بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم الفقه وأصوله

العـــرف

وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

(دراسة أصولية)

CUSTOM AND IT'S FUNCTION AND APPLICATION IN ISLAMIC LAW

(Fundamental study)

إعداد الطالبة

سوسن " محمد علي " أحمد العيسى

٠٤٢٠١٠٤٠٠٨

إشراف الدكتور

حارث محمد سلامه العيسى

الفصل الدراسي الثاني

١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

العـــــرف

وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

(دراسة أصولية)

Custom and it's function and application in Islamic Law

(Fundamental study)

إعداد الطالبة

سوسن " محمد علي " أحمد العيسى

٤٢٠١٠٤٠٠٨

إشراف الدكتور

حارث محمد سلامه العيسى

أعضاء لجنة المناقشة **التوقيع**

الدكتور حارث محمد سلامه العيسى / رئيساً ومشرفاً

الدكتور محمد حمد عبد الحميد / عضواً

الدكتور جابر حجاحجة / عضواً

الأستاذ الدكتور عبد الله الصالح / عضواً

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله تخصص الفقه وأصوله في الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت.

نوقشت وأوصي بإجازتها / تعديلها / يوم الثلاثاء تاريخ ٢٩ جمادى الأولى ١٤٢٩هـ، الموافق ٢٠٠٨/٦/٣م.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

بسم الله الرحمن الرحيم

(قُلۡ هَٰذِهِۦ سَبِيلِيٓ أَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِۚ عَلَىٰ بَصِيرَةٍ أَنَا۠ وَمَنِ ٱتَّبَعَنِيۖ وَسُبۡحَٰنَ ٱللَّهِ وَمَآ أَنَا۠ مِنَ ٱلۡمُشۡرِكِينَ)

(يوسف ١٠٨)

(وَمَن يَتَوَكَّلۡ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسۡبُهُۥٓ)

(الطلاق، ٣)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعرف في الشرع له اعتبار

لذا عليه الحكم قد يدار

(أرجوزة ابن عابدين)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إهداء

إلى والديّ الكريمين

وإخواني وأخواتي الأعزاء

إلى أساتذتي الكرام وكل من علمني

إلى زوجي الغالي

إلى كل محبي العلم الشرعي

إلى هؤلاء جميعاً: أهدي هذه الدراسة.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الشكر والتقدير

الحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وإني لأتوجه بالشكر الجزيل بعد شكر الله عز وجل إلى كل القائمين على هذه الجامعة المباركة الكريمة، من مسؤولين وموظفين، القائمين على خدمة طلاب العلم، وأخص بالذكر من درسني من الأساتذة الكرام، فجزاهم الله عني وعن إخواني الطلاب خير الجزاء، وأخص منهم الدكتور قحطان الدوري بالشكر والذي كان مشرفي في بدايات كتابتي، وكذلك أستاذي الفاضل الدكتور حارث العيسى الذي أشرف على هذه الرسالة، فجزاه الله عني خيراً وبارك فيه وفي علمه وعمره وأهله وماله وذريته. والشكر موصول إلى لجنة المناقشة، على ما ستبديه من آراء وملاحظات لإثراء هذه الرسالة.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر كل من كان له فضل علي في إعداد هذه الرسالة ومد لي يد العون على إنجازها سواء بإعارة كتاب، أو الإرشاد إلى معلومة، أو توجيه، أو نصيحة، وأخص بالذكر زوجي العزيز خالد شبيل، ومن الأساتذة الدكتور محمد عبد الحميد والدكتور علي الرواحنة فجزاهم الله خير الجزاء، ووفقني وإياهم لما يحب ويرضى.

هذا ولن أنس فضل عمي العزيز الدكتور طه العيسى وأخي العزيز ثابت الذيْن أغرقاني بعطفهما وحنانهما وطوقاني بفضلهما وإحسانهما طوال سنين الدراسة والكتابة جميعها... لهم جميعاً التقدير والاحترام والوفاء.

شكر خاص إلى السيدة نجاح عموش لما قدمته من مساعدة.

فجزاهم الله خير الجزاء عن الإسلام والمسلمين ووفقهم لخدمة هذا الدين والدعوة إليه.

[رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ]، [وَتُبْ عَلَيْنَآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلتَّوَّابُ ٱلرَّحِيمُ]، [ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ].

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الإهداء	أ
الشكر والتقدير	ب
فهرس المحتويات	جـ
ملخص الرسالة باللغة العربية	هـ
تحليل المصادر	و
المقدمة	١
مشكلة الدراسة	٢
أدبيات الدراسة	٢
الدراسات السابقة	٢
منهجية الدراسة	٣
الفصل الأول: العرف مفهومه وأقسامه وشروطه	٤
المبحث الأول: العرف والعادة لغة واصطلاحاً والعلاقة بينهما	٥
المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحاً	٥
المطلب الثاني : مفهوم العادة لغة واصطلاحاً	٩
المطلب الثالث: العلاقة بين العرف والعادة	١٠
المطلب الرابع: تاريخ العرف ونشأته	١١
المبحث الثاني: حجية العرف	١٣
المبحث الثالث: أقسام العرف	١٧
المطلب الأول: بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها وبحسب الأعمال	١٧
المطلب الثاني: من جهة عمومه وخصوصه	١٩
المطلب الثالث: من جهة صحته وفساده	٢١
المطلب الرابع: من جهة ثبوته وتغيره	٢٢
المطلب الخامس: العرف الشرعي وعرف الاستعمال	٢٣
المبحث الرابع: شروط اعتبار العرف	٢٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الخامس: مدى استقلالية العرف في الدلالة على الأحكام	٣٠
الفصل الثاني: وظائف العرف وتطبيقاته	٣٣
المبحث الأول: تفسير النصوص	٣٥
المطلب الأول: تخصيص العام	٣٦
المطلب الثاني: تقييد المطلق	٤٦
المطلب الثالث: تصريح الألفاظ وكنايتها	٥١
المطلب الرابع: تعيين مراد المتكلم	٥٧
المبحث الثاني: فض النزاع والخلاف	٦٣
المطلب الأول:تحديد الحقوق والالتزامات والعقود	٦٥
المطلب الثاني: مراعاة العرف في القضاء والفتوى	٦٧
المطلب الثالث: استخدام القرائن العرفية كدليل من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها القضاء	٦٩
المبحث الثالث: تحديد المقادير	٧٩
المبحث الرابع: تغيير الأحكام	٨٢
الخاتمة	٨٤
فهرس الآيات القرآنية	٨٦
فهرس الأحاديث النبوية	٨٨
قائمة المصادر والمراجع	٨٩
المخلص باللغة الإنجليزية	٩٦

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ملخص الدراسة باللغة العربية

العرف

وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

إعداد الطالبة: سوسن " محمد علي " العيسى

إشراف الدكتور: حارث محمد سلامة العيسى

جاءت هذه الرسالة بعنوان " العرف وظائفهُ وتطبيقاته في الفقهِ الإسلامي".

وتتكون من مُقدّمة وفصلين وخاتمة:

المقدّمة: تحدثت فيها الباحثة عن أهمية الموضوع والمنهجية التي اتبعتها في البحث.

الفصل الأول: تناولت فيه العرف مفهومه لغة واصطلاحاً والفرق بين العرف والعادة، وحجية العرف وأقسامَه وشروط اعتبار العرف.

الفصل الثاني: تناولت فيه وظائف العرف، تفسير النصوص، رفع النزاع والخلاف، وتحديد المقادير وتغيير الأحكام وجميعُها ترجعُ إلى العرف.

الخاتمة: وقد اعتمدت في هذه الدراسة المنهجَ الاستقرائي وبيانَ معنى العرف وأقسامَه وبيانَ دور العرفِ في المعاملاتِ والأحوال الشخصية والحياةِ عامة وذكرت التطبيقاتِ والأمثلة على ذلك، ثم قائمة المصادر والمراجع.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

تحليل المصادر والمراجع

اعتمدت في دراستي على عدد متنوع من المصادر والمراجع المختلفة، منها كتب التفسير والأحاديث النبوية وشروحها، وكتب الفقه المختلفة، وكتب الأصول، حيث موضوع دراستي.

- أحكام القرآن:

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المشهور بالجصاص (٣٠٥-٣٧٠هـ).

لقد عرض الجصاص سور القرآن كلها، ولكنه لم يتكلم إلا في آيات الأحكام، فيذكر الأحكام التي تستنبط من الآيات، وكثيراً ما يستطرد فيذكر بعض من مسائل الفقه وما فيها من خلافيات بين الأئمة، ويذكر الأدلة، ويتوسع في المسائل الفقهية وذكر مذاهب الفقهاء وأدلتهم.

- الجامع لأحكام القرآن:

للإمام المفسر أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الأندلسي القرطبي (ت: ٦٧١هـ)

هذا الكتاب من أجمع ما صنف في تفسير آيات الأحكام، فقد سلك أسباب النزول والقراءات ووجوه الإعراب وتخريج الأحاديث وبيان غريب الألفاظ القرآنية وما يحتاج إلى بيانه بالاستشهاد بأشعار العرب وغير ذلك مما يزيد في إيضاح واستنباط الأحكام، سلك ذلك في عقد متناسق، ضمّ إليه كثيراً من أقوال السلف، ونقل عن بعض من سبقه وعزا كل قول إلى صاحبه، وأفاد في آيات الأحكام بوجه خاص من كتاب أحكام القرآن لابن العربي، وذكر المذاهب الفقهية في آيات الأحكام وألحق بها الأدلة، حتى استوفى ما أراد من تفسيره، من غير أن يحشوه بغرائب القصص وضعيف الأخبار من الإسرائيليات وغيرها، ومطالع هذا التفسير يقف على أمانة القرطبي وإنصافه وعدم تعصبه، كما يقف على مناقشاته العلمية الدقيقة وردوده القوية، وقد طبع هذا الكتاب في عشرين جزءاً كبيراً في مطابع دار الكتب المصرية بالقاهرة سنة (١٩٣٥-١٩٥٠م).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- صحيح البخاري:

واسمه: "الجامع الصحيح المسند المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه".

للإمام الحافظ: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري (١٩٤هـ-٢٥٦هـ).

وهو أول ما صنف في الحديث الصحيح صنفه على أبواب الفقه، وافتن في الصناعة الحديثية، وفي الترجمة للأبواب كما أحسن الاستنباطات الكثيرة والفوائد الجليلة وغير ذلك، مما يدل على غزارة علمه، وعمق فهمه، هذا إلى جانب تحريه في الرجال الأسانيد، وبهذا احتل صحيح البخاري المكان الأول بعد القرآن الكريم، فعكف الناس على دراسته وحفظه، كما اشتغل كثير من الأئمة في شرحه وبيان ما يتضمنه من علوم وفوائد، فكان كتاب البخاري محل حفظ وعناية ودراسة وتقدير الأمة الإسلامية على مر الزمان.

- المبسوط:

للإمام شمس الأئمة: أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٨٢هـ).

المبسوط: كتاب قيم وثروة فقهية عظيمة في الفقه الحنفي بشكل خاص وفي الفقه بشكل عام، وهو يقع في ثلاثين مجلّداً، وهو حقاً اسم على مسمى، فقد بسطت فيه مسائل الفقه بشكل فريد، وقد اعتبر مرجعاً في الفقه الحنفي.

وقد جمع كتاب المبسوط كتب ظاهر الرواية أو ما تسمى بالأصول الستة وهي التي صنفها صاحب الإمام أبي حنيفة، الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وأصوله التي جمعت المذهب هي: الجامع الصغير، والجامع الكبير، والسير الكبير والصغير، والزيادات، والمبسوط، ويجمع هذه الأصول جميعاً كتاب الكافي للحاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد المروزي، فكتاب المبسوط خلاصة من خلاصة وصفوة من صفوة، ورغم كثرة مسائله إلا أنه مختصر للفقه، التزم فيه صاحبه عدم التطويل، ليقتصر على المسائل الفقهية المفيدة، جمع أقوال الإمام أبي حنيفة إمام المذهب كما جمع الآراء الأخرى في المذهب، وشرح ما جاء في الكافي، واختصر بحيث لا يزيد على المعنى المؤثر في بيان كل مسألة، وكان يكتفي بالمعتمد في كل باب بالإضافة إلى آراء بعض مجتهدي المذهب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويذكر بقية الأقوال، فيذكر رأي الإمام الشافعي ويذكر أدلته، فهو لا يكتفي برأيه ورأي إمامه ورأي فقهاء المذهب، بل يذكر أقوال المخالفين مع أدلتهم، والكتاب بشكل عام لا يُطيل في المسائل الخلافية، فالقارئ للمبسوط لا يشعر بالتشتت، ابتدأ الكتاب بالصلاة وأنهاه بالقرض.

والجدير بالذكر أن الكتاب كان من حافظة الإمام السرخسي، حيث يمليه على أصحابه، ومع هذا فإن الكتاب جاء فريداً جامعاً رصين العبارة، ودقيق المعنى.

الشرح الكبير:

للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حاتم العدوي المالكي، الشهير بالدردير (ت ١٢٠١هـ).

الشرح الكبير: أحد أهم الشروح العظيمة على مختصر خليل، وهو شرح جليل يقع في ستة مجلدات مع حاشية الدسوقي، مختصر سيدي خليل هو من أشهر المختصرات التي وضعت في المذهب المالكي إن لم يكن أشهرها على الإطلاق، فهو من أنفس المتون لم ينسج على منواله ولم يسمع بمثاله، فكان أن كثرت عليه الشروح وتعددت التعاليق حتى وضع عليه أكثر من ستين تعليقاً من بين شرح وحاشية، ومن أهم شروحاته شرح العلامة أحمد الدردير، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير.

وقد جمع الدردير في شرحه خلاصة ما ذكره الإجهوري والزرقاني واقتصر فيه على الراجح من الأقوال، فكان بحق عمدة في الفقه المالكي، واقتصر في شرحه هذا على متن سيدي خليل، ففتح مغلقة وقيد مطلقة، وذكر فيه المعتمد من أقوال المذهب، فكان إذا اقتصر على قول كان هو الراجح الذي تجب فيه الفتوى وإن اعتمد بعض الشراح خلافه.

والشرح بصورة عامة بين جمال العبارة ودقة المعلومة، وبساطة اللفظ وجاء بأسلوب سهل مين، واعتنى فيه بكل كلمة في متن خليل فشرحه كلمة كلمة وبين جميع الأحكام.

المهذب:

لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفقيه الشافعي (٣٩٣هـ-٤٧٦هـ)

يحتوي الكتاب على نصوص الشافعي في المسائل الفقهية، وعلى أمهات الأحكام الشرعية على المذهب الشافعي، وذكر فيه صاحبه الأحكام ثم بين الاستدلال عليها من القرآن الكريم والأحاديث الشريفة والإجماع والقياس والتعليل بالمعقول، وضّح وبيّن ذلك بأسلوب سهل، وعبارة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أدبيـة، بعيـداً عـن التعقيـد والألغـاز التـي سـادت فيمـا بعـد فـي المتـون الفقهيـة، وقـد صـرف الإمـام الشيرازي هّمته إلى تصنيف هذا الكتاب معتمداً إلى إنتاج سابقيه في المذهب الشافعي، ومطلعاً على جميـع مـا كتبـوه وصـنفوه ليصـوغ فقـه الشـافعي بعبـارة مسـبوكة، ويختصـر أقـوالهم ويشـير إلـى اختلافهم ويبين أحياناً ما يعتمده منها، وينطلق من نصوص الشافعي في كتبه الجديدة كالأم والإملاء والمختصر وغيرها، وأصبح المهذب أهم كتاب فقه شافعي في عصره، وتهافت عليه العلماء وأكب عليه طلاب العلم.

يوجد في المهذب ما لا يوجد بغيره، وهو كتاب جليل القدر استقصى الفروع بأدلتها، واعتنى بشأنه فقهاء الشافعية بكثرة وظهرت عليه الشروح ما بين مطوّل ومختصر ومن أهم شروحه (المجموع) للإمام النووي إلا أنه لم يكمله ووصل إلى ربعه تقريباً، فقد وصل إلى باب الربا.

- المستصفى من علم الأصول:

للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي الشافعي المذهب (ت ٥٠٥هـ).

ألف الغزالي هذا الكتاب بعد أن كان قد ألف كتباً كثيرة في أصول الفقه وفروعه، وهو من آخر ما ألفه في علم أصول الفقه، وألفه بعد انتهاء كتاب "إحياء علوم الدين" وبذلك كان تأليفه للمستصفى بعد نضوجه العلمي، وبذلك يشمل خلاصة علمه في المسائل الأصولية، وما وجد مخالفاً في كتبه الأخرى يعد مرجوعاً عنه ولذا كانت تسميته له بالمستصفى.

ويتميز بالترتيب فكتب الأصول قبل الغزالي تتميز باضطرابها في السير على ترتيب منطقي معين، فسار على نظام ترتيبي جديد واضح يصنعه هو بحسب نظر بصيرته الوقادة، وحاول أن يميز في هذا الكتاب بين المسائل الخارجة عن علم الأصول والمسائل الأصولية الداخلة فيه والمسائل الخارجة مثل النحو، اللغة، الفقه، وإن كان دخل في هذا الأمر مدخل علم المنطق فخلط بعلم الأصول.

اعتمد أسلوب التحقيق فهو ليس مقلداً بل يجري على طريقة النظّار والمحققين حتى أنه لا يسمي أصحاب المذاهب الفقهية إلا نادراً.

اعتمد في تأليفه للمستصفى على عدة كتب منها: الرسالة للشافعي، البرهان للجويني، التقريب والإرشاد للباقلاني، وكان المستصفى أحد الكتب الأربعة التي لخصها كل من الرازي في المحصول، والآمدي في الأحكام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد بنى ترتيبه للكتاب على أن مدار علم الأصول شيء واحد هو الأحكام الشرعية فمعرفة الحكم الشرعي وأحواله هو المطلب الأساسي لطالب علم أصول الفقه، وجعل الحكم الفقهي هو الثمرة المطلوبة من علم أصول الفقه.

وألفه على منوال الأصوليين القدماء وعلى طريقة المتكلمين، والكتاب أسلوبه سهل لا صعوبة فيه.

- المحصول في علم أصول الفقه:

للإمام أبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي الملقب بفخر الدين الرازي (٥٤٤هـ-٦٠٦هـ).

وكتاب المحصول أحد أهم الكتب في علم أصول الفقه، وتنبع أهميته في كونه يجمع خلاصة الكتب التي سبقته، فقد جمع أمهات كتب علم أصول الفقه، و هي: البر هان للجويني، والمستصفى للإمام الغزالي، العهد للقاضي عبد الجبار، المعتمد لأبي الحسن البصري.

ويقع كتاب المحصول في خمسة أجزاء، نهج فيه الرازي منهج المتكلمين الذي يهتم بتقرير القواعد دون الاهتمام بالفروع الفقهية، وبصورة عامة فكتاب المحصول كتاب شامل في علم أصول الفقه، ومرجع مهم في أصول الفقه وخاصة على طريقة المتكلمين، جمع فيه الفخر الرازي مسائل وقواعد علم الأصول وهذبها، ومهد للقواعد، وتناول ما تناولته الكتب الأربعة، وجمع الكتاب مزايا يندر توافرها في غير كتب الفخر، من جودة الترتيب وفصاحة العبارة وعمق التدقيق والاستقصاء في البحث، وقد وجد الكتاب عناية كبيرة، وحُقق ولخص أكثر من مرة.

وشرح أكثر من شرح منها: الكاشف عن المحصول لشمس الدين محمد بن محمد الأصبهاني.

ومن الاختصارات: المنتخب، والحاصل من المحصول والتحصيل، وتنقيح المحصول.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول:

للإمام محمد بن علي بن محمد بن عبد الله بن الحسن الشوكاني (١١٧٣هـ-١٢٥٠هـ).

تميز بحسن ترتيبه، وجمال أسلوبه وقوة عبارته، ويرجع ذلك إلى قدرة مؤلفه وسعة إدراكه كما أنه جاء متأخراً عن العلماء الذين دوّنوا هذا العلم في الزمن، فقد خلص إليه علم الأصول بعد أن اكتملت مسائله واتضحت قواعده واستوى على سوقه.

وكتاب إرشاد الفحول يجمع بين الطريقتين: طريقة المتكلمين وطريقة الحنفية، وهو كتاب موجز سهل العبارة، ودقيق في التعبير وفيه استدلالات قوية متينة.

والكتاب موسوعة علمية في مجاله، ويتميز بكثره إيراد آراء الآخرين ويتوسع في كل المسائل ويذكر كل قول معزو إلى أصحابه ويذكر الأدلة على المذاهب بعبارة جزلة قوية وأسلوب رصين متين.

ولقد ابتدأ الكتاب بتعريف أصول الفقه وموضوعه وفائدته واستمداده، وأنهى كتابه عن الحديث عن مقاصد هذا الكتاب، وقد تعرض في كتابه لجميع مسائل أصول الفقه، وعرّف المصطلحات، ووضّح وبيّن المعاني، وذكر الأحكام، وأورد الآراء وذكر أدلتها، ورغم أن عبارة المؤلف دقيقة وقوية قد يصعب فهم بعض المسائل نسبة لصعوبة علم الأصول نفسه، إلا أن الكتاب يُعد من أسهل الكتب وأيسرها وأحسنها ترتيباً، ويشبه في تقسيمه وترتيبه الكتب الحديثة في علم الأصول.

الفروق – قواعد كلية -

للإمام العلامة: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن المالكي المشهور بالقرافي. (ت ٦٨٤هـ).

كتاب الفروق من أجلَ الكتب في فن القواعد الكلية، فهو بخلاف من كتب الفروق بين الفروع، لإنه كتب الفروق بين القواعد وتلخيصها لذلك فقد كان له من الشرف على تلك الكتب شرف الأصول على الفروع، لذلك فقد نال شهرة عظيمة وقيمة كبيرة لما فيه من علوم جمّة وأصول وقواعد جامعة لفروع الفقه بصورة عامة ولفروع الفقه المالكي بصورة خاصة.

