أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية وصور ذلك التأثير إجمالا وتفصيلا

✍ إعداد الدكتور
محمد محمود بن جلال الطلبة
باحث وإمام وخطيب بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
بدولة الكويت
mmjalale@gmail.com

أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية، وصور ذلك التأثير إجمالا وتفصيلا

محمد محمود جلال الطلبة.
قسم الفقه المقارن – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – دولة الكويت.
البريد الألكتروني: mmjalale@gmail.com

الملخص:
مَن أمعنَ النظر في الشريعة الإسلامية وجد أنها راعت العرفَ الجاريَ والعادةَ الجاريةَ بين الناس في التشريع، وأخذت بهما، ورجعت إليهما في كثير من الأحكام: فأحالت إليهما في الكفارات وفي النفقة، وفرضت الديةَ على العاقلة، وشرَطت الكفاءةَ في الزواج، واعتبرت العصبية في الولاية والإرث. فقال الله سبحانه وتعالى مخاطبا ﷺ وخطابُه ﷺ فيما لا يخصه خطابٌ لأمته في الحقيقة- ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾، قال تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [سورة المائدة: ٨٩] ، وقال النبيُّ ﷺ لهند رضي الله عنها: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »؛ فأحالها على الكفاية المعروفة عُرْفاً حين علم السَّعة من حال أبي سفيان رضي الله عنه. وكذا من نظر في أغلب قوانين الدول المعاصرة وجد أن العرف والعادة مصدرين رسميين وأساسين من مصادر تلك القوانين، فلم يؤثر فيهما اتساعُ التشريع والتقنين، وإنما أثَّر اتساعُ التشريع وانتشارُه في المنزلة التي يشغلها العرفُ أو العادة في قانون كل بلد. ولـمّا كان سلطانُ العرفِ وتأثيرُهما إذن يشملُ أغلبَ أبواب الفقه، وجلَّ نصوص القوانين المعاصرة – بل ربما بالغ في التأثير أحيانا فقيَّد مطلَقاتِ الشرعِ وخصَّص عموماتِه، وجُعِل مصدرا أولَ للقوانين بعض الدول – احتيج إلى بيان صورِ ذلك التأثير، الذي يشمل الشرعَ والقانونَ، وترتيبه تريبا علميا مستمدًّا من مذاهب علماء الأمصار وفقهاء القانون، وهس الحاجة التي يحاول هذا البحثُ تلبيتَها. ويهدف هذا البحث إلى بيان أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية، مع ذكر أهمِّ معالم ذلك التأثير مجمَلةً ومفصَّلةً.

الكلمات المفتاحية : العرف – العادة – الأحكام الشرعية – النصوص القانونية.

The effect of custom and custom in directing legal rulings and legal texts, and pictures of that effect in general and detail

Mohammed Mahmoud Jalal altalpa.
Comparative Jurisprudence Department - Ministry of Awqaf and Islamic Affairs - State of Kuwait.
e-mail: mmjalale@gmail.com

abstract:
said to India, may God be pleased with her: “Take what is sufficient for your son and your child to be known.” He referred itεHe who looked closely at Islamic law found that she had observed the current custom and the current custom among people in the legislation, and took them, and referred to them in many provisions: she referred them to them in expiation and alimony, imposed blood money on the sane woman, stipulated efficiency in marriage, and considered nervousness in the state and inheritance . God said the Almighty told the Prophet peace be upon him - and his peace be upon him as not his own jurisdiction speech to the nation in Alhakiqh- {Take the amnesty and ordered custom}, he says: Vkvarth feed ten poor people from the Middle What Ttamon your families, or clothe them or free a slave} [Surat al-Ma'idah: 89], and the Prophet On the known custom, when he learned the amplitude of the condition of Abu Sufyan, may God be pleased with him. Likewise, anyone who examined most of the laws of contemporary countries found that custom and habit are official and basic sources of these laws, and the breadth of legislation and codification did not affect them, but the breadth and spread of legislation affected

the status occupied by custom or custom in the law of each country. And since the authority and influence of custom thus includes most of the chapters of jurisprudence, the bulk of contemporary law texts - perhaps even exaggerating the effect at times by restricting the divorcees of the Shariah and allocating its information, and was made a primary source of laws for some countries - it was necessary to explain the images of that effect, which It includes Sharia and Law, and its arrangement is a scientific experiment drawn from the doctrines of the scholars of scholars and jurists, and it is the need that this research tries to satisfy. This research aims to explain the effect of custom and custom in directing legal rulings and legal texts, while mentioning the most important features of that effect in summary and detail.

Keywords: custom - custom - legal provisions - legal texts.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمد لله رب العلمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين.

وبعدُ فإن الناسَ في كلِّ عصر يعملون أعمالا تُلجِئُهم إليها ضرورةٌ الحياة، يتعارفُونها بينهم ابتداءً، ثم تَتكرّرُ تلك الأعمالُ أو الأقوالُ المتعارفَة، وتستمرُّ وتَشيعُ، حتى تصبح عُرفا وعادةً، تتناقله أجيالٌ عن أجيال؛ تثيرُه بينهم مقاصدُ خيْريةٌ سالمةٌ من الأضرار، أو تُلهِمهم إياه توْفيقاتٌ إلهيةٌ، منزَّهة عن الغايات الخبيثة.

ثم ينتقلُ ذلك العملُ فيما بعدُ فيستحيلُ مرجعا اجتماعيا به يتعاملوا الناسُ ، وإليه يتحاكون، وتُكسبه تلك المرجعيةُ الاجتماعيةُ قبولا واعتباراً شرعياً وقانونيا، ، فينتجُ عن ذلك القبول والاعتبار تأثيرٌ في توجيه الأحكام الشرعية وفي النصوص القانونية على تفاوُتٍ في ذلك الاعتبارَ والتأثير.

ومَن أمعنَ النظر في الشريعة الإسلامية وجد أنها راعت العرفَ الجاريَ بين الناس في التشريع، وأخذت به، ورجعت إليه في كثير من الأحكام: فأحالت إليه في الكفارات وفي النفقة، وفرضت الديةَ على العاقلة، وشرَطت الكفاءةَ في الزواج، واعتبرت العصبية في الولاية والإرث[1].

قال الله سبحانه وتعالى مخاطبا نبيه ﷺ - وخطابُه صلى الله عليه وسلم فيما لا يخصه خطابٌ لأمته في الحقيقة- {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ}، قال تعالى: {فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ} [سورة المائدة: ٨٩] ، وقال تعالى مخاطبا لنا:{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء:١٩]، وقال:

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٠)، ٩. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٩٩٠م..

{وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [الْبَقَرَةِ:٢٢٨]. وقال النبي ﷺ لهند رضي الله عنها: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[(١)]؛ فأحالها على الكفاية المعروفة عُرْفاً حين علم السَّعة من حال أبي سفيان رضي الله عنه.

وكذا من نظر في أغلب قوانين الدول المعاصرة وجد أن العرف والعادة مصدرين رسميين وأساسين من مصادر تلك القوانين، فلم يؤثر فيهما اتساعُ التشريع والتقنين، وإنما أثَّر اتساعُ التشريع وانتشارُه في المنزلة التي يشغلها العرفُ أو العادة في قانون كل بلد[(٢)].

ولـمّا كان سلطانُ العرفِ وتأثيرُهما إذن يشملُ أغلبَ أبواب الفقه، وجلَّ نصوص القوانين المعاصرة - بل ربما بالغ في التأثير أحيانا فقـيَّـد مطلَقاتِ الشرعِ وخصَّص عموماتِـه، وجُعِل مصدرا أولَ للقوانين بعض الدول - احتيج إلى بيان صورِ ذلك التأثير، الذي يشمل الشرعَ والقانونَ، وترتيبه تريبا علميا مستمدًّا من مذاهب علماء الأمصار وفقهاء القانون.

وهو عملٌ حاولته بعضُ **الدراسات السابقة** النافعة، لكنها كانت في غالبها مختصةً بالشريعة فقط، أو بالقانون فقط؛ ومن مزج من تلك الدراسات بين بين الشريعة والقانون فقد أغفلَ بعضَ الجوانب والأمثلة. ومن رَحِم إدراك ذلك النقصِ **والإشكال** المذكور وُلِد بحثي هذا العلميُّ الذي يسعى إلى إكمال ذلك النقص، وإظهار تأثير العرف والعادة في كل من الشريعة والقانون، وجَلْبِ ما أمكن من أمثلة مجمَلَةٍ أو مفصَّلة على ذلك التأثير.

ولعله لا يخفى عليك أيها القارئ الكريم أنني حرصتُ في العنونة وفي التناوُل على التفريق بين مصطلحي "العرف والعادة"، وذلك مراعاةً لمذهب أهل القانون ولمذهب بعض علماء الشريعة الذين يرون التفريق بينهما بفوارقَ سنذكرُها في محلِّها من البحث إن شاء الله تعالى. واللهَ أسأل أن يوفقني في سعيي لنيل هذا المطلب، وأن يسدِّدني ويرشدني إلى الأصوب، فهو وليُّ ذلك والقادر عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" برقم: (٢١٠٢) (كتاب البيوع، باب ذكر الحجام).

(٢) المدخل إلى التاريخ العام للقانون للدكتور معروف الدواليبي (ص: ٧٦).

ملخَّص البحث:

هذا البحث وُضِعَ لبيان أثر العرف والعادة في توجيه الأحكام الشرعية والنصوص القانونية، مع ذكر أهمِّ معالم ذلك التأثير مجمَلةً ومفصَّلةً. وقبلَ الشروع في ذلك المقصَد حرَّرَ البحثُ مفهومَ العرفِ والعادةِ في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون؛ وبيَّن العلاقةَ بينهما أولا، ثم بيَّن ثانيا العلاقةَ بينهما وبين مصطلحي "الاستحسان و"التشريع". ولإثبات ذلك التأثير المقصود فقد جمع البحثُ نصوصا وافيةً تفيدُ شمولَ اعتبار العرفِ والعادة والأخذ بهما والرجوع إليهما في القرآن وفي السنة، وفي مذاهب علماء الأمصار، التي تسلِّمُ باعتبارهما، في نصوصها أو في واقع استدلالها.

ثم أوضح البحثُ أن القانونَ المعاصرَ يعتبر العرفَ والعادةَ، فيجعل العرفَ ثانيَ مصدر من مصادره بعد مصدر التشريع؛ بل قد يجعله أحيانا المصدر الأساسي كما هو الحال في بعض التشريعات الحديثة؛ ويجعل العادةَ ركنا ماديا للعرف. ثم أورد البحثُ أمثلةً اعتبار العرف والعادة في كلِّ أبواب الفقه مجمَلةً ومفصَّلةً، وفي أغلب فروع القانون.

وخلصَ البحثُ إلى نتائجَ من أهمها: أن الشريعة الإسلاميةَ تعتبر العرفَ والعوائدَ الصحيحةَ فيما لا نصَّ فيه، وتُحيلُ عليهما في ما ورد من النصوص مطلقا ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة. وأن القانونَ يعتبرُ العادةَ بالنظر إلى أنها ركنٌ من أركان العرف، ويعتبر العرفَ في كلِّ فروعه على تفاوُتٍ في ذلك الاعتبار.

هيكلُ البحث

لقد جمعتُ هذا البحث في مقدمة ومبحثين وستة مطالب، وهي:

- **المقدمة الموطِّئَةِ للموضوع.**
- **المبحث الأول: مفهوم العرف والعادة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني، وبيان الألفاظ المتعلِّقة بهما معنى، وفيه ثلاثة مطالب، وفي كل مطلب ثلاثة فروع:**

المطلب الأول: تعريف العرف في اللغة وفي اصطلاح الشرع والقانون، وفيه ثلاثة فروع:

-الفرع الأول: تعريف العرف لغةً.

