جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بدمنهور

العـرف
مرجـــع لتطبيق الأحكام

إعداد الدكتور

هلال فوزي عامر السباعي

أستاذ أصول الفقه المساعد
بكلية الشريعة والقانون
بدمنهور

العرف

مرجع لتطبيق الأحكام

هلال فوزي عامر السباعي.

قسم أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر.

البريد الإلكتروني: Helal.Fawzy@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

إن الشريعة الإسلامية تمتلك أسباب الخلود والبقاء لصلاحيتها ومرونتها واستيعابها لجميع المكلفين على اختلاف أحوالهم وظروفهم، والعرف كان وما يزال وسيظل بابا واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشري، يُمِدُّ الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم، وحقيقة العرف والعادة واحدة، وإن اختلفا في الاصطلاح والخلاف بينهما لفظي لا يترتب عليه أثر، والعرف عند الشارع له مكانة وأهمية قوية وعميقة، وأثر في القدرة على استنباط الأحكام الشرعية بعد الرجوع إليه، والعرف إما أن يكون موافقا لما جاء الشرع به واعتبره في الاستدلال به، فهذا يجب الأخذ به، وإن كان مخالفا له فهذا يجب رده وعدم الأخذ به.

الكلمات المفتاحية: العرف، مرجع، لتطبيق الأحكام.

Custom as a reference for the application of provisions

Helal Fawzy Amer Al_Sabiey
Department of Basics of jurisprudence , Faculty of Sharia and Law in Damanhur , Damanhur , Al-AzharUniversity, Egypt.
E-mail: helalfawzy067@gmail.com

Abstract:

The Islamic law possesses the reasons for inactivity and survival due to its validity and flexibility and its absorption of all taxpayers regardless of their conditions and circumstances.

Custom was and still is and will remain a wide door for the growth and development of legislation; because it agrees with people's circumstances and time requirements, and the pursuit of human evolution, provides jurists and muftis with provisions appropriate to their era and guides them to people's intentions in their actions.

The reality of custom and custom is the same, even if they differ in terminology, and disagreement between them do not have any side effect.

Customs has its strong and profound status and importance, and its impact on the ability to derive legal rulings. Custom to either agree with what the Sharia came with and consider it in reasoning with it, so it iso must be taken, and if it is contrary to what, then it must be rejected and not considered.

KeyWords: Custom, Areference, The Application Of Provisions.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، جلت قدرته، وتعالت عظمته، وهدى الناس إلى شريعة تحمل الخير للناس أجمعين، ما ساروا على هديها، وما ضلوا عن منهاجها، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان، الأشرفان الأنوران، الأعطران الأزهران على خير قائد للبشرية ومنبع الوسطية والرحمة، وصدق الله العظيم إذ يقول عنه – وهو أصدق القائلين -: ﴿﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ (١)، فاللهم صل عليه صلاة تنجينا بها من جميع الأهوال والآفات، وتقضي لنا بها جميع الحاجات، وتطهرنا بها من جميع السيئات، وترفعنا بها أعلى الدرجات، وتبلغنا بها أقصى الغايات من جميع الخيرات في الحياة وبعد الممات.

وبعد:

فإنه من المقرر أن الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع، وأنها الشريعة الكاملة المكملة بنص قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً﴾ (٢)، ومن مقتضيات الكمال المقرر المتحقق فعلا أن تكون الشريعة مراعية لظروف المكلفين وأحوالهم واختلاف أزمانهم وأماكنهم، ومن فضل الله – تعالى – على الأمة أنه تعالى شرع الأحكام في كل صغيرة وكبيرة؛ ولأن القرآن الكريم دستور المسلمين إلى قيام الساعة، فإنه لم يُفصِّل كل الأحكام تفصيلا، وإنما فَصَّل بعضها وأحال بعضاً آخر إلى السنة المشرفة، وبعضاً ثالثا إلى اجتهاد العلماء ليستنبطوه من الكتاب والسنة، وجعل لهم منابع يستنبطون من خلالها الأحكام، ومن هذه المنابع **"العرف"**، وقد اهتم الإسلام بالعرف ووضع مواصفاتٍ وشروطا لقبوله فَقَبِل بعض الأعراف وأقر بعضها، وأحال الكثير من الأمور الشرعية بحكمته إلى العرف ليناسب حال الناس وزمانهم وعوائدهم، واعتبار العرف في شريعتنا دليل على عالميتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وقد ورد في الكثير من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة لأحكام الشريعة ومنزلته من المصادر الأصلية والتبعية؛ لأن الحكم الشرعي يتأثر كثيراً بالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقه، لذا رغبت أن أساهم في هذا الجانب ببحث تحت عنوان **"العرف مرجع لتطبيق الأحكام"**.

---

(١) الآية ١٠٧ من سورة الأنبياء.

(٢) جزء الآية ٣ من سورة المائدة.

وقد اقتضت طبيعة البحث تقسيمه إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة.
المقدمة في بيان أهمية البحث ومنهج البحث وتقسيمه.
المبحث الأول: حقيقة العرف.
فيه مطالب:
الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً.
الثاني: العرف والعادة هل هما مترادفان أم متباينان.
الثالث: أهمية العرف في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: حجية الاستدلال بالعرف.
فيه مطالب:
الأول: إثبات حجية الاستدلال بالعرف من الكتاب والسنة والإجماع.
الثاني: إثبات حجية الاستدلال بالعرف عند الصحابة والسلف والأئمة المستقلين.
الثالث: إثبات حجية الاستدلال بالعرف عند المذاهب الفقهية الأربعة.
الرابع: شروط اعتبار العرف.
المبحث الثالث: نماذج تطبيقية لمرجعية العرف في الأحكام.
فيه مطالب:
الأول: استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة.
الثاني: معيار العرف في عقد الاستصناع.
الثالث: إلزام الزوجة بالمشاركة في تجهيز مسكن الزوجية.
الخاتمة: في أهم نتائج البحث.
ثم أنهيت البحث بعرض لأهم المراجع المختلفة التي رجعت إليها على اختلاف في طبعات المرجع الواحد في بعض الأحيان.

