القواعد الفقهية المبنية على العرف والعادة في الشريعة الإسلامية

Abdulbari Aziz OTHMAN[1]

الملخص

تُعدُّ الأعراف والعادات من ضروراتِ الحياة التي لا يستغني عنها الناس ، لِما لها من سلطان على النفوس ، وتحكّمٌ في العقول ، ومن هنا يقول الفقهاء : بأن في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم لِما لها من القوة والتغلغل في الرؤوس، حتى غدت عند الكثير منهم مقدسة لا يمكن الخروج عليها. وجاءت الشريعة الإسلامية مُراعيةً هذا الجانب المهم في حياة الناسِ وأعمالهم وعقودهم. قال الله تعالى : (**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**) الأعراف 199. لهذا اعتنى الفقهاء على اختلاف مذاهبهم بالعرف وبَنوا عليه الكثير من الأحكام الفقهية ، لأن العرف دليل مهم من أدلة الأحكام. كما بنى الفقهاء الكثير من القواعد الفقهية على العرف والعادة، حيث صاغوا هذه القواعد على شكل صيغ إجمالية من قانون الشريعة الإسلامية، مستنبطين إياها من النصوص الشرعية مع صياغتها بعبارات موجزة. فالقاعدة هي عبارة عن أصول فقهية موجزة ودستورية تتضمن العديد من الأحكام التشريعية العامة في الحوادث التي تدخل تحتها. ومن هذه القواعد: " العادة مُحكّمة " و " لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" و" الثابت بالعرف كالثابت بالنص " . ففي هذا البحث سأبيّن هذه القواعد الفقهية التي بُنيت على العرف والعادة مع ذكر الأمثلة عليها .

الكلمات الافتتاحية : العرف ، حجية العرف ، الفقهاء، القواعد الفقهية ، الفروع الفقهية .

İSLAM HUKUKUNDA ÖRFE DAYANAN FIKHÎ KÂİDELER

Özet

İnsanlar üzerindeki etkisinden dolayı örf ve adetlerin, onların hayatlarında tesir etmesi kaçınılmazdır. Buradan haketle fakihler, sahip olduğu bu etkisiyle beraber toplumdaki nüfuzuyla doğrudan bağlantılı olduğu için insanları örf ve adetlerinden uzak bırakmanın büyük sıkıntılara sebebiyet verebileceğini belirtir ve bu açıdan birçok kesimin yanında örf ve adetlerin kutsal addedildiğini naklederler. İslâm hukuku da örf ve adetlerin bu boyutunu göz ardı etmemiştir. Nitekim A'râf sûresi, 7/199. ayetinde "*Sen af yolunu tut ve örfü emret"* derken fakihlerin tümü de bir takım görüşlerini örfe dayandırarak bu konudaki titizliklerini göstermeye çalışmışlardır. Fakihler hukuktaki kaide ve kuralları belirlerken şer'î naslardan (ayet ve hadislerden) yararlanıp kaideleri kısa ve öz ifadelerle oluşturmaya çalışmışlardır. Fıkhî kaide ve kuralların kısa ve öz bir şekilde birçok şer'î hükmü barındırdığı görülmektedir. Fıkhî kâidelerin dayandığı ilkelerden biri de örf ve adetlerdir. Adetlerin bazen nass gibi değerlendirildiği ve bir takım fıkhî problemleri çözme hususunda ön plana çıktığı bilinen bir şeydir. Binaenaleyh bu çalışmada örf ve adetlere dayanarak oluşturulan fıkhî kâideler örnekleriyle beraber ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Örf, Delil, Fakihler, Fıkıh Kâideleri, Fıkhî meseleler

[1] Öğr. Gör., Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Arap Dili ve Belağatı Anabilim Dalı. azizosman2015@hotmail.com.

تمهيد

يُعدُّ العرف من المباحث الهامة في علم القواعد الفقهية، حيث يعتمد عليه الفقهاء ، ويرجعون إليه في كثير من الفروع الفقهية.يقول السيوطي رحمه الله تعالى: " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك : سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس ، والطهر.." (2).ومُعظم العادات والأعراف إنما تنشأ بسبب الحاجة، إذ يأتي على الناس ظرف خاص يدعوهم إلى العمل أو التصرف على وجه ما أو القيام بعمل خاص، وبتكرار هذا العمل يُصبح عرفا دارجا بين الناس .

وللعادت والأعراف سلطان قوي على النفوس، وتحكّم في العقول، فهي متى ترسخت وتوطّدت بين الناس صارت من ضروريات الحياة، وذلك لأن الناس ـ بتكرار العمل ـ يألفون العمل وـ تالفه الأعصاب والأعضاء والطباع والعقول(3). والعادات منها ما هو حسن، ومنها ما هو قبيح، فليس كل الأعراف والعادات ناشئة عن مصالح حكيمة وضرورية، فقد يعتاد الناس عادات وأعراف تقوم على الجهل والضلالة الموروثة عن الآباء و الأجداد تكون سببا في شقاء المجتمع وليس فيها أية منفعة.

وقد استنبط الفقهاء العديد من القواعد الفقهية التي تعبّر عن العرف والعادة ،وجعلوا من هذه القواعد قوانين وأدلة يرجعون إليها في كثير من الفروع الفقهية المتعلقة بحياة الناس ومعاملاتهم وأقوالهم .

العرف لغة

يُطلق العرف في اللغة على معان عدة منها:

1 ـ التتابع: " تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، ومنه عُرْف الفرس، وسُمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال:جاءت القطا عُرْفا عُرْفا، أي بعضها خلف بعض، والعرف " المعروف" سمي بذلك لسكون النفس إليه "(4).

2 ـ بمعنى السكون والطمأنينة،ومنه المعرفة، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاً ومعرفة ، وهذا أمر معروف لسكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه، وسُمي المعروف بذلك لأن النفوس تسكن إليه(5).

---

2 السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، *الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية*،دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983م، ص90.

3 الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،ط1، دار القلم،دمشق، تاريخ الطبع 1998، 1 / 812-813.

4 ابن فارس ا، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم *مقاييس اللغة*، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت،4 / 281، بدون تاريخ طبع، مادة ،عرف.

5 ابن فارس، معجم *مقاييس اللغة*، 4 / 281،مادة ،عرف ؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة ،عرف .

3 ـ الظهور والوضوح كقولهم : " عرف الرمل والجبل " ويقصد به ظهوره وأعليه، ومثال ذلك قوله تعالى :[**وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ** .](6)، والمقصود بالأعراف في الآية الكريمة هو المضروب بين الجنة والنار. ومنه أيضا قولهم : "أعرورف البحر" إذا ارتفعت أمواجه(7).

تعريف العرف اصطلاحاً

عرّف الفقهاء العرف اصطلاحا بعدة تعريفات منها :

ـ عرّفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله: " العُرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"(8).

ويقول الشيخ فهمي أبو سِنّة في شرحه لهذا التعريف في كتابه" العرف والعادة" : "يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة....وقال: وإنما يحصل استقرار الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة "(9).

إذاً فالعرف دليل مهم من أدلة الأحكام ، بل هو الأصل المتجدد والمتطور الذي يفي بكثير من الأحكام الفقهية، ومن خلاله يتم تحقيق مصالح الناس ومنافعهم عامتهم وخاصتهم،وهذا الأصل تدعو الحاجة إليه فهو أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بسهولة ويسر.ومن اعتبار الشارع للعرف والعادة أن جعل نصوص الشريعة الإسلامية وفق المعاني المنتشرة والمعهودة بين الناس عند نزول الآيات القرآنية وورود الأحاديث النبوية، وأوجب فهم نصوص الشريعة حسب معاني العرف عند مجيء التشريع.وفيما يلي ستتناول المقصود بالعرف ، وأنواعه :

أقسام العرف :

ينقسم العرف عند الأصولين إلى عدة أقسام ، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه، وإلى الجهة التي يصدر عنه،أو باعتبار المعنى اللغوي للعرف. فبحسب النظر الموجّه إليه ينقسم العرف باعتبار سببه وموضوعه إلى عرف قولي

6 سورة الأعراف، الآية 46.

7 ابن منظور،محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ،لسان العرب،ط الثالثة ،دار صادر ، بيروت ، 1995 ، مادة عرف.

8الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم *التعريفات*، تحقيق محمد صديق المنشاويدار الفضيلة، القاهرة، بدون تاريخ طبع، ص125.

9 أبو سـنة، أحمد فهمي أبو سـنة، *العرف والعادة في رأي الفقهاء*، مطبعة الأزهر، 1947، ص 8. الزركشـي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشـافعي المعروف بالزركشـي، المنثور في القواعد، تحقيق محمد حسن، ط1، دار الكتب العلمية،تاريخ الطبع2000 ، 96/2.

وعرف عملي ، وينقسم حسب من يصدر عنه وانتشاره وشيوعه وخصوصه إلى عرف عام وإلى عرف خاص ، وينقسم العرف حسب موافقته لنصوص الشريعة أو مصادمته لها إلى عرف صحيح وإلى عرف فاسد .

القسم الأول :

العرف القولي والعرف العملي : وذلك حسب سببه ومتعلقه ينقسم إلى نوعين اثنين هما :

النوع الأول :

العرف القولي : وموضوعه هو استعمال بعض الألفاظ في معان منتشرة بين الناس ، وتعارف الناس على استعمالها في هذه المعاني المنتشرة، وذلك مثل أن ينتشر بين الناس استعمال بعض الألفاظ والتراكيب التي تدل على معنى معين بحيث يتبادر إلى أذهان الناس المفهوم المتبادر من هذه الألفاظ عند إطلاقها دون قرينة أو دلالة عقلية. ولا يتبادر إلى أذهان الناس عند سماع هذه الألفاظ والمصطلحات إلا المعنى المعروف والمنتشر والمألوف لديهم(10).