-الفرع الثاني: تعريف العرف في اصطلاح الشرع.

-الفرع الثالث تعريف العرف في اصطلاح القانون.

المطلبُ الثاني: تعريف العادة في اللغة وفي اصطلاح الشرع والقانون، وفيه ثلاثة فروع:

-الفرع الأول: تعريف العادة لغةً.

-الفرع الثاني: تعريف العادة في اصطلاح الشرع.

-الفرع الثالث: تعريف العادة في اصطلاح القانون.

المطلب الثالث: الفرق بين العادة والعرف في الشرع وفي القانون وفيه فرعان:

-الفرع الثاني مذهب من يرى عدم التفريق بينهما.

-الفرع الأول: مذهب من يرى التفريق بينهما.

-الفرع الثالث: الألفاظ المتعلقة بالعرف والعادة معنى

- **المبحث الثاني: اعتبار العرف والعادة في المذاهب الفقهية وفي النصوص القانونية، وأمثلة ذلك الاعتبار إجمالا وتفصيلا، وفيه ثلاثة مطالب، وفي كل مطلب ثلاثة فروع:**

المطلب الأول اعتبار العرف والعوائد في المذاهب الفقهية وفي النصوص القانونية:

-الفرع الأول: اعتبارهما في المذاهب الفقهية الأربعة.

-الفرع الثاني: اعتبارهما في فقه مذاهب علماء الأمصار.

-الفرع الثالث: اعتبارهما في النصوص القانونية.

المطلب الثاني: أمثلة مجمَلةٌ ومفصَّلةٌ لأثر العرف والعادة في الشرع وفي القانون، وضوابط ذلك الاعتبار، وفيه ثلاثة فروع:

-الفرع الأول: أمثلةٌ مجمَلةٌ لأثر العرف والعادة في الشرع وفي القانون.

-الفرع الثاني: أمثلة تفصيلية لأثر العرف والعادة في الشرع وفي القانون.

-الفرع الثالث: ضوابط اعتبار العرف والعادة شرعا وقانونا.

المبحث الأول: مفهوم العرف والعادة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني، وبيان الألفاظ المتعلِّقة بهما معنى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف في اللغة وفي اصطلاح الشرع والقانون، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف العرف لغة:

العُرْفُ لغةً: ضِدُّ النُّـكْر، والمعروفُ؛ والمراد به كلُّ خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس، قال تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ} [الْأَعْرَافِ: ١٩٩]. يقال: أولاه عُرفا أي معروفا، والمعروفُ: كالعرف، قال تعالى: {وَصاحِبْهُما فِي الدُّنْيا مَعْرُوفاً }[لُقْمَانَ: ١٥]، أي مصاحبا معروفا؛ وقال تعالى: {وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ} [سورة الطلاق: ٦]. والعرفُ والمعروفُ: الجودُ، وقيل: هو اسمُ ما تبذله وتسديه؛ وحرَّك الشاعرُ ثانيَه فقال:

إنَّ ابنَ زَيْدٍ لَا زالَ مُسْتَعْملاً ... بالخيرِ يُفْشِي فِي مِصْرِه العُرُفا

ومنه قول الشاعر:

من يفعلِ الخيرَ لا يعدمْ جوازيَه ... لا يذهبِ العرفُ بين اللهِ والناسِ

وقال النّابغة :

أبَى اللهُ إلا عَدْلَهُ وقَضاءَهُ ... فلا النُّكْرُ مَعْروفٌ ولا العُرْفٌ ضائع

والعُرْفُ: عُرْفُ الفرسِ؛ ولذا قيل إن قوله تعالى: {وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفاً} [الْمُرْسَلَاتِ: ١، ٢]، مستعارٌ من عُرْفِ الفرس، أي يتتابعون كعُرْفِ الفرس؛ ويقال: أُرْسِلَتْ بالعُرْفِ، أي بالمعروفِ؛ وقد تكرر ذكرُ المعروف في الحديثِ.

الفرع الثاني: تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي

عرَّفَ الجرجاني[1] في " التعريفات " العُرْفَ بقوله: " العرفُ ما استقرت النفوسُ عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطبائعُ بالقبول" [2] ؛ وعرَّفها النسفيُّ[3] في المستصفى بقوله: ".... العرفُ ما استقرّ في النفوس وتلقّتْه الطباع السليمة بالقبول"[4].

وينقسم العرفُ إلى في الاصطلاحي إلى قسمين: عرف الشارع، وعرف الناس وكل منهما ينقسم إلى قسمين أيضا قوليٍّ وفعليٍّ:

فأما القوليُّ فهو غَلبة استعمال اللفظ في معنىً غيرِ معناه الأصليِّ سواء كان جزءَ معناه الأصليَّ أم لا، حتى يصير هو المتبادِر إلى الذهن ويصير المعنى الأصليَّ كالمهجور، وهو المسمى عند الفقهاء بالمجاز الراجح وبالحقيقة الشرعية، إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلي عرفُ الشرع، وبالحقيقة العرفية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلي عرف الناس[5].

(١) الجرجاني: هو علي بن محمد بن علي الحنفي الشريف الجرجاني، عالم بلاد الشرق؛ له تصانيف مفيدة، يقال إنها زادت على خمسين مصنفا. (ت: ٨١٤ أو ٨١٦). (بغية الوعاة (٢/ ١٩٦)

(٢) التعريفات ص: ١٤٩.

(٣) النسفي: هو عبد الله بن أحمد بن محمود، أبو البركات حافظ الدين النسفي، فقيه حنفي من أهل "إيزج" من كور "أصبهان" ووفاته فيها (٧١٠ وعند البعض ٧٠١ هـ). من تصانيفه: " كنز الدقائق" متن مشهور في الفقه. [الفوائد البهية ص ١٠١، والجواهر المضية ص ٢٧٠، والأعلام ٤ / ١٩٢]

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة (ص ٣١).

(٥) أقسام حقيقة اللفظ بالنظر إلى الواضع أو الاصطلاح أربعة:

الأول الحقيقة اللغوية، وهي: ما وضعها واضع اللغة، والمراد به في هذا القسم من أحدث وضعها التحقيقي لهذا المعنى لا ذلك، ومن قررها على هذا المعنى، كالدابة لكل ما دبّ على وجه الأرض، والصلاة للدعاء، والفعل للأمر والشأن لا للحدث كما يتوهم.

الثاني الحقيقة الشرعية، وهي: ما وصفها الشارع كالصلاة نقلها الشارع من الدعاء للعبادة=

مثال العرف القولي: تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ اللحم على السمك، وإطلاق لفظ الدابة على الفرس. وأما العرف الفعلي – ويقال له العرف المعنويّ – فهو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها؛ وهو على قسمين كذلك: عرف الشارع وعرف الناس وهذه التعريفات تشمل العرف العملي والعرف القولي... والعرف العملي، مثل: اعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر [1].

الفرع الثالث: تعريف العرف في الاصطلاح القانوني

عرَّف فقهاءُ القانون الخاص العرفَ بأنه "اطرادُ سلوك الأفراد في مسألة معيَّنة على نحو معيَّن، اطرادا مصحوبا بالاعتقاد في إلزام هذا السلوك"[2]. وعرَّفَه الدكتور شمس الدين الوكيل في كتابه الموجَز في المدخل لدراسة القانون، فقال: " العرفُ هو: مصدرٌ ينشئ القاعدةَ القانونيةَ عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في سلوكهم بأن هذا السلوكَ قد صار ملزِما" [3]. وفصَّل الدكتور سليمان مرقس تعريف العرفِ فقال: "لفظ العرف كلفظ التشريع له معنيان:

= لمخصوصة.

الثالث العرفية الخاصة، وهي: ما وضعها أهل عرف خاص وهم طائفة مخصوصة منسوبون لحرفة كالنحويين نقلوا الفعل مثلا من الأمر والشأن للفظ الدال على معنى في نفسه مقترن بأحد الأزمنة الثلاثة، لاشتمال اللفظ المذكور على الأمر والشأن.

الرابع العرفية العامة، وهي: ما وضعها أهل العرف العام، أي ما كان الناقل لها من جميع الطوائف، ككونه داخلا في جملة أهل البلد بحيث لا يتوقف على أمر يضبط أهلها كالدابة نقلها العرف العام من كل ما يدب على الأرض وخصها بذات الحوافر: الفرس والحمار والبغل، وأهل العراق بالفرس، وأهل مصر بالحمار. انظر الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق (١/ ١٨٧).

(١) راجع دراستي وتحقيقي لكتاب "السهام المسمومة للتخلُّص من العوائد المذمومة" (ص: ٥٨).

(٢) المدخل للقانون للبدر عبد المنعم (ص: ٢٤٩).

(٣) الموجز المدخل لدراسة القانون (ص: ١٧٨).

-يدلُّ أولا على القاعدة القانونية غير المسنونة، التي تنشؤ من اطراد سلوك الناس في مسألة معيَّنة على وجه الخصوص.
-ويدلُّ باعتباره مصدرا للقانون على اطراد سلوك الناس في مسألة معيَّنة على نحو خاص، بحيث تنشؤ منه قاعدة قانونية غير مسنونة" [1].

ولا يخفى أن التعريفين يقدمان العرف باعتباره مصدرا للقانون وباعتباره قاعدةً قانونية، والحقيقة أن التعريف لا ينطبق على القاعدة القانونية العرفية، لأن القاعدة نتيجة للعرف وليست هي العرف [2].

وقد تنبَّه لهذه الملاحظة شمسُ الدين الوكيل فقال: "والمفروض أن يطلق لفظ العرف على المصدر وحده، ولكن شاع استخدامه أيضا للتعبير عن القاعدة القانونية، العرفية، ويبدو لنا من الأفضل أن يقتصر اصطلاح العرف على معنى المصدر وأن يُستَعمل اصطلاح القاعدة العرفية، للتعبير عن القاعدة الناشئة عن العرف" [3].

❁❁❁❁❁

المطلبُ الثاني: تعريف العادة في اللغة وفي اصطلاح الشرع والقانون:

الفرع الأول: تعريف العادة لغة

العادة لغة الدَّيْدَنُ، وتعوَّد الشيءَ وعاده وعاوَده مُعاودةً وعِوادا بالكسر واعتاده واستعاده وأعاده: أي صار عادةً له، سُمّيت بذلك لأن صاحبها يُعاودها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى.

وجمع العادة: عادٌ بغير هاء، وهو اسم جنس جمعيٍّ، وعاداتٌ وهو جمع مؤنث سالم، وعوائد كما هو في المصباح وغيره، وهو نظير حوائجَ في جمع حاجة، والذي صرح به الزمخشري وغيره أن العوائدَ جمعُ عائِدةٍ لا عادةٍ، والعائدةُ هي المعروف، والصِّلة،

(١) المدخل للعلوم القانونية.
(٢) العرف وأثره في الشرعة والقانون للدكتور أحمد بن علي المباركي (ص: ٤٦).
(٣)الموجز المدخل لدراسة القانون (ص: ١٧٨)

والعطف، والمنفعة التي يُعاد به على الإنسان [١].

الفرع الثاني: تعريف العادة في اصطلاح الشرع

عرّف ابنُ نجيم[٢] الحنفيُّ في أشباهه العادةَ – نقلا عن الهنديّ الغَزْنَويّ[٣]– فقال: " العادة عبارةٌ عما يَستقرُّ في النفوس من الأمور المتكرِّرة المقبولة عند الطباع السليمة"[٤].