وإني لموقن من أن الباحث السوي ليس هو الباحث الملاك الذي لا يقع في خطأ، ولا يصيبه نقص أو زلل، وإنما الباحث السوي الأواب الذي يرجع عن خطئه كلما أخطأ، ويرتفع عن زلته كلما زل، وحسبنا في قول الله-عز وجل- في معرض العفو عن الصالحين والمغفرة للأوابين: ﴿**إِنْ تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلْأَوَّابِينَ غَفُورًا**﴾ (١).

(١) جزء الآية ٢٥ من سورة الإسراء.

المبحث الأول
حقيقة العرف

فيه مطالب:

تمهيد:

تُعدُّ المصطلحات مفاتيح العلوم، ومن أهم الأدوات المعرفية في مجال إيصال المعلومات، فقد قيل إن فهم المصطلحات نصف العلم؛ لأن المصطلح هو لفظ يُعبِّر عن مفهوم، والمعرفة ما هي إلا مجموعة من المفاهيم المترابطة والتي تتشكل منها المنظومة المعرفية، إذا عُلِم هذا فأقول:

لكي يكون لدى الدارس تصور واضح ودقيق عن الموضوع الذي يريد دراسته يجب عليه – في البداية – أن يحدد مدلول المصطلحات التي سيستخدمها في دراسته، فهذا كما قال الآمدي[١]: **"حق على كل من حاول تحصيل علم من العلوم أن يتصور معناه أولاً بالحد أو بالرسم؛ ليكون على بصيرة فيما يطلبه، وحتى لا يكون سعيه عبثاً"**[٢].

وليس ثمة شك في أن إهمال تحديد المصطلحات المستخدمة في الدراسة أو البحث ينتج عنه بالضرورة خلاف في الرأي، أو تصور غير صحيح، أو استنتاج باطل، وهذا من شأنه أن يجعل البحث العلمي في النهاية ضرباً من العبث، أو دوراناً في حلقة مفرغة من أجل ذلك فإننا نبدأ بتحديد ما نقصده بعنوان هذا البحث وهو: **" العرف مرجع لتطبيق الأحكام"** فأقول وبالله التوفيق.

---

(١) الآمدي: هو علي بن أبي علي بن محمد الفقيه الملقب بسيف الدين الآمدي، ولد سنة ٥٥١ه نشأ حنبليًا، ثم تمذهب بالشافعية، لم يكن في زمانه من يجاريه في الأصول، من مصنفاته: الإحكام ومنتهى السول وغيرها، توفي سنة ٦٣١ه (انظر: الفتح المبين ٢/ ٥٧)

(٢) انظر: الإحكام للآمدي ١/ ٥.

المطلب الأول

تعريف العرف لغة واصطلاحًا

العرف لغة: من عرف عرفه يعرفه بالكسر معرفة وعرفاناً، ثم استعمل بمعنى الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول(١).

وتطلق كلمة العرف على معان عديدة منها:

تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، ومن ذلك (عُرف الديك والفرس والدابة) وهو منبت الشعر والريش من العنق، سُمِّي بذلك لتتابع الشعر فيه(٢)، وهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفاً﴾ (٣) المتتابعة، أو التي تحمل الخير والإحسان على اختلاف في تفسير الشيء المراد بها(٤).

ومنها: السكون والاطمئنان تقول عرف فلان فلانا، أي ألفه وسكن إليه واطمأن(٥).

ومنها: الظهور والوضوح كقولهم: عرف الرمل والجبل يعنون به ظهوره وأعاليه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ ﴾ (٦) والأعراف السور المضروب بين الجنة والنار(٧).

والعرف من المعروف ضد المنكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد وهو بمعنى الجود، وقيل: ما تبذله وتُسْدِيه(٨).

---

(١) انظر: لسان العرب ٩/ ٢٤٠، ٢٤١، مختار الصحاح ١/ ١٧٩.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة ٤/ ٢٨١، المفردات للراغب الأصفهاني صـ٥٦٠.

(٣) الآية الأولى من سورة المرسلات.

(٤) انظر: تفسير الإمام البغوي ٨/ ٣٠١، تفسير الفخر الرازي ٣٠/ ٧٦٦.

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة ٤/ ٢٨١.

(٦) جزء الآية ٤٦ من سورة الأعراف.

(٧) انظر: لسان العرب ١/ ١٤٤، أساس البلاغة صـ٢٩٨، حاشية الرهاوي على شرح المنار ١/ ٤٢٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٨٥.

(٨) انظر: لسان العرب ١/ ١٤٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/ ٢٢٠.

العرف في اصطلاح الأصوليين:

لقد عرف علماء الأصول العرف قديما وحديثا بتعاريف مختلفة، وإن كانت في مجملها متقاربة، وفيما يلي أورد بعض التعاريف الاصطلاحية للعرف من حيث أهميتها:

عرفه الإمام الجرجاني[١] **وأبو البقاء**[٢] **بقولهما:** "العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[٣].

