

## العُرْفُ وَأَثَرُهُ فِي الفِقهِ الإِسْلَامِيِّ

- بَابُ المَعَامَلَاتِ نَمُودَجًا -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصّص: الفقه المقارن وأصوله

الأستاذ المشرف:

أ.د/ بلاعة العمري

إعداد الطالبين:

- شموري نصير.

- بوقفالة علي.

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ جمادي المسعود	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
أ.د/ بلاعة العمري	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفاً مقررأ
د/ مباركي نور الدين	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنأ

## العُرْفُ وَآثَرُهُ فِي الفِقهِ الإسلاميِّ

- بَابُ المَعَامَلَاتِ نَمُوذَجًا -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصّص: الفقه المقارن وأصوله

الأستاذ المشرف:

أ.د/ بلاعة العمري

إعداد الطالبين:

- شموري نصير

- بوقفالة علي

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ جمادي المسعود	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
أ.د/ بلاعة العمري	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفاً مقررأ
د/ مباركي نور الدين	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنأ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [سورة الأعراف، الآية: 199]

## الإهداء

نُهدي هذا العمل إلى الوالدين، أنعم الله بالصّحة والعافية على من كان حيًّا منهم. ورجم من كان ميتًا.

إلى زوجتيّنا الفاضلتين على صبرهما ونُصحهما وبذلهما.

إلى أولادنا وبناتنا الذين صبروا على بُعدنا طيلة مشوارنا الدّراسي.

إلى كلّ من له فضل علينا، من مشايخنا، وأساتدتنا الذين أناروا طريقنا بالعلم طيلة مراحلنا التّعليميّة.

## شكر وتقدير

نحمد الله العليّ القدير حمدًا كثيرًا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على أن يسّر لنا إتمام هذا البحث، فله الحمد والشكر.

تقديرًا للمعروف وإقرارًا بالفضل لأهله، فإننا نتوجّه بالشكر الخالص إلى الأستاذ الدكتور: العمري بلاعة، الذي تفضّل علينا بقبول الإشراف على إنجاز هذه المُذكرة، وتكرّم علينا بنصائحه، وتوجيهاته، وملاحظاته القيّمة، ونسأل الله له التوفيق والسداد.

كما نتقدّم بعبارات الشكر والامتنان إلى القائمين على قسم العلوم الإسلاميّة، وكلّية العلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة بجامعة محمّد بوضياف - المسيلة - من أساتذة ومسيّرين ومؤطّرين.

## مختصرات البحث

الرقم	الرمز	مدلول الرمز
01	﴿ ﴾	للآيات القرآنية
02	(( ))	لمتن الحديث النبوي
03	" "	نقل الكلام العادي
04	د م ن	دون ذكر مكان النشر
05	د ت ن	دون ذكر تاريخ النشر
06	د ط	دون طبعة
07	د ن	دون ذكر الناشر
08	د	دكتور
09	ج	الجزء
10	ص	الصفحة
11	ط	الطبعة
12	ت	توفي

## مقدمة

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على هادي البشرية، ومنقذ الإنسانية من الضلال والضياع، المبعوث رحمة للعالمين، عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، وبعد:

فقد منّ الله على عباده بالدين السّمح القويم، والشريعة الواضحة الجليّة، التي تمتعت بالشمولية لكلّ مناحي الحياة البشريّة، وكلّ الأزمنة الخالية والآتية، فعالجت كلّ أمر صغير وكبير، ولم تترك شيئا إلا بينته وأوضحته، وتُرك فيها المجالّ للاجتهاد في ما استجدّ، على ألا يخرج عن نسقها ولا يحيد عن قواعدها، ولا يتعدّى مبادئها وأسسها، وما ذلك إلا لامتيازها بالمرونة والديمومة، وهذا مراعاة لمصالح العباد وأحوالهم، وإن تبدّلت أوقاتهم وأمصارهم، ولم تحدّ عن أعرافهم وعاداتهم إلا في ما يكون فيه فسادهم وهلاكهم.

إنّ أعراف النّاس وعاداتهم لها سلطان على النفوس، وتحكّم في العقول، ومتى رسخت اعتبرت ضرورة من ضرورات الحياة التي لا يستغنى عنها، وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدّين، فيرون أنفسهم ملزمين باعتماقها، والجري على سننها، ولما كان لهذا العرف أهميّة وسلطان على النّاس، فإنّ الشّارع الحكيم قد جعل العرف أساسا يرجع إليه في كثير من الأحكام، طالما كان محقّقا لمصالح النّاس، ولا يصادم نصوص الشريعة وقواعدها، وفي هذا رفع للحرص والمشقة، لأنّ عدم مراعاة أعراف النّاس التي اطمأنت إليها نفوسهم، وقبلتها طباعهم يوقعهم في الحرج والمشقة، وما جاء الإسلام إلا ليرفع الحرج ويدفع المشقة، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج، الآية: 78].

إنّ إعمال العرف، وجعله مصدرا من مصادر التشريع يأتي في سياق تحقيق المقصد الشرعيّ للأحكام بالتيسير على النّاس من جانب، وحفظ حقوق البشر من جانب آخر، وضبط المعاملات وحفظها من الضياع من جانب ثالث.

وفي هذا البحث سنتناول العرف كمصدر من مصادر التشريع، ومدى تأثيره في الأحكام الشرعية، مع التمثيل ببعض الفروع الفقهية في باب المعاملات.

**أولا: أهميّة الموضوع**

تتبع أهميّة البحث من عدّة أمور:

- كونه يبحث في العرف الذي يُعدّ أصلاً من أصول الفقه، ومُستنداً لكثير من الأحكام العمليّة في شتى أبواب الفقه، وله سلطانه في الكشف عن كيفية تطبيق الأحكام.
- كثرة الأعراف والعادات المنتشرة بين النَّاس في مختلف معاملاتهم التي يتعاملون بها.
- العرف كان وسيبقى باباً واسعاً لنموّ التشريع وتطوّره لأنّه يتّفق مع واقع النَّاس، ومقتضيات العصر، ويمدّ الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم، ويرشدهم إلى مقاصد النَّاس وتصرفاتهم.

### ثانياً: إشكالية البحث

يعتمد التشريع الإسلاميّ على مصادر متعدّدة، يستند إليها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعيّة، ومصادر التشريع على نوعين؛ مصادر أصليّة، ومصادر تبعيّة. فالمصادر الأصليّة هي التي لا تتوقّف دلالتها على الأحكام على دليل آخر، وهي القرآن والسنة، ومصادر تبعيّة وهي التي تتوقّف دلالتها، واعتبارها على غيرها، ومنها العرف. ولقد جاء هذا البحث ليجيب عن الإشكاليّة المحوريّة الآتية: ما مدى اعتبار العرف كمصدر للتشريع؟ وما مدى تأثيره على الأحكام الفقهية المتعلقة بمسائل النكاح والمعاملات الماليّة؟ وتحيط بهذه الإشكالية تساؤلات فرعيّة، أهمّها:

- ما حقيقة العرف؟ وما هي تقسيماته؟ وما الأدلّة التي تدلّ على حجّيته واعتباره؟
- هل من شروط تُراعى في اعتبار العرف؟
- ما هي وظائفه ومجالات إعماله؟

### ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع

#### أ. الأسباب الذاتية

- يجمع هذا الموضوع بين علم الفقه وأصوله والقواعد الفقهية، مما يتيح لنا فرصة البحث في كتب أصول الفقه، وكتب الفقه، وهما علمان لا غنى لطالب العلم عنهما.
- هذا الموضوع يشمل جانباً تطبيقياً واقعياً في التعرف على مدى تأثير العرف على أحكام المعاملات في جانبها: الأحوال الشخصيّة، والمعاملات الماليّة.
- تتناول العرف في حصّة من حصص الأعمال الموجهة لمقياس أصول المذهب المالكي حفّزنا للتوسّع في هذا الموضوع.

#### ب. الأسباب الموضوعيّة

- أهميّة موضوع العرف في حياة النَّاس، حيث يتناول الكثير من شؤون حياتهم، والكثير من الأمور الشرعيّة التي أحالها الشارع بحكمته إلى العرف والعادة ليناسب حالهم وزمانهم.

- اختيار باب المعاملات دون غيره من أبواب الفقه يرجع لكون المعاملات قوام المجتمع، والدّعمة الأولى في بنائه، وأحال الشّرع الكثير من أحكامها إلى العرف.

#### رابعاً: أهداف الموضوع

الهدف الرئيس من الدّراسة هو بيان مكانة العرف بوصفه مصدراً من مصادر التّشريع، والكشف عن أثره في الفقه الإسلاميّ، ويتفرّع عن هذا الهدف الأهداف الجزئية الآتية:

1. تبيان حقيقة العرف وأقسامه.
2. تأصيل حجّة العرف، وصحة الاستدلال به في الأحكام الشرعية.
3. جمع كلام الأصوليين في العرف مع الرّبط والتّحليل والتّمثيل، والخروج بنظرة كلية متكاملة عن العرف عند الأصوليين، تبين أثره في استنباط الأحكام ونواحي هذا التأثير.
4. الرّبط بين التّنظير الأصولي والتّطبيق الفقهيّ، من خلال تخريج بعض التّطبيقات الفقهية للعرف.

#### خامساً: الدّراسات السابقة

من خلال البحث والاطّلاع وجدنا مجموعة من الدّراسات التي تتناول موضوع العرف، أهمّها:

- 1- العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التّشريع الإسلاميّ، للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنّة، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة الأستاذية من الجامع الأزهر، نوقشت عام 1941م.
- 2- أثر العرف في التّشريع الإسلاميّ، للأستاذ الدكتور السيّد صالح عوض، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر الشّريف، نوقشت عام 1969م.
- 3- العرف وأثره في الشّريعة والقانون، للأستاذ الدكتور أحمد بن عليّ سير المباركي، وهي رسالة قدّمها للمعهد العالي للقضاء لنيل درجة ماجستير، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، نوقشت عام 1392هـ.
- 4- أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، أحمد رشاد عبد الهادي، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة ماجستير، بجامعة الخليل، نوقشت عام 2013م.
- 5- العرف والعمل في المذهب المالكيّ، ومفهومها لدى علماء المغرب، للأستاذ عمر عبد الكريم الجيديّ، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة دكتوراه، من دار الحديث الحسنية بالمغرب، طبعت عام 1982م.

- 6- أثر العرف في عقود المعاوضات الماليّة، دراسة فقهية مقارنة، طلال أحمد مجلي الجلابنة، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة ماجستير من جامعة آل البيت، نوقشت عام 2020م.
- 7- أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة، دراسات تطبيقية مقارنة، إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، وهي رسالة تقدّمت بها لنيل درجة ماجستير، من جامعة أمّ القرى، نوقشت عام 2003م.
- 8- أثر العرف في كتاب النّكاح، عبد الله بن عبد الرّحمن بن عبد الله الحمدان، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة ماجستير من جامعة محمّد بن سعود، نوقشت عام 1426هـ.
- 9- المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، دراسة تأصيلية تطبيقية موازنة، مشعل بن حمود بن فالح النّقيعي، وهي رسالة تقدّم بها لنيل درجة دكتوراه، من جامعة أمّ القرى، نوقشت عام 1436هـ.

**والملاحظ على هذه الدراسات أنّ الاهتمام الأوّل في بعضها كان متّجهاً إلى النّاحية الأصولية النظرية، أمّا الجانب التطبيقي فكان تبعاً. وبعضها الآخر تناول الأمثلة التطبيقية من جميع الأبواب الفقهية دون تخصيص بابٍ بعينه. في حين بعضها الآخر خصّص الجانب التطبيقي للأحوال الشخصية فقط أو المعاملات الماليّة فقط. ويأتي هذا البحث ليتناول العرف من النّاحية الأصولية، وأثره في المعاملات بقسميها؛ الماليّة، والأحوال الشخصية.**

#### سادساً: المنهج المتّبع

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الاستقرائي، من خلال تتبّع الأقوال والأدلة والمسائل المتعلقة بالعرف في الشريعة الإسلامية. وقرّنا ذلك بالمنهج التحليلي، وذلك بتحليل الأدلة والآراء الفقهية المتعلقة بأثر العرف ومناقشتها واختيار الرّاجح منها. كما اعتمدنا المنهج الوصفي، وذلك عند التعريف بالعرف وما شاكله من ألفاظ ومصطلحات، وكذا في تصوير مسائل المعاملات.

#### سابعاً: منهجية البحث

1. عزو الآيات القرآنية، وذلك بذكر اسم السّورة ورقم الآية في المتن.
2. تخريج الأحاديث النبوية والآثار من مظانّها عند أوّل موضع تردّد فيه في البحث.
3. ما نستشهد به من كلام العلماء والباحثين ننقله بنصّه وحرفه، ونميّزه بعلامة التنصيص "...".
4. عند حذف الكلام من النّصوص المنقولة حرفياً نضع ثلاث نقاط ...
5. شرح بعض المصطلحات الغريبة والغامضة.

6. ذكر معلومات المصدر أو المرجع عند أول استعمال له، وذلك بذكر عنوان الكتاب ثم اسم المؤلف، التحقيق إن وجد، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر، تاريخ النشر، رقم الجزء إن وجد، رقم الصفحة.

7. عند استعمال كتاب في موضعين متتاليين في نفس الصفحة، لا يفصل بينهما استعمال كتاب آخر، نورد عبارة المصدر نفسه أو المرجع نفسه، ثم نردف برقم الجزء والصفحة.

8. وضع خاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

9. تذييل البحث بفهارس عامة.

### ثامنا: خطة البحث

للإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المذكورة سابقا، اعتمدنا خطة تكوّنت من مقدّمة وفصلين وخاتمة، وتفصيلها كالآتي:

- مقدّمة: اشتملت على أهميّة الموضوع وسبب اختياره وإشكاليته، وأهدافه، وأهمّ الدّراسات السابقة، وصعوبات البحث ومنهجه والمنهجية المتّبعة فيه.

- الفصل الأوّل: وهو فصل نظريّ تأصيليّ، تناولنا فيه العرف كمصدر من مصادر التشريع، وقسمناه إلى مبحثين:

المبحث الأوّل: بُنية العرف (حقيقته، وتمييزه عن المصطلحات المشابهة، وأقسامه) وفيه مطلبان:

• المطلب الأوّل: حقيقة العرف وتمييزه عن المصطلحات المشابهة.

• المطلب الثاني: أقسام العرف.

المبحث الثاني: حجّية العرف، واعتباره في الشريعة الإسلامية.

• المطلب الأوّل: حجّية العرف، وشروط اعتباره.

• المطلب الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بالعرف.

• المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف.

- الفصل الثاني: هو فصل تطبيقيّ، عُني بأثر العرف في مسائل المعاملات، وفيه مبحثان:

المبحث الأوّل: أثر العرف في مجال الأحوال الشخصية.

• المطلب الأوّل: أثر العرف في الزّواج.

• المطلب الثاني: أثر العرف في الرّضاع والطلاق.

المبحث الثاني: أثر العرف في مجال المعاملات المالية.

• **المطلب الأول:** أثر العرف في البيع.

• **المطلب الثاني:** أثر العرف في الإجارة والوكالة.

- **خاتمة:** أبرزنا فيها أهمّ النتائج التي توصل إليها البحث، وبعض التوصيات.

**تاسعا: الصعوبات**

واجهتنا في إنجاز هذا البحث جملة من الصعوبات، لعلّ أهمّها ما يلي:

- ضيق الوقت، بسبب التزاماتنا المهنية في قطاع التربية والتعليم. ممّا صعّب علينا التفرغ لإنجاز البحث.

- مباحث العرف منثورة في الكتب الأصولية والفقهية وكتب القواعد الفقهية، وهو ما يورث عناء في جمعها وتمحيصها وصياغتها في موضوع واحد متكامل.

- تشعب الموضوع وصعوبة حصر بعض مواضيعه، وكثرة الآراء والاجتهادات خاصّة في مجال إعمال العرف.

وفي خاتمة هذه المقدّمة نسأل الله التوفيق والسداد، وأن يتقبّل منّا هذا العمل المتواضع، وأن يجعله مفيدا نافعا. وصلّى اللهمّ على سيّدنا محمّد، وآله وصحبه. والحمد لله ربّ العالمين.

# الفصل الأوّل

## العرفُ أصلٌ من أصول التشريع الإسلاميّ

ويشتمل على مبحثين:

- المبحث الأوّل: بُنية العُرف (حقيقته وتمييزه عن المصطلحات المشابهة، وأقسامه).
- المبحث الثاني: حجّية العرف، واعتباره في الشريعة الإسلاميّة.

## المبحث الأول: بُنية العرف

إنّ البحث في موضوع العرف وأثره في الفقه الإسلاميّ، يحتاج إلى بيان بُنية العرف، من خلال تعريفه، وتمييزه عن بعض المصطلحات التي تشابهه، وذكر أقسامه.

### المطلب الأول: حقيقة العرف وتمييزه عن المصطلحات المشابهة

نتناول في هذا المطلب تعريف العرف لغة واصطلاحاً، والعلاقة بينه وبين المصطلحات المشابهة له، ونقسّمه إلى فرعين.

### الفرع الأول: تعريف العرف

#### أ. لغة

العين والزاء والفاء (ع ر ف) أصلان صحيحان يدلّ أحدهما على تتابع الشيء متّصلاً ببعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فمن الأوّل عُرْفُ الفرس، وسُمّي بذلك لتتابع الشعر عليه. ويُقال: جاءت القطا عُرْفًا عُرْفًا، أي بعضها خلف بعض<sup>1</sup>.

وفي معنى قوله تعالى: ﴿وَأَلْمَسَتْ عُرْفًا﴾ [سورة المرسلات، الآية:1] ، قيل الملائكة إذا أُرسِلت كعُرف الفرس يتبع بعضهم بعضاً، وقيل الرياح إذا هبّت شيئاً فشيئاً<sup>2</sup>.

والأصل الآخر المعرفة والعرفان، تقول عَرَفَ فلان فلانا عِرْفَانًا ومَعْرِفَةً، وهذا أمر معروف، يدلّ على سكونه إليه، لأنّ مَنْ أنكر شيئاً توحّش منه، ونبا عنه.

ومن المعنى الثاني: العرف الزائحة الطيّبة، لأنّ النفس تسكن إليها، يقال: ما أطيّب عِرْفَهُ! قال تعالى: ﴿وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا لَهُمْ﴾ [سورة محمد، الآية:6] أي طيّبها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، 1399هـ، ج4، ص281.

<sup>2</sup> ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق حكمت بن بشير، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1431هـ، ج7، ص454.

<sup>3</sup> ابن فارس، المصدر السابق، ج4، ص281.

والعرف والعارفة والمعروف واحد، ضدّ النكر، وهو كلّ ما تعرفه النفس من الخير، وتبسأ به<sup>1</sup>، وتطمئنّ إليه. والمعروف الجود، وقيل: هو اسم ما تبذله وتُسديه<sup>2</sup>.

ومن خلال هذا يتبين أنّ معنى العرف في اللغة يدور حول سُكون النفس والتتابع على الشيء.

### ب. اصطلاحاً

تعددت تعريفات العلماء القدماء منهم والمُحدّثين للعرف، فمنهم من اقتصر على بيان ماهية العرف وحقيقته، ومنهم من أضاف الإشارة إلى بعض شروطه، ومنهم من أضاف تقييده بالصحيح دون الفاسد. ومن هذه التعريفات:

- تعريف الإمام النّسفي: "العادة والعرف ما استقرّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطّباع السّليمة بالقبول"<sup>3</sup>.

- تعريف ابن عطية: "العرف هو كلّ ما عرفته النفوس ممّا لا تردّه الشّريعة"<sup>4</sup>.

ومن تعريفات المعاصرين نذكر:

- تعريف السيّد صالح عوض: "العرف ما استقرّ في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطّباع السّليمة بالقبول، واستمرّ الناس عليه ممّا لا تردّه الشّريعة وأقرتهم عليه". وذكر أنّه قصد بهذا التعريف جميع الشروط المعتبرة في العرف<sup>5</sup>.

- تعريف مصطفى الزرقا: "العرف عادة جمهور قوم في قول أو فعل"<sup>6</sup>.

ويؤخذ على تعريف الإمام النّسفي، أنّ ظاهر صياغة التعريف ليست كاشفة عن أقسام العرف، وما يتناولها من قول أو فعل، ثمّ إنّ هذا الحدّ غير مُحرّر، إذ لو كان المراد به العرف المعتبر شرعاً لكان وصف الطّباع بالسّليمة غير كاف للخروج من هذا الإيراد، بل لا بدّ من تقييد ذلك بعبارة "ممّا لم

<sup>1</sup> أي تأنس إليه. (ابن فارس، المصدر السابق، ج1، ص249).

<sup>2</sup> ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج9، ص239.

<sup>3</sup> ابن عابدين: محمّد أمين أفندي (ت: 1252هـ)، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مطبوع ضمن مجموع رسائل ابن عابدين، دار سعادت، إسطنبول، (د ط)، 1325هـ، ج2، ص114.

<sup>4</sup> ابن عطية: أبو محمّد عبد الحقّ بن غالب (ت: 546هـ)، المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشّافي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1422هـ، ج2، ص491.

<sup>5</sup> السيّد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ص52.

<sup>6</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ، ج2، ص872.

تردّه الشريعة" ليكون العرف معتبرا. وإذا أُريد بهذا الحدّ مطلق التعريف للعرف، ليدخل الصحيح والفاقد، فما فائدة وصف الطّباع بالسّليمة؟

أمّا تعريف ابن عطية وإن لفت النظر إلى تقييد العرف بالمعتبر شرعا، إلا أنّ فيه دورا ظاهرا، وإحالة بيان معنى العرف إلى ما عُرِف<sup>1</sup>.

ويؤخذ على تعريف الزّرقا أنّه عرّف العرف بالعادة، وفيه دورٌ عند من يقول بترادفهما<sup>2</sup>، كما يمكن أن يناقش من الناحية اللغويّة، إذ أنّ لفظ "القوم" لا يصدق على النساء إلاّ تبعا للرجال، وعليه فإذا وُجد عُرِف خاصّ بالنساء، فإنّ هذا التعريف لا ينسحب عليه، أو قلّ لا يشمل<sup>3</sup>.

ولولا خلوّ تعريف السيّد صالح عوض من التلميح لأقسام العرف لكان أجمع تعريف. وعليه فهو التعريف الذي نختاره. وشرّحه في ما يأتي<sup>4</sup>:

- ما: يشمل كلّ عُرِف.

- استقرّ في النفوس: يخرج عنه ما حصل بطريق النّدره، ولم يعتده الناس، فإنّه لا يعدّ عُرِفا.

- واستحسنه العقول: يخرج به ما استقرّ في النفوس من جهة الأهواء والشبهات، وما استقرّ بسبب خاصّ كفساد الألسنة.

- وتلقته الطّباع السليمة بالقبول: يخرج به ما لم تتلقاه الطّباع السليمة بالقبول، وتلقته الطّباع غير السليمة بالقبول، كاعتبار مظاهر الشّهوات والإباحة عُرِفا.

- واستمرّ الناس عليه: يخرج به العُرِف الذي لا يستمرّ العمل به، ويتبدّد أو يتغيّر.

- ممّا لا تردّه الشريعة: يخرج به العُرِف الذي يخالف نصوص الشريعة وأحكامها، كالتعامل بالرّبا في البنوك.

والملاحظ أنّ هناك صلة بين المعنى اللغويّ والاصطلاحيّ للعُرِف، إذ العرف بالمعنى اللغويّ يعني تتابع الشيء متّصلا ببعضه ببعض، كما يتضمّن معنى السكون والطّمأنينة، وكما ذكرنا أنّ هذين

<sup>1</sup> عادل بن عبد القادر قوته، العرف حجّيته وأثره في فقه المعاملات الماليّة عند الحنابلة، المكتبة المكيّة، السّعوديّة، ط1، 1997م، ص96، 97.

<sup>2</sup> عادل بن عبد القادر قوته، المرجع نفسه، ص102.

<sup>3</sup> مصطفى عبد الرّحيم أبو عجيله، العرف وأثره في التشريع الإسلاميّ، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ط1، 1986م، ص62.

<sup>4</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص52-53، أحمد فهمي أبوسنّه، العرف والعادة في رأي الفقهاء - عرض نظريّة في التشريع الإسلاميّ - رسالة للحصول على درجة الأستاذية من الجامع الأزهر، مطبعة الأزهر، (د ط)، 1947م، ص8-9.

المعنيين واردة في التعريف الاصطلاحي للعرف، إذ أنّ ما جرى استعماله بين العقلاء، وتتبعوه واستحسنوه رسخ في نفوسهم واطمأنت إليه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز العرف عن المصطلحات المشابهة

يستعمل الفقهاء مصطلح العرف تارة ومصطلح العادة تارة أخرى، فوجب تحديد العلاقة بينهما، كما وجب تمييز العرف عن الإجماع وما جرى به العمل.

#### أولاً: العلاقة بين العرف والعادة

##### أ. العادة لغة

العين والواو والدال أصلان صحيحان، يدلّ أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب<sup>2</sup>. والمبحوث هنا هو الأصل الأول. تقول: عاد إليه يعود عوداً وعوداً: رجع<sup>3</sup>.

والعادة الدربة في الشيء، وهو أن يتمادى في الأمر حتى يصير له سجية<sup>4</sup>.

والعادة: الدين، والدّين: الدأب والاستمرار على الشيء. قال الراغب: "والعادة اسم لتكرير الفعل والانفعال، حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية"<sup>5</sup>.

وجمع العادة: عادّ وعادات وعوائد سُميت بذلك لأنّ صاحبها يُعاودها، أي يرجع إليها مرّة بعد أخرى<sup>6</sup>.

##### ب. العادة اصطلاحاً

اختلفت تعريفات العلماء القدماء والمُحدّثين لمصطلح العادة، وهذا الاختلاف مبني على اختلاف نظرهم إلى العلاقة التي تربط بين العادة والعرف، نُورد بعض هذه التعريفات لنستنتج منها اتجاهات العلماء في التقريب بين العادة والعرف.

<sup>1</sup> محمد منصور، ونور الدين مناني، "أثر العرف في أحكام الصداق، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري"، مجلة الشهاب، الجزائر، المجلد 8، العدد 2، 2022م، ص367.

<sup>2</sup> ابن فارس، المصدر السابق، ج4، ص181.

<sup>3</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج3، ص315.

<sup>4</sup> الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (ت: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص219.

<sup>5</sup> الأصفهانبي: أبو القاسم الحسين بن محمد (ت: 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1412هـ، ص594.

<sup>6</sup> الفيومي: أحمد بن محمد بن علي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص36.

- **تعريف ابن عابدين:** "العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرّرها ومعاودتها مرّة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول، مُتَلَقَّاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفيّة، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق<sup>1</sup>، وإن اختلفا من حيث المفهوم<sup>2</sup>"<sup>3</sup>.
- **تعريف القرافي:** "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"<sup>4</sup>.
- **تعريف ابن أمير حاج:** "العادة هي الأمر المتكرّر من غير علاقة عقليّة، والمراد: العرف العملي"<sup>5</sup>.
- ج. **العلاقة بين العرف والعادة:**

يتبيّن من خلال التعريفات السابقة، أنّ للعلماء في العلاقة بين العرف والعادة ثلاثة اتجاهات:

- **الاتجاه الأوّل:** أنّ العادة والعرف مترادفان، فمن رأى التلازم والمساواة بينهما عزّف العادة بتعريف العرف ذاته، ولم يفرّق بينهما، وهذا ما يلاحظ في تعريف ابن عابدين والقرافي، وممّن ذهب إلى هذا الاتجاه أيضاً: الإمام النّسفي، عليّ حيدر، الجرجاني، ومن المعاصرين: السيّد صالح عوض، عبد الوهّاب خّلاف، محمّد أبو زهرة<sup>6</sup>.

- **الاتجاه الثاني:** يرى أنّ بين العرف والعادة عموم وخصوص مطلق، والعرف أعمّ، بحيث إذا أطلق لفظ العرف، شمل القولّي والفعليّ، بينما إذا أطلق لفظ العادة اقتصر على العرف العمليّ، وهذا ما يظهر في تعريف ابن أمير حاج، وذهب إلى هذا الاتجاه ابن الهمام الحنفيّ.

- **الاتجاه الثالث:** يرى أنّ بين العرف والعادة عموم وخصوص مطلق، والعادة أعمّ، وذلك أنّ العادة قد تكون فردية وقد تكون جماعية، والعرف لا يصدق إلاّ على العادة الجماعية، فكّل عرف عادة،

<sup>1</sup> (الما صدق): يقصدون به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ، إذ يتحقّق فيها مفهومه الذهنيّ (عبد الرحمن حبنكة، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، دار القلم، دمشق، ط4، 1414هـ، ص45-46).

<sup>2</sup> المفهوم هو: المعنى الذهنيّ الذي يثيره اللفظ في الأذهان، واللفظ دلالة كلامية عليه. (عبد الرحمن حبنكة، المصدر نفسه)

<sup>3</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص114.

<sup>4</sup> القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، شركة الطّباعة الفنيّة المتّحدة، ط1، 1393هـ، ص448.

<sup>5</sup> ابن أمير حاج: محمّد بن محمّد بن محمّد (ت: 879هـ)، التقرير والتّحبير على كتاب التّحرير، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1318هـ، ط1، ج1، ص282.

<sup>6</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص114. عليّ حيدر، درر الحكام في شرح مجلّة الأحكام، تعريف، فهمي الحسيني، دار الجيل، (د م ن)، ط1، 1411هـ، ج1، ص44، الجرجاني: عليّ محمّد بن عليّ (ت: 816هـ)، التّعريفات، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1403هـ، ص146. السيّد صالح، المرجع السابق، ص61. عبد الوهّاب خّلاف (ت 1375هـ)، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، عن الطبعة الثامنة لدار القلم، (د ط)، (د ت ن)، ص89. محمّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربيّ، (د ط)، (د م ن)، (د ت ن)، ص273.

وليس كلّ عادة عرفاً. واختار هذا الاتجاه الأستاذ أحمد فهمي أبو سنّه<sup>1</sup>، وصرّح به الدكتور وهبه الزحيلي في تعريف العرف، حين قال: "العرف ما اعتاده النَّاسُ، وساروا عليه، من كلّ فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاصّ، لا تألفه اللّغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعيّة"<sup>2</sup>.

