AL-ʻULŪM ISSN: 2709-3484 (Print) | 2709-3492 (Online)
July-December, 2022, 3:2 (35-62)

أنواع العرف ومجالاته وتكييفها الفقهي: دراسة فقهية مقارنة

Types and Areas of the Customs and its Jurisprudential Conditioning (Comparative Juristic Study)

Naeem Qaiser Al-Azhari (Ph.D)*[1], Fozia Fiaz (Ph.D) **

* Lecturer, Department of Islamic Studies, University of Sialkot, Sialkot
**Assistant Professor, Islamic Studies Department, University of Sialkot, Sialkot

Keywords
ʿUrf, Majālāt, Anwāʿ ʿUrf Comparative, Takyīf.

Abstract: *It is the mercy of Ălmighty Allāh on this Ummāh that He honored it by sending his Prophet Mohammad peace be upon him and revealed to him the Holy Qur'ān that sheds light upon everything and made enactments and legislations define relationships between individuals and societies to show them their rights and duties so they can spread their lives without any distress, embarrassment and hardship with the renewal of the facts , circumstances , customs and traditions we find a great legacy of the provisions and rules made by its predecessors and every society has its customs and traditions in all the aspects of life that cannot be dispensed with, Hence the Islām took these customs into account and kept the beneficial and canceled the harmful and from here the researchers sensed the importance of this particular study and hence the choice fell on the subject "Types and Areas of the custom and their jurisprudential conditioning (Comparative Juristic Study)", I will explain the types and areas of customs and its importance to the individuals and societies. I have relied on the inductive theoretical and analytical approach as I quoted the saying of Jurists from primary sources and books, as well as collecting the relevant material from those sources and the most important references to it.*

Naeem Q, & Fozia, F (2022) Types and Areas of the Customs and its Jurisprudential Conditioning *Al-ʻUlūm Journal of Islamic Studies*, 3(2)

Corresponding author Email: naeemqaiser115@gmail.com

Content from this work is copyrighted by *Al-ʻUlūm* Journal of Islamic Studies, which permits restricted commercial use, research uses only, provided the original author and source are credited in the form of a proper scientific referencing.

المدخل

قد منّ الله –عز وجل– على هذه الأمة ببعثة نبيه وحبيبه سيدنا محمد –صلى الله عليه وآله وسلم–، وأنزل عليه الكتاب الذي فيه تبيان لكل شئ، وسن سننا وتشريعات تحدد علاقات الأفراد بعضهم بعضا، وتبين لهم حقوقهم وواجباتهم وتوضح لهم مناهج السلوك فى الحياة، وترفع عنهم الضيق والحرج والمشقة. واعلموا أن لكل مجتمع أعرافا وعادات وتقاليد فى جميع شؤون الحياة ولا يمكنهم الاستغناء عنها، ومن هنا راعت الشريعة الإسلامية هذه الأعراف وأبقت نافعها وألغت ضارها، وبناء على ذلك فقد وقع اختيارنا على موضوع **"أنواع العرف ومجالاته وتكييفها الفقهى"** لأهميته وضرورته في مجتمعنا.

وسنحاول أن نجيب على السؤال الأهم فى هذا البحث وهو"ماهى أنواع العرف ومجالاته التى يلعب العرف فيها دورا هاما" لإبراز عظمة الشريعة الإسلامية السمحة فى اهتمامها بالأفراد والجماعات من خلال اعتناءها بأعرافهم وإبقاء عاداتهم. وكلما كان الموضوع محتاجا إليه كان الاشتغال به أجدى وأنفع، وقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الاستقرائى النظرى التحليلى، حيث أننا نحرص على نقل أقوال الفقهاء والأصوليين من كتبهم ومؤلفاتهم وكذلك نحرص جمع مادة علمية متعلقة بالموضوع من تلك المصادر وأهم المراجع ذات الصلة به للنظر والاستدلال على موقفنا.

عندما نلقي النظر في المواد الموجود من قبل عن هذا الموضوع والباحثين الذين عنوا بإفراد موضوع العرف فى بحث مستقل نجد بعض الأبحاث النافعة في الموضوع لبحثنا هذا واستفدنا من هذا البحوث من خلال بحثنا هذا. ومن تلك الكتب والدراسات العلمية كما يلي:

"نشر العرف فى بناء الأحكام على العرف" لإبن عابدين الشامى المطبوعة ضمن مجموعة رسائله وقد تكلم عن أهمية العرف فى المجتمع وكيفية بعض الأحكام الشرعية المبنية عليه.

"**العرف والعادة فى رأى الفقهاء**" للأستاذ الدكتور أحمد فهمى أبو سنة وهو فى الأصل رسالة الدكتوراة قد نوقشت سنة 1941م، وطبعت سنة 1949م، وقد تكلم الأستاذ أبو سنة عن العرف من ناحية فقهية وقدم آراء الفقهاء الأجلاء عنه، وهو كتاب قيم نفيس للباحثين الذين يريدون البحث فى مجال العرف والعادة.

"**العرف وأثره فى الشريعة والقانون**" للأستاذ الدكتور أحمد بن على سير المباركى وهى رسالة للماجستير مقدمة للمعهد العالى للقضاء بجامعة محمد بن سعود الإسلامية وقد نوقشت سنة 1392 هـ وطبعت سنة 1412هـ، وقد تكلم الأستاذ أحمد بن على فى هذا الكتاب عن العرف من ناحية شرعية وقانونية ونجده – فى بعض الأحيان – يقارنه بينهما حتى يصل إلى النتائج المطلوبة. وهناك غير ذلك من الكتب والرسائل العلمية حول الموضوع.

قد قسمنا بحثنا هذا في المطالب حسب ضرورتها. وقبل الخوض في صلب الموضوع ينبغي أن نتعرف على معاني العرف لغة واصطلاحا.

تعريف العرف لغة واصطلاحا

إن أهم المعاني اللغوية[1] التي تدور عليها مادة "ع ر ف" بضـــم العين أو فتحها أو كسرها فيما يلي:

العرف بضـــم العين: المعروف وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكرة. والعَرفبفتح العين: الرائحة وأكثر ما تستعمل في "الطيبة". والعرف بكسر العين: الصبر.

والعرف في الاصـــطلاح "ما اســـتقرت النفوس عليه بشـــهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[2].

1- أحمد بن زكريا بن فارس، **معجم مقاييس اللغة** (سوريا، دار الفكر، ط:1، 1979م)، 281:4

2- على بن محمد الجرجانى، **التعريفات** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1، 1983م)، 149.

المطلب الأول: أنواع العرف

ويذكر الأصوليون والعلماء[3] أن العرف ينقسم إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه أو إلى من يصدر عنه، وشيوعه وخصوصه أو باعتبار المعنى اللغوى، وباعتبار موافقته أو مخالفته للنصوص والشريعة، ونظرا لهذه الاعتبارات ينقسم إلى التقسيمات التالية:

أولا: من حيث سببه ومتعلقه

ينقسم العرف بحسب استعمال الألفاظ المتعارف عليها فى بعض المعانى أو بحسب الأعمال التى يقوم بها الناس فى المجتمع إلى قسمين:

القسم الأول: العرف القولى

وهو أن يتعارف الناس على إطلاق لفظ على معنى معين، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى المتداول بينهم كالدرهم والدينار على النقد الغالب.