وعرفه ابن عابدين[٤] **بقوله:** "العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق[٥] وإن اختلفا من حيث المفهوم" [٦].

---

(١) هو: علي بن محمد بن علي أبو الحسن الحنفي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني، كان عالماً بالعربية والمنطق والعلوم الشرعية، من مصنفاته التعريفات وغيرها، توفي سنة ٨١٦ه (انظر: هدية العارفين ٥/ ٥٨٣، الفوائد البهية صـ١٢٥ وما بعدها).

(٢) هو: أبو أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي أبو البقاء، فقيه حنفي لغوي ولد في كفا بتركيا ومنها نشأ وأخذ العلم وتولى فيها القضاء، من مؤلفاته: الكليات توفي سنة ١٠٩٤ه (انظر: الأعلام ٢/ ٣٨، هدية العارفين ١/ ٢٢٩).

(٣) انظر: التعريفات للجرجاني صـ١٩٣، الكليات لأبي البقاء الكفوي صـ٩٧٧.

(٤) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي فقيه أصولي وإمام الحنفية في عصره من مصنفاته: رد المحتار على الدر المختار، ونسمات الأسحار على إفاضة الأنوار توفي سنة ١٢٥٢ه (انظر: هدية العارفين ٢/ ٣٦٧، الأعلام للزركلي ٦/ ٤٢).

(٥) الماصدق: مصطلح منطقي يقصد به الفرد أو الأفراد التي ينطبق عليها اللفظ، إذ يتحقق فيه مفهومه الذهني (انظر: ضوابط المعرفة للميداني صـ٤٥).

(٦) انظر: رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٤.

وعرفه الطاهر بن عاشور[١] **بأنه**: "ما يغلب على الناس من قول، أو فعل، أو ترك"[٢].

وعرفه أحد المعاصرين بأنه: "هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراءتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة"[٣].

وقيل: العرف ما اعتاده الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم[٤].

وبالنظر إلى هذه التعاريف نجد أن بعض العلماء الذين عرفوا العرف يشترط في التعريف ما لم يشترطه الآخر ويغفل عما اشترطه الآخر.

التعريف المختار: ما عرفه به الأستاذ مصطفى الزرقاء[٥] بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[٦].

شرح التعريف: هو ما اعتاده الناس وتعارفوه في حياتهم في القول أو الفعل أو الترك، واعتيادهم له ناتج عن إلْفِ نفوسهم له بعد استقراره فيها، إثْر ركون عقولهم إليه لحاجة تحمل على ذلك، ثم تتلاءم الطباع معه بعد ذلك وبذلك يغدوا أمراً مألوفاً في حياة الناس ظاهراً معروفا فيها، وعلى هذا فالعرف يشتمل على الأقوال والأفعال جميعاً.

---

(١) هو: محمد الطاهر بن عاشور، رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس، من مصنفاته: مقاصد الشريعة الإسلامية وغيرها(انظر: الأعلام للزركلي ٦/ ٧٤، معجم المؤلفين٣/ ٣٦٣).

(٢) انظر: حاشية تنقيح الفصول للقرافي المسماة بحاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح ١/ ٢٤٨.

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة صـ٨.

(٤) انظر: أصول الفقه لأبي زهرة صـ ٢٧٣.

(٥) هو: مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقاء ولد عام ١٩٠٧م وتفقه على يد والده، وتخرج من كليتي الحقوق والآداب والآداب بجامعة دمشق وتولى التدريس في هذه الجامعة وأصبح وزيراً لوزارتي العدل والأوقاف، من مؤلفاته شرح القواعد الفقهية وغيرها (انظر: علماء ومفكرون عرفتهم لمحمد المجذوب صـ٣٤٣).

(٦) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ٢/ ٨٤٠.

قوله: "في قول أو فعل" أخرج عن معنى العرف ما كان ناشئا بسبب عادي من عوامل الطبع كالحيض ومدته، وإسراع البلوغ، ونضج الثمار في البلاد الحارة، وأشباه ذلك، فمثل هذا لا يُسمَّى عرفا.

أسباب رجحان هذا التعريف:
اشتمال التعريف على الأقوال والأفعال.
يخرج من التعريف ما حصل بطريقة الارتفاق نادراً ما لم يعتده الناس حيث يعتبروه عرفا.
قلة الاعتراضات عليه(١).

هذا: والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي واضحة، فهما يلتقيان في التتابع الذي هو من معاني العرف في اللغة من جهة أن العرف في الاصطلاح الأصولي لابد من أن يكون متتابعاً في حياة الناس غالبا عليها، ويلتقيان في السكون والطمأنينة؛ لأن العرف في الاصطلاح لابد أن يسكن الناس إليه ويستقر في نفوسهم، وفي الظهور والوضوح؛ لأن العرف لابد من أن يظهر في حياة الناس ويتضح تصرفاتهم كي يكون عرفا لهم(٢)، وعليه فالعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي تقرب من التساوي إن لم تكن هي إياها، فتأمل قيمة هذه الكلمة **(العُرْف)** وكرم هذه المعاني التي تدل عليها وصحتها ودلالة ذلك كله على جلال هذه اللغة الجميلة.

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ٢/ ٨٤٠.

(٢) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي د/ السيد صالح عوض صـ٥٣.

المطلب الثاني

العرف والعادة هل هما مترادفان أم متباينان

هذا: ومما يتصل بالعرف العادة، والعادة في اللغة: تدور حول معنى الرجوع والتكرار **فيقال**: عاد إليه وله وعليه عوداً وعودة، وسميت بذلك؛ لأن صاحبها لا يزال معاوداً لها، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى(١).