واصطلح الأصوليون على تسمية هذا النوع من العرف : بالحقيقة العرفية. وينقسم العرف القولي باعتبارين اثنين هما : الأول من حيث ذاته، والثاني من حيث مصدره . أما الأول من حيث ذاته فيتنوع إلى نوعين : أ ـ عرف قولي في المفردات ، ب ـ وعرف قولي في المركبات.

النوع الأول : العرف القولي في المفردات: فالأمثلة عليه كثيرة منها :

ـ لفظ " الدراهم " فإن هذا اللفظ يُطلق ويراد به النقود الفضية المسكوكة بوزن معين ، وقيمة محدودة، ولكن يستعمل هذا اللفظ عند الإطلاق بمعنى النقود الدارجة والشائعة بين الناس في البلد، مهما كان نوعا أو قيمتها، ويشمل الأوراق الورقية التي تستعمل في عصرنا(11).

النوع الثاني:

العرف القولي في المركبات:والمقصود بالمركبات أي الجمل ، ومن أمثلته:

أن الأحكام المضافة إلى الأعيان في الشريعة، فإن مقتضى ما ورد في هذه الآيات لغة أن يكون المقصود بها الأعيان ذاتها. ولكن أهل العرف نقلوا وأخذوا تلك الأحكام من الأعيان إلى ما يتعلق بها من أفعال وتصرفات كقوله تعالى: **[حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ..]** (12) فالمقصود من الآية الكريمة هو الاستمتاع بالأمهات.

ويرى الباحث والمتأمل في الفروع الفقهية، وفي كلام الفقهاء مدى سلطان العرف العملي وسيادته الكبيرة في فرض الأحكام، وإصدار الفتاوى، وتقييد آثار العقود، وتحديد الالتزامات بين الناس ـ حسب المتعارف بينهم ـ وذلك

---

10 البغا، مصطفى البغا، *أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي*، دار الإمام البخاري، دمشق، بدون تاريخ طبع، ص446.

11 المباركي، أحمد بن علي المباركي، *العرف وأثره في الشريعة والقانون* ، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ،ط2، تاريخ الطبع1993،ص 70.

12 سورة النساء،الآية 23.

في كل موضع لا يُصادم فيه العرف أو يعارض نصا شرعيا. وقد ذكر الإمام الشاطبي هذين النوعين من العرف وذلك عند ذكره أنواع العوائد المتبدلة فقال : " ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى: إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني، حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه الفهم معنى ما، وقد كان يُفهم منه قبل ذلك شيء آخر، أو كان مشتركا فاختص، وما أشبه ذلك....وقال أيضا: ومنها ما يختلف في الأفعال والمعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد لا بالنسيئة، أو العكس، أو إلى أجل كذا دون غيره "(13).

القسم الثاني:

العرف العام والعرف الخاص: حيث ينقسم العرف باعتبار مَنْ يصدر عنه إلى نوعين هما عام وخاص.**فالنوع العام** :هو كما عرّفه ابن عابدين بقوله: " ما تعامله عامة الناس ، سواء أكان قديما أو حديثا"(14). أي أن هذا العرف يكون منتشرا وفاشيا في جميع البلدان الإسلامية وبين مختلف الشعوب.

مثال ذلك: عقد الاستصناع : الذي تعارف عليه الناس في كثير من احتياجاتهم اليومية والحياتية، من أثاث وألبسة، وأدوات وغيرها. فالناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه وذلك من قديم الزمان،فأصبح الاستصناع منتشرا في أغلب الحالات والأمور. ومثال ذلك أيضا:تعارف الناس على إطلاق لفظ" الولد" على الذكور فقط دون الإناث، مع أن هذا اللفظ يُطلق في اللغة على الذكور و الإناث معا، وجاء في القرآن الكريم بهذا المعنى في قوله تعالى:[يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.](15)، ولكن انتشر لفظ الولد بين الناس وتعارفوا عليه على أنه للذكر فقط.

أما النوع الخاص: فهو:" الذي يكون منتشرا في بلد من البلدان ، أو لدى طائفة من الناس "(16). كانتشاره بين التجار والزراع وغيرهم.وهذا النوع متنوع ومتجدد له صور كثيرة ليس لها حدود .وبيان ذلك أن مصالح الناس والسُّبل الموصلة إليها، وحوائجهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم متجددة أيضا.مثال ذلك:التعارف بين التجار على إثبات ديونهم التي هي في ذمم الناس في دفاتر خاصة من غير شهود عليها، ثم تكون هذه الكتابة في هذه الدفاتر وثيقة قطعية يحتجون بها لإثبات الديون(17). وهذا العرف خاص بالتجار فيما بينهم.

---

13 ــ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، *الموافقات*، دار ابن عثمان، الخبر، السعودية، ط1، 1997م ، 2 / 489 ــ490 .

14 ــ ابن عابدين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين ، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، بدون دار نشر أو تاريخ طبع، ص 115.

15 ــ سورة النساء،الآية 11.

16 ــ أبوسِنّة، *العرف والعادة*، ص19 ؛ ابن عابدين، *نشر العرف* ، ص125.

17 أمير عبدالقادر، *أصول الفقه*،ص 505.

قال العلامة ابن نجيم بهذا الصدد : " العرفية الخاصة ، كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظّار"(18).إذا فكل من العرف العام والعرف الخاص إنما يعتبر إذا كان شائعا ومنتشرا بين متعارفيه، متبادرا لهم عند إطلاقه.

فالعرف العام إنما يثبت به الحكم العام على كافة الناس الذين تعارفوه وهو منتشر بينهم ، أما العرف الخاص فيثبت حكمه على من انتشر وشاع بينهم فقط، من أهل إقليم، أو مدينة ،أو بلدة أو فئة معينة من الناس ، وأن الرجوع إلى أهل الخبة والاختصاص وطلبُ تحكيمهم فيما هو من شأنهم، واستنادا إلى خبراتهم ومعارفهم، إنما هو رجوع وعود إلى العرف الخاص(19).

القسم الثالث:

العرف الصحيح والعرف الفاسد: ينقسم العرف من حيث ملائمته لقواعد الشريعة ونصوصها إلى قسمين هما:

1 ـ العرف الصحيح: وهو المقصود به العرف الشرعي: وهو عبارة عن مجموعة من الاصطلاحات الشرعية التي أُهملت معناها اللغوي واستعملت في المعنى الشرعي كالصلاة، والزكاة، والحج ، أو هو ما تعارفه الناس وليس في هذا التعارف مخالفة لنص من نصوص الشريعة، أو تفويت لمصلحة، أو جلب لمفسدة.

يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد عندما يتكلم عن الأعراف والعوائد: " العوائد المستمرة ضربان: أحدهما العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشارع أمر بها إيجابا أو ندبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلا وتركا . والضرب الثاني: العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي"(20).ومن أمثلة ذلك:

ـ الصلاة التي تعني في اللغة الدعاء، ولكن الشرع استعملها على أنها عبادة مخصوصة تبدأ بالتكبير وتنتهي بالتسليم، وما فيها من أركان وشروط.

ـ أقر الإسلام الكثير من العوائد والأعراف الجاهلية لعدم مخالفتها لمبادئه وأحكامه ومقاصده، كالدية التي كانت منتشرة قبل الإسلام في أيام الجاهلية، وجاء الإسلام وأقرّها، فهي ـ أي الدية ـ من الأعراف التي شهد لها الشارع.

18 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ص 101.

19 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 849؛ محمد قوتة، العرف *وأثره في المعاملات المالية* ، ص263.

20.283 / 2 الشاطبي، *الموافقات*، Selahattin Kıyıcı *İslam Hukukunda Örf ve Adet,* Ekev Yayınları, Erzurum 2002, s, 146-147

ـ وكتعارف الناس على أن المهر مقدم ومؤخر، وكتعارفهم على أن تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته لا تعتبر من المهر(21).

2 ـ العرف الفاسد :

وهو العرف المخالف لنصوص الشريعة، أو فيه ضرر، أو يدفع مصلحة،أو يعارض حكما ثابتا لا يتغير هذا الحكم بتغير الأمكنة والأزمنة، أو ما أحلّ حراما ، أو حرّم حلالا ، كتعارف الناس على التعامل بالربا، والاختلاط بين الرجال والنساء في الحفلات والأعراس وغيرها ، وتقديم الخمور في المناسبات.

يقول عبدالوهاب خلاف : " وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته، لأنه في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي، فإذا تعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة كعقد ربوي، أو عقد فيه غرر وخطر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد"(22).وقال ابن عابدين:"إذا خالف العرف الدليل الشرعي،فإن خالفه من كل وجه بأن لزم منه ترك النص فلا شك في رده"(23)

أقوال العلماء في اعتبار العرف

اعتبر الفقهاء والعلماء على اختلاف مذاهبهم وآرائهم العرف وجعلوا منه أصلا يُبنى عليه قسم عظيم من أحكام الفقه الإسلامي وقد راعى الشارع الحكيم العرف في كثير من الأحكام والفروع الفقهية، لأن إغفال العرف وعادات الناس وما لها من دور مهم وبارز في حياة الناس والمجتمع ليس من مقاصد الشريعة الإسلامية ، بل راعت الشريعة هذه العادات والأعراف التي تتفق مع ظروف حياتهم وطباعهم الإنسانية.وعند التحقيق والمتابعة نجد أن العلماء اتفقوا على حجية العرف واعتباره دليلا من أدلة الأحكام والتشريع عند عدم وجود نص .