وشرح ابنُ عابدين الحنفيُّ[٥] هذا التعريفَ فقال: "بيانُه: أن العادة مأخوذةٌ من المعاوَدة، فهي بتكرّرها ومعاودتها مرةً بعد أخرى صارت معروفةً مستقرّةً في النفوس والعقول، متلقّاةً بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقةً عرفيةً "[٦].

---

(١) انظر : مقاييس اللغة لابن فارس، لسان العرب لابن منظور (٣/ ٣١٦)، تاج العروس (٨/ ٤٤٣)، المصباح المنير للفيومي.

(٢) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، من أهل مصر، فقيه وأصولي حنفي، كان عالمًا محققًا ومكثرًا من التصنيف. (ت ٩٧٠ هـ) من تصانيفه: "البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"، و" الأشباه والنظائر".[شذرات الذهب ٨ / ٣٥٨،الأعلا م للزركلي ٣ / ١٠٤]

(٣) الهندي: هو سراج الدين عمر بن إسحاق الشبلي الهندي الغزنوي، أخذ الفقه عن وجيه الدين الدهلوي، وعن شمس الدين الخطيب الدولي، وعن سراج الدين الثقفي ملك العلماء بدهلي، (ت: ٧٧٣هـ). من تصانيفه: شرح بديع الأصول، وشرح المغني. [الأعلام للزركلي: ١٩٩/٥، معجم المؤلفين ٣٧٦/٧].

(٤) نقله ابن نجيم عن الهنديّ في شرح المغني. انظر الأشباه والنظائر (ص: ٧٩).

(٥)ابن عابدين: هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دمشقي، كان فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره. من تصانيفه: "رد المحتار على الدر المختار " المشهور بحاشية ابن عابدين، وقد أكملها ابنه محمد علاء الدين، و" مجموعة رسائل ". (ت: ١٢٥٢ هـ) [الأعلام للزركلي ٦ / ٢٦٧].

(٦) نشر العرف لابن عابدين(١١٥/٢)، وسيأتي تعريف الحقيقة العرفية وبقية الحقائق في (ص: ٧٤).

وعرّف العادةَ الشهابُ القرافيُّ[1] المالكيُّ في كتابيه " الذخيرة" و "شرح تنقيح الفصول"، فقال: "العادةُ: غَلَبَةُ معنىً من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبةُ في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفُّس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى"[2].

ومرادُ القرافيِّ: أن العادة قد تكون عامةً لجميع الأمم في جميع البلاد ، كالحاجة للتغذّي؛ لأن الإنسان إذا عدم الغذاء فإنه يموت إذا طال حالُه؛ وكذلك إذا عدم التنفُّس في الهواء مثل من خُنق، أو وقع في مطمورة حارّة.

وقد تكون خاصةً ببعض البلاد؛ كالنقود والعيوب، لأن التعامل بها خاصٌّ ببعض البلاد، فبعض البلاد يكون التعامل فيها بالفلوس، ومنها ما يكون التعامل فيها بالعروض. ويحتمل أن يريد بالنقود: السِّكك؛ لأن السكك تختلف باختلاف البلاد. وكذا عيوبُ السلع؛ لأنها تختلف أيضًا باختلاف البلاد، وباختلاف الأقوام، وباختلاف الأزمان، فرُبّ شيء يكون عيبًا عند قوم لا عند قوم. وقد تكون خاصةً ببعض الطوائف، وإن كان البلد واحدًا، كالأذان فإنه خاص بالمسلمين؛ ولأجل هذا كان النبي عليه الصلاة والسلام إذا أراد أن يغير على قوم أمسك إلى الصباح، فإن سمع الأذان وإلا أغار عليهم[3]؛ وكذلك الناقوس خاصٌّ بطائفة النصارى[4].

---

(١) القرافي: هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن. أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب. نسبته إلى القرافة، مصري المولد والمنشأ والوفاة. (ت: ٦٨٤ هـ). من تصانيفه: "الفروق" في القواعد الفقهية، و" الذخيرة "في الفقه، و" شرح تنقيح الفصول في الأصول"، و" الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام". [الديباج ص ٦٢ – ٦٧، شجرة النور ص ١٨٨]

(٢) الذخيرة للقرافي (١/ ١٥١)، شرح تنقيح الفصول (ص: ٤٤٨).

(٣) أخرجه البخاري عن أنس في قصة فتح خيبر، (كتاب الأذان برقم ٦١٠) وفي كتاب الجهاد برقم ٢٩٤٣، وعن أنس أيضًا أخرجه مسلم برقم ٣٨٢،في قصة أذان الراعي.

(٤) انظر رفع النقاب عن تنقيح الشهاب (٦/ ١٨٨). وقد تعمدت إيراد كلام القرافي مع ملخَّص تعليق أبي عبد الله الرجراجي عليه ليظهر شمول تعريفه للعادة العامة والخاصة. وذكر الدكتور =

وقد فضَّلتُ إيرادَ كلام القرافي في العادة كاملا مع ملخَّص تعليق أبي عبد الله الرجراجي عليه ليظهر شمولُ تعريفِه للعادة العامة والخاصة؛ ذلك أني رأيتُ الدكتور أبا سنة –رحمه الله– في كتابه الجامع "العرف والعادة في رأي الفقهاء" ذكر أن تعريف القرافيِّ "يَرِدُ عليه أنه لا يشمل عادةَ الفرد"، وقد نقلَها عنه بعضُ الباحثين؛ ولعلهم نظروا إلى لفظة "الناس" الواردة في التعريف [1].

وعرَّفَ برهانُ الدين ابنُ فَرْحُونَ[2] العادةَ في تبصرة الحكّام بقوله: "العادة غَلَبَةُ معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"[3].

وعرّف العادة من **الشافعية** الزّرْكشيُّ[4] في "منثوره" فقال: "اعلم أن مادة العادة تقتضى تكرّرَ الشيء وعودَه تكرُّرا كثيرا، يَخرج عن كونه وقع بطريقة الاتفاق"[5].

على أن بعض التعاريفِ يقصرُ العادةَ على العرف العملي كما في تعريف ابن

=أبوسنة –رحمه الله– في كتابه الجامع "العرف والعادة في رأي الفقهاء" (ص: ٣٤) أن تعريف القرافي "يَرِد عليه أنه لا يشمل عادة الفرد"، ونقلها عنه بعض الباحثين، ولعلهم نظروا إلى لفظة "الناس" الواردة في التعريف.

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء" (ص: ٣٤).

(٢) ابن فرحون: هو قاضي المدينة المنورة برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم ابن علي بن فرحون المدني. تآليفه غاية في الإجادة والإحكام لاتساع علمه. عاش وهو يسكن داراً بالكراء. توفي سنة (٧٩٩ هـ). [شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (١/ ٣١٩].

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٢/ ٦٧) مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١

(٤) الزركشي: هو محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين الزركشي. فقيه أصوليٌّ، تركي الأصل، مصريُّ المولد والوفاة، (ت: ٧٩٤). من تصانيفه: " البحر المحيط" و" المنثور" ويعرف بقواعد الزركشي. [الدرر الكامنة ٣٩٧/٣، والأعلام ٦/ ٢٨٦].

(٥) المنثور للزركشي ٣٥٧/٢. انظرالتحبير شرح التحرير للمزداوي الحنبلي، (٨/ ٣٨٥٢). تحقيق أحمد محمد السراج، الناشر: مكتبة الرشد.

الهمام[1]: "العادة عُرف عمليٌّ"[2]، أي ما جرى عليه العمل عند الناس؛ فكأنه قصرها على ما يتناول العرف العملي دون العرف القولي، وهو قصر يخالف اصطلاح جمهور الفقهاء، الذين أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا، اللهم إذا كان يرى بأن العادة تختصّ بالأفعال دون الأقوال، وهو قول قيل به، وسيأتي الحديث عنه في بيان العلاقة بين العادة والعرف[3].

الفرع الثالث: تعريف العادة في اصطلاح القانون

عرَّفَ الدكتور سليمان مرقس العادةَ فقال: " الركنُ الماديُّ هو اطرادُ سلوك الناس، في بعض علاقاتهم بشكل معين، أو هو: عادة درج عليها الناس، مدة طويلة في تنظيم أمر معين، بطريقة مخصوصة"[4]. ومن نظر هذا التعريف وغيرَه من تعريفات العادة عند فقهاءَ القانونِ وجد أنهم يعرِّفون العادةَ باعتبارها ركنا من أركان العرف، ولذا يذكرونها مع الأركان ولا يذكرونها مستقلَّةً.

(١) ابن الهُمَام: هو محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين، الشهير بابن الهمام. إمام من فقهاء الحنفية. اشتهر بكتابه القيم " فتح القدير" وهو حاشية على الهداية. (ت:٨٦١ هـ)، من مصنفاته أيضًا: "التحرير في أصول الفقه" [الجواهر المضية ٢ / ٨٦، والأعلام للزركلي ٧ / ١٣٥].

(٢) تيسير التحرير (١/ ٣١٧) لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، دار الكتب العلمية – بيروت (١٩٨٣ م).

(٣) ذكر هذا القول الزبيدي ونسبه لصاحب التلْويح. راجع (ص: ٢٠).

(٤) المدخل للعلوم القانونية (ص: ٢٨٣).

المطلب الثالث: الفرق بين العادة والعرف، وذكر الألفاظ المتعلقة بهما معنىً، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مذهب من يرى عدم التفريق بينهما

وخلاصةُ هذا المذهب أن العادة والعرف لفظان مترادفان معناهما واحد؛ وصنيع أغلب الفقهاء والأصوليين يشي بهذا المذهب، بخلاف أهل القانون الذين يرون التفريق بينهما كما سيأتي.

وقد صرّح به ابنُ عاصم[1] في مرتقى الأصول بعدم التفريق بينهما بقوله:

والعرف ما يُعرف بين النَاسِ ومِثْله العادةُ دون بـاسِ

ومقتضاهمـا معًا مــشـروعُ في غير ما خالفه مشروعُ

قال محمد يحيى الولاتيُّ[2] في نَيل السول شارحاً بيت ابنِ عاصم الأول: **"يعني أن العرف اصطلاحا هو المعنى الذي يُعرف أي يُعهد ويجري بين الناس استعمالُه، ومثله في المعنى لغة واصطلاحا العادةُ، دون بأس في جعلها مثلَه"**[3].

(١) ابن عاصم: هو محمد بن محمد بن عاصم، أبو بكر، الأندلسي، الغرناطي، القيسي فقيه وأصولي ومقرئ وفرضي، قاضي الجماعة بالأندلس. من تصانيفه: " تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام " و" أرجوزة " في الفقه المالكي وأراجيز في الأصول، و النحو، والقراءات. [نيل الابتهاج ص ٢٨٩، وشجرة النور الزكية ٢٤٧]

(٢) محمد يحيى بن محمد المختار بن الطالب عبد الله الولاتي: عالم بالحديث، من فقهاء المالكية. والولاتي نسبته إلى مدينة (ولاتة) ببلاد الحوض الشرقي، بينها وبين تنبكتو اثنتا عشرة مرحلة على الإبل. (توفي فيها: ١٣٣٠). من مصنّفاته: "إيصال السالك في أصول الإمام مالك" و "فتح الودود على مراقي الصعود" في الأصول، و "نيل السول في شرح مرتقى الوصول إلى علم الأصول" و "شرح البخاري". [الأعلام للزركلي (٧/ ١٤٢].

(٣) نيل السول في شرح مرتقى الأصول، (ص: ١٩٨)، مطابع عالم الكتب، تحقيق بابا محمد عبد الله، ط ١٩٩٢).