ويعرفها الفقهاء بأنها: "ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"(٢).

ومن هنا اختلف الفقهاء والأصوليون في تعريف العرف والعادة، فمنهم من رأى أنهما مترادفان بمعنى واحد، ومنهم من رأى أنهما متغايران وبينهما عموم وخصوص وذلك على رأيين:

الرأي الأول: إنهما مترادفان، فيكونان بمعنى واحد، وهو: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول(٣)، وهذا قول الجمهور، قال به الحافظ النسفي(٤)، وعرف العرف والعادة بالمعنى المذكور.

وقال علي حيدر: العادة هي الأمر الذي يقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكرار المرة بعد المرة، على أن لفظة العادة يفهم منها تكرر الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري اتفاقاً مرة أو مرتين ولم يعتده الناس، فلا يُعد عادة ولا يُبنى عليه حكم، والعرف بمعنى العادة أيضا(٥).

---

(١) انظر: لسان العرب ٣/ ٣١٦، ٣١٧، مختار الصحاح ١/ ١٩٢، المصباح المنير صـ٤٣٦.

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني صـ١٢٧.

(٣) هذا التعريف منقول عن كتاب المستصفى، وبعض الباحثين عزاه إلى الغزالي، ولكن الشيخ أحمد فهمي أبو سنة عزاه إلى الحافظ النسفي الحنفي، وقال: إن للنسفي كتاب المستصفى في فروع الحنفية ولا يوجد هذا النص في المستصفى للغزالي (انظر: العرف والعادة لأبي سنة صـ١٠).

(٤) هو: عبدالله بن أحمد حافظ الدين أبو البركات النسفي الحنفي، فقيه أصولي من مصنفاته: كنز الدقائق، والمنار، والعمدة توفى سنة ٧٠١هـ (انظر: تاج التراجم صـ١٧٤، الجواهر المضية ٢/ ٦٩١).

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٤٤ المادة رقم ٣٦.

وهذا القول أيده الأساتذة المعاصرون كالشيخ عبد الوهاب خلاف فقال: "والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد"[١].

كما رجحه الأستاذ الدكتور/ حسن مرعي – رحمه الله – وقال إنه رأي الجمهور[٢].

الرأي الثاني: أنهما متغايران: وبينهما عموم وخصوص، والقائلون بهذا اختلفوا فقال بعضهم: العادة أعم من العرف، فهي الأمر المتكرر مطلقا سواء كان مصدره العقل أو أمر طبيعي، وسواء كان فعلا أو قولا صادراً من فرد أو جماعة، والعرف ما كان عملا جماعيا متكرراً، فإذا صارت العادة كذلك كانت عرفاً، ومن القائلين بهذا[٣]: ابن أمير الحاج[٤]، والطرابلسي الحنفي[٥]، وابن فرحون[٦]، واختاره الشيخ[٧] أبو زهرة[٨].

---

(١) انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه صـ١٧٠.

(٢) انظر: العرف حقيقته وحجيته، بحث بمجلة الأحمدية دبي العدد ٥ سنة ١٤٢١ه صـ٦٧.

(٣) انظر: التقرير والتحبير ١/ ٢٨٢.

(٤) هو: محمد بن محمد بن محمد بن حسن الشمس الحلبي الحنفي ويعرف بابن أمير حاج تفنن في الفقه والأصول والعربية والمنطق وتصدى للإفتاء والتدريس من مؤلفاته: التقرير والتحبير وغير ذلك توفي سنة ٨٧٩ه (انظر: شذرات الذهب ٧/ ٣٢٨، الضوء اللامع ٩/ ٢١٠).

(٥) هو: الشيخ علي بن محمد الملقب علاء الدين بن ناصر الدين الطرابلسي، فقيه حنفي كان قاضيا بالقدس من مؤلفاته: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام وغيرها توفي سنة ٨٤٤ه (انظر: الأعلام ٤/ ٢٨٦).

(٦) هو: برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري ولد ونشأ في المدينة وهو مغربي الأصل ومن شيوخ شيوخ المالكية من مؤلفاته: الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب وغيرها، توفي سنة ٧٩٩ه (انظر: الأعلام ١/ ٥٢).

(٧) هو: محمد بن أحمد أبو زهرة، وهو أعرف من أن يعرف، قال الزركلي: إنه من أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، تربى بالجامع الأحمدي وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي، من مصنفاته: أصول الفقه وغير ذلك توفي سنة ١٣٩٤ه (انظر: الأعلام للزركلي ٦/ ٢٥، ٢٦).

(٨) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام صـ ١٢٨، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ٢/ ٦٧، أصول الفقه لأبي زهرة صـ٢٥٦.

وقال بعضهم: العرف أعم من العادة التي هي قسم منه يقصد بها العرف العملي فحسب.

قال بهذا: **الكمال بن الهمام**[١] حيث قال: "العادة هي العرف العملي، ثم قال:" هي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية، والمراد هنا العرف العملي لقوم"[٢].
وهو قول[٣] البزدوي[٤] والتفتازاني[٥].

لكن الذي يبدو من أقوال العلماء وتعريفاتهم للعرف والعادة أن كلاهما يُطلق على الآخر وأنهما مترادفان، وأن الاختلاف في ترادفهما وتغايرهما لفظي لا يترتب عليه أثر فكثيراً ما يذكرهما العلماء معاً أو بدل بعضهما، والمعتبر هو ما يشترط في العرف أو العادة لاعتبارهما شرعاً وبناء الأحكام عليهما، فحقيقتهما واحدة وإن اختلفا في الاصطلاح، كما ذكر ابن عابدين[٦].

