وزارة التعليم والبحث العلمي

جامعة عمار الثليجي بالأغواط

كلية العلوم الإنسانية و الإسلامية و الحضارة

قسم العلوم الاسلامية

الميدان : العلوم الإسلامية

الموضوع : **شعبة : الشريعة**

اختلاف الأحكام الفقهية لاختلاف الأعراف

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص :الفقه المقارن وأصوله

إعداد :

*سهام بلخضر إشراف الدكتور:

*هاجر بن قيط مصطفى شطة

السنة الجامعية :1441/1440هـ ***2018 / 2019م

شكر وتقدير

يقول الله عز وجل ﴿ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ ١٩ ﴾[1]

فإننا نحمد الله حمدا كثيرا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه.

أول الشكر للمولى عز وجل الذي لا يهنئ الإنسان إلا بذكره و طاعته أما بعد فالصلاة على النبي المرسل الذي بلغ الرسالة و أدى الأمانة ونصح الأمة والرحمة المهداة الناس جمعا خير الأنام .

كان من تمام شكر الناس و وقوفاً عند قول النبي *(من لا يشكر الناس لا يشكر الله)* بعد الانتهاء من إعداد دراستنا هذه يسعدنا أن نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للدكتور المشرف

"شطة مصطفى " اشرف على عملنا هذا حيث لم يبخل علينا بالنصح والتوجيه وتقديم المنهج العلمي السليم كما نتقدم بالعرفان لكل من السادة رئيس اللجنة و الأستاذ المناقش وإلى كل الدكاترة والأساتذة الكرام الذين رافقونا في مشوارنا الدراسي الأولى إلى هذه اللحظة لكم منا كل الشكر والتقدير ,

ولا ننسى الشكر الموصول إلى كلية العلوم الإنسانية والإسلامية والحضارة وإلى كل من وفر لنا جو الدراسي من أعلهم مرتبة إلى أبسطهم مرتبة أن يسدد خطاهم وأن يوفقهم الله لم يحب ويرضى .

ولا ننسي أن نشكر كل من مدى لنا يد العون ولو بكلمة نصح أو إرشاد....فنشكركم جميعا.

[1]- سورةالنمل:الآية ﴿19﴾

إلى جميع أهلي و أحبتي

إلى منهم سبب و جودي و سندي و من أوصاني الله ببرهم فقال تعالى ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًاۚ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ ٱلۡكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوۡ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنۡهَرۡهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوۡلٗا كَرِيمٗا ٢٣ ﴾[2]

أمي و أبي حفظهم الله, فجازهم الله عني خيرا الجزاء و ختم بصالحات أعمالهم وجمعنا في جنته

إلى من وقفت معي بكل ما لديها ولم تبخل عليا أختي الكبرى وهيبة حفضها الله ورعاها

إلى من بهم و معهم تحلو الحياة إلى من وقفوا بجانبي طول مدتي دراسية إخواني و أخواتي.

إلى من كنت أخلاقهم عالية زميلاتي وزملائي

إلى كل من علمني حرف وصار لي سيدا و أخذت منهم الأخلاق قبل التعلم من معلمين و أساتذة أسأل الله أن يجعلهم من أهل جنة الفردوس الأعلى

إلى كل من أمن بالله ربا و بالإسلام دينا و بالقرآن إيمانا و بمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا و رسول.

إلـــى كل هؤلاء , وغيرهم .....أهدي هذا الجهد المتواضع

سهام بلخضر

[2]- السورة الإسراء : الآية (23)

إهداء

بحمد الله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى أله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

الحمد لله الذي يسر لنا مكان عسيرا الذي أنار لنا طريق العلم ويسر لنا اليسر إليه لنجني ثمار جهد السنين .

أهدي خلاصة عملي وثمرة جهدي نتيجة تعبي إلى والديّ الكريمين حفظهما الله

إلى أخي الدكتور " بن قيط الجودي " الذي كان لي سنداً في الحياة وفي مشواري الدراسي و أسأل الله أن يقدرني كي أوفيه حقه .

إلى زوجي "بن قيط أسامة " الذي ساندني

وإلى أخواتي الكريمات خاصتا زبيدة الغالية .

بن قيط هاجر

مقدمة

مـــقـــدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له, ومن يظلل فلا هادي له , وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمد عبده ورسوله ونحمد الله الذي عمنا بالأنعام واللطف وأمرنا بالتيسير والتسهيل لا بالتشديد والعنف , والصلاة والسلام على مشرع الأحكام صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد :

أرسل الله تعالى محمد إلى الناس كافة لتنظيم جميع علاقاتهم إلى يوم القيامة فلا يقال أن أمر من الأمور لا حكم له في الإسلام لقوله تعالى ﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾[3]وقوله تعالى ﴿ وَنَزَّلۡنَا عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ تِبۡيَٰنٗا لِّكُلِّ شَيۡءٖ وَهُدٗى وَرَحۡمَةٗ وَبُشۡرَىٰ لِلۡمُسۡلِمِينَ ٨٩ ﴾[4]و يحرم على المسلم أن يصف فعلا أو شيئا بالحرام أو الحرام دون الاستناد إلى دليل شرعي لقوله تعالى﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٞ وَهَٰذَا حَرَامٞ لِّتَفۡتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلۡكَذِبَۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَفۡتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلۡكَذِبَ لَا يُفۡلِحُونَ ١١٦ ﴾[5]فإن لم يجد المسلمين حكم شيء أو فعل في الأدلة الشرعية فإن ذلك ليس بسبب نقص أو قصور في الأدلة الشرعية إنما هو بسبب تقصيرهم في استنباط الأحكام .

و المسلمون مأمورون شرعا أن يأخذوا بما جاء به الرسول من عند الله تعالى ,قال الله تعالى ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ٧ ﴾[6] و المصدر التشريعي أساس للأحكام ,فلا بد أن يكون هذا الأساس متين و محدد

[3]- سورة المائدة: الآية (03)
[4]- سورة النحل: الآية (89)
[5]- سورة النحل : الآية (116)
[6]- سورة الحشر: الآية (07)

لكي يبنى علمه بناء سليما و دقيقا , و أن كان غير ذلك تعرض البناء للانهيار و لا بد أن تطمئن نفس المسلم إلى المصدر الذي يأخذ منه أحكامه الشرعية.

ومن مصادر التشريع الإسلامي المتعامل بها و المقتدى بها بعد القرآن و السنة و الإجماع و التي يمكن من خلالها أخذ الأحكام الشرعية التي نحتاجها في التعاملات اليومية سواء في العبادات أو المعاملات أو في أحوال الناس فيما بينهم عملية كانت أو شخصية و يمكن تغير الحكم الشرعي و موضوعه من خلال تغير هذا المصدر ألاّ و هو العرف بتغير المكان و الزمان و البيئة و التعاملات و العلاقات و العرف هو ما ألفه الناس و ساروا عليه في تصرفاتهم سواء كان فعلا أو قولا دون أن يصادم نصا , ويعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني إذا أن التشريعات المختلفة بدأت بعادات و أعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها ,و لا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانونية و التشريعية , و بعد نزول الرسالة المحمدية بالشريعة السمحة وحدت كثيرا من الأعراف في المجتمع العربي فأقرت الصالح و ألغت الفاسد من تلك العادات و الأعراف, و العرف الصحيح كالمصالح المرسلة يعتبر مصدرا للفتوى و القضاء و الاجتهاد فينبغي أن يرعى عند تشريع الأحكام أو تفسير النصوص.

و لقد اتفق جملة من علماء الإسلام على إن كل ما ينزل بالناس من وقائع و ما يحدث لهم من أقضية و نوازل في هذه الحياة –له في الإسلام حكم –و لقد آمن كل مسلم و اطمئن قلبه الى ان هذه الشريعة المباركة السمحة الصالحة لكل زمان و مكان تعطي لكل حادثة حكم شرعي يليق بها و ذلك بالاستناد إلى مصادر التشريع الإسلامي (الأدلة المتفق عليها و المختلف فيها) و نحن سوف ندرس في بحثنا هذا تحت عنوان: اختلاف الأحكام الشرعية لاختلاف الأعراف .

أولا :طبيعة الموضوع

هذا البحث يدرس مصدر من مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها في موضوع العرف حيث يبين أن كثيرا من الأحكام الشرعية المتعلقة بأحوال الناس جاءت متأثرة بالزمان و الأمصار المختلفة .

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

1) أهمية العرف في حياة الناس و بناء كثيرا من الأحكام عليها ,و إن كثيرا من النوازل المبنية على العرف وقع فيها النزاع لعدم وجود نص قطعي في المسالة .

2) القيمة العلمية العالية لمسائل العرف .

3) التأكيد على مشروعية اعتبار العرف مصدر من مصادر التشريع الإسلامي فهو دليل من أدلة الأحكام الشرعية.

4) الرغبة في زيادة البحث في العرف و الأحكام الشرعية المتعلقة بأحوال العباد التي تختلف من عبادات و معاملات و أحوال شخصية ....من زمان و مكان لآخر.

5) الحرص على كتابة موضوع تجتمع فيه دعائم الفقه الثلاثة (أحوال الفقه قواعده و فروع مسائله).

6) وجود بعض المستجدات بسبب تغير أحوال الناس تحتاج إلى فتاوى و أحكام .

ثالثا: أهمية الموضوع .

1) ترجع أهمية هذا البحث إلى أهمية الموضوع الذي يعالجه, و هو تأثير الأعراف الموجودة في المجتمع على الأحكام الشرعية.

2) و من أهمية هذا الموضوع أنها تدعوا المفتيين و الفقهاء إلى إعادة النظر في الأحكام الشرعية التي ترجع إلى العرف و عدم لجنود على ما كانت عليه في الأزمان الماضية نظرا لتغير الأعراف.

3) انه يجمع إلى جانب علمي الفقه و أحواله جانبا تطبيقيا واقعيا في التعرف على مدى تأثير العرف على الأحكام الشرعية باختلافها لاختلافه أي تأثيره في العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصية و اختلاف الحكم فيها حسب اختلاف الأزمان و المكان و الثقافات.

4) حاجة الفقيه إلى العرف في فهم النصوص الشرعية نفسها و فهم الواقع و تحقيق المناط و تنزيل الأحكام على الحوادث .

رابعا: أهداف الموضوع .

1. _التعرف على معنى الاختلاف و الأحكام الشرعية و الفقه والعرف لغة و اصطلاحا.

2. التعرف على حجة العرف و أدلة اعتباره من القران الكريم و السنة النبوية الشريفة سواء كان مذكورا صريحا أو غير صريح في النصوص الشرعية و حجته من الاجتماع و المعقول .
3. التطرق إلى دراسة أقسام العرف من حيث جميع الاعتبارات من حيث صدوره و من حيث اعتبار الشارع و شيوعه و من حيث صلاحه و فساده....الخ و إلى التعرف إلى شروط العرف و تعامل به.
4. معرفة موقف المذاهب من العرف و خاصة المذهب المالكي و الحنفي اللذان عمق في الأخذ بالعرف
5. بيان مدى تأثير العرف على العبادات من الطهارة و الصلاة و غيرها.
6. بيان أثر العرف في المعاملات و كل ما يتعلق بها من أمور مستجدة من بيعوا شراء و تبرعات و إجازة....الخ تواكب العصر و تطوره .
7. التعرف على اثر العرف في الأحوال الشخصية كأحكام الزواج و الطلاق .....الخ و تغير أحكامها حسب تغير العرف من زمن لآخر .

خامسا: الدراسات السابقة :

العرف من الموضوعات المهمة التي كتب فيها الكثيرون و افردوا لها أبحاثا مستقلة لكن تأثيره على بعض الأحكام الشرعية يوجد متناثراً في كتب الفقه, وبعد البحث لم نحصل على دراسة تجمع شتاتها و من أمثلة ما كتب عن العرف:

1) المسائل الفقهية المبنية على العرف عند الشيخ الإسلام ابن تيمية–مشعل بن حمود بن فالح النفعي رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتورة في الفقه إشراف الشيخ الدكتور محمد ابن عبد الله الصواط / قسم الشريعة جامعة أم القرى كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية سنة المناقشة 1436/02/09.

–و قد اشتملت هذه الرسالة على ترجمة موجزة لشيخ الإسلام ابن تيمية و بابين لكل باب فصلين الباب الأول : العرف حقيقته و أقسامه و أهميته و حجته و شروطه و الفصل الثاني : القواعد و الضوابط الفقهية المبنية على العرف عند الشيخ ابن تيمية .

و الباب الثاني: الفصل الأول: مسائل العبادات الفصل الثاني: مسائل المعاملات الفصل الثالث: مسائل النكاح و توابعه الفصل الرابع: مسائل بقية الأبواب الفقهية ثم الخاتمة: و فيها أهم نتائج البحث

2) أثر العرف على حقوق الزوجة : نوال سعيد حسن العفيفي/ إشراف الأستاذ الدكتور مازن إسماعيل هنية / قسم الفقه المقارن الجامعة الإسلامية غزة عمادة الدراسات العليا كلية الشريعة و القانون /ت 1434 هـ-2013م.
3) أثر العرف في الأحوال الشخصية : احمد رشاد عبد الهادي أبو حسين/ دراسة فقهية قانونية لنيل درجة الماجستير / إشراف الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري / جامعة الخليل كلية الدراسات العليا برنامج القضاء الشرعي/ت 1435هـ-2013م .
4) العرف و العادة في رأي الفقهاء: أبو سنة احمد فهمي / و هي رسالته للأستاذية و قد نوقشت سنة 1541م، تقدم بها لنيل درجة العالمية من الأزهر الشريف و طبعت بمنطقة الأزهر 1947 و قد اشتملت هذه الدراسة على اثر العرف في التشريع الإسلامي و جعل العرف دليل على مشروعية الأحكام الشرعية و ذلك من مصادر التشريع الإسلامي ، و كذا دراسة العرف من حيث كونه مقياس يرجع إليه في تطبيق الأحكام على النوازل و تكلم على تأثيره في تكوين الحكم الذي يستنبطه المجتهد .
5) العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومهما لدي علماء المغرب ل :عمر ابن عبد الكريم الجيدي سنة 1982 .
6) اثر العرف في التشريع الإسلامي : الأستاذ الدكتور السيد صالح عوض (سنة 1941)
7) أعمال العرف في الأحكام و الفتاوى في المذهب المالكي ل : محمد عبد الله ابن تمين (ت1430هـ-2009م) و هذا الكتاب تكلم على العرف و علاقته بالعادة و العمل واعتماد المذاهب عليه و جعل العرف أصل من أصول المذهب المالكي وتكلم أيضا على مجالات العرف.

- كما أن أثر العرف على الأحكام ذكره الكثير من الفقهاء و درسوه و كان له النصيب الأسّدَ من البحث و التفصيل و التحليل في الكتب الفقهية القديمة والحديثة و كتب مصادر التشريع المختلف فيها لكننا بعد البحث و الاطلاع لم نجد بحث تحت عنوان اختلاف الأحكام الشرعية لاختلاف الأعراف.

سادسا: منهج البحث

اعتمدنا المنهج التحليلي وهو المنهج الذي يتم من خلاله دراسة الإشكالات العلمية المختلفة من خلال عدة طرق كالتركيب والتقويم والتفكيك ، ويعد هذا المنهج ملائما للعلوم الشرعية بشكل كبير حيث يكثر استخدامه فيها ، ويستخدم في المنهج التحليلي ثلاث عمليات وهي التفسير ، النقد ، والاستنباط ، وقد يستخدم الباحث أحدى هذه العلميات أو قد يجمع

كما اعتمدنا على المنهج الاستقرائي الذي هو المنهج الذي يعاكس المنهج الاستدلالي حيث أن المنهج الاستقرائي يقوم بإنتاج تعليمات واسعة من مجموعة محددة من الملاحظات، بينما الأمر يكون معاكسا بالنسبة للمنهج الاستدلالي أو الاستنباطي.

سابعا:المنهجية البحث

1) ذكرنا الآيات القرآنية مع ذكر اسم السورة و رقم الآية التي وردت فيها في التهميش باعتماد على رواية حفص .
2) خرجنا الأحاديث النبوية من مصادر التخريج الأصلية مع نقل بعض الأحاديث الواردة : فكتفينا بذكرها من مصادر أخرى بلفظ مشابه لها (صحيح البخاري صحيح مسلم)
3) ترجمنا الأعلام للشخصيات الغير معروفة الحديثة واستغنينا عن الشخصيات القديمة المعروفة .
4) عند توثيق المصدر و المرجع بدأنا باسم الشهرة للمصنف ثم اسم الكتاب ثم المحقق إن وجد ثم دار النشر و البلد و رقم الطبعة و سنة النشر ثم المجلد والجزء ان وجدتم ثم رقم الصفحة .
5) عند توثيق الرسائل العلمية بدأنا باسم الباحث و عنوان الرسالة و درجة العلمية ثم اسم المشرف ثم القسم و اسم الجامعة المنتسب إليها الباحث و سنة المناقشة و الصفحة في تهميش الأحاديث ذكرنا الراوي ثم معلومات الكتاب بين عارضتين .
6) الرجوع إلى المعاجم اللغوية و للمصادر المتخصصة في المصطلحات لبيان معاني المصطلحات و الألفاظ الغريبة .
7) مهدنا لجميع الفصول و المباحث و وضعنا خاتمة لهم .
8)

ثامنا: الصعوبات

1) لم نجد كتب درست اختلاف الأحكام الشرعية لاختلاف الأعراف و أفردت التأليف بها .
2) شتات المراجع التي درست اختلاف الحكم لاختلاف العرف في الأحوال الشخصية و العبادات و المعاملات.
3) عدم توازن فصول البحث من حيث قلة بعض المعلومات الفصول و كثرتها في فصل الآخر.

تاسعا : الإشكالية .

- و هذا ما يستدعي تبادر بعض التساؤلات في أذهننا حول ماهية اختلاف الأحكام الشرعية لاختلاف الأعراف و هل يتغير الحكم الشرعي لتغير العرف من مكان و زمان إلى آخر و من بيئة إلى آخر ما حجة اعتبار العرف مصدر للتشريع الإسلامي و ما هي أقسامه و شروطه و هل كل المذاهب الأربعة جعلت العرف مصدر من مصادر التشريع لاستنباط أحكامها و هل يتغير الحكم لتغير العرف في العبادات المعاملات و الأحوال الشخصية .

عاشرا : خطة البحث .

عنوان : اختلاف الأحكام الفقهية لاختلاف الأعراف.

مقدمة :

الفصل الأول : مصطلحات و مفاهيم .

المبحث الأول : ماهية اختلاف و الأحكام .

المطلب الأول : تعريف الاختلاف لغة و اصطلاحا .

المطلب الثاني : تعريف الاحكام لغة واصطلاحا .

المبحث الثاني : ماهية الفقه و العرف .

المطلب الأول : تعريف الفقه لغة و اصطلاحا.

المطلب الثاني : تعريف العرف لغة و اصطلاحا

الفصل الثاني :حجية العرف و أقسامه و شروطه .

المبحث الأول: حجية العرف و أدلة اعتباره مصدر للتشريع .

المطلب 1: أدلة حجية العرف من القران الكريم.

المطلب الثاني : أدلته حجية العرف من السنة النبوية الشريفة.

المطلب الثالث : أدلة العرف من الإجماع و عمل أهل العرف .

المبحث الثاني : أقسام العرف و شروطه .

المطلب الأول: أقسام العرف.

المطلب الثاني : شروط العرف.

الفصل الثالث : نماذج و تطبيقات الأحكام الشرعية على الأعراف و اختلافها.

المبحث الأول : إعمال العرف و أسبابه.

المطلب الأول : اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي.

المطلب الثاني : موقف المذاهب الأخرى من العرف

المطلب الثالث: أسباب تغير الأعراف و تغير الأحكام لتغير الأعراف.

المبحث الثاني : تطبيقات العرف على التصرفات.

المطلب الأول : تطبيق العرف على العبادات .

المطلب الثاني: تطبيق العرف على المعاملات .

المطلب الثالث :تطبيق العرف في الأحوال الشخصية .

الفصل التمهيدي

مصطلحات ومفاهيم

المبحث الأول : ماهية الاختلاف و الأحكام .

المطلب الأول : حقيقة الاختلاف لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني : حقيقة الاحكام لغة واصطلاحا.

المبحث الثاني : ماهية الفقه والعرف .

المطلب الأول : حقيقة الفقه لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني حقيقة العرف لغة واصطلاحا

تمهيد

يعتبر هذا الفصل كمدخل وتمهيد لبحثنا و به نتطرق إلى تحليل الموضوع من ناحية الماهية ومعرفة تعريف كل مصطلح متعلق بموضوعنا المدروس أي هو فصل تمهيدي لما هو أتي من فصول ليسهل علينا فهم المسائل المدروسة للمذكرة لتوضيح وتقريب المعني ، وقد أخذنا التعريفات اللغوية والاصطلاحية لكل لفظ من ألفاظ العنوان المدروس وفيه مبحثين لدراسة ذلك .

.

المبحث الأول : ماهية الاختلاف و الأحكام .

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول نعرف فيه مصطلح الاختلاف لغة واصطلاحا و المطلب الثاني نتطرق إلى الأحكام وذلك كتمهيد لدراستنا موضوع اختلاف الأحكام الفقهية لاختلاف الأعراف.

المطلب الأول : تعريف الاختلاف لغة واصطلاحا .

الفرع الأول: تعريف الاختلاف لغة .

الاختلاف:(خ ـ ل ـ ف) مصدر اختلف .

تخالف الأمران واختلفا : لم يتفقا .وكل ما لم يتساوى فقد تخالف واختلف وقوله تعالى :﴿ وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَ جَنَّٰتٍ مَّعۡرُوشَٰتٍ وَغَيۡرَ مَعۡرُوشَٰتٍ وَٱلنَّخۡلَ وَٱلزَّرۡعَ مُخۡتَلِفًا أُكُلُهُۥ﴾ [1] ، أي في حال اختلاف أكله ،أن قائل :كيف يكون أنشأه في حال اختلاف أكله وهو قد نشأ من قبل وقوع أكله ؟،فالجواب في ذلك أنه قد ذكر أنشاء بقوله خالق كل شيء ،فأعلم جل ثناؤه أن المنشئ له في حال اختلاف أكله هو ،ويجوز أن يكون أنشأه ولا أكل فيه مختلفا أكله لأن المعنى مقدرا ذلك فيه .

ويقال القوم خلفه أي مختلفون ،وهما خلفان أي مختلفان ،وكذلك الأنثى ،قال :دلوان حلفان وساقياهما .

أي إحداهما مصعدة ملأ والأخرى منحدرة فارغة ،أو إحداهما جديدة والأخرى خلف .

قال "الحياني" :يقال لكل شيئين اختلفا هما خلفان ،وله عبدان خلفان إذا كان أحدهما طويلا والأخر قصيرا ،أكان أحدهما ابيض و الأخر أسود ،وله أمتان خلفان والجمع من كل ذلك إخلاف وخلفه .

ونتاج فلان خلفه أي عاما ذكرا وعما أنثى [2].

---

[1]– سورة الأنعام :الآية (142).

[2]–ابن منظور / لسان العرب / دار الفكر /دار صابر بيروت /الطبعة الثالثة 1414هـ– 1994 م /المجلد التاسع ، 91 .

الفرع الثاني : تعريف الاختلاف اصطلاحا .

الاختلاف :"هو علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية ،ودفع الشبه و قوادح الأدلة الأخلاقية بإيراد البراهين القطعية " [1].

وقد يعرف :" بأنه علم يقتدر على حفظ أي وضع ،وهدم أي وضع كان بقدر الإمكان "[2]

كما عرفه "المناوي" فقال :"والاختلاف افتعال من الخلاف وهو تقابل بين رأيين فيما ينبغي انفراد الرأي فيه"[3], ذكره "الحرالي"[4].

" لا يختلف المعنى الشرعي للخلاف عن المعنى اللغوي إلا أنه مقصور على الاختلاف في المسائل الشرعية ،فالعلاقة بين المعنيين هي علاقة عموم وخصوص مطلق ذلك أن علماء الشريعة يطلقون الخلاف على المسائل الشرعية التي لم يجمع عليها فالخلاف ضد الإجماع"[5].

ونعني بالخلاف هنا ما هو أشمل من الخلاف في المسائل الفقهية الاجتهادية فيدخل ذلك المخالفة في المسائل الاعتيادية، كما في قوله تعالى :﴿وَلَا تَكُونُواْ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُواْ وَٱخۡتَلَفُواْ مِنۢ بَعۡدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلۡبَيِّنَٰتُۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٥ ﴾[6].

والاختلاف منه ما هو محمود ومنه ما هو مذموم:

---

[1]–القنوجي صديق بن حسن /أبجد العلوم /تحقيق :عبد الجبار الزكار /دار الكتاب العلمية /بيروت /ط: 1307 هـ –1889م/ج2،ص276.

[2]–المرجع نفسه /ج2/ص276.

[3]– المناوي محمد بن عبد الرءوف /الوفيق على مهمات التعاريف /دار الفكر المعاصر / بيروت / ط 1410/1 هـ–1990م ،ص42.

[4]– هو أبو الحسن علي بن أحمد بن الحسن التجي الحرالة ،نسبة إلى حرالة ، مفسر من علماء المغرب ، ولد بمراكش ،من تصنفانه(مفتاح الباب المقفل لفهم القرآن المنزل) توفي 637هـ. ينظر:محمد بن أحمد عثمان الذهبي/سير أعلام النبلاء /مؤسسة الرسالة بيروت /ط2:1429هـ–1989م،ص23–74.

[5]– وهبة الزحيلي /أصول الفقه الإسلامي /دار الفكر / ط1: 1406هـ –1989م/ج1/ص 492 .

[6]– سورة آل عمران :الآية (105).

***النوع الاول : الاختلاف المحمود :**

وقد عرفه" الجرجاني"[1] بأنه "منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو إبطال باطل "[2].

إذن هذا النوع من الاختلاف هو الذي يكون في المسائل الظنية مثل الاختلاف في وقوع الطلاق الخلاف واحدة و القنوت في صلاة الفجر ورفع اليدين في الصلاة وما يجب تغطيته في المرأة ...

فالحاصل من كل ما سبق أن مثل هذه المسائل يسوغ فيها الخلاف إذا لم يكن عن تعصب وهوى ونما عن الاجتهاد.[3]

من فوائد هذا الاختلاف المحمود :أنه يتيح التعرف على جميع الاحتمالات التي يمكن أن يكون الدليل رمى إليها بوجه من وجوه الأدلة ،وتتعدد الحلول أمام أصحاب كل واقعة ليهتدي إلى الحل المناسب للوضع الذي هو فيه بما يتناسب ويسر هذا الدين الذي يتعامل مع الناس من واقع حياتهم[4].

النوع الثاني : الاختلاف المذموم :

وهذا النوع بدوره يمكن أن نقسمه إلى أقسام أو حالات وهي كالتالي:

- **الحالة الأولى:** الاختلاف في مسائل العقيدة المتفق عليها عند أهل السنة و الجماعة فهذا اختلاف مذموم لأن العقيدة ثابتة بنصوص قطعية في الكتاب و السنة و الجماعة وقد أجمع عليها الصحابة فلا يصح أن يكون فيها اختلاف المسلمين.

2-الحالة الثانية: الاختلاف في الأدلة القطعية و المقصود بها المسائل التي تكون قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، مثل وجوب الصلاة والصيام والزكاة، وقطع يد السارق ورجم الزاني.... .

---

[1]- علي بن محمد بن علي ،المعروف بالشريف الجرجاني ،فيلسوف من كبار العلماء بالعربية ،ولد في تاكو ،ودرس في شيراز, له نحو خمسين مصنفا منها (التعريفات وشرح مواقف الإيجي)،توفي سنة 816هـ .أنظر: السيوطي جلال الدين عبد الرحمان/بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة /تحقيق أبو الفضل /المكتبة العصرية لبنان .

[2]-الجرجاني علي محمد/ التعريفات /دار الكتاب العربي /بيروت /ط1 : 1405هـ /ج1،ص135.

[3]- وهبة الزحيلي/ أصول الفقه الإسلامي /مرج سابق /ج1،ص493 .

[4]-العلواني طه جابر فياض /آداب الاختلاف في الإسلام /بقلم :عمر عبير حسنة /حقوق الطبع (المحاكم الشرعية و الشؤون المدنية)دولة قطر /ط1 :جمادي الأول 1405هـ /ص27.

3- الحالة الثالثة: الاختلاف الناشئ عن تعصب أو هوى لا عن حجة و برهان.

4- الحالة الرابعة: مخالفة ما أجمعت عليه الأئمة، فهو مذموم.

المطلب الثاني: تعريف الأحكام لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الأحكام لغة .

الأحكام: هي العلم والقضاء بالعدل، وهو مصدر حكم يحكم، ويروى: إن من الشعر لحكمة وهو بمعنى الحكم .

وقد خص الأنصار بالحكم لأن أكثر الفقهاء الصحابة فيهم، منهم معاذ ابن جليل وأبي بن كعب وزيد بن ثابت و غيرهم .

قال الليث: بلغني أنه نهى أن يسمى الرجل حكيما، قال الأزهري :وقد سما الناس حكيما وحكما ،قال :وما علمت النهي عن التسمية بهما صحيحا .

ابن الأثير :في حديث أبي شريح أنه كان يكنى أبا الحكم فقال له النبي صلى الله عليه و سلم إن الله هو الحكم وكناه بابي شريح ،وإنما كره له ذلك لئلا يشارك الله في صفته.

وقال ابن سيده: الحكم :القضاء وجمعه أحكام لا بكسر على غير ذلك ، وقد حكم عليه بالأمر يحكم حكما وحكومة وحكم بينهم كذلك .

و الحكم: مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي قضى، وحكم عليه.

الأزهري قال : الحكم هو القضاء بالعدل [1].

[1]- ابن منظور /لسان العرب /مرجع سابق /المجلد 13،ص522،523.

الفرع 2 : تعريف الحكم اصطلاحا .

1- تعريف الحكم عند الأصوليين :

يعرفه "الشوكاني" :هو "خاطب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع "

شرح التعريف :

-**خطاب الله** : ويراد به كلام الله مباشرة وهو القران الكريم : وقد يكون بواسطة وهو ما جاء به الرسول ،وما أستفيد من القران والسنة من أدلة أحكامه كالإجماع والقياس ،وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه ومعرفة لحكم الشارع لا مثبتة له ،لأن المثبت هو الله وحده ،والآمر بمعنى الحكم و التشريع [1].

فالسنة النبوية وان كانت من الرسول فهي ثابتة بطريق الوحي والإجماع لا يصح إلا بإسناده إلى الكتاب أو السنة والقياس ليس مثبتا للحكم، وإنما هو كاشف أو مظهر له، وكذلك الحال مع سائر الأدلة الأخرى.

- **المتعلق بالأفعال** : وهو المرتبط بتلك الأفعال على وجه خاص بيان صيغتها ،وهل هي مطلوبة من قبل الشارع فعلا أو تركا أو إباحة ، سواء كان من أفعال الجوارح واللسان كأداء الصلاة وقول الحق ، أم من أفعال القلوب كالاعتقادات والنوايا سواء كان الفعل إيجابا أو تركا كامتناع الزنا والسرقة .

- **المكلفين:** وهم المخاطبون بالتكليف أي البالغ العاقل ....ويسمى المحكوم عليه [2].

- **بالاقتضاء** :وهو الطالب سوء أ كان الطلب طلب فعل أم طلب منع وسواء كان الطلب على سبيل الإلزام أو الأفضلية والترجيح .

وطلب الفعل إن كان جازما فه الإيجاب و إلا فهو الندب ، وطلب الترك إن كان جازما فهو التحريم وإلا فهو الكراهة .وهذا القيد للاحتراز عن الحكم المتعلق بفعل المكلف لا على وجه الاقتضاء.

---

[1]-زيدان بعد الكريم /الوجيز في أصول الفقه /مؤسسة قرطبة/ ط 6 : 1976/صفحة 24 .

[2]- المرجع نفسه ص39.

- **التخيير** : ويراد به التسوية بين فعل الشيء وتركه ، وتخيير المكلف في ذلك دون ترجيح أحدهما على الآخر ،وهو المباح [1].