والواقع أنّ المنتبّع لأقوال الفقهاء يُوقن بالمساواة بين العرف والعادة في الاستعمال، بدلالة أنّهم أنابوا اللّفظين أحدهما عن الآخر، فعبروا بالعرف تارة، وبالعادة تارة أخرى، وأحياناً جمعوا بين اللّفظين، فقالوا: العرف والعادة، كما أنّهم أجرّوا العادة والعرف في بناء الأحكام عليهما عند التّفريع، فهم عندما يقولون "العادة محكّمة" و"العرف كالشرط" فمرادهم العادة والعرف الذي يُعتبر في بناء الأحكام الشرعيّة، والنّاظر إليهما من هذه الحيثيّة يجدهما مترادفين على معنى واحد<sup>3</sup>.

## ثانياً: العلاقة بين العرف والإجماع

### أ. تعريف الإجماع لغة

الإجماع الإحكام والعزيمة على الشّيء، وأجمّع أمره أي جعله جميعاً بعد ما كان متفرّقاً. والإجماع أن تُجمع الشّيء المتفرّق جميعاً، فإذا جعلته جميعاً بقي جميعاً، ولم يكد يتفرّق، كالرأي المعزوم عليه المُمضى<sup>4</sup>.

### ب. تعريف الإجماع اصطلاحاً

يختلف الأصوليون في تعريف الإجماع اختلافاً كثيراً، تبعاً لاختلافهم في كثير من مسائله، المتعلقة بأركانه، وشروطه وأحكامه، وليس هذا مجال بحثنا، ولذلك سيتمّ الوقوف على تعريف، يسهل معه التفريق بين العرف والإجماع. ونختار تعريف ابن الهمام: "الإجماع اتّفاق مجتهدٍ عصرٍ من أمّة محمّد ﷺ على أمر شرعيّ"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> وهبة بن مصطفى الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ، ج2، ص828.

<sup>3</sup> مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، المرجع السابق، ص74، السّيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص61.

<sup>4</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج8، ص57-58.

<sup>5</sup> ابن أمير حاج، المصدر السابق، ج3، ص80.

## ج. الفرق بين العرف والإجماع:

- من خلال ما سبق في تعريف العرف والإجماع، يظهر الفرق بينهما جلياً في الأمور الآتية<sup>1</sup>:
- الإجماع لا يكون إلا من المجتهدين في عصر من العصور، ولا دخل للعامّة في تكوينه، بينما العرف لا يشترط فيه أهلية الاجتهاد، وإنّما يتكوّن من تعارف النّاس على اختلاف طبقاتهم، عامّتهم وخاصّتهم.
  - العرف كما يتحقّق بتوافق النّاس جميعاً، يتحقّق أيضاً بتوافق غالبهم، أي أنّ شذوذ بعض الأفراد عمّا عليه العرف، لا ينقضه، ولا يحول دون اعتباره، وليس كذلك الإجماع، لأنه لا يتحقّق إلاّ باتّفاق جميع المجتهدين في عصر، والمخالفة من بعضهم مانعة من تحقّقه واعتباره.
  - الحكم الذي يستند إلى الإجماع الصّريح يكون كالحكم الذي يستند إلى النّص، ولا مجال للاجتهاد فيما فيه نصّ أو إجماع. أمّا الحكم الذي يستند إلى العرف، فإنّه يتغيّر بتغيّر العرف، وليست له قوّة الحكم الذي سنده النّصّ أو الإجماع.
  - حجّيّة الإجماع عامّة للنّاس جميعاً، ويلزم كلّ العصور حتّى اللاحقة، بينما العرف حجّيّته قاصرة على من تعارفوا عليه.
  - العرف قد يكون فاسداً، كما لو تعارف النّاس على أمر محرّم، مصادم للنّصّ، بخلاف الإجماع فإنّه لا يمكن أن يكون فاسداً، لأنّه مبنيّ أساساً على دليل شرعيّ، ولأنّ هذه الأمّة لا تجتمع على ضلالة.
  - الإجماع قد يكون في محلّه نصّ دالّ على الحكم، بينما محلّ العرف ليس فيه نصّ دالّ عليه.

## ثالثاً: العلاقة بين العرف والعمل

لكي تتجلى العلاقة بين العرف والعمل، لا بدّ أولاً من تحديد مفهوم العمل. إذ أنّ هذا اللفظ اختلف مفهومه عند العلماء الذين ورد عنهم.

فمفهومه عند مالك هو عمل أهل المدينة خاصّة، فإذا قال "ليس على هذا العمل" أو "لم يزل ذلك من عمل النّاس" أو "ما أعرف شيئاً مما أدركت عليه النّاس"، فإنه يقصد عمل أهل المدينة، الذي كان النّاس سائرين عليه، في عصره وقبله، وعلى ذلك يكون مالك في تعابيره، واصفاً لعمل بلده،

<sup>1</sup> عبد العزيز خياط، نظريّة العرف، مكتبة الأقصى، عمّان، (د ط)، 1397هـ، ص 31-32. محمّد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعيّة بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج 1، ص 328. إلهام عبد الله عبد الرّحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسات تطبيقية مقارنة - ، أطروحة لنيل درجة ماجستير، تخصّص: الفقه وأصوله، جامعة أمّ القرى، كليّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، السّعوديّة، 2003م، ص 45-46.

وما اعتاده قومُه، وتعارفوه وساروا عليه، لأنّ ما يذكره، لا يتعلّق بقول أهل المدينة ولا بنقلهم، وإنّما هو متعلّق بما جرى به عملهم<sup>1</sup>.

وهو يتحدّث عن عصره، فيكون العمل الذي وصفه هو بمثابة العرف الذي يوجد في مكان ما، يُحكّم عند ذويه. ثمّ إنّ العمل الذي كان شائعاً في المدينة على عهد مالك، لم يكن على نمط واحد، وإنّما كان فيه ما هو معمول به دائماً، أعني أكثرياً، ومنه ما كان معمولاً به، ولكنّه قليل، فهو تماماً بمثابة العرف العام أو العرف الخاصّ.

وعلى هذا فإنّ عمل أهل المدينة هو عُرف تسلسل العمل به عبر الأجيال تبعاً لا اجتهاداً، حتى ينتهي إلى عهد الرسول ﷺ<sup>2</sup>.

هذا هو مفهوم العمل عند الإمام مالك، إلّا أنّه مع مرور الزّمان، وانتشار المذهب المالكيّ في الغرب الإسلاميّ، تطوّر هذا العمل، وظهر بمفهوم آخر يختلف عمّا كان عليه عند الإمام مالك، فالعمل كما استقرّ عليه الرّأي عند المغاربة:

- هو العدول عن القول الرّاجح، أو المشهور في بعض المسائل، إلى القول الضعيف فيها، رعياً لمصلحة الأمّة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعيّة.

- أو هو حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه، من غير أن يكون كلّ ما حكم به قاض جرى به العمل.

- أو هو: اختيار قول ضعيف، والحكم والإفتاء به، وتماؤل الحكّام والمفتين على العمل به لسبب اقتضى ذلك.

والسبب قد يكون درء مفسدة، أو جريان عُرف في الأحكام التي مستندتها العرف، أو تحقيق مصلحة<sup>3</sup>. وبهذا المفهوم فإنّ العرف والعمل قد يتداخلان، بأن يكون باعث العمل الفتوى، أو الحكم بما العرف جارٍ به، أو اطّراد التزام العمل، وشيوع القول به، حتّى يصير عُرفاً.

وعلى هذا يُحمّل ما جاء من نُقول عن العلماء في تعبيرهم عن أحدهما بما هو مفهوم الآخر. وذكّروهم العرف مُصاحباً للعمل ومرادفاً له، فيقولون: هذه المسألة جرى بها العرف والعمل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عمر بن عبد الكريم الجديّ، العرف والعمل في المذهب المالكيّ ومفهومها لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمديّة، المغرب، (د ط)، 1982م، ص 325-326.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 326، 329، 330، 333.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 342.

<sup>4</sup> عادل قوته، المرجع السّابق، ص 121. عمر بن عبد الكريم الجديّ، المرجع نفسه، ص 394.

وقد ورد العمل في كلام الإمام أحمد بمعنى العرف، فقد جاء في المغني حول حديث (العربُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءُ، إِلَّا حَائِغًا<sup>1</sup> أَوْ حَجَّامًا<sup>2</sup>)<sup>3</sup>: قيل لأحمد: كيف تأخذ به، وأنت تضعفه؟ قال: "عليه العمل". قال ابن قدامة: "يعني أنه ورد موافقا أهل العرف"<sup>4</sup>.

لكن مع هذا يظهر أنّ بين العرف وما جرى به العمل فرقين أساسيين، هما:

- ما جرى به العمل خاصّ بالعلماء، أمّا العرف فإنّه يشمل عامّة النّاس، علماء وغيرهم.
  - العمل خاصّ بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف، فهو أعمّ وأشمل من ذلك<sup>5</sup>.
- وعليه فإنّ العرف هو أحد الأسس التي يُبنى عليها ما جرى به العمل، وليس هو كلّ الأسس.

### المطلب الثاني: أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام مختلفة، وباعتبارات متعدّدة، فهو ينقسم باعتبار موضوعه ومتعلّقه إلى عُرْفِ قَوْلِيٍّ وَعُرْفِ عَمَلِيٍّ، وباعتبار شيوعه إلى عُرْفِ عَامٍّ وَعُرْفِ خَاصٍّ، وباعتبار موافقته للتّشريعة أو مخالفته لها إلى عُرْفِ صَحِيحٍ وَعُرْفِ فَاسِدٍ، وباعتبار ثبوته واستقراره إلى عرف ثابت وعرف متبدّل، كما يُقسّم باعتبار واضعه (من يصدر عنه) إلى عُرْفِ الشّارع وَعُرْفِ الاستعمال. وفي ما يلي تفصيل لهذه التّقسيمات.

### الفرع الأول: أقسام العرف باعتبار موضوعه ومتعلّقه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عُرْفِ قَوْلِيٍّ وَعُرْفِ عَمَلِيٍّ.

أ. العرف القولي (اللفظي): يصطلح الأصوليون على تسمية العرف القولي بالحقيقة العرفية<sup>6</sup>.

والعرف القولي هو أن يشيع بين النّاس استعمال بعض الألفاظ أو التّراكيب في معنى معيّن، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حاك الثّوب، يحوّكه خوّكا وجياكا وجياكة: نسجه. والحيّاكة: حرّفته. (ابن منظور، المصدر السّابق، ج10، ص418).

<sup>2</sup> الحَجْم: مصّ الدّم بعم المحجمة، والحجّام، من يفعل ذلك، وحرّفته الحجامّة. (ابن منظور، المصدر نفسه، ج12، ص117).

<sup>3</sup> أخرجه البيهقي (ت: 458هـ) في سننه، كتاب النكاح، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة، رقم (13886)، تحقيق عبد الله التّركي، مركز هجر للبحوث، القاهرة، ط1، 1432هـ، ج14، ص170. قال البيهقي: ضعيف.

<sup>4</sup> عبد الله بن قدامة (ت: 620هـ)، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التّركي، وعبد الفتّاح محمّد الحلّو، دار عالم الكتب، الرّياض، ط3، 1417هـ، ج9، ص395.

<sup>5</sup> يُنظر: عادل قوته، المرجع السّابق، ص121.

<sup>6</sup> رقية طه جابر، أثر العرف في فهم النّصوص - قضايا المرأة أنموذجاً -، دار الفكر، دمشق، ط1، 1424هـ، ص42.

<sup>7</sup> مصطفى الزّرقا، المرجع السّابق، ج2، ص875.

فهو تعارف النَّاس على إطلاق لفظ على معنى غير معناه اللغوي، وذلك كتعارفهم إطلاق لفظ "الولد" على الذكر دون الأنثى، مع أنه في اللغة شامل للنوعين<sup>1</sup>. وكاستعمال لفظ "البيت" في بعض البلدان بمعنى "الغرفة" وفي بعضها بمعنى "الدار" بجملتها.

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية كان ذلك من قبيل المجاز، وليس في شيء من العرف اللفظي الذي يعتبر كُلفَة وضعيّة خاصّة، تصبح معانيها حقائق عرفيّة تستفاد من مجرد اللفظ<sup>2</sup>.

وطريق تكوين العرف القولي هو الاتّفاق على هجران المعنى الأصلي، ونقل اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرّر الشائع إلى المعنى الثاني، حتّى إنهم إذا أطلقوه في مخاطباتهم كان حقيقة عرفيّة، لأنّه لفظ مستعمل فيما وُضع له في عرف التّخاطب<sup>3</sup>.

والنقل العرفي ليس خاصًا بالكلمة المفردة، بل هو شامل لها وللمركّبات من الجمل والأساليب، فالعرف القولي نوعان: أحدهما: في المفردات، وثانيهما: في المركّبات. وضابط النقل العرفي في المركّبات هو: "أن يكون شأن الوضع اللغوي تركيب لفظ مع لفظ، ثمّ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره"<sup>4</sup>. ومن أمثلة العرف القولي في المركّبات:

- قول الحالف: "والله لا أضع قدمي في دار فلان"، فإنّه يحنث بدخولها راكبًا وماشيًا وحافيًا ومنتعلا، لأنّ ما عبّر به، يُطلق في العرف ويراد به إرادة عدم الدّخول مطلقًا<sup>5</sup>.

- الأحكام المضافة إلى الأعيان، نحو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية 23]، وقوله تعالى: ﴿أَحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ [سورة المائدة، الآية 1] فإنّ المعنى الحقيقي لها لغة تعلق الأحكام بالأعيان الواردة فيها، وقد استعملها العرف في التّكليف بالأفعال المقصودة منها، بشهادة الاستقراء، فإنّ المتبادر إلى الأفهام عرفًا من هذه الأمثلة؛ تحريم مسيس الأمّهات في الأوّل، وحلّ أكل بهيمة الأنعام في الثاني<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمّد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 326.

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 876.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص 18.

<sup>4</sup> القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس (ت: 654هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج 1، ص 171.

<sup>5</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ص 256.

<sup>6</sup> القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج 1، ص 171، أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص 18.

## ب. العرف العملي

العرف العملي هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية<sup>1</sup>. والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية، مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب، واللبس والركب والحرث والزرع ونحو ذلك. والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها، كالنكاح والبيع والإبراء، وكالغصب والقبض والأداء<sup>2</sup>.

فمن أمثلة العرف في الأفعال اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن أو المعز أو البقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات، ونحو ذلك.

ومن أمثلة العرف في المعاملات: البيع بالمعاطاة، وتقديم جزء من المهر وتأخير باقيه، ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا كمية من الماء، والتعارف على أن توصيل الأغراض للبيت على البائع<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: أقسام العرف باعتبار شيوعه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى قسمين؛ عرف عام وعرف خاص.

## أ. العرف العام

عرّفه ابن عابدين بقوله: "هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً"<sup>4</sup>.

والمراد بقوله "عامة أهل البلاد": جميعهم أو أغلبهم.

وال"أهل" في لفظ "البلاد" للعهد، والمعهود هو البلاد الإسلامية، إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامه، ولا يعول على عرفه.

والمراد بقوله "قديماً": أي في عصر الرسالة والاجتهاد.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص876. عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص35.

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ج2، ص876-877. عبد العزيز خياط، المرجع نفسه، ص35.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص19. السيد صالح عوض، المرجع السابق، ص126. مصطفى الزرقا، المرجع السابق،

ج2، ص877. عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص35. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص326.

<sup>4</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ج1، ص125.

والمراد بقوله: "حديثاً": أي ما تعورف عليه في عصور التقليد اللاحقة<sup>1</sup>.

فالعرف العام هو الذي يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم، وقد يكون قولياً أو فعلياً.

ومن أمثلة العرف العام القولي: استعمال لفظ الطلاق في إزالة العصمة الزوجية، وإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع، مع أنها في اللغة لكل ما يدب<sup>2</sup>.

ومن أمثلة العرف العملي: بيع المعاطاة والاستصناع، واعتبار الأدوات المتعلقة بعجلات السيارة تابعة لها في البيع، مثل الزافعة والمفكات، واستعمال كمية من الماء بأجرة محددة<sup>3</sup>.

### ب. العرف الخاص

العرف الخاص هو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى<sup>4</sup>. والعرف الخاص قد يكون قولياً أو فعلياً.

فمن أمثلة العرف الخاص القولي: الألفاظ المصطلح عليها في الشرع كالصلاة والصوم والحج، والألفاظ التي يصطلح عليها أهل العلوم، كاستعمال النحاة لألفاظ الرفع والنصب والجر، واستعمال الأصوليين ألفاظ المطلق والمقيّد والعام والخاص، وكذلك اصطلاح أرباب الحرف والصناعات، والتي يريدون بها عند إطلاقها معانيها الاصطلاحية دون اللغوية.

ومن أمثلة العرف الخاص العملي: عرف التجار فيما يُعدّ عيباً وما لا يعدّ، وعرف المحامين في تأجيل بعض الأجور أو تعليقها على نجاح الدعوى، وأعراف المزارعين بشأن استغلال الأراضي وما يُزرع في أرض دون غيرها<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: أقسام العرف باعتبار موافقته للشرعية أو مخالفته لها

ينقسم العرف بأنواعه المتقدّمة إلى قسمين؛ عرف صحيح وعرف فاسد.

<sup>1</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع السابق، ص 99. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 141. مصطفى عبد الرّحيم أبو عجيلة، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص 33.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 878. عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع السابق، ص 99. عبد العزيز خياط، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> عبد العزيز خياط، المرجع نفسه. أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق ص 20. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 140.

### أ. العرف الصحيح

هو ما تعارفه الناس، وليست فيه مخالفة لنص شرعي، ولا إجماع، ولا تقويت لمصلحة ولا جلب لمفسدة<sup>1</sup>.

ويكون العرف صحيحا إذا تحققت فيه شروط اعتباره شرعا، مما يجعله موافقا لقواعد الشريعة ونصوصها، فلا يُحلّ محرّما، ولا يُحرّم حلالا<sup>2</sup>.

ومن أمثله تقديم هدايا الخطوبة، وقسمة المهر إلى مُعجّل ومؤجّل، والاحتكام إلى العرف في الأيمان والنذور والطلاق. وكذا تعارفهم في إطلاق لفظ على معنى عرفي غير معناه اللغوي<sup>3</sup>.  
ومن أمثله ما تقدّم ذكره في التقسيمات السابقة.

### ب. العرف الفاسد

هو ما تعارفه الناس ممّا يُخالف أدلّة الشرع، ويصادم قواعده وأصوله<sup>4</sup>.

ومن أمثله تعارف الناس على بعض العقود الربويّة، والتعامل بها في المصارف، واختلاط الرجال بالنساء في المناسبات العامّة، وحرمان المرأة من الميراث، وما يفعله الناس في الاحتفال بالمولد النبويّ، والمنكرات في الأفراح<sup>5</sup>.

فإن كان العرف مناقضا لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أصول ومبادئ وأحكام ثابتة، كان عرفا فاسدا، لا يُلتفت إليه، ولا يُعتبر، بل يجب إنكاره، والعمل على إزالته من المجتمع، إذ أنه خالف نصوص الشريعة ومقاصدها، والشريعة حاکمة لا محكومة.

### الفرع الرابع: أقسام العرف باعتبار ثبوته وتغيّره

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف ثابت، وعرف متبدّل.

<sup>1</sup> عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص37. السّيد صالح عوض، المرجع السابق، ص142.

<sup>2</sup> محمّد سالم التّعيمي، "العرف في الشريعة، مفهومه، حجّيته، أنواعه، شروطه، أهمّيته"، مجلّة مداد الآداب، العدد التاسع والعشرون، (د م ن)، (د ت ن)، ص664.

<sup>3</sup> عصام صبحي شيرير، "العرف وأثره في مرونة الشريعة الإسلامية"، مجلّة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد الأول، العدد الأول، غرداية، 2017م، ص273.

<sup>4</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ج2، ص116. عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص37. السّيد صالح عوض، المرجع السابق، ص142. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص326. محمّد أبو زهرة، المرجع السابق، ص274.

<sup>5</sup> عبد العزيز خياط، المرجع نفسه. السّيد صالح عوض، المرجع نفسه. محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه. عصام صبحي، المرجع السابق، ص273. أحمد الصّويعيّ شليبيك، العرف وأثره في الأحوال الشخصيّة في الفقه الإسلاميّ، والقانون الكويتي، مجلّة كلية القانون الكويتيّة، العدد الرابع، ديسمبر 2020م، ص211.

## أ. العرف الثابت

العرف الثابت ما استقرّ عليه العمل في جميع الأعصار، من أقوال أو أفعال، ولا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والأحوال. كوجود شهوة الطعام والشراب والمسيب<sup>1</sup>.

ومن العرف الثابت: العرف الشرعي، وهو ما أقرّه الدليل الشرعي، أو نهى عنه، أو أذن فيه فعلا أو تركا. كجعل الدية في القتل الخطأ على العاقلة<sup>2</sup>.

## ب. العرف المتبدل

هو الذي يتبدل ويتغير، ويختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، والأحوال. ويكون سببا لحكم شرعي، فيختلف الحكم ويتغير بتغيره، سواء كان العرف قولاً أم فعلاً. فمن أمثلة التبدل في الأقوال اختلاف الألفاظ في التعبير عن المقصود وفهمه منها، ومن أمثلة التبدل في الأفعال تعارف قبض نصف الصداق قبل الدخول<sup>3</sup>.

وأصل الاصطلاح في هذا التقسيم للإمام الشاطبي، حيث قسم العرف إلى عرف شرعي، وعرف غير شرعي.

فالعرف الشرعي هو الذي كلف به الشرع، أمراً أو نهياً، أو أذن فيه فعلاً أو تركاً، وحكمه أنه ثابت ما دامت السماوات والأرض. والعرف غير الشرعي هو الذي لم يتناوله الدليل الشرعي بإثبات أو نفي، فهو ينقسم إلى ثابت أو متبدل.

قال الإمام الشاطبي: "العوائد المستمرة ضربان؛ أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي، أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، وهي ثابتة أبداً، مثل الأمر بإزالة النجاسات والطهارة للمناجاة، وستر العورات، والنهي عن الطواف بالبيت الحرام حال العري، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس، فلا تبدل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً، حتى يقال مثلاً: إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه، وغير ذلك، إذ لو صح مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل، فرفع العوائد الشرعية باطل. والضرب

<sup>1</sup> أحمد الصويغي، المرجع السابق، ص 211، أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 21-22.

<sup>2</sup> أحمد الصويغي، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> أحمد الصويغي، المرجع نفسه. أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع نفسه.

الثاني: العوائد الجارية بين الخلق، بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، وقد تكون تلك العوائد ثابتة وقد تتبدل، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس: أقسام العرف باعتبار واضعه

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف الشارع وعرف الاستعمال.

وأشار إلى هذا التقسيم مصطفى عبد الرّحيم أبو عجيبة نقلا عن كتاب "حُسام العدل والإنصاف القاطع لكلّ مُبتدع باتّباع الأعراف"<sup>2</sup>، حيث قال: "على أنّ هناك من نَحَا غير هذا النَّحو، حيث قسّم العرف أوّلا إلى قسمين هما: عرف الشارع وعرف النَّاس، ثمّ قسّم كلّ منهما إلى قوليّ وفعليّ"<sup>3</sup>. وبيان هذين القسمين فيما يلي:

#### أ. عُرْف الشَّارِع

هو اللفظ الذي استعمله الشرع، مُريدا به معنى خاصا، مثل المنقولات الشرعية، كالصلاة والحج والوقف، والنّاقل هنا هو الشّارع<sup>4</sup>.

فالفقهاء عندما يستعملون هذه الألفاظ، فهم يقصدون المعنى الشرعي لها (حقيقة شرعية) والواقع أنّ عرف الشّارع من العرف الخاص، إلّا أنّهم أفردوه بقسم لشرفه والتّنويه به<sup>5</sup>.

#### ب. عُرْف الاستعمال

هو اللفظ الذي استعملته طائفة من النَّاس في معنى معيّن، فهو نقل بعض الألفاظ من معناها اللغويّ الموضوع له، واستعمالها في ما يتعارفه النَّاس بينهم، فتصبح هذه الألفاظ حقيقة عرفيّة، أو عرف الاستعمال (عُرْف النَّاس). وسبق ذكر أمثلة عن ذلك في العرف العامّ والخاص<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الشّاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمّد (ت: 790هـ)، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفّان، (د م ن)، ط1، 1417هـ، ج2، ص488-489، باختصار.

<sup>2</sup> مؤلفه: محمّد يحيى بن محمّد المختار بن الطّالب عبد الله الولاتي، (ت1330هـ).

<sup>3</sup> مصطفى عبد الرّحيم، المرجع السّابق، ص100.

<sup>4</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السّابق، ص20. السّيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص141.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع نفسه.

<sup>6</sup> سوسن محمّد عليّ، العرف وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلاميّ -دراسة أصوليّة-، ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة آل البيت، كليّة الدراسات الفقهيّة والقانونيّة، 2008هـ، ص23.

## المبحث الثاني: حجّة العرف، واعتباره في الشريعة الإسلامية

يتناول المبحث الثاني تأصيل حجّة العرف، والقواعد الأصولية والفقهية المبنية عليه، ومجالات إعماله، وينقسم إلى ثلاثة مطالب.

### المطلب الأول: حجّة العرف وشروط اعتباره

اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف، واتفقوا على أهميّة تحكيمه، وجعلوه أصلاً يُبنى عليه شطر عظيم من الأحكام الشرعية، وتتوّعت طرائقهم في الاستدلال على اعتباره، وإثبات حجّيته. لكنهم قيّدوا العمل به وتحكيمه بتحقيق جملة من الشروط. وتُورد في ما يلي مذاهب العلماء في حجّة العرف، وأدلّتهم، والشروط التي علّقوا اعتبار العرف على تحقّقها.

### الفرع الأول: حجّة العرف

يتفق الفقهاء والأصوليون على عدم اعتبار العرف الفاسد، وهو الذي يخالف نصّاً أو إجماعاً. ويتفقون عملياً على اعتبار العرف الصحيح حجّة ودليلاً، وهذا ما يجده المنتبّع لأقوالهم وآرائهم في كتب الفقه المختلفة<sup>1</sup>.

قال القرافي: "أمّا العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدّهم يصرّحون بذلك فيها"<sup>2</sup>.

قال الشيخ أحمد فهمي أبو سنه: "اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف، وجعلوه أصلاً يُبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه"<sup>3</sup>.

وإذا كان هناك خلاف بين الأصوليين فليس في أصل اعتبار العرف، وإنّما في بعض جزئياته، ومدى التوسّع في الأخذ به، أو التضييق فيه، كاختلافهم في تخصيص العام بالعرف<sup>4</sup>، وربّما اعتبره البعض دليلاً مُختلفاً فيه من هذه الحيثية<sup>5</sup>. كما اختلفوا في كونه دليلاً مستقلاً من أدلّة الأحكام، أو دليلاً تابعا لغيره من الأدلّة، على مذهبين؛

<sup>1</sup> سليمان عبد الوهاب الشّحات، "العرف عند الأصوليين وأثره في الفروع الفقهية"، مجلة كآية الدّراسات الإسلامية، أسوان، العدد الرابع، 1443هـ، ص2206.

<sup>2</sup> القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر السابق، ص448.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص24.

<sup>4</sup> سيأتي بيانه في مجالات إعمال العرف.

<sup>5</sup> السيّد مبروك عبد الحافظ، "أثر العرف والعادة في فقه الأسرة، مجلة الشريعة والقانون"، المجلد الثالث، العدد التاسع والعشرون، (د م ن)، 2014م، ص330، 333. عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع السابق، ص90. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص144. مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص334.

**المذهب الأوّل:** ذهب بعض المعاصرين مثل أحمد فهمي أبي سنّه، السيّد صالح عوض، عبد الوهّاب خُلاف، محمّد مصطفى شلبيّ، إبراهيم كُفيّ دونمز، أحمد عليّ المباركيّ. إلى أنّ العرف ليس دليلاً مستقلاً، تثبت به الأحكام الشرعيّة، وإنّما يرجع إلى أدلّة أخرى، كالمصلحة المرسلّة، والاستحسان، والإجماع العمليّ، وقاعدة المنافع والمضارّ، ورفع الحرج<sup>1</sup>، ويرى الشّيخ طاهر بن عاشور - رحمه الله - أنّه داخل تحت حكم الإباحة<sup>2</sup>.

يقول الشّيخ أحمد فهميّ أبو سنّه: "إنّ العرف في هذه النّصوص، ليس دليلاً على الحقيقة، وإنّما هو دليل ظاهر فقط، وبإنعام النّظر، يُرى على الدّوام مردوداً إلى دليل آخر من الأدلّة الصّحيحة"<sup>3</sup>. ويقول الشّيخ عبد الوهّاب خُلاف: "والعرف عند التّحقيق، ليس دليلاً مستقلاً، وهو في الغالب من مراعاة المصلحة"<sup>4</sup>.

ويقول الدّكتور أحمد بن عليّ سير المباركيّ: "إنّ العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام الفرعيّة العمليّة، ولكنّه والحال هذه لا بدّ أن يستند على دليل يعضده، وبالنّظر إلى الكتب الفقهيّة في كتب المذاهب نجد أنّ العرف الصّحيح المُحكّم لا بدّ أن يستند على واحد من أربعة؛

الأوّل: السنّة التّقريريّة.

الثّاني: الإجماع العمليّ.

الثّالث: المصلحة المرسلّة.

الرّابع: الأدلّة المطلقة التي أحالت عليه<sup>5</sup>.

أي أنّ الأدلّة الواردة في العرف وإن كانت تدلّ على اعتبار العرف ومراعاته في الفروع، فإنّها لا تتناول العرف باعتباره دليلاً أصوليّاً، ومصدراً مستقلاً من مصادر التشريع، يؤدّي دوره بصورة

<sup>1</sup> عبد الوهّاب خُلاف، المرجع السّابق، ص 91. أحمد فهميّ أبو سنّه، المرجع السّابق، ص 39. السيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص 149، 617، 618. محمّد مصطفى شلبيّ، المرجع السّابق، ص 335. إبراهيم كافي دونمز، دراسات فقهيّة وأصوليّة، نشرات وقف الديانة التركيّ، إسطنبول، ط 1، 2019م، ص 170.

<sup>2</sup> محمّد الطّاهر بن عاشور (ت: 1393هـ)، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، تحقيق محمّد الحبيب ابن خوجة، وزارة الشؤون والأوقاف، قطر، (د ط)، 1425هـ، ج 3، ص 267-268.

<sup>3</sup> أحمد فهميّ أبو سنّه، المرجع السّابق، ص 32.

<sup>4</sup> عبد الوهّاب خُلاف، المرجع السّابق، ص 61.