قال الإمام القرافي رحمه الله:" .. أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها " (24).

فاعتبار الشرع لأعراف الناس وعوائدهم هو أن هذه الأعراف والعوائد هي وليدة حاجات الناس ، وتعبر عن مصالحهم ، وفي نزعها وإبطالها حرج ومشقة للناس . ورفع الحرج من الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية ومن مقاصدها .

دليل اعتبار العرف من حيث اعتباره في الأحكام :

---

21 أسماء الموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، ص21؛ الموسوعة الفقهية الكويتية،3 / 56. رقية طه العلواني، *أثر العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)* ، دار الفكر ،دمشق ، ط1 ، 2003، ص51.

22 خلاف، عبدالوهاب خلاف، *علم أصول الفقه*، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، بدون تاريخ طبع، ص89.

23 ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة : *نشرُ العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف*، 2 / 118.

24 القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين ، *شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول* ، دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ ،ص 488.

ينقسم العرف إلى ثلاثة أقسام من حيث اعتباره وقبوله أو نفيه في الأحكام الشرعية :

القسم الأول :

وهو ما قام الدليل الشرعي على قبوله واعتباره ، ولا فرق بين ايجاده من قبل الشرع ابتداءً ، أو ما كان متداولا ومتعارفا عليه بين الناس فدعا إليه الشرع وأكّده وأمثلة ذلك كثيرة منها : مُراعاة الكفاءة بين الزوجين في الزواج ، وتحميل الدية للعاقلة، وغيرها ، فهذه الأمور التي تعارفها الناس وأكّدها الشرع يجب اعتبارها و الأخذ بها .

وأشار الإمام الشاطبي إلى هذا النوع عند تقسيمه العوائد إلى نوعين : وهي شرعية، وأخرى جارية بين الخلق . وذكر الإمام السيوطي ذلك أيضا عن كلامه عن تعارض العرف مع الشرع(25).

المقصود من كلام الشاطبي والسيوطي : هو أن العرف الشرعي يجب العمل به إذا احتوى على حكم شرعي، وهذا النوع لا يمكن أن يتغير بتغير الأزمان والأمصار(26).

القسم الثاني :

وهو ما تعارف عليه الناس ، ولكن جاء الشرع بتحريمه ونفيه ، وقام الدليل الشرعي بإبطاله، وذلك كعادة أهل الجاهلية في التبرج، والطواف حول الكعبة عراة، وجمعهم بين الأختين في الزواج، فمثل هذه الأعراف لا تعتبر ولا يُبنى عليها حكم، ولا تؤخذ بعين الاعتبار ، بل هي كما قال ابن عابدين : " لا اعتبار للعرف المخالف للنص"(27).

القسم الثالث : وهو الذي لم يقم الدليل على اعتباره أو ابطاله . وهذا النوع هو ما يتعارفه الناس فيما بينهم ويجري العمل به من وسائل التعبير وأساليب الخطاب واستعمال الألفاظ في أمور معينة، وما يعتادونه ويسيرون عليه في معاملاتهم وشؤون حياتهم مما ليس فيه إثبات ولا نفي من قبل الشرع ، فهذا النوع هو موضع نظر الفقهاء والعلماء.

وقد قام الدليل من القرآن والسنة والإجماع على اعتبار العرف :

أ ـ الأدلة من القرآن الكريم :

وردت آيات عديدة تدل على العرف واعتباره كقوله تعالى:[خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ.] (28). ووجه الاستدلال في هذه الآية : إن الله تعالى أمر رسوله بالعرف فدلّ هذا الأمر على اعتبار العرف في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به في الآية فائدة تُذكر.

---

25 الشاطبي، *الموافقات*، 2 / 283؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر* ص103.

26 الشاطبي، *الموافقات*، ج2/ ص283؛ السيوطي، *الأشباه والنظائر* ص103؛ البوطي،محمد سعيد رمضان البوضي، *ضوابط المصلحة*، دار الفكر،دمشق، ط 4، 2005، ص 292 - 294.

27 ابن عابدين، *نشر العرف* ، ص118.

28 سورة الأعراف، الآية 199.

ومن الذين استدلوا بهذه الآية الإمام القرافي في كلامه عن حجية العرف حيث يقول بعد ذكر هذه الآية:" فكل ما شهدت به العادة قُضي به لظاهر هذه الآية"(29).

وقال ابن عابدين: (30)." واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله تعالى:[خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ..]".

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا عن هذه الآية :" ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي، وهو الأمر المستحسن المألوف على معناه الاصطلاحي، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو: أن العرف ـ وإن لم يكن مرادا به في الآية المعنى الاصطلاحي ـ قد يُستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسنوه وألفته عقولهم، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف ، فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة (31).

قوله تعالى:[وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ..] (32)، ووجه الاستدلال من هذه الآية: أن الله تعالى قد أوجب على الآباء النفقة والكسوة وذلك على الوجه المستحسن شرعا وعرفا، مع الأخذ بعين الاعتبار حال الزوجين في اليسار والاعسار، كما صرح بذلك بعض المفسرين منهم الجصاص (33).والطبري(34).

وقوله تعالى:[وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ..](35) وقوله تعالى:[وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ](36).

ووجه الاستدلال في هاتين الآيتين : أن الله تعالى قد أرشد الزوجين لحسن المعاشرة وأداء الحقوق الزوجية المترتبة على بعضهم البعض ، وذلك بالمعروف المعتاد الذي يقبله العقل ويرتضيه القلب. وكل هذا يتغير بتغير

29 القرافي، أبو العباس بن إدريس الصنهاجي القرافي، *أنوار البروق في أنواء الفروق*،تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية،بيروت ، 1998م ،3 / 276..171 Kıyıcı, *İslam Hukukunda Örf ve Adet,* s,

30 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص117.

31الزرقا، *المدخل الفقهي العام*،1 / 143.

32 سورة البقرة،الآية 233.

33 الجصاص، أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ ، 2 / 105.

34الطبري، محمد بن جرير الطبري بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري، *جامع البيان في تأويل القرآن*،تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1،تاريخ الطبع 2000، 5 / 44 ..

35 سورة البقرة،الآية 228.

36 سورة النساء،الآية19 .

واختلاف المناطق وأحوال الناس حسب الأعراف والعادات(37).وقوله تعالى:[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] (38) فالآية صريحة وواضحة في ردِّ أمور الكسوة والإنفاق إلى العرف والعادة المنتشرة بين الناس.

وقوله تعالى:[هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ] (39) لأن معارضة أعراف الناس وعاداتهم فيه ضرر وضيق وحرج عليهم إن لم يكن ذلك مخالفا لنص أو حكم مجمع عليه.

ووجه الاستدلال في هذه الآيات هو التأكيد على أن معناها يُقصد بها العرف بمعناه الواسع الذي يتم به في المعاملات اطلاقا، ما لم يخالف نصا صريحا أو اجماعا.والحكمة في كل هذا ظاهرة: وهي أن الله تعالى يخاطب عباده بما يعرفونه ويألفونه، فما عرفوه عن طريق النص فأمره واضح وظاهر، وما لم يرد فيه نص فيُحال إلى الأمر المتعارف بينهم .

ب ـ الأدلة من السنة النبوية :

قوله :" ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"(40). فهذا الحديث يدل بعبارته على أن المسلمين إذا اعتبروا أمرا ما يجري بين المسلمين بأنه حسن، فهو عند الله أيضا حسن، فيرجع لهذا الأمر ويُعمل به.ويقول الأستاذ أبو سنة (41):"بأن هذا الحديث قد استدل به السيوطي في الأشباه والنظائر، وكذلك ابن نجيم في أشباهه، وكثير من الفقهاء في بعض الفروع التي تستند على العرف، كوقف المنقول والاستصناع وغيره ،وبيّن بأن اعتبار العرف المأخوذ من الحديث هو أن المسلمين إذا رأوا أمرا ما مستحسنا وجميلا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله تعالى لا يرضى بالباطل، فما استحسنه المسلمون من عرف وعادة كان محكوما بحقيته واعتباره.ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند أم معاوية لرسول الله " إن أبا سفيان رجل شحيح ،فهل عليّ جُناح أن آخذ من ماله سراً ؟ قال:خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف "(42) ، فيستدل بهذا الحديث على اعتبار العرف في بيان وتقدير النفقة إذا لم يكن هناك نص شرعي.

ج ـ الأدلة من المعقول :

---

37 عبداللطيف، عبدالرحمن بن صالح العبداللطيف، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، منشورات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط1، تاريخ الطبع 2003، 1 / 302.174-173,s Kıyıcı *İslam Hukukunda Örf ve Adet,*

38 سورة البقرة، الآية 233.

39 سورة الحج، الآية 78.

40 قال الزيلعي في نصب الراية: غريب مرفوع، ولم أجده إلا مرفوعا عن ابن مسعود، والأصح وقفه على ابن مسعود =
الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبدالله يوسف الزيلعي، *نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي*، تحقيق محمد عوامة ،دار القبلة للثقافة الإسلامية،جدة ، بدون تاريخ طبع ، 4 / 132.

41 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص24.

42 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب :إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث 5049.