- **الوضع** :جعل الشيء سببا لأخر أو شرطا لأخر أو شرطا له ،أو مانعا منه ،وهو أن يربط الشرع بين الشيء والسبب ،أو الشرط أو المانع ، فكأن هذه الروابط من الشارع فسميت حكما وضيعا .[2]

2/ تعريف الحكم عند الفقهاء :

يختلف موقف الفقهاء عن الأصوليين في تعريف الحكم، إذ جعله الأصوليين خطاب الشارع ،بينما رآه الفقهاء أثراً لهذا الخطاب ، فقالوا :"هو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل ، كالواجب والحرمة والإباحة "[3]

أقسام الحكم

فالأصوليون نظروا إلى منشأ الحكم ومصدره وهو الخطاب بينما نظر الفقهاء إلى متعلقه وهو فعل المكلف ، والنتيجة العلمية في النهاية واحدة .[4]

والحكم بدوره ينقسم إلى اثنين هما الحكم التكليفي والحكم الوضعي :

الحكم التكليفي :وهو ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عنه أو تخييره بين الفعل و الكف عنه , وللحكم التكليفي خمسة أنواع هي :

1-الإيجاب: وهو الخطاب الدال على طلب الفعل طلبا جازما، قال الله تعالى :﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱرۡكَعُواْ مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ ﴿٤٣﴾﴾[5].

---

[1]-الغزالي أبي حامد /المستصفي في علم الأصول / تحقيق :محمد بن عبد السلام عبد الشافي /دار الكتاب العلمية – بيروت /ط1 (د-ت) / ص67 .

[2]-الشوكاني /إرشاد الفحول/مرجع سابق/ ص 71 .

[3]-وهبة الزحيلي/ أصول الفقه الإسلامي /مرجع سابق/ص40 .

[4]- أبو زهرة محمد /أصول الفقه /دار الفكر العربي /ط2 :1369 هـ -1950 /ص23.

[5]- سورة البقرة :الآية(34).

وجه الدلالة في الآية أن الله تعالى وأمر و ألزم عباده المسلمين إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والركوع مع الراكعين وجوبا لا تخييرا .

2- الندب: وهو الخطاب الدال على طلب الفعل طلبا غير جازم ،قال الله عز وجل ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ وَلَا تُكۡرِهُواْ فَتَيَٰتِكُمۡ عَلَى ٱلۡبِغَآءِ إِنۡ أَرَدۡنَ تَحَصُّنٗا لِّتَبۡتَغُواْ عَرَضَ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۚ وَمَن يُكۡرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعۡدِ إِكۡرَٰهِهِنَّ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٣٣﴾[1].

ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى يدعوا إلى كتابتهم إن كان فيهم خيرا دون إلزام على ذلك وهو أقل من الإيجاب.

وكذلك قوله تعالى :﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلۡمَرۡوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِۖ فَمَنۡ حَجَّ ٱلۡبَيۡتَ أَوِ ٱعۡتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَاۚ وَمَن تَطَوَّعَ خَيۡرٗا فَإِنَّ ٱللَّهَ شَاكِرٌ عَلِيمٌ ١٥٨﴾[2].

- **التحريم** : وهو الدال على طلب المنع للمكلف طلبا جازما ،لقوله تعالى﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢﴾[3].

4- **الكراهة** : وهي الخطاب الدال على طلب الكف عن الفعل غير جازم .[4]

5-الإباحة : وهي تخيير المكلف بين الفعل والترك ،قال سبحانه وتعالي﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرٗا لَّعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٠﴾[5].

---

[1]- سورة النور: الآية (33)
[2]- سورة البقرة :الآية (158)
[3]– سورة الإسراء :الآية(32).
[4]- أبو زهرة محمد /أصول الفقه / مرجع سابق / ص23
[5]–سورة الجمعة :الآية (10).

الحكم الوضعي : وهو ما اقتضى وضع الشيء سببا لشيء أو شرطا له مانعا منه مثال السبب قوله تعالى :﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۗ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ وَلِتُكۡمِلُواْ ٱلۡعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ وَلَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ١٨٥ ﴾[1] فرؤية الهلال سبب لوجوب الصوم وعدم رؤيته وغابه سبب لعدم الصوم .

ومثال الشرط قول الله تعالى﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ ٩٧ ﴾[2].

فالاستطاعة المالية والقدرة البدنية شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر لدى المسلم لكي يقوم بإيجاب الحج ".[3]

وفي الختام نلخص إلى التعريف الشامل و المختار للأحكام و هو:

" إن الأحكام هي ثمرة الاستنباط وهي المتعلقة بأفعال المكلفين المتعبدين بالشريعة ،واصفةً إياه إما بالإيجاب كفريضة الصلاة والزكاة ،أو بالتحريم كتحريم الربا والزنا والخمر ، أو بالتخيير والإباحة كالأكل و الشرب في الأحوال العادية ،وللبيع والإجارة،أو بالندب مثل كتابة الدين و الإشهاد على البيع ،أو بالكراهة كالصلاة عند طلوع الشمس وغروبها ،وترك السنن والآداب الشرعية ، وتسمى هذه الأحكام بالأحكام العملية وبالمقابل الأحكام الاعتيادية كالإيمان بالله ووحدانيته وملائكته وكتبه واليوم الأخر والأحكام الأخلاقية الصدف وحرمة الكذب " [4].

---

[1]– سورة البقرة :الاية154(185).

[2]–سورة آل عمران :الآية 97

[3]– أبو زهرة/أصول الفقه الإسلامي / مرجع سابق/ ص 41–42.43.

[4]–وهبة الزحيلي /الوجيز في أصول الفقه /دار الفكر /دمشق سوريا /ط1: 1994/إعادة الطبعة 1419هـ – 1999م / ص 13.

المبحث الثاني: ماهية الفقه والعرف

سنعرض في هذا المبحث مطلبين فيه تعريف الفقه لغة واصطلاحا والمطلب الثاني ندرس فيه تعريف العرف لغة واصطلاحا وذلك كمقدمة لما سيئتي من أحكام فقهية تتعلق بالعرف ومعرفة المصطلحين يسهل من فهم الأحكام الفقهية المتعلقة بالأعراف.

المطلب الأول: تعريف الفقه لغة واصطلاحا.

الفرع 1 : تعريف الفقه لغة .

الفقه : هو العلم بالشيء والفهم له ، وغلب على علم الدين سيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم كما غلب النجم على الثري والعود على المندل .

قال ابن الأثير: واشتقاقه من الشق والفتح، وقد جعله العرف خاصا بعلم الشريعة شرفها الله تعالى، وتخصيصها بعلم الفروع منها.

قال غيره: والفقه في الأصل الفهم .يقال: أوتي فلان فقها في الدين أي فهما فيه ،

قال تعالى:﴿ ۞ ۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٖ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٞ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ ﴾" [1] أي ليكونوا علماء به، ودعا النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس ليفقه في التأويل ويعلمه الدين.

وفقه فقها: بمعنى علم علما، وفقه عنه بالكسر يعني فهم.

ابن سيده : وقد فقه فقاهة وهو فقيه من قوم الفقهاء .

الأزهري :وأما فقه بضم القاف فإنما يستعمل في النعوت يقال رجل فقيه ،وقد يفقه فقاهة إذا صار فقيها وساد الفقهاء .

والفقه هو الفطنة :وفي المثل :خير الفقه ما حاضرت به ،وشر الرأي الدبري .

وقال عيسى بن عمر:قال لي أعربي شهدت عليك بالفقه أي الفطنة ،[2] .

[1]– سورة التوبة:الآية (122).

[2]- إبن المظور / لسان العرب/ مرجع سابق/مجلد13/ص522-523.

الفرع 2: تعريف الفقه اصطلاحا

عرف الأصوليون الفقه بأنه :"العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية"[1].

شرح التعريف :

1-فالعلم: جنس، والمراد به الصناعة ، كما يقول علم النحو أي صناعته فيندرج فيه الضن واليقين ، وعلى هذا فلا يرد سؤال الفقه من باب الظنون ، ومن أورده فهو اختيار منه لاختصاص العمل بالقطعي .

2- خرج بالأحكام : العلم بالذوات والصفات و الأفعال .

3- الشرعية: المنسوبة إلى الشرع و المراد ما يتوقف معرفتها على الشرع إما مباشرة أو بواسطة الاجتهاد فتخرج الأحكام الحسية والعقلية واللغوية.

4-العملية: المتعلقة بما يصدر من الناس من أعمال، فتخرج الأحكام الشرعية المتعلقة بالاعتقاد.

5- المكتسبة: قد يخرج علم الله وما يلقيه في قلب الأنبياء و الملائكة من الأحكام بلا اكتساب.

6- وقيد العام بكونه من الأدلة التفصيلية : قيد يخرج علم المقلد والأدلة التفصيلية هي الجزئية التي تتعلق بالمسائل الجزئية ،لأن بحث الفقه في جزئيات والأحكام الجزئية تؤخذ من الأدلة التفصيلية ويحترز بذلك من الأدلة الإجمالية لأنها محل البحث الأصولي . [2]

وعليه فهذا التعريف يقطع بأن الفقه ما اجتمع فيه أمرين:المعرفة و الدليل، فمعرفة الحكم الشرعي وحدها لا تسمى فقها بل لابد من أن ينتظم إليها الدليل الذي استقيت منه. فهذه الأحكام الشرعية تشمل:

-الأحكام المتعلقة بعبادة الله وتسمى العبادات.

- الأحكام المتعلقة بتنظيم شؤون الأسرة وتسمى الأحوال الشخصية .

---

[1]- الزركشي عبد الله الشافعي / البحر المحيط في أصول الفقه /دار الصفو للطباعة و النشر والتوزيع بالغردقة /ط2 :1413 هـ -1992 /ج1ص 20-21 .

[2]- مرجع سابق /ج 1-ص21.

– الأحكام المتعلقة بتنظيم التعاملات والتبادلات بين الأفراد وتسمى المعاملات .

–والمتعلقة بالحدود والقصاص والتعزيز وتسمى الأحكام السلطانية .

–والمتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول تسمى التسيير أو الجهاد.

وعليه فالفقه تقنين شامل لحياة الإنسان في أبعادها المختلفة اجتماعيا و سياسيا واقتصاديا وتربويا وثقافيا.....بما يحقق حاكمة الدين . [1]

كما عرف الفقه بأنه: فعل المكلف من بيع وإجارة ووكالة وصلاة وصوم وإقرار وشهادة ووصية ووقف وجريمة وقذف والسرقة وزنا وأكل المال بالباطل " [2]

والفقه عند الفقهاء :

قال القاضي الحسين :" الفقه افتتاح علم الحوادث على الإنسان افتتاح شعب أحكام الحوادث على الإنسان " [3].

قال ابن سراقة :حده في الشرع :عبارة عن اعتقاد علم الفروع في الشرع ولذلك لا يقال في صفاته سبحانه عز وجل فقيه .

قال وحقيقة الفقه عندي :الاستنباط ،قال الله تعالى :﴿لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا ٨٣﴾[4].

ومن المحاسن قول الإمام أبي حنيفة :"الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها ".[5]

قيل : وأخذه من قول الله تعالى﴿ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡۗ ٢٨٦ ﴾" [6]

---

[1]– زردومي فلة / فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة / مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه /إشراف الدكتور صالح بوشيش / قسم الشريعة ،جامعة العقيد الحاج لخضر /1427 هـ/2006 م/ ص15–16.

[2]– الزحيلي وهبة /الوجيز في أصول/ الفقه مرجع سابق / ص21 .

[3]– الزركشي /البحر المحيط في أصول الفقه / مرجع سابق /ص 21.

[4]– سورة النساء :الآية (83).

[5]– المرجع نفسه /ص21.

[6]– سورة البقرة :الآية (286) .

كما عرفه مصطفى عبد الرزاق في كتابه تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية أنه صار يعرف العلماء عبارة عن: "العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة " [1].

وعلم الفقه كما عرفه ابن العاشور :"هو العلم القائم على استنباط العلماء تفاريع الأحكام من القران والفقه في جميع الشؤون التي تدعوهم إليها الحاجة ،وكان الداعي إلى العناية به تحقيق العلم بالأحكام الشريعة العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ،وكان الباعث على تدوينه حفظ ما تجمع لهم من الآراء في ذلك ، ليحفظوا على الناس أزمانهم في عمل قد قضاه فيها من قبلهم ،مع الاحتياج في هذه الصناعة إلى صفات يقل اجتماعها من قوة الرأي وفهم أساليب العرب ، والشعور بمقاصد الشريعة ،وصفة العدالة والفراغ من الشغل بغير علم الشريعة ".[2]

نلخص إلى القول الفقه هو: "علم يضبط حياة الفرد المسلم والجماعة المسلمة والأمة المسلمة والدولة المسلمة بأحكام الشرع[3].

المطلب الثاني: التعريف بالعرف لغة واصطلاحا.

الفرع 1: تعريف العرف لغة .

العرف : شجر الأترج ، والعرف النخل إذا بلغ الإطعام ، وقيل أول ما تطعمه .

والعرف: ضرب من النخل بالبحرين.

والأعراف : ضرب من النخل أيضا وهو البر شوم ,قال أبو عمرو : إذا كانت النخلة بكورا فهي عرف .

عرف: الرمل و الجبل عالي مرتفع ظهره و أعاليه، والجمع أعراف و عرفه .

والأعراف في اللغة: جمع عرف وهو كل عال مرتفع لقوله تعالى :"وعلى الأعراف رجال"[4],قال الزجاج : الأعراف أعالي السور .

---

[1]– مصطفى عبد الرزاق / تمهيد لتاريخ الفلسفة / دار الكتاب القاهرة –دار الكتاب/ بيروت / منتدى سور الأزبكية 2011 م/ص 295.

[2]– بن عاشور محمد الطاهر /مقاصد الشريعة الإسلامية / تأليف بن الخوجة محمد الحبيب /طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية /قطر 1425 هـ,2004 م /ج1،ص254.

[3]– القرضاوي يوسف /تسيير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء القران والسنة /د–ط,د–ت /ص 13.

[4]– سورة الأعراف ،الآية (46)

و قال بعض المفسرين: الأعراف أعلي سورين أهل الجنة أهل النار.

واختلف في أصحاب الأعراف فقيل : استوت حسناتهم وسيئاتهم فلم يستحقوا الجنة بالحسنات ولا النار بالسيئات فكانوا على الحجاب الذي بين الجنة والنار ،قال :ويجوز أن يكون معناه ، على الأعراف على معرفة أهل الجنة وأهل النار هؤلاء الرجال .

وقيل أصحاب الأعراف أنبياء ،وقيل ملائكة ومعرفتهم كلا بسيماهم أنهم يعرفون أصحاب الجنة .

وعرف الأرض ما ارتفع منها ،والجمع أعراف . والعرف موضع وقيل جبل .

وأعراف الرياح و السحاب: أوائلها و أعاليها ، واحدها عرف . [1]

الفرع 2 : تعريف العرف اصطلاحا

عرفه و"هبة الزحيلي" :"العرف هو كل ما إعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم أو قول تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تالفة اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه "[2].

كما أن العرف هو :" ما تعارفه الناس ويسيرون عليه غالبا من قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة والقارئون و المجتهدون .[3]

والعرف هو:"ما استقر في النفوس و استحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة و أقرتهم عليه[4].

شرح التعريف :

-ما: يشمل كل عرف ،وتقييده بالاستقرار في النفوس يخرج العرف الذي لا يستقر ويزول ،كالعرف الذي يحدث مرة واحدة أو أكثر ولا يستقر في النفوس .

---

[1]- ابن منظور /لسان العرب /المجلد 9 صفحة 323، 341، 343.

[2]-وهبة الزحيلي /الوجيز في أصول الفقه /ط:1 الصفحة :

[3]- خلاف عبد الوهاب /مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه /دار القلم /الكويت /الطبعة السادسة 1414هـ, 1993م/ص140.

[4]-عوض صالح/ اثر العرف في التشريع الإسلامي /دار الكتاب الجامعي سليمان الحلبي التوفيقية /القاهرة /ط :3د/ص02.

– واستحسنته العقول : يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول .

– تلقته الطباع السلمية بالقبول: يخرج ما لم تتلقاه الطباع السلمية بالقبول وتلقته الطباع غير السلمية بالقبول كاعتبار مظاهر الإباحة واللهو العابث عرفا كما في البلاد الأوربية وعند من قلدوهم دون وعي عرفا لأنها طباع دنستها الأهواء والشهوات .

–واستمر الناس عليها : يخرج العرف الذي لا يستمر العمل به ويتبدل أو يتغير .

– مما لا ترده الشريعة: يخرج العرف الذي ترده الشريعة الإسلامية لأنه يخالف نصوصها و أحكامها كالتعامل بالربا بكل مظاهره و ألوانه في البنوك وغيرها، لأنها أعراف استقرت تبعا للأهواء والشهوات .

– و أقرهم الشارع : يخرج من الأعراف ما كان عند ورود الشريعة ولم تقر الناس عليه ويخرج أيضا ما يطرأ من الأعراف التي تردها الشريعة ولا تقرها .

– وأما ما تعارفه الناس واستمروا عليه وكان له اعتبار في الشريعة فهو العرف المعتبر شرعا كما في تعامل الناس بالإستصناع و وقف المنقول وقد وضع الفقهاء شروطا لمثل هذه الأنواع من المعاملات يحقق الغرض منها وما يقصده الشارع من تشريع المعاملات [1].

كما أن الأستاذ مصطفى "الزرقا" عرف العرف في المدخل الفقهي "العرف هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل [2]".

شرح التعريف :

– قوله (عادة):إشارة إلى أن العرف نوع خاص من العادة.

– قوله (جمهور): يفيد أن تحقيق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس.

– تنكير لفظ (قوم) : فيه إشارة إلى قسم من أقسام العرف بأنه يكون عرفا خاصا بأهل بلد معين أو أهل حرفة معينة ،كما قد يكون عاما شمال للناس جميعا .

[1]–أثر العرف في التشريع الإسلامي /مرجع سابق /صفحة 53.

[2]- الزرقا مصطفى / المدخل الفقهي/ دار القلم/ دمشق / ط2: 1418ه – 1998م/ ج2 ,ص874.

– قوله (في قول أو فعل) : فيه إشارة إلى أمرين :

– الأول :تقسيم آخر من تقسيمات العرف ألا وهو كونه عرفا قوليا أو فعليا .

–الثاني: أن العرف لا يكون إلا فيما كان تفكير واختيار وإلا كان حادثا طبيعيا عاديا لا قولا أو فعلا.[1]

وقد عرف علماء القانون الوضعي العرف كالتالي :

1– "العرف مجموعة من القواعد التي تنشئ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل و التي لها جزاء كالقانون بسواء ".[2]

2–" العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع اعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية إذ قد يشيع حل معين لمشكلة ما ويتكرر الالتجاء إلى هذا الحل و يستقر في نفوس الناس بحيث يشعرون بأنه جزء من تنظيم المجتمع وضرورة لاستقرار المعاملات فهنا تولد القاعدة العرفية ".[3]

ولو نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون في تعريفهم للعرف وجدنا أنه لكي يتطابق القانون مع ما ذكرناه في تعريفه لدى الفقهاء يجب أن يضاف إلى ذلك "تلقي الطباع السليمة له بالقبول وألا يخالف القواعد القانونية أو يقره القانون " وهذا ما ذكروه في حديثهم عن العرف المعتبر لدى علماء القانون ومع ذلك فان القانون يقر من الأعراف ما لا تقره الشريعة كالتعامل بالربا و اعتبار العمل في الملاهي وغيرها عملا يقره القانون ويحميه .[4]

---

[1]– المرجع نفسه , ص874.

[2]– السنهوي عبد الرزاق /الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت لبنان / ط 1998:/ ص

[3]– محمد حسين منصور /المدخل إلى القانون –القاعدة القانونية /منشورات الجلي الحقوقية ،ط1 2010 ،ص154.

[4]–اثر العرف في التشريع الإسلامي, ص 54،55.

وعرفه "الإمام القرطبي" [1]و العرف والمعروف والعادة : "كل خصلة حسنة ترتضيها العقول ،وتطمئن إليها النفوس " [2].

ذكرنا في هذا الفصل تعريفات الفقهاء لهذه المصطلحات المتعلقة ببحثنا حول العرف وتأثيره على الحكم الشرعي باختلاف المكان و الزمان ،واختلاف الحكم لاختلاف العرف وتأثيره على الحكم الشرعي باختلاف المكان و الزمان ،واختلاف الحكم لاختلاف العرف ، كتوطئة لما سيأتي لاحقا في هذا البحث ، وذلك بذكر التعريف اللغوي والاصطلاحي لكل مصطلح من ناحية الأصوليين و الفقهاء .

[1]–محمد ابن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي ،أبو عبد الله القرطبي ،من كبار المفسرين ،صالح متعبد من أهل قرطبة ،توفي سنة 671 هـ من مكتبة الجامع لأحكام القران و قمع الحرص بالزهد و القناعة /عبد الرحمان بن أبي بكر السوطي /طبقات المفسرين /تحقيقات علي محمد عمر مكتبة وهبة ،القاهرة ط1 ص 79.

[2]– القرطبي أبو عبد الله محمد أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزوجي شمس الدين /الجامع لأحكام القران / تحقيق :أحمد البارودي .

فيش/دار الكتاب المصرية /القاهرة /ط 2: 1348 هـ– 1964 م /ج 7 ,ص 346 .

الفصل الأول

المبحث الأول : حجية العرف .

المطلب الأول : من القرآن الكريم .

المطلب الثاني : من السنة النبوية الشريفة .

المطلب الثالث : من الإجماع والمعقول .

المبحث الثاني : أقسام االعرف وشروطه.

المطلب الأول : أقسام العرف .

المطلب الثاني : شروط العرف.

تمهيد :

وهذا الفصل يدرس الحجج الدالة على اعتبار العرف أصل من أصول التشريع الإسلامي ومصدر لاستنباط الأحكام الشرعية و الفقهية, وذالك بذكر الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ومن الإجماع والمعقول, للتأكيد بأن العرف من الأصول الشرعية المعتبرة.

ودرسنا أيضا في المبحث الثاني من هذا الفصل أقسام العرف من حيث اعتبار صدوره من مدون وغير مدون أي عرف الشارع وعرف الناس , والقولي والعملي ,و من حيث ثبوته وتغيره ,ومن حيث عمومه وخصوصه , وصحته أو فساده ,وتعرف صحته من فساده إذا استوفت الشروط التي سنذكرها في المطلب الثاني للمبحث الثاني .

المبحث الأول: حجية العرف وأدلة اعتباره مصدر لتشريع .

ندرس في هذا المبحث أدلة وحجج العرف باعتباره أصل من أصول التشريع الإسلامي وكونه مصدراً تستنبط منه الأحكام الشرعية والفقهية وصلاحيتها لكل زمان ومكان , وهذا المبحث يحتوي على ثلاثة مطالب تظهر الحجج والبراهين على مشروعيتها فالمطلب الأول يدرس الأدلة المستخرجة من القرآن الكريم , والمطلب الثاني يبين حجية العرف من السنة النبوية الشريفة والمطلب الثالث نقدم فيه أدلة من الإجماع والمعقول .

المطلب الأول :أدلة حجية العرف من القرآن الكريم .

الفرع 1 : حجية العرف من النص الصريح .

النص الصريح : والمقصود بالنص الصريح هو أن يوجد في النص القرآني أو السنة النبوية لفظ العرف أو ما يشتق منه , فنفهم أن النص قد أحال على العمل بالعرف وذالك كما في النصوص التالية :

قال الله تعالى ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾[1]

فالمعروف المذكور في الآية الكريمة مشتق من"العرف"،كما إن الآية صريحة في إن الكسوة والإنفاق يرجع كلها المعتاد من الناس [2]

قال الله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴿٢٢٨﴾ ﴾[3],

وقوله ايضا﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾[4]

---

[1] سورة البقرة: الآية (233)

2- حسنين محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية / مجلة الشريعة والقانون / العدد الثالث في ذي الحجة 1409 هـ .1919م/ ص117

[3] سورة البقرة، الآية (227)

[4] سورة النساء، الآية 19.

وجه الدلالة:

هو كما ذكرها "الجصاص"[1] ،أمر الأزواج بعشرة نسائهم بالمعروف ومن المعروف أن يوفيها حقها من المهر والنفقة و القسم وتركا أذاها بالكلام الغليظ و الإعراض عنها والميل إلى غيرها, وتركا لعبوس و القطوب فيوجهها[2].

وارشد الله الزوجين إلى حسن المعاشرة و أدلة الحقوق المترتبة على بعضهم البعض بالمعروف المعتاد الذي يرتضيها لعقل و القلب, و كل ذلك يتغير باختلاف المناطق وأحوال الناس حسب العرف والعادة[3] .

وقوله تعالى﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾[4].

وجه الدلالة :لقد بين هذا النص أن الوصي على اليتيم إذا كان صاحب مال فليستعفف بغناه , و لا يأخذ من مال اليتيم شيئا , ومن كان فقيرا فليأخذ بالمعروف وهو ما تعارفه الناس فدل هذا على اعتبار العرف[5].

---

[1] احمد بن علي الرازي ابو بكر الجصاص، ولد سنة 305هـ في بغداد العراق سكن فيها انتهت اليه رئاسة الحنيفة وخوطب ان يكي القضاء فامتنع الف العديد من المؤلفات منها: كتاب احكام القرآن وكتاب في اصول الفقه توفي سنة 370هـ بغداد /الذهبي/ سير اعلام النبلاء/ج12، ص340.

[2] الجصاص ابي بكر احمد بن علي الرازي/ احكام القرآن لجنة الاسلام/ تحقيق: محمد الصادق قمحاوي مدرس بالأزهر الشريف/ بيروت لبنان/ ط1: 1416هـ-1986م/ ج3، ص47.

[3] - عبد رحمان بن صالح العبد الطيف / القواعد والظوابط الفقهية المتظمنة للتسير /عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية /المدينة المنورة/ط1: 1423هـ-2003م/ج1/ص 302.

[4] - سورة النساء الآية (06)

[5] - العسقالني احمد بن على إبن حجر الشافعي /فتح الباري شرح ,صحيح البخاري/ دار المعرفة / بيروت /1379هـ/ج4/ص407.

وقال الله تعالى﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ يُبَايِعۡنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشۡرِكۡنَ بِٱللَّهِ شَيۡـٔٗا وَلَا يَسۡرِقۡنَ وَلَا يَزۡنِينَ وَلَا يَقۡتُلۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ وَلَا يَأۡتِينَ بِبُهۡتَٰنٖ يَفۡتَرِينَهُۥ بَيۡنَ أَيۡدِيهِنَّ وَأَرۡجُلِهِنَّ وَلَا يَعۡصِينَكَ فِي مَعۡرُوفٖ﴾[1].

فالآية قيدت طاعة الرسول ﷺ بالمعروف في عقد مبايعته للنساء، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة وما تعارف عليه من الأمور النافعة ومصالحها.

وقد تكرر ذكر المعروف بمعنى العرف صراحة في السور المدنية، وأكثرها في بيان الأحكام الزوجية المالية فهي:

من النوع الأول : قوله تعالى في تعليل الإذن للمسلمين بالقتال في سورة الحج إذ ذكر من صفات المأذون لهم به أنهم ظلموا واخرجوا من ديارهم بغير حق[2] لأجل توحيد الله تعالى ﴿ٱلَّذِينَ إِن مَّكَّنَّٰهُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ أَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ وَأَمَرُواْ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[3]

وقوله سبحانه و تعالى ﴿وَلۡتَكُن مِّنكُمۡ أُمَّةٞ يَدۡعُونَ إِلَى ٱلۡخَيۡرِ وَيَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ١٠٤﴾[4].

وقوله أيضا قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ ٧١﴾[5]

---

[1]– سورة الممتحنة : الآية (12).

[2]الجيدي عمر بن عبد الكريم / العرف والعمل في الذهب المالكي مفهومها مهما لدى علماء المغرب المحمدية طبعة مضالة المغرب/ طبعة 1404هـ/1984م/ ص64.

[3]سورة الحج، الآية (41).

[4]- سورة آل عمران : الآية (104).

[5]- سورة التوبة : الآية (71)

ومن **النوع الثاني:** هو ما ورد في الأحكام الفرعية قوله تعالى في الأحكام الزوجية ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[1] وقوله عز وجل في المطلقا

﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ [2].

وجه الاستدلال : الآية تقرر ما للمرأة من حق فيما إذ طلقت قبل المساس بها, وقبل فرض المهر لها، حيث أوجبت لها المتعة ، وأناط تقديرها إلى اجتهاد القاضي حسب ما يراه من حال الزوج غني أو فقير، وذلك حسب العرف[3] . وقوله تعالى في معاشرة الأزواج في سورة النساء التي سبق وذكرناها.

وقد استدل الفقهاء على اعتبار العرف وحجيته أيضاً بقول الله تعالى﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾[4], ومن الذين استدلوا بهذه الآية الإمام "القرافي[5]" في كتابه الفروق وقد بنا استدلاله لهذا بناء على أن المراد بالعرف في الآية: عادات الناس وما جرى تعاملهم به، حيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر دال على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان الأمر به فائدة [6]

كما أنه ذكر اسم المشتق من العرف وهو المعروف أي ذكر العرف هنا صريحا.

---

[1] سورة الطلاق : الآية (02).

[2] سورة البقرة : الآية (236).

[3] الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني / أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن / دار الفكر بيروت/ لبنان /1415هـ -1995م / ج1/ص 102.

[4] سورة الأعراف ، الآية(199) .

[5] أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي ، من علماء المالكية ، محلة وهو مصري المولد والمنشأ له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منه : أنوار البروق في أنوار الفروق توفي سنة 9684/ شمس الدين محمد بنأحمد بن عثمان الذهبي / تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير و الأعلام / | تحقيق: د عمر عبد السلام تدمري دار الكتاب العربي ، بيروت 1987/8/11م ، ط 1 الأولى /ج 51 ص176.

[6] – القرافي أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي / الفروق (انوار البروق في أنوار الفروق) /تحقيق : خليل المنصور / دار الفكر العلمية /بيروت، 1918 – 1998م.ص

مناقشة الدليل:

سبق أن عرفنا العرف الشرعي "بما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول" فعلينا أن نعلم أن العرف المستدل على اعتباره هو هذه العادة المستقرة في النفوس المعرفة من جهة العقل سواء عضده الشرع أم لا[1].

والآية المستدل بها ، إنما تدل على اعتباره إذا كان العرف الوارد فيها مفسرا بهذا المعنى أو ما يستلزمه ومن المعروف أن لفظ العرف في القرآن اختلف في معناه على أقوال كثيرة ، فقد ذهب بعض العلماء إلى أن المراد بالعرف في الآية هو شرائع الأنبياء السابقين، ما لم يحدث الله نسخا وهذا ما وافق ما أقره "ابن العربي"[2] .

وفي أحكام القرآن للجصاص: أنه ما حسن في العقل فعله ولم يكن منكرا عند ذوي العقول الصحيحة

وهناك أقوال أخرى في المراد بالآية ، يرى بعض الباحثين أنما – على حسب ظاهرها – لا تدل على المراد من كون العرف في الآية بمعنى العادة ، لأن الآية إن حملت على التخصيص بشيء مما ذكر كانت المغايرة ظاهرة، وكذلك إن حملت على المعنى الظاهر أن العادات التي تعامل بها الناس وعرفوها من جهة العقل ليست عين ما عرف أنه من الدين ولا يستلزمها ، وعلى هذا يرى أن الآية لا تدل على المراد المطلوب[3].

نستنتج من خلال النقاش حول حجية الآية {خذ العفو وأمر بالمعروف في مختلف فيها ومتعدد الأقوال والتفسيرات في معناها وحجيتها على العرف من بعض الفقهاء والمسلمين[4].

---

[1]– الجيدي عبد الكريم /العرف والعمل في رأي الفقهاء/ مرجع سابق/ ص64.