وضع القرافي في كتابه "الذخيرة" بعض القواعد الفقهية مفرقة في أبواب الفقه كل قاعدة في بابها ثم أراد القرافي جمع تلك القواعد في كتاب مستقل لهذه القواعد فوضع كتاب "الفروق" وقد جمع فيه (٥٤٨ قاعدة)، وقد أوضح فيها كل قاعدة وشرحها وذكر ما يناسبها من الفروع، يضع المسائل، الأمثلة، الفوائد، ويذكر الأدلة من الكتاب والسنة عند الضرورة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ل

كما أن القرافي لم يكتفِ بجمع القواعد الفقهية الكلية، وحسب بل جمعها وشرحها، وبينها وكشف عن أسرارها وحكمها، وزاد قواعد كثيرة ليست في الذخيرة.

وقد انتج القرافي منهج الفروق في ذكر وشرح القواعد الفقهية الكلية، فجعل مبادئ المباحث في القواعد بذكر الفروق والسؤال عنهما بين فرعين أو قاعدتين، فإن وقع:

أ- فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين يبينه بذكر القاعدة، أو القاعدتين، مما يحصل بهما الفرق وهما المقصودتان وذكر الفرق وسيلة لتحصيلهما.

ب- وإن وقع السؤال عن الفرق بين القاعدتين فالمقصود تحقيقهما ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما لأن ضم القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر ويضادها في الباطن.

لأن الضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء.

- العرف والعادة في رأي الفقهاء / عرض نظرية في التشريع الإسلامي:

للأستاذ الدكتور: أحمد فهمي أبو سُنة.

أستاذ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، حصل بهذه الرسالة على شهادة العالمية، من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر، نوقشت في ٢٠ يناير ١٩٤١م.

يقع هذا الكتاب في ٢٧٣ صفحة، بما فيها صفحات الفهارس والمراجع، قسّم الرسالة إلى مقالات والمقالات إلى فصول، ثم إلى مقامات وفروع، تحدث بعد ذكر المقدمات عن معنى اعتبار العرف ودليله، شروط اعتبار العرف، مدى احترام الشريعة للعرف.

ثم تحدث عن تبدل الأحكام بالعرف والعادة، ثم العرف والعادة في الفتيا والقضاء، تعارض العرف واللغة، وأهم الأحكام المبنية على العرف والعادة.

وأخيراً الخاتمة تكلم فيها عن أثر العرف في التشريع الإسلامي، وهل يمكن عده من أسباب الخلاف بين الأئمة، ثم قائمة المراجع.

يناقش وينقد ويرجح ويختار ما يراه مناسباً من الآراء والأقوال والتعريفات، ويذكر سبب اختياره.

استخدم المنهج الاستقرائي في اعتبار العرف والدليل عليه، وذلك بحكاية نصوص الأصوليين والفقهاء التي اشتملت على أحكام استند فيها إلى العرف كدليل على مشروعيتها، وصرح في بعضها بأنه دليل.

فهو بحق يُعد موسوعة في العرف في التشريع الإسلامي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمـــــة

الحمد لله على كل حال والحمد لله الذي لا يحمد على مكروه سواه، الحمد لله الذي هدانا إلى الإسلام وأكرم بها من نعمة.

الحمدُ لله الذي خلقنا في أحسن تقويم، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، النبي العربي الأمين، الذي بلغ الرسالة وأدى الأمانة وترك الناس على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك.

وبعد،

فإن الله جل جلاله بعث محمداً – صلى الله عليه وسلم – بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون.

فقد بُعث الرسول – صلى الله عليه وسلم – في مكة المكرمة في الجزيرة العربية، والعرب في جاهلية جهلاء، قبائل متفرقة، يغزو بعضها بعضاً لأتفه الأسباب، وكانت تسود بينهم كثير من العادات السيئة كالظلم وشرب الخمر والميسر ووأد البنات وأكل مال اليتيم والربا وغيرها من العادات السيئة، ولكن هذا المجتمع كان لا يخلو من بعض العادات والأعراف الحسنة كالشجاعة وإكرام الضيف وإغاثة الملهوف وحماية الجار، وفي مجال المعاملات كالسلم والاستصناع.

وعندما جاء الإسلام فقد حارب العادات السيئة وحرمها وأقرّ ما هو حسن ومنسجم مع الإسلام والشريعة.

وفي حديث عروة بن الجعد البارقي، حيث أعطاه النبي – صلى الله عليه وسلم – ديناراً يشتري له به شاة فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة الأخرى، فدعا له بالبركة في بيعه، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع[١].

والدارس لأحكام الشريعة الإسلامية يجد أن مصادر التشريع في الإسلام مصادر أساسية هي القرآن الكريم والسنة النبوية، حيث لا اجتهاد في موضع النص، قال تعالى (وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ) [سورة الحشر، آية ٧].

ومصادر تبعية كالإجماع والقياس والعرف، والعرف الذي هو موضع دراستي حيث أقرَّ الإسلام هذا المصدر منذ ظهوره عندما أقر الإسلام الأعراف الحسنة التي كانت عند العرب قبل

(١) سنن أبي داود، ج٢، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٢، ص ٤١٢، ٤١٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإسلام، والأعراف الحسنة عند الأمم الأخرى بعد الفتح الإسلامي وانتشار الإسلام في بقاع العالم وعلى مرّ العصور.

وتأتي أهمية هذا الموضوع في الحديث عن وظائف العرف وتطبيقاته من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

وقد قسمت دراستي إلى فصلين ومقدمة وخاتمة.

والله أسأل جلت قدرته أن ينفعنا جميعاً بهذا الجهد البسيط والسهر المتواصل.

الطالبة سوسن "محمد علي" العيسى

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلة الدراسة:

تأتي هذه الدراسة لتساهم مساهمة متواضعة في ضبط وتحرير وظائف العرف، فالموضوع يبحث في العرف وشروطه وأقسامه، ومن ثم بيان وظائفه.

تناولت هذه الدراسة موضوع العرف: وظائفه، وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، حيث جاءت بما يلي :

١- بيان معنى العرف لغة واصطلاحاً.
٢- بيان شروط العرف المعتبر شرعاً، وأقسامه مع ذكر أمثلة.
٣- تأصيل موضوع العرف أصولياً، من خلال بيان وظائفه ودوره في تفسير النصوص، كتخصيص العام، وتقييد المطلق، والتصريح والكناية.
٤- بيان دور العرف وأهميته في الحياة العامة مع ذكر أمثله تطبيقية.

أدبيات الدراسة:

بعد عملية جمع المعلومات وبعد عملية تفتيش واستقراء لأمهات الكتب والمؤلفات الحديثة في موضوع الدراسة الموسوم بـ (العرف: وظائفه، وتطبيقاته في الفقه الإسلامي)، لم أجد كتاباً تناول هذا الموضوع بهذا التحديد والشمول والاستقلال.

فعلى الرغم من كثرة المؤلفات القديمة والحديثة التي تناولت العرف، إلا أن ما يخص موضوع الدراسة لم يبحث بشكل مستقل، سوى بحث للدكتور أحمد قرالة بعنوان وظائف العرف.

وذلك أن الأصوليين لم يفردوا العرف بالبحث، كما أفردوا المباحث الأصولية والأدلة الشرعية الأخرى، وإنما كان بعض الجزئيات متناثرة ومبعثرة ومنشورة في ثنايا الأبواب والفصول، فالموضوع لا يزال بحاجة إلى بحث ومزيدٍ من الدراسات لتحقيقه وتحريره وضبطه.

الدراسات السابقة:

تحدثت كثير من الكتب القديمة عن العرف وأهميته وخاصة في المعاملات المالية والأحوال الشخصية.

فكتب الأصول تحدثت عن العرف كمصدر من مصادر التشريع، والحديث عنه في باب الحديث عن مخصصات العام ومقيدات المطلق، والحقيقة والمجاز.

فيتضح من هذا أن مباحث العرف منشورة ومبعثرة في الكتب الأصولية والفقهية، وكتب قواعد الفقه وهو ما يورث عناءً في جمعها وتمحيصها وصياغتها في موضوع واحد متكامل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الدراسات والكتب الحديثة المعاصرة، التي تناولت هذا الموضوع بالبحث والدراسة، فمن أهمها:

رسالة الدكتور أحمد فهمي أبو سنة: " العرف والعادة في رأي الفقهاء ".

ورسالة الدكتور السيد صالح عوض: " أثر العرف في التشريع الإسلامي " .

و " نظرية العرف " للدكتور عبد العزيز الخياط.

و " العرف وأثره في التشريع الإسلامي " لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة.

وكتب أصول الفقه مثل كتاب الأستاذ عبد الوهاب خلاف وغيرها.

ومن الدراسات التي أعانتني كثيراً على رسم وتحديد معالم البحث لدى كتاب "المدخل الفقهي العام" للشيخ مصطفى الزرقاء ورسالة نشر العرف والعادة المنشورة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين، وبعض البحوث المتعلقة بالموضوع مثل:

١- وظائف العرف في التشريع الإسلامي للأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة.

٢- القواعد الأصولية الحاكمة لأعمال العرف في التشريع الإسلامي للدكتور محمود صالح جابر.

٣- تخصيص العام بالعرف عند الأصوليين، أيضاً للدكتور محمود جابر.

٤- تخصيص عام النص الشرعي بالعرف، للدكتور محمد غرايبة.

فجاءت هذه الدراسة لتستكمل جوانب هامة في العرف لم تنل القدر الكافي من البحث والتحقيق والتأهيل لعلها تساهم في سد هذه الثغرات التي تدور حول إغفال أو نقص العناية الكافية بالجانب الأصولي للعرف.

منهجية الدراسة:

- المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع الجزئيات المتعلقة بالموضوع، من خلال استقراء كتب الفقه، والكتب التي تحدثت عن العرف.
- المنهج التحليلي والاستنباطي: وذلك من خلال جمع مادة البحث وتحليل وتعليل لها.
- توثيق النصوص الفقهية بالرجوع إلى مصادرها.
- عزو الآيات إلى سورها.
- عمل فهارس للمصادر والمراجع، وفهرس المحتويات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول
العرف مفهومه وأقسامه وشروطه

المبحث الأول: العرف لغة واصطلاحاً والعلاقة بين العرف والعادة

المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مفهوم العادة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: العلاقة بين العرف والعادة.

المطلب الرابع: تاريخ العرف ونشأته

المبحث الثاني: حجية العرف

المبحث الثالث: أقسام العرف

المطلب الأول: بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها وبحسب الأعمال

المطلب الثاني: من جهة عمومه وخصوصه

المطلب الثالث: من جهة صحته وفساده

المطلب الرابع: من جهة ثبوته وتغيره

المطلب الخامس: العرف الشرعي وعرف الاستعمال

المبحث الرابع: شروط اعتبار العرف

المبحث الخامس: مدى استقلالية العرف في الدلالة على الأحكام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول
العرف لغةً واصطلاحاً والعلاقة بين العرف والعادة

المطلب الأول: مفهوم العرف لغة واصطلاحاً:

العرف لغة:

عرف: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينه[١].

ومن الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض.

العرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه[٢]. وقد يرد العرف بمعنى الطول والارتفاع.

ويقال: جاءت القطا عرفا عرفا، أي بعضها خلف بعض. وفي معنى قوله تعالى: "وَٱلۡمُرۡسَلَٰتِ عُرۡفٗا" أي الرياح يتبع بعضها بعضاً[٣].

ومن الثاني: السكون والطمأنينة.

المعرفة والعرفان، نقول عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة.

وهذا أمر معروف، يدل على سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه.

---

(١) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص٢٨١، بتحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط١: ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص ٢٨١، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي، لسان العرب، ج٩، ص٢٣٩؛ دار صادر، بيروت.

(٣) ابن جرير الطبري، جامع البيان، ج١٢، ص ٣٧٧، ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٤، ص ٥٩٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعرف والعارفة والمعروف واحد: ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه[١].

وقريب من هذا المعنى ما ذكره المفسرون في تفسير قوله تعالى: "وأمر بالعرف" حيث قالوا: وأمر بالعرف أي بالمعروف. والعرف والمعروف والعارفة: كل خصله حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس[٢]. ونرى أنه متوافق مع المعنى اللغوي للعرف.

ومنه (من المعنى الثاني):

العَرْف: الرائحة الطيبة، لأن النفس تسكن إليها يقال: ما أطيب عَرَفه؟

وقوله تعالى: " وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ " [محمد/٦] أي طيبها[٣].

العرف اصطلاحاً:

عرفه النسفي في المستصفى كما ورد في رسائل ابن عابدين[٤].

العرف والعادة: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

والجرجاني في التعريفات[٥]، قال: العرف : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول. وهو حجة أيضاً لكنه أسرع إلى الفهم .

وقد أشار ابن نجم الحنفي إلى هذا التعريف وهو تعريف السراج الهندي في شرح المغني[٦].

---

(١) ابن فارس، ج٤، ص ٢٨٠، وابن منظور، ج٩، ص ٢٣٩، الفيروز أبادي، ج٣، ص ١٧٩.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج٤، ص ٣٠١، الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج٢، ص٤٠٦.

(٣) ابن فارس، ج٤، ص ٢٨١، ابن منظور، ج٩، ص ٢٤٠.

(٤) محمد أمين ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نقلاً عن أبي حافظ النسفي في كتابه المستصفى وهو مخطوط، ج٢، ص١١٢. وزين الدين قاسم بن قطلوبا الحنفي، ت٨٧٩هـ، خلاصة الأفكار وشرح مختصر المنار ص ١٨٩، وذكره بلفظ العرف فقط، وقد ذكر هذا التعريف للنسفي، د. أبو سنه في كتابه العرف والعادة، ود. السيد صالح عوض في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي، هذا وقد نسبه بعض العلماء والمؤلفين إلى الغزالي في كتابه المستصفى حيث لم أجده.

(٥) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، معجم فلسفي منطقي صوفي فقهي لغوي نحوي، ص ١٧١، تحقيق الدكتور عبد المنعم الحنفي، دار الرشاد.

(٦) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، ص ٩٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عرفه ابن عطية في تفسيره المحرر الوجيز[١].

العرف: هو كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة. وعند ابن ظفر في شرح الكوكب المنير[٢]. العرف ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه.

أما تعريفه عند المعاصرين والكتب الحديثة، فقد عرف بتعريفات عدة نذكر منها:

تعريف الدكتور مصطفى الزرقاء:

العرف: عادة جمهور قوم في قول أو فعل[٣].

وكما عرفه الدكتور وهبة الزحيلي:

العرف: ما أعتاد الناس وساروا عليه من كل فعل شارع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية[٤].

أما الاستاذ ابو زهرة فقال العرف: ما (اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم)[٥].

والسيد صالح عوض قال: العرف ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه وذكر أنه قصد بهذا التعريف جمع الشروط المعتبرة في العرف[٦].

وعليه فالعرف هو ما استقر في النفوس وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، وأقرته الشريعة.

شرح مفردات التعريف:

- **ما : تفيد العموم لتشمل القول والفعل.**
- **تتابع الشيء يؤدي إلى الرسوخ في النفس والاطمئنان إليه وتتلقاه بالقبول لم يكن عرفاً.**
- **أقرته الشريعة: حتى تدخل الأعراف الصحيحة، ونمنع الأعراف الفاسدة.**

---

(١) عبد الحق بن غالب بن عطيه، المحرر الوجيز، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م، ج٢، ص ٤٩١.

(٢) شيخ الإسلام ابن النجار الفتوحي، شرح الكوكب المنير تحقيق محمد الزحيلي، ط١، مطابع جامع أم القرى ١٤١٣هـ. ج٤، ص ٤٤٨، ٤٤٩.

(٣) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٤٠، دار الفكر.

(٤) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص٨٢٨، دار الفكر.

(٥) محمد أبو زهرة، اصول الفقه، ص ٢٧٣، دار الفكر العربي.

(٦) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي ص ٥١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وذلك حتى يكون العرف المقبول شرعاً عرفاً صحيحاً، فالأعراف الفاسدة لا تقرها الشريعة ولا تقبلها وإن تعامل بها الناس وقبلتها النفوس، فالعرف المعتبر ما تلقته النفوس بالقبول مع إقرار الشارع له. فقد أقرت الشريعة الأعراف الصحيحة، ومنعت الأعراف الفاسدة، وهذبت الأعراف التي تحتاج إلى تهذيب بما يتناسب معها.

العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي:

ويتبين لنا أن العرف بالمعنى اللغوي: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض والسكون والطمأنينة ، كما ذكر سابقاً أن هذين المعنيين واردان في العرف بالمعنى الاصطلاحي: إذ أن تتابع الشيء يؤدي إلى الرسوخ في النفس واطمئنانها إليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: مفهوم العادة لغةً واصطلاحاً:

العادة لغة:

العين والواو والدال أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب[١].

والعادة: الديدن، والديدن: الدأب والاستمرار على الشيء[٢].

العادة اصطلاحاً:

عرفها صاحب التقرير والتحبير العادة: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[٣].

وعند ابن عابدين في مجموعة رسائله: العادة: مأخوذه من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية[٤].

وفي درر الحكام: العادة: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة، على أن لفظة العادة يفهم منها تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين ولم يعتد ه الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم، والعرف بمعنى العادة أيضاً[٥].

عند ابن فرحون والقرافي : العادة: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها[٦].
العادة: هي ما استمر الناس عليه عند حكم القول وعادوا عليه مرة بعد أخرى[٧].

---

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص ١٨١.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج١، ص٣٢٦.

(٣) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير، ط١، ١٣١٦هـ، بولاق، ج١، ص٢٨٢.
التكرار الناشئ عن علاقة عقلية: هي التي يحكم فيها العقل بالتكرار، ولم يكن من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلي. وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته. فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي. الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص٨٣٨.

(٤) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج٢، ص١١٢، من رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف.

(٥) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٤.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص ٦٣، القرافي، تنقيح الفصول ، ص ٢٠٠.

(٧) الجرجاني، التعريفات، ص ١٩٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأرجح تعريف ابن عابدين القائل بأن: العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفس والعقول متلقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية.

المطلب الثالث: العلاقة بين العرف والعادة.

من خلال تتبع أقوال الفقهاء والأصوليين عند الحديث عن العرف والعادة والفرق بينهما نجد ثلاثة أقوال:

١. العرف والعادة بمعنى واحد: وهذا ما ذهب إليه الذسفي، وابن عابدين في مجموعة رسائله وعلى حيدر، وابن نجيم، والقرافي، واختاره السيد صالح عوض في كتابه أثر العرف[١].

٢. قصر العادة على العرف العملي، أي أنها مخصوصة بالفعل والعرف مخصوص بالقول.

وهذا ما ذهب إليه ابن أمير الحاج وأمير بادشاه، وابن الهمام، وعلاء الدين البخاري في كشف الأسرار واختاره الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة في كتاب العرف والعادة[٢].

٣. بين العرف والعادة عموم وخصوص، فالعادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الجماعية، وهي العرف والعادات الفردية وليست من قبيل العرف.

وأميل إلى أن : العرف والعادة بمعنى واحد فهما يستعملان بنفس المعنى.

وهذا ما وجدته من خلال استقراء كتب الفقه حيث ورد لفظ العرف والعادة، العادة والعرف في كثير منها، في باب الإجارة، العارية، الإيمان، الطلاق وغيرها من أبواب الفقه على سبيل المثال.

---

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائله، ج٢، ص١١٢، علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٤، السيد صالح عوض، أثر العرف، ص٦١.

(٢) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١، ص ٢٨٢، وأمير بادشاه تيسير التحرير، ج١، ص ٣١٧؛ علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج٢، ص٩٦-٩٨، أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع: تاريخ العرف ونشأته:

أولاً : للأعراف والعادات المتبعة قديماً أثر كبير في شرح وتوضيح وتفسير النظم الفقهية فما كان المشرع قديماً يستغني عن مراعاة واعتبارات الأعراف والعادات.

فأساس القوانين القديمة عادات جرت في مدنها فمثلاً أساس القانون الروماني عادات جرت في مدينة روما، وكذلك أساس القانون الإنجليزي عادات السكسون والنورمان الذين فتحوا بلاد الإنجليز.

واستمرت هذه العادات متعارفة بينهم وخضع معظمهم لها في شؤون حياتهم وكانت المحاكم تقر قواعد العرف وتطبقه تطبيقاً كاملاً.

كما أن القانون الفرنسي القديم (عُرف) ينظم الروابط الاجتماعية، كما وأن القانون الروماني بعد الفتو حات الرومانية امتزج امتزاجاً كلياً بهذه العادات ثم ظهر قانون الكنيسة.

وبقيت القوا عد العرفية تنمو وتطرد مع الزمن حتى انقسمت فرنسا إلى قسمين شمالي ويطبق العرف تطبيقاً تاماً وجنوبي ويطبق القانون الروماني.

وفي العصر الحديث جمعت القواعد العرفية وقام إلى جانبها التشريع أي أن القواعد القانونية كانت تأخذ من العرف أو التشريع حتى سيطر التشريع بعد ذلك.

ثانياً : في الشريعة الإسلامية، فقد جعلته من أصولها العامة.

كما جعلته ذات محل اعتبار في بناء الأحكام والفتوى عليه وأصبح مصدراً من مصادرها واعتمدت عليه في بعض المعاملات الصحيحة التي كانت سائدة قبل الإسلام في الجاهلية كالقراض والسلم ولكن هذه العقود قيدت بشروط خاصة.

والعرف ما اعتاده الناس من معاملات بينهم واستقامت عليه أمورهم و هذا يعد أصلاً من أصول الفقه.

وقد أخذ من قول نبينا محمد – صلى الله عليه وسلم – " ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله أمر حسن "، وهذا يعني أن الأمر الذي يجري عرف المسلمين عليه باعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله أمراً حسناً وإنه مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً يكون فيه حرج وضيق، قال تعالى : (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [سورة الحج، آية ٧٨]، ولذلك قال العلماء في المذهب الحنفي والمالكي " إن الثابت في العرف الصحيح غير الفاسد ثابت بأدلة شرعية " .

ونستخلص من ذلك أن الثابت بالعرف في الشريعة الإسلامية ثابت بدليل شرعي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويقول شارح كتاب الأشباه والنظائر " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي " .

كما أن العلماء الذين يقررون أن العرف أصل من أصول الاستنباط يقرون أنه دليل عندما لا يجدوا نصاً من كتابٍ أو سنةٍ.