وعلى ذلك يكون معنى العرف فى القول أو اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ ويستعمل فى معنى، حتى يصير هو المعتاد من ذلك عند الإطلاق. يقول الأستاذ الدكتور إبراهيم عبد الرحيم فى العرف القولى: "ما حول اللفظ عن موضوعه اللغوى الأصل إلى وضع مختلف عنه كإطلاق لفظ "ولد" على الذكر دون الأنثى، مع أن الأصل اللغوى يفيد شموله لهما وهو ما جرى عليه القرآن فى آيات المواريث، وكذلك تقييد لفظ "دابة" بذوات الأربع كالفرس والبقرة، مع أن الأصل اللغوى لهما يشمل كل ما يدب على الأرض، ومثله عدم إطلاق لفظ لحم على السمك وقد سماه القرآن لحما طريا"[4].

3- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشى، **شرح مختصرخليل** (بيروت: دار الفكر، ط:1، 1984م)، 6:71.

4- الدكتور إبراهيم محمد عبد الرحيم، **مدخل لعلوم الشريعة الإسلامية** (القاهرة : دار النصر للطباعة والنشر، ط:2، 1437هـ)، 213.

وقال ابن عابدين: "العرف القولى كتعارف الناس إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره كالدرهم تطلق ويراد به النقد الغالب فى البلدة"[5]. وقال أيضا نقلا عن فتاوى العلامة قاسم: "أن لفظ الواقف والموصى والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أو لا"[6]. وقد قسم الإمام القرافى: العرف القولى إلى قسمين أحدهما المفردات وثانيهما المركبات وقال: "وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفطن" ووضع ضابطا فى المركبات قائلا: "هو أن يكون شأن الوضع العرفى تركيب لفظ مع لفظ يشتهر فى العرف تركيبه مع غيره"[7]. ومن أمثلة العرف القولى أو اللفظى فى "المفرد":

لو حلف "لايطأ هذه الدار بقدمه" فدخلها راكبا يحنث؛ لأنه قد يراد به الدخول فى العرف لا مباشرة قدمه الأرض، ألا ترى أنه لو كان فى رجله حذاء نعل يحنث؟ فعلم أن المراد منه الدخول، ولأن وضع القدم فى عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول فإن كان نوى "أن لا يضع قدمه ماشيا" فهو على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه فيصدق[8]. ومثاله فى "المركبات": الأحكام المضافة إلى الأعيان، قوله تعالى:

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ.....إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[9].

وقوله تعالى:

5- السيد محمد أمين أفندى ابن عابدين، **رسائل ابن عابدين** (بيروت: دار إحياء التراث العربى، ط:2، 2013)، 114،115.

6- المرجع السابق، 133.

7- شهاب الدين أحمد بن أبى العلاء القرافى، **الفروق** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط:1، 2003م)، 1:377

8- علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاسانى، **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع** (بيروت: دارالكتب العلمية، ط:2، 1986م)، 3:39.

9- **القرآن**، 4: 23.

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ...﴾[10].

وقوله عليه السلام:

"أَلا إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ"[11].

فإن المعنى الحقيقى بها لغة: تعلق الحكم بالأعيان الواردة فيها، وقد استعملها العرف فى التكليف بالأفعال المقصودة منها، بشهادة الاستقراء حتى كان المتبادر إلى الأفهام عرفا من هذه الأمثلة: تحريم مسيس الأمهات، وأكل بهيمة الأنعام – المنصوص على حرمتها، وسفك الدماء، وثلم الأعراض[12].

والقسم الثانى: العرف العملى

وهو: "اعتياد الناس على شئ من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية"[13]، والمراد بالأفعال العادية: أفعال الناس الشخصية فى شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب واللبس والركب والحرث والزرع ونحو ذلك. والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التى يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقودا، أم غيرها كالنكاح والبيع والإبراء، وكالغصب والقبض والأداء[14].

والباحث المتأمل فى نصوص الفقهاء وفروع المعاملات المدنية والأفعال العادية يرى السلطان المطلق والسيادة التامة للعرف العملى فى فرض الأحكام وتقييد آثار العقود

10- **القرآن**، 5: 3.

11- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري** (الرياض، دار السلام، بدون السنة)، رقم 7078.

12- أحمد فهمى أبو سنة، **العرف والعادة فى رأى الفقهاء** (القاهرة: مطبعة الأزهر، ط:1، 1947م)، 18.

13- مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهى العام** (دمشق: دار القلم، ط:2، 2006م)، 2: 876.

14- المرجع السابق، 2: 276،277.

وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف وذلك فى كل موطن لايصادم فيه العرف نصا تشريعيا [15]، فعندئذ يعتبر العرف مرجعا ومنبعا للأحكام، ودليلا شرعيا عليها حيث لا دليل سواه من الأدلة الشرعية المتفق عليها وإلى هذا يشير ما هو مذكور فى الكتب الفقهية بأن: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[16].

ويقول الأستاذ أبوسنة فى العرف العملى: "هو ما جرى عليه العمل، سواء أكان ذلك عاما، كاستصناع الأوانى والخفاف ودخول الحمام من غير تعيين زمن ولا أجرة، أو خاصا ببلد ككون رأس المال لأهل البوادى هو الأنعام، أو بملة كجعل العيد الأسبوعى للمسلمين يوم الجمعة إلخ، وسبب هذا العرف هو التعامل"[17].

رأينا أن الأستاذ أبو سنة قسم العرف العملى إلى عام وخاص، وكذلك نجد كثيرا من الفقهاء والأصوليين[18] أنهم قد جمعوا أمثلة عديدة فى كتبهم عنهما قائلين عن العام: "هو ما اعتاده جميع أفراد المجتمع أو أغلبهم كتعارف الناس على تقسيم المهر المعجل والمؤجل وبيع المعاطاة". والخاص: "هو ما اعتاده جماعة من أفراد المجتمع من أفعال كدخول السلم فى البيت المبيع فى القاهرة دون غيرها لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به"[19]، ويقول الدكتور محمد صدقى الغزى عن العرف العملى: "هو ما جرى عليه

15 – المرجع السابق، 2: 883.

16 – محمد بن أحمد السرخسى، **المبسوط** (بيروت: دارالمعرفة، ط:1، 1989م)، 30: 220.

17 – أبو سنة، **العرف والعادة**، 19.

18 – أبو العباس أحمد بن إدريس القرافى، **الذخيرة** (بيروت: دار الغرب الإسلامى، ط:1، 1994م)، 9:94.

19 – زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، **الأشباه والنظائر** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1، 1999م)، 89.

عمل الناس فى تصرفاتهم واعتيادهم على شئ من الأفعال العادية أو التصرفات المنشئة للالتزامات"[20]. ومن أمثلة العرف العملى:

أ: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل كاعتيادهم أكل نوع خاص من المآكل أو استعمال نوع من الملابس أو الأدوات[21].