وهذا المعنى هو الذي يُفهم من تعريف النسفيّ "العادة والعرف ما استقر في النفوس وتلقّته الطباع السليمة بالقبول"[1]، وبه صرَّح ابن عابدين وإن ببعض التفريق حيث يقول: "فالعادة والعرف بمعنى واحدٍ من حيث الماصَدَق[2]، وإن اختلفا من حيث المفهوم"[3] ، وكذا الجرجاني[4] في " التعريفات " إذ يقول: " العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطبائع بالقبول، وكذا العادة: وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعاودوا إليه مرة بعد أخرى"[5]، بمعنى أن العرف عادةٌ مستقرّة بشهادة العقول تلقّتها الطباع السليمة بالقبول.

وقال بهذا المذهب من المتأخرين عبدُ الوهاب خلاّف[6] إذ يقول: "والعرف والعادة في لسان الشرعيِّين لفظان مترادفان معناهما واحد"[7].

---

(١) سبقت إحالته.

(٢) "الماصدق" هو اسم صناعي مأخوذ في الأصل من كلمة "ما" الاستفهامية أو الموصولية، وكلمة "صدق" التي هي فعل ماضٍ من الصدق. إذ كأن يقال مثلا: على ماذا صدق هذا اللفظ؟ فيقال في الجواب: صدق على كذا أو كذا، فاشتقوا من ذلك أو نحتوا كلمة "ماصدق" وعرّفوها بأل، فصاروا يقولون: "الماصدق"، ويقصدون به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ إذ يتحقق فيها مفهومه الذهني. انظر ضوابط المعرفة (ص/٤٥ – ٤٦. لعبد الرحمن حبنكة الميداني، المحقق: حسين مؤنس، الناشر: دار القلم — دمشق، سنة النشر: ١٩٩٣).

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤).

(٤) الجرجاني: هو علي بن محمد بن علي الحنفي الشريف الجرجاني، عالم بلاد الشرق؛ له تصانيف مفيدة، يقال إنها زادت على خمسين مصنفا. (ت: ٨١٤ أو ٨١٦). (بغية الوعاة (٢/ ١٩٦)

(٥) التعريفات ص: ١٤٩.

(٦) خلّاف: عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف: فقيه مصري. (ت: ١٩٥٦ م). له تصانيف مطبوعة منها: " أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية" و" السياسة الشرعية " و" تاريخ التشريع الإسلامي" [الأعلام للزركلي (٤/ ١٨٤].

(٧) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (ص: ١٤٥).

الفرع الثاني: مذهب من يرى التفريق بين العرف والعادة:

ذهب بعضُ العلماء وكلُّ أهل القانون إلى التفريق بين العادة والعرف، واختلفوا في وجه الفرق بينهما:

- فذهبت طائفةٌ إلى أن العادة أعمّ من العرف مطلقا، فهي جنس تندرج تحته أنواع من جملتها العادة الجماعية (العرف) والعادة الفردية؛ وعليه فالنسبة بينهما هي العمومُ والخصوص المطلقُ: فكلُّ عرفٍ عادةٌ ولا عكسَ[1].

وهذا الرأي يُفهم من تعريفِ القرافي السابق للعادة، كما ذكر الدكتور أبو سنّة في كتابه "العرف والعادة في رأي الفقهاء"[2]، وعليه اقتصر مصطفى الزرقا[3] في كتابه "المدخل الفقهي العام"، وحجتُه: أن العادةَ تشملُ العادةَ الناشئةَ عن عمل طبعيٍّ، والعادةَ الفرديةَ، وعادةَ الجمهور التي هي العرف[4].

وربما يكون الشيخُ الزرقا تأثر في رأيه هذا بمذهب فقهاء القانون، فإنهم يقتصرون على مثل ما اقتصر عليه، وإن اختلفا في السبب؛ ذلك أن فقهاء القانون يرون – كما سبق- أن العادة هي الركن الماديُّ للعرف، فالعادة في القانون هي: العادة العامة القديمة الثابتة المطردة، التي لا تخالف النظام العام، بخلاف العرف فإنه يختصُّ عن

(١) العموم والخصوص في اصطلاح علم المنطق نوعان: مطلق، ووجهيّ: فالعموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشيئين أعمّ من الآخر دائما، والآخر أخص دائما، كما في هذه المسألة عند من قال بها؛ والوجهي عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه، كالنسبة بين مفهومي "الأبيض" و"الملبوس" مثلا: فالأبيض أعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره، والملبوس أعم من وجه لوجوده في الأبيض وغيره. راجع المدخل الفقهي العام (٨٧٤/٢).

(٢) انظر العرف والعادة ص (٣٤)، الدكتور أحمد فهمي أبي سنة: هو عالم وباحث مصري، كان عضوا في مجمع البحوث وجمع الفقه التابعين لرابط العالم الاسلامي. (ت: ٢٠٠٣ م).

(٣) الزرقا: هو الشيخ مصطفى الزرقا، عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث. (ت: ١٩٩٩ م).

(٤) المدخل الفقهي العام (٨٧٤/٢).

العادة بأنه ملزمٌ، ويعاقب على ارتكاب ما يخالفُه [1].

هذا وإنه في نفسي شيءٌ من نسبة التفريق بين العادة والعرف إلى القرافي ، لأنه لم يصرّح بذلك فيما وقفتُ عليه من كتبه، ولا أراه يُـفهم من كلامه الوارد في تعريف العادة: " العادة غَلَبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"، وإنما قصاراه أن العادة منها عامةٌ وخاصةٌ، وهي مسألة لا علاقة لها بمحل البحث، ولا يستفاد منها التفريق [2].

-وذهبت طائفةٌ إلى أن العادة تختصّ بالأفعال وأن العرف يختص بالأقوال، قال الزبيديّ[3] في تاج العروس : «وقال قوم: وقد تختص العادة بالأفعال، والعرف بالأقوال، كما أشار إليه في «التلويح» أثناء الكلام على مسألة: لابدَّ للمجاز من قرينة» [4].

تلك خلاصةُ أقوالهم في العلاقة بين العرف والعادة، والظاهر أنه ليس ثمة أثر ظاهر ينبني على التفريق بينهما، وإنما هو مجرّد اصطلاح، ولا مشاحّة في ذلك.

الفرع الثالث: الألفاظ المتعلقة بالعرف والعادة معنى

١- الاستحسان:

الاستحسان في اللغة: عدُّ الشيء حسنا واعتقاده كذلك[5]، و في الاصطلاح هو: العدولُ عن الدليل إلى العادة للمصلحة، كدخول الحمام من غير تعيين زمن

(١) انظر العرف وأثره في الشرعة والقانون (ص: ٥٠).

(٢) انظر كلام القرافي في الذخيرة للقرافي (١/ ١٥١) وفي شرح تنقيح الفصول (ص: ٤٤٨)

(٣) الزبيدي: هو أحمد بن محمد أبو الفيض، الملقب بمرتضى: علّامة باللغة والحديث والرجال والأنساب،(توفي بالطاعون في مصر١٢٠٥ هـ). من كتبه: تاج العروس في شرح القاموس، وإتحاف السادة المتقين في شرح إحياء العلوم للغزالي. (الأعلام للزركلي (٧/ ٧٠).

(٤) انظر تاج العروس (٨/ ٤٤٣) وشرح التلويح على التوضيح (١/ ١٧٤)، و"التلْويح" الذي يعني الزبيدي هو شرح وضعه السعد التفتزانيّ على كتاب "التَّوْضِيح فِي حَلِّ غَوَامِضِ التَّنْقِيحِ" للمحبوبي.

(٥) لسان العرب

المكث وقدر الماء والأجرة، فإنه معتاد على خلاف الدليل.وينقسم إلى أقسام منها: تركُ الدليل للعرف، وتركه للمصلحة، وتركه للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة.

والعلاقة بين لفظ الاستحسان وبين العرف والعادة أنهما سببٌ من أسباب الاستحسان[1] .

٢- التشريع:

التشريع لغةً: إيرادُ الإبل شريعةً لا يحتاج معها إلى نزع بالعلق، ولا سقي في الحوض؛ والتشريع كذلك: مصدر شرع، أي وضع قانونا وقواعد.

وفي الاصطلاح الشرعي هو: هو خطاب الله تعالى المتعلق بالعباد طلبا أو تخييرا أو وضعا. والتشريعُ في الاصطلاح هو: هو مجموعة القواعد العامة المجردة التي تصدر عن السلطة التشريعية ، كما تطلق كلمة التشريع على نفس القواعد التي وضعت عن طريق هذه السلطة، فيقال مثلا: تشريع الضرائب والتشريع المدني والقواعد التي تنظم التجارة تسمى تشريعاً ، والقواعد التي تنظم المرور تسمى تشريع وهكذا[2].

والعلاقة بين التشريع والعرف أن العرف مصدرٌ من مصادر القانون و يأتي في ترتيب مصادر القانون بعد التشريع. بيد أن يمكن أن يفرَّقَ بينهما بفوارق منها:

أن العرف غير مكتوب و التشريع مكتوب، و بالرغم من أن العرف غير مكتوب إلا إنه ملزم كإلزام التشريع.

(١)الفروق للقرافي (١ / ١٧١)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ٥٤).

(٢)القاموس المحيط (ص: ٧٣٣)، الموسوعة الفقهية الكويتية (١/ ١٧).

المبحث الثاني: اعتبار العرف والعوائد في المذاهب الفقهية وفي النصوص القانونية، وأمثلة ذلك الاعتبار إجمالا وتفصيلا،

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول اعتبار العرف والعوائد في المذاهب الفقهية وفي النصوص القانونية فرعان:

الفرع الأول: اعتبارهما في المذاهب الفقهية الأربعة:

اعتبر الشرعُ العرفَ الصحيحَ والعوائد الصحيحة فيما لا نصَّ فيه، وأحال عليهما في بيان مسائلَ جليلةٍ وكثيرةٍ لا تُعدّ؛ حتى قال الفقهاء: كلُّ ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف؛ وقالوا العادة شريعة محكمة(١).

قال الطاهر ابن عاشور: "من الفضائل الإنسانية ما هو من الذّائعات المقبولة، وذلك ما كان من العوائد الصالحة الموروثة في البشر، والتي أثارتْها مقاصدُ خيْريةٌ سالمةٌ من الأضرار، أو ألهمتْ إليها توْفيقاتٌ إلهيةٌ منزَّهة عن الغايات الخبيثة، فصارت أدباً راسخاً في الأنفس، وظهرت لها آثار جميلة في إقامة نظام المعامَلة بين باعث خير ووازِع شرّ، كما ورد في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلّم مرّ برجل من الأنصار يعظ أخاه في الحياء -أي ينهاه عنه- فقال: دَعْهُ فَإِنَّ الْحَيَاءَ مِنَ الْإِيمَانِ "(٢).

وأنا هنا في هذا المطلب سأسوق نصوصا كافيةً من كلام أئمة المذاهبِ للاستدلال بها على عموم ذلك الاعتبار وعدمِ اختصاصِه بمذهبٍ مخصوصٍ. كما قال القاضي حسين الشافعي(٣): «الرجوعُ إلى العرفَ أحدُ القواعد الخمس التي يبنى عليها

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٠).

(٢) أصول النظام الاجتماعي في الاسلام للطاهر بن عاشور، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، (ص: ٢٨).

(٣) القاضي حُسَيْن: هو حسين بن محمد بن أحمد المَرْوَرُّوذي (ت:٤٦٢ هـ). وهو شيخ الجويني. له " التعليقة " في الفقه. [طبقات الشافعية للسبكي ٣ / ١٥٥ - ١٦٠].

الفقه[1]؛ ومراده القاعدة الفقهية « العادة محكّمة»[2].