كما أن العرف المأخوذ به يجب أن يكون غير مخالفٍ للكتاب والسنة كتعارف الناس في بعض الأوقات على تناول بعض المحرمات كأكل الربا والخمر فهذا العرف مردود عليهم ولا يعتد به بأي حال من الأحوال لأن اتباعه اتباع لهوى النفس، وإبطال الشرائع واتباع شهوات محرمة وضارة لهم وللمجتمع.

لأن الشرائع ما جاءت لوضع المفاسد وإنما جاءت لدرئِها والبعد عنها وعن ما يضر البشر والأخذ بما يكون فيه صلاحهم في الدنيا والآخرة [١].

[١] سمير عالية، العرف في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، ص ...، بتصرف.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني
حجيـــة العـــــرف

بالرغم من انتشار القوانين والتشريعات في العصر الحالي، فإن العرف يعتبر مصدراً رسمياً لهذه القوانين والتشريعات في معظم دول العالم لأن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً وذلك لحكم طبيعة الأشياء بحيث لا يستطيع الشرع الإحاطة بكل شيء لذلك يعتبر العرف مصدراً احتياطياً يكمل ما في هذه القوانين والتشريعات من نقص بسبب التطور الذي لا يقف عند حد معين و هذا التطور يؤدي إلى خلق صور مختلفة من العلاقات والتطورات، كما أن هناك بعض المسائل تقتضي طبيعتها بأن يكون لها حلول مختلفة وقابلة للتغيير لذلك يكون من المستحسن أن لا يوضع لها نص تشريعي يجمدها ويمنع تطورها.

يرجع العرف إلى القواعد الشرعية العامة التي لا تخالف نصاً شرعياً من الكتاب والسنة والتي تستدعي التيسير على الناس ودفع المشقة، وقد راعى الشارع أعراف الناس وأقرهم على الكثير منها: كالسلم والإجارة، ومراعاة الكفاءة في الزواج، والدية على العاقلة، والقصاص والطلاق وغيرها، ووضع لها ضوابطها التي تمنع الظلم وتكفل العدل.

فمعظم الدول وخصوصاً العربية تنص في موادها إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه على الواقعة يستطيع القاضي أن يحكم بمقتضى العرف، وبعض النصوص أقرت أن على القاضي أن يحكم بمقتضى النص التشريعي فإذا لم يوجد نص تشريعي فبمقتضى الشريعة الإسلامية وإذا لم تجد فبمقتضى العرف.

وألغى الشارع بعض الأعراف التي تتعارض مع أهداف وغايات الشريعة في بناء مجتمع العدل والرحمة والمساواة وكرامة الإنسان، فحرم وأد البنات، وحرمانهن من الميراث وحرّم عادة التبني والجمع بين الأختين في الزواج وأنواع النكاح الفاسد، وحرم العصبية الجاهلية، والتناصر على الأساس القبلي الذي يكون على نحو مذموم وغيرها[١].

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في موادها على حجية العرف مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٧: " استعمال الناس حجة يعمل بها" و "العادة محكمة".

---

(١) بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، ص ٢٢٩، فاضل عبد الواحد عبد الرحمن، أصول الفقه، ط١، دار المسيرة، عمان، ١٩٩٦، ص ١٧٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا، وأن كثيراً من الأعراف العملية ترجع في حجيتها إلى الأدلة الأخرى، مثل المصالح المرسلة والإجماع العملي وعمل أهل المدينة[١].

الأدلة على اعتبار العرف من الكتاب والسنة كثير تذكر منها:

الاستدلال من الكتاب الكريم:

قوله تعالى: " خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ " الأعراف/ ١٩٩.

وجه الدلالة:

فقد أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالعرف، وما تعارفه الناس، أو يكون من عادتهم، ويتعاملون به في معاملاتهم، فكان هذا الأمر من الله دليلاً على اعتباره في الشرع، والإلما كان للأمر فائدة[٢].

وقد استدل القرافي بهذه الآية الكريمة على وجوب القضاء بموجب العرف تحقيقا لصيغة الأمر[٣].

قوله تعالى: " لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا " [الطلاق، ٧].

وجه الدلالة:

فقد فرض الشارع وجوب النفقة والكسوة وترك تقدير ذلك لحاجة الرجل في عسره ويساره، فإذا طلبت المرأة من النفقة أكثر من المتعارف عليه لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج من مقدار النفقة المعتادة لمثلها في العرف والعادة لا يجوز له ذلك وأجبر على نفقة مثلها[٤].

قوله تعالى: " وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ " [البقرة، ٢٣٣].

وجه الدلالة:

قال ابن العربي في تفسيرها يعني على قدر حال الأب من السعة والضيق كما في سورة الطلاق الآية السابقة، وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل، ولولا أنه معروف ما أدخله الله

---

(١) أحمد فهمي أبو سنه، العرف والعادة، ص ٤٢، وما بعدها.

(٢) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٩، مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام، جأ، ص ١٤٦، السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع، ص١٦٦.

(٣) القرافي، الفروق، طبعة عالم الكتب، بيروت، ج٣، ص ١٤٩.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في المعروف[١]. فبين الله عز وجل حق المولود في الرزق والكسوة، ولم يقدر بقدر معين بل اسند ذلك إلى العرف[٢].

الاستدلال من السنة:

١. قوله صلى الله عليه وسلم: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" [٣].

إن ما استحسنه المسلمون، وتعودوا عليه، وتلقته عقولهم بالقبول وارتضته طباعهم يكون حسناً عند الله، وما كان حسناً عند الله وجب اتباعه.

واستدل بهذا الحديث الشريف: ابن نجيم الحنفي[٤]. والسيوطي[٥]. والكاساني[٦]، والسرخسي[٧].

٢. ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لهند أمرأة أبي سفيان لما شكت إليه شح زوجها وإمساكه: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" " خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"

عن عائشة رضي الله عنها قالت: " قالت هند أم معاوية لرسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنّ أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله سراً؟ قال: خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف " [٨].

قال ابن المنير وغيره: مقصودة بهذه الترجمة (ترجمة الباب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع...). إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضي به على ظواهر

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢، ص ٣٠٢.
(٢) الطبري، جامع آي القرآن، ج٢، ص ٥٩٣.
(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج١، ص٣٧٩، حديث رقم ٣٦٠٠ وأخرجه الحاكم في المستدرك ٣١، كتاب معرفة الصحابة، رقم الحديث ٦٣/٤٤٦٥، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي في التلخيص.
(٤) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ط١، ج١، ص٩٣.
(٥) جلال الدين السيوطي، الاشباه والنظائر، ص ٦٣.
(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ط٢، دار المعرفة، ج٥، ص ٢٢٣.
(٧) السرخسي، المبسوط، ط٣، دار المعرفة، بيروت، ج١٢، ص ٤٥.
(٨) أخرجه البخاري في صحيحه، ٣٤ كتاب البيوع، ٩٥ باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، حديث رقم ٢٢١١، ص ٤١٩؛ صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وايامه، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم البخاري ت ٢٥٦هـ، راجع متن الأحاديث على أصح النسخ وقام بترقيمه على فتح الباري والمعجم المفهرس للألفاظ الحديث كتباً وأبواباً، وإثبات أطراف الأحاديث طرداً وردا صدقي جميل العطار، دار الفكر، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م. بيروت، لبنان.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الألفاظ[١]. وذكر القاضي الحسين من الشافعية أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه[٢]. فإحالتها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي[٣]. المراد منها قوله " خذي من ماله ما يكفيك بالمعروف" وقال ابن حجر في شرحه لهذا الحديث واستدل به على أن للمرأة مدخلاً في القيام على أولادها وكفالتهم والإنفاق عليهم وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع. وقال القرطبي فيه اعتبار العرف في الشرعيات.

٣. ومن أدلته في السنة حديث عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه [٤].

فقد ذكر ذلك ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين حيث قال: وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع منها نقد البلد في المعاملات، ... وبعد ذكره لأمثلة كثيرة قال: و هذا أكثر من أن يحصر، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبي - صلى الله عليه وسلم – ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع [٥].

الإجماع:

استدل الشاطبي بإجماع العلماء أن الشريعة جاءت لتراعي مصالح الناس، وإن كان كذلك فوجب اعتبار عوائدهم لإن في عوائدهم ما يحقق مصلحة [٦] .

ومن المعقول:

قال ابن الهمام: والعرف إنما صار حجة بالنص وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس [٧].

المبحث الثالث
أقســـــام العـــــرف

---

(١) فتح الباري، شرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت: ٧٧٣-٨٥٢هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٤، ط٣، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، دار السلام- الرياض، دار الفيحاء، دمشق، ص ٥١٣.

(٢) المرجع السابق،

(٣) المرجع السابق، ص ٥١٤.

(٤) سنن أبو داوود، ج٢.

(٥) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٢، ص٤١٢، ٤١٣.

(٦) الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٢١٢.

(٧) فتح القدير، ج٦، ص٢٨١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ينقسم العرف إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة:

المطلب الأول: بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعاني وبحسب الأعمال (من حيث طبيعته):

ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها في بعض المعاني وبحسب الأعمال ومن حيث طبيعته إلى قسمين:

١. عرف قولي (لفظي)

٢. عرف عملي

العرف القولي: أن يتعارف قوم، إطلاق لفظ على معنى، غير المعنى الموضوع له أصلاً، بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى[١]. مثل تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أن اللغة تشمل الذكر والأنثى.

قال تعالى: " يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ " [النساء، ١١]، وعدم إطلاق اللحم على السمك مع أن اللغة نصت على السمك، قال تعالى: " وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلۡبَحۡرَ لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا " [النحل، ١٤].

فإذا أطلقت مثل هذه الألفاظ، فإنها تفسر بما تعورف عليه لا بأصل وضعها في اللغة.

العرف العملي: هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية[٢].

---

(١) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١، ص٢٨٢.

(٢) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٤٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مثل استصناع الأواني والخفاف ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجره، وجعل العيد الأسبوعي للمسلمين يوم الجمعة[١] . ومثاله أيضاً اعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر وتعارفهم أكل القمح والأرز ولحم الضأن أو البقر[٢]. والأعراف والعادات التي تجري بين الناس في معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ الدالة على الإذن في الشيء أو المنع منه، أو يكون قرينه تسوغ الشاهد أن يشهد والقاضي أن يقضي وللمفتي أن يفتي وكل ذلك يقوم مقام اللفظ في التعبير عن المقصود[٣].

ومن الأعراف المعاصرة: اللباس وذلك عدم تفتيش حقيبة الدبلوماسي، وهو من يحمل جوازاً أحمر اللون.

---

(١) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٢.

(٢) وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ص ٩٧.

(٣) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص١٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: من جهة عمومه وخصوصه:

ينقسم العرف من جهة عمومه وخصوصه إلى عرف عام و عرف خاص. و هذا تقسيم ابن عابدين للعرف باعتبار من يصدر عنه، بالإضافة إلى هذين القسمين فقد جعله عام، خاص، وشرعي[١]. وفيما يلي الحديث عنهما:

١. العرف العام: هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديماً أو حديثاً[٢].

مثال: استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية، ومثل الاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان، وقد أصبح جارياً في جميع الحاجات، حتى استصناع المعامل والبواخر والأبنية.

ومثله في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية، فقد تعود تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، بنسبة تختلف مقداراً بين بلد وآخر، وقد تكون هذه النسبة ثابته بحيث أنه متى ذكر بين الطرفين مبلغ المؤجل عرف المؤجل، كما في بلادنا الشامية اليوم فإن العرف لدينا مطرد على أن المؤجل من المهر نصف المعجل ما لم يصرح في العقد بخلافه[٣].

٢. العرف الخاص: هو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعاً، بأن تعارفه أهل بلد أو حرفه أو دين[٤].

كتعارف أهل العراق لفظ الدابة على الفرس، وكتعارف أهل بلح وخوارزم جواز دفع الغزل إلى الحائك لينسجه بثلثه[٥].

و هذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد لأن مصالح الناس وسلبهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجددة أبداً.

وذلك كعرف التجار فيما بعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يُعد عيباً وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً إلى عدد معلوم من الأقساط،

---

(١) ابن عابدين، مجموعة رسائله (رسالة نشر العرف)، ج٢، ص١١٤.

(٢) المرجع السابق،

(٣) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١٢، ص ٨٤٨.

(٤) أبو سنة، العرف والعادة، ص ٢٤.

(٥) ابن عابدين، مجموعة رسائله (رسالة نشر العرف)، ج٢، ١١٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة[١].

ومنه الاصطلاحات الفقهية، واصطلاحات سائر العلوم والصناعات.

والعرف الشرعي من العرف الخاص ولكن سنتحدث عنه في المطلب الخامس من هذا المبحث.

وتقسيم العرف بهذا الاعتبار وارد في اللغة، حيث ينقسم العرف في اللغة إلى عام وخاص : وكل منهما ينقسم إلى عرف مطلق للاسم، وعرف مقيد له، مثل عرف الفقهاء إذا قالوا (الولد) في باب الفرائض عنو به الولد وولد الإبن وإذا قالوه في باب النكاح عنوا به كل من ولده وكذلك (المحلل) للفقهاء في باب النكاح وباب السبق[٢].

(١) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص ٨٤٩.

(٢) آل تيمية، المسودة، ص٢٢٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث: من جهة صحته وفساده.

ينقسم العرف من جهة صحته وفساده ومدى إقرار الشارع له و عدم إقراره[١]. إلى صحيح وفاسد.

١. العرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوت مصلحة ولا يجلب مفسده[٢].

وهو ما تعارفه الناس دون أن يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعاونهم تقديم عربون في عقد الاستصناع، وتعارفهم أن الزوجة، لا تنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر، وأن المهر قسمان: معجل ومؤجل[٣].

فقد راعى الشارع الإسلامي أعراف العرب وأقر الصحيح منها وهذب ما يحتاج إلى تهذيب، وأقر ها كالدية على العاقلة وأشترط الكفاءة في الزواج، والاستصناع وغير ها فالعرف الصحيح يراعيه المجتهد في اجتهاده والمفتي في قضائه فهو مقبول في التشريع والقضاء والاجتهاد ولأنه لا يخالف أحكام الشريعة ولا يصادم أصلاً من أصولها.

٢. العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس وكان مخالفاً للشرع[٤]. أو يجلب ضرراً أو يدفع مصلحة[٥].

فقد ألغى الشارع كثيراً من الأعراف الفاسدة التي كانت قبل الإسلام مثل الطواف بالبيت عراة، وزواج المقت، وأكل الربا، ومن الأعراف الفاسدة أيضاً اختلاط النساء بالرجال في الحفلات العامة، وتقديم المسكرات في الضيافة.

وعمل المآتم وإحياء يوم الأربعين من موت الميت. والعرف الفاسد غير معتبر شرعاً ويجب إلغاؤه وعدم العمل به فهو معارض لأدلة الشريعة وأحكامها ونصوصها. فلا يعمل به.

---

(١)وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ٩٨.

(٢) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٤٢.

(٣) وهبة الزحيلي، الوجيز، ص ٩٨.

(٤) محمد شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١٦.

(٥) عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، ص ٣٧، عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص ٨٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع: من جهة ثبوته وتغيره.

تنقسم العادة من جهة الثبوت والتغير إلى ثابته ومتبدلة، أصل هذا التقسيم للشاطبي في الموافقات [١].

العادة الثابتة: هي التي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، كوجود شهوة الطعام والشراب.

١. العادة المتبدلة: هي التي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، فمنها ما يكون متبدلة بسبب أمر طبيعي، كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة، حيث تختلف العادة في أسراع البلوغ ومدة الحيض وزمان معاودته ومدة الحضانة.

ومنها ما متبدل في الأقوال، كاختلاف الألفاظ في التعبير على المقصود وفهمه منها بحسب الأمم والأقاليم والطوائف كأهل العلوم والصناعات.

وفي الأفعال، كالعادة في البيع بالأجل، وبيع الوفا وقبض الصداق، والعادة في الصنائع، كبناء الدور على أشكال متجانسة أو متفاوتة، أو في الأوصاف حسناً وقبحاً، ككشف الرأس بالنسبة لذوي المروءات فإنه يقبح عند البعض ويحسن عند غيرهم[٢].

و هذا تقسيم العرف غير الشرعي حيث يقسم إلى ثابت ومتبدل، والأحكام المترتبة عليه تابعة لنوع العرف من حيث الثبات والتبدل، فالأحكام التي تبنى على العادات الثابتة ثابتة أبداً، والعادة المتبدلة الحكم المبني عليه يختلف بحسبه كتنزيل الأحكام على العادات القولية في الأيمان والعقود والفسوخ، وكشف الرأس يكون قادحاً في العدالة عند من يستقبحه غيرَ قادح عند من يستحسنهُ [٣] .

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٢٠٩.

(٢) أحمد أبو سنه، العرف والعادة، ص ٢٦-٢٨.

(٣) المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الخامس: العرف الشرعي وعرف الاستعمال (والفرق بينهما):

العرف الشرعي: هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريداً به معنى خاصاً[١]. مثل المنقولات الشرعية كالصلاة: نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة، والحج نقل من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة، وكالوقف نقل من مطلق الحبس إلى حبس العين، والتصدق بالمنفعة، والناقل في هذا القسم هو الشارع[٢].

و هو من أقسام العرف الخاص خص به الشرع وأصبح المعنى الشرعي المطلوب عند الشارع.

فالفقهاء عندما يستعملون هذه الألفاظ الصلاة والحج والوقف والطلاق والنكاح وغيرها فهم يقصدون المعنى الشرعي لها فهي حقيقة عرفية لهذه المعاني في عرف الشرع.

فالعرف الشرعي عرف خاص مخصوص بالشرع وأصبح حقيقة شرعية لأن الشارع نقل هذه الألفاظ من المعنى اللغوي الموضوع لها إلى المعنى الشرعي المراد مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوي.

عرف الاستعمال: هو اللفظ الذي استعملته طائفة من الناس للإشارة إلى معنى معين، فهو نقل بعض الألفاظ من معناها اللغوي الموضوعة له واستعمالها فيما يتعارفه الناس بينهم فتصبح هذه الألفاظ حقيقة عرفية أو عرفاً في الاستعمال عاماً أو خاصاً.

مثل لفظ الدابة فإنها في أصل وضعها اللغوي اسم لكل ما يدب على الأرض ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع كالفرس والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لا يراد غيرها عند الإطلاق

ومثاله أيضاً الألفاظ التي أصطلح عليها أهل العلوم والصناعات فإنه يفهم منها عند الإطلاق: هذه المعاني الاصطلاحية دون اللغوية لتلك الألفاظ لجريانها في استعمالهم وتخاطبهم، فيصبح اللفظ حقيقة في المعنى العرفي.

العرف الشرعي و عرف الاستعمال كلاهما عرف خاص ولكن الواضع مختلف، فالواضع للعرف الشرعي هو الشارع، والواضع لعرف الاستعمال هو الخاطب سواء كان عاماً أو خاصاً،

---

(١) السيد صالح عوض: أثر العرف في التشريع، ص١٤١ أبو سنة، العرف والعادة، ص٢٥.

(٢) أبو سنة، العرف والعادة، ص٢٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كالعلماء والنحاة، وغيرهم أو طائفة من الناس وجملة معينة من الناس، فالعرف الخاص يعتبر في حق أهله الذين تعارفوه.

وكلاهما نقل من المعنى اللغوي للفظ إلى المعنى المراد لديهم فالشارع نقل بعض الألفاظ من معناها اللغوي إلى المعنى الشرعي كالصلاة نقلت من الدعاء إلى العبادة المخصوصة، والحج في اللغة القصد ثم صار أسماً لعبادة مخصوصة، والصوم فإنه في اللغة مطلق الإمساك وفي الشرع خاص بنوع من الإمساك.

كما نقل أهل العرف العام أو الخاص بعض الألفاظ واستعملوها فيما تعارفوه بينهم، فأصبحت هذه الألفاظ حقيقة عرفية أو عرفاً في الاستعمال عاماً أو خاصاً، كلفظ الدابة نقلت من معناها اللغوي اسم لكل ما يدب على الأرض إلى ما تعارف عليه الناس كالحمار والفرس، فلا يتبادر عند سماعه غيره.

فالحقيقة اللغوية هي أصل هذه الحقائق فاللفظ وضع أولاً للمعنى اللغوي، ثم نقل عنه إلى المعنى الشرعي أو المعنى المتعارف بين الناس، فأصبحت حقيقة شرعية وحقيقة عرفية.

فإذا كان الناقل هو الشرع كان عرفاً شرعياً (حقيقة شرعية) وإذا كان الناقل أصل العرف العام أو الخاص كان عرفاً في الاستعمال (حقيقة عرفية).

تقسم العادة إلى :عادة شرعية، وغير شرعية.

هذا وقد ذكر د. أبو سنه تقسيم العادة إلى شرعية وغير شرعية[١].

الشرعية: هي التي كلف بها الشرع أمراً أو نهياً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً كستر العورة في الصلاة وإباحة بيع العرايا، والقصاص في القتل العمد والدية في الخطأ على العاقلة وسلب العبد أهلية الشهادة، وحكمها أنها ثابتة، لا تبديل فيها ما دامت السموات.

فلا يصح أن يقال: إن نظام الطلاق لا يلائم ما وصل إليه المجتمع من الرقي، وتأباه محاسن العادات وأن القصاص في القتل العدوان وحشية تتنافى الآن وطبيعة الإنسان وما هو عليه من التمدن، فيجب أن يُحرما.

العادة غير الشرعية: هي التي لم يتناولها الدليل الشرعي بالإثبات أو النفي، وتنقسم إلى ثابتة ومتبدلة.

وقد سبق الحديث عن هذه الأقسام في المطلب الرابع.

---

(١) أبو سنة، العرف والعادة، ص٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العادات غير الشرعية فالأحكام التي تبني عليها، وتترتب على وفقها ثباتاً واختلافاً فما كان منها ثابتاً: فالحكم المترتب عليها ثابت أبداً، و ما كان منها متبدلاً فالحكم المبتني عليه يختلف بحسبه، كتنزيل الأحكام على العادات القولية في الأيمان والعقود والفسوخ صراحة وكتابة، مثل كشف الرأس يكون قادحاً في العدالة عند من يستقبحه، غير قادح عند من يستحسنه[١].