[2]القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد ابن العربي المعارفي الأندلسي ، الإمام الحافظ أحد الأعلام ، ولد في شعبان سنة 5468، صنف أحكام القرآن ، وشرح الموطأ ، وشرح الترميذي و غير ذلك ، توفي في ربيع الأخر سنة 543هـ /السيوطي طبقات المفسرين /مرجع سابق/ ص 90.

[3]الجصاص / أحكام القرآن /مرجع سابق/ج3/ ص 47.

[4]ابو سنة احمد فهمي/ العرف والعادة في رأي الفقهاء/ عرض نظرية في الفقه الإسلامي /مطبعة الأزهر 1947/ص 25.

الفرع 2: حجية العرف من النص الغير صريح

النص الغير صريح : يقصد بذلك أن يحل النص على العمل بالعرف بلفظ غير صريح، يعني ألا يوجد في النص لفظ العرف أو أحد مشتقاته ، ولكن يفهم منه العمل بالعرف.. ومن الآيات الدالة عليه كالتالي :

قال الله تعالى ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ ﴾[1]. أوجب الله تعالى في هذا النص على المطلقة أن تعتد وجعل عدتها

ثلاثة أقراء و سواء أكان المراد الطهر أو الحيض على خلاف بين العلماء فهو ما اعتاد عليه ، ففي النص إشارة إلى العمل بعادة المرأة في طهرها أو حيضها مع ملاحظة أن النص خال من لفظ اعرف أو إعادة وهذا ما عنيناه من الاعتبار الضمني [2].

وقوله تعالى ﴿فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا۟ بِأَحْسَنِهَا ۚ سَأُو۟رِيكُمْ دَارَ ٱلْفَٰسِقِينَ﴾[3].قال الله تعالى ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ ﴾ .[4]

وجه الاستدلال : قال علماء المالكية في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة بما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا ، وذلك أن القميص جرت العادة فيه أنه إذا جذب من خلفه تمزق من تلك الجهة وإذا جذب من قدام تمزق منها ولا يجذب القميص من

خلف الملابس إلا إذا كان مدبران وما يدل عليه الإقبال من دعواه والإدبار من صدق

يوسف وهذا أمر كما قال ابن العربي تفرد به المالكية[5].

---

[1] سورة البقرة : الآية (228).

[2] محمود حسنين/ مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية/ مرجع سابق/ص 128.

[3] سورة الأعراف: الآية (145).

[4] سورة يوسف: الآية (26).

[5] ابن العربي محمد بن عبد الله /أحكام القرآن /راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا) القسم الثالث من أول يونس إلى الأحزاب / منشورات محمد علي بيضون نشر الكتاب و السنة / دار الكتاب العلمية / بيروت / ط3 :1424هـ-2003 م /ص 48.

وقوله سبحانه وتعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ ﴾[1]

أوجبت هذه الآية الكريمة وجوب النفقة للزوجة على زوجها، ولم تقدر قيمة هذه النفقة، وإنما ترك الله تحديدها حسب يسار الزوج أو إعساره، يعني حسب ما اعتاد مثله الإنفاق ففي الآية إحالة غير صريحة للعمل بالعرف.

قال الله تعالى ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾[2]. لأن في معارضة المتعارف دون ضرورة مخالفة النص أو حكم بجمع عليه فيه ضيقا بالناس وحرج[3].

وقوله أيضا عز وجل في سورة الأحزاب ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَآءِ ٱلْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِن جَلَٰبِيبِهِنَّ ﴿٥٩﴾﴾[4].

إذ هذا شرع روعيت فيه عادة العرب[5].حيث كانت عادات العرب قديما قبل الإسلام عصر الجاهلية – تغطي المرأة رأسها للحفاظ على نفسها وحفظ شرفها.

المطلب الثاني: أدلة حجية العرف من السنة النبوية الشريفة.

الفرع الأول: حجية العرف من النص الصريح.

عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت هند بنت عتبة فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا ، فقال رسول الله ﷺ : **(خذي أنتي وبنك ما يكفيك بالمعروف)**[6]

---

[1] سورة الطلاق،:الآية(08).

[2] سورة الحج: الآية (78).

[3] عبد السلام مذكور / المدخل للفقه الإسلامي/ مرجع سابق / ص 230.

[4] سورة الأحزاب: الآية (58).

[5] بن عاشورمحمد الطاهر / مقاصد الشريعة الإسلامية / تأليف الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية / قطر / ط : 1425هـ –2004م/ ج1/ ص96.

[6] راوه البخاري بلفظ مشابه (البخاري، صحيحه/ .اعتنى به صدقي جميل العطار/ دار الفكر بيروت /لبنان/ب. ط /كتاب البيوع: باب ما أجري أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم/ ج34/ رقم2211 /ص521.

فسر المعروف في هذا الحديث بقوله : ما يحمله مثل أبي سفيان من الإنفاق على مثل عياله[1]وجه الاستدلال: في هذا الحديث دلالة على اعتبار العرف وتقدير النفقة به، إذا لم يرد في التقدير نص شرعي[2].

روي عن ابن عباس قال : قال رسول اللهﷺ يوم فتح مكة : **(إن هذا البلد حرام لا يعضد شوكه ، ولا يختلي خلاه ، ولا ينفر صيده ، ولا تلتقط لقطته إلا بالمعروف)** ، فقال العباس: إلا لأذخر فإنه لا بد لهم منه للقبور و البيوت ، فقال : "**إلا لأذخر**"[3] .

فاستثناؤه النبيﷺ "لأذخر" فيه مراعاة لما اعتاد الناس وألفوه ومن العسير عليهم ترك عاداتهم، فرخص لهم ذلك للتسهيل عليهم التأقلم و لدفع الحرج عنهم.

كما قال رسول اللهﷺ**(لو دخلوها ما خرجوا منها أبدا إنما الطاعة في المعروف)**[4].

الفرع 2: حجية العرف من النص الغير صريح

قال رسول اللهﷺ: **(الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة)**[5].

وجه الاستدلال : إن أهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عاداتهم في الوزن، وأهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل ، وذلك فيما يتقدر شرعا . قوله : وذلك فيما يقتدر شرعا أي أنه ليس المراد حمل الناس في معاملاتهم على وزن أهل مكة ، ومكيال أهل المدينة بل إن هذا في الزكاة و الكفارات ونحوها، أما في المعاملات فإنما يحملان على اعرف البلد وعادة الناس في المكان الذي هو به[6].

كما قال الرسول صلىﷺ: **(من أحيا أرضا ميتة فهي له)** [7].

---

[1]ابن عاشور/ مقاصد الشريعة الإسلامية/ مرجع سابق /ج12/ص398.

[2]النووي بن الحجاج ابو زكريا يحي بن شريف بن مري/ المنهاج شرح صحيح مسلم/ دار التراث العربي بيروت/ ط2:1392/ج12/ص 8.

[3]رواه البخاري(البخاري/صحيحه/ كتاب جزاء الصيد/ باب لا يحل القتال بمكة/ ج2/رقم 1737/ص.

[4]البخاري/ صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية رقم6726/ص.

[5]أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي / المجتبي من السنن / مكتب المطبوعات الإسلامية / تحقيق : عبد الفتاح أبو عدّة / ط2: 1406هـ - 1986م /ج5 / رقمه 2520/ص 54 .

[6]عبد الرحمن بن صالح / القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير /مرجع سابق/ ج1/ ص 306.

[7]أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني / مسند الإمام أحمد بن حنبل / تعليق شعيب الأرنؤوط : إسناده حسن مؤسسة قرطبة / القاهرة / ج3/ رقمه 15123 / ص381،

رواية البخاري عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: **(من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق)**[1]قال عروة قضى به عمر رضي الله عنه خلافته.

وجه الاستدلال : لم يبين في الحديث الشريف كيفية الإحياء ، فدل ذلك على أن مرده للعرف و العادة فيما يعتبر إحياء[2]

ثبت أنه صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ولكن عندما قدم المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف "السلم"، فأقرهم عليه بعد أن نظمه لهم مراعيا في ذلك عرف العرب[3].

كما يروي البخاري وغيره عن ابن عباس أنه قال رسول الله ﷺ:

(من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم)[4].

فقد اعتبر العرف أولا ثم صار بعد إذنه سنة واجبة الإتباع[5].

عن مالك عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل أنه قال أخبرني عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول : **(لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم والفرس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم)**[6].

وفي صحيح البخاري "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع و الإجارة و المكيال والوزن وسنتهم على نياتهم" .

مقصودة بهذه الترجمة: إثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلا وكل رجلا في بيع سلعة باعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يجز . وكذا لو باع موزونا أو مكيلاً بغير الكيل أو الوزن المعتاد ...

وأضاف بأن الرجوع إليه في المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل،وسن اليأس.. وإحياء الأموات والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب، وألفاظ الانتماء والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك لازم[7].

---

[1]رواه البخاري /البخاري: الصحيحه/ كتاب المزارعة / باب من أحيا أرضا موتا / ج2/ رقمه 2126/.

[2]م الشافعي حمد بن إدريس أبو عبد الله /الأم / دار المعرفة / بيروت / ط2: 1393 /ج4/ص41.

[3]الجيدي عبد الكريم/ العرف والعمل/مرجع سابق/ ص 76.

[4]البخاري/ صحيح البخاري / كتاب السلم /باب السلم وزمن معلوم/ ج2 /رقمه 2126./ص .

[5]الباجي القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي / المنتقى ,شرح موطأ إمام مالك/ دار الكتاب الإسلامي /القاهرة / ط1 :1332هـ / ج4/ ص300.

[6]صحيح مسلم/كتاب النكاح/ باب جواز الغيلة وهي وطأ المرضع وكراهة العزل /رقمه 1442/ص.

[7] العسقلاني أحمد بن علي بن حجر / فتح الباري / بشرح صحيح الإمام ابن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ج4، ص 276-277.

وفي عمدة القارئ وجه هذا الحديث على ما يتعارف الناس بينهم أي على عرفهم وعوائدهم في أبواب البيوع والإجارة والمكيال كل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلي أو وزني يعمل في ذلك على ما يتعارفه أهل تلك البلدة لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية ، ثم نخلص القول بأن قصد البخاري بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف[1] .

وقد ثبت أن الشارع راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه من مثل ذلك : وضع الدية على العاقلة واشتراط الكفاءة في الزواج و بنا الولاية في الزواج على العصبة وكذلك الإرث...[2]

وفي الصيام يروي البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ المدينة فرأي اليهود تصوم يوم عاشوراء فقال **ما هذا؟** قالوا : هذا يوم صالح نجىّ الله تعالى فيه سيدنا موسى عليه السلام وبني إسرائيل من عدوهم ، فصامه وأمر بصيامه[3] . فقد حافظ الرسول ﷺ على ما كان متعارف في ما قبل الإسلام وحافظ على بعض العبادات لكون الإسلام أولى بها ، وهنا الإسلام بحده قد حافظ على الأعراف الصحيحة والصالحة .

كما استدل العلماء على الاحتجاج بالعرف من السنة بما أخرجه الإمام أحمد في مسنده قال: حدثنا عبد الله حدثني أبي حدثنا أبو بكر حدثنا عاصم عن بن حبيش عن عبد الله بن مسعود قال: "إن الله نظر في قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فإبتعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقابلون على دينه، فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء[4].

ووجه الدلالة بهذا الحديث الاعتبار العرف أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله تعالى فهو حق لا باطل فيه ، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل ، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيقة واعتبار[5].

– وقوله صل الله عليه وسلم لبنت جحش **(إنما هذه ركضة راكضات الشيطان فتحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي حتى إذا رأيت انك طهرت و استنقأت فصلي ثلاثا وعشرين**

---

[1] العسقلاني : فتح الباري /مرجع سابق/ص277.

[2] عبد الوهاب خلاف / مصادر التشريع الإسلامي /مرجع سابق/ص 146.

[3] رواه البخاري – صحيح البخاري / كتاب الصوم /باب الصيام يوم عاشوراء/ ج2 /رقم 1900.

[4] أحمد بن حنبل / مسند الإمام أحمد / ج1 / ص 379.

[5] أبو سنة / العرف والعدة في رأي فقهاء المذهب المالكي/مرجع سابق / ص 34.

ليلة أو أربعا وعشرين ليلة و أيامها وصومي فإن ذلك يجزئك وكذلك ففعلي في شهر كما تحيض النساء وكما يطهرن ميقات حيضهن وطهرن)[1].

وجه الاستدلال:

– الحديث واضح الدلالة على اعتبار العادة فيما لا تحديد فيه فقد أحالها رسول الله ﷺ في تحديد ذلك على عادة النساء[2].

المطلب الثالث : أدلة حجية العرف من الإجماع وعمل أهل العلم.

كما هو معروف أن الإجماع هو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته ، في عصر من العصور على أمر من الأمور[3].

والإجماع العملي على اعتبار العرف إما أن يكون برؤية أهل الإجماع للعرف الذي جرى عليه الناس ، فيقروهم عليه ، وإما أن يكون بمشاركة أهل الإجماع للناس في العرف الذي جرى به العمل بينهم وهو راجع إلى الإجماع السكوتي، بحيث يكون مما كثر فيه السكوت وتكرر، حتى سمي تعاملا وعادة وعرفا، فهو يفيد العلم بالرضا على الأمر المسكوت عنه .

ومن أمثلة الأعراف التي ترجع إلى الإجماع العملي: جواز الشرط الذي لا يقتضيه العقد في البيع و الإستصناع وجواز وقف المنقول.[4]

وعلى ذلك فالإجماع العملي إذا ما كان باشتراك أهل الإجماع فيما تعارف عليه الناس بالفعل كان ذلك حجة قطعا، وإذا كان بمعنى فعل البعض من غير إنكار عليهم كل هذا محتمل، وعلى كل فهو إجماع وإن كان لابد من أن يتكرر الفعل في الإجماع السكوتي . وقد قال أكثر الحنفية : إن الإجماع السكوتي حجة قطعا، وقال آخرون أنه حجة ظنية، أما الإمام الشافعي – رحمه الله – فإنه ينكر حجيته في غير الأمر المتكرر و أما الأمر الذي تكرر فيه السكوت فهو يقول : بحجيته[5].

ومن الأمثلة التي يستدل بها في هذا الموضوع : ما ذكره الفقهاء في مشروعية المضاربة.

---

[1] محمد بن عيسى الترميذي السلمي/ الجامع الصحيح/ تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون/ دار إحياء التراث العربي بيروت/ ج1/ ص226.

[2] الشوكاني محمد / نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار/ مكتبة دار التراث /القاهرة/ ج1، ص269.

[3] الشوكاني/ إرشاد الفحول/مرجع سابق/ ص 71.

[4]. أبو سنة / العرف والعادة/مرجع سابق/ ص32– 41

[5] صالح عوض / أثر العرف في التشريع الإسلامي/مرجع سابق / ص 185.

حيث أن الصحابة كانوا يتعاملون بالمضاربة من غير نكير فكان ذلك إجماعا منهم على الجواز و ليس فيها شيء مرفوع إلى الرسول ﷺ .

والإجماع الذي أقر العرف وردّ إليه ليس مما حصل فيه السكوت مرة أو مرتين في أمر من الأمور التي تعارفها الناس بل هو عما كثر فيه السكوت مع تكرر الفعل لأن مثل هذه الأمور تتكرر عادة لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا تتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصدها العامة .

وأما عند المالكية فعرف أهل المدينة يرجع إلى الإجماع العملي لأهل المدينة، ولذلك كثيراً ما يعبر عنه الإمام مالك – رحمه الله – بقوله: والأمر عندنا كذا أو الأمر المجتمع عليه عندنا كذا [1].

محل الاتفاق في استعمال العرف: يقع محل الاتفاق بين العلماء في استعمال العرف في موضعين هما:

الموضع الأول : العرف القولي

والمقصود به اعتبار الحقيقة العرفية وتقديمها على الحقيقة اللغوية لسبب هجران المعنى الأصلي، ونقلها إلى معنى آخر بواسطة الاستعمال العرفي المتكرر [2].

ويشترط فيه أن يكون العرف مقارنا أو سابقا لنزول الوحي، مثل إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربعة وإطلاق الدرهم على النقد, وهذا النوع من العرف معتبر بالإجماع، فالعرف هنا قاض على الحقيقة اللغوية بلا خلاف[3].

الموضع الثاني : تحقيق مناط الحكم.

فالقاعدة أن كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف

ومن أمثلته اعتبار القبض والحرز وما يدل على الرضا، وما ينقطع به خيار المجلس.

ولا شك أن اعتبار العرف مصدرا لاستنباط الأحكام يترتب عليه اختلافها في الموضوع

---

[1] صالح عوض/ اثر العرف في التشريع الإسلامي/مرجع سابق / ص 176.

[2] المرجع نفسه/ ص23.

[3] المرجع نفسه ص 185.

الواحد تبعا لاختلاف العرف ويقولون في ذلك : " انه اختلاف عصر الزمان لاختلاف حجة وبرهان" وأيضا "العرف حجة على من تعارفوا عليه"[1].

وقد عمل الفقهاء بمقتضى العرف في مسائل كثيرة منها إباحة الاستصناع لتعارف الناس إياه وحاجتهم إليه مع انه بيع لشيء معدوم ويجوز بيع الثمار والخضار على الأشجار إذا وظهر بعضها دون البعض الآخر كالبطيخ والتين والعنب..... للتعامل بها للضرورة مع أن بعضها بيع معلوم[2].

ففقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا اعوزتهم القدرة على الاستنباط من النص الشرعي والكتاب والسنة النبوية ويدل على هذا مجموعة من القواعد الفقهية التي تبنى على العرف نذكر منها:

1- **العادة محكمة** :يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم فقهي.

2- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ، إن الأحكام التي تتغير بتغير الزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة , لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس على هذا التغيير يتبدل أيضا العرف و العادة و بتغير العرف تتغير الأحكام.

3- المعروف عرفا كالمشروط شرطا: مثل ذلك : إذا اشترى شخص من آخر شيئا بعشرة دنانير ولم يعين نوع الدينار يرجع الى النوع المتعارف في تلك البلدة كأن يكون المتعارف الدينار الأردني مثلا فيعتبر هو الذي و قع عليه العقد كما لو ذكر.

4- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

5 – التعيين بالعرف كالتعبين بالنص مثال ذلك : لو أعار شخص آخر دابة إعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف فلو حملها حديدا وسلك بها طريقا وعرا وكأن تحميل الحديد وسلوك الطريق غير المعتاد.

6- الحقيقة تترك بدلالة العادة، يعني وكلت إنسانا بشراء طعام وليمة لا يشتري إلا الطعام المعتاد في مثلها لا كلما يؤكل .

---

[1] مدكور عبد السلام / المدخل الإسلامي/ مرجع سابق /ص 130-131.

[2] ابن عابدين احمد امين / مجموعة رسائل ابن عابدين / دار احياء التراث /(د.ت)،/ب ط/ج2/ص 131.

إذا جرى عرف في البلد الذي حدث فيه الزواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأن يعتبر هدية وتساوى العرف فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله وزفت بهذا الجهاز إلى زوجها ثم حدث نزاع بينهما واختلفا في أن الجهاز عارية أم هدية فادعى الأب انه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده إليه و أنكرت هي ذلك ودعت انه هدية تمليك حتى لا يملك حق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المحرمة ولم يكن لأحدهما بيئة دعواه. [1]

[1]علي حيدر،/ مجلة الاحكام العدلية، دور الاحكام شرح مجلة الاحكام/ تحقيق وتعقيب: المحامي فهمي الحسيني، ج1، ص 40-47.

المبحث الثاني :أقسام العرف وشروطه.

تناولنا في هذا المبحث مطلبين المطلب الأول يدرس أقسام العرف من حيث كونه مدون وغير مدون ومن حيث انه قولي وعملي و درسنا أيضا من حيث شيوعه من معتبر وملغى وكذا من حيث صلاحه وفساده وعمومه وخصوصه , وفي المطلب الثاني تطرقنا إلى شروط صحة العرف .

المطلب الأول : أقسام العرف .

الفرع 1 : تقسيم العرف باعتبار صدوره.

ينقسم العرف باعتبار صدوره إلى نوعين :

1) النوع الأول : عرف الشارع "المدون"

وهو العرف الذي أطلقه الشارع مريدا منه معنى خاصا خلاف معناه الموضوع له لغة كألفاظ الصلاة و الحج و الزكاة و الوقف , فالصلاة في أصل اللغة دعاء و لكن الشارع استعمله في العبادة الخاصة التي هي أقوال و أفعال مخصوصة مبتدأة بالتكبير مختتمة بالتسليم , و الحج لغة : القصد وفي الشارع قصد بيت الله الحرام في أوقات مخصوصة و بأفعال و أقوال معلومة , و الزكاة لغة : النماء , وفي الشارع مال مخصوص مدفوع حقا معلوما للفقراء و المساكين والوقف اللغة: الحبس وفي الشارع حبس العين والتصدق بمنفعتها[1] .

وقد اختلف في هذا الاستعمال هل هو استعمال حقيقي كما قالت المعتزلة أو استعمال مجازي لوجود علاقة بين المعني اللغوي والشرعي , فإذا كان معنى الصلاة الدعاء فالدعاء جزء من المعنى الشرعي تسمية للشيء باسم بعضه اشتهر الإطلاق حتى أصبح حقيقة عرفية [2].

ويرى البعض أن عرف الشارع هو جميع الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة ويوضحه تفسير بعض العلماء العرف الوارد في قوله تعالى ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩﴾[3]

فقد فسره "ابن جرير الطبري" بكل ما أمر الله به من الأعمال أو ندب إليه .

---

[1]-محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية /مرجع سابق /ص 117.

[2]-أبو حامد الغزالي/ المستصفى في علم الأصول/ تحقيق:حمزة إبن زهير حافظ/ب دار/ب ط/ ب ت/ المدينة المنورة /ج 1/ ص326 .

[3]- سورةالأعراف :الآية (199)

وعرف الشارع من خصائص الثبوت فهذا العرف ثابت أبدا ,كما جاء في الأمر بالصلاة وعدد ركعاتها وشروطها وأركانها وستر العورة , وإباحة ما أباحه الإسلام من المعاملات الشرعية وتحريم ما حرمه الله , وكذالك الأمر بإزالة النجاسة والطهارة في الصلاة ونهى عن أفعال كان يفعلها أهل الجاهلية ,كالطواف بالبيت عراة , وكذلك مشروعية الزواج و الطلاق في الإسلام , والقصاص في القتل العمد , فلا يصح أن يقال في الشيء من الأحكام الشرعية المستمرة إن هذا منها حسن وهذا غير حسن أو أن في الشريعة أحكاما تأباها طبيعة الإنسان , كالقصاص أو طبيعة العصر كتحريم الربا في المعاملات , أو أن كشف العورة أصبح عادة غير قبيحة لتعارف الناس ذالك فلنجزه مع مخافة الأحكام الشرعية الثابتة المستقرة المستمرة لأنه يعد نسخا لها بعد وفاة الرسول ﷺولا نسخ بعد حياته لأنه رفع للأحكام الشرعية ورفع الأحكام بعده باطل [1] .

النوع الثاني : عرف الناس "الغير مدون".

وينقسم إلى العرف القولي والعرف العملي:

العرف القولي: هو ما تعارف الناس على إطلاق اللفظ على معنى غير معناه اللغوي بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند إطلاقه من دون حاجة إلى قرينة حتى سموا استعمال اللفظ فيه حقيقة عرفية[2] ، وهو نوعان :

أ- ما تعارف الناس عليه من إرادة بعض أفراد المعنى المدلول للفظ كتعارفهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر فقط دون الأنثى، مع أن اللفظ يتناول النوعين كما في قوله تعالى ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾[3].

وكإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع فقط، مع أن الأصل أنها موضوعة لكل ما يدب على الأرض كما في قوله تعالى﴿ ۞ وَمَا مِن دَآبَّةٖ فِي ٱلۡأَرۡضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزۡقُهَا﴾[4].

---

[1]- صالح عوض / أثر العرف في الأحكام الشرعية الإسلامية / مرجع سابق / ص180

[2]محمد مصطفى شلبي / مدخل أصول الفقه الإسلامي | ص 362

[3]سورة النساء: الآية (11).

[4]سورة هود: الآية(6).

وكإطلاقه لفظ المتكلم على العالم بعلم التوحيد "علم الكلام" مع أن اللفظ موضوع لكل متكلم , ومثله إطلاق لفظ الفقيه على من عنده ملكة استنباط الأحكام من النصوص، مع أن اللفظ الموضوع لكل من يفهم كما في قوله تعالى ﴿فَمَالِ هَٰٓؤُلَآءِ ٱلۡقَوۡمِ لَا يَكَادُونَ يَفۡقَهُونَ حَدِيثًا ﴿٧٨﴾ ﴾[1]

ومنه أيضا عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن القرآن سماه لحما في قول الله عز وجل ﴿ وَمِن كُلّٖ تَأۡكُلُونَ لَحۡمٗا طَرِيّٗا﴾[2].

وعدم إطلاق لفظ بيت على المساجد مع أن القرآن سماها كذلك في قوله تعالى﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا ٱسۡمُهُۥ﴾[3].

ب- أن يصير اللفظ شائعا في غير ما وضع له أولا بل فيما هو جائز فيه ويشيع هذا المجاز حتى يصير حقيقة عرفية كلفظ الغائط فهو في اللغة المنخفض من الأرض وأستعمل في البراز ، ولفظ العذرة فإنه في اللغة البناء الذي يستتر به وتقضى الحاجة من ورائه، لكنه شاع استعماله في البراز أيضا وصار أصل الوضع منسيا والمحاز معروفا سابقا إلى الفهم بعرف الاستعمال[4] .

العرف العملي:

وهو ما جرى عليه عمل الناس و إعتدوه في سلوكهم كالأكل من الثمر الساقط من البستان، والأكل من الطعام المقدم له ضيافة بلا صريح إذن وكبيع المعاطاة من غير صيغة لفظية والجلوس في المقاهي والأندية من غير تحديد مدة المكث .

وكذلك ما تعارفوا عليه فيما لا نص فيه من الأموال الربوية من كونه يكال أو يوزن وكتعارف بعض الناس على أن يكون صداق المرأة بعضه معجلا والآخر مؤجلا، أو أن لا تزف المرأة إلا إذا قبضت كامل مهرها وما إلى ذلك مما اعتاده الناس في عاداتهم ومعاملاتهم[5].

---

[1] سورة النساء:الآية (78).

[2] سورة فاطر :الآية(12)

[3] سورة النور:الآية (36).

[4] الغزالي /المستصفي/مرجع سابق / ص 362

[5] محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية /مرجع سابق /ص 123.

ومن خصائص عرف الناس أنه قد يكون ثابتا _ مثل ما ذكرناه في العرف القولي – أو **متغير**.

و المتغير: هو العرف الغير شرعي وهو الجاري بين الناس بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، والأعراف والعادات المتبدلة الغير مستقرة وهي تختلف باختلاف العصور والبيئات والأحوال ومن الأمثلة على ذلك:

– ما يعود إلى اعتبار البقاع والبيئات من حسنه أو قبحه سواء كان من الأصناف أو الأفعال : فيكون في أحدهما حسنا وفي الأخر قبيحا مثل كشف الرأس فقد كان في الماضي قبيحا في البلاد الشرقية وغير قبيح في البلاد الغربية، وقد تغير هذا العرف الآن عند بعض الناس فتغير مناط الحكم الشرعي فاختلف تبعا لذلك فيكون الحكم وهو القدح في العدالة عند من يعتبره قبيحا وعند من لا يعتبرونه لا يكون قادحا للعدالة.

– ومثله الأكل في الشوارع والأسواق فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح في العدالة لأنه مخل بالمروءة وقد أصبح عند الكثير عادة قبيحة .

– وأيضا ما يختلف حسب أمور خارجية خارجة عن إرادة المكلف، كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة وأثر ذلك في الإسراع بالبلوغ في الأقطار الحارة، وبطئه في البلاد الباردة، وكذلك مدة الحيض وزمان معاودته يرجع فيه إلى عادات الناس في ذلك[1].

إن العرف إذا اختلف أو تغير اقتضى كل عرف حكما يلائمه تبعا لتفسير مناط الحكم وعلى ذلك قال الفقهاء: إن الأحكام الفقهية التي أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغير تبعا لتغير العرف والعادة ، فيراعي الفقيه العرف المتجدد ويبني عليه الحكم.

وإذا بقي الحكم مع تغيير العرف حتى يلزم عنه ذلك كان فيه مخالفة لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة .

الفرع الثاني : تقسيم العرف بحسب اعتبار الشارع ، وشيوعه :

ينقسم العرف حسب هذا الاعتبار إلى:

1– **العرف المعتبر:** وهو العرف الذي أقره الشارع ، كأن يأتي الحكم على وفقه ، أو يأمر به أمر إيجاب أو أمر ندب أو سكت عنه – نفس تعريف عرف الشارع – أي ما أمر به الله والرسول ﷺ، وأي عرف وافقت عليه الشريعة الإسلامية .

[1] محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية /مرجع سابق /ص 97 – 98.

2- **العرف الملغي:** وهو ذلك العرف الذي ألغاه الشارع بأن يبني الأحكام على خلافه أو نهي عنه كراهة أو تحريما، وذلك كنكاح الشغار الذي كان معروفا في الجاهلية، والطواف بالبيت على عرى، وشرب الخمر، ولعب الميسر ، وأكل الربا وما إلى ذلك من أحكام بنيت على عادات نهى عنها الشارع .

وهذه الأحكام التي بنيت على هذين النوعين المعتبر والملغي تعتبر أحكام ثابتة لا تتغير لأنها لا تنسخ فالنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل.

3- **العرف المسكوت عنه:** وهو العرف الذي لم يرد باعتباره أو إلغائه دليل من الشرع[1] وهو نوعان

أ- **العرف الصحيح:** وهو ما اعتاد عليه الناس من أقوال أو أفعال ما لم يصطدم بنص من النصوص الشرعية ، أو قاعدة من قواعد الشرع، أو بمعنى آخر هو الذي تحققت فيه الشروط التي يجب توافرها في العرف والسابق الحديث عنها ، وذلك كالمصطلحات التي يستعملها أرباب المهن والحرف، وكإطلاق لفظ العيش على الخبز في مصر وإطلاقه على الأرز في دول الخليج العربي فلو أن مصريا قال: والله لا أكل عيشا فأكل خبز فإنه يحنث أما إذا أكل أرزا فإنه لا حنث بخلاف ما لو قال هذا خليجي فإنه يعتبر عرفه[2] .

كما عرف الصحيح على انه هو: ما تعارفه الناس دون إن يحل حراما أو يحرم حلالا، كتعارفهم على تقديم عربون في عقد الاستصناع، وان ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يعد هدية وليس جزءا من المهر[3].

والعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوت المصلحة ولا يجلب المفسدة ،كتعارف إطلاق لفظ على معنى يعرف بغير معناه اللغوي ، وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل البعض، وغير ذلك وهذا العرف الصحيح يجب أن يراعيه المجتهد في اجتهاده، والقاضي في قضائه[4].

---

[1] محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية / مرجع سابق / ص 120-126.

[2] محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية / مرجع سابق ص126.

[3] وهبة الزحيلي / الوجيز في أصول الفقه /مرجع سابق / ص100.

[4] عبد الرحمن النجدي / أثر العرف في التشريع الإسلامي / دار الكتاب الجامعي سليمان الحلبي التوفيقية/ القاهرة / رقم الإيداع بدار الكتب 4210/ 81 (د.ط) ص128.

ب – العرف الفاسد: وهو ما اعتاد عليه بعض الناس من أقوال أو أفعال مما يصطدم بالقواعد العامة للشريعة الإسلامية و ذلك كألعاب العنف من مصارعة حرة وملاكمة.

هذا ويطلق العرف الفاسد على الأعراف الملغاة وهي التي تصطدم بنص من النصوص الشرعية كالخروج بملابس البحر على الشواطئ[1].