---

(١) هو: محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بكمال الدين بن همام الحنفي، كان علامة في الفقه والأصول والمعاني والبيان، من مؤلفاته فتح القدير، والتحرير في أصول الفقه توفي سنة ٨٦١ه (انظر: شذرات الذهب ٧/ ٢٩٨، الضوء اللامع ٨/ ١٢٧).

(٢) انظر: تيسير التحرير ١/ ٣١٧.

(٣) انظر: كشف الأسرار للبخاري ٢/ ٩٥، شرح التلويح على التوضيح ١/ ١٧٤.

(٤) هو: علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم المعروف بفخر الإسلام البزدوي، فقيه وأصولي كبير على مذهب الحنفية، من مصنفاته: كنز الوصول إلى معرفة الأصول وغير ذلك توفي سنة ٤٨٢ه، (انظر: هدية العارفين ١/ ٦٩٣، الجواهر المضية ٢/ ٥٩٤).

(٥) هو: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الملقب بسعد الدين من أشهر الأعلام في جميع العلوم، من مصنفاته : التلويح في كشف حقائق التنقيح ، وغير ذلك توفي سنة ٧٩١ه (انظر: شذرات الذهب ٦/ ٣١٩).

(٦) انظر البحث صـ.

المطلب الثالث

أهمية العرف في الشريعة الإسلامية

للعرف مكانة عظيمة وشأن مرتفع في تاريخ الإنسانية قديما وحديثا، فالعرف هو المهيمن على حياة الناس، حيث يتناول الكثير من شئون حياتهم، وإليه يُرجع في فَضِّ النزاع بين الأفراد والمجتمعات، ولما جاء الإسلام لم يقر كل عرف، بل وضع مواصفات وشروطاً لقبوله، فقبل بعض الأعراف وأقر بعضها، وأحال الكثير من الأمور الشرعية بحكمته إلى العرف والعادة ليناسب حال الناس وزمانهم وعوائدهم، فما ردَّ من الأعراف إلا ما يتنافى مع المقاصد الشرعية، واعتبار العرف في شريعتنا دليل على عالميتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، فهي بما تملك من أدوات تستطيع مواكبة كل جديد بما يظهر ويُفعِّل مرونتها وتطورها[١].

لذا: فقد أشار غير واحد من الأصوليين إلى ضرورة إحاطة المجتهد والمفتي عند دراسة نازلة ما بالعرف وأحوال الناس وعاداتهم وعند تفسير نصوص القرآن والسنة.

قال الإمام السرخسي[٢]: "وأقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس"[٣].

وقال الكمال بن الهمام: "والتحقيق أن المفتي في الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد في معرفة أحوال الناس"[٤].

---

(١) انظر: العرف عند الأصوليين واثره في الأحكام الفقهية لمصطفى محمد رشدي مفتي صـ٣.

(٢) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل المعروف بشمس الأئمة السرخسي نسبة إلى سرخس، كان قاضيا من كبار الأحناف مجتهدا حجة ثبتًا متكلمًا، من مصنفاته المبسوط وغير ذلك، توفي سنة ٤٨٣ه، (انظر: الفوائد البهية صـ١٥٨- ١٥٩).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/ ٦٢.

(٤) انظر: درر الحكام ١/ ٢٧٠.

وقال ابن القيم الجوزية[١]: "فمهما تجدَّد في العُرْف شيء فاعتبره، ومهما سقط فألْغِهِ، ولا تجمد على المنقول في الكتب طُولَ عمرك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجْرِهِ على عُرْف بلدك، وسَلْه عن عرف بلده فأجْرِهِ عليه وأفْتِهِ به، دون عرف بلدك والمذكور في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمودُ على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[٢].

وقال أيضا: "وهذا محض الفقه، ومَنْ أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عُرْفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضلَّ وأضل، وكانت جنايته على الدين أعْظَمَ من جناية من طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضَرُّ ما على أديان الناس وأبدانهم"[٣].

وقال الإمام الشاطبي[٤] – رحمه الله-: "لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين، وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثَمَّ عرف، فلا يصح أن يجرى في فهمها على ما لا تعرفه"[٥].

---

(١) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي شمس الدين الحنبلي، بل المجتهد المعروف بابن قيم الجوزية، تفقه في المذهب الحنبلي كان مفسراً وأصولياً وفقيهاً من مؤلفاته: زاد المعاد، وإعلام الموقعين توفي سنة ٧٥١هـ، (انظر: شذرات الذهب ٦/ ١٦٨، الدرر الكامنة ٤/ ٢١).

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٦٥.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٦٦.

(٤) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي، العلامة الأصولي المفسر الفقيه اللغوي، من مؤلفاته: الموافقات والاعتصام، توفي سنة ٧٩٠ه، (انظر: الفتح المبين ٢/ ٢١٢، ٢١٣، الشجرة الزكية صـ٢٣١).

(٥) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ١٣١.

وقد قال الإمام القرافي(١): "ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مُستفتٍ، لا يُعلمُ أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضعُ الفتيا: أن لا يُفتيَه بما عادتُه يُفتي به حتى يَسأله عن بلده"(٢).

