جمهورية تركيا

جامعة كارابوك

معهد العلوم الاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية الأساسية

العرف وأثره في المعاملات المالية

((دراسة تطبيقية))

رسالة ماجستير

الباحث

مصطفى مصطفى

مشرف الرسالة

البروفيسور فخر الدين أتار

كارابوك

حزيران/٢٠١٩

المحتويات

الموضوع **الصفحة**

المحتويات : ١

صفحة تأكيد الأطروحة : ٤

تعهد: ٥

الشكر والتقدير: ٦

المقدمة: ٧

خلاصة البحث: ٨

معلومات سجل الأرشيف: ٩

Öz: ١٠

Arşiv Kayıt Bilgileri: ١٢

Abstract:..... ١٣

Archive record information: ١٥

الاختصارات: ١٦

التمهيد: ١٧

١.الفصل الأول: ماهِية العرف والعادة: ٢١

١.١المبحث الأول: تعريف العرف والعادة: ٢٢

١.١.١المطلب الأول: تعريف العرف والعادة لغة: ٢٢

١.١.٢المطلب الثاني: تعريف العرف والعادة اصطلاحا: ٢٤

١.٢المبحث الثاني: النسبة بين العرف والعادة: ٣٠

١.٢.١المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في الفرق بين العرف والعادة: ٣٠

١.٢.٢المطلب الثاني: رأي الباحث ، والقول المعمول به في هذا البحث. ٣٢

١.٣المبحث الثالث: العرف كنظرية فقهية: ٣٣

١.٣.١المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية: ٣٣

١.٣.٢ المطلب الثاني: أمثلة النظريات الفقهية: ٣٤

٢. الفصل الثاني: نشأة العرف حجيته شروطه وأهميته مجالاته ومنزلته بين الأدلة:..... ٣٥

٢.١المبحث الأول: نشأة العرف: ٣٦

٢.١.١المطلب الأول: مراحل نشوء العرف: ٣٦

٢.١.٢المطلب الثاني: أسباب نشوء العرف: ٢٣

٢.١.٣ المطلب الثالث: سلطان العرف على النفوس: ٤٢

٢.٢ المبحث الثاني: حجية العرف: ٤٣

٢.٢.١المطلب الأول: المتفق عليه والمختلف فيه من العرف: ٤٣

٢.٢.٢ المطلب الثاني: أدلة المختلفين في توصيف حجية العرف: ٤٥

٢.٢.٣المطلب الثالث: القول الراجح وما يعتمده الباحث: ٥٦

٢.٣ المبحث الثالث: شروط العرف وأهميته، مجالاته ومنزلته بين الأدلة:.....٥٧

٢.٣.١المطلب الأول: شروط اعتبار العرف: ٥٧

٢.٣.٢ المطلب الثاني: أهمية العرف: ٦١

٢.٣.٣المطلب الثالث: مجالات استعمال العرف: ٦٤

٢.٣.٤المطلب الرابع: منزلة العرف بين الأدلة: ٦٧

٣. الفصل الثالث: أقسام العرف وتطبيقاته: ٧٠

٣.١ المبحث الأول: تقسيم العرف باعتبار استعماله: ٧١

٣.١.١ المطلب الأول: العرف القولي اللفظي وتطبيقاته: ٧١

٣.١.٢المطلب الثاني: العرف العملي وتطبيقاته: ٧٩

٣.٢ المبحث الثاني: تقسيم العرف باعتبار شيوعه: ٩٠

٣.٢.١ المطلب الأول: العرف العام وتطبيقاته: ٩٠

٣.٢.٢ المطلب الثاني: العرف الخاص وتطبيقاته: ٩٢

٣.٣ المبحث الثالث: تقسيم العرف باعتبار موافقته للشرع أو مخالفته:.....٩٧

٣.٣.١المطلب الأول: العرف الصحيح وتطبيقاته: ٩٧

٣.٣.٢ المطلب الثَّاني : العرف الباطل أو الفاسد وتطبيقاته: ١٠٢

٤. الفصل الرابع: تغير الأحكام بتغير الأعراف والأزمان: ١٠٥

٤.١ المبحث الأول: القواعد الفقهية وصلتها بالعرف: ١٠٦

٤.١.١ المطلب الأوَّل : تعريف القواعد الفقهيَّة: ١٠٦

٤.١.٢ المطلب الثَّاني : مصادر القواعد الفقهيَّة وحُجِّيَّتها: ١٠٨

٤.١.٣ المطلب الثَّالث : صلة القواعد الفقهية ببحث العرف: ١١١

٤.٢ المبحث الثاني: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان: ١١٤

٤.٢.١ المطلب الأوَّل : معنى القاعدة وأدلَّتها وثَبْتُها: ١١٤

٤.٢.٢ المطلب الثَّاني: الأحكام التي تتأثَّر بالعرف: ١١٩

٤.٢.٣ المطلب الثَّالث: تطبيقات قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان:.... ١٢١

الخاتمة: ١٢٣

أولاً: خُلاصة البحث ونتائجه: ١٢٣

ثانيا: التَّوصيات: ١٢٦

ختاما: ١٢٧

الفهارس: ١٢٨

فهرس الآيات القرآنية: ١٢٨

فهرس الأحاديث النبوية: ١٢٩

فهرس المصادر والمراجع: ١٣٠

فهرس الموضوعات: ١٣٦

السيرة الذاتية: ١٤٠

صفحة تأكيد الرسالة

إلى إدارة المعهد العالي للعلوم الاجتماعية – جامعة كارابوك

تم الموافقة بالإجماع من قبل مجلسنا على بحث أطروحة (رسالة) الماجستير العائدة للطالب: **مصطفى مصطفى**

القسم: العلوم الإسلامية الأساسية . والتي عنوانها : **(العرف وأثره في المعاملات المالية)**

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	التوقيع
رئيس لجنة المناقشة والمشرف على الرسالة: أ . د : فخر الدين أتار	.....
عضو : د : عمر فاروق خبر كاتيرن	.....
عضو : د : أحمد أوز دمير	.....

تاريخ مناقشة الرسالة: 25.06.2019

تعهد

أتعهد لكم وأوضح بأنني قد قمت بكتابة وتقديم هذا البحث كأطروحة (رسالة) ماجستير دون طلب المساعدة من أحد ، ودون اتباع أي طريقة تخالف العادات والأخلاق العلمية ، وأقر بأني على علم بالتصرفات التي تعتبر انتحالا معيبا أثناء البحث ، وأن هذا البحث بجميع أقسامه خاليا من الانتحال المعيب ، وأن المراجع التي استفدت منها مُبينة في قسم المصادر والمراجع ، وعند استخدامي لها قد استفدت منها عن طريق الاقتباس .

ودون التقيد بالمدة الزمنية المحددة من قبل المعهد العالي ، وفي حال العثور على موقف مخالف تجاه هذا البيان الذي قدمته والمتعلق بأطروحتي ، فإنني أبين لكم بأني مستعد لتحمل كافة النتائج الأخلاقية والحقوقية التي ستترتب على ذلك .

الاسم واللقب : مصطفى مصطفى

التوقيع :

الشكر والتقدير

أتقدَّم بخالص الشُّكر إلى كلِّ من كان له دورٌ في إتمام هذه الرِّسالة وخصوصاً أساتذتي في جامعة كارابوك/تركيا .

وأخُصُّ بالشُّكر أُستاذي وشيخي الأستاذ الدكتور: فخر الدِّين أَتَار

والدكتور: عمر فاروق خبر كاترين

الذين ما بَخلوا عليَّ بالنُّصح والإرشاد والتَّوجيه ..

وأسألُ اللهَ أن يزيدهم من علمه وفضله وجوده .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي كرَّم الإنسان بالعقل والتدبير ، ومنحه خصوصية التَّأمل والتَّفكير ، وزاده كَرماً بأن جعله حاملا للواء الهداية والتغيير .

والصَّلاة والسلام على أشرف الخلق ، سيدنا محمد رسول الله ﷺ ، خير من عَقل وتدبَّر ، وخير من تأمَّل وتفكَّر ، وكان خاتمَ من حمل لواء الهداية والتَّغيير من الأنبياء والمرسلين ، فبلَّغ الرِّسالة ، وأدَّى الأمانة ، ونصح الأُمَّة ، فكشف الله به الغُمَّة ، وأَحَقَّ اللهُ به الحقَّ ، وهدى به النَّاس بعد فترة من الضَّلالة والعمى والتِّيهِ والضَّياع.

وأترضَّى عن خير من وطئت أقدامهم الثَّرى بعد الأنبياء والمرسلين ، صحابة النَّبي ﷺ ، ورضوان الله عليهم أجمعين ، خير من حمل لواء الهداية بعد الرسول الكريم ، وخير من بلَّغ عن حبيب ربِّ العالمين ، فكانوا مصابيح الهدى والنُّور المبين .

وبعد: فإنَّ دين الإسلام الذي أُرسل به خاتم الأنبياء محمد ﷺ دينٌ باقٍ ما بقيت السموات والأرض، وهو صالحٌ لكلِ زمانٍ ومكانٍ، ففيه من الخصائص والميِّزات ما يجعله يواكب جميع العصور والأزمانِ وتغَيُّرَ الوقائع والأحوال.

فثوابته راسخةٌ رسوخ الجبال لا تتغيَّر ولا تتبدَّل مهما تغيَّرتِ الأماكن والأزمان ، سواء كانت في أبواب العقيدة والإيمان ، أم في أبواب الفقه والأحكام .

أما ما شُرع من الأحكام أصلاً لمواكبة وتيسير حياة المكلفين ، والتي جاءت موافقة لأعراف النَّاس وعاداتهم فتتغيَّر أحيانا على حسب تغيُّر هذه العادات ، ووفق ما يترتب عليها من مصالح ومفاسد .

وكلُّ ذلك بضوابط لا يعلمها إلا أهل الاختصاص من العلماء الرَّبَّانيين ، ممَّن قضى عمرَه في تعَلُّمِ العلم وتعليمه .

ولمَّا كان علم أصول الفقه المفتاح لفهم الأحكام الشَّرعية العملية، كان لا بد للمتصدِّر للتَّدريس وفتاوى الناس من الاهتمام به، وبذل الجهد في تلقِّيه من أهله ثم نشره ، وتعليمه ، والاهتمام بكتبه تدريساً، وتأليفاً، وتحقيقاً .

ومن هنا كان هذا البحث المختصر بعنوان: العُرفُ وأثرُهُ في المعاملاتِ المَالِيَّة .

أردت من خلاله تسليط الضَّوء على ماهيَّة العرف وأقسامه ، وحجِّيَّته ، وأحكامه ، وتطبيقاته العملية والعصرية ، وبالذَّات في باب المعاملات المالية .

واللهَ أسألُ أن يوفِّقني إلى الصَّواب والإخلاص في هذا العمل ، إنه خير مسؤولٍ ، وخير مأمول .

وصلَّى الله على نبيِّنا محمدٍ ، وعلى آله وصحبه وسلَّم ، والحمد لله رب العالمين .

خلاصة البحث

تَمَّ في هذه الرِّسالة تسليطُ الضَّوء على بحث العرف من علم أصول الفقه الإسلامي، وتطبيقاته في باب المعاملات الماليَّة .

حيث تم تعريف العرف ، والحديث عن نشأته ، وحجيته واختلاف العلماء في العمل والأخذ به مع ذكر أدلة الطرفين ومناقشتها .

وكذلك تم التطرق لشروط العرف ، وأهميته ، ومجالات استعماله ، ومنزلته بين الأدلة .

ثم تم التطرق لأقسام العرف ، وتطبيقات كل قسم في باب المعاملات المالية ، حيث استخدم الباحث المنهج الاستدلالي في تقسيمه للعرف إلى ثلاثة أقسام باعتبارات مختلفة مع ذكر أمثلة قديمة ومعاصرة لكل قسم .

وتم التطرق للقواعد الفقهية وصلتها بالعرف ، وخصص الباحث لقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان مبحثا خاصا ، حيث تم التطرق لمعناها ، وأدلتها ، وثبتها ، والأحكام التي تتأثر بالعرف ، مع ضرب أمثلة حقيقة وواقعية لها ، وكيفية تأثر هذه الأمثلة بتغير أعراف وعادات الناس .

ولقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج أُهمها :

١- جميع العلماء عملوا بالعرف واعتمدوه ، ولكنهم انقسموا إلى مكثرين ومقلين في العمل به ، وبعد البحث واطلاع أدلة الطرفين تبين للباحث أن العرف ليس بمصدر مستقل وهو مرتبط بغيره من المصادر

إذ أنَّه لا يُشَرِّعُ حُكماً مُستقلًا ، بل جميع الأحكام الشَّرعيَّة التي لها ارتباطٌ بالعرف لها ارتباطٌ بمصدرٍ آخر من مصادر التَّشريع .

٢- للعرف أهمِّيَّةٌ كبيرةٌ وواضحةٌ في التَّشريع الإسلامي ، فله دور في تحقيق مقاصد الشريعة ، ويعتبر دليلا على مرونة التشريع ، ومصدراً خصباً للفقه الإسلامي ، كما أن العلم بأعراف النَّاس شرطٌ من شروط المجتهد والمفتي والقاضي والمحكم .

٣- التَّفريق بين أقسام العرف له فوائد عديدة . منها أنَّه يُعطي دِقَّةً أكثر للباحث أثناء بحثه، ويساعده في إنزال الحُكم على الواقعة .

٤- أنَّ بحث العرف نالَ نصيباً وافراً في علم القواعد الفقهيَّة . فقاعدة العَادة مُحَكَّمةٌ هي إحدى القواعد الكُلِّيَّة الخمسة التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه .

وقد خصَّصت مجلَّة الأحكام العدليَّة للعرف عشرة قواعد فقهيَّةً ، وهذا إنْ دلَّ على شيءٍ فإنَّه يدلُّ على مدى أهمِّيَّة العرف في مباحث علم الأصول .

٥- أنَّ أعراف النَّاس وعاداتهم ليست ثابتةً وليست دائمةً ، بل هي مُتجدِّدةٌ مُتغيِّرة ، وتتغيَّر الأحكام المَبْنيَّة على العرف أساساً وفقاً لتغيُّر أعراف النَّاس وعاداتهم .

وهذا المبدأ دليلٌ على سِعة الفقه الإسلامي ، ومرونته ، ومواكبته لكلِّ العصور .

الكلمات المفتاحية للبحث:

العرف – العادة – تغير الأحكام – تغير الأزمان .

معلومات سجل الأرشيف

عنوان الرسالة	العرف وأثره في المعاملات المالية
كاتب الرسالة	مصطفى مصطفى
مشرف الرسالة	أ – د : فخر الدين أتار
درجة الرسالة	ماجستير
تاريخ الرسالة	25.06.2019
مجال الرسالة	الشريعة الإسلامية
مكان الرسالة	جامعة كارابوك . معهد العلوم الاجتماعية . كلية الشريعة .
عدد صفحات الرسالة	١٤٠
الكلمات المفتاحية للرسالة	العرف- العادة – تغير الأحكام – تغير الأزمان

Öz

Bu tezde usul-ü fıkıh ilmindeki örf konusu ve örf konusunun alış-verişteki tatbikatı incelendi. Öncelikle örfün tarifi yapıldı ve örf kavramının oluşumu anlatıldı. Sonra örfün delil oluşu ve âlimlerin örfle amel konusundaki ihtilafları delilleriyle beraber anlatıldı ve tarafların delilleri değerlendirildi. Ayrıca örfün şartları, önemi, kullanım alanları ve deliller içerisindeki konumu ele alındı. Sonra örfün kısımları ve bu kısımların alış-veriş babındaki tatbikatı anlatıldı. Araştırmacı örfü üç kısım olarak ele aldı ve konuyu incelerken tümdengelim metodunu kullandı. Ayrıca üç kısım için ayrı ayrı eski ve yeni örnekler verdi. Sonra örfle ilgisi olan fıkhî kâideler anlatıldı. Araştırmacı "Zamanın değişmesiyle ahkâmın değişmesi inkâr edilemez" kaidesi için özel bir bahis açtı. Bu kaidenin manasını, delillerini, sübutunu ve örften etkilenen hükümleri anlattı. Bu hükümleri anlatırken pratikten örnekler verildi ve bu örneklerin insanların örf ve adetlerinin değişmesiyle nasıl değiştiği izah edildi.

Yapılan Bu Çalışmada Şu Sonuçlara Ulaşılmıştır:

a. İstisnasız olarak âlimlerin hepsi örfü delil alarak kabul etmiş ve örfle amel etmiştir. Ancak örfün delil olması konusunda âlimler ikiye ayrılmıştır. Bazıları onu müstakil ve asıl delil kabul ederken, bazıları ikincil ve tâbî delil kabul etmiştir. İnceleme ve araştırmada sonucunda örfün ikincil ve tâbî bir delil olduğu görüşünün tercihe şayan görüş olduğu ortaya çıkmıştır. Çünkü örf kendi başına bir hüküm ortaya koyamaz. Örfle irtibatlı olan bütün hükümler diğer ana delillerle irtibatlıdır.

b. İslam hukukunda örfün çok önemli bir yeri vardır. Özellikle Şeriatın maksat ve gayelerini ortaya koymada örfün etkisi büyüktür. Örf, İslamî hükümlerin insanlar açısından ne derece uyumlu olduğunun en önemli delillerinden ve İslam fıkhının zengin kaynaklarından biridir. İnsanların ve toplumların örf ve adetlerini bilmek müçtehit, müftü ve kadı için olmazsa olmaz şartlardandır.

c. Örfün kısımlarını bilmenin büyük faydaları vardır. Bu bilgi araştırmacıya araştırma yaparken daha bir dikkatli olmasını sağlar ve hükmü vakıaya uyarlarken yardımcı olur.

d. Kavâidu'l-fıkhiyye ilminde örf konusuyla ilgili yeterince araştırma yapılmıştır. "Âdetler hakem tayin edilir" kâidesi, bütün fıkıh meselelerinin -bir şekilde- bağlantılı olduğu beş küllî kâideden biridir. Mecelletü'l-Ahkami'l-Adliyye örf konusuyla alakalı

on tane kâide zikretmiştir. Şüphesiz bu örfün fıkıh usûlü ilminde ne kadar önemli olduğunu ifade etmektedir.

e. İnsanların örf ve adetleri şüphesiz değişkendir. Devamlı değişir ve yenilenir. Örfe dayalı olan hükümlerde insanların örf ve adetlerinin değişmesine binaen değişir. Bu temel ilke İslam fıkhının genişliğine, uyumluluğuna ve bütün çağlar için elverişli olduğunun delilidir.

Anahtar Kelimeler: Örf, Âdet, Ahkâmın değişmesi, Zamanların değişmesi.

ARŞİV KAYIT BİLGİLERİ

Tezin Adı	İslâm Hukunda Örfün Mahiyeti ve Finansal İşlemlere Etkisi
Tezin Yazarı	Mustafa MUSTAFA
Tezin Danışmanı	Prof.Dr. Fahrettin ATAR
Tezin Derecesi	Yüksek Lisans
Tezin Tarihi	25.06.2019
Tezin Alanı	Temel islam bilgileri
Tezin Yeri	Karabük üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Tezin Sayfa Sayısı	140
Anahtar Kelimeler	Örf, Âdet, Ahkâmın değişmesi, Zamanların değişmesi.

ABSTRACT

In this thesis, the custom subject and the application of custom subject in the Islamic law were investigated. Primarily, the definition of custom was given and then the forming of custom term was explained. Afterwards, forming of custom as a proof and the disputes between the Islamic scholars about practicing with custom were examined with the proofs and the proof of the parties were evaluated as well. Besides, the custom terms, the importance of it, the usage fields and the position in the proofs were presented. Then, the parts of custom and the application of these parts in shopping were discussed. The researcher reviewed the custom term in a three section and used the deductive method in the thesis as well. In addition, for those three sections, the previous and current examples were given. The Islamic pedestals in Islamic law which are about the custom were discussed. The researcher was detailed the explanation of "It cannot be denied the changing of judgements while the changing of time" expression. The meaning of this expression, the proofs, the certitude and provisions effected by Islamic custom were examined. While the detailing those terms, the practical examples were given and how those examples were altered during the changing of customs and traditions was explained.

The results of the study are given below:

a. All the Islamic scholars have accepted the customs as proofs and accorded with customs. However, the Islamic scholars were split in half in terms of customs as proof. Some Islamic scholars have accepted the customs as independent and essential proof, on the other hand, the others have accepted as secondary and dependent proof. As a result of investigation and examination, it is determined that the custom is a secondary and dependent proof approach is optional. Because, the customs and traditions cannot be exhibited a judgment. All the judgments that is related with the customs are linked with other essential proofs.

b. The custom has a very significant place in Islamic law. Especially, the effect of custom on the application of goals and purposes of sharia is very huge. The custom is one of the richest sources of Islamic laws and is essential proof in accordance with the harmony of the Islamic laws and people daily life. The customs and traditions of

individuals and nations is a must for interpreter of Islamic law, mufti, and Muslim judge.

c. Knowing the parts of customs has several benefits. This knowledge can ensure to the researcher while performing research in terms of being careful and help to perform the judgment.

d. There are enough studies about the customs in Kavâidu'l-fıkhiyye field. "Customs and traditions are assigned as judge" rule is one of the five rules related to the all Islamic law issues. In addition, there are ten rules which are related with the customs and traditions in Mecelletü'l-Ahkami'l-Adliyye. Doubtless, this can be showed that the importance of the customs and traditions on the Islamic law.

e. The customs and traditions of nations are variable. They are continuously changing and regenerating. The judgement based on the customs can change in accordance with the customs and traditions of people. This main principle is a proof of the wideness of the Islamic law, harmony of it and suitable for all eras.

Key Words: Customs, Traditions, Changing of judgments, Changing of times.

ARCHIVE RECORD INFORMATION

Name of the Thesis	The Nature of Custom in Islamic Law and The Effect on Financial Transactions
Author of the Thesis	Mustafa MUSTAFA
Advisor of the Thesis	Prof.Dr. Fahrettin ATAR
Status of the Thesis	Master of Science
Date of the Thesis	25.06.2019
Field of the Thesis	Basic Islam Information
Place of the Thesis	Karabuk University Social Sciences Institue
Total Page Number	140
Keywords	Customs, Traditions,Changing of judgments, Changing of times.

الاختصارات

ت : إذا جاءت في الهامش بعد اسم المصدر ومؤلفه فمعناها : تحقيق .

ت : إذا جاءت بعد علم من الأعلام فمعناها : توفي .

اهـ : انتهى كلامه .

هـ : هجري .

م : ميلادي .

ج : جزء أو مجلد .

ص : صفحة .

DİA: موسوعة وقف الديانة التركي الإسلامية.

التمهيد

أولاً : أهمِّيَّة الموضوع

١- تكمن أهمِّية البحث في كونه يتناول جانباً مُهمَّاً من جوانب علم أصول الفقه ، وهو العُرف والعادة ، الذي يهتم بتفسير الكثير من الألفاظ والأفعال الصَّادرة عن المكلفين .

٢- كون المعاملات المالية من أكثر الجوانب المتغيرة في حياة الناس ، وخصوصاً مع ظهور الثَّورة الصِّناعية ، فتطلَّب ظهور الكثير من أنواع المعاملات المالية غير الموجودة سابقا .

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

١- جمعُ تطبيقات مبحث العرف في باب المعاملات المالية في مبحثٍ مختصر، ليسهل على أي باحثٍ الاطِّلاع عليها ، والاستفادة منها .

٢- إثبات مواكبة الفقه الإسلامي لكل العصور والأزمان ، وكونِه قادراً على إيجاد الحلول لكلِّ مشكلةٍ طارئة، والإجابة عن كل واقعةٍ تبحث عن حكم .

ثالثا: الدراسات السابقة

لقد وقفت على عِدَّة دراساتٍ تتناول مبحث العرف والعادة من عدة جوانب ، منها ما هو عامٌّ في جميع الأبواب ، ومنها ما هو خاصٌّ في باب واحدٍ من أبواب الفقه ، وبعضها تناول مبحث العرف وتطبيقاته ضمن كتابٍ أو مرجعٍ معين .

ومن هذه الدراسات :

١- (العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين) عرضُ نظريَّة في التَّشريع الإسلامي . للأستاذ الدُّكتور: أحمد فهمي أبو سُنَّة. وقد حصل بهذه الرِّسالة على شهادة العالمية من درجة أُستاذٍ في الشريعة من الجامع الأزهر . وهذه أوَّل رسالةٍ نوقشت في قسم الأُستاذية برياسة الشيخ الأستاذ المراغي في ٢٠ يناير(كانون الثاني) ١٩٤١م.[١]

---

[١] الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة من مشاهير علماء القرن العشرين الميلادي ، وهو من مواليد محافظة الجيزة/مصر سنة ١٩٠٩. تخرج من كلية الشريعة في الأزهر . ونال درجة الشهادة العالمية من درجة أستاذ دكتوراة / اختصاص الفقه والأصول وتاريخ التشريع في عام ١٩٤٠ مع التوصية بطبع رسالته التي ألفها وهي بعنوان "العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين" . عُيِّن مُدرسا في كلية الشريعة بالأزهر سنة ١٩٤١م فأستاذاً مساعداً فأستاذاً، وبقي فيها حتى عام ١٩٧٤م ، وأُعير للكثير من الجامعات العربية للتدريس فيها كجامعة دمشق وليبيا وبغداد وأم القرى والملك عبد العزيز ، وشارك في الكثير من المؤتمرات والندوات. ومن أهم طلابه الأتراك الشيخ محمد أمين سراج . من أهم مؤلفاته: العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين ، الوسيط في أصول الفقه ، نظرية الحق ونظرية العقد ونظرية الملك ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي . توفي رحمه الله سنة ٢٠٠٣م

انظر في سيرة حياته الشخصية : هذه رحلتي وهذا عطائي.. سيرتي بقلمي في الرابط التالي : https://archive.islamonline.net/?p=9748

وقد تناول الباحث في هذه الرسالة بحث العرف والعادة من كل جوانبه ، تعريفا ، وحُجِّيَّةً ، وشروطاً، وتطبيقاً .

فهو بحثٌ قيِّمٌ وشاملٌ في اختصاصه ، وهو غير محصورٍ في نطاق مذهبٍ معين ، أو بابٍ من أبواب الفقه الإسلامي .

٢- (أثر العرف والعادة في دراسة النَّوازل الفقهية مع تطبيقاتٍ فقهيَّةٍ معاصرة) للدكتور: عبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل ، أستاذ أصول الفقه المشارك بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة في جامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض . (١٤٣١/٥/١٣هـ)(٢٠١٠/٤/٢٧م)

والكتاب مختصرٌ وشاملٌ في موضوعه ، فلم يخُصَّ مجالاً أو باباً معيَّناً من أبواب الفقه، بالإضافة لكونه يحتوي على تطبيقاتٍ معاصرةٍ مفيدة .

٣- (أثر العرف في الفتوى وتطبيقاته في البيوع عند الحنفية - كتاب الاختيار نموذجا –) للدكتور : داود صالح عبد الله ، من كلية الإمام الأعظم في العراق .

وهو بحث نُشر في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية ، المجلد: ٧ ، العدد: ٣ ، تاريخ النشر: ٢٠٠٨/٤/٢٤م .

وقد تناول المؤلف بحث العرف وتطبيقاته في باب البيوع من كتاب الاختيار في المذهب الحنفي فقط ، وقد قام الباحث باستقراء بعض أبحاث البيوع من الكتاب ، معلقاً عليها ، ومبيناً مدى تأثرها بأعراف الناس وعاداتهم ، وتَغيُّر بعض أحكامها بتَغيُّر أعراف الناس وعاداتهم .

ولكنه لم يخرج عن نطاق كتاب الاختيار ، ولم يتطرق للخلاف الفقهي في المسائل المعروضة .

٤- (العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة) للدكتور: عادل قوته .

والكتاب في أصله رسالةٌ مُقدَّمةٌ لنيل درجة الماجستير في الفقه والأصول إلى قسم الدراسات العليا الشرعية بكلية الشريعة في جامعة أم القرى بعنوان (المسائلُ المبنيُّة على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة) ، والتي نُوقشت بتاريخ ١٤١٥/١/١٢هـ وأُجيزت بتقدير ممتازٍ مع التَّوصية بالطَّبع ، وقد طُبع الكتاب من قبل المكتبة المكِّية في سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧ م .

ويمتاز الكتاب بكونه واسعاً وكبيراً وشاملا لجميع أبواب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، ولكنَّه مُختصٌّ بالمذهب الحنبلي فقط ، ولم يتطرَّق للمذاهب الأخرى .

٥– (تغير الأحكام والعوامل المؤثرة فيها) للدكتور: محمد شنر .

وهي مقالة باللغة التركية من منشورات مجلة كلية الشريعة، جامعة ٩ أيلول، إزمير، تركيا، العدد الثامن،١٩٩٤، ص٩-٢٣.

(Ahkamin Degişmesi Ve Buna Tesir Eden Faktörler)

D E.Ü ilahiyat Fakultesi Dergisi, Sayı VIII, Izmir 1994, ss. 9-23

وهي مقالة قيمة تتحدث بشكل مختصر وشامل عن جميع الأحكام القابلة للتغيير والغير قابلة للتغيير مع ضرب أمثلة لكلا القسمين، وذكر العوامل التي تؤثر في تغير الأحكام وتبديلها .

رابعا: الجديد في هذا البحث

ميِّزة هذا البحث في أنه سيتطرَّق لأهم تطبيقات العرف في باب المعاملات المالية حصراً ، ولن يكون محصوراً بمذهبٍ معين ، وقد شملت التطبيقات كل أقسام العرف ، مع تطبيقاتٍ لقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان.

وتمَّ التَّركيز في الغالب على التَّطبيقات المعاصرة .

خامسا: منهج البحث

اعتمدت في هذا البحث منهج الاستنباط (الاستدلال) . حيث انتقلت من الكُلِّ إلى الجُزء ، وخصوصاً في ذكر أقسام العرف ، وتعريف كلِّ قسم ، ثم ذِكرُ الوقائع الجُزئيَّة التي تندرج تحتها، وهي التَّطبيقات في باب المعاملات المالية .

سادسا: منهج الكتابة

١- عَزَوتُ الآيات القُرآنية ، وخرَّجتُ الأحاديثَ النَّبوية من مصادرها ومَظَانِّها .
٢- وضعتُ ترجمةً مختصرةً لأغلب الأعلام الواردة في البحث .
٣- وضعتُ فهارس للآيات ، والأحاديث ، والمصادر ، والمراجع ، والموضوعات .
٤- وثَّقْتُ مواضيع البحث من المصادر القديمة قدر المستطاع ، واعتمدت على المراجع الحديثة أيضاً ، وبالذَّات في التطبيقات المعاصرة .

سابعا: خُطَّة البحث

يشتمل البحث على مقدمةٍ ، وأربعةِ فصولٍ ، وخاتمة .

المقدمة ، وتحتوي على الآتي :

١- أهمية الموضوع .
٢- أسباب اختيار الموضوع .

٣- الدراسات السابقة .

٤- الجديد في هذا البحث .

٥- منهج البحث .

٦- منهج الكتابة .

٧- خُطَّة البحث .

الفصل الأول: ماهِية العرف والعادة . ويحتوي على ثلاثة مباحث .

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة .

المبحث الثاني: النِّسبة بين العرف والعادة .

المبحث الثالث: العرف كنظريةٍ فقهية .

الفصل الثاني : نشأة العرف ، حُجِّيَّتُه ، شروطه وأهميته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلة .

ويحتوي على ثلاثة مباحث .

المبحث الأول: نشأة العرف .

المبحث الثاني : حجية العرف .

المبحث الثالث : شروط العرف وأهميته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلة .

الفصل الثالث: أقسام العرف وتطبيقاته. ويحتوي على ثلاثة مباحث .

المبحث الأول: تقسيم العرف باعتبار استعماله .

المبحث الثاني: تقسيم العرف باعتبار شيوعه .

المبحث الثالث: تقسيم العرف باعتبار موافقته للشرع أو مخالفته .

الفصل الرابع: تغيرُ الأحكام بتغيرِ الأعراف والأزمان . ويحتوي على مبحثين .

المبحث الأول: القواعد الفقهية وصلتها بالعرف .

المبحث الثاني: قاعدة لا يُنكرُ تغيرُ الأحكام بتغيرِ الأزمان .

الخاتمة: وتحتوي على : خُلاصة البحث ونتائجه ، والتَّوصيات .

١. الفصل الأول

ماهِية العرف والعادة

ويحتوي على ثلاثة مباحث

١.١. المبحث الأول: تعريف العرف والعادة.

١.٢. المبحث الثاني: النسبة بين العرف والعادة.

١.٣. المبحث الثالث: : العرف كنظريةٍ فقهية .

١.١. المبحث الأول

تعريف العرف والعادة

ويحتوي على مطلبين اثنين

١.١.١ المطلب الأول : تعريف العرف والعادة لغة

١.١.٢ المطلب الثاني : تعريف العرف والعادة اصطلاحاً

١.١.١المطلب الأول : تعريف العرف والعادة لغة

العُرْفُ: أصل الكلمة من (عَرَفَ)

ومدار كلمة العرف في اللغة يدور حول معنيين اثنين هما :

١- تتابُع الشَّيء متصلاً بعضه ببعض .
٢- السُّكون والطُّمأنينة .

قال ابن الفارس[٢]: (((عَرَفَ) العين والراء والفاء أصلان صحيحان ، يدل أحدهما على تتابع الشَّيء متَّصلاً بعضه ببعض ، والآخر على السُّكون والطُّمأنينة.))[٣]

فمثال المعنى الأوَّل وهو تتابع الشَّيء متصلاً بعضه ببعض : عُرْفُ الفرس ، وَسُمِّيَ بِذَلِكَ لِتَتَابُعِ الشَّعْرِ عَلَيْهِ . وَيُقَالُ: جَاءَتِ الْقَطَا [٤] عُرْفًا عُرْفًا، أَيْ بَعْضُهَا خَلْفَ بَعْضٍ.

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴾ [المرسلات:١] أي الملائكة المُرْسَلَةُ المتتابعة أو الرِّياح المُرْسَلَةُ المتتابعة .

---

[٢] ابن الفارس هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء بن محمد بن حبيب الرازي اللغوي، كان إماماً في علومٍ شتَّى، وخصوصاً اللغة فإنَّه أتقنها، من مؤلفاته: المُجمل في اللغة ، ومعجم مقاييس اللغة ، وحلية الفقهاء ووضع المسائل الفقهية في المقامة الطيبة، وهي مائة مسألة، وكان مقيماً بهمذان، وعليه اشتغل بديع الزمان الهمذاني صاحب المقامات . توفي سنة ٣٩٠ هـ بالرِّي . انظر في ترجمته: شمس الدين ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان (بيروت: دار صادر ، ت: إحسان عباس ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م) ج١،ص١١٨.

[٣] أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة (دار الفكر، ت: عبد السلام هارون، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) مادة: عرف.

[٤] القطا والقطاة : طائر معروف ، جمعه : قطاً وقطوات . وسميت بذلك لأنها تقطو في المشية ، والقطو: هو المقاربة في المشي والخطوات . انظر معجم مقاييس اللغة، باب : قَطَوَ. وانظر مجيد الدين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، (مؤسسة الرسالة. ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة. الطبعة الثامنة،١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م) باب : قطا .

ومثال المعنى الثاني وهو السُّكون والطُّمأنينة : الْمَعْرِفَةُ وَالْعِرْفَانُ . تَقُولُ: عَرَفَ فُلَانٌ فُلَانًا عِرْفَانًا وَمَعْرِفَةً . وَهَذَا أَمْرٌ مَعْرُوفٌ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى السُكُونِ والطُّمأنينة ، لِأَنَّ مَنْ أَنْكَرَ شَيْئًا تَوَحَّشَ مِنْهُ وَنَبَا عَنْهُ .

وَمِنَ الْبَابِ الْعَرْفُ، وَهِيَ الرَّائِحَةُ الطَّيِّبَةُ. وَهِيَ الْقِيَاسُ، لِأَنَّ النَّفْسَ تَسْكُنُ إِلَيْهَا. يُقَالُ: مَا أَطْيَبَ عَرْفَهُ. قَالَ اللَّهُ - سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى -: ﴿ وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ ﴾ [محمد: ٦] ، أَيْ طَيَّبَهَا.

وَالْعُرْفُ: الْمَعْرُوفُ، وَسَمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ النُّفُوسَ تَسْكُنُ إِلَيْهِ.

والمَعْروف كالعُرف . قال الزَّجَّاج [٥] : المعروف ما يُستحسن من الأفعال ، وهو كل ما تعرفه النَّفس من الخير وتطمئن إليه .

والمَعْروف: ضِدُّ المنكر ، كما أن العُرف: ضد المنكر[٦] .

العَادة: أصل الكلمة من (عَوَدَ)

ومعناها : تِكرار الشَّيء وتثنيته عَوداً بعد بَدْءٍ . وأصلها من الدُّربة والتَّمادي في شيءٍ حتَّى يصير له سجية.

تَقُولُ: بَدَأَ ثُمَّ عَادَ.

وَالْعَوْدَةُ: الْمَرَّةُ الْوَاحِدَةُ . وَقَوْلُهُمْ عَادَ فُلَانٌ بِمَعْرُوفِهِ ، وَذَلِكَ إِذَا أَحْسَنَ ثُمَّ زَادَ.

وَمِنَ الْبَابِ الْعِيَادَةُ: أَنْ تَعُودَ مَرِيضًا . وَلِآلِ فُلَانٍ مَعَادَةٌ، أَيْ أَمْرٌ يَغْشَاهُمُ النَّاسُ لَهُ.

وَالْمَعَادُ: كُلُّ شَيْءٍ إِلَيْهِ الْمَصِيرُ. وَالْآخِرَةُ مَعَادٌ لِلنَّاسِ. وَاللَّهُ - تَعَالَى - الْمُبْدِئُ الْمُعِيدُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أَبْدَأَ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُمْ.

وَتَقُولُ: رَأَيْتُ فُلَانًا مَا يُبْدِئُ وَمَا يُعِيدُ، أَيْ مَا يَتَكَلَّمُ بِبَادِئَةٍ وَلَا عَائِدَةٍ. ويقال للمواظِبِ على الشَّيء: المُعاود . وهو الدَّيْدَنُ يُعادُ إليه .

وجَمْعُ عادةٍ : عادات. وتَعَوَّدَ الشَّيء وعادَه وعاوَدَه مُعَاودة وعَوادا، واعتاده ، أي صار عادةً له[٧] .

---

[٥] الزَّجَّاج هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن السرى بن سهل الزجاج النحوي، كان من أهل العلم بالأدب والدين المتين، وصنف كتاباً في معاني القرآن ، وله كتاب الأمالي، وكتاب مافسر من جامع المنطق، وكتاب الاشتقاق، وكتاب العروض، وكتاب القوافي وكتاب الفرق، وكتاب خلق الإنسان، وكتاب خلق الفرس، وكتاب مختصر في النحو، وكتاب فعلت وأفعلت، وكتاب ما ينصرف وما لا ينصرف، وكتاب شرح أبيات سيبويه، وكتاب النوادر، وكتاب الأنواء، وغير ذلك. وأخذ الأدب عن المبرد وثعلب، رحمهما الله تعالى، وكان يخرط الزجاج، ثم تركه واشتغل بالأدب، فنسب إليه. ت: ٣١٠ هـ في بغداد رحمه الله . انظر في ترجمته: وفيات الأعيان ج١،ص٥٠.

[٦] جمال الدين ابن منظور، لسان العرب (دار صادر) مادة: عرف. وابن فارس، معجم مقاييس اللغة مادة: عرف. والفيروز أبادي، القاموس المحيط، مادة: عرف.

[٧] ابن منظور، لسان العرب . وابن فارس، معجم مقاييس اللغة . والفيروز أبادي، القاموس المحيط . مادة: عَوَدَ .

١.١.٢المطلب الثاني : تعريف العرف والعادة اصطلاحاً

تعريف العرف اصطلاحاً:

لا يخرج التَّعريف الاصطلاحي للعرف عن المعاني اللغوية التي ذكرها ابن فارس في معجم مقاييس اللغة ، والتي جعل مدارها يدور حول معنيين اثنين هما :

- تتابُع الشَّيء متصلاً بعضه ببعض .
- السُّكون والطُّمأنينة .

ففي التَّعريف الاصطلاحي أيضاً ما يدلُّ على تتابُع الشَّيء ، وسكون النَّاس إليه ، وطُمأنينتهم له حتى صار شيئاً مستقراً في النُّفوس .

ولقد وردت كلمة العرف والعادة في كلام الكثير من علماء السَّلف بدون وضع تعريفٍ أو حدٍ لها.

بينما وضع المتأخِّرون لها حداً اصطلاحيَّاً .

وإن أقدم من وضع حداً اصطلاحياً للعرف كما قال الدكتور فهمي أبو سُنَّة في كتابه :

(العرف والعادة في رأي الفقهاء)[٨] هو عبد الله بن أحمد النَّسَفِي الحنفي (ت:٧١٠هـ) في كتابه (المُستَصْفَى) [٩].

حيث عرَّفه بالآتي :

((العُرف: هو ما استقرَّ في النُّفوس من جهة العقول ، وتلقَّته الطِّباعُ السَّليمة بالقبول))

شرح التعريف ومُحْتَرَزاتُه :

ما : من ألفاظ العموم ، فتشمل الأعراف القولية والفعلية .

استقر في النُّفوس : فيدخل فيه كل ما استقرَّ وثبت في النُّفوس .

وهو قيدٌ يَخرجُ به ما لم يستقرَّ في النُّفوس ، كالشَّيء الذي حصل عَرَضَاً أو نُدْرةً ، ولم يعتاده الناس، أو الذي استقرَّ في نفس شخصٍ واحدٍ ، أو مجموعةٍ صغيرةٍ من الناس .

---

[٨] أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين (مطبعة الأزهر ، ١٩٤٧م) ص٨ .

[٩] كتاب المستصفى للنسفي ما زال مخطوطا ولم يطبع منه إلا قسم العبادات ، وهو غير كتاب المستصفى في أصول الفقه للإمام الغزالي . وقد نقل التعريف ابن عابدين في رسالة نشر العرف عن شرح الأشباه للبيري عن المستصفى . انظر محمد أمين بن عابدين، رسائل ابن عابدين/رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (طبع على ذمة محمد هاشم الكتبي،١٣٢١هـ ، شركت صحافية عثمانية مطبعه سي) ج٢، ص١١٤

من جهة العقول : وهو قيدٌ يَخْرُجُ به ما استقرَّ عن طريق الأهواء والشَّهوات ، كاعتياد الناس تعاطي المُسْكرات ، واعتياد كثيرٍ من أنواع الفُجور والمنكرات .

ويَخرجُ به أيضاً : ما استقرَّ في النفوس بسبب حادثٍ خاصٍّ ، كفساد الألسِنة النَّاشئ من اختلاط الأعاجم بالعرب إبان الفتوحات الإسلامية .

ويَخرجُ به أيضاً : ما استقرَّ في النفوس بسبب أمرٍ اتِّفاقيٍ ، كتفاؤل قومٍ من بعض الأعمال لاقترانها مُصادَفةً بنفعٍ لهم ، فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها ، أو تشاؤمهم من بعض الأعمال لاقترانها مُصادَفةً بضررٍ لَحِقهم ، فدعاهم ذلك إلى تعارف تركها .

تلقَّته الطِّباع بالقبول: قيدٌ يَخرجُ به ما أنكرته الطِّباع أو بعضها فهو نُكرٌ وليس عُرف [١٠].

السَّليمة : قيدٌ تخرجُ به الطِّباع غير السَّليمة ، والبعيدة عن الفطرة ، والتي تلوَّثت بمُلوثاتٍ فكريةٍ أو أخلاقيةٍ ، فصارت تَرى المنكر معروفاً والمعروفَ منكراً .

أمثلة العرف : قال أحمد فهمي أبو سُنَّة : ((فالناس كلهم أو أهل إقليمٍ خاصٌّ أو واضعو فنٍّ خاصٌّ أو أهل صناعةٍ خاصَّةٍ أو أهل الشَّرع ، إذا تعارفوا عند إطلاق لفظٍ أن يريدوا معنىً خاصَّاً ، ويفهموه إذا سمعوه ، حتى استقرَّ في نفوسهم ، وقبلته الطِّباعُ السَّليمة فيهم ، يسمَّى عُرفاً.

والمسلمون إذا تعاملوا استصناع الثِّياب وأثاث المنزل ، أو وقف بعض المنقولات ، أو تعارفوا شرطاً خاصَّاً في البيع ، سُمِّيَ عُرفاً .