والعرف الفاسد هو ما تعارفه الناس ولكنه يحل حراما أو يحرم حلالا كتعارفهم على أكل الربا والتعامل مع المصارف الربوية بالفائدة واختلاط النساء بالرجال في الحفلات العامة وتقديم المسكرات في الضيافة و الرقص في الأفراح وترك الصلاة أثناء الاحتفالات العامة[2].

كما ينقسم العرف بحيث شيوعه و انتشاره إلى:

1- **العرف العام** :هو ما تعارفه عامة الناس سواء أكان قوليا أو فعليا، فالذي تعارف عليه الناس من قول أو فعل وجرى عليه التعامل بينهم هو المعنى المراد من العرف العام الذي اعتبره الفقهاء.

2- **العرف الخاص:**لقد تقدم في تعريف العرف العام: أنه ما تعارفه عامة الناس.... الخ .

فإذن العرف الخاص هو ما لم يتعارف عامة الناس أو أهل البلاد جميعا كالألفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو عرف التخاطب أو في عرف طائفة خاصة أو جماعة معينة من الناس.

والفقهاء عندما يستعملون ألفاظ النكاح والطلاق والصلاة والصوم وغير ذلك من الألفاظ التي عرف لها معنى شرعي إنما يريدون منها تلك المعاني الشرعية عند الإطلاق لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعاني في الشرع.

وإذا تعارف قوم إطلاق لفظ الدابة على الحمار كما في مصر أو على الفرس كما في العراق بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره كان حقيقة عرفية خاصة ، وكذلك إذا تعارف أهل بلد أو حرفة نوعا من التعامل كان هذا عرفا عمليا خاصا . والعرف الخاص يعتبر في حق أهله الذين تعارفوه[3].

المطلب الثاني: شروط العرف.

يشترط الأصوليون و الفقهاء في العرف شروطا ليكون معتبرا في بناء الأحكام عليه , بحيث لو تخلف منها شرط أو اختل لم يصح حكم العرف , ولم يكن صالحا للاعتداد به , ونلخص هذه الشروط في ما يلي :

---

[1] حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية / مرجع سابق /ص 127.

[2] وهبة الزحيلي / الوجيز / مرجع سابق / ص 101.

[3] -النجدي / أثر العرف في التشريع الإسلامي / مرجع سابق /ص 131-140-141.

1. ألا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي .
2. أن يكون العرف مطردا أو غالبا .
3. أن لا يعارض العرف تصريح بخلاف.
4. أن يكون موجودا عند إنشاء التصرف .
5. أن يكون العرف عاما .

1- الشرط الأول: ألا يخالف نصا من الكتاب والسنة.

أن يكون العمل بالعرف ليس فيه تعطيل لحكم ثابت بالنص الشرعي أو أصل قطعي من أصول الشريعة، فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف، وهذا الشرط يفهم من الكلام عن معنى العرف المعتبر لدى الأصوليين[1]

ومعنى عدم مخالفة النص الشرعي: أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفا للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف وذلك كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعا وغير ذلك مما تعارف عليه الناس في الجاهلية ثم جاءت النصوص الشرعية بتحريمه والنهي عنه فإذا ما عادوا إليه وتعارفوا عليه فإن هذا العرف غير معتبر ويجب تركه واعتماد الدليل الشرعي لأن الشرعية إلزامية.

وقد يكون العرف غير مبطل للنص أو معطلا له، ويمكن تنزيله على النص الشرعي أو التوفيق بينهما فحين إذن يعتبر العرف، والكلام في ذلك على موضعين:

الأول: أن يخالف العرف النص الشرعي من كل وجه وإذا كان الأمر كذلك فإنه يعمل بالنص ولا اعتبار للعرف لأن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه سواء كان العرف عاما أو خاصا، لأن الدليل من صح عن الشارع العليم بمصالح الناس فهو حق وحجة قائمة على الناس، أما العرف فكثيرا منه يتبع الأهواء والشهوات فيقوم على الباطل[2].

الثاني: ألا يكون العرف مبطلا للنص الشرعي ،ويمكن تنزيله عل ىالنص أو التوفيق بينهما والكلام في هذا الموضوع .

---

[1]- الدكتور مصطفى ديب البغا/ أثر ادلة العرف المختلف فيها (مصادر التشريع الاسلامي) في الفقه الاسلامي/رسالة اصول رسالة الفقه نالت شهادة الدكتوراه بمرتبة الشرف الاول من جامعة الازهر في القاهرة/ دار الامام البخاري، دمشق / ص 271.

[2]وهبة الزحيلي / الوجيز في أصول الفقه /المرجع السابق ص 106.

الشرط الثاني:أن يكون مطردا أو غالبا .

معنى الاطراد : أن تكون العادة مستمرة بحيث لا تختلف في جميع الحوادث وقد يعتبر الاطراد بالعموم ومثال ذلك: إذا ما جرى العرف بين الناس في بلد أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل فإنه يكون مطردا في هذا البلد أو الإقليم إذا كان أهله يصرون على الحالة المتعارفة من التعجيل أو التقسيم في جميع حوادث النكاح.

ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيرا ولا يختلف إلا قليلا وكأنه يقول باشتراط الاطراد في العرف فإذا تخلف في جب أن يكون ذلك قليلا ونادرا و إلا خرج من كونه مطرد أو غالبا و الاطراد أو الغلبة يحمل العرف مقطوعا بوجود هو لا يقدح في اعتبار العرف إذا ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة[1].

كما فسر في كون العرف مطردا وغالبا: أن يكون العمل به –لدى متعارفيه– مستمرا في جميعا لحوادث لا يتخلف في واحدة منها، وهذا معنى الاطراد أو أن يكون العمل به جاريا في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها وهذا هو معنى الغلبة[2]

وفي الإطرد والغلبة ظهر " العرف المشترك": وبهذا الذي ذكر خرج العرف الذي لم يكن يطرد أو لم يكن غالبا وهو ما تساوى العمل به وتركه وهو المسمى بالعرف المشترك.

– ولما كان العرف المشترك الترادف في طرفيه حيث تساوى العمل به وعدمه لا ينبغي عليه حكم فإن القرينة الموجودة وقت التصرف هي التي تبين مراد الناس من تصرفه و إذا غلب أحد العرفين كان قرينة دالة على المراد وحينئذ لا عمل للمرجوح في مقابلة الراجح و إلا كان ترجيحا بلا مرجع و هو ممنوع.[3]

الشرط الثالث: أن لا يعارض تصريح بخلافه.

أي أن لا يوجد من المتعاقدين عند انشاء التصرف تصريح من هما بقول يفيد عكس ما جرى به العرف، ومثل القول العمل الذي يدل على ذلك.

---

[1] - صالح عوض/ اثر العرف في التشريع الاسلامي/مرجع سابق / ص109–106– 205–206.

[2] - البغا دييب مصطفى / أثر الأدلة المختلف فيها /مرجع سابق / ص 270.

[3]- صالح عوض /أثر العرف /مرجع سابق /ص 193.

وهذا الشرط يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، والذي تعبر عنه القاعدة المشهورة في عرف المعاملات: المعروف عرفا كالمشروط شرطا , فإذا صرح المتعاقدان بما يدل على خلاف العرف صح ذلك ، وكان العمل بما صرحا به لازما دون العرف القائم.

ومثال ذلك: ما اذا كان العرف أن تكون نفقات تسليم المبيع على المشتري ثم اتفق العاقدان على أنها على البائع فيعمل بذلك الذي اتفق عليه وكذلك إذا كان العرف أن يعمل العامل مدة من الزمن (سبع ساعات مثلا) فإذا استأجر رجل يعمل عنده مدة أقل أو أكثر من المتفق عليها فليس للعامل أن يعمل مدة أقل من المتفق عليها.

وإذا كان العرف يقتضي أن تكون مصاريف السجل للعقد على المشتري واتفق العاقدان على أن تكون على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة للعرف مع النص على مخالفته.

الشرط الرابع: أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف .

وذلك بأن يكون العرف مقارنا للتصرف عند إشارته لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف .[1]

أي أن العرف المراد تحكمه ,والذي يحمل عليه التصرف موجودا ومعمولا به وقت إنشاء هذا التصرف , وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقا على حدوث التصرف ثم , يستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه , لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله , ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي [2].

الشرط الخامس: أن يكون العرف عاما.

وعموم العرف غير اطراده لأن العرف قد يكون عاما ولكن العمل به لا يكون مستمرا في جميع الحوادث فلا يكون مطردا أو كذلك العرف قد يكون خاصا بطرئفة أو أهل بلد خاص وقد يكون غير مطرد بالمعنى المذكور , فالعلم قد يكون غير مطرد و المطرد قد يكون غير عام .

والعلماء في اشتراط أن يكون العرف عاما مع اطراده رأيان :

[1]- صالح عوض / أثر العرف/مرجع سابق /ص223-225.
[2]- البغا مصطفى /أثر الأدلة المختلف فيها /مرجع سابق /ص270

الأول : أنه يعتبر بناء الأحكام العرف العام دون الخاص , وهو لبعض الحنفية ومن وافقهم من الشافعية.

الثاني: أن العرف الخاص معتبر كذلك في بناء الأحكام وقال به المالكية ومن وافقهم.[1]

و ظاهر أن هذا القيد إنما هو خاص بالعرف الذي يخصص العام ويقيد المطلق وبالتالي لايكون من باب الشروط , إنما يدخل في بحث التخصص بالعرف [2].

[1] - صالح عوض / أثر العرف / مرجع سابق /ص 196.
[2]- أبوسنة /العرف والعادة في رأي الفقهاء / مرجع سابق /ص 196.

الفصل الثاني

نماذج وتطبيقات بناء الأحكام شرعية على الأعراف واختلافها

المبحث الأول :إعمال العرف وأسبابه

المطلب الأول :اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي

المطلب الثاني :موقف المذهب الأخرى من العرف

المطلب الثالث أسباب تغير الأحكام لتغير الأعراف

المبحث الثاني : تطبيقات العرف علي التصرفات

المطلب الأول تطبيق العرف علي العبادات

المطلب الثاني تطبيق العرف على المعاملات

المطلب الثالث :تطبيق العرف على الأحوال الشخصية

تمهيد

تطرقنا في هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول فيه موقف المذاهب من العرف بدأنا بالمذهب المالكي وعرضنا أدلتهم ثم تناولنا المذاهب الأخرى من الحنفية و الشافعية والحنابلة .

وفي المبحث الثاني تناولنا أثر العرف على الأحكام من ناحية التصرفات وتناولنا فيه أثر العرف في العبادات ثم أثره في المعاملات وكذا الأحوال الشخصية وفي الأخير خلاصة للفصل .

المبحث الأول :إعمال العرف و أسبابه

سنتطرق في هذا المبحث على مدى اعتماد المذاهب الأربعة على العرف و ذلك بذكر في المطلب الأول موقف المالكية مع عرض أدلتهم وفي المطلب الثاني المذاهب الأخرى الحنفية و الشافعية و الحنابلة و في المطلب الثالث أسباب الأخذ بالعرف و كذا أسباب تغير الإحكام لتغير الأعراف.

المطلب الأول :اعتماد العرف في المذهب المالكي

موقف: المذهب المالكي

هذا ما ذكره "القاضي عياض"[1]في أصول مذهب مالك ذكر الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة والقياس ولم يذكر غيرها فلم يذكر الإجماع ولم يذكر القواعد التي امتاز ذلك المذهب بها وهي المصالح المرسلة, سد الذرائع ,العرف العادات وغيرها مما ذكره غيره من الثقات العارفين المستنبطين في ذلك المخرجين, والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف يعتبره أصلا من أصول الفقيه فيما ليكون فيه نص قطعي بل أنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال ولاشك أن مراعاة العرف الذي لإفساد فيه ضرب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه ,بل يجب الأخذ به.

ولقد وجدنا المالكية يتركون القياس إذا خالفه العرف وكذلك ورد عن "القرطبي" في باب الاستحسان أن من ضرورة ترك القياس لأجل العرف ,بل إن العرف يخصص العام و يقيد المطلق عند المالكية كما تبين عند الكلام في العام فقد عدّ من مخصصاته العادات[2].

هذا وغيرها من النصوص المذهب المالكي شاهدة بأن العرف أصل من أصول الاستنباط قد إنبنت عليها أحكام كثيرة لأنه في كثير من الأحيان يتفق مع المصلحة ,والمصلحة أصل بلا نزاع في ذلك المذهب لأن العرف يقتضي إلف النفوس لما يكون من أحكام تكون علي مقتضاه ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان في أحكام الإسلام لأن الله سبحانه وتعالى ما جعل من حرج على الناس وفي دنيه والله سبحانه يشرع ما يستسيغه الناس ويألفونه, لا ما يكرهونه ويبغضونه,

[1]- القاضي عياض هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض ولد1083ت1149,قاضي مالكي ومن مؤلفته ترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك.وفيات (خلكان أبي العباس شمس الدين :وفيات الأعيان ونباءا بناء الزمان /تحقيق إحسان عباس /دار الصادر /بيروت /ب ط/ت1398هـ- 1972م/ج3/ص 483.

[2]- محمد أبو زهرة /مالك.حياته وعصره وآرائه وفقهه.دار الفكر العربي./ب بلد/ط2/1946م/ص274..455.

ولأن للعرف إذا لم يكن على رذيلة وهو العرف المحترم يكون احترمه مقويا الوحدة الجماعية بين الناس الرابطة بينهم لأنه يكون متصلا بتقاليدهم ومآثرهم الاجتماعية ومخالفته هدم لهذه المآثر, وتلك التقاليد المحترمة وفك الوحدة , وان البداهة توجب أن تكون الألفاظ مفهومة بموجب العرف والعقود تسير على أسسه ما لم يقر الحرم فعند إذن يكون من الواجب ترك الاستمساك به بل التعاون على البر يوجب تغيره[1].

***أمثلة عند المالكي:**

– تخصيص العام : يحمل يمين من حلف أن لا يركب دابة على ذوات الأربع فلا يحنث بركوب غيرها من كل ما يدب على وجه الأرض كما إذا ركب نعامة أو إنسانا مع أن لفظ الدابة لغة يشمل ما ذكر ولكن خصصته العادة القولية بذوات الأربع

و أما عادة العوام الفعلية فهي غلبه معنى من المعاني علي جميع البلاد بعضها وهي محكمة في الأمور المعلومة كمعرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية كصغر الظبية و كبرها[2]

وإطلاق ما وتقيده و غالب(الكفاية ونادرة)وكتقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتهم وكتميز ما هو الأنسب للرجل من متاع البيت, وما هو الأنسب للنساء منه.

–القضاء(للمرأة)بالفرش والوسائد إذا اختلف مع الزوج فيها ولا بينه لان العادة قاضية انه لا يملكه إلا النساء,و كالقضاء بآلة الحرب للرجل إذا اختلف مع أمر أمرته فيها ولا بينة لان العادة قاضية أنها لا يملكها إلا الرجال والأصل في هذه قوله تعالى﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩﴾[3]وقوله ﷺ الهند بنت عتبة**(خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف)**[4] لما قالت له إن أبا سفيان رجل مسيك[5].

---

[1]- أبو زهرة محمد / مالك.حياته وعصره وآرائه وفقهه/مرجع سابق/ص.448.455.

[2]- - محمد يحي لولاتي /إيصال السالك إلى أصول المذهب مالك /دار ابن حزم /بيروت /ط 1/ت 1427-2006م/ص 201

[3]- سورة الأعرف:الآية(199)

[4]- رواه البخاري بلفظ مشابه/ كتاب البيوع /باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع /ذكر في ص 35 من المذكرة

[5]- الولاتي محمد يحي /ايصال السالك إلى أصول المذهب مالك /مرجع سابق/ص 201.

تميزت العبادات من العادات بالقصد تمييز مراتب العبادات أنفسها,لان القصد شرط الصحة في العبادات المحضة , وشرط الحصول الثواب في جميع الأعمال , ومنها تخصيص العموم وتقيد المطلق في الإيمان بالنية على تفصيل.

إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عن تغير العادة إلى ما تقضيه العادة المتجددة, و ليس هذا تجديد الاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد, بل هذه قاعدة يجتهد فيها العلماء واجمعوا عليها, فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف [1]

ومن هذا الباب ما روى عن مالك إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول الزوج مع أن الأصل عدم القبض , هذه كانت عاداتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها واليوم عادتهم قول المرأة مع يمينها لاختلاف العوائد.

إذا تقدر هذا فإنا نسرد لكم أحكام ما نص الأصحاب علي المدرك فيها العادة وأن مستند الفتيا بها إنما هو العادة, والواقع اليوم خلاف فيتعين تغير الحكم علي ما تقتضيه العادة المتجددة [2].

يعني إن كل ما تدخل فيه العادة أي عادة العوام القولية أو الفعلية من الأحكام الشرعية فهي عاملة فيه أي محكمة فيه تخصصه ,وان كان عاما وتقيد إن كان مطلقا وتبينه إن كان مجملا, والذي تدخل فيه عادة العوام القولية أي تحكم فيه هو ألفاظ الناس في الإيمان والمعاملات من العقود و الفسوخ والإقرارات والشهادات والدعاوي.

إن الإمام مالك رضي الله عنه رعى في أساس مذهبه قصد الشارع الأساسي إلي تحقيق مصالح الناس في الدنيا ة و الآخرة ورفع الحرج عنهم فجاءت أصول مذهبه متكاملة يرتبط بعضها ببعض ويستقي جميعها من معين واحد وهو النص الإسلامي وروحه ومعناه وتطبيق النبي ﷺ والصحابة له ,والإمام مالك رضي الله عنه وان لم يفرد أصوله التي بالتأليف والشرح والتأصيل فقد كانت واضحة جالية في موطئه إذا بناه ملك رضي الله عنه على تمهيد الأصول للفروع وكانت هذه

[1]- ابن التمين محمد عبد الله /إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب مالك / تدقيق شروق محمد سليمان دار الشئون الاسلامية والعمل الخير / ط 1 : 1430ه 2009 م /ص 53.

[2]- القرفي/الحكام في تميز الفتاوى عن الحكام وتصرفات .مكتبة المطبوعات الإسلامية / بيروت/ط.م/(1416-1995)/ص 220.219.218.

الأصول مبثوثة في فتاواه التي تناقلها تلامذته في أسمعتهم الكثيرة المشهورة فجمع هؤلاء التلاميذ بتتبعهم هذه المدارك أصول المذهب ورتبوها وهذه خطوة لاحقة تأتي دائما في مرحلة التصنيف والتأليف فالإمام كان مشغولا بالتدريس و التحديث والفتوى ولم يكن هناك متسع من الوقت للتأليف في بيان الأصول و المحاججة عنها وإن وقع شيء من ذلك فعلى سبيل الندور, كمسالة الاحتجاج لعمل أهل المدينة لما وقع فيها من المراجعة مع بعض لمعاصريه.

ولو تأملت أصول مذهبه التي كان ينطلق منها لوجتها كما قال "عياض" ناهجا في هذه الأصول منهاجا مرتبا لها مراتبها ومهدرجها الثقات العارفون لما تحملوه أو ما يجهلونه أو ما وجد الجمهور الحجم الغفير من لأهل المدينة قد علموا بغيره خالفوه ولا يلتفت إلى تأول غليه في هذا الوجه سوء التأويل وقوله ما لا يقوله بل صرح بأنه الأباطيل.

والقاضي "عياض" رحمه الله في كلمه السابق لم يذكر من الأصول التي اعتمدها مالك إلا الكتاب والسنة والقياس وإشارة من طرف خفي إلى أجماع أهل المدينة وعدها العلامة "التولي "رحمه الله في شرح البهجة ستة عشر أصلا[1].

-أدلة جعل العرف أصل من أصول المذهب المالكي :

استدل علماء المذهب المالكي علي اعتماد العرف في أصول مذهبهم بمايلي:

قوله تعالي﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ١٩٩﴾[2]قال "ابن الفرس "[3] .

رحمه الله تعالي في تفسير قوله تعالي (وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ) وقضي فيها بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع...,و القول بالعرف الجاري بين الناس في التنازع أصل مختلف فيه وأصحاب مالك رحمه الله تعالي يحتجون بهذه الآية كثيرا في إثباته ,قال "ألولاتي"[4] رحمه الله تعالي والأصل في

---

[1]- ابن التمين محمد عبد الله /إعمال العرف في الأحكام والفتاوى المذهب المالكي/مرجع سابق /ص45 .

[2]- سورة الأعراف :الآية (199)

[3]- ابن الفرس/ بو محمد بن الفرس واسمه عبد المنعم ابن الإمام محمد بن عبد الرحمان بن احمد الأنصاري ولد525.ت597 /(الذهبي أبي عبد الله شمس الدين :سير أعلام النبلاء/تحقيق حسان عبد المنان /دار بيت الأفكار الدولية

[4]- ألولاتي/ محمد المختار بن حبيب الله بن علي أبي بكر بن السالم النومري الولاتي كان شيخ فاضلا فقيها مدرس يدرس مختصر خليل (ت1160هـ-1748م)رحمه الله(الولاتي محمد بن أبي بكر الصديق البرتلي :فتح الشكور في معرفة أعيان علماء التكرور /تحقيق عبد الله الودود وأحمد جمال /دار النجيبوية /القاهرة /ب ط/ت 2010م/)ص228.

تحكيم العرف قوله تعالي﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ أي ما يعرف بين الناس و يعتادونه , والاستدلال بأية﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ علي تحكيم العرف موجود عند متقدمي المالكية لأنهم فسروا العرف بما يقتضي ذلك ,قال" ابن عطية" معني قوله تعالي (وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ) بكل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة ,وقال "القرطبي"...والعرف والمعروف والعادة كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئين إليها النفوس

قال" القرافي "في حديثه شهادة العادة لأحد الزوجين المتخالفين والحكم له بدعواه بموجب تلك الشهادة (....لنا في قوله تعالي ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية أن يكون هناك بينة فهؤلاء العلماء كما رأينا فسروا كلمت العرف "الذي أمر النبي ﷺ بالأمر به بالعادات الأعراف الجارية بين الناس و بذلك التفسير جعلوا الآية دليلا على اعتبار العرف وهناك تفسيرات أخرى لهذه الآية لا تجعلها صريحة في الدلالة على ما يريدون وهذا الاختلاف في تفسير كلمة العرف جعل جمهور من الفقهاء يرونا أن الاحتجاج بهذه الآية على اعتبار العرف ضعيفا إن لم يكن باطلا[1].

-قوله سبحانه وتعالى ﴿قَالَ هِيَ رَٰوَدتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾[2] قال ابن العربي رحمه الله تعالي قال علماؤنا في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة لما ذكر من اخذ القميص مقبل ومدبر وما دل عليه الإقبال من دعواها والإدبار من صدق يوسف عليه السلام .

[1]- ابن التمين / إعمال العرف في الأحكام والفتاوى المذهب المالكي / مرجع سابق /ص 53.
[2]- سورة يوسف: الآية (26-27)

حديث خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف قال "لولاتي" معددا أدلة المالكية في جعل العرف أصلا وقوله ﷺ لهند أبنت عتبة رضي الله عنها **(خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف)**[1] أي المعتاد من النفقة عند الناس) وهذا الحديث صريح في الدلالة على اعتماد العرف والرجوع إليه وقد صرح العلماء الذين شرحوه باستناد ذلك منه قال "القاضي عياض" (...وقيد الحكم بالعرف لقوله "ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك على ما جرت به عاداتهم في الاتفاق وبقدر حاجاتهن وقدر ماله تحرى القصد والوسط دون الإكثار والتقتير لقد صرح المالكية كما رأينا استدلال بآية ﴿خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾وقوله ﴿وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾ وحديث هند المتقدم على اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية وهو ورود آيات وأحاديث شريفة تصرح بالرد إلي المعروف والإحالة عليه في الحكم والمعروف هو العرف لغة واصطلاحا كما مر[2] معنا في تعريف العرف وقال "القاضي عياض" رحمه الله أي بمعنى واحد وسنعرض هذه الآيات والأحاديث فيما يلي .

أ-الآيات القرآنية :

جاءت كلمة المعروف في كتاب الله العزيز مدارا عليها الحكم في ثمانية وثلاثين موضعا وهي في جميع مواضيعها المراد منها ما تعرفه الناس في ذلك الوقت من مثل ذلك الأمر وأكثر كما وردت الأحكام المتعلقة بالأسرة كالأمر بحسن عشرة النساء مثل قوله تعالي ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴿١٩﴾﴾[3] والنفقة عليهن وقوله تعالي﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[4]وفي الإمساك والتصريح قوله تعالي ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ

[1]- أخرجه البخاري /كتاب البيوع /باب من أجرى الأمصار علي ما يتعارفون بينهم في الإجارة /رقم2211/
[2]- ابن التمين / إعمال العرف في الأحكام والفتاوى المذهب المالكي / مرجع سابق /ص 53.
[3] - سورة النساء:الآية (19).
[4]- سورة البقرة:الآية (233).

بِمَعۡرُوفٖ﴾[1] وقوله سبحان وتعالي﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ٢٣٦ ﴾[2] قال "ابن عطية"إهذه الآية (دليل علي رفض التحديد) وإنما وكل الأمر إلي عادت الناس في ذلك وحال الزواج من.

يُسر وعُسر, وحالها هي أيضا من شرف وغنى ونحوي ذلك من الأشياء التي يختلف فيها الأشخاص ,وهنك آيات في البحث على الأمر بالعرف﴿ لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ ﴾[3]والقول﴿فَٱرۡزُقُوهُمۡ مِّنۡهُ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ٨ ﴾[4] وكلها تصب في نفس المنحى ,وهو إجراء الأمور على معتاد الناس و ما ألوفهم الديني والأخلاقي والعادي .

ب- من الحديث الشرف:

وردت الإحالة (المعروف) في أحاديث شريفة تكرس تحكيم العرف ورد معاملات الناس إليه,والعرف المحال إليه كما قال الخطابي رحمة الله تعالى (كل ما تعرفه النفوس و تستحسنه العقول من مكارم الأخلاق ومحاسن الشيم وهي التي كانت و لم تزل مستحسنة في كل زمان وعند كل أهل ملة,فلا تزل كذلك لا يجري عليها النسخ ولا يجوز فيها التبديل)[5] وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال أصاب عمر بخيبر أرضا فأتي النبيﷺ فقال أصبت أرضا ولم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال:**(إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)**[6] فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقر والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف.

---

[1]- سورة البقرة:الآية (231).
[2]- سورة البقرة:الآية (236).
[3]- سورة النساء: الآية (113).
[4]- سورة النساء:الآية (08).
[5]- ابن التمين / إعمال العرف في الأحكام والفتاوى المذهب المالكي / مرجع سابق /ص 61-62.
[6]- أخرجه البخاري (محمد ابن اسماعيل البخاري :الصحيح /تحقيق محمد زهير بن ناصر /ط1 /ت 1422/باب الشروط في الوقف /ج3/ص198/رقم 2737).

قال "القرطبي"رحمه الله:وقوله (لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف)وهذا رفع للحرج عن الولي عليها والعامل في تلك الصدقة في الأكل منها على ما جرت به عادة العمال وفي الحيطان من ثمرها بحالة عملهم وقال "عياض"وتقيده في الرجوع إلي العادة في ذلك هذا عن تكرار الحالة في القرآن والسنة على المعروف بين الناس,وهو العرف ورد الأحكام إليه لكن هناك نصوص أكثر تصريحا بالمراد وهو تحكيم العرف حيث إحكامها على المعتاد والمعهود للناس وفي تلك القضايا موضع النص فمن القرآن آية الاستئذان ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍۚ ﴿٥٨﴾﴾[1] ,ووجه دلالتها أن الله تعالى أدب عباده بأن يكون العبيد,إذا لا بال لهم والأطفال الذي لم يبلغوا الحلم إلا أنهم عقلوا معنى الكشفة ونحوها, يستأذنون علي أهليهم في هذه الأوقات الثلاثة وهي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف فيها وملازمه التعري في المضاجع فأنت ترى بوضوح ترتيب حكم الاستئذان في هذه الأوقات وممن استدل بهذه الآية على تحكيم العرف من المالكية العلامة فأمر بالاستئذان في الأوقات التي جرت العادة بالابتذال ووضع الثياب فابتني الحكم الشريعي على ما كانوا يعتادونه ومنها قوله ﷺ ومن ذلك حديث "حرام بن محيصة" الأنصاري عن البراءة بن عازب(**أن ناقة البراءة دخلت حائطا فا فسدت فقضى رسول ﷺ علي أهل الحيطان حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل**),[2] وهو أدل شيء على اعتبار العرف في الأحكام الشرعية إذ بني النبي ﷺ التضمين علي ما جرت العادة[3].

[1]- سورة النور:الآية (58).

[2]- رواه أبو داود (سنن أبي دود: أبو دوود سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمر الأزدي /تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد /الناشر المكتبة العصرية /بيروت /باب المواشي زرع قوم /ج3/ص 298/رقم الحديث 3569)

[3]- إبن النجار محمد الفتوحي الحنبلي/شرح الكوكب المنير./م4/.مكتبة العبيكان.حقوق /ط .م(1413.1993)ص449.450

المطلب الثاني:موقف المذاهب الأخرى من العرف

وفي هذا المطلب نتكلم عن موقف المذاهب الأخرى من العرف (الحنفي والشافعي والحنابلي)

موقف :المذهب الحنفي

فالحنفية اعتبروا العرف أصل من أصول يرجع إليه في كثير من الأحكام يقول"ابن نجيم" إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذالك أصل ويقول" ابن عابدين"

و الـــعرف في الشـــرع له اعتـــبار ****** لـــذا عليـــه الحكـــم قـد يـــدار**[1]

وعلى ذلك بنو كثير من الجزئيات على العرف,فأبو حنيفة يذهب إلي أن الزرع إذا أصابته جائحة فأتلفته فإن الخراج الموظف يسقط عنه وتلك عادة طبقها "الأكاسرة" في "العراق" أيام حكمهم

وأفتى "محمد ابن الحسن" بجواز بيع النحل ودود القز لما وجد الناس يتعاملون بذلك بيعا وشراء كما يروى عنه أنه كان يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما تواضعوا عليه ليلا حظ ذلك في فتاوى به فيما يحدثهم بينهم

وذهب "أبو يوسف" إلى أن الحكم الشرعي الذي ثبت بالنص بناء على عرف الناس يتأثر بتغير هذا العرف كوجوب المماثلة كيلا في بيع القمح بالقمح, وقد صححوا الشروط التي تعارفها الناس مع ورود النهي عن بيع وشرط معللين ذلك بأن النهي لم يكن إلا لأن الشرط في عقد البيع يفض إلى النزاع غالبا والعرف يقضي على ذلك النزاع وقد ورد في" المبسوط لسرخسي" أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي لان في النزع العادة الظاهرة جرحا بينا[2]

ومما شاع على ألسنة الفقهاء أن المذهب الحنفي يعد من أكثر المذاهب الإسلامية اعتبار للعرف اعتماد عليه[3]وكذلك استدل الحنفية بقوله ﷺ**(ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)**[4]"قال العلائي" لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وموقوفا عليه ,واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول

[1]- إبن عابدين محمد أمين افندى رسائل ابن عابدين /ج2/مرجع سابق /ص 114.
[2]- ابن التمين: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي /مرجع سابق /ص 68.
[3]:السر خسي:المبسوط. /مرجع سابق/ص93 .
[4]- أخرجه أحمد في مسنده /رقم 379

في باب ما تترك به الحقيقة :تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة كذا ذكر" فخر الإسلام" فاختلف في عطف العادة على لاستعمال فقيل هما مترادفان وقيل المراد الاستعمال نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعا وغلبه استعماله فيه ومن العادة نقله إلى معناه المجازي عفا وتمام في الكشف الكبير[1].