مذهبُ الحنفية:

يقول ابنُ ابن عابدين الحنفي في رسالته « نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف» -:

والعرفُ في الشرعِ له اعتبارُ لذا عليه الحكمُ قد يدارُ[3]

مذهبُ المالكية:

يقولُ ابن شاس المالكيُّ: "أوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوي كالنقد والحمولة والسير، وفي الأبنية ومعاقد القمط ووضع الجذوع على الحائط وغير ذلك، فكذلك في هذا الموضع، ولان ذلك خلاف العادات، لأن الناس لا يسكنون على ما يجري هذا المجرى من غير عذر [4].

وجعل المالكيةُ العوائدَ دليلا أصولياً يُقضى به، وخالفهم غيرُهم[5]؛ لكن التحقيق أن اعتبار العادة والعرْف مشترك بين المذاهب الفقهية كلها؛ قال القرافيّ: "يُنقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبارَ العوائد، والمصلحةَ المرسلة، وسدَّ الذرائع، وليس كذلك: أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها؛ وأما المصلحة المرسلة فغيرُنا يصرّح بإنكارها ولكنهم عند التفريع نجدهم يعلّلون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروع والجوامع بإبداء الشاهد لها

(١) فتح الباري (٤/ ٤٠٦)

(٢) والأربع الباقية من مَبْنى الفقه هي: قاعدة اليقين لا يرفع بالشك، وقاعدة الضرر يزال، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، وقاعدة الأمور بمقاصدها. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (١/ ٤٤٨).

(٣) نشر العَرف (٢/ ١١٢).

(٤)الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٨٤).

(٥) تقريب الوصول إلي علم الأصول لابن جزي (ص: ١٩٢). المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى ٢٠٠٣ م.

بالاعتبار، بل يعتدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة؛ وأما الذرائع فقد اجتمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام: أحدها معتبر إجماعاً كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السمّ في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يُعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ، وثانيها ملغى إجماعاً كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر، والشركة في سكنى الدار خشية الزنا، وثالثها مختلف فيه كبيوع الآجال، اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا، فحاصل القضية أنا قلنا تفسد الذرائع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا.(١).

مذهب الشافعية:

يقولُ الشافعيُّ رحمه الله ليست تنْزلُ بأحد في الدين نازلةٌ إلا وفي كتاب الله تعالى الدليلُ على سبيل الهدى فيها؛ فإن قال قائل أن من الأحكام ما يثبت لهذا بالسنة، قلنا ذلك مأخوذٌ من كتاب الله في الحقيقة، لأن كتاب الله تعالى أوجب علينا اتباعَ الرسول صلواتُ الله عليه، وفرض علينا الأخذ بقوله وحذرنا مخالفته، قال الله تعالى: {وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا} [الحشر: ٧] وقال تعالى: {وَأَطِيعُوا اللهَّ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ} [التغابن: ١٢] وقال تعالى: {فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ} [النور: ٦٣].

قال الشافعى: فما قيل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعن الله. قيل فإن قيل هيئاتُ القبوض في البياعاتِ وكيفيةُ الاحرازِ في السرقة وغالبُ العقود في المعاملات ليس لها أصلٌ في الكتاب ولا في السنة.

قلنا قد قال الله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} [الأعراف:١٩٩] والعرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملةً فصار العرف في صفة القبوض والإحراز والنفوذ معتبرا بالكتاب فعلى هذا نقول أن الكتاب أمثل الدلائل والسنة ماخوذة منه والقياس مأخوذ من الكتاب والسنة والاجماع ماخوذ من

(١) شرح تنقيح الفصول (ص: ٤٤٩).

الكتاب والسنة والقياس [1].

مذهب الحنابلة: قال ابن قُدَامة الحنبليُّ[2]: «والصحيح: ردُّ الحقوق المطْلَقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتِهم، في حق الموسِر والمعْسِر والمتوسِّط، كما رددناهم في الكِسْوَةِ إلى ذلك»[3].

الفرع الثاني: اعتبارهما في فقه مذاهب علماء الأمصار:

بَـوّبَ البخاريُّ رحمه الله في صحيحه فقال: «باب من أجرى أمرَ الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسُننِهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة... ». قال ابنُ حجرٍ في شرح ترجمة البخاري: «قال ابن المنيّر[4] وغيره: مقصودُه بهذه الترجمة إثباتُ الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ؛ ولو أن رجلا وكّل رجلا في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يَجز، وكذا لو باع موزونا أو مكيلا بغير الكيل أو الوزن المعتاد»[5].

(١)قواطع الأدلة في الأصول (١/ ٢٩).

(٢) ابن قدامة: هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. من أهل جمّاعيل من قرى نابلس بفلسطين (ت: ٦٢٠ هـ). من تصانيفه: " المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي " و " الكافي "، و" المقنع " و"العمدة " روضة الناظر". [ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ص ١٣٣ – ١٤٦، / ١٩١].

(٣)"المغني" (٧/ ٥٦٧).

(٤) ابن المنير: هو علي بن محمد بن منصور، زين الدين بن المنير، الإسكندري. قرأ الفقه على أخيه ناصر الدين وعلى أبي عمرو بن الحاجب. (ت: ٦٩٥ هـ). من تصانيفه: "شرح الجامع الصحيح للبخاري "، و" المتواري " عن تراجم البخاري، وحواشي على شرح ابن البطال. [الديباج المذهب ص ٢١٤، ونيل الابتهاج ص ٢٠].

(٥) فتح الباري (٤/ ٤٠٦).

وقال أبو بكر بن العربي[1] في تفسير قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق:٧]: الإنفاق ليس له تقديرٌ شرعيٌّ، وإنما أحالَهُ الله تعالى على العادَةِ، وهي دليل أصوليٌّ، بَنَى الله تعالى عليه الأحكامَ، وربط به الحلالَ والحرام. والأصل فيه قول النبي ﷺ لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[2]؛ فأحالها على الكفاية حين علم السَّعة من حال أبي سفيان الواجب عليه؛ وقد أحاله الله على العادة فيه وفي الكفارة، فقال: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة:٨٩]. وقال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة:٤][3].

وقال القرطبي[4] في حديث: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»: فيه اعتبارُ العرف في الشرعيات، خلافا لمن أنكر ذلك لفظا وعمل به معنىً كالشافعية. وتَعقّبه ابن حجر[5] بأن الشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعيُّ، أو لم يرشد النصُّ الشرعي إلى العرف[6]. وقال ابن بطّال[7] في قول النبي ﷺ لبلال – لما أمره بقضاء

(١) ابن العربي: هو محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي. حافظ متبحر، وفقيه من أئمة المالكية. وكتبه تدل على غزارة علم وبصر بالسنة. (٤٦٨ - ٥٤٣ هـ). [شجرة النور الزكية ص ١٣٦، والأعلام للزركلي ٧ / ١٠٦، والديباج ص ٢٨١].

(٢)أخرجه البخاري في "صحيحه" برقم: (٢١٠٢) (كتاب البيوع، باب ذكر الحجام).

(٣)أحكام القرآن لابن العربي ط العلمية بتصرّف (٤/ ٢٨٩).

(٤) القرطبي: هو أحمد بن عمر بن إبراهيم، أبو العباس الأنصاري القرطبي: فقيه مالكي، من رجال الحديث. ولد بقرطبة وتوفي بها٦٥٦هـ.) من كتبه: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم. (الأعلام للزركلي (١/ ١٨٦) (١) .

(٥) ابن حجر: هو أحمد بن علي بن محمد، شهاب الدين، أبو الفضل الكناني العسقلاني، المصري المولد والمنشأ والوفاة. (ت:٨٥٢ هـ). زادت تصانيفه على مائة وخمسين مصنفًا. [الضوء اللامع ٢ / ٣٦، والبدر الطالع ١ / ٨٧، وشذرات الذهب ٧ / ٢٧٠، ومعجم المؤلفين ٢ / ٢٠].

(٦) فتح الباري لابن حجر (٩/ ٥١٠) الناشر: دار المعرفة – بيروت

(٧) ابن بطال: هو علي بن خلف بن بطّال. عالم بالحديث من أهل قرطبة' فقيه مالكي. . (ت: ٤٤٩ هـ). ينقل عنه ابن حجر كثيرًا في " فتح الباري " من كتابه " شرح البخاري ". [شذرات الذهب ٣ / ٢٨٣، وشجرة النور الزكية ص ١١٥]

جابر بن عبد الله رضي الله عنهم - : « يَا بِلاَلُ، اقْضِهِ وَزِدْهُ، فَأَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ، وَزَادَهُ قِيرَاطًا»[1]، قال: الاعتماد على العرف، لأن النبي ﷺ لم يعيّن قدر الزيادة في قوله وزده، فاعتمد بلالٌ على العرف فاقتصر على قيراط، فلو زاد مثلا دينارا لتناوله مُطلق الزيادة لكن العرف يأباه[2].

الفرع الثالث: اعتبارهما في نصوص القانون

سبق وأن ذكرنا بأن العرفَ هو: "مصدرٌ ينشئُ القاعدةَ القانونيةَ عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في سلوكهم بأن هذا السلوكَ قد صار ملزِما"، وسبق وأن بينا بأن فقهاءَ القانونِ يعرِّفون العادةَ باعتبارها "ركنا من أركان العرف"، وعليه فإن القانون يعتبر العرف والعادة ويجعلهما مصدرا أساسا من مصادره العامة، أما العرف فهو ثاني مصدر للقانون الحديث، بعد مصدر التشريع؛ بل إنه المصدر الأساسي في بعض التشريعات الحديثة وخاصة تلك التي تتبع المذهب الأنجلوساكسوني مثل القانون الإنجليزي؛ وأما العادة فلأنها الركن الماديُّ للعرف كما سبق.

---

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" برقم: (٤٤٣)، (كتاب الصلاة، باب الصلاة إذا قدم من سفر).

والدينار: معرّب، أصله دِنارّ، فأبدل من إحداهما ياء لئلا يلتبس بالمصادر ككذّاب. وهو نوع من النقود الذهبية، زنة الواحد منها عشرين قيراطا = ٧٢ حبة = ٢٥، ٤ غراما. القاموس المحيط: (ص: ٣٩٣) ومعجم لغة الفقهاء: (ص: ٢١٢). والقيراط والقراط، بكسرهما، والثانية ككتاب، وعلى الأولى اقتصر الجوهري: نصف دانق، واصله قرّاط، بالتشديد، لأن جمعه قراريط، فأبدل من أحد حرفي تضعيفه ياء، على ما ذكرناه في دينار، وهو معيار في الوزن والمساحة، اختلفت مقاديره باختلاف الازمنة:

١- مقداره في الوزن يختلف في الفضة عنه في الذهب. ومقداره في وزن الفضة والاشياء ٤ حبات شعير = ٢٤٧٥، ٠ غراما". ومقداره في وزن الذهب ٤٢، ٣ حبة = ٢١٢، ٠ غراما.

٢- مقداره في المساحة: جزء من أربعة وعشرين، وهو من الفدان يساوي خمسة وسبعين ومائة متر. تاج العروس (٢٠/ ١٥) ومعجم لغة الفقهاء (ص: ٣٧٣).

(٢) فتح الباري لابن حجر (٤/ ٤٨٥).

على أن هذا الحكم لا يختص بالقانون المعاصر، بل كان للعرف والعادة سلطان كبير على القوانين التي ظهرت في العصور القديمة مثل تشريعات حمورابي في بلاد ما بين النهرين، وبوكخوريس في مصر القديمة، ومانو في الهند، وصولون وودراكون في بلاد الإغريق، والألواح الإثنى عشر في روما [1].