ب: تعارف 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.

ج: وتعارف الناس تقديم الأجرة قبل استيفاء المنفعة فى إجارة الأماكن شهريا أو سنويا.

وثانيًا: من حيث من يصدر عنه شيوعه وخصوصه

ينقسم العرف باعتباره من يصدر عنه شيوعه وخصومه إلى عرف عام وعرف خاص.

1: العرف العام

العام فى اللغة "الشامل" يقال عم الشئ عموما: شمل الجماعة[22]، وفى اصطلاح الأصوليين قيلت فيه تعريفات كثيرة وعد من أفضلها أنه:"هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة"[23].

---

20 – الدكتور محمد صدقى بن أحمد، **الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط:4، 1996م)، 1:280.

21 – المرجع السابق، 1:280.

22 – محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، **القاموس المحيط** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط:8، 2005م)، 1141.

23– محمد بن على محمد بن عبدالله الشوكانى، **إرشاد الفحول** (بيروت: دار الكتاب العربى، ط:1، 1999م)، 1:285.

قال عنه الأستاذ مصطفى الزرقا فى المدخل:"العرف العام الذى يكون فاشيا فى جميع البلاد بين جميع الناس فى أمر من الأمور"[24]، ونجد فى تعريف الزرقاء أنه لم يخصص العرف العام بأى عنصر من عناصر الأغلبية بل عبره بأن يكون فاشيا فى جميع البلاد... إلخ على الإطلاق، لأن هذا الأمر متفق بين العلماء على أن المراد من العام "هو الغلبة والذيوع"، ولأن الحكم الشرعى إذا بنى على أمر غالب شائع فإنه يبنى عاما للجميع، ولا يؤثر على عمومه وإطراده تخلف ذلك الأمر فى بعض الأفراد أو فى بعض الأوقات، وقد بنى الفقهاء على هذا الأساس قاعدة فقهية" العبرة للغالب الشائع لا للنادر"[25]، ويؤيد ما قلناه بأن المراد من العام هو "الغلبة والذيوع".

وقال الإمام الرازي فى فعالية العرف العام: "إنا نرى فى العرف العام المشهور استعمال صيغ العموم، مع أن المراد هو الأكثر"[26]، وقال ابن عابدين فى شفاء العليل وبل الغليل (مجموعة رسائله): "أن العرف العام ما تعامله المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف وإن خالف القياس ولم يرد به نص ولا قام عليه دليل. فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا: "إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص ولا يخفى أن المراد به "العرف العام"[27]، وعرفه

24 – الزرقا، **المدخل الفقهى العام**، 2:877.

25 – عبد العزيز عزام، **الوسيط فى القواعد الفقهية** (القاهرة: مكتبة الأزهر، ط:1، 2009م)، 227.

26 – أبو عبدالله محمد بن عمر الرازى، **مفاتيح الغيب** (بيروت: دار إحياء التراث العربى، ط:3، 1420هـ)، 24:445.

27 – ابن عابدين، **رسائل ابن عابدين**، 1:186.

يوسف القرضاوى قائلا: "ما يتعارف عليه كافة الناس على اختلاف طبقاتهم فى كافة البلاد والأقطار"[28]. ومن أمثلة العرف العام:

أ: الاستصناع: فى كثير من الحاجيات واللوازم، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإنهم احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم، ولا يخلو اليوم من التعامل به أى مكان.

ب: كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان فهو فى العرف العام بمعنى: "الدخول" فيحنث سواء دخلها ماشيا أو راكبا.

ج: ومن العرف العام ما يكون شائعا عند جميع المسلمين، كلفظ "الدابة" فإن وضع هذه الكلمة بأصل اللغة كل ما يدب على الأرض من ذى حافر وغيره، ثم هجر الوضع الأول، وصارت فى العرف حقيقة "للفرس" ولكل ذات حافر.

2: العرف الخاص

و هو فى اللغة: "المنفرد" يقال: خصصه واختصه أفرده به دون غيره، وأيضا يقال: اختص فلان بالأمر وتخصص له إذا إنفرد [29]، وفى اصطلاح الفقهاء أن العرف الخاص: "هو الذى يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر أو بين فئة من الناس دون أخرى"، وهذا العرف الخاص متنوع كثير متجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبدا[30]. وقيل: هو اصطلاح طائفة مخصوصة على شئ كاستعمال علماء النحو "لفظ الرفع"، وعلماء الأدب كلمة "النقد"[31]. ومن أمثلته:

---

28 – يوسف القرضاوى، **مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط:1، 1993م)، 153.

29 – جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب** (بيروت: دار صادر، ط:4، 2005م)،7:24.

30 – الزرقا، **المدخل الفقهى العام**، 2:878.

31 – على حيدر خواجة معين أفندى، **درر الحكام** (بيروت،دار الجيل، ط:2، 1991م)، 1:45.

أ: عرف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن فى البضاعة المبيعة أو لا يعد عيبا.

ب: كالعرف فى بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطا إلى عدد معلوم من الأقساط.

ج: أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة فى الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة. ومن باب العرف الخاص اصطلاحات سائر العلوم فى الصناعات وفى ذلك يقول الإمام الرازى: "لكل طائفة من العلماء من الاصطلاحات التى تخصهم كالنقض والكسر والقلب والجمع والفرق للفقهاء، والجوهر والعرض والكون للمتكلمين، والرفع والنصب والجر للنحاة"[32]. ويقول ابن نجيم فى الأشباه: "العرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة، كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظار"[33].

ثالثًا: من حيث موافقته أو مخالفته للنصوص الشرعية

يمكن تقسيم العرف باعتبار موافقته أو مخالفته لقواعد الشريعة ونصوصها إلى قسمين:

1: العرف الصحيح

المراد من الصحيح: ما يعتمد عليه وما اجتمعت أركانه وشرائطه حتى يكون معتبرا فى حق الحكم[34]. وقد قيلت فيه تعريفات متعددة[35] مفادها: "هو ما تعارفه أكثر الناس دون أن يحل حراما أو يحرم حلالا". ويقول عنه عبدالكريم زيدان: "هو ما لا

32 – أبو عبدالله محمد بن عمر الرازى، **المحصول** (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط:3، 1997م)، 1:298.

33 – المرجع السابق، 79.

34 – الجرجانى، **التعريفات**، 132.

35 – عبد الوهاب الخلاف، **علم أصول الفقه** (القاهرة: مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر)، 89.

يخالف نصا من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وإن لم يرد به نص خاص"[36].

من وأمثلته:

أ: تعارف الناس عقد الاستصناع.

ب: تعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر.

ج: تعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءا من مهرها.

