جامعة الأزهر الشريف
كلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنات بالإسكندرية
قسم الفقه العام

العادة والعرف
وأثرهما
في الفقه الإسلامي

بقلم
د/ طلعت عبد الغفار حسن حجاج

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الهدى ومعلم الخير الذى أتانا بالمعجزة الخالدة: كتاب أحكمت آياته، وعلى الله وصحبه الذين صدقوا ما عاهدوا الله عليه، وعلى من اهتدى بهديهم إلى يوم الدين.

أما بعد ...،

فهناك أمور كثيرة وكّل الشرع الحكيم تقديرها للعرف والعادة رعاية لمصالح العباد المتجددة والتي تختلف باختلاف الزمان والمكان وتغير الأحوال.

وهناك أمور يحتاج الفقهاء في بيان حكمها إلى معرفة عادات الناس وأعرافهم في الأقوال والأفعال، فإن أقوال الناس وأفعالهم تبنى على ما اعتادوه وما تعارفوا عليه.

والأحكام الشرعية مرنة لا تتناقص مع المصالح المرسلة المتجددة بل تتواءم معها وتسير أمامها لتنير طريقها إلى الصراط السوي صراط الله الذى له ما في السموات وما في الأرض.

هذا .. ولقد استخرت الله تعالى وكتبت بحثى هذا في موضوع العادة والعرف وأثرهما في الفقه الإسلامي.

والله أسأل أن ينال بحثى هذا القبول من كل قارئ.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب ...،

خطة البحث

لقد قسمت بحثى هذا إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: منشأ العادة والعرف

وتناولت فيه:

تعريف العادة، وتعريف العرف، والنسبة بين العرف العادة، ومحل تحكيم العادة والعرف، وشروط العمل بالعرف.

المبحث الثانى: العرف وتغير الزمان.

المبحث الثالث: تعارض العرف مع الشرع ومع اللغة

وتناولت فيه:

تعارض العرف مع الشرع.

تعارض العرف مع اللغة.

المبحث الرابع: أثر العادة والعرف فى الفروع الفقهية

وتناولت فيه:

أثر العادة والعرف فى بعض الفروع الفقهية

أثر العادة والعرف فى القضايا الفقهية المعاصرة

ثم ذكرت أهم نتائج البحث فى الخاتمة

ثم ذكرت قائمة بالمراجع التى اعتمدت عليها

ثم الفهرس

المبحث الأول

منشأة العادة والعرف

كل عمل اختيارى لابد له من باعث، وهذا الباعث إما خارجى كظهور منفعة من شئ أو عمل، وإما داخلى نفسى كحب الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب فى بعض المواطن من بعض الأشخاص.

فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذى مال إليه بذلك الباعث وكرره أصبح بالتكرار عادة له.

فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون عندئذ العرف الذى هوفى الحقيقة عادة الجماعة.(١)

المطلب الأول

تعريف العادة

العادة فى اللغة:

مأخوذة من العود والتكرار النافى لحدوث الأمر صدفة.

وهى: كل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد، كعادة الحيض فى المرأة، والجمع: عادٌ، وعادات، وعوائد، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثابتة.(٢)

(١) المدخل الفقهى العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء. فقرة ٤٧٦-٨٣٣/٢.

(٢) المعجم الوسيط بجمع اللغة العربية – مادة (عود)، المدخل الفقهى العام فقرة ٤٨١-٨٣٨/٢، الصحاح فى اللغة والعلوم، مادة (عود).

العادة فى الاصطلاح:

عند الفقهاء:

هى عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة.(١)

عند الأصوليين:

هى الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.(٢)

لأن التكرار إذا كان ناشئاً عن علاقة عقلية – وهى التى يحكم العقل فيها بهذا – لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم العقلى وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، وتبدل مكان الشئ بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط فى الوجود بين العلة والمعلول يقضى به العقل وليس ناشئاً عن ميل الطبع.(٣)

فكون العادة الأمر المتكرر متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، والأمر المتكرر يشمل كل حادث يتكرر لأن لفظ الأمر من أوسع ألفاظ اللغة عمومًا وشمولاً.

ويفترق تعريف الفقهاء عن تعريف الأصوليين بأنه لم يشترط نفى العلاقة العقلية.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣.

(٢) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢٨٢/١.

(٣) المدخل الفقهى العام ٨٣٨/٢ فقرة ٤٨١، الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقى البورنو ص ٢٧١.

فتعريف الأصوليين أخص، وتعريف الفقهاء أعم من هذا الوجه.(١)

ومع أن تعريف الفقهاء للعادة يتضمن قبولها عند الطباع السليمة. لكن إطلاق لفظ العادة يتضمن ما يلى:

١- يطلق لفظ العادة على ما يعتاده الفرد من الناس فى شئونه الخاصة كعاداته فى نومه وأكله ونوع مأكوله وملبوسه وحديثه وكثير أفعاله، وهذا يسمى عادة فردية.

٢- يطلق لفظ العادة أيضًا على ما تعتاده الجماعات مما ينشأ فى الأصل عن اتجاه عقلى وتفكير - حسنًا كان ذلك أو قبيحًا - وهذا يسمى عند الأكثرين عرفًا.

٣- كما نطلق العادة على كل حال متكررة سواء كانت ناشئة عن سبب طبيعى كإسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار فى الأقاليم الحارة، وإبطائه فى الباردة، وكثرة الأمطار فى بعض الأقاليم صيفًا وفى بعضها شتاءً بحسب الموقع الجغرافى والعوامل الطبيعية.

أم كانت ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق كالتقاعس عن فعل الخيرات والسعى بالضرر والفساد وتفشى الكذب وأكل المال بالباطل والفسق والظلم، مما يسميه الفقه: فساد الزمان.

أم كانت ناشئة عن حادث خاص كفشو اللحن الناشئ عن اختلاط العرب بالأعاجم.

فكل ذلك يعتبر فى نظر الفقهاء من قبيل العادات، وقد راعاها المجتهدون فى الفتيا والقضاء وقرر لها الفقهاء ما يناسبها من أحكام.(٢)

وأقل المرات ليكون الشئ عادة ثلاث متواليات على الأرجح.

(١) الوجيز للورنو، ص ٢١٨.

(٢) المدخل الفقهى العام ٨٤٠/٢ فقرة ٤٨٢، الوجيز للبورنو ص ٢١٨.

المطلب الثانى

تعريف العرف

العرف فى اللغة:

بضم العين، المعروف، وهو خلاف النُكر.

وهو ما تعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم.(١)

قال تعالى: {خُذِ العَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الجَاهِلِينَ}.(٢)

العرف فى الاصطلاح:

عند الفقهاء:

هو ما تعارفته العقول وتلقته الأمة بالقبول.(٣)

فما اعتاده الناس وألفوه وساروا عليه فى أمورهم فعلاً كان أو قولاً دون أن يعارض كتابًا أو سنة يسمى عرفًا.(٤)

وهذا يفيد أن العرف نوع من العادة.

النسبة بين العرف والعادة:

الحق أن بين العرف والعادة عمومًا وخصوصًا مطلقًا فالعادة قد ترتبط بشخص واحد ولا تسمى عرفًا، أما العرف فهو عادة جمع من الناس.

وعلى هذا فالعادة أعم والعرف أخص، فكل عرف عادة وليست كل عادة عرفًا.(٥)

---

(١) المعجم الوسيط مادة (عرف)

(٢) الآية رقم ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٣) المواهب السنية شرح الفرائد البهية فى نظم القواعد الفقهية للشيخ عبد الله بن سليمان الجرهزى الشافعى المتوفى سنة ١٢٠١هـ ٢٩١/١.

(٤) أصول الفقه للبرديسى ص ٣٣٣.

(٥) العموم والخصوص فى اصطلاح علم المنطق نوعان: مطلق ووجهى، فالعموم والخصوص المطلق:عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائمًا والآخر أخص دائمًا كما هنا.=

المطلب الثالث

أقسام العرف

أولاً: تقسيم العرف من حيث اللفظ والعمل:

ينقسم العرف من حيث اللفظ والعمل إلى: عرف لفظى وعرف عملى.

أ- العرف اللفظى:

وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه فى معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه.(١)

وذلك كاستعمال لفظ "الدراهم" بمعنى النقود الرائجة فى البلد مهما كان نوعها وقيمتها.

وكذلك استعمال لفظ "البيت" فى بعض البلدان بمعنى "الغرفة" وفى بعضها بمعنى "الدار" بجملتها.

وهذا النوع من العرف هو فى الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفًا بل هو من قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو حمل إنسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلانًا بها، فإنه يفهم بهذه القرينة إن مراده بالقتل الضرب المؤلم.

= أما العموم والخصوص الوجهى: فعندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه كالنسبة بين مفهومى "الأبيض والملبوس" مثلاً. فالأبيض أعم من وجه لوجوده فى الملبوس وغيره، والملبوس أعم من وجه لوجوده فى الأبيض وغيره – المدخل الفقهى العام – هامش ٨٤٣/٢.

(١) الوجيز للبورنو ص ٢٢٤.

وكذا لو قال لآخر "وهبتك هذا الشئ بعشرة دنانير" فإنه يفهم بقرينة البدل أن مراده بالهبة معنى البيع مجازًا.

ومثال العلاقة العقلية قولنا: حكمت المحكمة على فلان، فإن المراد أنه قد حكم الحاكم، إذ المحكمة هى المكان ويعتبر هذا الإسناد سائغًا مقبولاً بعلاقة يلحظها العقل بين الحالّ والمحل.

فهذه الأساليب الفنية فى طرائق التعبير هى من صور المجاز فى البيان لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة وليست من العرف اللفظى.(١)

ب- العرف العملى:

هو ما جرى عليه عمل الناس فى تصرفاتهم واعتيادهم على شئ من الأفعال العادية أو التصرفات المنشئة للالتزامات، ومن أمثلته:

١- اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، وكذا اعتيادهم أكل نوع خاص من المآكل أو استعمال نوع من الملابس والأدوات.

٢- اعتياد بعض البلدان والأقطار تقسيم المهر فى الزواج إلى مقدم ومؤخر، وإن الذى يجب دفعه قبل الزواج هو المقدم وأما الثانى فلا يجب إلا بالموت أو الطلاق، أيهما أقرب.

٣- اعتياد الناس تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة.(٢)

---

(١) المدخل الفقهى العام ٨٤٥/٢ وما بعدها، فقرة ٤٨٧، ٤٨٨، الوجيز للبورنو ص ٢٢٣ وما بعدها "بتصرف فيهما".

(٢) المرجعين السابقين.

ثانياً: تقسيم العرف من حيث العموم والخصوص:

ينقسم العرف من حيث العموم والخصوص إلى: عرف عام وعرف خاص.

أ- العرف العام:

هو الذى يكون فاشيًا فى جميع البلاد بين جميع الناس فى أمر من الأمور وهو العرف الجارى منذ عهد الصحابة رضوان الله عليهم حتى زماننا وهو العرف الذى قبله المجتهدون وعملوا به،

ومن أمثلة العرف العام:

عقد الاستصناع: وهو الاتفاق على صنع أشياء معينة بأوصاف مبينة محدودة. وهو من بيع المعدوم، ولكن جاز لأن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان.

ب- العرف الخاص:

وهو الذى يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر أو بين فئة من الناس دون أخرى. وهذا العرف الخاص متنوع ومتجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبدًا.

ومن أمثلة العرف الخاص:

عرف التجار فيما يعد عيبًا ينقص الثمن فى البضاعة المبيعة أو لا يعد عيبًا وكعرفهم فى بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطًا إلى عدد معلوم من الأقساط، وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة فى الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.(١)

(١) المدخل الفقهى العام ٨٤٨/٢ فقرة ٤٨٩، ٤٩٠، الوجيز للبورنو ص ٢٢٠ "يتصرف فيها".

المطلب الرابع

محل تحكيم العادة والعرف

تحكم العادة والعرف إذا كانت مشروعة تقبلها الطباع السليمة ولا تتنافى مع المصادر الشرعية، ولا يوجد نص موافق له، لأنه إذا وجد نص للموافق له فالمعتبر النص.

ولذلك يقول الزركشى: إن العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعًا.(١)

فإذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعى فيجب مراعاة الدليل الشرعى وتطبيقه لأن العمل فى الحقيقة يكون بالدليل الشرعى لا بالعرف، وإنما يستأنس بالعرف فقط.

وإذا خالف العرف الدليل الشرعى - فيجب رد العرف والعادة. وعدم اعتبارهما، ولا يجوز ترك النص للعمل بالعرف والعادة لأنه ليس من حق العباد حق تغيير النصوص ولأن النص أقوى من العرف ولأن العرف قد يكون مستندًا على باطل، وأما نص الشارع فلا يجوز أن يكون مبنيًا على باطل، فلذلك لا يترك القوى لأجل العمل بالضعيف.

ومن أمثلة مخالفة العرف للنصوص:

تعارف الناس كثيراً من المحرمات كالمعاملة بالربا وشرب الخمر، والتبرج، ولبس الحرير والتختم بالذهب للرجال، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصًا.