والمصريون إذا تواضعوا على قبض نصف الصداق قبل العقد سمي عرفا . وأهل المغرب إذا اعتادوا كشف الرأس ، ولم تستقبحه الطِّباع السَّليمة فيهم سُمِّي عُرفا .

والعرب في جاهليتهم إذا تعارفوا عقود الرِّبا ، والهُنُدوكِيُّون البَراهِمَة إذا اعتادوا إحراق الموتى ، سمي كل من ذلك عرفا.)) اهـ [١١]

وبالنتيجة : فقِوام العرف على أمرين اثنين هما :

١- استقرار الأمر في النُّفوس .
٢- قبول الطِّباع السَّليمة له .

والعرف يكون في الأقوال والأفعال التَّعامُليَّة والخُلُقيَّة.[١٢]

---

[١٠] انظر في شرح تعريف العرف كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء ص:٨ بتصرف يسير .

[١١] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٩.

[١٢] المرجع السابق .

مناقشة التعريف :

هناك مجموعة من المآخذ تَرِدُ على هذا التعريف أُجْمِلها في الآتي :

١- أن التعريف ليس مانعاً .

إذ ليس كل ما قبلته الطَّبائع يُعَدُّ عُرفا ، ولا كل ما استقرَّ في النُّفوس من جهة العقول يكون عرفاً أيضاً ، فتَرِدُ عليه العقائد صحيحةً كانت أم باطلة ، إذ هي تستقرُّ في النفوس من جهة العقول ، وليست عرفاً[١٣] .

٢- أن هذا الحَدَّ غير مُحَرَّر .

إذ لو كان المراد به العرف المعتبر شرعاً لكان وصفُ الطِّباع بالسَّليمة غيرَ كافٍ للخروج من هذا الإيراد ، بل لا بُدَّ من تقييد ذلك ب (مما لا تَرُدُّه الشريعة) أو (ممَّا لا يُصادم نصَّاً) ونحو هذا ، ليكون العرف معتبراً .

وإن أُريدَ بهذا الحّدِّ مطلق التعريف للعرف ، ليدخلَ الصَّحيح المعتبر والفاسد الملغيُّ اعتباره، فما فائدة وصف الطِّباع بالسَّليمة؟!

وكيف تُوْصَف بالسَّلامة طِباعٌ تقبل عقود الرِّبا ، وتستحسن كشف العورات ، وتستحبُّ إحراق الموتى ؟! [١٤]

٣- في تحديد السَّليمة نظرٌ أيضاً :

إذ أنه يحتاج إلى جهةٍ تُميِّز بين السَّليم منها وغير السَّليم والحسن والقبيح ، ولا جهةٌ تُعَيِّن ذلك إلا الشَّرع أو العقل عند من يقول بتحسين ما حسَّنه وتقبيح ما قبَّحه ، إذ العقل متفاوتٌ بين الأفراد ، كما أن الإدراك يتأثَّر بحسب الأزمنة والأمكنة مما يَنتُجُ عنه اختلاف الأعراف .

فلم يبقَ بعد ذلك إلا تحديدٌ من قبل الشَّرع .

وإذا جعلنا الشَّرع مُحدِّداً فسيكون التَّعريف مُقتصراً على العرف الصَّحيح ، ولا يشمل الأعراف الفاسدة ، لأن الشَّرع قبَّحها ، ولا تقبلها الطِّباع والعقول السَّليمة ، إلا إذا أُريدَ بالتَّعريف شمولُ جميع الأعراف صحيحةً كانت أو فاسدة ، اتَّفق عليها الجميع أو فئةٌ من الناس [١٥].

---

[١٣] عادل قوته، العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (المكتبة المكية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م) ص٩٥.

[١٤] عادل قوته، العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ، ص٩٦.

[١٥] عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، (المغرب: مطبعة فضالة ، المحمدية) ص٣٣.

الرَّدُّ على الاعتراضات :

الرد على الاعتراض الأوَّل :

أن النَّسفي وإن استخدم (ما) التي هي من ألفاظ العموم ولكن لم يقصد بها كلُّ ما استقرَّ في النُّفوس من جهة العقول مطلقاً ، بل أراد التَّعميم في بابه ، وهو هنا يتحدث عن العرف لا عن العقائد أو الأخلاق ، فكلُّ ما استقرَّ في النُّفوس - أي من الأعراف- .

الرد على الاعتراض الثاني والثالث :

أن مُراد النَّسفي هو تعريف مطلق العرف صحيحه وفاسده .

وقد ردَّ الدكتور فهمي أبو سُنَّة على هذا الاعتراض في شرحه للتَّعريف فقال :

((وقد يعترض : كيف يُقال إن الطِّباع السَّليمة تقبل عقود الربا ، وإحراق الموتى ؟

والجواب عن ذلك : أن الطِّباع السَّليمة ليست منبعاً للخير دائماً ، وليست معصومةً عن القبيح ، بل هي العقول تُخطئ وتُصيب ، إنَّما العصمة للأديان والشَّرائع المُنَزَّلة من السَّماء.))[١٦] اهـ

وهذا التَّعريف للعرف هو خاصٌ بالفقهاء والأصوليين ، وهو يخالف التَّعريف الذي عرَّفه علماء الاجتماع إذ قالوا أنه : كُلُّ ما يُتابِع النَّاسُ فيه بعضُهم بعضاً ، سواءٌ كان مصدره العقل أو الغريزة أو الصُّدفة أو الاتِّفاق .

ولهذا الإطلاق أصلٌ لغويٌّ أيضاً ، فلقد ذكرنا في التعريف اللغوي للعرف شاهداً وهو : طارَ القَطَا عُرفا عُرفا ، أي بعضها يتبعُ بعضاً .

والسِّرُّ في اقتصار الفقهاء في معنى العرف على ما كان مصدره العقل ومخالفتهم الاجتماعيين في التَّعميم أن الفقهاء يبحثون عن العُرف من حيث أنه قاعدةٌ تُبنى عليها الأحكام العملية ، والاجتماعيين يبحثون عنه من حيث تأثيره في الجماعة[١٧].

---

[١٦] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٩.

[١٧] المرجع السابق . ص: ١٠

تعريف العادة اصطلاحاً

عرَّفها ابنُ أمير حَاج [١٨] في كتابه "التقرير والتحبير" بقوله :

العادة: ((الأمرُ المتكرِّرُ من غير علاقةٍ عقلية.))[١٩]

شرح التعريف ومُحتَرَزاته :

الأمرُ : الشَّأن والحال ، وجمعُه أمور ، وهو لفظٌ عامٌّ للأفعال والأقوام كلها .[٢٠]

المتكرِّرُ : أي حصولُ الأمر مرَّةً بعد مرَّة . ويخرج به ما حصل لمرَّةٍ واحدةٍ ، فلا تثبُت فيه العادة أبداً [٢١].

من غير علاقةٍ عقلية : يخرج به ما تكرَّر بسبب علاقة العِلَّة بالمعلول ، أو السَّبب بالمسَبَّب ، وهو الذي يُسمى : التَّلازُم العقلي ، وذلك كأكل الإنسان حين جوعه ، وشربه حين عطشه .

يتبيَّن من التعريف : أن المحور الرئيسيَّ للعادة يدور حول أمرين اثنين هما :

١- التِّكرار .
٢- وسبب التِّكرارِ ليس علاقةً عقلية .

ويتبين أيضا : أن مصطلح العادة له معنىً شمولياً وواسعاً جداً ، فهو يشمل :

- الأقوال والأفعال .

- وما صدر عن الفرد والجماعة أيضا .

---

[١٨] ابن أمير حاج هو مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد الشَّمْس الْحلَبِي الْحَنَفِيّ وَيعرف بِابْن أَمِير حَاج وبابن الموقت ، وهو فقيه وأصولي ، ولد في حلب وتعلم فيها ، له عدة مؤلفات في الأصول والفقه منها في الأصول :التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام ، وفي الفقه : شرح المختار للموصللي في فروع المذهب الحنفي . توفي رحمه الله ٨٧٩هـ .

انظر في ترجمته : شمس الدين السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (بيروت: دار مكتبة الحياة ، بدون طبعة وبدون تاريخ) ج٩،ص٢١٠.

[١٩] شمس الدين، ابن أمير حاج المعروف بابن الموقت الحنفي، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) ج١، ص٢٨٢.

[٢٠] عادل قوته، العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ص١٠٩.

[٢١] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص١٠.

وذلك كعادة إنسانٍ أو شركةٍ ومصنعٍ في بيعه وشراءه ، وبالذات عندما تكون هذه الشَّركة أو المصنعُ هو المنتجُ الوحيد لسلعة من السلع ، أو عادة مجموعةٍ من الشَّركات التي تُنتج نفس السِّلعة ، فيعتادون على طريقةٍ ما في البيع والشِّراء .

- وما كان مصدره أمراً طبيعياً ، كحرارة الإقليم وبُرودته اللتين نشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطاءه ، وطبيعة الأرض التي تقتضي غلبةَ نوع من الأموال في الإقليم وصناعة أهله .

- وما كان مصدره العقل وتلقي الطِّباع له بالقبول ، وهو العرف المتقدِّم ، أو ما كان مصدره الأهواء والشهوات ، كالقاعد عن الخيرات ، وقصد الضَّرر ، وأكل المال بالباطل والغشِّ والظُّلم ، وهذا يسميه الفقهاء بفساد الزَّمان .

- وما كان مصدره حادثاً خاصَّاً ، كفساد الألسنة النَّاشئ من اختلاط العرب بالأعاجم .

فكلُّ هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء ، وبُنيت الأحكام عليها ، وراعاها المجتهد في الاستنباط ، والمفتي في الجواب عما يعرض عليه من الأحداث ، والقاضي عند الحكم فيما يُرفع إليه من الدَّعاوى [٢٢] .

[٢٢] المرجع السابق، ص١١.

١.٢ المبحث الثاني

النِّسبة بين العرف والعادة

ويحتوي على مطلبين اثنين

١.٢.١المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في الفرق بين العرف والعادة .

١.٢.٢المطلب الثاني : رأي الباحث ، والقول المعمول به في هذا البحث .

١.٢.١المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في الفرق بين العرف والعادة

الفقهاء في مبحث الفرق والنِّسبة بين العرف والعادة ثلاثة مذاهب :

١- المذهب الأوَّل : من ذهب إلى أن العرف والعادة غيرُ مترادفان ، فبينهما عمومٌ وخصوصٌ، والعادة أعمُّ من العرف .

وممن ذهب لذلك ابن أمير حاج ، وهو واضحٌ من تعريفه للعادة السابق الذِّكر ، حيث عرَّفها بأنها: الأمر المتكرِّر من غير علاقةٍ عقلية .

فمعناها شاملٌ وواسعٌ لجميع الأقوال والأفعال ولكلِّ ما يصدر عن الفرد والجماعة ، ولكلِّ ما كان مصدره أمراً طبيعياً أو العقلَ أو حادثاً .

وما كان مصدره العقل فهو العرف .

فيتبيَّن أن العرف أخصُّ من العادة ، بينما العادة أعمُّ وأشمل ، فكلُّ عرفٍ عادةٌ ، وليس كلُّ عادةٍ عرفاً .[٢٣]

٢- المذهب الثَّاني : من ذهب إلى أن العرف والعادة غيرُ مترادفان ، فبينهما خصوصٌ وعمومٌ، والعرف أعمُّ من العادة .

وممن ذهب إلى ذلك ابن الهُمام .

فقد خصَّ العادة بالفعل ، أي ما جرى عليه العمل ، وخصَّ العرفَ بالقول .

وقد أنكر الدكتور فهمي أبو سُنَّة على هذا الرأي بقوله : ((وهذا القصر لا معنى له ، لأن الفقهاء من السَّلف والخلف أجْرُوا العادة في الأقوال والأفعال معاً.))[٢٤]

---

[٢٣] علي كايا، نظرة في قيمة مصادر العرف في الفقه الإسلامي،(تركيا: مجلة أبحاث الفقه الأسلامي، العدد٥، ٢٠٠٥م) ص١٨٩.
Ali KAYA, İslam Hukukunda Örfün Kaynakuk Degerinin Sınırları Konusuna Hukuk Felsefesi Açlsından Bir Yaklaşım, (İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.5, 2005) s.189

٣- المذهب الثَّالث : من ذهب إلى أن العرف والعادة مترادفان .

وإليه ذهب جمهور الفقهاء والأصوليُّون ، ومنهم النَّسفيُّ صاحبُ المُستصفى في تعريفه للعرف الذي وقفنا عليه مطولاً .

فالعرف والعادة بهذا الإطلاق مترادفان ، وبه يتبيَّن نوع العطف في قولهم : العرف والعادة [٢٥].

قال عبد الوَهَاب خلَّاف [٢٦] بعد أن عرَّف العرف بأنه ما تعارفه الناس ، وساروا عليه ، من قول أو فعل أو ترك : ((وفي لسان الشَّرعيين لا فرق بين العرف والعادة.))[٢٧]

---

[٢٤] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص١١.

[٢٥] المرجع السابق، ص١٣.

[٢٦] هو عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف. فقيه مصري، كان أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ومفتشا في المحاكم الشرعية. له تصانيف عدة منها: علم أصول الفقه، والسياسة الشرعية، ت: ١٣٧٥هـ- ١٩٥٦م.

انظر خير الدين الزركلي، الأعلام (بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة ١٥، ٢٠٠٢م) ج٤،ص١٨٤.

[٢٧] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، (مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر») ص٨٥.

١.٢.٢المطلب الثاني : رأي الباحث ، والقول المعمول به في هذا البحث

يبدو والله أعلم أن القول بترادف معنى العرف والعادة هو القول الأصح ، فهو قول الجمهور ، وعليه كان العمل في الغالب قديماً وحديثاً ، فالعلماء مرَّة استخدموا مصطلح العادة ، ومرَّة استخدموا مصطلح العرف ، ومضمون التَّطبيق يكون واحداً في الغالب .

وعلى هذا الرأي سيتمُّ العمل في هذا البحث ، حيث لن يُفرِّقَ الباحث بين معنى العرف والعادة ، وإن تمَّ عطف أحدهما على الآخر فمن باب التعريف بأنهما معنيان مترادفان ، وليس المقصَد أنهما مفترقان وأن لكلٍ منهما معنىً يختلف عن الآخر .

وفي الغالب سيستخدم الباحث في بحثه مصطلح العرف .

١.٣المبحث الثالث

العرف كنظريَّةٍ فقهيَّة

ويحتوي على مطلبين اثنين

١.٣.١المطلب الأول : تعريف النَّظريَّة الفقهية

١.٣.٢المطلب الثاني: أمثلة النَّظريَّات الفقهية

١.٣.١المطلب الأول : تعريف النَّظريَّة الفقهية

النَّظرية الفقهية: هي تلك الدَّساتير والمفاهيم الكبرى التي يُؤَلِّف كُلٌّ منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً مُنبثَّاً في الفقه الإسلامي[٢٨] .

فهي تعتمد على شروطٍ وأركانٍ تقوم عليها.

ومن الملاحظ أن الكتابة في النَّظريات الفقهية هو أمرٌ جديدٌ لم يتناوله الفقهاء قديما ، فقد دعت الحاجة إليه لمواكبة ما توصَّل إليه علماء القانون في العصر الحديث .

ودراسة النَّظريات الفقهية تُعين الطَّالب والباحث، وتُقَوِّي ملكته الفقهية ، حيث يجد المسائل المتناثرة في أبواب الفقه قد جُمعت في نظريةٍ واحدةٍ متكاملةٍ ، ومقارَنَةٍ في بعض التطبيقات مع القوانين الوضعية .

---

[٢٨] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م) ج١،ص٣٢٩.

والشيخ مصطفى الزرقا هو مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقا ، من مواليد مدينة حلب (١٣٢٥هـ-١٩٠٧م)، نشأ في بيت علم وفضل فوالده الشيخ أحمد الزرقا صاحب كتاب شرح القواعد الفقهية وجده محمد الزرقا من أشهر علماء حلب آنذاك .

دَرَسَ في المدرسة الخُسرُوية في حلب وتخرج من جامعة دمشق ، ومن أساتذته في المدرسة الخسروية : والده أحمد الزرقا والشيخ محمد راغب الطباخ وأحمد مصطفى الكتبي ، ومن أساتذته في جامعة دمشق : محمد أبو اليسر عابدين .

من أهم تلاميذه: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة .

درَّس في كلية الشريعة في جامعة دمشق وفي الجامعة الأردنية وغيرها من جامعات الخليج العربي .

عينته وزارة الأوقاف في الكويت خبيراً للموسوعة الفقهية فيها سنة ١٩٦٦.

قال الشيخ يوسف القرضاوي: علماء الشام الكبار أربعة : مصطفى السباعي، ومصطفى الزرقا، ومحمد المبارك، ومعروف الدواليبي .

له مؤلفات كثيرة من أهمها : المدخل الفقهي العام ، والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة . توفي رحمه الله سنة ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م

انظر في ترجمته مفصلة كتاب : مصطفى أحمد الزرقا فقيه العصر وشيخ الحقوقيين للدكتور عبد الناصر أبو البصل (دمشق: دار القلم، ٢٠١٠م)

١.٣.٢المطلب الثاني: أمثلة النَّظريَّات الفقهية

انتشرت العديد من الدراسات التي تناولت أبحاث الفقه الإسلامي كنظريات متكاملة ، والتي بدورها سهلت على الباحثين وطلاب العلم جمع شتات المسائل الفقهية في باب متكامل ، ومن أمثلة هذه الدراسات :

١- (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) للشيخ مصطفى الزَّرْقا .
٢- (المُلكيَّة ونظريَّة العقد) للشيخ محمد أبو زُهرة .
٣- (نطرية الحق) و(نظرية العقد) للشيخ محمد سلام مدكور .
٤- (نظريَّة الضَّرورة الشَّرعية) للدكتور وهبة الزُّحيلي .

وممَّن كتب في العرف كنظريَّةٍ فقهيةٍ مجموعة من الباحثين ومنهم :

- الدُّكتور محمَّد الزَّحيلي في كتابه: (النظريات الفقهية/نظريَّة العرف) .

حيث قام بمقارنة بعض تطبيقات نظريَّة العرف مع القانون السُّوري .

- ومنهم الدُّكتور عبد العزيز الخيَّاط في كتابه : (نظريَّة العرف)

وقد قام بمقارنة بعض تطبيقات نظريَّة العرف مع قانون الأحوال الشَّخصيَّة الأُردُنِي .

٢.الفصل الثاني

نشأة العرف ، حُجِّيَّتُه ، شروطه وأهمِّيته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلَّة

ويحتوي على ثلاثة مباحث

٢.١المبحث الأول: نشأة العرف

٢.٢المبحث الثاني : حُجِّيَّة العرف

٢.٣المبحث الثالث : شروط العرف وأهمِّيته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلة

٢.١المبحث الأول

نشأة العرف

ويحتوي على ثلاثة مطالب

٢.١.١المطلب الأول: مراحل نشوء العرف .

٢.١.٢المطلب الثاني : أسباب نشوء العرف .

٢.١.٣المطلب الثالث : سلطان العرف على النُّفوس .

٢.١.١المطلب الأول: مراحل نشوء العرف

دراسة المراحل التي يمرُّ بها العرف من لحظة نشوئه إلى لحظة اعتباره ضروريَّة للمجتهد والفقيه والقاضي والمفتي ، فتقدير الكثير من الأحكام أو فهمها راجع إلى أعراف الناس وما اعتادوه في حياتهم .

ولأنَّ هذه الأحكام قد تتغيَّر بتغيُّر الزَّمان والمكان ، وأحد أسباب تغيُّرها هو تغيُّر الأعراف والعادات ، كان لا بُدَّ من الاطِّلاع على المراحل التي تمرُّ بها أعراف الناس وعاداتهم ، والاطِّلاع على أسباب نشوئها .

يقول الدكتور أحمد فهمي أبو سُنَّة مُوَصِّفاً للمراحل التي تمرُّ بها أعراف الناس :

((كُلُّ عملٍ يأتيه الإنسان باختياره لا بدَّ له من باعثٍ يدعو إليه ، وذلك الباعث إمَّا :

- خارجيٌّ : كأمر من يشعر باحترامه ويعتقد أن طاعته واجبة ، وكظهور مصلحةٍ من شيءٍ أثبتتها التَّجربة أو البحث العلمي ، وكالأعمال التي تدعو إليها البيئة الطَّبيعيَّة ، أو الاجتماعيَّة .
- أو داخليٌّ : وهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه ، كحب الانتقام ، والحياء الشَّديد ، الدَّاعيين إلى الأخذ بالثَّأر ، والحجاب .

ذلك الباعث يُوجِدُ في النَّفس رغبةً في العمل ، وميلاً إليه .

فإذا أَنفَذَ الإنسان هذه الرَّغبة ، وأتى بما مال إليه ، وكرَّره مرَّةً بعد أخرى ، أصبح عادةً .

فالذي يُكَوِّنُ العادة هو تِكرار العمل الصادر عن الميل .

ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوسٌ مُستعدَّةٌ تأثرت به ، فحاكَتْهُ وقَلَّدت فيه ، إذ الجماعة مفطورةٌ على التَّقليد فيما تهوى وتُحِبُّ ، مطبوعةٌ على الاقتداء بمن تستهديه في شؤونها لاعتقاد الكمال فيه ، إلا أن هذه المُحاكاة قد تكون سريعة ، وقد تكون بطيئة ، بحسب شِدَّة الحاجة إلى العمل ، وقوَّة محبَّته وضعفهما .

فإذا تكرَّرت هذه المُحاكاة وذلك التَّقليد صار العمل أمراً شائعاً بينهم ومتعارفاً فيهم ، وعندئذٍ يتمُّ تكوُّن العرف والعادة ، أي عادة الجماعة .

فالأطوار التي يمرُّ بها هي : الميل ، فالعمل ، فالتَّقليد ، فالتِّكرار . وكما جرى ذلك في الأفعال يجري في الأقوال.))[٢٩] اهـ

فمراحل نشوء الأعراف أربعٌ ، وهي :

١- الميل والرَّغبة .
٢- العمل .
٣- التَّقليد .
٤- التكرار .

[٢٩] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص١٣.

٢.١.٢المطلب الثاني : أسباب نشوء العرف

كما أن دراسة مراحل نشوء العرف ضروريَّةٌ للمجتهد والفقيه والقاضي والمفتي فكذلك دراسة أسباب نشوء العرف ضروريَّةٌ لهم أيضاً .

فتغيُّر عادات الناس وأعرافهم مؤثِّرٌ في الأحكام المبنيَّة أصلاً عليها ، فيَتغيَّرُ الحكم كلما تَغَيَّر العرف .

وإن لم يكن المجتهد والفقيه والقاضي والمفتي على اطِّلاعٍ بأحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم في المكان الذي يُفتِي فيه أو يُصدر حكماً فيه فإنَّ حُكْمَه أو فتواه لن تتنزَّل على واقع الناس ، وستصطدم بواقعهم الذي لم يطَّلع عليه القاضي أو المفتي ، ممَّا يُسبِّبُ النَّكير عليه ، والنَّفْرة منه من قبلهم .

ولو أفتى المفتي أو حكم القاضي في مسألةٍ مرتبطةٍ بعوائد [٣٠] الناس وأعرافهم في زمنٍ من الأزمنة ثُمَّ تَغيَّر العرف بعد فترةٍ ، فعلى القاضي تَغيير حكمه ، وعلى المفتي تغيير فتواه ، وِفقاً للتَّغيير الطَّارئ في حياة الناس .

قال الإمام القرافي[٣١] رحمه الله: ((إنَّ إجراءَ الأحكام التي مُدْرَكُها العوائدُ مع تغيُّرِ تلك العوائد: خلافُ الإجماع وجهالةٌ في الدّين، بل كلُّ ما هو في الشريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ: يَتغيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجدِّدةُ.))[٣٢] اهـ

وبعد التَّقَصِّي والدِّراسة يتبيَّن أنَّ أسباب نشوء العرف هي :

١- <u>الضَّرورة والحاجة</u> .

الضَّرورات والحاجات تتجدَّد بتجدُّد الأزمنة والأمكنة ، فما كان ضرورياً في الأمس قد لا يكون ضرورياً اليوم ، وقد يتحوَّل ما يعد من الكماليات قديماً إلى مرتبة الحاجات أو الضَّروريات في هذا الزمن .

فحاجة الإنسان تدفعه للبحث والتَّقصِّي لمعرفة أقصر وأهمِّ الطُّرق والوسائل الموصلة للغاية المنشودة ، وخصوصاً في زماننا الذي كَثُرت فيه الحاجات والمتطلَّبات ، وتنوَّعت بتنوُّع الأعمال والتَّخصُّصات .

وهذا يشمل جميع نواحي وشؤون الحياة العلميَّة والاقتصاديَّة والماليَّة والاجتماعيَّة ..

---

[٣٠] العوائد : جمعُ عادة ، وتُجمع كلمة العادة على عادات أيضاً . انظر المعجم الوسيط ، (من إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة بإشراف ثلة من العلماء : إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار ، دار الدعوة،) باب : عاد .

[٣١] هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المصري. أحد الأعلام. انتهت إليه رياسة المالكية في عصره، وبرع في الفقه وأصوله والعلوم العقلية، ألف التصانيف الشهيرة كالذخيرة والقواعد وشرح المحصول والتنقيح في الأصول وشرحه. ت:٦٨٤هـ. انظر جلال الدين السيوطي، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (دار إحياء الكتب العربية، ت: محمد أبو الفضل إبراهيم، الطبعة الأولى، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م) ج١،ص٣١٦.

[٣٢] شهاب الدين القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، (بيروت: دار البشائر الإسلامية ، ت:عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية ، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م) ص٢١٨.

فالناس عندما يبحثون عن الوسائل والطُّرق المُوصِلة للغايات المنشودة سيصلون إلى مسلكٍ وطريقٍ مُعَيَّنٍ يسلكوه ، فإن حقَّقَ لهم هذا المسلك وهذا الطَّريق غايتهم المنشودة اطمأنَّت له نفوسهم ، وتلقَّته طباعهم بالقبول ، وأعادوا السَّير على نفس الطَّريق الأوَّل عندما تتكرَّر حاجتهم ويريدون الوصول إليها وتحقيقها بدون كثرة بحثٍ وتأمل ، فتصبح عادةً لديهم .

عندها سترى من يتابعُ ويراقبُ يقلِّدهم في خطواتهم وسلوك طريقهم ، لارتياحه له واستقرار صِحَّته في نفسه وتلقِّي طِباعه له بالقبول ، ليتحوَّل بعدها إلى عرفٍ يُعمل به بين الناس .

فالمشتري قد يحتاج لشرط تسليم وإيصال ما اشتراه إلى بيته أو متجره ، لصعوبة حمله من قِبله أو نقله ، وخصوصاً في التِّجارة الالكترونيَّة في زماننا ، فيصبح هذا الشَّرط عرفاً بين البائع والمشتري ، وهذا ما كَثُرَ التَّعامل به في زماننا لازدياد حاجات العصر والزَّمان .

٢- المَورُوث .

اتِّباع الآباء والأجداد في كثيرٍ من التصرفات صِفةٌ ظاهرةٌ في المجتمعات ، حتَّى قال الشاعر أبو العلاء المَعَرِّي :

وينشأ ناشِئُ الفِتيان منَّا على ما كان عَوَّدَه أبوه [٣٣]

واتِّباع المَوروث في المجتمعات يكون في الخير كما أنه يكون في الشَّر ، حتى أنَّه قد يصل بالبعض إلى تقديس وتعظيم الموروث ، فيتوَهَّمُ أنَّه جُزءٌ من الدِّين .

وهذا ظاهرٌ في عصر الجاهلية حيث ردُّوا دعوة النَّبيِّ ﷺ وكانت حُجَّتُهم ما نقله الله تعالى على لسانهم ، قال الله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِمْ مُقْتَدُون ﴾ [الزخرف : ٢٣]

وهو أكثرُ انتشاراً عند كبار السِّنِّ وفي المجتمعات المنغلقة على حالها .

فبتكرار المَوروث يُصبح العمل به مألوفاً لدى الكثير، وتطمئنُّ له قلوبهم ، ويصعُبُ تغييرُهُ أو التَّخلِّي عنه .

وقد استغلَّ أعداء الإسلام هذه الحُجَّة لمحاربة مُسَلَّمَات الإسلام وثوابِته التي لا تتغيَّر ، كالحجاب ، ومنع الاختلاط ، وقِسمة الميراث ، وغير ذلك .

وهُنا دور العالم والقاضي والمدافع عن دين الإسلام في الاطِّلاع والسُّؤال عن أحوال النَّاس، والبحث عن مدى تأثُّرهم بالمَوروث ، ومدى ارتباط هذا المَوروثُ بتعاليم الشَّرع ، وقبول الشَّرع له أو رفضه .

---

[٣٣] أبي العلاء المعري، ديوان اللزوميات (مصر: مطبعة التوفيق الأدبية، ت: أمين عبد العزيز خانجي، ١٣٤٢هـ . من منشورات مكتبة الهلال – بيروت ، ومكتبة الخانجي - القاهرة) ج٢،ص٤١٣.

٣- التَّقليد .

باعتبار أنَّ الإنسان اجتماعيٌّ بطبعه فهو يميل إلى تقليد غيره ممَّن حوله ، وكذلك المجتمعات تميل إلى تقليد بعضها .

والتقليد قد يكونُ إيجابيًّا كتقليد أهل الفضيلة في فضائلٍ اشتهروا بها ، ومنها تقليد الصَّحابة والمسلمين للنَّبيِّ ﷺ، وهذا يُطلق عليه الاتِّباع بدلَ التَّقليد .

وغالبُ سبب التَّقليد هو الشُّعورُ بالنَّقص .

فمنه تقليد الأغنياء والمشاهير إرضاءً لنزوةٍ داخليَّةٍ أو عُجْبٍ وتَكَبُّرٍ داخلي .

ومنه التَّقليد في زماننا في الأفراح والأحزان ، فصارت العادات التي سببها تقليدُ الغير فيها غالبةٌ ، بِغَضِّ النَّظر عن مُوافَقَتِها للشَّرْع من عَدَمها .

وكذلك منه تقليد الضَّعيف للقويِّ فهو سائِدٌ في المجتمعات كُلِّها .

ومنه تقليد الدُّولُ الضَّعيفة ومُواطِنِيها للدُّولِ المُستَعْمِرة ومواطنيها تقليداً أعمىً بحجَّة أنَّهم أولى بالاتِّباع ، ولولا ذلك لما وصلوا لما وصلوا إليه من قوَّة .

فكُلُّ مظاهر التَّقليد هذه وغيرها قد تتكرَّر في المجتمعات ، ويطمئنُّ الكثير من النَّاس إليها ، حتى تصبح عرفاً سائداً يصعُب تغييره عند النَّاس .

٤- توجيهاتُ الحُكَّام وقراراتُهم .

توجيهات الحُكَّام وقراراتهم لها دورٌ في نشوء الأعراف ، وهذا الدَّور قد يكون إيجابياً أو سلبياً ، فتنشأ أعرافٌ مقبولةٌ ومعتبرةٌ في الشَّرع أو أعرافٌ غيرُ مقبولة .

فعندما يشعر الحُكَّام بحاجةٍ عامَّة فإنَّهم يُصدرون من القرارات والتَّوجيهات ما يجعل النَّاس يسيرون وفقها لتيسير أمر حياتهم ، وبتكرار الحاجة تتكرَّر الأساليب والقرارات نفسها ، حتى تصبح عرفاً مقبولاً يسير عليه النَّاس .

وكان هذا جلياً في زمن الخلافة العُثمانية ، حيث كانت أحكام الدَّولة فيها تنقسم إلى قسمين اثنين :

١- الأحكام الشَّرعيَّة : ويُقصَدُ بها أحكام الفقه الإسلامي .
٢- الأحكام العُرفيَّة : ويُقصَدُ بها القوانين والقواعد وأوامر السُّلطان وفرماناته المُنَظِّمَةِ لأحكام التَّقاليد والأعراف ، والتي لا تُعارض أحكام الشَّريعة الإسلاميَّة .

يقول محمد أكمان (Mehmet AKMAN) :

((في الدولة العثمانية تسمى الأحكام الصادرة بأوامر وفرمانات السلطان أيضا الأحكام العرفية ، فالأحكام العرفية في الدولة العثمانية هي أحكام قانونية.)) [٣٤] اهـ

وقد تنبع قرارات الحكَّام وتوجيهاتهم من جانبٍ اعتقاديٍ فاسدٍ ، أو مُخالفٍ لاعتقاد النَّاس ، فيُصدرون من التَّوجيهات والقرارات ما يُسَهِّلُ السبيل للوصول إلى مَآربهم ، ونشر عقائدهم الفاسدة ، فيَقبل بعضُ النَّاس هذه القرارات من دون نكيرٍ ، ويسير الناس عليها مرَّةً بعد مرَّةٍ ، حتى تصبح عرفاً سائداً مع مرور الأزمان .[٣٥]

في النتيجة : لنشوء الأعراف أسبابٌ كثيرةٌ ، وأهَمُّها أربعة أسباب وهي :

١- الضَّرورة والحاجة .
٢- المَوُروث .
٣- التَّقليد .
٤- توجيهات الحُكَّام وقراراتهم .

[٣٤] محمد أكمان، العرف (موسوعة وقف الديانة التركي الإسلامية ، ٢٠٠٧م) ج٣٤، ص٩٣-٩٤.

وهذا نص الشاهد من المقال باللغة التركية :

((Osmanlı Devleti'nde Bir hukuk terimi olarak örf padişahın yönetme ve icra etme yetkisini ifade eder. Padişahın emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da "örfî hukuk" adı verilir. Örfî hukuk bir kanun hukukudur)) .

Mehmet AKMAN, Örf (DİA, 2007) c.34, s.93- 94

[٣٥] استوحى الباحث أسباب نشوء العرف الأربعة من كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور أحمد فهمي أبو سنة بالإضافة إلى شرحٍ مُوَسَّعٍ لها من قبل الباحث .

٢.١.٣المطلب الثالث : سُلطان العرف على النُّفوس

عادات النَّاس في المأكل ، والمشرب ، والملبس ، والتَّعامل ، والأقوال ، والأفعال ، والتَّصرُّفات في أغلب نواحي الحياة لها تأثيرٌ كبيرٌ على حياتهم ، وينعكس هذا التَّأثير عليهم حتى يصبح مستقراً في النُّفوس استقراراً يَكاد لا يُنزع ، وتطمئنُّ له القلوب والطِّباع حتى تتلقَّاه بالقبول .

وبكثرة تكرار هذه العادات يُصبح لها سُلطانٌ كبيرٌ على النُّفوس ، فيُقيِّدُ النَّاسُ تصرُفاتِهم بها ، ولا يخرجون عنها ، حتى أنَّها تصل لمرحلةٍ تَأْسُرُ فيها الإنسان فتصبحُ العادة وكأنَّها طبيعةٌ ثانيةٌ للإنسان يصعُب التَّخَلِّي عنها أو تركها ، لأنَّها أصبحت في نظرهم من ضرورياتِ أو حاجاتِ الحياة ، وهذا سواءٌ كانت هذه العادات موافقةً للشَّرع أم مخالفةً لها .

ولذلك نجد أنَّ دعوات الأنبياء والمصلحين دائماً تُلاقي من الصَّدِّ وعدم القبول الكثير ، وأهمُّ أسباب ذلك تَعَلُّق النَّاس بالعادات التي ورثوها وقلَّدوا فيها الآباء والأجداد ، وعدم تخلِّيهم عنها ، لاعتقادهم قدسيَّتها ، فصارت وكأنها ديناً يُتَعبَّد به ، يُوالُون عليه ويتبرَّؤون به ، ويُقاتلون الأنبياء والمصلحين الذين يريدون تغيير الفاسد منها ، وتغيير ما يناقض شرع الله ، ومثاله واضحٌ في القرآن الكريم في قصص جميع الأنبياء .

ومن هنا نُنوِّه ونذكِّر العلماء والمصلحين أنه من الواجب تتبُّع عادات النَّاس وأعرافهم في كل مكانٍ وزمانٍ، فيُقِرُّوا ما وافق الشَّرْع منها ، ويُغَيِّروا ما خالف وناقض أحكام الشَّريعة منها .

وأنَّه يجب التَّدرُّج في تغيير هذه العادات الفاسدة ، لأنَّ سلطانها على النُّفوس قويٌّ ، وتغييرها ليس بالأمر السَّهل ، وهذا لا يُجيدُهُ إلا أصحاب الحكمة والدَّعوة الصَّادقة ، وسيرة نبيِّنا مُحمَّدٍ ﷺ خير هادٍ ومرشدٍ لكلِّ من يبتغي التَّغيير والإصلاح .

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ مُعَاذًا، قَالَ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «إِنَّكَ تَأْتِي قَوْمًا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، فَادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ فِي فُقَرَائِهِمْ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِذَلِكَ، فَإِيَّاكَ وَكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللهِ حِجَابٌ»[٣٦]

[٣٦] محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (بيروت: دار طوق النجاة، مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ) كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة، رقم:١٣٩٥.

ومسلم بن الحجاج، صحيح مسلم (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون طبعة ، وبدون تاريخ) كتاب الإيمان ، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام رقم٢٩. واللفظ لمسلم .

٢.٢المبحث الثاني

حُجِّيَّة العرف

ويحتوي على ثلاثة مطالب

٢.٢.١المطلب الأول: المُتَّفقُ عليه والمُختَلَفُ فيه من العرف .

٢.٢.٢المطلب الثاني: أدلَّةُ المُخْتَلِفِينَ في توصيف حُجِّيَّة العرف .

٢.٢.٣المطلب الثالث : القولُ الرَّاجح وما يعتمده الباحث .

٢.٢.١المطلب الأول: المُتَّفقُ عليه والمُختَلَفُ فيه من العرف

العمل بالعرف ، والاحتجاج به ، ومراعاته في فهم بعض النُّصوص ، وتعليل الأحكام ، وترجيح بعضها على بعضٍ ، وتفسيرِ الوقائع من قِبَلِ الفقهاء والقضاة والقانونيين أمرٌ مُتَّفقٌ ومُجمعٌ عليه ، لم يُخالف في ذلك أحد .

يقول الإمام القَرافِيُّ المالكي : ((أما العرف فمُشتَرَكٌ بين المذاهب ، ومن استقرأها وجدهم يُصَرِّحون بذلك))[٣٧]

إنَّما وقع الخِلاف بين الفقهاء في :

- مسألة الإكثار ، أو التَّقليل من الاعتماد على العرف ، والعمل به ، واستعماله .
- ووقع الخلاف أيضا في شروط العمل بالعرف وقبوله .

حيث أكثرَ البعض منهم في الاعتماد على العرف ، بينما قلَّل البعض من شأن العرف مع اعتمادهم عليه ،وعدوه مصدراً تابعاً لغيره من المصادر أو جُزءاً من غيره .

و قَبِلَ بعضُهم العرف الخاصَّ والعام ، وعمل بهما ، ووضع مفهوماً خاصَّاً لاطِّراد العرف أو عمومه .

بينما لم يقبل البعض إلا العرف العام ، وبنى على ذلك أحكامه وفتاواه .

[٣٧] شهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، (الإمارات العربية: شركة الطباعة الفنية المتحدة، ت: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣ م) ص٤٤٨.

وكلُّ ذلك أثَّرَ في الأحكام الشَّرعية العملية الفرعية من أحكام الفقه الإسلامي ، وكان سبباً لوقوع الخلاف في بعضها .

وبالرَّغم من الاختلاف في التَّأصيل العلمي لبعض المسائل ، واختلاف العلماء في الأصول المعتمدة في استنباط الأحكام ، إلا أنَّه حصل الاتِّفاق في كثيرٍ من هذه المسائل ، وكانت النَّتيجة واحدةً على كل حال ، فمن أصَّل لمسألةٍ ، واستخرج حُكمها مُعتمداً على دليل العرف فيها وصل إلى نفس الحكم الذي وصل إليه غيره في كثيرٍ من الأحيان ، والذي كان مُعتمده فيها على أصولٍ أخرى كالمصلحة والاستحسان وغيرها .

فمن المغالطة أن نقول أنَّ العرف من مصادر التشريع التي اختلف فيها العلماء اختلاف قبولٍ مُطلقٍ ورَدٍّ مُطلقٍ ، ومن قال بذلك فقد وقع في مغالطةٍ وخطأٍ ، ويدلُّ على مُجانبته للصَّواب والحقيقة ، وليس له مُستندٌ لقوله من كتب العلماء القدامى إلا ما كان من كتابات بعض المعاصرين فقط .

تقول الدكتورة رقية طه جابر العلواني في كتابها (أثر العرف في فهم النصوص ، قضايا المرأة أُنْمُوذجاً):

((وقد وقع بعض المؤلِّفين المعاصرين في نوعٍ من المغالطة في أثناء تعرضهم لحُجِّيَّة العرف وسردهم لأدلة القائلين بعدم حُجِّيَّته . والمتأمل في كتاباتهم يَلحَظُ غيابَ الإشارة أو الرُّجوع إلى أيِّ مصدرٍ من المصادر الفقهية أو الأُصوليَّة المُعتمدة في الباب ، إلا ما كان من نقلهم عن غيرهم من المعاصرين .

وبناءً على هذا ، فقد تناقلوا في مؤلَّفاتهم أدلَّة القائلين بالعرف وأدلَّة المخالفين ، دُونما تحقُّقٍ من صحَّة نسبة تلك الآراء إلى المؤلَّفات المُعتمدة))[٣٨] اهـ

بناءً على ما سبق يتبيَّن أنَّ للعلماء رأيين في حُجِّيَّة العرف :

الرأي الأول : وهو رأي المُكثرين من استعمال العرف .

وهو رأي الحنفيَّة والمالكية . حيث أنهم اعتمدوا عليه أكثر من غيرهم .

الرأي الثاني : **وهو رأي المُقِلِّين من استعمال العرف .**

فهؤلاء لم يُنكروا أصل العمل بالعرف ، إذ هو مُشتركٌ بين المذاهب كما قال الإمام القَرَافِيُّ ، بل عملوا فيه في كثيرٍ من الجوانب والمسائل ، لكنهم عَدُّوه مرتبطاً وتابعاً لمصادر أخرى ، فهو ليس كبقيَّة مصادر التَّشريع كالإجماع والقياس ولا يُعمل به إلا إذا أرشد الشَّارع إليه .

وهو رأي الشَّافعيَّة والحنابلة .[٣٩]

---

[٣٨] رقية طه جابر العلواني، أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة أنموذجا (دمشق: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م) ص٥١.

[٣٩] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية (دمشق: دار القلم، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)ص١٧١.

٢.٢.٢المطلب الثاني : أدلَّة المُختلفين في توصيف حُجِّيَّة العرف

<u>أدلة الرأي الأول</u> : وهم المُكثرون من استعمال العرف .

سأذكُرُ الدَّليل ، وشرحه ، ووجه الدّلالة فيه ، والاعتراض عليه إن كان عليه اعتراضٌ ، والرَّدَّ على الاعتراض ، وسأعتمد على أهم الأدلة المعتمدة من القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والمعقول ...

أدلَّة العرف من القرآن الكريم :

<u>الدَّليل الأوَّل :</u>

قال اللهُ تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف : ١٩٩]

فمِمَّن استدلَّ بهذه الآية لإثبات حُجِّيَّة العرف الإمام القَرافِي ، حيث قال في قضية وقوع الخلاف بين الزَّوج والزَّوجة في تقاسم المتاع حال وقوع الطَّلاق :

((لَنَا قَوْله تَعَالَى ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فَكُلُّ مَا شَهِدَ بِهِ الْعَادَةُ قُضِيَ بِهِ لِظَاهِرِ هَذِهِ الْآيَةِ ، إلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ بَيِّنَةٌ ، وَلِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْعَادَةِ فِي مَوَاقِعِ الْإِجْمَاعِ))[٤٠] اهـ

وقال علاء الدِّين الطَّرابُلُسِيُّ الحنفي[٤١] ت: ٨٤٤ هـ في كتابه (مُعين الحكَّام فيما يتردَّد بين الخصمين من الأحكام) :

(([الْبَابُ الثَّامِنُ وَالْعِشْرُونَ فِي الْقَضَاءِ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ]

فِي الْقَضَاءِ بِالْعُرْفِ وَالْعَادَةِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [الأعراف: ١٩٩] الْآيَةَ. وَالْعَادَةُ غَلَبَةُ مَعْنًى مِنْ الْمَعَانِي عَلَى جَمِيعِ الْبِلَادِ أَوْ بَعْضِهَا.))[٤٢] اهـ

وجه الدّلالة :

قال الدُّكتور فهمي أبو سُنَّة : ((وهذا الاستدلال مبنيٌّ على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس وما جرى تعاملهم به ، فحيث أمر الله نبيَّه ﷺ بالأمر دلَّ ذلك على اعتباره في الشَّرع ، وإلَّا لَمَا كان للأمر به فائدة.))[٤٣] اهـ

---

[٤٠] شهاب الدين القرافي، أنوار البُروق في أَنْواء الفُروق، المسمى بكتاب الفروق ،(الرياض: عالم الكتب) ج٣ ص١٤٩.