إن المتتبع لفروع الشريعة الإسلامية يجد أن كثيرا من النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف والعادات التي كانت سائدة قبل الإسلام ، مثل بيع العرايا، والسّلم ، والمضاربة، فأقرت الشريعة كثيرا من الأعراف التي كانت صالحة،وألغت وأبطلت منها ما كان منافيا لأصولها كالربا وغيره. ومن العلماء الذين ظهروا واستدلوا على حجية العرف واعتباره بالأدلة العقلية الإمام الشاطبي .ويقول الأستاذ الزرقا :" اعتبر الفقهاء ـ على اختلاف مذاهبهم ـ العرف وجعلوه أصلا ينبني عليه الحكم"(43).

الاحتجاج بالعرف عند الفقهاء :

ذهب معظم الفقهاء والعلماء ــ على اختلاف مذاهبهم ــ إلى اعتبار الأعراف وعادات الناس، وبنوا عليها الكثير من الأحكام الفقهية. ومن يتتبع أقوال الفقهاء يجد لهم الكثير من الأقوال الدالة على اعتبارهم للأعراف والعادات في بناء الأحكام عليها.

ويعبر القرافي عن هذا الأمر بوضوح فيقول :"نقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع....أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"(44).ويؤيد قول القرافي هذا الدليل والواقع، فنظرة سريعة في كتب الفقه للمذاهب الأربعة تثبت ذلك، وفيما يلي بعض أقوال العلماء:

1 ـ الحنفية :حيث اعتبروا العرف أصلا من الأصول يرجعون إليه في كثير من الأحكام ويأخذون بالعرف مصدرا من مصادر الاستنباط ، وأصلا من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه. قال ابن عابدين :" واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة"(45).وقال ابن نجيم:" إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا"(46).

2 ـ أما المالكية: فيعتبرون العرف نوعا من المصلحة، حتى توسعوا فيه ، واعتمدوا عليه كأصل هام من أصول الفقه .

وقد لاحظ الإمام أبو زهرة هذه الحقيقة عن المذهب المالكي فقال:" والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي،بل إنه أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي، لأن

43 الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 1 / 110.
44 القرافي، *شرح تنقيح الفصول*، ص76.
45 ابن عابدين، *نشر العرف*، ص117.
46 ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*،ص 93.

المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال ، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه "(47).

وقال القرافي:" وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة،هل يُكال أو يوزن؟ فإن اختلفت فعادة أهل البلد ، فإن جرت العادة بالوجهين خيّر فيهما"(48).

3 ـ وعند الشافقعية : فقد غيّر الإمام الشافعي الكثير من مذهبه القديم بعد أن نزل مصر، لأن للأعراف المصرية أثر في ذلك. والعرف والعادة لهما اعتبار وحضور في أقوال بعض علماء الشافعية، رغم ورود بعض الأقوال والعبارات التي تقول بعدم اعتبارهم للعرف والعادة. فقد ورد عن الإمام النووي في المجموع في أثناء حديثه عما ينبغي أن يقوم به المفتي فقال:"...لا يجوز أن يفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما وما يتعلق بالألفاظ إلا أن يكون من بلد الفظ، أو متنزلا منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها"(49).

وجاء عن الإمام السيوطي أيضا قوله:" اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليهما في الفقه في مسائل لا تُعد كثيرة". وقال:" .. قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف "(50).

4 ـ أما عند الحنابلة : فقد عرف عنهم تشبثهم بالنصوص ،ولكنهم حكّموا العرف في كثير من الأحكام . فقد استدل الإمام ابن قدامة (51) بالعرف في مواضع وقضايا كثيرة منها : الرجوع للعرف والعادة في تقدير النفقة الواردة في قوله تعالى:[فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ] (52) .

وذكر أبو سنة نقلا عن عن ابن رجب :" أنه لو استأجر أحدا أجيرا يعمل له مدة معينة، حُمّل على ما جرت به العادة فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف"(53).

القواعد الفقهية المبنية على العرف :

يتبين لنا من خلال ما تم عرضه عن العرف والعادة ، أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد اتفقوا على الأخذ بالعرف واعتباره ولكن على اختلاف فيما بينهم على التوسع أو القلة في الأخذ بالعرف والعادة,وقد نُقلت عنهم قواعد

47 أبو زهرة، محمد أبو زهرة، الإمام مالك، حياته وعصره، دار الفكر العربي، بيروت، ط1 ،تاريخ الطبع 1946، ص 420.
48 القرافي، *الفروق*، 3 / 265.
49 النووي، محمي الدين شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ،جدة ، السعودية،، بدون تاريخ طبع ، 1 / 80.
50 السيوطي، *الأشباه والنظائر*،ص90.
51 ابن قدامة، *المغني*،6 / 133.
52 سورة المائدة، الآية 89.
53 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص52.

فقهية قامت في أساسها على اعتبار العرف والعادة . والقاعدة الفقهية هي : " هي قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها "(54).

وعرف الشيخ الزرقا القاعدة الفقهية بأنها : " أصول فقهية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها " (55).

وتعتبر القواعد الفقهية التي تستند إلى أصل من القرآن أو السنة بمثابة دليل شرعي، حيث يمكن الاستناد على هذه القواعد في استباط الأحكام منها وإصدار الفتاوى بموجبها، وإلزام القضاء بناء عليها (56).وسنتناول بعضا من هذه القواعد الفقهية بالشرح وذكر الأمثلة عليها .

القاعدة الأولى : العادة محكمة :

تعتبر هذه القاعدة من أشهر القواعد المبنية على العرف ، وتنسب هذه القاعدة إلى الإمام أبي طاهر الدباس الحنفي(57).وقد جاءت هذه القاعدة بصيغ متعددة منها : " العادة كالشرع " وأيضا " العادة شريعة محكمة " وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأربع التي يرجع إليها أصول المذهب الشافعي (58).

وقد علّق الشيخ الزرقا على هذه القاعد بقوله : "أصل هذه القاعدة قول ابن مسعود رضي الله عنه " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح " وهو حديث حسن وإن كان موقوفا عليه فله حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه .

والعادة : الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه المرة بعد الأخرى , وهي المرادة بالعرف العملي. وقد نقل ابن عابدين : أن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه " (59).و عند التأمل في هذه القاعدة يتضح لنا ما يلي :

1 ـ الأصل الشرعي لهذه القاعدة هو كلام الصحابي ابن مسعود رضي الله عنه ، في حين أن أكثر القواعد الفقهية الكبرى الأخرى يرجع أصلها إلى آية قرآنية أو حديث نبوي صحيح .

وهذا الأمر لا يقلل من قيمة هذه القاعدة، ولكن تؤخذ بعين الاعتبار عند المقارنة بين هذه القاعدة وغيرها من القواعد الأساسية (60).

---

54 السدلان، صالح بن غانم السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ،دار بلنسية، الرياض، السعودية، ط1، تاريخ الطبع 1417هـ، ص12.
55 الزرقا ، *المدخل الفقهي العام*، ج2/ ص946.
56 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص 35.
57 الزحيلي، محمد الزحيلي، القواعد *الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة* ، دار الفكر،دمشق، ط1 ، 2006، ص54.
58 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة* ، ص61.
59 الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، دار القلم، دمشق، ط2، 1989، ص219.
60 العلواني، *أثر العرف في فهم النصوص* ، ص 76.

2 ـ جملة التطبيقات لهذه القاعدة والتي ذكرها العلماء تنحصر في مجال البيوع والمعاملات التجارية ، وأيضا ألفاظ وعبارات المتعاقدين... وغيرها من المسائل التي تتعلق بهذا المجال ، ومع أن هذه القاعدة تعتبر من إحدى القواعد الأساسية الخمس المعروفة (61)والتي يرجع إليها الفقهاء في مسائل الفقه عامة، حيث أن الفقه يُعتد به ويُبنى عليه في جميع مسائل الفقه(62).إلا أن أغلب التطبيقات لهذه القاعدة تنحصر في قسم المعاملات من بيوع وعقود ونحو ذلك(63).ولعل في هذا الأمر إشارة إلى أن صياغة العلماء لهذه القاعدة جاء بعد النظر والاجتهاد في تلك الفروع، لأن القواعد الفقهية كما هو معلوم ما تم التوافق عليها إلا بعد النظر في تلك الفروع المتعددة، وبعدها يكون استنباط القاعدة الفقهية من خلال تتبع واستقراء تلك الفروع والجزئيات(64).

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية أن أساس العادة سواء أكانت عامة أو خاصة فإنها تجعل حكما لإثبات حكم شرعي بالعرف والعادة، وذلك عند عدم وجود نص في ذلك الحكم المراد إثباته، وعند ورود النص لا يجوز ترك النص والعمل بالعرف والعادة وذلك لأنه لا يجوز للعباد أن يغيروا النصوص ، والنص أقوى من العرف.

ومستند النص لا يجوز أن يكون مبنيا على باطل بخلاف العرف الذي قد يكون مبنيا على باطل ، لذلك لا يمكن أن يترك القوي لأجل الضعيف (65).

ونذكر بعض الأمثلة التطبيقية وبعض المسائل الفقهية التي بنيت على قاعدة" العادة محكمة" حيث أن المسائل التطبيقية لهذه القاعدة كثيرة جدا، ولا يمكن حصرها ، ويصعب استقصائها وحسابها ، سواء أكانت في باب المعاملات أو العقوبات أو في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي.فمن ذلك العمل المفسد للصلاة مفوض إلى العرف ، حيث لو كان رآه راء يظن أنه خارج الصلاة (66).ومنها: ثبوت المالية، فيتخذ بالعرف والعادة ما هو مال شرعا أو ليس مالا ، ويرجع اختلاف الفقهاء في اعتبار ما يكون وما لايكون إلى العرف ، فكل شيء لا ينتفع به لا يعد مالا ، أما الذي يجري فيه البذل والمنع وينتفع به الناس ولو بعد حين فهو مال .فمقياس المالية عند الناس مردّه العرف والعادة وهذا الأمر متجدد ومتغير على مرّ العصور والأزمان (67).