أما إذا خالف العرف والعادة مسائل فقهية لم تثبت بالنص الصريح - بل ثبتت بالاجتهاد والرأى - وكثير منها بناه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه، بحيث لو كان فى الزمان الذى حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أولا، فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة، ولو خالف حكمًا سابقًا

(١) المنثور فى القواعد ٩٦/٢.

مبنيًا على عرف مخالف. وهذا مبنى على قاعدة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد: إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس. فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً لزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد.

ولهذا نرى كثيرًا من العلماء خالفوا ما نص عليه المجتهدون فى مواضع كثيرة بناء على ما كان فى زمنهم لعلمهم بأنهم لو كانوا فى زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذًا من قواعد مذهبهم، ومن أمثلة ذلك:

افتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين إذ لو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتو بجواز أخذ الأجرة على التعليم وكذلك على الإمامة والأذان مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك.

ولكن لابد للمفتى والحاكم من نظر سديد وتبحر مديد فى الأحكام الشرعية أصلاً وفروعًا، مع الوقوف على أحوال الزمان وأهله وعادتهم ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أولا.[1]

(١) الوجيز للبورنو، ص ٢٣٠.

المطلب الخامس

دليل العمل بالعادة والعرف

أولاً: الدليل من القرآن الكريم:

ذكر صاحب المواهب السنية أنه يمكن الاستدلال على اعتبار العادة بقوله تعالى: **{وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً}.**(١)

وجه الاستدلال من هذه الآية:

أن السبيل معناه لغة الطريق، وسبيل المؤمنين طريقتهم التى استحسنوها وقد أوعد الله سبحانه وتعالى بالعقاب والعذاب على من اتبع غير سبيلهم فدل على أن اتباع سبيلهم واجب، فالعادة التى استحسنوها معمولة شرعاً.(٢)

ثانياً: الدليل من السنة:

قول النبى ﷺ: "ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن" هذا الحديث معناه صحيح والكلام فى السند.

قال العلائى: لم أجده مرفوعًا فى شئ من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفًا أخرجه أحمد فى مسنده.(٣)

ومع هذا فالحديث يدل على المطلوب سواء روى مرفوعًا إلى النبى ﷺ أو موقوفًا على ابن مسعود رضى الله عنه، لأن سياق الحديث يوحى

---

(١) الآية رقم ١١٥ من سورة النساء.

(٢) المواهب السنية شرح الفرائد البهية ٢٩٠/١.

(٣) الحديث المرفوع: ما اتصل سنده برسول الله ﷺ: دون انقطاع. والحديث الموقوف: ما ارتفع سنده إلى الصحابى فقط.

بأن المراد بالمسلمين الصحابة وأئمة السلف والخلف من أهل الحل والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين.(١)

يقول الشاطبى: إن المسلمين صيغة عموم، واللام فيها للاستغراق الذى يدل على إجماع أهل الحل والعقد، وما رآه أهل الإجماع حسنًا فهو عند الله حسن. ويكون الحديث بهذا المعنى حجة.(٢)

وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة فى التشريع.(٣)

ثالثاً: الدليل من الإجماع

لقد أجمع أهل العلم على أن العادة محكمة فى الأمور التى تتكرر عادةً، لأنها وليدة الحاجة، والمصلحة التى لا تتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصدها العامة.

فقد تعارف الناس فى زمن النبى ﷺ أمورًا تتعلق بشئون الحياة فلم يحرمها أو ينهى عنها فدل على جوازها.

فهذه هى أدلة العمل بالعادة والعرف واعتبارهما فى التشريع بالكتاب الكريم، فإنه لما دل على اعتبار العادة جاءت السنة مبينة لما جاء به، ولما علم الفقهاء بأن الكتاب والسنة دلاَّ على اعتبار العادة لم يجدوا بدًا من الإجماع على اعتبارها فيما ليس فيه نص شرعى من الأحكام المطلقة. فكانت العادة مستندًا ودليلاً يحكم فى الوقائع والتصرفات المستحدثة فى كل زمان ومكان.(٤)

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٩.

(٢) الاعتصام للشاطى ١٣٧/٣.

(٣) المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية للدكتور عبد العزيز عزام ص ١٨٤.

(٤) المرجع السابق.

المطلب السادس

شروط العمل بالعرف

إن اعتبار العرف والعمل به يجب أن تتوافر فيه شروط هى:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالبًا:

يقول الإمام السيوطى: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا".

معنى اطِّراد العرف:

اطراد العرف معناه: أن يكون العمل به مستمرًا فى جميع الأوقات والحوادث بحيث لا يتخلف إلا بالنص على خلافه، ومعنى ذلك أن تكون العادة كلية، فجريان العرف على تقسيم المهر فى النكاح - فى بعض البلدان - إلى معجل ومؤجل إنما يكون مطردًا فى البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم فى جميع حوادث النكاح لا يخرجون عنه إلا عند النص على خلافه.

معنى غلبة العرف:

المراد من الغلبة هنا: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً فى أكثر الحوادث أو عند أكثر الناس.

يقول إمام الحرمين فى باب الأصول والثمار: "كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم ومضمره كالمذكور صريحًا".

أى مضمر العرف الذى لم يصرح به فى العقود كالمذكور صريحًا فى صلب العقد حيث المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

يقول الإمام السيوطى: "لو باع شيئاً بدراهم وأطلق نزل على النقد الغالب – لأنه المتعارف فينصرف المطلق إليه – فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان – أى بيان نوع الدراهم وإلا بطل البيع لوجود الإجمال فى الثمن والإجمال يحتاج إلى بيان. وإلا بطل البيع".

وإن تعارضت الظنون فى كونها مطردة فتعتبر، أم مضطربة فلا تعتبر فخلاف بين العلماء، منهم من يقول إن العادة تعتبر ويرتب الحكم عليها لظن الاطراد ومنهم من يقول إن العادة لا تعتبر ولا يرتب الحكم عليها لظن الاضطراب.(١)

الشرط الثانى: أن يكون العرف المراد تحكيمه فى التصرفات قائمًا عند إنشائها:

ومعنى هذا: أن يكون العرف سابقًا للتصرفات لا تاليًا لها ولا متأخرًا عنها ليصح حمل العرف عليها، ولذلك قالوا: "لا عبرة بالعرف الطارئ" أى لا عبرة له بالنسبة إلى الماضى ولا يحكم فيه.

فيجب أن يحمل الحكم على العرف الموجود وقت التلفظ، فلا يجوز أن يحمل حكم حدث قبلاً على عرف حدث متأخرًا. لأن النصوص التشريعية يجب أن تفهم مدلولاتها اللغوية والعرفية فى عصر صدور النص لأنها هى مراد الشارع أو العاقد ولا اعتبار بتبديل مفاهيم اللفظ فى الأعراف المتأخرة.

يقول العلامة ابن نجيم: "العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المفارق السابق دون المتأخر".

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠١، المدخل الفقهى العام ٨٧٤/٢، فقرة ٥٠٤، الوجيز للبورنو ص ٢٤٠، المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية ص ١٩٦، محاضرات فى القواعد الفقهية للمرحوم الأستاذ الدكتور جاد الرب رمضان.

ومثل ذلك يقال فى نصوص الشارع أيضاً:

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية فى عصر صدور النص، لأنها هى مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ فى الأعراف الزمنية المتأخرة وإلا لم يستقر للنص التشريعى معنى.

فمثلاً: لفظ "فى سبيل الله" من آية مصارف الزكاة كان له معنى عرفى إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعى أو سبل الخيرات مطلقا على اختلاف بين العلماء فى ذلك.

ولفظ "ابن السبيل" فيها أيضا، معناه العرفى: من ينقطع من الناس فى السفر.

فإذا تبدل عرف الناس فى شئ من هذه المعايير، فأصبح مثلاً معنى "فى سبيل الله" طلب العلم خاصة، وأصبح معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط الذى لا يعرف له أهل، فإن النص التشريعى يظل محمولاً على معناه العرفى الأول عند صدوره ومعمولاً به فى حدود ذلك المعنى لأنه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعانى العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص.(١)

الشرط الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه

هذا الشرط قيد أساسى فى اعتبار العرف، وهو أن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وعلة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هى سكوت

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١، المدخل الفقهى العام، ٨٧٧/٢، وما بعدها فقرة ٥٠٥، الوجيز للبورنو ص ٢٤٢.

المتعاقدين عن الأمر المتعارف، وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعًا منهم اعتمادًا على العرف الجارى.

فإثبات الحكم المتعارف فى هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة فإذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه "لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح".

يقول العز بن عبد السلام: "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك. ولو شرط عليه أن يعمل شهرًا بالليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهارًا الذى أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به فكان ذلك غررًا لا تمس الحاجة إليه".

ويقول العلامة التركى على حيدر فى شرح المادة ٣٧ من مجلة الأحكام العدلية:

"إن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفًا لنص أو شرط لأحد العاقدين. فلو استأجر شخص أجيرًا للعمل من الظهر إلى العصر فقط، ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة هكذا".

وعلى ذلك تتقيد الإعارة فى الزمان والمكان والمقدار بما يقيدها به المعير ولو جاء قيده مخالفًا للمعتاد إذ لا عبرة للمعتاد مع التصريح بخلافه.

فلو استعار شخص دابة مثلاً للركوب أو للتحميل يعتبر مأذونًا بركوبها أو بتحميلها القدر المعتاد فى أمثالها عرفًا. ولكن لو نهاه المعير صراحة عن ركوبها أكثر من مدة أو عن تحميلها أكثر من مقدار حددهما له، لا يجوز للمستعير أن يزيد عليه ولو مقدارًا لا يتجاوز المعتاد، فإن زاد كان متعديًا فى حكم الغاصب.(١)

الشرط الرابع: أن لا يكون فى العرف تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعى فى الشريعة:

إذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها، فالمبدأ العام الذى يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالاً أنه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعى أو أصل قطعى فى الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف.

وذلك كما لو تعارف أهل قرية على التعامل بالربا تحت أى مسمى من مسمياته فهذا مخالف لقول الله تعالى: **{وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}**(٢)

فإن تعارفهم هذا لا اعتبار له ولا قيمة، فهو عرف مرفوض يجب تغييره لا إقراره ولا يجوز القضاء به بحال.

لأن النصوص الشرعية إلزامية، ولم تشرع إلا لكى تنفذ نصوصها وتحترم فلا يجوز تعطيلها والعمل بخلافها.

(١) المدخل الفقهى العام ٨٧٩/٢ وما بعدها فقرة ٥٠٦، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٧٨/٢.

(٢) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

أما إذا لم يترتب على العرف تعطيل للنص الشرعى أو للأصل المقطوع به فى الشريعة، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعى عليه، أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر وله سلطان محترم.(١)

(١) المدخل الفقهى العام ٢/٨٨٠ وما بعدها فقرة ٥٠٧.

المبحث الثانى

العرف وتغير الزمان

من المقرر فى فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيرًا كبيرًا فى كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية فإن هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرأ المفاسد.

فهى ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة. فكم من حكم كان تدبيرًا أو علاجًا ناجحًا لبيئة فى زمن معين،فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضى إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وعن هذا أفتى المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية فى كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الاخلاق فليسوا فى الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون فى عصر المتأخرين ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال المتأخرون.

وعلى هذا الأساس أسست القاعدة الفقهية القائلة: "**لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان**".

وقد اتفقت كلمة ففقهاء المذاهب على أن الأحكام التى تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هى الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية، أى التى قررها الاجتهاد بناء على القياس أو على دواعى المصلحة.(١)

(١) المدخل الفقهى العام ٩٢٣/٢ وما بعدها فقرة ٥٣٩.

أما الأحكام الأساسية التى جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية كحرمة المحرمات المطلقة وكوجوب التراضى فى العقود والتزام الإنسان بعقده وضمان الضرر الذى يلحقه بغيره وسريان إقراره على نفسه دون غيره ووجوب منع الاذى وقمع الإجرام وسد الذرائع إلى الفساد وحماية الحقوق المكتسبة ومسئولية كل مكلف عن عمله وتقصيره وعدم مؤاخذة برئ بذنب غيره، إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الشرعية الثابتة التى جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال.

أمثلة لمسائل غيّر الفقهاء المتأخرون أحكامها التقررها اجتهاد الأئمة الأولين:

١- من المقرر فى أصل المذهب الحنفى أن المدين تنفذ تصرفاته فى أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، وذلك لأن الديون إنما تتعلق بذمة المدين لا بعين الدين فيبقى ماله حرًا غير مثقل لأحد فتبقى أهليته للتصرف فيه كاملة غير منقوصة، فتنفذ تصرفات المدين فى جميع أمواله.

ثم لما فسدت ذمم الناس وكثر الطمع وقل الورع وأصبح المديونون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية بأنه:

أ- إذا كان الدين غير مستغرق لمال المدين ووقف ما زاد على ما يفى دينه فوقفه صحيح نافذ لعدم مصادمة حق الدائنين.

ب- إذا كان الدين مستغرقًا لما له: يوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين حماية لمصالح الدائنين فإن أجازوه نفذ الوقف وإن لم يجيزوه بطل.

