الذي قال عنه - أي المذهب المالكي - شيخ الإسلام ابن تيمية: أن أصول مالك في البيوعات أجود من أصول غيره، أخذ ذلك عن سعيد ابن المسيب الذي كان يقال هو أفقه الناس في البيوع.¹

9- أن العرف باب واسع وكبير في مدى تأثيره في عقود المعاوضات لكثرت تناوله بين أغلبية البشر، والتي تدعو الحاجة إليه، فنرى أثره في الخيار، وفي بيع السلم وبيع المرابحة والإجارة....

10- وكذا يُعد باب التبرعات من أكبر المجالات التي يتضح فيها تأثير العرف لما ألفوا من ألفاظ ومصطلحات دالة عليه حتى أصبح هو المحكم، والذي يظهر جلياً واضحاً في الهبة والوقف والعارية....

11- أن صيغة العقد لها تأثير كبير في كلام الناس لما اعتادوه في معيشتهم، فالعرف هو الذي يحدد مراد المتصرفين فيجري الشارع أحكام تصرفاتهم على ما يفيد.

ثانياً- التوصيات:

أوصي نفسي والطلبة والباحثين من بعدي إلى مواصلة البحث في هذا الموضوع ومزيد الاعتناء به من الناحية التطبيقية، وإثرائه وتبسيط الضوء عليه ودراسته دراسة مستقلة، ليسهل على طالب العلم الرجوع إليه عند الحاجة.

فأمل أن أكون وفقت في بيان ما أردت بيانه والله أسأل أن يتقبل هذا العمل، ويعمّ به النفع، هذا فما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان، وما كان من صواب فمن الله وحده وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

¹ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى. ج4، ص19.

الفهارس

❖ فهرس الآيات القرآنية

❖ فهرس الأحاديث النبوية

❖ فهرس الأحكام

❖ فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	السورة	طرف الآية
46	282	البقرة	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾
36	233		﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾
67	04	النساء	﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ ﴾
44	01	المائدة	﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
77	02		﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَىٰ ﴾
74	139	الأنعام	﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ ﴾
15	199	الأعراف	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾
15	26	يوسف	﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِي ﴾
60	26	القصص	﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنِّي خَيْرٌ ﴾
60	27		﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ ﴾
8	15	لقمان	﴿ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾
50	03	الطلاق	﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴿٣﴾ ﴾
59	06		﴿ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾
30	07		﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾
8	01	المرسلات	﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴾
75	19	الفجر	﴿ وَتَأْكُلُونَ التُّرَاثَ أَكْلًا لَّمًّا ﴿١٩﴾ ﴾
77	07	الماعون	﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿٧﴾ ﴾

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
16	« إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ »
43	« إذا بعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل سلعة... »
72	« إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، ... »
77	« العارية مؤدأة، والزعيم غارم، والدين مُقتضى »
60	« ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر... »
16	« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »
80	« على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »
22	« لا تبغ ما ليس عندك »
34	« لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر »
33	« لا يقبل الله صلاةً بغير طهور »
60	« من استأجر أجيراً فليعلمه أجره »
60	« من استأجر أجيراً فليؤجره بأجرٍ معلوم إلى أجل معلوم »
43	« من اشترى مُصرّاة، فهو بالخيار ثلاثة أيام... »
57	« من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »
46	« من أسلف في شيء ففي كيل معلوم إلى أجل معلوم »
67	« يا نساء المسلمين، لا تحقرن جارة جارتها... »

فهرس الأعلام

الصفحة	العَلَم
19	التسولي
33	التلمساني
14	المهدي الوزاني
14	مصطفى الرماصي

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أ- القرآن وعلومه:

* القرآن الكريم برواية حفص.

1- ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المالكي، أحكام القرآن. ط:3؛ بيروت دار الكتب العلمية: 1424هـ/2003م.

2- ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير كتابه العزيز. تحقيق: عبد السلام الشافعي محمد. ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1413هـ/1993م.

3- راغب الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن. تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط:1 دمشق- بيروت: دار القلم، الدار الشامية، 1412هـ.

4- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن. تحقيق: هشام سمير البخاري، لا: ط؛ الرياض- المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب، 1423 هـ/ 2003 م.

ب- الحديث وعلومه:

5- ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، المسالك في شرح موطأ مالك. ط: 1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، 1428هـ/2007م.

6- ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المالكي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس. تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ط:1؛ لا.م: دار الغرب الإسلامي، 1992 م.

7- ابن حجر: أبو الفضل أحمد العسقلاني، التلخيص الحبير. تحقيق: أبو عاصم حسن بن قطب. ط: 1؛ مصر: مؤسسة قرطبة، 1416هـ/1995م.

8- ابن حجر: أبو الفضل أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري. تحقيق: أبو الفضل العسقلاني، لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ.