---

61 القواعد الأساسية الخمس هي : أ ـ الأمور بمقاصدها . ب ـ اليقين لا يزول بالشك . ج ـ المشقة تجلب التيسير . د ـ الضرر يزال . ه ـ العادة محكمة .انظر: الزحيلي،القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة،ج1/ص 32.

62 حسنين، حسنين محمود حسنين، *العرف والعادة*، دار القلم ،دبي، ط1،تاريخ الطبع 1988، ص76.

63 الشرواني، عبدالحميد الشرواني ، *حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج* ،دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ طبع ،6 / 150؛ ابن عابدين، *الدر المختار*، ،دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ ،4 / 372، السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ص7.

64 ــ السدلان، القواعد الفقهية *الكبرى*،ص20. محمد البورنو، *موسوعة القواعد الفقهية* ، ،مكتبة التوبة، الرياض، ط2، 1418هـ 1 / 19.

65 ــ علي حيدر، *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام*، تعريب فهمي الحسيني،دار الكتب العلمية، بيروت،بدون تاريخ طبع، 1 / 40.

66 ــ الحموي، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، *غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم*، دار الكتب العلمية،بيروت، ط1، 1985، 1 / 296.

67 أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 136 - 137.

ومنها أيضا : حق الجوار وهذا الحق ينشأ من مجاورة وملاصقة الحدود في الأرض والمنازل والطريق الخاص وغيرها، حيث أن هذه الحقوق قد ثبتت بالقرآن والسنة ، حيث أن للجار على جاره حقوق أخلاقية كالإعانة والمساواة والإعارة وحقوق أخرى تتعلق بالحدود والمسكن ، فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا كبيرا أو فاحشا من أجل انتفاعه هو بملكه : كحجب ضوء الشمس ومنع الهواء عنه، أو أن يبني بناءً في دار تسد به نوافذ جاره , وغير ذلك مما ينبني تحديد الضرر والأذى فيه على أعراف الناس وعاداتهم (68).

ومن البيوع التي بنيت على هذه القاعدة وعلى العرف: بيع السلم، وبيع الاستصناع، وبيع الوفاء.أما في الأحوال الشخصية فقد تم الاعتماد على العرف والعادة في كثير من أبواب الزواج والطلاق، والنفقة والوصية وغيرها كهدايا الخطبة، والكفاءة في الزواج والوصية بالمنافع.وتتفرع عن قاعدة" العادة محكمة "قواعد كثيرة من أهمها :

1 ـ قاعدة : استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

2 ـ قاعدة : تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .

3 ـ قاعدة : العبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر.

4 ـ قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال.

5 ـ قاعدة :المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

6 ـ قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

7 ـ قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

8 ـ قاعدة:لا عبر بالعرف الطارئ .

9 ـ قاعدة: الكتاب كالخطاب.

10 ـ قاعدة:الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .فهذه هي أهم القواعد المندرجة تحت قاعدة " العادة محكمة "

القاعدة الثانية: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " :

تتفرع هذه القاعدة عن قاعدة" العادة محكمة " وهي لا تقل أهمية عنها. وهذه القاعدة لا يُعرف لها نسبة إلى عالم معين، وإنما تناقلها العلماء على شكل عبارات وصيغ مختلفة ، ولكنها تتفق جميعا في المعنى المقصود والمراد منها.

68 الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، 5 / 610. السدلان،*القواعد الفقهية الكبرى*،ص376.

وعند التحقيق في أصل هذه القاعدة ونشأتها نجد أن العلماء لم يذكروا أصلا لهذه القاعدة من كتاب أو حديث نبوي كغيرها من القواعد الكلية(69). فالزمان يتطور وتتطور معه الأفكار والأحوال، وإن أحوال الناس والأمم غير ثابتة وليست مستقرة، ولا تسير على نسق معين دائم، بل إن الناس ينشدون الأفضل والأحسن دوما ومتطلعين للمستقبل، ليدركوا أسرار هذه الكون وملابساته (70).فالفقه هو فهم للنص القرآني أو من النص من السنة النبوية، وعليه فهذا الفهم أمر قابل للتغيير والتبدل، أما نصوص الكتاب والسنة الصحيحة فهي غير قابلة للتغيير أو التبدل، بل إن هذه النصوص حاكمة على كل قول أو اجتهاد بشري في كل زمان ومكان وعلى مرّ العصور.

إذا فمراعاة تغير العادات والأعراف من أهم أسباب تغير الأحكام، وهذا النوع أصل عظيم وباب واسع من أبواب تبدل وتغير الفتاوى والأحكام، حيث نشأ من أجل هذا النوع ما يعرف بفقه النوازل (71).والأحكام التي تتغير هي الأحكام الاجتهادية المبنية على القياس، أو الاستصلاح، أو الاستحسان ، أما الأحكام الثابتة بنصوص القرآن الكريم أو بالسنة النبوية: كالربا، والسرقة، والغصب، وموالاة الكفار، والتولي يوم الزحف ، وأحكام الميراث، وغيرها من الأحكام الثابتة فهي ثابتة لاتتغيير .وقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية بمصالح العباد .

ومن الاعتبار لمصالح الناس مراعاة أسباب تغير الأحكام بتغير العادات والأعراف المستحسنة، فحاجات الناس وأحوالهم في تغير مستمر. فقد تحدث للناس حاجات وتتبدل أحوالهم فيكون في بقاء الحكم الأول الحاق الضرر والمفسدة بهم، لذلك تقتضي أصول الشريعة الإسلامية بتبديل هذا الحكم بحكم جديد آخر يناسب أحوال وأوضاع الناس بعد تغيره من أجل جلب المصلحة لهم ودرء المفسدة عنهم (72).وقد ورد عن بعض العلماء والفقهاء : أن الفتوى تتغير وتتبدل بتغير الأزمنة والأمكنة وأعراف الناس وعاداتهم وأحوالهم (73). فابن الجوزية أوضح : " أن الفتوى تتغير وتتبدل بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله "(74).

وعقد ابن القيم لهذا الموضوع فصلا كاملا تحت عنوان " تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد " حيث أوضح أن الجهل بهذا الباب يوقع صاحبه في الحرج والضيق والمشقة ،وتكليف

---

69 القواعد الكلية الخمس تعود في أصل نسبتها إلى نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية .

70 الجيدي، عمر عبدالكريم الجيدي، *العرف والعمل في المذهب المالكي*، مطبعة فضالة، المحمدية،المغرب، بدون تاريخ طبع،ص143.

71 السدلان،*القواعد الفقهية الكبرى*، ص435.

النوازل : المقصود بفقه النوازل: هو استنباط واستخراج الأحكام الفقهية لما يجدُّ من الحوادث والأمور المستحدثة التي لم يرد في شأنها حكم عن العلماء والفقهاء المتقدمين.

72 ابن عابدين، *نشر العرف* ، ص125؛ أبو سنة، العرف والعادة ،ص83؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 /923.

73 القرافي، *الفروق*، 1 / 176- 177؛ الشاطبي ،*الموافقات*،2 / 226 ؛ ابن القيم ، *أعلام الموقعين*، 3 / 5؛ابن عابدين، نشر العرف ص125.

74 ابن القيم، *أعلام الموقعين*، 4 / 205.

ما لا سبيل إليه (75).ولقد خالف كثير من علماء الحنفية المتأخرون علمائهم المتقدمين وذلك نظرا لتغير العرف من جهة، ولأن الأحكام والفتاوى التي أصدروها كانت مبنية في أساسها على العرف والعادة(76).

وقال القرافي:" الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين" (77).وقال ابن عابدين:" فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة ،أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ولبقاء العالم على أتمّ نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنه، لعلم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه"(78).

أما الأستاذ مصطفى الزرقا فإنه يقول : " إن عوامل تغير الزمان وتبدل الأحكام تنقسم إلى قسمين :

ـ إما لفساد الزمان بفقد الورع والتقوى وهو فساد الأخلاق العامة والعادات العامة ، ـ وإما لتغير طراز الحياة وشكلها ووسائل العيش ، وهو تطور الأحوال التنظيمية المحققة لمقصد الشريعة " (79).

ويؤكد الشيخ الزرقا على نوعية الأحكام التي يعتريها التغييير وفق هذه القاعدة حيث ينقل في ذلك اتفاق قول فقهاء المذاهب أجمع على أن الأحكام التي تتغير وتتبدل بتبدل الزمان واختلاف الناس فيها هي:"الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية، وهي المعنية بالقاعدة الآنفة الذكر، أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية فهي ثابتة لا تتبدل بتبدل الأزمان ، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال " (80). وإذا كان الحكم المبني على العرف والعادة يتغير ويتبدل من زمن إلى آخر، ومن مكان لمكان آخر بسبب تغير أعراف الناس وعاداتهم، فإن هذا التغير ليس متروكا له العنان ، وإنما هذا التغير مضبوط بضوابط وقواعد معينة تكاد لا تخرج عن ثلاث صور وهي :

الصورة الأولى : أن يكون ما تعارف عليه الناس وصار عندهم عرفا وعادة هو بعينه حكم شرعي أيضا، بأن أوجده الشارع الحكيم، أو أنه كان موجودا سابقا فدعا إليه الإسلام وأكده ، ومثال ذلك :

ارتداء الحجاب للنساء المسلمات ،فإن هذا الأمر شاع وانتشر بينهن حتى صار عرفا وعادة، فثبت العمل به بحكم شرعي يستوجب هذا الحكم العمل به وعدم تركه.