فمما فرع على هذه القاعدة (العادة المحكمة)حد الماء الجاري, الأصح أنه ما يعده لنا جاريا ومنها وقوع البعر الكثير في البئر , الأصح أن الكثير لا يستكثر الناظر ومنها حد الماء الكثير الملحق بالجاري, الأصح تفويضه إلى رأى المبتلي به لا التقدير بشيء من العشر في العشر ونحوه ومنها الحيض والنفاس قالوا لو زاد الدم على أكثر الحيض والنفاس يرد إلى أيام عادتها من ذلك العمل للصلاة مفوض إلي العرف لو كان بحث لو رآه راء يظن أنه خارج الصلاة ومنها تناول الثمار الساقطة وفي إجارة الظئر[2]وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف في كونه كيليا أو وزنيا,وأما المنصوص على أكيله أو أوزنه فلا اعتبار بالعرف فيه عند أبي حنيفة.

ومحمد رحمهما الله خلافا "لأبي يوسف"رحمه الله وقوله في فتح القدير من باب الربا ولا خصوصية للربا إنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه قال في الظهيرية من الصلاة وكان "محمد ابن الفضل"يقول السترة إلى موضع نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك عند الاتزار في النزاع عند العادة الظاهرة نوع حرج وهذا ضعيف وبعيد لان التعامل بخلاف النص لا يعتبر .

وفي صوم يوم الشك فلا يكره لمن له عادة وكذا صوم يومين قبله والمذهب عدم كراهية صومه بنية النقال مطلقا ومنها قبول الهدية للقاضي ممن له لا عادة بالإهداء قبل توليته بشرط ألا يزيد على العادة فإن زاد عليها رد الزائد والأكل من الطعام المقدم له ضيافة بلا صريح الإذن ومنها ألفاظ الواقفين تبني على عرفهم كما في وقف فتح القدير وكذا لفظ النادر والموصي والحالف وكذا الأقارير تبتني عليه [3].

---

[2]- الظئر :الناقة تعطف على ولدها

[3]-- إبن نجيم / الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان /دار الكتب العلمية /بيروت .لبنان /ط 1/(1419-1999م)ص 80 .

نريد أن نعيد هنا نقل كلمة ذكرناها في صدر كلامنا عن الأصول التي بني عليها أبو حنيفة استنباطه فقد قال سهل بن مزاحم كلام أبي حنيفة اخذ بالثقة وفرار من القبح والنظر معاملات الناس وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم يمضى الأمور على القياس فإذا قبح القياس يمضيها مادام يمضى فإذا لم يمضى له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون ,وهذا النص يدل على أمرين .

1- أنه يمضي الأمور على القياس أو الاستحسان ,إن لم يكن نص وانه يأخذ بأيهما يراه أسلم و أوفق وأكثر اتصالا بالقضية وبمعاني الشّرع.

2- أنه إذا لم يمضى له قياس ولا استحسان في المسألة ,انظر إلى ما عليه تعامل الناس وتعامل الناس هو العرف الجاري بينهم, فهو يؤخذ بالعرف إذا لم يكن ثمة نص من كتاب أو سنة ولا إجماع ولا حمل على النصوص بطريق القياس أو الاستحسان بكل طرائقه سواءً أكان استحسان قياس أم استحسان أثر أم استحسان إجماع أو ضرورة

وفي الجملة إن ذلك النّص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدر من مصادر الاستنباط وأصلا من أصول يرجع إليه لم يكن سواه[1].

موقف : المذهب الشافعي

الإمام الشافعي لما نزل مصر غير الكثير من مذهبه القديم ولاشك أن للأعرف المصرية وعاداتها أثرا في ذلك نقل عن" القاضي حسين[2] "أن مبني الفقه الشافعي على خمس قواعد وعد منها العرف

واعتبر "الرافعي أن الأصح فيما جهل من كيل أو وزن مراعاة العرف كما صرح بأن العادة تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيها يروج في النفقة

وقد عقد "السيوطي" وصلا قيما عن العرف في كتاب (الأشباه والنّظائر)فصل فيه القول وبين مذهب إمام فيه والفروع التي بنوها عليه فأتي في مباحث جليلة مصرحا بأن العرف راجع إليه في مسائل لا تعد كثرة, ,واستعرض أمثلة كثيرة أحال فيها فقهاء الشافعية علي العرف من ذلك,سنن

[1]- محمد أبو زهرة/ أبو حنيفة حياته عصره.آراءه الفقهية / دار الفكر العربي /ط 2(1369-1947م)/ص 395

[1] - العرف والعادة/ مرجع سابق/ص 79.80.

[2]- أبو علي حسين بن محمد المردودي الشهير بقاضي حسبين (ت462)من كبار فقهاء الشافعية شيخ الشافعية في زمانه(شذرات الذهب :ابن لعمادة شهاب الدين الحنبلي الدمشقي / تحقيق عبد القادر الأرناؤو.ومحمد الأرناؤوط /دار ابن كثير /دمشق لبنان /ط 1/ ت 1410هـ.1989م /مجلد 5/ص 259)

الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنّفاس والطهر والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفى عن[1] قليلها والرّد بالعيب وعمل الصناع واستئجار الدواب ورد ظرف الهديّة ودخول الحمام إلى غيرها من الأمثلة الكثيرة التي ساقها[2]

وكتب الشافعي مذهبه في العراق و ضمه كتابي الحجة فلما قدم إلى مصر عام تسع وتسعين ومائة اطلع فيها على عوائد غير العوائد التي كان يعرفها في الحجاز والعرق ورأى أحوالا غير الأحوال فكان هذا مما دعاه إلى الإعراض عن مذهبه القديم وكتابة مذهبه الجديد الذي احتواه كتاب "الأم" ونحن لا نشك في أن الشافعي رضي الله عنه يقول بأنواع العرف الأربعة كما تقدم الاستشهاد لها بمثل من فقهه ولكن جعل العرف من أسباب العدول عن مذهبه القديم محل نّظر فقد تتبعت كثير من الفروق اختلف فيها المذهبان القديم والجديد فوجدت مداركها تحديثية أو اجتهادية ولا أثر للعرف فيها كاختلاف القديم والجديد في الموالاة في الوضوء وآخر وقت المغرب وفي طلب الشفعة على الفور أو التراخي وفي أن وجوب نفقة الزوجة بالتمكين أو بالعقد وفيما لو عرضت آفة على الثمر الذي بيع بعد بدو صلاحية وسلم, هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري؟

وسألت كذلك من أثق به من حضارات علماء الشافعية فأنكروا هذا الكلام وأيا ما كان فهذه مسألة تاريخية فصل القول فيها يتوقف على استقرار الأحكام التي اختلف فيها المذهبان قال "العلائي" ولم أجد مرفوعا شيء من كتب الحديث أصلا ولا سند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال إنما هو من قول عبد الله بن مسعود مرفوعا,وقال "الرافعي"[3] أما البول في الفراش فالأظهر اعتياد فيه وأعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة فمن ذلك سنن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنّفاس والطهر وغالبا وأكثرها وضابط القلة, والكثرة [4]

في الضبة والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفى عن قليلها وطول الزمان قصر في موالاة الوضوء في وجه, والبناء على الصلاة في الجمع ,الخطبة ،الجمعة ،بين الإيجاب و القبول ,

---

[1]- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان /الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي /دار الكتب العلمية /بيروت .لبنان/ ط1/ ت 1403هـ-1983م/ص 90.

[2]- الجيدي عمر عبد الكريم / العرف والعمل في المذهب المالكي (مفهومهما لدى علماء المغرب)/مرجع سابق ص 80.

[3]- أبو القاسم عبد الكريم بن عبد الكريم الشافعي (ت623هـ)/(السبكي تاج الدين ابي ناصر عبد الوهاب الكافي :طبقات الشافعية الكبرى تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو .محمود محمد الطناحي /دار احياء الكتب العربية /القاهرة /ت 871هـ/ط7/ج10/ص476).

[4]- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان /الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي/مرجع سابق/ ص91.

والإسلام و ردة والتأخير المانع من الرد بالعيب وفي الشرب, والسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له مقام الإذن اللفظي, وتناول الثمار الساقطة وفي إحراز المال المسروق وفي المعاطاة على ما اختار النّووي وفي عمل الصناع على ما استحسنه الرافعي وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب والجبر والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه وفي الاستيلاء في الغضب وفي رد ظرف الهدية وعدمه وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد النّبي ﷺفإن الأصح أنه يراعي فيه عادة بلد البيع وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا:ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة في الأصح.

وفي صوم يوم الشك لمن له عادة وفي قبول القاضي الهدية ممن له عادة وفي القبض ,الإقباض ,ودخول الحمام ودور القضاة,والولاة والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ وفي المسابقة والمناضلة إذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل المطلق عليها , وفيها إذا طردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجري بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط وفي ألفاظ الواقف والموصى, وفي الأيمان وسيأتي ذكر أمثلة من ذلك .

أمثلة: 1- العادة في الصوم يوم الشك كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس فصادف يوم الشك إحداهما بماذا تثبت العادة

2-العادة في الإهداء للقاضي قبل الولاية قال "ابن ألسبكي" لم أر فيه نقلا بماذا اثبت به قال وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة ولذلك عبّر الرافعي بقوله :تعهد منه الهدية والعهد صادق بمرة[1]

موقف: المذهب الحنبلي

.....والحنابلة حكموا العرف في كثير من الأحكام رغم ما عرف عن هذا المذهب تشبثه بالنّصوص

فقد استدل "ابن قدامه"بالعرف في قضايا عدة منها الرجوع إليه في التقدير النفقة الواردة في قوله تعالى﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[2] وقد أورد "ابن رجب" في قواعده أنه لو استأجر أحد أجيرا يعمل له مدة معينه حمل على

[1]- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن / الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي/مرجع سابق/ص90-91.
[2]- سورة المائدة:الآية(89).

ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف بل إن "ابن القيم" يقرر أن إنكاره العادات لا معنى لها ويرى الأخذ بالعرف واجب

وقد أورد في(أعلام الموقعين) عدة أمثلة جرى الحكم فيها تبعا للعرف واعتبر أن إهمال قصد المتكلم ونيته وعرفه جناية عليه وعلى الشريعة, و"الإمام الأوزاعي" جعل من العرف استدلالا معتبرا كغيره من الأئمة إذا تبيّن من البحث والتتبع في الفروع الفقهية لمذهبه أنه كان يعتمد على الأدلة المختلف فيها ومن جملتها العرف وقد رعاه في مسألة تقرير أقل الحيض إذ لم يرد دليل على تقريره أقله لا شرع ولا لغة[1].

وقال ابن رجب الحنبلي في قواعد تفريعا على قاعدة يخص العموم بالعادة على المنصوص ومنها ما لو استأجر أجير يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من زمن دون غيره بخلاف.

والعرف بمعني أن قيامه بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف عاقدا أو حالفا أو غيرهما بكلام يفيد المضمون فإذا كان العرف في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل إلى أول الشهر, كان ذلك اشتراط المتأجر بالفعل في العقد فكما أن التصريح باللفظ يرتب عليه الشارع من الأحكام يناسبه فكذلك العرف يكون علة جعلية لهذه الأحكام ومعني اعتبار إذا كان قرينة أن يكون كالدليل الصريح المسموح أو المرء الذي يقوم عن القاضي أو المفتي أو الشاهد أو الشخص في خاصة نفسه فيعتمد عليه كل فيما يعمل[2]

يعتبر العرف من الأمور المختلف في الاستدلال بها في الأحكام عند المذاهب الفقهية واعتبار تغيره في تغير الأحكام, فاهتمت به في الذاهب الفقهية ومن هذه المذاهب المذهب الحنبلي ,فجعلوا بعض الأحكام المتعلقة بالعرف تتغير بتغيره إلا أن الأحكام والمسائل المختصة بالعرف وذكر التطبيقات الفقهية الحنابلة وخاصة في العبادات فلم أجد من أفرده بدراسة خاصة أو بحث تطبيقي للأحكام

[1]- العرف والعمل /عبد الكريم ألجيدي /مرجع سابق//ص80.
[2]- أبو سنة /العرف والعادة في راءي الفقهاء/مرجع سابق/ص52.

قال الإمام ابن "النجار الحنبلي"[1]رحمه الله مبينا المعنى المراد من لفظ المعروف في القرآن الكريم كل ما تكرر من اللفظ المعروف في القرآن, فالمراد به ما يتعارفه الناس في ذلك الوقت من مثل ذلك الأمر وقال "الشيخ السعدي" [2]رحمه الله فيجب على الزوج لزوجته المعروف من مثله لمثلها في ذلك الزمان.

والمكان, وهذا يتفاوت بتفاوت الأحوال قال كذلك "ابن النجار الحنبلي" رحمه الله علي اعتبار العادة في الأحكام الشرعية إذ بني النبي ﷺ التضمين على ما جرت العادة وأمثلة هذه كثيرة لا تنحصر

ومنه ما روى عن على بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قضى ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وكذلك قال "ابن النجار الحنبلي": كل فعل رتب عليه الحكم ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة كالحرز في السرقة والأكل بيت الصديق , وما يعد قبضا و إيداعا وإعطاء وهدية وغصبا ,والمعروف في المعاشرة وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة[3].

المطلب الثالث: أسباب تغير الأحكام لتغير الأعراف

كثرة الأسباب والدواعي التي تؤدي إلى تغير الأعراف والتي تؤدي بالتالي إلى تغير الأحكام الاجتهادية نقتصر على المهم منها ....لكثرتها.

من الصعب تحديد جميع الأسباب و الأعرف الناشئة في مجتمع من المجتمعات فكثير من هذه الأعراف و العادات يكتنف نشأتها الغموض , ولكن من الممكن أن طائفة من الأسباب المؤثرة في إنشاء طائفة من العادات و الأعرف و الثاني في أسباب تغير هذه العادات والأعراف.

[1]-تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن نجار.ت(972ه)أخذ الأصول عن أبوه أنظر.الزركلي: الأعلام.دار العلم للملايين/ط15/ج18/بيروت/(2002)/(6-6)

[2]- عبد الرحمان بن ناصر بن عبد الله السعيد/عالم وفقيه أصولي. ت(1376) انظر/ البسام عبد الله بن عبد الرحمان/علماء نجد خلال ثمانية قرون /ط2/ج6/دار العاصمة .الرياض(1998-1419)ص(3/218).

[3]- يوسف إبراهيم المز روعي /العرف وأثره في الأحكام الفقهية (فقه العبادات في الذهب الحنبلي)دراسة تأصليه وتطبيقية/مجلة الجامعة الإسلامية للدراسة الشرعية والقانونية /ت.قبول النشر2017 وزارة الأوقاف الكويت/.h.almzoo3i-2020hotmi/.com.

1- أسباب نشوء الأعراف:

لنشوء العادات أو الأعراف طائفة من الأسباب, يختلف بعضها عن بعضها الآخر وما سنذكر منها ليس حصرا لها ,إنما يمثل طائفة هامة وكلا منها يشمل العادة الفردية وعادات جماعية, أو بعض طبقات المجتمع, وفيما يأتي الحديث عن بعض هذه الأسباب.

- **الأسباب الاضطرارية:** والمقصود من ذلك الأسباب التي لا دخل لإرادة الإنسان في إنشائها بل إنه غير قادر على تركها, مثل العادات الناشئة عن الأسباب الطبيعية مثل العادات المتعلقة بسن البلوغ,أكثر الحيض وأقله أكثر مدة النفاس وأقلها وأكثر مدة الحمل, ومن ذلك العادات الفردية الناشئة عن الاختلاف في الوظائف البدنية كارتخاء عضلات المثانة المؤدي إلى سلس البول, أو عضلات المخرج المؤدية إلى إطلاق البطن أو انفلات الريح أو إلغاء المخارج الطبيعية بالعمليات الجراحية وفتح منافذ سواها , سواء كانت لإخراج البول أو الغائط مثل هذا الأمر متكرر وصفة لازمة للفرد ويدخل في ذلك سائر العادات الناشئة من الأمراض وغيرها من الأسباب كالإستحاضة التي هي نوع من النزيف الدموي عند المرأة أو خشونة العظام المانعة من ثني الركبة أو الظهر بسبب الآلام المبرحة التي تصيب المريض عند ثنيها ,فكل تلك الأسباب وما شابهها تتولد عنها عادات فردية[1] راعاها الشارع ,وإذا كانت متولدة من العوامل الطبيعية كحرارة الإقليم أو برودته فإنها تكون مؤثرة في جميع أفراد المجتمع .[2]
- **الأسباب العائدة إلى الحاجات :** ومن العادات ما نشاء عن حاجة إنسانية , سواء كانت متعلقة بفئة من الناس أو طبقة من الطبقات المجتمع , فحاجة التجار مثلا إلى ضبط معاملاتهم و التعرف على ما يلزم المشتري أو البائع من مسؤوليات والتبعات , ككيفية دفع الاستئمان و التعامل بالشيكات ومسؤولية نقل البضائع , أو إنزالها إلى المستودعات أو مسكن المشتري,و صيانتها والتعرف على عيوبها الموجبة للرد , وما تتحقق به رؤيتها وإجراءات الإخراج والتخلص الجمركي ودفع الرسوم وطريقة التعامل مع البنوك والدول الأجنبية ومن ذلك العادات والأعراف الناشئة عن حاجة إلى تجويز أنواع, كبيع الوفاء , والبيع بتعاطي وبيع المزايدة وبيع المرابحة أو المضاربة بصور حديثة وعقود المقاولات

[1]- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين /قاعدة العادة محكمة (دراسة نظرية تأصلية تطبيقية /مرجع سابق/ص 85-86.

والتوريد, وطرق المناقصات وفتح الاعتماد المستند , وبيع الحقوق المجردة والعلامات التجارية وتوثيق الديون[1].

- **أوامر الحاكم أو سلطة الحكومة التقنية** :ويتحقق هذا حينما يأمر الحاكم بأمر من الأمور , أو تصدر الدولة تعليمات أو قوانين لتنظيم أمر من الأمور , كقوانين المرور والتسجيل العقاري أو السجل المدني أو القانون التجاري,أو قوانين العمل فإن عمل الناس بما تقتضيه تلك القوانين وتكرار ذلك منهم يجعلها أعرافا وعادات معلومة لأفراد المجتمع .

ومما يمثل أوامر الحاكم أو سلطان من العادات والأعراف , عادة الاحتفال بمولد النبوي الشريف فيذكر أن أصلها يعود إلى أن أول من أمر بها "المعز دين الله" الفاطمي الشيعي الذي الذكر انه أول من أحدثه في القاهرة (362م) وتكرار الاحتفال طوال مدة حكمه حتى أصبح عادة في القاهرة, ومنها انتشرت إلى سائر أنحاء العالم الإسلامي, ومن العادات المردود إلى أمر الحاكم الاحتفال ببعض الأعياد الخاصة كالعيد الوطني أوعيد الاستقلال .

- **تقليد الآخرين:** وهذا السبب مما يكثر تأثير في تكوين الأعراف والعادات , وله صور مختلفة منها إن المجتمعات الخاضعة أو المغلوب على أمرها تنجو إلى تقليد من تغلب عليها ظنا منها لعاداته وسلوكه أثرا في تفوقه عليهم وغلبته على بلدهم , وهذا ما كان يقوله "ابن خلدون": إن المغلوب يشتبه بالغالب[2].
- **الأسباب العائدة إلى الموروث من الآباء والأجداد** : كعادات الأخذ بالثأر أو اقتصار على الزواج من نساء العائلة , دون غيرهن , ومن ذلك الكثير من الخرافات والبدع , قال تعالى﴿ وَكَذَٰلِكَ مَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ فِي قَرۡيَةٖ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتۡرَفُوهَآ إِنَّا وَجَدۡنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٖ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقۡتَدُونَ ٢٣﴾[3]ومن هذه الموروثات زيارة قبور الأولياء , وزوايا وذبح على سبيل النّذر لها ,ومنها التسبيح والدعاء عقب الصلاة في المساجد بصوت جماعي .

---

[2]- سورة الزخرف الآية (23).

❖ **الأحكام الشرعية** : وهذا السبب أخص من الأسباب المعبرة عنه بالموروث عن الآباء ويتضح هذا في كثير من العادات والأعراف السائدة في المجتمع الإسلامي , كإقامة الولائم في الأعراس ومن ذلك عادة الختان التي هي من خصال الفطرة في الشرع ومن هذه العادات .. حسن الجوار. وعدم مزاحمة الرجال. إلى غير ذلك من العادات[1].

- أسباب تغير هذه الأعراف:

كثرت الأسباب ودواعي التي تؤدي إلى تغير الأعراف التي تؤدي بالتالي إلى تغير الأحكام الاجتهادية نقتص على المهم منها .

- وجود ظروف تقتضي تغير الحكم
- فساد الأخلاق ,وفقدان الورع وهو و المعبر عنه بفساد الزمان
- تغير أفكار الناس وأوضاعهم وتأثرهم بالأوضاع والعادات والأفكار الجديدة
- حدوث أوضاع تنظيمية من القوانين والأوامر والترتيبات الإدارية وغيرهم مما أثر في الناس وأدي إلى تغير عاداتهم.

أولا: **وجود ظروف تقتضي تغير الحكم:**

لقد علمنا الرسول ﷺ أن نراعي الأحوال التي تنشأ والظروف التي تجد, ومما يستدعي تغير الحكم[2]إذا كان اجتهاديا أو تأخير تنفيذه أو إسقاط أثره عن صاحبه إذا كان الحكم قطعيا ,ومنه روى سعيد بن منصور أن عمر كتب إلى الناس أن لا يجلد أمير جيش أو سرية ولا رجل من المسلمين أحدا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار.

ثانيا: **فساد الزمان:**

انحدار أخلاقهم وفقدان الورع , روى البخاري عن زيد ابن خالد الجهني رضي الله عنه قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال:(**عرفها سنة ثم أحفظ عفاصها ووكائها[3] فإن جاء أحد يخبرك فيها وإلا فاستنفقها**)قال يا رسول الله فضالة الغنم ؟ قال: **(لك أو لأخيك أو الذئب)قال:** ضالة الإبل فتمعر وجه النبي ﷺ فقال :**(مالك ومالها معها حذاءها وسقاءها ترد**

[1]- يعقوب ابن عبد الوهب الباحسين / قاعدة العادة محكمة/مرجع سابق/ص90-91 .
[2]- لعفاص : جلد يلبس رأس القارورة /أبو ناصر إسماعيل الجوهري :تاج اللغة وصحاح العربية /تحقيق محمد تامر / دار الحديث. القاهرة /ط.م/(1430-2009) حرف العين /ص.788
[3]- الوكاء:هو ما يشد به الكيس أو غيره /ابن المنظور: لسان العرب/ج54/باب الواو /مصدر سابق/ص4904.

الماء وتأكل الشجر)وفي رواية أخر عنه **(دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها)** [1] روى مالك عن شهاب أن ضوال الإبل كانت في زمن عمر رضي الله عنه ابل مرسلة تتناتج ولا يمسها أحد حتى إذا كان زمن عثمان بن عفان أمر بمعرفتها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها وهذا علي خلاف ما بينه رسول الله ﷺوذلك لفساد الناس , وجرأتهم علي تناول ضوال الإبل وأخذها ففهم عثمان رضي الله عنه الغاية من أمر الرسول ﷺبترك ضوال الإبل وهو حفظها لصاحبها فلما فسد الناس حافظ على المقصود من الحديث النبيﷺ وإن خالفه ظاهرا ولكنه موافق له حقيقة [2].

ثالثا :**تغير أفكار الناس وأوضاعهم وتأثرهم بالأوضاع والعادات الجديدة:**

قد تتغير أفكار الناس نتيجة لتأثرهم بأفكار غيرهم واختلاطهم بهم ومطالعاتهم لكتبهم وقد تتغير أوضاعهم أيضا تبعا لهذه المخالطة و نتيجة لتلاحم الشعوب وتزاوجها واختلاطها ولاسيما عند الفتوحات والرحلات وقد حدث اليوم وسائل الإعلام وأساليب الاتصال العلمي ما جعل الاختلاط بين الناس , وتأثرهم ببعض وتقارب الأفكار هم ونقل بعضهم عن الأخر أكثر سرعة وأعمق تأثير من الأزمان الأولى , فوسائل الإعلام الحديثة كالتلفزيون والانترانت....دفعت الناس دفعا إلى سرعة التأثر والتفاعل .

1. كتابة أحاديث النبي ﷺ بعد أن النهى عنها في زمنه فقد كان الصحابة رضي الله عنهم يلازمون الرسول ﷺ ,ويسمعون منه أحاديثه ,فيعي كل منهم ما يستطيع ويحفظ عنه ما أمكن وهم يختلفون إستعابا وقوة حفظ وينقلون ما يحفظونه إلى من لم يسمع من الصحابة ثم التابعين وتناقل المسلمون ذلك عدلا عن عدل وتابعيا عن الصحابة....وكان الرسول ﷺ ينهاهم عن كتابة ما يسمعون ولم يسمح إلا لعبد الله ابن عمر ابن العاص مما يدل على أن النهي كان خشية أن يختلط حفظ الحديث على الصحابة مع حفظ القرآن وأن ينصرف الصحابة عن العناية بكتاب الله إلى العناية بالسنة وهو أولى بالعناية في صدر الإسلام , رفلم أطمأن المسلمون إلى تدوين القرآن وكتابة مصاحف عثمان وتوزيعها في الأمصار , أمر خليفة الأموي عمر ابن عبد العزيز عماله الأمصار بجمع الحديث وتدوينه.

[1]-رواه البخاري ومسلم /(صحيح البخاري: كتاب في اللقطة/باب ضالة الإبل /مرجع سابق /ص 580/رقم الحديث 2427) .

[2]- عبد الرحمان النجدي /نظرية العرف /مرجع سابق /ص84-85.

2- لجاء الناس اليوم نتيجة لتطور أساليب الحياة ووسائلها إلى الاكتفاء في تسجيل قطع الأراضي لأصحابها ورسم الخريطة .

3- الأصل في انعقاد النكاح أن يتحقق ركناه من الإجابة والقبول وان يتم ذلك بشهادة الشهود أو إعلان النكاح من غير حاجة إلى تسجيل ولكن لم فسد الناس وخرجت الذمم أوجبت المحاكم الشرعية تسجيل عقد النكاح عند القاضي ويعطى الزوجان وثيقة رسمية.

4- حدوث أوضاع تنظيميه من القوانين والأوامر وترتيبات الإدارية وغيرها ,وإن تطور العالمي في ميدان التقنية العلمية والتنمية الاقتصادية اقتض ذلك كله وضع قوانين وتنظيمات إدارية متعددة غيرت عادات كثير من الناس [1].

ومن ذلك إباحة شركات المساهمة فقد رأى بعض الفقهاء المحدثين تحريمها إلا أنها تتناقض مع عقد الوكالة أو لأنها ليست عقد أصلا بين شخصين أو أكثر أو لأنها لا يوجد الجهد البدني من المشتركين ولكن كثير من العلماء أبحوها نتيجة التطور التجاري, ولأنها تقوم على لترضى و هو أصل في العقود ولتوافر شروط الشركات الإسلامية فيها وقيمها على الربح والخسارة[2].

وفي الاخير نستطيع القول أن هذا المبحث موقف المذاهب من العرف وعلمنا أن اكثر المذاهب التي أخذت بالعرف المذهب المالكي والمذهب الحنفي وذلك باعتباره أصل من الأصول التي تبني عليها بعض الأحكام الاجتهادية , أما المذهب الشافعي توضح عنه أخذ بالعرف وذلك من خلال العمل بالمصلحة ,والمذهب الحنبلي لم يأخذ بالعرف كثيرا

وكذلك تناولنا الأسباب التي أدت إلي تغير الأعراف وعلمنا أن العامل المؤثر أو أسبب الأسمى هو تغير أحوال الناس و حاجتهم و اختلاف الأزمان و الأمصار, بالإضافة إلى هذا درسنا الأمر المهم الذي يخدم موضوعنا وهو أسباب تغير الأحكام لتغير الأعراف وتبين لنا, هو تغير الأوضاع الناس وفساد الأخلاق مما استوجب التشديد في بعض الأمور , وكذلك وضع الرخص في بعض المسائل الاجتهادية الأخرى , لرفع الحرج على الناس.

[1]- عبد الرحمان النجدي /نظرية العرف /مرجع سابق/ص-85-86.

[2]-بتصرف: عبد الرحمان النجدي/نظرية العرف.مكتبة الأقصى عمان/ت(1398-1977) /المرجع سابق/ص83.86.

المبحث الثاني : تطبيقات العرف علي التصرفات

تناولنا في هذا المبحث أثر العرف علي كثير من تصرفات الإنسان وكذا بعض الإحكام التي تغير الحكم فيها بتغير الأحول إثر تغير الأزمان ولقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب العبادات. المعاملات. الأحوال الشخصية ,

المطلب الأول : تطبيق العرف في العبادات

كثرت مسائل التي تشمل علي العبادات التي تغير الحكم فيها بتغير الزمان والأعراف لذا نذكر بعض المسائل وذلك بتوضيح بالمثال .

❖ **مسائل الطهارة** : نذكر بعض الأمثلة منها

المسح على الخفين [1]: قال" شيخ الإسلام ابن تيمية " يجوز المسح علي كل ما يسمى في عرف الناس خفا .

وكذلك أمر أصحابه أن يمسحوا التسخين والعصائب والتسخين هي الخفان فإنها تسخن الرجل وقد استفاض عنه في الصحيح أنه مسح على الخفين وتلقي أصحابه عنه ذلك فأطلقوا القول بالجواز المسح على الخفين , ونقلوا أيضا أمره مطلقا كما في صحيح مسلم عن "شريح بن هاني" قال أتيت عائشة أسألها عن المسح علي الخفين فقالت عليك بابن أبي طالب فاسأله فانه كان يسافر مع النبي ﷺ فسألناه فقال جعل النبي ﷺ **(ثلاثة أيام للمسافر ويوما وليلة للمقيم)** [2]أي جعل له المسح علي الخفين فأطلق ومعلوم أن الخفان في العادة لا يخلوا كثيرا منها عن الفتق أو الخرق لاسيما مع التقادم عهده وكان من الصحابة فقراء لم يكن يمكنهم تجديد ذلك ولما سئل النبي ﷺ عن الصلاة في الثوب الواحد فقال :**(أولكلكم ثوبان)** [3]وهذا كما أن ثيابهم كان يكثر فيها الفتق والخرق حتى يحتاج لترقيع ,فكذالك الخفاف.

---

[1]- الخف :واحد أخفاف البعير والخف ما يلبس في الرجل من جلد .المعجم الوسيط /ج1/ص248.

[2]- أخرجه مسلم /(صحيح مسلم :أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري /تحقيق:أبو قتيبه نظر محمد الفاريابي /دار الطيبة /الرياض /ط1/1428هـ-2006م)(كتاب الطهارة/باب التوقيت في المسح علي الخفين /ص141/رقم276

[3]-أخرجه البخاري (صحيح البخاري /كتاب الصلاة /باب الصلاة قي الثوب الوا حد ملتحفا به /مرجع سابق/ رقم 358/ص103.

نقض الوضوء بالمس

قوله الوضوء عند مس الذكر وكذلك التعليل نقض الوضوء بمس المرأة وفي المسألة ثلاثة أقول مشهورة .

1) قول أبي حنيفة :لا وضوء منه بحال .
2) قول مالك :وهو المشهور عن أحمد ,أنه إن كان بشهوة نقض الوضوء و إلا فلا.
3) وقول الشافعي : يتوضأ منها بكل حال .

عد أرجح الأقوال الثاني ثم الأول ويستدل لقول الثاني بالمعني والاعتبار فان خطاب الله تعالي في القرآن اللمس والمس والمباشرة للنساء ونحو ذلك لا يتناول ما تجرد عن شهوة أصلا ولم يتنازع[1] المسلمين في شيء من ذلك إلا في آية الوضوء والنزاع فيها متأخر فيكون ما أجمعوا عليه قاضيا علي ما تنازع فيه المتأخرون وأما الاعتبار فإن اللمس المجرد لم يعلق الله به شيئا من الأحكام ولا جعله موجبا لأمر ولا منهيا عنه في عبادة ولا اعتكاف ولا إحرام ولا صلاة ولا صيام ولا غير ذلك ولا جعله ينشر حرمة المصاهرة.