(١) أبو سنة، العرف والعادة، ص٢٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الرابع
شروط اعتبار العرف

يشترط لاعتبار العرف والعمل به الشروط الآتية:

١. أن يكون مطرداً أو غالباً:

قال ابن نجيم: " إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت[١]. وقال السيوطي: إنما تعتبر العادة إذا أطردت، فإن اضطربت فلا"[٢]. فإذا استأجر خياطاً، كانت الإبرة والخيط على الخياط، عملاً بالعرف وفي استئجار الكاتب، القلم والحبر عليه" وعلق الدابه على المؤجِّر، حتى لو تركها المستأجر بدون طعام فهلكت جوعاً، لا ضمان عليه، ولو شرطا علف الدابة على المستأجر، فسدت الإجارة، بخلاف استئجار الظئر بطعامهما وكسوتها فإنه جائز للعرف[٣].

وأن يكون العرف مطرداً المراد به هنا: كون العمل بالعرف جارياً في جميع الحوادث، أو يكون العرف غالباً، ويراد بالغلبة: كون العمل بالعرف جارياً في معظم الحوادث، وليس بالضرورة أن يجري فيها جميعاً[٤]. وذكروا أمثله لذلك مثل: لو باع شيئاً بدراهم وأطلق، نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت العادة في البلد، وجب البيان وإلا يبطل البيع.

ومثل: غلبة المعاملةِ بجنس العروض أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد.

وذكر ابن نجيم أمثله لذلك، لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان، قالوا: لأن المعروف كالمشروط.

فإذا كان العرف غيرَ مطردٍ فلا يؤخذ به ولا يعتبر، فإذا جرت عادة أهل بلد على أن يتعامل بأمر ما في بعض الحوادث، ويترك التعامل به في البعض الآخر، فلا يعتبر ولا يصلح دليلاً.

---

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٤.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٦٥.

(٣) شرح المجلة، ص ٣٧.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٤، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. أن يكون العرف قائماً وسابقاً على حدوث ما يطبق فيه[١].

أي أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف، فلا عبرة بالعرف القديم الذي هجر وترك قبل الحادثة، وكذلك لا عبرة بالعرف الطارئ بعد الحادثة.

قال ابن نجيم: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ فلذا اعتبرا لعرف في المعاملات"[٢].

فالعرف الحادث بعد التصرف لا يعتبر، لو كان هناك عرف عند إنشاء التصرف ومعمول به، ثم حدث عرف آخر، فالعبرة بالعرف الذي كان وقت إنشاء التصرف.

وعلى هذا يجب تفسير حجج الأوقاف والوصايا والبيوع، ووثائق الزواج، وما يرد فيها من شروط واصطلاحات على عرف المتصرفين الذي كان موجوداً في زمانهم لا على عرف حادث بعدهم فلو وقف شخص غلة عقاره على العلماء أو على طلبة العلم، وكان العرف القائم وقت الوقوف يصرف معنى العلماء إلى من له خبرة في أمور الدين دون شرط آخر، وأن المقصود بطلبة العلم، طلبة العلم الديني، فإن غلة الوقف تصرف إلى هؤلاء العلماء دون اشتراط حصول الشهادة، إذا صار العرف الطارئ يستلزم الشهادة، كما يصرف إلى طلبة العلم الديني دون غيرهم وإن كان العرف الطارئ يعنيهم وغيرهم[٣].

فالعرف المعتبر هو العرف السابق المقارن لا العرف الحادث الطارئ.

يقول القرافي: "أما العادات الطارئة بعد النطق لا يقضي بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة، ونظيره إذا وقع العقد في البيع، فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة فيه في هذا البيع المتقدم، وكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات" [٤] .

---

(١) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١٧٨/٢.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٩٥.

(٣) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، ط٧، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص٢٥٧،

(٤) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص٢١١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٣. ألا يكون مخالفاً للشرع:

قال في المبسوط: كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[١]. فإن كان العرف مخالفاً للنص فلا عبرة به، كالتعامل بالربا، وإدارة الخمور في الولائم، وكشف العورات فتعارف الناس على محرم، لا يعتبر دليلاً على إباحته ولو شاع بين الناس، لأن الشريعة إذما وردت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تخضع هي لأعرافهم[٢].

وعلى هذا يكون العرف صحيحاً لا يخالف الشرع أما ما خالف الشرع فهو العرف الفاسد فلا يعتبر، فالصحيح هو المعتبر.

٤. ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه

ورد في قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام قوله: " كل ما يثبت في العرف إذ صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد: صح[٣]. ومنها إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري، واتفقا على أن تكون على البائع، أو كان العرف أن مصاريف تسجيل العقار في الطابو على المشتري، واتفق الطرفان على جعلها على البائع[٤]. فعند التصريح بخلافه فالعمل بما وقع التصريح به لا بالعرف، فلو شرطت الزوجة على الزوج أن يجعل لها مهرها كله وقبل الزوج ذلك، وكان العرف الجاري في بلدهما تعجيل نصف المهر وتأخير النصف إلى أقرب الأجلين وجب على الزوج الوفاء بالشرط ولا يعتبر العرف إذ لا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح[٥].

فعند التصريح بما يخالف العرف فالعمل بما وقع التصريح به لا بالعرف.

---

(١) السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص ١٩٦.

(٢) د. مطلوب، أصول الفقه، ص ٢٥٥.

(٣) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ١٧٨/٢، دار المعرفة بيروت،

(٤) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص٢٥٧.

(٥) مطلوب، أصول الفقه، ص٢٥٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥. أن يكون العرف عاماً:

يقول ابن نجيم: هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام، أو مطلق العرف، ولو كان خاصاً؟ المذهب الأول، ثم ذكر أمثلة وفروعاً، وقال: والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره[١]. فيبدو من كلامه المراد بالعام، الذي يكون مقابلاً للخاص.

ويقول ابن عابدين: " أعلم أن كلا من العرف العام والخاص، إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم[٢].

فالمقصود بالعام هنا أن يكون شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم، وليس العام الذي يكون مقابلاً للخاص.

---

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٠٣.

(٢) ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ج٢، ص١٣٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الخامس
مدى استقلالية العرف في الدلالة على الأحكام

إن بناء الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية يعتمد على مصادر شرعية أساسية، ومصادر تبعية، فالمصادر الأساسية، القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومن المصادر التبعية، الإجماع، والقياس، والعرف، وغيرها.

ف العرف يعتبر مصدراً تبعياً، والعرف ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، وإنما يرجع إلى قواعد الشريعة العامة التي تستدعي التيسير على الناس، ودفع المشقة فيما لا يخالف نصاً شرعياً، وفي أحكام الشريعة ما يشهد بأن الشارع الحكيم راعى أعراف الناس وقت نزول التشريع فأقرهم على الكثير منها، كالسلم والإجارة، ومراعاة الكفاءة في الزواج، والدية على العاقلة، والقصاص، والطلاق، وغيرها، ووضع لها ضوابطها الشرعية التي تكفل العدل وتمنع الظلم [١].

وقد يعتبر العرف صالحاً وجعلوه أصلاً من الأصول التي تبنى عليه الفتاوي والأحكام التي يراعى فيها القواعد الفقهية، مثل " المشقة تجلب التيسير " و " العادة محكمة " وغيرها [٢].

وكثير من الأعراف العملية ترجع في حجيتها إلى الأدلة الأخرى، مثل المصالح المرسلة والإجماع العملي وعمل أهل المدينة [٣].

بعض الفقهاء الذين تحدثوا عن العرف قالوا: إنه دليل حيث لا دليل، فهل معنى ذلك أنه دليل شرعي كبقية الأدلة؟

الحقيقة في ذلك تتضح بالنظر في الفروع المبنية على العرف، حيث يتبين: أنه دليل للمدعي أو المدعي عليه حيث لا دليل للدعوى شرعاً كالبينة والإقرار على صدق الدعوى أو عدم صدقها، وكذلك يبين العرف المراد من تصرفات الشخص القولية والعملية وبيان الحقوق الواجبة، وغيرها مما يترتب على التصرف، والحقوق الواجبة على الإنسان لزوجته وأولاده وأقاربه وغيرهم، سواءً كانت لفرد أو جماعة، وكذلك ما جاء من الأحكام المطلقة في الشريعة، فإنه يرجع في تفصيله وبيانه إلى العرف كما ذكر في النفقة الواجبة على الزوج لزوجته، وغير ذلك.

---

١ محمد شلبي، **أصول الفقه**، ص٣١٧، عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، ص٩٠، أمير عبد العزيز، **أصول الفقه**، ص٥٠٦.
٢ عباس متولي حمادة، **أصول الفقه**، ص٢٣٩.
٣ أحمد فهمي أبو سنة، **العرف والعادة**، ص٤٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك ذكر الفقهاء: أن دلالة العرف ترجع إلى الكتاب والسنة والإجماع فدلالته ليست ذاتية حتى يكون دليلاً مستقلاً في بيان ما ذكر.

ومثال ذلك: أنه وجبت النفقة بالكتاب والسنة وترك بيان مقدارها لما يجري به العرف فأفاد ذلك اعتبار العرف في تقدير النفقة، وكذلك اعتبار فيما جاء مطلقاً من الأحكام، وقد حكى القرافي وابن العربي الإجماع على ذلك، فهو لم يعتبر العرف دليلاً مستقلاً منشئاً للأحكام.

ولعل الفصل في هذا ما أشار إليه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه: نظرية الضرورة: " ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع وتوليد وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الالتزامات والالتزامات في العقود والتصرفات، والأفعال العادية حيث لا دليل سواه " [١].

وتظهر أهمية العرف في كونه دليلاً حينما يكون العرف الدليل الوحيد الذي لا يجوز تجاهله، والتغاضي عنه، وحينما يكون العرف دليلاً للاستحسان [٢] .

أولاً : حينما يكون العرف الدليل الوحيد الذي لا يجوز تجاهله، والتغاضي عنه، و هذا ما نصت عليه القاعدة التي ذكرناها سابقاً وهي (العادة محكمة)، والقاعدة التي تنص على أن (الإذن العرفي كالإذن اللفظي)، وقاعدة (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، و هي نص المادة (٣٧) من (مجلة الأحكام العدلية).

وقد اعتبر القانون المدني الأردني العرف دليلاً للحكم حيث لا يوجد دليل غيره، فقد نصت المادة (٢) منه على ما يأتي:

١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

---

١ وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة**، ص١٧٠.

٢ د. أحمد ياسين القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، بحث منشور في مجلة دراسات، مجلد ٣، العدد ١، ربيع أول ١٤٢٨هـ، آذار، ٢٠٠٧، ص ١٢١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد استدل ابن قيم الجوزية لهذا النوع من الدلالة بحديث عروة البارقي حيث أعطاه النبي – صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى شاتين بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى) فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع [١].

ثانياً : حينما يكون العرف دليلاً للاستحسان:

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستحسان، ويتلخص تعريفهم له في أمرين [٢]:

١- ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل.

٢- استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك.

و هذا العدول والاستثناء له أدلة كثيرة كالنص والإجماع وغير ها، ويعتبر العرف - عند الحنفية والمالكية وهم من يقول بالاستحسان – من هذه الأدلة، يقول الشاطبي: " وقد قال ابن العربي في تفسير الاستحسان: بأنه إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله أقساماً، فمنه ترك الدليل للعرف كرد الإيمان إلى العرف"[٣].

١ ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٢، ص٤١٢.
٢ وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج٢، ص٧٣٩.
٣ الشاطبي، **الموافقات**، ج٤، ص٢٠٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني
وظائف العرف وتطبيقاتها

المبحث الأول: تفسير النصوص

المطلب الأول: تخصيص العام

المطلب الثاني: تقييد المطلق

المطلب الثالث: تصريح الألفاظ وكنايتها

المطلب الرابع: تعيين مراد المتكلم

المبحث الثاني: فض النزاع والخلاف

المطلب الأول:تحديد الحقوق والالتزامات والعقود

المطلب الثاني: مراعاة العرف في القضاء والفتوى

المطلب الثالث: استخدام القرائن العرفية كدليل من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها القضاء

المبحث الثالث: تحديد المقادير

المبحث الرابع: تغيير الأحكام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني
وظائف العرف وتطبيقاتها

بعد الحديث عن معنى العرف وبيان أقسامه وشروطه، سنتحدث في هذا الفصل عن دوره ووظائفه في الحياة العامة.

فللعرف وزن في ثبوت الحقوق وانتفائها، والعرف مصدر خصب في التشريع والقضاء والفتوى وهو مرجع القاضي لمعرفة ما يريده الناس بأقوالهم في العقود والألفاظ والتصرفات، وللعرف قيمته التشريعية، وله دور كبير في المعاملات والحياة العامة حيث يعمل به في حدود الحرية التي تركها الشرع للمكلفين دون الحالات التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام.

ومجال بحثنا هو العرف الصحيح المعتبر شرعاً وليس للعرف الفاسد مجال في بحثنا لأنه باطل.

فوظائف العرف تقسم إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: تفسير النصوص.

المبحث الثاني: فض النزاع والخلاف.

المبحث الثالث: تحديد المقادير.

المبحث الرابع: تغيير الأحكام

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول
تفسير النصوص

للعرف سلطان على معنى اللفظ فهو قادر على جعل المجاز أولى من الحقيقة، وتصيير الصريح كناية والكناية صريحاً وتقيد العام والمطلق، فلا بد لنا من تسليط الضوء على دور العرف في هذه الميادين.

فمن يستقرأ نصوص الشريعة في المعاملات والتصرفات يجد هناك مراعاة واضحة للعرف ليعين المراد من اللفظ.

يقول الشاطبي: " ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى، أما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم، أو بالنسبة إلى الأمة والوحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني حتى صار ذلك إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما، وقد يفهم منه قبل ذلك شيء آخر... والحكم أيضاً يتنزل على ما هو معتاد فيه، بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده وهذا المعنى يجري كثيراً في الأيمان والعقود والطلاق كناية وتصريحاً"[١].

ويتنوع تفسير النصوص إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: تخصيص العام

المطلب الثاني: تقييد المطلق

المطلب الثالث: تصريح الألفاظ وكتابتها

المطلب الرابع: تعيين مراد الشارع وكل متكلم

المطلب الخامس: تحديد العقود والالتزامات

---

(١) أبو اسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، ت٧٩٠هـ، الموافقات في أصول الشريعة، شرح الشيخ عبدالله دراز وضع تراجمه محمد عبد الله دراز وخرّج آياته وأحاديثه عبد السلام عبد الشافي، ط٣، ٢٠٠٣م، ج٢/ص٢١٦، دار الكتب العلمية، بيروت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: تخصيص العام

وقبل الحديث عن تخصيص العام تجدر الإشارة إلى بيان مفهوم العام والتخصيص عند الأصوليين وذلك على النحو الآتي:

العام: اللفظ الموضوع وضعاً واحداً للدلالة على جميع ما يصلح له من الأفراد، على سبيل الشمول والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين(١).

التخصيص: هو إخراج بعض ما يتناوله اللفظ(٢).

التخصيص عند الجمهور: هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مطلقاً، دون نظر إلى نوعية الدليل من حيث كونه قطعياً أو ظنياً، مستقلاً أم غير مستقل، مقارناً في الزمن أم غير مقارن(٣).

التخصيص عند الحنفية: هو قصر العام المطلق على بعض افراده بدليل مستقل مقارن مساوٍ له من حيث القطعية والظنية أو قوة الدلالة(٤).

المخصصات المستقلة هي: العقل، العرف، القياس، المصلحة المرسلة، الإجماع، والنص(٥).

بعد بيان مفهوم العام والتخصيص نتحدث عن تخصيص العام بالعرف

تخصيص العام بالعرف:

ونقصد بتخصيص العرف العام قصر العام على بعض أفراده سواء بعرف قولي أو عملي.

---

(١) محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج٢، ص٩، المكتب الإسلامي، ط٤، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

(٢) الإمام جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، ت٧٧٢هـ نهاية السّول ، ضبطه وصححه وضع حواشيه عبد القادر محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ص ١٩١.

(٣)محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ص٤٣٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٤٣٦.

(٥) المرجع السابق، ص ٤٤٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اختلف علماء الأصول في مدى تخصيص العام بالعرف، وذلك بحسب نوع العرف من جهة، ووقت تقرره من جهة أخرى.

التخصيص بالعرف المقارن للعام:

من المعلوم أن أحد شروط اعتبار العرف أن يكون مقارناً سابقاً للتصرف والقول موجوداً وقائماً عند إنشائه.

يقول السيوطي في الأشباه: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر " [١].

ويقول ابن نجيم: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ؟، وأكد ذلك الزركشي بقوله: " إن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق " [٢].

هذا ليس كل عرف طارئ أو حادث غير معتبر، فالقاعدة ليس على عمومها.

فالعرف الحادث لا يقوى على تخصيص النص، ويبقى الخلاف قائماً في العرف المقارن السابق، وقد ذكر تفصيل هذه المسألة الدكتور محمود جابر في بحثه المنشور في مجلة دراسات وهو بعنوان " تخصيص العام بالعرف عند الأصوليين " [٣] ، د. محمد غرايبة، في بحثه " تخصيص عام النص الشرعي بالعرف " [٤].

والعرف الحادث أو الطارئ، لا يجوز الاعتماد عليه في رفع الخلاف، لأن العرف السابق أو المقارن هو الذي يكون حاضراً في الذهن، عند إبرام التعرف وبالتالي فإن كلاً من المتعاقدين يكون مستعداً لما يقضي به العرف، أما العرف الطارئ فلا يكون وارداً في الحسبان وبالتالي يفاجئ به أحد المتعاقدين أو كلاهما مما يلحق الأذى والضرر بالمتعاقدين أو بأحدهما[٥].

---

[١] السيوطي، الأشباه والنظائر.

[٢] الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص٣٩٤.

[٣] د. محمود جابر، بحث تخصيص العام بالعرف عند الأصوليين، دراسات، المجلد ٢٨، العدد ١، أيار ٢٠٠١ صفر ١٤٢٢، ص١٠١.

[٤] بحث للدكتور محمد غرايبة " **تخصيص عام النص الشرعي بالعرف**" ، منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١، العدد ١، شوال ١٤٤٦هـ/تشرين الثاني ٢٠٠٥م.

[٥] د. أحمد ياسين القرالة، بحث " وظائف العرف في التشريع الإسلامي"، ص ٢٠٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التخصيص بالعرف القولي:

والعرف القولي كما سبق هو: أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى، غير المعنى الموضوع له أصلاً، بحيث يتبادر إلى الإفهام ذلك المعنى.

فقد اتفق العلماء على جواز تخصيص العام بالعرف القولي، وقد قال فيه المالكية أنه موضع إجماع بين الفقهاء[١].

ولا خلاف بين العلماء في أن العادة القولية تخصص العموم، أما محل الخلاف فهو العادة الفعلية وعبر عنها الحنفية بالعرف العملي"[٢]. واحتجوا لذلك بأن يتعارف قوم من إطلاق لفظ على إرادة بعض أفراده بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك فتخصيص العام به عند ذلك متفق عليه، كالدابة على الحمار، والدرهم على النقد الغالب وكذلك بالاتفاق على فهم لحم الضأن بخصوصية في قوله: اشتر لحماً وقصر الأمر بشراء اللحم عليه إذا كانت العادة أكله[٣]. وذكر في فواتح الرحموت: " والتخصيص بالعرف القولي بأن جرى العرف بهجران الاستغرق للكل بل كلما أطلقوا في العرف أرادوا بعض الأفراد. كالدراهم تطلق على النقد الغالب في العقود"[٤].

وجاء في التقرير والتحبير: " تخصيص العام بالعرف: هو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى "[٥].

وفي درر الحكام: " هو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه"[٦].

والتخصيص بالعرف عند الإمام الزركشي: " أن يكون اللفظ موضوعاً لمعنى له أفراد فيترك أهل العرف استعماله في بعض تلك الأفراد بحيث يصير ذلك البعض منسياً"[٧].

---

(١) فواتح الرحموت، ج١، ص٣٤٥؛ دار صادر بيروت، ط١، الطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٣٢٢هـ.

(٢) أمير عبد العزيز، أصول الفقه الإسلامي، ط١، ١٩٩٦، دار السلام، ص ٦٢٧.

(٣) المرجع السابق، ص ٦٢٨.

(٤) فواتح الرحموت، ج١، ص ٣٤٥.

(٥) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١، ص ٢٨٢.

(٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي حسني، دار الجيل، بيروت، ج١، ص ٤٥.

(٧) الزركشي، البحر المحيط، ج٣، ص ١١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وذكر ابن رجب في القواعد صورتين لتخصيص العموم بالعرف، إحداهما استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يخصص به العموم بلا خلاف، فلو حلف لا يأكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى بالعرف كذلك دون الآدمي والسماء والشمس والجبل، فإن هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً[١].

ومثل لفظ الولد لفظ عام يشمل الذكر والأنثى لقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ " [سورة النساء،١١]، ولكن جرى عرف الناس على قصره على الذكور دون الإناث، فلو قال وقفت على أولادي فإن الوقف يختص بالذكور دون الإناث.

واللحم لفظ عام يشمل جميع أنواع اللحوم من اللحم الأحمر كلحم الضأن، واللحم الأبيض كلحم السمك، لقوله تعالى: "وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلۡبَحۡرَ لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا" [سورة النحل،١٤]. فالله تعالى سمّى السمك لحماً، إلا أن عرف الناس جرى على تخصيص هذا اللفظ وقصره على اللحم الأحمر كلحم الضأن والبقر وعليه فلو حلف شخصاً فقال: والله لا أكل لحماً، فأكل سمكاً لا يحنث بيمينه، لأن العرف لا يسمى السمك لحماً فكأن السمك مستثنى بذلك اليمين، و هذا ما أيده الزركشي بقوله: " أن يتعارض العرف مع الشرع وهو نوعان: أحدهما أن لا يتعلق بالعرف الشرعي حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال، كما لو حلف لا يأكل لحماً فلا يحنث بأكل السمك، وإن سماه الله تعالى لحماً[٢].

ويقول القرافي: القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ أنما يحمل لفظه على عرفه، فإن كان المتكلم هو الشرع حملنا لفظه على عرفه وخصصنا عموم لفظه في ذلك العرف اقتضى العرف تخصيصاً، وبالجملة دلالة العرف مقدمة على دلالة اللفظ، لأن العرف ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ.