- 9- ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، السنن. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. لا.ط؛ لا.م: دار إحياء الكتب العربية، د.ت.
- 10- الأصبحي: أبو عبد الله مالك بن أنس، موطأ الامام مالك. رواية يحيى الليثي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي لا.ط؛ مصر: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 11- الأصبهاني: أحمد بن عبد الله بن مهراڤ الهراڤي، المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم. تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية 1417هـ/1996م.
- 12- البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح. تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ط:3؛ بيروت: دار بن كثير ودار اليمامة، 1407هـ/1987م.
- 13- البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر. ط:1، لا.م: دار طوق النجاة، 1422هـ.
- 14- الترمذي: محمد بن عيسى بن الضحاك، سنن الترمذي. تحقيق: بشار عواد معروف لا.ط بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1998م.
- 15- الحميدي: محمد بن فتوح ، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم- تحقيق: علي حسين البواب، ط:2؛ بيروت، لبنان: دار ابن حزم، 1423هـ/2002م.
- 16- الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر البغدادي، سنن الدارقطني. تحقيق: السيد عبد الله هاشم المدني، لا.ط، بيروت: دار المعرفة، 1386هـ-1966م.
- 17- الزيلعي: جمال الدين بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية. تحقيق: محمد عوامة ط:1؛ مؤسسة الريان- دار القبلة للثقافة الإسلامية: لبنان-السعودية، 1418هـ/1997م.
- 18- الشوكاني: محمد بن علي اليمني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي ط: 1 مصر: دار الحديث، 1413هـ/1993م.

- 19- الشيباني: أبو عبد الله أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، لا.ط؛ القاهرة: مؤسسة قرطبة، د.ت.
- 20- الشيباني: أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، وآخرون. ط: 1، لا.م: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/ 2001م.
- 21- عياض: أبو الفضل بن موسى اليحصبي، إكمال المعلم بفوائد مسلم. تحقيق: د. يحيى إسماعيل. ط.1؛ مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ/1998م.
- 22- الغيتابي: أبو محمد محمود بن محمد الحنفي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري. لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 23- النيسابوري: مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت.
- ج- كتب الفقه:**
- 24- ابن الحاجب: عثمان بن عمر الكردي المالك، جامع الأمهات. تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخصر الأخضريري، ط:2؛ اليمامة: لا. م، 1421 هـ - 2000 م.
- 25- ابن تيمية: أبو العباس تقي الدين الحراني، مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم لا: ط؛ المدينة المنورة- المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف 1416 هـ / 1995 م.
- 26- ابن تيمية: أبو العباس تقي الدين الحراني. الفتاوى الكبرى. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1408هـ/ 1987م.
- 27- ابن جزى: أبو القاسم محمد بن عبد الله، القوانين الفقهية.
- 28- ابن رشد: أبو الوليد محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. لا.ط، القاهرة: دار الحديث 1425 هـ / 2004 م.

- 29- ابن رشد: أبو الوليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل. تحقيق: محمد حجي وآخرون ط:1؛ دار الغرب الإسلامي: بيروت-لبنان، 1408هـ/1988م.
- 30- ابن رشد: أبو الوليد محمد القرطبي، المقدمات الممهديات. تحقيق: محمد حجي، ط:1 دار الغرب الإسلامي: بيروت-لبنان، 1408هـ/1988م.
- 31- ابن شاش: أبو محمد جلال الدين المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تحقيق: حميد بن محمد لحر، ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي 1423هـ/2003م.
- 32- ابن عبد السلام: عز الدين بن أبي القاسم الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام. لا.ط؛ لا.م؛ القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية 1414هـ/1991م.
- 33- ابن عرفة: أبو عبد الله محمد بن محمد التونسي المالكي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط: 1؛ لا.م: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435 - 2014 م.
- 34- ابن عرفة: أبو عبد الله محمد بن محمد التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة. ط:1 لا.م: المكتبة العلمية 1350 هـ.
- 35- ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ط:1؛ لا.م: مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
- 36- ابن قدامة: عبد الرحمان بن محمد المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع. لا.ط؛ لا.م: دار الكتاب العربي، د.ت.
- 37- ابن همام: كمال الدين السيواسي، فتح القدير. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
- 38- الأصبحي: أبو عبد الله مالك بن أنس، المدونة. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية 1415هـ/1994م.