وبهذا أفتى المتأخرون من فقهاء الحنابلة.(١)

وإذا كانت الفتوى بعدم نفاذ وقف المدين إلا فى الجزء الزائد من أمواله عن وفاء الدين يدل على أن غير الوقف من التصرفات المضرة بحقوق الدائنين (كالهبة والبيع مع المحاباة فى الثمن) حكمه حكم الوقف فى عدم النفاذ بطريق الأولوية.

٢- فى أصل المذهب الحنفى أن القاضى يقضى بعلم نفسه (بالمعاينة أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأحوال) أى أن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستندًا لقضائه ويغنى المدعى عن إثبات مدعاه بالبينة فيكون علم القاضى بواقع الحال هو البينة.

ولكن لوحظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشوة لذلك أفتى المتأخرون من الحنفية بأنه لا يصح أن يقضى القاضى بعلمه الشخصى فى الوقائع بل لابد أن يستند قضاؤه إلى البينات المثبتة فى مجلس القضاء. حتى لو شاهد القاضى بنفسه عقدًا أو قرضًا أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء، ثم أدعى به أحدهما وجحدها الآخر فليس للقاضى أن يقضى للمدعى بلا بينة.

وهكذا استقر عمل المتأخرين على عدم قضاء القاضى بعلمه.(٢)

(١) المدخل الفقهى العام ٩٢٦/٢ فقرة ٥٤٣، رد المحتار على الدر المختار ٣٩٤/٣ وما بعدها، القواعد لابن رجب الحنبلى ص ١٦ القاعدة الحادية عشرة.

(٢) المدخل الفقهى العام ٩٢٩/٢ فقرة ٥٤٦، البدائع ٧١٧، الدر المختار ورد المحتار ٣٦٩/٤، المبسوط للسرخسى ٩٣/١٦.

٣- فى أصل المذهب الحنفى كذلك لم يكن يعتبر الإكراه معذرة للشخص المستكره - بفتح الراء - إلا ذا كان واقعًا من السلطان نفسه أو بأمره، لأن قيام سلطة الحاكم تمنع الناس من أن يكره بعضهم بعضًا على فعل أو عقد، إذ يستطيع من يقع عليه الإكراه أن يلتجئ إلى الحاكم. أما إذا وقع الإكراه من السلطان نفسه فلا سلطة فوقه وبيده القوة. لكن المتأخرين من الفقهاء لما رأوا فساد الزمان وتسلط بعض الناس على بعض تحت حماية بعض الحكام ولحظوا فقدان الوازع أفتوا بأن الإكراه يعتبر معذرة مؤثرة فى مسئولية المستكره عن الأفعال والعقود التى باشرها تحت الإكراه ولو كان واقعًا من غير السلطان.(١)

٤- من الأمثلة المعاصرة:

أوجب الشرع الإسلامى على كل زوجة تطلق من زوجها عدة تعتدها وهى أن تمكث مدة معينة يمنع فيها زواجها برجل آخر، لتحقق فراغ رحمها من الحمل منعًا لاختلاط الأنساب.

وكان فى الحالات التى يقضى فيها القاضى بالتطليق أو يفسخ النكاح تعتبر المرأة داخله فى العدة ويبدأ حساب عدتها من فور قضاء القاضى بالفرقة، لأن حكم القاضى فى الماضى كان يصدر مبرمًا واجب التنفيذ فورًا لأن القضاء كان مؤسسًا على درجة واحدة وليس فوق القاضى أحد له حق النظر فى قضائه.

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائى يجعل قضاء القاضى خاضعًا للطعن بطريق الاستئناف أو بطريق النقض أو بكليهما. وهذا التنظيم

(١) المدخل الفقهى العام ١٠٢/١ فقرة ٢٧ نقلاً عن مجموعة رسائل ابن عابدين.

القضائى الجديد لا ينافى الشرع لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة.

فإذا قضى القاضى بالفرقة وجب أن لا تدخل المرأة فى العدة إلا بعد أن يصبح قضاؤه مبرمًا غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائى.

فمن هذا الوقت يجب أن تدخل المرأة فى العدة ويبدأ حسابها لا من وقت صدور الحكم الابتدائى، لأنها لو اعتدت من وقت صدور الحكم الابتدائى لربما تنقضى عدتها وتتحرر من آثار الزوجية قبل الفصل فى الطعن المرفوع على حكم القاضى الأول بانحلال الزوجية ثم ينقض هذا الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه وهذا النقض يرفع الحكم السابق ويوجب عودة الزوجية.

فكيف يمكن بعد ذلك أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها وقد ساغ لها أن تتزوج زوجًا آخر، وقد تكون تزوجت فعلاً؟ لذلك يجب أن يعتبر الحكم الابتدائى الأول بالفرقة كحكم معلق على الإبرام لا تسرى نتائجه إلا بعد صيرورته مبرمًا.

وقبل ذلك تبقى الزوجية قائمة بكل نتائجها رغم قضاء القاضى بالفرقة نظرًا لتبدل الأوضاع القضائية عما كانت عليه فى الماضى عندما كان قضاء القاضى الشرعى يصدر مبرمًا لا معقب عليه.(١)

هذه الأمثلة وغيرها تجعل الأحكام التى أسسها الاجتهاد فى ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية

(١) المدخل الفقهى العام ٩٣٥/٢ وما بعدها فقرة ٥٥٢.

من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذى يتناسب مع الأوضاع القائمة ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلى.

يقول الشهاب القرافى: "إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات والعيوب فى الأعراض فى البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة فى النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن فى البيع عند الإطلاق على السكة التى تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشئ عيبًا فى الثياب فى عادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوبًا موجبًا لزيادة الثمن لم ترد به.

ثم يقول: إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجْرِهِ على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجْرِهِ عليه، وافته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدًا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين.(١)

هذا .. وقد ذكر ابن القيم فصلاً فى تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، وقال: هذا فصل عظيم النفع جدًا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التى فى أعلى رتب المصالح لا تأتى به.(٢)

(١) الفروق للقرافى، الفرق الثامن والعشرين، المسألة الثالثة ٣١٤/١.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٣/٣.

المبحث الثالث

تعارض العرف مع الشرع واللغة

المطلب الأول

تعارض العرف مع الشرع

لقد سبق فى هذا البحث أن قلنا إن العرف لا يكون معتبرًا إذا خالف النص الشرعى ولذ كان من شروط اعتباره فى التشريع أن لا يخالف نصًا شرعيًا.

ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعى: أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفًا للأحكام الشرعية المنصوص عليها، فإن كان مخالفًا فلا اعتبار له. كما لو تعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعًا فإن هذا العرف غير معتبر فيحكم عليه بالبطلان وعدم الاعتبار لمخالفته للنص الشرعى.

وهذا إذا كان العرف مخالفًا للنص الشرعى من كل الوجوه، أما إذا كان مخالفًا له فى بعض الوجوه فيخصص العرف النص إذا كان عامًا ويقيده إذا كان مطلقًا، فليس فى هذا ترك للنص بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان.

ولتوضيح ذلك نقول:

إن النبى ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان فقال: "لا تبع ما ليس عندك"(١) فإن هذا النص عام، ومع ذلك فإن الفقهاء قالوا: بجواز

(١) هذا الحديث رواه الخمسة (أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه). وقال الترمذى: حسن صحيح، نيل الأوطار للشوكانى ٥/١٥٥.

الاستصناع للتعامل الجارى به بين الناس من عهد الصحابة رضوان الله عليهم إلى يومنا هذا من غير نكير، مع أن النص يشمله إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فيكون منهيًا عنه بالنص ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه، بل عمل بالنص والعرف معًا، فعمل بالعرف فى الاستصناع، وبالنص فيما عداه، فلم يترك النص بالعرف كليًا.(١)

معنى تعارض العرف مع الشرع:

أن يرد لفظ وله معنى فى الشرع ومعنى فى العرف، ويكون معناه فى الشرع أعم أو أخص.(٢)

وإذا تعارض لفظ بين العرف والشرع فله حالتان:

الأولى: أن لا يتعلق بالشرع حكم.

الثانية: أن يتعلق بالشرع حكم.

الحالة الأولى: أن لا يتعلق بالشرع حكم:

إذا تعارض العرف مع الشرع ولم يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال. ويتعلق بهذا فروع منها:

١- لو حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث بالسمك، وإن سماه الله لحمًا فى قوله تعالى: {**وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ البَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِياً**}(٣).

فالعرف هنا قد تعارض مع تسمية القرآن السمك لحمًا فيقدم العرف لأن الشرع لم يتعلق به حكم، ولا يحنث.(١)

(١) المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية ص ١٩٩ وما بعدها.

(٢) الوجيز للبورنو ص ٢٣١.

(٣) الآية رقم ١٤ من سورة النحل.

٢- لو حلف لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو فى ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا، فى قوله تعالى: {**وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ بِسَاطاً**}(٢) ولا بالجلوس تحت السماء وإن سماها الله سقفًا فى قوله تعالى: {**وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفاً مَّحْفُوظاً**}(٣) ولا بالجلوس فى الشمس وإن سماها الله سراجًا فى قوله تعالى: {**وَجَعَلَ القَمَرَ فِيهِنَّ نُوراً وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجاً**}(٤).(٥)

٣- لو حلف لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضعها على جبل وإن سمى الله الجبال أوتادًا فقال تعالى: {**وَالْجِبَالَ أَوْتَاداً**}(٦).

وكذلك لو حلف لا يأكل ميتة ولا دما لم يحنث بالسمك والجراد، والكبد والطحال وإن سمى النبى ﷺ السمك والجراد ميته، والكبد والطحال دمًا. فقال عليه السلام: أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال".(٧)

فيقدم عرف الاستعمال فى هذه المسائل لأنها استعملت فى الشرع تسمية بلا تعلق حكم ولا تكليف.(٨)

الحالة الثانية: أن يتعلق بالشرع حكم:

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٢.
(٢) الآية ١٩ من سورة نوح.
(٣) الآية رقم ٣٢ من سورة الأنبياء.
(٤) الآية رقم ١٦ من سورة نوح.
(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٢.
(٦) الآية رقم ٧ من سورة النبأ.
(٧) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأطعمة باب الكبد والطحال ١١٠٢/٢ رقم ٣٣١٤.
(٨) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٣.

إذا تعارض العرف مع الشرع وتعلق بالشرع حكم فيقدم الشرع على عرف الاستعمال: ويتعلق بهذا فروع منها:

١- لو حلف لا يصلى لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود لأن الصلاة تحمل على المعنى الشرعى فلا يحنث بصلاة الجنازة ولا بالدعاء وذلك لأن الصلاة تعلق بها حكم شرعى وهو كونها فريضة.

٢- لو حلف لا يصوم لا يحنث بمطلق الإمساك بل يحنث بحقيقة الصوم الشرعية وهى الإمساك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب الشمس لأن الصوم تعلق به حكم شرعى فلا يحنث إلا به.

٣- لو حلف لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء لأن النكاح حقيقة شرعية فى العقد، فالشافعية يقولون: النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء.

والحنفية يقولون: النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد.

ويكون الحكم عند الحنفية عكس الحكم عند الشافعية

وعند المالكية: النكاح مشترك بين العقد والوطء.

٤- لو قال لزوجته: إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها وعلمت به طلقت حملا له على الشرع، فإن الرؤية فى الشرع بمعنى العلم لقوله ﷺ: "إذا رأيتموه فصوموا"[١] أى إذا رأيتم الهلال،

(١) أخرجه النسائى وابن ماجه، نيل الأوطار للشوكانى ٢١٢/٤.

وذلك لأن رأى هنا علمية وليست بصرية وعلى هذا فيقدم عرف الشرع على عرف الاستعمال.(١)

الحكم لو كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص:

لو كان العرف يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص اعتبر خصوص الشرع فى الأصح. ويتعلق بهذا مسائل منها:

١- لو حلف لا يأكل لحمًا لم يحنث بأكل الميتة لأن الشارع لم يسم الميتة لحمًا، لأن مدلول اللحم عام يتناول كل لحم - أكل أو لم يؤكل - ولكن الشرع يخصصه بالمأكول فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم على العرف اللغوى. وهذا فى الأصح.

ومقابل الأصح: يحنث أخذًا من عموم اللفظ ويقدم على خصوص الشرع لأن دلالة التخصيص لا يفهمها إلا المتخصصون فيكون الحنث مطلقًا.

٢- لو حلف لا يطأ لم يحنث بالوطء فى الدبر لأن مدلول الوطء عام يشمل أى وطء فى القبل أو الدبر، ولكن الشرع يخصصه بالوطء فى القبل، فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم على العرف اللغوى وهذا على الأصح.

ومقابل الأصح: يحنث أخذًا من عموم اللفظ ويقدم على خصوص الشرع.

٣- لو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع، إذ لا وصية لوارث فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم على العرف

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٧، محاضرات فى القواعد الفقهية للمرحوم الأستاذ الدكتور جاد الرب رمضان.

اللغوى، فلا يستحق القريب الوارث من الوصية شيئًا. وهذا على الأصح.