ويستدل على أن العلة في ذلك ,الموافقة للأصول هي تحريك الشهوة وليس مظنة خروج الناقض فيقول إيجاب الوضوء من جنس اللمس كمس النساء ومس الذكر إن لم يعلل بكونه مظنة تحريك الشهوة وإلا كان مخالفا للأصول فأما إذ علل بتحرك الشهوة كان مناسبا للأصول

ويذكر أن للفقهاء هنا طريقين:

القول أولا: قول من يقول إن ذلك مظنة خروج الناقض فأقيمت المظنة مقام الحقيقة وهذه قول ضعيف فان المظنة تقام الحقيقة إذا كانت الحكمة خفية وكانت المظنة تقتضي إليها غالبا , فإن الخارج لو خرج لعلم به الرجل وأيضا فإن مس الذكر لا يوجب خروج شيء في العادة فإن المني إنما يخرج بالاستمناء وذلك يوجب الغسل و المذي يخرج عقب تفكر ونظر ومس المرأة , الذكر فإذا كانوا لا يوجبون الوضوء بالنظر الذي هو أشد إفضاء إلي خروج المني فبمس الذكر أولي

[1]-- شيخ الإسلام إبن تيمية /المستدرك علي مجموع فتاوى/اعتنى به محمد بن عبد الرحمان بن محمد بن قاسم/ب. دار/ط1 /ت 1418هـ/م 3/ص35.

القول الثاني : أن يقال اللمس بسبب تحريك الشهوة كما في مس المرأة وتحريك الشهوة يتوضأ منها وقول" الغزالي " رحمه الله :فإن المس.....لكونه سبب خروج المذي وإن لم يخرج وكذالك مس المرأة يسبب الامذاء مثارة فينقض الوضوء و إن لم يمذي كما كان النوم سبب خروج الريح فكان حادثا وإن لم يخرج وكذلك التقاء الختانين سبب المني فجعل جنابة وإن لم يتحقق .

قول "ابن تيمية " وفي ظني أن الطريقين غير سديدين لأن يلزم علي ذلك إيجاب الوضوء على ما تحركت شهوته بالنظر والتفكير وهذا لا قائل له[1].

-الصلاة

صحة الصلاة :قلوا بصحة الصلاة من يمشي حافيا أو لابسا خفا أو منتعلا في الطرقات مع أنه يغلب علي من كان [2]كذلك مصادفة النجاسة في الشوارع إذ قلما تخلو من النجاسات,فقدم النادر وهو الطهارة على الغالب وهو النجاسة وهذا باتفاق بين العلماء إذا كانت النجاسة غير متيقنة أما إذا كانت النجاسة متيقنة فمن رجح عنده جواز الدلك بل اشترط الغسل فقط فقد رأى أن يحتاط وأن يقطع الشك باليقين خروج من الخلاف [3] .

قصر الصلاة : بعض الأماكن كان الوصول إليها يعتبر سفرا , لأن المسافة التي تقطع للوصول إليها بعد انقطاع العمران تصل إلي مسافة القصر لكن مع تمدد العمران وتوسع المدينة دخلت هذه الأماكن ضمن حدود المدينة أو القرية التي ينسب إليها عرفا , وارتبطت بها وأصبحت من الحاضرة فتغير حكمها من السفر إلي الحضر فمن يذهب إليها لا يعتبر مسافرا لعدم انقطاع العمران واتصال المباني بعضها ببعض ويطلق عليها اسم واحد وينسب أهلها إليها عرفا فأصبحت مسافة القصر تحسب من بعد هذه الأماكن الجديدة التي ضمت للمدينة أو القرية لأن نهاية العمران يكون من بعد ها فما بعدها لا يعتبر عرفا من ضمن المدينة أو القرية ,فلا يحق للمسافر أن يترخص السفر إلا إذا فارق بيوت قريته العامرة كما هو معروف في كتب الفقهاء , فيتبين من خلال هذه المسألة مدي تأثير العرف في تغير الأحكام , فالمكان عند ما لم يطلق عليه اسم

---

[1]- يوسف أحمد محمد البدوي / مقاصد الشريعة عند ابن تيمية /دار النفائس .ا/الأردن /ط 1/ت 2000/ج 1/ص 188.

[2]- ابن عثيمين محمد بن صالح /شرح الممتع علي زاد المستقنع /دار ابن لجوزي /الرياض/ط 1/ 1422هـ-2000م/ ج 1 /كتاب الصلاة/باب الأذان والإقامة/ص 57-60.

[3]- السدلان صالح بن غانم /القواعد الفقهية الكبرى وما تفرعنها /دار بلنسية /الرياض /ط1/ ت 1417هـ/ص 406.

المدينة أو القرية لبعد أخذ أحكام السفر لكن مع تغير الزمان ودخوله ضمن المدينة و أخذ اسمها أصبحت أحكام الحضر وامتنعت عليه أحكام السفر .

-يسن للمؤذن : أن يؤذن علي علوا , وأن يلتفت يمينا وشمالا في الحيعلتين ليسمع الناس من كل الجهات , لكن في زمننا لمعاص مع اكتشاف مكبرت الصوت وبناء المنابر العالية ووضع مكبر الصوت في أعلاه من كل الجهات فلا يلزم المؤذن ولا يسن له أن يؤذن علي علو ولا يلتفت يمينا وشملا في الحيعلتين لوجود مكبرات التي تقوم بالإيصال الصوت في كل الجهات بشكل واضح, ولأكبر عدد ممكن ففي التفاته يمينا وشمالا إضعاف للصوت وربما يتقطع لصوته بسبب ذلك وهو ما يخالف مقصود الأذان من الإبلاغ.

-طول وقصر الخطبة تختلف من بلد لأخر علي حسب كل زمان ومكان في السنة قصر الخطبة

ولكن ضابط قصر الخطبة تختلف من زمان لآخر ومن بلد لأخر فبعض الدول والمدن التي تقام فيها الجمعات تكون أقصر خطبة جمعة بمقدار نصف ساعة , بينما الدول أخرى تكون أقصر خطبة بمقدار عشر دقائق فأهل الدولة , الأولى اعتبرت الخطبة التي تكون بمقدار نصف ساعة خطبة قصيرة , بينما أهل الدول الأخرى اعتبروا الخطبة التي بمقدار عشر دقائق خطبة قصيرة والتي تكون بمقدار نصف ساعة يكون صاحبه قد أطال في الخطبة وينكر عليه من قبل المصلين وأهل البلد[1].

كما في آثار الصحابة ما يدل علي تبدل الأحكام في العبادات بتبدل الزمان والعوائد فقد أخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت"**(لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء إسرائيل)**"

فقد كان الصلاح غلبا في عهده النبي ﷺ حيث النساء يخرجن مستترات بلباسهن, فكانت المصلحة في خروجهن لينلن ثواب الجماعة ,ولكن لما تغير الحال بعده ﷺ رأت عائشة رضي الله عنها أن المصلحة ليست في خروجهن بل فيه بلاء وفتنة تقتضى المصلحة أن يستنبط لهن حكم أخر يناسب الحالة الطارئة وهو منعهن من الخروج لذلك [2].

[1]-. حمد يوسف إبراهيم المزروعي /العرف وأثره في الأحكام الفقهية / (فقه العبادات في المذهب الحنبلي) مجلة الجامعة الإسلامية لدراسة الشرعية والقانونية /الكويت /1017-09-07/ص 96-97.

[2]- عبد الكريم الجيدي :العرف والعمل في الذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب /مرجع سابق/ص156.

الزكاة :

حد الدرهم والدينار المترتب عليه أحكامها الناس في مقادير الدراهم والدنانير على عاداتهم ,كما اصطلحوا عليه وجعلوه درهم فهو درهم وما جعلوه دينار فهو دينار و خطاب الشارع يتناول ما عتاده سواء كان صغيرا أو كبيرا ,فإذا كانت الدراهم المعتادة بينهم كبارا لا يعرفون غيرها لم تجب عيها الزكاة حتى يملك منها مائتي درهم [1].

وإذا كانت صغارا لا يعرفون غيرها وجبت عليه إذا ملك منها مائتي درهم ,وإذا كانت مختلطة فملك من المجموع ذلك وجبت عليه وسواء كانت بضرب واحد أو ضروب مختلفة وسواء كانت خالصة أو مغشوشة مادام يسمي درهما مطلقا.

❖ وفي موضع , " قال الدرهم و الدينار ليس له حد طبيعي ولا شرعي ,بل مرجعه إلي العادة والاصطلاح وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق بالمقصود به, بل الغرض إن يكون معيارا لما يتعامل الناس به والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هيا وسيلة إلي التعامل بها ,وما سماه الناس درهما وتعاملوا به تكون أحكامه أحكام الدرهم من وجوب الزكاة فيما يبلغ مائتي منه , والقطع بالسرقة ثلاثة دراهم منه إلى غير ذلك من الأحكام, قل ما فيها الفضة أو كثر وكذلك ما يسمي دينار ا[2]

❖ إخراج زكاة الأثمان في هذا الزمان تكون على حسب النقود كل بلد لأن النقد قائم مستقل بذاته وليست من الذهب والفضة كما في الأزمنة القديمة ,إنما يخرج من نقود بلاد ما يساوي قيمة النصاب زكاة بالذهب أو الفضة وذلك لان طريقة تعامل الناس بالبيع والشراء تغيرت من زمان لأخر ,فكان عرف الناس سابقا البيع والشراء من خلال الذهب و الفضة إما في زمننا المعاصر ,فان الناس تركوا التعامل بالذهب والفضة في البيع والشراء وجعلوا مكانهم الأوراق النقدية المعاصرة لتكن هذه الأوراق عبارة عن نقد مستقل قائم بذاته يجري عليه ما يجري علي الذهب والفضة من وجوب الزكاة وغيرها من الأحكام , وهذا التغير في التعامل بالذهب والفضة إلى التعامل بالأوراق النقدية مرجعه إلي العرف والعادة .

❖ مقدار ما يباح لبسه من الذهب والفضة للنساء وليس فيه زكاة يختلف من الزمان والمكان لآخر على حسب العادات والعرف علي ما جرت العادة بلبسه ويحسب من نصيب الزكاة لأنه

[1]- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي /المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلامي ابن تيمية/إشراف محمد ابن عبد الله الصواط/رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتورة /كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية .قسم الشريعة /جامعة أم القرى /ت 1436/ص420 .

بخروجه عن عادة وعرف الناس في لبس الذهب والفضة أصبح حكمه حكم ما تجب فيه الزكاة من حلي المعد للكراء أو النفقة

❖ يجوز عند الضرورة اتخاذ أنف ونحوه كرباط أسنان من ذهب أو فضة , ويجوز في زماننا[1] المعاصر استخدام كل مادة مبتكرة تساعد علي تجميل وعلاج التشوه أو العيوب التي تحدث للإنسان ,بالشروط المعتبرة عند الفقهاء ومنها لا تكون بأمور محرمة أو يترتب عليها ضرر أكبر[2] .

الصيام :

قيل لا بأس بألفاظ المباركة بانتهاء شهر رمضان ودخول العيد كقول " تقبل الله منا ومنكم " أو غيرها من الأدعية التي لا تخالف عموم النصوص الشرعية وكل ما هو مشهور ومتعارف عليه في بعض الأزمنة وهذه الأدعية والألفاظ تختلف على حسب عادات كل بلد وزمان.

❖ يشترط فيمن يرى الهلال أن يكون عدلا وصفة العدالة بأنها المحا فظة على المروءة ويختلف تقديرها من زمان لأخر و الضابط ما تعارف الناس على حسنه ,فتقدير ما يخل بالمروءة من عدم مراجعة للعرف وعادات الناس [3].

❖ العادة في الصيام إذا صادفت الأيام المحرمة صيامها , والمقصود في ضبط العادة هنا معرفة حكم الصوم المحرم في بعض الأيام , كصوم يوم الشك من رمضان وما بعد انتصاف شعبان , فإنهم أجازوا صيامها إذا صادفت عادة للمكلف , كما لو كان يصوم الاثنين والخميس مثلا فصادف يوم الشك أحدهما وكذا الصيام , بعد انتصاف شعبان , ولكن متى يعد صيامه عادة؟ قال "ابن ألسبكي " ونقل "السيوطي عن إمام الحرمين أنه قال : لم يتعرضوا الضابط العادة فيحتمل ثبوتها بمرة أو بقدر ما يعد في العرف متكررا

وفي صوم يوم الشك فلا يكره لمن له عادة وكذا صوم يومين قبله , والمذهب عدم كراهية الصوم بنية النقل مطلق [4].

---

[1]- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي /المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلامي ابن تيمية /مرجع سابق/ص 421.

[2]- حمد يوسف إبراهيم المزروعي : العرف وأثره في الأحكام الفقهية /مرجع سابق /ص 98.

[3]- ابن عثيمين :شرح الممتع / كتاب الشهادات /ج15/ص425/مرجع سابق

[4]- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين /قاعدة العادة محكمة (دراسة نظرية تأصلية تطبيقية /مرجع سابق/ص102-103.

الحج :النعل المباح لبسه في الحاج :قال "الشيخ الإسلام ابن تيمية "رحمه الله (في شرح لعمدة) أباح النبيﷺ النعال وإذن فيما خرج كلامه على النعال التي يعرفونها والقيد والعقب محدثان يصير بهما النعل شبيها بالحذاء , كالرداء إذا أزاره أو خلله .

جواز لبس النعل كيف كانت , ما دام تسمي نعلا , ويد علي ذالك أمور منها :

-أن الحكم معلق بسم النعل , في قوله ﷺ **(من لم يجد نعلين , فليلبس الخفين)**[1] ومن أخرج نعلا دون نعل من هذا الإطلاق فعليه الدليل .

-أن الذين حجوا مع النبي ﷺجمع غفير , يتجاوز المائة ألف ومعلوم أنهم يختلفون في النعال التي يلبسونها .

-أن نعال تختلف باختلاف البلدان ولو قيدنا الحج بنعل معين لأوقعنا الناس في حرج وهو منفي شرعا , بل جاءت الرخصة في لبس الخف لمن لم يجد نعلا [2].

❖ الزاد والراحلة يعتبران من شروط الحج ، فيشترط فيها أن يكون صالحين لمثل من يريد الحج أو العمرة ، و هما يختلفان من زمان و مكان لآخر على حسب أعراف و عادات الناس فكل زمان و مكان له زاده و راحلته الخاصة به ، فما يعتبر زادا و راحلة في مكان قد لا يعتبر كذلك في مكان آخر ، فالضابط و المرجع فيهما إلى العرف و عادات الناس على اختلاف الزمان و المكان.

❖ المبيت بمنى يعتبر من واجبات الحج و من تركه دون عذر وجب عليه دم ,أما زيادة الأعداد في وقتنا المعاصر , فإن منى تمتلئ فقال العلماء بأن مساحة منى تمتد إلى ما بعدها فتأخذ مزدلفة مثل حكمها ، فمن تعذر عليه المبيت بمنى أمرناه بالمبيت بمزدلفة فمن جلس خارج حدودها لعذر الزحام ، اعتبر كأنه قد بات فيها ، فلا يجب عليه الدم لان العادة قديما في الحج قلة الحجيج ، فكانت منى تسعهم للمبيت فيها أما في زماننا المعاصر فلقد زاد عد الحجيج بفضل الله ،فأصبحت حدود منى القديمة لا تسع للحجاج في هذا الزمان فتوسعت حدودها لتغير الزمان .

[1]- أخرجه البخاري في صحيحه /كتاب الحج /باب لبس الخفين للمحرم إذا لم يجد نعال /ج3/ص16/رقم1841.
[2]-مشعل بن حمود بن فلح النفعي /مذكرة المسائل الفقهية المبنية علي العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية /ص477-481.

❖ يجوز للحاج رمي الجمرات و هو جالس في السيارة ، و لا يشترط له النزول لان العادة محكمة و قديما يرمون و هم على الإبل و الدواب، و السيارة في زماننا تقوم مقام الإبل و الدواب .

❖ يجوز الأكل دون إذن من الواجبات التي تضعها الحملات و الجمعيات الخيرية أمام مقرها لجريان العرف ، لان هذه الواجبات خيرية و مسبلة للجميع فهي هدية للحجاج و الإذن العرفي كالإذن الشرعي كما هومعلوم من القاعدة [1].

المطلب الثاني : تطبيق العرف في المعاملات .

وهذا المطلب يحوي علي مدى تأثر المعاملات بالعرف نتيجة تغير الزمان والمكان ومن أكثر الأحكام التي تغير الحكم فيها هي المعاملات ,وذالك نتيجة ما يشهده العالم من تطور لتسهيل عملية البيع وشراء, وبما أن المعاملات حوت علي تغير كبير فنحن بدورنا ندرس بعض المسائل منها فقط , وهي بعض **البيوعات** و**الإجارة** وكذا دخول نوع جديد وهو **التأمينات** بالإضافة إلى **التبرعات** التي ندرس منها الوصية...

1-البيع : المعاطاة

كل ما عده الناس بيعا من تعاقب أو تراخ من قول أو فعل انعقد به البيع قال " الشيخ تقي الدين " وأصوله تقتضي ثبوت العقد و الشروط بالعرف في مسألة الحمام والغسل .

عبارة أصحابنا وغيرهم تقتضي أن المعاطاة و نحوها ليست من الإيجاب و القبول و هذا تخصيص عرفي فالصواب الاصطلاح الموافق للغة و كلام المتقدمين ، إن لفظ الإيجاب والقبول يشتمل على صور العقد ، قولية أو فعلية .

تعبير عن الإرادة يكون باللفظ ....المتداولة عرفا و يجوز التعبير عن الإرادة ضمنيا [2]، ذهب الجمهور إلى صحة البيع بالمعاطاة مطلقا للأسباب التالية :

[1]- حمد يوسف إبرهيم المزروعي /العرف وأثره في الأحكام الفقهية (فقه العبادات في المذهب الحنبلي / مرجع سابق)/ص21 .

[2]- علي أحمد السالوس / فقه البيع و الإستيثاق و التطبيق المعاصر/دار الثقافة / قطر –ط 7 : (1429 هـ - 2008 م) / ص 34.

أ- أن المعتبر في هذا الباب هو التراضي الوارد في قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩﴾[1] و في سنته ﷺكقوله (**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه**)[2] فإذا وجد فلا يعتبر غير ذلك من صيغة و لا تقييد باليسير.

ب- أن البيع من العادات التي يحتاجها الناس و الأصل فيها العفو فلا يحظر منهما إلا ما حرمه الشرع ، و ما لم تحد الشريعة في ذلك حدا فيبقى الناس فيها على الإطلاق الأصلي فلا يقيد بصيغة و لا باشتراطه باليسير ، قال " شيخ الإسلام ابن تيمية " البيع من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم – كل الأكل و الشرب و اللبس – فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة ، فحرمت منها ما فيه فساد و أوجبت ما لابد منه و كرهت ما لا ينبغي و استحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها إذا كان كذلك فالناس يتبايعون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة ، كما يأكلون و يشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة

ت- أن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط الإيجاب و القبول أو تقييد المعاطاة فيه بشيء اليسير،لبينه الرسول ﷺ بيانا عاما و لم يخفى حكمه ، لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا و أكل المال بالباطل : قال " ابن قدامه " و لم ينقل ذلك عن النبي ﷺو لا أحد من أصحابه رضي الله عنهم فيما علمناه

بعض المعاملات المشهورة في البيع : من البيوع المشهورة البيع بالتقسيط و لقد أصبحت في زماننا من البيوعات المشهورة و المعتمدة :

شراء بالتقسيط: من شركة حسب شروط وبنود العقد المعد من قبل الشركة

أمثلة على الشراء بالتقسيط : حكم شراء سيارة بالتقسيط فيها وجهين :

الوجه 1 : إن تكون السيارة مملوكة للشركة قبل العقد و محوزة عندها فلا بأس ببيعها بالتقسيط مع زيادة الثمن عن السعر الحاضر بشرط

[1]- سورة النّساء: الآية (29)

[2]- أخرجه الدار قطني في سننه (العسلاني أحمد بن علي محمد الكناني /التلخيص الحبير في تخريج أحديث الرافعي الكبير /كتاب الصلح ص 101/رقم(2880).

أ- أن تكون أجل التقسيط معلوما ، وقسط كل أجل من الثمن معلوما أيضا

ب-إلغاء المادة الثامنة من صور العقد المتضمنة للتأمين على السيارة

الوجه 2 : أن تكون السيارة غير مملوكة لشركة ..... لكن يعينها المشتري ، ثم تحيله الشركة إلى احد المعارض و تتفق مع المعرض على شرائها ، ثم بيعها إلى المشتري وهذا حرام لان حقيقة هذه المعاملة أن شرائها ثم بيعها على المشتري و هذا حرام ، لان حقيقة هذه المعاملة أن الشركة ... أقرضت المشتري الثمن بفائدة، و هذا من الربا ، كما أن فيه بيع السلعة قبل قبضها و حيازتها

- من الأشكال المباحة للتقسيط :

أن يبيع سلعة التي يملكها لمن يشتريها بثمن مقسط أكثر من ثمن النقد مثلا تساوي 50 بثمن حاضر فيبيعها ب 80 بثمن مؤجل إلى سنة .

البيع بالعربون : و هو إشتراء سلعة من آخرون أعطاه عربونا ، فإذا تم البيع فهو من الثمن المكمل المشتري عليه الثمن ، و أن لم يتم البيع فانه يكون للبائع ، و ترد عليه السلعة

و قد اختلف أهل العلم فيه ، فمنهم من قال : انه حرام و لا يجوز لما فيه من جهالة

- ترجيح الجواز لان فيه مصلحة إلى الطرفين ، فالبائع ينتفع بالعربون الذي أخذه و ينجب ربه ما يتوقع من نقص في السلعة و المشتري ينتفع كذلك إذا كان له الخيار إذا أراد رده و هو لن يرده إلا و هو يعلم أن خيّر له من إمضاء البيع ، و هذا مصلحة للطرفين ، و ما كان فيه مصلحة بلا محذور شرعي فإن الشريعة لا تحرمه و لا تأباه و قد روى جواز عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه و لان المصلحة للجميع ، لان ربط السلعة يوجب نقصان قيمتها ، ومعطي العربون لا يمكن أن يدفع عربونا كبيرا سيدفع شيئ يسيرا [1] .

الإستصناع :

و الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله ومعناه أي يطلب إنسان من الصانع أن يعمل له شيئا مادته من عنده على وجه مخصوص و صورته : أن يقول إنسان للصانع النحاس اعمل لي أناء على صفاء كذا ، فيقول نعم و قد تعارفه الناس و جرى عليه التعامل فجاز

[1] - العثيمين محمد بن صلاح / مجمع فتاوى و رسائل/ تحقيق فهد بن ناصر بن إبراهيم سليمان/دار الثري لنشر /الرياض/ط1 /1424هـ-2003/ج28/البيع /ص173-174.

استحسانا مبنيا على العرف[1] و قد تعارف وجرى عليه الناس التعامل فجاز استحسان مبنيا على العرف " قال الكساني " (و القياس انه لا يجوز بيع ما ليس عند الإنسان و لان الحاجة تدعو إليه ، لان الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص و نوع مخصوص و صفة مخصوصة و قلما يتفق وجوده مصنوعا فاحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يجز لواقع الناس في الحرج ، و قد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لأنه الحق بالوجود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق ولان فيه معنى عقدين جائزين السلم والإجارة ، لان السلم عقد على مبيع في الذمة و استئجار الصناع يشترط فيه العمل ، و ما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا و قد اشترط في استصناع أن يكون فيهما يجري فيه التعامل بين الناس و ما تعارف عليه الناس في استصناعه جاز و ما لا فلا يجوز, فقد كان الفقهاء لا يرون أن يكون في الثياب لان القياس يأبى جوازه ، و إنما جوازه استحسانا لتعامل الناس و قد أكد الفقهاء على جوازه استحسانا للعرف و بنوى أحكامه الفرعية على ذلك يقول " أبوسنه " : (الفقه أن ما جرى العرف به صح استصناعه كالخفاف و الأواني و الأثاث المنزلي و عدد الحرب والثياب ، و أما التصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب فذلك مبنيا على العرف ، لان الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع أما الآن فقد شاهد التعامل بين التجار و الصناع في البلدان و يشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عاما) [2].

بطاقة الائتمان :

البطاقة كلمة عربية فصيحة وقد جاء ذكرها في الحديث المشهور الذي يسمى حديث البطاقة وفيه **(فتخرج له بطاقة مكتوب فيه : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ﷺ)**[3]

الائتمان :لم يرد هذا اللفظ في اصطلاحات الفقهاء المتقدمين وإنما في اصطلاح الفقهاء المعاصرين وأن حقيقة الائتمان عند الاقتصاديين كم جاء في موسوعة المصطلحات الاقتصادية هو:

منح دائن لمدين مهلة من الوقت يلتزم المدين عند انتهاءها بدفع قيمة الدين فهو التزام من المصرف بمنح عميله دينا. نظرا للثقة التي يشعر بها نحوه فالائتمان أقرب للدين منه للقرض

[1]- السد لان الدكتور صلاح بن غانم/ القواعد الفقهية الكبرى (و ما تفرع عنها) / مرجع سابق/ ص 378.
[2]- عبد العزيز الخياط / نظرية العرف / مرجع سابق / ص 117-118.
[3]- أخرجه ابن ماجه بإسناد جيد/كتاب الزهد/باب ما يرجى من رحمة الله يوم القيامة /(43002).

-لقد أصبحت بطاقات الائتمان-هو المصطلح السائد في العالم ولا مشاحة في الاصطلاح-أداة وفاء الديون والحقوق ومقابل الخدمات أثمان المشتريات بدلا عن النقود , سواء في داخل[1] الدولة أو خارجها وقد أراح هذا حاملها من حمل النقود ومن التعرض لمخاطر الضياع والسرقة أو النشل في حالة ازدحام في الشوارع والحدائق ...وغيرها كما حقق مصلحة أصحاب الحقوق بضمان أداء حقوقهم بعد التثبت بواسطة جهاز الكتروني من ملاءة صاحب البطاقة وصارت هي الأداة المفضلة في التجارة والمطاعم والفنادق , وغيرها هذا فضلا عن أن هذه البطاقة كانت سببا لزيادة المبيعات في المحلات التجارية وحققت أربحا

-أقسام بطاقة الائتمان : تنقسم إلي قسمين المغطاة , وغير مغطاة

بطاقة الائتمان المغطاة :تعني أن يوجد لك رصيد يقابل استخدامك لهذه البطاقات , أن يودع لديه مبلغا من النقود في حساب مصرفي ولا يستخدمها في المشتريات تزيد قيمتها عن المبلغ المودع

وكذلك هي نوعان بطاقة الصرف الآلي الداخلي (بطاقة السحب الفوري)وهي التي تكون داخل الدولة بخلاف بطاقة الصرف الدولية ,وهي التي تستخدم في معظم الدول العالم وأمثالها (الفيزا الإلكتروني)

حكم بطاقة السب الفوري :

جوز لأن المستخدم يسحب من رصده وحينئذ لا حرج في استخدامها باتفاق العلماء المعاصرين وأفتت بهذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء برئاسة سامحة "الشيخ عبد العزيز بن باز" رحمه الله .

-أما بطاقات الفيزا وبطاقات غير الائتمانية عموما قد تتضمن شرطا ربويا ,فهي جائرة وأما إذا خلت منه فالأصل فيها الجواز.[2]

2-الإجارة:

المعقود عليه في الإجارة هو المنافع وهي معدومة للحال وتوجد في المستقبل ساعة فساعة فالعقد عليها إما على معدوم في الحال , أو مضاف إلى ما سيوجد في المستقبل وعلى كل فالقياس

[1]- الختلان سعيد ابن تركي /المعاملات المالية المعاصرة /دار الصيمعي/الرياض/ط1/ت 1433هـ-2012م/ص152.

[2]- الختلان سعيد ابن تركي /المعاملات المالية المعاصرة/ المرجع سابق/ص 152-161 .

والقاعدة العامة أن لا تشرع أصلا, لأنها عقد على معدوم كما تقدم ولكنها شرعت استحسانا بالدليل القاطع , قال تعالى ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ٦ ﴾[1] ,أي أجوز إرضاعهن وقوله ﴿وَأۡتَمِرُوا بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖ﴾ هو خطاب للأزواج والزوجات أي التشاور بينكم بما هو معروف غير منكر وليقبل بعضكم من بعض من المعروف والجميل وأصل معناه ليأمر بعضكم بعضا بما هو متعارف بين الناس غير منكر عندهم المعنى لتراضي علي أجر مسمى والمعروف من الزوج أن يوفر الأجر والمعروف الجميل منها أن لا تطلب ما يتعاسره الزوج من الأجر,[2] شرعت استحسانا للحاجة الشديدة , لأن كل أحد لا يملك ما ينتفع به ولا يستطيع تملكه ما يعم الضرورة كالإجارة, الإرضاع من لا مرضعة له , وإذا كان المشروع على خلاف القياس لعلة مفهومة بفهم اللغة يعم مواضع وجودها بدلالة وينتفي فيما عداها, فشرع الإجارة يعم مواضع الحاجة وينتفي فيما عداها وبعد هذا أقول :إن الدليل على وجود هذه الحاجة هو العرف :لأن تداول الناس أمرا بحيث يصل إلى حد الاعتياد مع قبول الطباع له , يدل على احتياجهم إليه , وأن منفعته مقصودة لهم بعقد الإجارة , وإلا كان عبثا, قال وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان , إلى أن الشريعة للحاجة فيما فيه التعامل.

❖ صحة الإجارة بالتعارف فمتى وجد العرف بإجارة شيء كالدور لسكن والأراضي لزراعة صحة الإجارة لوجود الحاجة ومتى انتفي كإجارة الأشجار للاستظلال وتجفيف الثياب بتعليقها ,بطلت الإجارة لعدم الحاجة , ولأنه يدل على أن المنافع المعقود عليها غير مقصودة من عين المستأجرة, وبهذا يكون بذل العوض فيها من السفه , وأخذ العوض عنها من أكل المال بالباطل فالفقه أن الإجارة تدور على العرف صحة وبطلا ولهذا شرط في انعقاد الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة بجمهور الناس [3]

❖ هذا هو مذهب الحنفية وصحيح من مذهب الشافعية ويفهم من كلام المالكية كم في الشرح الكبير أنه يكفي أن تؤثر المنفعة في العين وتنقص قوتها , قصدت عند جمهور الناس أو لم تقصد

[1]- سورة الطلاق : الآية (6).

[2]- الشوكاني محمد ابن علي بن محمد/ فتح القدير / إعتني به وراجعه يوسف الغواش/دار المعرفة /بيروت لبنان/ ط4/ت 1428هـ- 2007/ ص 1502.

[3]- أبو سنة أحمد فهمي : العرف والعادة في رأي الفقهاء /مرجع سابق/ ص133-134.

ولهذا أجازوا الإجارة الأشجار لتجفيف الثياب , قالوا :لأنه عقد على منفعة متقومة ودليل لنا ما قدمنا ونقول لهم , الأصل في المنافع عدم التقوم لأن ماليتها مفقودة حيث لم تكن محرزة في الأيدي, وإنما عرفنا تقومها بالشرع في الإجارة وهي لم تشرع إلا للحاجة العامة والانتفاع المقصود , فيسقط التقوم في غير هذا أثر الانتفاع أو لم يؤثر ,وخروج أيضا بطلان إجارة الدواب ليقفها أمام بيته ليعلم الناس أنه ذو مال وجاه واستئجار الثياب المصوغات والساعات لتزدان بها حوانيت صناعها لأنه لم يجري العرف بذالك وليس لهذه الأشياء منفعة يقصدها جمهور الناس الإجارة [1].

أمثلة عن الإجارة المعاصرة :

السؤل:إن شركة أعيان ستشارك في أحد المعارض نظير مبلغ مالي تدفعه الشركة للقائمين علي المعرض فقد ورد في عقد المشاركة في المعرض أنه في حال انسحاب الشركة من المعرض في أي وقت يسقط حقها بالمطالبة بالدفع المقدمة وتصبح من حق الطرف القائم علي المعرض تعويضا عن الأضرار التي قد تلحق به نتيجة انسحاب الشركة وكذلك فقد ورد في عقد المشاركة أنه في حال انسحاب الشركة من المعرض قبل شهر من تاريخ بدء المعرض فإنها تلتزم بدفع كامل المبلغ المشاركة ,فما شرعية هذين الشرطين .