❁❁❁❁❁

المطلب الثاني: أمثلة مجمَلةٌ ومفصَّلةٌ لأثر العرف والعادة في الشرع:

الفرع الأول: أمثلةٌ مجمَلةٌ لأثر العرف والعادة في الشرع :

من تأمل المسائل التي رُجع فيها إلى اعتبار العادة والعرف في باب الفقه اتضح له أثر العادة الكبير فيها، ووجد من ذلك أمثلةً أكثر من أن تُحصرَ، قال ابن القيِّم: "وقد أُجريَ العرفُ مجرى النطق في أكثر من مئة موضع" [2]، ثم سرَدَ جُلَّ تلك المواضع، وسنذكر إن شاء الله خلاصتَها في المطلب اللاحق إن شاء الله تعالى.

ويمكن الاستدلالُ لعموم تلك الأمثلة التي تُعمل العرفَ وتجريه مجرى النطقِ بحديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبيّ -صلى اللهَّ عليه وسلم- دينارًا يشتري له به شاةً، فاشترى شاتين بدينار، فباع إِحداهما بدينار وجاءه بالدينار والشاةِ الأخرى ، فباع وأقبض، وقبض بغير إذن لفظي اعتمادًا منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع، ولا إشكال بحمد اللهَّ في هذا الحديث بوجهٍ ما، وإنما الإشكال في استشكاله، فإنه جارٍ على محض القواعد كما عرفته [3].

وها أنا أحاول – مع الاختصار– جمع شتات بعض ما ذكروه مجمَلا أو مفصَّلا. وقد ذكر القاضي حسين الشافعي أربعةَ مواطن عامةً يُرجع فيها إلى العرف وهي:

الأول: الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية،

(١) الموجز المدخل لدراسة القانون (ص: ١٧٨).
(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ت مشهور (٤/ ٣١٦).
(٣) نفس المصدر السابق (٤/ ٣١٨).

كصغر ضبّة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها، وقرب منزله وبعده، وكثرة فعل أو كلام وقلّته في الصلاة، ومقابلا بعوض في البيع وعينا، وثمن مِثل، ومهر مثل، وكفء نكاح، ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى، وما يليق بحال الشخص من ذلك.

الثاني: الرجوع إلى العرف في المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس.

الثالث: الرجوع إليه في فعل غير منضبطٍ تترتب عليه الأحكام، كإحياء الموات، والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب، وتبسّط مع صديق، وما يعد قبضا، وإيداعا، وهدية، وغصبا، وحفظ وديعة، وانتفاعا بعارية.

الرابع: الرجوع إليه في أمر مخصَّص: كألفاظ الأيمان، وفي الوقف، والوصية، والتفويض، ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك[1].

الفرع الثاني: أمثلة تفصيلية لأثر العرف والعادة في الشرع:

أولاً: أثر والعرف والعادة في العبادات:

ومن أمثلته: اعتبار العادة في تحديد سن الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس، والطهر وغالبِها وأكثرِها، وضابط القِلّة والكثرة في الضَّبَّة[2]، والأفعالِ المنافية للصلاة، والنجاساتُ المعفوُّ عن قليلها، وطولُ الزمان وقِصره في موالاة الوضوء، وإطلاق ماء وتقييده، وغالب الكثافة ونادر العذر ودائمُه، وطول الفصل في السهو وقصره، والبناء على الصلاة في الجمع، والخطبة، والجمعة، وصوم يوم الشك، لمن له عادة[3].

(١) فتح الباري (٤/ ٤٠٦).
(٢) الضَّبَّة: حديدة عريضة يُضبَّب بها الباب والخشب، والجمع ضِباب. يقال: ضببت الخشب ونحوه: ألبسته الحديد. تاج العروس (٣/ ٢٣٢).
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٠).

ثانياً: أثر العرف والعادة في الأحوال الشخصية:

ومن أمثلته: اعتبار العادة في تقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتِهم، وما يختصّ به الرجال عن النساء من متاع البيت، وما يختص به النساء عن الرجال منه، و ضابط الإيجاب والقبول، والسلام ورده[1].

قال القاضي عبد الوهاب: "مسألةٌ: إذا كان العرفُ جارياً في بعض البلاد بأن الزوج ينقُد الصداقَ قبل الدخول كما كان بالمدينة، ثم اختلفا في قبضه، فإن كان قبل الدخول فالقول قولها وإن كان بعد الدخول فالقول قوله، وقال أبو حنيفة والشافعي القول قولها في الحالين؛ ودليلنا قوله تعالى: " وامر بالعرف "، ولأن الزوج أقوى سبباً بعد الدخول لشهادة العرف له، والعرفُ أصلٌ يرجع إليه في اختلاف المتداعيين إذا لم يكن ما يرجع إلى غيره، كالنقد والسير والحمولة، فكذلك ها هنا" [2].

ثم قال في موضع آخر: "مسألةٌ: إذا اشترت بالصداق جهازًا أو ما يصلحها ويصلح زوجها مما جرى من العرف في موضعها بأن المرأة تتجهز به للرجل، ثم طلقها قبل الدخول، فله نصف ما اشترت، ولا يلزمها أن تغرم له عينًا، وقال أبو حنيفة والشافعي عليها أن ترد له نصف العين التي قبضت منه؛ فدليلنا أن العرف إذا كان جارياً في موضعها بأن المرأة تتجهز للرجل وأنه يلتمس ذلك منها، فعليه دخلا، فكأنها فعلت ذلك بأمره، لأنه قد علم أنها تتصرف فيه، فكان كما لو صرح فقال: قد أذنت لك أن تشتري بصداقك جهازًا، ولو فعل ذلك لم يكن له إلا نصف ما اشترته فدليلنا على وجوب تجهيز المرأة للزوج إذا كان العرف عندهم جارياً بذلك، فدليلنا قوله تعالى: " وامر بالعرف "، ولأنه صلى الله عليه وسلم أخذ صداق فاطمة عليها السلام فصرفه في جهازها من طيب وفرش وغير ذلك [3].

(١) انظر نيل السول في شرح مرتقى الأصول للولاتي (ص ١٩٩).
(٢) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٧١٧).
(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٧٢٣).

ثالثا: أثر العرف والعادة في الأيمان والمعاملات والجنايات والأقضية:

ومن أمثلة هذا القسم الكثيرة: اعتبارُ العادة في ألفاظ الناس في الأيمان والعقود والفسوخ، وما العادة فيه من البيوع النقدُ، وما العادة فيه التأخيرُ، والتأخير المانعُ من الرد بالعيب، وفي الشرب، وسقي الدواب من الجداول، والأنهار المملوكة، إقامةً له مقامَ الإذن اللفظيِّ؛ وتناول الثمار الساقطة، وفي إحراز المال المسروق، وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب، والحِبر، والخيط، والكُحل على من جرت العادة بكونها عليه، وفي الاستيلاء في الغصب، وفي رد ظرف الهدية وعدمه، وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول الله ﷺ فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع، وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا، ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتُبرت العادة في الأصح.

ومنها: نقدُ البلد في المعاملات، وتقديمُ الطعام إلى الضيف، وجواز تناول اليسير مما يسقط من الناس من مأكول وغيره، والشرب من خَوَابي السيل ومصانعه في الطرق، ودخول الحَمَّام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامي لفظًا، وضرب الدابّة المستأجرة إذا حرنت في السير وايداعها في الخان إذا قدم بلدة أو ذهب في حاجة، ودفع الوديعة إلى من جَرَت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد، وتوكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه.

ومنها: جواز التخلّي في دار من أذن له بالدخول إلى داره والشرب من مائه والاتّكاء على الوسادة المنصوبة، وأكل الثمرة الساقطة من الغصن الذي على الطريق، وإذن المستأجر للدار لمن شاء من أصحابه أو أضيافه في الدخول والمبيت والثواء عنده والانتفاع بالدار وإن لم يتضمنهم عقد الإجارة لفظًا اعتمادًا على الإذن العُرفي، وغسل القميص الذي استأجره للبس مدة يحتاج فيها إلى الغسل. ولو وكَّل غائبًا أو حاضرًا في بيع شيء والعرف قبض ثمنه ملك ذلك.

ومنها: أنه لو اجتاز بحرث غيره في الطريق ودعته الحاجةُ إلى التخلِّي فيه فله ذلك إن لم يجد موضعًا سواه إما لضيق الطريق أو لتتابع المارِّين فيها، فكيف بالصلاة فيه والتيمّم بترابه؟ ومنها لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظًا لمالكها عليه كان ذلك أَوْلى

من تركها تذهب ضياعًا، وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ويقول: هذا تصرف في ملك الغير، ولم يعلم هذا البائس أن التصرف في ملك الغير إنما حَرَّمه اللهَّ لما فيه من الإضرار به وترك التصرّف هاهنا هو الإضرار.

ومنها: أنه لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك، ولم يضمن نقب الحائط. ومنها: لو قصد العدوّ مال جاره فصالحه ببعضه دفعًا عن بقيّته ، جاز له، ولم يضمن ما دفعه إليه.ومنها: لو وقعت النار في دار جاره فهدم جانبًا منها على النار لئلّا تسري إلى بقيتها لم يضمن.

ومنها: أنه لو باعه صبرة عظيمة أو حطبًا أو حجارة ونحو ذلك جاز له أن يدخل ملكه من الدواب والرجال ما ينقلها به، وإن لم يأذن له في ذلك لفظًا. ومنها: أنه لو جذّ ثماره أو حصد زرعه ثم بقي من ذلك ما يرغب عنه عادة جاز لغيره التقاطه وأخذه، وإن لم يأذن فيه لفظًا. ومنها: لو وجد هديًا مشعرًا منحورًا ليس عنده أحد جاز له أن يقتطع منه، ويأكل منه.

ومنها: قبول القاضي الهدية ممن له عادة، وفي القبض، والإقباض، ودخول الحمّام، ودور القضاة، والولاة، وفي المسابقة، والمناضلة إذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل المطلق عليها، وفيما إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان، ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط، وفي ألفاظ الواقف والموصي[1].

رابعا: أثر العرف والعادة في الأخلاق والآداب:

ومن أمثلة ذلك: لو أتى إلى دار رجل جاز له طرق حلقة الباب عليه، وإن كان تصرفًا في بابه لم يأذن له فيه لفظًا. وكذالك الاستناد إلى جداره والاستظلال به. ومنها: الاستمدادُ من محبرته، وقد أنكر الإمام أحمد على من استأذنه في ذلك

ويشمل ذلك ما تعارف عليه الناس في هيئاتهم التي لا تتضمن مخالفة شرعيَّة،

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٨)، إعلام الموقعين عن رب العالمين ت مشهور (٤/ ٣١٦).

فإن للعرف أثرًا كبيرًا في تحديدها، وربما تختلف باختلاف البلدان مثل كشف الرأس لذوي المروءات فإنه لا يحسن في البلاد المشرقية، وغيرُ قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق – كما يقول الشاطبي – قادحا في العدالة، وعند أهل المغرب غيرَ قادح(١). وكما في تحديد ما يَصلُح وما لا يَصلُح في ألوان ملابس النساء، وغير ذلك كثير.

فالمرجع إذن في كل ما تقدم إلى العادة، تخصّص عامه وتقيّد مطلقه، – على تفصيل وخلاف في ذلك سأخصه بالذكر فيما يأتي إن شاء الله– ومتى انتقل العرف في هذه المسائل وغيرها تبعه الحكم، وقد حكى المقّري في ذلك الإجماع، لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول الفقهاء في مثل هذا الاختلاف: إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان(٢).