[٤١] هو علي بن محمد الطرابلسي الأصل، الدمشقيّ، علاء الدين: عالم بالقرآات والفرائض، من فضلاء الحنفية. كان يدرس في الجامع الأموي بدمشق، ومولده ووفاته فيها. من كتبه " سكب الأنهر " على فرائض ملتقى الأبحر، و " المقدمة العلائية " تجويد و " الالغار العلائية " في القرآات العشر. توفي رحمه الله سنة: ١٠٣٢ هـ

انظر في ترجمته: خير الدين الزركلي، الأعلام، ج٥،ص١٣.

[٤٢] علاء الدين الطَّرابُلُسِيُّ الحنفي، مُعين الحُكَّام فيما يتردَّدُ بين الخصمين من الأحكام [دار الفكر، طبعة بدون تاريخ] ص١٢٨.

[٤٣] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٢٣.

الاعتراضات على الدَّليل :

لا يُسَلِّم المعترضون بأن معنى قوله تعالى في هذه الآية ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ هو ما اعتاده النَّاس في حياتهم فصار عرفاً يُعمل به ، وذلك لأنَّ أهل التفسير وخصوصاً الأوائل منهم فسَّروها بغير ما فسَّرَها الإمام القَرافِي وغيره .

فالإمام الطَّبريُّ فسَّر قوله تعالى ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾

((خُذِ العَفْوَ : أي خُذِ الفَضْل من أخلاق النَّاس وأعمالهم . وقيل في معناها خُذِ العَفْوَ من أموال النَّاس، وهو الفضل. قالوا: وأمرَ بذلك قبل نزول الزَّكاة، فلما نزلت الزَّكاة نُسِخ.

وَأْمُرْ بالعُرف : أي صِلَةُ الرَّحِم . وقيل : أي المَعْرُوف في كلام العرب .

فإذا كان معنى العرف ذلك ، فمن "المعروف" صِلَة رَحِمٍ من قطع، وإعطاء من حَرَم، والعفوعمَّن ظلم. وكُلُّ ما أمر الله به من الأعمال أو ندب إليه، فهو من العرف. ولم يُخَصِّص الله من ذلك معنىً دون معنى؛ فالحقُّ فيه أن يُقال: قد أمر الله نبيَّه ﷺ أن يأمر عباده بالمعروف كُلِّه، لا ببعض معانيه دون بعض.))[٤٤] اهـ

وقال القُرطُبِيُّ في تفسيره لقوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾

((فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: هَذِهِ الْآيَةُ مِنْ ثَلَاثِ كَلِمَاتٍ، تَضَمَّنَتْ قَوَاعِدَ الشَّرِيعَةِ فِي الْمَأْمُورَاتِ وَالْمَنْهِيَّاتِ. فَقَوْلُهُ: (خُذِ الْعَفْوَ) دَخَلَ فِيهِ صِلَةُ الْقَاطِعِينَ، وَالْعَفْوُ عَنِ الْمُذْنِبِينَ، وَالرِّفْقُ بِالْمُؤْمِنِينَ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ أَخْلَاقِ الْمُطِيعِينَ.

وَدَخَلَ فِي قَوْلِهِ: (وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ) صِلَةُ الْأَرْحَامِ، وَتَقْوَى اللَّهِ فِي الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ، وَغَضُّ الْأَبْصَارِ، وَالِاسْتِعْدَادُ لِدَارِ الْقَرَارِ.

وَفِي قَوْلِهِ (وَأَعْرِضْ عَنِ الْجاهِلِينَ) الْحَضُّ عَلَى التَّعَلُّقِ بِالْعِلْمِ، وَالْإِعْرَاضُ عَنْ أَهْلِ الظُّلْمِ، وَالتَّنَزُّهُ عَنْ مُنَازَعَةِ السُّفَهَاءِ، وَمُسَاوَاةِ الْجَهَلَةِ الْأَغْبِيَاءِ، وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْلَاقِ الْحَمِيدَةِ وَالْأَفْعَالِ الرَّشِيدَةِ.))[٤٥] اهـ

يُلاحظُ ممَّا سبق : أنَّ الآية بصدد الحديث عن مجموعة من الأخلاق الحسنة والحضِّ عليها ، ولا يُقصد منها مُصطلح العرف السَّائد عند الأصوليين والفقهاء ، فهذا الاستدلال فيه تكلُّفٌ ظاهرٌ، وهو استدلالٌ ليس بمكانه . والله أعلم .

الدَّليل الثَّاني :

قول الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٣٣]

معنى الآية : أنَّ على الأُمَّهات إرضاع أولادهِنَّ ، وعلى الآباء نفقة الأُمَّهات وكِسْوَتُهُنَّ بالقدر المُستطاع وبقدر ما هو متعارفٌ عليه من نفقة مثيلاتِهنَّ .

---

[٤٤] محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن المشهور بتفسير الطبري(مؤسسة الرسالة، ت: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) ج١٣،ص٣٣١.

[٤٥] شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي (القاهرة: دار الكتب المصرية ، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م) ج٧، ص٣٤٤.

قال الطَّبري في تفسيره لكلمة "بالمعروف" في هذه الآية : ((يعني بقوله: "بالمعروف"، بما يجب لِمِثلها على مِثله))[٤٦] .

وجهُ الدّلالة :

يتبيَّن بكلِّ وضوحٍ من خلال الآية وتفسيرها :

أنَّ وُجوب النَّفقة والكِسوة على الرَّجل ، وهذه النَّفقة يجب أن تكون بحسب المُتعارف عليه ، وهذا المُتعارف عليه قد يكون مشروطاً بين الطرفين ، فيجب الالتزام به ، وقد لا يكون مشروطاً ، فيُرجع به إلى ما تعارف عليه النَّاس ضِمناً من نفقة المِثل .

قال الإمام المَاوَرْدِيُّ[٤٧] في توصيفه لجِنْسِ النَّفقة :

((وَأَمَّا جِنْسُ النَّفَقَةِ. فَهُوَ الْغَالِبُ مِنْ قُوتِ بَلَدِهِمَا. لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة: ٢٣٣] وَذَلِكَ إِشَارَةٌ إِلَى الْعُرْفِ.))[٤٨]

ويتبين من خلال ذلك كله : أنَّه لا خلاف في تفسير وفهم معنى كلمة (بالمعروف) بأنها ما تعارف عليه الناس .

فهذه الآية لا اعتراض في دلالتها على هذا المعنى .

ومثلُ هذه الآية العديدُ من الآيات التي أحالت في تقديرها إلى العرف ، واتَّفق العلماء في معناها ، وتُعتَبَرُ من الشَّواهد والأدلَّة على اعتبار العرف ومنها :

- قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨] وذلك في صدد ذكر حقوق النساء .
- وقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [المائدة:٨٩] وذلك في صدد ذكر كفَّارة اليمين .

---

[٤٦] الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٥، ص٤٤.

[٤٧] هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، الفقيه الشافعي؛ كان من وجوه الفقهاء الشافعية ومن كبارهم، أخذ عن أبي حامد الإسفراييني وروى عنه الخطيب البغدادي ، تولى القضاء في بغداد وغيرها ، من أهم مصنفاته : الحاوي في الفقه ، والأحكام السلطانية ، وقانون الوزارة ، وسياسة الملك ، وأدب الدين والدنيا . توفي رحمه الله في بغداد سنة ٤٥٠هـ . انظر في ترجمته: ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج٣، ص٢٨٢.

[٤٨] أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشَّافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م) ج١١،ص٤٢٦.

أدلَّة العرف من السُّنَّة النَّبويَّة :

الدَّليل الأوَّل :

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ قَالَ: «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْهُ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ» [٤٩]

حديث ابن مسعود هذا من أكثر الأدلَّة التي يَستشهد بها من ذهب إلى أنَّ العرف أصلٌ ومصدرٌ من مصادر التَّشريع المُستقلَّة .

وبِغَضِّ النَّظر عن رفعه أو وقفه فإنَّ الكثير من العلماء جعلوه أصلاً في الاستشهاد ، وقَعَّدوا القاعدة الفقهيَّة المشهورة ((العادة مُحَكَّمة)) اعتماداً عليه .

وتُعتبر هذه القاعدة إحدى القواعد التي تندرج تحت القواعد الفقهيِّة الكُلِّيَّة .

فالإمام ابن نُجيم الحنفي[٥٠] في كتابه: الأشباه والنَّظائر قال في مبحث القواعد الكُلِّية من الكتاب:

((القاعدة السَّادسة : العادة مُحَكَّمة . وأصلها قوله عليه الصَّلاة والسَّلام : ((مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ)) ثم قال : ((واعلم أنَّ اعتبار العادة والعرف يُرجَع إليه في الفقه في مسائل كثيرةٍ ، حتى جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا في الأصول في باب ما تُترك به الحقيقة : تُترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة .))[٥١] اهـ

وجه الدّلالة

أنَّ ما يراه المسلمون في شؤون حياتهم حسناً ، وتَطمئنُّ له قلوبهم ، ويستقرُّ في نفوسهم ، وتتقبَّله طباعهم ، فهو عند الله حسنٌ أيضاً، فهو مقبولٌ شرعاً ، لأنَّ من صفات التَّشريع الإسلامي أنَّه بعيدٌ عن إيقاع العسر على النَّاس ، وأنَّ الحرج والمشقَّة فيه مرفوعة .

---

[٤٩] سليمان بن أحمد الطبراني . المعجم الأوسط . (القاهرة: دار الحرمين، ت: طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني) باب ، الزاي ، رقم: ٣٦٠٢ .

وأبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند أحمد ، (مؤسسة الرسالة، ت: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون ، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) في مسند المكثرين من الصحابة ، مسند عبد الله بن مسعود ، رقم : ٣٦٠٠

وأبو عبد الله الحاكم، المستدرك، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ – ١٩٩٠م) كتاب معرفة الصحابة ، رقم: ٤٤٦٥.

[٥٠] هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، المحقق المدقق، من شيوخه البلقيني وأبي الفيض السلمي ، له عدة مصنفات منها شرح الكنز والأشباه والنظائر، ت:٩٦٩هـ. انظر نجم الدين الغزي، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: خليل المنصور، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م] ج٣، ص١٣٨.

[٥١] زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩م] ص٧٩.

وكذلك ما يراه المسلمون قبيحاً في شؤون حياتهم ، ولا تَطمئنُّ له قلوبهم ، ولا تستقرَّ له نفوسهم ، ولا تتقبَّله طباعهم ، فهو عند الله قبيحٌ ، وغير مقبولٍ ، فمن المستحيل أن يُشَرِّع الله شيئاً لا تتقبَّله النُّفوس ولا الطِّباع السَّليمة .

الاعتراضات على الدَّليل :

<u>الاعتراض الأوَّل</u> : أنَّ هذا الحديث من قول الصَّحابي ابن مسعود ﷺ ، وليس بحديثٍ مرفوعٍ عن النَّبي ﷺ .

قال الزَّيلعيُّ في نصب الرَّاية : ((غَرِيبٌ مَرْفُوعًا، وَلَمْ أَجِدْهُ إلَّا مَوْقُوفًا عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ.))[٥٢]

وقال السُّيوطيُّ[٥٣] في الأشباه والنَّظائر : ((قَالَ الْعَلَائِيُّ[٥٤]: وَلَمْ أَجِدْهُ مَرْفُوعًا فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ أَصْلًا وَلَا بِسَنَدٍ ضَعِيفٍ بَعْدَ طُولِ الْبَحْثِ وَكَثْرَةِ الْكَشْفِ وَالسُّؤَالِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ قَوْلِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ))[٥٥]

وقال السَّخاويُّ في المقاصد الحسنة : ((حديث : .. فما رآه المسلمون حسناً فهو عند اللَّه حسنٌ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند اللَّه قبيح . وهو موقوفٌ حسن.))[٥٦]

الجواب على الاعتراض :

الحديث الموقوف على الصَّحابة إذا كان ممَّا لا يُدرك بالرَّأي والاجتهاد فإنَّ له حكم الرَّفع لأنَّ هكذا اجتهاد لا يصدُر من الصَّحابي ، ولا بدَّ أن يكون الصَّحابيُّ قد سمع ذلك من النَّبي ﷺ .

قال الشيخ أحمد الزَّرقا[٥٧] في تأصيله لقاعدة : العادة مُحكَّمة :

---

[٥٢] جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية ت : محمد عوامة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م) ج٤،ص.١٣٣.

[٥٣] هو عبد الرحمن بن أبي بكر الأسيوطي الشيخ العلامة الإمام المحقق المدقق المسند الحافظ شيخ الإسلام جلال الدين أبو الفضل الشافعي ، من شيوخه البلقيني والمناوي والجلال المحلي ، وهو صاحب المؤلفات الجامعة والمصنفات النافعة فمؤلفاته بلغت الخمسمائة منها: الحاوي للفتاوي، والأشباه والنظائر. توفي رحمه الله سنة٩١١هـ . انظر الغزي، الكواكب السائرة، ج١،ص٢٢٧.

[٥٤] هو خَلِيل بن كيكلدي العلائي صَلَاح الدّين أَبُو سعيد ، محدث، فاضل، بحاث ، ولد وتعلم في دمشق ، وتنقل كثيرا وأخذ عن شيوخ كثر بلغ عددهم قرابة ٧٠٠ ، من مصنفاته: المجموع المذهب في قواعد المذهب في الفقه الشافعي، وتحفة الرائض بعلوم آيَات الْفَرَائِض ، والوشي الْمعلم فِيمَن رُوِيَ عَن أَبِيه عَن جده عَن النَّبِي صلى الله عَلَيْهِ وَآله وَسلم . توفي رحمه الله سنة: ٧٦١ هـ . انظر في ترجمته: ابن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (حيدر أباد: مجلس دائرة المعارف العثمانية، ت: محمد عبد المعيد ضان. الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م) ج٢، ص٢١٢. والزركلي، الأعلام ، ج٢،ص٣٢١.

[٥٥] جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م) ص٨٩.

[٥٦] شمس الدين السخاوي، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة (بيروت: دار الكتاب العربي، ت: محمد عثمان الخشت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م) ص٥٨١.

[٥٧] هو أحمد بن محمد الزرقا ، من مواليد حلب (١٢٨٥ه=١٨٦٨م) تلقى العلم من والده محمد الزرقا وغيره من مشايخ حلب ، وقرأ متون الفقه الحنفي وشروحها عليه لقرابة ٣٠ عاما . درَّس في المدرسة الخُسرُويَّة ، من أهم تلاميذه : ابنه الشيخ مصطفى الزرقا، والأستاذ الدكتور محمد معروف الدواليبي، والشيخ العلّامة محمد الحامد . وله مؤلف واحد مشهور وهو" شرح القواعد الفقهية" حيث شرح فيها قواعد المجلة التسع والتسعين . توفي رحمه الله سنة (١٣٥٧هـ=١٩٣٨م). انظر في ترجمته مفصلة كتاب : مصطفى أحمد الزرقا فقيه العصر وشيخ الحقوقيين للدكتور عبد الناصر أبو البصل.

((أصل هذه القاعدة قول ابن مسعودٍ ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » وهو حديثٌ حسنٌ . وإنَّه وإن كان موقوفاً عليه فله حكم الرَّفع ، لأنه لا مُدخل للرَّأي فيه.))[٥٨]

<u>الاعتراض الثَّاني</u> : الحديث لا يدلُّ على حُجِّيَّة العرف ، بل فيه دلالةٌ على حُجِّيَّة الإجماع .

قال فهمي أبو سُنَّة: ((أمّا الطَّعن في الدّلالة فبيانه أنَّ المُراد بالمسلمين في الحديث المجتهدون ، لا المُطلق الشَّامل للعوام ، بدليل كلمة ما رآه ، وذلك لأنَّ رأى من الرَّأي ، والرَّأي في عرف الصَّحابة ما يراه القلب بعد فِكرٍ وتَأمُّلٍ وطلبٍ لوجه الصَّواب ممَّا تتعارض فيه الأمارات ، وذلك كالاستنباط من طريق القياس والمصلحة المرسلة وسدِّ الذَّرائع ، وهذا لا يكون إلا لمن سَمَوا إلى مرتبة الاجتهاد .

ثمَّ إنَّ كلمة "المسلمون" صيغةُ عُمومٍ واللام فيها للاستغراق الذي هو المعنى الحقيقي لها عند عدم قرينة العَهْد.

فالمعنى: ما رآه جميعُ المسلمين ، وحينئذٍ يكون الحديث وارداً في إجماع أهل الحَلِّ والعقد، ولا مَرِيَّة في أنَّ ما رآه الاجماع يكون عند الله حسناً وحقاً وحُجَّةً ، لأنَّ الإجماع لا يكون إلا عن مستند .))[٥٩] اهـ

ويُؤيِّد ما ذكره فهمي أبو سُنَّة أنَّ الكثير من علماء الأصول ذكروا قول ابن مسعودٍ ﷺ في صدد الحديث عن حُجِّيَّة الإجماع ، وبعضهم ذكره دليلاً من أدلَّة الاستحسان ، ومن هؤلاء :

- أبو بكر الرَّازي الجَصَّاص الحنفي (ت:٣٧٠هـ) في كتابه :الفصول من الأصول .

وبَوَّب باباً بعنوان : [بَابُ الْقَوْلُ فِي إجْمَاعِ أَهْلِ الْأَعْصَارِ] وذكر حديث ابن مسعود .[٦٠]

- ومنهم السَّرَخْسِي (ت:٤٨٣هـ) في كتابه : أصول السَّرَخْسِي .

وذلك في الفصل الذي سمَّاه : فصلٌ فِي بَيَان أَن إِجْمَاع هَذِه الْأمة مُوجبٌ للْعلم . وذكر حديث ابن مسعود أيضا .[٦١]

قال الدُّكتور فهمي أبو سُنَّة: ((فمُجمل القول : أنَّ الحديث إما واردٌ في الإجماع أو في الصحابة ، وعلى كُلٍّ حالٍ لا ينتهض دليلاً على اعتبار العرف .

نعم يمكن على جعل أل للاستغراق أنْ يكون دالَّاً على نوعٍ من أنواع العرف وهو العرف الرَّاجع إلى الإجماع .))[٦٢] اهـ

---

[٥٨] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية (دمشق: دار القلم، تصحيح وتعليق: مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة الثانية ،١٤٠٩هـ - ١٩٧٩م) ص٢١٩.

[٥٩] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٢٥.

[٦٠] أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي ، الفصول من الأصول (الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ج٣، ص٢٧١.

[٦١] شمس الأئمة السرخسي، أصول السرخسي (بيروت: دار المعرفة، ت: أبو الوفاء الأفغاني ، بدون تاريخ) ج١، ص٢٩٩.

[٦٢] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٢٦.

الدَّليل الثَّاني :

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: قَالَتْ هِنْدٌ أُمُّ مُعَاوِيَةَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا؟ قَالَ: «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»[٦٣]

ومعنى «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»:

أي يُباح لكِ أنْ تأخذي من ماله سرَّاً ما يكفيكِ ويكفي أولادك ، وذلك بقدر ما يتعارفه النَّاس من الإنفاق المعتاد الذي ليس فيه إسرافٌ ولا تبذير .

قال ابن حَجَرْ : ((وَالْمُرَادُ بِالْمَعْرُوفِ الْقَدْرُ الَّذِي عُرِفَ بِالْعَادَةِ أَنَّهُ الْكِفَايَةُ.))[٦٤]

وجه الدّلالة :

لقد كرَّرَ البخاري هذا الحديث في صحيحه أربع مرات ، وبَوَّب له في كُلِّ مَرَّةٍ ببابٍ مُختلفٍ عن الآخر ، ومنها الباب الذي سمَّاه :

- بَابُ مَنْ أَجْرَى أَمْرَ الأَمْصَارِ عَلَى مَا يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُمْ: فِي البُيُوعِ وَالإِجَارَةِ وَالمِكْيَالِ وَالوَزْنِ، وَسُنَنِهِمْ عَلَى نِيَّاتِهِمْ وَمَذَاهِبِهِمُ المَشْهُورَةِ .[٦٥]

ففي هذا التَّبويب إشارةٌ واضحةٌ ، وشاهدٌ قَويٌّ على دلالة الحديث ، والعمل به كدليلٍ من السُّنَّة على حُجِّيَّة العرف .

قال ابن حَجَرْ العَسْقَلاني : (((قَوْلُهُ بَابُ مَنْ أَجْرَى أَمْرَ الْأَمْصَارِ عَلَى مَا يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُمْ فِي الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَسُنَنُهُمْ عَلَى نِيَّاتِهِمْ وَمَذَاهِبِهِمُ الْمَشْهُورَةِ)

قَالَ ابن الْمُنَيِّرِ[٦٦] وَغَيْرُهُ مَقْصُودُهُ بِهَذِهِ التَّرْجَمَةِ إِثْبَاتُ الِاعْتِمَادِ عَلَى الْعُرْفِ وَأَنَّهُ يُقْضَى بِهِ عَلَى ظَوَاهِرِ الْأَلْفَاظِ .))[٦٧] اهـ

---

[٦٣] البخاري، صحيح البخاري، بَابُ مَنْ أَجْرَى أَمْرَ الأَمْصَارِ عَلَى مَا يَتَعَارَفُونَ بَيْنَهُمْ: فِي البُيُوعِ وَالإِجَارَةِ وَالمِكْيَالِ وَالوَزْنِ، وَسُنَنِهِمْ عَلَى نِيَّاتِهِمْ وَمَذَاهِبِهِمُ المَشْهُورَةِ . رقم: ٢٢١١.

[٦٤] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار المعرفة، ت: محب الدين الخطيب، ١٣٧٩ هـ)ج٩، ص٥٠٩.

[٦٥] انظر أرقام الأحاديث الأربعة في صحيح البخاري : الحديث رقم : ٢٢١١ و ٥٣٦٤ و ٥٣٧٠ و ٧١٨٠.

[٦٦] ابن المُنَيِّر السَّكَنْدَري هو أحمد بن محمد بن منصور: من علماء الإسكندرية وأدبائها. ولي قضاءها وخطابتها مرّتين. له تصانيف، منها (تفسير) و (ديان خطب) و (تفسير حديث الإسراء) على طريقة المتكلمين. و الانتصاف من الكشاف توفي رحمه الله سنة: ٦٨٣ هـ . انظر في ترجمته: الزركلي، الأعلام، ج١، ص٢٢٠.

[٦٧] ابن حجر، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٦.

ففي الحديث رَدَّ النَّبي ﷺ هنداً إلى الرُّجوع في تقدير قيمة النَّفقة التي ستأخذها من زوجها إلى ما تعارف عليه الناس من مقدار النَّفقة .

فهذه الدّلالة دلالةٌ واضحةٌ لا تدع مجالاً للاعتراض والنَّقد عليها ، فالحديث صحيحٌ ثابت ، وقد رواه البُخاريُّ وكثيرٌ من أئمَّة الحديث ، ودلالته على حُجِّيَّة العرف أيضاً ثابتةٌ لا اعتراض عليها .

دليل العرف من الإجماع العملي

استند المُكثرون من استعمال العرف على حُجِّيَّته بالإجماع العملي ، إذ قالوا بأنَّ الأمر إذا تكرَّر ، وقبلته النُّفوس ، وأفتى العلماء بجوازه ، أو سكتوا عنه ، فإنَّ هذا يُعتبر إجماعاً منهم على قبول الأمر الذي تكرَّر فصار عادةً وعرفاً .

ومثال ذلك الاستصناع ، فلقد تكرَّر عمل النَّاس به ، فأجمع العلماء على جوازه بناءً على ما تعارف النَّاس عليه .

ومن نقل كونَ الإجماع دليلاً من أدلَّة العرف الإمام القَرافِي حيث قال :

((إنَّ إجراءَ الأحكام التي مُدْرَكُها العوائدُ مع تغيُّرِ تلك العوائد: خلافُ الإجماع وجهالةٌ في الدّين.))[٦٨]

أدلَّة العرف من المعقول :

باعتبار أنَّ العرف يُحقِّق مصالح العباد ، فلا بدَّ وأنْ يكون الشَّارع قد راعاه في التَّصرفات والأقوال ، إذ أنَّ عدم اعتباره يوقع النَّاس في الحرج ، ويسبِّب لهم الضِّيق ، والحرجُ في الدِّين مرفوع .

قال الله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ٧٨]

لذلك راعى الشَّارع أعراف النَّاس وعاداتهم في كثيرٍ من النُّصوص والأحكام ، وجعل أمر تقديرها راجعٌ إلى ما تعارف النَّاس عليه في حياتهم .

<u>أدلَّة الرَّأي الثَّاني</u> : وهم المُقِلُّون من استعمال العرف .

فهؤلاء لم يُنكروا أصل العمل بالعرف ، إذ هو مُشتركٌ بين المذاهب كما قال الإمام القَرافِي ، بل عملوا به في كثيرٍ من الجوانب والمسائل ،ولكنهم عدُّوه مُرتبطاً وتابعاً لمصادر أُخرى ، فهو ليس كبقيَّة مصادر التَّشريع كالإجماع والقياس ، ولا يُعمل به إلا إذا أرشد الشَّارع إليه .

<u>وهو رأي الشَّافعيَّة والحنابلة .</u>

وأدلَّتهم لِما ذهبوا إليه تنقسم إلى قسمين :

١- فيما يخُصُّ تعريف العرف .
٢- فيما يخُصُّ أدلَّة العرف .

---

[٦٨] شهاب الدين القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ت: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م) ص٢١٨.

أولا : فيما يخُصُّ تعريف العرف .

ذهب هذا الفريق إلى أنَّه من تعريف العرف وهو : ما استقرَّ في النُّفوس من جهة العقول ، وتلقَّته الطِّباع السَّليمة بالقبول ، يتبيَّن أنَّ مصدره العقل ، والعقلُ ليس بحاكمٍ مستقلٍ ، إذ الحاكم هو الله تبارك وتعالى .

قال فهمي أبو سُنة ((العرف هو ذلك العمل الصَّادر عن مَيلِ العقل الذي يُقلِّد النَّاس فيه بعضُهم بعضاً ، حتَّى يستقرَّ في نفوسهم ، وتقبَلُه طِباعهم . فمَصدَرُه هو : العقل ، ومَظْهَرُه هو : العمل .))[٦٩]

وقال في موضعٍ آخر: ((ومن القضايا التي لا يختلف فيها مُسلمان أنَّه لا حاكم إلا الله رب العالمين ، فليس العقل بحاكم ، وليس العرف منشأً للأحكام .))[٧٠]

أمَّا من ناحية العمل فلا يصِحُّ أنْ يكون مُجرَّدُ عمل النَّاس بشيءٍ ، وتعارفهم عليه ، واستقرار نفوسهم له ، واطمئنان طِباعهم له حُجَّةً ومصدراً ودليلاً مُطلقاً .

فالنَّاس ليسوا بمعصومين عن الخطأ ، ودليل ذلك تعارفُ النَّاس على كثيرٍ من الأعمال والأقوال الفاسدة ، وهي مُضرَّةٌ بالمصالح الشَّرعية ، وذلك كانتشار الاختلاط ، والتَّبرُّج ، والتَّعامل بالرِّبا مع المصارف عند كثيرٍ من النَّاس في هذا الزَّمن .

ثانيا : فيما يخُصُّ أدلَّة العرف .

ذهب هذا الفريق إلى أنَّ أغلب الأدلَّة التي استدلَّ بها الفريق الأوَّل عليها اعتراضات ، وقد مرَّ ذكرها في الحديث عن أدلة الفريق الأول ، والاعتراضات الموجهة إليها .[٧١]

أما الأدلَّة التي لم يعترضوا عليها فهي حُجَّةٌ في إثبات أصل العمل بالعرف ، والذي يُعتبر قدْرٌ مشتركٌ بين المذاهب ، ولكنَّهم ذهبوا إلى أنَّه يُمكن توجيه هذه الأدلَّة توجيها آخر ، وتوجيهُها هو أنَّ هذه الأدلَّة مُرتبطةٌ بأصولٍ أُخرى ، وأدلَّةٍ صحيحةٍ أُخرى .

فما قيل في مسألةٍ بأنَّ دليلها ومصدرها العرف ، يكون مصدرها أحياناً الاستحسان ، ويكون مصدرها أحياناً الإجماع ، وأحياناً المصلحة .

وأحياناً يكون العرف مُظهِراً أو ودليلاً أو مُرشِداً لعلَّةٍ من العلل ، إنْ وُجِدت ، وُجِدَ الحكم .

فدليل جواز الاستصناع هو ليس تعارف النَّاس العمل به ، إنَّما دليله الإجماع من الفقهاء على جوازه ، والعلة هي حاجة النَّاس إليه ، وكثرة تعاملهم به .

---

[٦٩] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٢٩.

[٧٠] المرجع السابق، ص٣٠.

[٧١] راجع الصفحة (٣٧) من هذا البحث وما بعدها .

وقيل أنَّ دليله الاستحسان .

قال ابن نُجيم في البحر الرَّائق في معرض حديثه عن الاستصناع :((ودليله : الإجماع العملي ، وهو ثابتٌ بالاستحسان ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زُفر ، لكونه بيع المعدوم ، وتركناه للتَّعامل .))[٧٢]

وقال الكَاسَانِي في بدائع الصَّنائع في معرض حديثه عن شروط الإجارة : ((وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مَقْصُودَةً يُعْتَادُ اسْتِيفَاؤُهَا بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، وَيَجْرِي بِهَا التَّعَامُلُ بَيْنَ النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ شُرِعَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ النَّاسِ ، وَلَا حَاجَةَ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِلنَّاسِ))[٧٣]

فهُنا لم يُرجِع الكَاسَانِي جواز عقد الإجارة لتعامل النَّاس به ، إنَّما لحاجة النَّاس له .

وشَرَطَ للمنفعة الحاصِلة من الإجارة أنْ تكون مقصودة يُعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ، ويجري بها التَّعامل بين النَّاس .

فما تعامل به النَّاس واعتادوه هنا يُعتبر على رأي الكَاسَانِي مُرشِداً لعلَّةٍ ، إنْ وُجِدَتْ وُجِدَ الحكم ، وهي هنا حاجة النَّاس .

<u>وبالنتيجة</u> : يتبيَّن أنَّ العرف لا يعتبر إلا إذا أيَّدَه الشَّرع واعتبره ، فهو يرجع إلى مصادر وأدلَّة أخرى ، كالإجماع والاستحسان والضرورة .

[٧٢] زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ) ج٦، ص١٨٥.

[٧٣] علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ج٤، ص١٩٢.

٢.٢.٣المطلب الثَّالث : القول الرَّاجح وما يعتمده الباحث

بعد استعراض أدلَّة الطَّرفين ، ومناقشة حُجَجِهم ، يتبين أنَّ كِلا الطَّرفين يحتجُّون بالعرف ويعملون به ، ويقبلونه كمستندٍ لتفسير النصوص والأحداث .

فهناك قدرٌ مشتركٌ بين الطرفين .

ويتبين أن أدلَّة الطَّرف الأوَّل لم تخلُ من نقدٍ واعتراض ، والأدلَّة التي لم يُعترض عليها تُشَكِّلُ نصيباً مشتركاً بين الطرفين ، فكِلا الطرفان اعتمدا عليها ، ولكنْ بتفسيرٍ وتوجيهٍ مختلفٍ عن الآخر .

يتبيَّن ممَّا سبق ومن جملة الأدلة ومناقشتها : أن العرف لا يُشَرِّع حُكماً مستقلاً ، بل جميع الأحكام الشَّرعية التي لها ارتباطٌ بالعرف لها ارتباطٌ بمصدرٍ آخر من مصادر التَّشريع .

أو أنَّ العرف جاء مُفسِّراً لبعض النُّصوص التي أمر الشارع فيها المكلَّفين بالرُّجوع إلى العرف ، وذلك لفهمها وتفسيرها ، لأنها من الأحكام المرتبطة أصلاً بواقع النَّاس ، فهي تتغيَّر بتغيُّر أعراف النَّاس وعاداتهم . والله تعالى أعلم .

ولا يدلُّ أمر الشَّارع للمُكَلَّف بالرُّجوع إلى العرف في فهم بعض النُّصوص أنَّ العرف صار مصدراً من مصادر التَّشريع ، إذ أنَّ المصدر هنا هو النَّصُّ ذاته ، والعرف أحد طرق فهم النَّص في هذه الحالة فقط .

فالعرف لا يُعتبر إلا إذا اعتبره الشَّارع ، أو أشار إليه .

ومصادر التَّشريع لا تقوم إلا على أدلَّةٍ صحيحةٍ متكاملة ، أمر الشَّارع بالأخذ بها واعتمادها .

قال فهمي أبو سُنَّة بعد ذكر أدلَّة الطَّرفين : ((فتمَّ بهذا أنَّ العرف مُطلقاً لا يمكن أن يُجعَلَ مقياساً للخير ، كما لا يمكن أن يتَّخذه الفقيه دليلاً على قواعد صالحةٍ لتنظيم روابط النَّاس ما لم يؤيِّده أصلٌ من أصول الفقه .))[٧٤]

وهذا الرَّأي هو الذي سيذهب إليه الباحث ، ويعتمده في رسالته . والله تعالى أعلم .

[٧٤] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٣٢.

٢.٣المبحث الثَّالث

شروط العرف وأهمِّيَّته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلَّة

ويحتوي على أربعة مطالب

٢.٣.١المطلب الأول : شروط اعتبار العرف .

٢.٣.٢المطلب الثاني : أهمِّيَّة العرف .

٢.٣.٣المطلب الثالث : مجالات استعمال العرف

٢.٣.٤المطلب الرابع : منزلة العرف بين الأدلَّة

٢.٣.١المطلب الأول : شروط اعتبار العرف

ليس كلُّ ما تعارفه النَّاس يُعتبر عرفاً صحيحاً معتبراً في الشَّريعة .

فالعرف المعتبر شرعاً هو الذي توفَّرت فيه الشُّروط التي حدَّدها وبيَّنها العلماء .

والعرف إن فقد هذه الشُّروط ، أو أحداً منها ، فلا اعتبار له ، ولا يُرجَعُ إليه في فهم النُّصوص .

ومن هذه الشُّروط :

١ - أنْ يكون العرف مُطَّرِداً أو غالباً .

ومعنى الاطِّراد : أنْ تكون العادة كُلِّيَّةً بمعنى أنَّها لا تتخلَّف عن الوقائع والحوادث في حياة النَّاس .

فهي تتكرَّر باستمرار ، ويعرفها النَّاس كُلُّهم .

ومعنى غالباً : أي أنْ تكون أَكْثَرِيَّةً ، فهي لا تتخلَّف إلا نادراً أو قليلاً .

وهذا الشَّرط أشار إليه بعض العلماء ومنهم ابن نُجيم إذ قال:

((إنَّما تُعتبر العادة إذا اطَّردت أو غَلَبَت.))[٧٥]

وقال السُّيوطي: ((إنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إذَا اطَّرَدَتْ، فَإِنْ اضْطَرَبَتْ فَلَا.))[٧٦]

ومثاله تعارف النَّاس في تركيا على التَّعامل في البيع والشراء باستخدام الليرة التُّركية (TL) ، فهو مُطَّردٌ في حياة النَّاس بالعموم ، وغالِبٌ لا يتخلَّف إلا نادراً في قليلٍ من المعاملات المالية فقط .

٢- أن يكون العرف عاماً .

أي منتشراً يَشْمل جميع النَّاس . فلا يُنظر إلى عادات أشخاصٍ محدودين ، أو عادة جماعاتٍ متفرقةٍ متناثرة .

ومن العموم ما هو عمومٌ مطلقٌ ، أي يشمل جميع الأُمَّة الإسلامية ، ومنه عمومٌ نِسبي ، أي يشمل أهل صنعة ، أو حِرفة من الحِرف ، أو تجَّاراً لنوعٍ معينٍ من السِّلع أو أهل بلدٍ دون غيرها ، وذلك كتعارف تجَّار سلعة من السِّلع ، أو بلدٍ من البلدان على البيع بالتَّقسيط ، أو البيع لأجلٍ محددٍ ، فيُصبح هذا العرف الخاصُّ كشرطٍ في البيع مُتَّفقٌ عليه عند تُجَّار هذه السِّلعة أو لدى تُجَّار البلد المُعيَّن .

فهذا أيضاً يُعتبر عموماً ، ولكنَّه عُمومٌ نِسبِي ، ويُعمل به لدى أصحاب هذه الصَّنْعة والحِرفة ، أو بين هؤلاء التُّجار ، وفي ذلك البلد فقط .

وقد عَدَّ البعض ما أسميناه العُموم النِّسبِي من العرف الخاص ، وأنكر اعتباره وتأثيره في الأحكام.

قال ابن نُجيم : ((هل يُعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصًّا؟))

وبعد ذكر الكثير من الأمثلة ومُناقشتها قال :

((والحاصِلُ أنَّ المذهب عدمُ اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثيرٌ من المشايخ باعتباره))[٧٧]

وقال السُّيوطي : ((فَإِنْ سَبَقَ عُرْفٌ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ وَاشْتَهَرَ غَيْرَ مُضْطَرِبٍ فَيَجْرِي فِيهَا فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الْخِلَافُ: فِي أَنَّ الْعُرْفَ الْخَاصَّ هَلْ يُنَزَّلُ فِي التَّأْثِيرِ مَنْزِلَةَ الْعُرْفِ الْعَامِّ.

وَالظَّاهِرُ تَنْزِيلُهُ فِي أَهْلِهِ بِتِلْكَ الْمَنْزِلَةِ))[٧٨].

ويبدو : أن الرَّاجح هو قبول العمل بالعرف الخاصِّ واعتباره .

---

[٧٥] ابن نجيم، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، ص٨١.

[٧٦] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٢.

[٧٧] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨٩.

[٧٨] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.

فهو عرفٌ خاصٌّ من وجهٍ ، عامٌّ من وجهٍ آخر .

وإلَّا فلا فائدة من الأمر بالرجوع إلى أعراف النَّاس في تقدير كثيرٍ من المقادير الشَّرعية ، كتقدير قيمة النَّفقة ومقدارها على الأزواج والأولاد ، فذلك ممَّا يختلف تقديره من بلدٍ لآخر ، ومن عائلةٍ لأخرى أحياناً . والله تعالى أعلم .

٣- أن لا يتعارض العرف مع النُّصوص الشَّرعيَّة أو الإجماع .

إذا تعارض العرف مع النَّصِّ الشَّرعي أو الاجماع فإنَّه لا يُعدُّ عرفاً معتبراً ولا يُؤْبَهُ له ، بل يُعتبر عرفاً فاسداً .

فالأصل هو النَّصُّ الشَّرعي ، فهو الحاكم على العرف ، لا العكس .

ففي الجاهليَّة كان هناك الكثير من الأعراف المنتشرة والتي لم يُقِرُّها الشَّرع ، بل حاربها ، وأمر بتركها ، وحذَّر من الاقتراب منها ، كالتَّعامل بالرِّبا ، وكنكاح الاستِبْضَاع[٧٩] ، وأَحَقِّيَّة الابن الأكبر بزوجة أبيه بعد موته ، والجمع بين الأُختين ..

فكلُّ هذه العادات تُعتبر مخالفةً لأحكام الدِّين ، لذلك لم يعتبرها الشَّرع .

وأقرَّ الشَّرع بعض العادات المنتشرة أو سكت عنها ، كبيع السَّلَم ، وادِّخار لحوم الأضاحي ، وغيرها .

وكذلك كلُّ عادةٍ مُستحدثةٍ فإنَّها تُعرض على النُّصوص ، فإنْ كانت مخالفةً لها فلا عبرة بها وإنْ انتشرت وعَمَّت ، وذلك كانتشار الاختلاط في زماننا ، في الزِّيارات والأفراح ، وكثرة التَّعامل بالرِّبا مع المصارف والبُنوك .

هذا فيما يتعلق بمخالفة العرف للشَّرع .

أمَّا إنْ تعارض العرف مع النَّصِّ في بعض الوجوه تعارضاً يُمكن الجمع بينهما فإنَّ العرف يكون مُعتبراً ومقبولاً بشرط أن يكون عامًّا ، وعندها يمكن له أنْ يُخصِّصَ العامَّ ، ويقيِّد المطلق من النُّصوص .

قال الدكتور فهمي أبو سُنَّة : ((وإنَّما يُعتبر في هذه الحالة لأنَّ حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلَّة الشَّرع ، فيُتَخلَّصُ من هذا التَّعارض بالتَّخصيص إن كان النَّصُّ عامًّا ، والتَّقييد إنْ كان مُطلقاً ، والمصير إلى الاستحسان إنْ كان قياساً.

وليس في هذا التَّخَلُّص إبطالاً للنَّصِّ بالعرف ، ولا قضاءً عليه به ، بل هو إعمالٌ للدَّليلين بقدر الامكان ، لأنَّه حَمْلٌ للنَّصِّ على حالةٍ خاصَّةٍ ، وعملٌ بالعرف فيما عداها.))[٨٠] اهـ

---

[٧٩] الِاسْتِبْضَاعُ: نَوْعٌ مِنْ نِكَاحِ الجاهليَّة، وَهُوَ اسْتِفْعَالٌ مِنَ البُضْع: الْجِمَاعُ. وَذَلِكَ أَنْ تَطْلُبَ الْمَرْأَةُ جِمَاعَ الرجُل لتنالَ مِنْهُ الْوَلَدَ فَقَطْ. كَانَ الرَّجُلُ مِنْهُمْ يَقُولُ لِأَمَتِهِ أَوِ امْرَأَتِهِ: أَرْسِلِي إِلَى فُلَانٍ فَاسْتَبْضِعِي مِنْهُ، ويَعْتَزِلُها فَلَا يَمسُّها حَتَّى يَتَبَيَّن حملُها مِنْ ذَلِكَ الرجُل. وَإِنَّمَا يُفْعل ذَلِكَ رَغْبَةً فِي نجَابة الوَلَد. انظر ابن الأثير الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، (بيروت: المكتبة العلمية، ت: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) ج١، ص١٣٣.

[٨٠] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٦٣.

ومثال ذلك : الاستصناع ، فإنّه من بيع المعدوم ، وقد نهى النَّبي ﷺ عن بيع المعدوم ، والشَّيء غير الموجود ، حيث قال ﷺ : «لا تَبِعْ ما ليس عندك» .[٨١]

فهو نصٌّ عامٌّ ، إلَّا أنَّه خُصَّ في السَّلم بنصٍّ آخر ، وخُص في الاستصناع بالتَّعامل به وتعارف النَّاس عليه .

٤- أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التَّصرف .

يُشترط أن يكون العرف المُحَكَّمُ في التَّصرُّفات سابقاً إنشاءَه نُشُوء التَّصرُّف ، ويُشترط أيضاً بقاءَه قائماً على حاله وقت وقوع الحدث . فإنْ نشأ بعد التَّصرُّف أو أُلغِي قبلَه فلا عبرة به .

قال السُّيوطي: ((الْعُرْفُ الَّذِي تُحْمَلُ عَلَيْهِ الْأَلْفَاظُ إنَّمَا هُوَ الْمُقَارَنُ السَّابِقُ دُونَ الْمُتَأَخِّرِ.))[٨٢]

قال ابن نُجيم:((العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنّما هو المُقارِن السَّابق دون المُتأخِّر؛ ولذا قالوا لا عِبرة بالعرف الطَّارئ.))[٨٣]

٥- أن لا يُصرِّح الأطراف بما هو خلاف العرف .

لأنَّ التَّصريح بخلاف العرف في التَّصرُّفات والأقوال يُبطل العمل بالعرف ، ويجب عندها العمل بما اشترطوه ، والعمل بالعرف ثابتٌ بالدّلالة ، أما العمل بالمشروط فهو ثابتٌ صَراحة . لذلك قعَّدَ العلماء قاعدةً فقهيَّةً لذلك وهي : لا عبرة بالدّلالة في مقابلة التّصريح .[٨٤]

قال العِزُّ بن عبد السلام : ((كُلُّ مَا يَثْبُتُ فِي الْعُرْفِ إذَا صَرَّحَ الْمُتَعَاقِدَانِ بِخِلَافِهِ بِمَا يُوَافِقُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ صَحَّ . فَلَوْ شَرَطَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْأَجِيرِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ النَّهَارَ بِالْعَمَلِ مِنْ غَيْرِ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَيَقْطَعُ الْمَنْفَعَةَ لَزِمَهُ ذَلِكَ))[٨٥]

ومثاله تصريح المتعاقدين بالبيع والشِّراء بنوعٍ مُعيَّنٍ من العُملة خِلافاً للعُملة الرَّائجة في البلد .