وجاء في البهجة: " إن حمل الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور"[٣].

---

(١) ابن رجب، القواعد، ص ٢٧٣.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص ٣٧٨.

(٣) التسولي، البهجة شرح على العاصمية، ج٢، ص٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالعرف يخصص العام ويقتصر على بعض أفراده فالعقد أو التصرف يجب تفسيره وتحديد التزاماته على أساس العرف القولي للمتكلم، إلا إذا نص في العقد أو التصرف على خلافه.

ومن أمثلة التخصيص بالعرف القولي: قوله تعالى: " لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ " [سورة المائدة/٨٩].

فلفظ اليمين مستعمل في معنى الحلف بالله تعالى في عرف الشرع، لا الحلف بالطلاق؛ لأن الحلف بالطلاق لم يكن معهوداً إثر نزول الآية الكريمة، ومن شروط العرف المخصص المقارنة في الزمن.

وكذلك لفظ الربا الواردة في القرآن الكريم، فإنه يحمل على ما كان متعارفاً في الجاهلية، وهو ربا النسيئة أو ربا الديون خاصة، وإن كان لفظ الربا يشمل ربا الفضل الثابت بالسنة، و هو المعنى العام الذي قصده الفقهاء فيما بعد عند إطلاقهم لكلمة الربا[١].

ومن الأمثلة أيضاً: من أوصى بجميع دوابه مثلاً كانت الوصية غير نافذة إلا فيما تناوله لفظ الدواب عرفاً، كالخيل مثلاً، دون سائر الأنعام من الحيوان الذي يملكه، وعلى الرغم من أن اللفظ عام يتناول كل أولئك في اللغة.

ومن وقف أرضه على أولاده، صح على من يتناوله لفظ الأولاد من مفهوم عرفاً من الذكور دون الإناث، في حين أن المعنى اللغوي للأولاد شامل للنوعين معاً على السواء[٢].

فألفاظ الطلاق، والنذور، والوقف، والأيمان، والوصية، والنكاح و سائر التصرفات القولية تحمل على لفظ المتكلم، والحقيقة التي قصدها من تلك الألفاظ والتي يفهمها الناس أيضاً.

التخصيص بالعرف العملي:

العرف العملي و هو ما جرى عليه العمل، سواء أكان عاماً أم خاصاً، و هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال أو المعاملات.

---

(١) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٤٦٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٦٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اختلف العلماء في تخصيص العام بالعرف العملي، فذهب الأحناف إلى جواز تخصيص الكتاب بالعرف العملي[١]. وكذلك المالكية فلا فرق بين العرف القولي والعملي فكلاهما يخصص العام وخالفهم في ذلك الشافعية، فذهبوا إلى أن العرف العملي لا يقوى على تخصيص العام[٢].

وكما اختلفوا في العرف الخاص هل يقوى على تخصيص العام؟

قال في فواتح الرحموت: " التخصيص بالعرف العملي: أي تعامل الناس ببعض أفراد العام مخصص للعام بتلك الأفراد " [٣].

فلو كان من عادة المخاطبين في مكان ما تناول طعام خاص كالبر مثلاً وورد الخطاب بتحريم الطعام كقوله: "حرمت عليكم الطعام" فقد انصرف إلى التحريم عند الأحناف إلى ذلك النوع من الطعام فقط[٤].

أما جمهور العلماء فقد ذهب في العرف العملي على خلاف الأحناف وقال بإجراء اللفظ على عمومه أي بتحريم كل طعام سواء فيه المعتاد وغير المعتاد[٥]. لأن الحجة في لفظ الشارع وهو عام والعادة ليست بحجة حتى تكون معارضة له[٦]. فإن قال لجماعة من أمته حرمت عليكم الطعام والشراب مثلاً وكانت عادتهم تناول جنس من الطعام فلا يقتصر بالنهي على معتادهم.

فقد ذكر صاحب اللُمع :

وأما العرف والعادة فلا يجوز تخصيص العموم به، لأن الشرع لم يوضع على العادة، وإنما وضع في قول بعض الناس على حسب المصلحة، وفي قول الباقين: على ما أراد الله تعالى وذلك لا يقف على العادة[٧].

---

(١) مسلم الثبوت، ج١، ص ٣٥٥، المطبعة الأميرية، مصر ١٣٢٢هـ.

(٢) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٤٦١.

(٣) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، في أصول الفقه، ج١، ص ٣٤٥.

(٤) الدواليبي، المدخل إلى علم الأصول، ص ٢١٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) أمير عبد العزيز، أصول الفقه، ص ٦٢٩.

(٧)الإمام أبي اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللُمع في أصول الفقه، حققه وقدم له وعلق عليه: محي الدين ديب ستو، ويوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ٩٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أشار إلى مثل ذلك صاحب شرح طلعة الشمس فقال: إذا ورد الدليل الشرعي عاماً فلا يصح تخصيصه بعادة المخاطبين مثال ذلك أن يقول الشارع حرمت الربا في الطعام، وكان عادة المخاطبين تناول البر مثلاً فلا يكون ذلك العام محمولاً على البر خاصة بل يكون شاملاً لكل ما يسمى طعاماً[١].

الذين ذهبوا إلى تخصيص العام بالعرف العملي اختلفوا في التخصيص بالعرف العام والخاص.

فقد ورد في رسائل ابن عابدين قوله: "إن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده، فإن العرف معتبر إذا كان عاماً، والعرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به في الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقاء[٢].

وقال في رسالة عقود رسم المفتي: " إن العرف العام لا يعتبر إذا لزم منه ترك المنصوص عليه وإنما يعتبر إذا لزم منه تخصيص النص والعرف الخاص لا يعتبر في الموضعين وإنما يعتبر في حق أهله فقط إذا لم يلزم منه ترك النص الشرعي ولا تخصيصه[٣].

فالعرف الخاص قولياً كان أم عملياً، فالمالكية يجيزون تخصيص النص العام به، وأما الحنفية فلا يرون ذلك في الراجح من مذهبهم[٤].

وقد فرق صاحب المعتمد بين العادة في الفعل والعادة في استعمال العموم فقال:

أعلم أن العادة التي هي بخلاف العموم ضربان: أحدهما عادة في الفعل، والآخر عادة في استعمال العموم، أما الأول، فبأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء ثم يحرم الله سبحانه وتعالى الدماء بكلام يعمها فلا يجوز تخصيص هذا العموم، بل يجب تحريم ما جاءت به العادة، لأن العموم دلالة، فلا يجوز تخصيصه إلا لدلالة، فلو خصصناه عند هذه العادة لم يخل إما أن يخص بالعادة، أو لأن الأصل إباحة شرب الدماء، والعادة ليست بحجة، لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح،

---

(١) أبو محمد عبد الله بن حميد السالمي، شرح طلعة الشمس على الألفية بهجة الأنوار شرح أنوار العقول في التوحيد، ج١، ط٣، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص ١٥٩.

(٢) ابن عابدين، مجموعة رسائله، ج٢، ص ١٢٩.

(٣) ابن عابدين، مجموعة رسائله (رسالة عقود رسم المفتي)، ج١، ص ٤٨.

(٤) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٤٦١.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعقل في الأصل، وإن اقتضى إباحة شرب الدماء، فإنه يقتضيها ما لم ينقلنا عنه شرع العموم دليل شرعي، فيجب أن يستقل به[١].

وأما العادة في استعمال العموم، فيجوز أن يكون العموم مستغرقاً في اللغة، ويتعارف الناس استعمال في بعض تلك الأشياء فقط نحو اسم "الدابة" فإنه في اللغة لكل ما يدب، وقد تعورف استعماله في الخيل في نحو الإبل والبقر، لما بيّناه من أن الأسم بالعرف أحق، وليس ذلك بتخصيص على الحقيقة لأن اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف إلا في الخيل، فيصير كأنه ما استعمل إلا فيه[٢].

فهو لا يعتبره تخصيصاً، وبهذا خالف الأحناف والمالكية ذهب مذهب الجمهور.

هذا وقد ذكر صاحب المسودة مثل القسم الأول العادة في الفعل كأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء[٣].

أدلة المجيزين والمانعين للتخصيص بالعرف العملي للعام [٤]:

أولاً : أدلة المجيزين:

استدل الحنفية ومن وافقهم من المجيزين للتخصيص بالعرف العملي العام بما يلي:

١- إن الاتفاق قد جرى على أن العرف العملي يقيد المطلق، فلم لا يخصص العام، حيث لا فرق بينهما، ويتضح ذلك من أنه لو قال شخص لآخر موكلاً إياه: اشتر لي لحماً – وكان ذلك في بلد اعتاد أهله أكل لحم الضأن – فإنه يتقيد في ذلك بشراء لحم الضأن دون غيره من أنواع اللحوم، بحيث لو اشترى غيره يكون مخالفاً لإرادة الموكل مع أن كلمة " لحم " في عبارة الموكل مطلقة، إلا أن ذلك الإطلاق مقيد بالعرف العملي الذي جرى عليه أهل البلد في أكلهم، فتنصرف إرادة الموكل إليه دون غيره، والعام في ذلك مثل المطلق لاتحاد الموجب، وهو تبادر ما جرى عليه العرف من اللفظ دون غيره، والشريعة راعت في خطابها مفهوم العرب فيما بينهم في لغتهم فموجب التخصيص والتقييد واحد.

---

(١) أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب، البصري، المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه اعتنى بتهذيبه وتحقيقه محمد حميد الله، بتعاون محمد بكر وحسن حنفي، ج١، دمشق، ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م، ص ٣٠١.

(٢)أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب، المعتمد في أصول الفقه، ص٣٠١.

(٣) آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، جمعها، شهاب الدين أبو العباس الفقية الحنبلي، أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني، الحراني، الدمشقي، ت ٧٤٥هـ.

(٤) الدكتور محمود صالح جابر، **بحث تخصيص العام بالعرف عند الأصوليين** " ص٩٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢- وكذلك فإن العرف القولي يخصص باتفاق الجميع، فلم لا يخصص العرف العملي حيث لا فارق بينهما.

٣- وقالوا: إذا منعتم من تجويز تخصيص العموم بالعادة، وتنزيل لفظ الطعام على ما هو المعتاد المتعارف عند المخاطبين، فما الفرق بينه وبين تخصيص اللفظ ببعض مسمياته في اللغة بالعادة؟ وذلك كتخصيص اسم الدابة بذوات الأربع، وإن كان لفظ الدابة عاماً في كل ما يدب، وكتخصيص اسم الثمن في البيع بالنقد الغالب في البلد.

فالعرف القولي والعملي اشتركا واستويا في ما نيط به التخصيص و هو غلبة العادة، فالتخصيص بأحدهما دون الآخر تحكم.

ثانياً : أدلة المانعين:

استدل جمهور الأصوليين من الشافعية ومن وافقهم من المانعين للتخصيص بالعرف العملي المقارن للعام بأن الصيغة المستعملة مع العرف العملي عامة بحسب اللغة، ولا مخصص لها فتبقى على عمومها.

والذي أميل إليه الرأي القائل بالجواز، فالعرف العملي يقوى على تخصيص العام.

ومن أمثلة التخصيص بالعرف العملي:

قولـــــه تعـــــالى: " وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ " [سورة البقرة، ٢٣٣].

لفظ الوالدات عام، فقد خصص الإمام مالك هذا العموم بالعرف العملي الذي خص منه الوالدة الرفيعة القدر التي ليس من عادة مثيلاتها إرضاع أولادهن، إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية، فأصبح لفظ العام " الوالدات" قاصراً على غير هذا النوع الذي خصه العرف العملي[١].

ومثال أفتى الإمام محمد بن الحسن، بجواز وقف المنقول على استقلال لأن العرف جرى بذلك، في حين أن القاعدة العامة تقتضي بتأبيد الوقف، لأنه قوام معناه، وذلك إنما يتصور في

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، ص٢٠٤، والقرافي، الفروق، ج١، ص ١٨٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العقار لا في المنقول، لكن أجيز وقف المنقول استثناء من مقتضى القاعدة العامة، رعاية لمثل هذا العرف العملي الذي هو إمارة على الحاجة والمصلحة المشروعة[١].

ومثل: بيع الثمر مع شرط بقائه على الشجر حتى يتم نضجه، خلافاً للقاعدة العامة، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، قطعاً للمنازعة، وتحقيقاً للتوازن في مضمون العقد والتزاماته.

ومع ذلك أجاز الحنفية اقتران العقد بالشرط استثناءً، إذا جرى به العرف[٢].

---

(١) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٤٦٦

(٢) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٤٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: تقييد المطلق:

المطلق هو: اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه[١].

والمطلق هو اللفظ الدال على فرد شائع في جنسه مجرداً عن القيود اللفظية التي تقلل من شيوعه[٢].

وأما المقيد فهو ما يقابل المطلق.

المقيد: ما يدل لا على شائع في جنسه[٣]. وهذا تعريف العضد في شرحه لمختصر المنتهى لابن الحاجب.

المقيد: هو اللفظ الدال على شائع في جنسه مقترن بقيد لفظي زائد مستقل عن معناه، يقلل شيوعه[٤]. فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل يدل على إرادة التقييد، و هذا التقييد قد يكون صريحاً بلفظ أخر، وهذا هو الغالب، وقد لا يكون صريحاً ولكنه يدل دلالة على قصد المتكلم ويبين إرادته من اللفظ المطلق، والعرف من الوسائل الدلالية في تقييد المطلق فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية "المطلق يجري على إطلاقة إذا لم يقم دليل على التقيد نصاً أو دلالة" ويقول صاحب المبدع: "اليمين تحمل على العرف"[٥]. فيقول ابن قدامة: ":إن حلف أن لا يضع قدمه في الدار فدخلها راكباً أو ما شيا أو منقولاً أو حافياً حنث... كما لو دخلها ما شياً ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها فإن قدمه موضوعة على الدابة فيها فأشبه ما لو دخلها متنقلاً وعلى أن هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتعمل اليمين عليه، فإن قيل هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه قلنا المجاز إذا اشتهر صار من الأسماء العرفية فينصرف اللفظ بإطلاقه إليه كلفظ الراوية والدابة وغيرها"[٦]. ويقول صاحب كنز الدقائق: (والأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا...، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام

---

(١) الآمدي، الأحكام، ج٣، ص٣.

(٢) الدريني، المناهج الأصولية، ص٥٢١.

(٣) مختصر المنتهى مع شرحه، ج٢/ص٢٨٤.

(٤) الدريني، المناهج الأصولية، ص ٥٢٥.

(٥) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع، ج٧، ص٣٣٣، المكتب الإسلامي، بيروت.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج١٠، ص٣٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العرفي أعنى الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت في العرف، كما أن العربي حال كونه من أهل اللغة، إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد انه المراد بها) [١].

ويقول الشيرازي: "وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو بيتاً في الحمام لم يحنث لأن المسجد وبيت الحمام لا يدخلان في إطلاق اسم البيت ولأن البيت اسم لما جعل للأيواء والسكن والمسجد وبيت الحمام لم يجعلل لذلك فإن دخل بيتاً من شعر أو أدم نظرت فإن كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والأدم يحنث وإن كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا يحنث لأن اليمين تحمل على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤوس حمل على ما يتعرفا أكله منفرداً وبيت الشعر متعارف للقروي فلم يحنث به، والثاني قول أبي اسحق وغيره أنه يحنث لأنه بيت جعل للإيواء والسكن فأشبه بيوت المدر"[٢].

وقد أشار القرافي لذلك بقوله: "إن القاعدة أن كل متكلم له عرف فإن لفظه عند الإطلاق يحمل على عرفه"[٣].

فالتوكيل بالبيع المطلق مثلاً يُقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع وينزل منزلة الصريح من اللفظ، فلو وكله ببيع جارية تساوي ألفاً فباعها بثمرة فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مراد لإطراد العرف بخلافه، إذاً الألفاظ المطلقة في التوكيل قيدها العرف[٤].

فما كان مطلقاً من الألفاظ والتصرفات والعقود فإن العرف يقيده ويفسره ويبين المراد منه.

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك من كتب الفقه:

- إذا قال بعتك هذه العين بعشرة أثواب وأطلق وكان لها عرف يصرف إليه النقدين[٥].
- إذا استعار إنسان دابة للركوب أو ثوباً للبس ولم يسم له شيئاً كان من القيود له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعيره غيره[٦]. والعلة في ذلك أن المستعير ينزل

---

(١) النسفي، كنز الدقائق، ج٤، ص ٣٢٣.

(٢) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، ج٢، ص ١٣٣.

(٣) القرافي، الفروق، ج٣، ص١١٨.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج١٩، ص ١١٧.

(٥) أبن الوكيل، محمد بن عمر بن مكي المعروف بابن الوكيل، الأشباه والنظائر، تحقيق الدكتور أحمد العنفري، ط١، ١٩٩٣، مكتبة الرشد، الرياض، ج١، ص١٥٧.

(٦) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، ص ٨٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منزلة المالك فكل ما ينتفع به المالك ينتفع به المستعير فله أن يستعمل الدابة في أي مكان وزمان وله أن يركب أو يحمل غيره لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً، إلا أنه لا يحمل عليها فوق المعتاد لمثلها ولا يستعملها ليلاً ونهاراً، ما لم يستعمل مثلها من الدواب فلو فعل فعطبت يضمن لأن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة[١].

وعليه فإن المستعير للعارية المطلقة لا يضمن إلا إذا تجاوز في استعماله ما عليه العرف والعادة لأن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة، فإذا أطلق الإذن بالانتقاع، بأن أعاره مطلقاً دون تقييد بوجه من وجوه الانتفاع، كان له أن ينتفع من العين بما ينتفع به عادة، وأن نهاه عن الانتفاع بوجه من الوجوه امتنع عليه ذلك الوجه، ولو كان أقل تأثيراً على العين، وذلك كله لأن المعير مالك للمنفعة ومتبرع بها، فله تحديد الانتفاع بما شاء فهو كالمشروط فإذا تجاوز كان متعدياً في ذلك فإذا تلفت أو نقصت بسبب ذلك كان ضامناً لقيمتها أو نقصها.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية:

" إذا كانت الإعارة مطلقة، أي لم يقيدها المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع، كان للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريده، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة".

ويقول علي حيدر في شرحها: (لو استعار للحمل دابة فإذا لم يعين الحمل فللمستعير تحميل أي شيء أراد، ولكن ليس له أن يحملها فوق طاقتها، لأن الإذن المطلق يصرف إلى المتعارف، والحمل فوق الطاقة ليس متعارفاً، حتى أن الرجل ليس له أن يحمل دابته فوق طاقتها) [٢].

ولمزيد من الأمثلة على ذلك:

إذا أعار أرضاً للزراعة فإما أن يبين ما يزرعه أو يطلق، فلو أعاره أرضاً لينتفع بها، جاز له أن يبني فيها وأن يغرس شجراً أو يزرع زرعاً، لأنه أطلق الأذن بالانتفاع، فلو قال أعرتك هذه الأرض، دون أن يقول لينتفع بها، فالصحيح أن العارية غير صحيحة.

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص ٣١٣.

(٢) علي، حيدر، درر الحكام، ج٢، ص ٣٥٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإن أعاره للبناء أو الغراس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس أو البناء، فرضاه بالأشد دليل رضاه بالأقل، إلا أن نهاه عن ذلك فليس له فعله.

وإن أعاره للزرع فليس له أن يبني أو يغرس، لأن البناء والغراس كل منهما أكثر ضرراً على الأرض من الزرع، ورضاه بالأقل لا يدل على رضاه بالأشد.

وإن إعارة للزراعة مطلقاً ما شاء فإن اعاره لزراعة نوع معين كان له زرعه وزرع ما هو مثله أو أقل منه تأثيراً، وليس له زراعة ما هو أشد منه ضرراً على الأرض[١].

وهذا ما أكده ابن رشد في بداية المجتهد بقوله: للمستعير الانتفاع بالعارية واستعمالها غير متجاوز المعروف عرفاً[٢].

في حالة رد العارية، كأن استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن، وهذا استحسان، وفي القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها، وجه الاستحسان أنه اتى بالتسليم المتعارف، لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده[٣].

وإذا كان عقد الإجارة مطلقاً فاستعماله يقيد بالعرف، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية:

يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء وأما كيفية استعماله فتنصرف إلى العرف والعادة ويقول السرخسي: " إذا استأجر الرجل من الرجل داراً ليسكنها سنة بكذا ولم يُسم الذي يريدها له فهو جائز، لأن المقصود معلوم بالعرف، فإنما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك، إلا ترى أنها تسمى مسكناً، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص"[٤].

وكذلك التوكيل في البيع وغيره يتقيد بالعرف، فالعرف مقيد للموكل في تصرفاته ويقول ابن قدامه في ذلك: " ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن، فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى"[٥].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص ٢٧١.

(٢) ابن شداد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص ٤٦٧.

(٣) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج٣، ص ٢٥٤.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٣٠.

(٥) ابن قدامه، المغني، ج٥، ص ٧٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: وللوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال، وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة""[١].

وهناك العديد من الأمثلة في تقيد المطلق في أبواب الفقه المختلفة، في العقود كالبيع والوكالة والهبة وغيرها.

(١) علي حيدر، درر الحكام، المادة رقم (١٤٩٨) من المجلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث:تصريح الألفاظ أو كنايتها:

تنقسم الألفاظ من جهة استعمال اللفظ في المعنى إلى صريحة وكنائية.

يقول الشاطبي: "... ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارات من معنى إلى عبارة أخرى، إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما، وقد يفهم منه قبل ذلك شيء أخر.... والحكم أيضا يتنزل على ما هو معتاد فيه، بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده وهذا المعنى يجري كثيرا في الأيمان والعقود والطلاق، كناية وتصريحاً " (١)

فقد عرف الكاساني الصريح بقولة: " الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع" (٢)

وعرفة صاحب كشف الأسرار: هو ما ظهر المراد به ظهوراً بينا زائداً" (٣)

وجاء في فواتح الرحموت: " الصريح وهو ما ظهر المراد منه، وحكمة ثبوت الحكم الذي جعل الصريح سبباً له بعين الكلام من غير توفق على النية. (٤)

وذكر الزيلعي في تبيين الحقائق: "الصريح ما كان ظاهر المراد لغلبة الاستعمال"(٥)

وعلى هذا فالصريح هو: الكلام الواضح البين الذي لا يحتاج إلى نية أو قرينة، أو هو ما غلب على استعمال الناس لهذه الألفاظ.