ويمكننا أن نقول عن العرف الصحيح بأنه الذى لا يخالف قواعد الشريعة الإسلامية بوجه من الوجوه وإن لم يرد نص خاص عنه أو فى موضعه وعلى هذا جميع الأعراف والتقاليد التى أساسها المصالح المرسلة والمنفعة العامة، أو التى ليست منكرة ومخالفة لقواعد الشريعة السمحة ونصوصها من باب جلب المصالح ودرء المفاسد يدخل فى هذا العرف لإصلاح حال الناس وتيسيرهم، ولذلك نجد الفقهاء من مختلف المذاهب قديما وحديثا يعتدون به ويلاحظونه فى استنباط المسائل وعند تطبيق الأحكام. وجميع هذه العادات والأعراف محكمة ومعتبرة شرعا إن توفرت شروطها.

2: العرف الفاسد

المراد من العرف الفاسد ما لا يعتد به وهو "الصحيح بأصله لا بوصفه ويفيد الملك عند اتصال القبض به و"ما كان مشروعا فى نفسه فاسد المعنى من وجه الملازمة، وما ليس بمشروع إتيانه بحكم الحال مع تصور الانفصال فى الجملة"[37]. وهذا عند الحنفية[38]، لأنهم يفرقون بين الفاسد والباطل فى باب المعاملات أما فى باب العبادات وباب النكاح من العقود التى لا فرق بينهما.

36 – عبد الكريم زيدان، **مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** (المدينة المنورة: دار عمر بن الخطاب، ط:4، 1969م)، 206.

37 – الجرجانى، **التعريفات**، 164.

38 – علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى، **كشف الأسرار** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط:3، 1427هـ)، 1:381 .

أما الجمهور[39]، والشافعية خاصة فلايفرقون بينهما حملا للمقتضيات الشرعية على مقتضياتها اللغوية لأن الأصل عدم التغيير.

ويمكننا أن نستخلص بان الباطل عند الحنفية فائت الأصل والوصف والفاسد موجود الأصل فائت الوصف إذا زال عنه صح البيع إلا أنه يأثم صاحبه.

أما عند الجمهور فهما مترادفان سيان كما قلنا لا يعتد بهما، **وأمثلته:** نجد بأن الشرع الكريم قد ألغى جميع الأعراف الفاسدة التى كانت موجودة عند العرب قبل الإسلام مثل الطواف بالبيت عراة ودفن البنات أحياء، ومن أمثلته اليوم:

أ: تعارف بعض التجار على اعتبار الفوائد الربوية من الأرباح.

ب: أخذ أولياء البنات مهورهن عن تزويجهن طمعًا وجورًا.

ج: اختلاط النساء بالرجال –المؤدي إلى الفساد– فى الحفلات والأندية العامة. هذا وقد ذكر الأستاذ أبو سنة تقسيما آخر للعرف باعتبار المعنى اللغوى إلى مقرر للمعنى وقاض عليه، وعرف المقرر بأنه: "ما طابق معناه المعنى اللغوى"، والقاض بأنه: " ما غيره أى المعنى اللغوى بتخصيص أو تقييد أو إبطال"[40].

المطلب الثانى: مجالات العرف

المجالات التى يدخلها العرف ويعمل به فيه كثيرة

ولا يكاد يخلو منه باب من أبواب الفقه – كما ذكرنا علاقته بالمجالات المختلفة وكثير من الأحكام والفتاوى فى المذاهب الفقهية المبنية على العرف، وتدور معه وتتغير بتغيره وسنتكلم عنه فى موضعه – ويعمل فيها من حيث الألفاظ، يخصص عامها، ويقيد مطلقها، ويبين مجملها، ويؤسس عليه فى العقود والفسوخ وغير ذلك، وبيان ذلك كما يلى:

39 – بدر الدين محمد بن بهادر الزركشى، **البحر المحيط** (القاهرة: دار الكتبى، ط:1)، 1:321.

40 – أبو سنة، **العرف والعادة**، 21.

أولا: أحكام العبادات

الأحكام الخاصة بالعبادات أحكام تعبدية وعلى ذلك فلا مجال للعقل فى أصلها وكيفيتها وليس للعرف دور فى تشريع أصل العبادة أو بيان كيفيتها لأنها هى التى قد أقرها الدليل الشرعى أو نفاها، ومعنى ذلك كما يقول الشاطبى: "أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو سلبا، أو نهى عنها كراهة أو تحريما، أو أذن فيها فعلا وتركا[41]. فهى ثابتة أبدا كسائر الأمور الشرعية لأنها نص عليها الشارع بخصوصها وأثبت لها حكما شرعيا، فتغير عادة الناس وعرفهم فيها من استقباح إلى استحسان لا يغير حكم الشرع عليها ولذلك لا يجوز فيها التغيير والتبديل وإلا لأدى الأمر إلى نسخ الشريعة وتبديل أحكامها ولا نسخ ولا تبديل بعد عهد النبى عليه الصلاة والسلام.

ولكن قد يكون للعرف دور ما فى العبادات غير ان دوره محدود جدا فلا يعدو أن يكون تفسير النص، أو سببا فى حكم مانع منه، وبالتعبير الأصح أن العرف فى العبادات يمثل فى ضبط أو تحديد الأمور التى لم يرد من الشارع تحديدها ونستعرض بعضها كما يلى:

أ: المنصرف من الصلاة قبل تمامها: كالمسلم من واحدة له أن يرجع ويتمها ما لم يطل الفصل، والطول يحدده العرف، كما ذكر النووى فى " المجموع " قائلا: " وفى ضبطه – أى طول الفصل – قولان ووجهان الصحيح منهما عند الأصحاب الرجوع إلى العرف، فإن عدوه قليلا فقليل وأن كثيرا فكثير، وهذا هو المنصوص فى "الأم" وبه قطع جماعة منهم البندنيجى، والثانى قدر ركعة طويل ودونه قليل وهذا هو المنصوص فى "البويطى" واختاره أبو إسحاق المروزى"[42].

41- إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبى، **الموافقات** (دار ابن عفان، ط:1، 1997م)، 2:488.

42 - أبو زكريا محى الدين يحيى بن شرف النووى، **المجموع شرح المهذب** (دمشق: دار الفكر، ط: 3، 1994)، 4: 114.

ويفرق الفقهاء فى هذا النوع بين ما يؤثر على الصلاة وفيبطلها وبين ما لا يؤثر نظرا إلى معيار الكثرة والقلة عندهم، وقد وضع بعض الفقهاء عدة معايير لضبط الكثير المبطل الذى يغير نظم الصلاة ويذهب بخشوعها، والقليل الذى لا يعتبر مبطلا لها. نستعرض تلك المعايير فيما يلى:

1 : العمل الكثير

أ: هو ما يحتاج عادة إلى عمل اليدين وإن عمل بواحدة كالتعمم، ومنه تغطية الرأس، وشد السراويل أو البنطال لا فرق فى ذلك بين عمده وسهوه، أما ما يحتاج فعله إلى يد واحدة فهو قليل وإن عمل بيدين اثنتين، كلبس القلنسوة على الرأس وهو قول عن الحنفية[43].

ب: العمل الكثير، هو ما كان ثلاث حركات أو خطوات متوالية وإلا فقليل، وهو قول عند الحنفية [44]، لا فرق بين عمده وسهوه.