فإنه يُعمل بهذا الشرط ، ولا يُلتفت إلى ما هو مُتعارفٌ عليه في ذلك البلد .[٨٦]

---

[٨١] أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، (بيروت: دار الرسالة العالمية، ت: شعَيب الأرنؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م) كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، رقم:٣٥٠٣.
وأبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي . (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ت: بشار عواد معروف، ١٩٩٨م) أبواب البيوع ، بَابُ مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، رقم١٢٣٢. وقال الترمذي عنه : حديث حسن .

[٨٢] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٦.

[٨٣] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨٦.

[٨٤] مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، (كراتشي: آرام باغ، كارخانه تجارتِ كتب، ت : نجيب هواويني ، نور محمد) المادة رقم :١٣. ص١٧.

[٨٥] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية ، ت: طه عبد الرؤوف سعد ، (وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية، ودار أم القرى، القاهرة)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١م) ج٢، ص١٨٦.

[٨٦] يَجْدُرُ التَّنبيه إلى أنَّ شروط العرف السَّابقة الذِّكر لم تُذكر في المصادر القديمة مُرتَّبةً كما ذكرت في هذا المطلب ، بل أشار البعض إليها إشارةً في مَعْرِض حديثهم عن العرف . قال الدكتور فهمي أبو سُنَّة : ولم يَجمع الفقهاء له شروطاً ، ولا نصُّوا على بعضها ، بل كل ما هنالك أنَّ لهم كلماتٌ متفرقةٌ ذُكِرت في الفقه لمُناسباتٍ تُستفاد هذه الشُّروط من بعضها تصريحاً ، ومن البعض الآخر استنباطاً .

انظر أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٥٦.

٢.٣.٢المطلب الثاني : أهمِّيَّة العرف

للعرف أهمِّيَّةٌ كبيرةٌ وواضحةٌ في التَّشريع الإسلامي ، ويُمكن إجمالُ هذه الأهمِّيَّة في عِدَّة جوانب ومنها[٨٧]:

١- للعرف دورٌ كبيرٌ في تحقيق مقاصد الشَّريعة الإسلامية .

فمن مقاصد الشَّريعة تحقيق مصالح النَّاس ، ومنْ أَهَمِّ ما يُحَقِّق مصالح النَّاس الاعتراف بأعرافهم التي أَلِفُوها ، واطمأنَّت نفوسهم لها ، وتلقَّتها طِباعهم السَّليمة بالقبول .

يقول الدكتور مُحمَّد الزُّحَيلي : ((وبذلك تلتقي أهداف الشَّريعة مع مصالح النَّاس بشكلٍ تلقائِيٍ وعفوي ، ويكون التَّصرُّف الفِطريُّ السَّليم مُعتَرفاً به في الاستنباط وبيان الأحكام ، لأنَّ هذا الدِّين دين الفِطرة.))[٨٨]

ويقول إبراهيم كافي دونمز (Ibrahim Kâfi DÖNMEZ)

((ومن جانب أصولي فإنَّ تقييم العرف في منهجية الأحكام الفقهية يُظهر أنَّ العرف يرتبط مع المفاهيم العالية ، كالحاجة والضرورة والمصلحة والرأي وذهنية المقاصد.))[٨٩]

٢- يُعتبر العرف دليلاً على مُرونة التَّشريع الإسلامي .

فمنْ أهمِّ مَيِّزات وصفات التَّشريع الإسلامي أنَّه مَرِنٌ ، فهو صالحٌ لكلِّ زمانٍ ومكانٍ ، و يمتاز بصفة العالميَّة والواقعيَّة ، وهو مُسايرٌ للأحداث الطَّارئة والجديدة ، والعرف أحد أهمِّ الأدلَّة على ذلك .

فكثيرٌ من الأحكام الشَّرعية تُرك تقديرها لأعراف النَّاس وتعاملاتهم ، وفي ذلك تلبيةٌ لحاجات النَّاس ، وتطوُّر حياتهم ، ومسايرةٌ لظروف وحال البيئات المتنوِّعة ، التي تتغيَّر مَطالِبُها وتتنوَّع بتغيُّر الأزمنة والأمكنة . وهذا هو أحد أسرار عالميَّة الإسلام ، ووسطية الدَّعوة الإسلامية ، ويُسْرِ أحكام الشَّريعة .

وانظر سميرة حسنوفا، مكانة العرف والعادة في الفقه الإسلامي ودوره في تغير الأحكام، (تركيا: مجلة أبحاث الفقه الإسلامي، العدد١٤، ٢٠٠٩)، ص٢١٠.

Samire HASANOVA, Örf Ve Adetin Islam Hukuk Düşüncesinde Yeri Ve Hükümlerin Degişmesi Kapsamindaki Tartişmalarda Rolü, (Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.l4, 2009), s.210

[٨٧] استوحى الباحث هذا المطلب من محمد الزحيلي، النظريات الفقهية / نظرية العرف، (دمشق: دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م) ص١٧٩.

[٨٨] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص ١٧٩.

[٨٩] إبراهيم كافي دونمز، العرف (الموسوعة الإسلامية لوقف الديانة التركي ، ٢٠٠٧م) ج٣٤، ص٩٢.
والنص باللغة التركية كما في الموسوعة هو:

((usul açısından yapılacak değerlendirmelerde ise İslâm hukuk metodolojisinde delillerin işletilmesiyle ilgili temel kurgunun (bk. MASLAHAT) örfün re'y, hâcet, zaruret ve maslahat gibi üst kavramlarla ve makāsıd düşüncesiyle irtibatının, dolayısıyla işlevini daha çok istihsan ve istislah metotları aracılığıyla yerine getirdiğinin dikkate alınması gerekir.))

İbrahim Kâfi DÖNMEZ, Örf,(DİA, 2007) c.34, s.92.

قال الله تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ﴾ [الأنبياء : ١٠٧]

وقال أيضاً : ﴿ كَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴾ [البقرة : ١٤٣]

وقال أيضاً : ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة :١٨٥]

يقول إبراهيم كافي دونمز (Ibrahim Kâfi DÖNMEZ) :

((وأمام مَحدوديَّة نصوص الكتاب والسُّنة وعدم مَحدوديَّة أحداث ووقائع الحياة فلقد أكَّد الفقهاء على أنَّه لا مفرَّ من الاجتهاد ، وهذا يدلُّ على عالميَّة الإسلام وكونه خاتم الأديان ، حيث أنَّه قادرٌ على تلبية مُتطلَّبات النَّاس والمجتمع سواء في أيِّ عصرٍ أو أيِّ مكانٍ يعيشون فيه.))[٩٠]

٣- يُعدُّ العرف مصدراً خَصباً للفقه الإسلامي .[٩١]

بالرَّغم من وقوع الاختلاف بين العلماء حول درجة حُجِّيَّة العرف ، إلَّا أنَّه مَعمُولٌ به عند جميع الفقهاء والأصوليين ، وهذا يدل على مدى تأثيره في فهم كثيرٍ من الأحكام وتفسيرها .

يقول الدُّكتور مُحمَّد الزُّحَيلِي في مَعرِض حديثه عن أهمِّيَّة العرف : ((يُعدُّ العرف مصدراً خصباً للفقه الإسلامي ، يمدُّه بعددٍ وفيرٍ من الأحكام الشَّرعية ، ويستوعب الحلول العمليَّة التي يُبْدعها الفكر العامُّ في إيجاد الأحكام المختلفة ، ويُزوِّد المجتهد أو العالم أو المفكر المسلم بمِدادٍ دائمٍ لبيان الأحكام.))[٩٢]

٤- العِلمُ بأعراف النَّاس شرطٌ من شروط المجتهد والمفتي والقاضي .

من الشروط التي يجب أن يتحلَّى بها كُلٌّ من المجتهد والمفتي والقاضي علمَه بأعراف النَّاس وعوائدهم .

فبيان كثيرٍ من الأحكام الشَّرعية أو الفتاوى من قبل المجتهد والمفتي والقاضي ، وكذلك ترجيحُهم لبعض الأحكام ، وتفسيرُهم للظَّواهر المُحيطة بها ، مُرتبطٌ بمدى اطِّلاعهم ومعرفتهم بعوائد النَّاس وأعرافهم ، ولولا إحاطتهم بأعراف النَّاس فإنَّ أحكامهم ستكون بعيدةً عن الواقع ومُجَانِبَةً للصَّواب .

---

[٩٠] دونماز، العرف، ج٣٤، ص٩٢. والنص باللغة التركية كما في الموسوعة هو:

((Değerlendirme. Kitap ve Sünnet'teki düzenlemelerin sınırlı, hayat olaylarının sınırsız olması vâkıası karşısında bu iki kaynakla uyumlu fikhî çözümler üretmek üzere kendi içinde tutarlı metotlar çerçevesinde ictihad etmenin kaçınılmaz olduğuna dikkat çeken fakihler, yer yer İslâm'ın evrenselliğini ve son din olma özelliğini de vurgulayarak hangi dönemde veya coğrafyada olursa olsun toplumun ihtiyaçlarına kayıtsız kalınamayacağını ve üretilecek çözümlerin başarısının sosyal gerçeklikle .uyumuna bağlı olduğunu ifade ederler .)) DÖNMEZ, Örf, C.34, S.92

[٩١] محمد أردوغان، الإسلام والتقليد والعرف المؤسس لأحكامه، (تركيا: مجلة أبحاث الفقه الإسلامي، العدد٩، ٢٠٠٧) ص٢٣.
Mehmet ERDOĞAN, İslam Ve Yerellik Yerelliğin Fıkhi Temellendirmesi Olarak Örf, (Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.9, 2007) s.23.

[٩٢] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٨٠.

قال السَّرَخْسِيُّ في مَعرض حديثه عن القضاء : ((لَا يَنْبَغِي لِلْمَرْءِ أَنْ يَتَقَلَّدَ الْقَضَاءَ مُخْتَارًا إلَّا إذَا كَانَ مُجْتَهِدًا ، وَأَقْرَبُ مَا قِيلَ فِي حَقِّ الْمُجْتَهِد أَنْ يَكُونَ قَدْ حَوَى عِلْمَ الْكِتَابِ ، وَوُجُوهَ مَعَانِيهِ ، وَعِلْمَ السُّنَّةِ بِطُرُقِهَا وَمُتُونِهَا وَوُجُوهِ مَعَانِيهَا ، وَأَنْ يَكُونَ مُصِيبًا فِي الْقِيَاسِ عَالِمًا بِعُرْفِ النَّاسِ.))[٩٣]

وقال ابن القَيِّم : ((فَإِيَّاكَ أَنْ تُهْمِلَ قَصْدَ الْمُتَكَلِّمِ وَنِيَّتَهُ وَعُرْفَهُ، فَتَجْنِيَ عَلَيْهِ وَعَلَى الشَّرِيعَةِ، وَتَنْسُبَ إلَيْهَا مَا هِيَ بَرِيئَةٌ مِنْهُ.))[٩٤]

وقال الدُّكتور مُحَمَّد الزُّحَيلي : ((وباختصارٍ يجب مراعاة العرف من قبل المجتهد والمفتي والقاضي والمُصلح والمُحَكِّم والخبير عند الاستنباط ، والاجتهاد ، وبيان الفتوى في المسائل ، وحلِّ الخلافات في المحاكم ، ومراعاة مألوف النَّاس وعاداتهم في الصُّلْح والتَّحكيم ، وبيان الخِبرة والمَشُورة.))[٩٥]

ويقول الأستاذ الدكتور فخر الدِّين أَتَار : ((المُفتي الذي لا يَعرِف عادات وأعراف بلدٍ ما يجب عليه ألَّا يُجيب المُستفتي ، وخُصوصاً في مسائل اليمين والإقرار والطَّلاق ، لأنَّ مقاصد العبارات قد تختلف من منطقةٍ لأُخرى ، وهذا يُؤثِّر في تغيُّر الفتوى ، لهذا السَّبب فإنَّ على المُفتي أنْ يَطَّلِع على الفروق في العبارات المُستعملة بين بلدٍ وآخر ، ثمَّ يُجيب المُستفتي في فتواه.))[٩٦]

---

[٩٣] شمس الأئمة السرخسي، المبسوط (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) ج١٦، ص٦٢.

[٩٤] ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م) ج٣، ص٤٨.

[٩٥] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٨٢.

[٩٦] فخر الدين عطار، الفتوى، (الموسوعة الإسلامية لوقف الديانة التركي، ١٩٩٥م) ج١٢، ص٤٩٣.

والنص باللغة التركية كما في الموسوعة هو:

((Müftü örf ve âdetini bilmediği bir bölgeden gelen müsteftîye özellikle yemin, ikrar ve talâk konularında hemen fetva vermemelidir. Zira bölgenin geleneği, konuşma ve ifade şekli farklı olabilir. Halbuki bu hususlar niyet ve amaçların belirlenmesinde etkili olmakta ve fetvayı değiştirebilmektedir. Bu sebeple müftü, müsteftînin bulunduğu bölgedeki örf ve âdetleri, kelimelerin kazandığı farklı ve özel anlamları öğrendikten sonra fetva vermelidir .))

Fahrettin ATAR, Fetva(DİA, 1995) c:12. s:493

٢.٣.٣المطلب الثَّالث : مجالات استعمال العرف

إنَّ لاستعمال العرف مجالاتٌ وصورٌ متنوعةٌ ، ومن أهمِّها الآتي :

١ـ إحالة النَّصِّ الصَّريح للعمل بالعرف أو تحكيمه .

وذلك إذا وردت كلمة العرف أو المعروف في النَّصِّ صريحةً ، فتلك إحالةٌ للمفتي والمجتهد والقاضي والمُحَكِّم إلى الرُّجوع للعرف في فهم المسائل وتقديرها .

وأمثلة ذلك من القرآن :

قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٣٣]

وقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٢٨]

وقد مرَّ شرح الآيات والتَّعليق عليها في مبحث حُجِّيَّة العرف .

ومن السُّنَّة :

عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: قَالَتْ هِنْدٌ أُمُّ مُعَاوِيَةَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا؟ قَالَ: « خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ »[٩٧]

٢ـ إحالة النَّصِّ غير الصَّريح للعمل بالعرف أو تحكِيمه .

ففي هذه الحالة لا تُذكَر كلمة العرف ولا شيءٌ من مشتقَّاتها ، ولكنْ هناك إشارةٌ بكلمةٍ أُخرى يُفهَم منها الإحالة للعرف .

أمثلة ذلك :

- قوله تعالى : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة : ٨٩]

ففي الآية إحالةٌ إلى الإطعام في كفَّارة اليمين ممَّا تعارفه النَّاس واعتادوه في أكثر أيامهم من صُنوف الطَّعام وأشكاله .

فهذا النَّصُّ وإنْ لم يكن صريحاً في الرُّجوع إلى العرف وتحكيمه إلَّا أنَّ فيه إشارةٌ واضحةٌ مُفهمةٌ للاعتماد على العرف ، والرُّجوع إليه ، وتحكيمه في مقدار كفَّارة اليمين ، وهو مُستفادٌ من كلمة "من أوسط" .

---

[٩٧] سبق تخريجه في ص (٤٤)

- وقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٨]

ففي الآية إحالةٌ واضحةٌ للرُّجوع في تقدير عِدَّة المُطلَّقة إلى عادتها وإنْ لم تُذكر في الآية كلمة العرف .

٣- أن يكون العرف هو العِلَّةُ في الحكم .

وذلك حيث يكون هناك اقترانٌ وارتباطٌ بين الحكم وبين هذه العِلَّة ، والعِلَّة هنا هي عرفٌ من أعراف النَّاس، فيُفْهَم أنَّ هذا العرف هو عِلَّة الحكم .

مثاله : عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: «كُنَّا نُخْرِجُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الفِطْرِ صَاعًا مِنْ طَعَامٍ»، وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ: «وَكَانَ طَعَامَنَا الشَّعِيرُ وَالزَّبِيبُ وَالأَقِطُ[٩٨] وَالتَّمْرُ»[٩٩]

ففي الحديث ينقل الصَّحابيُّ الجليل أبو سعيدٍ الخُدري ﷺ ما فَهِمَه عامَّة الصَّحابة ﷺ من كيفية إخراج صدقة الفطر ومقدارها _ وهي صاعٌ من قُوت البلد الشَّائع _ والمتعارف عليه بينهم هو الذي عبَّر عنه بلفظه (من طعام) وكان الطَّعام المُتعارف عليه في زمانهم وفي بلادهم الشَّعير، والزَّبيب ، والأَقِطُ ، والتَّمر .
فكلمة طعامٍ تُحدِّد نوعيَّة الصَّاع الذي يجب إخراجه ، ولا يُمكن تفسيرُ كلمة طعامٍ إلا بالرُّجوع إلى أعراف النَّاس وما هو شائعٌ من قُوت البلد ، والقُوت يتغيَّر ويتبدَّل بتبدُّل الأزمنة والأمكنة ، فصار ربط نوعيَّة الطَّعام بالقُوت السَّائد عِلَّةٌ لمعرفة نوعية ما يجب إخراجه من صدقة الفطر .

٤- أن يكون العُرف مُفسِّراً للنَّص .

وهو أكثر أنواع العرف انتشاراً وارتباطاً بالنُّصوص .

ويعني أن يكون العرف مفسِّرا لإطلاقات النُّصوص ، والتي لا بدَّ من وضع حَدٍّ أو مِقدارٍ أو كيفيَّةٍ لفهمها وتطبيقها .

ففهم المقادير الشَّرعية والكيفيات في تطبيق بعض الأحكام مُرتبط بأعراف النَّاس وما تعاملوا به .

وضابط العرف المُفَسِّرِ للنُّصوص هو : كلُّ ما ليس له ضابطٌ في الشَّرع ولا في اللغة فضابطه العرف .

قال السُّبُكِي : ((واشتهر عند الفقهاء أنَّ ما ليس له ضابطٌ في اللغة ولا في الشَّرع يُرجَعُ فيه إلى العرف.))[١٠٠]

وقال السُّيوطي : ((كُلُّ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مُطْلَقًا بِلَا ضَابِطٍ لَهُ مِنْهُ ، وَلَا مِنْ اللُّغَةِ ، يُرْجَعُ فِيهِ إلَى الْعُرْفِ.))[١٠١]

مثال ذلك : تحديد معنى شرط الحِرْز لإقامة حَدِّ السَّرقة .

---

[٩٨] الأَقِطُ : وَهُوَ لَبَنٌ مُجَفَفٌ يَابِسٌ مُسْتَحْجِر يُطْبَخُ بِهِ. انظر ابن الأثير، النهاية، ج١، ص٥٧.

[٩٩] البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة / باب الصدقة قبل العيد، رقم:١٥١٠.

[١٠٠] تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ- ١٩٩١م) ج١، ص٥١.

[١٠١] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٩٨.

ودليله حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ ، عن رسول الله ﷺ : أنه سُئِلَ عن الثَّمَرِ المُعلَّق، فقال: «من أصابَ بفيهِ مِن ذي حَاجَةٍ غيرَ مُتَخِذٍ خُبْنَةً فلا شيءَ عليه ، ومَنْ خَرَجَ بشيءٍ منه ، فعليه غرامةُ مِثْليه والعقوبةُ، ومن سَرَقَ منه شيئاً بعد أن يُؤوِيه الجَرينُ فبَلغ ثَمَنَ

المِجنِّ فعليه القطعُ »[١٠٢]

ومعنى خُبْنَةً : مَعْطِفُ الإزارِ وطرَفُ الثَّوب: أَيْ لَا يأخُذ مِنْهُ فِي ثَوبه. يُقَالُ أَخْبَنَ الرَّجُلُ إِذَا خَبأ شَيْئًا فِي خُبْنه ثَوْبِهِ أَوْ سَراويله.

والجَرين: هُوَ مَوْضِعُ تَجْفِيف التَّمْرِ، وهُوَ لَهُ كالبَيْدَر للحِنْطة، ويُجْمع عَلَى جُرُنٍ بضَمَّتَين.

والمِجَن: هُو التُّرْس.[١٠٣]

معنى الحديث : أنَّ من أكل من ثمار الشَّجر الذي لا يملكه بسبب حاجته ، وبدون أن يُخَبِّأ منها شيئاً ، ويُخرج منها إلى خارج المزرعة فلا شيء عليه ، ومن أخرج منها شيئاً إلى خارج المزرعة فعليه غَرامة ضِعْفَي ما أخرج مع عقوبةٍ يُحدِّدها القاضي ، ومن سرق من الثَّمر بعد أن جمعه صاحِبُه في البَيْدَر أو المكان المُعْتاد والمُخَصَّص لجمع الثِّمار فيه ، وبلغ ما سرقه ثمن التِّرس ، فيجب عليه حَدُّ السَّرقة .

اتَّفق العلماء استناداً لقوله ﷺ " ومن سَرَقَ منه شيئاً بعد أن يُؤوِيه الجَرينُ فبَلغ ثَمَنَ المِجنِّ فعليه القطعُ" على اشتراط أن تكون السَّرقةُ من حِرْزٍ حتَّى يُقام الحَدُّ على السارق ، فلا قطع في السَّرقة من الثَّمر قبل قِطافه ، حتى ولو أخرجه خارج المزرعة ، لأن المزرعة لا تُعدُّ حِرزاً في عرف الصَّحابة ﷺ .

فهذا هو دليل اتِّفاق العلماء في اشتراط الحِرز لإقامة حّدِّ السَّرقة .

وقد فصَّل العلماء في معاني الحِرز في كلِّ نوعٍ من المسروقات ، واستندوا في تقديره إلى أعراف النَّاس ، وما تعوَّدوا على إطلاق الحِرز عليه في حياتهم ، لذلك تجد أنَّ معنى الحِرز يختلف من زمانٍ ومكانٍ لآخر .

ومن الأمثلة الأُخرى لكون العرف مُفسِّراً للنَّص .

- ما يُعدُّ قبضاً في البيع والشِّراء لتمام العقد .
- وما يُعدُّ تفرقاً لتمام العقد عند من قال بخِيار المجلس .
- شروط العدالة فيمن تُطلب منه الشَّهادة .
- عادة المرأة في الحيض والطُّهر وسِنِّ اليأس وأثر ذلك كُلِّه في مجموعةٍ من الأحكام الفقهيَّة ..

[١٠٢] أبي داود، سنن أبي داود ، أول كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه ، رقم:٤٣٩٠.
[١٠٣] ابن الأثير، النهاية ، ٩/٢ و ٢٦٣/١ و ٣٠٨/١

٢.٣.٤المطلب الرَّابع : منزلة العرف بين الأدلَّة

يُعتبر العرف حُجَّةٌ عند جميع العلماء ، مع تفاوتهم في النَّظر والعمل به . فالعرف ركنٌ من الأركان التي يعتمد عليها الفقيه والمجتهد والقاضي والمحكم .

لذلك فإنَّ منزلته بين الأدلَّة تتفاوت بحسب كَثرة الاعتماد عليه ، فمِنْهم من جعل العرف مُقَدَّمٌ على القياس ، لأنَّه يعتمد على أصولٍ ثابتةٍ ، ومنها المصلحة وتحقيق الحاجة ورفع الحرج عن النَّاس ، وما جُعِل القياس إلا لتحقيق المصلحة .

فالحنفيَّة يُقدِّمون العرف على القياس لوجود المصلحة ، فيَعدِلُون عن القياس إلى الاستحسان لوجود المصلحة ، وما الاستحسان عندهم إلا قياسٌ خَفيٌّ راجحٌ لمصلحة .

والمالكيَّة كذلك يَتركون القياس إذا خَالفه العرف .[١٠٤]

قال ابن عابدين : ((العرف العامُّ يَصلح مُخصِّصاً ، ويُترَك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمَّام والشُّرب من السِّقا.))[١٠٥]

فالاستصناع قياساً لا يجوز ، لأنَّه بيعُ ما ليس بموجودٍ ، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه ، وقد عُدِلَ عن هذا القياس لتعارف تعامل النَّاس به .

وكذلك مسألة عدم تحديد مقدار كمِّيَّة الماء الذي يُصرف في الحمَّام ، والشُّرب من السِّقاء ، فهي لا تجوز قياساً لجهالة مقدار الصَّرف والشُّرب ، فعُدِل عن القياس إلى العرف لعمل النَّاس بعدم التَّحديد في هذه المسائل ، حتَّى ولو كان الصَّرف والشُّرب متفاوتاً.

قال عبد الوهاب خَلَّاف : ((وقد يُترك القياس بالعرف ، ولهذا صحَّ عقد الاستصناع ، لجريان العرف به ، وإن كان قياساً لا يصح ؛ لأنَّه عقدٌ على معدوم.))[١٠٦]

وكذلك الحنفيَّة والمالكيَّة يقولون بتخصيص النَّصِّ العامِّ بالعرف .

قال ابن عابدين : ((تخصيص النَّصِّ بالتَّعامل جائزٌ ، ألا ترى أنَّا جَوَّزنا الاستصناع للتَّعامل ، والاستصناع بيع ما ليس عنده ، وأنَّه منهيٌّ عنه . وتجويز الاستصناع بالتَّعامل تخصيصٌ منَّا للنَّصِّ الذي ورد في النَّهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا تَرْكٌ للنَّصِّ أصلاً ، لأنَّا عَمِلنا بالنَّصِّ في غير الاستصناع.))[١٠٧]

وما ذُكر يُراد به العرف العام .

---

[١٠٤] أبو بكر بن العربي المالكي، المحصول في أصول الفقه، (عمان: دار البيارق، ت: حسين علي اليدري - سعيد فودة الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩) ص١٣١.

[١٠٥] ابن عابدين، نشر العرف، ج٢، ص١١٦.

[١٠٦] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، ص٨٦.

[١٠٧] ابن عابدين، نشر العرف، ج٢، ص١١٦.

أمَّا العرف الخاصُّ وهو ما تعارف عليه أهل بلدةٍ أو حِرفةٍ أو مِهنةٍ ، فالفرق بينه وبين العامِّ يكمن في شمول العامِّ كُلَّ البلاد وكُلَّ النَّاس ، أمَّا الخاصُّ فيشمل من يتعامل به فقط .

فشرط العموم فيه مُتَحَقِّقٌ ولكنْ في أهله .

يقول الأستاذ الدُّكتور وَهبة الزُّحَيلِي في شأنه : ((فلا فرق بين العامِّ والخاصِّ إذا كان كُلٌّ منهما مُطَّرِدَا أو مستمراً العمل به ، أو غالباً (شائعاً في أكثر الحوادث) إلَّا في العموم والخصوص ، فالعامُّ يشمل جميع البلاد والنَّاس ، والخاصُّ مَقصُورٌ على فِئةٍ مُعَيَّنَةٍ كالتُّجَّار والصُّنَّاع والزُّرَّاع ، يتعاملون بموجبه ، أو يتعارفه أهل بلدٍ أو بلدانٍ معينةٍ دون سواها .

لذا يُعتبر العرف الخاصُّ كالعرف العامِّ في بعض الأحيان ، لكنْ العرف الخاصُّ أضعف قوةً من العام.))[١٠٨] اهـ

فلا حرج بالعمل به من قِبل أهله ، والفرق بينهما يكمن في أنَّ العرف العامَّ يَثْبُتُ به الحُكمُ العام، أمَّا العرف الخاصُّ فيَثْبُت به الحكمُ الخاص .

قال الزَّرْكَشِي[١٠٩] : ((الْعُرْفُ الْخَاصُّ هَلْ يَنْزِلُ فِي التَّأْثِيرِ مَنْزِلَةَ الْعَامِّ، وَالظَّاهِرُ تَنْزِيلُهُ فِي أَهْلِهِ بِتِلْكَ الْمَنْزِلَةِ انْتَهَى.))[١١٠]

وقال القَرَافِي : ((وَأَمَّا الْعُرْفُ الْخَاصُّ فَإِنْ كَانَ مَحْصُورًا لَمْ تُؤَثِّرْ مُعَارَضَتُهُ لِلْعُرْفِ الْعَامِّ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَحْصُورٍ اُعْتُبِرَ وَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْعَامِّ فِي الْأَصَحِّ فَافْهَمْ.))[١١١]

والجمهور شرطوا لقبول العرف الخاص أن يكون ممَّا قرَّرته السُّنة .[١١٢]

أمَّا في تخصيص العرف الخاصِّ للنَّصِّ العامِّ فكلامٌ وتفصيلٌ .

فالعلماء الذين رفضوا العمل بالعرف الخاصِّ ، ورفضوا اعتباره ، إنَّما هو العرف الذي جُعِل دليلاً على الحُكم ظاهراً ، والذي قالوا عنه : إنَّه يُخَصِّصُ الدَّليل ويُقَيِّدُه ، أي إنَّه العرف القاضي على الأدلَّة والنُّصوص الشَّرعية فقط .

فإذا عارضَ العرفُ الخاصُّ بهذا المفهوم النَّصَّ العامَّ فإنَّه لا يَصُلح ناسخاً للنَّصِّ ولا مُقيِّداً له .

وأمَّا ما يتعلَّق في معارضة العرف الخاصِّ لنصوص الفقهاء فيُعتبر العرف الخاصُّ ، ولا فرق عندها بين العامِّ والخاصِّ سوى في تنزيله على كلِّ النَّاس في العرف العامِّ أو على أهلِه فقط في العرف الخاصِّ .[١١٣]

---

[١٠٨] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (دمشق: دار الفكر، الطبعة الحادية والعشرون، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م)ج٢، ص١١٧.

[١٠٩] الزركشي هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين: عالم بفقه الشافعية والأصول. تركي الاصل، مصري المولد والوفاة .أخذ عن الإسنوي والبلقيني وسافر إلى دمشق وأخذ عن ابن كثير ثم إلى حلب فأخذ عن الأذرعي ، له تصانيف كثيرة في عدة فنون، منها البحر المحيط في أصول الفقه ، وأكمل شرح المنهاج ، وله كتاب خادم الروض وهو كتاب ضخم في الفقه الشافعي الذي بدأ يظهر للنور حديثا ، توفي رحمه الله سنة ٧٩٤ هـ . انظر في ترجمته: ابن حجر، الدرر الكامنة ، ج٥، ص١٣٣. والزركلي، الأعلام، ج٦، ص٦٠.

[١١٠] بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، (الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ج٢، ص٣٩٤.

[١١١] القرافي، الفروق، ج٣، ص١٩٠.

[١١٢] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١١٩.

قال ابن نُجيم الحنفي : ((هل يُعتبر في بناء الأحكام العرف العامُّ أو مُطلقُ العرف ولو كان خاصًّا؟

المذهب الأوَّل: قال في البَزَّازية مُعْزِياً إلى الإمام البُخاري الذي خُتِم به الفقه:

الحُكم العامُّ لا يَثْبُت بالعرف الخاصِّ ، وقيل: يَثْبُت.))

ثمَّ قال بعد ذكره لمجموعةٍ من الأمثلة ومُناقشتها: ((والحَاصِلُ أنَّ المذهب عَدمُ اعتبار العرف الخاصِّ ، ولكنْ أفتى كثيرٌ من المشايخ باعتباره.))[١١٤]

[١١٣] المرجع السابق، ج٢، ص١١٩، بتصرف يسير.

[١١٤] ابن نجيم، الأشباه والنظائر ، ص٨٨.

٣. الفصل الثَّالث

أقسام العرف وتطبيقاته

ويحتوي على ثلاثة مباحث

٣.١المبحث الأوَّل: تقسيم العرف باعتبار استعماله.

٣.٢المبحث الثَّاني: تقسيم العرف باعتبار شيوعه.

٣.٣المبحث الثَّالث: تقسيم العرف باعتبار موافقته للشَّرع أو مخالفته.

يقسم العرف إلى أنواعٍ عديدةٍ باعتباراتٍ مُختلفة.

فهو باعتبار استعماله ينقسم إلى: ١- العرف القولي اللفظي. ٢- العرف العملي.

وباعتبار شيوعه ينقسم إلى: ١- العرف العام. ٢- العرف الخاص.

وباعتبار موافقته للشرع ينقسم إلى: ١- العرف الصَّحيح. ٢- العرف الباطل أو الفاسد.[١١٥]

٣.١المبحث الأوَّل

تقسيم العرف باعتبار استعماله

ويحتوي على مطلبين اثنين

٣.١.١المطلب الأوَّل : العرف القولي اللفظي وتطبيقاته .

٣.١.٢المطلب الثَّاني : العرف العملي وتطبيقاته .

٣.١.١المطلب الأوَّل : العرف القولي اللفظي وتطبيقاته

تعريف العرف اللفظي : وهو أن يتعارف قومٌ إطلاق لفظٍ لمعنى ، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى[١١٦].

فالعرف القولي مرجِعه إلى استعمال اللفظ السَّائد عند النَّاس، حتَّى ولو خالف معنى هذا اللفظ المعنى الحقيقي اللغوي، الذي وُضع له أصلاً.

وهذا النَّوع هو الذي يُسميه العلماء بالحقيقة العرفية أو المجاز الرَّاجح.

قال ابن أمير حاج : ((الْمَدَارَ عَلَى الْحَقَائِقِ الْعُرْفِيَّةِ لَا اللُّغَوِيَّةِ.))[١١٧]

وقال القَرَافِي : ((وينبغي أن يُعلَم أنَّ معنى العادة في اللفظ : أن يغلِبَ إطلاقُ لفظٍ واستعمالُه في معنى حتى يَصِيرَ هو المتبادِرَ من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أنَّ اللغة لا تقتضيه ، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقةُ العُرفيَّة، وهو المجازُ الراجحُ في الأغلب، وهو معنى قولِ الفقهاء: إنَّ العُرف يُقدَّمُ على اللغة عند التعارض.))[١١٨]

وقال أيضاً : ((وَمُقْتَضَى مَا تَقَرَّرَ فِي الْعُرْفِ الْقَوْلِيِّ تَقْدِيمُ الْعُرْفِ الْقَوْلِيِّ عَلَى اللُّغَوِيِّ لِكَوْنِهِ نَاسِخًا لَهُ.))[١١٩]

---

[١١٥] محمد شنر، قيمة العادات والأعراف، (جزء من لقاء بحثي علمي حول الدين والتقاليد لمجموعة من العلماء، استانبول:٢٠١٠) ص٢٢٤.

Mehmet ŞENER, Örf, Adet Ve Görenegin Huküki Degeri, (Din Ve Gelenek Tarhşmali Ilmi Toplanh, İstanbul:2010) s.224

[١١٦] ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج١، ص٢٨٢.

[١١٧] المرجع السابق، ج٣، ٤١.

[١١٨] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص٢٢٠.

فبالعرف اللفظي تُفهم الكثيرُ من الأحكام الشرعية ، ويُحكم به على الألفاظ اليوميِّة المستعملة بين النَّاس وإن خالفت هذه الألفاظُ الألفاظَ الحقيقيَّةَ التي وُضعت في أصل اللغة ، ويُفسِّرُ القُضاة كلامَ النَّاس على نحوها فيكون له دور في الفصل في النِّزاعات .

وكذلك يرجع للعرف اللفظي أو الحقيقة العرفية المُحَكِّمون الذين يَفْصِلوا في القضايا الشَّائِكة بين النَّاس ، لذلك كان لا بدَّ من اطِّلاعهم على أعراف النَّاس القولية ، وما تعوَّدوا استخدامه بينهم ، وما يُفهم من اطلاقات كلامهم وجملهم .

قال الدُّكتور فهمي أبو سُنَّة : ((ومثل هذا أقوالُ النَّاس التي تدور عليها العقود والتَّصرفات ، تُحمل على عرفهم في مخاطباتهم ، بمعنى أنَّ الأحكام التي تترتَّب على الالتزامات الفقهية من عقودٍ وفُسُوخٍ وشُروطٍ وغيرها تجري على حسب ما يُفيده اللفظ عرفاً ، بحيث تكون الصِّيغ العرفية في الالتزامات عِلاً جَعلِيَّة للأحكام ، تُسبِّب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف ، كما في البيع والإجارة والزَّواج وشروط الواقفين والطَّلاق واليمين.))[١٢٠]
وجاء في مجلَّة الأحكام العدلية: (الحقيقة تُترك بدلالة العادة)[١٢١]

وتَخصيص النَّصِّ العامِّ بالعرف اللفظي مُتفقٌ عليه عند العلماء .

وممَّن نقل اتِّفاقهم ابن أمير حاج حيث قال : ((أَمَّا تَخْصِيصُ الْعَامِّ بِالْعُرْفِ الْقَوْلِيِّ ، وَهُوَ أَنْ يَتَعَارَفَ قَوْمٌ إطْلَاقَ لَفْظٍ لِمَعْنًى بِحَيْثُ لَا يَتَبَادَرُ عِنْدَ سَمَاعِهِ إلَّا ذَاكَ الْمَعْنَى ، فَاتِّفَاقٌ.))[١٢٢]

تطبيقات العرف القولي اللفظي .

للعرف اللفظي أمثلةٌ كثيرةٌ في أبواب الفقه ومن أشهر الأمثلة التي نقلها العلماء :

- اطلاقُ كلمة اللحم على لحم الضَّأن والبقر والإبل ، وعدم استخدامها في السَّمك ، مع أنَّ الله تعالى سمَّى السَّمك لحماً طريًّا في القرآن الكريم ، قال الله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ [النحل : ١٤]

وذلك بسبب تعارف النَّاس على عدم اطلاق اللحم على السَّمك قديماً وحديثاً ، أو تقييد اللحم بكلمة السَّمك إن أراد استخدام كلمة اللحم وأراد بها السَّمك .

فمن حلف ألَّا يأكل لحماً فأكل سمكاً فإنَّه لا يحنث .

ولقد ذكرت هذا المثال للتَّوضيح فقط ولشهرته .

ولأنَّ عنوان البحث : العرف وأثره في المعاملات الماليَّة فإنِّي سأقتصر في الأمثلة على ما يخُصُّ هذا الباب فقط.

---

[١١٩] القرافي، الفروق، ج١، ص١٨٩.
[١٢٠] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٥٤.
[١٢١] مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ٤٠ ، ص٢٠.
[١٢٢] ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج١، ص٢٨٢.

أولا : فيما يتعلَّق بصيغ العقود .

المراد بصيغة العقد : ما يصدر من المتعاقِدَين من ألفاظٍ ، أو ما يقوم مقامها ، والتي تدلُّ على قيامهما بعقدٍ من العقود .

ولمَّا كان أساس التَّعاقد قائمٌ على التَّراضي ، والتَّراضي أمرٌ باطني ، كان لا بدَّ من وجود ما يدلُّ عليه ويوضِّحه ويظهره .

فمن ذلك : اللفظ الدَّال على التَّراضي ، أو ما يقوم مقامه .

من هنا جاء بحث صِيغ العقود في مباحث المعاملات في كتب الفقه الإسلامي .

لقد وضع العلماء صيغاً لعقود البيع والإجارة والهبة والوصِيَّة والوقف ..

وكان مستندهم في ذلك : الوضع اللغوي والعرفي .

وعند تعارض اللغة مع الاستعمال العرفي فإنهم يُقدِّمون العرف على اللغة ، لأنَّ اللفظ العرفي أصبح وضعاً جديداً من قبل المتعاقِدَين ، ولأنَّ كلَّ عاقدٍ يُحمل كلامه على مقصده وعادته في كلامه .

وأمثلة تأثُّر صيغ العقود بالعرف تتلخَّص بالآتي :

١- ما يصحُّ به الإيجاب والقبول من الألفاظ .

فالإيجاب من البائع يكون بأيِّ لفظٍ تعارف عليه النَّاس ، كلفظ بعتك ، أو ملَّكتك السِّلعة بمبلغ كذا ، أو وهبتك إيَّاها مُقابل كذا ، أو أعطيتك إيَّاها بكذا .

والقبول يكون بأيِّ لفظٍ يدلُّ عليه ، كقبلت أو رضيت أو وافقت ..

ويكون الإيجاب والقبول صحيحان أيضاً بأيِّ لغة كانت ، بشرط أنْ تكون اللغة مفهومةً بين الطرفين ، وأنْ تكون الكلمات متعارفاً عليها ، وتُستعمل في العقود المراد إنجازها .

وكذلك يكون الإيجاب والقبول صحيحان بالكلمات العامِّيَّة ، والكلمات الخاصة بلهجات قبائل وأقوامٍ مُعيَّنين .

وبإمكاننا القول بأنَّ ألفاظ الإيجاب والقبول لا يمكن حصرها ، لأنَّ وضعها مرتبطٌ بمدى تطوُّر وإحداث ألفاظٍ جديدةٍ يتعارف عليها النَّاس في كل زمانٍ ومكان .

فإنْ حصل تعارضٌ بين اللفظ المتعارف عليه وبين الألفاظ اللغوية المعروفة في الإيجاب والقبول، فإنَّه يُقَدَّم اللفظ العرفي على اللغوي ، لأنَّ اللفظ العرفي هو المجاز الرَّاجح كما بيَّنَّا سابقاً .

٢- ما يصحُّ به الإيجاب والقبول من الأزمنة .

وفيما يخصُّ الزَّمن المُستخدم في الإيجاب والقبول من قِبل العاقِدَين كلامٌ مُفصَّلٌ في كتب الفقه ، فصيغة الماضي كبِعْتُ ومَلَّكْتُ وأعطَيتُ في البيوع مُتَّفقٌ على صحَّتها لدى جميع الفقهاء، إلَّا في حالة الإخبار عن الماضي فإنَّه لا يُعتبر عقداً أصلاً .

أمَّا صيغة المضارع والأمر كأبيعُك وأُمَلِّكُك وأُعطِيك ، واشْتَرِ وتَمَلَّكْ وخُذْ .. ففيها خِلافٌ في صِحَّتها ، ولكنْ الأصلُ في الخلاف هو استعمال النَّاس ، فمن أجاز بعضَها فلتعارف النَّاس على استخدامها ، ومن لم يُجِز بعضَها الآخر فإنَّه منعها لعدم تعارف النَّاس عليها .

وما ينطبق على الإيجاب ينطبق على القبول أيضاً .

ثانيا : فيما يتعلَّق بالثَّمن في العقود .

معلوميَّة المبيع والثَّمن من شروط عقد البيع ، لأنَّ الجهالة في أحدهما يُفضي للغرر المُفضي إلى النِّزاع بين المتعاقِدَين .

ولكن قد يسكت الطَّرفان عن بيان الثَّمن ، لتعارف النَّاس على مقدارٍ معينٍ ، وبالذَّات في المِثليَّات المتشابهة .

أو يُطلق مقدار الثَّمن بدون تحديد نوع العملة .

أو يُطلق لفظ عُملةٍ ما ، وكانت هذه العملة ممَّا تَشترك اسماً مع غيرها في بلدٍ آخر ، مع تفاوتٍ في قيمتها الشِّرائية.

فما حكم كلّ ذلك ؟

المسألة الأولى : البيع بدون تحديد الثَّمن .

أنْ يخلُوَ العقد من الجهالة ، سواءٌ في المبيع أو في الثَّمن ، هو من شروط البيع .

فمن باع سلعةً ، ولم يُحدِّد الثَّمن ، فإنَّ البيع فاسدٌ عند الحنفيَّة ، وباطلٌ عند الجمهور .[١٢٣]

لكنَّه يتبيَّن من نُقولات بعض العلماء : أنَّ الجهالة التي تُفسد ، أو تُبطل العقد ، هي الجهالة المُفضية للنِّزاع ، فلقد خصَّصها البعض بإفضائها لذلك .

أما الجهالة التي لا تُؤثِّر ، ولا تكونُ مانعاً من التسليم ، وذلك لتعارف النَّاس على بيع بعض السِّلع بهذه الطريقة ، أو لشيوع ثمن أمثال هذه السِّلع بينهم ، فإنَّها لا تُبطل العقد ، ولا تُفسده .

قال علاء الدِّين السَّمَرْقَنْديُّ الحنفي[١٢٤]:((الْبيُوع الْفَاسِدَة أَنْوَاع ، مِنْهَا أَن يكون الْمَبِيع مَجْهُولا وَالثمن مَجْهُولا جَهَالَة توجب الْمُنَازعَة لِأَنَّهَا مَانِعَة عَن التَّسْلِيم والتَّسلُّم ، وبدونهما يكون البيع فَاسِداً لِأَنَّهُ لَا يُفِيد مَقْصُوده.))[١٢٥]

---

[١٢٣] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"،(بيروت: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)ج٤، ص٥٠٥.
ويحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر، "طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي") ج٩، ص١٤٩.
وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة: دار الحديث، بدون طبعة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م) ج٣، ص١٨٩.

[١٢٤] هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي: فقيه، من كبار الحنفية. أقام في حلب، واشتهر بكتابه " تحفة الفقهاء، وله كتب أخرى، منها الأصول . توفي رحمه الله سنة: ٤٥٠هـ . انظر في ترجمته : الزركلي، الأعلام، ج٥، ص٣١٧.