<sup>5</sup> أحمد بن عليّ سير المباركيّ، العرف وأثره في الشّريعة والقانون، دار العزّة للنشر، (د م ن)، ط 1، 1412هـ، ص 118-119.

مباشرة، وإنما يؤدي دوره من خلال رده إلى واحد من الأصول الشرعية، مثل أصل المصلحة المرسله، وأصل الاستحسان، وأصل المنافع والمضار، وأصل الإباحة<sup>1</sup>.

ومما استدلل به الشيخ أبو سنّه: "أنّ العرف هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل، الذي يُقلد الناس فيه بعضهم بعضاً، حتّى يستقرّ في نفوسهم، وتقبله طباعهم، فمصدره العقل ... ولا يمكن أن يكون العقل دليلاً على تعلّق حكم الله في الفروع... بل نرى بعض الأعراف والعادات، لا مصلحة فيه أصلاً، وبعضها ضاراً"<sup>2</sup> ومثّل ببعض الأعراف الفاسدة التي نهى عنها الإسلام كوأد البنات وزواج المحارم، ثمّ تابع يقول: "فتّم بهذا أنّ العرف مُطلقاً لا يمكن أن يُجعل مقياساً للخير، كما لا يمكن أن يتّخذ الفقيه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس، ما لم يؤيّد أصل من أصول الفقه"<sup>3</sup>.

#### وَيُنَاقِشُ اسْتِدْلَالَهِمْ بِمَا يَلِي<sup>4</sup>:

- جميع الأحكام إنّما شرّعت لمراعاة مصالح المكلفين، ولكنّ هذه المصلحة قد يكون مبناهها على النّصّ، فيكون الدّليل في المسألة هو النّصّ، وأحياناً تكون المصلحة في مقابلة دليل آخر، فيكون الدّليل هو الاستحسان، وأحياناً يكون مبناهها العرف، فيكون الدّليل هو العرف.
- استدلال الشيخ أبي سنّه بأنّ العرف لا يمكن أن يُجعل مقياساً للخير، ولا يمكن اتّخاذه دليلاً على قواعد صالحة لتنظيم روابط الناس، يجب عنه بأنّ العرف إنّما يكون دليلاً معتبراً إذا تحقّقت فيه مجموعة من الشّروط والضّوابط الشرعية، وهو العرف الصّحيح.
- ويجاب على الشيخ أحمد المباركي: أنّ السنّة التّقريريّة اعتمدت الأعراف الموافقة لقواعد الشّريعة كالسّلم، وألغت ما عداها، ولكن لا نقول إنّ الدّليل على إباحة السّلم هو العرف، وإنّما الدّليل عليه السنّة الصّحيحة، المعتمدة على العرف. أمّا الإجماع العمليّ فهو مستند على العرف، فالأمر في المبدأ عرف، ثمّ يكتسب بعد ذلك صفة الإجماع العمليّ، أمّا الأدلّة المطلقة التي أحالت على العرف، فهذا العنوان يدلّ على اعتمادها على العرف، وأنّه دليل من أدلّة الشّريعة.

<sup>1</sup> إبراهيم كافي دونمز، المرجع السّابق، ص133، 192، 193.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السّابق، ص29-32.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

<sup>4</sup> عليّ محمّد الجهمي، "حقيقة العرف وحجّيته بين الاستقلال والتّبعية"، مجلة البحوث الأكاديميّة، العدد 15، (د م ن)، 2020م، ص413-414.

**المذهب الثاني:** أنه دليل مستقل، وهو مذهب جمهور العلماء<sup>1</sup>. وهذه أقوال بعض العلماء الذين صرحوا بذلك:

- يقول ابن العربي: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة، يُقضى به في الأحكام"<sup>2</sup>.

- ويقول السرخسي: "إنّ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"<sup>3</sup>.

- ويقول ابن نجيم: "واعلم أنّ اعتبار العادة والعرف يُرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتّى جعلوا ذلك أصلاً"<sup>4</sup>.

- ويقول الإمام الفتوحى: "من أدلّة الفقه أيضاً تحكيم العادة، وهو معنى قول الفقهاء (إنّ العادة محكمة) أي معمول بها شرعاً"<sup>5</sup>.

والذي يظهر أنّه لا يوجد مجال كبير للاختلاف بين المذهبين، ذلك أنّه بعد اتّفاق علماء الأمة على العمل بالعرف بشروطه وضوابطه، والاعتماد عليه في كثير من الفروع الفقهيّة، تبقى المسألة اعتباريّة، وكون العرف يدخل في دليل آخر معتبر لا يضير في شيء ولا يترتب عليه أثر<sup>6</sup>.

فالعرف إذا كان صحيحاً، وتوافرت فيه الشّروط والضّوابط، فإنّه يجب الاعتراف به، واعتباره دليلاً من الأدلّة الشرعيّة، وواحداً من الأصول التي يعتدّ بها في استنباط الأحكام الشرعيّة، وتُورد جملة من الأدلّة على اعتباره وحجّيته من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

### أولاً: أدلّة اعتبار العرف من القرآن

الآيات الواردة في كتاب الله، الدالّة على اعتبار العرف، على ثلاث مراتب، هي: النصّ على العرف، النصّ على المعروف، مطلقاً يُرجع في بيانها إلى العرف.

<sup>1</sup> عمر بن عبد الكريم الجدي، المرجع السابق، ص204.

<sup>2</sup> ابن العربي: محمّد بن عبد الله بن محمّد (ت:453هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ، ج4، ص288.

<sup>3</sup> السرخسي: أبو بكر محمّد بن أحمد (ت:483هـ)، المبسوط، تصحيح جمع من العلماء، مطبعة السعادة، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ج13، ص14.

<sup>4</sup> ابن نجيم: زين الدّين ابن إبراهيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، ص79.

<sup>5</sup> الفتوحى: محمّد بن أحمد بن عبد العزيز (ت: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، تحقيق وهبة الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1418هـ، ج4، ص448.

<sup>6</sup> السيّد مبروك عبد الحافظ، المرجع السابق، ص334.

أ. المرتبة الأولى: النَّصُّ على العرف: في موضع واحد، وهو قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [سورة الأعراف، الآية: 199].

وجه الاستدلال من الآية: أن الله أمر نبيه ﷺ بالعرف، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً، أو عملاً، واستطابته نفوسهم، وتقبلته عقولهم، فالعمل به مقتضى الأمر، وإلا لم يكن للأمر به فائدة<sup>1</sup>.

قال ابن عطية: "معناه - أي العرف في الآية - كل ما عرفته النفوس ممّا لا تردّه الشريعة"<sup>2</sup>.

قال القرافي: "كل ما شهدت به العادة، فُضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بيّنة"<sup>3</sup>.

ونُقش الاستدلال بهذه الآية من وجوه: أن هذه الآية مكّية، ولم يكن إذ ذاك فروع عملية يُحكم فيها بالعرف، وإن سياق الآية يدلّ على أن المراد بالعرف: كل ما عُرف في الشرع حُسْنُه. ولو كان المراد به أعراف الناس وعاداتهم، لكان أمراً باعتبار عادات الجاهلية، ولا قائل به<sup>4</sup>.

ويجاب عن ذلك بأن<sup>5</sup>: كون الآية مكّية، لا يمنع من كونها مرشدة لاعتبار عادات الناس وأعرافهم في بناء الأحكام وتفسير النصوص. واعتبار عادات الناس وأعرافهم في ذلك الوقت ليس معناه اعتبار عادات الجاهلية، لأنّ الإسلام لا يقرّ الفاسد منها. وأمّا القول بأنّ سياق الآية يدلّ على أنّ المقصود بالعرف: المعروف من الدّين، ممّا لا يُعرف حُسْنُه إلا بالشرع، وليس المعنى الاصطلاحي للعرف، فيجاب عنه بأنّ: العرف في الآية واقع على المعنى اللّغويّ، الذي هو الأمر المستحسن المقبول، وأقوال المفسّرين لا تخرج عن أحد معنيين:

أحدهما: المعروف هو كلّ ما أمر الله به من الأعمال، أو ندب إليه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحمد بن عليّ المبارك، المرجع السابق، ص 109. أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> ابن عطية، المصدر السابق، ج 2، ص 491.

<sup>3</sup> القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 3، ص 185.

<sup>4</sup> أحمد بن عليّ المبارك، المرجع السابق، ص 113.

<sup>5</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 170. أحمد عليّ المبارك، المرجع نفسه، ص 112. عليّ محمّد الجهمي، المرجع السابق، ص 415-416. مشعل بن حمود النّفيعي، المسائل الفقهيّة المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية - دراسة تأصيليّة تطبيقية موازنة - رسالة دكتوراه في الفقه، جامعة أمّ القرى، كليّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، السعوديّة، 1436هـ، ص 115-116.

<sup>6</sup> الطّبري: أبو جعفر محمّد بن جرير (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار التّربية والتّراث، مكّة المكرّمة، (د ط)، (د ت ن)، ج 13، ص 331.

ثانيهما: العرف كلّ خصلة حسنة، ترتضيها العقول، وتطمئنّ إليها النفوس<sup>1</sup>. وهي أعراف الناس وعاداتهم، ممّا لم يخالف نصّا.

وليس الحمل على أحدهما بأولى من غيره، وقد جاءت كلمة العرف في الآية مقرونة بـ"ال"، وهي تفيد العموم. لذلك حمّله بعض المفسّرين على المعنيتين، إذ لا تنافي بينهما.

وعليه فإنّ ما ذكره المفسّرون لا يختلف عن قول القرافي وغيره، في الاستدلال بالآية على اعتبار العرف في التشريع، لأنّ المعاني التي ذكرت للآية الكريمة، لا تمنع من أن يدخل تحتها العرف بمعناه الاصطلاحيّ، وذلك أنّ عرف الناس في أعمالهم، ومعاملاتهم، هو ممّا استحسنوه، وألفته عقولهم، والغالب أنّ عرف القوم دليلٌ على حاجتهم إلى الأمر المتعارف، فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة<sup>2</sup>.

#### ب. المرتبة الثانية: النصّ على المعروف

ونكتفي بإيراد بعض المواضع التي ذكرت فيها لفظة المعروف، ممّا له تعلق بالأحكام:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 228].
2. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 233].
3. قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 236].
4. قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء، الآية: 6].
5. قوله تعالى: ﴿وَعَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء، الآية: 25].

قال العزّ بن عبد السلام: "والغالب في كلّ ما ردّ في الشّرع إلى المعروف، أنّه غير مقدّر، وأنّه يرجع فيه إلى ما عرف في الشّرع، أو إلى ما يتعارفه الناس"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصريّة، القاهرة، ط2، 1384هـ، ج7، ص346.

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص143. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص171.

<sup>3</sup> عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة وتعليق عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (د ط)، 1414هـ، ج1، ص71.

قال الإمام الفتوحى: "كل ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن، فالمراد به ما يتعارفه الناس في ذلك الوقت، من مثل ذلك الأمر"<sup>1</sup>.

ج. المرتبة الثالثة: المطلقات التي يُرجع في بيانها إلى العرف

1. قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: 89].

2. قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِمْ﴾ [سورة الطلاق، الآية: 6].

3. قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [سورة الطلاق، الآية: 7].

وجه الدلالة من الآيات: أن الله أمر في كفارة اليمين بإطعام المساكين من أوسط ما يُطعم الناس أهلهم، ويرجع فيه إلى العرف، فيُطعم أهل كل بلد من أوسط ما يُطعمون أهلهم قذراً ونوعاً. وأمر في الآية الثانية بإسكان المطلقات، وقدّر الإسكان بالمعروف، وهو البيت الذي يسكنه مثله ومثلها، بحسب وجد الزوج وعُسره، على وجه لا يحصل عليهنّ ضرر ولا مشقة. وتفيد الآية الثالثة أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تُقدّر بما جرت به العادة، بحسب حالة المُنفق، والمنفق عليه<sup>2</sup>.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية

الأدلة الواردة على اعتبار العرف من السنة النبوية تقع على وجهين:

- السنة القولية.

- السنة التقريرية.

أ. أدلة اعتبار العرف من السنة القولية: وردت عدة أحاديث تدلّ على حجّية العرف، منها:

1. عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: ((إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ ﷺ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ لِنَفْسِهِ، فَأَبْنَعَتْهُ بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ،

<sup>1</sup> الفتوحى، المصدر السابق، ج4، ص449.

<sup>2</sup> ابن تيمية: تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد، السعودية، (د ط)، 1423هـ، ج35، ص349-350. عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت: 1376هـ)، تيسير الكريم الرحمن، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويح، مؤسسة الرسالة، (د م ن)، ط1، 1420هـ، ص871. ابن العربي، المصدر السابق، ج4، ص289.

فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَجَعَلَهُمْ وُزَرَءَ نَبِيِّهِ، يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ، فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ<sup>1</sup>.

وجه الدلالة من الحديث: أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسنًا، قد حُكِمَ بحُسْنِهِ عند الله، فهو حق لا باطل فيه، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسَن المسلمون، كان محكوماً بحقيته واعتباره<sup>2</sup>.

ونوقش هذا الدليل من ناحيتين:

- من ناحية السند: فهذا الحديث لم يثبت رفعه إلى النبي ﷺ، بل هو موقوف على ابن مسعود - رضي الله عنه -.

- من ناحية الدلالة: أن الألف واللام في لفظ "المسلمون" تدلّ على العموم، فيكون المراد ما أجمع عليه المسلمون، وليس المراد به ما تعارفه الناس، وحينئذ يكون الحديث وارداً في إجماع أهل الحل والعقد، فالمراد بالمسلمين في الحديث المجتهدون، لا المطلق الشامل للعوام، بدليل كلمة "ما رآه"، لأن رأى من الرأى، وهو ما يراه القلب بعد فكر وتأمل، وطلب لوجه الصواب ممّا تتعارض فيه الأمارات، وهذا لا يكون إلا لمن سموا إلى مرتبة الاجتهاد<sup>3</sup>.

ويُجاب عن ذلك بأنّ: الحديث وإن كان موقوفاً على ابن مسعود، لكنّه في حكم المرفوع، لأنّ ما تضمّنه، وهو حجّية رأي المسلمين لا يُدرك بالرأى. ودلالة الحديث على الإجماع لا تمنع من دلالاته على اعتبار العرف الذي استوفى شروطه، وبخاصّة ما رجع إلى الإجماع العملي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه الإمام أحمد (ت: 241هـ) في المسند، رقم (3600)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ، ج6، ص84. وأبو داود سليمان الطيالسي (ت: 204هـ)، في المسند، رقم (243)، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، ط1، 1419هـ، ج1، ص199. وأبو عبد الله الحاكم (ت: 405هـ) في المستدرک علی الصحیحین، کتاب معرفة الصحابة، رقم (4515)، تحقيق عادل مرشد وآخرون، دار الرسالة، (د م ن)، ط1، 1439هـ، ج5، ص438. قال جمال الدين الزيلعي: "غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً عن ابن مسعود، وله طرق" (الزيلعي: جمال الدين عبد الله بن يوسف (ت: 762هـ)، نصب الزاوية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الزيان، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، ج4، ص133. قال أحمد شاکر في تعليقه على المسند: "إسناده صحيح، وهو موقوف على ابن مسعود". (مسند أحمد، تحقيق أحمد شاکر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ، ج3، ص505).

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص24.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنّه المرجع نفسه، ص25-26. أحمد عليّ المباركي، المرجع السابق، ص115، 117.

<sup>4</sup> عليّ محمد الجهمي، المرجع السابق، ص417. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص181.

2. عن عائشة - رضي الله عنها - أن هند بنت عتبة قالت: "يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ))<sup>1</sup>.

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ أمرها بالمعروف، أي القدر الذي علم بالعرف والعادة، أنه يكفي الزوجة، ويقوم بحاجتها. وهذا يدل على اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي<sup>2</sup>.

3. عن عروة البارقي - رضي الله عنه - ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ))<sup>3</sup>.

وجه الدلالة من الحديث: أنه اشترى شاتين بدینار، فباع إحداهما بغير إذن لفظي، اعتماداً منه على الإذن العرفي، وأقره عليه ﷺ<sup>4</sup>.

ب. أدلة اعتبار العرف من السنة التقريرية<sup>5</sup>

العرف الذي كان غالباً في عهد النبي ﷺ، ولم ينكره فإن ذلك يدل على جوازه، ومن الأعراف التي أقرها:

- لبس الثياب التي نسجها الكفار، والتعامل بما ضربوه من الدراهم وإن كان عليها نقوشهم.
- التجارات والصناعات التي كانت موجودة في عهده ﷺ إذا خلصت من الغش والزبأ وأكل أموال الناس بالباطل، مثل: السلم وبيع العرايا، والاستصناع.
- تقريره لهم على ترك غسل الزروع التي تُداس بالبقر، وأكلها، وقد علم أنها لا بد أن تبول وقت الدّياس.

<sup>1</sup> أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256هـ) في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم يُنفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، رقم (5049)، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 1414هـ، ج5، ص2052. ومسلم بن الحجاج (ت: 261) في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، رقم (1714)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي وشركاؤه، القاهرة، (د ط)، 1374هـ، ج3، ص1339.

<sup>2</sup> مشعل بن حمود النفيعي، المرجع السابق، ص127.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يُريهم النبي ﷺ آية، رقم (3443)، ج3، ص1332.

<sup>4</sup> أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص53.

<sup>5</sup> المقصود بالسنة التقريرية: سكوت النبي ﷺ عن إنكار فعل أو قول، فُعل أو قيل بحضوره، أو في زمنه، وكان عالماً به. (الفتوح)، المصدر السابق، ج2، ص194).

- عزُّ المُجامع، فعن جابر - رضي الله عنه - قال: "كُنَّا نَعزِلُ على عهد النَّبِيِّ ﷺ وَالْقُرْآنَ يَنْزِلُ"<sup>1</sup>.  
فالسَّنة التَّقْرِيرِيَّةُ هنا دليل وشاهد لاعتبار العرف<sup>2</sup>.

### ثالثا: اعتبار العرف بالإجماع

إذا تعارف النَّاسُ في عصر من العصور على أيِّ عمل، واستمرَّوا عليه، ولم يُنكر عليهم أحد من العلماء، مع علمهم به، بل ربَّما عملوا به، فهذا ما يسمَّى بالإجماع العملي<sup>3</sup>.  
والإجماع العمليّ داخل في الإجماع الذي هو أحد أدلَّة الفقه، لأنَّه اتِّفاق المجتهدين، واتِّفاق المجتهدين هو اشتراكهم في القول أو الفعل أو الاعتقاد<sup>4</sup>. ولا يخلو هذا الإجماع من حالتين:

- أن يكون بفعل الكلِّ، فيكون حجَّة قطعاً، باتِّفاق أهل الحقِّ.

- أن يكون بفعل البعض، وعدم إنكار الباقيين، فيكون إجماعاً سكوتياً، فكونه إجماعاً لأنَّه حاصل من البعض بالفعل، ومن الباقيين بالتقرير، وأمَّا كونه سُكوتياً فلأنَّ موافقة مَنْ لم يأتِ بالعمل فُهمت بالسكوت، وعدم الإنكار.

والإجماع الذي رُدَّ إليه العرف، ليس ممَّا حصل فيه السكوت مرَّة أو مرَّتين، حتَّى تكون حجَّته محلَّ خلاف بين الأئمَّة، بل هو ممَّا كثر السكوت فيه، وتكرَّر. فهو لا محالة يُفيد علماً بالرِّضا عن الأمر المسكوت عليه، ويجب أن يتفق الكلُّ على أنَّه دليل بمنزلة القاطع، إن لم نقل إنَّه يُفيد علماً قطعياً<sup>5</sup>.  
فالإجماع الذي يرجع إليه العرف، هو الإجماع العمليّ، ذلك أنَّ الاتفاق في الفعل من أنواع الإجماع، كما سبق في تعريف القرافيّ.

### رابعا: أدلَّة اعتبار العرف من المعقول

استدلَّ الأصوليون على اعتبار العرف بأدلَّة من المعقول، منها:

<sup>1</sup> أخرجه البخاريّ في صحيحه، كتاب النِّكاح، باب العزل، رقم (4911)، ج5، ص1998. ومسلم في صحيحه، كتاب النِّكاح، باب حكم العزل، رقم (1440)، ج2، ص1065.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنَّه، المرجع السابق، ص40. عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص133-134. أحمد عليّ المباركيّ، المرجع السابق، ص120.

<sup>3</sup> أحمد بن عليّ المباركيّ، المرجع نفسه، ص124.

<sup>4</sup> القرافيّ، شرح تنقيح الفصول، مصدر السابق، ص322.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنَّه، المرجع السابق، ص40-41-42. عادل قوته، المرجع السابق، ص136. السَّيِّد صالح عوض، المرجع السابق، ص184-185.

1. بعد الاستقراء والتتبع لأحكام الله، نجد أنّ الشّارع قد اعتبر العادات التي هي وقوع المسبّبات عن أسبابها العادية، ورتّب عليها أحكاماً شرعيّة، فشرع القصاص والنكاح والتجارة، لأنّها أسباب للانكفاف عن القتل، وبقاء النّسل، ونماء المال عادة وعرفاً<sup>1</sup>.
2. ورود التكاليف بميزان واحد في الخلق، يدلّ على أنّ الشّارع اعتبر العادات المطّردة فيهم، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع والخطاب<sup>2</sup>.
3. التّكليف إذا لم تعتبر فيه العوائد، كان تكليفاً بما لا يطاق، وهو غير جائز، وبمعنى آخر هو باطل شرعاً<sup>3</sup>.
4. مصالح العباد لا تتحقّق إلاّ باعتبار عاداتهم المطّردة، والشّرع قد جاء باعتبار المصالح، فيلزم القطع باعتباره للعوائد<sup>4</sup>.
5. لولا أنّ أطراد العادات معلوم، لما عُرف الدّين من أصله، فضلاً عن تعرّف فروعه، لأنّ الدّين لا يُعرف إلاّ عند الاعتراف بالنّبوة، ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلاّ بواسطة المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلاّ أنّها فعل خارق للعادة، ولا يحصل فعل خارق للعادة إلاّ بعد تقرير أطراد العادة في الحال والاستقبال، كما اطّردت في الماضي. فلولا استقرار العلم بالعادات لما ظهرت الخوارق<sup>5</sup>.

ومن خلال هذه الأدلّة التي أوردناها في اعتبار العرف وحجّيته، نخلص إلى ما يلي:

- الأئمّة على اختلاف مذاهبهم قد أخذوا بالعرف، وحكّموه في القضايا، واستتباط الأحكام، كلّما أعوزهم النّص، يدلّ على ذلك القواعد التي صاغوها في هذا الشّأن، مثل "العادة محكّمة"، و"الثّابت بالعرف ثابت بدليل شرعيّ" وغيرها من القواعد التي سيأتي بيانها في المطلب الثّاني.
- العرف قد قام الدّليل على حجّيته واعتباره كتاباً وسنةً وإجماعاً ورأياً. ولكن ليس على إطلاقه، بل هو حجّة بشروط يأتي بيانها في ما يلي.

<sup>1</sup> عبد الكريم النّملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، مكتبة الرّشد، الرّياض، ط1، 1420هـ، ج3، ص1022.

<sup>2</sup> الشّاطبيّ، المصدر السابق، ج2، ص484. عبد الكريم النّملة، المرجع نفسه. سليمان الشّحات، المرجع سابق، ص2219.

<sup>3</sup> سليمان الشّحات، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> سليمان الشّحات، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> الشّاطبيّ، المصدر السابق، ج2، ص484، 486.

## الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف

إنّ الفقهاء قد استنبطوا من مجموع النصوص شروطا للعمل بالعرف، إذا توافرت فيه كان صحيحا معتبرا، وهو المقصود بجميع الأدلة المتقدّم ذكرها. أمّا إذا فقد العرف أحد هذه الشروط، فإنّه يكون بذلك عرفا فاسدا، ومن ثمّ لا تنسحب عليه الأدلة المذكورة، وهو بالتالي واجب الترك، والشروط المطلوبة في اعتبار العرف هي:

## أوّلا: ألا يعارض العرف نصّا شرعيّا، بحيث يكون في العمل بالعرف تعطيل للنصّ

فإذا ترتّب على العمل بالعرف تعطيل لنصّ شرعيّ، أو أصل من أصول الشريعة وقواعدها، بأن خالفه من جميع الوجوه، لم يكن للعرف عندئذ اعتبار، وحكم عليه بالبطلان، وذلك كتعارف الناس بعض عقود الرّبا، ولعب الميسر، وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهنّ، ممّا يجب ستره شرعا، فهذه الأعراف من صميم ما هو محرّم شرعا، ولا يجوز تعطيل الشريعة بالتعارف والتعامل<sup>1</sup>. قال ابن عابدين: "إذا خالف العرف الدليل الشرعيّ من كلّ وجه، بأن لزم ترك النصّ، فلا شكّ في ردّه، كتعارف الناس كثيرا من المحرّمات، كالرّبا وشرب الخمر، ولبس الحرير والذهب، وغير ذلك ممّا ورد تحريمه نصّا"<sup>2</sup>.

قال الإمام السرخسي: "كلّ عرف ورد النصّ بخلافه، فهو غير معتبر"<sup>3</sup>.

أمّا إذا لم يترتّب على العرف تعطيل للنصّ الشرعيّ، ولم يخالفه من جميع الوجوه، بل كان العرف ممّا يمكن تنزيل النصّ الشرعيّ عليه، أو التوفيق بينهما بالتخصيص أو التقييد، فالعرف عندئذ معتبر<sup>4</sup>. وسيأتي مزيد تفصيل لذلك في (العرف وتخصيص العام) ضمن مجالات إعمال العرف.

## ثانيا: أن يكون العرف غالبا أو مطّردا

معنى الاطراد هو أن يكون العمل به مستمرا في جميع الحوادث، لا يتخلف.

ومعنى الغلبة أن يكون شائعا بين أهله في أكثر الحوادث<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص902. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص205.

<sup>2</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص116.

<sup>3</sup> السرخسي، المصدر السابق، ج12، ص196.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص902. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص211.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص56. السيّد صالح عوض، المرجع نفسه، ص190. مصطفى الزرقا، المرجع نفسه،

قال ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت"<sup>1</sup>.

وحَصُرُ العرف المعتبر فيما إذا كان غالباً أو مطّرداً، يعود إلى أنّ تَقَرَّرَ العرف بين الناس، وتمكُّنه في نفوسهم، إنّما يتمّ بالغلبة أو الاطّراد، ولأنّهما قرينة إرادة الأمر الذي وُجِدَ فيه، من تصرّف المتكلم قولاً أو فعلاً<sup>2</sup>. والاطّراد أو الغلبة تقتضي أموراً:

1. العرف بالاطّراد أو الغلبة يكون مقطوعاً بوجوده، ولا يقدر في اعتباره تركُّ العمل في بعض الوقائع القليلة، لأنّ العبرة للغالب الشائع، لا القليل النادر<sup>3</sup>.

قال الشاطبي: "إذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدر في اعتبارها انخراطها ما بقيت عادة في الجملة"<sup>4</sup>.

2. خرج بالاطّراد أو الغلبة العرف المشترك، وهو ما تساوى فيه الجري على العادة والتخلف عنها، فلا يصلح الرجوع إليه، ولا يبنى عليه الحكم، للتّردّد في مراد المتصرّف. كما لو باع سلعة بدراهم مطلقة، وفي البلد دراهم متساوية في المائية والرواج، وكاشتراك العرف فيما بعث به الأب من المتاع لابنته عند الزّفاف، أهو تملك أو عارية<sup>5</sup>.

3. اشتراط الاطّراد أو الغلبة لا يستلزم العموم، لأنّ العرف الخاصّ يؤخذ به إذا غلب على بلد معين، فالعرف العام أو الخاصّ كلّ منهما معتبر في محلّه، محكّم بين متعارفيه، مادام كلّ منهما مطّرداً أو غالباً<sup>6</sup>.

4. الاطّراد والغلبة، إنّما يعتبران إذا وُجِدَ عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف، أمّا الشّهرة في كتب الفقه فلا عبرة بها. لأنّ ما دُوّن في كتب الفقه كان عرفاً سائداً في زمانهم. فإذا تغيّر العرف كُلاً أو بعضاً منه، واطّرد أو غلب عمل بمقتضى ذلك<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> زين الدّين بن نجيم، المصدر السابق، ص 81.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 190.

<sup>4</sup> الشاطبي، المصدر السابق، ج 2، ص 495.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 57. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 193. مصطفى الزّرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 898.

<sup>6</sup> عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص 54. مصطفى الزّرقا، المرجع نفسه.

<sup>7</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 56. السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 192.

## ثالثاً: أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف

ومعناه أن يكون العرف المحكم سابقاً ومقارناً للتصرف، فيخرج بالسابق العرف الحادث الطارئ، ويخرج بالمقارن العرف السابق المتغير. فإذا كان العرف طارئاً على التصرف حادثاً بعده، أو كان سابقاً على التصرف، وتغير قبل إنشائه، فلا عبرة به<sup>1</sup>.

قال ابن نجيم: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ"<sup>2</sup>.

وقد خصّ ابن نجيم الشرط بالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ، مع أنه يجري في العرف الذي تحمل عليه الألفاظ والعرف الذي تحمل عليه الأفعال على السواء<sup>3</sup>. فلو تبدل عرف الناس فيما يعدّ عيباً في المبيع، أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل، إلى غير ذلك من الشؤون، فإنّ العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة، ولا يبطل شيئاً من أحكامها والتزاماتها<sup>4</sup>.

وعلى هذا فإنّ العرف الطارئ لا يؤثر في التصرفات السابقة، والمعاملات التي جرت قبل حدوثه، لأنّ في ذلك إخلالاً بالاستقرار الواجب للمعاملات التي تجري بين الناس، حيث أنّ الناس يتصرفون ويتعاملون وهم مطمئنون على أنه لن يؤثر تغيير العادات والأعراف على تصرفاتهم الموافقة لما تعارفوا هم عليه وقت إنشاء التصرف، وهذا ما يشير إليه ما جاء في تعريف العرف من قيد الاستقرار في النقوس، والاستمرار عليه<sup>5</sup>.

**وهنا تنبيه:** نصوص الشريعة يجب أن تُفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النصّ، لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقرّ للنصّ التشريعيّ معنى. فمثلاً لفظ "ابن السبيل" من آية مصارف الزكاة معناه العرفي: من ينقطع من الناس في السفر، فإذا تبدل عرف الناس، وأصبح مثلاً معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط، الذي لا يُعرف له أهل، فإنّ النصّ التشريعيّ يظلّ محمولاً على معناه العرفيّ الأول عند صدوره،

<sup>1</sup> عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص 54. عادل قوته، المرجع السابق، ج 1، ص 239.