ج: العمل الكثير، ما يسع زمانه ركعة، والقليل ما لا يسعها، وبه أخذ الشافعية[45].

د: الكثرة والقلة مرجعها العرف والعادة [46]، وعلى هذا القول أن المعيار والمحدد – للكثرة والقلة – هو العرف.

43 – الكاسانى، **بدائع الصنائع**،:2411.

44 – محمد أمين بن عابدين، **حاشية ابن عابدين** (مصر: مطبعة الحلبى، ط:2، 1966م)، 625:1.

45 – شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربينى، **مغنى المحتاج** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1، 1994م)، 418:1.

46 – المرجع السابق .

هـ: مرجع الكثرة والقلة مفوض إلى رأى المصلى، إن استكثره فكثير وإلا فقليل[47].

و: العمل الكثير هو الذى لا يشك الناظر إليه من بعيد أنه خارج الصلاة فإن شك أو ظن فهو قليل[48]، لا فرق عندهم فى الكثير بين أن يفعله عامدا عالما بتحريمه أو ناسيا أو جاهلا فأنه يبطل الصلاة.

2: الموالاة فى الوضوء الموالاة ركن فى الوضوء عند المالكية وسنة عند الشافعية، والمعتبر طول الزمان وقصره بالنسبة للموالاة فى الوضوء هو العرف[49].

3: الموالاة بين الصلاتين فى الجمع

الموالاة بين الصلاتين معناها أن يصلى الثانية بعد الأولى بغير فاصل يعد تأخيرا عرفا، وإلا بطل الجمع عند الشافعية وتصلى الثانية فى وقتها، فالحكم فى الموالاة يرجع إلى العرف وشرط الجمع عند الشافعى النية والموالاة.

ثانيًا: أحكام المعاملات

يقوم العرف على تفسير – بيان معانى الألفاظ والتصرفات ودلالاتها على المقاصد والنيات – النصوص وشرح الألفاظ والعبارات، وبيان المقصود بها، ويعول عليه فى التعرف على مقاصد الناس ونياتهم، كما أنه يعتبر دليلا يستعان به فى تكميل تلك الإرادة وتتميمها. ومن المعلوم أن الألفاظ التى يتلفظ بها الناس، والتصرفات التى يقومون بها ليست مقصودها لذاتها، بل باعتبارها وسيلة للتعبير عن مقاصدهم ونياتهم.

لذلك يجب على القاضى أو المفتى أن يبحث عن ذلك المقصد والغرض، وأن يبذل طاقته، ويستفرغ وسعه فى الوصول إليه، وأن يسعى جاهدا لاستغلال كل القرائن المقترنة، واستثمار الدلائل المحيطة به التى تأخذ بيده وترشده للوصول إلى المقاصد

47 – ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، 1:625.

48 – الكاسانى، **بدائع الصنائع**، 1:241.

49 – د. عبدالعزيز، **الوسيط فى القواعد الفقهية**، 217.

والغايات، التى قصدها المتكلم من كلامه أو المتصرف من تصرفه، هذا ولا يغفر له تمسكه المجرد بظاهر اللفظ، غاضا الطرف عن تلك القرائن التى تحدد مقصود المتكلم من كلامه، لأن الألفاظ ليست إلا مجرد قوالب. فاللفظ الواحد قد يكون له معنى فى وضع أو ظرف أو عرف، ولا يكون هو المعنى نفسه فى وضع أو ظرف أو عرف آخر،

يقول الإمام الشاطبى: "الكلام الواحد يختلف فهمه بحسب حالين، وبحسب مخاطبين، وبحسب غير ذلك، كالاستفهام، لفظه واحد، ويدخله معان أخر من تقرير وتوبيخ وغير ذلك..... ولا يدل على معناها المراد إلا الأمور الخارجة وعمدتها مقتضيات الأحوال، وليس كل حال ينقل ولا كل قرينة تقترن بنفس الكلام المنقول، وإذا فات نقل بعض القرائن الدالة فات فهم الكلام جملة، أو فهم شىء منه، ومعرفة الأسباب رافعة لكل مشكل"[50].

فالكلام قد يكون حقيقة لغوية فيصبح مجازا بالعرف، كما أنه قد يكون كناية فيصبح صريحا، هكذا فى لغة العرف وكذلك الألفاظ قد وضعت فى اللغة لمعان معينة، ومع توالى الزمان استعمل الناس هذه الألفاظ فى معان جديدة وأصبحت هذه المعانى هى المقصودة عند استخدامها من تلك الألفاظ، وبهذا النقل تنشأ به حقيقة جديدة تسمى بالحقيقة العرفية وقد يتغير معنى اللفظ والكلمات من مجتمع إلى مجتمع بحسب تداوله فى ذلك المجتمع. وإن الأحكام الخاصة بالمعاملات والتصرفات بين الناس بعضهم ببعض أفرادا وجماعات.

فإن الأصل فيها الالتفات إلى العبرة والمعانى بالمقاصد لا بالألفاظ والمبانى، والعرف يلعب دورا كبيرا ومهما فى هذا النوع من الأحكام اللهم إلا بعض الأحكام القليلة التى قد ورد عليها نص من الشارع على تحريمها، كالبيوعات المحرمة والاقتراض بالربا إلى غير ذلك من الأحكام الثابتة، والتى ليس للعقل مجال فيها فهى أيضا لا يجوز أن تكون مجالا للعرف، لأن العرف يحكم فى كل ما لم يرد فيه نص.

أما فى غير ذلك فان مجال العرف هنا أوسع من مجاله فى العبادات. فالعرف يدخل المعاملات المالية والمدنية من بيوع وأكرية وإجارات، وحقوق والتزامات بين

50 – الشاطبى، **الموافقات**، 4:146.

الطرفين دون أن يتعارض مع نص تشريعى، لأنه عندئـــذ يكون فى قوة العبارة المنشئة للحق وصـارمة الشروط الجائزة، وتؤيده القواعد الفقهية التى قد وضعت على العرف والتعـامل فى جزئيات الحقوق والالتزامات مثل "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[51]، و"المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[52]، و"الثابت بالعرف كالثابت بالنص"[53].

وملخص الكلام بأن المعاملات والتصرــفات فى عصرــنا الحاضر قد تنوعت وتعقـدت أكثر ممـا يتصـــور، ولو لم يلجـأ إلى اعتبـار العرف لأدى ذلك إلى المنازعات والمشـــاجرات التى تؤدى بالناس إلى المشـــقة والعسرــ، وهما منفيان عن هذه الشرــيعة الإسلامية السمحة، لإنه قد وردت الأدلة لا حصر لها على أنها شريعة اليسر والسهولة، ويلعب العرف دورا كبيرا لتحقيق اليسرــ والســـهولة لأن هناك أمورًا كثيرة مبنية على العرف والعادة.

1: الأمثلة فى المعاملات

ســـاق ابن فرحون فى كتـابه " تبصرـــة الحكام فى أصـــول الأقضـــية ومناهج الأحكام" مجموعة فروع قد حكم فيها العرف، نذكر منها:

أ: إذا اختلف المتبـايعـان فى تعجيـل الثمن وتأجيله حكم بالعرف إن كان ثم عرف.