[١٢٥] أبو الليث السمرقندي، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م) ج٢، ص٤٥.

فلقد قيَّد الجهالة بكونها جهالةٌ مُفضيةٌ للنِّزاع .

وقد أجاز ابن تيمية وتلميذه ابن القيِّم البيع بدون تحديد الثَّمن ، ولكنه يتَّضح من كلامهم أنَّهم لم يجيزوا ذلك في كل البيوع ، إنَّما فيما يتعامل به النَّاس ، وخصوصاً في شراء الاحتياجات اليوميَّة .

فلقد ذكر ابن القيِّم الجوزيَّة نقولاتٌ لبعض العلماء في مسألة البيع بدون تحديد الثَّمن بين مُجيزٍ وعدم مُجيزٍ وذلك في معرض الجواب عن سؤالٍ وهو :

((إذا قال: بعتُك هذه السِّلعة ولم يُسَمِّ الثَّمن ؟

وجواب شيخنا ابن تيمية صحَّة البيع بدون تسمية الثَّمن ، فانصرافه إلى ثمن المثل كالنِّكاح والإجازة ، كما في دخول الحمَّام ، ودفع الثَّوب إلى القصَّار والغسَّال واللحم إلى الطَّباخ ونظائره.

قال: فالمعاوضة بثمن المثل ثابتةٌ بالنَّصِّ والإجماع في النِّكاح ، وبالنَّصِّ في إجارة المرضع في قوله تعالى: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} وعمِلَ النَّاس قديماً وحديثاً عليه في كثيرٍ من عقود الإجارة ، وكذلك البيع بما ينقطع به السِّعر وهو بيعٌ بثمن المِثل ، وقد نصَّ أحمد على جوازه وعمل الأمة عليه.))[١٢٦] اهـ

ثم ذكر ابن القيِّم رأيه في المسألة ، وهو الجواز ، وذلك لحاجة النَّاس إليه وتعارفهم عليه ، وقياسه على النِّكاح بدون ذكر المهر، وحملِه على مهر المِثل ، والإجارة مع جهالة البدل قائلا :

((قلت: والمحَرِّمون له لا يكادون يخلصون منه . فإنَّ الرَّجل يُعامل اللحام والخبَّاز والبقَّال ، ويأخذ كلَّ يومٍ ما يحتاج إليه من أحدهم من غير تقدير ثمن الذي ينقطع به ، وكذلك جرايات الفقهاء وغيرها .

فحاجة النَّاس إلى هذه المسألة تجرى مجرى الضَّرورة ، وما كان هكذا لا يجيء الشَّرع بالمنع منه البتَّة .

كيف وقد جاء بجواز هنَّ في العقد الذي الوفاء بموجبه أكثر تأكيداً من غيره من العقود ، وهو النكاح ، وتفريقهم بينه وبين البيع بأنَّ الصِّداق داخلٌ فيه لا يصحُّ ، بل هو ركنٌ فيه يبطل العقد بنفيه ، كما نصَّ عليه صاحب الشَّرع في الشِّغار.[١٢٧]

وجاء بجوازه أيضا في عقد الإجارة ، الذي تقديره العِوض فيها أكثرُ تأكيداً من تقديره في البيع ، لأنَّ قيمة العين في البيع أقلُّ اختلافاً في المنفعة ، لأنَّها تتجدَّد بتجدُّد الأوقات ، فتختلف باختلافها غالباً .

فإذا جازت الإجارة بعِوض المِثل ، فالبيع بثمن المِثل ، وما ينقطع به السِّعر أولى))[١٢٨] اهـ

يتبيَّن من كلِّ ذلك :

أنَّه إذا باع أحدهم لآخر سلعةً ، ولم يُبيِّن قيمتها ، ولم يُحدِّد الثَّمن ، ورضي الطَّرف الآخر، فإنَّه يُنظر للمبيع ، فإن كان من المثليات المتشابهة والمنتشرة بين النَّاس ، أو كان العرف السَّائد أثناء البيع السكوتَ عن قيمة الثَّمن ، أو أنَّ الثَّمن معلومٌ مسبقاً بين الأطراف ، فالبيع يكون صحيحاً ، ويُرجَع بالثَّمن لقيمة مثله في السُّوق أو لما تعارف عليه النَّاس في بيع هذه الأصناف من السِّلع .

فالثَّمن وإن لم يُحدَّد أثناء العقد إلا أنَّه معلومٌ عرفا ، ولا يفضي إلى منازعةٍ بين الطَّرفين. أمَّا إنْ كان عدم تحديد الثَّمن مُفضٍ إلى نزاعٍ فإنَّه يجب البيان عندها ، وإلَّا فالبيع يُعتبر باطلاً أو فاسداً .

---

[١٢٦] ابن القيم الجوزية، بدائع الفوائد (بيروت: دار الكتاب العربي) ج٤، ص٥١.

[١٢٧] الشغار: وَهُوَ نِكاحٌ معروفٌ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، كَانَ يَقُولُ الرجُل للرَّجُل: شَاغِرْنِي: أَيْ زَوِّجْنِي أُخْتَك أَوْ بِنْتَك أَوْ مَن تَلِي أَمْرَها، حَتَّى أزوِّجَك أُخْتي أَوْ بِنْتِي أَوْ مَن أَلِي أَمْرَها، وَلَا يكونُ بَيْنَهُمَا مَهْرٌ، وَيَكُونُ بُضْعُ كُلِّ واحدةٍ مِنْهُمَا فِي مُقابَلَة بضْع الأخرَى. وَقِيلَ لَهُ شِغَارٌ لارْتفاعِ المَهْر بَيْنَهُمَا، مِنْ شَغَرَ الكَلْبُ إِذَا رفَع إِحْدَى رِجْليه ليَبُولَ. وَقِيلَ الشَّغْرُ: البُعْد. وَقِيلَ الاتِّسَاعُ. انظر ابن الأثير، النهاية، ج٢، ص٤٨٢.

[١٢٨] ابن القيم، بدائع الفوائد، ج٤، ص٥١.

المسألة الثَّانية : إطلاق لفظ عُملة ما في البيع والشِّراء .

وذلك كمن باع شيئاً بدراهم وأطلق ، نزل على النَّقد الغالب .

فالدَّراهم لغةً يُقصد بها : تلك العُملة المَسْكوكة من الفضَّة ، والتي كانت تُستعمل في بلادٍ وأزمنةٍ معينة .

ولكنَّه شاع إطلاق الدِّرهم على النَّقد الغالب ، والمُستعمل في البلد ، وإنْ كان في حقيقته يُقصَد به ذاك الدِّرهم القديم المصنوع من الفضَّة .

وفي زماننا هذا كمن أطلق لفظ الليرة في سوريَّا، فيصرف المعنى إلى الليرة السُّورية .

فمن قال بعتك بألف ليرةٍ فإنَّ المعنى يُحمل على الليرة السُّورية ، وإن كانت الليرة غير السُّورية يُتعامل بها أيضاً هناك كالليرة التُّركية مثلاً .

فبسبب شيوع استخدام الليرة السُّورية في غالب المعاملات التِّجارية في البلد فإنَّه لا يُحمَل اللفظ عندها إلَّا لما تعارف عليه النَّاس وعملوا به عند إطلاق اللفظ .

ولكنْ إذا أطلقها في تركيَّا فيُصرف المعنى إلى الليرة التُّركيَّة ، وذلك لنفس السبب وهو: تعارف النَّاس على المراد من هذا الإطلاق في هذا البلد .

وكمن أطلق لفظ الدُّولار في أغلب دول العالم، فإنَّه يُصرف إلى الدُّولار الأمريكي ، بسبب شُيوع التَّعامل به بين النَّاس .

فالدُّولار الأمريكي يُعتبر عُملةً رائجةً في كلِّ أنحاء العالم وقد تعارف على استخدامها جميع البشر في جميع البلاد.

ولا يُصرف المعنى إلى الدُّولار الكندي أو الأسترالي أو غيره .

إلَّا إذا كان الرَّائج والمُتعامل به في تلك البلاد عند الإطلاق الدولار الكندي أو الأسترالي أو غيره.

المسألة الثَّالثة : إطلاق مقدارٍ معينٍ من المال بدون تحديد نوع العُملة .

إنْ أطلق مقداراً مُعيَّنا من المال بدون تحديد نوع العملة فإنَّ كلامه يُصرف للعملة المتعارف عليها في ذلك البلد .

كمن قال : بعتك بألفٍ ولم يُحدِّد ماهيَّة الألف ، فهل هي ألف ليرةٍ سوريَّة أم تُركيَّة أم هي ألف دولارٍ أم دينارٍ أم جُنيه ..

فإنَّه يُنظر حينها لما تعارف عليه النَّاس وعملوا به في بلد التَّعاقد ، ولا يُنظر فيه إلى الموطن الأصلي للمتعاقد .

فإنْ كان التَّعاقد في سورية فإنَّ إطلاق المبلغ يُصرف إلى الليرة السُّوريَّة .

وإنْ كان التَّعاقد في تركيَّا فإنَّ إطلاق المبلغ يُصرف إلى الليرة التُّركيَّة .

وهكذا في كلِّ البلاد فإنَّ إطلاق مقدار المبلغ يُصرف إلى ما هو متعارف عليه في كل بلد .

قال المَرغِيناني : ((ومن أطلق الثَّمن في البيع كان على غالب نقد البلد"؛ لأنَّه المتعارف.))[١٢٩]

قال ابن نُجيم : ((ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير ، وكانا في بلدٍ اختلف فيه النُّقود مع الاختلاف في المالية والرَّواج ، انصرف البيع إلى الأغلب. قال في الهداية؛ لأنَّه هو المتعارف فيَنْصَرف المُطلق إليه.))[١٣٠]

أما في حال اضِّطراب العرف في بلد التَّعاقد ، كتلك البلاد التي تعارف النَّاس فيها على استخدام أكثر من عملةٍ في بيعهم وشرائهم ، فلا بد حينها من البيان والتَّحديد ، وإلا فالبيع يبطل عند التَّنازع .

أمَّا إنْ كان هناك عرفٌ سائدٌ بين أهل مِهنةٍ أو حِرفةٍ أو تجَّار سلعةٍ ما في بيعهم وشرائهم بعُملةٍ معيَّنةٍ ، بحيث إذا أطلقوا لفظ مبلغٍ ما فإنَّه لا يُصرف إلَّا إلى ما تعارفوا عليه ، فإنَّ ألفاظهم تُصرف إلى ما تعارفوا عليه بينهم خاصَّةً ، ولا يشمل ذلك من ليس من أهل المِهنة والحِرفة أو من لم يكن من تُجَّار تلك السِّلع .

كتعارف تجَّار أنواعٍ معينةٍ من الحديد في تركيَّا على البيع والشراء بالدُّولار الأمريكي مثلاً .

فإنْ قال أحد التُّجار : بِعتُ بمئة ، فإنَّ المِئة تُصرف إلى الدُّولار الأمريكي وإنْ كانت العملة الرَّائجة في البلد هي الليرة التُّركيَّة .

أمَّا إنْ كان لا يوجد عرفٌ ثابتٌ في تعاملاتهم ، أي أنَّ البيع والشِّراء يكون بالليرة والدُّولار سويَّة مثلاً ، فلا بدَّ حينها من تحديد وبيان نوع العُملة ، وإلَّا فالبيع باطلٌ عند التَّنازع .

قال السُّيوطي : ((فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا يبطل البيع.))[١٣١]

المسألة الرَّابعة : البيع مع عدم التَّصريح بقبض الثَّمن حالاً أو مؤجلا ، نقداً أو تقسيطاً .

وذلك إذا كان المتعارف بين المتعاقدين أنْ يأخذ المشتري ما يلزمه من البضائع، ويُسلِّمه الثَّمن على أقساطٍ معينةٍ بعد فترةٍ زمنية ، فيُصرف عندها إطلاق لفظ البيع على البيع بثمنٍ مؤجلٍ وتقسيطاً .

والتَّعامل بمثل هذه العقود يكثر في زماننا .

ومثاله ما يقع عند بائعي الجلود الاصطناعيَّة المستخدمة في صناعة الأحذية.

فمشتري الجلود الذي يريد تصنيعها من بائع الجملة يبدأ بأداء الثَّمن بعد صناعة الأحذية وبيعها وبدء قبض ثمنها ، وهذا قد يستغرق قُرابة الأسبوع إلى الشَّهر، فيبدأ مشتري الجلود بأداء الثَّمن لبائعها بعد قبض ثمن ما

---

[١٢٩] برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي (بيروت: دار احياء التراث العربي، ت: طلال يوسف، بدون طبعة، وبدون تاريخ) ج٣، ص٢٤.
[١٣٠] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨١.
[١٣١] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.

صنعه ، مع أنَّه أطلق لفظ البيع ، ولم يُبيِّن أنَّه اشتراه مؤجَّلا وتقسيطاً، وذلك لتعارف النَّاس على مثل هكذا معاملات .

فالبيع والشِّراء بهذه الصور جعل إطلاق لفظ البيع بين أهل هذا العرف يُحمل على ما تعارفوا عليه .

قال ابن نُجيم في الأشباه والنَّظائر: ((وَمِنْهَا لَوْ بَاعَ التَّاجِرُ فِي السُّوقِ شَيْئًا بِثَمَنٍ ، وَلَمْ يُصَرِّحَا بِحُلُولٍ وَلَا تَأْجِيلٍ ، وَكَانَ الْمُتَعَارَفُ فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنَّ الْبَائِعَ يَأْخُذُ كُلَّ جُمُعَةٍ قَدْرًا مَعْلُومًا انْصَرَفَ إلَيْهِ بِلَا بَيَانٍ . قَالُوا : لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ كَالْمَشْرُوطِ.))[١٣٢]

[١٣٢] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨١.

٣.١.٢ المطلب الثَّاني : العرف العمليُّ وتطبيقاته

تعريف العرف العملي : عرَّفه الدكتور فهمي أبو سُنَّة بأنه : ((ما جرى عليه العمل ، سواء كان عامًّا أو خاصًّا، وسبب هذا النَّوع هو التَّعامل.))[١٣٣]

وعرفه الدكتور محمد الزحيلي بأنه : ((التَّعارف بين النَّاس على أمرٍ عمليٍّ معين.))[١٣٤]

ومن ناحية تأثيره في الأحكام قال الدكتور وَهبَة الزُحَيلِي : ((والعرف العملي ذا تأثيرٍ كبيرٍ في أحكام الأفعال العاديَّة ، والمعاملات المدنيَّة المختلفة ، المتعلِّقة بحقوق النَّاس ، أو الأحوال الشَّخصيَّة ، أو القضاء، أو الشَّهادات، أو العقوبات ، وغيرها، ويظهر تأثيره في تحديد الحكم ، وترتيب آثار العقود ، وبيان الالتزامات المتقابلة على وِفق المتعارف، إذا لم يصادم العرف نصًّا تشريعيا في القرآن والسُّنة.))

وقال في موطن آخر : ((حقيقة هذا التَّقسيم : استعمال النَّاس بما يحقق لهم المصالح بيسرٍ وسهولةٍ ، ويقيم جسور ارتباطٍ وانتفاعٍ في العلاقات الاجتماعية.))[١٣٥]

واختلف العلماء في تخصيص العرف العمليِّ للنَّصِّ العامِّ ، والرَّاجح أنَّه يُخصِّصه .

قال ابن أمير حاج : ((الْعُرْفُ الْعَمَلِيُّ لِقَوْمٍ مُخَصِّصٌ لِلْعَامِّ الْوَاقِعِ فِي مُخَاطَبَتِهِمْ وَتَخَاطُبِهِمْ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيَّةِ.))[١٣٦]

قال ابن عابدين : ((تخصيص النّصِّ بالتَّعامل جائزٌ ، ألا ترى أنَّا جوَّزنا الاستصناع للتَّعامل ، والاستصناع بيع ما ليس عنده ، وأنَّه منهيٌّ عنه .

وتجويز الاستصناع بالتَّعامل تخصيصٌ منَّا للنَّص الذي ورد في النَّهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا تركٌ للنَّصِّ أصلاً ، لأنَّا عملنا بالنَّصِّ في غير الاستصناع.))[١٣٧]

تطبيقات العرف العملي.

أولا : ما يتعلق بصيغة العقد .

ذكر الباحث أثناء الحديث عن تطبيقات العرف اللفظي معنى صيغة العقد ، وهي :

ما يصدر من المتعاقدين من ألفاظٍ ، أو ما يقوم مقامها ، والتي تدلُّ على قيامهما بعقدٍ من العقود .

---

[١٣٣] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص١٩.

[١٣٤] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٦٨.

[١٣٥] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١١٥، و ص١٠٨.

[١٣٦] ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج١، ص٢٨٢.

[١٣٧] ابن عابدين، نشر العرف، ج٢، ص١١٦.

ولما كان أساس التَّعاقد قائماً على التَّراضي ، والتَّراضي أمرٌ باطنيٌّ ، كان لا بدَّ من وجود ما يدلَّ عليه ويوضِّحه ويُظهره .

فمن ذلك : اللفظ الدَّالُّ على التَّراضي ، أو ما يقوم مقامه .

ويقوم مقام اللفظ الآتي :

١- المُبادلة الفعليَّة الدَّالَّة على التَّراضي ، والتي تُسمَّى بيع التَّعاطي .

٢- المُكاتبة .

٣- الإشارة المَعْهودة من الأخرس .

ولقد تمَّ الحديث عن اللفظ الدَّالِّ على التَّراضي في العرف اللفظي ، أمَّا ما يقوم مقامه فسيتناوله الباحث في هذا القسم .

المسألة الأولى: بيع المعاطاة (التَّعاطي) .

تعريف بيع المُعاطاة : هو المُبادلة الفعليَّة الدَّالَّة على التَّراضي .[١٣٨]

ففيه يدفع المشتري الثَّمن ، ويقبض السِّلعة المُشتراة بدون إيجابٍ أو قبول .

ومثَّلوا له : بِأَنْ يُعْطِيَ الْمُشْتَرِي لِلْخَبَّازِ مِقْدَارًا مِنْ الدَّرَاهِمِ ، فَيُعْطِيَهُ الْخَبَّازُ مِقْدَارًا مِنْ الْخُبْزِ ، بِدُونِ تَلَفُّظٍ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ . أَوْ أَنْ يُعْطِيَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ لِلْبَائِعِ ، وَيَأْخُذَ السِّلْعَةَ ، وَيَسْكُتَ الْبَائِعُ .[١٣٩]

فالمُعاطاة تكون بالاستلام والتَّسليم من الطَّرفين ، أمَّا قبض أحد البدلين فقط ففيه خلاف .

قال ابن نُجيم : ((وحقيقة التَّعاطي وضع الثَّمن ، وأخذ المثمَّن عن تراضٍ منهما ، من غير لفظٍ . وهو يفيد أنَّه لا بدَّ من الإعطاء من الجانبين ؛ لأنَّه من المُعاطاة ، وهي مُفاعلةٌ ، فتقتضي حصولها من الجانبين ، كالمُضاربة ، والمُقاسمة ، والمُخاصمة ، وعليه أكثر المشايخ))[١٤٠]

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع المعاطاة بين مجيزٍ ومانعٍ .

فالجمهور على جوازه في الأشياء الخسيسة والنَّفيسة .

والشَّافعيَّة لم يُجيزوه ، وقد أجاز بعضهم العمل به في الأمور الخسيسة فقط .[١٤١]

---

[١٣٨] مجلة الأحكام العدلية، المادة:١٧٥، ص٣٦.

[١٣٩] المرجع السابق

[١٤٠] ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٢٩١ .

[١٤١] انظر في تفصيل حكم بيع المعاطاة :

ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٣، ص١٨٧.

والنووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، ص١٦٢ .

وابن قدامة المقدسي، المغني،(مكتبة القاهرة ، بدون طبعة ، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) ج٣، ص٤٨١.

سبب الخلاف أنَّ عقود البيوع كانت محدودة الانتشار قديماً ، فكان لا بدَّ من التَّراضي الحقيقي بين العاقدين، امتثالاً لقوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩]

والتَّراضي لا يكون في رأي الشَّافعية إلَّا بإظهاره وتوضيحه ، ولا يكون ذلك إلا باللفظ الصَّريح .

أمَّا الجمهور فذهبوا إلى أنَّ التَّراضي وإنْ كان لا بدَّ منه ، ولكنَّه كما يظهر باللفظ ، فإنَّه كذلك يظهر بالفعل ، ويكون الفعل دالًّا عليه ، لذلك أجازوا العمل به وصحَّحوا العقود بناءً عليه .

ولكنَّه يبدو أنَّه مع مرور الزَّمن وتطوُّره ، وفي زماننا خاصة ، أنَّ بيع المُعاطاة أصبح هو السَّائد في البيوع ، حيث تُباع آلاف البضائع في المتاجر في اليوم الواحد ، بدون لفظ بِعتُ أو اشتريتُ ، وذلك لمعرفة النَّاس بأسعار البضائع والمواد ، إمَّا لشُهرة ثمنها ، أو لكتابة ثمنها فوقها في المحلَّات والمُولات .

وقد تعارف النَّاس جميعاً العمل به ، حتَّى صار لا مَناصَ منه الآن .

لذلك غاب الخلاف حول بيع المُعاطاة في زماننا هذا ، وما عُدنا نجد من يتحدَّث عنه ، وذلك لحاجة النَّاس، وتعارفهم عليه في معاملاتهم ، وهو عرفٌ عمليٌّ فعليٌّ ، جرى عليه العمل في كل بلاد العالم وبين النَّاس جميعا .

المسألة الثَّانية : الكِتاب أو المُكاتبة .

الكتاب أو المُكاتبة من التَّصرُّفات التي تنوب عن الألفاظ في عقود المعاملات ، وممَّا يقوم مقامها .

فالأصل في العقود هو التَّراضي بين الطرفين ، والتَّراضي كما أنَّه يحصُل بالإيجاب والقبول باللفظ والكلام بين الطَّرفين ، فإنَّه يحصُل أيضاً بالكتابة .

فإن أرسل شخصٌ لآخر كتاباً فيه : بِعتُك السِّلعة أو الشَّيء بكذا ، فوصل الكتاب للطَّرف الثَّاني وقرأه ، ثمَّ قال : قَبِلتُ ، أو أرسل له الكتاب نفسه ، أو كتاباً آخر وقد كتب عليه قَبِلتُ ، أو رضيتُ ، أو اشتريتُ ، فإنَّ عقد البيع يُعتبر مُنعقداً صحيحاً .

وقد أصَّلَ الفقهاء لهذا المبدأ قاعدةً فقهيةً وهي : الكِتاب كالخِطاب .[١٤٢]

ومن أوائل من أصَّلَ لهذه القاعدة المَرْغِيناني في كتابه الهداية شرح بداية المُبتدي ، حيث قال: ((والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتَّى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب ، وأداء الرِّسالة.))[١٤٣]

[١٤٢] مجلة الأحكام العدلية ، المادة: ٦٩، ص٢٤.

[١٤٣] المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٢٣.

ومعنى القاعدة كما شرحها مُحَمَّد صِدقِي آل بُورْنُو هي :

((قاعدة: (الكتاب كالخطاب) :

تُفيد أنَّ العبارات الكتابيَّة كالمخاطبات الشَّفهيَّة ، لأنَّ المُراد بالخطاب هنا المخاطبةُ والمكالمةُ ، فما يترتَّب على المكالمات الشَّفويَّة يترتَّب على المكالمة والكتابة ، وكما قيل: القلم أحد اللسانَين، والكتابة ممَّن نَأَى بمنزلة الخطاب ممَّن دَنا.

والرَّسول ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرِّسالة إلى النَّاس كافَّة ، وبلَّغهم بالكتاب مرَّةً وبالخطاب أُخرى ، والقرآن أصْلُ الدِّين قد وصل إلينا بالكتاب بعد "أن" ثبت بالحجة .

والكتابة على هذا معمولٌ بها سواءٌ كانت من الجانبين ، كما لو كان رجلٌ في مكَّة فكتب إلى آخر في دمشق: بِعْتُك داري الكائنة في دمشق أو غيرها ، وذكر أوصافها وحدودها والمبلغ الذي سيبيعها به ، فكتب إليه الآخر: اشْتَرَيْتُ منك الدَّار المذكورة ، فيُعقد البيع بينهما كالمُشافهة .

أم كانت الكتابة من جانبٍ واحدٍ كما لو قال المكتوب إليه في دمشق حَالَ قراءة الكتاب في المجلس: اشْتَريتُ، أو خاطبه بالقبول هاتِفيًا.))[١٤٤] اهـ

يتبيَّن من كل ذلك :

- أنَّ الكتابة في إنشاء العقود الماليَّة جائزةٌ قديماً وحديثاً .
- الكتابة معمولٌ بها سواءٌ كانت من الجانبين ، أمْ كانت من جانبٍ واحدٍ ، وحصل القبول من الجانب الآخر بغير الكتابة ، كقوله قَبلتُ ، أو راسله بأحد وسائل الاتِّصال الحديثة .

شروط صحَّة العقود المبنيَّة على المُكاتبة .

ولصحَّة العقود المبنية على الكتابة شروطٌ ، وقد بيَّنها الشيخ أحمد بن مُحَمَّد الزَّرقا في شرح القواعد الفقهية ، قال في كتابه:

(("الْكتاب" المُستبين المَرْسُوم الصَّادِر من الْغَائِب " كالخطاب " من الْحَاضِر. وَكَذَا الْإِرْسَال؛ حَتَّى إِنَّه يعْتَبر فيهمَا مجْلِس بُلُوغ الْكتاب ومجلس أَدَاء الرسَالَة.

وَالتَّقْيِيد بالمُستبين لإِخْرَاج غير المُستبين، كالكتابة على المَاء أَو الْهَوَاء فَإِنَّهَا لَا تُعْتَبر.

وَالتَّقْيِيد بالمرسوم، وَهُوَ مَا كَانَ فِيهِ الْخط والمخطوط عَلَيْهِ على الْوَجْه الْمُعْتَاد، ليخرج غَيره.

وَالتَّقْيِيد بالغائب لإِخْرَاج الْحَاضِر، فَإِن كِتَابَته لَا حكم لَهَا.

ثمَّ اعْتِبَار مجْلِس بُلُوغ الْكتاب إِنَّمَا يظْهر فِيمَا يتَوَقَّف على الْقبُول كالعقود، وَفِيمَا يقْتَصر على الْمجْلس من غير الْعُقُود كتفويض الطَّلَاق.))[١٤٥] اهـ

---

[١٤٤] محمد صدقي آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، (بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م) ج١،ص٣٠١. وحرف "أن" ساقط من الأصل فهو من إضافة الباحث .

[١٤٥] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٣٤٩.

يتبيَّن من ذلك أنَّ شروط صحة العقود القائمة على الكتابة هي الآتي :

١- أن يكون الطرفان غائبان بالنِّسبة لبعضهما البعض .
٢- أن تكون الكتابة مُستبينةٌ مرسومةٌ أي متعارف ومعتاد على شكلها وصيغتها كما عبَّر عنها الشيخ أحمد الزَّرقا بقوله : مَا كَانَ فِيهِ الْخط والمخطوط عَلَيْهِ على الْوَجْه الْمُعْتَاد .
٣- القبول في مجلس بلوغ الكتاب .

فصحَّة العقود المبنيَّة على الكتابة أساسُها العرف العملي ، أي ما جرى عليه العمل بين النَّاس وألِفوه وتعوَّدوا عليه في معاملاتهم .

وللكتابة أيضاً شكل يتعارف عليه النَّاس يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

قال ابن الهُمام : ((صُورَةُ الْكِتَابِ أَنْ يَكْتُبَ: أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ بِعْت عَبْدِي مِنْك بِكَذَا. فَلَمَّا بَلَغَهُ الْكِتَابُ وَفَهِمَ مَا فِيهِ قَالَ قَبِلْت فِي الْمَجْلِسِ انْعَقَدَ.))[١٤٦]

وعبَّر عن شكل الكتابة الشيخ أحمد الزَّرقا في شرحه للقاعدة السالف الذكر بقوله :

وَهُوَ مَا كَانَ فِيهِ الْخط والمخطوط عَلَيْهِ على الْوَجْه الْمُعْتَاد، ليخرج غَيره.

وقال مُحَمَّد صِدقِي آل بُورنُو : ((من شروط الكتابة المقبولة التي هي في حكم الخطاب أنْ تكون مُستبينةٌ أي بَيِّنةٌ واضحةُ الخط ، ومُعنونةٌ بأن كانت على الرَّسم المُعتاد ، فلو لم تكن مُستبينةٌ أو غير مُعنونة فلا يُعمل بها إلا بالنِّيَّة أو الإشهاد عليها ، أو الإملاء على الغير، إلَّا في خَطِّ السِّمْسار والبيَّاع والصَّراف ، يكتبون ما عليهم في دفاترهم ، فيُعمل به وإنْ لم يكن مُعنوناً.

والحاصل: أنَّ كل كتابٍ يُحرَّر على الوجه المتعارف بين النَّاس يكون حُجَّةٌ على كاتبه كالنُّطق باللسان.))[١٤٧]اهـ

وفي زماننا أيُّ كتابةٍ مُتعارفٍ عليها ، سواءٌ كانت بين عموم النَّاس ، أو بين صنفٍ مُعيَّن من التُّجَّار ، فهي كتابةٌ مقبولةٌ ، وتدخل في مبحث العرف العملي ، ويصحُّ التَّعاقد بناءً عليها .

وذلك كدفاتر التُّجَّار ، وإشعارات الصَّرَّافة والبنوك ، وبالذَّات أُضيف لكل ذلك في زماننا ما يوثِّق التعامل بالكتابة أكثر مما قبل ، وأكثر من استعمال اللفظ في التَّعاقد ، وهو وضع أرقامٍ مُعتمدةٍ لدفاتر التُّجار وإشعارات الصَّرَّافة والبنوك ، بحيث يُرجع إليها حين التَّنازع ، ولا مجال للتَّحايل أو الخديعة فيها .

وما يُقال في عقود البيع يُقال أيضاً في سائر العقود الماليَّة ، كالإجارة والحوالة .. مع اختلافٍ في بعض الشُّروط ، لا يَسَعُنا تفصيلُها في هذا المَقام .

---

[١٤٦] كمال الدين بن الهمام، فتح القدير، (دار الفكر، بدون طبعة ، وبدون تاريخ) ج٦، ص٢٥٥.

[١٤٧] آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية ،ج١، ص٣٠٢.

المسألة الثَّالثة : الإشارة المعهودة من الأخرس .

الإشارة المعهودة من الأخرس من الأمور التي تنُوب عن اللفظ في العقود الماليَّة ، فهي تدلُّ على الرِّضا من جانب الأخرس .

وقد قعَّد الفقهاء لإشارة الأخرس قاعدةً فقهيةً وهي :

الْإِشَارَاتُ الْمَعْهُودَةُ لِلْأَخْرَسِ كَالْبَيَانِ بِاللِّسَانِ.[١٤٨]

شرح القاعدة :

" الْإِشَارَة الْمَعْهُودَة " أَي الْمَعْلُومَة الْمُعْتَادَة " للأخرس " الْأَصْلِيّ، بعضو من أَعْضَائِهِ كَيده أَو رَأسه مُعْتَبرَة " كالبيان بِاللِّسَانِ " وقائمة مقَامه فِي كل شَيْء غير الْحُدُود وَالشَّهَادَة.

وَذَلِكَ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاق وَالْعتاق وَالْبيع وَالْإِجَارَة وَالْهِبَة وَالرَّهْن وَالْإِبْرَاء وَالْإِقْرَار وَالْإِنْكَار وَالْحلف والنكول، وَكَذَا الْقصاص فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي أُخْرَى: هُوَ كالحدود وَالشَّهَادَة لَا يثبت بإشارته.[١٤٩]

قال السُّيوطي : (([الْقَوْلُ فِي الْإِشَارَةِ]

الْإِشَارَةُ مِنْ الْأَخْرَسِ مُعْتَبَرَةٌ، وَقَائِمَةٌ مَقَامَ عِبَارَةِ النَّاطِقِ، فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهِبَةِ، وَالرَّهْنِ، وَالنِّكَاحِ، وَالرَّجْعَةِ، وَالظِّهَارِ. وَالْحُلُولِ: كَالطَّلَاقِ، وَالْعَتَاقِ، وَالْإِبْرَاءِ، وَغَيْرِهِمَا، كَالْأَقَارِيرِ ؛ وَالدَّعَاوَى، وَاللِّعَانِ، وَالْقَذْفِ وَالْإِسْلَامِ.))[١٥٠] اهـ

وفي زماننا تطوَّرت إشارات الخُرس حتَّى صارت تُدرَّس في مدارس خاصَّة ، وتحولت إلى لغةٍ كاملةٍ ، وهي تختلف باختلاف البيئات والبلاد أحيانا تبعا لما تَعوَّده النَّاس وتعاملوا به وعهدوه من استخدام الخُرس لها .

وهناك مساعٍ لتوحيد هذه اللغة على مستوى العالم تحت مسمَّى ((لغة جستينو))

وبالنتيجة : بإمكاننا القول بأنَّ إشارات الأخرس تُعتبر عرفاً عمليًا ينوب عن اللفظ في التَّعاملات والعقود ، فهو ممَّا جرى عليه العمل قديماً وحديثاً باتفاق .

---

[١٤٨] مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٧٠ ، ص ٢٤.

[١٤٩] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٣٥١.

[١٥٠] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣١٢.

ثانيا : ما يتعلَّق بخِيارات العقود .

تعريف الخِيار : هُوَ طَلَبُ خَيْرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ إمْضَاءِ الْعَقْدِ أَوْ فَسْخِهِ .[١٥١]

الحكمة من تشريع الخِيارات :

الحكمة من تشريع الخِيارات هو الرِّفق بالمُتعاقِدَين كما ذكره الخطيب الشِّربيني .

إذ الأصل في العقود هو الإمضاء واللزوم بمجرَّد انتهاء مجلس العقد وتفرُّق الطَّرفين ، ولكنْ رفقاً بالمتعاقدين من كونهما قد استعجلا العقد ، ولم يفكِّرا بعواقبه ، شُرِعت الخِيارات ، فصار العقد غيرَ لازمٍ ، يَحِقُّ لكلِّ طرفٍ فسخه أو إمضاءه .

والخِيارات أنواعٌ قد أوصلها البعض إلى عشرين نوعاً ، وأهمها :

١- خِيار الشَّرط .
٢- خِيار العيب .
٣- خِيار المجلس .
٤- خِيار الرُّؤية .

ولبعض أحكام الخِيارات صِلةٌ بالعرف وما يجري به التَّعامل بين النَّاس ، ومن هذه المسائل الآتي :

المسألة الأولى : ما يُعدُّ عيباً في خِيار العيب .

المقصود بخِيار العيب ، أنَّ المشتري إذا اكتشف في السِّلعة التي اشتراها عيباً يُنقص من قيمة السِّلعة ، أو يُفَوِّت منفعتها ، فله الخِيار بردِّ السِّلعة، واستلام الثَّمن، أو إمضاء البيع .

وأصل خِيار العيب حديث النَّبيﷺ : «المسلم أخو المسلم . ولا يحلُّ لمسلمٍ باع من أخيه بيعاً ، فيه عيبٌ ، إلا بيَّنه له.»[١٥٢]

وتقدير ما يُعدُّ عيباً ممَّا لا يُعدُّ راجعٌ للعرف وما تعامل به النَّاس .

قال القُدوري : ((إذا اطَّلع المشتري على عيبٍ في المبيع فهو الخِيار: إن شاء أخذه بجميع الثَّمن ، وإن شاء ردَّه ، وليس له أنْ يُمسكه ويأخذ النُّقصان . وكلُّ ما أوجب نقصان الثَّمن في عادة التُّجَّار فهو عيب.))[١٥٣]

وقال المَرغِيناني : ((قال: "وكلُّ ما أوجب نقصان الثَّمن في عادة التُّجَّار فهو عيب"؛ لأن التَّضرُّر بنقصان المالية ، وذلك بانتقاص القيمة ، والمَرجِع في معرفته عرف أهله.))[١٥٤]

---

[١٥١] الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) ج٢، ص٤٠٢.

[١٥٢] ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجه (دار الفكر، ت: محمد فؤاد عبد الباقي،) باب من باع عيبا فليبينه ، رقم:٢٢٤٦ .
قال ابن حجر العسقلاني في الفتح: إسناده حسن. انظر فتح الباري، ج١٦،ص٢٤.

[١٥٣] أبو الحسين القدوري، مختصر القدوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت : كامل محمد محمد عويضة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) ص٨١.

وجاء في مجلة الأحكام العدليَّة : ((الْعَيْبُ هُوَ مَا يُنْقِصُ ثَمَنَ الْمَبِيعِ عِنْدَ التُّجَّارِ وَأَرْبَابِ الْخِبْرَةِ.))[١٥٥]

وقال ابن مُفلح الحنبلي[١٥٦] : ((خِيَارُ الْعَيْبِ، وَهُوَ النَّقْصُ أَيْ: مَا نَقَصَ ذَاتُ الْمَبِيعِ أَوْ قِيمَتُهُ عَادَةً . وَفِي " التَّرْغِيبِ " وَغَيْرِهِ: نَقِيصَةً يَقْتَضِي الْعُرْفُ سلامة الْمَبِيعَ عَنْهَا غَائِبًا.))[١٥٧]

فمن اشترى كمِّيَّةً من البيض أو الدِّبس، أو أي نوعٍ من المأكولات ، فوجدها فاسدةً ، أو مُنتهية الصَّلاحية ، فهذا يُعتبر في الأعراف القديمة والحاليَّة عيباً تُرَدُّ به السِّلعة لصاحبها .

وكذلك من اشترى أيَّ نوعٍ من المأكولات المُغَلَّفة أو المُعبَّئة داخل العلب في زماننا ، ثمَّ علم بانتهاء صلاحيَّتها عن طريق التَّاريخ المُدوَّن عليها ، فإنَّ ذلك يُعتبر عيباً مُتعارفاً عليه بين النَّاس في زماننا ، حتَّى ولو كانت السِّلعة غير فاسدةٍ في الحقيقة ، وذلك لغلبة الفساد في السِّلع المُعبَّئة غالباً بعد تجاوز المدة المدوَّنة عليها .

ومن اشترى قطعة لباسٍ من الباعة الجوَّالين ، وقد طُبع على هذه القطعة شعاراً لشركةٍ شَهيرةٍ، ولكنْ ثمنُها أقلُّ بكثيرٍ من ثمن القِطعة المُشابهة التي تباع في مراكزها الرَّئيسيَّة ، ثمَّ اكتشف أنَّ قطعة اللباس التي اشتراها ليست مُصنَّعةً في معامل الماركة المشْهورة ، فلا يُعدُّ ذلك عيباً تُردُّ به السِّلعة ، وذلك للفارق الكبير في السِّعر، ولأنَّ مثل هذه الماركات الشَّهيرة لا تُباع عادةً عند الباعة الجوَّالين ، ولكثرة ما يقع في زماننا مثل هذا التقليد للماركات الشَّهيرة .

المسألة الثَّانية : التَّفرُّق القاطع لخِيار المجلس .

المراد بخِيار المجلس هو فسخ العقد ، أو إمضاءه في مجلس العقد .

وينتهي هذا الخِيار بتفرُّق البائع والمشتري .

وأصْلُ هذه المسألة حديث النَّبي ﷺ : «البيِّعان بالخِيار ما لم يتفرقا»[١٥٨]

وقد اختلف العلماء في بيان معنى التَّفرق ، هل هو تفرُّق الأبدان، أم تفرُّق الأقوال.

ومنشأ الاختلاف هو ما يُعدُّ تفرُّقا في عرف النَّاس وتعاملاتهم .

---

[١٥٤] المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٣٧.

[١٥٥] مجلة الأحكام العدلية ، المَادَّةُ: ٣٣٨.

[١٥٦] هو إبراهيم بن محمد بن مفلح الراميني الأصل، الدمشقيّ، أبو إسحاق، برهان الدين: شيخ الحنابلة في عصره وأعلمهم. من شيوخه: السبكي والذهبي والمزي وابن تيمية ، له مصنفات عديدة منها: النكت على المحرر ، والفوائد السنية على مشكل المحرر لابن تيمية ، والآداب الشرعية ، و شرح المقنع. توفي رحمه الله سنة ٧٦٣هـ . انظر في ترجمته: ابن حجر، الدرر الكامنة، ج٦، ص١٤. وخير الدين الألوسي، جلاء العينين في محاكمة الأحمدين، (مطبعة المدني ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م)ج١، ص٥٢. والزركلي،الأعلام ج٧، ص١٠٧.

[١٥٧] ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) ج٤، ص٨٤.

[١٥٨] البخاري، صحيح البخاري ، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم:١٩٧٣.

قال الجصَّاص : ((والفُرقة المذكورة في قوله: "البيِّعان بالخِيار ما لم يتفرَّقا": عندنا على وجهين:

يجوز أن يريد بها فُرقة الأبدان، ويجوز أن يريد فُرقة الأقوال. فمتى أراد فُرقة الأبدان: كان معناه أنَّ كلَّ واحدٍ من المتعاقِدَين إذا قال لصاحبه: قد بعتك هذا العبد: فله قبوله في المجلس ما لم يفارقه، ولهذا الرُّجوع فيه قبل قبول الآخر، فإن افترقا قبل القبول وتمام البيع لم يكن له القبول ، وانفسخ الإيجاب ، وأفادنا بذلك أنَّ هذا الخِيار مقصورٌ على المجلس دون غيره.

وأمَّا فُرقة القول: فهي أنَّه إذا قال له : قد بعتك هذا العبدَ فله الرُّجوع فيه قبل قبول الآخر، فإنْ قَبِلَه الآخر فقد فارقه بالقول ، فلا خِيار له بعد ذلك.))[١٥٩] اهـ

قال النَّووي : ((والتَّفرُّق أن يتفرقا بأبدانهما ، بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه ، لما روى نافع (أنَّ ابن عمر ﷺ كان إذا اشترى شيئاً مشى أَذْرُعاً ليَجِب البيع ثمَّ يرجع) ، ولأنَّ التَّفرق في الشَّرع مُطْلَقٌ فوجب أنْ يُحمل على التَّفرُّق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه.))[١٦٠]

قال ابن نُجيم: ((إنَّ لفظ التَّفرُّق ورد من الشَّارع ، ولم يُبيِّن حدَّه ، فيجب حمله على ما يُعدُّ تفرُّقاً في العرف.))[١٦١]

ومع تنوُّع وكثرة السِّلع في زماننا ، وكثرة التَّنافس على بيعها ، واختلاف ماهيَّة ما يُعتبر استخداماً لها من عدمه ، فإنَّ التَّفرُّق في البيوع يأخذ منحىً وشكلاً آخر .

فبعض مراكز بيع الألبسة في زماننا تقبل بإعادة بعض أنواع الألبسة من المشترين بناءً على طلب المشتري ، وذلك خلال مُدَّةٍ مَعلُومةٍ مُحدَّدةٍ سلفاً ، مع ذكر أسباب إعادة المُشتري للألبسة ، وذلك بشروطٍ وهي :

١- أنْ لا يكون قد استعملها .
٢- أنْ لا يكون قد أزال أوراق البارْكُود والسِّعر منها .
٣- وبشرط الاحتفاظ بفاتورة البيع ، حتَّى يتمَّ التَّأكُّد من شرائها من نفس المكان .

وهذا عرفٌ عمليٌّ لدى كثيرٍ من مراكز بيع الألبسة في زماننا ، مع استثناءاتٍ خاصَّة لبعض الأنواع التي قد تُشترى بغرض استخدامها لمرَّةٍ واحدة .

ثالثا : ما يتعلَّق بتَوابع المبيع وتَوَابع العمل .

يُقصد بتَوابع المبيع وتَوابع العمل : ما كان جزءً من المبيع أو جزءً من العمل بحيث لا ينفكُّ عنه عادة .

وقد مثَّل الفقهاء للتَّوابع بقاعدةٍ أساسيَّةٍ تتضمَّن قواعد فرعيةً كثيرة ، وهذه القاعدة هي : التَّابع تابع .[١٦٢]

قال الحَمَوِي[١٦٣] : ((التَّابع تابع . أَيْ غَيْرُ مُنْفَكٍّ عَنْ مَتْبُوعِهِ.))[١٦٤]

---

[١٥٩] أبو بكر الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، (بيروت: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، ت : عصمت الله عنايت الله محمد وآخرون ، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م) ج٣، ص١١.

[١٦٠] النووي، المجموع ، ج٩، ص١٧٤.

[١٦١] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥٢.

[١٦٢] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١١٧. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص١٠٢.