إن الأئمة – رحمهم الله- قد جعلوا من القواعد الكلية الكبرى قاعدة في العرف وهي قاعدة **"العادة محكمة"** وهذه القاعدة لأهميتها في الاستدلال بالأحكام فرَّع العلماء عليها قواعد كلية مندرجة تحتها، ومنها:

قاعدة: استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
قاعدة: الحقيقة تُتْرك بدلالة العادة.
قاعدة: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
قاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر.
قاعدة: العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق.
قاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرطاً
قاعدة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
قاعدة: المعروف بين التُجار كالمشروط بينهم.
قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

وغيرها من القواعد المندرجة تحت قاعدة: العادة محكمة، وهي من القواعد الكلية الكبرى التي تبنى عليها الأحكام(٣).

من خلال ما سبق من كلام أهل العلم يتضح لنا وبجلاء أهمية العرف في الشريعة الإسلامية واعتبار الشريعة له؛ لأنه استقر عليه الناس في تعاملاتهم جلبا لمصالحهم ودفعاً للضرر عنهم، ومبنى الشريعة على اعتبار المصالح ودفع المضار عن المكلفين، لذا كان العرف أحد روافد الاستدلال في الشريعة الإسلامية، وحجة من حججها التي إليها المفزع عند التنازع وغياب النص الحاكم في محل التنازع(٤).

---

(١) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي المصري المالكي شهاب الدين أبو العباس المعروف بالقرافي، كان بارعاً في الفقه والأصول والتفسير والحديث والعلوم العقلية، من مصنفاته: الذخيرة في الفقه، شرح تنقيح الفصول توفي سنة ٦٨٤ه. (انظر: هدية العارفين ١/ ٩٩، طبقات الشافعية لابن السبكي ٨/ ١٧٢)

(٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي٢٣٢.

(٣) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي البورنو صـ٢٧٠-٣١٠.

(٤) انظر: العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة لعادل قوتة صـ٤٧.

المبحث الثاني
حجية الاستدلال بالعرف

فيه مطالب:

تمهيد:

من المستحسن لنا قبل أن نذكر حجية الاستدلال بالعرف ينبغي أن نحرر محل النزاع في المسألة فنقول:

إن العرف من جهة اعتبار حجيته وعدمها ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما قام الدليل الشرعي على اعتباره، كمراعاة الكفاءة في النكاح، ووضع الدية على العاقلة، فهذا يجب اعتباره والأخذ به.

القسم الثاني: ما قام الدليل الشرعي على نفيه، كعادة أهل الجاهلية في التَّبرج وطوافهم في البيت عراة، والجمع بين الأختين، وغير ذلك من الأعراف التي لم يقرها الشارع ونهى عنها، فهذه الأعراف لا تُعتبر.

القسم الثالث: ما لم يقم الدليل الشرعي على اعتباره أو نفيه، وهذا هو موضع النظر ومحل النزاع في المسألة[1].

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/ ٥٧.

المطلب الأول

إثبات حجية الاستدلال بالعرف

أولا: من الكتاب:

١- **قوله تعالى:** ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾[١].

فقد استدل القرافي بهذه الآية في مسألة إذا اختلف الزوجان في متاع البيت حيث يقول: "لنا قوله **تعالى:** ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ فكل ما شهد به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة"[٢].

وجه الاستدلال: أن الله – تعالى – أمر نبيه -ﷺ- بالعرف، وهو ما تعارفه الناس وجرت عليه عاداتهم في تعاملاتهم، فحيث أمر الله – عز وجل- نبيه -ﷺ- بالأمر دل ذلك على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة[٣].

٢- **قوله تعالى:** ﴿وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٤].

وجه الدلالة: أن تحديد الرزق والكسوة ونوعيتهما تابع للعرف، إذ قد أحال الله إليه[٥].

ويوضح هذا ما جاء في تفسير هذه الآية في كتاب (جامع البيان)" يعني تعالى ذِكْرُه بقوله: ﴿وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾، وعلى آباء الصبيان للمراضع "رزقهن"، يعني رزق والدتهن، ويعني بالرزق: ما يقوتهن من طعام وما لا بد لهن من غذاء ومطعم ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ ويعني بالكسوة الملبس، ويعني بقوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ بما يجب لمثلها على مثله، إذ كان الله تعالى ذِكْرُه قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأن منهم الموسع والمقتر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته"[٦].

---

(١) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٣/ ١٤٩.

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ٢٣.

(٤) جزء الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٣.

(٦) انظر: تفسير الإمام الطبري ٥/ ٤٣.

فهنا نرى أن الإمام الطبري[١] – رحمه الله- قد فسر المعروف في الآية بما يجب لمثلها على مثله، والمِثْلية هنا لا تُعرف إلا من طريق العرف السائد في المجتمع، ومن ثم نجد أن هذه الآية أوضح في الدلالة على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي بدليل اعتباره في موضوع النفقة، ولا يوجد محل للاعتراض على معناها، أو على ما تدل عليه كلمة المعروف فيها.

٣- **قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾** [٢].

وجه الدلالة: أن الله تعالى لم يقدر الوسط الواجب دفعه، بل إنه أطلقه وأرجعه في ذلك إلى عرف الناس، والناس متفاوتون في طعامهم في بلدانهم، فكل بلد لها طعام خاص، بل إن البلد الواحد طعامهم متفاوت بحسب غناهم وفقرهم، فما اعتبر في عرف الناس أنه وسط فهو الواجب وكل مكان له حكمه[٣].

وجاء في (أحكام القرآن) [٤] "وقد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام؛ وقد أحاله الله على العادة في الكفارة، فقال: **﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾** [٥]، وقال جل شأنه: **﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾**"[٦].