ب: وكـذلك إذا اختلف المتبايعان فى قبض الســـلعة أوالثمن، فالأصـــل بقاء الثمن بيد المبتاع وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف، كالســـلع التى جرت العـادة أن المشـــترى يـدفع ثمنها قبل أن يبين لها، كاللحم والخضرــ ونحو ذلك فيحكم فى ذلك بالعرف والعادة [54].

51 – الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، مادة رقم 45.

52– نحيب هوايينى، **مجلة الأحكام العدلية** (كراتشى: نور محمد كارخانه تجارت كتب)،21 .

53 – السرخسى، **المبسوط**، 13:14.

54 – إبراهيم بن على بن فرحون، **تبصرة الحكام** (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط:1، 1986م)، 2: 70.

2: الأمثلة فى التصرفات وصيغ العقود

إن الأعراف والعادات التى تجرى بين الناس، وتستقر عليها معاملاتهم حاضرة فى أذهانهم وقت التصرف مقصودة فيه ولقوة اعتبارهم لها ورسوخ رجوعهم إليها، كانت كافية فى الإذن فى أشياء كثيرة والمنع منها، وبيان نوعها أو قدرها، فنزلوا العرف منزلة اللفظ فى كثير من العقود فى البيع والوكالة، والنكاح، وجعلوا العرف كالشرط، ولذلك يقول الأستاذ أبو سنة: "وتركوا التلفظ بها اتكالا على إفادة العرف لها، وإعفاء لأنفسهم عن عمل تكفلت به طبيعة زمنهم، فيكون للعرف الجارى قوة النطق باللفظ فى اعتبار الشرع"[55]، وتنزيلا للسان الحال منزلة لسان المقال [56]، وإليكم بعض الأمثلة:

1: قيام العرف مقام اللفظ

أ: قيام العرف مقام اللفظ فى التعبير عن الرضا فى النكاح بالنسبة للبكر لحديث ابن عباس رضى الله عنه قال: " أن النبى عليه السلام قال:

"الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا "[57]،

وعرف الناس البكر لا تجيب نطقا لغلبة الحياء، فكان ما يدل على الرضا كالسكوت كافيا.

ب: قيام العرف مقام اللفظ فى التعبير عن الرضا فى عقود المعاوضات

اشترط الفقهاء لصحة العقود رضا العاقدين، لأنه سبحانه وتعالى قال:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[58].

فعلم من هذا أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولا، كـــ "بعنى وبعتك" وتارة يكون فعلا كالمعاطاة لأن فيه "دلالة عرفية وهى كافية "إذ

55 – أبو سنة، **العرف والعادة**، 50.

56 – القرافى، **الذخيرة**، 5: 53.

57 – مسلم، **صحيح مسلم**، رقم 1421.

58 – **القرآن**، 4: 29.

المقصـــود من التجـارة إنما هو أخـذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفى دلالة العرف[59]. وقال خليل فى مختصرـه: "ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة وبـ "بعنى"[60].

والمعـاطـاة أن يتفق العاقدان على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب وقبول، وقـد يوجد لفظ من أحدهما، وهو بيع صـــحيح عند الجمهور، لأن البيع ينعقد بكل ما يدل على الرضا بتبادل الملك فى الأموال، سواء بالصيغة المعبرة عن الإرادة صراحة من إيجـاب وقبول، أم بما يـدل على الرضـــا عرفـا اعتبـارا بعرف الناس واحتراما لعاداتهم السائدة فيما بينهم، مالم تصادم نصا من نصوص الشرع، فيصح البيع باللفظ أو الإشارة أو بغيرهما، ما دام يدل على المقصود من العلم بتراضى العاقدين، ولم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة[61].

ج: قيام العرف مقام اللفظ فى الوصية على الأيتام

لما تكلم الفقهاء على وصى الأب، وبينوا الخلاف فى جعله كالأب فى التصرف فى مـال المهجور قالوا: "واســتحســن أن العرف كالنص كما يقع كثيرا لأهل البوادى وغيرهم أن يموت الأب، ولا يوصى على أولاده اعتمادا على أخ أو عم أو جد، ويكفل الصغار من ذكر"[62].

2: إقامة العرف مقام النية

كما أقام الفقهاء العرف مقام اللفظ من شدة قصد الناس له وعملهم عليه، أقاموه كذلك مقام النية وأثبتوا له ما لها من الأحكام ومن ذلك "اليمين" قال خليل:

---

59 – أبو عبدالله محمد بن محمد الطرابلسى، **مواهب الجليل** (بيروت: دار الفكر، ط:3، 1992م)، 4: 228 .

60 – ضياء الدين خليل بن إسحاق المالكى، **مختصر العلامة خليل** (القاهرة: دار الحديث، ط:1، 2005م)، 143 .

61 – الدكتور وهبة بن مصطفى الزحيلى، **الفقه الإسلامى وأدلته** (بيروت، دار الفكر، ط:4، 1997)، 5: 178.

62 – الدسوقى المالكى، **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير** (بيروت: دار الفكر)، 3: 301.

"وتكررت إن قصد تكرر الحنث أو كان العرف"[63].

3: إقامة العرف مقام الشرط

قد نزل الفقهاء[64] الأمر المتعارف عند الناس والجارى منزل الشرط فقالوا: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، ومعنى هذه القاعدة أن ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم وإن كان لم يذكر صريحا فهو قائم مقام الشرط فى الالتزامات ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، وعلى هذا فان توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود تحمل على عادة كل بلد وعرفه لكونه معتبرا عندهم فى المعاملات والتصرفات، وهناك شواهد لذلك أذكر منها:

أ: ما لو جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية، ولا بينة، فإنه ينظر إن كان العرف مستمرا أن الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكا فإنه يتبع، ويكون القول قول من يشهد له العرف، والبينة بينة الآخر، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب والبينة بينة البنت.

ب: ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة، ثم اختلفا فطلب كل منهما من الآخر الأجر، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة [65].

ثالثًا: الأحوال الشخصية

إن العرف يلعب دورا كبيرا ومهما فى الأحوال الشخصية كما فى تحديد مهر من لم يسمى لها مهر، وتقدير النفقة الواجبة على الزوجة، وفى تحديد ألفاظ الطلاق وألفاظ الكناية فى القذف وغير ذلك، ولا يمكننا حصر جميع الأمثلة فى هذا الباب، على سبيل المثال العرف هو الحكم: فيما يجب على المرأة من خدمة بيتها، فيجب على المرأة الخدمة

63 – الإمام الخليل، **مختصر خليل**، 83.

64 – الزحيلى، **الفقه الإسلامى وأدلته**، 9:67.

65 – الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، 238.

الباطنة من عجن وخبز وكنس وفرش واستقاء ماء بحسب عادة أهل بلدها، إلا أن يكون الزوج ممن عادته أن يخدم زوجته، فعليه حينئـذ إخدامها والمرجع فى ذلك إلى العرف [66].