<sup>2</sup> ابن نجيم، المصدر السابق، ص 86.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 65. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 900.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 900-901. عادل قوته، المرجع السابق، ج 1، ص 240.

<sup>5</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص 227.

ومعمولا به في حدود ذلك المعنى، لأنه هو مراد الشارع، ولا عبرة بالمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص<sup>1</sup>.

#### رابعاً: ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه

إن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف عليه دليل على إقراره والرضا به، فإذا صرحا بخلافه كان ذلك ناقضاً لهذه الدلالة، مُبطلاً لهذا العرف، لأن إثبات الحكم المتعارف في هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا وُجد تصريح بخلافه بطلت هذه الدلالة، إذ من القواعد الفقهية المقررة "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"<sup>2</sup>.

يقول السرخسي: "ودلالة العرف يحصل التعيين بها، ولكن إذا لم يُصرح بغيرها، وأما مع التصريح يسقط اعتبار العرف"<sup>3</sup>.

ويقول العز بن عبد السلام: "كل ما يثبت بالعرف، إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح"<sup>4</sup>.

ومن أمثلة ذلك: لو كان المتعارف أن مصاريف التصدير على المشتري، واتفقا أن تكون على البائع، صح ذلك، وكان مُلغياً لاعتبار العرف<sup>5</sup>.

جاء في شرح الأحكام العرفية: "إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين، كما لو استأجر شخص آخر ليعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما"<sup>6</sup>.

أما إذا كان الشرط المصرح به، لا يمكن الوفاء به، فلا يلزم، ومثاله: لو استأجر أجيروا، واشترط عليه أن يعمل شهراً كاملاً، ليلاً نهاراً، بحيث لا ينام، لم يلزمه ذلك، لتعدّر الوفاء به<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص900.

<sup>2</sup> علي حيدر، المصدر السابق، المادة 13، ج1، ص31.

<sup>3</sup> السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد (ت:483هـ)، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف، الهند، (د ت ن)، (د ط)، ج1، ص44.

<sup>4</sup> العز بن عبد السلام، المصدر السابق، ج2، ص186.

<sup>5</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ص242.

<sup>6</sup> علي حيدر، المصدر السابق، ج1، ص47.

<sup>7</sup> العز بن عبد السلام، المصدر السابق، ج2، ص186.

وعُلِمَ من هذا أنّ قولهم "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" مقيد بعدم التصريح بخلافه<sup>1</sup>.

**ملاحظة:** زاد أبو سنّه وعبد الكريم النملة شرطين آخرين<sup>2</sup>:

**الأوّل:** أن يكون العرف عاماً.

وهو مناقض بكون العرف الخاصّ يُعمل به في نطاق خصوصيّته، كالعرف الخاصّ بطائفة معيّنة<sup>3</sup>. قال ابن عابدين: "إنّ حكم العرف يثبت على أهله، عامّاً أو خاصّاً، فالعرف العامّ في سائر البلاد، يثبت حكمه على سائر أهل البلاد، والخاصّ في بلدة واحدة، يثبت حكمه على تلك البلدة فقط"<sup>4</sup>.

**الثاني:** أن يكون العرف ملزماً. ومعنى كونه ملزماً أن يتحمّم العمل بمقتضاه في نظر الناس، وليس ذلك في كلّ عرف، بل يمكن ضبطه على وجه التقريب في العرف الذي يتضمّن الحقّ على وجه الإلزام، أمّا غيره فلا يشترط فيه. ويخرج بهذا الشرط العرف الذي ليس ملزماً في المعاملات، ولا يصلح مُستنداً لإثبات الحقوق، كالتهادي في مناسبات معيّنة كالأعياد، وما يبذله التجار عادة من التسهيلات والهدايا على سبيل الاستمالة والترغيب، وما تعارفه الجيران فيما بينهم من الحقوق على سبيل التسامح والمجاملة، فإنّه لو ادعى أحد شيئاً من هذا أمام القضاء لا يُحكم به<sup>5</sup>.

**نقول:** إنّ هذا الشرط وهو الإلزام، إنّما هو نتيجة الشروط السابقة، فإذا اجتمعت الشروط الأربعة المتقدّمة، أصبح العرف ملزماً ومُعْتَبَراً في التشريع، وهذا المعنى الذي يشير إليه قول الفقهاء "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، وهذا الشعور بالإلزام شرط جوهري لتكوين العرف، ذلك أنّه إذا ما استقرّ لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة، فإنّه يصبح قاعدة واجبة الاحترام<sup>6</sup>.

تلك هي الشروط التي اشترطوها لاعتبار العرف وتحكيمه في جميع التصرفات والالتزامات،

### المطلب الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المبنية على العرف

إنّ اعتبار العرف في التشريع، وبناء الأحكام عليه، جعل له مدخلاً في كثير من الفروع والمسائل، وقد وضع الفقهاء للمسائل والفروع الفقهية المبنية على العرف قواعد يُردُّ إليها، وأصبحت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية المبنية على العرف، وفيها من المرونة ما يجعلها صالحة

<sup>1</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص242.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص58، 66. عبد الكريم النملة، المرجع السابق، ج3، ص1022.

<sup>3</sup> عمر بن عبد الكريم الجبدي، المرجع السابق، ص115.

<sup>4</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص132.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص66، 67.

<sup>6</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص228. عمر بن عبد الكريم الجبدي، المرجع السابق، ص115.

لمواجهة كل ما يجد من وقائع وأحداث تحتاج إلى حكم شرعي، ولذا لم يخلُ كتاب من كتب القواعد من قاعدة أساسية في العرف، أو قاعدة من القواعد المُفرَّعة على قاعدة أساسية.

والقاعدة هي قضية كلية ينطبق حكمها على جزئيات كثيرة من أفرادها<sup>1</sup>. ونُميّز هنا بين نوعين من القواعد؛ القواعد الأصولية، والقواعد الفقهية.

فالقاعدة الأصولية منسوبة إلى علم أصول الفقه، وهو: "العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية"<sup>2</sup>. فالقاعدة الأصولية هي: قضية كلية، يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الفقهية من الأدلة التفصيلية<sup>3</sup>.

أمّا القاعدة الفقهية، فمنسوبة إلى علم الفقه، وهو: "العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية"<sup>4</sup>. فالقاعدة الفقهية هي: حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته، لتعرف أحكامها منه<sup>5</sup>.

ويتبين من التعريفين أنّ القواعد الأصولية هي التي تُكوّن علم أصول الفقه، وتهدف إلى وضع أسس استنباط الأحكام الشرعية، وتتعلق بأدلة الشرع الإجمالية، بخلاف القواعد الفقهية، فإنّها لا تهدف إلى وضع أسس استنباط الأحكام من أدلتها، وإنّما تهدف إلى جمع أحكام فقهية فرعية من أبواب فقهية مختلفة، فهي أكثر تعلقاً بأفعال المكلفين، من حيث ضبطها وتصنيفها تحت القاعدة الفقهية المناسبة لحكمها<sup>6</sup>.

### الفرع الأول: القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف

القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف هي الأسس التي تبيّن كيفية إعمال العرف في التشريع الإسلامي، وتحدّد وجوه تأثيره في الأحكام الشرعية، ونورد منها ثلاث قواعد:

<sup>1</sup> مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup> عبد الوهّاب خالّف، المرجع السابق، ص12.

<sup>3</sup> عليّ بن عباس أحمد طامي، "القواعد الأصولية في مباحث العرف -دراسة أصولية تطبيقية -"، مجلة أبحاث، (د م ن)، المجلد 12، العدد 1، مارس 2020م، ص540.

<sup>4</sup> عبد الوهّاب خالّف، المرجع السابق، ص11. مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص30.

<sup>5</sup> الحموي: أحمد بن محمد مكّي (ت1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ، ج1، ص51.

<sup>6</sup> محمود صالح جابر، القواعد الأصولية الحاكمة لإعمال العرف في التشريع الإسلامي، وهو بحث أجري بدعم من الجامعة الأردنية، (د ن)، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، (arabLawInfo.com).

أ. القاعدة الأولى: "يُحْمَلُ لَفْظُ الْمُخَاطَبِ عَلَى عُرْفِهِ"<sup>1</sup>.

ومن ألفاظها: تُتْرَكُ الْحَقِيقَةُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ.<sup>2</sup> و"تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفاً"<sup>3</sup>.

يُقَرَّرُ الْأَصُولِيُّونَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْكَلَامِ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ اللَّغَوِيَّةِ، لَكِنْ إِذَا وُجِدَ لِلْمُتَكَلِّمِ (الشَّارِعِ أَوْ النَّاسِ) عُرْفٌ فِيمَا تَكَلَّمَ بِهِ مِنْ أَلْفَازٍ، فَإِنَّ تِلْكَ الْأَلْفَازَ تُحْمَلُ عَلَى ذَلِكَ الْعُرْفِ دُونَ الْحَقِيقَةِ اللَّغَوِيَّةِ.

يقول القرافي: "القاعدة أن من له عُرْفٌ وعادة في لفظ، إنما يُحْمَلُ لَفْظُهُ عَلَى عُرْفِهِ"<sup>4</sup>.

ويقول الإمام الفتوحي: "وَيُحْمَلُ اللَّفْظُ الصَّادِرُ مِنْ مُتَكَلِّمٍ لَهُ عُرْفٌ عَلَى عُرْفِ مُتَكَلِّمٍ"<sup>5</sup>.

وهذه القاعدة تنطبق على كلام النَّاسِ وكلام الشَّارِعِ، ومثاله في كلام النَّاسِ: الأقوال التي تدور عليها العقود والتصرّفات، فإنها تجري على حسب ما يفيد اللفظ عرفاً. كما في البيع والزواج والطلاق واليمين<sup>6</sup>.

ومثال ما يُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ الشَّرْعِيِّ: لَفْظُ الصَّلَاةِ، فِي قَوْلِهِ ﷺ: ((لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ))<sup>7</sup>.

قال القرافي: "إِنْ حَمَلْنَاهُ عَلَى اللَّغَوِيِّ وَهُوَ الدَّعَاءُ لَزِمَ أَنْ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ دَعَاءً بِغَيْرِ طَهَارَةٍ، وَلَمْ يُقَلَّ بِهِ أَحَدٌ، فَيُحْمَلُ عَلَى الصَّلَاةِ فِي الْعُرْفِ، وَهِيَ الْعِبَادَةُ الْمَخْصُوصَةُ فَيَسْتَقِيمُ"<sup>8</sup>.

وإنما يُحْمَلُ كَلَامُ الْمُخَاطَبِ عَلَى عُرْفِهِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْخُطَابِ التَّفَاهُمَ، وَالْمَعْنَى الْعُرْفِيُّ هُوَ الْمَتَبَادِرُ إِلَى الْأَفْهَامِ. قَالَ الْقُرَافِيُّ: "وَبِالْجُمْلَةِ دَلَالَةُ الْعُرْفِ مَقْدَمَةٌ عَلَى دَلَالَةِ اللَّغَةِ، لِأَنَّ الْعُرْفَ نَاسِخٌ لِلَّغَةِ، وَالنَّاسِخُ يُقَدِّمُ عَلَى الْمَنْسُوخِ"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> محمود صالح جابر، المرجع السابق، ص 11. علي بن عباس أحمد طامي، المرجع السابق، ص 544.

<sup>2</sup> زين الدين بن نجيم، المصدر السابق، ص 79. علي حيدر، المصدر السابق، المادة 40، ج 1، ص 48.

<sup>3</sup> السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق، ج 1، ص 190.

<sup>4</sup> القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص 211.

<sup>5</sup> الفتوحي، المصدر السابق، ج 1، ص 299.

<sup>6</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص 54.

<sup>7</sup> حديث ابن عمر، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة، رقم (224)، ج 1، ص 140.

<sup>8</sup> القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص 114.

<sup>9</sup> المصدر نفسه، ص 211.

ب. القاعدة الثانية: العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع أو اللغة<sup>1</sup>

ومن ألفاظها: "كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع في حده إلى العرف"<sup>2</sup>.

وردت بعض الألفاظ في نصوص الشارع الحكيم، وقد عُلق على تحقق معانيها أحكام شرعية، مع أنّ الشارع الحكيم لم يبين لنا - صراحة - الضوابط التي تتحقق من خلالها معاني تلك الألفاظ، كما لم يرد وضع لغوي، يبين مثل هذه الضوابط. ومثال ذلك لفظ الحرز في السرقة، حيث لم يبين الشرع ولا اللغة الضابط في تحديد ما يُعتبر حرزا للمال<sup>3</sup>.

يقول السيوطي: "قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف، ومثله بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض، ووقت الحيض وقدره، والإحياء، والاستيلاء في الغصب"<sup>4</sup>.

قال الإمام الفتوحى: "وضابطه كل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يُعد قبضاً وإيداعاً وإعطاءً وهديّة، وغصبا، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال ذلك كثيرة لا تتحصر" ثم قال: "ومأخذ هذه القاعدة وموضعها من أصول الفقه، في قولهم: الوصف المعلل به قد يكون عرفياً، أي من مقتضيات العرف"<sup>5</sup>.

والفرق بين هذه القاعدة والقاعدة الأولى أنّ كلاّ منهما يرد على محلّ مختلف، فلا تعارض بينهما، فقاعدة "يحمل كلام المخاطب على عرفه" تبيّن أثر العرف في تفسير ألفاظ الشارع وألفاظ الناس، فتجعل العرف قاضياً على المعنى اللغوي لهذه الألفاظ، ناقلاً إيّاها إلى المعاني العرفية. أمّا قاعدة "العرف يضبط ما لم يضبطه الشرع واللغة" فإنّ العرف لا يصادف وضعا لغويّاً أو شرعيّاً ليقضي عليه، وإنّما يصادف العرف محلاً مسكوتاً عنه لغة وشرعاً، فمثلاً لم يرد في اللغة أو الشرع ضابط يحدّد الحرز، فيحدّده العرف، دون أن يكون قاضياً على وضع لغويّ أو شرعيّ<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمود صالح جابر، المرجع السابق، ص30.

<sup>2</sup> مشعل بن حمود النفيعي، المرجع السابق، ص159.

<sup>3</sup> محمود صالح جابر، المرجع السابق، ص30-31.

<sup>4</sup> السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر الخضير (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1403هـ، ص98.

<sup>5</sup> الفتوحى، المصدر السابق، ج4، ص453.

<sup>6</sup> محمود صالح جابر، المرجع السابق، ص30-31.

ج. القاعدة الثالثة: "لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان"<sup>1</sup>

أي لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير عرف أهلها وعاداتهم، فإذا كان عرفهم وعاداتهم يستدعيان حكماً، ثمّ تغيير إلى عرف وعادة أخرى فإنّ الحكم يتغير إلى ما يُوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم<sup>2</sup>.  
والأحكام التي تتغير بتغيير الأزمان هي الأحكام المُستندة على العرف والعادة، لأنّه بتغيير الأزمان تتغير احتياجات النَّاس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضاً العرف والعادة، ويتغير العرف والعادة بتغيير الأحكام<sup>3</sup>.

أمّا الأحكام الأساسيّة التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوص أمرّة أو ناهية، كوجوب التراضي في العقود، والتزام الإنسان بما تعاقد عليه، وحرمة الرِّبَا والخمر، وحماية الحقوق، ومسؤولية كلّ مكلف على عمله، إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الأساسيّة، فإنّها لا تتغير بتغيير الأزمان<sup>4</sup>.  
قال القرافي: "إنّ الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... فإذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة، ردّنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجِباً لزيادة الثمن لم تُردّ به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مُجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه"<sup>5</sup>.

ونشير هنا إلى ذكر بعض الباحثين قاعدة أصوليّة أخرى، ترتبط بالعرف، وهي "العوائد مُخصّصة للعموم"<sup>6</sup>، ولم نوردّها هنا لما فيها من خلاف. يأتي تفصيله ضمن مجالات إعمال العرف.

## الفرع الثاني: القواعد الفقهيّة المتعلقة بالعرف

قد أثبت الفقهاء قواعد في العرف والعادة، كانت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعيّة القائمة على العرف، ومن هذه القواعد الفقهيّة:

<sup>1</sup> عليّ حيدر، المصدر السّابق، المادة 39، ج1، ص47.

<sup>2</sup> أحمد محمّد الزّرقا، شرح القواعد الفقهيّة، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ، ص227.

<sup>3</sup> عليّ حيدر، المصدر السّابق، المادة 39، ج1، ص47.

<sup>4</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص457.

<sup>5</sup> القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، مصدر سابق، ج1، ص176.

<sup>6</sup> صالح محمود صالح، "القواعد الأصوليّة المتعلقة بالعرف، وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار الإسلاميّة المعاصرة"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنيّة، المجلد 44، العدد 1، 2017م، ص55. عليّ بن عباس أحمد طامي، المرجع السّابق، ص550.

## 1. العادة مُحَكِّمة<sup>1</sup>

بتشديد الكاف المفتوحة، أي أنّ العرف يُجَعَل حاكماً في إثبات الأحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه، ويُلزِمهم بها قضاء.

وهذه القاعدة تعبّر عن مكانة العرف بنوعيه؛ القوليّ والعمليّ، واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل<sup>2</sup>. والعادة تُحَكِّم بالشروط التي سبق ذكرها. وقد جعل ابنُ نجيم هذه القاعدة من القواعد الكلية السّت<sup>3</sup>.

## 2. استعمال الناس حجة يجب العمل بها<sup>4</sup>

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة "العادة مُحَكِّمة"، فالمراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة، واستعمالهم الشيء يوجب تحكيمه في تصرفاتهم، ويكون هو الحجة عليهم ما لم يخالف أصلاً من أصول الشريعة وقواعدها<sup>5</sup>.

## 3. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>6</sup>

## 4. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم<sup>7</sup>

## 5. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص<sup>8</sup>

## 6. الإذن العرفي كالإذن اللفظي<sup>9</sup>

هذه القواعد الأربعة تعبّر عن سلطان العرف العمليّ، وتنزيله منزلة النطق باللسان، والتّصريح بما يدلّ عليه، فهو يقوم مقام اللفظ. وهو كالمشروط في العقد.

<sup>1</sup> ابن نجيم، المصدر السابق، ص79. جلال الدين السيوطي، المصدر السابق، ص89. عليّ حيدر، المصدر السابق، المادة 36، ج1، ص44.

<sup>2</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص145، 1008.

<sup>3</sup> ابن نجيم، المصدر السابق، ص89.

<sup>4</sup> عليّ حيدر، المصدر السابق، المادة 37، ج1، ص46.

<sup>5</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص1008. أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص223. السيّد صالح عوض المرجع السابق، ص452.

<sup>6</sup> ابن نجيم، المصدر السابق، ص84. عليّ حيدر، المصدر السابق، المادة 43، ج1، ص51.

<sup>7</sup> عليّ حيدر، المصدر نفسه، المادة 45.

<sup>8</sup> المصدر نفسه، المادة 44.

<sup>9</sup> ابن تيمية: تقيّ الدين أحمد بن عبد الحلیم (ت: 728هـ)، القواعد التورانية الفقهية، تحقيق أحمد بن عبد محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422هـ، ص167. محمد مصطفى الزحيليّ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ، ج1، ص345.

والقاعدة الثانية تضع المبدأ المقرّر في اعتبار العرف الخاصّ، كعرف التّجار وأرباب الحرف والصناعات، وأهل بلدٍ مُعيّن، فإنّ له سلطاناً حاكماً كالعرف العامّ، لكنّه يقتصر على متعارفيه دون سواهم. ويمكن أن يُقال فيها: "المعروف بين كلّ طائفة كالمشروط بينهم"<sup>1</sup>.

وكذلك ما عيّنه العرف، فهو كالمنصوص عليه في العقد، وهو معنى القاعدة الثالثة "التّعيين بالعرف كالتّعيين بالنّص". ومن ألفاظها: "الثّابت بالعرف كالثّابت بالنّص"<sup>2</sup>. وذلك كالانتفاع بالأعيان المؤجّرة والمستعارة التي لم تُبيّن في العقد كقيّة الانتفاع بها، فإنّ ذلك يتعيّن بالعرف<sup>3</sup>.

ودلّت القاعدة الأخيرة على أنّ الإذن العرفي في الإباحة أو التّملك أو التّصرف بطريق الوكالة كالإذن اللفظي، والعلم برضى المستحقّ بما يدلّ عليه عرفاً، يقوم مقام إظهاره للرّضى<sup>4</sup>.

7. تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت<sup>5</sup>

8. إنّما العبرة للغالب الشائع لا النادر<sup>6</sup>

هاتان القاعدتان تُعبّران عن بعض شروط العرف، وهي الاطّراد أو الغلبة. وقد سبق بيانها ضمن شروط العرف.

9. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة<sup>7</sup>

يعني أنّ ما لا يصدق وقوعه عادة وعرفاً، فهو في حكم الممتنع حقيقة، فكما أنّ الممتنع حقيقة لا تُسمع الدّعوى به، ولا تُقام البيّنة عليه، للتّيّن بكذب مدّعيه، كقوله إنّ الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد أقرضني مبلغاً من المال، فكذلك الممتنع عادة لا تُسمع فيه الدّعوى، كما لو ادّعى من عُرف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة، لم يُعهد عنه أنّه أصاب مثلها بإرث أو غيره. وكدعوى الوصي

<sup>1</sup> مصطفى الزّرقا، المرجع السّابق، ج2، ص1009. السّيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص455.

<sup>2</sup> نكر بعض الكاتبين في معنى هذه العبارة: أنّ العرف دليل يثبت به الحكم كالتّصّ الشرعيّ سواء، حيث لا نصّ. (السّيّد صالح عوض، المرجع نفسه).

<sup>3</sup> عليّ حيدر، المصدر السّابق، المادة 43، ج1، ص51. السّيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص455.

<sup>4</sup> ابن تيميّة، القواعد النّورانيّة الفقهيّة، مصدر سابق، ص167.

<sup>5</sup> عليّ حيدر، المصدر السّابق، المادة 41، ج1، ص50.

<sup>6</sup> المصدر نفسه، المادة 42، ج1، ص51.

<sup>7</sup> المصدر نفسه، المادة 38، ج1، ص47.

أنه أنفق أموالاً عظيمة - يكذبُ الظاهر فيها - على اليتيم<sup>1</sup>. وعلى هذه القاعدة فكلُّ دعوى ينفىها العرف وتكذبُها العادة، فإنها لا تُسمع<sup>2</sup>.

قال ابن فرحون: "مالكٌ وأصحابُه - رحمهم الله - منعوا سماعَ الدَّعوى التي لا تُشبه الصدقَ عرفاً، بل العرفُ يدلُّ على كذبها"<sup>3</sup>.

هذا شرح موجز لأهمِّ القواعد الكليَّة المتعلقة بالعرف، أفردناها بهذا المطلب للتوضيح، مع أنه تمَّ التعرُّض لها ضمن مواضع متفرقة في البحث.

### المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف

يُقصدُ بمجالات إعمال العرف ردُّ التَّطبيقات والفروع الفقهيَّة الكثيرة المبنية على العرف، إلى مجالات ضابطة لهذه الفروع المتناثرة، بحيث يمكن تصنيف كلِّ فرع من تلك الفروع تحت المجال الذي يدخل تحته. وإنَّ حصر مجالات إعمال العرف من شأنه أن يضبط سلطانه، وأن يُعمل به في حدود الحرِّية التي تركها الشرع للمكفَّين، دُونَ الحالات التي تولَّى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام<sup>4</sup>.

وقد كان للفقهاء والباحثين جهود في تحديد مجالات العمل بالعرف وضبطها، نذكر منهم:

**أولاً: أورد العزَّ بن عبد السلام ثلاثة مجالات لإعمال العرف<sup>5</sup>، هي:**

- تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام، وتقييد المطلق، وغيرهما.

- حمل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لمسيس الحاجات إلى ذلك.

- الحمل على الغالب والأغلب في العادات.

**ثانياً: ذكر الدكتور أحمد فهمي أبو سنَّه أربعة مجالات لإعمال العرف<sup>6</sup>، هي:**

- العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً.

<sup>1</sup> علي حيدر، المصدر السابق، المادة 38، ج1، ص47. أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص225.

<sup>2</sup> مشعل بن حمود النقيعي، المرجع السابق، ص175.

<sup>3</sup> ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، (د م ن)، ط1، 1406هـ، ج2، ص125.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص908. وليد بن علي الحسين، مجالات إعمال العرف، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ص15.

<sup>5</sup> عز الدين بن عبد السلام، المصدر السابق، ج2، ص126، 136، 142.

<sup>6</sup> أحمد فهمي أبوسنَّه، المرجع السابق، ص27.

- العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.
- العرف الذي يُنزل منزلة النطق بالأمر المتعارف.
- العرف القولي.

ثالثاً: ذكر الدكتور وليد بن عليّ الحسين خمسة مجالات لإعمال العرف<sup>1</sup>، هي:

- الأحكام التي أحال الشارع تقديرها إلى العرف.
  - تفسير الألفاظ المطلقة التي لم يرد في الشرع ولا في اللغة تحديدها.
  - العرف الجاري بين الناس في أفعالهم وجعلها بمنزلة المنطوق به.
  - العرف القولي المفسر لمراد المتكلمين.
  - القرينة العرفية.
- ومن خلال استقراء ما ذكره العلماء في هذا الباب، يمكن حصر مجالات إعمال العرف، واستعمالاته فيما يلي:

- ضبط الألفاظ المطلقة التي لم يرد في الشرع ولا في اللغة تحديدها.
- العرف القولي المفسر لمراد المتكلمين.
- العرف العملي المنزّل منزلة صريح الأقوال.
- تخصيص العام وتقييد المطلق وبيان المجهل في النصوص الشرعية.
- مراعاة العرف في الفتيا والقضاء.

**الفرع الأول: ضبط الألفاظ المطلقة التي لم يرد في الشرع ولا في اللغة تحديدها**

من حكمة الشارع الحكيم أن شرع للناس أحكاماً مطلقة عن البيان والتفصيل، يُمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف، وتبدلت الأحوال، ووكل إلى أهل الاجتهاد تنزيلها على الحوادث وفق ما تقتضيه العادة والعرف، وهذا باب عظيم من أبواب العرف، يبتني عليه شطر كبير من الأحكام، ولا يكاد ينكره فقيه. وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وليد بن عليّ الحسين، مجالات إعمال العرف، ص 19.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 44.

ومن الأحكام التي وردت مطلقة في الشرع: العمل الكثير الذي يبطل الصلاة، والحيض والطهر، ومالية الأشياء، والحرز في السرقة، ومقدار النفقة. وما يحصل به إحياء الموات، وضبط الصفات، كالعدالة والمروءة، والكفاءة في النكاح، وما يُعدّ من الأذى والسب والشتم، وما يُعتبر تعزيراً، وغيرها<sup>1</sup>. قال السيوطي: "ومثله بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض، ووقت الحيض وقدره، والإحياء والاستيلاء في الغصب"<sup>2</sup>.

وضابط ذلك - كما مر معنا - قاعدة "كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع في العرف"<sup>3</sup>.

قال القرافي: "وما ليس فيه معيار شرعي، اعتبرت فيه العادة العامة"<sup>4</sup>.

ويدخل في هذا الباب: الأحكام التي أحال الشارع تقديرها إلى العرف، من خلال النص على "المعروف" في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية. من ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 228].

2. قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 233].

3. قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 236].

4. عن عائشة - رضي الله عنها - أنّ هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله، إنّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه، وهو لا يعلم، فقال: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ))"<sup>5</sup>.

ومعنى المعروف في هذه النصوص هو القدر الذي عُلم بالعادة.

قال الإمام الفتوحى: "كل ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن، فالمراد به ما يتعارفه الناس في ذلك الوقت، من مثل ذلك الأمر"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص 46، 47. عادل قوته، المرجع السابق، ج 1، 271-272، وليد بن علي الحسين، المرجع السابق، ص 32-38.

<sup>2</sup> عبد الرحمن السيوطي، المصدر السابق، ص 98.

<sup>3</sup> المصدر نفسه، ص 98.

<sup>4</sup> القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مصدر سابق، ج 3، ص 269.

<sup>5</sup> سبق تخريجه، ص 31.

<sup>6</sup> الفتوحى، المصدر السابق، ج 4، ص 449.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ذكر الله تعالى أنّ التراضي بالمعروف، والتسريح بالمعروف، والمعاشرة بالمعروف، وأنّ لهنّ وعليهنّ بالمعروف، فهذا المذكور في القرآن هو الواجب العدل، في جميع ما يتعلّق بالنكاح، من أمور النكاح وحقوق الزوجين، فكما أنّ ما يجب للمرأة عليه من الرزق والكسوة هو بالمعروف، وهو العرف الذي يعرفه الناس في حالهما نوعاً وقدرًا وصيغة، وإن كان ذلك يتنوع بتنوع حالهما من اليسار والإعسار، والزمان كالشتاء والصيف والليل والنهار، والمكان، فيطعمها في كلّ بلد ممّا هو عادة أهل البلد، وهو العرف بينهم"<sup>1</sup>.

قال أبو سنه: "فإذا كان المراد في هذه النصوص ما تقدّم، دلّت على أنّ الشارع قد اعتبر العرف مرجعاً في تطبيق الأحكام المطلقة"<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: العرف القولي المفسر لمراد المتكلمين

في هذا المجال يظهر سلطان العرف القولي، حيث أنّ كلّ متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلّم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وُضع لها اللفظ في أصل اللغة.

وقد مرّ بنا في القواعد: "يحمل لفظ المخاطب على عرفه"، و"ترك الحقيقة بدلالة العادة"<sup>3</sup>.

فإذا كان اللفظ في كلام الشارع فإنّه يحمل على الحقيقة الشرعية، إن كان له حقيقة شرعية، وأمكّن الحمل عليها<sup>4</sup>. كاستعمال لفظ الصلاة بالمعنى الشرعيّ في قوله ﷺ: ((لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ))<sup>5</sup>.

وإذا كان اللفظ في كلام الناس فإنّه يحمل على عرفهم. ولو صُرف إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم، لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلّفه وطلاقه وسائر تصرّفاته القولية بما لا يعنيه هو، ولا يفهمه الناس من كلامه.

<sup>1</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج34، ص85.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص49.

<sup>3</sup> انظر ص 40 من هذا البحث.

<sup>4</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص263.

<sup>5</sup> سبق تخريجه، ص 40.