---

75 ابن القيم، *أعلام الموقعين*، 4 / 205.
76 ابن عابدين، *نشر العرف* ، ص123.
77 القرافي، *الفروق*، 1 / 177 ..
78 ابن عابدين، نشر العرف ص125 ؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1/ص47- 48.
79 الزرقا ، *المدخل الفقهي العام*،2 / 914.
80 الزرقا ، *المدخل الفقهي العام*،2 / 941- -942.

وكذلك الطهارة للصلاة من النجس والحدث وستر العورة، وأيضا القصاص في الجنايات والحدود التي أقرها الإسلام للزنا والسرقة ، والخمر وغيرها، فكل هذه أعراف وعادات المسلمين، ولكنها في نفس الوقت هي أحكام شرعية ثبتت بموجب نصوص القرآن والسنة ، يستوجب فعلها الثواب والأجر ويترتب على تركها العقاب .

ولا فرق بين هذه الأحكام إن كانت متعارفة بين الناس قبل الإسلام :كالدية ، والطواف بالبيت ، ثم جاء الإسلام وأكدها ،أو أوجدها الإسلام ابتداءً كأحكام الطهارة والحجاب، فهذه الأحكام ثابتة لا يجوز أن يتطرق التغييير والتبديل إليها مهما تغير الزمان أو المكان ، أو تغيرت عادات الناس وأعرافهم(81).

الصورة الثانية :ما ينتشر بين الناس من وسائل التعبير وأساليب الكلام والخطاب، وما يتعارفون عليه ويعتادونه مما لا يشمل على حكم شرعي فيه ، من أنواع المعاملات المالية، وكعادة قبض المهر قبل الدخول، وكيفية قبض المبيعات وما يطرأ ويجدُّ من أساليب توثيق وإثبات العقود والمعاملات ، وما تفرضه قوانين الخلق والحياة: كاختلاف عادات وأعراف البلدان فيما بينها مما لا مدخل فيها للإرادة والتكليف كسنِّ البلوغ ، والحيض ، والنفاس ....فهذه الأمور ليست أحكاما شرعية وإنما هي متعلق ومناط للأحكام الشرعية .فالحكم يدور مع مناطه ، فصورة الحكم تتغير بتغير المناط، وهذه الصورة هي التي عناها الفقهاء بقولهم " العادة محكمة "(82).

الصورة الثالثة : أن لا يكون مما اعتاده في حياتهم ومعاشهم من عادات وأعراف حكما شرعا، ولا تأسس عليه حكم شرعي ولا تخلو هذه الحالة من إحدى حالتين :

الأولى : أن يكون العرف ضمن المباحات والحريات الشرعية للناس ، إذ أن للناس حق حرية ممارسة عاداتهم وأعرافهم ما دامت لاتعارض أمرا من أمور الشريعة، ولهم أن يطوروا ويجددوا عاداتهم وأعرافهم هذه حسب مقتضيات الزمان والمكان .

الثانية : أن يتعارض العرف مع نصوص الشريعة، فهو إما مقارن للنص أو متأخر عنه، فإن كان مقارنا للنص بحيث يكون عرفا قوليا فهو حجة، وإن كان العرف فعليا ففيه خلاف :حيث الحنفية قالوا : بأنه حجة . أما الجمهور فقالوا: بأن العام لا يخصص به ويبقى النص على عمومه.أما إذا نشأ العرف متأخرا عن النص المعارض له ،فهذا العرف لا قيمة له سواء أكان عرفا قوليا أم عرفا فعليا خاصا أو عاما (83).

ومن أمثلة تغير الأحكام بتغير الأزمان :

---

81 الشاطبي، *الموافقات*، 2 / 215؛ البوطي، *ضوابط المصلحة*، ص281– 282.

82 البوطي ،*ضوابط المصلحة*، ص 283 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص 87 – 89.

83 البوطي ،*ضوابط المصلحة*، ص 287 – 288 ؛ الزرقا، *المدخل الفقهي العام*، 2 / 924– 925؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*، ص430 .431

عند الأحناف : الواجبات الشرعية على الشخص لا يجوز له أن يأخذ عليها الأجرة، كالقيام بالعبادات والأعمال الدينية المختلفة الواجبة: كالإمامة ، وتعليم القرآن، وخطبة الجمعة ، فهذه الواجبات لا يجوز أخذ الأجرة عليها عند أبي حنيف وصاحبيه.بل تجب على المقتدر مجانا، لأن ذلك واجب ديني.غير أن المتأخرين أباحوا للناس أخذ الأجرة على هذه الأعمال نظرا لضعف الهمم وتغير أحوال الناس الإيمانية والمعيشية(84).

ـ ضمان الأجير المشترك لما يُفسد بين يديه وذلك بسبب شيوع الفساد،وإن كان هذا مخالفا لقاعدة اليد الأمينة لا تضمن إلا بالتعدي.

ـ لا يجوز للوصي أن يضارب في مال اليتيم والوقف، وعدم الإجازة في الدور بأكثر من سنة، وثلاث سنين في الأراضي ، مع أن المذهب أصلا لا يضمن ولا يحدد بمدة . ـ منع النساء من حضور الجماعة في المسجد .

ـ بيع الوفاء وعقد الاستصناع .ـ جاء في صحيح البخاري (85).: أن الإبل الضالة حكم فيها رسول الله ρ بتركها حتى يجدها صاحبها، أما عثمان رضي الله عنه فأمر ببيعها .

ـ قضاء القاضي بعلمه يجوز عند الحنفية، أما عند المتأخرين فمنعوا ذلك .

ـ اختلاف شروط العدالة عند المتقدمين وعند المتأخرين ، حيث تنازل المتأخرون عن شرط العدالة المطلقة، بل اكتفوا بالعدالة النسبية (86).

القاعدة الثالثة : استعمال الناس حجة يجب العمل بها :

المقصود باستعمال الناس هو نفس المراد والمقصود من العرف والعادة، وهو أحد القولين في تفسير استعمال الناس، ومعنى القاعدة : " أن عادة الناس إذا لم تكن مخالفة لنصٍ من نصوص الشريعة من كتاب أو سنة فهي حجة ودليل يجب العمل بها لأن العادة محكمة(87)وقيل بأن الاستعمال هو: نقل اللفظ من معناه الأصلي إلى المعنى المجازي شرعا، وغلبة استعماله فيه .وإذا أُريد باستعمال الناس العرف العملي، فيكون موضوع هذه القاعدة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى ,وحينئذ تكون هذه القاعدة تأكيدا لقاعدة " العادة محكمة " . وإذا تعارض العرف مع الشرع ، فيتم تقديم عرف الاستعمال بين الناس وخاصة في الأيمان ، لأن أساس الأيمان ومبناها هو على العرف والعادة، وليس على نفس اطلاق الاسم ،ومثال ذلك : كالفراش ، والبساط، والبيت، مع أن الله سبحانه وتعالى سمّى الكعبة والمسجد بيتا، وسمّى الأرض فراشا وبساطا(88).

---

84 أبو سنة، *العرف والعادة*،ص87.

85 البخاري، *صحيح البخاري*، كتاب اللقطة، باب ضالة الغنم، رقم الحديث 2296..

86 السرخسي،*المبسوط*، 9 / 59؛ ابن عابدين، *نشر العرف* ،ص126 ؛ أبو سنة، *العرف والعادة*، ص85- 88؛ عطا ، تخصيص العموم بالعرف، ص116.

87 الزحيلي،*القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 321 ؛ الزرقا ، *شرح القواعد الفقهية*، ص223.

88 الزحيلي،القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة،1/ 321 ؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 46/1.

واستعمال الناس إن كان عاما فهو حجة في حق عموم الناس، أما إذا كان خاصا ببلدة فإنه لا يكون حجة ، خلافا لأهل بلخ الذين يرون بأن الاستعمال الخاص يُعدُّ عرفا لأهل تلك البلدة ، ويكون في حكم العرف الخاص(89).

من تطبيقات هذه القاعدة :

ـ لو قال شخص لشخص آخر من أهل الصنعة : اصنع لي الشيء الفلاني ،وقال له أن السعر هو كذا، وقَبِل الصانع هذا القول، انعقد البيع استصناعا(90).

ـ لو تقاول شخص مع نجار ليصنع له زورقا ، ثم بيّن الشخص مواصفات الزورق من طول وعرض وغيرها من الأوصاف ، ثم قبل النجار، كان هذا العقد استصناعا (91).

ـ لو استأجر شخص أجيرا للعمل لديه لمدة معينة، فإن هذه الاستئجار يُحمل على العادة والعرف المتبع والجاري بين الناس دون غيره بلا خلاف(92).

ـ لو استعان شخص بشخص آخر من أجل شراء بيت أو سيارة أو عقار، وبعد أن تم البيع طلب المستعان به من الذي استعان به أجرة لقاء عمله، فيُنظر : إن كان تعامل الناس في هذا الخصوص معتادا أخذ الأجرة في هكذا أحوال، فله أن يأخذ أجرة المثل، وإن لم تكن هذه العادة موجودة فلا شيء له (93).