وأكثر ما تجري في ألفاظ الأيمان والطلاق والعقود.

أما الكناية فقد عرفها صاحب البدائع " لفظ استتر المراد منه عند السامع"(٦)

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٢١٦.

(٢) الكاساني، مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت دار الكتب العلمية، ج٣، ص١٠١.

(٣) البخاري، كشف الأسرار، ج١، ص١٠.

(٤) فواتح الرحموت، ص٢٢٦، المستصفى وبذيلة فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت.

(٥) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٢، ص٢١٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص١٠٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي فواتح الرحموت: الكناية: " هي ما استتر المراد منه فلا يثبت الحكم فيها إلا بنية أو قرينة داله على تعين المراد".[١]

وعرفها الزيلعي في تبين الحقائق: " و الكناية ما كان مستتر المراد فيحتاج إلى النية، وحين كان صريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كانت الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات علية".[٢]

فالكناية تحتاج إلى نية أو قرينة حتى يكشف عن المعنى المراد، أما الصريح واضح وحكمة ثابت من غير حاجة إلى نية أو قرينة، أما الكناية فهي تحتاج إلى نية أو قرينة تعين المراد.

فما غلب على استعمال الناس من الألفاظ في أي معنى من المعاني كان صريحاً فيه ولا يحتاج إلى نية أو قرينة سواء كان حقيقية عرفية أو لغوية جرى استعمالها بين الناس وإن لم تنقل عن أصل لغوي، وكذلك المشترك إذا استعمل في معنى من معانية،والمجاز إذا غلب استعماله على الحقيقة فانه يكون صريحاً، وإذا احتملت اللفظة أكثر من معنى ولم يغلب استعمالها في معنى منها واستتر المراد منها كالمشترك والمجاز غير المتعارف إذا خفي معناه فلا يكون صريحاً بل كناية.

فاللفظ إذا اشتهر ظهر المراد منه وكان صريحاً، وإلا كان كناية.

فكثرة استخدام اللفظ واشتهاره هي منشأ الصريح وقلة الاستعمال تجعله كناية، ويعتبر العرف من أهم الوسائل التي تؤدي إلى اشتهار اللفظ، إذ كلما كان اللفظ مستعملاً مشهوراً بين الناس كلما كانت دلالته على معناه واضحة، فالعرف قد يجعل اللفظ صريحاً بعدما كان من ألفاظ الكناية، فيصبح المعنى لا يحتاج إلى نية أو قرينة لبيان المراد منه، بعد أن كان محتملاً لأكثر من معنى، مفتقراً إلى النية لبيان معناه ومقصوده.

فمثلا كانت ألفاظ الطلاق الصريحة سابقاً مثل" أنت حرام، وأنت خلية، وأنت برية، وحبلك على غاربك، والآن لقلة استخدامها صارت كناية في الطلاق، ونذكر على سبيل المثال: ما جاء في حاشية ابن عابدين قولة " وإنما ذكره صريحاً لأنه صار فاشياً في العرف في استعمال الطلاق... وقد مرّ أن الصريح ما غلب في العرف استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أيه

---

(١) فواتح الرحموت، ص٢٢٦.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٢، ص١٩٧

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لغة كانت وهذا في عرف زماننا كذلك. فوجب اعتباره صريحاً كما أفتى المتأخرون في أنت حرام، بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية"[١]

وقد استند الفقه الإسلامي إلى العرف في التعرف على ما تدل علية الصيغة الجاري استعمالها بين الناس وذلك لان غلبه الاستعمال بين قوم تولد في نفوسهم ثقة في اللفظ واطمئنانا فحواه فلفهم الجماعة واستعمالها للفظ له اثر كبير في فهم المراد منه وبناء الحكم عليه.

وهذا ما أشار إليه صاحب مرآة الأصول بقولة: " إن منشأ الاستتار في الكناية ليس قصد المتكلم الاستتار بل قلة الاستعمال، كما أن منشأ الظهور في الصريح كثرة الاستعمال...."[٢]

والباجي في المنتقى حيث قال: " أن معنى الصريح البين، فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً، كفارقتك، وسرحتك، وخليتك، وبنت منك، وأنت حرام، لأن هذه الألفاظ وأن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان أبين وأشهر منه فيما وضع له"[٣]

وجاء في تبصرة الحكام: " لفظ الحرام ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها وفي أخواتها، مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدماً، ففي اي اشتهرت حملت عليه بغير نية، وما لم يشتهر فيه لم يحمل علية إلا بنية، ولا يكتفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك... بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون من الطلاق إلا ذلك المعنى... فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة للعرف. [٤]

وبهذا يظهر أثر العرف في جعل معنى اللفظ بيناً واضحاً لا خفاء فيه لكثرة استعماله وتداوله بين الناس.

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج٣، ص٢٥٣.

(٢) الإزميري، مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول، ج٢، ص٦٦.

(٣) الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٤،ج٤،ص٦.

(٤) أبن فرحون، تبصرة الحكام ، ج٢ ص٧٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا وقد ذكر السبكي مراتب لهذه الشهرة وكثرة الاستعمال وهي مراتب الصريح ومن جهة الشرع والعرف: (١)

١- ما تكرر قرآنا وسنة مع شيوعه عند العلماء والعامة فهذا صريح قطعاً.

مثل كلمة الطلاق الموضوعة في الشرع لحل عقد النكاح وانتهائه، وعلية فيمكن القول أن اللفظ الصريح الذي منشأه الشرع يجب أن يتوفر فيه شرطان هما: تكرر استعمال هذا اللفظ في القرآن والسنة، وأن يكون هذا اللفظ شائعاً عند العلماء وعند عامة الناس. و هذا أعلى مراتب الصريح.

٢- اللفظ المتكرر في القران والسنة لكنه غير شائع عند العلماء فضلا عن العامة، و هو محل خلاف؟ وذلك مثل لفظ الفراق والسراح.

٣- اللفظ الوارد في القران والسنة لكنه غير شائع عند العلماء والعامة، فهذا اقل مرتبة من الذي قبله، لان الذي قبله ورد وتكرر، وهذا ورد في القران والسنة من غير تكرار. مثل لفظ الافتداء، وفيه خلاف، قال تعالى: " فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ " [سورة البقرة ٢٢٩].

٤- اللفظ الوارد في القران والسنة ولكن دون ورود ما قبله، إلا أن اللفظ شائع على لسان حملة الشرع، مثل كلمة الخلع. وفيه خلاف.

٥- اللفظ الذي لم يرد في القران ولا في السنة وليس بشائع عند العلماء إلا أنه شائع عند العامة. مثل: حلال الله علي حرام، والأصح أنه صريح(٢).

وقد قال ابن القيم في بيان دور العرف في تصيير الصريح كناية، والكناية صريحا:" وعلى هذه القاعدة – أي الاعتداد بالعرف والعادة تخرج أيمان الطلاق والعتاق، وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح كناية تفتقر إلى النية وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية"(٣)

---

(١) السبكي. عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، الاشباه والنظائر، تحقيق عادل احمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.ج١،ص٨١

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج٧،ص٣١٨.

(٣) أبن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ط٢، دار الفكر بيروت،ج٣، ص٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن الأمثلة على ذلك :

قول صاحب المغني: " وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان للفظ معنى فاعتبره الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن ايقاع واحدة بائن لانه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ..... وذكر القاضي أن الظاهر كلام أحمد والخرقي أن الطلاق يقع بهذه الكنايات نية كقول مالك لأنه اشتهر استعمالها فلم تحتج إلى نيه كالصريح"(١)

وفي مغني المحتاج: " ولو اشتهر عرفاً لفظ للطلاق كالحلال بضم اللام على الحرام أو حلال الله علي حرام أو أنت علي حرام وكذا الحرام يلزمني أو علي الحرام كما بحثه الزركشي فصريح في الأصح ثم من اشتهر عندهم كما قال الرافعي تبعاً للمراوزة لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم".(٢)

وذكر الكاساني: " قالوا أن من قال لامرأته أنت مطلقة مخففاً يرجع إلى نيته لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي"(٣)

وقد ورد في الدر المختار: " ومن الألفاظ المستعملة: الطلاق يلزمني، والحرام يلزمني، وعلي الطلاق ، وعلي الحرام، فيقع بلا نية للعرف" ويقول أبن عابدين شارحاً لهذا: " أي فيكون صريحاً لا كناية، بدليل عدم اشتراط النية ... وإنما كان ما ذكره صريحاً، لأنه صار فاشيا في العرف في استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أي لغة كانت، وهو في عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحاً، كما أفتى المتأخرون في أنت علي حرام بأنه طلاق بائن بلا نية، مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية" (٤)

ومن ذلك مثلاً لو قال الرجل لامرأته أنت منطلقة، فإن هذا اللفظ لم يعتبروه من الألفاظ الصريحة في الطلاق لأن اللفظ الصريح عندهم الذي تنحل به العصمة دون غيره من سائر الألفاظ

---

(١) ابن قدامه، المغني، ج٧، ص٢٩٩.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٨١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٩٨.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص٢٥٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هو ما فيه الطاء واللام والقاف، وأما منطلقة فليس من ألفاظ الطلاق فلا يلزم به طلاق إلا بالنية، لأن العرف نقل أنت طالق من الخبر إلى الإنشاء، ولم ينقل أنتِ منطلقة"[١]

و هذا ما أكده القرافي بقولة:" وإذما صارت صيغة أنت طالق تفيد الطلاق بسبب النقل العرفي من الأخبار إلى الإنشاء وكذلك جميع هذه الصيغ".[٢]

فللعرف دور هام في تعيين المراد وخصوصا أن الأحوال الشخصية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعرف في كثير من الأمور وهذا ما أشار إليه الإمام القرافي في الفروق حيث قال: " والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضي، وعلى هذا تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى نية، وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية". [٣]

---

(١) الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج٣، ص٤٣.

(٢) القرافي، الفروق، ج١، ص٢٣.

(٣) القرافي، الفروق، ج١، ص١٧٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع: تعيين مراد المتكلم:

للعرف دور كبير في تعيين المراد من اللفظ، فمن يستقرأ نصوص الشريعة في المعاملات والتصرفات يلاحظ ذلك ويجد هناك مراعاة واضحة للعرف لتعيين المراد من اللفظ.

يقول صاحب إعلام الموقعين: " إن الله وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظة، ورتب على ذلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ألفاظ ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ولا على مجرد ألفاظ مع العلم مجرد بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً ... فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم " [١] .

إذا كانت صحة العقود والتصرفات متوقفة على مقاصد أصحابهم ونياتهم، فلا بد من الوصول إليها بأي طريق من الطرق، وهذا ما أشار إليه ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين بقوله: " إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها " [٢] .

فللعرف دور كبير في تحديد مدلولات الألفاظ ومعانيها وهو وسيلة تساعد على معرفة المقصود.

فقد ذكر ابن عابدين في مجموعة رسائله: " وهذا مؤيد لما قلنا وقد منا عن العلامة قاسم أن لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته ولغته، وافقت لغة العرب أو لا ويدل على ذلك أيضاً أن الكلام العربي على اختلاف لغاته إنما وضع للتفاهم والتخاطب ولا شك أن كل متكلم يقصد مدلول لغته فيحمل كلامه عليها، وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده " [٣].

ويقول الشاشي: " إن ثبوت الأحكام بالألفاظ إنما كان لدلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلم، فإذا كان المعنى متعارفاً بين الناس كان المعنى المتعارف دليلاً على أنه المراد به ظاهراً فيترتب عليه الحكم " [٤].

---

[١] ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٣، ص٨٦.

[٢] المرجع السابق، ص٧٨.

[٣] ابن عابدين، مجموعة رسائله، ج٢، ص١٣٦.

[٤] الشاشي، أصول الشاشي، ج١، ص٨٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فيجب حمل كلام المتكلم على عرفه المعهود ولغته، فالعرف دلالة قصده، و هذا ما أوضحه الشيخ الزرقاء بقوله: " أن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه: فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة، ذلك لأن العرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ إلى معان أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ في مقابل الحقيقة اللغوية، فلو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلفه، وطلاقه، و سائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه " [١].

كذلك للعرف أثر في صيغ التصرف، كصيغة المضارع والماضي والأمر في بناء العقود وإنشاء التصرفات، فقد ورد في مواهب الجليل: " الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولاً كقول البائع بعتك وأعطيتك، وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلاً كالمعاطاة، و هي المناولة قاله في الصحاح وقال الشيخ زروق هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن إيجاب ولا استيجاب انتهى لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً " [٢].

وفي بداية المبتدئ: " مادة الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة، ومادة الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعت واشتريت... ينعقد البيع وبصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال، كأبيع وأشتري .. لا ينعقد البيع أو بصيغة الأمر كبع واشتر إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها ... " [٣].

" ... أما بصيغة الماضي فهو أن يقول البائع : بعت، ويقول المشتري: اشتريت فيتم الركن لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة، والشرع والعرف قاض على الوضع " [٤].

---

[١] الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٥٢.

[٢] الحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ج٤، ص٢٢٨.

[٣] المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، بداية المبتدئ، حققه حامد كرسوب ومحمد بحيري، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ط١، ج١، ص٣٥.

[٤] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٣٣.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما صيغة الأمر في العقود والتصرفات فهي مقبولة لكن بشرط أن يراد به الحال، مع أن الأمر وضع للاستقبال، فغالبية الفقهاء لا يجيزون العقد بصيغة الأمر في البيوع على خلاف النكاح، لكن لو دلت قرينة عرفية على إرادة الحال به يجيزونه.

" لفظة نعم تقع إيجاباً في قول المستفهم أتبيعني عبدك: فقال: نعم، فقال: أخذته فهو بيع لازم، وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال: نعم أو هات الثمن، انعقد " [١].

بل تأمل قول الحطاب في مواهب الجليل: " وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة .... وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود ... إن المعتبر في الأقوال كونها دالة على الرضا في العرف ولو كانت في أصل اللغة كذلك أو فيها احتمال لذلك ولغيره فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك، ويحتمل أن يكون راضياً لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد بالبيع وراض به لأن بعني صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه فقد تم له ما أراده من وجود البيع وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد في هذه المسألة ويلزم المشتري إذا أجابه البائع بما يدل على الرضا " [٢]، ذهب المالكية إلى أن العارية تنعقد بكل ما يدل عليها من صيغة لفظية كإشارة ومناولة مما يدل على الرضا بغير عوض لكن لا تلزم بما يدل عليها إلا إذا قيدت بعمل أو أجل، أو لم تتقيد ولكن جرت العادة فيها بشيء وإلا لم يلزم " [٣].

فالعرف قد جعل اللفظ والفعل دلالة صريحة على إرادة العقد كالبيع والعارية.

بل إن دلالة العرف أوسع مدى من ذلك فهي تتجاوز الدلالة اللفظية إلى الدلالة بالإشارة والكتابة، " ... كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً ... ينعقد البيع وبالإشارة المعروفة للأخرس " [٤].

وإذا كانت الإشارة للأخرس تدل على ما تدل عليه العبارة عرفاً جاز العقد بها، كما جاء في بدائع الصنائع: " وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولإنفاذهما وصحتهما، فيجوز بيع

---

[١] السيواسي، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط٢، ج٦، ص٢٥٢.

[٢] الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٢٩.

[٣] الشرح الصغير للدردير وبهامشه حاشية الصاوي، ج٣، ص٥٧٣.

[٤] المرغيناني، بداية المبتدئ، ج١، ص٣٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت مقام عبارته " [١].

فالعرف هو المحكم في الألفاظ وما تدل عليه فكل ما ينبئ عن معنى انعقاد عقد من العقود فإنه يعتد به لأنه يكون دالاً على ما يريد الشخص من تصرفات، وإن كان الإيجاب والقبول يغلب استعمال صيغة الماضي فيهما فهذا لا يمنع من استعمال غيرهما في ذلك من الألفاظ التي استعملت في الإنشاء بحسب العرف " و هذا ما ورد في المادتين (١٦٨، ١٦٩) من مواد مجلة الأحكام العدلية.

ومن الأمثلة على حمل كلام المتكلم على عرفه ولغته:

- من حلف ألا يسكن بيتاً " فلو كان بدوياً " حنث بالمبنى وبدخوله لبيت الشعر لأنه يسمى بيتاً في عرفه أما إن كان من أهل القرى فوجهان والأصح الحنث[٢].

قال السيوطي: " إنما يتجاذب الوضع والعرف في العربي أما الأعجمي فيعتبر عرفه قطعاً إذ لا وضع يحمل عليه، فلو حلف على بيت بالفارسية لم يحنث ببيت الشعر ولو أوصى لأقاربه لم يدخل قرابة الأم في وصية العرب ويدخل في وصية العجم " [٣].

- إن حلف أن لا يضع قدمه في الدار فدخلها راكباً أو ماشياً مذقولاً أو حافياً حنث ... كما لو دخلها ماشياً ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها فإن قدمه موضوعه على الدابة فيها فأشبه ما لو دخلها متنعلاً وعلى أن هذا في العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل اليمين عليه، فإن قيل هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه، قلنا المجاز إذا اشتهر صار من الأسماء العرفية فينصرف اللفظ بإطلاقه إليه كلفظ الراوية والدابة وغيرها " [٤].

- ومن حلف ألا يشرب ماء حنث بالمالح وإن لم يعتد شربه وأن لا يأكل خبزاً حنث بخبز الأرز [٥].

---

[١] الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٣٥.

[٢] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٤.

[٣] المصدر السابق، ص٩٥.

[٤] ابن قدامة، المغني، ج١، ص٣٠.

[٥] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- من نذر المشي إلى بيت الله فإنه يلزمه حجة أو عمرة ماشياً، إذا تعارف الناس على ذلك في الأيمان [١].

إجراء العقود بالعاميّة:

* بناءً على ما تقدم هل تعتبر اللغة العامية في العقود والتصرفات، بحيث يحمل كلام العوام على المعنى المتعارف بينهم؟

فقد ذكر الشيخ الزرقاء ذلك:

العرف اللفظي تنشأ به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها، وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية.

واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القبيل، فيحمل كلام الناس فيهما على معناه المتعارف بينهم، وقد يختلف فيه بلد عن آخر، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب.

وإن ما تفيده أساليب العوام البيانية من عقد، أو تعليق، أو تنجيز، أو إذن، أو إجارة، أو غير ذلك، هو معتبر وإن خالف مذاهب النحويين في قواعد اللغة الفصحى [٢].

وأشار ابن عابدين في رسالة العرف بقوله: مسألة اختلف فيها المتأخرون و هي انعقاد النكاح بلفظ التجويز بتقديم الجيم، وذكر تفصيل هذه المسألة ... لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة وصدرت عن قصد كان ذلك وضعاً جديداً فيصح [٣].

فاللغة العامية تعتبر في العقود والتصرفات، ويحمل كلام العوام على اللغة والمعنى المتعارف بينهم، فلا يضر من عامي إبدال الزاي جيماً. فهي قادرة على تعيين مراد المتكلم حسب المتعارف، فكلام العوام معتبر في تعيين مرادهم من الألفاظ.

وأختم بقول صاحب كنز الدقائق: " والأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا...، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت في العرف، كما أن

---

[١] السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص٨٤.

[٢] الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٥٦.

[٣] ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، ج٢، ص١٣٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العربي حال كونه من أصل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد إنه المراد بها " [١].

وذلك لأن المتكلم عندما يتكلم فإنه يقصد بكلامه المعاني المعروفة له دون غيرها، ولا شك أن هناك ألفاظاً كثيرة يستخدمها الناس بمعانيها العرفية المألوفة لديهم دون معانيها اللغوية الغائبة عن أذهانهم.

كما يقول القرافي في ذلك: " إن القاعدة أن كل متكلم له عرف فإن لفظه عند الإطلاق يحمل على عرفه " [٢].

---

[١] النسفي، **كنز الدقائق**، ج٤، ص٣٢٣.

[٢] القرافي، **الفروق**، ج٣، ص١١٨.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المبحث الثاني
فض النزاع والخلاف

المطلب الأول: تحديد الحقوق والالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: مراعاة العرف في القضاء والفتوى.

المطلب الثالث: استخدام القرائن العرفية كدليل من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها القضاء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني
فض النزاع والخلاف

للعرف دور كبير ومهم في الحياة العامة، ولا سيما في المعاملات المالية والالتزامات والعقود، كما ويتولى العرف فض النزاع، ورفع الخلاف بين الناس، و هو مصدر خصب ورئيسي في القضاء والفتوى، فلا بد للمفتي والقاضي من معرفة أحوال الناس وظروفهم وأعرافهم، والقرائن العرفية طريقة ودليل من أدلة الإثبات التي يعتمد عليها القضاء، وفي هذا المبحث محاولة لإبراز دور العرف ووظيفته في تلك الميادين والمجالات حيث يشتمل على ثلاثة مطالب، وهي:

المطلب الأول: تحديد الحقوق والالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: مراعاة العرف في القضاء والفتوى.

المطلب الثالث: استخدام القرائن العرفية كدليل من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها القضاء.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: تحديد الحقوق والالتزامات والعقود:

من المعلوم في المعاملات والالتزامات ذكر الأمور الجوهرية والمهمة في العقود والاتفاق عليها، وترك الأمور الجزئية والتفصيلات لأنه من العسير على الناس ذكرها، ولكن قد يثور نزاع وخلاف حال ترك هذه التفصيلات، فلرفع هذا الخلاف والنزاع يلجأ إلى العرف، فهو وسيلة من الوسائل لرفع الخلاف بين المتعاقدين، بحيث يتولى تحديد التصرفات في الأمور المسكوت عنها، وبيان مشتملاتها، ففي سكوت الناس عنها دليل على أنهم ارتضوا بالعرف وسيلة لبيان حكمها.

فالالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك، وأجرة إخراج البضاعة المبيعة من مستودعها وأجرة كيلها، أو وزنها لأجل تسليمها، وكلفة وزن الثمن أو نقله إذا كان مما يحتاج إلى كلفة، وأجرة قطع الثمار المبيعة على شجرها، كل ذلك إذا سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أولا في إلزام كل منهما بما تعورف أنه يلزمه.