فقد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً، فيُصبح في العرف زجراً لا دلالة له على الطلاق، أو بالعكس. وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضة، فيصبح هبةً، ونحو ذلك. فالعبرة إنّما هي للمعنى العرفي حين التّكلم، لتثبيت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه<sup>1</sup>.

واللغة العامية في كلّ مكان من هذا القبيل، فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم. وإنّ ما تُفیده أساليب العوامّ البيانية من عقدٍ، أو تعليق، أو تنجيز، أو إذن أو إجازة، أو غير ذلك، هو مُعتَبَرٌ وإنّ خالف مذاهب النّحويّين في قواعد اللغة الفُصحى<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: العرف العملي المنزّل منزلة صريح الأقوال

تجري بين الناس في تصرفاتهم عادات وأعراف دالة على الإذن في الشيء أو المنع منه، أو تقييد الإلزام به، أو بيان نوعه وقدره، فهذه العوائد تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها، ويكون للعرف الجاري بها قوة النطق باللفظ في اعتبار الشارع، يرتب عليه ما رتبته على الألفاظ من أحكام، بمعنى أنّ قيام العرف بين الناس بمثابة نطق المتصرّف، وإنّما تركوا التلقظ به اتكالا على إفادة العرف له<sup>3</sup>.

وقد سبق ذكر القواعد الفقهية الدالة على سلطان العرف العملي في التصرفات، وصيغ العقود، وتحديد الالتزامات، كقولهم: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا". و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". و"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص". و"الإذن العرفي كالإذن اللفظي"<sup>4</sup>.

وقيام العرف مقام اللفظ منه ما يدلّ على الرضا، كما في بيع المعاطاة، واعتبار مجرد التوقيع على صكّ يتضمّن عقداً أو تصرفاً، إقراراً خطياً ورضاً بمضمونه.

ومنه ما يدلّ على الإذن في الشيء، كتقديم الطعام للضيف، فإنّه يكون كالإذن الصريح في تناوله. ومثله الإذن العرفي في عقود التصرف التي تُخوّل لشخص مُعيّن أن يتصرّف في مال غيره، كالوكالة والشركة.

ومنه ما يكون كالمنع الصريح من الشيء، كتسييج الأرض المملوكة، فإنّه يكون منعاً للغير من استعمالها.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ج2، ص880، 881.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ج2، ص883.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص50، عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص273.

<sup>4</sup> انظر ص43 من هذا البحث.

ومنه ما يكون كالشَّروط الصَّريح، مثل الانتفاع بالأعيان المؤجَّرة والمستعارة التي لم تُبيَّن في العقد كيفية الانتفاع بها<sup>1</sup>.

والأمثلة الفقهيَّة في ذلك كثيرة جدًّا، تدلُّ على اعتبار ما اعتاده النَّاس في أفعالهم، وتنزيله منزلة المنطوق به، في تقييد العقود، وتحديد الالتزامات، وإنشاء الضَّمانات.

### الفرع الرَّابِع: تخصيص العامِّ وتقييد المطلق وبيان المُجمل في نصوص الشَّريعة

إنَّ عرف النَّاس وتعاملهم قد يُخالف نصًّا من نصوص الشَّريعة، وهذه المخالفة لا تخلو من حالتين<sup>2</sup>:  
**الحالة الأولى:** أن تكون المخالفة من جميع الوجوه، بحيث يلزم من العمل بالعرف تعطيل النَّصِّ الشَّرعِيِّ، ورفع حُكمه، فالعرف في هذه الحالة لا يُعتبر، لأنَّه يكون ناسخًا، والنَّسخ لا يكون بالعرف، ولو جاز ذلك لأدَّى إلى ترك الشَّريعة، ورفع أحكامها بالأعراف الفاسدة، وهو باطل بالإجماع. ومن ذلك ما يتعارفه النَّاس من المحرَّمات، كالتَّبني والخمر وعقود الرِّبا وغيرها. وقد سبق في بيان شروط اعتبار العرف عامًّا كان أو خاصًّا ألا يُعارض نصًّا شرعيًّا.

**الحالة الثَّانية:** أن يكون العرف مخالفًا للنَّصِّ من بعض الوجوه، بأن يكون النَّصُّ عامًّا، والعرف عارضه في بعض أفرادهِ، أو كان مُطلقًا، والعرف قيده ببعض أفرادهِ، فهل يُعتبر هذا التَّقيد، وذلك التَّخصيص أو لا؟ وبيان ذلك فيما يلي:

### أولًا: العرف وتخصيص العامِّ<sup>3</sup>

محلُّ البحث في هذه المسألة هو: إذا ورد نصُّ عامٌّ من نصوص الشَّارع الحكيم، فهل يجوز تخصيص عُمومه بعُرف وعادة المُكلَّفين أو لا؟<sup>4</sup>  
 وبيان ذلك: أن العرف إمَّا أن يكون قوليًا أو فعليًّا، ولكلِّ واحدٍ منهما حُكمه:

<sup>1</sup> محمَّد عبد الله بن الثَّمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، دائرة الشُّؤون الإسلاميَّة والعمل الخيري، دبي، ط1، 1430هـ، ص149، 151. أحمد فهمي أبو سنَّه، المرجع السَّابق، ص50-51. مصطفى الزُّرقا، المرجع السَّابق، ج2، ص889، 893. عادل قوته، المرجع السَّابق، ج1، ص274-275.

<sup>2</sup> أحمد بن عليِّ المباركي، المرجع السَّابق، ص143. مصطفى الزُّرقا، المرجع نفسه، ج2، ص903، 905، 913. عبد العزيز خياط، المرجع السَّابق، ص59.

<sup>3</sup> العامِّ هو: اللَّفظ المستغرق لِجميع ما يصلح له بحسب وَضْع واحد. والتَّخصيص هو: قُصْر العامِّ على بعض أفرادهِ. (عبد الكريم الثَّملة، المرجع السَّابق، المجلد الرَّابع، ص1459، 1595).

<sup>4</sup> صالح محمود جابر، المرجع السَّابق، ص24.

## أ. تخصيص العام بالعرف القولي

إذا ورد النص العام من قبل الشارع، وكان هناك عرف قولي قائم حين وروده، يخصه ببعض أفراد، فلا خلاف بين العلماء في اعتباره. فيكون مدلول ذلك النص لا يخرج عن دائرة العرف القولي، وذلك لأن الرسول ﷺ مأمور بتبليغ الأمة ما أرسل به، ووسيلة ذلك التخاطب، ولا بد فيه من مراعاة ما تعارفوا عليه في ألفاظهم. والحقيقة أن العام هنا أريد به الخصوص، إذ ليس هناك تخصيص بالمعنى المعروف لدى الأصوليين، بل كل ما فيه أن اللفظ العام استعمله الشارع في بعض أفراد، حتى صار حقيقة عرفية له، وإن كان الأصوليون يطلقون عليه تخصيصاً من باب التسامح في التعبير<sup>1</sup>.

يقول ابن عابدين: "العرف القولي مخصص للعام اتفاقاً"<sup>2</sup>.

ويقول السيد صالح: "وأما التخصيص بالعرف القولي فلا خلاف فيه بين العلماء"<sup>3</sup>.

فألفاظ البيع، والشراء، والإجارة، والصلاة، والصيام، والحج، وعدة النساء في الطلاق والوفاء، كل ذلك ونحوه في النصوص، يُحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها، وإن اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة<sup>4</sup>.

أما العرف القولي الحادث بعد ورود النص، فإنه لا يصلح مخصصاً للنص الشرعي باتفاق الفقهاء، لأن العرف الحادث هو طارئ بعد أن حُدد مفهوم النص الشرعي، ومراد الشارع منه. فإذا ساغ تخصيصه بعرف طارئ بعد ذلك، لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة. فلا عبرة بتبديل أعراف الناس في معاني بعض الألفاظ الواردة في النصوص الشرعية، بل العبرة لتلك المعاني التي كانت مفهومة منها عند الورود<sup>5</sup>.

لفظ اليمين الوارد في الكتاب والسنة، مفهومه اليمين بالله تعالى، وعليه يُحمل قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّعْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [سورة المائدة، الآية: 89].

<sup>1</sup> أحمد بن عليّ المبارك، المرجع السابق، ص 145. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 913.

<sup>2</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص 116.

<sup>3</sup> السيد صالح عوض، المرجع السابق، ص 349.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 914.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ج 2، ص 920.

فلا يصحّ حملُهُ على اليمين المستحدثة بالطلاق، لأنها لم تكن معروفة في الجاهلية، فلا يكون اللغو فيها معفى<sup>1</sup>.

### ب. تخصيص العام بالعرف العملي

العرف العملي له حالتان:

**الحالة الأولى:** أن يكون العرف العملي قائماً عند ورود النص العام: وقد اختلفت الاجتهادات في كونه صالحاً لتخصيص النص العام أو لا، وفيه تفصيل:

#### 1. إذا كان العرف العملي القائم عند ورود النص عاماً

ذهب الحنفية<sup>2</sup> وجمهور المالكية<sup>3</sup> إلى اعتباره مخصصاً، ويكون النص مقصوراً على ما سوى الأمر المتعارف<sup>4</sup>.

والنظر الفقهي في ذلك أن النص إذا كان عاماً فإن العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص، بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومته، فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو إعمال للعرف والنص معاً<sup>5</sup>.

ومما استدلوا به هو اتحاد الموجب للتخصيص في كل من العرف العملي والقولي، وهو تبادل الحصّة التي وقع عليها التعامل عند ذكر ذلك العرف، فكما يكون العرف القولي مخصصاً للعام، فكذلك العرف العملي يُخصّص العام، لا فرق بينهما<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص920. أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص95.

<sup>2</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص115.

<sup>3</sup> الونشريسي: أحمد بن يحيى (ت: 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ، ص168.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص914، 917. أحمد علي المبارك، المرجع السابق، ص149. عمر بن عبد الكريم الجيدي، المرجع السابق، ص175. مشعل بن حمود النقيعي، المرجع السابق، ص146.

<sup>5</sup> مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ج2، ص915.

<sup>6</sup> أحمد علي المبارك، المرجع السابق، ص149.

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك عقد الاستصناع، فإنه من بيع المعلوم المنهي عنه، ومع ذلك أجازوه للتعامل. وخصّصوا به عموم النهي في قوله ﷺ: ((لَا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ))<sup>1</sup>. وكذلك دخول الحمام أبيع مع ما فيه من الغرر، وجهالة قدر المبيع، وذلك للتعامل به<sup>2</sup>.

قال ابن عابدين: "إن ورد الدليل عامًا، والعرف خالفه في بعض أفراده، أو كان الدليل قياسًا، فإنّ العرف معتبر إن كان عامًا. فإنّ العرف يصلح مُخصّصًا، ويُترك به القياس، كما صرّحوا به في مسألة الاستصناع، ودخول الحمام، والشرب من السقاء"<sup>3</sup>.

وذهب جمهور العلماء من الشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> وبعض المالكية<sup>6</sup> إلى أنّه لا يخصّص النص العام<sup>7</sup>. ودليلهم في ذلك: أنّ الحجة في اللفظ الوارد من الله تعالى، أو رسوله ﷺ، وقد ورد بلفظ عام، فيشمل جميع أفراد لغة، والعرف العملي لا أثر له في عمومته<sup>8</sup>. فالعرف العملي إنّما هو مُطرّد في اعتياد ذلك العمل المخصوص، لا في تخصيص الاسم بذلك العرف، فلا يكون العرف العملي قاضيًا على عموم اللفظ، مع بقائه على وضعه اللغوي، وهذا بخلاف العرف القولي، فإنه يكون قاضيًا على الوضع اللغوي<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> حديث حكيم بن حزام، أخرجه أحمد في المسند، رقم (15311)، ج 24، ص 25. وأبو داود سليمان بن الأشعث (ت: 275هـ)، في سننه، كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (3503)، المطبعة الأنصارية، الهند، (د ط)، 1323هـ، ج 3، ص 302. والترمذيّ محمد بن عيسى (ت: 279هـ)، في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (1232)، تحقيق أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ط 2، 1395، ج 3، ص 526. وابن ماجة محمد يزيد (ت: 273هـ)، في سننه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، رقم (2187)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د ت ن)، (د ط)، ج 2، ص 737. وصحّحه الألباني: محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ) (إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405هـ، برقم 1292، ج 5، ص 132).

<sup>2</sup> أحمد فهمي أب سنة، المرجع السابق، ص 64.

<sup>3</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص 116.

<sup>4</sup> الأمديّ: عليّ بن محمد (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، مؤسسة النور، الرياض، ط 2، 1402هـ، ج 2، ص 334.

<sup>5</sup> آل تيمية: عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ) وولده عبد الحلیم (ت: 682هـ) وحفيده أحمد (ت: 738هـ)، المسوّدّة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ص 123.

<sup>6</sup> القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 1، ص 174.

<sup>7</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2، ص 914، 917. أحمد عليّ المباركي، المرجع السابق، ص 149. عمر بن عبد الكريم الجيدي، المرجع السابق، ص 175. مشعل بن حمود النقيعي، المرجع السابق، ص 146.

<sup>8</sup> أحمد عليّ المباركي، المرجع نفسه، ص 151.

<sup>9</sup> أحمد عليّ المباركي، المرجع نفسه، ص 150.

قال القرافي: "إنَّ العرف القوليَّ يؤثر في اللَّفظ تخصيصاً وتقييداً وإبطالاً، وإنَّ العرف الفعليَّ لا يؤثر في اللَّفظ اللَّغويَّ تخصيصاً، وتقييداً وإبطالاً، لِعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللَّغة، ومعارضة غلبة استعمال اللَّفظ في العرف للوضع اللَّغويَّ"<sup>1</sup>.

وأما ما ذُكر من الأمثلة كجواز الاستصناع، ودخول الحمام، فإنَّه يرجع إلى الإجماع العمليِّ، لا إلى العرف<sup>2</sup>.

## 2. إذا كان العرف العمليُّ القائم عند ورود النَّصِّ خاصاً

ذهب المالكيَّة وبعض الحنفيَّة<sup>3</sup> إلى اعتبار العرف الخاصَّ القائم عند ورود النَّصِّ، وتخصيص النَّصِّ به.

قال أبو سنَّه: "والمالكيَّة على كثرة استعمالهم للعرف، لم أقف لهم على اشتراط العموم فيه، ومعلوم ممَّا تقدَّم اعتبارهم لعرف المدينة الخاصَّ"<sup>4</sup>.

وذهب جمهور الحنفيَّة إلى أنَّ العرف الخاصَّ لا يصلح مُخصِّصاً للنَّصِّ العامِّ، ولو كان قائماً عند ورود النَّصِّ، لأنَّه إذا كان عرف بعض البلاد، أو فئة من النَّاس، يقتضي تخصيص النَّصِّ، فإنَّ عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن، أو النَّاس، لا يقتضيه، فلا يثبت التَّخصيص بالشكِّ. كما أنَّ العرف الخاصَّ قد يكون بين فئة ضئيلة من النَّاس، أو في مكان صغير، فلا يصلح دليلاً على أنَّ الشَّارع لم يُرد من نصِّه العامِّ عموم معناه<sup>5</sup>.

## الحالة الثَّانية: أن يكون العرف العمليُّ حادثاً بعد ورود النَّصِّ العامِّ: وفيه تفصيل:

- إذا كان العرف العمليُّ حادثاً بعد ورود النَّصِّ العامِّ، في حياة النَّبيِّ ﷺ، وعلم به، وأقرَّهم على ترك بعض أفراد المأمور به، أو فعل بعض أفراد المنهيِّ عنه، فهذا يُخصِّص العامِّ، والحقيقة أنَّ المخصِّص هو إقرار النَّبيِّ ﷺ<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج1، ص174.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنَّه، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> ابن نجيم، المصدر السابق، ص88.

<sup>4</sup> أحمد فهمي أبوسنَّه، المرجع السابق، على الهامش، ص58.

<sup>5</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص917.

<sup>6</sup> أحمد بن عليِّ المباركي، المرجع السابق، ص148.

- أما إذا كان العرف العملي حادثاً بعد موت النبي ﷺ فلا يصلح مخصصاً للنص العام، لأنه لو اعتبر مخصصاً لأدى إلى إلغاء الشريعة، وإحلال الأعراف محلها، ولصارت عادات الناس وأفعالهم قاضية على الشرع<sup>1</sup>.

يُستثنى من ذلك أن يكون هذا العرف العملي قد اطرد العمل به، حتى صار ذلك إجماعاً عملياً، فهو يخصص العام، ولكن المخصص في الحقيقة هو الإجماع<sup>2</sup>.

يقول الإسنوي: "اختلفوا في التخصيص بالعادات، والحق: أنها إن كانت موجودة في عصره ﷺ، وعلم بها، وأقرها، كما إذا اعتادوا بيع الموز بالموز متفاضلاً، بعد ورود النهي، وأقره، فإنها تكون مخصصة، لكن المخصص في الحقيقة هو التقرير، وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تُخصص، لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام"<sup>3</sup>.

#### ثانياً: تقييد المطلق<sup>4</sup>

قال أبو سنة: "اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف العملي والقولي، يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً"<sup>5</sup>.

وقال السيد صالح عوض: "لقد ذكر فيما تقدم أن الفقهاء اتفقوا على تقييد المطلق، اللهم ما نُقل عن القرافي، حيث ذكر خلاف ذلك، ووافق الزيلعي من الحنفية في عدم التقييد بالعرف العملي"<sup>6</sup>.

بينما ذهب الأمدي إلى أن الكلام في تقييد المطلق كالكلام في تخصيص العام. والخلاف في التقييد كالخلاف في التخصيص.

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص919. أحمد بن علي المباركي، المرجع السابق، ص153.

<sup>2</sup> أحمد بن علي المباركي، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> الإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن (ت: 772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، ص217.

<sup>4</sup> المطلق هو: اللفظ المتناول لواحد لا بعينه، باعتبار حقيقة شاملة لجنسه. والمقيّد هو: اللفظ المتناول لمعين، أو لغير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة الشاملة لجنسه. (عبد الكريم النملة، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص1705، 1703)، فالتقييد إضافة قيد إلى اللفظ المطلق يحد من شيوعه وانتشاره بين أفراد جنسه.

<sup>5</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص91.

<sup>6</sup> السيد صالح عوض، المرجع السابق، ص367.

قال الأمدّي: "وإذا عُرف معنى المطلق والمقيّد، فكلّ ما ذكرناه في مُخصّصات العموم، من المتّفق عليه والمختلف فيه، والمزيّف والمختار، فهو بعينه جارٍ في تقييد المطلق، فعليك باعتباره بنقله هاهنا"<sup>1</sup>.

وقد أشكل تعارض هذه الأقوال الثلاثة على الدّكتور أحمد بن عليّ المباركيّ، ووفقّ بينها من خلال التّفريق بين أن يكون المطلق نصّاً شرعيّاً، أو أن يكون إطلاقاً لغويّاً.

قال أحمد بن عليّ المباركيّ: "إذا كان المطلق نصّاً شرعيّاً، وعارضه العرف بالتقييد، فلا خلاف بين العلماء، أنّ العرف يُقيّد المطلق، سواء كان العرف قوليّاً، كما إذا أمر الشارع بالحجّ، وأطلق، فإنّه يُقيّد بالمتعارف في الشّرع من القصد إلى مكّة في أشهر الحجّ. أو كان عمليّاً، كما إذا قال الزّاوي: ((فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ: صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ، عَلَى الْعَبْدِ وَالْحُرِّ، وَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ))<sup>2</sup>. فإنّ الواجب إخراجه صاعاً بصاع المدينة، الذي كان التّعارف به جارياً وقت ورود النصّ"<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: بيان المجمل<sup>4</sup>

قد يتدخّل العرف في ترجيح أحد مجازات اللفظ، فينتفي الإجمال بعد احتمال<sup>5</sup>، ومثاله: إضافة التّحريم والتّحليل إلى أعيان، نحو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية 23]، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ [سورة المائدة، الآية 1]. فإنّ المتبادر إلى الأفهام عرفاً من هذه الأمثلة؛ تحريم مسيس الأمهات في الأوّل، وحلّ أكل بهيمة الأنعام في الثّاني<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الأمدّي، المصدر السابق، ج3، ص4.

<sup>2</sup> حديث ابن عمر، أخرجه البخاريّ، في صحيحه، كتاب الزّكاة، باب فرض صدقة الفطر، رقم (1432)، ج2، ص547. ومسلم، في صحيحه، كتاب الزّكاة، باب زكاة الفطر، رقم (984)، ج3، ص68.

<sup>3</sup> أحمد بن عليّ المباركيّ، المرجع السابق، ص 165-166.

<sup>4</sup> المجمل هو: ما له دلالة على معنيين، لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة له. والبيان هو: الشّيء الذي دلّ على أنّ المراد من ذلك اللفظ المُجمل هو ذلك المعنى المعين. (عبد الكريم النّملة، المرجع السابق، المجلد الثّالث، ص1221، 1246).

<sup>5</sup> محمّد عبد الله بن التّمين، المرجع السابق، ص108.

<sup>6</sup> القرافي، الفروق، ج1، ص171، أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص18. قال محمّد عبد الله بن التّمين: "وأصرّ بعض العلماء على أنّه من المُجمل، وقد اعتبر القرافيّ إضافة التّحريم إلى الدّوات من العرف القوليّ في المركّبات" (محمّد عبد الله بن التّمين، المرجع السابق، الهامش، ص108).

قال الشاطبي: "اعتبار ما يُقصد بالأصالة والعادة هو الذي جاء في الشريعة إليه بالتحريم والتحليل: كسواء الخمر للشرب، والميتة للأكل، وذلك الغالب المعتاد عند العرب الذي نزل القرآن بلغتهم، ولذلك حُذف متعلق التحريم والتحليل"<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس: مراعاة العرف في الفتيا والقضاء

يتناول هذا الفرع مسألتين مهمتين، يظهر فيهما سلطان العرف، وقوة تأثيره:

**الأولى:** بناء الفتاوى وتأسيسها على أعراف الناس، وعاداتهم، ودورانها مع تلك العادات وجوداً وعدماً. **والثانية:** تدخل العرف في القضاء والتحكيم في الوقائع. والفتيا كالقضاء في أنهما بيانٌ لأحكام الله، غير أن الفتيا بيانٌ بطريق الإخبار عنه، والقضاء بيانٌ بطريق الإلزام به<sup>2</sup>. وبيان المسألتين السابقتين فيما يلي:

#### أولاً: تأسيس الفتاوى على العرف

لما كان المفتي موقفاً عن الشارع، مبيّناً عنه، يرجع الناس إليه في التوازل، جعل من أهم ما يحتاج إلى معرفته، بعد العلم الشرعي، أحوال الناس وعرفهم القولي والفعلي، وأنه عام أو خاص، والظروف المحيطة بالحادثة، ولا يجوز له أن يُفتي بغير ما يقتضيه عرف من وقعت له الحادثة. ثم إن ما بُني من الفتاوى على العرف، يتغير حتماً بتغيره، سواء كان ذلك التغير زمانياً أو مكانياً باختلاف البقاع، لأن صاحب الفتوى ما أفتى بها إلا مناسبة للعرف الذي كان في زمانه، ومكانه. فالأحكام - مثلاً - في الطلاق والأيمان تختلف باختلاف الزمان والمكان وفق أعراف الناس، واستعمالاتهم اللفظية<sup>3</sup>. يقول ابن عابدين: "لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا، لا بد له أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليها، لأن كثيراً من المسائل يُجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة"<sup>4</sup>.

#### ثانياً: تحكيم العرف في الوقائع والقضاء<sup>5</sup>

لا نزاع في تحكيم المفتي للعرف في الوقائع، لإظهار الحق من الباطل، وتمييز الحلال من الحرام، كالضمان وعدمه بهلاك الودائع، والنقاط المال على سبيل التملك أو الرد على مالكة، ومدة اللقطة التي يحل بعدها الانتفاع بها.

<sup>1</sup> الشاطبي، المصدر السابق، ج3، ص460. بتصرف.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنة، المرجع السابق، ص108.

<sup>3</sup> صالح محمود جابر، المرجع السابق، ص114. أحمد فهمي أبو سنة، المرجع نفسه، ص109، 114.

<sup>4</sup> ابن عابدين، المصدر السابق، ص129.

<sup>5</sup> عن أحمد فهمي أبو سنة مختصراً، المرجع السابق، ص115-119. صالح محمود جابر، المرجع السابق، ص136.

وكذلك القاضي يعمل بالعرف في ثلاثة مواضع:

أ. الامتناع من سماع الدعوى: بمعنى أنه لا يسأل المدعى عليه، ولا يطلب جوابه عنها، وذلك عند اقترانها بما يكذبها في العادة. وقد سبق بيان ذلك في قاعدة: "المتنع عادة كالممتنع حقيقة". فلا داعي لإعادته<sup>1</sup>.

ب. الحكم بمقتضيات الألفاظ الواردة في العقود، كالبيع، كما لو تنازعا فيما يدخل في المبيع عرفا. وكذا حمل صيغة الدعوى على العرف، سواء أكان المدعى عقارا، أو منقولا، أو دينا، عقدا أو فسخا.

ج. يرجح القاضي بالعرف من يكون له القول من المتداعيين، لقوة جانب من يشهد له العرف، لأنه متمسك بالظاهر، وما هو الأصل. واليمين لكونها حجة ضعيفة إنما شرعت على أقوى المتداعيين. ويستثنى من الترجيح بالعرف ما إذا كان أحدهما خارجا، والآخر ذا يد، لأن شهادة اليد التي هي سبب الملك أقوى من شهادة العرف.

والترجيح بالقرائن العرفية، واعتماد العرف في تمييز المدعي والمدعى عليه هو مذهب المالكية. فليس المدعي الطالب، ولا المدعى عليه المطلوب، بل إن من كانت دعواه على خلاف الأصل فهو المدعي، وعليه البيّنة. قال ابن فرحون: "لو تنازع رجل وامرأة رُمحا يتجادبان، فالقول في هذا كله قول من شهد له العرف والعادة، فيحكم للرجل بالرمح والسيف مع يمينه"<sup>2</sup>.

في ختام حديثنا عن مجالات أعمال العرف، يظهر أنّ له سلطانا واسعا في استنباط الأحكام وتجديدها، أو تعديلها وتحديثها، وفهم الأدلة، من خلال ضبط الألفاظ المطلقة، وتفسير مراد المتكلمين. كما يظهر سلطانه في تقييد آثار العقود، وتحرير الالتزامات على وفق المتعارف. ثم إن قوة العرف تظهر في تخصيص النصوص العامة، فيحمل العام على ما يقتضيه العرف ويبنى عليه. كما تتأسس الفتاوى وتتأثر بأحوال الناس وأعرافهم، وتتغير بتغيرها. وللقضاء أيضا جانب من أعمال العرف، من خلال اعتماد وتحكيم مألوف الناس ومعهوداتهم في كثير من الوقائع، الواقعة أو المتوقعة.

<sup>1</sup> انظر: ص44 من هذا البحث.

<sup>2</sup> ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص69.

# الفصل الثاني

## أثر العرف في مجال المعاملات

ويشتمل على مبحثين:

- المبحث الأول: أثر العرف في مجال الأحوال الشخصية.
- المبحث الثاني: أثر العرف في مجال المعاملات المالية.

## تمهيد

المجال التطبيقي للعرف واسع جدًا، يظهر ذلك في الفروع الفقهيّة الكثيرة المبنية عليه، خاصّة ما تعلّق بالمعاملات، فإنّ للعرف دخلًا كبيرًا فيها، وهذا راجع إلى سلطان العرف في إثبات الحقوق وانتقائها. فالعديد من مسائل المعاملات تندرج تحت القواعد الفقهيّة المتعلّقة بالعرف، مثل "المعروف عرفا كالمشروط شرطًا" و"الإذن العرفي كالإذن اللفظي" و"العرف ينزل منزلة التصريح بالأمر المتعارف" وغيرها.

وسوف نسوق أمثلة يسيرة من تلك الفروع الفقهيّة التي يظهر أثر العرف فيها، تكون نموذجًا ودليلاً على ما للعرف من قوّة واعتبار في الأحكام. وسوف نقسم هذه النماذج المختارة إلى قسمين: مسائل من الأحوال الشخصيّة، ومسائل من المعاملات الماليّة.

## المبحث الأول: أثر العرف في مجال الأحوال الشخصية

يتضمن هذا المبحث أثر العرف في الأحوال الشخصية، وقسمناه إلى مطلبين؛ أردنا في المطلب الأول صوراً لاعتبار العرف في أحكام الزواج، وتناولنا في المطلب الثاني تطبيقات فقهيّة للعرف في أحكام الرضاع والطلاق.

### المطلب الأول: أثر العرف في أحكام الزواج

راعت الشريعة الإسلامية أعراف الناس الصحيحة في الكثير من الأحكام المنظمة للحياة الزوجية، وتُورد ثلاث مسائل - على سبيل التمثيل - تُبرز سلطان العرف وأثره في أحكام الزواج.

#### الفرع الأول: مقدار المهر

##### أولاً: تعريف المهر

أ. لغة: صداق المرأة<sup>1</sup>.

ب. اصطلاحاً: اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بعقد النكاح، أو الوطء<sup>2</sup>.

##### ثانياً: مشروعية المهر

الأصل في مشروعية المهر: الكتاب والسنة والإجماع.

- فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَوَعَدْنَا الْنِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [سورة النساء، الآية: 4].

- ومن السنة: حديث سهل بن سعد قال: أتت النبي ﷺ امرأة فقالت: إنَّها قد وهبت نفسها لله ولرسوله ﷺ، فقال: ((ما لي في النساء من حاجة))، فقال رجل: زوجنيها، قال: ((أعطيها ثوباً)). قال: لا أجد. قال: ((أعطيها ولو خاتماً من حديد)). فاعتل له، فقال: ((ما معك من القرآن)). قال: كذا وكذا، قال: ((فقد زوجتكها بما معك من القرآن))<sup>3</sup>.

- ومن الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية الصداق في النكاح<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج5، ص184.

<sup>2</sup> النووي: محي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ، ج7، ص249.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، رقم (4741)، ج4، ص1919.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص97.

### ثالثاً: أثر العرف في تحديد مقدار المهر

اتفق الفقهاء على أنه لا حدّ لأكثر المهر<sup>1</sup>، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَعَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [سورة النساء، الآية: 20].

واختلفوا في أقلّ المهر على مذهبتين:

**المذهب الأول:** ذهب الحنفيّة والمالكيّة<sup>2</sup> إلى أنّ أقلّ المهر مُقدّر، إلّا أنهم اختلفوا في تقديره، فذهب الحنفيّة إلى أنّ أقلّ المهر عشرة دراهم، مستدلّين في ذلك بقوله ﷺ: ((لَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ))<sup>3</sup>.