الجواب : يحق للطرف القائم علي المعرض الاستئثار بالدفع المقدمة في حال انسحاب الشركة من المعرض ويعد ذلك من قبيل العربون الذي يسبق للهيئة أن أفتت بجواز أخذه في وقت العقد الإجارة

–أما بالنسبة لما ورد في العقد من التزام الشركة بدفع كامل مبلغ المشاركة حال انسحابها من [2].

المعرض قبل شهر من تاريخه فنرى الهيئة أيضا جواز هذا الشرط لأن عقد الإجارة لازم لطرفين لا يصح فسخه إلا برضاهما وفي حالة رغبة أحد الطرفين بالفسخ دون رضا الطرف الأخر, فللأخير المطالبة بكامل الأجرة المتفق عليها في العقد [3].

---

[1]- /مرجع نفسه/ص135 .

[2]- إبن تيمية تقي الدين أحمد الحراني: مجموع الفتاوى /اعتنى به عامر الجزار وأنور الباز/دار الوفاء /ب بلد/ط2/ت1422هـ- 2001م/ج4/باب الإجارة/ ص106.

[3]- مرجع نفسه/ص106-178.

3-التبرعات:

الوصية: تنعقد الوصية بكل لفظ يدل عليها ....ويبقى قبول الوصية في التصرف فيها وموقوفا على قبول الموصي له لفظا أو عرفا , وإن القبول يحصل بما دل عليه عرفا للاعتبارات التالية

أن الوصية أكثر شبها بالهبة ,فكلا هما تمليك إلا أن الوصية تمليك مضاف بعد لا الموت والهبة تمليك في الحياة, الوصية جاءت في الشرع مطلقة وليس لها فيه ولا في اللغة حد يرجع إليه فيرجع فيه إلي العرف فتعقد بما دل عليها عرفا سواء في الإيجاب أو القبول ,ولم يزل المسلمون يوصون الوصايا بكل لفظ يدل عليها عرفا ويقبلونها لفظا وما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضي ولو كان قبول اللفظي شرطا لبينة النبي ﷺ ولفعله الصحابة رضي الله عنهم ولنقل إلينا شائعا فلما لم يحصل ذلك دل على صحة ما ذكرنا قال "شيخ الإسلام ابن تيمية" رحمه الله ,فمن تتبع ما ورد عن النبي ﷺ والصحابة والتابعين من أنواع المبايعات والمؤجرات وتبرعات علم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين والآثار في ذلك كثيرة [1].

مثال: سئل عن رجل خلف أولاد وأوصى لأخته كل يوم بدرهم, فأعطيت ذلك حتى نفذ المال ولم يبقي من التركة إلا عقار مغله كل سنة ستمائة الدرهم فهل تعطى ذلك ؟أو درهما كما أوصى لها

الجواب :إذا لم يكن ما بقى متسعا لان تعطى منه كل يوم درهما ويبقى للورثة درهم فلا تعطي إلا ما يبقى معه للورثة الثلثان لا يزاد علي مقدار الثالث شيء إلا بإجازة الورثة المستحقين إذا كان المجيز بالغا رشد أهل لتبرع وإن لم يكن المجيز كذلك أو لم يجز لم تعط شيئا , ولم يخالف الميت إلا العقار ,فإنها تعطي من مغله أقل الأمرين من الدرهم الموصي به أو ثلث المغل ,فإن المغل أقل من ثلاثة

دراهم كل يوم لم تعط إلا ثلث ذلك فلو كان درهما أعطيت ثلث درهم فقط ,وإن أخذت زيادة على

مقدار ثلث المغل استرجع منها ذلك وليس في ذلك نزاع بين العلماء , والله أعلم [2].

الوقف :الصحيح الذي قطع به الجمهور ,وقفت وحبست وسبلت صرائح وقيل كنايات ,وقفت فقط صريح وقيل هو حبست

[1]- ابن تيمية / المسائل الفقهية المبنية علي العرف /مرجع سابق/ص697-705.
[2]- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي /الأشباه ونظائر /مرجع سابق/ص178.

أمثلة: مسجد بابه علي مهب الريح فيصيب المطر باب المسجد فيشق على الناس دخول المسجد, للقيم ,يأخذ ظلة علي باب من علة وقف المسجد إذا لم يكن فيه ضرر لأهل الطريق

رجل قال جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد ولم و لم يزد على هذا صارت الحجرة وقفا على المسجد إذا سلمها إلى المتولي, وليس للمتولي غلته إلى غير الدهن.

كتب إلى بعض المشايخ هل للقيم أن يشتري المراوح من مصالح المسجد ؟فقال: لا, الدهن والحصر والمراوح ليس من مصالح المسجد إنما مصالحه عماته ,"أبو حامد" الدهن والحصر من مصالحه دون المراوح قال رحمه الله وهو أشبه بالصواب وأقرب إلى غرض الوقف.

يجوز شراء الدهن والحصير والحشيش من علة المسجد إذا شرط الوقف ذلك وغلا فلا يجوز , وإن لم يعرف الشرط الوقف ينظر إلى ما قبله ,فإن كانوا يشترون ذلك من غلة المسجد جاز وإلا فلا, يجوز أن يترك السراج المسجد فيه من وقت الغروب إلى الثلث الليل (ساقطة) ويجوز أكثر من الثلث إلا أن يكون في موضع جرت العادة بتركه ,كمسجد بيت القدس والحرام ومسجد الرسول ﷺ ,وليس للقاضي أن ينصب خادما للمسجد بأجر بدون شرط الوقف [1] .

المطلب الثالث :تطبيق العرف في الأحوال الشخصية

سنعرض في هذا المطلب تطبيق العرف في الأحوال الشخصية وذلك بأخذ بعض المسائل وذلك على شكل فروع فيها الخطبة وما يتعلق بها والنكاح والطلاق من صيغه والخلع وذالك بذكر الأمثلة التي تغيرت بتغير الزمان والمكان.

-يؤثر العرف في العديد من الأمور الأحول الشخصية وذلك نتيجة تغير الزمان والمكان ومنها:

الخطبة:

روى عن النبي ﷺ**(ألا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء)**[2]وهذا الحديث كان ضعيفا لكن يرتقي إلي الحسن والحجية بوجود الشواهد من الحديث تفيد معناه كحديث دار قطني

[1]- محمد البغدادي / مجمع الضمانات(في المذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان)/ تحقيق محمد أحمد سراج .علي جمعة محمد/ دار السلام/ القاهرة /ط1/ت(1420ه-1999م)/ م1/ص700.

[2]- أخرجه الدار قطني نصب الراية في تخريج أحاديث الهدية /دار الحديث/ط1/(1415ه-1995م)/كتاب النكاح باب الأولياء الكفاءة /الكفاءة/ص362 .

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ,إنه قال (لا منعت تزويج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)

ولهذا النص والمعقول قالت الحنفية عدّ "الكرخي" الكفاءة في لزوم العقد وهو ظاهر الرواية وفي رواية الحسن أنها معتبرة في الصحة , وهي حق الأولياء العاصبين إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلهم الخيار في إضمار العقد وطلب الفسخ دفع لضرر العار عنهم .

ثم هذه الكفاءة التي ثبت إجمالها بما تقدم حاصلها أن لا يتصف الزوج بما يلحق العار بالزوجة وأوليائها عرفا, وقد فصلها فقهاؤنا في ست صفات ,"النسب ,والحرية ,والإسلام الآباء ,والاستقامة في الدين ,والمال ,والحرفة," المعول عليه في هذا التفصيل هو عرف الناس في الصفات يعظمونها ويفخرون بها أو يحقرونها ويعيرون بها, لأن المعنى من مشروعية الكفاءة دفع المذلة عن الزوجة والعار عن الأولياء وخالف بعضهم في بعض الصفات لأنه لا يراها مما يتعير به كما يدل على ذلك كله تعليلهم في هذا الباب , وقال "ابن الهمام" في الفتح :فإذا اعتبار الكفاءة بما قدمناه أي بالأدلة المذكورة هنا فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك[1] .

وليس المراد أن العرف استقل بتفصيل كل صفة من الست ,بل في بعضها أحاديث كحديث الترمذي (**إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه...**)[2] وعلي الجملة فالحديث الذي يثبت في خصوص صفة من الصفات إن صلح للحجية استقل بإثبات ,وإن كان ضعيفا أيد العرف

هذا وتقدم أن من الصفات الحرفة , والمراد بها ما كان طريقا للاكتساب كالوظيفة والتجارة والزراعة والصناعة ,قال باعتبار الكفاءة فيها أبو يوسف في إظهار الروايتين عنه أو أبو حنيفة ومحمد في رواية في الدناءة , وجه الاعتبار ما تقدم من حديث بقية, ولأن عرف الناس تفاخر بشرف الحرف والتعبير بدناءتها ,وجه الرواية عن أبي حنيفة إن الحرف غير ثابتة بل يمكن التحول عن الدنيئة إلي الشريفة فلا يلحق العار بها , والجواب أن الحرفة الدنيئة وإن تبدلت بأشراف منها لكن عارها يبقي كما هو متعارف ,وذكرى أن أبا حنيفة بني الأمر فيها علي العادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها , وأجاب أبو يوسف علي عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدنئ من الصنائع , فلا يكون بينكم خلاف في الحقيقة ,ثم

[1]- /بتصرف .أبوسنة أحمد فهمي /العرف والعادة في رأى الفقهاء /مرجع سابق /ص175.
[2]- روه الترمذي / الجامع الكبير/ حققه بشار عوض /دار الغرب الإسلامي /ط1/ص381/رقم1996.

المعتبر الشرق الحرف ودناءتها هو العرف في كل زمان ومكان , كما قال إبن الهمام :إن موجب هو استنقاص أهل العرف فيه ورفعه ,فالحياكة مثلا كانت قديمة من الحرف الحسنة وقال "ابن الهمام : "في القرن التاسع :ينبغي أن يكون الحائك كفأ للعطار "بالإسكندرية" لما هناك من حسن اعتبارها ,وعد معدها نقصا البتة ,وهي في هذه الأيام كما قال "ابن الهمام" (وكيفية اعتبار أن حرفتين إن تحدتا كالمدرسين والقاضيين ,أو تقاربتا كالبقال ونجار وجدت كفاءة ,وإن تباعدت كتأجير الأقمشة والكناس .....,والمعول عليه في التقارب وتباعد هذا العرف [1]

و"قصارى" القول: أن العرف اعتبر الحرفة في ثلاثة أشياء ,في اعتبار الكفاءة فيها وفي التقارب والتباعد بين أفردها .

هدايا الخطبة :الخطبة أمر مشروع وهي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية فإذا خطب رجل امرأة وتردد علي أهلها وقدم لها من الهدايا المعينة وغير المعينة , المستهلكة وغير المستهلكة ثم بعد ذلك حصل ما يستدعى العدول عن الخطبة , في حكم هذه الهدايا التي قدمت[2]

مهرا ولا تعد منه هل يجب على المخطوبة أن ترد إلي الخاطب أم لا؟.

ذهب بعض الفقهاء إلي اعتبار ذلك هبة وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع عن الهبة إذا لم يوجد مانع منها كزيادة الواهب أو موت الموهوب له أو الواهب أو تعويض الواهب عن هبته أو خروج الهبة عن ملك الموهوب له أو هلاك الهبة أو استهلاكها ,فإذا كان ما أهداه الخطيبة قائما في يدها ولم يوجد مانع استرجاع أرجعتها المخطوبة له كخاتم أو ساعة أو أسورة , وإذا استهلكت لا ترجع والشافعية يرون حق الرجوع في الهدية مطلقا سواء كان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة ولكن المالكية تفصيل في الأحكام مبني علي العرف وهو منع الخاطب منها فله حق استرداد ما قدمه إليها فان كان قائما استرده بعينه وإلا استرده بقيمته أو مثله ويرجع في ذلك إلي العرف ويتبع عادة الناس , ما لم يكن هناك شرط استنادا إلي أن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا", وإذا أوجد عرف عام أو خاص عند الناس أوجد عرفا مشترك بين الطرفين حكم العرف في هذه الهدايا ,وقد أقامت قوانين الأحوال الشخصية أحكامها في ذلك علي الأحكام الشرعية المستندة إلى العرف وتركت للقاضي تحكيمه في تحديد ذلك .

[1]- أبو سنة أحمد فهمي /العرف والعادة في رأي الفقهاء/مرجع سابق/ص175-176.
[2]- خياط عبد العزيز/نظريه العرف /مرجع سابق /ص 128.

و قد اعتمد قوانين الأحوال الشخصية في "مصر", "الكويت" علي رأي المالكية في هذا خلافا لقانون الأحوال الشخصية الأردني فقد طبق عليها أحكام الهبة في المادة (65) منه(2) وأحكام الهبة هذه يراعى فيها العرف [1] .

المادة إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة, ليس ثمة شروط أو عرف

أ- إن كان عدوله بغير مقتضى ,لم يسترد شيئا مما أهده إلي الأخر

ب-و إن كان العدول بمقتضى, استرد ما أهده إن كان قائما أو قيمة يوم القبض إن كان هالكان أو مستهلكا[2] .

المهر:

لقد ألزم الإسلام الزوج بتقديم المهر لزوجته كهدية تكريم, إعلان عن رغبة الارتباط بها قال تعالى

﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[3]

الآية الكريمة ليست تحديد لا أعلى المهر, وإنما كناية عن المال الكثير قد تزوج طلحة ابن عبيد الله أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنهم وصدقها مائة ألف وفي حديث سهل بن سعد ألساعدي حيث قال رسول الله ﷺ للراغب في الزواج **(التمس ولو خاتما من حديد)**[4] فهذا ما دعا الإمام الشافعي رحمه الله إلى القول أنه ليس لأقل المهر حد.

وهكذا يتبين أن المهر وجب علي الزوج للزوجة , ولكن الشرع لم يبين مقدارا محدد له فهناك مساحة واسعة مرنة يتحرك فيها مقدار المهر بحسب أعراف الناس وعاداتهم هذه المساحة واسعة مرنة يتحرك فيها مقدار المهر بحسب أعراف الناس وعادتهم هذه المساحة تستوعب جميع أطرف الناس , تستوعب الغني والفقر ومحدود, الدخل والمتعلم والجاهل .....فترك التحديد ليعطي كل واحد على قدر طاقته وحسب حالته وعادات عشيرته ,كما أن مهر كل زوجة يختلف عن غيرها فيختلف مهر ذات الحسب عن الأقل حسبا و يختلف مهر الغنية عن مهر الفقيرة ومهر الجميلة عن مهر الأقل جمالا .

---

[1]-عبد العزيز خياط /نظرية العرف /مرجع سابق/ص-128-129.
[2]- مجموعة التشريعات الكويتية / قانون الأحوال الشخصية /ط1/ت2011/ج 8/ص14.
[3]- سورة النساء :الآية (4).
[4]- أخرجه البخاري في صحيحه /كتاب النكاح/باب السلطان ولي /7-5135/17.

ولقد تغيرت الأعراف اليوم , فأصبح فأصبح التعلم يضفي على المرأة منزلة وقدرا لم يكن من قبل وبناءا عليه, فمهر المتعلمة يختلف عن مهر الجاهلة .

كذلك تغيرت الأعراف بنسبة لعمل المرأة ونظرة المجتمع لها فأصبح عمل المرأة التي ترغيب فيها ,فارتفع مهروها تبعا لذلك.

إذا يتبين مما سبق أن عدم تحديد المهر وتركه لأعراف الناس , يعد من مظاهر التيسير في[1]

الشريعة الإسلامية إذا لو كان المهر محدد بمقدار معين لوقع الناس في حرج شديد إضافة إلى أن ما يناسب مصر ا معينا قد لا يناسب زمانا , قد لا يناسب غيره فمقدار مهر جدتي لا يناسب ابنتي , فالأعراف تتغير بتغير الأزمان[2].

ومما يتعلق به أيضا اختلاف الزوجين في قبض الصداق وأثاث المنزل الذي يسكننه

–إذا اختلف الزوجان في تأجيل بعض الصداق أو تعجيله فإنه يرجع في ذلك إلى العرف فإذا أقامت الزوجة البينة على أنها لم تقبض بالمعجل من الصداق وداعي الزوج أنه أقبضها المعجل منه فقد عارضت بينة العرف فلا يعمل به استصحابا للأصل الذي هو استمرار تعمير الذمة الزوج فتقدم البينة لأنها كالشاهد بالقضاء .

وكذلك إذا جري العرف بتأجيل بعض الصداق ودعي الزوج أنه أقبضها المؤجل فإن القول قول الزوجة أنها لم تقبض الصداق إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه أقبضها المؤجل فتقدم البينة ,وأما إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق وعدمه ولا بينة لأحدهم فإنه يرجع في ذلك إلى العرف وقد قال

" القرافي "في الأحكام , روي عن الإمام مالك رضي الله عنه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق أن القول الزوج مع أن الأصل عدم القبض هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقتها , واليوم عادتهم على خلاف ذلك فالقول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد .

[1]- نوال سعيد حسن العفيفي /أثر العرف على حقوق الزوجة :إشراف مازن اسماعيل هنية /رسالة ماجستير في الفقه المقارن/ كلية الشريعة والقانون/1435هـ- 2014م/ص 35.
[2]- نوال سعيد حسن العفيفي /أثر العرف على حقوق الزوجة / مرجع سابق /ص35.

أما المطالبة بمؤخر الصداق فان عرف أهل المدينة عند الإمام مالك إن لها حق المطالبة به متى شاءت هو ما جرى عليه العمل في المدينة.

وقال الليث أبي سعيد رضي الله عنه في رسالته إلى الإمام مالك رضي الله عنه في هذه المسالة إن أهل المدينة يقضون في صدقات النساء أنها متى شاءت أن تتكلم في مؤخر صداقها تكلمت فدفع إليها وقد وافق أهل" العرق" أهل "المدينة" على ذلك وأهل "الشام" وأهل "مصر" ولم يقضى أحد

أصحاب رسول الله ﷺ لم ولا من بعدهم لامرأة بصدقها المؤخر إلا أن يفرق بينهما موت أو طلاق فتقوم بحقها [1].

وفي موضع المهر أيضا فان الأعراف المداولة حتى بين المسلمين –في بعض البلاد "كالهند" تفرض على الزوجة دفع للزوج, فيكون العرف .

بذلك قد هدم حقا ثابتا للزوجة, فهذا عرف فاسد لا قيمة ولا اعتبار في الشرع[2].

تجهيز (الشوار):

وقد جرى العمل أن "بفاس "الغني من أهلها يشور ابنته بقدر ما أعطاه الزوج من الصداق بأن يضيف الأب نفس المبلغ الذي حدد لصداق ابنته , بحيث لو أعطاه الزوج أربعين درهما كصداق وجب على الأب أن يعطي أربعين أيضا ليصير المبلغ ثمانين و سواء كان ولى الزوجة أبها أو وصيها .

والأصل في الشريعة عدم إلزام المرأة وأبيها جهاز لأن الصدق عوض البضع وهو المقصود ولو كان عوض عن الانتفاع بالجهاز –وهو مجهول–لكان فسدا فالبضع هوا لأصل وما سواه تابع إلا أن الذي جري "بفاس" هو أن الغني من أهلها يشاور بنته بمثلي الصداق وذلك بأن يزيد على النقد مثله من ماله ويقضي عليه بتلك الزيادة إذا امتنع وحصل نزاع بينه وبين الزوج بعد الدخول

أن القضاء والعرف جري علي أغنياء "فاس" بتجهيز بناتهم بمثل نقدهن زيادة علي النقد إن وقع نزاع بعد البناء وأما قبله فلا يجبر الأب ويخير الزوج في الرضى من غير زيادة علي النقدها أو

[1]- صالح عوض /أثر العرف في التشريع الإسلامي /مرجع سابق/ص 535.
[2]- موقع جريدة الشرق الأوسط, /الثلاثاء 20ذالقعدة 1430-2009/العدد1128.
http:/www.aawsat.com/detis.asp ?section :17&issveno :1128 .utb.uyt/ur8

يطلق ولاشيء عليه(إن حصل نزاع بعد البناء ردت المرأة إلي صداق المثل علي أنها لا شورة لها وهذا عرف خاص بالنقد أما في مكان أخر فلا يلزم الأب بإعطاء مثليه بحيث لا يخرج الأب لا مثله ولا مثالية ما لم يصرح الأب بالتزام ذلك وإلا لزمه[1] .

-عدم تصديقها بعد الدخول بها بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر مع أنها منكرة للقبض...لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل القبض.

ومقتضي نصوص الأئمة أن الالتزام في عقد النكاح يكون بالفظ ويكون بالعادة ,وأن الأول يقضي به قبل الدخول وبعده في حياة الملتزم وبعد موته أو فلسه ولا يفتقر للحيازة والثاني فيه التفصيل بين أن يدخل الزوج أو لا يطلب به إلا مادام الأب حيا فإن مات بطل الالتزام والحاصل أن ما قبل البناء لا خلاف أن الأب لا يجبر علي تشوير ابنته بماله وأن ما بعد البناء هو محل خلاف

وينبغي التنبيه إلي أن هذا العرف خاص بمدينة "فاس" ,أما غيرها من المناطق المغربية فإن هذا العرف جار أيضا ولكن من غير إجبار الأب علي ذلك فالشور يبقي متروك لا اختياره إن شاء فعل وإلا فلا يلزم بشيء ,علما بأن هناك من يشور بناته بأضعاف ما يعطيه الزوج كصداق ولكن إن لم يفعلوا لا يجبرون على أداء شيء.

-وقالوا في اختلاف في متاع البيت , ما عرف أنه للرجل فهو للزوج, وما عرف أنه للنساء فهو للزوجة قال في التبصرة بعد بيان ما للرجل وما لنساء وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين ,فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد أخر أو زمان أخر بأنه للنساء , ويشدون في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه متاع النساء بالنسبة إلي قوم ,ومن متاع الرجل بالنسبة إلي قوم آخرين كالنحاس المصنوع في "تونس" من بلاد المغرب فإنه من متاع النساء إلي جهاز "الأندلس" ومن متاع الرجل بالنسبة إلى متاع الحضر, وهذا من النوع العرف المنزل منزلة النطق .

وكذألك في القرينة العرفية , بأن أقامت المرأة عند التنازع في الجهاز بينة على ما هو من خصائص الرجال , أو قام الرجل بينة علي ما هو من خصائص النساء فإنه يقضي بها وتقدم على العرف , ومثل هذا في الفقه الشافعية , قال" العز ابن عبد السلام" في القواعد بعد سوق

[1]- بتصرف/عبد الكريم الجيدي /العرف والعمل في المذهب المالكي /مرجع سابق/ص 432-434.

أحداث عمل فيها بالقرائن العرفية وأعلم أن البينات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات ومدرك هذا الشرط أن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ فيترجح عند المعارضة [1] .

صيغة في النّكاح: ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا, بأي لغة ولفظ وفعل كان

أثر العرف علي إعلان الزواج, اعتاد المسلمون وتعارفوا أن يحيطوا عقد الزواج و حفل الدخول بالاهتمام و الفرح , وهذا مستمد من توجهات القرآن والأحاديث النبوية فالمسلمون لا يحتفلون بعقد البيع ولا بغيره من العقود احتفالهم بعقد الزواج [2].

فقد جرى عرف الناس علي إعلان الزواج والدخول بحفل , يدعى له الأقارب والأصدقاء وتقدم فيه الحلوة للضيوف وسط ابتهاجا للحاضرين ,وتختلف عادات الناس أيضا فيما يقومون به في حفل إشهار الزواج فمنهم من يحييه بتلاوة آيات من القرآن الكريم مع وجود فرق إسلامية ,ومنهم من يحييه بفرق موسيقية أو دبكات شعبية ومسرحيات أو نحو ذلك , فالشريعة الإسلامية تدعو إلي إعلام الناس بالزواج وبمقدماته بالوسائل المشروعة والمعتبرة عرفا , ومن ذلك الإعلان بالأنوار علي بيت الزوج وبإرسال الدعوات المكتوبة لحضور حفل الخطوبة ووليمة الزواج ونحو ذلك

و لكن الحضر من بعض العادات السيئة التي تتناف مع مبادئ الإسلامية فقد يجرى أحيانا في حفل الزواج اختلاط الرجال بالنساء

وفي النهاية نؤكد بأن يشرع الإعلان بكل ما عد في العرف إعلان[3] .

الطلاق:

وقوع الطلاق بألفاظ الحرام المتعارفة , صريح الطلاق عند ما غلب استعمال عرفا فيه ,لهذا لم يحصره علماؤنا في ألفاظ مخصوصة , بل كل ما تعرف في الطلاق كان من صريحه وهذا قول الشافعية غير المشهور , والمشهور عندهم أنه لفظ الطلاق والزواج والفراق والخلع والمفاداة إن أضيفا إلى المال لفظا أو نية , وأما المالكية فحصروا الصريح في ألفاظ أربعة وهي "طلقت","وأنا

[1]- أبو سنة / العرف والعادة في رأي الفقهاء /مرجع سابق/ص 60-61-69.
[2]- عمر سليمان الأشقر / أحكام الزواج/دار النفائس /ط1/ الأردن /(1998-1418)/ص33.
[3]-أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين /أثر العرف في الأحول الشخصية (دراسة فقهية قانونية)إ.مطاوع الترتوري /رسالة ماجستير/جامعة خليل كليه الدرسات العليا برنامج القضاء الشرعي/ت1435هـ- 2013م/ص 124.

وأنت طالق", "وأنت مطلقة ","الطلاق لازم لي", وما عداه إن تعارف في الطلاق سموه كناية ظاهرة ,وهي توافق الصريح في الوقوع بلا نية وتخالفه في الواقع به ,فكل ما تعارف في الطلاق يقع به[1]

بلا نيه عند الحنفية والمالكية وأحد الرأيين للشافعية .

وبعد هذا أقول : ومن الصريح ألفاظ الحرام المتعارفة نحو أنت على حرام أو محرمة , وحرمتك علي نفسي ,وأنا عليك حرام , وأنت معي في الحرام , فإنه يقع بها طلقة بائنة بلا نية إلا أن ينوي الثلاثة ,كذا أفتي به المتأخرون كما البزازية والظهرية والبحر ورد المختار ,أما الوقوع بلا نية فلتعارفها في التطليق فصارت من صريحة وأما وقوع البائن بها فلأنها لما تعرفت في التحريم بطلاق فقد اعتبر الشارع رفع القيد بها على وجه البينونة لأنها تقتضي حقيقة هذا التحريم , والأصل في الألفاظ أن تعمل بحقائقها , أما الطلاق الرجعي فمقتضاه الحل ما دام في العدة فلا يثبت حكم الألفاظ التحريم , ثم إن البينونة متنوعة إلي صغرى وكبرى , فثبت بالفظ الأخف إلا أن ينوى النوع الأخر .

وكان المتقدمون يقولون أنها كناية : لأن معني الحرمة المنع , فهي تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصي , وتحتمل منعها عن متاع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى أو بطريق الظهار أو الإبلاء , وتحتمل الكذب في نسبه التحريم إليها , لأنها في الواقع حلال فإن نوى إحدى البينونتين أو الإبلاء أو الظهار ثبت ما نوى وإن نوى الكذب بطل الحلف وإن لم ينوى شيئا انصرفت إلي الإيلاء , وهذا مذهب أبي بكر وعمر و ابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاووس وابن المسيب وسعيد...رضي الله عنهم , ومذهب المالكية أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلي نية , واختلفوا في الوقع بها , فقيل ثلاث تطليقات في كل حال , والمشهور أنه إن كان مدخولا بها فثلاث , وإلا فينوى فإن أراد البينونة الصغرى أو الكبرى لازمه ,والمذهبان منقولان كما في "أعلم الموقعين" عن علي وزيد ابن ثابت .

الأدلة :استدل الحنفية المتقدمون بأن اللفظ المحتمل لما ذكروا من الوجود فلابد لتعين الطلاق من النية أو الدلالة الحال كسائر الكنايات فإن لم تكن له نية فهو إيلاء , لأن الحقيقة المستعملة لهذه

[1]- أبو سنة أحمد فهمي /العرف والعادة في رأي الفقهاء /مرجع سابق/ ص 151 .

الألفاظ أنها حلف على ترك قربان زوجته , واستدل المالكية للمشهور عنهم بأن هذه الألفاظ مستعملة عرفا في التطليق فتستغني عن النية ولما كان مقتضاها التحريم وجب أن يترتب عليها[1] .

حكمها وهو البينونة , و المد خول بها لا تبين بغير عوض إلا بالثلاث فينصرف اللفظ إليها وغيرها تبين بالواحدة , غير أن المشهور في البينونة هو الثلاثة فينصرف في غير المد خول بها إلي الثلاث , ويصدق في النية الأقل .

وأثر العرف علي حكم الطلاق الثلاثة فعمر بن الخطاب رضي الله عنه , والصحابة في زمانه , رأوا أن النص الوارد في هذه المسألة من إيقاع الثلاثة واحدة في زمن الرسول ﷺ هو نص معلل , معلوم الحكمة , فالشارع الحكيم جعل الطلاق مرات ثلاثة وأرد إيقاعه مرة بعد مرة لحكمة بالغة وأمر عظيم من أمور المسلمون حتى لا يتسرعوا في أمر يعود عليهم بالضرر , وبالتالي فإن في هذه المسألة التي يختلف فيها الحكم تبعا لاختلاف ظروف الناس وأحوالهم بما يحقق مصلحة ويدرأ المفسدة أن الملائم للناس في زماننا هذا الحكم (وهو إيقاع الثلاثة واحدة) تبعا لتغير ظروف المجتمع وعرفه في مدلولات الألفاظ وفق مقاصد الشريعة التي وضعت لمصالح العباد.

-أثر العرف علي الخلع :

وقد ثبت من واقع حياة الناس وأعرافهم أن المرأة يصيبها ضرر كبير جراء ذلك فلا زوج يريد الطلاق ولا هي تملك المخالعة لرفض الزوج ,فكان لبد من تدخل القضاء لرفع الحرج ويشهد لذلك : أن إقرار الخلع القضائي جاء متجاوبا مع حالات كثيرة طالبت فيها النساء بالطلاق , لكن لم يتم فسخ العقد الزواج بسبب رفض الرجال فإن الزوج في هذه الحالة يكون مضارا وحديث النبي ﷺ يقول **(لا ضرر ولا ضرار)**[2]فإن حصل ذلك فللقاضي إيقاع الطلاق جبرا عن الزوج كالطلاق للضرر لأن ضرر يزال ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد عرض الصلح بين الزوجين عن طريق التحكيم وإعطاء المدة الكافية لذلك .[3]

[1]- أبو سنة أحمد فيمي /العرف والعادة في رأى الفقهاء /مرجع سابق/ص 149-150
[2]- أخرجه الدار قطني /كتاب الأقضية /دار الكتب العلمية/(228/4)رقم 86
[3]- أبو سنه /العرف والعادة في رأي الفقهاء /مرجع سابق/ص151.

الخلاصة

لقد تنولنا في هذا المبحث أثر العرف في العبادات وتبين أن العرف يوثر في حكم بعض العبادات , وذلك نتيجة تطور الوسائل وزيادة السكان , وعرضنا بعض الأمثلة في الطهارة والصلاة وزكاة والحج...الخ ,وكذلك تطرقنا إلى اختلاف الأحكام في بعض المعاملات وذلك كان نتيجة التطور الذي شهده العالم من تطور الوسائل البيع والشراء وكذا أدوات الاتصال ونقل التي أصبحت تشارك في عملية البيع ولقد تنولنا بعض المعاملات التي طرأ عليها تطور و بالإضافة إلي هذا وذاك , لقد تنولنا تغير الأحكام لتغير الأعرف في الأحوال الشخصية, وعلمنا أن العرف قد يؤثر في أحوال الناس اجابا وقد يوثر سلبا وهناك تغير أقره الشرع وأخر أعتبر عرف فاسد وهذا دليل على مواكبة الشريعة لكل زمان ومكان .