وقال الشيخ أحمد الزَّرقا : ((" التَّابِع تَابع " أَي التَّابِع لشَيْء فِي الْوُجُود، بِأَن كَانَ جُزْءا مِمَّا يضرّهُ التَّبْعِيض، كالجلد من الْحَيَوَان، أَو كالجزء وَذَلِكَ كالجنين وكالفص للخاتم، أَو كَانَ وَصفا فِيهِ، كالشجر وَالْبناء القائمين فِي الأَرْض، أَو كَانَ من ضروراته، كالطريق للدَّار وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكالجفن والحمائل للسيف. " تَابع " لَهُ فِي الحكم، فَيدْخل الْجَنِين فِي بيع الْأُم تبعا وَإِن لم ينص عَلَيْهِ.))[١٦٥]

وقال مُحَمَّد صِدقي آل بُورْنُو : ((معنى القاعدة: (إنَّ ما كان تابعاً لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يدخل في الحكم مع متبوعه) .

والمُراد بالتَّابع هنا: ما لا يوجد مُستقلًا بنفسه، بل وجوده تابعٌ لوجود غيره ، فهذا لا ينفكُّ حُكمه عن حكم متبوعه.

فإذا بِيعت دابَّةٌ وفي بطنها حَملٌ يدخل الحمل في البيع تَبعاً لأمِّه، ولا يجوز إفراده بالبيع.

الشُّرب وحقُّ المرور في الطَّريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً، ولا يُفردان بالحكم ، فعلى هذا كلُّ ما جرى في العرف على أنَّه من مشتملات المبيع في البيع من غير ذكرٍ، وكذلك ما كان في حكم جزءٍ من أجزاء المبيع ممَّا لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض المشتري ، يدخل في البيع بدون ذكر.))[١٦٦] اهـ

ومن الأمثلة الواضحة للتَّوابع : دخول المفتاح والدَّرج والسَّلالم والنَّوافذ والأبواب حُكماً في بيع الدُّور .[١٦٧]

وفي عصرنا يدخل عَدَّاد المياه والكهرباء والغاز الطبيعي حُكما في بيع البيوت ، وكذلك حَنَفِيَّات المياه والبَانْيُو وخِزَانات المطابخ وغيرها .

وكذلك الأشجار ومُعِدَّات ضخِّ المياه لأحواض ومسابح البساتين والفِلَّات ، كلها تدخل تَبعاً في البيع .

فكلُّ ما ذُكر يُعتبر عرفاً عملياً في المبيع تابعاً له ، وذلك لتعامل النَّاس به وشُيوعه ، فصار لازماً حتَّى ولو لم يُذكر في العقد .

ويدخل في التَّوابع بالإضافة لتوابع المبيع ، توابعُ العمل .

وقد مثَّل الفقهاء لتوابع العمل بعقود الاستئجار للعمل .

فالحِبْر والأقلام في استئجار الكاتب على الكاتب وليست على المُستأجر ، والخَيط والإبْرة في استئجار الخيَّاط على الخَيَّاط ، ومنه عِدَّة المُستصْنَع على العامل وليست على المُسْتَصْنِع .

وأمثلة ذلك في عصرنا كثيرةٌ جداً .

قال ابْن نُجيم : ((وفي استئجار الكاتب ، قالوا الحبر عليه والأقلام ، والخَيَّاط قالوا: الخَيط والإبْرة عليه عملاً بالعرف ، وينبغي أن يكون الكُحل على الكَحَّال للعرف.))[١٦٨]

---

[١٦٣] هو أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي: من علماء الحنفية. حموي الأصل، مصرى. كان مدرسا بالمدرسة السليمانية بالقاهرة. وتولى إفتاء الحنفية. وصنف كتبا كثيرة، منها (غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، وكشف الرمز عن خبايا الكنز وهو في الفقه من أربعة مجلدات . توفي رحمه الله سنة ١٠٩٨هـ انظر في ترجمته : الزركلي، الأعلام، ج١، ص٢٣٩.

[١٦٤] أبو العباس الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ج١، ص٣٦١.

[١٦٥] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٢٥٣.

[١٦٦] آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ج١، ص٣٣١.

[١٦٧] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص٥٤٧.

وجاء في مجلَّة الأحكام العدليَّة : ((كُلُّ مَا كَانَ مِنْ تَوَابِعِ الْعَمَلِ ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ عَلَى الْأَجِيرِ يُعْتَبَرُ فِيهِ عُرْفُ الْبَلْدَةِ وَعَادَتُهَا ، كَمَا أَنَّ الْعَادَةَ فِي كَوْنِ الْخَيْطِ عَلَى الْخَيَّاطِ.))[١٦٩]

وقال مُحَمَّد صِدقِي آل بُورْنو : ((كلُّ ما كان من توابع العقد التي لا ذِكر لها فيه تُحمل على عادة كلِّ بلدٍ وعرفها ، فمثلاً: من استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً فإن الخيوط والأزرار على الخياط، ومن استأجر فلَّاحاً ليحفر أو يحرث فإن أدوات الحفر والحرث على الفلَّاح ، وكذلك من استأجر بنَّاءً ليبني له فإن أدوات البناء وآلاته على البنَّاء.))[١٧٠] اهـ

يتبيَّن من كل ذلك : أنَّ الحكم فيما يتعلق بتوابع المبيع والعمل يَتْبعُ أعراف النَّاس في التَّعامل والشُّيوع . وباعتبار أنَّ المسائل مُستجِدَّةٌ ومُتطوِّرةٌ ، وبالذَّات مسائل الاستئجار للعمل في زماننا من الكثرة بحيث يَصْعُبُ عَدُّها وإحصائُها ، فبإمكاننا القول بأنَّه : لا ضابط لتوابع العمل في زماننا سوى العرف السَّائد ، إلا ما كان من الاتفاق على شرطٍ مُخالف للعرف فيها ، فالمتعاقدان عندها عند شروطهم .

---

[١٦٨] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٨١.

[١٦٩] مجلة الأحكام العدلية، الْمَادَّةُ: ٥٧٤. ص١٠٦.

[١٧٠] أل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ج١، ص٣٣١.

٣.٢المبحث الثَّاني

تقسيم العرف باعتبار شُيُوعه

ويحتوي على مطلبين اثنين

٣.٢.١المطلب الأوَّل : العرف العامُّ وتطبيقاته .

٣.٢.٢المطلب الثَّاني : العرف الخاصُّ وتطبيقاته .

٣.٢.١المطلب الأوَّل : العرف العامُّ وتطبيقاته

تعريف العرف العام : وهو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد ، بين جميع الناس ، في أمرٍ من الأمور.[١٧١]

أو هو : الشَّائع في أغلب البلاد أو كلِّها بين النَّاس ، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم .[١٧٢]

وشيوع العرف يُعتبر شرطاً من شروط العرف ، قال السُّيوطي : ((إنَّما تُعتبر العادة إذا اطَّردت.))[١٧٣]

وقد يكون العرف العامُّ لفظياً أو عمليًّا ، حيث يغلب استعمال جميع النَّاس ، أو أغلبهم للفظٍ يُراد به معنىً تعارفوا على اطلاقه عليه ، يتبادر للذِّهن فوراً حال التَّخاطب ، وإنْ كان معناه يخالف المعنى اللغوي .

قال الزَّرْكَشِي : ((وَأَمَّا الْعُرْفُ الْعَامُّ: فَكَإِطْلَاقِهِمْ الدَّابَّةَ عَلَى ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ أَوْ عَلَى دَابَّةٍ مَخْصُوصَةٍ عِنْدَ قَوْمٍ كَالْفَرَسِ وَالْحِمَارِ، وَمَفْهُومُ الدَّابَّةِ فِي اللُّغَةِ لِكُلِّ ذَاتِ دَبَّتْ سَوَاءٌ ذَوَاتُ الْأَرْبَعِ وَغَيْرُهَا، وَأَهْلُ الْعُرْفِ لَمْ يَضَعُوا اللَّفْظَ لِهَذَا الْمَعْنَى الَّذِي هُوَ ذَوَاتُ الْأَرْبَعِ، وَإِنَّمَا غَلَبَ اسْتِعْمَالُهُمْ لِلَفْظِ الدَّابَّةِ، حَتَّى صَارَ هُوَ الْمُتَبَادِرُ إلَى الذِّهْنِ حَالَةَ التَّخَاطُبِ.))[١٧٤]

وكذلك قد يَغلب على النَّاس في تعاملاتهم السُّكوت عن بعض الأشياء التي لا بدَّ من ذكرها أو تقديرها في التَّعامل ، وذلك بسبب شُيوع مثل هذا التَّعامل بين النَّاس .

والعرف العامُّ يُخَصَّص به النَّصُّ العام .[١٧٥]

---

[١٧١] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٧.

[١٧٢] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٠٨.

[١٧٣] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.

[١٧٤] بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه (الكويت: وزارة الأوقاف، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ج٢، ص٢٣١.

[١٧٥] انظر في تفصيل المسألة: ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج١، ص٢٨٢. وقد نوهت للمسألة مع الأمثلة في مطلب شروط العرف الشرط الثالث في هذه الرسالة ، ومطلب منزلة العرف بين الأدلة فليراجع في مكانه.

تطبيقات العرف العام .

قد يكون العرف العامُ لفظيًّا وعمليًّا .

فإطلاق كلمة اللحم على لحم الضَّأن والبقر والإبل ، وعدم استخدامها في السَّمك يُعتبر من العرف العامِّ الذي صار سائداً ومَعْمُولاً به بين كلِّ النَّاس في كل بلاد العالم .

ومن الأمثلة التي مَرَّت بنا في مبحث تقسيم العرف باعتبار استعماله إلى عرفٍ لفظيٍّ وعرف عملي ، كلُّ ما يتعلق بالإيجاب والقبول من الألفاظ .

فكلُّ ما ذُكر يُعتبر من العرف اللفظيِّ العامِّ الذي لم يجرِ به العمل لولا شيوعه وانتشاره بين النَّاس .

ومن الأمثلة بيع المُعاطاة فهو من العرف العمليِّ العام ، وهذا العرف صار شائعاً وعامًّا بين كل النَّاس في كل بلاد العالم .

فهذه الأمثلة كما أنَّها أمثلةٌ تطبيقيَّةٌ للعرف اللفظيِّ والعمليِّ ، فكذلك هي أمثلةٌ تطبيقيةٌ للعرف العامِّ أيضاً .

فإنْ نُظِر إليها باعتبار استعمالها ، فإنَّها تندرج تحت العرف اللفظيِّ أو العمليِّ ، وإنْ نُظر إليها باعتبار شُيوعها ، فإنَها تندرج تحت العرف العام .

ومن التطبيقات والأمثلة للعرف العامِّ مجموعةٌ من المسائل ومنها الآتي :

المسألة الأولى: تسجيل مبيعات المنقولات وغير المنقولات في سجلات الدولة.

لا يتم نقل ملكية الأشياء الكبيرة والباهظة الثمن كالبيوت والمحلات والأراضي وسائل النقل عامة في هذا الزمن إلا بتسجيلها في سجلات الدولة العقارية أو التجارية ، ولا يكتفى بالنقل أو التخلية ، وهذا عرف عام في جميع بلاد العالم لا يعذر بالجهل فيه أحد .

المسألة الثانية: تحديد الحُمولة .

وذلك لركَّاب الطائرات مثلاً ، فتُقدَّر الحُمولة المجانية التي لا يُؤخذ عليها أجراً بقرابة ال ١٥ كيلو غرام للرَّاكب الواحد ، وما زاد على ذلك من الحمولة فعليه دفع بدلٍ نقديٍّ مقابل كل كيلو .

ويُعتبر تقدير هذه الحُمولة عرفاً عامًّا بين كل الدول .

وكذلك تقدير حُمولة السَّيارات والمركَّبات والشَّاحنات والطَّائرات والبواخر في زماننا هذا .

فكلُّ ذلك يخضع لقوانين دوليةٍ مُتَّفقٌ عليها غالباً ، فصارت عرفاً عامًّا معمولاً به .

٣.٢.٢المطلب الثَّاني : العرف الخاصُّ وتطبيقاته

<u>تعريف العرف الخاص:</u> وهو الذي يكون مخصوصاً ببلدٍ أو مكانٍ دون آخر، أوبين فئةٍ من النَّاس دون أخرى .

قال الدكتور وهبة الزُّحَيلي : ((هو الذي يختصُّ ببلدةٍ مُعيَّنةٍ أو فئةٍ من النَّاس ، كأهل حِرفة ما دون غيرها)).[١٧٦]

وهذا النَّوع من العرف متنوِّعٌ كثيرٌ مُتجدِّدٌ ، لا تُحصى صوره ، ولا يقف عنده حدٌّ ، لأنَّ مصالح النَّاس وسُبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلائقهم متجددةٌ أبداً. [١٧٧]

وقد يكون العرف الخاصُّ أيضاً لفظيًّا أو عمليًّا.

وشرط هذا العرف أيضاً العموم والاطِّراد. وذلك للقاعدة الفقهيَّة: إنما تُعتبر العادة إذا اطَّردت أو غلبت.

وهذا النَّوع وإنْ كان من شروطه العموم ، إلَّا أنَّ العموم هنا حاصلٌ في بلدٍ دون آخر، أو عند أصحاب مِهنةٍ دون غيرها. فلا يعتبر العرف الخاصُّ إلَّا إذا كان عامًّا عند جميع من يعمل بالمِهنة. فالمعروف بين التُّجار كالمشروط بينهم.[١٧٨]

يقول الدُّكتور مُحَمَّد الزُّحَيلي: ((وهذا العرف الخاصُّ يُطَبَّق على أهله والمتعاملين به ، أو على أصحاب المِهنة أو الحِرفة فقط ، أو على أهل البلد الذي جرى فيه ، ولا يُطَبَّق خارج هذه الحدود.))[١٧٩]

ولا عبرة هنا بعادات بعض الأشخاص التي تعوَّدوا عليها فيما بينهم ، فهي فاقدةٌ لشرط العموم والاضطراد، وتركها لا يوقع النَّاس في حرج ، والاحتكام إليها يوجب الاضطراب والخلل في المعاملات ، حيث يدَّعي كلُّ طرفٍ أنَّ تصرُّفه هو الموافق للعرف والعادة .

يقول السُّيوطي: ((إنَّما تُعتبر العادة إذا اضطَردت، فإنْ اضطربت فلا.))

وضرب لذلك مثالاً فقال: ((باع شيئاً بدراهم وأطلق. نزل على النَّقد الغالب . فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان ، وإلَّا يبطل البيع.))[١٨٠]

ولا فرق بين العرف العامِّ والخاصِّ إذا كان كلٌّ منهما مُطَّرداً أو مستمراً العمل به ، أو غالباً شائعاً في أكثر الحوادث ، إلَّا في العموم والخصوص. فالعامُّ يشمل جميع البلاد وجميع النَّاس أو أغلبهم ، والخاصُّ مقصورٌ على فئةٍ معينة .[١٨١]

---

[١٧٦] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٠٨.
[١٧٧] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٨.
[١٧٨] مجلة الأحكام العدلية ، رقم:٤٤.
[١٧٩] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٦٩.
[١٨٠] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.
[١٨١] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١١٧.

قال السُّيوطي: ((العرف الخاصُّ هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام؟ والظَّاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة.))[١٨٢]

تطبيقات العرف الخاص.

كما أنَّ العرف العامَّ يكون لفظيًّا وعمليًّا ، فكذلك العرف الخاصُّ يكون مثله .

ومن الأمثلة التي مرَّت بنا في مبحث تقسيم العرف باعتبار استعماله إلى عرف لفظيٍّ وعرف عمليٍّ :

- البيع مع عدم التَّصريح بقبض الثَّمن حالاً أو مؤجلاً ، نقداً أو تقسيطاً .

فهو إنْ نظرنا إليه باعتبار استعماله ، فإنَّه يندرج تحت العرف اللفظي ، وإنْ نظرنا إليه باعتبار شيوعه فإنَّه يندرج تحت العرف الخاص .

فهو متعارفٌ عليه بين بائعي سِلعة ما لأصحاب المِهن المعروفة لديهم ، فشيوعه بين أهله ومن اعتاد التَّعامل بهذه الطَّريقة فقط ، وليس عامًّا يشمل جميع الناس أو أغلبهم .

قال الشيخ مصطفى الزَّرقا في معرض حديثه عن العرف الخاص : ((ومنه عرف التُّجَّار في بعض البلاد أنْ يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مُقَسَّطاً إلى عددٍ معلوم من الأقساط.))[١٨٣]

- وكذلك الكتاب أو المُكاتبة .

وخصوصاً صِيغ المُكاتبة التي تُخصِّصها الشَّركات التي تتعاقد عن طريق الانترنت لبيع منتوجاتها ، حيث تضع صيغةً خاصَّة فيها ، وتُخصِّص أوراقاً لملئها من قبل المشتري .

فهذه الطَّلبات التي يجب ملؤها تختلف صيغتها بين شركةٍ وأخرى ، فهي متعارف عليها بين الطَّرفين ، وليست عامَّة في شراء أيِّ شيءٍ من كُل الشَّركات ، فلِكلِّ شركةٍ صيغةٌ وبياناتٌ خاصَّةٌ يجب ملؤها .

- والإشارة المعهودة من الأخرس .

فهذه الإشارة المقبولة مُختصَّة بالأخرس ، ولا تُقبل من غير الأخرس . فشُيوعها خاصٌّ بالخُرس لا تتعدَّاهم ، لذلك تندرج تحت العرف الخاصِّ لا العام .

فكلُّ ما ذُكر من الأمثلة السَّابقة إنْ نظرنا إليها باعتبار استعمالها ، فإنَّها تندرج إمَّا تحت العرف اللفظي أو العملي ، أمَّا إنْ نظرنا إليها باعتبار شيوعها ، فإنَّها تندرج تحت العرف الخاص .

---

[١٨٢] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.

[١٨٣] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٨.

ومن التَّطبيقات والأمثلة للعرف الخاصِّ مجموعة من المسائل ومنها الآتي :

المسألة الأولى : أُجرة العمل في المِهن المختلفة.

العرف العامُّ بين أصحاب غالب المِهن بالنِّسبة للأجرة هو: أنَّ المُعَلِّم هو الذي يعطي أجرةً لمن يعمل معه ، وذلك مقابل التَّعب والتَّشغيل .

بينما هناك عرفٌ خاصٌّ بين أصحاب بعض المِهن وهو: أن المُعَلِّم هو الذي يأخذ أجرة ممَّن يعمل معه ، وذلك مقابل تعليمهم المِهنة.

وهناك عرفٌ خاصٌّ أيضاً عند البعض وهو : أن المُعَلِّم لا يُعطي ولا يأخذ أيَّ أُجرةٍ ممَّن يعمل معهم ، وذلك لتشغيلهم وتعليمهم المِهنة في نفس الوقت.

جاء في مجلَّة الأحكام العدلية : ((مَنْ أَعْطَى أُسْتَاذًا وَلَدَهُ لِيُعَلِّمَهُ صَنْعَةً مِنْ دُونِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ أُجْرَةً فَبَعْدَ تَعَلُّمِ الصَّبِيِّ لَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنْ الْآخَرِ أُجْرَةً يُعْمَلُ بِعُرْفِ الْبَلْدَةِ وَعَادَتِهَا.))[١٨٤]

كلُّ ذلك يُعتبر عرفاً خاصًّا عند أصحاب المِهن المتنوعة ، لا يجوز تعميمها ، بل يَعمل بها كلُّ صاحب مِهنة بما تعارف عليه أهل المِهنة وبما شاع من العمل بينهم ، فشيوع هذا العرف يعتبر شيوعاً بين أهله فقط ، فهو إذاً من العرف الخاص .

ولكنْ إنْ اتَّفق الطرفان وشرَطَا شرْطاً مُخالفاً لما هو متعارف عليه ، فإنَّ العبرة بالشَّرط عندها ولا يعمل بالعرف.

المسألة الثَّانية : كَفَالة المَبيعات .

وهذا خاصٌّ في العقود المتعلِّقة ببيع الأجهزة الكهربائيَّة أو الإلكترونيَّة ، كالبرَّادات والغسَّالات وأفران الغاز وأجهزة التِّلفاز والهاتف ..

فالعرف جارٍ في بعض البلاد على البيع مع كفالتها لمدَّةٍ معينةٍ من الزَّمن ، بحيث إذا طرأ عليها خلٌ فإنَّ منْ حقِّ المشتري إعادتها ، أو إصلاحها مجَّاناً .

وهذا العرف يختلف باختلاف السِّلع المَبيعة وجودتها ، لذلك تزداد مُدَّة الكفالة بقدر ازدياد وارتفاع الجودة ، وهُنا يحصُل التَّنافس بين الشَّركات .

وقد لا تُوجد الكفالة في بعض السِّلع ، وخصوصاً في السِّلع ذات الجودة المُنخفضة .

[١٨٤] مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٥٦٩، ص١٠٦. ويقصد بالأستاذ في ذلك الزمن صاحب الصنعة أو المهنة .

فكلُّ ذلك يُعتبر من العرف الخاصِّ بكلِّ شركة ، فما تعارفته الشَّركة الفُلانيَّة في شروط بيعها قد يختلف عمَّا تتعارفه الشَّركات الأخرى أو المصانع الأخرى ، وذلك من حيث وجود الكفالة من عدمها ، أو من حيث مُدَّة الكفالة، أو من حيث شروط الكفالة .

المسألة الثَّالثة : أُجرة السِّمسار في المكاتب العقاريَّة .

تكون أُجرة السِّمسار[١٨٥] في المكاتب العقاريَّة على البائع في بعض البلاد ، بينما تكون على المشتري في بلادٍ أُخرى ، وقد تكون على البائع والمشتري في بعضها الآخر.

فكلُّ ذلك يُعتبر من العرف الخاصِّ بكل بلد ، فالعبرة بما تعامل به النَّاس بينهم في كل بلد ، ولا يجوز تعميم العرف على كل البلاد .

المسألة الرَّابعة : تعارف التُّجار على تسجيل المبيعات في دفترٍ خاص .

فدفاتر التُّجَّار حجةٌ عليهم ، فإنْ حصل تنازع بين البائع والمشتري حول قبض ثمن المبيع أو نوعه ، وتبيَّن أنَّ البائع قد سجَّل المبلغ مقبوضا في دفتره مثلاً ، فالعبرة عندها بما سجَّله التَّاجر في دفتره ، لأنَّ التُّجَّار مأمورين بالحفاظ على دفاترهم من العبث وأنْ لا تطالها الأيدي .

وهذا العرف يختلف من بلدٍ لآخر ، ومن سِلعةٍ لأُخرى ، بناءً على ما اعتادوه من طريقة تثبيت العقود بين تجار كلِّ بلدٍ ، وبناءً على ذلك تختلف دفاتر التُّجار عن بعضها . لذلك يُعتبر هذا العرف من العرف الخاصِّ بين أهله .

المسألة الخامسة : عرف التُّجَّار ألا تُقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النُّقود الصَّغيرة في الصَّفقة الواحدة إلا بنِسبةٍ معينة.[١٨٦]

وذلك لصعوبة حملها ونقلها وتخزينها والتَّعامل بها إنْ كانت كثيرة .

المسألة السَّادسة : دفع أثمان البضاعة المُؤجَّلة كلَّ يوم خميسٍ أوكلَّ يوم سبت .

وذلك بحسب اليوم المُخصَّص للعطلة في كل بلد .[١٨٧]

---

[١٨٥] السِّمْسارُ، بالكسر: المُتَوَسِّطُ بين البائِعِ والمُشْتَرِي ، ج: سَماسِرَةٌ، ومالِكُ الشيءِ، وقَيِّمهُ، والسَّفيرُ بين المُحِبِّينَ. وأصل الكلمة فارسية مُعَرَّبة . انظر الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، ج١، ص٤١٠.

[١٨٦] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٨.

[١٨٧] المرجع السابق .

وقد يتداخل العرف العامُّ والخاصُّ في موضوعٍ واحد ، فيُعتبر بحسب المسائل ، فيُعدُّ في بعضها عرفاً عامًّا ، وفي بعضها الآخر عرفاً خاصًّا . ومن هذه المواضيع :

مسألة : عرف التُّجَّار فيما يُعد عيبا يُنقص الثَّمن في البضاعة المَبيعة ، أو لا يُعد عيباً. [١٨٨]

وقد تطرَّقت للمسألة مع بعض الأمثلة أثناء الحديث عن العرف العملي ، وذكرت من الأمثلة الآتي:

- من اشترى كمِّيَّةً من البيض أو الدِّبس أو أيِّ نوعٍ من المأكولات ، فوجدها فاسدةً أو مُنتهية الصَّلاحيَّة ، فهذا يُعتبر في الأعراف القديمة والحاليَّة عَيباً تُرَدُّ به السِّلعة لصاحبها .
- وكذلك من اشترى أي نوعٍ من المأكولات المُغلَّفة أو المُعبَّئة داخل علبٍ في زماننا ، ثمَّ عَلِم بانتهاء صلاحيَّتها عن طريق التَّاريخ المُدوَّن عليها ، فإنَّ ذلك يُعتبر عيباً مُتعارفاً عليه بين النَّاس في زماننا ، حتَّى ولو كانت السِّلعة غير فاسدةٍ في الحقيقة ، وذلك لغَلبة الفساد في السِّلع المُعبَّئة غالباً بعد تجاوز المدَّة المدوَّنة عليها .

وكلُّ ما ذكر من الأمثلة يُعتبر عرفاً عامًّا بين النَّاس لا خلاف فيه .

أمَّا موضوع ما يُعد عيباً يُنقص الثَّمن ، أو لا يُعدُّ كذلك فإنَّه يُعتبر موضوعاً واسعاً ، ويختلف باختلاف عادات وأعراف النَّاس والتُّجَّار في كل بلد .

لذلك يمكن ادراجه في العرف الخاص ، فما كان عيباً عند تجَّار بِضاعةٍ ما في بلدٍ ما قد لا يُعتبر عيباً عند تجَّارٍ بلدٍ آخر .

وحَصْرُ هذه المعاملات من الصَّعب بمكان ، وذلك بسبب كَثرتها وتنوُّعها واختلافها من بلدٍ لآخر ومنْ تُجَّارٍ لآخَرين ، وبسبب تجدُّدها بتجدُّد الأزمنة .

[١٨٨] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٨.

٣.٣المبحث الثَّالث

تقسيم العرف باعتبار موافقته للشَّرع أو مخالفته

ويحتوي على مطلبين اثنين

٣.٣.١المطلب الأوَّل : العرف الصَّحيح وتطبيقاته .

٣.٣.٢المطلب الثاني : العرف الباطل أو الفاسد وتطبيقاته .

٣.٣.١المطلب الأوَّل : العرف الصَّحيح وتطبيقاته

تعريف العرف الصَّحيح:

هو ما اعتاده النَّاس ، دون أن يُصادم الشَّرع ، فلا يُحرِّم حلالاً ولا يُحِلُّ حراماً .[١٨٩]

وعرَّفه الدُّكتور مُحَمَّد الزُّحيلي بقوله : ((هوما تعارفه النَّاس في تحقيق مصالحهم ، وتيسير أمورهم ، دون أنْ يُخالف نصًّا شرعيًّا ، أو حُكماً من الأحكام الثَّابتة بالنَّص أو الاجماع.))[١٩٠]

وهذا النَّوع هو المُسمَّى بالعرف المعتبر عند الفقهاء ، فهو عرفٌ مقبولٌ ، توفَّرت فيه شروط العرف التي ذُكرت في مبحث شروط العرف وهي :

٦- أن يكون العرف مُطَّرداً أو غالباً .

٧- أن يكون العرف عامًّا .

٨- أنْ لا يتعارض العرف مع النُّصوص الشَّرعيَّة أو الإجماع .

٩- أنْ يكون العرف قائماً عند إنشاء التَّصرُّف .

١٠- أنْ لا يُصرِّح الأطراف بما هو خلاف العرف .

والعرف الصَّحيح حُجَّة ، يُرجع إليه في تفسير الوقائع والأحداث ، وتعليل الآراء ، والتَّرجيح بين بعضها البعض ، وفهم الأحكام الشرعية .

---

[١٨٩] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٠٩.

[١٩٠] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٧٠.

تطبيقات العرف الصَّحيح.

يندرج تحت هذا النوع الآتي :

أولاً : كلُّ ما ذُكر من أمثلة العرف اللفظي ، والعملي ، والعرف العام ، والخاص .

فبعض الأعراف إنْ نُظر إليها باعتبار استعمالها فإنَّها تنقسم إلى عرفٍ لفظيٍّ أو عمليٍّ ، وإنْ نُظر إليها باعتبار شُيوعها فإنَّها تنقسم إلى عرفٍ عامٍّ أو خاص ، وجميعها إنْ نُظر إليها باعتبار مُوافقتها للشَّرع أو مخالفتها فإنَّها تنقسم إلى عرفٍ صحيحٍ وعرفٍ باطلٍ .

وجميع ما ذُكر سابقاً من التَّطبيقات والأمثلة تندرج تحت العرف الصَّحيح ، فلقد توفَّرت فيها شروط العرف ، فصارت مُعتبَرةً عند الفقهاء .

ثانياً : الأعراف التي كانت في الجاهليَّة ، وأقرَّها الإسلام أو أمر بها .

كالدِّية على العاقلة[١٩١] ، وبيع السَّلم ، واعتبار العَصَبِيَّة في الولاية والإرث .

ثالثاً : الأعراف التي شهدت لها أدلَّة الشَّريعة بالاعتبار ، وأمرت بالرُّجوع إليها لفهم الأحكام الشَّرعيَّة .

كتحديد مقدار نفقة الوالدة من طعامٍ ولباسٍ ، فالواجب إخراجها على الوالد على قدر الوِسع والمتعارف عليه بين النَّاس . وذلك في قوله تعالى:﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٣٣]

رابعاً : الأعراف المُستحدثة– التي توفَّرت فيها شروط العرف- من زمن نزول الوحي إلى قيام السَّاعة .

وهذا ممَّا لا يمكن حصره ولا إحصاؤه ، لكثرته وتغيُّره بتغيُّر الأزمنة والأمكنة . ومنه :

- تقديم عُربون في عقد الاستصناع .
- قبض المبيع بالتَّخلية أو بالنَّقل .
- ألفاظ البيع والشِّراء والهِبة .[١٩٢]
- العرف المحلِّيُّ والدُّوليُّ في السَّفر بالطَّائرة ، وأنَّ نفقة الرَّاكب ومسؤوليَّته تقع على عاتق شركة الطَّيران منذ تسليمه بطاقة السَّفر حتَّى يصل إلى البلد المُتَّجه إليه ، فإنْ تعطَّلت الطَّائرة في الطَّريق كانت نفقات الأكل والنَّقل والإقامة على الشَّركة .[١٩٣]

---

[١٩١] الْعَاقِلَةُ: الْقَوْمُ تُقَسَّمُ عَلَيْهِمُ الدِّيَةُ فِي أَمْوَالِهِمْ إِذَا كَانَ قَتِيلَ خَطَأٍ. وَهُمْ بَنُو عَمِّ الْقَاتِلِ الْأَدْنَوْنَ وَإِخْوَتُهُ. انظر ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب: عقل .

[١٩٢] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢،ص١٠٩.

[١٩٣] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٧٠.

خامساً : كلُّ عرفٍ كان باطلاً في زمنٍ من الأزمنة لسببٍ من الأسباب ، ثم أصبح صحيحاً لشيوع التَّعامل به .

وهذا النَّوع قد وقع فيه بعض الخلاف بين الفقهاء .

وسبب الخلاف هو : عدم شيوع هذه الأعراف وعدم انتشارها ، وعدم تعامل النَّاس بها في زمانٍ أو مكانٍ ما ، ثمَّ أصبح التَّعامل بها شائعاً ومتعارفاً عليه في زمانٍ أو مكانٍ آخر .

ومن أمثلته :

أولاً : بيع ما لا يُعدُّ مُتَموَّلاً ثمَّ أصبح مُتَموَّلاً مع الزَّمن .

كبيع النَّحل ودود القزِّ .

فلقد منع الإمام أبو حنيفة والإمام أبو يوسف بيع النَّحل ، لأنَّها من الهَوَام ، والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه ، فلا يكون منتَفَعاً به قبل الخروج ، وأجازه الإمام مُحَمَّد والشَّافعيُّ لانتفاع النَّاس به.

أمَّا دُودُ القَزِّ فمنَعه أبو حنيفة ، لأنَّه من الهَوَام ، وأجازه أبو يوسف إذا ظهر فيه القّزُّ تبعاً له ، وعند مُحَمَّد الجواز كيفما كان ، لكونه مُنتفَعَا به .[١٩٤]

قال الزَّيلَعِيُّ في بيع دُودِ القّزِّ : ((لأنَّ النَّاس قد تعاملوه ، فمَسَّت الضَّرورة إليه ، فصار كالاستصناع . والفتوى على قول مُحَمَّد لما ذكرنا.))[١٩٥]

يتبيَّن ممَّا سبق : أنَّ سبب المنع عند من لمْ يُجَوِّز بيع النَّحل ودُود القَزِّ هو : عدم تموُّل هذه الأشياء في زمن الإمام أبي حنيفة ، وعدم شيوع التَّعامل بها بين النَّاس ، بينما شاع هذا النَّوع من التَّعامل في حياة الإمام مُحَمَّد والشَّافعيُّ ومن جاء بعدهم ، لذلك كانت الفتوى على قول الإمام مُحَمَّد في المذهب الحنفي ، ووافقه غالب الأئمَّة ممَّن جاء بعده .

ومثل ذلك الكثير من الأمور التي كانت غير متمَوَّلةٍ في الأزمنة السَّابقة ثمَّ صارت متمَوَّلةً مع تغيُّر الزَّمن، كتمَوُّل الماء والتُّراب والهواء بطُرُقٍ مُتعدِّدةٍ فيها بذل جُهدٍ ووقتٍ ، وكذلك فئران التَّجارب والحشرات وغيرها .

---

[١٩٤] انظر في تفصيل المسألة : أبو الحسين القدوري، التجريد، (القاهرة: دار السلام، ت : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د محمد أحمد سراج ... أ. د علي جمعة محمد، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م) ج٥، ص٢٦٠٩.
وأبو الليث السمرقندي، عُيُون الْمَسَائِل، (بغداد: مطبعة أسعد، ت: صلاح الدِّين الناهي، ١٣٨٦هـ) ص١٣٨.
والمرغيناني، الهداية، ج٣، ص ٤٥.

[١٩٥] جمال الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ) ج٤، ص٤٩.

ثانياً : الشُّروط في البيوع .

الشُّروط في البيوع في المذهب الحنفي تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

١- البيع والشَّرط جائزان: وهو كلُّ شرطٍ يقتضيه العقد ويُلائمه ، كما إذا اشترى جاريةً على أنْ يستخدمها ، أو طعاماً على أن يأكله ، أو دابَّة على أن يركبها .
٢- البيع والشَّرط فاسدان : وهو كلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه، وفيه منفعةٌ لأحد المُتعاقِدَين ، كمن باع سِلعةً على أن ينتفع بها بعد بيعها ، وكمن باع جاريةً على أنْ يطأها .
٣- البيع جائزٌ والشَّرط باطل : وهو كلُّ شرطٍ لا يقتضيه العقد ، وفيه مضرَّةٌ لأحدهما، أو ليس فيه منفعةٌ ولا مضرَّةٌ لأحد، أو فيه منفعةٌ لغير المتعاقدين ، كشرط أنْ لا يبيع المبيع ولا يهَبَه، ولا يلبَس الثَّوب، ولا يركب الدَّابَّة، ولا يأكلَ الطَّعام ، ولا يطأ الجارية.[١٩٦]

ودليل الحنفيَّة في كلِّ ذلك ما روي عن النَّبي ﷺ أنَّه « نهى عن بيعٍ وشرطٍ »

وقد استثنى الحنفيَّة من هذه الشُّروط :

- الشَّرط الذي ورد بجوازه دليلٌ شرعيٌّ ، كشرط الخِيار .
- الشَّرط الذي تعارف النَّاس اشتراطه في تعاملاتهم .[١٩٧]

فالشَّرط الذي قد تعارف عليه النَّاس في تعاملاتهم قد يكون قبل تعارفهم على العمل به شرطاً مُفسداً للبيع ، كمن اشترى شيئاً ، وشرط على البائع نقله لمكانٍ ما ، فهو شرطٌ لا يقتضيه عقد البيع ، ولا يُلائمه ، وفيه مضرَّةٌ لأحد الطَّرفين ، فالبيع والشَّرط فاسدان .

إلَّا أنَّه مع تطور الزَّمان وكثرة المُعاملات وازدياد التَّنافس ، تعارف النَّاس على جملةٍ من الشُّروط في عقود البيع والشِّراء ، منها :

- شرط نقل المبيع إلى بيت المشتري ، وخصوصاً الأشياء الثَّقيلة ، كنقل الحطب أو الفحم أو جِرار الغاز والماء ، أو نقل الأجهزة الكهربائيَّة كالبرَّادات والغسَّالات والأفران ..
- وكذلك تركيب الأجهزة الكهربائيَّة وتجريبها وكفالتها مُدَّةً من الزَّمن .
- وكشرط تقطيع اللحم أو فرمه على الجزَّار .

حتَّى صارت هذه الشُّروط في أغلب المعاملات شُروطاً ضِمنيَّة في البيع ، لا داعي لذكرها في العقد ، لتعارف النَّاس عليها ، وكثرة تعاملهم بها بشكلٍ يومي .

---

[١٩٦] انظر في تفصيل الشروط: ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (القاهرة: مطبعة الحلبي، ت: محمود أبو دقيقة ، "وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها" ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م) ج٢، ص٢٥.
[١٩٧] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٩٢٤.

بيع الوَفاء

ومن أمثلة البيوع التي تعارف النَّاس على اشتراط شروطٍ فيها ليست من مقتضى العقد ، بيع الوفاء عند الحنفيَّة .

وصُورَتُه أنْ يقول البائع للمشتري : بعتُ منك هذا العين بما لك عَلَيَّ من الدَّين ، على أنِّي متى قضيت الدَّين فهو لي ، أو يقول بعتُ منك هذا العين بكذا ، على أنِّي إنْ دفعتُ إليك ثمنك تدفع العين إليَّ .

وبيع الوفاء اخْتُلف في جوازه .

قال البَابُرتِي[١٩٨] : ((وقد اختلف النَّاس فيه ، ومشايخ سَمَرْقَند جعلوه بيعاً جائزاً مُفيداً بعض الأحكام ، وهو الانتفاع به دون البيع والهِبة على ما هو المُعتاد بين النَّاس للحاجة إليه.))[١٩٩]

فبيع الوفاء فيه شرطٌ مفسدٌ للعقد ، لذلك أفتى البعض بعدم جوازه ، ولكنْ لمَّا شاع التَّعامل به بين النَّاس أفتى الكثيرون بجوازه .

ومستندُ الفقهاء في ذلك كما قال الشيخ مصطفى الزَّرقا هو : ((النَّظر إلى عِلَّة الحديث النَّبويِّ الذي نصَّ على منع الشَّرط في البيع ، فقد اعتبروا أنَّ الغرض التَّشريعيَّ منه هو منع سبب المنازعة ، لأنَّ هذه الشروط الزائدة على أصل عقد البيع يُفضي تنفيذُها إلى النِّزاع غالباً ، فرأوا أنَّ العرف إذا جرى على بعضها ينفي النِّزاع، إذ يجعل الأمر معلوماً مألوفاً ، فلا يكون العرف قاضياً على النَّص ، بل موافقا لغرضه وروحه ، ولو كان عرفاً حادثاً.))[٢٠٠]

وقال البَابُرتِي في معرض حديثه عن البيوع مع الشَّرط المتعارف عليه : ((لا يُقال: نهى النَّبي ﷺ عن بيعٍ وشرطٍ ، لأنَّه معلُولٌ بوقوع النِّزاع المُخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المُنازعة ، والعرف ينفي النِّزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث.))[٢٠١]

---

[١٩٨] هو مُحَمَّد بن مَحْمُود بن أَحْمد البابرتي الشَّيْخ أكمل الدّين الْحَنَفِيّ ، نسبته إلى بابرتي قرية في بغداد أو بابرت وهي تابعة لأرظوروم مدينة في تركيا حاليا، من مصنفاته: العناية شرح الهداية في الفقه الحنفي ، والتقرير على أصول البزدوي . توفي رحمه الله بمصر سنة ٧٨٦ هـ. انظر في ترجمته : ابن حجر، الدرر الكامنة، ج٦، ص١. والزركلي، الأعلام، ج٧، ص٤٢.

[١٩٩] أكمل الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، (دار الفكر ، بدون طبعة ، وبدون تاريخ) ج٩، ص٢٣٦.

[٢٠٠] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص٩٢٤.

[٢٠١] البابرتي، العناية، ج٦، ص٤٤٢.

٣.٣.٢المطلب الثَّاني : العرف الباطل أو الفاسد وتطبيقاته

تعريف العرف الفاسد :

وهو ما يتعارفه النَّاس، ويشيع بينهم ، مع مخالفته لحكمٍ شرعيٍّ أو لنصٍّ من النصوص ، بأنْ يُحرِّم حلالاً أو يُحلِّلَ حراماً.

وهذا العرف الفاسد أو الباطل لا قيمة له ، ولا يُعتدُّ به ، ولا يُحتجُّ به ، ولا يُعَوَّلُ عليه باتِّفاق العلماء ، بل هو إثمٌ ووزرٌ وذنبٌ على أصحابه والعاملين به .[٢٠٢]

وهذا النَّوع من الأعراف يترتَّب عليه مفاسد دينيَّةٍ ودنيويةٍ في مجالاتٍ عديدةٍ ، كالتَّربية والأخلاق والأسرة والمجتمع والاقتصاد .

لذلك لا يُعدُّ عرفاً مُعتبراً ، ولا يجوز الرُّجوع إليه حتَّى ولو تعارفه النَّاس جميعاً .

إلَّا إنْ اعتُبِر من الضَّروريَّات أو الحاجيَّات التي لا غِنى للنَّاس عنها ، بحيث يتعرَّض نظام حياتهم لخللٍ أو خَطرٍ إنْ تُرِك التَّعامل به ، فعندها لا بأس بالرُّجوع إليه واعتباره ، ويُنظر إليه حينها من باب الضَّرورات والمصالح لا من باب العرف .

قال الشَّيخ عبد الوهاب خلَّاف : ((أمَّا العرف الفاسد فلا تجب مراعاته ، لأنَّ في مراعاته معارضةُ دليلٍ شرعيٍّ ، أو إبطالُ حُكمٍ شرعيٍّ ، فإذا تعارف النَّاس عقداً من العقود الفاسدة كعقدٍ رِبويٍّ ، أو عقدٍ فيه غررٌ وخطرٌ فلا يكون لهذا العرف أثرٌ في إباحة هذا العقد .

وإنَّما يُنظر في مثل هذا العقد من جهةٍ أُخرى ، وهي أنَّ هذا العقد هل يُعدُّ من ضرورات النَّاس أو حاجياتهم ، بحيث إذا أُبْطِل يختَلُّ نظامُ حياتهم ، أو ينالُهم حرجٌ أو ضِيقٌ أم لا ؟

فإنْ كان من ضروریاتهم أو حاجيَّاتهم فإنَّه يُباح ، لأنَّ الضَّرورات تُبيح المحظورات ، والحاجات تنزِل منزلتها في هذا .

وإنْ لم يكن من ضروريَّاتهم ولا من حاجيَّاتهم يُحكَم ببطلانه ، ولا عبرة لجريان العرف به.))[٢٠٣] اهـ

---

[٢٠٢] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٧٠.

[٢٠٣] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص٩٠.

تطبيقات العرف الفاسد .

لكثرة انتشار بعض الأعراف الفاسدة في المجتمع اعتاد كثيرٌ من النَّاس عليها ، حتَّى أصبحت وكأنَّها جُزءٌ من الحياة لا تنفكُّ عنها .

ومن كثرة إلِفِها صار إنكارها أمراً يدعو للدَّهشة والاستغراب لدى الكثير .

وكلَّما ساد وعمَّ الجهل في المجتمعات أكثر كَثُرَ ظهور وانتشار الأعراف الفاسدة .