ومقابل الأصح: يدخل الوارث القريب لأن عموم اللفظ يشمله.

٤- لو حلف لا يشرب ماءًا لم يحنث بالمتغير كثيرًا بالزعفران ونحوه وهذا على الأصح.

ومقابل الأصح: يحنث لأن عموم اللفظ الماء المتغير.[١]

وقال ابن نجيم: العبرة للغالب.[٢]

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣، الوجيز للبورنو ص ٢٣٢، المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية ص ٢٠٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٧.

المطلب الثانى

تعارض العرف مع اللغة

معنى تعارض العرف مع اللغة:

أن تقتضى اللغة مدلولا ويقتضى العرف مدلولاً آخر.

أى أن اللغة تدل على معنى، وعرف الاستعمال يدل على معنى آخر. وهذا منتشر بين فروع الفقه وأشهرها الأيمان.

فإذا تعارض العرف مع اللغة فأيهما يقدم؟

١- ذهب القاضى حسين[١] إلى أن الحقيقة اللفظية تقدم عملاً بالوضع اللغوى. ومعنى هذا أننا نحكم اللغة ونطرح العرف.
لأن الأصل فى الكلام الحقيقة، ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكونه خلفًا عنها.

٢- قال البغوى[٢]: تقدم الدلالة العرفية لأن العرف يحكم فى التصرفات سيما[٣] الإيمان.

---

(١) القاضى حسين: هو الإمام المحقق المدقق الشافعى أبو على بن محمد بن أحمد المرور وذى من أكبر أصحاب القفال، كان فقيه خراسان، وكان عصره تأريخًا به، توفى بعد العشاء ليلة الأربعاء الثالث والعشرين من المحرم سنة ٤٦٢هـ. الأعلام للزركلى ٢٧٨/٢، طبقات الشافعية للإسنوى ٤٠٧/١.

(٢) البغوى: هو الحسين بن مسعود البغوى تلميذ القاضى حسين، المعروف أيضًا بابن الفراء تارة وبالفراء أخرى ويلقب بمحى النسة، فقيه شافعى، محدث، مفسر، تفقه على القاضى حسين توفى سنة ٥١٠هـ ودفن عند شيخه القاضى حسين، الإعلام للزركلى ٢٨٤/٢، طبقات الشافعية للإسنوى ٢٠٦/١.

(٣) سيما: اسم بمعنى مثل، وكثيرًا ما تقترن بها "لا" وهى تقتضى تفضيل ما بعدها على ما قبلها، وقد تحذف "لا" وهى مراده هنا. محاضرات فى القواعد الفقهية.

والدلالة العرفية: هى دلالة الألفاظ على ما جرى استعمال الناس عليه. ومعنى هذا: أن ارتباط الأيمان بالعرف أكثر من ارتباطها باللغة. وعلى هذا: نحكم العرف وتطرح اللغة.(١)

والإمام الشافعى – يرحمه الله – يقول: إن انضبطت اللغة وشاعت حُكِّمت اللغة وفى الطلاق نحكم اللغة إذا اطَّردت، أما إذا اضطربت نحكم العرف وعند الحنفية: الأيمان مبنية على العرف قولاً واحدًا لا على الحقائق اللغوية.(٢)

قال البغوى: فلو دخل دار صديقه، فقدَّم إليه طعامًا فامتنع، فقال: إن لم تأكل فامرأتى طالق، فخرج ولم يأكل، ثم قدم اليوم الثانى، فقدَّم إليه ذلك الطعام فأكل.

فعلى الرأى الأول – وهو رأى القاضى حسين – وهو أننا إذا حكمنا اللغة لا يحنث لأن "إن" مع النفى لا تقتضى الفورية، فإذا حضر غدًا أو بعد غد فأكل، فبحسب الوضع اللغوى قد تحقق المحلوف عليه فلا يحنث.

أما على الرأى الثانى – وهو رأى البغوى – وهو أننا إذا حكمنا العرف فإنه يحنث إذا لم يأكل على الفور، على اعتبار أن الأكل مطلوب منه فورًا.(٣)

فائدة: أدوات التعليق مع النفى تفيد الفورية سوى "إن" فهى للتراخى وعلى هذا ...

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣، محاضرات فى القواعد الفقهية.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٧.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣.

لو قال: إن لم تأكل فامرأتى طالق، فلم يأكل وحضر غدًا وأكل فإنها تطلق عرفاً لا لغة.

أما إذا قال: إذا لم تأكل فامرأتى طالق فخرج ولم يأكل وحضر غدًا وأكل فإنها تطلق لغة وعرفًا.(١)

قال الرافعى(٢) فى الطلاق: إن تطابق العرف والوضع اللغوى فذاك. يعنى إذا كان الاستعمال العرفى على نهج الاستعمال اللغوى فهما متساويان وإن اختلفا، يعنى إذا كان ما يدل عليه الاستعمال اللغوى يغاير الاستعمال العرفى فكلام البغوى على الاستعمال اللغوى.(٣)

أما إمام الحرمين والغزالى فيريان اعتبار العرف لأن كثيرًا من الناس يستعملون العرف ولا يريدون إلا ما يريده العرف فيحمل كلامهم على العرف.

وقال الرافعى فى كتاب الأيمان: إن عمت اللغة بلدًا كلها علماء قدمت اللغة على العرف.

وقال غيره: إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه ألبته - أى أنه لا اتصال بين عرف الناس وبين اللغة - فالمعتبر اللغة.

وإن كان للعرف فى الوضع اللغوى استعمال ففيه خلاف. - أى حيث تعارضا - وهذا الخلاف، تارة لا يترجح أحدهما، وتارة يترجح العرف، وتارة تترجح اللغة.

(١) محاضرات فى القواعد الفقهية.

(٢) هو الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم الرافعى القزوينى الفقيه الشافعى صاحب الشرح الكبير، الأعلام للزركلى ١٧٩/٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣، محاضرات فى القواعد الفقهية.

فالأول: كما لو أوصى للفقهاء. فهل يدخل الخلافيون المناظرون؟ قيل" يحتمل وجهين لتعارض العرف والحقيقة.

والثانى: كما لو أوصى للقراء[1] فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ فى المصحف أوْلا؟

وجهان، ينظر فى أحدهما إلى الوضع - أى إذا حكمنا اللغة أعطينا الجميع وفى الثانى: ينظر إلى العرف - أى إذا حكمنا العرف أعطينا الحافظ فقط ولا يدخل القارئ فى المصحف. وهو الأظهر، لأن الموصى يقصد التشجيع على الحفظ لا على القراءة فى المصحف.

والخلاصة:

إذا عمت اللغة قدمت اللغة

وإذا عم العرف قدم العرف

وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيًا منسيًا قدم العرف لأنه لا تعارض.[2]

ومن الفروع المخرجة على ذلك:

١- لو حلف لا يسكن بيتًا، فإن كان بدويًا حنث بالمبنى وغيره كالخيام لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة لأن الكل يسمونه بيتا، لأن البيت فى اللغة هو كل ما يبيت فيه الإنسان

(١) القراء: جمع قارئ، وقارئ: اسم فاعل، أى ذات متصفة بالقراءة تتناول الحافظ والقارئ الذى يقرأ فى المصحف.

وعلى هذا فإطلاق مقرئين على قراءة الإذاعة خطأ لأن المقرئ هو المعلم. قال تعالى: {**سَنُقْرِئُكَ فَلاَ تَنسَى**} الآية رقم ٦ من سورة الأعلى.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٣ وما بعدها، الفوائد الجنية ٣٠٦/٢، محاضرات فى القواعد الفقهية.

أما إن كان من أهل القرى فوجهان:

الأول: إن اعتبرنا العرف لا يحنث إذا سكن فى خيمة لأن العرف لا يطلق البيت إلا على المبنى فقط، ولا يطلق على الخيمة، فغير المبنى لا يسمى بيتا عند أهل القرى، وإن سمى لغة.

الثانى: وهو الأصح: أنه يحنث ترجيحًا للغة على العرف لأن اللغة غير مهجورة.

٢- لو حلف لا يشرب ماءً فإنه يحنث إذا شرب ماءً مالحًا، وإن لم يعتد شربه اعتبارًا بالإطلاق والاستعمال اللغوى، لأن العرف جار باطلاق الماء على المالح والعذب، فالاستعمال اللغوى تطابق مع المعنى اللغوى.

٣- لو قال: أعطوه بعيرًا. لا يعطى ناقة - على المنصوص عليه - لأنه حكَّم العرف لأن العرف لا يطلق على الناقة بعيرًا. وقال ابن شريح: نعم أى يعطى ناقة لأنه قد حكم اللغة لاندراج البعير فى الناقة لغة.

٤- لو قال: زوجتى طالق - وكان قد تزوج أكثر من واحدة - هل تطلق سائر زوجاته أم تطلق واحدة فقط؟

الرأى الأول: لم تطلق سائر زوجاته، ولا يقع الطلاق إلى على واحدة فقط عملاً بالعرف لأن العرف يُطْلِق الزوجة على الواحدة قط ولا يقرب سائر نسائه حتى يُعيِّن إحداهن.

الرأى الثانى: تُطَلَّق جميع زوجاته لأن الوضع اللغويقتضى ذلك. لأن "زوجة" اسم جنسن والمفرد إذا أضيف عم.(١)

والواقع أن اللغة تكاد تكون منسية لأن الرجل لا يمكن فى العادة أن يطلق جميع نسائه ولا الناس يفهمون ذلك.

اعتراض أبى زيدالدبوسى على الإمام الشافعى:

قال الشيخ أبو زيد(٢): لا أدرى ماذا بنى الشافعى مسائل الأيمان.

فالشيخ أبو زيد يعترض على الشافعية فى الفروع التى تقدمت، تارة يحكّمون اللغة وتارة يحكّمون العرف. ويرجحون أحدهما على الآخر – تحكُّم – أى ترجيح بلا مرجح.

الرد على أبى زيد الدبوسى:

الأول: قال الرافعى: الشافعى يتبع مقتضى اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطّرد حيث اضمحل جانب اللغة، فالشافعى إذن غير متناقض.

الثانى: قال ابن عبد السلام: قاعدة الأيمان – التى تعترضون على الشافعى فيها – البناء على العرف إذا لم يضطرب، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة.(٣)

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٤، محاضرات فى القواعد الفقهية.

(٢) أبو زيد: هو أبو زيد الدبوسى الحنفى صاحب كتاب تأسيس النظر فى الفقه المقارن وبه طائفة مهمة من القواعد الفقهية – المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية ص ٢٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠٥، مختصر من قواعد العلائى للحموى ٦١٩/٢ وما بعدها، محاضرات فى القواعد الفقهية.

المبحث الرابع

أثر العادة والعرف فى الفروع الفقهية

يقول الإمام السيوطى[١] أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة.[٢]

أى أن الفقهاء رجعوا إلى العرف والعادة فى استخراج الأحكام للأفعال فى مسائل لا تعد لكثرتها. من هذه الفروع:

الفرع الأول: سن الحيض

الحيض فى اللغة:

هو الدم الذى يسيل من رحم المرأة فى أيام معلومة كل شهر.

وحاضت المرأة: تحيض حيضا ومحاضًا ومحيضًا فهى حائض: أى سال حيضها.

قال الجوهرى: حاضت فهى حائضة من نساء حوائض وحُيِّض.

وقال ابن خالويه: يقال: حاضت ونَفَسَت ودَرَسَت وطَمِثَت وضَحِكت وكادَت وأكْبَرت وصامت. وزاد غيره تحيّضتَ وعَكَرت أى سال دمها، وللحيض أسماء فوق الخمسة عشر.

وقال المبرد: سمى الحيض حيضًا من قولهم حاض الوادى إذا فاض والحيضة - فتح الحاء - المرة الواحدة، والحيضة - بكسر الحاء -

(١) الإمام السيوطى: هو جلال الدين عبد الرحمن السيوطى الشافعى المحقق المدقق صاحب المؤلفات النافعة والتى من بينها الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية وتوفى سنة ٩١١هـ - شذرات الذهب ٥١/٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٩.

الاسم، والخُرقة التى تستثفر بها المرأة، والجمع الحيض - بكسر الحاء وفتح الياء.

والمستحاضة: من يسيل دمها ولا يرقأ فى غير أيام معلومة.

وفى الصحاح: استحيضت المرأة أى استمر بها نزول الدم بعد أيام حيضتها المعتادة فهى مستحاضة. هكذا بالبناء للمفعول. وحاضت: بلغت سن المحيض.(١)

الحيض فى الاصطلاح:

عرفه الحنفية بأنه: دم ينفضه رحم امرأة سليمة عن الصغر والداء.(٢)

وعرفه المالكية بأنه: دم كصفرة أو كدرة خرج بنفسه من قُبُل من تحمل عادة.(٣)

وعرفه الشافعية بأنه: دم جبلة(٤) - أى تقضيه الطباع السليمة - يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة من غير سبب فى أوقات معلومة.(٥)

(١) تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدى ٢٤/٥، ٢٥، والصحاح للجوهرى ١٠٧٣/٣، القاموس المحيط للفيرز آبادى ٣٢٩/٢، المعجم الوسيط ٢١١/١، ٢١٢.