و عند تنازع الزوجين فى متاع البيت: يحكم العرف، فما شهد أنه خاص بأحدهما أخذه المشهود له، جاء فى مواهب الجليل:

> "والحاصل أن العمدة فيما يعرف للرجال أو للنساء على ما جرى به العرف فى مثل الزوجين، قالوا حتى أن الشئ الواحد فى الزمن الواحد والمكان الواحد يكون من متاع الرجل بالنسبة إلى قوم ومن متاع النساء بالنسبة إلى آخرين"[67].

رابعًا: فى العقوبات: (الحدود والتعازير)

يصبح العرف دليلا يحتج به بشرط، ألا يخالف نصا شرعيا، ولا يحل حراما، ولا يبطل واجبا، فهو بهذا يعتبر دليلا للأحكام عند كثير من فقهاء الأحناف والمالكية، فهو ليس دليلا شرعيا مستقلا، بل غالبا يعد من المصالح المرسلة وهو كما يراعى فى تشريع الأحكام يراع فى تفسير النصوص الشرعية [68]، حيث إن الأحكام المستقاة من العرف ليست ثابتة، بل متغيرة بحسب الزمان والمكان والأشخاص، وهذا أمر طبيعى؛ لأن أصلها العرف وهو ليس بثابت بل يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، ويلجأ إلى العرف أحيانا فى تفسير النصوص ومنها نصوص التجريم، وبيان حدود تطبيقها ومجالها دونما أن يكون له أصل فى التجريم، فتشريع العقوبات فى الشريعة الإسلامية منه ما هو منصوص عليه أو مجمع عليه، ومنه ما هو متروك أمره فى التحديد لظروف الزمان والمكان، وهو مجال اجتهاد المجتهد والحاكم، وله فيه أن يختار العقوبة المناسبة للردع

---

66 – أبو الحسن على بن أحمد بن مكرم، **حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الربانى**، (بيروت: دار الفكر، ط:2، 1994م)، 2: 69

67 – الطرابلسى، **مواهب الجليل**، :5403.

68 – الخلاف، **علم أصول الفقه**، 91.

والزجر والتى تساوى جسامة الجريمة، ويمكن أن نقسم العقوبات التى يرجع تقديرها إلى العرف إلى نوعين:

النوع الأول: الحدود

إن النوع الأول من العقوبات –التى هى الحدود – فإن أثر العرف فيها قليل ومحدود؛ لأنه لا مجال للاجتهاد والرأى فيها لتحديدها من قبل الشارع.

الأمثلة فى باب الحدود

1: فى السرقة

أ: تحديد مفهوم الحرز فى السرقة، فهو يختلف باختلاف الأموال اعتبارا بالعرف، وقال أبو الحسن ابن سالم العمرانى الشافعى: إن الحرز يختلف باختلاف الأموال، ولأن كل ما ورد به الشرع مطلقا وليس له حد فى اللغة ولا فى الشرع، كان المرجع فى حده إلى العرف والعادة.

ووجدنا فى العرف والعادة أن الأحراز تختلف باختلاف الأموال، فكان الاعتبار فى الحكم بالقطع بذلك"[69]، وجاء فى "الأحكام السلطانية": "الأحراز عند الشافعى تختلف باختلاف الأموال اعتبارا بالعرف فيها، فيخف الحرز فيما قلت قيمته من الخشب والحطب، ويغلظ ويشتد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة، فلا يجعل حرز الفضة والذهب، فيقطع سارق الخشب منه، ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه"[70].

ب: قول لبعض الفقهاء من الأحناف بعدم القطع فى السرقة بين المحارم، وكذلك سرقة شخص شيئا من مكان يحل له دخوله، على أساس افتراض الإذن

---

69 – أبوالحسن يحي بن أبى الخير الشافعى، **البيان فى مذهب الشافعى** (جدة: دار المنهاج، ط:1، 2000م)، 12: 444.

70 – أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى البغدادى، **الأحكام السلطانية** (القاهرة: دار الحديث، ط:3، 1994)، 332.

بالدخول عادة فى هذه الأموال، فلا يتم معنى الحرزية لاستمرارية الدخول ولإذن فى ذلك، ومعنى ما ذكر أن العادة لها شأن كبير فى عدم تمام معنى الحرزية، لأنها جارية على وجود الإذن بالدخول فى هذه الأموال، ومن ثم فقد حدد نطاق تطبيق حدود السرقة بإخراج حالات لا يكون فيها الحد، بل التعزير لاختلال الحرز [71].

ج: ذكر بعض أئمة الفقهاء – وهما أبوحنيفة ومحمد بن الحسن الشيبانى – بأنه لا قطع فيما يتسارع إليه الفساد من الأموال، ومن أسباب ذلك تفاهة هذه الأموال عندهم، ويعرف ذلك بالرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم[72]، فما يعتبر تافها فى عرف الناس وعاداتهم لا يقطع سارقه، وما لا يعتبر تافها فى عرفهم يقطع سارقه، كذلك يكون للعرف –السائد المطرد – شأن فى تحديد الأموال التى تكون محلا للقطع فى السرقة والتى لا تكون محلا للقطع وتندرج عقوبة سارقها فى حيز التعزير.

2: القذف

توجد بعض من الألفاظ المتداولة بين الناس كان للعرف أثر فى عدم تجريمها، كأن قال له: "لست لأبيك" وقصد بأبيه جده، أو قال لغيره: "يا إبن ماء السماء" وقصد به السماحة والطهارة والجود، لم يحد إن لم يكن غاضبا، لأن نفيه عن جده صدق، ومعناه الحقيقى نفى كونه مخلوقا من مائه، ومن قال يا ابن السماء يراد به التشبيه فى الجود والسماحة – أى فهو كالسماء عطاء وجودا – وفى قول آخر أنه يحد، ويقول ابن عابدين فى ذلك: "واستعمال مثل ذلك فى التهكم سائغ لغة وشائع عرفا"[73].

71 – كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام، **فتح القدير**(بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1، 2003م)، 5: 368.

72 – الكاسانى، **بدائع الصنائع**، 6:68،67.

73 – ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، 4:49.

3: القتل

إذا استخدم الجانى السوط والعصا الصغيرة تنفى عنه كون القتل عمدا؛ لأنه آلة التى لم توضع للقتل ولا يحصل به الموت غالبا، ولأن معنى العمدية قاصرة فيهما لما أنه لا يقتل عادة، ويقصد به غير القتل كالتأديب ونحوه[74]، ولذا أصبح للعرف دور بارز محدد فى تحديد نوع الآلة التى تقتل غالبا، فالآلة التى تستخدم كأداة جريمة فى القتل للعرف شأن فى تحديدها وتمييزها، فما اعتبره العرف آلة للقتل فهو كذلك وإلا فلا.