- 39- البرادعي: خلف أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني المالكي، التهذيب في اختصار المدونة. تحقيق: محمد الأمين، ط:1؛ دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث 1423هـ/2002م.
- 40- البهوتي: منصور بن يونس الحنبلي، شرح منتهى الإرادات. ط:1؛ لا.م: عالم الكتاب 1414هـ/1993م.
- 41- التسولي: أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة. تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ط: 1؛ لبنان-بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م.
- 42- التلمساني: محمد بن أحمد الحسني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع الأصول. تحقيق: محمد علي فركوس ط:1؛ بيروت- لبنان: مؤسسة الريان، 1419هـ/1998م.
- 43- الجزيري: عبد الرحمن بن محمد، الفقه على المذاهب الأربعة. ط:2؛ بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.
- 44- الخطاب الرعيبي: شمس الدين محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، الخطاب الرعيبي مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط: 3؛ لا.م: دار الفكر، 1412هـ/1992م.
- 45- الدسوقي: محمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت.
- 46- الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل. تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2002م.
- 47- السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ/1993م.
- 48- السيوطي: عبدالرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الأشباه والنظائر. ط:1؛ لا.م، دار الكتب العلمية، 1411هـ/1991م.

- 49- الشاطبي: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الموافقات. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط:1؛ لا.م: دار ابن عفان، 1417هـ/1997م.
- 50- الصاوي: أحمد محمد الخلوئي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير. لا.ط؛ لا.م: دار المعارف، د.ت.
- 51- الصقلي: أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي، الجامع لمسائل المدونة. تحقيق: مجموعة من الباحثين في رسائل دكتوراه، ط:2؛ جامعة أم القرى: دار الفكر، 1434هـ/2013م.
- 52- العبدري: عبد الله محمد بن يوسف، التاج والاكلیل لمختصر خليل. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، 1398 هـ.
- 53- عياض: أبو الفضل بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، ط: 1؛ المحمدية-المغرب: مطبعة فضالة، 1965م.
- 54- القراني: أبو العباس شهاب الدين المالكي، الذخيرة. تحقيق: محمد بوخبزة ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م.
- 55- القراني: أبو العباس شهاب الدين المالكي، أنور البروق في أنواء الفروق. لا.ط؛ لا.م: عالم الكتب، د.ت.
- 56- القراني: أبو العباس شهاب الدين المالكي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط:1؛ لا.م: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ/1973م.
- 57- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط:2 لا.م: دار الكتب العلمية، 1406هـ/1986م.
- 58- الكشناوي: أبوبكر بن حسن، أسهل المدارك. ط:2؛ بيروت- لبنان: دار الفكر، د.ت.
- 59- المصري: خليل بن إسحاق الجندي المالكي، مختصر العلامة خليل. تحقيق: أحمد جاد ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث، 1426 هـ/2005 م.

60- النمري: أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة. تحقيق: محمد الموريتاني، ط:2؛ الرياض-المملكة العربية السعودية: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ 1980 م.

61- الوزاني: الشريف المهدي، تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. لا.ط؛ الرباط-المغرب، مطبعة فضالة، د.ت.

د- المعاجم اللغوية والفقهاء:

62- ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام محمد هارون، لا. ط؛ لا. م: دار الفكر، 1399هـ/1979م.

63- ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب. ط:1، بيروت: دار صدر، د.ت.

64- الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات. تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط:1؛ بيروت، دار الكتب العلمية: 1403هـ/1983م.

65- الرازي: محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح. تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط: 5 بيروت-صيدا: المكتبة العصرية-الدار النموذجية 1420هـ/1999م.

66- قلعجي: محمد رواس وآخرون، معجم لغة الفقهاء. ط:2؛ لا. م: دار النفائس 1408هـ/1988م.

67- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط. لا. ط؛ القاهرة: دار الدعوة، د.ت.

68- الميداني: عبد الرحمان حبنكة، ضوابط المعرفة. ط:4؛ دمشق: دار القلم 1414هـ/1993م.

ه- كتب فقهية أخرى:

69- ابن عابدين: السيد محمد أمين المعروف، مجموعة رسائل ابن عابدين (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف).

- 70- أبو زهرة: أحمد، مالك حياته وعصره - آراؤه الفقهية. ط:1؛ لا.م: دار الفكر العربي د.ت.
- 71- اسماعيل: موسى، عمل أهل المدينة وأثره في الفقه الإسلامي. ط: 1؛ الجزائر: دار ابن حزم، 1424هـ/2004م.
- 72- الباحسين: يعقوب بن عبد الله، قاعدة العادة المحكمة. ط:2؛ المملكة العربية السعودية الرياض: مكتبة الرشد، 1433هـ/2012م.
- 73- بوساق: محمد المدني، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة ط:1 الإمارات العربية المتحدة - دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث 1421هـ/2000م.
- 74- حيدر: علي خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام. ط:1؛ لا.م: دار الجيل، 1411هـ/1991م.
- 75- الزحيلي: محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة. ط: 1 دمشق: دار الفكر، 1427هـ/2006م.
- 76- الزرقا: أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية. تحقيق: مصطفى الزرقا ط:2؛ دمشق-سوريا: دار القلم، 1409هـ/1989م.
- 77- الزرقاء مصطفى، المدخل الفقهي العام. ط.10؛ دمشق: مطبعة طربين 1387هـ/1968م.
- 78- العلواني: رقية طه جابر، أثر العرف في فهم النصوص. ط:2؛ دمشق: دار الفكر 1430هـ/2009م.
- 79- الغرياني: الصادق عبد الرحمن، أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي.