(٢) شرح فتح القدير ١٦٠/١.

(٣) شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش ٩٨/١، ٩٩، حاشية الدسوقى ٢٧٦/١.

(٤) جبلة: فيها لفتان: جِبِلَّة - بكسر الجيم والباء مع تشديد الام المفتوحة - وجُبْلَة: بضم الجيم وسكون الباء ومعناها: خلقة وطبيعة، المعجم الوسيط مادة (جبل)

(٥) مغنى المحتاج ١٥٢/١، المذهب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى ٦٠/١.

وعرفه الحنابلة بأنه: دم طبيعة – أى جبلة وخلقة وسجية – يخرج مع الصحة من غير سبب ولادة من قعر الرحم يعتاد أنثى إذا بلغت فى أوقات معلومة.(١)

قال الجاحظ فى كتاب الحيوان: الذى يحيض أربعة: الآدميات، والأرنب، والضبع، والخفاش. وزاد غيره أربعة أخرى وهى: الناقة، والكلبة، والوزعة(٢)، والحجرة، أى الأنثى من الخيل.(٣)

سن الحيض:

ذهب الحنفية إلى أن سن الحيض يكون بعدم الصغر بتقدير أدنى مدة يحكم ببلوغها فيها إذا رأت الدم واختلف فيه فقيل سن ست سنين وقبل تسع وقبل اثنتا عشرة، والمختار تسع.

وأما سن الإياس فبنت سبع وخمسين ترى صفرة غير خالصة على الاستمرار فإن كان ما ترى مثل لون التين فحيض وإن كان دون التين فليس بحيض إلا إذا رأته على الاستمرار وليس بصفرة خالصة.(٤)

وذهب المالكية: إلى أن سن الحيض يبدأ من تسع سنين، ويسأل النساء فى المراهقة التى راهقت البلوغ وقاربته وهى بنت تسع سنين إلى ثلاث عشرة سنة.

كما يسأل النساء فى الآيسة وهى من الخمسين إلى السبعين فإن فلن حيض أو اختلفن أو شككن فحيض.(٥)

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى ١٩٦/١.
(٢) الوزعة: سام أبرص. المعجم الوسيط مادة (وزغ)
(٣) مغنى المحتاج ١٥٢/١.
(٤) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦٠/١.
(٥) شرح منح الجليل ٩٨/١، ٩٩، حاشية الدسوقى ٢٧٦/١.

وذهب الشافعية: إلى أن قل سن الحيض تسع سنين قمرية، و ثبت ذلك بالاستقراء الذى أجراه الشافعى على عادات النساء، وسأل فأخبر بأن البنت تحيض فى سن تسع سنين.

والمعتبر فى الاستقراء التقريب لا التحديد، لأن الاستقراء الكامل مستحيل فالحكم هنا نتيجة ظنية حيث ثبت بالاستقراء الناقص، والأخذ بالظن رحمة من الله تعالى بعباده.

وعلى هذا تكون العادة محكمة لأن ما ورد فى الشرع ولا ضابط له شرعى ولا لغوى يتبع فيه الوجود كالقبض والحرز. والوجود معناه الاستقراء قال الإمام الشافعى: أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة يحضن لتسع سنين تقريبًا لا تحديدًا فيسامح قبل تمام ذلك.(١)

وذهب الحنابلة: إلى أن أقل سن تحيض له المرأة تمام تسع سنين هلالية فمتى رأت دمًا قبل بلوغ ذلك السن لم يكن حيضًا لأنه لم يثبت فى الوجود والعادة لأنثى حيض قبل استكمالها ولا فرق بين البلاد الحارة كتهامة والباردة كالصين، وإن رأت من الدم ما يصلح أن يكون حيضًا، وقد بلغت هذا السن حكم بكونه حيضًا، وثبتت فى حقها أحكام الحيض كلها.

قالت عائشة: "إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة" أى حكمها حكم المرأة وأكثر سن تحيض فيه المرأة خمسون سنة لقول عائشة رضى الله عنها "إذا بلغت المرأة خمسين سنة خرجت من حد الحيض".

(١) المهذب للشيرازى ٦٠/١، مغنى المحتاج ١٥٢/١، ١٥٣، نهاية المحتاج ٢٣٤/١، المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية ص ١٨٥.

ولا فرق بين نساء العرب وغيرهن لاستوائهن فى جميع الأحكام.(١)

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء عن سن الحيض نجد أنه ليس لنزول دم الحيض سن معين بل يرجع ذلك إلى العرف والعادة. وعليه تكون العادة محكمة.

أقل الحيض وغالبه وأكثره، وأقل الطهر وأكثره(٢)

رأى الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وما نقص عن ذلك فهو استحاضة وروى عن أبى يوسف - رحمه الله - أنه يومان والأكثر من اليوم الثالث. وروى الحسن عن أبى حنيفة: ثلاث أيام بليلتيهما المتخللتين.(٣)

وحجة الحنفية ما رواه أبو أمامة الباهلى رضى الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال: "أقل ما يكون الحيض للجارية الثيب والبكر جميعًا ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام ولياليها وما زاد عن العشرة فهو استحاضة"(٤). وهذا حديث مشهور.

وروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا: الحيض ثلاث أربع خمس ست سبع ثمان تسع عشر، ولم يرو عن غيرهم خلافه فيكون إجماعًا.

والتقدير الشرعى يمنع أن يكون لغير المقدر حكم المقدر به

(١) كشاف القناع ٢٠١/١، ٢٠٢، الروض المربع للبهوتى ٥٣/١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى ٦١/١، الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى ٧٢/١.

(٤) الحديث رواه الدارقطنى فى سننه ١٧٢/١ برقم ٨٣٥.

وحجة ما روى عن أبى يوسف: أن أكثر الشئ يقام مقام كله.

ويجاب عن هذا: أن هذا على الإطلاق غير سديد، فإنه لو جاز إقامة يومين وأكثر اليوم الثالث مقام الثلاثة لجاز إقامة يومين مقام الثلاثة لوجود الأكثر.

وجه رواية الحسن: أن دخول الليالى ضرورة دخول الأيام المذكورة فى الحديث لا مقصودًا، والضرورة ترتفع بالليلتين المتخللتين.

ويجاب عن هذا: أن دخول الليالى تحت اسم الأيام ليس عن طريق الضرورة بل يدخل مقصودًا لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع تتناول ما بإزائها من الليالى لغة فكان دخولاً مقصودًا لا ضرورة.

وأما أكثر الحيض فعشرة أيام بلا خلاف بين الحنفية.

وحجتهم فى هذا: الحديث المشهور السابق وإجماع الصحابة وتقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به.(١)

رأى المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الحيض لا حد لأقله بالنسبة للزمن فمتى رأت الحائض علامة الطهر وحضر وقت الصلاة فإنها تغتسل وتصلى.

أما أقله بالنسبة للمقدار الخارج فإن الأمر يختلف بالنسبة للعبادة عنه بالنسبة للعدة واستبراء الرحم حيث يحتاط للثانى أكثر من الأول، محافظة للأنساب من الاختلاط، لأن الحق فى العبادة إنما هو الله وحده، أما فى العدة واستبراء الرحم فإن الحق مشترك بين الله وبين العبد، وحق العبد هنا آكد حفظًا للأنساب كما ذكرنا.

(١) بدائع الصناعئ ٦٠/١، ٦١، الهدية ٧٢/١، شرح فتح القدير ١٦٠/١.

فأقل الحيض بالنسبة للعبادة دُفْعَة – أى دَفْقَة – واحدة، فمتى رأت المرأة هذه الدفقة فإنها تكون حائضًا وتمنع من الصلاة والصوم ويبطل صومها لو كانت صائمة ومس المصحف والطواف وإتيان زوجها لها، إلى آخر ما يتعلق بذلك من أحكام، ويجب عليها الغسل بنزول هذه الدفقة لو انقطع الدم ولو لم ينزل عليها غيرها.

وأقل الحيض بالنسبة للعدة والاستبراء أن يستمر نزول الدم على المرأة يومًا أو بعض يوم له بال لأن الغرض هو إظهار براءة الرحم من الحمل، وهذا لا يكفى فيه الدفقة ولا يتم بها التأكد من براءة الرحم من الحمل لأن الأصل فى شرعية العدة إنما هو الاحتياط للأنساب من الاختلاط ومحافظة للفروج من التبذل. ويتعلق بالعدة حقان:

أحدها لله وهو العدة، والثانى للعبد وهو المحافظة على الأنساب وما يتعلق بالأنساب والفروج آكد مما يتعلق بالعبادة.(١)

وقد استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: **{وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ المَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي المَحِيضِ}**(٢).

ففى هذه الآية دليلان:

أحدهما: اقتصاره فى الجواب على سؤالهم على الإخبار بأنه أذى، وذلك يقتضى أن كل أذى هو حيض إلا ما قام عليه الدليل.

الثانى: أنه علق الأمر باعتزالهن بشرط كونهن حُيَّضًا، فيجب أن يكون هناك طريقًا يعلم به كون الدم حيضًا قبل تقضى وقته ليصح لنا الاعتزال فى جميعه، ولو كان لا يعلم إلا بعد مضى ثلاثة أيام أو يوم

(١) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضى عبد الوهاب ١٨٦/١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٦٨/١، القوانين الفقهية ص ٤٥.

(٢) الآية رقم ٢٢٢ من سورة البقرة.

وليلة لكان الأمر باعتزالهن مشروطا بما لا طريق إلى العلم بحصوله إلا بعد مضى مدة أيام تقضيه، وذلك باطل.(١)

واستدلوا كذلك بقول النبى ﷺ لفاطمة بن أبى حبيش(٢): إذا كان دم الحيض فإنه أسود يعرف فامسكى عن الصلاة، فإذا كان الآخر فتوضئ وصلى"(٣).

فجعل العلامة على كونه حيضًا أن يعرف بلونه ولم يعلقه بمدة محصورة. ولأنه لا خلاف أن المبتدأة تترك الصلاة عند رؤية أول دم تراه فلولا أن ذلك حيض لم يجز لها ترك الصلاة الثابتة عليها بيقين بشئ تشك هل هو المؤثر فى ترك الصلاة أو غيره لأن ذلك إضاعتها وترك الاحتياط لها.

ولأنه دم يسقط به فرض الصلاة فلم يكن لأقله حد محصور كالنفاس.(٤)

أكثر مدة الحيض خمسة عشر يومًا. وذلك لقوله تعالى: **{قُلْ هُوَ أَذًى}** وذلك يوجب أن كل دم إذا خرج من الفرج حيض إلا ما قام دليله.

وقوله عليه السلام "دم الحيض أسود يعرف فإذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة" فأمرها بترك الصلاة عند رؤية الدم الموصوف ولم يقيده بزمان فوجب مراعاة تلك الصفة أبدًا ما لم يمنع دليل، وقوله "إنكن ناقصات عقل ودين تمكث إحداكن شطر عمرها – وروى – نصف عمرها

(١) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضى عبد الوهاب ١٦٧/١.
(٢) فاطمة بنت أبىحبيش بنت المطلب القرشية الأسدية. صاحبية، الإصابة فى تمييز الصحابة ٣٦٩/٤.
(٣) رواه أبو داود، والنسائى، نيل الأوطار للشوكانى ٢٧٠/١.
(٤) الإشراف ١٦٧/١.

لا تصلى"[1] فسوى بين ما يصلى فيه وما لا يصلى فيه، وجعله شطرين وذلك يقتضى ثبوته أكثر من عشرة أيام، ولأنه دم يمنع فرض الصلاة وفعل الصوم وجواز الوطء فجاز أن يزيد على عشرة أيام كالنفاس.[2]

رأى الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن أقل الحيض زمنًا يوم وليلة أى أقل الحيض من حيث الزمان مقدار يوم وليلة على الاتصال، وليس المراد أنه لابد فى زمان الأقل من يوم وليلة يتوالى فيهما الدم من غير تخلل نقاء كما يوهمه لفظ الاتصال، بل المراد أنها إذا رأت دماء ينقص كل منها عن يوم وليلة إلا أنها إذا اجتمعت كانت مقدار يوم وليلة على الاتصال كفى ذلك فى حصول أقل الحيض.

واحتج الشافعية على ما ذهبوا إليه بما احتج به المالكية إلا أنهم قالوا: لا يمكن اعتبار القليل حيضًا لأن أقبال النساء لا تخلو عن قليل لوث عادة فيقدر باليوم أو باليوم والليلة لأنه أقل مقدار يمكن اعتباره.

وأكثر مدة الحيض خمسة عشر يومًا بلياليها وإن لم تتصل الدماء والمراد خمس عشرة ليلة وإن لم يتصل دم اليوم الأول بليلته كأن رأت الدم أول النهار للاستقراء.