النوع الثانى: التعازير

أما النوع الثانى من العقوبات التى لم ينص الشارع عليها أو يحددها، فهى عقوبات جرائم التعزير، فقد ترك أمر تقديرها للحاكم أو المجتهد، وهذا النوع من الجرائم يعد بيئة خصبة لاجتهاد الحاكم والقاضى فيها؛ لأنه لم يرد عن الشارع نص أو إجماع فى عقوبتها، وإنما عقوبتها وأحكامها تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال والعادات والأعراف، وسأحاول أن أبين أثر العرف فى النوعين السابقين فيما يلى: ولا بد للقاضى أو الحاكم وهو ينظر فى تقدير العقوبة التعزيرية، من التعرف على عادات الناس وأعرافهم الشرعية، ويتعرف على مميزات البلد وأوضاعها وعاداتها، ولأن العادة محكمة.

فإذا كان الإمام يحكم بلادا متعددة مختلفة العادات والتقاليد والاعتبارات، فلا بد أن ينظر إلى هذا الاختلاف وهو يضع عقوبات التعزير أو يطبقها، فقد يكون التعزير بأمر مشدد فى بلد لكن ليس بمشدد فى بلد آخر، بل قد يكون تعزير فى بلد إكراما فى بلد آخر. وفى ذلك يقول القرافى رحمه الله تعالى:

74 – عبد الله بن محمود الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار** (القاهرة: مطبعة الحلبى، ط:2، 1937 م)، 5: 24

"إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعزير فى بلد يكون إكراما فى بلد آخر، ككون قلع الطيلسان فى مصر وفى الشام إكراما، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا، وهو بالعراق ومصر هوان"[75].

وعلى هذا فالحاكم أو القاضى مقيد عند تقدير العقوبة أن يراعى عادات الناس وأعرافهم وتقاليدهم -التى لا تخالف نصا شرعيا- بما يحقق وحدة الأمة وتماسكها وترابطها، وبما يحقق المصلحة العامة لأبناء المجتمع.

والتعزير على أربعة مراتب: الأول: تعزير الأشراف، وهم الدهاقون والقواد. والثانى: تعزير أشراف الأشراف، وهم العلوية والفقهاء. والثالث: تعزير الأواسط، وهم السوقة. والرابع: تعزير الأخساء، وهم السفلة.

فتعزير أشراف الأشراف بالإعلام المجرد، وهو أن يبعث القاضى أمينه إليه فيقول له: "بلغنى أن تفعل كذا وكذا "، وتعزير الأشراف بالإعلام المجرد إلى باب القاضى، والخطاب بالمواجهة، وتعزير الأواسط الإعلام والجر والحبس، وتعزير السفلة الإعلام والجر والضرب والحبس؛ لأن المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس فى الانزجار على هذه المراتب[76].

الأمثلة للتعزير

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة، والنفع للجماعة، تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تعد معاصى فى حقهم؛ لأنهم ليسوا أهلا للتكليف، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصيانا، ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة والنفع للجماعة[77]، ومن المقرر أن الأمور التى تتعلق بالمصلحة

75 – القرافى، **الفروق**، 4:1317.

76 – الكاسانى، **بدائع الصنائع**، 5:534.

77 – ابن الهمام، **فتح القدير**، 5:345.

العامة والنفع للجماعة ترجع دائما إلى الأعراف والعادات المتداولة السائدة فى ذلك المجتمع، فلا بد من مراعاة العرف فى تقدير هذه الأمور سواء كان من التعزير أو من غير ذلك؛ كى يعم النفع للمجتمع كله.

الخاتمة

قد توصلنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج الهامة، وهي كالتالى:

1. انقسم العلماء العلاقة بين العرف والعادة إلى قسمين: الفريق الأول: من لم يفرق بين العرف والعادة. وأما الفريق الثانى فقد فرق بينهما.
2. العرف قد يكون قوليا أو لفظيا.
3. اعتمد الفقهاء فى مذاهبهم على العرف؛ مراعاة لمصالح الناس وترفقا بهم.
4. جميع المذاهب الفقهية اعتبرت العرف أحد القواعد التى ينبنى عليها الفقه.
5. قد اتفق الفقهاء على أن العرف الصحيح دليل فى الجملة وضبط الفقهاء إعمال العرف بحيث: يعمل فى تطبيق الأحكام التى جاءت من الشارع غير مقدرة، والأحكام التى ترك الشارع أمرها للعرف.

Bibliography

1. *Al-Qur'ān.*
2. *Abū Bakr Ibn Mas'ūd Al-Kāsānī. Badā''i Al-Sanā''i Fī Tartīb Al-Sharā''i. Beirūt: Dār Al-Kutub Al-'iImīyah, 1406 AH.*
3. *Aḥmad Ibn Zakrīyā Al-Qazwīnī Al-Rāzī. Mo'jam Maqāyīs Al-Lughah. Sūrīyah: Dār Al-Fikr, 1979 AD.*
4. *'Alī Ibn Muḥammad 'Alī Al-Jurjānī. Al-T'arīfāt. Beirūt: Dār Al-Kutub Al-'IImīyah, 1983 AD.*
5. *Ibrāḥīm Moḥammad Ibn 'Abdul Raḥīm. Madkhal Al-'Ulūm Al-Sharī'ah. Al-Qāhirah: Dār Al-Nasr, Without Year.*
6. *Shihāb Al-Dīn Abū Al-'Abbās Aḥmad Al-Qarāfī. 'Anwār Al-Burūq Fī 'Anwa Al-Furūq. Beirūt: Dār Al-Kutub Al-'IImīyyah, 2003 AD.*
7. *Moḥammad Ibn 'Umar Ibn Ḥasan Al-Rāzī. Mafātīḥ Al-Ghayb. Beirūt: Dār Al-Iḥyā Al-Turāth Al-'Arabī, 1420 AH.*
8. *Mustafā Aḥmad Al-Zarqā. Al-Madkhal Al-Fiqhī Al-'Aām. Beirūt: Dār Al-Qalam, 2006 AD.*
9. *Moḥammad Ibn Aḥmad Al-Sarkhasī. Al-Mabsūt. Beirūt: Dār Al-Ma'ārif, 1993 AD.*
10. *Zayn Al-Dīn Ibn Nujaym. Al-'Ashbāh Wa Al-Nazā'ir. Beirūt: Dār Al-Kutub Al-'IImīyyah, 1999 AD.*
11. *Moḥammad Ibn 'Alī Ibn Moḥammad Al-Shawkānī. Irshād Al-Fuhūl. Beirūt: Dār Al-Kutub Al-'Arabī, 1999 AD.*
12. *Badr Al-Dīn Moḥammad Al-Zarkashī. Al-Baḥr Al-Muḥīt. Al-Qāhirah: Dār Al-Kutubī. 1994 AD.*
13. *Ibrāhīm Ibn Mūsā Al-Shātabī. Al-Muwāfaqāt. Al-Qāhirah: Dār Ibn 'Affān, 1997 AD.*
14. *Ibrāhīm Ibn 'Alī Ibn Moḥammad Ibn Al-Farḥūn. Tabsirat Al-'Ahkām. Al-Qāhirah: Maktabat Al-Kullīyāt, 1986 AD.*
15. *Muslim Ibn Ḥajjāj Al-Qushayrī. Saḥīḥ Muslim. Beirūt: Dār Al-Iḥyā Al-Turāth Al-'Arabī, 2003 AD.*