**وئوقش:** بأنّه حديث ضعيف<sup>4</sup>.

وقدّره المالكيّة برُبع دينار، قياساً على حدّ القطع في السرقة، بجامع أنّه عضو مستباح بمال<sup>5</sup>. وئوقش بأنّه قياس في مقابل النّصّ، وأنّ اليد إنّما قُطعت في ربع دينار للمعصيّة، والنّكاح مستباح بوجه جائز<sup>6</sup>.

**المذهب الثاني:** ذهب الشافعيّة والحنابلة<sup>7</sup> إلى أنّ أقلّ المهر، غير مُقدّر، بل كلّ ما جاز أن يكون ثمنًا، أو مبيعًا، أو أجرًا، أو مُستأجرًا، جاز أن يكون صداقًا، قلّ أو كثر، ما لم ينته في القلّة إلى حدّ لا يُتموّل.

واستدلّوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [سورة النساء، الآية: 24]. ويدخل فيه القليل والكثير من المال. وقوله ﷺ للرجل: ((أَعْطَهَا وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ))<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، (د ط)، 1425هـ، ج3، ص45.

<sup>2</sup> ابن رشد، المصدر نفسه. ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص99.

<sup>3</sup> حديث عليّ بن أبي طالب. أخرجه الدارقطنيّ عليّ بن عمر (ت: 385هـ)، في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، رقم (3606)، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ، ج4، ص360.

<sup>4</sup> ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص47.

<sup>5</sup> محمد بن عبد الله بن يونس الصقلّيّ (ت: 451هـ)، الجامع لمسائل المدونة، دار الفكر، (د م ن)، ط1، 1434هـ، ج9، ص200.

<sup>6</sup> محمد بن أحمد بن سالم السفارينيّ (ت: 1188هـ)، كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، وزارة الأوقاف الكويت، دار النوادر، سوريا، ط1، 1428هـ، ج5، ص393.

<sup>7</sup> ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص45. ابن قدامة، المصدر السابق، ج7، ص210.

<sup>8</sup> سبق تخريجه ص61.

قال ابن عبد البر في هذا الحديث: "إنه دليل على أنّ مبلغ الصّدق غير مُقدّر، وأنه يجوز بالقليل والكثير، ممّا تصلح به الإجازات والبياعات، وأنه يجوز بالإجارة والخدمة"<sup>1</sup>.

وهذا القول الثاني هو الرّاجح، لعدم وجود دليل على التّحديد، وللدّلة السّابقة التي تُفيد أنه لا حدّ لأقلّ المهر.

وعلى هذا فمقدار المهر، متروك لأعراف النّاس، وعاداتهم، في كلّ زمان ومكان، بحسب ما يتراضى عليه الأهل، وبحسب تفاوتهم في الغنى والفقير، فيُعطي كلّ منهم بحسب حاله، وحال من يرغب في الزّواج بها، خاصّة أنّ الأعراف اليوم تدخلت في اختلاف الصّدق من امرأة إلى أخرى، حيث أصبح كلّ من التّعليم والعمل يُضفي على المرأة منزلة وقدراً لم يكن مُعتبراً من قبل. وعدم تحديد مقدار الصّدق، وتركه لأعراف النّاس، بما يُناسب القدرة الماديّة لجميع طبقات المجتمع، يُعدّ من مظاهر التّيسير في الشّريعة الإسلاميّة، ورفع الحرج<sup>2</sup>.

ونذكر في هذه المسألة أنّ ما نلاحظه في بعض المناطق من كتابة ميثاق يُحدّد مهر الزّواج، إنّما هو من باب تيسير تكاليف الزّواج. لما يترتّب عن المغالاة في المهور من تعطيل الكثير من الرّجال والنّساء عن الزّواج.

ونشير إلى أنّ العرف يظهر أثره - أيضاً - في صدق المثل، وهو مهر امرأة تماثلها وقت العقد. وذلك عند عدم تسمية الصّدق في عقد النّكاح، أو عند التّسمية الفاسدة للصّدق، كالخمر أو الخنزير أو إذا كان المسمّى غير مُتقوم. فيجب للمرأة مهر المثل على ما جرى به العرف والعادة، فإن كانت المرأة من عليّة القوم أُعطيت مهراً مُرتفعاً، وإن كانت متوسّطة تُوسّط لها فيه، وإن كانت دنيئة، أُعطيت مهراً حسب مستواها.

وتكون المماثلة هنا فيما يُعتدّ به من صفات الزّوجة التي يُرغب فيها من أجلها، كالدين والنّسب، والأدب، والعقل، والتّعليم، والجمال، والمال، والسّن، والبركة، والثّيوبية، والبلد الذي تعيش فيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمّد (ت: 463هـ)، الاستنكار في شرح مذاهب علماء الأمصار، تحقيق سالم محمّد عطا ومحمّد عليّ معوض، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1421هـ، ج 5، ص410.

<sup>2</sup> محمّد منصور، ونورالدين مناني، "أثر العرف في أحكام الصّدق"، مرجع سابق، ص376.

<sup>3</sup> أحمد بن عليّ المباركي، المرجع السّابق، ص226. محمّد منصور، ونورالدين مناني، المرجع نفسه، ص381.

## الفرع الثاني: تجهيز بيت الزوجية وأثر العرف فيه

اتفق الفقهاء على وجوب السكن المناسب للزوجة، على حسب حال الزوج، وقدرته بالمعروف<sup>1</sup>. لأن توفير المسكن داخل في الإنفاق الواجب على الزوج لزوجته. ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما. والناس يتفاوتون في الغنى والفقير، والعسر واليسر، والمسكن ولوازمها من المتاع والأثاث، تفاوتاً كبيراً، والشارع لا يكلف نفساً إلا وسعها. قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [سورة الطلاق، الآية: 6]. فقد دلت الآية على وجوب السكن المطلقة، فوجوبه للزوجة التي في صلب النكاح أولى<sup>2</sup>.

ومع ذلك اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه إعداد البيت من الزوجين على مذهبين:

- **المذهب الأول:** ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>3</sup> إلى أن إعداد البيت على الزوج، لأن النفقة بجميع أنواعها من مطعم وكسوة ومسكن عليه، وتجهيز البيت بالمتاع المناسب من المسكن. والمهر ليس عوض الجاهز، بل هو حق خالص للزوجة على زوجها، لأنه عطاء ونحلة، كما سماه القرآن. قال تعالى: ﴿وَعَاثُوا النِّسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [سورة النساء، الآية: 4]. فإن دفع الزوج لزوجته ما لا فوق مهرها نظير إعداد الجاهز، وكان من العرف أنها تتجهز بهذا الزائد، فإن الزوجة حينئذ تكون ملزمة بالجاهز في حدود ما دفعه زيادةً على المهر<sup>4</sup>.

- **المذهب الثاني:** ذهب المالكية<sup>5</sup> إلى أن إعداد مسكن الزوجية على الزوجة، في حدود ما قبضته من المهر، وما جرت به العادة بين أمثالها. فإن لم تكن قبضت شيئاً من مهرها، فلا شيء عليها منه، ما لم يكن هناك شرط في عقد الزواج، أو عُرف متبع في بلدها وزمانها، فيجب عليها إعداد ما اشترط أو ما تُعورف.

وظاهر دليل المالكية: أن العرف في جميع العصور على أن الزوجة هي التي تُعد بيت الزوجية، وتجهزه، والزوج يدفع المهر من أجل ذلك. ولذلك قيدوا وجوب إلزام الزوجة بتجهيز بيتها بعدم وجود

<sup>1</sup> كمال ابن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (د ط)، 2003م، ج3، ص202.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج11، ص355.

<sup>3</sup> كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ج3، ص177.

<sup>4</sup> السيد مبروك، المرجع السابق، ص347. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص182. أحمد الصويغي، المرجع السابق، ص232.

<sup>5</sup> الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص321.

عُرف أو شرط يقضي بخلاف ذلك<sup>1</sup>. جاء في مختصر خليل: "ولزمها التّجهيزُ على العادة بما قبضته"<sup>2</sup>.

وقد روي عن عليّ - رضي الله عنه - قال: ((جَهَّزَ رَسُولُ ﷺ فَاطِمَةَ فِي خَمِيلٍ<sup>3</sup> وَقَرِيبَةٍ وَوَسَادَةٍ حَشْوُهَا إِذْخِرُ<sup>4</sup>)).<sup>5</sup>

والذي يبدو رُجحانه أنّ المهر حقٌّ خالص للزوجة، تتصرّف فيه كيف تشاء، من هبة أو شراء جهاز، أو تحتفظ به لنفسها، وأنّ إعداد البيت على الزوج، لأنّه الملمزم بالنفقة. فإن كان هناك عُرف جارٍ بأن تُجهّز بعض الأشياء وجبت عليها بحسب ما هو متعارف عليه، خاصّة وأنّ الجهاز هذه الأيام لا يقتصر على الصّروبيات والحاجيات، بل تعدّى إلى أمور لا حصر لها، تُثقل كاهل الزوج، فالأولى أن يتعاون فيها الطرفان، لا سيما إذا جرى العرف بذلك.

قال الونشريسي: "ومذهبي أنّه لا يلزم المرأة من ذلك إلّا ما غلب تعارفه، حتّى أنّه قد ثبتَ تواضُفه"<sup>6</sup>.

### الفرع الثالث: نفقة الزوجة

#### أولاً: تعريف النفقة

- لغة: نفقَ الفرسُ نُفوقًا: مات. ونفقَ المالُ والطعامُ نُفقًا ونفاقًا: نقصَ وقلّ. وأنفقَ المال: صرفه، والنفقةُ: ما أنفقتَ واستنفقتَ على العيال وعلى نفسك<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> السيّد مبروك، أثر العرف والعادة في فقه الأسرة، مجلّة الشريعة والقانون، مرجع السابق، ص348. أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، 1435هـ، ص182. أحمد الصويغي، المرجع السابق، ص232.

<sup>2</sup> الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص321.

<sup>3</sup> الخميل والخميلة: القطيفة وهي كلُّ ثوبٍ له خملٌ من أيّ شيءٍ كان، وقيل: الخميل الأسود من الثياب (ابن منظور، المصدر السابق، ج11، ص222).

<sup>4</sup> إذخر: حشيش طيب الريح. (ابن منظور، المصدر نفسه، ج4، ص303).

<sup>5</sup> أخرجه أحمد، في المسند، مسند عليّ بن أبي طالب، رقم (715)، ج2، ص121. والنسائي أحمد بن شعيب (ت: 303هـ)، في سننه، كتاب النكاح، باب جهاز الرجل ابنته، رقم (3384)، تحقيق محمد رضوان ومحمد أنس مصطفى، دار الرسالة العالمية، (د م ن)، ط1، 1439هـ، ج6، ص251. والحاكم، في المستدرک على الصحيحين، كتاب النكاح، رقم (2790)، ج3، ص615. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

<sup>6</sup> الونشريسي: أحمد بن يحيى (ت: 914هـ)، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، (د ط)، 1401هـ، ج5، ص78.

<sup>7</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج10، ص358.

- اصطلاحاً: ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس<sup>1</sup>.

### ثانياً: حكم النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها بالكتاب والسنة والإجماع:

- فمن الكتاب: قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [سورة الطلاق، الآية: 7].

- ومن السنة النبوية: وردت عدة أحاديث تُفيد وجوب النفقة، منها حديث عن عائشة -رضي الله عنها- أن هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله، إن أبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ))<sup>2</sup>.

- أمّا الإجماع: فقد اتفقت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، إلا الناشز فلا تجب لها نفقة عند الجمهور<sup>3</sup>.

### ثالثاً: أثر العرف في مقدار النفقة

اختلف الفقهاء في مقدار النفقة على مذهبتين:

**المذهب الأول:** ذهب الشافعية إلى أن النفقة مقدرة بالشرع، تختلف باختلاف حال الزوج وحده، فإن كان مؤسراً وجب عليه مُدَان، لأن أكثر ما أوجب الله للواحد مُدَيْن في كفارة الأذى، وإن كان مُعسراً وجب عليه مُدٌّ، لأن أقل ما يُدفع في الكفارة إلى الواحد مُدٌّ، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف؛ نصف نفقة المُوسر، ونصف نفقة المُعسر.

واستدلوا بالقياس على الكفارة، لأن الله اعتبر الكفارة بنفقة الأهل في الجنس بقوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْتَهُوَ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: 89]<sup>4</sup>.

**المذهب الثاني:** ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنها مُقدّرة بالكفاية. وأن ذلك يرجع إلى ما يقتضيه حال الزوج، وحال الزوجة، ويختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة، والأحوال.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام -دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1403هـ، ص437.

<sup>2</sup> سبق تخريجه، ص31.

<sup>3</sup> ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص76، 77. ابن قدامة، المصدر السابق، ج11، ص348.

<sup>4</sup> ابن رشد، المصدر نفسه، ج3، ص77. ابن قدامة، المصدر نفسه، ج11، ص349-350.

وَحَبَّتْهُمُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ اللَّهَ - فِي آيَةِ السَّابِقَةِ - ذَكَرَ الْإِنْفَاقَ مُطْلَقًا، مِنْ غَيْرِ تَحْدِيدٍ، وَلَا تَقْدِيرٍ، وَلَا تَقْيِيدٍ. فَوَجِبَ رُدُّهُ إِلَى الْعُرْفِ. وَهَذَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ ﷺ لَهْنَدَ: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ)).  
واعتبار النفقة بالكفاة لا يصح، لأن الكفاة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدرة بالكفاة، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر<sup>1</sup>.

والراجح مذهب الجمهور، وأن مقدار النفقة الواجبة هو ما يكفي الزوجة عرفاً، من الطعام والشراب والكسوة والعلاج، وغيرها من المشتملات. وتختلف بحسب المكان والزمان. فما يُعدّ ضروريًا في مجتمع، قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر، ولهذا لم تكن نفقة العلاج من المشتملات عند الفقهاء القدامى، بينما عدّها الفقهاء المعاصرون من الضروريات، وذلك راجع لتغيّر الأعراف.

وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي، في 30 صفر - 5 ربيع الأول 1426هـ، حيث جاء في قراره رقم (16/2)142:

"تستحقّ الزوجة النفقة الكاملة المقررة بالمعروف، وبحسب سعة الزوج، وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة، والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعاً، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز"<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أثر العرف في أحكام الرضاع والطلاق

يتضمّن المطلب ثلاث مسائل يظهر فيها أثر العرف، نُوردها في الفروع الآتية.

#### الفرع الأول: إجبار الزوجة على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية

##### أولاً: تعريف الرضاع

- لغة: الرّاءُ وَالضّادُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ شُرْبُ اللَّبَنِ مِنَ الضَّرْعِ أَوْ التَّدْيِ. تَقُولُ رَضِعَ الْمَوْلُودُ يَرْضَعُ. وَيُقَالُ امْرَأَةٌ مُرْضِعٌ، إِذَا كَانَ لَهَا وَلَدٌ تُرْضِعُهُ. فَإِنْ وَصَفْنَهَا بِإِرْضَاعِهَا الْوَلَدَ قُلْتِ مُرْضِعَةٌ<sup>3</sup>.

- اصطلاحاً: هُوَ مَصُّ الرَّضِيعِ اللَّبَنِ مِنْ تَدْيِ الْأَدْمِيَّةِ فِي وَقْتِ مَخْصُوصٍ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص 77. ابن قدامة، المصدر السابق، ج11، 349-350.

<sup>2</sup> قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 144 (16/2) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، تجميع عبد الحق العيفة، ص 316.

<sup>3</sup> ابن فارس، المصدر السابق، ج2، ص400.

<sup>4</sup> ابن نجيم: زين الدين ابن إبراهيم (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (دم ن)، ط2، (د ت ن)، ج3، ص238.

## ثانياً: أثر العرف في إجبار الزوجة على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية

اتفق الفقهاء على أن الأم لا تُجبر على إرضاع ولدها إذا كانت مُفارقة لزوجها<sup>1</sup>.

واختلفوا فيما إذا كانت على عصمة الزوج، والزوجية قائمة بينهما، فهل له إجبارها على الإرضاع أم ليس له ذلك، على ثلاثة مذاهب:

- **المذهب الأول:** ذهب الحنفية والحنابلة والشافعية إلى أن الأب ليس له إجبار الأم على الإرضاع. سواء كانت شريفة أم غير ذلك، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [سورة الطلاق، الآية: 6]. وإذا امتنعت عن الرضاع واختلفوا في ذلك فقد تعاسروا، فترضع له أخرى ولا تجبر عليه<sup>2</sup>.

- **المذهب الثاني:** ذهب أبو ثور وابن أبي ليلى إلى أن الأب له إجبار الأم على الإرضاع، وهو رواية عن مالك. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 233]. والآية جملة خبرية أريد بها الطلب لا الإخبار، فهي للوجوب، لأنه لا صارف لها إلى الندب<sup>3</sup>.

- **المذهب الثالث:** ذهب مالك في المشهور عنه إلى أنها إن كانت شريفة، لم تجر عادةً مثلها بالإرضاع، لم تجبر عليه إن قبل الولد الرضاع من غيرها، وإن كانت ممن ترضع في العادة، أُجبرت عليه. وذلك للمصلحة العرفية، حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن تستأجر لأولادهن المرضع<sup>4</sup>. جاء في المعونة: "وعلى المرأة إرضاع ولدها ما دامت زوجةً لأبيه إلا أن يكون مثلها لا يرضع إمّا لشرف أو علو قدر، يُعلم أن مثلها لا ترضع، أو تكون سقيمة أو قليلة اللبن... ودليلنا أنها إذا كانت شريفة لا ترضع، فالعرف جار بأن الإرضاع على الزوج"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج11، ص430.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المصدر نفسه، ج11، ص430، 431. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص917. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، (د ط)، (د ت ن)، ج10، ص7274.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المصدر نفسه. مصطفى الزرقا، المرجع نفسه. وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المصدر نفسه، ج11، ص431. مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص917. وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> القاضي عبد الوهاب (422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد، مكة، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص934-935.

قال ابن العربي: "ولمالك في الشريعة رأيٍ خصص به قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 233]، فقال: إنها لا تُرضع إذا كانت شريفة"<sup>1</sup>.

فقد كان العرف في زمن الإمام مالك وقبله يقضي بأن الإرضاع، ومعالجة الأطفال، والخدمة في المنزل، لا يلزم الشريعة ذات القدر، فإن هي فعلت، فلها الأجر على ذلك. والعرف في ذلك ملزم كالشرط، حيث يُعتبر المشروط في المعاملات عرفاً، كالمشروط شرعاً<sup>2</sup>.

وتعدّ هذه المسألة من الفروع الفقهيّة في اعتبار العرف العمليّ مخصّصاً لعموم النصّ عند المالكيّة، لأنّ في ذلك صوتاً للنساء ذوات الشرف والنبل عن الإرضاع، وتربية أولادهن بطريق الاسترضاع، وهو من الأعراف التي لا تتنافى قواعد الشريعة ونصوصها. فتكون رعايته من المصالح، ويخصّص به النصّ الشرعيّ، وقد كانت عادة العرب النبلاء في الجاهليّة أن يسترضعوا لأولادهم مرضعات في البادية ابتغاء صحّة الأجسام وتقويم اللسان<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الطلاق بلفظ الحرام

#### أولاً: تعريف الطلاق

- لغة: الطاءُ واللّامُ وألفُ أصلٌ صحيحٌ مُطَرِّدٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ يَدُلُّ عَلَى التَّخْلِيَةِ وَالْإِرْسَالِ<sup>4</sup>.

- اصطلاحاً: هو حلُّ الرّابطة الزوجية الصّحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال والمآل<sup>5</sup>.

#### ثانياً: ألفاظ الطلاق، وأثر العرف فيها

اللفظ الذي يدلّ على حلّ الرّابطة الزوجيّة قد يكون صريحاً، وقد يكون كناية.

<sup>1</sup> ابن العربي، المصدر السابق، ج1، ص275.

<sup>2</sup> عبد الله عبد المنعم عبد اللطيف العسيلي، الرضاع المحرم في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1426هـ، ص83.

<sup>3</sup> مصطفى الزرقا، المرجع السابق، الهامش، ج2، ص918.

<sup>4</sup> ابن فارس، المصدر السابق، ج3، ص420.

<sup>5</sup> محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص491. والذي يقوم مقام اللفظ: الإشارة أو الكتابة. والذي يحلّ الرّبطة الزوجيّة (في الحال) هو: الطلاق البائن. والذي يحلّها في المآل هو: الطلاق الرجعي.

- **فالصريح هو:** اللفظ الذي يُفهم منه معنى الطلاق عند التلّفظ به دون الحاجة إلى شيء آخر<sup>1</sup>. أو هو: اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفاً في الطلاق. كالألفاظ المشتقة من كلمة "الطلاق"، مثل "أنت طالق"<sup>2</sup>.

**وحكمه:** أنّ الطلاق يقع به، دون توقّف على نيّة أو قرينة، لأنّ صراحته لا تحوِّجُه في الدلالة إلى شيء آخر وراء اللفظ. فلو قال لزوجته: "أنت طالق"، وقع الطلاق، ولا يلتفت لادّعاءه أنّه لا يُريد الطلاق<sup>3</sup>.

- **والكناية:** هي كلّ لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولم يتعارف الناس قصر استعماله على الطلاق. مثل: الحقي بأهلك، وأنت بائن<sup>4</sup>.

**حكمه:** اختلف الفقهاء في حكم الطلاق بالكناية.

فقال الحنفيّة والحنابلة: لا يقع الطلاق بالكناية - قضاء - إلا بالنّيّة أو دلالة الحال على إرادة الطلاق، كأن يكون الطلاق في حالة غضب، أو في حالة المذاكرة بالطلاق.

ورأى المالكيّة والشافعيّة: أنّ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنّيّة، ولا عبرة بدلالة الحال. فلا يلزمه الطلاق إلا إذا نواه<sup>5</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد ما يُعتبر لفظاً صريحاً في الطلاق، وما يُعتبر كناية. فوضع فقهاء كلّ مذهب عدداً من الألفاظ الصريحة، وعدداً من الألفاظ تدلّ على الطلاق الكنائيّ. ثمّ اختلفوا أيضاً في الطلاق الذي يقع بألفاظ الكناية من حيث العدد، ومن حيث وقوعه رجعيّاً أو بانئناً. والبيّنونة هل هي الصغرى أم الكبرى.

والذي يتبيّن أنّ للعرف، وغلبة الاستعمال وعدمه الأثر في صراحة الصيغ وكنائيتها، فمتى اشتهر لفظ الطلاق، وشاع استعماله فيه، بحيث لا يتبادر عند إطلاقه غير معناه، كان صريحاً. ومتى احتمل اللفظ معاني، ولم يغلب استعماله في أحدها، فاستتر المراد منه، كان كناية، لا يترتب أثره عليه إلا مع نيّة أو قرينة، لأنّ الشارع لم يُحدّد للطلاق ألفاظاً خاصّة لا يجوز للمطلق تجاوزها،

<sup>1</sup> محمّد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 499.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 9، ص 6897.

<sup>3</sup> محمّد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 499. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 9، ص 6899.

<sup>4</sup> محمّد مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص 500. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، المرجع نفسه.

فوجب الرجوع في مثل هذا إلى العرف. وكذلك الحكم الشرعيّ في إيقاع الطّلاق الكنائيّ وكونه رجعيّاً أم بائناً، يدور مع تغيّر العرف في كلّ زمان ومكان<sup>1</sup>.

قال ابن القيم: "وتقسيم الألفاظ إلى صريح وكناية، وإن كان تقسيماً صحيحاً في أصل الوضع، لكن يختلف باختلاف الأشخاص، والأزمنة والأمكنة، فليس حكماً ثابتاً للفظ لذاته، فربّ لفظ صريح عند قوم، كناية عند آخرين، أو صريح في زمان، أو مكان، كناية في غير ذلك الزّمان والمكان. والواقع شاهد بذلك"<sup>2</sup>.

ونقتصر على ذكر مثال من هذه الألفاظ، وهو "أنت عليّ حرام"، ونفصل القول فيه فيما يأتي.

### ثالثاً: الطّلاق بلفظ الحرام وأثر العرف فيه

لمّا كان لفظ الحرام من الألفاظ التي لا تزال على الألسنة إلى اليوم، ولكثرة ما ثار حوله من خلاف بين الفقهاء، ولدلالاته الواضحة على أثر العرف، أفردناه بالبيان.

وألفاظ الحرام مثل: أنت عليّ حرام، أو مُحَرّمة، وحرّمتك على نفسي، وأنا عليك حرام، أنت معي في الحرام<sup>3</sup>، اختلف الفقهاء في حكمها، ونكتفي بذكر الخلاف عند المذاهب الأربعة:

- مذهب الحنفيّة: ذهب متأخرو الحنفيّة إلى أنّه لفظ صريح في الطّلاق، تقع به طلاقة بئنة بلا نيّة، إلّا أن ينوي بالطلاق الثلاث. وكان المتقدمون منهم يقولون إنّها كناية، لأنّ معنى الحرمة المنع، فهي تحتمل منع الزّوجة عن الخيرات أو المعاصي، وتحتمل منعها عن مُتّع الزّواج بطريق الطّلاق البائن، أو بطريق الظّهار أو الإيلاء، وتحتمل الكذب في نسبة التّحريم إليها، لأنّها في الواقع حلال. فإن نوى البينونة، أو الإيلاء أو الظّهار، ثبت ما نوى، وإن نوى الكذب بطل الحلف، وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السّابق، ص148. أحمد الصّويغيّ، المرجع السّابق، ص 237. أحمد رشاد، المرجع السّابق، ص138.

<sup>2</sup> ابن القيم: محمّد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق محمّد أجمل الإصلاحيّ وآخرون، دار عطاءات العلم، الرياض، ط3، 1440هـ، ج5، ص452.

<sup>3</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السّابق، ص150.

<sup>4</sup> ابن عابدين: محمّد أمين أفنديّ (ت: 1252هـ)، ردّ المحتار على الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار، مكتبة مصطفى البابي الحلبيّ، مصر، ط2، 1386هـ، ج3، ص434. السّرخسيّ، المبسوط، مصدر سابق، ج6، ص229. القرافيّ، الفروق، مصدر سابق، ج1، ص41. ابن رشد، المصدر السّابق، ج3، ص98. وانظر أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السّابق، ص150.

- مذهب المالكية: أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلى نية، واختلفوا في الواقع بها، والمشهور أنه إن كان مدخولاً بها فتلاث. وينوى في غير المدخول بها، فإن أراد البيونة الصغرى أو الكبرى لزمه<sup>1</sup>.  
- مذهب الشافعية: أنه لفظ كنائي، يتوقف على النية، فإن نوى الطلاق وقع الطلاق رجعيًا، وإن نوى الظهار، فهو ظهار، وإن نوى مجرد التحريم، أو لم ينو شيئًا، فعليه كفارة يمين. وذهب بعضهم إلى أنه صريح، إذا اشتهر عرفاً في الطلاق<sup>2</sup>.

- مذهب الحنابلة: ذهب أحمد في إحدى الروايات عنه إلى أنه صريح في الظهار<sup>3</sup>.

والمسألة كثر الخلاف فيها بين الخلف والسلف، حتى أربت مذاهبها على الثمانية عشر<sup>4</sup>.

والذي يترجح في ذلك أن الاحتكام في المسألة أولاً وأخيراً إلى العرف. ولذلك نجد الاختلاف بين المتقدمين والمتأخرين في المذهب الواحد، وذلك يدل على تغيير الحكم بتغيير العرف.

قال القرافي: " وَأَمَّا لَفْظُ الْحَرَامِ فَقَدْ اشتهرَ فِي زَمَانِنَا فِي أَصْلِ إِزَالَةِ الْعِصْمَةِ فَيُفْهَمُ مِنْ قَوْلِ الْقَائِلِ أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ أَوْ الْحَرَامُ يَلْزُمُنِي أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، أَمَّا أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَإِنَّا لَا نَجِدُ فِي أَنْفُسِنَا أَنَّهُمْ يُرِيدُونَ ذَلِكَ فِي الْإِسْتِعْمَالِ هَذَا قَوْلُهُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمِصْرَ وَالْقَاهِرَةِ. فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ بَلَدٌ آخَرَ تَكَرَّرَ الْإِسْتِعْمَالُ عِنْدَهُمْ فِي الْحَرَامِ، أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثِ حَتَّى صَارَ هَذَا الْعَدَدُ هُوَ الْمُتَبَادِرُ مِنَ اللَّفْظِ، فَحِينَئِذٍ يَحْسُنُ الْإِزَامُ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ بِذَلِكَ اللَّفْظِ، وَإِيَّاكَ أَنْ تَقُولَ إِنَّا لَا نَفْهَمُ مِنْهُ إِلَّا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ؛ لِأَنَّ مَالِكًا - رَحِمَهُ اللَّهُ - قَالَهُ أَوْ لِأَنَّهُ مَسْطُورٌ فِي كُتُبِ الْفِقْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَلَطٌ بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْفَهْمُ حَاصِلًا لَكَ مِنْ جِهَةِ الْإِسْتِعْمَالِ وَالْعَادَةِ، كَمَا يَحْصُلُ لِسَائِرِ الْعَوَامِّ كَمَا فِي لَفْظِ الدَّابَّةِ وَالْبَحْرِ وَالرَّوَايَةِ، فَالْفِقْهِ وَالْعَامِّيُّ فِي هَذِهِ الْأَلْفَاظِ سَوَاءٌ فِي الْفَهْمِ، لَا يَسْبِقُ إِلَى إِفْهَامِهِمْ إِلَّا الْمَعَانِي الْمَنْقُولُ إِلَيْهَا، فَهَذَا هُوَ الضَّابِطُ، لَا فَهْمٌ ذَلِكَ مِنْ كُتُبِ الْفِقْهِ، فَإِنَّ النُّقْلَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِإِسْتِعْمَالِ النَّاسِ لَا بِتَسْطِيرِ ذَلِكَ فِي الْكُتُبِ، بَلْ الْمَسْطَرُّ فِي الْكُتُبِ تَابِعٌ لِإِسْتِعْمَالِ النَّاسِ فَافْهَمُ ذَلِكَ. إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ فَيَجِبُ عَلَيْنَا أَمُورٌ أَحَدُهَا أَنْ نَعْتَقِدَ أَنَّ مَالِكًا أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْعُلَمَاءِ إِنَّمَا أَفْتَى فِي هَذِهِ الْأَلْفَاظِ بِهَذِهِ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ زَمَانَهُمْ كَانَ فِيهِ عَوَائِدُ اقْتَضَتْ نَقْلَ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ لِلْمَعَانِي الَّتِي أَفْتَوْا بِهَا فِيهَا، صَوْنًا لَهُمْ

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج1، ص41. ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص98.