ـ إعطاء الأجرة للسماسرة والدلالين من أصحاب المكاتب العقارية، والذين يسعون بين الناس للبيع والشراء، فقد جرت العادة والعرف في بعض البلاد أن يدفع البائع الأجرة فقط، أما في بلاد أخرى يلزم المشتري بذلك ، وفي بعض البلاد تؤخذ الأجرة من البائع والمشتري، فالعرف في هذه المسألة يختلف من بلد لبلد، فيُعمل بما جرت عليه عادة الناس وعرفهم في البلد الذي جرت فيه عملية البيع والشراء(94).

القاعدة الرابعة: الحقيقة تترك بدلالة العادة :

الأصل في الكلام هو الحقيقة، وينوب عن الحقيقة المجاز، وعند عدم وجود قرينة تدل على المجاز ينصرف الكلام إلى الحقيقة ويستثنى من هذا إذا تعذر إرادة المعنى الحقيقي للكلام، أو أن هذا المعنى مهجور وغير معمول به عرفا وعادة، فيأخذ حكم المتعذر فتترك هنا الحقيقة ويصار بدلا عنها إلى العرف والعادة.

---

89 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 46/1.

90 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ الدّعاس، عزت عبيد الدعاس، *القواعد الفقهية*، دار الترمذي، حمص،سوريا، ط3، 1989، ص48.

91 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*، 1 / 322؛ الدّعاس، *القواعد الفقهية*، ، ص49.

92 ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد* ، دار ابن عفان، الرياض، بدون تاريخ طبع، 2 / 570؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322.

93 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص395.

94 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص395 ؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322.

كما تترك الحقيقة اللغوية بدلالة العرف والعادة، لأن استعمال الناس وتعارفهم على اطلاق لفظ ما على ما تعارفوا عليه هو حقيقة في استعمالهم، واطلاقه على مهناه الأصلي الذي وُضع له مجازا في نظرهم.فالأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز يكون الترجيح للحقيقة، وهي هنا العادة والعرف، ويُترك المجاز ، وهو المعنى الأصلي في الوضع لقولهم:" مطلق الكلام محمول على المعتاد" فالمقصود بالحقيقة في القاعدة المذكورة هي الحقيقة المهجورة، أما الحقيقة المستعملة فهي معتبرة عند الإمام أبي حنيفة دون المجاز(95).ولهذه القاعدة تطبيقات كثيرة منها :

ــ حلف شخص أنه لن يأكل من هذه الشجرة، فينصرف كلام الحالف إلى ثمر الشجرة إذا كان لها ثمر، وإلا فلثمنها، ويُصان كلام العاقل عن الإلغاء، وذلك لتعذر المعنى الحقيقي من الأكل من الشجرة(96).

ــ لو أقسم شخص أنه لن يضع قدمه في دار فلان من الناس، فينصرف حلفه إلى الدخول للدار بأي وجه كان، راكبا أو ماشيا حافيا أو لابسا للحذاء، لأن هذا الأمر و المتعارف بين الناس ، لا المعنى الحقيقي وهو وضع القدم ومباشرتها في الدخول لدار ذلك الشخص أو عدم دخولها، لأن هذا المعنى مهجور في عرف الناس وعاداتهم (97).

ـ القيود والمكتوبات التي هي مكتوبة ومقيدة في دفاتر التجار المعتد بها، تكون من قبيل الإقرار بالكتابة، فإذا قيّد التاجر وكتب في دفتره أن له دينا بمقدر كذا على فلان من الناس، فهذا القيد يعتبر كإقراره الشفهي.

ــ لو استأجر شخص أجيرا للعمل لديه مدة معينة، حُمّلت هذه المدة على ما جرت به العادة من العمل فيه من الزمان، دون غيره من الأزمنة دون خلاف في ذلك (98).

القاعدة الخامسة : المعروف عرفا كالمشروط شرطاً :

المقصود من هذه القاعدة: أن الأمر المعتاد والمتداول بين الناس، وإن لم يذكر صريحا عند التعاقد بين المتعاقدين، فهو بمرتبة الصريح وذلك لدلالة العادة والعرف عليه ، لأن الأمر المعروف عرفا هو كالمشروط شرطا، وفي كل محل يُراعى ويعتبر فيه الشرط الصريح المتعارف شرعا، وذلك أن لا يكون هذا الشرط مصادما لنص شرعي بخصوصه، وذلك إذا تعارفه الناس وجرت عاداتهم بالتعامل به دون اشتراط صريح، فُيراعى ويُعتدُّ به، وهو كالشرط الصريح والمعلن عنه لأن العادة محكمة، وهذا هو رأي الجمهور من السادة الحنفية والشافعية والحنابلة (99).

---

95 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص51؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص231؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 1 / 48.

96 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 1 / 48.

97 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص51.

98 ابن رجب ، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد* ، 2 / 570؛الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة،1 / 322؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*،ص231؛ علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، 1 / 48.

99 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص443ــ 446؛الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 322؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص54.

أما إذا كان الشرط الذي تعارفه الناس وكان صريحا غير معتبر شرعا، بأن كان مصادما لنصٍ شرعي بخصوصه، فهذا الشرط لا يُعتدُّ به ولا يكون معتبرا إذا تعارف الناس عليه بدون اشتراط مسبق.فلو تعارف الناس على تضمين المستعير لحاجة ما ، أو المستأجر للعين المأجورة بدون تعدٍ منه أو تقصير ، فهذا العرف لا يعتد به و لا يُراعى لأنه مصادم للنص وللشرع.ولهذه القاعدة تطبيقات عديدة منها :

ــ توابع وملحقات العقود التي تجري بين المتعاقدين من الناس التي لم تُذكر في العقود تُحمل على عادة كل بلد كالإجارة

وغيرها (100).

ــ الدعاوى التي هي بخلاف المشروط صريحا مما تعارف عليه واعتاده الناس، لا تسمع ولا يؤخذ بها، أيضا لا تسمع الدعوى التي هي بخلاف المشروط صريحا مما تعارف عليه واعتاده الناس .

فلو ادّعى نازل الخان ، أو الفند ق في زماننا، أو من دخل الحمام، الغصب ولم يكن معروفا به، فهذا الرجل لا يُصدّق في دعواه بل يلزمه الأجر(101).

ــ لو دفع رجل ابنه إلى معلم الحرفة مدة معلومة ليتعلم منه الحرفة، ثم حصل خلاف بين الرجل والمعلم، فطلب كل واحد منهما من الآخر بالأجر، فالأجر يكون لمن شهد له العرف المتداول في البلدة(102).

ــ يُرجع للعرف في الحمل الذي يحمله الحمال هل يدخله إلى داخل البيت أو لا ؟ (103).

ــ عقود التعاطي دون سؤال، والشراء من المحلات والدكاكين التي تكون فيها البضائع مسعّرة ، ومكتوب عليها الثمن ، فالمشتري يدفع عن طريق الصندوق أو المحاسب، وذلك حسب ما تعارف عليه الناس واعتادوا عليه(104).

ــ لو استأجر رجل ما سيارة شحن فلا يجوز له أن يحمّلها أكثر من طاقتها ، أو مما هو متعارف ومعتاد عليه، وكذلك السيارة المخصصة للركوب، تستعمل حسب العرف والعادة ، وإن خالف ذلك فهو ضامن لأنه متعد (105).

القاعدة السادسة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص:

100 االزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 346؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص55.

101 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 346؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص237.

102 الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص238؛ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة،1 /347.

103 الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص238.

104 السدلان، القواعد الفقهية الكبرى،ص 457.

105 السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،ص 456 ؛ الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 347.

المقصود من هذه القاعدة هو : أن ما تم تعيينه بالعرف وأثبتته العادة فهو كالمنصوص عليه في العقد، والمقصود بالنصوص ، نصوص القرآن والسنة النبوية، والنص في تعريفه : "هو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره " .فكل حكم يترتب على التعيين بالنص ، يترتب على التعيين بالعادة والعرف(106).

قال ابن عابدين: " الثابت بالعرف كأنه منصوص في العقد ، كالانتفاع بالأعيان الؤجرة والمستعارة التي لم يتبين في العقد كيفية الانتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف"(107).ولهذه القاعدة تطبيقات عديدة :

ـــ إذا قال شخص : "عليّ الطلاق " فهذا اللفظ في حقه يقوم مقام : "أنت طالق " لأن هذين اللفظين متساويين في العرف والعادة(108).

ـــ من أقسم بأنه لن يأكل اللحم ، ثم أكل السمك ، فهذا الشخص غير حانث بأكله السمك ، إذا كان المتعارف بين الناس في بلده لحم الضأن أو غيره دون السمك(109).

ـــ كذلك إذا استأجر شخص بيتا أو دكانا بلا بيان وتوضيح من يسكن فيه، أو بيان نوع العمل الذي سيقام فيه ، فللمستأجر حق الانتفاع بجميع أنواع الانتفاع المباحة، غير أنه لا يجوز له أن يُسكن فيه حدادا أو قصابا أو طحانا، لأن ذلك يحتاج إلى إذن المؤجر، لما في هذه الأمور من الأذية والضرر(110).

القاعدة السابعة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر:

معنى هذه القاعدة أنه إذا بُني حكم شرعي على أساس أمر شائع ومنتشر بين الناس وغالب، فإنه يكون للجميع ، أي أن هذا الحكم يكون عاما، ولا يؤثر في عموميته تخلف بعض الأشخاص، أو في بعض الأزمان، لأنه لا تُبنى الأحكام الشرعية على الأمر القليل أو النادر، بل على الذائع والمنتشر كثيرا بين الناس،وقد أشار لهذه القاعدة العلماء في كتبهم .يقول القرافي :" الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، ويقصر في السفر، ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم، لأن الغالب منهم الحيف"(111).