وأمثلة الأعراف الفاسدة كثيرةٌ ومُتنوِّعةٌ وتندرج في مجالاتٍ عديدةٍ ، يَذْكُرها العلماء للحذر منها ، ولتِبيان فسادها ، ومنها :

- أعرافٌ فاسدةٌ في الأُسَر : كانتشار الاختلاط بين العوائل بدون ضابطٍ ، وخصوصاً في السَّهرات والحفلات والأعراس ، وعدم الحِشمة في قضايا اللباس بين الرِّجال والنِّساء ، وبين النِّساء بعضهم البعض .
- ومنها أعرافٌ فاسدةٌ في المجتمع : كالتَّهاون في الاختلاط بين الرِّجال والنِّساء في العمل أو الدِّراسة ، وكثرة خروج النِّساء من البيوت بدون حاجةٍ وبدون مَحْرَمٍ ومُصافحة غير المحارم.
- ومنها أعرافٌ فاسدةٌ في الجنائز ودفن الميِّت والتَّعزية : كلِبس السَّواد وخُصوصاً من النِّساء، وإيقاد الشُّموع على المقابر ، وتوزيع الحلوى عند الدَّفن ، وصنع أهل الميِّت طعاماً للمُعزِّين.
- ومنها أعرافٌ في المعاملات الماليَّة : وهو مِحور موضوعنا في هذا البحث . ومن أمثلته :

المسألة الأولى : التَّعامل بالمَيسر .

المَيسر من المُحرَّمات التي حرَّمها الله تعالى في كتابه .

قال الله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [المائدة : ٩٠] .

فهو من كبائر الذُّنوب الَّتي أمر الله باجتنابها ، وقد قرنَ الله تعالى المَيسِر بالخمر والعادات الشِّركيَّة الَّتي كانت مُنتشرةً في الجاهلية كالأنصاب والأزلام ، وذلك زيادةً في تِبيان قُبحه وأثره السَّيِّئ على المجتمع .

وللمَيْسِر صورٌ مُتعدِّدةٌ ومنها :

- القِمار الَّذي انتشر في كلِّ مكانٍ وصار له أماكن خاصَّة يرتادها الكثير من النَّاس .
- ومنها شراء أوراق اليانصيب التي يطلق عليها في تركيا (المِلِّي بيانغو) milli piyango وخصوصاً في رأس السَّنة الميلادية طَمَعاً في ربح الأموال الطَّائلة .

فكلُّ ما ذُكر من الأمثلة ولو انتشرت وشاعت بين كثيرٍ من النَّاس إلَّا أنَّها تُعتبرُ مُنكراً وعرفاً فاسداً لا اعتبار له بين العلماء ، لأنَّها مُحرمةٌ بالنُّصوص الصَّريحة التي لا تحتمل تأويلاً ولا صرفاً لمعانيها ، فالحرام ما حرَّمه الشَّرع لا ما حرَّمه النَّاس .

المسألة الثَّانية : التَّعامل بالرِّبا وسحب الأموال بالفائدة من البنوك .

لقد شاع وانتشر التَّعامل بالرِّبا بين النَّاس ، سواءٌ في القروض بين شخصين ، أو عن طريق سحب المال بالفائدة من البنوك والمصارف ، وذلك لأغراضٍ لا تَدخُل في باب الضَّروريَّات ولا الحاجيَّات فيُفتى بجوازها للضَّرورة ، بل لأغراضٍ تِجاريَّةٍ بَحتةٍ هدفُها زيادة الأرباح فقط .

ولكثرة تعامل النَّاس في زماننا مع المصارف بالفائدة صارت هذه التَّعاملات هي الأساس في معاملات القروض في بعض البلاد ، حتَّى أنَّه لو فكَّر أحد الأشخاص باستقراض مالٍ فلا يخطر على باله إلَّا التَّعامل مع البنوك بالفائدة ، فصار سحب المال من البنوك هو التَّعامل السَّائد والمُتعارف عليه .

وهذا التَّعامل وإنْ شاعَ وانتشر بين كثيرٍ من النَّاس إلَّا أنَّه يُعتبر مُنكراً وعرفاً فاسداً ، لا يُحِلُّ حراماً ولا يُحَرِّم حلالاً ، لذلك لا اعتبار له عند العلماء ولو تعامل به جميع النَّاس .

المسألة الثَّالثة : البيع مع الجهالة بالثَّمن .

وذلك في حالة العرف المُشْتَرك .

قال الدُّكتور فهمي أبو سُنَّة: ((وهو ما تساوى فيه الجري على العادة ، والتَّخلُّف عنها. كالتَّبايع بالدَّراهم المُتساوية في الرَّواج والماليَّة ، فإنَّ العرف المُشترك فاسدٌ ، لا يصِحُّ الرُّجوع إليه ، ولا يُبنى عليه حُكمٌ ، للتَّردُّد في مُراد التَّصرُّف: أهو هذا العرف أو مقابله ، لذا قالوا في هذه الحالةِ: لو باع سِلعةً بدراهم مُطلقةٍ يَفسدُ البيع ، لجهالة الثَّمن.))[٢٠٤] اهـ

وهذا يخالف البيع مع الجهالة بالثَّمن في حالة وجود عرفٍ ثابتٍ أو مرجعيَّةٍ تُحدِّدُ الأثمان، يَحتَكِم إليها النَّاس، أو كان التَّعامل بين الطَّرفين مُتكرِّراً بحيث لا تُفضي الجهالة بالثَّمن إلى التَّنازع كما مرَّ مُفصَّلاً أثناء الحديث عن أحد تطبيقات العرف القولي في مسألة البيع بدون تحديد الثمن .
ولكنَّ المُراد بهذا المثال الجهالة المُفضية للنِّزاع ، والتي تُبطل العقد أو تُفسده .

يتبيَّن من كلِّ ما سبق : أنَّ كلَّ ما تعارف النَّاس على التَّعامل به ، وشاع بينهم ، وأصبح مألوفاً لديهم ، ولكنَّه يُحِلُّ حراماً أو يُحَرِّمُ حلالاً ، فإنَّه لا اعتبار له مُطلقاً عند العلماء ، لأنَّه عرفٌ فاسدٌ ، فلا يجوز الاستشهاد به لتبرير التَّصرُّفات الخاطئة ولو تعامل به جميع النَّاس وأَلِفُوه .

[٢٠٤] أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص٥٧.

٤. الفصل الرَّابع

تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأعراف والأزمان

ويحتوي على مبحثين اثنين :

٤.١ المبحث الأوَّل: القواعد الفقهية وصلتها بالعرف

٤.٢ المبحث الثَّاني: قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان

٤.١المبحث الأوَّل

القواعد الفقهية وصلتها بالعرف

ويحتوي على ثلاثة مطالب

٤.١.١المطلب الأوَّل : تعريف القواعد الفقهية

٤.١.٢المطلب الثَّاني : مصادر القواعد الفقهية وحُجِّيَّتها

٤.١.٣المطلب الثَّالث : صلة القواعد الفقهية ببحث العرف

٤.١.١المطلب الأوَّل : تعريف القواعد الفقهيَّة

معنى القاعدة لغةً :

الأصلُ والأسَاس لما فوقه . وجمعها : قواعد .

فقواعد البيت : أساسه الذي يُبْنى عليه ، وقواعد الهَودج[٢٠٥] : خشباتٌ أربعٌ مُعترضةٌ في أسفله تُرَكَّبُ عِيدان الهَودج فيها .

ومن ذلك قول الله تعالى : ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾ [البقرة : ١٢٧]

ومنه أيضاً قوله تعالى : ﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ﴾ [النحل : ٢٦][٢٠٦]

معنى القاعدة اصطلاحاً :

من المعنى اللغويِّ للقاعدة وهو الأصل والأساس لما فوقه يُؤخذ المعنى الاصطلاحي .

فالقاعدة الفقهيَّة هي الأصل والأساس لما فوقها ، حيث أنَّها تَجمع فروعاً فقهيَّةً من أبوابٍ شتَّى.

وقد عرَّفها السُّبُكِيُّ بأنَّها: ((الأمرُ الكُلِّيُّ الذي يَنْطبق عليه جُزئيَّاتٌ كثيرةٌ يُفهَم أحكامها منها))[٢٠٧]

وعرَّفها الجُرجَانيُّ بأنَّها : ((قضيَّةٌ كُلِّيَّةٌ مُنطبقةٌ على جميع جُزئيَّاتها.))[٢٠٨]

فهي قَضِيَّة كُلِّيَّة من حَيْثُ اشتمالها بِالْقُوَّةِ على أَحْكَامِ جُزئيَّات موضوعها.

والجُزئيَّات يُطلق عليها الفروع الفقهيَّة .[٢٠٩]

---

[٢٠٥] والهَوْدَجُ: مَرْكَبٌ لِلنِّساءِ يُضرب على ظهر البعير. انظر ابن فارس، معجم مقاييس اللغة. والفيروز أبادي، القاموس المحيط ، باب : هدج .

[٢٠٦] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة. وابن منظور، لسان العرب، مادة : قعد .

[٢٠٧] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١١.

[٢٠٨] السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م) ص١٧١.

[٢٠٩] أبو البقاء الكفوي، الكليات، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ت : عدنان درويش - محمد المصري، بدون طبعة، وبدون تاريخ) ص٧٢٨.. يتبع

والكفوي هو أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء ، كان من قضاة الأحناف. عاش وولي القضاء في (كفه) بتركيا، وبالقدس، وببغداد. من تصانيفه : الكليات ، وله كتب أخرى بالتركية منها تحفة الشاهان في فروع الحنفية ، توفي رحمه الله سنة ١٠٩٤هـ

التَّعريف المُختار للقاعدة الفقهيَّة :

هي حُكمٌ شرعيٌّ عمليٌّ كُلِّيٌّ ينطبق على مسائل من بابين فأكثر .

شرح التَّعريف :

حكم : وصفٌ لمضمون القاعدة ، فمضمون القاعدة الفقهيَّة هو الحُكم .

شرعي : قيدٌ لإخراج الأحكام غير الشَّرعية كأحكام القواعد النَّحْويَّة والبلاغيَّة والمنطقيَّة وغيرها ممَّا ليس بشرعي .

عملي : قيدٌ لإخراج الأحكام الاعتقاديَّة والأُصوليَّة .

كُلِّي : قيدٌ لإخراج الأحكام الجُزئيَّة .

ينطبق على مسائل من بابين فأكثر : قيدٌ احترازيٌّ للفرق بين مصطلح القاعدة الفقهيَّة ومصطلح الضَّابط الفقهي .

فأدنى ما ينطبق عليه مصطلح القاعدة الفقهيَّة أنْ تكون المسائل التي تدخل تحت القاعدة من بابين اثنين ، فإذا نقصت المسائل عن بابين ، وانحصرت في بابٍ واحدٍ أُطلق عليه مصطلح الضَّابط الفقهي .[٢١٠]

انظر ترجمته في : إسماعيل بن محمد الباباني، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، (استانبول: وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية، ١٩٥١م، وأعادت طبعه بالأوفست بيروت: دار إحياء التراث العربي،) ج١، ص٢٢٩. والزركلي، الأعلام، ج٢، ص٣٨.

[٢١٠] انظر في تعريف القاعدة الفقهية وشرحها في معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية لثلة من العلماء، (مؤسسة زايد بن نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية ، بإشراف مجمع الفقه الإسلامي الدولي في منظمة التعاون الإسلامي) التقديم والمقدمات، ص٩.

٤.١.٢المطلب الثَّاني : مصادر القواعد الفقهيَّة وحُجِّيَّتها

مصادر القواعد الفقهيَّة .

المصادر التي تُستمدُّ منها القواعد الفقهيَّة إمَّا عن طريق النَّصِّ مُباشرةً أو عن طريق الاجتهاد :

أولاً : قواعدٌ مصدرها المباشر القرآن والسُّنة معاً أو أحدهما .

ومن أمثلتها قاعدة : الأمور بمقاصدها .[٢١١]

فهذه القاعدة تَستند إلى نصوصٍ كثيرةٍ في القرآن والسُّنَّة النَّبوية .

فمن القرآن قوله تعالى :﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ ﴾ [البينة : ٥]

وجميع الآيات التي تتحدَّث عن الإخلاص .

ومن السُّنَّة حديث «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى »[٢١٢]

وكقاعدة : الخَراج بالضَّمان .

وأصل هذه القاعدة بلفظها حديثٌ نبويٌّ روته السَّيِّدة عائشة رضي الله عنها قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[٢١٣]

وكذلك قاعدة : الغُنْم بالغُرْم.[٢١٤] فإنَّها مأخوذةٌ من الحديث السابق .

ثانياً : قواعدٌ مصدرها الاجتهاد .

وهي في الغالب تكون أقوالاً واردةً عن أئمَّة السَّلف ، ثمَّ صِيغت بنفس كلماتها ، فصارت قاعدةً فقهيَّة .

أو طَرأ عليها بعض التَّعديل في الألفاظ ، والمضمون نفسه لم يتغيَّر ، ثمَّ أصبحت قاعدةً من القواعد المُثْبتة في كتب القواعد الفقهيَّة المعتمدة .

كقاعدة : إذا ضاق الأمر اتَّسع .

وقاعدة : لا يُنسب إلى ساكتٍ قولُ قائلٍ ولا عملُ عاملٍ ، إنَّما يُنسب إلى كلِ قوله .

---

[٢١١] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥٤. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٢٣. ومجلة الأحكام العدلية، المادة: ٢.

[٢١٢] البخاري، صحيح البخاري ، باب بدء الوحي ، كَيْفَ كَانَ بَدْءُ الوَحْيِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، رقم: ١.

[٢١٣] قال ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر : «الْخَرَاج بالضَّمان» يُرِيدُ بِالْخَرَاجِ مَا يَحْصُل مِنْ غَلة الْعَيْن المُبْتاعة عَبْدًا كَانَ أَوْ أمَة أَوْ مِلْكا، وَذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِيَه فيَسْتَغِلَّه زَمَانًا ثُمَّ يَعْثُر مِنْهُ عَلَى عَيْب قَدِيمٍ لَمْ يُطَّلِعْه الْبَائِعُ عَلَيْهِ ، أَوْ لَمْ يعْرِفه ، فَلَهُ رَدُّ الْعَيْنِ المَبِيعة وأَخْذُ الثَّمن ، وَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مَا اسْتَغَلَّهُ ، لِأَنَّ المَبِيع لَوْ كَانَ تَلَفَ فِي يَدِهِ لكَان مِنْ ضَمَانِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْبَائِعِ شَيْءٌ. وَالْبَاءُ فِي بِالضَّمَانِ مُتعلقة بِمَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ الْخَرَاجُ مُستحَق بالضَّمان: أي بسببه . انظر ابن الأثير، النهاية، ج٢، ص١٩.
والحديث أخرجه أبو داود /أبواب الإجارة ، بَابٌ فِيمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا . رقم :٣٥٠٨.
والترمذي . أبواب البيوع ، بَابُ مَا جَاءَ فِيمَنْ يَشْتَرِي العَبْدَ وَيَسْتَغِلُّهُ ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عَيْبًا . رقم : ١٢٨٥.
وقال عنه الترمذي : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ، وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ.

[٢١٤] من أوائل الأئمة الذين ذكروا هذه القاعدة الإمام السرخسي في المبسوط، ج٨، ٨١.

وكلاهما من عبارات الشَّافعي .[٢١٥]

قال السُّبُكي في عبارة إذا ضاق الأمر اتَّسع : ((وقد عزا الخطَّابيُّ هذه العبارة إلى الشَّافعي.))[٢١٦]

وقال الزَّرْكَشِيُّ عنها : ((هَذِهِ مِنْ عِبَارَاتِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – الرَّشِيقَةِ.))[٢١٧]

ومن هاتين العبارتين صِيغت قاعدتين فقهيَّتين في المجلَّة بلفظ :

- الأمر إذا ضاق اتَّسع .[٢١٨]
- لا يُنسب إلى ساكتٍ قولٌ ، لكن السُّكوت في معرض الحاجة بيان .[٢١٩]

حُجِّيَّة القواعد الفقهيَّة .

يُقصد بالحُجِّيَّة : ما دلَّ به على صحة الدَّعوى ، وقيل: الحُجَّة والدَّليل واحدٌ .[٢٢٠]

فحُجِّيَّة القواعد الفقهيَّة تعني : صَلاحية القواعد لتكون دليلاً على الأحكام الشَّرعية .

والسؤال الذي يطرح نفسه : هل تَصلح القواعد الفقهيَّة للاحتجاج بها ؟

أي هلْ تقوم مقامَ الدَّليل في المسائل الشَّرعيَّة العمليَّة أم لا ؟

الجواب على السؤال يكون في الآتي :

المتتبِّع لكلام ونُقولات العلماء بشأن القواعد الفقهيَّة يَصل إلى نتيجةٍ مَفادها :

أنَّ هناك اتِّجاهان لدى العلماء في القول بحُجِّيَّة القواعد الفقهيَّة من عدمها :

اتِّجاه القائلين بحُجِّيَّتها ، واتِّجاه القائلين بعدم حُجِّيَّتها .

---

[٢١٥] محمد بن إدريس الشافعي، الأم، (بيروت: دار المعرفة، بدون طبعة ،١٤١٠هـ-١٩٩٠م) ج١، ص١٧٨.

[٢١٦] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٤٩.

[٢١٧] الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج١، ص١٢٠.

[٢١٨] مجلة الأحكام العدلية، المادة:١٨.

[٢١٩] مجلة الأحكام العدلية، المادة:٦٧.

[٢٢٠] الجرجاني، التعريفات، ص٨٢.

وبالمُحصِّلة : من قال بالحُجِّيَّة شرطَ لها شروطاً ، ووضع لأغلب القواعد استثناءاتٍ في تنزيلها على الوقائع والأحداث .

ومن قال بعدم الحُجِّيَّة ذهب إلى مذهبه لأنَّ هذه القواعد ليست كُلِّيَّةً ، بل أغلبيَّةً ، ففيها بعض الاستثناءات ، لذلك لم يَعُدَّها حُجَّة .

وبعد التَّدقيق يتبيَّن أنَّ كِلا الطرفان يعملان بالقواعد الفقهيَّة ويستشهدان بها في كثيرٍ من المواقف .

وحقيقة الخِلاف تكْمُن في تعميم القاعدة على كل الأحداث والوقائع من عدم ذلك .

يتبيَّن من كلِّ ذلك :

أنَّ القول بحُجِّيَّة القواعد الفقهية هو القول الأرجح .

فإنَّ لكلِّ قاعدةٍ أصلٌ تستند إليه ، وهذا الأصل إمَّا يكون قرآناً أو سُنَّةً أو كِليهما ، أو اجتهاداً مُستنبطاً من كلِّيَّات الشَّريعة اتُّفق على العمل به ، ثمَّ صِيغ مع الزَّمن على شكل قاعدةٍ فقهيَّة .

أمَّا ما يتعلَّق بعدم التَّعميم ووجود الاستثناءات في أغلب القواعد فجوابه : أنَّ كثيراً من الأحكام الثَّابتة بالأدلَّة المُتَّفق عليها يُوجد فيها أيضاً استثناءات في التَّنزيل على الوقائع ، والاستثناء في الغالب مَرَدُّه للضَّرورة والحاجة ، فكما أن الاستثناء لا يَنفي القول بحُجِّيَّة الأدلَّة ، فكذلك لا ينفي القول بحُجِّيَّة القواعد الفقهيَّة .

لذلك جعل بعض العلماء العلم بالقواعد الفقهيَّة من شروط المُجتهد [٢٢١]

[٢٢١] انظر في حجية القواعد الفقهية ومناقشة أدلة الطرفين موسوعة : معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية ، المقدمات والتمهيد / المقدمة الثامنة ، ص١٣٩.

٤.١.٣المطلب الثَّالث : صلة القواعد الفقهية ببحث العرف

للقواعد الفقهيَّة صِلةٌ وثيقةٌ ببحث العرف والعادة ، وقد نال العرف نصيباً كبيراً من اهتمام واضعي علم القواعد الفقهيَّة ، وذلك لكثرة تطبيقات بحث العرف وتبدُّل أعراف النَّاس مع مرور الزَّمان وتبدُّل المكان .

يقول خير الدين كرمان (Hayreddin KARAMAN): ((للعرف أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي ، وبالذات في ولادة القواعد الفقهية وفهمها وتطبيقها ، ويعتبر العرف من أكبر الجوانب المؤثرة في تكيف الإنسان مع حياة المجتمع.))[٢٢٢]

وهذا هو سبب نيل مبحث العرف اهتماما بالغا من قبل العلماء والمصنفين وبالذات المهتمين بعلم القواعد الفقهية .

وقد قسَّم العلماء القواعد الفقهيَّة تقسيماتٍ عِدَّة ، ومن هذه التقسيمات تقسيم السُّبُكِيُّ للقواعد الفقهيَّة إلى :

١- القواعد الخمسة المشهورة التي هي أساسٌ لغيرها .
٢- القواعد العامَّة التي تأتي في درجةٍ بعد القواعد الخمسة ، والتي عَدَّ منها السُّبُكِيُّ سبعاً وعشرين قاعدة .
٣- القواعد الخاصَّة لكلِّ بابٍ من أبواب الفقه ، وقد عَدَّ منها السُّبُكِيُّ مئةً وخمس وثمانين قاعدة.[٢٢٣]

وتقسيم السُّيوطي قريبٌ من تقسيم السُّبُكِيُّ مع شيءٍ من الاختلاف .

بينما قسَّمت مجلَّة الأحكام العدليَّة القواعدَ الفقهيَّة تقسيماً مُغايراً ، فلقد رُتِّبَت المجلَّةُ على شكل موادٍ مُرقَّمةٍ . والمقالة الثَّانية خصَّصتها في بيان القواعد الفقهيَّة الكليَّة ، وعَدَّت منها تِسعاً وتسعين قاعدة .

وقد اتَّفق تقسيم السُّيوطيُّ مع تقسيم السُّبُكِيُّ في القسم الأول وهو : القواعد الخمسة .

وقد قال السُّيوطيُّ في القواعد الخمسة: ((ذَكَرَ الْأَصْحَابُ أَنَّ جَمِيعَ مَسَائِلِ الْفِقْهِ تَرْجِعُ إلَيْهَا.))[٢٢٤]

وهذه القواعد الخمسة كما نصَّ عليها السُّبُكِيُّ هي :

١- اليقين لا يزول بالشَّك .
٢- الضَّرر يُزال .
٣- المشقَّة تجلب التَّيسير .
٤- الرُّجوع إلى العادة .
٥- الأُمور بمقاصدها .[٢٢٥]

---

[٢٢٢] خير الدين كرمان، العادة (موسوعة وقف الديانة التركية الإسلامية ، ١٩٨٨) ج١،ص٣٧١ .
والمقالة باللغة التركية وأصل الشاهد المترجم هو :
((Örf ve adetin hukukta büyük önemi ve tesiri vardır. Hukuk kaidelerinin doğuşunda, aniaşılıp uygulanmasında ve yenileşerek toplum hayatına uyum sağlamasında en büyük tesir payı örf ve adete aittir)).
Hayreddin KARAMAN, Adet, (DIA , 1988) c.1, s.371.

[٢٢٣] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٣.
[٢٢٤] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٤.
[٢٢٥] السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص١٣.

وتختلف نصوص القواعد أحياناً لدى العلماء ولكنَّ المضمون واحد .

فالرُّجوع للعادة كما نصَّ على ذلك السُّبُكِيُّ هو من القواعد الكليِّة الخمسة التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه .

وقد عبَّر عنها السُّيوطي بقوله : ((العادةُ مُحَكَّمة.))[٢٢٦]

وقد نال بحث العرف والعادة في مجلَّة الأحكام العدليَّة نصيباً كبيراً من الاهتمام .

فالمواد من الرَّقم : (٣٦) إلى الرَّقم (٤٥) كلُّها قواعدٌ فقهيَّة مُختصَّةٌ بالعرف والعادة .

وأساسها المادَّة (٣٦) : الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ . وما تبقَّى من الموادِّ إمَّا شرحاً لها ، أو شرطاً من شروط العرف والعادة .

وسأذكر القواعد الفقهيَّة المتعلِّقة بالعرف والعادة كما هو منصوصٌ عليها في المجلة :

(الْمَادَّةُ ٣٦) : الْعَادَةُ مُحَكَّمَةٌ.

يَعْنِي أَنَّ الْعَادَةَ عَامَّةً كَانَتْ أَوْ خَاصَّةً تُجْعَلُ حَكَمًا لِإِثْبَاتِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ.

(الْمَادَّةُ ٣٧) : اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا.

(الْمَادَّةُ ٣٨) : الْمُمْتَنِعُ عَادَةً كَالْمُمْتَنِعِ حَقِيقَةً.

(الْمَادَّةُ ٣٩) : لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ.

(الْمَادَّةُ ٤٠) : الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ.

(الْمَادَّةُ ٤١) : إنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إذَا اطَّرَدَتْ أَوْ غَلَبَتْ.

(الْمَادَّةُ ٤٢) : الْعِبْرَةُ لِلْغَالِبِ الشَّائِعِ لَا لِلنَّادِرِ.

هذه المادَّة مُشتركةٌ في المعنى مع المادَّة:٤١

(الْمَادَّةُ ٤٣) : الْمَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا

(الْمَادَّةُ ٤٤) : الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ.

(الْمَادَّةُ ٤٥) : التَّعْيِينُ بِالْعُرْفِ كَالتَّعْيِينِ بِالنَّصِّ.

وقد تمَّ التعليق على أغلب هذه القواعد في الفصل الأوَّل والثَّاني والثَّالث من هذا البحث ، فلا حاجة لشرحها مرةً أُخرى .

---

[٢٢٦] السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٨٩.

يتبيَّن من كلِّ ما سبق : أنَّ مبحث العرف والعادة نال نصيباً وافراً من الاهتمام من قِبل القواعد الفقهيَّة، وقد خصَّص له العلماء قاعدةً من القواعد الكلِّيَّة الخمسة التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه كما عبر بذلك السُّيوطِيُّ رحمه الله ، وهذا إنْ دلَّ على شيءٍ فإنَّه يَدُلُّ على مدى اهتمام العلماء بمبحث العرف والعادة ، لما له من تأثيرٍ على كثيرٍ من الأحكام الشَّرعيَّة العمليَّة.

٤.٢المبحث الثَّاني

قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان

ويحتوي على ثلاثة مطالب

٤.٢.١المطلب الأوَّل : معنى القاعدة وأدلَّتها وثَبْتُها

٤.٢.٢المطلب الثَّاني : الأحكام التي تتأثر بالعرف

٤.٢.٣المطلب الثَّالث : تطبيقات قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان

٤.٢.١المطلب الأوَّل : معنى القاعدة وأدلَّتها وثَبْتُها

قاعدة : لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ .

هي إحدى القواعد المُندرجة تحت قاعدة : العَادة مُحَكَّمة ، والتي هي إحدى القواعد الخمس الكُلِّيَّة الأساسية التي إليها تَرجع جميع مسائل الفقه .

معنى القاعدة الإجمالي :

إنَّ الأحكام الشَّرعيَّة العمليَّة المَبْنيَّة أساساً في حكمها على أعراف النَّاس وطبيعة حياتهم وعاداتهم التي أَلِفُوها ، وجرى عليها العمل بينهم ، تتغيَّر وتتبَّدل وفقاً لتغيُّر العوائد والعادات والأعراف التي تتغيَّر مع تغيُّر شروط الحياة وتطوُّرها ، وتجدُّد وتنوُّع المعاملات التي يحتاج إليها النَّاس في حياتهم .

فكلُّ فتوى مبنيَّةً على أعراف النَّاس يُراعى فيها تغيُّر تلك الأعراف ، فإذا تغيَّرت هذه الأعراف فإنَّ الفتوى تتغيَّر معها .

وهذا من خصائل يُسر الشَّريعة الإسلامية ، ومراعاتها لمصالح النَّاس ، ومُرونتها ، ومُواكبتها لكلِّ العصور والأزمان .

قال ابن القيِّم في كتابه "الفروق" في الْفَرْقُ التَّاسِعُ وَالتِّسْعُونَ وَالْمِائَةُ بَيْنَ قَاعِدَةِ مَا يَتْبَعُ الْعَقْدَ عُرْفًا وَقَاعِدَةِ مَا لَا يَتْبَعُهُ ، وبعد أن ذكر جملةً من المسائل :

((فَجَمِيعُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَهَذِهِ الْأَبْوَابِ الَّتِي سَرَدْتهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْعَوَائِدِ فَإِذَا تَغَيَّرَتْ الْعَادَةُ أَوْ بَطَلَتْ بَطَلَتْ هَذِهِ الْفَتَاوَى وَحَرُمَتْ الْفَتْوَى بِهَا لِعَدَمِ مُدْرِكِهَا فَتَأَمَّلْ ذَلِكَ، بَلْ تَتْبَعُ الْفَتَاوَى هَذِهِ الْعَوَائِدَ كَيْفَمَا تَقَلَّبَتْ.))[٢٢٧]

قال الشَّيخ أحمد الزَّرقا في شرح القواعد الفقهيَّة :

[٢٢٧] الفروق، الفروق، ج٣، ص٢٨٨.

((لَا يُنكر تغير الْأَحْكَام بِتَغَيُّر الْأَزْمَان، أَي بِتَغَيُّر عرف أَهلهَا وعادتهم، فَإِذا كَانَ عرفهم وعادتهم يستدعيان حكما ثمَّ تغيرا إِلَى عرف وَعَادَة أُخْرَى فَإِن الحكم يتَغَيَّر إِلَى مَا يُوَافق مَا انْتقل إِلَيْهِ عرفهم وعادتهم.))[٢٢٨]

وقال علي حَيدر خَواجَه أمين أفنْدي[٢٢٩] في دُرَرِ الحُكَّام في شرح مجلَّة الأحكام :

((إِنَّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ هِيَ الْأَحْكَامُ الْمُسْتَنِدَةُ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ تَتَغَيَّرُ احْتِيَاجَاتُ النَّاسِ ، وَبِنَاءً عَلَى هَذَا التَّغَيُّرِ يَتَبَدَّلُ أَيْضًا الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ وَبِتَغَيُّرِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ ، بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَنِدَةِ عَلَى الْأَدِلَّةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي لَمْ تُبْنَ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَإِنَّهَا لَا تَتَغَيَّرُ.))[٢٣٠]

أدلَّة القاعدة :

أدلَّة قاعدة : لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان هي نفسها أدلَّة العرف التي فصَّلناها في مبحث حُجِّيَّة العرف والتي قَسَّمناها إلى :

١- أدلَّةٌ من القرآن الكريم .

ومن هذه الأدلَّة قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة :٢٣٣]

وقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨]

٢- أدلَّةٌ من السُّنَّة .

ومنها قوله ﷺ لهندٍ زوجة أبي سفيان : «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»

فجميع النُّصوص السَّابقة تَرُدُّ المكلَّفين بالرُّجوع إلى العرف ، وذلك لمعرفة نوع ومقدار الكِسْوة والرِّزق للأُمَّهات والأزواج .

ومقدار الرِّزق ونوعُه ممَّا يتغيَّر ويتبدَّل بتغيُّر الأزمان والأحوال من غنى وفقر الزَّوج ، أو ما يُطلق عليه عرفا كِسوةٌ أو رِزقٌ ، فما كان قديماً يُعتبر رزقا كافياً ليس من الضَّروري أن يُعتبر كذلك في زماننا ، وذلك بسبب تعوُّد النَّاس على نمطٍ مُعيَّنٍ من المَعيشة صار مألوفاً لدى غالب النَّاس في زماننا لم يكونوا قد تعوَّدوه في الأزمنة الماضية .

وهذا يدلُّ على أنَّ الأحكام المَبنيَّة على العرف تتغيَّر بتغيُّر الأعراف .

٣- دليل الإجماع .

---

[٢٢٨] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص:٢٢٧.

[٢٢٩] علي حيدر خواجه أمين أفندي فقيه حنفي ، كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة . من مصنفاته : درر الحكام شرح مجلة الأحكام. توفي رحمه الله سنة ١٣٥٣هـ انظر في ترجمته المكتبة الشاملة ، في بطاقة كتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام .

[٢٣٠] علي حيدر أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (بيروت: دار الجيل، تعريب : فهمي الحسيني، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م) ج١، ص٤٧.

تغيُّر الفتوى المبنيَّة على أعراف النَّاس بتغيُّر الأعراف ممَّا اتَّفق على العمل به العلماء ، وذلك قبل تأصيل قاعدة: لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان ، بل وقبل تأصيل عِلم القواعد الفقهيَّة .

فالكثير من العلوم كان يُعمل بها حتَّى قبل تأصيلها وكتابتها ومنها علم أصول الفقه .

وممَّن نقل الإجماع على العمل بالعرف ، وتغيُّر الفتوى المبنيَّة عليه بناءً على تغيُّر الأعراف الإمام القَرَافِي، حيث قال : ((إنَّ إجراءَ الأحكام التي مُدْرَكُها العوائدُ مع تغيُّرِ تلك العوائد: خلافُ الإجماع ، وجهالةٌ في الدّين ، بل كلُّ ما هو في الشريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ: يَتغيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجدِّدةُ ، وليس هذا تجديدًا للإجتهاد من المقلِّدين حتى يُشترَطَ فيه أهليةُ الإجتهاد ، بل هذه قاعدةٌ اجتهدَ فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نَتْبَعُهم فيها من غيرِ استئنافِ اجتهاد))[٢٣١]اهـ

وكذلك ممَّن نقل الإجماع على العمل بتغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان الإمام المِقَّرِي[٢٣٢] في كتابه "الكلِّيات الفقهيَّة"

قال في القاعدة رقم ١٠٣٦ : ((كلُّ حكمٍ مُرتَّبٌ على عادةٍ فإنَّه ينتقل بانتقالها إجماعاً.))[٢٣٣]

٤- دليل المعقول .

لا يُعقل أنْ تكون الشَّريعة جامدةً في مصالح العباد وتحقيقها على أحكامٍ ثابتةٍ لا تتغيَّر ولا تتبدَّل ، فهذا يُخالف حقيقة التَّشريع الإسلامي الذي جعله الله خِتام الشَّرائع السَّماويَّة إلى يوم القيامة .

وبما أنَّ من خصائص التَّشريع الإسلامي المُرونة ، وتحقيقه لمصالح العباد ، ومواكبته وصلاحيَّته لتطوُّر الزَّمان ، فإنَّه ممَّا لا شكَّ فيه أنْ تكون بعض الأحكام الفَرْعِيَّة تتغيَّر وفقاً لتغيُّر عادات وأعراف وطبائع البشر عبر العصور .

وإذا كانت الكثير من أحكام التَّشريعات الوَضعيَّة تتغيَّر بتغيُّر الطَّبائع ، وما يألَفه النَّاس في تعاملاتهم ، وبما يُناسب مصالحهم ، فإنَّ تغيُّر بعض الأحكام الفرعيَّة في الشَّريعة الباقية الخالدة والتي ترتبط بطبيعة مَعيشة النَّاس من بابٍ أَوْلى ، كيف وهي ليست من وضع البشر بل من وضع حَكيمٍ عليمٍ خالقٍ للبشر مُدبِّرٍ لأمورهم جميعاً.

---

[٢٣١] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص٢١٨.

[٢٣٢] هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري: باحث، من الفقهاء الأدباء المتصوفين. من علماء المالكية. ولد وتعلم بتلمسان وهو جد المؤرخ الأديب المقري صاحب (نفح الطيب) . له مصنفات، منها: الكليات الفقهية . توفي رحمه الله سنة : ٧٥٨ هـ . انظر في ترجمته: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (دمشق: دار ابن كثير، ت: محمود الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط ، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) ج٨، ص٣٣٢. والزركلي، الأعلام، ج٧، ص٣٧.

[٢٣٣] أبو عبد الله المقري، الكليات الفقهية، (المغرب: دار الأمان، ت وترقيم: محمد الدردابي، ٢٠١٢م) ص ٤٧٨.

ثَبْتُ القاعدة :

لقد عبَّر العلماء قديماً وحديثاً عن هذه القاعدة بعباراتٍ مُتنوِّعة ، وذلك قبل ظهور واكتمال علم القواعد الفِقهيَّة ، فالقاعدة ممَّا أجمع العلماء على العمل بها عبر العصور ، وممَّن نَقَلَ الإجماع على ذلك الإمام القَرَافِي والمِقَّري كما مرَّ معنا سابقاً .

والمتتبِّع لكتب العلماء يجد أنَّهم قد عبَّروا عن هذه القاعدة وهذا المبدأ بعباراتٍ مُتقاربة ، ومن ذلك :

- **ابن القَيِّم** في كتابه : إعلام المُوَقِّعين عن ربِّ العالمين .

فلقد عَقَدَ لها فصلاً في كتابه وسمَّاه : فصلٌ [في تغيُّر الفتوى ، واختلافها بحسب تغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنِّيَّات والعوائد][٢٣٤]

فالفتوى المَبنيَّة على أعراف النَّاس في زمانٍ ما أو مكانٍ ما أو حالٍ ما تتغيَّر بتغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال ، بل الأمر أشْمَلُ من ذلك كما عبَّر عنه ابن القَيِّم ، حيث تتغيَّر بعض الفتاوى تبعاً لتغيُّر النِّيات وما يَطْرأُ من عوائد ومُستجدَّات في حياة النَّاس .

- **القَرَافِي** في كتابه : أنْوار البُروق في أنْواء الفُروق ، المَشْهور بكتاب "الفُروق"

فلقد قال : (((الْفَرْقُ الثَّامِنُ وَالسِّتُّونَ وَالْمِائَةُ بَيْنَ قَاعِدَةِ التَّمْلِيكِ وَقَاعِدَةِ التَّخْيِيرِ) :

وَالْقَاعِدَةُ أَنَّ اللَّفْظَ مَتَى كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مُضَافًا لِنَقْلٍ عَادِيٍّ بَطَلَ ذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ بُطْلَانِ تِلْكَ الْعَادَةِ ، وَتَغَيَّرَ إلَى حُكْمٍ آخَرَ إنْ شَهِدَتْ لَهُ عَادَةٌ أُخْرَى ، فَهَذَا هُوَ الْفِقْهُ الْمُتَّجَهُ.))[٢٣٥]

وقال في مَوْطِنٍ أخر : ((فَإِذَا تَغَيَّرَتْ الْعَادَةُ أَوْ بَطَلَتْ بَطَلَتْ هَذِهِ الْفَتَاوَى ، وَحَرُمَتْ الْفَتْوَى بِهَا لِعَدَمِ مُدْرِكِهَا.))[٢٣٦]

- **المِقَّرِي** في كتابه : الكُلِّيَّات الفقهيَّة .

قال في القاعدة رقم : ١٠٣٦ ((كلُّ حُكمٍ مُرتَّبٍ على عادةٍ فإنَّه ينتقلُ بانتقالها إجماعاً : كما تختلف العقود في المعاملات ، والألفاظ في المتعارفات وصفات الكمال ، والنَّقص في عيوب المَبيعات ، فإنَّ المُعتبَر في ذلك كلِّه العادة ، فإذا تغيَّرت تغيَّر الحُكم.))[٢٣٧]

- **مجلَّة الأحكام العدليَّة** .

(الْمَادَّةُ ٣٩) : لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ.

---

[٢٣٤] ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣، ص١١.
[٢٣٥] القرافي، الفروق، ج٣، ص١٧٧.
[٢٣٦] المرجع السابق، ج٣، ص٢٨٨.
[٢٣٧] المقري، الكليات الفقهية، ص ٤٧٨.

يتبيَّن ممَّا سبق :

أنَّ القاعدة لها ثَبْتٌ ومصادر قديمة ، وأنَّها صِيغت بصِيغٍ مُتعدِّدة ، ومَضْمون جميعها واحدٌ .

وهذا إنْ دلَّ على شيءٍ فإنَّه يدلُّ على أنَّ هذه القاعدة قد عَمِلَ بها العلماء قديماً وحديثاً ، وقد نقل الإجماعَ على العمل بها كلٌّ من الإمام القَرَافِي والمِقَّرِي .

٤.٢.٢المطلب الثَّاني: الأحكام التي تتأثَّر بالعرف

لا يُقصد عند إطلاق لفظ قاعدة : لا يُنكرُ تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان مُطلق الأحكام الشَّرعيَّة ، بل يُقصد بها نوعٌ خاصٌّ من الأحكام ، وهو وإنْ لم يَرِد تَخْصيصها في كلمات القاعدة إلَّا أنَّ ذلك معلومٌ لدى العلماء والباحثين .

فالأحكام التي تتأثَّر وتتبدَّل بتغيُّر الأزمان هي الأحكام المَبْنيَّة أصلاً على العوائد والأحداث المُستجدَّة وأعراف النَّاس وعاداتهم ، وما ألفوا العمل به في حياتهم .

فهذه الأحكام مُرتبطةٌ بعِلَّاتها ، فإنْ وُجِدت العِلَّة وُجِدَ الحُكم ، وإنْ تغيَّرت العِلَّة تغيَّر الحُكم ، وإنْ انتفَت العِلَّة انتفى الحُكم ، فالحُكم يدور مع عِلَّته وُجوداً وعدماً .[٢٣٨]

أمَّا باقي الأحكام فهي لا تتأثَّر بتغيُّر الأحداث والعوائد والعادات والأعراف .

فالأحكام الشَّرعيَّة قسمان :

١- قِسمٌ ثابتٌ لا يتغيَّر ولا يتبدَّل .

٢- قِسمٌ قابلٌ للتَّغيير .

قال الزَّرْكَشي : ((الأحكام الشَّرعيَّة نوعان:
١ - نوعٌ ثابتٌ بالخِطاب لا يتغيَّر كالوجوب والحرمة ، فالتَّغيُّر في هذا النَّوع من الأحكام لا يكون إلَّا بالنَّسخ ، ونسخُ الأحكام لا يكون إلَّا من الله.
٢ - نوعٌ مُعلَّقٌ على الأسباب ، وهي الأحكام التي ثبتت شرعاً مُعلَّقةً على أسبابها ، فهذا النَّوع من الأحكام يتغيَّر بتغيُّر الأسباب، فالحكم يدور مع عِلَّته وُجوداً وعدماً فيتغيَّر بتغيُّر العِلَّة.))[٢٣٩]

قال الدُّكتور وهبة الزُحَيلي : ((ليس للأعراف المتغيِّرة تأثيرٌ على النُّصوص الشَّرعيَّة ذات الحاكميَّة المُطلقة على الأحداث ، والمُبيِّنة للأحكام الأساسيَّة التي جاءت الشَّريعة لتقريرها بنُصوصها الآمرة النَّاهية ، مثل حُرمة المُحرَّمات ، والتَّراضي في العقود ، والوفاء بالعقود ، وضمان الضَّرر اللاحق بالآخرين ...ونحو ذلك ممَّا جاءت به الشَّريعة لإقراره ، وإصلاح شؤون الفرد والمجتمع .
إنَّما تأثير الأعراف على النُّصوص المُعَلَّلة بعِلَّةٍ ثمَّ تغيَّرت هذه العِلَّة.))[٢٤٠] اهـ

فجميع ما بُني من الأحكام على الأعراف تتبدَّل بتبدُّل الأعراف ، وتدور معه كيفما استدار، ذلك لأنَّ من المُقرَّر فِقْهاً أنَّ الحُكم يدور مع العِلَّة.

وقال القَرَافِي: ((كلُّ ما هو في الشَّريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ: يَتغيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجدِّدةُ.))[٢٤١]

---

[٢٣٨] الحكم يدور مع علته وجودا وعدما مبدأ وقاعدة ثابتة مجمع عليها لدى العلماء وقد وردت بصيغ مختلفة .
ففي كتاب :أصول السرخسي وردت بلفظ : الحكم يَدُور مَعَ الْحَدث وجودا وعدما . انظر أصول السرخسي، ج٢، ص١٧٨.
وفي كتاب: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل لأبي حامد الغزالي وردت بلفظ : الحكم يدور مع العارض ويزول بزواله. انظر أبو حامد الغزالي، شفاء الغليل، (بغداد: مطبعة الإرشاد، ت: حمد الكبيسي، الطبعة الأولى، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م) ص٢٨١.
وفي كتاب شرح مختصر الروضة لنجم الدين الطوفي وردت بلفظ : الْحُكْمُ يَدُورُ مَعَ مُقْتَضِيهِ وُجُودًا وَعَدَمًا . انظر في: نجم الدين الطوفي، شرح مختصر الروضة، (مؤسسة الرسالة، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧م) ج٣، ص٥٥٩.

[٢٣٩] بدر الدين الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، (مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، ت: سيد عبد العزيز - د عبد الله ربيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م) ج٣، ص٥٤.

[٢٤٠] وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٢٦.

[٢٤١] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص٢١٨.

يتبيَّن ممَّا سبق :

أنَّ الأحكام الشَّرعيَّة نوعان : نوعٌ ثابتٌ راسخٌ لا يتغيَّر إلا بالنَّسخ ، والنَّسخ لا يكون إلَّا من الله تعالى ، فهي لا تتأثَّر بالعوائد والمُستجدات ، فهي مُستمِرَّةٌ ومُستقِرٌ العمل بها إلى يوم القيامة.

وذلك كوجوب الصَّلاة والصِّيام والزَّكاة ..