فقد اعتبروا العرف في توزيع هذه الالتزامات على الطرفين مقدماً على الضابط الفقهي في توزيعها [١].

وكذلك الأمور التابعة للبيع، ومشتملات المبيع يقوم العرف بتحديدها، كما ترك للعرف أمر تسليم البضاعة والثمن وما يقوم عليه من أمور، ومثلها عقد الإجارة فكيفية الاستفادة منها وكيفية دفع الأجرة وغيرها من تفصيلات يتولى العرف بيانه.

---

[١] الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٦٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي مسألة رفع الخلاف والنزاع، فقد اعتبر الحنفية جريان العرف بنوع من الشروط برفع عنها صفة الفساد، ويجعلها شروطاً صحيحة ملزمة، يجب على الطرف الآخر الالتزام بها، وذلك لأنه مع تعارف الناس على تلك الشروط، تنتفي فيها علة النهي، و هي الزيادة التي لا يقابلها عوض، ووقوع النزاع بين المتعاقدين.

ذكر الدكتور الدريني في المناهج الأصولية: " أجاز الحنفية اقتران العقد بالشرط إذا جرى به العرف، لسببين:

الأول: لأن الشرط إذا كان مما جرى به العرف، لا يكون سبباً للنزاع، فتنتفي علة القاعدة.

الثاني: إن المتعاقدين يكونان على بينة من هذا الشرط مسبقاً، فلا بد أن يكون له اعتبار في حساب الثمن عند تعاقدهما، فيحصل التوازن في التزامات العقد، لانتفاء الغبن المتوقع حدوثه حالة عدم جريان العرف بهذا الشرط [١].

فتعارف الناس على هذه الشروط يجعل المتعاقد الآخر يقدر قيمة الشرط، فيضيفه إلى السعر أو الثمن، فلا يفاجأ به أحد المتعاقدين، لأنه من المتعارف عندهم، فلا يؤدي إلى نزاع.

يقول ابن عابدين: " إن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به و هو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث ".

فقد ورد في مجلة الأحكام: البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح، والشرط معتبر مثلاً لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهاره، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط.

ورد في شرح هذه المادة: إن الشرط متى كان متعارفاً فلا يكون باعثاً على النزاع، ويحصل الملك المقصود بغير خصام [٢].

يصح اشتراط إصلاح بعض الآلات الحديثة كالثلاجة والساعة والمذياع والغسالة على حساب البائع مجاناً حين العطب مدة معينة، عملا بالعرف، مع وجود النهي الشرعي عن بيع وشرط، لعدم إفادة النزاع في شأنه [٣].

---

[١] الدريني، **المناهج الأصولية**،
[٢] علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص١٥٩.
[٣] وهبة الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، ص١٠٠.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: مراعاة العرف في القضاء والفتوى

اتفق جمهور الفقهاء على أن على كل من المجتهد والقاضي والمفتي أن يراعي العرف في اجتهاده، وقضائه وفتواه [١].

يقول القرافي: " المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعي عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف " [٢].

فكل دعوى يكذبها العرف فهي مرفوضة وباطلة، يقول ابن قيم الجوزية: " وكل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة ... وهذا المذهب هو الذي ندين به ولا يليق بهذه الشريعة الكاملة سواه " [٣]، وهو ما تنص عليه قاعدة " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" [٤].

على المفتي والقاضي أن يحكما بما يناسب العرف ويلائمه لا أن يحكما على ظاهر المذهب، وهذا ما ذكره ابن عابدين بقوله: " قال في القنية ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف " [٥].

فلا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع، وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وإنه مخالف للنص أو لا ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل فإن المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس كما قدمناه فكذا المفتي، ولذا قال في آخر منية المفتي لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدى إليها لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة " [٦].

ويتضح من ذلك على أن ليس للمفتي الجمود على المنقول في الكتب من غير مراعاة الزمان وأهله، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أكثر من نفعه.

---

[١] القرافي، **تهذيب الفروع والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، هامش الفروق، ج١، ص٤٣

[٢] ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص١٤٠.

[٣] ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٣٥٢. الطرق الحكمية، ص٧٩.

[٤] الكاساني، **بدائع الصنائع**،ج٤، ص٨٤.

[٥] ابن عابدين، **مجموعة رسائله**، ج٢، ص١١٣.

[٦] المرجع السابق، ص١٢٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويؤخذ بالعرف في مجال الاجتهاد، ففي تقدير النفقة، فقد قدرها الشرع بالكفاية والنفقة تتجدد بتجدد الزمان، فإن اختلف الزوجان ولم يتراضيا في تقدير الواجب فيرجع في تقدير هذا الواجب إلى اجتهاد الحاكم، فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب، فد قال ابن قدامة : "ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم فيفرض للموسرة تحت قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها والمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة في حق أمثاله، وكذلك الأدم ... والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك، ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج، فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة [١].

وجميع الأمور التي ترك الشارع تقديرها ولم يبين أنواعها، يرجع فيها إلى الحاكم والقاضي والمفتي واجتهادهم.

[١] ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٥٦٦-٥٦٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث: استخدام القرائن العرفية كدليل من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها القضاء.

القرائن إحدى طرق الأثبات فلا بد لنا من معرفة الإثبات وطرقه، جاء في حاشية ابن عابدين: " أن طرق القضاء سبعة: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عنه، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به"[١].

فالقرينة القاطعة إحدى طرق الإثبات ودليل من أدلته، وفيما يلي بيان معنى الإثبات ثم بيان معنى القرينة.

الإثبات لغة:

ثبت الشيء ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت، ويقال: ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً فهو ثابت، إذا قام به.

وتقول: لا أحكم بكذا إلا بثبت أي بحجة، والثبت: الحجة والبينة، ويقال أثبت حجته أي أقامها وأوضحها وقوله: ثبت تطلق مجازاً على كل من كان حجة أي بثقة في روايته، فيقال فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات.

ومعنى الإثبات على هذا: إقامة الحجة وإعطاء الدليل وأما الأثبات بفتح الهمزة فهو جمع ثبت أي دليل وحجة[٢].

الإثبات في الاصطلاح:

هو إقامة الدليل على صحة أمر، و هذه الأدلة تعرف باسم البينات، أو الحجج، أو طرق القضاء[٣]. وهي كما سبق ذكرها عند ابن عابدين: البينة، الإقرار اليمين، النكول عنه، القسامة، علم القاضي، والقرينة القاطعة.

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج٥/٣٥٤.

(٢) لسان العرب، ج١، ص٣٤٦-٣٤٧

(٣) الفائز، إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م، ص ٣٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإثبات في القانون:

تأكيد الحق بالبينة. والمقصود بالحق في هذا التعريف حقيقة أي شيء، سواء كان لذلك أثر قانوني أم لا كالسفر والإقامة وأية مسألة علمية أو تاريخية.

والبينة: أي دليل وأي حجة، سواء كان ذلك شهادة شهود أو قرائن[١].

فالقرينة طريقة من طرق الإثبات التي يعتمد عليها القضاء فلا بد لنا من التعرض لها بشيء من التفصيل قبل الحديث عن القرائن العرفية واستخدامها كدليل إثبات يعتمد عليه القضاء، وفيما يلي بيان معنى الإثبات ثم بيان معنى القرينة لغة واصطلاحاً وشروطها وأقسامها.

القرينة لغة:

القرائن جمع قرينة والقرينة ما يدل على الشيء من غير الاستعمال فيه، يقال: قرن الشيء بالشيء وصله به، واقترن الشيء بغيره صاحبه[٢].

وتقارن الشيئان: تلازما ، قارنه مقارنة وقراناً: صاحبه واقترن به[٣].

وقارنته قرانا: صاحبته و هي مأخوذة من المقارنة، فعليه بمعنى المفاعلة، و هي مؤنث القرين والقرين الصاحب، وقرينة الرجل: زوجته لمصاحبته إياها، والقرينة ما يدل على المراد[٤].

والقرينة قسمان: حالية ومقالية، وقد يقال لفظية ومعنوية، فالحالية مثل أن تقول للمسافر" في كنف الله" فإن في العبارة حذفاً يدل عليه تجهزه المصاحب للسفر و هو القرينة الحالية، ومثال المقالية أن تقول: " رأيت أسداً يخطب" فإن المراد بالأسد رجل شجاع، ويدل على إرادة ذلك لفظ " يخطب" فهو قرينة مقالية"[٥].

---

(١) رسالة الإثبات أحمد نشأت ج١/٢٩ نقلا عن الإثبات بالقرائن في الفقه.

(٢) لسان العرب، ج٣/ ص٣٣٦.

(٣) لسان العرب، ج٣/ ٣٣٦، القاموس المحيط ٤/٢٥٨، المعجم الوسيط٢/ مختصر الصحاح، ص٥٣٣، الصحاح، ج٦/ ٢١٨٢.

(٤) لسان العرب، ج٣، ص٣٣٦.

(٥) كشاف اصطلاحات الفنون ج٣/ ١٢٢٨، نقلاً عن الإثبات بالقرائن الفائز ص ٥٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القرينة اصطلاحاً:

كما وردت في شرح مجلة الأحكام العدلية: القرينة القاطعة: هي الأمارة البالغة حد اليقين[١].

وكما عرفها الأستاذ الزرقاني في المدخل:

القرينة كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه و هي مأخوذه من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة[٢].

وعرفها الجرجاني: القرينة في الاصطلاح أمر يشير إلى المطلوب[٣].

القرينة في القانون:

دليل يقوم على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم[٤]. فعناصر القرينة ثلاثة[٥]:

١. أمر مجهول وهو الواقعة المطلوب إثباتها

٢. أمر معلوم: وهو الذي تقوم عليه القرينة، ويطلق عليه الفقه القانوني تعبير الإمارة.

٣. استخلاص الأمر المجهول من الأمر المعلوم يفيد قيام الأمر المجهول.

عرف الفقهاء القدامى القرينة بأنها الأمارة، وهذا تعريف بالمرادف، ولعل السبب في عدم تعريفها تعريفاً كاملاً هو وضوحها وعدم خفائها، وإذا رجعنا إلى تعريف الأمارة: و هو أنه ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول، كالغيم بالنسبة إلى المطر فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر، أمكننا أن نقول أن القرينة عند الفقهاء القدامى هي الأمارة المعلومة التي تدل على أمر مجهول على سبيل الظن على أن بعضهم يستعمل القرينة بمعنى العلامة، و هو استعمال غير دقيق،

---

(١) علي حيدر، درر الحكام، ص٤٨٤.

(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص ٩١٨.

(٣) الجرجاني، التعريفات، ص ١٥٢.

(٤) قانون المرافقات المدنية والتجارية/ رمزي سيف، ص ٣٦٤، نقلاً عن الإثبات بالقرائن، ص ٥٥.

(٥) الفائز، الإثبات بالقرائن، ص ٥٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإن العلامة لا تنفك ولا تنفصل عن الشيء كالألف واللام فإنها علامة على الإسم، ولا تنفك عنه بخلاف الأمارة، فإن الغيم قد لا يحصل منه المطر[١].

ونلاحظ توافق ما بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للقرينة حيث الموافقة والمصاحبة والعلامة، كما نلاحظ في معناها الوضوح وعدم الخفاء، فلا تحتاج إلى كثير تعريف.

شروط القرينة:

ويشترط في القرينة التي يجوز الاعتماد عليها الشروط التالية[٢].

١. أن يوجد أمر ظاهر ومعروف وثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال منه، لوجود صفات وعلامات فيه، ولتوفر الأمارات عليه.

٢. أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت وبين الأمر الذي يؤخذ منها وهو المجهول في بادئ الأمر، في عملية الاستنباط وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع بالتأمل والتفكير الناشئ عن عمق الذهن وقوة القريحة، وهذه الصلة بين الأمر الظاهر وبين ما يؤخذ منه تختلف من حالة إلى أخرى، ولكن يشترط أن تكون العلاقة قوية بينهما، وقائمة على أساس سليم ومنطق قويم ولا تعتمد على مجرد الوهم والخيال أو الصلة الوهمية الضعيفة، لأن المهم أن يكون لدى الإنسان علماً بالدعوى يكاد يشابه العلم الحاصل من طريق الشهود وغيرهم، وهذا يحصل من قوة المقارنة والمصاحبة.

أقسام القرينة:

دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتاً كثيراً: فقد تصل في القوة إلى درجة الدلالية القطعية وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال[٣]. وبناءً على هذا تنقسم القرائن إلى قسمين:

١. قرائن قوية (القاطعة)　　٢. قرائن ضعيفة (غير قاطعة).

---

(١) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٩، ١١٧.

(٢) الفائز، الإثبات بالقرائن، ص ٥٦.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص ٩١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١ـ القرينة القاطعة:

القرينة القاطعة هي: الأمارة البالغة حد اليقين.وهي القرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به[١].

ويسمونها القرينة القوية أو الأمارة الظاهرة[٢]. فقد تصل في القوة إلى درجة الدلالة القطعية، كالرماد أو الدخان، فإنهما قرينة قاطعة على وجود النار[٣].

ومثالها من القرآن الكريم:

قوله تعالى: " وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ" [سورة يوسف،٢٧] ، فتوصل بقد القميص إلى تمييز الصادق منهما من الكاذب و هو الدوث في أحد المتنازعين يبين وجه الحق وأولاهما به، وهو قرينة قوية على صدق أحدهما.

مثالها من السنة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير أن يقرر عم حُيي بن أخطب بالعذاب على إخراج المال الذي غيبه وادعى نفاذه فقال له: " العهد قريب والمال أكثر من ذلك" فهاتان قرينتان في غاية القوة، كثرة المال، وقصر المدة التي لا يحتمل إنفاق المال كله فيها.

ومثالها من فعل الصحابة:

ما ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يعاقب شارب الخمر إذا قاءها أو شُمَّت رائحتها بوضوح من فيه، وحكم بالحد على المرأة التي تيقن حبلها ولا زوج لها ولا سيد، لأن الجريمة متيقنة حينذاك، وقد اعتمد في إثبات الجرمية هنا على فكرة القرينة وحدها لأنها حاسمة في القطع لا تحتمل أي شبهة، إلا إذا ثبت بعد ذلك أنها كانت مكرهه أو نحو ذلك، فإن ثبوت ذلك حينئذ يعتبر شبهة يدرأ بها الحد، والحدود تدرأ بالشبهات.

---

(١) علي حيدر، درر الحكام، ص٤٨٤، مادة رقم (١٧٤١).

(٢) الفائز، الإثبات بالقرائن، ص٥٧.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي، ص ٩١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢.القرينة غير القاطعة

هي القرينة الضعيفة التي تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال، فلا يعتمد عليها وحدها في ترتيب الحكم بل لا بد من ضمها إلى دليل أو اجتماعها مع قرائن أخرى لتكتسب الحجية[١]. فالفقهاء يعتمدونها دليلاً أولياً يترجح بها زعم أحد المتخاصمين مع يمينه حتى يثبت خلافها ببينة أقوى.

مثالها: ما إذا وجد رجل مع امرأة غريبة عنه في مكان مظلم ولم يرَ أحد مما شاهدهما حدوث ما يستوجب إقامة الحد عليهما.

فإن مجرد وجودهما في موضع ريبة لا يكفي لإثبات الحد عليهما، وإنما يجب التعزير بما يناسب، و هذه القرينة لم يعتمد عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وحدها في ترتيب الحكم عليها، فقد ثبت أنه عزر رجلاً وجد مع امرأة بعد العتمة في ريبة بضربه دون المائة جلدة[٢].

فوجود الرجل مع المرأة في خلوة قرينة قوية على ارتكاب أمر محرم يستحق التعزير، وقرينة ضعيفة على ارتكاب جريمة الزنا.

ومن قبيل هذا النوع القرائن العرفية، فهي تعتبر من قبيل ما تسمى "الظاهر" أي ظاهر الحال، ودلالة الظواهر غير القطعية هذه هي قوتها الإثباتية أمام القضاء، فهي تعتبر مرجحات أولية لزعم من تشهد له من الخصمين حتى يثبت خلافها[٣].

تنقسم القرائن من حيث مصدر القرينة إلى ثلاثة أقسام[٤].

القرائن النصية، والقرائن الفقهية، والقرائن القضائية.

١. القرائن النصية: وهي التي ورد فيها نص من الكتاب أو السنة، وجعلها الشارع أمارة على شيء معين.

مثالها من القرآن الكريم: قوله تعالى: " سِيمَاهُمۡ فِي وُجُوهِهِم مِّنۡ أَثَرِ ٱلسُّجُودِ " [الفتح، ٢٩].

---

(١) الفايز، الإثبات بالقرائن.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي، ج٢، ٩٢٠.

(٤) الفائز، الإثبات بالقرائن.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث جعل سبحانه السيما و هي العلامة الظاهرة على وجوه بعض المؤمنين قرينة على كثرة الصلاة والتهجد وقيام الليل.

وقوله تعالى: " وَعَلَٰمَٰتٍۚ وَبِٱلنَّجۡمِ هُمۡ يَهۡتَدُونَ " [النحل،١٦].

حيث جعل سبحانه ما في السماء من نجوم وكواكب وأقمار، و ما في الأرض من جبال وسهول ووديان وأنهار، علامات وقرائن للاهتداء بواسطتها.

ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " [١]. حيث جعل الفراش قرينة لإثبات نسب الولد من الزوج صاحب الفراش.

ومثل اعتباره صلى الله عليه وسلم للقافة [٢] في إثبات نسب أسامه بن زيد رضي الله عنهما اعتماداً على قرينة الشبه، ومثال اعتباره صلى الله عليه وسلم لرضا البكر اعتماداً على قرينة صمتها.

ووضع العلامات التي تدل على الإيمان، ومنها: " إذا رأيتم الرجل يعتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان"[٣]، والعلامات التي تدل على النفاق منها: " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان"[٤].

وتسمى هذه القرائن بالقرائن الشرعية لنص الشارع عليها.

٢.القرائن الفقهية:

إن الفقهاء قد استخرجوا بعض القرائن وجعلوها أدلة على أمور أخرى، واستدلوا بها في الدعاوى وسجلت لهم في كتب الفقه والمؤلفات الخاصة، ويمكن أحياناً ضمها إلى القرائن الشرعية حيث أن القاضي يلتزم بالحكم بموجبها، إذا لم يكن مجتهداً مطلقاً فيمكن تسمية النوعين الأول والثاني بالقرائن الشرعية والفقهية لأن كلا منهما يلتزم القاضي بالحكم فيهما لورود النص عليهما.

---

(١) فتح الباري، ج١٢/٢٥، ٣٣، ٣٨.

(٢) القافة: هي إثبات النسب والحاق الولد بأبيه عن طريق الشبه.

(٣) سنن ابن ماجه، ج١/ ٢٦٣، كتاب المساجد والجماعات، الرقم ٨٠٢.

(٤) فتح الباري، ج١/ ٨٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من أمثلتها:

بيع المريض مرض الموت لوارثه إلا إذا أجازه باقي الورثة، وكذا بيعه لغير الوارث فإنه يبطل فيما زاد على ثلث مال البائع، لأن هذه التصرفات قرينة على إرادته الإضرار بباقي الورثة أو جميعهم.

٣. القرائن القضائية:

وهي التي يستنبطها القاضي بحكم ممارسته للقضاء ومعرفته للأحكام الشرعية، بذا تكون لديه ملكة يستطيع الاستدلال بها وإقامة القرائن في كثير من القضايا والدعاوي التي تعرض عليه، فيلاحظ العلامات، ويستخرج الأمارات من ظروف كل دعوى وملابساتها عن طريق الفراسة والفطنة والذكاء، ويصل إلى معرفة الحق، وتمييز الظالم من المظلوم والأمثلة على ذلك من أقضية التابعين وغيرهم كثيرة ومتنوعة، لكن يجب أن تحاط بالحيطة والحذر وعدم التعويل الكامل عليها، إلا ضمن القواعد والضوابط السليمة.

وتسمى هذه القرائن بالقرائن الاجتهادية.

مثالها: ما أخرجه البخاري ومسلم واللفظ له والنسائي وأحمد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " بينما امرأتان معهما إبناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داوود، فقضى به للكبرى فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام، فأخبرتاه فقال: أئتوني بالسكين أشقه بينكما فقالت الصغرى، لا يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى، قال أبو هريرة: والله إن سمعت بالسكين قط إلا يوم إذ ما كنا نقول إلا المدية"[١].

قال النووي رحمه الله: " ولم يكن مراده أن يقطعه حقيقة وإنما أراد اختبار شفقتها لتتميز له الأم، فلما تميزت بما ذكرت عرفها"[٢]. حيث فهم سليمان وفطن إلى أن رضا الكبرى بالشق قرينة على كذبها، واستنبط من قرينة رفض الصغرى لشقه واعترافها بأنه ابن الكبرى، على أن الولد ابنها وقدمه على اعترافها وهو قولها" هو أبنها " وأن عاطفتها برفض الشق قرينة قوية على صدقها وأن الولد إبنها. قال تعالى: " فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا " [الأنبياء، ٧٩].

---

(١) فتح الباري، ج١٢، ص٥٧. صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٢/١٨.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، ج١٢/١٨.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالقرائن القضائية قد تكون عقلية أو عرفية لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتيه[١]. وهذا النوع من القرائن هو محل بحثنا حيث القرائن العرفية كدليل من أدلة الإثبات.

القرينة العقلية: هي التي تكون النسبة بينها و بين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة [٢].

القرينة العرفية: هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً، وتتبدل بتبدلهما، كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى؛ فإنها قرينة على قصد الأضحية، وشراء الصائغ خاتماً فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة، فلولا عادة التضحية عند الأول، والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة[٣].

أقسام القرائن عند أهل القانون.

تقسم إلى قسمين: قرائن قانونية، وقرائن قضائية:

١. قرائن قانونية: وهي التي يستنبطها المقنن الوضعي مما يغلب وقوعه من الحالات فيبني عليه قاعدة ينص عليها، فلا يجوز للقاضي أن يذهب في تقديرها وإسقاطها من قوة الإثبات في الدعوى، بل هو ملزم بالأخذ بها وبما قرره القانون فيها، و هي ليست أدلة بمعنى الكلمة، وإنما تتضمن إعفاءً نهائياً من عبء الإثبات[٤]. وهي نوعان: قرائن قانونية مطلقة أو قاطعة، وقرائن قانونية غير قاطعة أو بسيطة.