المطلب الثالث: تخصيص العام بعرف والعادة وتقييد المطلق بها وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تخصيص العام بالعادة

قال أبو عبد الله المقّري(٣) : "العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق، وتخصِّص العام "(٤). ومثال تخصيص العام بالعادة: لو حلف إنسان ألاَّ يأكل لحمًا، ثم أكَل سمكًا، لم يحنث؛ إذا كان عُرف الناسِ على أنَّ لفظة اللحم لا تَتناوَل السمك.

ومن أمثلته الخاصة بالمالكية: عدمُ وجوب إرضاع الأمِّ ولدَها إذا كان العرف أن مثلها لا ترضع لشرف قدرها، فهذا تخصيص لقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، لما في ذلك من المصلحة العرفية.

(١)الموافقات (٢/ ٤٨٨).
(٢) انظر نيل السول (ص ١٩٩)، وعلم أصول الفقه ط مكتبة الدعوة (ص: ٩١)
(٣) المقّري: هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري: وهو جد المؤرخ الأديب صاحب "نفح الطيب". (ت: ٧٥٨) هـ. له مصنفات، منها: "القواعد" ١٢٠٠ قاعدة، و "الحقائق والرقائق". الأعلام للزركلي (٧/ ٣٧)
(٤)شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (١/ ٤٤٦).

قال ابن العربي في تفسيره لهذه الآية: " مُعْضِلةٌ! قال مالك: كل أمٍّ يلزمها رضاع ولدها بما أخبر الله تعالى من حكم الشريعة فيها، إلا أن مالكاً – دون فقهاء الأمصار – استثنى الحَسِيبَة ، فقال: لا يلزمها إرضاعه، فأخرجها من الآية، وخصها فيها بأصل من أصول الفقه هو العمل بالمصلحة، وهذا فن لم يتفطّن له مالكي، وقد حقّقناه في أصول الفقه؛ والأصل البديع فيه هو أن هذا الأمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب، وجاء الإسلام عليه فلم يغيره، وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة بدفع الرُّضَعاء إلى المراضع إلى زمانه فقال به، وإلى زماننا فحقّقناه شرعاً"[1].

وقد أطلق كثيرون التخصيص بالعادة سواء كانت قولية أو فعلية، وخصّها المحققون بالقولية دون الفعلية[2].

قال ابن عرفة[3] : "ظاهر قول ابن الحاجب[4] تخصيص العامّ بالعرف مطلقًا كان قوليًا أو فعليًا، وزعم القرافي أن تخصيصه إنما هو بالقولي لا بالفعلي، ومسائل المدونة وغيرها دالّة على أن تخصيصه بالقولي كالفعلي[5]".

ولعل ابنَ عرفةَ يشير إلى قول القرافي في شرح تنقيح الفصول: " فائدة: العوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصاً ومجازاً وغيرَه، بخلاف العوائد الفعلية، مثاله ما إذا كان الملك لا يلبس إلاّ الخز، ويطلق دائماً الثوب على الخز وغيره، فإذا حلف لا يلبس

(١) أحكام القرآن لابن العربي ط العلمية (١/ ٢٧٨).
(٢) البحر المحيط في أصول الفقه (٤/ ٥٢٢).
(٣) ابن عرفة :هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها. توفي سنة ٨٠٣هـ. من تصانيفه : " المبسوط " في الفقه سبعة مجلدات، و " الحدود " في التعريفات الفقهية. [الديباج المذهب ص ٣٣٧، ونيل الابتهاج ص ٢٧٤]
(٤) ابن الحاجب: هو عثمان بن عمر أبي بكر، المعروف بابن الحاجب،كرديّ الأصل، نشأ في القاهرة. كان من كبار العلماء بالعربية، وفقيها من فقهاء المالكية. (ت:٦٤٦ هـ). من تصانيفه : " مختصر الفقه "؛ و" منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل " في أصول الفقه و " جامع الأمهات " في فقه المالكية. [الديباج المذهب ص ١٨٩].
(٥) المختصر الفقهي لابن عرفة (٧/ ٧٩).

ثوباً حنث بالخز وغيره، وعادته الفعلية لا تقضي على لفظه فتصيره خاصاً بالخز فلا يحنث بغيره، بل يحنث بالجميع، وسببه أن العوائد اللفظية الناسخة ناقلة للغة ومعارضة لها، من جهة أن الناسخ مقدم على المنسوخ ومبطل له؛ إلى أن قال: "فتأمل ذلك فقد غلط فيه جماعة من أكابر الفقهاء المالكية وغيرهم" (١).

الفرع الثاني: تقييد المطلق بالعرف وبالعادة

ومثال تقييد المطلق بالعادة: شراء الثمر في رؤوس الأشجار، فإنه يقتضي عند المالكية التبْقِية، حملاً على العرف والعادة، بينما يقتضي عند الحنفية والشافعية القطع. واستدل القاضي عبد الوهاب(٢) المالكي لمذهبه فقال: "ودليلنا على أن الإطلاق يقتضي التبْقية قوله ﷺ: "أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ "(٣)؟ ومنع الثمرة إنما يكون بجائحة، وذلك إنما يخاف منه على ثمرة مبقاة، ولأن الإطلاع محمول على العادة، والعادة التبقية على ما بيّناه، فوجب حمل الإطلاق عليها" (٤).

ومن أمثلته: تقييد العُرْف لإطلاق الشرع لفظةَ السفر، فإنَّ من العلماء مَن رَدَّ تحديد المسافة التي تُعتبَر سفرًا إلى العُرْف ، مثل السفر الذي يُتزوّد له ويبرز صاحبه إلى الصحراء(٥).

(١) شرح تنقيح الفصول (ص: ٢١٢)، البحر المحيط في أصول الفقه (٤/ ٥٢٢).
(٢) القاضي عبد الوهاب: هو عبد الوهاب بن علي بن نصر، البغدادي، المالكي، عالم متبحّر وأديب. ولد ببغداد وتوفي بمصر ٤٢٢ هـ). من تصانيفه: " التلقين " في فقه المالكية، و" عيون المسائل "، و" النصرة لمذهب مالك"، و"الإشراف على مسائل الخلاف ". [شجرة النور الذكية ص ١٠٣، وشذرات الذهب ٣ / ٢٢٣].
(٣) أخرجه مسلم برقم (١٥٥٤).
(٤)الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٤٣).
(٥) انظر مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٤/ ١٥).

الفرع الثالث: أمثلة اعتبار العرف والعادة في القانون

سأقسِّم أمثلة اعتبار العرف في القانون باعتبار تقاسيم فروع القوانين، ولعل في ذلك اختصارا وعدم تخليط على القارئ :

١- ففي القانون الدستوري مثلاً، يقوم العرف غالبا بمهمة سد النقص الذي قد يبدو على النصوص الدستورية .وفي نطاق القانون الإداري تظهر الحاجة إلى العرف أكثر، والسبب في ذلك عائد إلى عدم تدوين معظم قواعد هذا القانون.

٢- وفي القانون المدني يُستعانُ بالعرف في تكملة القواعد المدنية، لكن في أضيق الحدود؛ ومثال ذلك ما جرى عليه العملُ في مصرَ وفي بعض البلدان من اعتبار أثاث منزل الزوجية ملكاً خالصا للزوجة، على أساس ما جرت عليه العادة من قيام الزوجة بتأثيث منزل الزوجية عند الزواج. والعلةُ في قلَّة الرجوع إلى العرف في نطاق القانون المدني، هو أن هذا القانون عريقٌ في القدم حيث استقرت قواعدُه بعد أن بلغت أقصى درجات الرقي في فن الصياغة القانونية، ومعنى هذا أن القانون المدني يعد من أكثر القوانين ثباتا وأقلها تعرضا للتطور، الأمر الذي لا يدع مجالاً للاستعانة بالعرف كمصدر تكميلي لقواعده.

٣- وأما القانون التجاري هو المجالُ الخِصب لإعمال العرف خصوصاً وأننا نعرف أن قواعد هذا القانون لا تكفي لمواكبة التطورات المتلاحقة التي تطرأ على الحياة التجارية. ومن أمثلة القواعد العرفية في مجال القانون التجاري، ما جرى عليه العمل من إمكانية تعاقد سمسار الأوراق المالية مع نفسه عند التعامل في البورصة، إذ يستطيع أن يكون نائباً عن كل من البائع والمشتري خلافاً لما هو مستقر عليه في القواعد العامة التي تحظر تعاقد الشخص مع نفسه [1].

(١)دور العرف في القانون المصري – العرف المكمل للتشريع والعرف المعاون للتشريع و امثلة على العرف في القانون

الفرع الرابع: ضوابط اعتبار العرف والعادة في الشريعة وفي القانون

لمّا كان تأثيرُ العرفِ والعادة في أحكام الشرع وفي نصوص القانون مطّردا على النحو الذي سبق بيانُه، وكانت الأعرافُ كثيرة ومتجددة، ولا تسلم في بعض صورها من عوارضَ تمنع قبولَـها أحرى انبناءِ الأحكام الشرعية والقوانين عليها، كان لزاما على علماء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون أن يضعوا ضوابط أو شروطا جامعةً تميّز بين العرفِ المعتبر والعرفِ الملغىَ.

وسأذكر هنا ثلاثةَ ضوابطَ يتفقُ أهلُ الشريعة والقانون على اعتبارها واشتراطها، وترجع إليهما أغلب الضوابط الأخرى:

الضابط الأول: أن لا يشتمل العرفُ أو العادةُ على مخالفة نصّ أو أصل قطعي في الشريعة، أو على مخالفة نصِّ قانونيٍّ أو قاعدة تشريعية ثابت.

فأيّا عادةٍ أو عرفٍ ورد الشرعُ بخلافهما وجب إلغاؤهما، لأن نصّ الشارع مقدمٌ على الأعراف والعوائد، وذلك ككل عقدٍ فاسد اتُّخذ عادة، كالإجارة بالمجهول، أو جائزٍ وفيه ذريعةٌ إلى حرام كبيوع الآجال؛ وكذا ما جرت به عادة العصر من شيوع البيع بالربا حتى صار عادة، وكعقود المقامرة، وكحرمان النساء من الإرث في بعض المجتمعات العربية، وكذا عدمُ أخذ الدية من القاتل وعقيلته في القتل الخطإ عند بعض المجتمع المورتانيّ، والأمثلة في ذا الباب كثيرة.

قال العلامة محمد مولود[1]:

فالعرفُ إن عارض أمرَ الباري وجَبَ أن يُنبـذ في البَراري

(١) عالم موريتاني متبَحِّرٌ، ألف في الفقه والتزكية والآداب، وقد انتفع الناس بكتبه. (ت: سنة ١٣٢٣ هـ).

إذ ليس بالمفيـــد جـريُ العِيـدِ بخُلفِ أمر المبـــدئ المُعيدِ [1].

وكذا الحكم في القانون، وإن كان الأصلُ أن العرفَ لا يصحُّ أن يخالفَ التشريعَ؛ فإن حصل ووجدنا قاعدتين متعارضتين إحداهما تشريعية والأخرى عرفية، فإنه يلزم القاضي الأخذ بالقاعدة التشريعية فورا، وإلغاء القاعدة العرفية.

الضابط الثاني: أن يكون العرفُ مطّردا أو غالبا؛ واطرادُ العرف أو العادة هو: أن يكون عمل الناس بها مستمرا لا يتخلّف، والمراد بغلبة الاطراد أن يكون العمل بها وجرَيانها بين أهلها واقعًا في أكثر الحوادث، وإن كانت تتخلّف قليلاً.

قال السيوطي[2] وابن نجيم: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، فان اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف"[3].

وهذا الضابطُ أساسٌ عند فقهاء القانون في اعتبار العرف، فإنهم يشترطون في العرف الملزم أن يحصل ركنه الماديُّ، و هو: تكرُّرُ القيام بالفعل لعدة مرات، وأن يحصل ركنه المعنوي، وهو: اعتقادُ الناس بكونه ملزما .