---

(١) قال ابن حجر فى التلخيص الحبير: لا أصل لهذا الحديث بهذا اللفظ، ونقل عن البيهقى قوله فى "المعرفة": هذا الحديث يذكره بعض فقهائنا، وقد طلبته كثيرًا فلم أجده فى شئ من كتب الحديث، ولم أجد له إسنادًا، التلخيص الحبير ٤١٣/٢.
ومما يقرب لهذا الحدث فى بعض ألفاظه وبعض معانيه، ما أخرجه البخارى فى الحيض، باب ترك الحائض الصوم، تحت رقم ٣٠٤ ومسلم فى الإيمان. باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات من حديث طويل، البخارى عن أبى سعيد "ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن" وقوله "أليس إذا حاضت لم تصلِّ ولم تصم". ومسلم عن ابن عمر وفيه قوله: "ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكمن" وقوله: "تمكث الياالى ما تصلى وتفطر فى رمضان، فهذا نقصان الدين".

(٢) الإشراف ١٨٧/١، ١٨٨.

وأما خبر "أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام" فضعيف كما فى المجموع.(١)

رأى الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن أقل الحيض يوم وليلة، لأن الشرع علق على الحيض أحكامًا، ولم يبينه، فعلم أنه رده إلى العرف كالقبض والحرز.

وقد وجد حيض معتاد يومًا، ولم يوجد أقل منه.

قال عطاء: رأيت من تحيض يومًا.

وقال الشافعى: رأيت امرأة قالت: إنها لم تزل تحيض يومًا لا تزيده.

وقال أبو عبد الله الزبيرى: كان فى نسائنا من تحيض يومًا أى بليلته لأنه المفهوم من إطلاق اليوم.

والمراد: مقدار يوم وليلة أى أربع وعشرين ساعة، فلو انقطع الدم لأقل من اليوم بليلته فليس بحيض بل هو دم فساد.

وأكثر الحيض: خمسة عشر يومًا بلياليهن، لقول على: ما زاد على الخمسة عشر استحاضة، وقال عطاء: رأيت من تحيض خمسة عشر يومًا.(٢)

وأميل إلى ما ذهب إليه المالكية وهو أن أقل الحيض دفقة فى العبادات، ويوم أو بعض يوم فى العدة والاستبراء. وأكثره خمسة عشر يومًا. وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض.

(١) مغنى المحتاج ١٥٣/١.

(٢) كشاف القناع ٢٠٢/١، ٢٠٣، المغنى لابن قدامة ٢٢٤/١، ٢٢٥، الروض المربع ص ٥٤.

أقل الطهر:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمعتمد عند المالكية، والشافعية) على أن أقل الطهر خمسة عشر يوما.

وذلك لأن الشرع أقام الشهر مقام حيض وطهر فى حق الآيسة والصغيرة فهذا يقتضى انقسام الشهر على الحيض والطهر وهو أن يكون نصفه حيضًا ونصفه طهرًا.(١)

وذهب الحنابلة على أن أقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يومًا.

وذلك لما روى عن أحمد – واحتج به – عن على "أن امرأة جاءته – قد طلقها زوجها – فزعمت أنها حاضت فى شهر ثلاث حيض، فقال على لشريح: قل فيها، فقال شريح: إن جاءت ببينة من بطانة أهلها ممن يرجى دينه وأمانته فشهدت بذلك، وإلا فهى كاذبة، فقال على: قالون".(٢) أى جيد بالرومية.

وهذا لا يقوله إلا توقيفًا وهو قول صاحبى اشتهر، ولم يعلم خلافه، ووجود ثلاث حيض فى شهر دليل على أن الثلاثة عشر طهر صحيح يقينًا.(٣)

وقد رد الكاسانى(٤) على ما احتج به الحنابلة فقال:

---

(١) البدائع ٦١/١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٢٧٧/١، مغنى المحتاج ١٥٣/١.

(٢) هذا الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه – كتاب الحيض – باب إذا حاضت المرأة فى شهر ثلاث حيض رقم الباب ٢٤.

(٣) كشاف القناع ٢٠٣/١.

(٤) الكاسانى: هو الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء. المتوفى سنة ٥٨٧هـ.

إنما أراد شريح بذلك تحقيق النفى أنها لا تجد ذلك وإن هذا لا يكون، كما قال الله تعالى **{وَلاَ يَدْخُلُونَ الجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الجَمَلُ فِي سَمِّ الخِيَاطِ}**(١) أى لا يدخلونها رأسًا.(٢)

وبهذا يتضح أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الراجح.

ولا حد لأكثر الطهر بالإجماع فقد لا تحيض المرأة فى عمرها إلا مرة واحدة وقد لا تحيض أصلاً.

وهكذا نرى الفقهاء قد بنوا أحكامهم فى سن الحيض وأقله وأكثره، وأقل الطهر وأكثره على العرف والعادة واستقراء أحوال النساء وبهذا تكون العادة مُحَكّمة.

(١) الآية رقم ٤٠ من سورة الأعراف.

(٢) البدائع ٦٤/١.

أقل النفاس وأكثره

تعريف النفاس فى اللغة:

النفاس – بكسر النون المشددة وفتح الفاء – مدة تعقب الوضع لتعود فيها الرحم إلى حالتها السوية قبل الحمل. ومن المجاز: النفاس ولادة المرأة لانفس الدم، ولذا يقال: دم النفاس. والشئ لا يضاف لنفسه.

وفى الصحاح: ولادة المرأة مأخوذة من النفس بمعنى الدم، فإذا وضعت فهى نفساء، ومنه قولهم: لا نفس له سائلة، أى لا دم له يجرى، وقد نفست المرأة – بفتح النون وكسرها مع فتح السين – نَفَسَا بفتح الثلاثة – ونفاسة ونِفَاسًا – فتح النون وكسرها – ولدت.

ويقال: نُفِسَت – بضم النون وكسر الفاء وفتح السين – ولدًا ونُفِسَت به إذا ولدته فهى نفساء. بضم النون وفتح كل من الفاء والسين – والجمع نُفَسَاوات.

والولد المنفوس، ومنه قوله ﷺ: "ما من نفس منفوسة"(١) أى مولودة.

ونفست المرأة إذا حاضت، وبه جاء الحديث.(٢)

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم فى المستدرك – كتاب الفتن والملاحم ٤٤٩/١ عن جابر رضى الله عنه.

(٢) ونصه "عن أم سلمة رضى الله عنها قالت: حضت وأنا مع النبى ﷺ فى ثوبه، قالت: فانسللت، فقال: أَنَفِسْتِ، قلت يا رسول الله: وجدت ما تجد النساء، قال: ذاك ما كُتب على بنات آدم. قالت: فانطلقت فأصلحت من شأنى فاستثفرت بثوب ثم جئت فدخلت معه فى لحافه"
الفتح الربانى لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل، ومعه كتاب بلوغ الأمانى من أسرار الفتح الربانى. كلاهما للساعاتى ص ١٦٠، ١٦١ والبخارى – كتاب الحيض – باب النوم مع الحائض وهى فى ثيابها برقم ٣٢٢.
وقوله ﷺ: "أَنَفِسْتِ" بفتح النون وكسر الفاء. هذا هو المعروف فى الرواية. والصحيح المشهور فى اللغة أن نفست – بفتح النون وكسر الفاء – معناه حاضت، وأما فى الولادة فيقال "نُفِسَتْ" بضم النون مع كسر الفاء.
وقال الهروى: فى الولادة بضم النون وفتحها، وفى الحيض: بالفتح لا غير. الفتح الربانى، المرجع السابق.

وقال ثعلب: النفساء: الوالدة والحامل والحائض.(١)

النفاس فى الاصطلاح:

عرفه الحنفية بأنه: الدم الخارج من الرحم عقيب الولادة، وسمى نفاسًا إما لتنفس الرحم بالولد أو بخروج النفس وهو الولد أو الدم.(٢)

وعرفه المالكية بأنه: الدم الخارج للولادة، أى بعد الولادة أو معها.(٣)

والشافعية: يعرفون النفاس بما عرفوا به الحيض.(٤)

وعرفه الحنابلة بأنه: بقية الدم الذى احتبس فى مدة الحمل لأجله، أو هو: دم ترخية الرحم مع ولادة وقبلها بيومين أو ثلاثة مع أمارة، وبعدها إلى تمام أربعين يومًا.(٥)

أقل النفاس:

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأقله، خلافًا لأبى يوسف فى قوله: أحد عشر يومًا.

ومرجع الفقهاء فى هذا العادة والوجود، وقد وجد كثير من النساء ينفس الدفعة والساعة فوجب الحكم بكونه نفاسًا، وقد روى أن امرأة ولدت على عهد رسول الله ﷺ ولم تر دمًا فسميت ذات الجفاف.(١)

---

(١) تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدى ٢٦١/٤، الصحاح للجوهرى ٩٨٥/٣، القاموس المحيط للفيرز آبادى، المعجم الوسيط مادة (نفس).

(٢) البدائع ٦٢/١، الهداية ٧٨/١.

(٣) شرح الزرقانى على متن خليل ١٣٨/١، ١٣٩، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣٥٧/١.

(٤) معنى المحتاج ١٦٦/١ وقد مر التعريف.

(٥) كشاف القناع ٢١٨/١.

ولأنه دم خارج من الفرج فى أيام النفاس فوجب أن يكون نفاسًا. وكذلك هو دم لم يرد فى الشرع تحديده فيرجع فيه إلى الوجود.(٢)

أكثر النفاس:

اختلف الفقهاء فى أكثر النفاس على ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن أكثر مدة النفاس أربعون يومًا من ابتداء خروج الولد.(٣)

ووجهتهم فى ذلك:

١- ما روى عن عائشة وأم سلمة وابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم عن النبى ﷺ أنه قال: "أكثر النفاس أربعون يومًا"(٤).

٢- ما حكاه أحمد عن عمر وعلى وابن عباس وأنس وغيرهم ولا يعرف لهم مخالف فى عصرهم.

قال الترمذى: أجمع أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ ومن بعدهم على أن النفساء تدع الصلاة أربعين يومًا إلا أن ترى الطهر قبل ذلك فتغتسل وتصلى.

قال أبو عبيدة: وعلى هذا جماعة الناس.

وقال إسحق: وهو السنة المجمع عليها.(١)

---

(١) يقول القاضى عبد الوهاب: أقرب ما وقفت ما أخرجه البيهقى فى الحيض – باب النفاس، عن سهم مولى ابن سليم أن مولاته أم يوسف ولدت بمكة فلم تر دمًا فلقيت عائشة فقالت: أنت امرأة طهرك الله. الإشراف ١/١٨٨.

(٢) البدائع ١/٦٢، الهداية ١، ٧٩، مواهب الجليل للحطاب ١/٣٧٦، الإشراف ١/١٨٨، مغنى المحتاج ١/١٦٦، كشاف القناع ١/٢١٩.

(٣) البدائع ١/٦٣، كشاف القناع ١/٢١٩.

(٤) البدائع ١/٦٣.، وذكره الشوكانى بلفظ آخر – نيل الأوطار ١/٢٨٢.

الرأى الثانى:

ذهب المالكية والشافعية إلى أن أكثر مدة النفاس ستون يومًا من ابتداء خروج الولد، وإذا تأخر خروج الدم عن الولادة فمن خروج الدم.

وحجتهم فى ذلك:

أنه قد وجد فاعتيد وجوده بإخبار جماعة من النساء بأنهن يحسبنه فكانت مدة نفاس كالأربعين، ولأنه دم يمنع الصوم والصلاة والوطء فجاز أن يكون لكثيره أكثر من عادته فى النساء كدم الحيض، ولأن كل دم ثبت كونه نفاسًا جاز أن يزاد عليه مثل نصف أصله. وما ورد من أن أكثره أربعون يومًا فلا دلالة فيه على نفى الزيادة، أو هو محمول على الغالب أو على نسوة مخصوصات.(٢)

الرأى الثالث:

وقد ذكره القاضى عبد الوهاب البغدادى المالكى: وهو أنه لا حد لأكثر النفاس وأنها تجلس أقصى ما يجلس النساء وترجع فى ذلك إلى أهل العلم والخبرة.(٣)

وحجته فى ذلك: أن العادة فى هذا الباب أصل يرجع إليه ويعول عليه والنساء يعرفن ذلك ويفرقن بين ما هو منه وما ليس منه فيرجع فيه إليهن يدل على هذه الجملة قوله عز وجل: **{وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ}**(٤) فجعلهن مؤتمنات على ما يخبرن به من ذلك،

(١) كشاف القناع ٢١٩/١.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٧٤/١، الإشراف ١٩٠/١، مغنى المحتاج ١٦٧/١.

(٣) الإشراف ١٦٩/١.

(٤) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

وقوله عليه السلام لفاطمة بنت أبى حبيش، حينما قالت له: إن الدم قد غلبنى فما أطهر، أفأدع الصلاة؟ وذلك لخروجه عن عادتها وإنكارها دوامه بها. فقال عليه السلام: "إذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة فإذا أدبرت فاغتسلى"(١) فوكلها إلى علمها ومعرفتها ولم يعلقه بحد.

وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رفع إليه أن امرأة تزوجها رجل بعد انقضاء عدتها من زوج كان لها فولدت عنده لأربعة أشهر ونصف ولدًا تامًا فأرسل عمر رضى الله عنه إلى نساء من نساء الجاهلية فسألهن عن أمرها، والحديث معروف.(٢)

وموضع التعليق: رجوع عمر رضى الله عنه إلى استخبار النساء اللاتى لهن علم بهذا الشأن وخبرة بخصائصه وتقدّم وتجربه فيه، وحكم بما أخبرته به، وكذلك رجوع علىّ إلى ما أخبرن به لما قال لشريح فى المعتدة: تدّعى أنها حاضت ثلاث حيض فى شهر إن شهد نساء من نساء قومها فصوبه علىّ فى ذلك.(٣، ٤)

الرأى الراجح:

ونميل إلى ما ذهب إليه المالكية والشافعية إلى أن أكثر مدة النفاس ستون يومًا وذلك لأن العادة أصل فى هذا الباب، وعادات النساء تختلف فيجب الرجوع إليها. وعلى هذا تكون العادة محكمة.

الفرع الثانى: مشروعية بيع السلم:

تعريف السلم فى اللغة:

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه بشرح فتح البارى فى الحيض باب إقبال المحيض وإدباره برقم ٣٢٠.
(٢) أخرجه البيهقى فى العدد – باب الرجل يتزوج المرأة فتأتى بولد لأقل من ستة أشهر.
(٣) أخرجه البيهقى فى العدد – باب تصديق فيما يمكن فيه انقضاء عدتها عن الشعبى.
(٤) الإشراف ١٨٩/١، ١٩٠.

السلم: مأخوذ من الفعل أسلم، والسلم بالتحريك: السلف، وأسلم فى الشئ وسَلَّم وأسلف بمعنى واحد، والاسم سلم، وأسلم إليه الشئ دفعه، يقال: أسلم وسلم إذا أسلف وهو أن تعطى ذهبًا أو فضة فى سلعة معلومة إلى أمد معلوم.(١)

والسلم: لغة أهل الحجاز، والسلف: لغة أهل العراق، وسمى سلمًا لتسليم رأس المال فى المجلس، وسلفًا لتقديم رأس المال. غير أن الاسم المشهور والخاص بهذا الباب هو السلم.(٢)

وذلك لأن السلف لفظ مشترك بين السلم والقرض.

تعريف السلم فى الاصطلاح:

عرفه الحنفية بأنه: اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلاً وفى المثمن آجلاً.(٣)

وعرفه المالكية بأنه: بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل.(٤)

وعرفه الشافعية بأنه: بيع موصوف فى الذمة بلفظ السلم.(٥)

وعرفه الحنابلة بأنه: عقد على موصوف فى الذمة مؤجل بثمن مقبوض فى مجلس العقد.(٦)

فالتعريفات السابقة وإن اختلفت فى ألفاظها إلا أنها تتفق فى معناها فكلها تتفق فى تعجيل الثمن وتأجيل المثمن.

(١) لسان العرب لابن منظور مادة (سلم).
(٢) مغنى المحتاج ١٤٠/٢.
(٣) الاختيار لتعليل المختار للشيخ عبد الله بن محمود الموصلى ٤٢/٢.
(٤) الشرح الكبير للشيخ الدردير ١٩٥/٣.
(٥) نهاية المحتاج للرملى ١٨٢/٥.
(٦) كشاف القناع ٢٨٩/٣.

حكم السلم:

الأصل فيه المنع لقول النبى ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"(١) ولكن أجازة الشارع لحاجة الناس إليه.

ودليل جوازه: من القرآن: قال الله تعالى: **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}**(٢).

والسلم نوع من الديون لأن المسلم فيه ثابت فى الذمة إلى أجل معين فكانت إباحته داخله تحت عموم هذه الآية.

يؤيد هذا ما قاله عبد الله بن عباس: إن هذه الآية نزلت فى السلم خاصة.(٣)

ومن السنة: خبر الصحيحين: "من أسف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"(٤).

وأجمع الصحابة على جواز السلم منذ عهد النبى ﷺ من غير أن ينكر ذلك أحد، وقد نقل ابن المنذر هذا الإجماع فقال:

وأجمعوا على أن السلم جائز أن يسلم الرجل صاحبه فى طعام معلوم بكيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.(٥)

---

(١) هذا الحديث رواه الخمسة (أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه) وقال الترمذى: حسن صحيح – نيل الأوطار للشوكانى ١٥٥/٥.

(٢) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٣) جامع البيان فى تأويل القرآن للطبرى ١١٦/٣.

(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه بشرح فتح البارى فى كتاب السلم برقم ٢٢٤٠ وأخرجه مسلم فى صحيحه بشرح النووى فى المساقاه برقم ١٢٧.

(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٨٠.

لما كان الأصل فى السلم المنع، وحاجة الناس تقتضى جوازه، وكانوا يتعاملون به، فراعى الإسلام عادة الناس وعرفهم فأباحه لهم ويتضح ذلك من الرواية الصحيحة أن التعامل بالسلم كان أمرًا متعارفًا عليه من القديم فسوغه الإسلام ووضع له ضوابط لصيانة العقد من كل ما يقضى إلى النزاع المشكل بين العاقدين، فقد أخرج البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون فى الثمر العام والعامين فقال: من أسلف فى ثمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم".

وبهذا يتضح تأثير العادة والعرف فى معاملات الناس.

الفرع الثالث: قليل النجاسة وكثيرها:

تعريف النجاسة:

النجاسة: ضد الطهارة، والنجس ضد الطاهر، والأنجاس جمع نجس، وهو اسم لعين مستقذرة شرعًا، ويطلق على النجس الحكمى والحقيقى، ويختص الخبث بالحقيقى، ويختص الحدث بالحكمى، والنجس - بفتح الجيم - اسم، - وبكسرها - صفة.

والنجاسة تنقسم إلى قسمين حقيقية وحكمية.

فالنجاسة الحقيقية:

لغة: العين المستقذرة كالدم والبول والغائط

وشرعًا: هى مستقذر يمنع من صحة الصلاة حيث لا مرخص.

والنجاسة الحكمية:

هى أمر اعتبارى يقوم بالأعضاء يمنع من صحة الصلاة حيث لا مرخص. وتشمل الحدث الأصغر الذى يزول بالوضوء، والحدث الأكبر الذى يزول بالغسل.(١)

حكم إزالة النجاسة عن المصلى:

النجاسة إما معفو عنها وإما غير معفو عنها.

فما حكم إزالة النجاسة غير المعفو عنها عن الثوب والبدن والمكان؟

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى وجوب إزالة النجاسة عن ثوب وبدن ومكان المصلى، لقوله تعالى **{وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ}**(٢).(٣)

وهناك قولان مشهوران عند المالكية: الوجوب والسنية وذلك عند الذكر والقدرة، والمعتمد المشهور السنية إلا أن فروع المذهب بنيت على القول بالوجوب فإذا صلى المرء بالنجاسة عامدًا قادرًا على إزالتها أعاد صلاته أبدًا وجوبًا لبطلانها. وعلى القول المشهور بأن إزالة النجاسة سنة إن ذكر وقدر تندب الإعادة، وعلى كلا القولين، تندب الإعادة للناسى وغير العالم بوجود النجاسة والعاجز عن إزالتها.(٤)

---

(١) الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبه الزحيلى ٣٠١/١.

(٢) الآية رقم ٤ من سورة المدثر.

(٣) فتح القدير ١٣٥/١ ما بعدها، مغنى المحتاج ٧٧/١ وما بعدها، كشاف القناع ٢١٢/١ وما بعدها.

(٤) الشرح الكبير ٦٥/١، الشرح الصغير ٦٤/١ وما بعدها، الفقه الإسلامى وأدلته ٣٠٢/١.

المقدار المعفو عنه من النجاسة

للفقهاء تقديرات للمعفو عنه من النجاسات لا مانع من الأخذ بها دفعًا للحرج ومراعاة لليسر.

وأهمها فى كل مذهب:

عند الحنفية:

يعفى عن القدر القليل من النجاسة دون الكثير، وقدر القليل فى النجاسة الجامدة المغلظة ما دون الدرهم، وفى المائعة ما دون مقعر الكف.

وتكره الصلاة تحريمًا فى المشهور بالقدر القليل من النجاسة مع كونه معفو عنه.

والقليل من النجاسة المخففة فى الثياب: ما دون ربع الثوب، وفى البدن: ما دون ربع العضو المصاب كاليد والرجل.(١)

وعند المالكية:

قليل النجاسات وكثيرها سواء إلا الدم، ويعفى عن كل ما يعسر الاحتراز عنه من النجاسات بالنسبة للصلاة فإذا صلى وفى ثوبه روث أو بول ما لا يؤكل لحمه من الدواب أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته.

(١) فتح القدير ١/١٤٠-١٤٦، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١/٢٩٥-٣٠٩.

والأصل عندهم: أن القليل من النجاسة فى الثوب لا يمنع الصلاة.(١)

وعند الشافعية:

يعفى عن مالا يدركه البصر المعتدل من النجاسات كالدم اليسير والبول المترشش أما ما يدركه البصر المعتدل بحيث يقع بصره عليها يمنع جواز الصلاة لأن الطهارة من النجاسة العينية شرط جواز الصلاة كالطهارة عن الحدث الحكمى فكما أن الشرط ينعدم بالقليل من الحدث وكثيره فكذلك ينعدم بالقيل من النجاسات.(٢)

وعند الحنابلة:

لا يعفى عن يسير نجاسة ولو لم يدركها البصر كالذى يعلق بأرجل ذباب ونحوه لعموم قوله تعالى: "وثيابك فطهر".

إلا أنه يعفى عن يسير دم وقيح وصديد وماء قروح فى غير مائع مطعوم لأنه يشق التحرز عنه.

وعن يسير طين شارع تحققت نجاسته لمشقة التحرز منه.

وعن يسير سلس بول مع كمال التحفظ منه للمشقة.

وعن ماء قليل نجس بماء معفو عن يسيره

وعن يسير دخان نجاسة وغبارها وبخارها ما لم تظهر له صفة فى الشئ الطاهر لعسر التحرز.(٣)

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٦٥/١ وما بعدها.

(٢) المجموع ٢٤٨/١، مغنى المحتاج ٢٦٤/١ وما بعدها.

(٣) كشاف القناع ١٩٠/١.

ومرجع القلة والكثرة فى أقوال الفقهاء العرف والعادة فما يعده الناس قليلا يعفى عنه ما يعدونه كثيرًا لا يعفى عنه.

وعلى هذا تكون العادة محكمة.

هذه بعض الصور التى تؤثر فيها العادة، وإلا فإن الصور التى تؤثر فيها العادة لا تعد لكثرتها.

الفرع الرابع: أثر العادة والعرف فى القضايا المعاصرة

هناك مسائل وقضايا مستحدثة كثيرة يتجلى فيها أثر العادة والعرف ومن هذه المسائل:

١- لو جهز الأب ابنته من ماله فى زواجها، ثم اختلف وإياها فى أن ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده أو كان على سبيل التمليك فهو لها، وكذلك لو ماتت البنت والحالة هذه فوقع الاختلاف فى ذلك بين الأب والزوج من أجل نصيبه الإرثى.

فالذى استقر عليه رأى الفقهاء فى هذا المقام هو تحكيم العرف بالنظر إلى عادة الناس وحال الأب من حيث الوجاهة وعدمها: فإذا كان العرف والعادة أن مثل هذا الأب إنما يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التمليك فالقول للبنت لو كانت حية أو للزوج إن كانت متوفاة.

أما إذا كانت العادة والعرف أن مثل هذا الأب لا يخرج مثل هذا الجهاز تمليكا فالقول للأب فى أنه عارية.(١)

٢- قرر الفقهاء أنه يجوز للصديق وهو فى بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا

(١) المدخل الفقهى العام ٨٦٨/١ وما بعدها فقرة ٥٠٠.

إذن صاحب البيت لأن ذلك مباح عرفًا، فلو انكسرت الآنية أثناء استعماله المعتاد أو تلفت بآفة سماوية لا يكون ضامنًا لها شرعًا كما يضمن الغاصب لأنه لم يعتبر متعديًا.(١)

٣- أجر السمسار يخضع أصلاً للشرط، فإن لم يحدد بالاتفاق يخضع للعرف بين التجار، فقد يكون عرفًا على من يكلفه، وقد يكون على الطرفين بنسبة من السعر الذى يتم به التعاقد.

وهذا ما يجرى فى عقود الإيجار لدى مكاتب الإيجار فإن العرف المتبع أن المكتب العقارى يأخذ العمولة من المستأجر لسعيه فى الإيجار وقد تتفاوت حسب أجرة المسكن.(٢)

(١) المرجع السابق.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور على أحمد الندوى ٢١٢/١.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد ...،

فالفقه الإسلامى يتمتع بعمق هائل وثراء عظيم وإنه يتسع فيشمل كل ما يحتاجه الإنسان فى كل زمان ومكان.

فهناك أمور كثيرة وكَّل الشرع الحكيم تقديرها للعرف والعادة رعاية لمصالح العباد المتجددة.

وهذا يدل على مرونة الفقه الإسلامى وأنه لا يتعارض مع المصالح المرسلة. المتجددة بل يتواءم معها.

ولقد تناولت فى هذا البحث منشأ العرف والعادة مبينًا أنه لو تكرر الفعل من الإنسان أصبح بذلك عادة له.

وإذا حاكاه غيره فيه وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الناس صار ذلك عرفًا.