---

106 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 349؛ الدعاس، القواعد الفقهية ،ص55.
107 ابن عابدين، *نشر العرف* ،ص115.
108 الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص 55.
109 الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص 55.
110 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 350؛ الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، ص241.
111 القرافي، *الفروق*، 4 / 104.

وقال أبو إسحاق الشيرازي في المهذب :" باب من تقبل شهادته ولا تقبل.....ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الإكثار من الصغائر، استجاز أن يشهد بالزور، فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله، لأن الحكم للغالب ،والنادر لا حكم له"(112).

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

ــ القصر من الصلاة أثناء السفر هو رخصة مباحة ومشروعة، وتكمن الحكمة من هذه الرخصة هو دفع أذى ومشقة السفر عن الناس، غير أن المشقة غير منضبطة لاختلافها من شخص لآخر، أو حسب الأحوال والأزمان، فأُقيم السفر علة بدلا عن المشقة.فمتى وجد السفر يكون القصر موجودا . لأن السفر فيه غالبا المشقة والتعب، ولا يؤخذ في تخلف بعض المترفين في ذلك ولا عبرة بحالهم،لذلك يكون مراعاة الحكم في الجنس والنوع ، لا في الأشخاص والأفراد ، فلذلك يجوز قصر الصلاة في حق الجميع ، لأن العبرة للغالب الشائع والكثير المنتشر، لا القليل والنادر(113).

ــ يجوز لصاحب الدين في زماننا أن يأخذ بدلا عن دينه من غير جنس الدين، والسبب في ذلك كثرة العقوق، وأكل الحقوق وغيرها(114).

ــ أفتى المتأخرون بعدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه، والسبب في ذلك فساد أحوال القضاة غالبا(115).

ـ رجل مفقود مرّ على على فقدانه قرابة التسعين عاما، فيحكم بموته، والمستند لهذا الحكم هو الغالب والشائع بين الناس من أن الغالب من الناس لا يعيشون أكثر من التسعين، مع أن البعض ممكن أن يعيش أكثر من ذلك، ولكن هذا نادر وقليل فلا يُبنى الحكم عليه[116]

الخاتمة

نرى من خلال ما تقدم عن القواعد الفقهية المبنية على العرف ، أهمية هذه القواعد التي تعبّر عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي الذي يستند عليه كثير من الأحكام الفقهية في شتى أقسام الفقه وأبوابه.

وهذه القواعد هي تعابير فقهية مركّزة تعبّر عن مبادئ قانونية ، ومفاهيم مقررة في الفقه الإسلامي تبنّتها المذاهب الاجتهادية في تفريع الأحكام وتنزيل الحوادث عليها، وتخريج الحلول الشرعية للوقائع سواء في ذلك العبادات

112 الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط1، ع1996، 5 / 499.

113 الزحيلي ، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 326؛ الدعاس، *القواعد الفقهية*، ص 51.

114 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 326؛الزرقاشرح *القواعد الفقهية*، ص235.

115 الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاته في المذاهب الأربعة*،1 / 326؛الزرقاشرح *القواعد الفقهية*، ص235.

والمعاملات والجنايات وشؤون الأسرة وغيرها. وهذه القواعد هي صيغ إجمالية عامة من قانون الشريعة الإسلامية، ومن جوامع الكلم المعبّر عن الفكر الفقهي استخرجها الفقهاء من دلائل النصوص الشرعية، وصاغوها بعبارات موجزة ، وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالتها في عالم الفقه الإسلامي.

ونخلص من خلال البحث إلى ما يلي :

1 ـ للأعراف سلطان على النفوس، وتحكم في العقول . فالعرف أو العادة إذا ما ترسخت عند الناس اعتبرت من الضرورات الحياتية التي لا يستغني عنها الناس. فيجب مراعاة هذه الأعراف المنتشرة بين الناس، لأن في نزع الناس عنها حرج وضيق ومشقة عليهم. فالعرف يُؤخذ به في كثير من الأحكام الشرعية لا سيما العملية منها، فيدخل في كثير من أبواب الفقه كالمعاملات، والجنايات، والأحوال الشخصية وغيرها .

2 ـ العرف دليل مهم من أدلة الأحكام ، بل هو الأصل المتجدد والمتطور الذي يفي بكثير من الأحكام الفقهية، ومن خلاله يتم تحقيق مصالح الناس ومنافعهم عامتهم وخاصتهم،وهذا الأصل تدعو الحاجة إليه فهو أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بسهولة ويسر.ومن اعتبار الشارع للعرف والعادة أن جعل نصوص الشريعة الإسلامية وفق المعاني المنتشرة والمعهودة بين الناس عند نزول الآيات القرآنية وورود الأحاديث النبوية، وأوجب فهم نصوص الشريعة حسب معاني العرف عند مجيء التشريع، ومن ذلك قصر العام بالعرف.

3 ـ القاعدة الفقهية هي أصول فقهية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ، وتعتبر القواعد الفقهية التي تستند إلى أصل من القرآن أو السنة بمثابة دليل شرعي، حيث يمكن الاستناد على هذه القواعد في استباط الأحكام منها وإصدار الفتاوى بموجبها، وإلزام القضاء بناء عليها .

المصادر والمراجع

ـ القرآن الكريم.

ـ ابن عابدين، *الدر المختار*، دار الفكر، بيروت، ط2، 1386هـ.

ـ ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، *تقرير القواعد وتحرير الفوائد* ، دار ابن عفان، الرياض، بدون تاريخ طبع .

ـ ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم *مقاييس اللغة*، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

ـ أبو زهرة، محمد أبو زهرة، *الإمام مالك، حياته وعصره*، دار الفكر العربي، بيروت، ط1 ،تاريخ الطبع 1946.

ـ أبو سنة، أحمد فهمي أبو سنة، *العرف والعادة في رأي الفقهاء*، مطبعة الأزهر، تاريخ الطبع 1947.

ـ أسماء الموسى، *العرف حجيته وآثاره الفقهية*، الموسوعة الفقهية الكويتية،ج3/ 56؛ رقية طه العلواني ، *أثر العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة نموذجا)*، ،دار الفكر ،دمشق، ط1، 2003 م.

ـ البغا ، مصطفى البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، بدون تاريخ طبع، دار الإمام البخاري، دمشق .
ـ البوطي،محمد سعيد رمضان البوطي، *ضوابط المصلحة*، دار الفكر، دمشق، ط 4، 2005 م.
ـ الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، بدون تاريخ طبع، دار الفضيلة، القاهرة.

ـ الجصاص، أحمد بن علي الرازي الجصاص، *أحكام القرآن*، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1405هـ.
ـ الجيدي، عمر عبدالكريم الجيدي ، *العرف والعمل في المذهب المالكي*، ، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، بدون تاريخ طبع .
ـ الحموي، أحمد بن محمد الحنفي الحموي، *غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم*، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985م.
ـ الدّعاس، عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية، ط3، 1989، دار الترمذي، حمص، سوريا .
ـ الزرقا ، مصطفى أحمد الزرقا ، *المدخل الفقهي العام*، ط1، 1998، دار القلم، دمشق .
ـ الزرقا، أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1989، .
ـ الزيلعي ، جمال الدين أبو محمد عبدالله يوسف الزيلعي، *نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي*، تحقيق محمد عوامة ، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة ، بدون تاريخ طبع.
ـ السدلان، صالح بن غانم السدلان، *القواعد الفقهية الكبرى*،دار بلنسية، الرياض، السعودية،ط1، 1417هـ .
ـ السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، *الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية دار الكتب العلمية* ،ط1، 1983م.
ـ الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، *الموافقات*، ط1، دار ابن عثمان، الخبر، السعودية، 1997م.
ـ الشرواني، عبدالحميد الشرواني ، *حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج* ،دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ طبع .
ـ الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، *المهذب في فقه الإمام الشافعي*، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، ، دار القلم، دمشق ط1، 1996، دار القلم، دمشق.
ـ الطبري، محمد بن جرير الطبري ، *جامع البيان في تأويل القرآن*، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 200.
ـ القرافي، أبو العباس بن إدريس الصنهاجي القرافي، *أنوار البروق في أنواء الفروق*، تحقيق خليل المنصور،دار الكتب العلمية، بيروت ، 1998.
ـ القرافي، أحمد بن إدريس شهاب الدين ، *شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الفصول* ، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ طبع .
ـ المباركي، أحمد بن علي المباركي، *العرف وأثره في الشريعة والقانون*، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية ، ط2، 1993.
ـ النووي، محمي الدين شرف الدين النووي، *المجموع شرح المهذب*، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ،جدة ، السعودية ، بدون تاريخ طبع.
ـ حسنين، حسنين محمود حسنين، *العرف والعادة*، دار القلم ،دبي،ط1،تاريخ الطبع 1988.
ـ خلاف، عبدالوهاب خلاف، *علم أصول الفقه* ، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة ، بدون تاريخ طبع.

ـ عبداللطيف، عبدالرحمن بن صالح العبداللطيف، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، منشورات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط1، تاريخ الطبع 2003.
ـ علي حيدر، *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني*، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ طبع .
ـ محمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ،مكتبة التوبة، الرياض ط2، 1418هـ.

ـ الزحيلي، محمد الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة* ،ط1 ، ، دار الفكر، دمشق، بيروت ، 2006.
– Kıyıcı, Selahattin, *İslam Hukukunda Örf ve Adet,* Ekev Yayınları, Erzurum 2002