خاتمة

خاتـــــــمة

بعد استعراض ما سبق في هذه المذكرة التي تبين فيها مكاني العرف في التشريع الإسلامي وتأثر على استنباط الأحكام والمسائل الفقهية لتكتمل بها الدراسة التطبيقية لهذا الموضوع أحبنا أن نجمل خلاصتها فيما يلي من نتائج وتوصيات هي كالتالي :

- **النتائج:**

إن أحكام الشرعية الإسلامية لم تكن يوماً لتنطلق من عادات الناس وتقاليدهم ولا من الأشكال النمطية التي تدرج عليها, وإنما هو تشريع من الله سبحانه وتعالى ولكل زمان ومكان ,في صلاح الناس وسعادتهم في الدنيا والآخرة لذا وضع الفقهاء للعرف شروط لاعتباره إذا تخلف أحدها, أو اختل لم يصح تحكيم العرف أو بناء عليه .

لما كان العرف سلطان على النفوس فإن الإسلام اعتبر مكان منه صالحاً للبقاء والغا العرف الفاسد لأنه لم يبقى في ظل التشريع الإسلامي.

اشترط الأصوليون عدة شروط للعرف وهي :أن يكون مطرداً أو غالبا وأن يكون قائما عند تصرف, وألا يعارض تصريح بخلافه من المتعاقدين وألاّ يكون مخالفا لنص الشرعي .

في المذاهب الأربعة نستطيع أن نقول أن المالكية قد اعتبروا العرف أصلاً من أصوله وكذا الحنفية أما الشافعية والحنابلة قد تبين أنهم أخذوا به ولكن لم يعتبروه أصلاً , أمّا الشافعية فلازموه بالمصلحة .

تغير الأحكام بتغير العرف الذي كانت معللة به , لا يعتبر نسخاً للحكم لإنه لو عاد الناس للعرف الذي تغير مرة أخرى رجع الحكم إلى مكان عليه حيث وحدت العلة , الأحكام لا يكون إلا في عهد النبي ولا يكون بعده

من أسباب التي تؤدي إلي تغير العرف هو اختلاف الأحوال وفساد الأخلاق ومن الدوافع التي تؤدي إلى تغير الأحكام لتغير زمان اختلاف الطبائع والصنائع و العادات .

تأثر الاجتهاد في العبادات بالعرف, وتغير نتيجة تغير الظروف الخاصة بالعباد وتطور الوسائل.

أن يغلب على نوع من المعاملات أو معنى من المعاني فيرعه الشارع في تفصيل أحكام الوقائع لما تطور العالم في مجال المعاملات المالية وتغيرت عادة التعامل بين الناس تغير هنا الحكم.

تأثرت الأحوال الشخصية من الخطبة ونكاح وطلاق.....الخ الأعراف حيث اختلف الحكم فيها من زمن إلى آخر للتسهيل على الناس وتيسير ورفع الحرج عليهم لأن الشريعة جاءت ميسرة لا معسرة.

10)الأحكام المبنية على العرف تتغير إذا تغير عرف الناس وعاداتهم بخلاف الأحكام المستندة إلى الأدلة الشرعية التي لم تبنى على العرف فإنها لا تتغير.

- **التوصيات:**

في ضوء دراستنا لموضوع أثر العرف على الأحكام، ومن خلال ما توصلنا إليه من نتائج نوصي بمايلي:

1. عمل دراسات وبحوث فقهية تطبيقية للمسائل والأحكام المبنية على العرف في سائر موضوعات الفقه المختلفة ،و إعادة النظر في مواكبتها للعرف الواقع المعتبر ،ليكتسب التشريع تلاؤما مع البيئة و العصر بما يألفه الناس.
2. أن تقوم جهات مختصة تابعة لدار القضاء ودوائر الفتوى بتدوين الأعراف الجارية والعوائد المختلفة ذات الصلة بالأحكام الشرعية، وتمييز المعتبر منها عن غيره لتكون مرجعا معتمدا للمفتي و القاضي في القضايا التي يكون الحكم فيها للعرف، ليحكم بالعرف القائم وقت الفتوى.
3. على المفتي أن يكون على علم بأعراف الناس حتى لا يوقع الناس في الحرج وضرار جراء قصوره بالعلم بأعراف الناس وعدتهم.
4. ندعو إلى مراجعة الأحكام الشرعية المبثوثة في كتب الفقه ,والمتعلقة بالعرف ونظر في مواكبتها لما استجد من أعراف , لتلائم الظروف والأزمان المعاصرين.
5. وأن تراعى تغير الأعراف في الأحوال الشخصية والعبادات والمعاملات لرفع الحرج وتيسير مع الحرص على عدم مخالفتها لنص شرعي

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع

القران الكريم : عن رواية حفص

1- تمين محمد عبد الله /إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب مالك / تدقيق شروق محمد سليمان دار الشئون الاسلامية والعمل الخير / ط 1 : 1430ه 2009 م .

2- ابن العربي محمد بن عبد الله /أحكام القرآن /راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا) القسم الثالث من أول يونس إلى الأحزاب / منشورات محمد علي بيضون نشر الكتاب و السنة / دار الكتاب العلمية / بيروت / ط3 :1424هـ-2003 م.

3- فتوحي إبن النجار محمد الحنبلي/شرح الكوكب المنير./م4/.مكتبة العبيكان. حقوق /ط .م(1413.1993).

4- إبن تيمية تقي الدين أحمد الحراني: مجموع الفتاوى /اعتنى به عامر الجزار وأنور الباز/دار الوفاء /ب بلد/ط2/ت1422هـ- 2001م/ج4/باب الإجارة/

5- ابن عابدين احمد امين / مجموعة رسائل ابن عابدين / دار احياء التراث /(د.ت)،/ب ط.

6- ابن عاشور محمد الطاهر / مقاصد الشريعة الإسلامية / تأليف الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية / قطر / ط : 1425هالنووي

7- ابن عثيمين محمد بن صالح /شرح الممتع علي زاد المستقنع /دار ابن لجوزي /الرياض/ط 1/ 1422هـ-2000م/ ج 1 /كتاب الصلاة/باب الأذان والإقامة60.

8- شهاب الدين ابن لعمادة الحنبلي الدمشقي /شذرات الذهب / تحقيق عبد القادر الأرناؤ و. ومحمد الأرناؤوط /دار ابن كثير /دمشق لبنان /ط 1/ ت 1410هـ.1989م

9- ابن منظور / لسان العرب /دار الفكر /دار صابر بيروت /الطبعة الثالثة 1414هـ- 1994 م .

10- إبن نجيم / الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان /دار الكتب العلمية /بيروت .لبنان /ط 1/(1419-1999م).

11- عبد الكريم الشافعي أبو القاسم عبد الكريم بن (ت623هـ)/(السبكي تاج الدين ابي ناصر عبد الوهاب الكافي :طبقات الشافعية الكبرى تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو .محمود محمد الطناحي /دار احياء الكتب العربية /القاهرة /ت 871هـ/ط7.

12- أبو حامد الغزالي/ المستصفى في علم الأصول/ تحقيق:حمزةإبن زهير حافظ/ب دار/ب ط/ ب ت/ المدينة المنورة.

13- أبو داود (سنن أبي دود: أبو دوود سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمر الأزدي /تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد /الناشر المكتبة العصرية /بيروت /باب المواشي زرع قوم

14- أبو زهرة محمد /أصول الفقه /دار الفكر العربي /ط2 :1369 هـ -1950.

15- ابو سنة احمد فهمي/ العرف والعادة في رأي الفقهاء/ عرض نظرية في الفقه الإسلامي/مطبعة الأزهر 1947.

16- أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين /أثر العرف في الأحول الشخصية (دراسة فقهية قانونية)إ.مطاوعالترتوري /رسالة ماجستير/جامعة خليل كليه الدرسات العليا برنامج القضاء الشرعي/ت1435هـ- 2013م.

17- الباجي القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي / المنتقى ,شرح موطأ إمام مالك/ دار الكتاب الإسلامي/القاهرة / ط1:/ 1332هـ.

18- البغا مصطفى ديب / أثر ادلة العرف المختلف فيها (مصادر التشريع الاسلامي) في الفقه الاسلامي/رسالة اصول رسالة الفقه نالت شهادة الدكتوراه بمرتبة الشرف الاول من جامعة الازهر في القاهرة/ دار الامام البخاري، دمشق.

19- بن عاشور محمد الطاهر /مقاصد الشريعة الإسلامية /تأليف بن الخوجة محمد الحبيب /طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية /قطر 1425 هـ,2004 م.

20- تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن نجار.ت(972ه)أخذ الأصول عن أبوه أنظر. الزركلي: الأعلام. دارالعلم للملايين/ط15/ج18/بيروت/(2002)

21- جرجاني علي محمد/ التعريفات /دار الكتاب العربي /بيروت /ط1 : 1405هـ

22- جصاص ابي بكر احمد بن علي الرازي/ احكام القرآن لجنة الاسلام/ تحقيق: محمد الصادق قمحاوي مدرس بالأزهر الشريف/ بيروت لبنان/ ط1: 1416هـ-1986م.

23- جيدي عمر بن عبد الكريم / العرف والعمل في الذهب المالكي مفهومها مهما لدى علماء المغرب المحمدية طبعة مضاله المغرب/ طبعة 1404هـ/1984م.

24- بن مزي الحجاج ابو زكريا يحي بن شريف / المنهاج شرح صحيح مسلم/ دار التراث العربي بيروت/ الشافعي حمد بن إدريس أبو عبد الله /الأم / دار المعرفة / بيروت / ط2: 1393.

25- حسنين محمود حسنين / مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية / مجلة الشريعة والقانون / العدد الثالث في ذي الحجة 1409 هـ .1919م.

26- مزروعي حمد يوسف إبراهيم /العرف وأثره في الأحكام الفقهية / (فقه العبادات في المذهب الحنبلي) مجلة الجامعة الإسلامية لدراسة الشرعية والقانونية /الكويت /07-09-1017/

27- حيدر علي / مجلة الاحكام العدلية، دور الاحكام شرح مجلة الاحكام/ تحقيق وتعقيب: المحامي فهمي الحسيني.

28- ختلان سعيد ابن تركي /المعاملات المالية المعاصرة /دار الصيمعي/الرياض/ط1/ت 1433هـ- 2012م/

29- خلاف عبد الوهاب /مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه /دار القلم /الكويت /الطبعة السادسة 1414هـ, 1993م.

30- خلكان أبي العباس شمس الدين :وفيات الأعيان ونباءا بناء الزمان /تحقيق إحسان عباس /دار الصادر /بيروت /ب ط/ت1398هـ- 1972م

31- دار قطني في سننه (العسلاني أحمد بن علي محمد الكناني /التلخيص الحبير في تخريج أحديث الرافعي الكبير /كتاب الصلح

32- ذهبي أبي عبد الله شمس الدين :سير أعلام النبلاء/تحقيق حسان عبد المنان /دار بيت الأفكار الدولية

33- راوه البخاري بلفظ مشابه (البخاري، صحيحه/ .اعتنى به صدقي جميل العطار/ دار الفكر بيروت /لبنان/ب. ط /كتاب البيوع: باب ما أجري أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم

34- روه الترمذي / الجامع الكبير/ حققه بشار عوض /دار الغرب الإسلامي /ط1

35- زردومي فلة / فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة / مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه /إشراف الدكتور صالح بوشيش /قسم الشريعة ،جامعة العقيد الحاج لخضر /1427 هـ/2006 م

36- زرقا مصطفى / المدخل الفقهي/ دار القلم/ دمشق / ط2: 1418ه – 1998م.

37- زركشي عبد الله الشافعي / البحر المحيط في أصول الفقه /دار الصفو للطباعة و النشر والتوزيع بالغردقة /ط2 :1413 هـ -1992.

38- زيدان بعد الكريم /الوجيز في أصول الفقه /مؤسسة قرطبة/ ط 6 : 1976 .

39- سدلان صالح بن غانم /القواعد الفقهية الكبرى وما تفرعنها /دار بلنسية /الرياض /ط1/ ت 1417هـ/

40- سهنوي عبد الرزاق /الوسيط في شرح القانون المدني الجديد /منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت لبنان /ط :1998.

41- سوطي عبد الرحمان بن أبي بكر /طبقات المفسرين /تحقيقات علي محمد عمر مكتبة وهبة ،القاهرة ط1.

42- سيوطي جلال الدين عبد الرحمان /الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي /دار الكتب العلمية /بيروت .لبنان/ ط1/ ت 1403هـ-1983م

43- سيوطي جلال الدين عبد الرحمان/بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة /تحقيق أبو الفضل /المكتبة العصرية لبنان .

44- ذهبي شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان / تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير و الأعلام / | تحقيق: د عمر عبد السلام تدمري دار الكتاب العربي ، بيروت 1987/8/11م ، ط 1.

45- شنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني / أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن / دار الفكر بيروت/ لبنان /1415هـ -1995م .

46- شوكاني محمد / نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار/ مكتبة دار التراث /القاهرة.

47- شوكاني محمد ابن علي بن محمد/ فتح القدير / إعتني به وراجعه يوسف الغواش/دار المعرفة /بيروت لبنان/ ط4/ت 1428ه.

48- إبن تيمية /المستدرك علي مجموع فتاوى/اعتنى به محمد بن عبد الرحمان بن محمد بن قاسم/ب. دار/ط1 /ت 1418هـ/م.

49- عبد الرحمان بن ناصر بن عبد الله السعيد: عالم وفقيه أصولي. ت(1376) انظر: البسام عبد الله بن عبد الرحمان: علماء نجد خلال ثمانية قرون /ط2/ج6/دار العاصمة .الرياض(1998-1419)

50- نجدي عبد الرحمن / أثر العرف في التشريع الإسلامي / دار الكتاب الجامعي سليمان الحلبي التوفيقية/ القاهرة / رقم الإيداع بدار الكتب 4210/ 81 (د.ط).

51- عبد رحمان بن صالح العبد الطيف / القواعد والظوابط الفقهية المتظمنة للتسير /عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية /المدينة المنورة/ط1: 1423هـ-2003م.

52- عثيمين محمد بن صلاح / مجمع فتاوى و رسائل/ تحقيق فهد بن ناصر بن إبراهيم سليمان/دار الثري لنشر /الرياض/ط1 /1424هـ-2003/.

53- عسقالني احمد بن على إبن حجر الشافعي /فتح الباري شرح ,صحيح البخاري/ دار المعرفة / بيروت /1379هـ.

54- العسقلاني أحمد بن علي بن حجر / فتح الباري / بشرح صحيح الإمام ابن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري/ب د/ب ط.

55- علواني طه جابر فياض /آداب الاختلاف في الإسلام /بقلم :عمر عبير حسنة /حقوق الطبع (المحاكم الشرعية و الشؤون المدنية)دولة قطر /ط1 :جمادي الأول 1405هـ.

56- علي أحمد السالوس / فقه البيع و الإستيثاق و التطبيق المعاصر/دار الثقافة / قطر –ط 7 : (1429 هـ - 2008 م) /.

57- عمر سليمان الأشقر / أحكام الزواج/دار النفائس /ط1/ الأردن /(1998-1418)

58- عوض صالح/ اثر العرف في التشريع الإسلامي /دار الكتاب الجامعي سليمان الحلبي التوفيقية /القاهرة /ط : 3 د ت.

59- غزالي أبي حامد /المستصفي في علم الأصول /تحقيق :محمد بن عبد السلام عبد الشافي /دار الكتاب العلمية –بيروت /ط1 (د–ت) .

60- فتح الشكور في معرفة أعيان علماء التكرور /تحقيق عبد الله الودود وأحمد جمال /دار النجيبوية /القاهرة /ب ط/ت 2010م/).

61- قرافي أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي / الفروق (انوار البروق في أنوار الفروق) /تحقيق : خليل المنصور / دار الفكر العلمية /بيروت، 1918 – 1998م.

62- قرضاوي يوسف /تسيير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء القران والسنة /د–ط/د–ت .

63- قرطبي أبو عبد الله محمد أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزوجي شمس الدين /الجامع لأحكام القران / تحقيق :أحمد البارودي/دار الكتاب المصرية /القاهرة /ط 2: 1348 هـ- 1964 م.

64- قرفي/الحكام في تميز الفتاوى عن الحكام وتصرفات .مكتبة المطبوعات الإسلامية / بيروت/ط.م/(1416هـ-1995م).

65- قنوجي صديق بن حسن /أبجد العلوم /تحقيق :عبد الجبار الزكار /دار الكتاب العلمية /بيروت /ط: 1307 هـ -1889م/.

66- مجموعة التشريعات الكويتية / قانون الأحوال الشخصية /ط1/ت2011.

67- أبو زهرة محمد /مالك .حياته وعصره وآرائه وفقهه .دار الفكر العربي./ب بلد/ط1946/2م.

68- أبو زهرة محمد / أبو حنيفة حياته عصره. آراءه الفقهية / دار الفكر العربي /ط 2(1369-1947م).

69- محمد البغدادي / مجمع الضمانات(في المذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان)/ تحقيق محمد أحمد سراج .علي جمعة محمد/ دار السلام/ القاهرة /ط1/ت(1420ه-1999م)/ م1

70- ذهبي محمد بن أحمد عثمان /سير أعلام النبلاء /مؤسسة الرسالة بيروت /ط2:1429هـ-1989م،.

71- محمد حسين منصور /المدخل إلى القانون –القاعدة القانونية /منشورات الجلي الحقوقية ،ط1 2010 .

72- لولاتي محمد يحي /إيصال السالك إلى أصول المذهب مالك /دار ابن حزم /بيروت /ط 1/ت 1427-2006م.

73- مسلم /(صحيح مسلم :أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري /تحقيق:أبو قتيبه نظر محمد الفاريابي /دار الطيبة /الرياض /ط1/1428هـ-2006م)(كتاب الطهارة/باب التوقيت في المسح علي الخفين

74- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي/المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلامي ابن تيمية/إشراف محمد ابن عبد الله الصواط/رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتورة /كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية .قسم الشريعة /جامعة أم القرى /ت 1436/ .

75- مصطفى عبد الرزاق /تمهيد لتاريخ الفلسفة /دار الكتاب القاهرة –دار الكتاب/ بيروت /منتدى سور الأزبكية 2011 م.

76- مناوي محمد بن عبد الرءوف/الوفيق على مهمات التعاريف /دار الفكر المعاصر / بيروت / ط1/1410 هـ-1990م ،

77- موقع جريدة الشرق الأوسط, /الثلاثاء 20ذالقعدة 1430-2009/العدد1128. http:/www.aawsat.com/detis.asp ?section :17&issveno :1128 .ut b.uyt/ur8

78- نوال سعيد حسن العفيفي /أثر العرف على حقوق الزوجة :إشراف مازن اسماعيل هنية /رسالة ماجستير في الفقه المقارن/ كلية الشريعة والقانون/1435هـ-2014م/ .

79- وهبة الزحيلي /أصول الفقه الإسلامي /دار الفكر / ط1: 1406هـ -1989م.

80- وهبة الزحيلي /الوجيز في أصول الفقه /دار الفكر /دمشق سوريا /ط1: 1994/إعادة الطبعة 1419هـ – 1999م .

81- مزروعي يوسف إبراهيم /العرف وأثره في الأحكام الفقهية (فقه العبادات في الذهب الحنبلي)دراسة تأصلية وتطبيقية/مجلة الجامعة الإسلامية للدراسة الشرعية

والقانونية /ت.قبول النشر2017 وزارة الأوقاف الكويت/-h.almzoo3i .2020hotmi/.com.

82- بدوي يوسف أحمد محمد / مقاصد الشريعة عند ابن تيمية /دار النفائس .ا/الأردن /ط 1/ت 2000/ج 1/.

الفهارس

فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
01	﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ	03	المائدة	أ
02	وَنَزَّلۡنَا عَلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِبَيَانٗا	89	النحل	أ
03	﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ	166	النحل	أ
04	﴿ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ	07	الحشر	أ
05	﴿۞ وَهُوَ ٱلَّذِيٓ أَنشَأَ جَنَّٰتٖ مَّعۡرُوشَٰتٖ	142	الانعام	11
06	﴿وَلَا تَكُونُواْ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُواْ وَٱخۡتَلَفُواْ	105	ال عمران	12
07	:﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱرۡكَعُواْ	42	البقرة	16
08	﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ	33	النور	17
09	﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلۡمَرۡوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ	157	البقرة	17
10	﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا	32	الاسراء	17
11	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ	10	الجمعة	17
12	:﴿ ۚ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ ۖ	184	البقرة	18
13	﴿ ۗ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ	97	ال عمران	18
14	ۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٖ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٞ	122		19
15	﴿لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡ	83	النساء	21
16	﴿ ۚ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡ ۗ ﴿٢٨٦﴾ ﴾	286	البقرة	21
17	﴿ٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِ	233	القرة	29
18	﴿ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ۚ ﴾	19	النساء	29 و 60

19	﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿٢٢٨﴾ ﴾	227	البقرة	29
20	﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ۖ	06	النساء	30
21	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَـٰتُ يُبَايِعْنَكَ	12	الممتحنة	31
22	﴿ٱلَّذِينَ إِن مَّكَّنَّـٰهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ	40	الحج	31
23	﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ	103	ال عمران	31
24	﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ	72	التوبة	31
25	﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾	2	الطلاق	32
26	وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ	235	البقرة	32 و 61
27	﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ	199	الاعراف	32
28	﴿وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ ﴾	228	البقرة	34
29	﴿فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُواْ بِأَحْسَنِهَا	145	الاعراف	34
30	﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ	26	يوسف	34
31	لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ	07	الطلاق	35
32	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ﴾.	38	الحج	35
33	﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَآءِ	58	الاحزاب	44
34	﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ	11	النساء	44
35	﴿ وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِى ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾	06	هود	45
36	﴿فَمَالِ هَـٰٓؤُلَآءِ ٱلْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ ...﴾	78	النساء	45
37	﴿ وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا.....﴾	12	فاطر	45

38	﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ وَيُذۡكَرَ فِيهَا	36	النور	45
39	﴿قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ	26	يوسف	59
40	وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾[1]	233	البقرة	60
41	﴿ لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ	113	النساء	61
42	﴿فَٱرۡزُقُوهُم مِّنۡهُ وَقُولُواْ لَهُمۡ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ۝٨ ﴾	08	النساء	61
43	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ	58	النور	62
44	﴿إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ	89	المائدة	67
45	﴿ وَكَذَٰلِكَ مَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ فِي قَرۡيَةٖ مِّن	23	الزخرف	71
46	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم	29	النساء	83
47	﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ وَأۡتَمِرُواْ	06	طلاق	87
48	﴿ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ	04	النساء	93

فهرس الأحاديث :

رقم	طرف الحديث	الراوي	المصنف	الصفحة
01	خذي أنتي وبنك ما يكفيك بالمعروف)	عائشة	صحيح البخاري	35
02	(إن هذا البلد حرام لا يعضد شوكه ، ولا	ابن عباس	صحيح البخاري	36
03	(لو دخلوها ما خرجوا منها أبدا إنما الطاعة في المعروف	ابن عباس	صحيح البخاري	36
04	(الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل	النسائي	المشتبه من السنة	36
05	من أحيا أرضا ميتة فهي له	ابن حنبل	مسنده	36
06	من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق	عائشة	صحيح البخاري	36
07	(من أسلف فليسلف في كيل معلوم	ابن عباس	صحيح البخاري	37
08	(لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت	عائشة	صحيح البخاري	37
09	إنما هذه ركضة راكضات الشيطان	ترمذي	جامع صحيح	38-39
10	:(إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)	ابن عمر	صحيح البخاري	61
11	(أن ناقة البراءة دخلت حائطا فا فسدت	حرام ابن محيصة	سنن داود	62
12	:(عرفها سنة ثم أحفظ عفاصها ووكائها	الجهني	صحيح البخاري	73
13	(ثلاثة أيام للمسافر ويوما وليلة للمقيم	ابن هاني	صحيح البخاري	75
14	:(أولكلكم ثوبان)	البخاري	صحيح البخاري	75
15	(من لم يجد نعلين , فليلبس الخفين	البخاري	صحيح البخاري	81
16	(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من)	الدار قطني	سننه	83
17	(ألا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا	الدار قطني	سننه	90
18	(إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه	الترمذي	جامع الكبير	91
19	(التمس ولو خاتما من حديد	سهل ابن سعد	صحيح البخاري	93

فهرس الأعلام

الرقم	اسم العلم	الصفحة
01	ابن العربي	33
02	ابن الفرس	58
03	الجرجاني	13
04	الجصاص	30
05	الحرالة	12
06	القاضي عياض	55
07	القرافي	32
08	القرطبي	26
09	الولاتي	58

فهرس المحتويات

البسملة : .....

تشكر .....

اهداء .....

المحتوى	الصفحة
مقدمة	**أ**
أولا :طبيعة الموضوع	**ب**
ثانيا: أسباب اختيار الموضوع	**ج**
ثالثا: أهمية الموضوع .	**ج**
رابعا: أهداف الموضوع .	**د**
خامسا: الدراسات السابقة :	**د**
سادسا: منهج البحث	**و**
سابعا: الصعوبات	**و**
ثامنا: الإشكالية .	**ز**
تاسعا : خطة البحث .	**ز**
الفصل التمهيدي : مصطلحات و مفاهيم .	
المبحث الأول : ماهية اختلاف و الأحكام .	**11**
المطلب الأول : تعريف الاختلاف لغتا و اصطلاحا .	**11**
فرع 1: تعريف الاختلاف لغة .	**13**
فرع 2: تعريف الاختلاف في الاصطلاح.	**14**
المطلب الثاني : تعريف الاحكام لغة واصطلاحا	**14**
الفرع 1 : تعريف الاحكام لغة	**15**
الفرع 2: تعريف الاحكام اصطلاحا	**19**
المبحث الثاني : ماهية الفقه و العرف .	**19**
المطلب الأول : تعريف الفقه لغة و اصطلاحا.	**19**
الفرع 1: تعريف الفقه لغة .	**20**

الفرع 2 : تعريف الفقه اصطلاحا	**22**
المطلب الثاني : تعريف العرف لغة واصطلاحا	**22**
الفرع 1: تعريف العرف لغة	**23**
الفرع 2: تعريف العرف اصطلاحا .	**23**
الفصل الأول :حجية العرف و أقسامه و شروطه .	
المبحث الأول: حجية العرف و أدلة اعتباره مصدر للتشريع .	**29**
المطلب 1: أدلة حجية العرف من القران الكريم.	**29**
الفرع 1 : حجية العرف من النص الصريح .	**29**
الفرع 2: حجية العرف من النص غير صريح .	**34**
المطلب الثاني : أدلته حجية العرف من السنة النبوية الشريفة.	**35**
الفرع 1: أدلة العرف من نصه الصريح .	**35**
الفرع 2: أدلة العرف من نص غير صريح .	**36**
المطلب الثالث : أدلة العرف من الإجماع و عمل أهل العرف .	**39**
المبحث الثاني : أقسام العرف و شروطه .	**43**
المطلبالأول: أقسام العرف.	**43**
الفرع 1 : تقسم العرف باعتبار صدوره	**43**
الفرع 2: تقسيم الشارع و شيوعه.	**46**
المطلب الثاني : شروط العرف.	**48**
الفصل الثاني : نماذج و تطبيقات الأحكام الشرعية على الأعراف و اختلافها.	
المبحث الأول : إعمال العرف و أسبابه.	**55**
المطلب الأول : اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي.	**55**
الفرع 1: موقف المذهب المالكي.	**55**
الفرع 2: أدلة المالكية.	**58**
المطلب الثاني : موقف المذاهب الأخرى من العرف	**63**
الفرع1 : المذهب الحنفي	**63**
الفرع 2 : المذهب الشافعي	**65**
الفرع 3: موقف المذهب الحنبلي	**68**
المطلب الثالث: أسباب تغير الأعراف و تغير الأحكام لتغير الأعراف.	**70**

الفرع 1: أسباب تغير الأعراف .	**70**
الفرع 2: أسباب تغير الأحكام لتغير الأعراف.	**72**
المبحث الثاني : تطبيقات العرف على التصرفات.	**75**
المطلب الأول : تطبيق العرف على العبادات .	**75**
الفرع 1: تطبيقه على الطهارة والصلاة .	**75**
فرع 2: تطبيقه على الزكاة و الصيام .	**79**
فرع 3: تطبيقه على الحج.	**81**
المطلب الثاني: تطبيق العرف على المعاملات .	**82**
الفرع 1: بيع و إجارة.	**89**
فرع 2: تأمينات و تبرعات.	**92**
المطلب الثالث :تطبيق العرف في الأحوال الشخصية .	**92**
الفرع1:تأثير العرف على الخطبة والمهر والتجهيز.	**92**
الفرع2: علاقة العرف بالنكاح والطلاق .	**97**
خاتمة	**102**
قائمة المراجع	**105**
ملخص بالعربية	.....
ملخص بالإنجليزية	.....

ملخص:

تناولنا في هذه المذكرة موضوعا هاما في باب الأدلة الشرعية المختلف فيها بوضوح اختلاف الأحكام الفقهية للاختلاف الأعراف, المتباينة والمستجدة تتكون هذه الأطروحة من مقدمة وفصل تمهيدي وفصلين رأسيين وخاتمة فيها أهم النتائج.

أولا:المقدمة :تحدثنا فيها عن طبيعة الموضوع وأهمية وأسباب اختيارنا والجهود السابقة وفيها خطة البحث ومنهجية التي التزمنابها والمنهج المتبع وكذا ختمنها بالإشكالية .

ثانيا:الفصل التمهيدي : تناولنا فيها تعريف بالعنوان كل لفظ ورد في العنوان لغة اصطلاحا لتعرف على ماهية الموضوع من اختلاف أحكام وفقه وعرف.

ثالثا:الفصل الأول : وفيه مبحثان **المبحث الأول** فيه:ثلاثة مطالب المطلب الأول أدلة حجية العرف من القرآن الكريم المطلب الثاني حجية العرف من السنة النبوية الشريفة ومطلب الثالث أدلة العرف من الإجماع وعمل أهل المدينة والمبحث الثاني وفيه مطلبان المطلب الأول أقسام العرف والمطلب الثاني شروط العرف.

ربعا:الفصل الثاني : وفيه مبحثان ,المبحث الأول فيه ثلاثة مطلب ,المطلب الأول موقف المالكية من العرف والمطلب الثاني موقف المذاهب الأخرة من العرف المطلب الثالث فيها أسباب الأعراف وأسباب تغير الأعراف لتغير زمان. والمبحث الثاني :فيه ثلاثة مطالب المطلب الأول خاص بالعبادات والمطلب الثاني خاص بالمعاملات والمطلب الثالث خاص بالأحول الشخصية.

وأخيراً الخاتمة:

وتضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات التي اقترحنها من خلال فهم الموضوع

summary

In this note, we discussed an important topic in the context of shar'i evidence, in which there is a clear difference between the jurisprudential provisions of the different and divergent customs. This thesis consists of an introduction, an introductory chapter, two seminal chapters, and the conclusion of the most important conclusions.

First: Introduction: We talked about the nature of the subject and the importance and reasons of our choice and previous efforts, including the research plan and the methodology of the commitment and the methodology adopted and stamped by the problematic.

Second: The introductory chapter: We dealt with the definition of the title of each word in the title language terminology to identify the subject of different provisions and jurisprudence and custom.

Third: The first chapter: There are two sections of the first topic in it: Three demands first demand evidence of the authentic custom of the Koran The second demand is the authoritative custom of the Sunnah of the noble Prophet and the demand of the third evidence of the consensus and the work of the people of the city and the second section and the demands of the first requirement sections of custom and second demand .

The first question is the position of the Maalikis of the custom and the second demand. The position of the other doctrines of the custom. The third requirement is the reasons for the customs and the reasons for changing the customs to change the time. The second topic: There are three demands the first requirement for worship and the second demand for special transactions and the third demand for personal alms.

Finally, the conclusion:

And included the most important findings and recommendations we suggested by understanding the subject