ثم تناولت تقسيم العرف إلى لفظى وعملى وإلى عرف عام وعرف خاص فاللفظى كاصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه فى معنى مخصوص.

والعملى هو ما جرى عليه عمل الناس فى تصرفاتهم

والعرف العام هو الذى يكون فاشيًا فى جميع البلدان بين جميع الناس والعرف الخاص هو ما يكون مخصوصًا ببلد أو مكان دون آخر.

ثم ذكرت أنه يشترط لتحكيم العادة والعرف أن تكون مشروعة ولا تتنافى مع المصادر الشرعية وأن يكون العرف مطردًا أو غالبًا.

ثم ذكرت أن الأحكام التى يحكم فيها العرف والعادة تتبدل وتتغير بتبدل الزمان وأحوال الناس.

ثم ذكرت بعد ذلك الحكم لو تعارض العرف مع الشرع بمعنى أن يرد لفظ له معنى فى الشرع ومعنى فى العرف.

فإذا تعلق بالشرع حكم فإنه يقدم الشرع على العرف أما إذا لم يتعلق بالشرع حكم فإنه يقدم العرف وإذا كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص، فالأصح اعتبار خصوص الشرع.

ثم ذكرت الحكم لو تعارض العرف مع اللغة، وبينت أن العلماء اختلفوا فى هذه المسألة على قولين فمنهم من يُحكِّمون اللغة ويطرحون العرف ومنهم من يُحكِّمون العرف سيما الأيمان.

وبينت أن اللغة إذا عمت قدمت اللغة.

وإذا عم العرف قدم العرف.

وإذا هجرت اللغة حتى صارت نسيًا منسيًا قدم العرف لأنه لا تعارض.

ثم ذكرت بعد ذلك أثر العادة والعرف فى الفقه الإسلامى فتكلمت عن أثر العادة والعرف فى الفروع الفقهية وبينت أن الفقهاء رجعوا إلى العادة والعرف فى مسائل كثيرة ذكرت منها:

أثر العادة فى سن الحيض.

وأقل الحيض وغالبه وأكثره

وأقل الطهر وأكثره.

وأقل النفاس وأكثره.

وآراء الفقهاء فى ذلك

ثم ذكرت أثر العادة والعرف فى بيع السلم.

وفى قليل النجاسة وكثيرها. وآراء الفقهاء فى هذا.

ثم بينت أثر العادة والعرف فى القضايا الفقهية المعاصرة.

هذا .. ولقد حاولت قدر استطاعتى ليخرج هذا البحث بصورة مرضية، وإنى مهما حاولت فلن أصل إلى درجة الكمال. فالكمال لله – تعالى – وحده.

وآمل أن ينال بحثى هذا القبول من كل قارئ

وما توفيقى إلا بالله عليه توكل

وإليه أنيب ...

د

ك

ت

و

ر

طلا

عت عبد

الغفـــــار

حجاج

المراجع العلمية

١- الإجماع، لابن المنذر المتوفى سنة ٣١٩هـ، الطبعة الثانية.
٢- الاختيار لتعليل المختار.
للإمام عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى المتوفى سنة ٦٨٣هـ. طبعة دار الفكر العربى
٣- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية.
للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى سنة ٩١١هـ، دار إحياء الكتب العربية.
٤- الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان.
لابن نجيم المصرى، مؤسسة الحلبى.
٥- الإشراف على نكت مسائل الخلاف.
للقاضى أبى محمد عبد الوهاب البغدادى المالكى المتوفى سنة ٤٢٢هـ، دار ابن حزم.
٦- الإصابة فى تمييز الصحابة.
لابن حجر العسقلانى، طبعة دار الفكر العربى.
٧- الاعتصام للشاطبى.
لأبى إسحاق إبراهيم الشاطبى - الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.
٨- أصول الفقه.
للشيخ محمد زكريا البرديسى - دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٨٣م.

٩- إعلام الموقعين عن رب العالمين.
لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية، المكتبة التوفيقية.

١٠- الأعلام.
قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء لخير الدين الزركلى، الطبعة الرابعة.
١١- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع.
للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء طبعة جديدة منقحة، دار الفكر.
١٢- تاج العروس من جواهر القاموس.
لمرتضى الزبيدى - منشورات دار مكتبة الحياة.
١٣- التاج والإكليل على مختصر خليل للمواق.
لأبى عبد الله سيدى محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى فى رجب ٨٩٧هـ، مطبوع على هامش مواهب الجليل - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩هـ.
١٤- التقرير والتحبير فى الأصول.
لابن أمير الحاج - مطبعة دار الفكر.
١٥- جامع البيان فى تأويل القرآن للطبرى.
لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى - طبعة محققة - دار المعارف - مصر.

١٦- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير.
للعالم العلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقى - طبع بدار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى وشركاه.
١٧- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار.
لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، الطبعة الثانية
سنة ١٣٨٦هـ.
١٨- الروض المربع شرح زاد المستنقع.
تأليف منصور بن يونس البهوتى، الطبعة السادسة سنة ١٣٨٠هـ.
١٩- سنن الدارقطنى.
للإمام على بن عمر الدارقطنى - الناشر عالم الكتب - بيروت.
٢٠- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب.
لأبى الفلاح عبد الحى بن العماد، طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر.
٢١- شرح الزرقانى على متن خليل.
للشيخ عبد الباقى الزرقانى، المطبعة الكبرى بمصر، طبعة سنة ١٢٩٣هـ.
٢٢- الشرح الصغير على أقرب المسالك.

لأبى البركات أحمد بن محمد الدردير، طبعة دار المعارف، مصر سنة ١٩٧٤م.

٢٣- شرح فتح القدير على الهداية.
للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، الحنفى، طبعة دار إحياء التراث العربى.

٢٤- الشرح الكبير على متن الخليل.
لأبى البركات أحمد الدردير، طبع بدار إحياء الكتب العربية عيسى البابى وشركاه.

٢٥- شرح منح الجليل على متن خليل.
تأليف العلامة محمد عليش، مكتبة النجاح وبهامشه تسهيل منح الجليل.

٢٦- شرح النووى على صحيح مسلم المسمى بالمنهاج.
للإمام محى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ - دار المعرفة بيروت.

٢٧- الصحاح فى اللغة والعلوم.
لإسماعيل بن حماد الجوهرى، دار الحضارة العربية، بيروت.

٢٨- صحيح البخارى بشرح فتح البارى.
للإمام محمد بن إسماعيل البخارى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

٢٩- صحيح مسلم بشرح النووى.
للإمام مسلم بن الحجاج، مطبعة دار المعرفة.

٣٠- فتح البارى شرح صحيح البخارى.
للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

٣١- الفتح الربانى لترتيب مسند الإمام أحمد.
تأليف أحمد عبد الرحمن البنا الساعاتى، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربى.
٣٢- الفروق (أنوار البروق فأنواء الفروق).
للإمام العلامة شهاب الدين الفرافى المتوفى سنة ٦٨٤هـ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى.
٣٣- الفقه الإسلامى وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية.
للدكتور وهبه الزحيلى، دار الفكر، الطبعة الرابعة.
٣٤- الفوائد الجنيه، حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية.
لأبى القيض محمد ياسين بن عيسى الفادانى المكى، دار البشائر الإسلامية سنة ١٤١١هـ ١٩٩١م.
٣٥- القاموس المحيط.
لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادى، دار الفكر سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
٣٦- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام.

للإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، مطبعة دار الشروق للطباعة.

٣٧- القواعد لابن رجب الحنبلى.

طبعة جديدة مصححه ومراجعة، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

٣٨- القوانين الفقهية لابن جُزىّ.

طبعة جديدة منقحة ومصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات فى دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣٩- كشاف القناع عن متن الإقناع.

للشيخ العلامة فقيه الحنابلة، منصور بن يونس بن أدريس البهوتى، دار الفكر ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٤٠- لسان العرب.

لابن منظور طبعة جديدة ملونة.

٤١- المبسوط:

لأبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى. دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت.

٤٢- المجموع شرح المهذب.

لأبى زكريا يحى بن شرف الدين النووى، مطبعة الإمام، مصر.

٤٣- محاضرات فى القواعد الفقهية.

للمرحوم الأستاذ الدكتور جاد الرب رمضان، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا فى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة.

٤٤- مختصر العلائى، وهو مختصر من قواعد العلائى وكلام الأسنوى.

لأبى الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموى الفيومى الأصل المعروف بابن خطيب الدهشة. من مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دورة قطر، طبعة محققة.

٤٥- المدخل الفقهى العام.

للشيخ مصطفى أحمد الزرقا - طبعة بالأوفست

٤٦- المستدرك على الصحيحين.

للإمام محمد بن عبد الحكم النيسابورى، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

٤٧- المعجم الوسيط.

إصدار مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمجمعات والتراث، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

٤٨- المغنى لابن قدامة.

تأليف موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، الناشر مكتبة الجمهورية بمصر، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

٤٩- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للنووى.

للخطيب الشربينى الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

٥٠- المقاصد الشرعية فى القواعد الفقهية.
تأليف الأستاذ الدكتور عبد العزيز عزام، دار البيان للنشر والتوزيع، القاهرة سنة ٢٠٠١م.
٥١- المنثور فى القواعد.
لأبى عبد الله بدر الدين محمود بن بهادر بن عبد الله الشافعى، المعروف بالزركشى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

٥٢- المهذب فى فقه الإمام الشافعى.
للشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى، طبع بمطبعة عيسى البابى وشركاه، وبأسفل الصفحة النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبى.
٥٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.
تأليف أبى عبد الله محمد بن أحمد الطرابلسى المعروف بالحطاب، وبهامشه التاج والإكليل للمواق، الطبعة الأولى ١٣٢٩هـ.
٥٤- المواهب السنية شرح الفرائد البهية فى نظم القواعد الفقهية.
للفقيه العلامة عبد الله بن سليمان الجرهزى، وهو مطبوع مع الفوائد الجنية، دار البشائر الإسلامية ١٤١١هـ/١٩٩١م، بيروت، لبنان.

٥٥- موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية فى الفقه الإسلامى.
تصنيف الدكتور على أحمدالندوى، توزيع دار عالم المعرفة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
٥٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.
تأليف شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى، الشهير بالشافعى الصغير، مطبعة مصطفى البابى الحلبى.
٥٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار من أحاديث سيد الأخيار.
للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى، الناشر مكتبة دار التراث.
٥٨- الهداية شرح بداية المبتدى.
لشيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى، طبعة محققة، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، دار السلام للطباعة والنشر والترجمة، القاهرة.
٥٩- الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية.
للدكتور محمد صدقى بن أحمد البورنو، الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، مكتبة التوبة، الرياض.

فهرست الموضوعات

الموضوع	الصفحة
خطة البحث	٥٢٨
المبحث الأول: منشأ العادة والعرف	٢٥٩
المطلب الأول: تعريف العادة	٥٢٩
العادة فى اللغة	٥٢٩
العادة فى الاصطلاح	٥٣٠
.....	٥٣٣
المطلب الثانى: تعريف العرف	٥٣٣
العرف فى اللغة	٥٣٣
العـــــرف فـــــى	٥٣٣
الاصطلاح	٥٣٤
النسـبة بـين العـرف	٥٣٤
والعادة	٥٣٤
المطلب الثالث: أُقسام العرف	٥٣٥
أولاً: تقسـيم العـرف مـن	
حيث اللفظ والعمل	٥٣٦
العرف اللفظى	٥٣٦
العرف العملى	٥٣٦
ثانياً: تسيم العرف من حيث	٥٣٧
العموم والخصوص	٥٣٩
العرف العام	٥٤١
العرف الخاص	

الموضوع	الصفحة
المطلب الرابع: محل تحكيم العادة والعرف	٥٤٧
المطلب الخامس: دليل العمل بالعادة والعرف	٥٥٣
المطلب السادس: شروط العمل بالعرف	٥٥٣
المبحث الثانى: العرف وتغير الزمان	٥٥٤
المبحث الثالث: تعارض العرف مع الشرع واللغة	٥٥٦
المطلب الأول: تعارض العرف مع الشرع	٥٥٧
الحالة الأولى: أن لا يتعلق بالشرع حكم	٥٥٩
الحالة الثانية: أن يتعلق بالشرع حكم	٥٦٥
الحكم لو كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص	٥٦٥
	٥٦٩
	٥٧٧
	٥٨٢
	٥٨٤
	٥٨٦
	٥٨٨
	٥٩١
	٥٩٥-٦٠٥

الموضوع	الصفحة

المطلب الثانى: تعارض العرف مع اللغة .....

المبحث الرابع: أثر العادة والعرف فى الفروع الفقهية .....

الفرع الأول: سن الحيض .....
أقل الحيض وغالبه
وأكثره وأقل الطهر
وأكثره .....
أقل النفاس وأكثره .....

الفرع الثانى: مشروعية بيع السلم .....

الفرع الثالث: قليل النجاسة وكثيرها .....
المقدار المعفو عنه
من النجاسة .....

الفرع الرابع: أثر العادة والعرف فى
القضـــايا الفقهيـــة
المعاصرة .....

الخاتمة .....

المراجع .....

الفهرس .....