---

(١) هو: محمد بن جرير بن يزيد أبو جعفر الطبري، كان ثقة صادقا حافظا رأسًا في التفسير إمامًا في الفقه والإجماع، من مصنفاته: جامع البيان في تأويل القرآن وغير ذلك توفي سنة ٣١٠ه (انظر: وفيات الأعيان ٤/ ١٩١، سير أعلام النبلاء ١٤/ ٢٦٧).

(٢) جزء الآية ٨٩ من سورة المائدة.

(٣) انظر: أصول الفقه وابن تيمية صـ٥١٣.

(٤) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ٢٨٩.

(٥) جزء الآية ٨٩ من سورة المائدة.

(٦) جزء الآية ٤ من سورة المجادلة.

ثانيا: من السنة:

١- ما رواه ابن مسعود -رضي الله عنه- عن النبي -ﷺ- أنه قال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح"(١).

فهذا الحديث يستدل به كثير من الفقهاء عندما يحكمون العرف في مسألة من المسائل كما يستدل به الأصوليون في إثبات حجية الإجماع(٢)، أو الاستحسان(٣).

فهذا السيوطي(٤) في أشباهه يقول: "القاعدة السادسة: العادة محكمة قال القاضي: أصلها قوله -ﷺ- "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"(٥).

وجه الدلالة من الحديث: هو أن ما اعتاده المسلمون وعرفوه، واستحسنته عقولهم وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن أي مقبول ومُسلَّم بشرعيته(٦).

وهذا الحديث قلما نجد أن أحداً من العلماء، قديما أو حديثا كتب في العرف إلا واستدل به.

٢- حديث هند بنت عتبة فيما روته السيدة " عائشة – رضي الله عنها- أن هند بنت عتبة، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"(٧).

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده ١/ ٣٧٩ موقوفا على ابن مسعود بإسناد حسن، وأخرجه البزار في مسنده ١/ ٢١٣، وقال العجلوني في كشف الخفاء ٢/ ٢٤٥ موقوف حسن وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ١/ ١٧٧، ١٧٨، وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني ورجاله ثقات.

(٢) انظر: الإحكام للآمدي ١/ ١٨٢.

(٣) انظر: روضة الناظر لابن قدامة ١/ ٤٠٩.

(٤) هو: عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد الخضيري المعروف بجلال الدين أبي الفضل السيوطي الشافعي حافظ وفقيه ومحقق، من مصنفاته: الإتقان في علوم القرآن وغير ذلك توفي سنة ٩١١ه (انظر: شذرات الذهب ٨/ ٥١، الضوء اللامع ٤/ ٦٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٨٩.

(٦) انظر: العرف وأثره في الشريعة والقانون للمباركي صـ١١٥.

(٧) أخرجه البخاري ٤/ ١٥٣ برقم (٥٠٤٩) كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف.

وجه الدلالة: أن رسول -ﷺ- ردها إلى المعروف، وهو ما عُرف أنه يكفيها من الطعام وغيره عُرفا.

إن هذه العبارة فيها تصريح ودلالة على اعتبار العرف في التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقا لم يفصِّل، فكأنه قال: "لقد وجب على الزوج نفقة الزوجية وترك أمر تقديرها إلى ما يجري به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان"[١].

وقال النووي[٢]: في هذا الحديث فوائد، وذكر منها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي[٣].

ثالثا: من الإجماع: إن العرف قد يستند إلى الإجماع العملي، وذلك بأن يكون الدليل هو الإجماع، ويكون هو مستند اعتبار العرف وملاحظته في القضية، وذلك فيما إذا تعارف الناس في عصر من العصور على عمل، واستمروا عليه، ولم ينكر ذلك.

ومن أمثلته: الاستصناع، فقد عمل به الناس في سائر العصور من غير نكير، فمستند الاستصناع هو الإجماع على ما تعارف عليه الناس[٤].

هذا وإن العمل بالعرف والعادة وربط الأحكام الشرعية بهما إنما هو عمل بالأدلة الشرعية، وبما يستفاد من مدارك التشريع في مواطن كثيرة، بل يمكن القول بأنه عمل بكتاب الله تعالى؛ إذ يقول الله تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾ [٥]، ويقول أيضا: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾ [٦]، فهذان النصان الكريمان يجب أن تظل سيطرتهما تامة على جميع التشريع الإسلامي، فإذا ما وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة في نازلة ما يوقع في الحرج ويشق على الناس

---

(١) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي صـ١٨٢.

(٢) هو: يحي بن شرف بن مري النووي، محي الدين أبو زكريا الفقيه الشافعي الحافظ الزاهد محرر المذهب الشافعي من مصنفاته: روضة الطالبين، المجموع شرح المهذب وغير ذلك توفي سنة ٦٧٦ه (انظر: شذرات الذهب ٥/ ٣٥٤).

(٣) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/ ٨.

(٤) انظر: أصول مذهب أحمد د/ عبد الله التركي صـ٦٠٣.

(٥) جزء الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٦) جزء الآية ٧٨ من سورة الحج.

لحدوث ضرر ما أو لوجود عرف عام يوجب تركه الحرج، وجب أن تقف النصوص الخاصة عن عملها في تلك المواطن وأن يعمل بالنص العام القاطع الموجب لنفي الحرج وإزالة المشقة، ومن هنا نعلم أن العمل بالعرف امتثال للدليل العام القاطع الموجب لنفي الحرج، إن لم يكن العرف نفسه دليلا كما يزعم البعض(١).