<sup>2</sup> محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1415هـ، ج4، ص461. ابن رشد، المصدر السابق، ج3، ص98. وانظر أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص151.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص396.

<sup>4</sup> أحمد فهمي أبو سنّه، المرجع السابق، ص151.

عَنْ الرَّالِ. وَثَانِيهَا أَنَّا إِذَا وَجَدْنَا زَمَانًا عَرِيًّا عَنْ ذَلِكَ، وَجَبَ عَلَيْنَا أَنْ لَا نُفْتِيَ بِتِلْكَ الْأَحْكَامِ فِي هَذِهِ الْأَلْفَافِ؛ لِأَنَّ انْتِقَالَ الْعَوَائِدِ يُوجِبُ انْتِقَالَ الْأَحْكَامِ... وَإِذَا وَضَحَ لَكَ ذَلِكَ اتَّضَحَ لَكَ أَنَّ مَا عَلَيْهِ الْمَالِكِيَّةُ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْفُقَهَاءِ مِنَ الْفُتْيَا مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَافِ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ هُوَ خِلَافُ الْإِجْمَاعِ، وَأَنَّ مَنْ تَوَقَّفَ مِنْهُمْ عَنْ ذَلِكَ، وَلَمْ يُجْرِ الْمَسْطُورَاتِ فِي الْكُتُبِ عَلَى مَا هِيَ عَلَيْهِ، بَلْ لَاحَظَ تَنْقُلَ الْعَوَائِدِ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ عَلَى الصَّوَابِ، سَالِمٌ مِنْ هَذِهِ الْوَرُطَةِ الْعَظِيمَةِ فَتَأَمَّلْ ذَلِكَ<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: متعة المطلقة

#### أولاً: تعريفها

هي ما يدفعه الزوج من مال أو كسوة أو متاع لزوجته المطلقة، عوناً لها، وإكراماً، ودفعاً لوحشة الطلاق التي وقع عليها<sup>2</sup>.

#### ثانياً: مقدارها

اختلف الفقهاء في مقدار المتعة على مذهبتين:

- المذهب الأول: للمتعة قدر معين:** وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، ثم اختلفوا في تقديرها:
- فذهب الحنفية إلى تقديرها بثلاثة أثواب: درع (وهو ما تلبسه المرأة فوق القميص)، وخمار (وهو ما تغطي به المرأة رأسها)، وملحفة (وهو ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها)، لأن أدنى ما تكتسي به المرأة، وتستتر به عند الخروج: ثلاثة أثواب. ولا تزيد هذه الأثواب عن نصف مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم، والمفتى به أن المتعة تعتبر بحال الزوجين، فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب، وإن كانا فقيرين فالأدنى، وإن كانا مختلفين فالأوسط<sup>3</sup>.
  - وقال الشافعية: يستحب أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً، أو ما قيمته ذلك، وهذا أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، ويُسن ألا تبلغ نصف مهر المثل. فإن تنازع الزوجان في قدرها، قدرها القاضي باجتهاده، مُعتبراً حال الزوجين من يسار وإعسار<sup>4</sup>.
  - وقال الحنابلة: أعلاها خادم، وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلّي فيها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج1، ص44، 45.

<sup>2</sup> محمد علي الصابوني (ت: 1442هـ)، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي، مؤسسة مناهل العرفان، دمشق، بيروت، ط3، 1400هـ، ج1، ص380.

<sup>3</sup> محمد علي الصابوني، المصدر نفسه. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، 6834-6835.

<sup>4</sup> الشربيني، المصدر السابق، ج4، 399.

<sup>5</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص143-144.

واستدلوا بما روي في تقديرها عن عددٍ من الصحابة. ونُقش: بأن الآثار عن الصحابة متعارضة، فلا حجة فيها<sup>1</sup>.

- المذهب الثاني: ليس للمتعة قدر معين، بل مرجعها إلى التراضي بين الزوجين، وإلى القاضي عند النزاع، وهو مذهب المالكية ورواية عند الحنابلة، لأن الشارع أمر بالمتعة مطلقاً، ولم يحددها بقدر، في قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة، الآية: 236] وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 241]<sup>2</sup>.

والذي يظهر أنّ الرّاجح هو عدم تقدير المتعة بقدر معين، بل مرجعها إلى التراضي بين الزوجين، وإلى القاضي عند النزاع، وهذا يرجع إلى العرف، ويختلف باختلاف الأشخاص، والزّمان والمكان. وذلك لعدم ورود نصّ صريح بمقدارها.

قال ابن عبد البر: "لم يختلف العلماء أنّ المتعة التي ذكرها الله في كتابه -وساق الآيتين السابقتين- أنّها غير مقدرة ولا محدودة، ولا معلوم مبلغها، ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزها، بل هي على الموسع بقدره، وعلى المقتر أيضاً بقدره، متاعاً بالمعروف"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مها بنت عبد الله بن محمد السياري، متعة المطلقة - دراسة فقهية - مجلة كلية الدراسات، الإسكندرية، المجلد 3، العدد التاسع والثلاثون، 2023م، ص1982.

<sup>2</sup> ابن عبد البر، المصدر السابق، ج6، ص120. محمد علي الصابوني، المصدر السابق، ج1، ص380. ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص143-144. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6834-6835.

<sup>3</sup> ابن عبد البر، المصدر نفسه، ج6، ص118.

## المبحث الثّاني: أثر العرف في مجال المعاملات الماليّة

يتناول المبحث الثّاني أمثلة لأثر العرف في مجال المعاملات الماليّة، وهي خمس مسائل نُوردها في مطلبين.

### المطلب الأوّل: أثر العرف في أحكام البيع

عقد البيع هو أهمّ المعاملات الماليّة، وأكثرها انتشاراً، وللعرف أثر بارز في العديد من مسائله، واخترنا منها ثلاث مسائل. نُوردها في الفروع الآتية.

### الفرع الأوّل: ما يدخل في المبيع دون ذكر، وما لا يدخل

#### أوّلاً: تعريف البيع

- لغة: ضدّ الشّراء، والبيع: الشّراء أيضاً، وهو من الأضداد<sup>1</sup>.

- اصطلاحاً: نقلُ المُلْك بعوض<sup>2</sup>.

#### ثانياً: أركان البيع

أركان البيع عند جمهور الفقهاء هي:

- الصّيغة (الإيجاب والقبول) - المتعاقدان (البائع والمشتري) - المعقود عليه (الثمن والمبيع)<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: ما يدخل في المبيع دون ذكر، وما لا يدخل، وأثر العرف في ذلك

الأصل في المبيع أن يكون معلوماً علماً ينفي الجهالة، ويقطع المنازعة بين المتعاقدين، وذلك بمعرفة حدوده، وما يُعتبر تابعا له، وما لا يُعتبر. وهناك أمور تدخل في المبيع، دون ذكرها صراحة في العقد، وهناك أمور تخرج عن المبيع دون النّصّ عليها في العقد، والمعول عليه في ذلك هو العرف. فما تناوله المبيع عرفاً فإنّه يدخل في البيع تبعاً، ولا يحقّ للبائع أن يمنعه عن المشتري، وما لم يتناوله المبيع عرفاً فهو خارج عنه، لا يحقّ للمشتري المطالبة به. إلا أن يكون هناك تصريح من أحد المتعاقدين بخلاف ذلك<sup>4</sup>.

ومن الضوابط الفقهيّة في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح، وما لا يدخل:

<sup>1</sup> ابن منظور، المصدر السّابق، ج8، ص23.

<sup>2</sup> المازري: محمّد بن عليّ بن عمر (ت:536هـ)، شرح التّفقين، تحقيق محمّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م، ج2، ص418.

<sup>3</sup> وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص3309.

<sup>4</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السّابق، ص248.

1. "كلّ ما جرى عرفُ البلدة على أنّه من مُشمّلات المبيع، يدخل في البيع من غير ذِكرٍ". مثل: بيع الدّار، يدخل فيه المطبخ من غير ذِكر، لأنّ المطبخ من مُشمّلات الدّار<sup>1</sup>.

2. "كلّ ما كان متّصلاً بالمبيع اتّصال قرار، أو كان في حُكم جزء من المبيع دخل في البيع من غير ذِكر". أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً لغرض الاشتراء. مثل: بيع القفل، يدخل معه مفتاحه. وبيع الأرض يدخل فيه الأشجار المغروسة فيها، لأنّ الأشجار المغروسة متّصلة بالأرض اتّصال قرار<sup>2</sup>. ومثل بيع السيّارة، يدخل فيه الإطارات والمقاعد والمفاتيح، وكذلك الرّافعة والإطار الاحتياطي.

3. "ما لا يكون من مُشمّلات المبيع، ولا هو من توابعه المتّصلة المستقرّة، أو لم تجرِ العادة والعرف ببيعه، لا يدخل في البيع ما لم يُذكر وقت البيع". مثل: الصّندوق والكرسيّ والأواني لا تدخل في بيع الدّار دون ذِكر، لأنّها من الأشياء غير المستقرّة التي تُوضع لأن تستعمل، وتُنقل من مكان إلى آخر. كما لا يدخل الزّرع في بيع الأراضي، والثمر في بيع الأشجار دون ذِكر صريح حين البيع<sup>3</sup>.

ولا شكّ أنّ لطبيعة الأشياء المبيعة، وعُرف الجهة والبلد الذي حصل البيع فيه، أثر كبير في تحديد وضبط كلّ ما ذِكر. وهذا ما لم يُوجد اتّفاق بين المتعاقدين كما سبق.

### الفرع الثّاني: بيع المعاطاة، وأثر العرف في مشروعيتها

#### أولاً: تعريف المعاطاة

- لغة: المعاطاة: المناولة، وتعاطى الشّيء: تناوله باليد<sup>4</sup>.

- اصطلاحاً: بيع المعاطاة: هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومُثمن، ويُعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يُوجد لفظٌ من أحدهما<sup>5</sup>. فهو مبادلة فعلية، دالة على تبادل الإرادتين، والتراضي، دون إيجاب ولا قبول<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عليّ حيدر، المصدر السابق، المادة 230، ج1، ص209.

<sup>2</sup> عليّ حيدر، المصدر نفسه، المادة 232، ج1، ص210.

<sup>3</sup> عليّ حيدر، المصدر نفسه، المادة 233، ج1، ص211.

<sup>4</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج15، ص69، 70.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص3313.

<sup>6</sup> السيّد صالح عوض، المرجع السابق، ص328.

## ثانياً: حكم بيع المعاظة

اختلف الفقهاء في بيع المعاظة على ثلاثة أقوال:

**المذهب الأول:** يصح بيع المعاظة في الأشياء الخسيسة والتفيسية، وهو قول الحنفية والمالكية والراجح عند الحنابلة وبعض الشافعية<sup>1</sup>، واستدلوا على ذلك بأدلة:

- قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 29].

دلّت الآية على أنّ البيع معلق بالرضا، لا بصورة اللفظ، وقد وجد التراضي بين الطرفين فجاز البيع<sup>2</sup>.

- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، الآية: 275].

وجه الدلالة من الآية: أنّ الله أحلّ البيع، ولم يبيّن كيفيته، فوجب فيه الرجوع إلى العرف. والمسلمون في أسواقهم وبيعاتهم يتعاملون بذلك<sup>3</sup>.

- أنّ الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاظة في كلّ عصر، ولم يُنقل إنكاره، فكان ذلك إجماعاً<sup>4</sup>.

**المذهب الثاني:** يصح بيع المعاظة في الأشياء الخسيسة واليسيرة، دون الكبيرة، وهو قول بعض الحنفية<sup>5</sup>، واستدلوا على ذلك بأنّ العرف إنّما جرى بالمعاظة في الأشياء المحترمة واليسيرة<sup>6</sup>.

**المذهب الثالث:** لا يصح بيع المعاظة مطلقاً، سواء كان المبيع نفيساً أو حقيراً، وهو قول الشافعية<sup>7</sup>، واستدلوا على ذلك بأنّ الرضا أمر خفيّ، لا يُطّلع عليه، فأنيط بما يدلّ عليه، وهو اللفظ، لا سيّما عند إثبات العقد حالة التنازع، فلا تُقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلّا بما سمعوه من اللفظ<sup>8</sup>.

والذي يترجّح هو قول الجمهور، بصحة بيع المعاظة، لا فرق في ذلك بين الخسيس والتفيس. لأنّ الفعل وإن انتفت عنه الدلالة الوضعية، ففيه دلالة عرفية، وهي كافية، إذ المقصود من البيع أخذ ما

<sup>1</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص7. القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج3، ص143. الكاساني: علاء الدين بن مسعود (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط1، 1327هـ، ج5، ص134. وانظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع السابق، ج5، ص3313.

<sup>2</sup> الكاساني، المصدر نفسه. عليّ حيدر، المصدر السابق، المادة: 175، ج1، ص143.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص8.

<sup>4</sup> ابن قدامة، المصدر نفسه.

<sup>5</sup> الكاساني، المصدر السابق، ج5، ص134. ابن قدامة، المصدر نفسه، ج6، ص7.

<sup>6</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع سابق، ج5، ص3313.

<sup>7</sup> ابن رشد، المصدر السابق، ج3، 187. ابن قدامة، المصدر نفسه، ج6، ص8. الكاساني، المصدر السابق، ج5، ص134.

<sup>8</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع سابق، ج5، ص3313.

في يد غيرك يدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل.

قال الإمام مالك: "كل ما عدّه الناس بيعاً فهو بيع"<sup>1</sup>.

وجاء في المادة (175) من الأحكام العدلية: "بما أنّ المقصد الأصليّ من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين يتعدّد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي"<sup>2</sup>.

وعلى هذا: لو وجد إنسان سلعة في حانوت، كتب عليها ثمنها، أو كانت معروفة الثمن، أو سأل البائع عن سعرها فبيّنه له، فأخذها وناول البائع ثمنها، فقبضه منه راضياً، دون إيجاب وقبول لفظيين، فإنّ البيع ينعقد بهذا الأخذ والعطاء، مثل: بيع الصحف والمجلات.

ومن صور المعاطاة اليوم: الشراء من الآلات الذاتية (الأوتوماتيكية) في المرطبات ونحوها.

ويمكن أن تُعتبر من التعاطي: عقود الإذعان، وهي العقود التي يكون فيه القبول مجرد إذعان للموجب، كالاشتراك في الكهرباء والغاز، والهاتف، ونحوها<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: بيع الحقوق المعنوية

#### أولاً: تعريف الحقوق المعنوية

أ. لغة: مركّب من كلمتين:

- الحق: الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدلُّ على إحكام الشيء وصحته. فالحق نقیض الباطل ويُقال حق الشيء وجب<sup>4</sup>. والحق هو: الثابت الذي لا يسوغ إنكاره<sup>5</sup>.

- والمعنوي: خلاف المادي<sup>6</sup>.

ب. اصطلاحاً: لتعريف الحق المعنوي كمصطلح، لا بدّ من بيان مفهوم الحق.

<sup>1</sup> النّوّي: محي الدّین یحیی بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، (د ط)، 1344هـ، ج9، ص162.

<sup>2</sup> علي حيدر، المصدر السابق، المادة: 175، ج1، ص143.

<sup>3</sup> مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ج1، ص415. عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص364.

<sup>4</sup> ابن فارس، المصدر السابق، ج2، ص15.

<sup>5</sup> الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص89.

<sup>6</sup> إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية القاهرة، ط2، 1392هـ، ج2، ص633.

**الحق:** هو اختصاص يُقرّر به الشَّرْعُ سُلْطَةً أو تكليفاً<sup>1</sup>. والسُّلْطَةُ إمَّا أن تكون على شخص، كحقّ الحضّانة، أو على شيء معيّن، كحقّ الملكيّة. والتكليف: التزام على إنسان، إمّا ماليّ، كوفاء الدّين، وإمّا لتحقيق غاية معيّنة، كقيام الأجير بعمله<sup>2</sup>.

**والحقوق المعنويّة:** مصطلح واسع يشمل جميع الحقوق غير المادّيّة، إلّا أنّ المقصودَ بها هنا: حقّ يردّ على شيء غير مادّيّ، سواء أكان نتاجاً ذهنياً (كحقّ المؤلّف في المصنّفات العلميّة أو الأدبيّة، أم في المخترعات الصّناعيّة)، أم كان ثمرةً لنشاطٍ يَجلب له العملاء (كحقّ التّاجر في الاسم التّجاريّ، والعلامة التّجاريّة)، ويترتّب على هذا حقّ احتكارٍ واستغلال هذه الثّمرة، أو هذا النّشاط، أو النّتاج<sup>3</sup>. من خلال التّعريف يظهر أنّ الحقوق المعنويّة تعود إلى ثلاثة أنواع:

حقّ التّأليف - حقّ براءة الاختراع (الابتكارات الصّناعيّة) - حقّ الاسم التّجاريّ (العلامة التّجاريّة).  
والحقوق المعنويّة تُكسب صاحبها نوعين من الحقوق:

- **حقّ أدبيّ:** يُراد به ما يثبت للمبتكر من اختصاص شرعيّ غير ماليّ بابتكاره الدّهنيّ، يُمكنه من نسبته إليه، ودفع الاعتداء عليه.

- **حقّ ماليّ:** ويُراد به ما يثبت للمبتكر من اختصاص شرعيّ ماليّ بابتكاره، يُمكنه من التّصرّف فيه، والاستئثار باستغلاله استغلالاً مُباحاً شرعاً<sup>4</sup>.

### ثانياً: اعتبار الحقوق المعنويّة، وأثر العرف فيه

من المعلوم أنّ حقوق التّأليف والاختراع، والاسم التّجاريّ من الأمور الجديدة التي لم تكن معروفة قديماً بهذا التّحديد، وبهذه الصّورة، خاصّة فيما يتعلّق باحتكار المنفعة الماليّة المترتّبة عنها. وبهذا يظهر أنّ فقهاء الإسلام المتقدّمين لم يتطرّقوا لهذا الموضوع بهذه الصّورة التي عليها اليوم. ولمعرفة حُكمها الشرعيّ تناولها بعض المعاصرين بالدراسة والبحث، واختلفوا في ذلك على مذهبين:

**المذهب الأوّل:** اعتبار الحقوق المعنويّة، كحقّ المخترع والمؤلّف وكلّ مُنتجٍ لأثرٍ مُبتكر صناعيّ أو فنّيّ أو تجاريّ، فإنّ لهؤلاء حقّاً ماليّاً، ينطوي على قيمة ماليّة مشروعة، يجوز له التّصرّف فيها،

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزّرقا، المدخل إلى نظريّة الالتزام العامّة في الفقه الإسلاميّ، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ، ص19.

<sup>2</sup> مصطفى الزّرقا، المرجع نفسه، ص21-22.

<sup>3</sup> زاهر فؤاد محمّد، "الحقوق المعنويّة ماليّتها ووجوب الزّكاة فيها -دراسة فقيّة مقارنة -"، كئيّة الدّراسات والعربيّة للبنات، الإسكندريّة، المجلّد الخامس، العدد 35، (د ت ن)، ص169. عجيل جاسم التّشمي، مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، المجلّد 5، (د ت ن)، ص1857.

<sup>4</sup> زاهر فؤاد محمّد، المرجع نفسه، ص189.

ومنع الاعتداء عليها. وهو قول أكثر الفقهاء والباحثين المعاصرين، مثل: مصطفى الزرقا<sup>1</sup>، وفتحي الدريني<sup>2</sup>، وعجيل النشمي<sup>3</sup>، وغيرهم، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدّة<sup>4</sup>، وأفتت بمضمونه اللجنة الدائمة للبحوث العلميّة والإفتاء بالمملكة العربيّة السّعوديّة. ومن أدلّتهم:

- أنّ الإنتاج الفكريّ من قبيل المنافع المعتبرة شرعا، والمنافع المباحة تعتبر أموالا على الصّحيح من أقوال العلماء. وبالتالي فإنّها تكون محلاً للملك، والعقد عليها، والمعاوضة عنها. والقاعدة: أنّ كلّ منفعة مأذون فيها شرعا يجوز بيعها، وأخذ العوض عنها.

- أنّ ما يُنتجه المبتكر من اختراع أو تأليف، هو نتاج جهد ذهنيّ يقوم به، بالإضافة إلى ما يبذله مع ذلك من جهد بدنيّ ووقت ومال، وإذا كان كذلك فإنّ له أن يعتاض على ما بذله من جهد، وأن يأخذ المال عليه. وقد سئل الرسول ﷺ: أَيُّ الْكَسْبِ أَطْيَبُ؟ فَقَالَ: ((عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ))<sup>5</sup>.

- أنّه قد جرى العرف في البلاد الإسلاميّة على اعتبار هذه الحقوق، وأنّها ذات قيمة ماليّة، بدليل جريان المعاوضة فيها. والعرف يُعتبر مصدرا شرعيّا، متى انتفى كونه مُعطّلا لنصّ أو مُناقضا لأصل شرعيّ، ولا يوجد ما يمنع شرعا من اعتبار ماليّة الإنتاج الفكريّ<sup>6</sup>.

**المذهب الثاني:** عدم اعتبار الحقوق المعنويّة، وأنّ الإنتاج الفكريّ لا ينطوي على حقّ ماليّ، ولا يشتمل على قيمة ماليّة مشروعة يُمكن المعاوضة عليها. وبالتالي لا يحقّ لصاحبها منع غيره من

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظريّة الالتزام العامّة، مرجع سابق، ص31.

<sup>2</sup> من خلال كتابه: حقّ الابتكار في الفقه الإسلاميّ المقارن.

<sup>3</sup> عجيل جاسم النشمي، "بيع الاسم التجاريّ"، مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ، المجلّد 5، (د ت ن)، ص1857.

<sup>4</sup> قرار: (5/5) بشأن الحقوق المعنويّة، وسيأتي مضمونه.

<sup>5</sup> حديث رافع بن خديج. أخرجه أحمد، في المسند، مسند الشاميّين، رقم (17265)، ج28، ص502. والحاكم، في المستدرک، كتاب البيوع، رقم (2189)، ج3، ص122. وصحّحه الألباني: محمّد ناصر الدّين (ت:1420هـ)، سلسلة الأحاديث الصّحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، رقم (607)، مكتبة المعارف، الرّياض، ط1، 1415هـ، ج2، ص159.

<sup>6</sup> فتحي الدريني، حقّ الابتكار في الفقه الإسلاميّ المقارن، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط2، 1401هـ، ص41. زاهر فؤاد محمّد، المرجع السّابق، ص196. حسين بن معلوي الشّهزاني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلاميّ، دار طيبة للنّشر والتّوزيع، الرّياض، ط1، 1425هـ.

الاستفادة منها، أو تكرار صنع أو نسخ ما أنتجته. وذهب إلى هذا القول بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، مثل: محمد شفيح<sup>1</sup>، محمد الحامد<sup>2</sup>، أحمد الحجّي الكردي<sup>3</sup>. ومن أدلتهم:

- إنّ الإنتاج الفكريّ ليس بمال، وأكثر ما يُقال فيه أنّه حقّ مجرد، والحقوق المجردة لا تُقوّم بمال، ولا يجوز الاستعاضة، أو التنازل عنها بمال، كحقّ الشفعة.

**وئوقش:** بأنّه لا يُسلم بأنّ الحقوق الفكرية من الحقوق المجردة، بل هي حقوق عينية مُتقرّرة، لأنّ الحقوق المجردة لا تثبت لأصحابها أصالة، وإنّما تثبت لدفع الضرر عمّن ثبت له، وبالتالي فإنّه لا يتغيّر حكم محلّها بالتنازل عنها، أو الإسقاط لها. أمّا الحقوق المعنوية فإنّها تثبت لأصحابها أصالة، لا لدفع الضرر عنهم، ويتغيّر حكم محلّها بالتنازل عنها أو الإسقاط لها.

- أنّ الإنتاج الفكريّ إنتاج عقليّ غير متقرّر في ذات حسيّة، وبالتالي لا يمكن اعتباره مالا، لعدم إمكانية حيازته وإحرازه. وما كان كذلك لا يمكن أن يكون محلاً للتّعامل والمعاوضة.

**وئوقش:** أن الابتكار ثمرة لمجهود ذهنيّ، انفصلت عن صاحبها، لتستقرّ في كتاب أو عين مادّية، بحيث يمكن استيفائها والانتفاع بها وتقديرها، فكانت بذلك ذات كيان ووجود مستقلّ، ومن هنا نشأت قيمتها الماليّة، بدليل تداولها عرفاً، واتّخاذها محلاً للتّعامل والمعاوضة على الصّعيد العالميّ<sup>4</sup>.

والذي يترجّح هو أنّ الحقوق الفكرية هي حقوق معتبرة شرعاً، وأنّها تنطوي على قيمة ماليّة، يكون لأصحابها بموجبها التّصرّف فيها بعوض، أو بدون عوض. ومنشأ هذه القيمة الماليّة هو العرف، وتموّل الناس لها، لأنّ التّعامل أو المعاوضة لا يجري فيما لا قيمة له.

قال فتحي الدريني: "فمنشأ حكم الصّفة الماليّة شرعاً للإنتاج الذهنيّ المبتكر هو العرف"<sup>5</sup>.

وهو ما علّل به مجمع الفقه الإسلاميّ اعتبار الحقوق المعنوية، حيث جاء في قراره رقم: 43 (5/5):

<sup>1</sup> من خلال فتوى باسم "ثمرات التّقطيف من ثمرات الصّناعة والتّأليف"، انظر: بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النّوازل، مؤسسة الرّسالة، ط1، 1416هـ، ج2، ص122.

<sup>2</sup> انظر: عبد الحميد طهماز، حقّ التّأليف والتّوزيع والنشر والتّرجمة، مطبوع ضمن كتاب "حقّ الابتكار في الفقه الإسلاميّ المقارن، للدّريني" ص186.

<sup>3</sup> انظر: حسين بن معلوي الشّهراني، المرجع السّابق، الهامش، ص271.

<sup>4</sup> فتحي الدريني، المرجع السّابق ص19، 41-61. حسين بن معلوي الشّهراني، المرجع السّابق، ص253. زاهر فؤاد محمّد، المرجع السّابق، ص197-201.

<sup>5</sup> فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص63.

إنّ مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس، بالكويت، من 1-6 جمادى الأولى 1409هـ، بعد اطلاعه على البحوث المقدّمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنويّة، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرّر ما يلي:

"- الاسم التجاريّ والعنوان التجاريّ والعلامة التجاريّة، والتأليف والاختراع، أو الابتكار، هي حقوق خاصّة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة ماليّة معتبرة لتموّل الناس لها، وهذه الحقوق يُعتدّ بها شرعا، فلا يجوز الاعتداء عليها..."<sup>1</sup>.

وبهذا تكون مسألة الحقوق الفكرية من المسائل التطبيقية المعاصرة على أصل العرف.

### المطلب الثاني: أثر العرف في أحكام الإجارة والوكالة

يتضمّن المطلب أثر العرف في معلوميّة العين المؤجّرة، وتصرف الوكيل حال الوكالة المطلقة.

#### الفرع الأول: منفعة العين المؤجّرة

##### أوّلا: تعريف الإجارة

- لغة: الإجار: الكراء. أجرته الدار: أكرّيته، والأجرة: ما أعطيت من أجر.<sup>2</sup>

- اصطلاحا: عقد على منفعة مباحة معلومة، مدّة معلومة، من عينٍ مُعيّنة أو موصوفة في الذمّة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم.<sup>3</sup>

##### ثانيا: أركان الإجارة

أركانها - عند جمهور الفقهاء - : العاقدان (المؤجّر والمستأجر)، صيغة العقد (الإيجاب والقبول)، العوضان (الأجرة والمنفعة).<sup>4</sup>

##### ثالثا: منفعة العين المؤجّرة، وأثر العرف فيها

من شروط الإجارة أن تكون المنفعة محلّ العقد معلومة، وذلك بوصفها وصفا تتضبط به. فإذا أُطلق الانتفاع بالعين المؤجّرة، ولم يُصرّح به المتعاقدان محلّ على المعتاد، وكان تعيين صفة الانتفاع مُنصرفا إلى العرف، وينزل العرف - هنا - منزلة النطق بالأمر المُتعارف.

<sup>1</sup> قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تجميع عبد الحق العيفة، القرار رقم: 43(5/5)، ص84.

<sup>2</sup> ابن منظور، المصدر السابق، ج4، ص10، 11.

<sup>3</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص552.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع السابق، ج5، ص3803.

فالمستأجر له استعمال العين المؤجرة، مع التقيّد بما شرط في العقد، أو بما هو متعارف إذا لم يوجد شرط. وليس له أن ينتفع بها في غير ذلك<sup>1</sup>.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الإجارة المطلقة تُحمل على المنفعة المعتادة، فما تناوله لفظ الإجارة أو العرف المعتاد كان للمستأجر"<sup>2</sup>.

ومثال ذلك: استئجار إنسان للخدمة، فإنّ العرف هو السبيل لمعرفة نوع الخدمة، وعدد ساعات العمل. وكذلك: استئجار الدور أو الحوانيت، فإنّ إيجارها تتعدّد على منفعتها المتعارفة، لأنّ المعروف بالعرف كالمشروط، فليس للمستأجر أن يجعلها ورشة نجارة أو حدادة، أو محلاً لإصلاح السيّارات. ولا أن يباشر فيها أعمالاً تُوهن بناءها، ممّا يُنكره العرف.

فإذا خالف المستأجر المعتاد في الانتفاع بالعين المأجورة، كان متعدّياً ووجب عليه الضمان عند تلفها<sup>3</sup>.

### الفرغ الثاني: تصرفات الوكيل

#### أولاً: تعريف الوكالة

- لغة: الواو والكاف واللام: أصلٌ صحيح يدلّ على اعتماد غيرك في أمرك، وسمّي الوكيل لأنّه يُوكّل إليه الأمر<sup>4</sup>.

- اصطلاحاً: استتابةٌ جائز التصرفٍ مثله - في الحياة - فيما تدخله النيابة<sup>5</sup>.

#### ثانياً: أركان الوكالة

أركانها - عند جمهور الفقهاء -: المؤكّل (المستنيب)، الوكيل (من استتابة غيره)، المؤكّل فيه، صيغة الوكالة<sup>6</sup>.

#### ثالثاً: تصرف الوكيل، وأثر العرف فيه

الوكالة إمّا أن تكون مقيدة أو مطلقة:

<sup>1</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص572. مشعل بن محمود النّفيعي، المرجع السابق، ص645.