---

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص ٩٢٣.

(٢) المرجع السابق، الزرقا، ج٢، ص٩١٩.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي، ج٢، ص٩١٩.

(٤) انظر: أصول قانون تحقيق الجنايات، د. محمد مصطفى القلقلي، ص ٣٨٧. الوسيط، ج٢، ص ٦٠٢، ٦٠٣، رسالة الإثبات أحمد نشأت، ج٢/ص٤٠٢ نقلا عن الإثبات بالقرائن، ص٦٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢. **قرائن قضائية: وهي استنباط القاضي لأمور مجهولة من أمور معلومة، وبعبارة أخرى القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها وتسمى أيضاً بالقرائن الموضوعية.**

وهي متعلقة بالوقائع، وهي تختلف حسب الظروف وأمرها متروك للقاضي[١]. وتعتبر دليلاً إيجابياً في الإثبات وإن كانت دليلاً غير مباشر، لأن الخصم يتوصل بها إلى إثبات دعواه [٢].

---

(١) انظر: السنهوري، الوسيط، ج٢/ ٦٠٢-٦٠٣، نقلاً عن الإثبات والقرائن، ص٦٥.

(٢) المرجع السابق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث
تحديد المقادير

قال السيوطي في الأشباه والنظائر: " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك: سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس، والطهر وغالبها، وأكثرها. وضابط القلة، والكثرة في الضبة، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها، وطول الزمان، وقصره في موالاة الوضوء، في وجه، والبناء على الصلاة في الجمع، والخطبة، والجمعة، وبين الإيجاب والقبول، والسلام، ورده والتأخير المانع من الرد بالعيب، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول، والأنهار المملوكة، إقامة له مقام الإذن اللفظي، وتناول الثمار الساقطة، وفي إحراز المال المسروق، وفي المعاطاة على ما اختاره النووي، وفي عمل الصناع على ما استحسنه الرافعي، وفي وجوب السرج، والإكاف في استئجار دابة للركوب، والحبر، والخيط، والكحل، على من جرت العادة بكونها عليه، وفي الاستيلاء في الغصب، وفي رد ظرف الهدية وعدمه، وفي وزن أو كيل، ما جهل حاله في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم- ، فإن الأصح إنه يراعي فيه عادة بلد البيع، وفي إرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً " [١] .

ويتضح من قول السيوطي أن العرف يعتبر مبيناً لنوع ومقدار ما كان مجملاً، وضابطاً لغير المنضبط، فهو معيار لتحديد مقدار الكثير من الأمور المطلقة والمجملة، والأمور غير منضبطة والتي لا يمكن ضبطها بمعايير ثابتة ومحددة فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، بل قد تختلف في الزمان الواحد.

وهذا ما أكده القرافي بقوله : " وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة " [٢].

تقدير النفقة:

حكم النفقة في الإسلام واجبة، وقد ورد بيان حكمها شرعاً ولكن الشارع لم يحدد مقدارها ولا نوعها بل ترك بيان ذلك للعرف لأن مقادير الطعام والكسوة متعارف عليها، فقام العرف بتعيينها.

---

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٠.

(٢) القرافي، الفروق، ج٣، ص٢٦٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال تعالى (وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ) [البقرة، ٢٣٣] .

قال ابن العربي في تفسيرها: " يعني على قدر حال الأب من السعة والضيق، كما في سورة الطلاق وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل، ولولا أنه معروف ما أدخله الله في المعروف " (١)، فبين الله عز وجل حق المولود في الرزق والكسوة، ولم يقدر بقدر معين بل أسند ذلك إلى العرف (٢).

ويقول الجصاص في تفسيرها: " وفي هذه الآية دلالة على توسيع اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلى تقدير النفقة بالمعروف، إلا من جهة غالب الظن وأكثر الرأي، إذ كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مَبنيّاً على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ العادة ليست مقصورة على مقدار واحد لا زيادة عليه ولا نقصان " (٣).

والمراد بالمعروف: القدر الذي عرف بالعادة إنه الكفاية (٤).

إن نفقة الزوجة تجب على زوجها في الاجتهاد الحذفي المتعارف المعتاد بين أمثالهما وبحسب حالهما غنىً وفقراً، فإن كانا من الأوساط، فنفقة الوسط، وإن كانا غنيين فنفقة الأغنياء، أو فقيرين فنفقة الفقراء، وهنا نجد عرف الناس في طراز المعيشة ومستواها قد فرض حدوداً شرعية لالتزام النفقة الذي أوجبه الشرع على الزوج (٥).

ويقول رشيد رضا في تفسير هذه الآية : " المعروف في هذه الآية وغيرها: المعهود بين الناس في المعاملات والعادات، ومن المعلوم بالضرورة، أنه يختلف باختلاف الشعوب والبيوت والبلاد والأوقات، فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء دون مراعاة عرف الناس مخالف لنص كتاب الله تعالى " (٦).

قال تعالى (وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ) [البقرة، ٢٤١] .

وقد نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (٥٥) على ما يلي: إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

---

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢، ص٣٠٢.
(٢) الطبري، جامع آي القرآن، ج٢، ص٥٩٣.
(٣) الجصاص، أحكام القرآن، ج١، ص٥٥١.
(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٣٨٣.
(٥) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٥٩.
(٦) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج٩، ص٥٣٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمعروف ما يتعارفه الناس بينهم، ويليق بهم بحسب اختلاف أصنافهم وأحوال معايشهم وشرفهم، ولا شك أن الآية تدل على الأخذ بعين الاعتبار العرف في المتعة المفروضة للمطلقة التي لم يبين لها مهر فيراعى حال المرأة فيها [١] .

قال تعالى (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا) [الطلاق، ٧] .

الإنفاق الذي أشارت إليه الآية الكريمة ليس له حد شرعاً، وهو متروك إلى العرف والعادة [٢]، فقد فرض الشارع وجوب النفقة والكسوة وترك تقدير ذلك لحاجة الرجل في عسره ويساره، فإذا طلبت المرأة من النفقة أكثر من المتعارف عليه لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار النفقة المعتادة لمثلها في العرف والعادة لا يجوز له ذلك وأجبر على نفقة مثلها [٣] .

ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان لما شكت إليه شح زوجها وإمساكه: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " [٤] .

قال القرطبي فيه اعتبار العرف في الشرعيات. وقال ابن المنذر وغيره: مقصودة بهذه الترجمة (ترجمة الباب من أجري أمر الأمصار ...) إثبات الاعتماد على العرف، وإنه يقضي به على ظواهر الألفاظ [٥]، فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي [٦]، فقال ابن حجر في شرحه لهذا الحديث: واستدل به على أن للمرأة مدخلاً في القيام على أولادها وكفالتهم والإنفاق عليهم وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع، ويقول الإمام الشافعي: " والمعروف نفقة مثلها ببلدها الذي هي فيه براً كان أو شعيراً أو ذرة، لا يكلف غير الطعام العام الذي ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك " [٧].

---

(١) المرجع السابق، ج٢، ص٤٣٠.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٨، ص١٧٠..

(٣) الجصاص، أحكام القرآن.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، ٣٤ كتاب البيوت، ٩٥ باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، حديث رقم (٢٢١١)، ص٤١٩.

(٥) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٤، ص٥١٣.

(٦) المصدر السابق، ج٤، ص٥١٤.

(٧) الشافعي، الأم، ج٥، ص١١٥.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الرابع
تغيير الأحكام

تختلف العوائد باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وتتغير بتغير الزمان والمكان، وعليه فتتغير الأحكام المبنية عليها لتغيرها، فتتغير الأحكام بتغير الأزمان والعادات، ولهذا الدور أهمية في بناء الأحكام التي مبنا ها العرف، وقد يخالف المتأخرون المتقدمين في الحكم لاختلاف أعرافهم وتأثرهم بها.

يقول الشاطبي في الموافقات : " إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن وبلد إلى آخر، ولذا فإنها لا يقضي بها البتة على من تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق، لأنها غير مستقرة في ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها " [١].

العرف يتغير ويختلف باختلاف الأزمان فلو طرأ عرف جديد هل للمفتي في زماننا أن يفتي على وفقه ويخالف المنصوص في كتب المذهب، وكذا هل للحاكم الآن العمل بالقرائن.. اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب في المسائل السابقة لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعرف وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه " [٢].

نماذج تطبيقية وأمثلة:

- المتقدمون من الحنفية لا يجيزون أخذ الأجرة على تعليم القرآن لأنه طاعة وكان للمعلين عطايا من بيت مال المسلمين وأفتى متأخرو الحنفية بجواز الأجرة لئلا يضيع القرآن بانشغال المعلمين بكسب العيش.
- لو عقد زوجان عقد الزواج ولم يصرحا بتأجيل المهر أو تعجيله يرجع للعرف في إقليمهم.
- كان أبو حنيفة لا يرى أن الشهادة تحتاج إلى تزكية الشهود لأن المسلمين كلهم عدول وهذا كان مناسباً لزمانه، فلما فسدت الذمم اشترط صاحباه السؤال عن الشهود لمعرفة عدالتهم.

---

[١] الشاطبي، **الموافقات**، ج٢، ص٢٩٧.
[٢] ابن عابدين، **مجموعة رسائله**، ج٢، ص١٢٦.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- من نذر المشي إلى بيت الله فإنه يلزمه حجة أو عمرة ماشياً إذا تعارف الناس على ذلك في الإيمان.

ونختم بقول القرافي: " إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعواض في البياعات، ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط فأسقطه "[١].

[١] القرافي، **الفروق**، ج١، ص١٧٦..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمـــــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على الهادي الأمين، وصحابته الأجلين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

١- يعتبر العرف من المصادر التبعية التي يعتمد عليها في بناء الأحكام.

٢- حتى يكون العرف معتبراً شرعاً وصحيحاً، لا بد من توافر شروط وتحققها، وهي: أن يكون مطرداً، أن يكون العرف قائماً ومقارناً أو سابقاً، ألا يكون مخالفاً للشرع.

٣- قامت الشريعة الإسلامية بمراعاتها للعرف واعتبرته في بناء كثير من الأحكام، ولا سيما في ميدان المعاملات والأحوال الشخصية.

٤- أقرت الشريعة الإسلامية الأعراف الصحيحة، وألغت الأعراف الفاسدة، وهذبت الأعراف التي تحتاج إلى تهذيب بما يتناسب مع مبادئها العامة.

٥- للعرف دور مهم ومرجع في تفسير الكلام، وبيان المراد من الألفاظ.

٦- يقوم العرف بتخصيص العام وتقييد المطلق.

٧- العرف يصرف الكلام عن حقيقته اللغوية، وينقله من المعنى اللغوي إلى معنى شرعي أو معنى عرفي.

٨- الحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية.

٩- العرف ينقل اللفظ من الصريح إلى الكناية، وبالعكس، ومعيار ذلك كثرة ظهور اللفظ في الاستعمال العرفي.

١٠- يعتبر العرف مبيناً وموضحاً لمراد التصرفات بشكل عام بين الناس، ولا سيما عند عدم وجود نص وشروط تنظم العلاقة بين الأفراد.

١١- تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال، لأن نسيان المعنى اللغوي وتبادر المعنى الاستعمالي عند إطلاق اللفظ دون قرينة هو الناقل للمعنى وليس التكرار.

١٢- يعتبر العرف معياراً وضابطاً لكثير من الأمور المطلقة والمجملة، التي تولى الشارع بيان حكمها وترك بيان مقاديرها وأنواعها للعرف.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٣- للعرف دور بالغ الأهمية في القضاء والفتوى، ورفع الخلاف والنزاع.

١٤- يعتبر العرف عند الأغلبية دليل من أدلة الإثبات التي يعتمد عليها في القضاء، كما ويعتبر مرجحاً للأقوال والبينات.

١٥- تغير الأحكام بتغير الأزمان له صلة بالعرف، فبتغير الأعراف تتغير تبعاً لها الأحكام.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس الآيات القرآنية حسب ترتيبها في الرسالة

الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
" وَيُدۡخِلُهُمُ ٱلۡجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمۡ "	محمد	٦	٦
" خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ "	الأعراف	١٩٩	١٤
" لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا "	الطلاق	٧	١٤ ٨١
" وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ"	البقرة	٢٣٣	١٤
" يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ "	النساء	١١	١٧
" وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلۡبَحۡرَ لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا "	النحل	١٤	١٧
" يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ "	النساء	١١	١٧ ٣٩
"وَهُوَ ٱلَّذِي سَخَّرَ ٱلۡبَحۡرَ لِتَأۡكُلُواْ مِنۡهُ لَحۡمٗا طَرِيّٗا"	النساء	١٤	٣٩
" لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ "	المائدة	٨٩	٤٠
" وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ "	البقرة	٢٣٣	٤٤

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
" وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ"	يوسف	٢٧	٧٣
" سِيمَاهُمْ فِى وُجُوهِهِم مِّنْ أَثَرِ ٱلسُّجُودِ "	الفتح	٢٩	٧٤
" وَعَلَـٰمَـٰتٍ ۚ وَبِٱلنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ "	النحل	١٦	٧٥
" فَفَهَّمْنَـٰهَا سُلَيْمَـٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا "	الأنبياء	٧٩	٧٦
" وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ"	البقرة	٢٣٣	٨٠
" وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ "	البقرة	٢٤١	٨٠

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الحديث	رقم الصفحة
" ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"	١٥
" خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف "	١٥+٨١
" العهد قريب والمال أكثر من ذلك"	٧٣
" الولد للفراش"	٧٥
" إذا رأيتم الرجل يعتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان "	٧٥
" آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان "	٧٥

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية.

- القرآن الكريم.

١. علي بن الكافي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢. إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٣. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، الطبعة العالمية، دار الكتب الجامعية، القاهرة.

٤. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المطبعة المصرية، ١٣٤٧هـ.

٥. أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد، ابن العربي، أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٧٤م.

٦. تقي الدين ابو الفتح أبو دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، بيروت.

٧. علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، بيروت، دار الكتب العلمية.

٨. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية.

٩. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٠. زين الدّين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض.

١١. محمد بن عمر بن مكي المعروف بابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ط١، ١٩٩٣م، مكتبة الرشد، الرياض.

١٢. أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٣. أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم الشاشي، أصول الشاشي مختصر في أصول الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٤. أمير عبد العزيز، أصول الفقه الإسلامي، دار السلام، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٦م.

١٥. بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

١٦. عبد المجيد محمود مطلوب، أصول الفقه الإسلامي، ط٢، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٧. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن، أصول الفقه الإسلامي، ط١، ١٩٩٦م، دار المسيرة، عمان.

١٨. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٨م.

١٩. محمد نبيل سعد الشاذلي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

٢٠. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر.

٢١. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط٢، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م.

٢٢. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، دار الفكر، بيروت.

٢٣. بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط١، ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م.

٢٤. مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية.

٢٥. علي بن أبي بكر بن عبد الخليل، المرغيناني، بداية المبتدئ، حققه حامد كرسوب ومحمد بحيري، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ط١.

٢٦. محمد بن أحمد أبي الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١، دار القلم، بيروت، ١٤٠٨هـ.

٢٧. عبد الملك بن عبدالله بن يوسف أبو المعالي الجويني، البرهان في أصول الفقه، المنصورة، مصر.

٢٨. إبراهيم بن محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢٩. عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بيروت، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ١٣١٣هـ.

٣٠. محمود بن أحمد أبو المناقيب الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٣٩٨هـ.

٣١. محمود جابر، بحث تخصيص العام بالعرف عند الأصوليين، دراسات، المجلد ٢٨، العدد ١، أيار ٢٠٠١ صفر ١٤٢٢.

٣٢. محمد غرايبة " تخصيص عام النص الشرعي بالعرف" ، منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١، العدد ١، شوال ١٤٤٦هـ/تشرين الثاني ٢٠٠٥م.

٣٣. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، معجم فلسفي منطقي صوفي فقهي لغوي نحوي، تحقيق الدكتور عبد المنعم الحفني، دار الرشاد.

٣٤. عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير (تفسير القرآن العظيم)، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.

٣٥. محمد رشيد رضا، تفسير المنار (تفسير القرآن الحكيم)، ١٩٧٢-١٩٧٩م.

٣٦. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٤، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٣٧. محمد بن أمير الحاج، التقرير والتحبير في شرح التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٨. تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع، شرح المهذب للشيرازي، دار عالم الكتب، الرياض.

٣٩. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، تنقيح الفصول في اختصار المحضول في الأصول، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.

٤٠. جمال الدين الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٤١. محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، مصطفى البابي الحلبي، بولاق، مصر، ١٣٥٠هـ.

٤٢. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، دار المعارف، مصر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤٣. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٤. الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وأيامه المشهور بـ (صحيح البخاري)، دار الفكر، ط١، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٤٥. شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت.

٤٦. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط٢، دار الفكر، بيروت.

٤٧. زين الدين قاسم بن قطلوبا الحنفي، خلاصة الأفكار وشرح مختصر المنار.

٤٨. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجيل.

٤٩. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبية، ط٢، المكتب الإسلامي، بيروت.

٥٠. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجُنة المناظر، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ-١٩٨٩م.

٥١. محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجة، سنن ابن ماجة بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، ط٣، دار المعرفة، بيروت.

٥٢. الإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٣. أبو محمد عبد الله بن حميد السالمي، شرح طلعة الشمس على الألفية بهجة الأنوار، ط٣، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

٥٤. محمد بن عبد الواحد السيواسي (ابن الهمام الحنفي)، شرح فتح القدير على الهداية، ط٣، دار الفكر.

٥٥. ابن النجار شيخ الإسلامي أبو البقاء الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحيلي، ط٢، مطابع جامعة أم القرى، ١٤١٣هـ.

٥٦. يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر، بيروت.

٥٧. محمد بن أبي بكر الزرعي، الطرق الحكمية، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥٨. مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، ط١، ١٩٨٦م، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس.

٥٩. أحمد فهمي أبو سُنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ط٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

٦٠. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم.

٦١. محمد بن محمود البابرقي، العناية شرح الهداية، بيروت، دار الفكر.

٦٢. الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، دار السلام، الرياض، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٦٣. الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراسة من علم التفسير.

٦٤. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت.

٦٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت.

٦٦. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦٧. محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي، المنارة للبحوث والدراسات، آل البيت، المجلد ١٠، العدد ١، صفر ١٤٢٥هـنيسان ٢٠٠٤م.

٦٨. عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، مؤسسة نبع الفكر، ط١، ١٩٧١م.

٦٩. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت.

٧٠. النسفي، كنز الدقائق.

٧١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت.

٧٢. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.

٧٣. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت.

٧٤. محمد بن أحمد شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٧٥. محمد أمين ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، طبع المكتبة الهاشمية، دمشق.

٧٦. يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، طبعة دار الفكر، بيروت، ١٣٤٨هـ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧٧. عبد الحق بن غالب بن عطية، المحرر الوجيز، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.

٧٨. فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٧٩. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، عني بترتيبه محمود خاطر، دار الحديث.

٨٠. كامل موسى، المدخل إلى التشريع الإسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

٨١. محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه، ط٤، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

٨٢. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت.

٨٣. عبد الرحمن الصابوني، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي.

٨٤. سليمان بن عبد الله الكردي الإزميري، مرآة الأصول شرح مرقاة الأصول، دار الطباعة العامرة.

٨٥. محمد بن عبد الله المشهور بالحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت.

٨٦. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، وبهامشه فواتح الرحموت للعلامة عبد العلي محمد الأنصاري، بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للشيخ محب الله بن عبد الشكور، دار الفكر، بيروت.

٨٧. الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٨٨. شهاب الدين أبو العباس آل تيمية الفقيه الحنبلي، وأحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني، المسودة في أصول الفقه.

٨٩. أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي أبو الطيب، المعتمد في أصول الفقه، اعتنى بتهذيبه وتحقيقه محمد حميد الله، بتعاون محمد بكر حسن، دمشق، ١٣٨٤هـ-١٩٩٤م.

٩٠. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، بتحقيق وضبط: عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٩١. المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، دار إحياء التراث الإسلامي.

٩٢. موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، بيروت.

٩٣. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى شرح معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٩٤. **محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.**

٩٥. **سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت.**

٩٦. **بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد، وزارة الأوقاف والمقدسات الإسلامية، الكويت، ط٢.**

٩٧. **إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت.**

٩٨. **أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح الشيخ عبد الله دراز، وضع تراجمه محمد عبد الله دراز، خرج آياته وأحاديث عبد السلام عبد الشافعي، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.**

٩٩. **محمد بن محمد أبي عبد الله المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.**

١٠٠. **جماعة من العلماء تصدرها وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.**

١٠١. **محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السعود، دار المنار.**

١٠٢. **عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.**

١٠٣. **جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، نهاية السول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.**

١٠٤. **محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار.**

١٠٥. **علي بن ابي برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي**،ط١، المكتبة الإسلامية، بيروت.

١٠٦. عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، ط٧، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١٠٧. وهبة الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، دار الفكر، ط٢، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

١٠٨. **أحمد ياسين القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، بحث منشور في مجلة دراسات، مجلد ٣، العدد ١، ربيع أول ١٤٢٨هـ، آذار، ٢٠٠٧.**

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الملخص باللغة الإنجليزية

The little " custom and it's function and application in Islamic law " is consisted of introduction, two major chapters and conclusion.

Introduction:

The researcher wrote about the importance of the subject and the method he committed.

Chapter one:

The researcher identified custom, explain the difference between custom and habit, the legality of custom and their guide lines, the conditions of considering them.

Chapter two:

The researcher talked about the importance role of custom in life, especially in financial matters.

It is considered as one of the important methods which helps to sort out disputes and conflicts between people.

This important role played by custom, depends on the interpretations of the text, and the text leads to. The scholars depend on custom to find out people's intentions and their aims.

It is believed that the role played by custom is extended to all fields of life and, therefore, it is essential for all Judges and Scholars to have a good understanding of this role.

conclusion:

The important results and ideas the researcher found out.

Thank God Always

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

أ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com