ونوعٌ مُرتبطٌ بالأسباب والعوائد والعِلل والمقاصد تتغيَّر بتغيُّرها ، ومنها جميع الأمثلة التي ذكرناها في المبحث الثَّالث من هذه الرِّسالة .

فالأحكام التي تتغيَّر بتغيُّر الأزمان هي الأحكام المُعلَّلة ، والأحكام الاجتهادية المُستنبطة أصلاً عن طريق القياس أو المصالح المرسلة ، ويمكن جمعها جميعا تحت مسمى الأحكام الجزئية .[٢٤٢]

أمَّا غير ذلك من الأحكام فلا يَطرأُ عليها التَّغيير والتَّبديل .

فالقاعدة ليست مُطلقةٌ ، بل مُقيَّدةٌ بنوعٍ مُعيَّنٍ من الأحكام .

[٢٤٢] محمد شنر، تغير الأحكام والعوامل المؤثرة في ذلك، (إزمير: مجلة كلية الشريعة في جامعة ٩ أيلول، العدد٨، ١٩٩٤) ص١٥.
Mehmet ŞENER, Ahkamın Degişmesi Ve Buna Tesir Eden Faktörler, (İzmir: D E.Ü ilahiyat FaldUtesi Dergisi, s.8, 1994) s.15

٤.٢.٣المطلب الثَّالث: تطبيقات قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان

للقاعدة أمثلةٌ كثيرةٌ في جميع أبواب الفقه ، وما يهمُّنا في بحثنا هذا هو أحكام العقود والمعاملات الماليَّة التي قد تتغيَّر بتغيُّر أعراف النَّاس فقط ، لذلك سيتمُّ التَّركيز على أمثلة هذا الباب من أبواب الفقه لا غيره .

المسألة الأولى : خِيار الرُّؤية في عقود شراء البيوت .

فلقد كانت البيوت قديماً كلُّها على نمطٍ واحدٍ ، فلم يَشترط العلماء وقتها في شراء بيتٍ رؤيته ، فتكفي رؤية أيَّ بيتٍ كان ، فلا يثبت خِيار الرُّؤية فيها للمشتري .

ومع تقدُّم العصور وتغيُّر الزَّمان ، أصبحت البيوت تُبنى على أنماطٍ مُتعدِّدةٍ ومُتنوِّعةٍ ، ولا تُشابه بعضها البعض، لذلك أثبت العلماء بعد ذلك خِيار الرُّؤية في شراء البيوت للمشتري .

فهذا مثالٌ من الأحكام الشَّرعيَّة العمليَّة التي تبدَّلت مع تغيُّر الزَّمان ، فهو تطبيقٌ حقيقيٌّ لهذه القاعدة اتَّفق على القول به العلماء .

قال الشَّيخ أحمد الزَّرقا : ((الدُّور لمَّا كَانَت تُبنى بيوتها على نمطٍ وَاحِدٍ قَالَ المُتقدِّمون غير زُفر: يَكْفِي لسُقُوط خِيَار الرُّؤْيَة رُؤْيَة بَيت مِنْهَا ، وَلما تبدلت الْأَزْمَان ، وَصَارَت بيُوت الدّور تبنى على كيفيات مُخْتَلفَة رجح الْمُتَأَخّرُونَ قَول زفر من أَن لَا بُد من رُؤْيَة كل الْبيُوت ليسقط الْخِيَار.))[٢٤٣]

المسألة الثَّانية : فيما يُعتبر تسليماً للعقارات .

كان تسليم العقارات المَبيعة يتمُّ بتخلية العقار ، وتسليم المفاتيح للمشتري ، وتمكين المشتري منه فعلاً ، فكلُّ ضررٍ يُصيب العقار قبل التَّسليم بهذه الصورة كان ضَمانُه على البائع.

ومع مرور الزَّمن وظهور ما يُسمَّى السِّجلُّ العقاري ، واعتياد النَّاس على تسجيل عقاراتهم فيه أصبح التَّسليم الحقيقيُّ للعقار حاصلاً بمُجرَّد تسجيل العقار باسم المشتري ، فتنتقل الحقوق المُتعلِّقة بالعقار للمشتري تلقائياً .

فالعبرة في المُلكيَّة العقارية في زماننا هذا لقيود السِّجلِّ العقاري ، لا لوَضع اليد ، أو مُجرَّد التَّخلية وتسليم المفاتيح.

فكلُّ ما يتعلَّق بالتَّسليم من أحكامٍ تُعتبر ساريةً من وقت التَّسجيل .[٢٤٤]

المسألة الثَّالثة : أخذُ الأُجرة على التَّعليم والقضاء .

كان المُتفرِّغون لإقامة الصَّلوات الخَمس ولتعليم العلوم الشَّرعيَّة والقضاء تُخَصَّصُ لهم أُعطياتٌ من بيت مال المسلمين ، يستعينوا بها على قضاء حوائجهم الدُّنيويَّة ، لذلك أفتى العلماء بعدم جواز أخذ الأُجرة عليها .

---

[٢٤٣] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٢٢٧.

[٢٤٤] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٩٥٤.

ومع مرور الزَّمن انقطعت هذه الأُعطيات عنهم ، وزَهِدَ النَّاس في إكرامهم وكِفايتهم ، ممَّا جعل العلماء يُفتون بجواز أخذ الأُجرة على التَّعليم ، والتَّفرُّغ للإمامة في المساجد ، خوفاً من ضَياع العِلم ، وإهمال التَّفرُّغ للإمامة في المساجد إذا اشتغل هؤلاء بالصِّناعات الدُّنيويَّة لكِفاية أنفسهم وعِيالهم .

المسألة الرَّابعة : استيفاء الدَّين من جنس الحقِّ ومن غيره .

أفتى المُتقدِّمون بعدم جواز أَخْذ الدَّائن ماله من مال المَدْيون حال غِيابه إلَّا إذا كان من جِنسه ، ثمَّ لمَّا تغيرت طبائع النَّاس ، وتعوَّدوا على العُقوق والتَّأخُّر والمُماطلة في أداء الحُقوق أفتى العلماء بغير هذه الفتوى ، وأجازوا أَخْذ الدَّائن دينه في حالة غِياب المديون أو المُماطلة المُتَعَمَّدة مع اليُسر من غير جِنس حقه .

قال الشَّيخ أحمد الزَّرقا : ((قَالَ المُتقدِّمون إنَّ الدَّائِن لَيْسَ لَهُ اسْتِيفَاء دينه من مَال الْمَدْيُون حَال غيبته إلَّا إذا كَانَ من جنس حَقه ، ثمَّ لما انْتَقَلت عَادَة النَّاس إلَى العقوق قَالَ الْفُقَهَاء : للدائن اسْتِيفَاء دينه وَلَو من غير جنس حَقه.))[٢٤٥]

المسألة الخامسة : اعتياد النَّاس في بيع بعض الأشياء الثَّقيلة أنْ تكون على البائع حُمُولتها إلى بيت المشتري[٢٤٦] .

كالحطب والفحم وجِرار الماء والغاز والأجهزة الكهربائيَّة الثَّقيلة كالبرَّادات والغسَّالات ..

وهذا الشَّرط لم يكُن مُتعارفًا عليه عند المُتقدِّمين ، بل كان مُفسِداً للعقد ، لأنَّ النَّبي ﷺ نهى عن بيعٍ وشرطٍ، وبعد تغيُّر الزَّمان تعارف النَّاس على التَّعامل بمثل هذه الشُّروط ، فصحَّح العلماء مثل هذه الشُّروط ، وذلك بالنَّظر إلى عِلَّة الحديث وهي المُنازعة ، وقد انتفت المُنازعة بتعارف النَّاس على مِثل هذه الشروط .

وقد فصَّلنا المسألة في تطبيقات العرف العام من هذه الرِّسالة ، فليُراجع في مكانه .

المسألة السَّادسة: تعارف النَّاس على شراء الأجهزة الكهربائيَّة والإلكترونيَّة مع اشتراط ضمان الإصلاح خلال مُدَّةٍ زمنيَّةٍ مُعيَّنةٍ ، وهو ما يُسمَّى في زماننا بكفالة المبيعات.

وقد فصَّلنا المسألة في تطبيقات العرف الخاصِّ من هذه الرِّسالة ، فليُراجع في مكانه .

---

[٢٤٥] أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٢٢٧.

[٢٤٦] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٧٧.

الخاتمة

وتحتوي على خُلاصة البحث ونتائجه ، والتَّوصيات .

أولاً: خُلاصة البحث ونتائجه .

بفضل الله ، تَمَّ في هذه الرِّسالة تسليطُ الضَّوء على بحث العرف من علم أصول الفقه الإسلامي ، وتطبيقات هذا العلم في باب المعاملات الماليَّة .

حيث قُسِّمت الرِّسالة إلى مُقدِّمةٍ وأربعةِ فصولٍ وخاتمة .

استعرضتُ في المُقدِّمة العناوين الآتية :

- أهمِّيَّة الموضوع .
- أسباب اختياري للموضوع .
- الدِّراسات السَّابقة .
- الجديد في هذه الرِّسالة .
- منهج البحث .
- منهج الكتابة .
- خُطَّة البحث .

واستعرضت في الفصل الأوَّل لتعريف العرف والعادة ، والنِسبة بينهما ، وتطرَّقت لبحث العرف كنظريةٍ فِقهيَّةٍ مُعاصرة .

واستعرضت في الفصل الثَّاني لنشأة العرف ، وحُجِّيَّته ، وشروطه ، وأهمِّيَّته ، ومجالاته ، ومنزلته بين الأدلَّة .

واستعرضت في الفصل الثَّالث لتقسيم العرف إلى مجموعةٍ من الأقسام باعتباراتٍ مُتعدِّدةٍ ، فباعتبار استعماله قسَّمت الفقه إلى عرفٍ لفظيٍّ وعرفٍ عمليٍّ ، وباعتبار شُيوعه قسَّمت العرف إلى عرفٍ عامٍّ وعرفٍ خاصٍّ ، وباعتبار مُوافقته للشَّرع أو مُخالفته قسَّمته إلى عرفٍ صحيحٍ وعرفٍ فاسدٍ ، وذكرتُ مجموعةً من التَّطبيقات الخاصَّة بكلِّ قِسم .

واستعرضت في الفصل الرَّابع للقواعد الفقهيَّة وصِلتها بمبحث العرف وخصَّصت مبحثاً لدراسة قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان .

وبعد هذه الدِّراسة تَمَّ التَّوصُّل إلى النَّتائج الآتية:

١- أنَّ للعرف سُلطانٌ على النُّفوس يأسِرها ويقيِّدها .فالعادات لها تأثير واضح على حياة الناس وبكثرة تكرار هذه العادات تصل لمرحلة تأسر فيها الإنسان فتصبح العادة وكأنها طبيعة ثانية للإنسان . فإنْ كان العرف فاسداً أصبح تغييره صعباً على النُّفوس ، لذلك دعوات الأنبياء والمصلحين تتلقَّى الكثير من الصَدِّ والإعراض .

٢- للعرف أهمِّيَّةٌ كبيرةٌ وواضحةٌ في التَّشريع الإسلامي . ويُمكن إجمال هذه الأهمِّيَّة في عِدَّة جوانب ومنها:

- للعرف دورٌ كبيرٌ في تحقيق مقاصد الشَّريعة الإسلامية .
- يُعتبر العرف دليلاً على مرونة التَّشريع الإسلامي .
- يُعدُّ العرف مصدراً خصباً للفقه الإسلامي .
- العلم بأعراف النَّاس شرطٌ من شروط المجتهد والمفتي والقاضي .

٣- أنَّ منزلة العرف بين الأدلَّة تتفاوت بحسب كثرة الاعتماد عليه . فمِن العلماء من جعل العرف مُقَدَّماً على القياس ومنهم الحنفيَّة والمالكيَّة ، فالعرف العامُّ يُترك به القياس ، وقالوا أيضاً بتخصيص العرف للنَّص العام ، كما صرَّحوا به في مسألة الاستصناع .

أما في تخصيص العرف الخاصِّ للنَّص العامِّ فكلامٌ وتفصيلٌ :

فالعلماء الذين رفضوا العمل بالعرف الخاصِّ ورفضوا اعتباره إنَّما هو العرف الذي جُعِلَ دليلاً على الحكم ظاهراً ، والَّذي قالوا عنه : إنَّه يُخصِّص الدَّليل ويُقيِّده ، أي إنَّه العرف القاضي على الأدلَّة والنُّصوص الشَّرعيَّة فقط .

فإذا عارض العرف الخاصُّ بهذا المفهوم النَّصَّ العامَّ فإنَّه لا يصلح ناسخاً للنّصِّ ولا مُقيِّداً له .

وأمَّا ما يتعلَّق بمعارضة العرف الخاصِّ لنصوص الفقهاء فيُعتبر العرف الخاصُّ ، ولا فرق عندها بين العامِّ والخاصِّ سِوى في تنزيله على كل النَّاس في العرف العامِّ أو على أهله فقط في العرف الخاص .

٤- أنَّ للعرف تقسيماتٌ كثيرةٌ باعتبارات مُتعدِّدة . وهذه الأقسام مُتداخلةٌ فيما بين بعضها البعض .

فالعرف اللفظيُّ قد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا ، وكذلك العرف العملي .

والعرف الصَّحيح قد يكون عامًّا أو خاصًّا، وقد يكون لفظيًّا أو عمليًّا .

لذلك يُستشهد ببعض الأمثلة في أكثر من موضع .

٥- أن التَّفريق بين أقسام العرف له فوائد عديدة . ومنها أنَّه يُعطي دِقَّةً أكثر للباحث أثناء بحثه ، ويساعده في إنزال الحُكم على الواقعة .

٦- الأصل في صيغ العقود هو ما تعارفه الطرفان من صيغ وألفاظ والتي تختلف باختلاف اللغات واللهجات، فألفاظ الإيجاب والقبول لا يمكن حصرها لأن وضعها مرتبط بمدى تطور وإحداث ألفاظ جديدة يتعارف عليها الناس في كل زمان ومكان.

٧- الكثير من الأعراف قد تطور وانتشر ليتحول إلى قوانين دولية متفق عليها في أغلب دول العالم وذلك كتحديد حمولة عربات النقل وسيارات الشحن والطائرات .

٨- لا قيمة للأعراف الفاسدة المنتشرة بين الناس في تعاملاتهم المالية ولو عمت جميع الناس ، فالحرام ما حرمه الشرع ، ولن يتغير حكم الحرام بكثرة استعمال الناس له.

٩- أن اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية دليل من الأدلة الواضحة على مرونة الشريعة وقابليتها لمواكبة جميع العصور والأزمان. فأعراف النَّاس وعاداتهم ليست ثابتةً وليست دائمةً ، بل هي مُتجدِّدةٌ مُتغيِّرة ، وتتغيَّر الأحكام المَبْنيَّة على العرف أساساً وفقاً لتغيُّر أعراف النَّاس وعاداتهم .

ثانيا: التَّوصيات.

١- أُوصي الباحثين والمُهتمِّين وخصوصاً طلَّاب الدِّراسات العُليا بإشباع نظريَّة العرف بالبحث والدِّراسة ، واستيعاب جميع الأعراف المعاصرة في تطبيقات النَّظريَّة ، وخصوصاً ما يتعلَّق منها بباب المعاملات الماليَّة المعاصرة والمُستحدثة .

٢- أُوصي المؤسسات العلميَّة بكتابة موسوعةٍ مُتكاملةٍ حول العرف والعادة ، تكون أشملَ من بحث العرف كنظريَّةٍ ، حيث تَستوعب أعراف النَّاس في كلِّ البلدان، ومدى تغيُّرها مع تغيُّر أعراف كلِّ بلد .

وهذا العمل يحتاج إلى الاستعانة بمجموعةٍ كبيرةٍ من العلماء من بلادٍ عديدةٍ ، بالإضافة إلى مُختصِّين في جوانب كثيرةٍ ، يُرجَع إليهم وقت الحاجة في معرفة عرف كلِّ بلد ومِهنة .

وذلك لكي يُغلق الباب أمام المُتَفَيقِهين والمُتَصدِّرين للفتوى بدون علمٍ من أنْ يُحرِّمُوا ويُحَلِّلوا على حسب الهوى مُستندين بكلِّ عرفٍ سائدٍ حتَّى ولو كان فاسداً .

٣- أُوصي بتحرير مسائل كتب الفقه القديمة ، والتي بَنَتْ كثيراً من أحكامها على أعرافٍ كانت سائدةً في عصورهم .

وقد تكون عمليَّة التَّحرير في تعليقاتٍ في الهامش تُوضِّح أنَّ هذه الأحكام بُنِيَتْ أساساً على أعرافٍ كانت سائدةً في أزمانهم ، وأنَّ الحُكم يتغيَّر بتغيُّر العرف .

أو أنْ تكون عمليَّة التَّحرير المُوصَى بها من قِبل طُلَّاب الدِّراسات العُليا كرسائل ماجستير أو دكتوراه ، حيث يَختار كلُّ باحثٍ كتاباً من كتب الفقه ، فيقوم بدراسة عصر المُؤلِّف ، والوقوف على جميع الأحكام المَبنيَّة على أعراف ذاك الزَّمان ، مُبَيِّناً إيَّاها ومُوضِّحاً وشارحاً الحكم الذي تَوَصَّل إليه مُصَنِّف الكتاب ، ومدى ارتباطه بعرفٍ سائدٍ في زمانه ، وما يجب أن يُفتى به في زماننا وفقا لتغيُّر الأعراف بمرور الزَّمان .

خِتاماً

أحمدُ اللهَ تعالى على تمام هذه الرِّسالة ، وأحمدُهُ على توفيقه وتيسيره ، فما كان من صوابٍ فيها فمِنَ اللهِ تعالى وَحْده ، وما كان فيها من خطأٍ أو زَللٍ فمنِّي ومن الشَّيطان ، فأعوذُ باللهِ تعالى منه ، وأتوب إليه ، وأسألهُ التَّوفيق للتَّصحيح والسَّداد .

وأسألهُ تعالى الإخلاصَ والقبولَ ، إنَّه خيرُ مسؤولٍ وخيرُ مأمولٍ .

﴿ رَبَّنَا أَتْمِمْ لَنَا نُورَنَا وَاغْفِرْ لَنَا إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ [التحريم:٨]

وصلَّى اللهُ على نبيِّنا مُحَمَّدٍ ، وعلى آلهِ وصحبِه وسلَّم ، والحمدُ للهِ ربِّ العالمين .

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴾	١	المرسلات	٢٢
﴿ وَيُدْخِلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ ﴾	٦	محمد	٢٣
﴿ وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَذِيرٍ..﴾	٢٣	الزخرف	٣٩
﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾	١٩٩	الأعراف	٤٥-٤٦
﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ..﴾	٢٣٣	البقرة	٤٦-٦٤-٩٨
﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	٢٢٨	البقرة	٤٧-٦٤-١١٥
﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾	٨٩	المائدة	٤٧-٦٤
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	٧٨	الحج	٥٣
﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ﴾	١٠٧	الأنبياء	٦١
﴿ كَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴾	١٤٣	البقرة	٦١
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾	١٨٥	البقرة	٦٢
﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾	٢٢٨	البقرة	٦٥
﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا..﴾	١٤	النحل	٧٢
﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾	٦	الطلاق	٧٥
﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ..﴾	٢٩	النساء	٨١
﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ..﴾	٩٠	المائدة	١٠٣
﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ ﴾	١٢٧	البقرة	١٠٦
﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ﴾	٢٦	النحل	١٠٦
﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ ﴾	٥	البينة	١٠٨
﴿رَبَّنَا أَتْمِمْ لَنَا نُورَنَا وَاغْفِرْ لَنَا إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾	٨	التحريم	١٢٧

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الصفحة
«إِنَّكَ تَأْتِي قَوْمًا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ.. »	٤٢
«مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ.. »	٤٨-٤٩-٥٠
«خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»	٥١-٦٤-١١٥
«لا تَبِعْ ما ليس عندك»	٦٠
«كُنَّا نُخْرِجُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ الفِطْرِ..»	٦٥
«من أصابَ بفيهِ مِن ذي حَاجَةٍ ..»	٦٦
«المسلم أخو المسلم . ولا يحلُّ لمسلمٍ باع من أخيه بيعاً.. »	٨٥
«البيِّعان بالخِيار ما لم يتفرقا»	٨٦-٨٧
« نهى عن بيعٍ وشرطٍ »	١٠٠-١٢٢
«إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى »	١٠٨
«الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»	١٠٨

فهرس المصادر والمراجع

المصادر والمراجع باللغة العربية.

١- ابن العربي المالكي ، أبو بكر، المحصول في أصول الفقه، (عمان: دار البيارق، ت: حسين علي اليدري - سعيد فودة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩).

٢- ابن الهمام ، كمال الدين، فتح القدير، (دار الفكر، بدون طبعة ، وبدون تاريخ).

٣- ابن أمير حاج المعروف بابن الموقت الحنفي ، شمس الدين، ، التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).

٤- ابن خلكان ، شمس الدين، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان (بيروت: دار صادر ، ت: إحسان عباس ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م).

٥- ابن عابدين ، محمد أمين، رسائل ابن عابدين/رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (طبع على ذمة محمد هاشم الكتبي،١٣٢١هـ ، شركت صحافية عثمانية مطبعه سي).

٦- ابن عابدين، محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار "حاشية ابن عابدين"، (بيروت: دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).

٧- ابن عبد السلام ، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية ، ت: طه عبد الرؤوف سعد، (وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية، ودار أم القرى، القاهرة)،١٤١٤هـ - ١٩٩١م).

٨- ابن فارس ، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة (دار الفكر، ت: عبد السلام هارون،١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).

٩- ابن منظور ، جمال الدين، لسان العرب (دار صادر).

١٠-ابن نجيم ، زين الدين، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩م).

١١-ابن نجيم ، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ).

١٢- أبو البصل ، عبد الناصر ، مصطفى أحمد الزرقا فقيه العصر وشيخ الحقوقيين (دمشق: دار القلم، ٢٠١٠م).

١٣- أبو سنة ، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين (مطبعة الأزهر ، ١٩٤٧م).

١٤-أحمد بن حنبل، أبو عبد الله ، مسند أحمد ، (مؤسسة الرسالة، ت: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون ، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).

١٥-آل بورنو ، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، (بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).

١٦-الألوسي ، خير الدين، جلاء العينين في محاكمة الأحمدين، (مطبعة المدني ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م).

١٧-أمين أفندي ،علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (بيروت: دار الجيل، تعريب : فهمي الحسيني، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م).

١٨-الباباني ، إسماعيل بن محمد، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، (استانبول: وكالة المعارف الجليلة في مطبعتها البهية، ١٩٥١م، وأعادت طبعه بالأوفست بيروت: دار إحياء التراث العربي،).

١٩-البابرتي ، أكمل الدين، العناية شرح الهداية، (دار الفكر ، بدون طبعة ، وبدون تاريخ).
٢٠- البخاري ، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري (بيروت: دار طوق النجاة، مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ).
٢١-الترمذي ، أبو عيسى، سنن الترمذي . (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ت: بشار عواد معروف، ١٩٩٨م).
٢٢-جابر العلواني ، رقية طه، أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة أنموذجا (دمشق: دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م).
٢٣-الجرجاني ، السيد الشريف، التعريفات، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م).
٢٤-الجزري ، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، (بيروت: المكتبة العلمية، ت: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
٢٥-الجصاص الحنفي ، أبو بكر الرازي، شرح مختصر الطحاوي، (بيروت: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، ت : عصمت الله عنايت الله محمد وآخرون ، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م).
٢٦-الجصاص الحنفي ،أبو بكر الرازي، الفصول من الأصول (الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
٢٧-الجوزية ، ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م).
٢٨-الجوزية ، ابن القيم، بدائع الفوائد (بيروت: دار الكتاب العربي).
٢٩-الجيدي ، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، (المغرب: مطبعة فضالة ، المحمدية).
٣٠-الحاكم ، أبو عبد الله، المستدرك، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ – ١٩٩٠م).
٣١-الحفيد ، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة: دار الحديث، بدون طبعة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).
٣٢-الحموي ، أبو العباس، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
٣٣-الحنبلي ، ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (دمشق: دار ابن كثير، ت: محمود الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط ، الطبعة الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
٣٤-الحنبلي، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
٣٥- خلاف ، عبد الوهاب، علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، (مطبعة المدني «المؤسسة السعودية بمصر»).
٣٦-الزحيلي ، محمد، النظريات الفقهية / نظرية العرف، (دمشق: دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٤ه-١٩٩٣م).
٣٧-الزحيلي، وهبة، أصول الفقه الإسلامي، (دمشق: دار الفكر، الطبعة الحادية والعشرون، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م).
٣٨- الزرقا ، مصطفى، المدخل الفقهي العام، (دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م).

٣٩-الزرقا ،أحمد، شرح القواعد الفقهية (دمشق: دار القلم، تصحيح وتعليق: مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة الثانية ،١٤٠٩هـ - ١٩٧٩م).
٤٠- الزركشي ، بدر الدين، البحر المحيط في أصول الفقه (الكويت: وزارة الأوقاف، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
٤١-الزركشي ، بدر الدين، المنثور في القواعد الفقهية، (الكويت: وزارة الأوقاف، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
٤٢-الزركشي ، بدر الدين، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، (مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، ت: سيد عبد العزيز - د عبد الله ربيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م).
٤٣- الزركلي ، خير الدين، الأعلام (بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة ١٥، ٢٠٠٢م).
٤٤-الزيلعي ، جمال الدين، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ).
٤٥-الزيلعي ، جمال الدين، نصب الراية لأحاديث الهداية (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية ت : محمد عوامة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
٤٦-السبكي ، تاج الدين، الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ- ١٩٩١م).
٤٧-السجستاني ، أبو داود، سنن أبي داود، (بيروت: دار الرسالة العالمية، ت: شعَيب الأرنؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م).
٤٨-السخاوي ، شمس الدين، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (بيروت: دار مكتبة الحياة ، بدون طبعة وبدون تاريخ) .
٤٩-السخاوي ، شمس الدين، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة (بيروت: دار الكتاب العربي، ت: محمد عثمان الخشت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م).
٥٠-السرخسي ، شمس الأئمة، أصول السرخسي (بيروت: دار المعرفة، ت: أبو الوفاء الأفغاني ، بدون تاريخ).
٥١-السرخسي ، شمس الأئمة، المبسوط (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
٥٢-السمرقندي ، أبو الليث، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م).
٥٣-السمرقندي ، أبو الليث، عُيُون الْمَسَائِل، (بغداد: مطبعة أسعد، ت: صلاح الدِّين الناهي، ١٣٨٦هـ).
٥٤-السيوطي ، جلال الدين، الأشباه والنظائر،(بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م).
٥٥- السيوطي ، جلال الدين، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (دار إحياء الكتب العربية، ت: محمد أبو الفضل إبراهيم، الطبعة الأولى، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م).
٥٦-الشافعي ، محمد بن إدريس، الأم، (بيروت: دار المعرفة، بدون طبعة ،١٤١٠هـ-١٩٩٠م).
٥٧-الشربيني ، الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
٥٨-الطبراني ، سليمان بن أحمد . المعجم الأوسط . (القاهرة: دار الحرمين، ت: طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني).

٥٩-الطبري ، محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن المشهور بتفسير الطبري(مؤسسة الرسالة، ت: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م).
٦٠-الطَّرابُلُسِيُّ الحنفي ، علاء الدين، مُعين الحُكَّام فيما يتردَّدُ بين الخصمين من الأحكام (دار الفكر، طبعة بدون تاريخ).
٦١-الطوفي ، نجم الدين، شرح مختصر الروضة، (مؤسسة الرسالة، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧م).
٦٢-العسقلاني ، ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة (حيدر أباد: مجلس دائرة المعارف العثمانية، ت: محمد عبد المعيد ضان. الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م).
٦٣-العسقلاني ، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار المعرفة، ت: محب الدين الخطيب، ١٣٧٩هـ).
٦٤-الغزالي ، أبو حامد، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل (بغداد: مطبعة الإرشاد، ت: حمد الكبيسي، الطبعة الأولى، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م).
٦٥-الغزي ، نجم الدين، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: خليل المنصور، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).
٦٦-الفيروز أبادي ، مجيد الدين، القاموس المحيط (مؤسسة الرسالة. ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة. الطبعة الثامنة،١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م).
٦٧- القدوري ، أبو الحسين، التجريد، (القاهرة: دار السلام، ت : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ. د محمد أحمد سراج ... أ. د علي جمعة محمد، الطبعة الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
٦٨-القدوري ، أبو الحسين، مختصر القدوري، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت : كامل محمد محمد عويضة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
٦٩- القرافي ، شهاب الدين، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، (بيروت: دار البشائر الإسلامية ، ت:عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية ، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).
٧٠-القرافي ، شهاب الدين، أنوار البُروق في أَنْواء الفُروق، المسمى بكتاب الفروق ،(الرياض: عالم الكتب).
٧١-القرافي ، شهاب الدين، شرح تنقيح الفصول، (الإمارات العربية: شركة الطباعة الفنية المتحدة، ت: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ- ١٩٧٣ م).
٧٢-القرطبي ، شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي (القاهرة: دار الكتب المصرية ، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م).
٧٣-القزويني ، ابن ماجة، سنن ابن ماجه (دار الفكر، ت: محمد فؤاد عبد الباقي).
٧٤- قوته ، عادل، العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (المكتبة المكية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م).
٧٥-الكاساني ،علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
٧٦-الكفوي ، أبو البقاء، الكليات، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ت : عدنان درويش - محمد المصري، بدون طبعة، وبدون تاريخ).

٧٧-لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية ، (كراتشي: آرام باغ، كارخانه تجارتِ كتب، ت : نجيب هواويني ، نور محمد).
٧٨-الماوردي ، أبو الحسن، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشَّافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ت: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م).
٧٩-مجمع الفقه الإسلامي الدولي في منظمة التعاون الإسلامي بإشراف ثلة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، (مؤسسة زايد بن نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية).
٨٠- مجمع اللغة العربية بالقاهرة بإشراف ثلة من العلماء : إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط ، ، (القاهرة: دار الدعوة).
٨١-المرغيناني ، برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي (بيروت: دار احياء التراث العربي، ت: طلال يوسف، بدون طبعة، وبدون تاريخ).
٨٢- المعري ، أبو العلاء، ديوان اللزوميات (مصر: مطبعة التوفيق الأدبية، ت: أمين عبد العزيز خانجي، ١٣٤٢هـ . من منشورات مكتبة الهلال – بيروت ، ومكتبة الخانجي - القاهرة).
٨٣-المقدسي ، ابن قدامة، المغني،(مكتبة القاهرة ، بدون طبعة ، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م).
٨٤-المقري ، أبو عبد الله، الكليات الفقهية، (المغرب: دار الأمان، ت وترقيم: محمد الدردابي، ٢٠١٢م).
٨٥-الموصلي ، ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، (القاهرة: مطبعة الحلبي، ت: محمود أبو دقيقة ، "وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها" ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م).
٨٦-النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، (دار الفكر، "طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي").
٨٧-النيسابوري ، مسلم بن الحجاج، ، صحيح مسلم (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون طبعة ، وبدون تاريخ).

المراجع باللغة التركية.

88- ŞENER, Mehmet, Ahkamın Değişmesi Ve Buna Tesir Eden Faktörler, (İzmir: D E.Ü İlahiyat FaldUtesi Dergisi, s.8, 1994) s.9-23.

89- KAYA , Ali, İslam Hukukunda Örfün Kaynakuk Değerinin Sınırları Konusuna Hukuk Felsefesi Açlsından Bir Yaklaşım, (İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.5, 2005) s.181-206.

90- AKMAN ,Mehmet, Örf (DİA, 2007) c.34, s.93- 94

91- HASANOVA ,Samire, Örf Ve Adetin Islam Hukuk Düşüncesinde Yeri Ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamindaki Tartişmalarda Rolü, (Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.l4, 2009), s.203-218.

92- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, Örf,(DİA, 2007) C.34, S.92-94.

93- ERDOĞAN, Mehmet, İslam Ve Yerellik Yerelliğin Fıkhi Temellendirmesi Olarak Örf, (Islam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.9, 2007) s.11-24.

94- ATAR,Fahrettin, Fetva, (DİA,1995) c.12, s.486-496.

95- ŞENER, Mehmet, Örf, Adet Ve Görenegin Huküki Değeri, (Din Ve Gelenek Tarhşmali Ilmi Toplantı, İstanbul:2010) s.219-247.

96- KARAMAN, Hayreddin, Âdet, (DIA , 1988) c.1, s.369-373.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المحتويات	١
صفحة تأكيد الأطروحة	٤
تعهد	٥
الشكر والتقدير	٦
المقدمة	٧
خلاصة البحث	٨
معلومات سجل الأرشيف	٩
Öz	١٠
Arşiv Kayıt Bilgileri	١٢
Abstract	١٣
Archive record information	١٥
الاختصارات	١٦
التمهيد	١٧
أهمية الموضوع	١٧
أسباب اختيار الموضوع	١٧
الدراسات السابقة	١٧
الجديد في هذا البحث	١٩
منهج البحث	١٩
منهج الكتابة	١٩
خطة البحث	١٩
الفصل الأول: ماهية العرف والعادة	٢١
المبحث الأول: تعريف العرف والعادة	٢٢
المطلب الأول: تعريف العرف والعادة لغة	٢٢
العرف لغة	٢٢
العادة لغة	٢٣
المطلب الثاني: تعريف العرف والعادة اصطلاحا	٢٤
العرف اصطلاحا	٢٤
شرح التعريف ومحترزاته	٢٤
أمثلة العرف	٢٥
مناقشة التعريف	٢٦
الرد على الاعتراضات	٢٧
تعريف العادة اصطلاحا	٢٨
شرح التعريف ومحترزاته	٢٨
المبحث الثاني: النسبة بين العرف والعادة	٣٠
المطلب الأول: مذاهب الفقهاء في الفرق بين العرف والعادة	٣٠
المطلب الثاني: رأي الباحث ، والقول المعمول به في هذا البحث	٣٢
المبحث الثالث: العرف كنظرية فقهية	٣٣
المطلب الأول: تعريف النظرية الفقهية	٣٣
المطلب الثاني: أمثلة النظريات الفقهية	٣٤
الفصل الثاني: نشأة العرف ، حجيته ، شروطه وأهميته ، مجالاته ومنزلته بين الأدلة	٣٥
المبحث الأول: نشأة العرف	٣٦
المطلب الأول: مراحل نشوء العرف	٣٦
المطلب الثاني: أسباب نشوء العرف	٣٨
المطلب الثالث: سلطان العرف على النفوس	٤٢
المبحث الثاني: حجية العرف	٤٣

المطلب الأول: المتفق عليه والمختلف فيه من العرف	٤٣
المطلب الثاني: أدلة المختلفين في توصيف حجية العرف	٤٥
أدلة الرأي الأول (المُكثِرون)	٤٥
أدلة العرف من القرآن الكريم	٤٥
الدليل الأول	٤٥
وجه الدلالة	٤٥
الاعتراضات على الدليل	٤٦
الدليل الثاني	٤٦
وجه الدلالة	٤٧
أدلة العرف من السنة النبوية	٤٨
الدليل الأول	٤٨
وجه الدلالة	٤٨
الاعتراضات على الدليل	٤٩
الاعتراض الأول	٤٩
الجواب على الاعتراض	٤٩
الاعتراض الثاني	٥٠
الدليل الثاني	٥١
وجه الدلالة	٥١
دليل العرف من الإجماع العملي	٥٣
أدلة العرف من المعقول	٥٣
أدلة الرأي الثاني (المُقِلّون)	٥٣
أولا: فيما يخص تعريف العرف	٥٤
ثانيا: فيما يخص أدلة العرف	٥٤
النتيجة	٥٥
المطلب الثالث: القول الراجح وما يعتمده الباحث	٥٦
المبحث الثالث: شروط العرف وأهميته، مجالاته ومنزلته بين الأدلة	**٥٧**
المطلب الأول: شروط اعتبار العرف	٥٧
المطلب الثاني: أهمية العرف	٦١
المطلب الثالث: مجالات استعمال العرف	٦٤
المطلب الرابع: منزلة العرف بين الأدلة	٦٧
الفصل الثالث: أقسام العرف وتطبيقاته	**٧٠**
المبحث الأول: تقسيم العرف باعتبار استعماله	**٧١**
المطلب الأول: العرف القولي اللفظي وتطبيقاته	٧١
تعريف العرف اللفظي	٧١
تطبيقات العرف القولي اللفظي	٧٢
أولا: فيما يتعلق بصيغ العقود	٧٣
١- ما يصح به الإيجاب والقبول من الألفاظ	٧٣
٢- ما يصح به الإيجاب والقبول من الأزمنة	٧٣
ثانيا: فيما يتعلق بالثمن في العقود	٧٤
المسألة الأولى: البيع بدون تحديد الثمن	٧٤
المسألة الثانية: إطلاق لفظ عملة ما في البيع والشراء	٧٦
المسألة الثالثة: إطلاق مقدار معين من المال بدون تحديد نوع العملة	٧٦
المسألة الرابعة: البيع مع عدم التصريح بقبض الثمن حالا أو مؤجلا، نقدا أو تقسيطا	٧٧
المطلب الثاني: العرف العملي وتطبيقاته	٧٩
تعريف العرف العملي	٧٩
تطبيقات العرف العملي	٧٩
أولا: ما يتعلق بصيغة العقد	٧٩
المسألة الأولى: بيع المعاطاة(التعاطي)	٨٠

المسألة الثانية: الكتاب أو المكاتبة	٨١
شروط صحة العقود المبنية على المكاتبة	٨٢
المسألة الثالثة: الإشارة المعهودة من الأخرس	٨٤
قاعدة الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان وشرحها	٨٤
ثانيا: ما يتعلق بخيارات العقود	٨٥
تعريف الخيار	٨٥
الحكمة من تشريع الخيارات	٨٥
المسألة الأولى: ما يعد عيبا في خيار العيب	٨٥
المسألة الثانية: التفرق القاطع لخيار المجلس	٨٦
ثالثا: ما يتعلق بتوابع المبيع وتوابع العمل	٨٧
المبحث الثاني: تقسيم العرف باعتبار شيوعه	**٩٠**
المطلب الأول: العرف العام وتطبيقاته	٩٠
تعريف العرف العام	٩٠
تطبيقات العرف العام	٩١
المسألة الأولى: تسجيل مبيعات المنقولات وغير المنقولات في سجلات الدولة.	٩١
المسألة الثانية: تحديد الحمولة	٩١
المطلب الثاني: العرف الخاص وتطبيقاته	٩٢
تعريف العرف الخاص	٩٢
تطبيقات العرف الخاص	٩٣
المسألة الأولى: أجرة العمل في المهن المختلفة	٩٤
المسألة الثانية: كفالة المبيعات	٩٤
المسألة الثالثة: أجرة السمسار في المكاتب العقارية	٩٥
المسألة الرابعة: تعارف التجار على تسجيل المبيعات في دفتر خاص	٩٥
المسألة الخامسة: عرف التجار ألا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة	٩٥
المسألة السادسة: دفع أثمان البضاعة المؤجلة كل يوم خميس أو كل يوم سبت	٩٥
مسألة: عرف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعد عيبا	٩٦
المبحث الثالث: تقسيم العرف باعتبار موافقته للشرع أو مخالفته	**٩٧**
المطلب الأول: العرف الصحيح وتطبيقاته	٩٧
تعريف العرف الصحيح	٩٧
تطبيقات العرف الصحيح	٩٨
أولاً : كلُّ ما ذُكر من أمثلة العرف اللفظي ، والعملي ، والعرف العام والخاص	٩٨
ثانياً : الأعراف التي كانت في الجاهليَّة ، وأقرَّها الإسلام أو أمر بها	٩٨
ثالثاً : الأعراف التي شهدت لها أدلّة الشّريعة بالاعتبار ، وأمرت بالرُّجوع إليها لفهم الأحكام الشَّرعيَّة	٩٨
رابعاً : الأعراف المُستحدثة– التي توفّرت فيها شروط العرف- من زمن نزول الوحي إلى قيام السَّاعة	٩٨
خامساً : كلُّ عرفٍ كان باطلاً في زمنٍ من الأزمنة لسببٍ من الأسباب ، ثم أصبح صحيحاً لشيوع التَّعامل به	٩٩
بيع ما لا يُعدُّ مُتَموَّلاً ثمَّ أصبح مُتَموَّلاً مع الزّمن	٩٩
الشّروط في البيوع	١٠٠
بيع الوَفاء	١٠١
المطلب الثّاني : العرف الباطل أو الفاسد وتطبيقاته	١٠٢
تعريف العرف الفاسد	١٠٢
تطبيقات العرف الفاسد	١٠٣
المسألة الأولى : التّعامل بالمَيسر	١٠٣
المسألة الثّانية: التّعامل بالرِّبا وسحب الأموال بالفائدة من البنوك	١٠٤
المسألة الثّالثة : البيع مع الجهالة بالثّمن	١٠٤

الفصل الرابع: تغير الأحكام بتغير الأعراف والأزمان	**١٠٥**
المبحث الأول: القواعد الفقهية وصلتها بالعرف	**١٠٦**
المطلب الأوَّل : تعريف القواعد الفقهيَّة	١٠٦
معنى القاعدة لغةً	١٠٦
معنى القاعدة اصطلاحاً	١٠٦
التَّعريف المُختار للقاعدة الفقهيَّة	١٠٧
شرح التَّعريف	١٠٧
المطلب الثَّاني : مصادر القواعد الفقهيَّة وحُجِّيَّتها	١٠٨
مصادر القواعد الفقهيَّة	١٠٨
حُجِّيَّة القواعد الفقهيَّة	١٠٩
المطلب الثَّالث : صلة القواعد الفقهية ببحث العرف	١١١
المبحث الثاني: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان	**١١٤**
المطلب الأوَّل : معنى القاعدة وأدلّتها وثَبْتُها	١١٤
معنى القاعدة الإجمالي	١١٤
أدلّة القاعدة	١١٥
ثَبْتُ القاعدة	١١٧
المطلب الثَّاني: الأحكام التي تتأثَّر بالعرف	١١٩
المطلب الثَّالث: تطبيقات قاعدة لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان	١٢١
المسألة الأولى : خِيار الرُّؤية في عقود شراء البيوت	١٢١
المسألة الثَّانية : فيما يُعتبر تسليماً للعقارات	١٢١
المسألة الثَّالثة : أخذ الأجرة على التَّعليم والقضاء	١٢١
المسألة الرَّابعة : استيفاء الدَّين من جِنس الحقِّ ومن غيره	١٢٢
المسألة الخامسة : اعتياد النَّاس في بيع بعض الأشياء الثَّقيلة أنْ تكون على البائع حُمُولتها إلى بيت المشتري	١٢٢
المسألة السَّادسة: تعارف النَّاس على شراء الأجهزة الكهربائيَّة والإلكترونيَّة مع اشتراط ضمان الإصلاح خلال مُدَّةٍ زمنيَّةٍ مُعيَّنةٍ ، وهو ما يُسمَّى في زماننا بالكفالة	١٢٢
الخاتمة	**١٢٣**
أولاً: خُلاصة البحث ونتائجه	١٢٣
ثانيا: التَّوصيات	١٢٦
ختاما	١٢٧
الفهارس	**١٢٨**
فهرس الآيات القرآنية	١٢٨
فهرس الأحاديث النبوية	١٢٩
فهرس المصادر والمراجع	١٣٠
فهرس الموضوعات	١٣٦
السيرة الذاتية	١٤٠

السيرة الذاتية

مصطفى محمد يوسف مصطفى ، ولد في سوريا / ريف دمشق/ مخيم اليرموك بتاريخ 14.02.1979.

تلقى تعليمه في المرحلة الابتدائية والإعدادية والثانوية في مدينة حلب .

تخرج من كلية الشريعة / جامعة دمشق سنة 2005 .

وبعد تخرجه من جامعة دمشق حصل على الشهادات التالية :

- إجازة بقراءة القرآن وإقراءه بالسند المتصل .
- الشهادة الدولية في تقانة الحاسب ISDL .
- شهادة دمج التكنولوجيا في التعليم .
- شهادة اللغة التركية ORTA TÜRKÇE SERTİFİKASI .
- شهادة في تعليم اللغة العربية لغير الناطقين بها من مركز(أكدم استانبول) .
- دبلوم الدراسات العليا / اختصاص الفقه الإسلامي وأصوله / جامعة طرابلس – لبنان ، سنة 2017.

عمل إماما وخطيبا في مساجد مدينة حلب وريفها لمدة عشر سنوات تقريبا.

عمل مدرسا للعلوم الشرعية واللغة العربية في مدارس مدينة حلب وريفها/ المرحلة المتوسطة والثانوية ، والمعاهد الشرعية لمدة عشر سنوات تقريبا .