<sup>2</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر السابق، ج30، ص248.

<sup>3</sup> عبد العزيز خياط، المرجع السابق، ص122. عادل قوته، المرجع السابق، ج1، ص573، 574، 604.

<sup>4</sup> ابن فارس، المرجع السابق، ج6، ص136.

<sup>5</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ج2، ص878.

<sup>6</sup> وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، مرجع سابق، ج5، ص4057.

فإن كانت مقيدة، رجعت إلى المتفق عليه بين المؤكل والوكيل، فليس للوكيل أن يخرج عما قيده به المؤكل. ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة النطق والتصريح. والوكالة تقبل التقييد في الزمان والمكان، والعمل، والمقادير، والآجال، وبكل ما يُقيد به المؤكل وكيلاه.

وإن كانت الوكالة مطلقة، فإن المرجع في ضبط الإطلاق إلى العرف. وعليه يملك الوكيل من أنواع التصرفات ما يقتضيه الإذن من جهة العرف. بناء على تنزيل العرف منزلة النطق بالأمر المتعارف<sup>1</sup>.

قال ابن قدامة: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة النطق، أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن، فاختص بما فيه، والإذن يُعرف بالنطق تارة، وبالعرف أخرى"<sup>2</sup>.

ويدل على اعتبار العرف في تصرف الوكيل حديث عروة البارقي - رضي الله عنه - ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ))<sup>3</sup>.

وجه الدلالة من الحديث: أنه اشترى شاتين بدینار، فباع إحداهما بغير إذن لفظي، اعتماداً منه على الإذن العرفي، وأقره عليه<sup>4</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك: إطلاق الوكالة بالبيع، فإنه ينصرف إلى ثمن المثل، وإلى المعروف من النقد، وإلى الثمن الحال غير المؤجل. وإطلاق الوكالة بالشراء ينصرف إلى ثمن المثل، ويقتضي السلامة من العيب.

قال العز بن عبد السلام: "فضل في تنزيل العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم، وتقييد المطلق، وغيرهما، وله أمثلة: أحدها: التوكيل بالبيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل، وغالب نقد بلد البيع، تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ، كأنه قال للوكيل: بع هذا بثمن مثله من نقد هذا البلد إن كان له نقد واحد، أو من غالب نقد هذا البلد إن كان له نقود"<sup>5</sup>.

هذه صور متنوعة أوردناها على سبيل التمثيل، دخل فيها تأثير العرف في المعاملات، ومنها يظهر جلياً ما أقره التأصيل الفقهي للعرف من سلطان وحاكمية.

<sup>1</sup> عادل قوته، المرجع السابق، ج2، ص897.

<sup>2</sup> ابن قدامة، المصدر السابق، ج7، ص243.

<sup>3</sup> سبق تخريجه، ص31.

<sup>4</sup> أحمد فهمي أبو سنه، المرجع السابق، ص53.

<sup>5</sup> العز بن عبد السلام، المصدر السابق، ج2، ص126.

## الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبِمَنِّهِ وتوفيقِهِ تُقضى الحاجات، فقد تمّ البحثُ الموسومُ بـ "العُرفُ وأثره في الفقه الإسلامي - بابُ المعاملاتِ نموذجًا - واجتمعت مادته العلمية من مختلف المصادر. والرجاءُ أن نكون قد أتينا بأشهر المسائل في هذا الموضوع، وأظهر الأمثلة. وإن كان الموضوع أوسع من أن يستوعبه مثلُ هذا البحث، لكن ضمناه ما سمح به قدرُ الوُسع، ومدى الوقت، وغاية الطاقة.

وفي الأخير سنعرض أهمّ النتائج المتوصل إليها من خلال البحث، مع تقديم جُملة من التوصيات.

### أولاً: النتائج

1. بعد عَرْضنا لجملة من تعريفات العرف والاعتراضات الواردة عليها اخترنا هذا التعريف: (ما استقرّ في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، واستمرّ الناس عليه ممّا لا تردّه الشريعة وأقرتهم عليه)، وهذا المعنى الاصطلاحي للعرف قريب من المعنى اللغوي الذي يتضمّن معنى السكون والطمأنينة، وكذا تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض.
2. العرف والعادة مترادفان في المعنى المقصود الذي تُبنى عليه الأحكام الشرعية، ولذلك نجد الفقهاء يعبرون بالعرف تارة، وبالعادة تارة أخرى، وأحياناً جمعوا بين اللفظين للتأكيد.
3. يظهر الفرقُ جلياً بين العرف والإجماع، ذلك أنّ الإجماع لا يكون إلا من المجتهدين في عصر من العصور، ولا دخل للعامة في تكوينه، بينما العرف لا يُشترط فيه أهلية الاجتهاد، وإنّما يتكوّن من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم، عامتهم وخاصّتهم.
4. مفهوم العمل عند الإمام مالك هو عمل أهل المدينة، وهو عُرف خاصّ تتسلسل العملُ به عبر الأجيال تبعاً لا اجتهاداً، حتى ينتهي إلى عهد الرسول ﷺ، أمّا العمل بمفهومه الذي انتشر بعد ذلك وهو العدول عن القول الرّاجح، إلى القول الضعيف، رعيًا لمصلحة الأمة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، فهو خاصّ بالترجيح، والعرف أعمّ منه وأشمل.
5. العرف قد يكون قولياً أو فعلياً، وكلّ منهما إمّا أن يكون عامّاً، أو خاصّاً، ثمّ هذه الأقسام الأربعة إمّا أن تكون صحيحة، أو فاسدة.
6. أنّ العرف قد قام الدليل على حجّيته واعتباره من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول. والأئمة على اختلاف مذاهبهم قد أخذوا به، وإن اختلفوا في بعض جزئياته.

7. لكي يكون العرف معتبرا في الشرع لا بُدَّ أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وهي: الاطراد أو الغلبة، وألا يُخالف نصا شرعيا، وأن يكون قائما عند إنشاء التصرف، وألا يُعارض تصريحًا بخلافه. وبمخالفة أحد هذه الشروط أو فقدانها لم يصحَّ تحكيم العرف، ولم يُعد له اعتبار.

8. للعرف سلطان محترم في الفقه الإسلامي، يظهر ذلك من خلال مجالات إعماله، واستعمالاته، من ضبط الألفاظ المطلقة، وتفسير مُراد المُتكلِّمين، وتنزيل العرف العملي منزلة التصريح بالأمر المتعارف، وتأسيس الفتاوى على الأعراف، وتغييرها بتغييره، وكذا تحكيمه في القضاء. ولكن اختلف الفقهاء والأصوليون في إعمال العرف عند تعارضه مع عمومات النصوص الشرعية، فمنهم من اعتبره مُخصّصا للعام، ومنهم من لم يعتبره، وربما كانت هذه الجزئية سببا لجعله من الأدلة المختلف فيها.

9. العديد من القواعد الشرعية بُنيت على العرف، فلا يكاد يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية من قاعدة أساسية في العرف، سواء تعلق الأمر بالقواعد الأصولية التي تهدف إلى وضع أسس استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، أو القواعد الفقهية التي تهدف إلى جمع الأحكام الفقهية الفرعية المندرجة تحتها.

10. تطبيقات قاعدة العرف في الفروع الفقهية كثيرة جدًا، لا يُمكن حصرها، خاصة في باب المعاملات. ما يدلّ على اعتبار الشريعة الإسلامية لأعراف الناس الصحيحة، ورفع الحرج عنهم. مما يؤكّد مرونة الشريعة الإسلامية وسماحتها، وصلاحها لكلّ زمان ومكان.

### ثانيا: التوصيات

1. مواصلة البحث في هذا الموضوع، خاصة فيما تعلق بسُلطان العرف عند تعارضه مع عمومات النصوص، وتخصيصه للعام، وضوابط ذلك.

2. اقتراح إنجاز دراسات أكاديمية تتناول الفروع الفقهية المبنية على العرف عند المالكية. هذا ما أردنا تناوله في هذا البحث، ونسأل الله أن يتقبّل منّا هذا العمل، وأن ينفع به. وصلى الله على نبيّنا محمّد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

# الفهارس العامّة

## فهرس الآيات القرآنية

رقم الآية	رقم الصفحة	السورة والآية
سورة البقرة		
77	275	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
28	233	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
74	241	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾
47-28	228	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
-47-28 74	236	﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾
-47-28 69-68	233	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾
سورة النساء		
77	29	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
56-17	23	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾
28	25	﴿وَعَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
64	04	﴿وَوَعَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾
62	24	﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾
62	20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَعَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾
28	06	﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾
سورة المائدة		
56-17	01	﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾
66-29	89	﴿فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾
51	89	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾

سورة الأعراف		
27	199	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾
سورة الحج		
أ	78	﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
سورة محمد		
08	06	﴿وَيَدْخُلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا لَهُمْ﴾
سورة الطلاق		
64-29	06	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾
66-29	07	﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾
68	06	﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ وَأُخْرَى﴾
سورة المرسلات		
08	01	﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا﴾

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
61	أَتَتِ النَّبِيَّ ﷺ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: إِنَّهَا قَدْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ﷺ ...
29	إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، ...
66-47-31	أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عَتَبَةَ قَالَتْ: "يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ..."
84-31	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ..."
65	جَهَّزَ رَسُولُ ﷺ فَاطِمَةَ فِي حَمِيلٍ وَقَرِيبَةٍ وَوَسَادَةٍ حَشْوُهَا إِذْخِرُ.
16	الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ، إِلَّا حَائِكًا أَوْ حَجَّامًا.
80	عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْذُورٍ.
56	فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ: صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، ...
32	كُنَّا نَعَزِلُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ وَالْقُرْآنَ يَنْزِلُ.
53	لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.
62	لَا مَهْرَ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ.
48-40	لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ.

## قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.
2. آل تيمية: عبد السلام بن تيمية (ت652هـ) وولده عبد الحليم (ت682هـ) وحفيده أحمد (738هـ)، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).
3. الأمدي: أبو الحسن علي بن محمد (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، مؤسسة النور، الرياض، ط2، 1402هـ.
4. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية القاهرة، ط2، 1392هـ.
5. إبراهيم كافي دونمز، دراسات فقهية وأصولية، نشریات وقف الديانة التركي، إسطنبول، ط1، 2019م.
6. أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، (د م ن)، ط1، 1421هـ.
7. أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ.
8. أحمد بن علي سير المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، دار العزة للنشر، الرياض، ط1، 1412هـ.
9. أحمد فهمي أبوسنه، العرف والعادة في رأي الفقهاء - عرض نظرية في التشريع الإسلامي - ، مطبعة الأزهر، (د م ن)، (د ط)، 1947م.
10. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ.
11. الإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن (ت: 772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ.
12. الأصفهاني: أبو القاسم الحسين بن محمد (ت: 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط1، 1412هـ.
13. الألباني: محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ.
14. الألباني: محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ)، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1415هـ.
15. ابن أمير حاج: محمد بن محمد بن محمد (ت: 879)، التقرير والتحبير على كتاب التحرير، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1318هـ.

16. البخاريّ (ت: 256هـ)، الجامع المسند الصّحيح، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 1414هـ.
17. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النّوازل، مؤسّسة الرّسالة، (د م ن)، ط1، 1416هـ.
18. البيهقيّ (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق عبد الله التّركي، مركز هجر للبحوث، القاهرة، ط1، 1432هـ.
19. التّرمذيّ محمّد بن عيسى (ت: 279هـ)، سنن التّرمذيّ، تحقيق أحمد شاکر ومحمّد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ط2، 1395هـ.
20. ابن تيمية: تقيّ الدّين أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، القواعد النّورانيّة الفقهيّة، تحقيق أحمد بن عبد محمّد الخليل، دار ابن الجوزي، السّعوديّة، ط1، 1422هـ.
21. ابن تيمية: تقيّ الدّين أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرّحمن بن محمّد بن قاسم، مجمّع الملك فهد، السّعوديّة، (د ط)، 1423هـ.
22. الجرجانيّ: عليّ محمّد بن عليّ (ت: 816هـ)، التّعريفات، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1403هـ.
23. الحاكم، (ت: 405هـ)، المستدرک على الصّحيحين، تحقيق عادل مرشد وآخرون، دار الرّسالة، (د م ن)، ط1، 1439هـ.
24. حسين بن معلوي الشّهراني، حقوق الاختراع والتّأليف في الفقه الإسلاميّ، دار طيبة للنّشر والتّوزيع، الرّياض، ط1، 1425هـ.
25. الحمويّ: أحمد بن محمّد مكيّ (ت: 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنّظائر، دار الكتب العلميّة، ط1، 1405هـ.
26. الدّارقطنيّ عليّ بن عمر (ت: 385هـ)، سنن الدارقطنيّ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط1، 1424هـ.
27. أبو داود سليمان بن الأشعث (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، المطبعة الأنصاريّة، الهند، (د ط)، 1323هـ.
28. أبو داود سليمان الطّيالسيّ (ت: 204هـ)، مسند أبي داود الطّيالسيّ، تحقيق محمّد بن عبد المحسن التّركي، دار هجر، مصر، ط1، 1419هـ.
29. الدّسوقيّ: محمّد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدّسوقيّ على الشّرح الكبير، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).

30. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد (ت: 483هـ)، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف، الهند، (د ط)، (د ت ن).
31. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد (ت: 483هـ)، المبسوط، تصحيح جمع من العلماء، مطبعة السعادة، مصر، (د ط)، (د ت ن).
32. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).
33. السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر الخضير (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1403هـ.
34. الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد (ت: 790هـ)، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عقان، (د م ن)، ط1، 1417هـ.
35. ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، (د ط)، 1425هـ.
36. رقية طه جابر، أثر العرف في فهم النصوص - قضايا المرأة أنموذجاً -، دار الفكر، دمشق، ط1، 1424هـ.
37. الزيلعي: جمال الدين عبد الله بن يوسف (ت: 762هـ)، نصب الزاية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ.
38. الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، (د ط)، (د ت ن).
39. ابن عابدين: محمد أمين أفندي (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1386هـ.
40. ابن عابدين: محمد أمين أفندي (ت: 1252هـ)، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مطبوع ضمن مجموع رسائل ابن عابدين، دار سعادت، إسطنبول، (د ط)، 1325هـ.
41. عادل بن عبد القادر قوته، العرف حجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، المكتبة المكية، السعودية، ط1، 1997م.
42. ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمد (ت: 463هـ)، الاستنكار في شرح مذاهب علماء الأمصار، تحقيق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ.

43. عبد الرّحمن بن ناصر السّعديّ (ت: 1376هـ)، تيسير الكريم الرّحمن، تحقيق عبد الرّحمن بن معلّ اللّويح، مؤسّسة الرّسالة، (د م ن)، ط1، 1420هـ.
44. عبد الرحمن حبنكة، ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة، دار القلم، دمشق، ط4، 1414هـ.
45. عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة وتعليق عبد الرّؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (د ط)، 1414هـ.
46. عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمّان، (د ط)، 1397هـ.
47. عبد الكريم النملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ.
48. عبد الله بن قدامة (ت: 620هـ)، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التّركيّ، وعبد الفتّاح محمّد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ.
49. عبد الله عبد المنعم عبد اللّطيف العسيليّ، الرّضاع المحرّم في الفقه الإسلاميّ، دار ابن الجوزي، القاهرة، ط1، 1426هـ.
50. عبد الوهّاب خلّاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، عن الطبعة الثامنة لدار القلم، (د ط)، (د ت ن).
51. ابن العربيّ: محمّد بن عبد الله بن محمّد (ت453هـ)، أحكام القرآن، مراجعة وتعليق محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ.
52. ابن عطية: عبد الحقّ بن غالب بن عبد الرّحمن (ت: 542هـ)، المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشّافي محمّد، دار الكتب العلميّة بيروت، ط1، 1422هـ.
53. عليّ حيدر، درر الحكام في شرح مجلّة الأحكام، تعريب، فهمي الحسيني، دار الجيل، (د م ن)، ط1، 1411هـ.
54. عمر بن عبد الكريم الجديّ، العرف والعمل في المذهب المالكيّ ومفهومها لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمّديّة، المغرب، (د ط)، 1982م.
55. ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريّا (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، (د م ن)، (د ط)، 1399هـ.
56. فتحي الدّريني، حقّ الابتكار في الفقه الإسلاميّ المقارن، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط2، 1401هـ.
57. الفتوحيّ: محمّد بن أحمد بن عبد العزيز (ت: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، تحقيق وهبة الرّحيليّ ونزيه حمّاد، مكتبة العبيكان، ط2، 1418هـ.

58. الفراهيديّ: أبو عبد الرّحمن الخليل أحمد (ت: 170هـ)، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، (د ط)، (د ت ن).
59. ابن فرحون: إبراهيم بن عليّ بن محمّد (ت: 799هـ)، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الحكّام، مكتبة الكليّات الأزهرية، (د م ن)، ط1، 1406هـ.
60. الفيوميّ: أحمد بن محمد بن عليّ (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
61. القاضي عبد الوهاب (422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحقّ، المكتبة التجاريّة، مصطفى أحمد، مكّة، (د ط)، (د ت ن).
62. القرافيّ: أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن (ت: 654هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).
63. القرافيّ: أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرّؤوف سعد، شركة الطّباعة الفنيّة المتّحدة، ط1، 1393هـ.
64. القرطبيّ: أبو عبد الله محمّد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصريّة، القاهرة، ط2، 1384هـ.
65. ابن القيم: محمّد بن أبي بكر بن أيّوب (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق محمّد أجمل الإصلاحيّ وآخرون، دار عطاءات العلم، الرياض، ط3، 1440هـ.
66. الكاسانيّ: علاء الدّين بن مسعود (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشّرائع، مطبعة الجماليّة، مصر، ط1، 1327هـ.
67. ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر (ت: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق حكمت بن بشير، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1431هـ.
68. كمال ابن السيّد سالم، صحيح فقه السنّة وأدلّته، وتوضيح مذاهب الأئمّة، المكتبة التّوفيقيّة، القاهرة، (د ط)، 2003م.
69. ابن ماجة محمّد يزيد (ت: 273هـ)، جامع السنن، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربيّة، (د ت ن)، (د ط).
70. المازريّ: محمّد بن عليّ بن عمر (ت: 536هـ)، شرح التّلقين، تحقيق محمّد المختار السّلاميّ، دار الغرب الإسلاميّ، ط1، 2008م.

71. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د ط)، (د م ن)، (د ت ن).
72. محمد الطاهر بن عاشور (ت: 1393هـ)، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب ابن خوجة، وزارة الشؤون والأوقاف، قطر، (د ط)، 1425هـ.
73. محمد بن أحمد بن سالم السفاريني (ت: 1188هـ)، كشف اللثام شرح عمدة الأحكام، وزارة الأوقاف الكويت، دار النوادر، سوريا، ط1، 1428هـ.
74. محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي (ت: 451هـ)، الجامع لمسائل المدونة، دار الفكر، (د م ن)، ط1، 1434هـ.
75. محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1415هـ.
76. محمد عبد الله بن التميمين، إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، ط1، 1430هـ.
77. محمد علي الصابوني (ت: 1442هـ)، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي، مؤسسة مناهل العرفان، دمشق، بيروت، ط3، 1400هـ.
78. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1403هـ.
79. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية بيروت، (د ط)، (د ت ن).
80. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها على المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ.
81. مسلم بن الحجاج (ت: 261)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي وشركاؤه، القاهرة، (د ط)، 1374هـ.
82. مصطفى عبد الرحيم أبو عجيبة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، المنشأة العامة للنشر، طرابلس، ط1، 1986م.
83. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ.
84. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ.

85. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
86. ابن نجيم: زين الدين ابن إبراهيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ.
87. ابن نجيم: زين الدين ابن إبراهيم (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، (د م ن)، ط2، (د ت ن).
88. النسائي أحمد بن شعيب (ت: 303هـ)، سنن النسائي، تحقيق محمد رضوان ومحمد أنس مصطفى، دار الرّسالة العالميّة، (د م ن)، ط1، 1439هـ.
89. التّوّي: محي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ.
90. التّوّي: محي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب، إدارة الطّباعة المنيريّة، القاهرة، (د ط)، 1344هـ.
91. الونشريسي: أحمد بن يحيى (ت: 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الصّادق بن عبد الرّحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ.
92. الونشريسي: أحمد بن يحيى (ت: 914هـ)، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة للملكة المغربيّة، (د ط)، 1401هـ.
93. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ.
94. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، دار الفكر، دمشق، (د ط)، (د ت ن).

#### ثانيًا: المجلات العلميّة:

1. أحمد الصّويعيّ شليبيك، "العرف وأثره في الأحوال الشخصيّة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي"، مجلة كئيّة القانون الكويتيّة، العدد الرّابع، ديسمبر 2020م.
2. زاهر فؤاد محمد، "الحقوق المعنويّة ماليّتها ووجوب الرّكاة فيها -دراسة فقيّة مقارنة -"، كئيّة الدّراسات والعربيّة للبنات، الإسكندريّة، المجلّد الخامس، العدد 35، (د ت ن).
3. سليمان عبد الوهّاب الشّحات، "العرف عند الأصوليين وأثره في الفروع الفقهيّة"، مجلة كئيّة الدّراسات الإسلاميّة، أسوان، العدد الرّابع، 1443هـ.

4. السّيد مبروك عبد الحافظ، "أثر العرف والعادة في فقه الأسرة، مجلة الشريعة والقانون"، المجلد الثالث، العدد التاسع والعشرون، (د م ن)، 2014م.
5. صالح محمود صالح، "القواعد الأصولية المتعلقة بالعرف، وتطبيقاتها في صيغ الاستثمار الإسلامية المعاصرة"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 44، العدد 1، 2017م.
6. عجيل جاسم النشمي، "بيع الاسم التجاري"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المجلد 5، (د ت ن).
7. عصام صبحي شرير، "العرف وأثره في مرونة الشريعة الإسلامية"، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد الأول، العدد الأول، غرداية، 2017م.
8. علي بن عباس أحمد طامي، "القواعد الأصولية في مباحث العرف - دراسة أصولية تطبيقية -"، مجلة أبحاث، (د م ن)، المجلد 12، العدد 1، مارس 2020م.
9. علي محمد الجهيمي، "حقيقة العرف وحجّيته بين الاستقلال والتبعية"، مجلة البحوث الأكاديمية، العدد 15، (د م ن)، 2020م.
10. محمد منصور، ونور الدين مناني، "أثر العرف في أحكام الصداق، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والتشريع الجزائري"، مجلة الشهاب، الجزائر، المجلد 8، العدد 2، 2022م.
11. محمد سالم النعيمي، "العرف في الشريعة، مفهومه، حجّيته، أنواعه، شروطه، أهميته"، مجلة مداد الآداب، العدد التاسع والعشرون، (د م ن)، (د ت ن).
12. مها بنت عبد الله بن محمد السّياري، "متعة المطلقة - دراسة فقهية -"، مجلة كلية الدراسات، الإسكندرية، المجلد 3، العدد التاسع والثلاثون، 2023م.

### ثالثا: الرسائل والبحوث الجامعية:

1. أحمد رشاد عبد الهادي، أثر العرف في الأحوال الشخصية - دراسة فقهية قانونية -، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، 1435هـ.
2. إلهام عبد الله عبد الرحمن باجنيد، أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة - دراسات تطبيقية مقارنة-، أطروحة لنيل درجة ماجستير، تخصص: الفقه وأصوله، جامعة أمّ القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 2003م.
3. سوسن محمد علي، العرف وظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي - دراسة أصولية-، ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، 2008هـ.

4. مشعل بن حمود النّفيعيّ، المسائل الفقهيّة المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيميّة -دراسة تأصيليّة تطبيقية موازنة - رسالة دكتوراه في الفقه، جامعة أمّ القرى، كليّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، السّعوديّة، 1436هـ.

#### رابعاً: مواقع الأنترنت

• محمود صالح جابر، القواعد الأصوليّة الحاكمة لإعمال العرف في التّشريع الإسلاميّ، وهو بحث أجري بدعم من الجامعة الأردنيّة، (د ن)، الدليل الإلكترونيّ للقانون العربيّ، (arabLawInfo.com).

#### خامساً: القرارات.

• قرارات وتوصيات مجمّع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ المنبثق عن منظمّة المؤتمر الإسلاميّ، (1403هـ - 1430هـ)، تجميع عبد الحقّ العيفة.

## فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
08	الفصل الأول: العرف كأصل من أصول التشريع الإسلامي
08	المبحث الأول: بُنية العرف
08	المطلب الأول: حقيقة العرف وتمييزه عن المصطلحات المشابهة
08	الفرع الأول: تعريف العرف
11	الفرع الثاني: تمييز العرف عن المصطلحات المشابهة
16	المطلب الثاني: أقسام العرف
16	الفرع الأول: أقسام العرف باعتبار متعلقه وموضوعه
18	الفرع الثاني: أقسام العرف باعتبار شيوخه
19	الفرع الثالث: أقسام العرف باعتبار موافقته للتشريعة أو مخالفته لها
20	الفرع الرابع: أقسام العرف باعتبار ثبوته وتغيُّره
22	الفرع الخامس: أقسام العرف باعتبار واضعه
23	المبحث الثاني: حجية العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية
23	المطلب الأول: حجية العرف، وشروط اعتباره
23	الفرع الأول: حجية العرف
34	الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف
38	المطلب الثاني: القواعد الأصولية والفقهية المبنية على العرف
39	الفرع الأول: القواعد الأصولية المبنية على العرف
42	الفرع الثاني: القواعد الفقهية المبنية على العرف
45	المطلب الثالث: مجالات إعمال العرف
46	الفرع الأول: ضبط الألفاظ المطلقة التي لم يرد في الشرع أو اللغة تحديدها
48	الفرع الثاني: العرف القولي المفسر لمراد المتكلمين
49	الفرع الثالث: العرف العملي المنزّل منزلة صريح الأقوال
50	الفرع الرابع: تخصيص العام وتقييد المطلق وبيان المجمل في النصوص الشرعية
57	الفرع الخامس: مراعاة العرف في الفتيا والقضاء
59	الفصل الثاني: أثر العرف في مجال المعاملات
61	المبحث الأول: أثر العرف في مجال الأحوال الشخصية

61	المطلب الأول: أثر العرف في أحكام الزواج
61	الفرع الأول: مقدار المهر
64	الفرع الثاني: تجهيز بيت الزوجية
65	الفرع الثالث: نفقة الزوجة
67	المطلب الثاني: أثر العرف في أحكام الرضاع والطلاق
67	الفرع الأول: إجبار الزوجة على إرضاع ولدها حال قيام الزوجية
69	الفرع الثاني: ألفاظ الطلاق (لفظ الحرام)
73	الفرع الثالث: مُتعة المُطلقة
75	المبحث الثاني: أثر العرف في المعاملات المالية
75	المطلب الأول: أثر العرف في أحكام البيع
75	الفرع الأول: ما يدخل في المبيع دون ذكر، وما لا يدخل
76	الفرع الثاني: بيع المعاطاة
78	الفرع الثالث: الحقوق المعنوية
82	المطلب الثاني: أثر العرف في أحكام الإجارة والوكالة
82	الفرع الأول: منفعة العين المؤجرة
83	الفرع الثاني: تصرفات الوكيل
85	الخاتمة
87	الفهارس العامة
88	فهرس الآيات القرآنية
90	فهرس الأحاديث النبوية
91	قائمة المصادر والمراجع
100	فهرس الموضوعات

## الملخص

تتاول هذا البحث موضوعا بعنوان "العرف وأثره في الفقه الإسلامي - باب المعاملات نموذجا -"، مُنطلقا من إشكالية رئيسية، كانت كالاتي: ما مدى اعتبار العرف كمصدر للتشريع؟ وما مدى تأثيره على الأحكام الفقهية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية قسّمنا البحث إلى فصلين؛

الفصل الأول: هو فصل نظريّ تأصيلي، تناولنا فيه العرف كمصدر من مصادر التشريع، من خلال تعريفه وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له، وبيان أقسامه، وأدلة حجّيته، وشروط اعتباره، ومجالات إعماله.

والفصل الثاني تطبيقيّ تناولنا فيه أثر العرف في مجال المعاملات. وتوصّلنا من خلال هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات أوردناها في الخاتمة.

**الكلمات المفتاحية:** العرف، العادة، المعاملات المالية، الأحوال الشخصية.

### Research summary:

This research addresses a topic entitled "**Custom and its Impact on Islamic Jurisprudence - Transactions as a Model**", based on the following main question: To what extent is custom considered a source of legislation? And to what extent does it influence the jurisprudential rulings related to matters of marriage and financial transactions?

To address this question, we divided the research into two sections:

The first section is a theoretical and foundational section, in which we addressed custom as a source of legislation. We defined it, distinguished it from similar terms, and explained its categories, the evidence for its validity, the conditions for its consideration, and the areas of its application.

The second section is a practical section, in which we addressed some forms of considering custom in transactional matters.

Through this research, we reached a set of findings and recommendations, which we present in the conclusion.

**Keywords:** Custom, Financial transactions, Personal status.

## تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي (ة) أدناه:

السيد(ة): شموري نصير

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201189696

الصادرة بتاريخ: 2017/03/06 عن دائرة: مقرة - المسيلة -

المسجل(ة) بكلية: العلوم الانسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية


تخصص: الفقه المقارن وأصوله تحت رقم التسجيل: 0202479460

والمكلف بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: العرف وأثره في الفقه الإسلامي - باب المعاملات نموذجاً -

أصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في  
إنجاز البحث المذكور أعلاه

المسيلة في: 2025/06/04

امضاء المعني (ة): 

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): بوخفالة علي

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201010167

الصادرة بتاريخ: 2017/02/02 عن دائرة: المسجل

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه وأصوله تحت رقم التسجيل: 2001488569

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه)

عنوانها: العرب وأشهر في الفقه الإسلامي

باب المعاملات نموذجاً

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في  
انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2023/06/05

امضاء المعني (ق):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 2016-07-28 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

العُرْفُ وأثرُهُ فِي الفِقهِ الإسلاميّ - باب المعاملات نموذجاً -

إعداد الطلبة:

رقم التسجيل: 0202479460

1- شموري نصير

رقم التسجيل: 2001488569

2- بوقفالة عليّ

التخصص: الفقه المقارن وأصوله

الرتبة: أستاذ دكتور

القسم: العلوم الإسلامية الشعبة:

إشراف: أ.د/ بلعادة العمري

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2024-2025 وأسمح بإيداعه على مستوى إدارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الأستاذ(ة) المشرف(ة):

أ.د/ العمري بلعادة

رئيس القسم