والاطِّراد أو غلبتُه - يخرج العـرفَ المـضطرب فإنـه لا يـصلح دلـيلاً لتحكيمه والرجوع إليه، ومن أمثلة ذلك:

- لو باع شخص شيئا بدراهم وأطلقَ، فإنه يُنزّل على النقد الغالب، فلو

(١) انظر البادية بتصرّف للشيخ محمد المامي، (ص: ٢٠٩). الناشر: زاوية الشيخ محمد المامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.

(٢) السيوطي: هو عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، جلال الدين أبو الفضل. أصله من أسيوط، ونشأ بالقاهرة يتيما وبها توفي سنة: ٩١١ هـ.كان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه والفقه واللغة، ومؤلفاته تربو على خمسمائة مؤلف. [شذرات الذهب ٨ / ٥١، والضوء اللامع ٤ / ٦٥، والأعلام ٤ / ٧١].

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٩٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٨١).

اضطربت العادة في البلد وجب البيان، وإلا بطل البيع.

– ومنها ما لو غلبت المعاملة بجنس من العروض، أو نوع منه، فإن الثمن ينصرف إليه عند الإطلاق في الأصح. كالنقد..

الضابط الثالث: أن يكون العرفُ أو العادة سابقين على الحكم في الوجود لا متأخرين عنه؛ فنصوصُ الشريعة وغيرُها لا يخصِّصها من العوائد إلا ما كان مقارنا لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصّصها[1]

قال القرافي: «العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللغة؛ وتظهيرُه إذا وقع العقد في البيع، فإن الثمن يحمل على العادة الاخرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم؛ وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما يعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها؛ فكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر في تخصيصها إلاّ ما قارنها من العوائد »[2]. وقال ابن نجيم: العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر؛ ولذا قالوا لا عِبرة بالعرف الطارئ[3].

وكذا الحكمُ بالنسبة للقانون، فإنه إنما يعتبر العرفَ القائم عند صدور القول أو حصول الفعل؛ ويشمل ذلك الأعرافَ اللفظيةَ والعمليةَ.

فكلامُ الواقفِ أو الموصي أو المطلِّقِ أو العاقدِ إنما يُحمَل على العرف القائم وقتَ صدور الكلام منه، لأنه هو الذي يعيّن مرادَه؛ فلو تغيّر العرفُ بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ الواردة في الوقفيات أو الوصايا أو العقود فلا عبرة للعرف الحادث في تفسيرها، وإنما يُحمل على العرف اللفظي الجديد

(١) الصعود إلى مراقي السعود، (ص:٢٢٢)، الطبعة الأولى ١١٩٩٣ مطابع ابن تيمية – القاهرة.
(٢) شرح تنقيح الفصول (ص: ٢١١).
(٣)الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: ٨٦).

ما صدر بعده من قول أو فعل.

وكذا لو تبدّل عرفُ الناس فيما يُعدّ عيبا في المبيع، أو في تقسيط أجرة العقارات المأجورة، أو في اعتبار تحديد وقت سداد الدين هل هو شمسيّ أو قمريّ، أو تبدّل عرفهم في تقسيم المهر في النكاح إلى معجّل ومؤجل، فإن العرف الحادث في كل ذلك لا يسري على التصرّفات السابقة، ولا يبدّل شيئا من أحكامها والتزاماتها[1].

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا بتصرّف، (ص:٩٠٠).

الخاتمة:

تلك أيها القارئ الكريم خلاصةٌ قصدتُ فيها أن أفي بما وعدتُ به في البدء؛ وها أنا في المختتم أجمع لك أهمَّ النتائج والخلاصات التي أنتجَها هذا العمل البحثيُّ، ثم أثني بذكر أهم التوصيات التي أوصى بها:

نتائج البحث:

١- تَـعتبِـر الشريعةُ الإسلاميةُ العرفَ والعوائدَ الصحيحةَ فيما لا نصَّ فيه، وتُحيلُ عليهما في ما ورد من النصوص مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة.

٢- يَـعتبِـر القانونُ العادةَ بالنظر إلى أنها ركنٌ من أركان العرف، ويعتبر العرفَ في كلِّ فروعه على تفاوُتٍ في ذلك الاعتبار، وله فيه إطلاقان:
إطلاقٌ أولٌ على القاعدة القانونية غير المسنونة، التي تنشؤ من اطراد سلوك الناس في مسألة معيَّنة ؛ وإطلاقٌ ثانٍ على المصدر الثاني من مصادر للقانون .

٣- كلُّ ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف والعادة، فإنهما يقيدان إطلاقاته، ويخصِّصا عموماته.

٤- إنما يُـعتبَر العرفُ شرعا وقانونا إذا كان مضطردا، ثابتا قبل الحكم به، ولم يشتمل على مخالفة نصّ شرعيٍّ أو أصل قطعي في الشريعة، أو على مخالفة نصٍّ قانونيٍّ أو قاعدة تشريعية ثابت أو غالبا.

التوصيات:

١- يوصي البحثُ العلماءَ والباحثين الشرعيين والقانونيين بمراجعةِ دائمة للأعراف والعوائد المستحدثة، وبيانِ ما اشتمل منها على مخالفة نصٍّ شرعية، أو قاعدة تشريعية.

٢- يوصي البحثُ المفتين والقضاةَ بعدم البتِّ في الخصومات التي لها علاقةٌ بأعراف الناس إلا بعدَ الرجوع إلى عرفِ المتخاصمين، ومعرفةِ مدلوله في أوطانهم.

٣- يوصي البحثُ المجامعَ الفقهيةَ والمراكزَ البحثيةَ والمؤسساتِ الماليةَ العربيةَ بنشر إصداراتٍ علمية تشمل على صيغ عقود المعاملات والنكاح التي تختلف أحكامُها باختلاف أعراف البلدان.

والله تعالى أعلم

فهرسة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: كتب التفسير وعلوم القرآن:

١. أحكام القرآن لابن العربي، تحقيق محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الثالثة،- ٢٠٠٣ م .
٢. تفسير الطبري المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م.

ثانيا: كتب السنة وعلوم الحديث:

٣. صحيح البخاري [الجامع الصحيح المختصر] لمحمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق مصطفى ديب البغا دار بن كثير، بيروت، ط: الثالثة، ١٩٨٧م.
٤. صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت .
٥. فتح الباري لابن حجر، تحقيق محمود الجميل، الناشر: دار الصفا، تاريخ الطبعة ٢٠٠٣.

ثالثا: كتب الفقه وقواعده وأصوله :

٦. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٧. الأشباه والنظائر لتاج الدين الدين السبكي ،الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٩٩١ م.
٨. الأشباه والنظائر لابن نجيم ، تحقيق زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى،١٩٩٩م.
٩. الأشباه والنظائر للسيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،١٩٩٠م.
١٠. الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى -١٩٩٩م.

١١. أصول النظام الاجتماعي في الاسلام، الطاهر بن عاشور، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس ، عمّان، ١٤٢١هـ.
١٢. البحر المحيط للزركشي، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى- ١٩٩٤م.
١٣. انظر البادية بتصرّف للشيخ محمد المامي، (ص: ٢٠٩). الناشر: زاوية الشيخ محمد المامي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.
١٤. البهجة في شرح التحفة لعلي بن عبد السلام التُّسُولي، المحقق: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
١٥. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
١٦. التبصرة للخمي (٤/ ١٨٦٦، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر الطبعة: الأولى،٢٠١١ م .
١٧. التحبير شرح التحرير للمزداوي الحنبلي، (٨/ ٣٨٥٢). تحقيق أحمد محمد السراج، الناشر: مكتبة الرشد.
١٨. التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج الحنفي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
١٩. تقريب الوصول إلي علم الأصول لابن جزي (ص: ١٩٢). المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى ٢٠٠٣ م.
٢٠. تيسير التحرير لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٣م.
٢١. جامع الأصول لمجد الدين الجزري ابن الأثير، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط .
٢٢. الذخيرة للقرافي، تحقيق مجموعة من المحققين الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م .
٢٣. شرح تنقيح الفصول للقرافي، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.
٢٤. ضوابط المعرفة لعبد الرحمن حبنكة الميداني، المحقق: حسين مؤنس، الناشر: دار

القلم – دمشق، سنة النشر: ١٩٩٣).
٢٥. العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة، الناشر: دار البصائر، الطبعة الأولى ٢٠٠٤.
٢٦. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب المنجور أحمد بن علي المنجور تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين الناشر: دار عبد الله الشنقيطي.
٢٧. الفكر السامي للحجوي ، الناشر: دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان الطبعة: الأولى ١٩٩٥م.
٢٨. كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، دار البشائر، ط الثانية.
٢٩. المبسوط للسرخسي الناشر: دار المعرفة – بيروت، تاريخ النشر: ١٩٩٣م .
٣٠. مجموعة رسائل ابن عابدين.
٣١. مجموع الفتاوى لابن تيمية الحراني الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م.
٣٢. المدخل الفقهي العام للزرقا، دار القلم، ط الثانية.
٣٣. المستصفى للغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٩٩٣م.
٣٤. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م.
٣٥. المعونة على مذهب عالم المدينة، المحقق: حميش عبد الحقّ، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة.
٣٦. المغني لابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة تاريخ النشر: ١٩٦٨م.
٣٧. المنثور للزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٩٨٥.
٣٨. الموافقات للشاطبي، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ـ١٩٩٧م.
٣٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل الرُّعيني المالكي ، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٩٩٢م.
٤٠. نفائس الأصول في شرح المحصول لشهاب الدين القرافي، المحقق: عادل أحمد

عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٤١. نشر العرف لابن عابدين دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان، المحقق: محمد العزازي، سنة النسر ٢٠١٤م.

٤٢. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (٤/ ٣٣٩) الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٩.

٤٣. النهاية في غريب الحديث والأثر للجزري ابن الأثير، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي.

٤٤. نيل السول، في شرح مرتقى الأصول، الناشر: مطابع عالم الكتب، تحقيق بابا محمد عبد الله، ط ١٩٩٢).

٤٥. انيل السول في شرح مرتقى الأصول، مطابع عالم الكتب، تحقيق بابا محمد عبد الله.

٤٦. نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ٣٣٧، اعتنى به الدكتور عبد الحميد ع الهرامة الناشر: دار الكاتب، طرابلس – ليبيا - الطبعة: الثانية، ٢٠٠٠ م.

رابعا: كتب القانون

٤٧. المدخل لدراسة القانون للدكتور شمس الدين الوكيل.

٤٨. المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس، المطبعة العالمية.

٤٩. العرف وأثره في الشرعة والقانون للدكتور أحمد بن علي المباركي، بدون ذكر الدار، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢.

خامساً: كتب التراجم:

٥٠. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لان فرحون، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي ، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

٥١. طبقات الشافعية للسبكي، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ .

٥٢. سير أعلام النبلاء للذهبي، الناشر: دار الحديث- القاهرة، الطبعة: ١٤٢٧هـ-

٢٠٠٦م.
٥٣. وفيات الأعيان لابن خلكان ، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الجزء: ٧ – الطبعة: الأولى.

سادسا: كتب معاجم اللغة والبلدان:

٥٤. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأنصاري ، الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة – ١٤١٤ هـ.
٥٥. معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م.
٥٦. المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، أبو العباس، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت.
٥٧. مقاييس اللغة لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر ١٩٧٩م.
٥٨. المحكم المحيط المعظم لابن سيده المرسي، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م.