- 80- الغرياني: الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته. (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الريان، 1423هـ/ 2002م).
- 81- فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك (أدته العقلية). ط: 1؛ لا.م: دار ابن حزم 1428هـ/ 2007م.
- 82- محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي. كلية الشريعة، الجامعة الأردنية قسم الفقه وأصوله، 2003م.
- 83- نورسيف أحمد، عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين. ط: 2؛ دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1421هـ/ 2000م.
- 84- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية. ط: 1؛ مصر: مطابع دار الصفاة، 1404هـ/ 1984م.
- و- البحوث والرسائل الجامعية:
- 85- أحمد ادريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الامام مالك. (مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها)، لا.ط؛ عين مليلة - الجزائر: دار الهدى، د.ت.
- 86- أحمد فهمي أبو سنة، العادة والعرف في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي) لا.ط؛ لا.م: مطبعة الأزهر، 1947م.
- 87- محمد بن عبد الله التمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، ط: 1 لا.م، لا.ن 1490هـ/ 1979م.
- 88- سعود بن عبد الله الوريقي، العرف وتطبيقاته المعاصرة. لا.ط؛ لا.م: لا.ن، د.ت.
- 89- عادل بن عبد القادر بن محمد وُلِّي قوته، العرف حجيته، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ط: 1؛ مكة المكرمة - السعودية: المكتبة المكية، 1418هـ/ 1997م.
- 90- عادل قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية. لا.ط؛ لا.م: لا.ن د.ت.

91- عطا موسى أحمد أهل، تخصيص العموم بالعرف. (رسالة ماجستير في أصول الفقه في كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، لا.ط، 1428هـ/2007م).

92- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، لا.ط، المحمدية- المغرب: مطبعة فضالة، د.ت.

93- محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي. كلية الشريعة، الجامعة الأردنية قسم الفقه وأصوله، 2003م.

د- المجالات والمقالات:

94- عبد السلام فيغو، العرف وبعض تطبيقاته في الفقه المالكي. دعوة الحق، المغرب - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - العدد: 297، 1376 هـ / 1957 م.

95- قطب الريسوني، "ما جرى به العمل في الفقه المالكي" (نظرية في الميزان). مجلة العدل العدد: 43، 1430هـ.

و- كتب التراجم:

96- الزركلي: خير الدين بن محمود، الأعلام، ط15، دار العلم للملايين، 2002م.

97- مخلوف: محمد ابن سالم، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
/	إهداء
/	شكر وعرفان
/	ملخص
أ - ح	مقدمة
8	المبحث الأول: العرف كأصل من أصول الفقه
8	المطلب الأول: ماهية العرف وتمييزه عما شاكله كم مصطلحات
8	الفرع الأول: تعريف العرف (لغة واصطلاحاً)
9	الفرع الثاني: علاقة العرف بالعادة
11	الفرع الثالث: علاقة العرف بعمل أهل المدينة
15	المطلب الثاني: حجية العرف وشروطه
15	الفرع الأول: حجية العرف وجعل العرف أصل من أصول المذهب المالكي
20	الفرع الثاني: شروط العرف
25	المطلب الثالث: أقسام العرف وقواعد اعتباره
25	الفرع الأول: أقسام العرف
32	الفرع الثاني: قواعد اعتباره
38	خلاصة المبحث
40	المبحث الثاني: صور اعتبار العرف في بعض مسائل المعاملات المالية عند المالكية
41	المطلب الأول: أثر العرف في عقود المعاوضات
41	الفرع الأول: أثر العرف في الخيار
46	الفرع الثاني: أثر العرف في بيع السلم
52	الفرع الثالث: أثر العرف في بيع المراجعة ومسائل متفرقة للعرف أثر فيها
59	الفرع الرابع: أثر العرف في الإجارة
67	المطلب الثاني: أثر العرف في عقود التبرعات

فهرس الموضوعات

67	الفرع الأول: أثر العرف في الهبة
72	الفرع الثاني: أثر العرف في الوقف
76	الفرع الثالث: أثر العرف في العارية
83	خلاصة المبحث
85	الخاتمة
88	فهرس الآيات القرآنية
89	فهرس الأحاديث النبوية
90	فهرس الأعلام المترجم لهم
92	قائمة المصادر والمراجع
103	فهرس الموضوعات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