المطلب الثاني

اثبات حجية الاستدلال بالعرف عند الصحابة

والسلف والأئمة المستقلين

أولا: عند الصحابة – رضوان الله عليهم-.

تعتبر الأعراف والعادات الصحيحة من الأصول التي رجع إليها الصحابة في بيان الأحكام الشرعية حين لا يجدون الحكم في المقرَّرات الأصلية، غير أن مصيرهم إليها وأخذهم بها ليس من باب الشيء الجديد الذي يُكتشف بعد أن لم يكن، ولكن من باب استدامة الحال، أو التعامل التي استقامت عليه أمور الناس، أو التنبه إلى ما هو جار من الأمور الحسنة في عرف الناس وعاداتهم وتقرير حكم الشرع على ما يقتضي به من ذلك الجريان.

وقد استقر في مواضعات علماء الشريعة منذ عصر الصحابة أن العرف حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة، وإلا فهو مردود على أهله؛ لأنه حينئذٍ إبطالٌ للشرائع واتباع للهوى، وتقرير للمفاسد(٢).

وقد أخذ الصحابة بالعرف، واستدلوا به في مواضع، فمن ذلك: ذهابهم إلى مشروعية عقد الاستصناع؛ لجريان التعامل به بين الناس، واستقامة أمورهم على وفقه اعتباراً للمصلحة المحققة التي يتضمنها، حتى خصصوا به عمومات الباب التي تشترط معلومية المعقود عليه بما ينفي عنه الجهالة والغرر.

---

(١) انظر: الاجتهاد للشيخ/ محمد مصطفى المراغي شيخ الأزهر سابقًا صـ١١٢، تحقيق د/ محمد عمارة، هدية مجلة الأزهر شعبان ١٤٣٦هـ.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ١/ ١٧٦، أصول الفقه لأبي زهرة صـ٢٧٣، الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة د/ عبد الرحمن بن معمر السنوسي صـ٤١١.

ومن ذلك أيضاً: إقامة عمر -رضي الله عنه- حدَّ القذف على من عرَّض بغيره وقال: "والله ما أبي بزانٍ ولا أمي بزانية"[1] حيث استشار عمر كبار الصحابة في الأخذ بالعرف القولي، والعدول عن سؤال القائل عن قصده خوف الإنكار، وكان الأمر أن استقر الرأي على إقامة الحد على القائل؛ لأنهم رأوا أن التعريض في هذا الموطن قائم مقام التصريح، بمقتضى عرف الاستعمال الجاري في مخاطبات العرب وقت إذٍ وأنه يلحق المعرة بالمعرِّض به.

روى محمد بن عبد الرحمن بن حارثة بن النعمان الأنصاري البخاري عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن: أن رجلين استبا في زمان عمر بن الخطاب فقال أحدهما للآخر: "والله ما أبي بزان ولا أمي بزانية" فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا نرى أن تجلده الحد، فجلده عمر الحد ثمانين[2].

ثانيا: عند السلف والأئمة المستقلين:

القاضي شريح[3]: عن ابن سيرين[4] قال: إن ناسا من الغزَّالين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم فقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكذا فقال: (سنتكم بينكم)، أي جائزة بينكم[5].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ صـ٦٣٤، والبيهقي في السنن الكبرى ٨/ ٢٥١، كتاب: الحدود، باب من حد في التعريض.

(٢) انظر: الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة صـ٤١١- ٤١٤.

(٣) هو: شريح بن الحارث بن قيس الكندي من كبار التابعين، استقضاه عمر بن الخطاب على الكوفة فأقام قاضيا ٧٥ سنة، كان أعلم الناس في القضاء، ذا فطنة وذكاء ومعرفة توفي سنة ٨٧ه وقيل سنة ٨٢ه وقيل غير ذلك (انظر: وفيات الأعيان ٢/ ٤٦٠، سير أعلام النبلاء ٤/ ١١٠).

(٤) هو: محمد بن سيرين ويكنى أبا بكر الأنصاري، الأنس، البصري، مولى أنس بن مالك أدرك ثلاثين صحابيا وكان ثقة مأمونا فقيها إماما كثير العلم توفي سنة ١١٠هـ (انظر: وفيات الأعيان ٤/ ١٨١، سير أعلام النبلاء ٤/ ٦٠٦).

(٥) نقله البخاري في صحيحه معلقاً (انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٠٥، ٤٠٦، كتاب: البيوع باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم).

الحسن البصري[١]: اكترى الحسن من عبد الله بن مرداس حماراً فقال بكم؟ قال: بدانقين[٢]، فركبه ثم جاء مرة أخرى فقال الحمارَ الحمارَ، فركبه ولم يشارطه فبعث إليه بنصف درهم.

وجه الشاهد منه: من جهة أنه لم يشارطه، اعتماداً على الأجرة المتقدمة وزاده بعد ذلك على الأجرة المذكورة على طريق الفضل[٣].

بَوَّب الإمام البخاري – رحمه الله – في صحيحه باباً فقال: "باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، والإجارة، والمكيال، والوزن، وسننهم على نيَّاتهم ومذاهبهم المشهورة"[٤].

الإمام الطبري: قال – رحمه الله -: "إن الحكم بين المسلمين في معاملاتهم وأخذهم وإعطائهم على المتعارف المستعمل بينهم"[٥].

المطلب الثالث

إثبات حجية الاستدلال بالعرف عند

المذاهب الفقهية الأربعة

اتفق الفقهاء والأصوليون على أن العرف من الأدلة الشرعية المعتبرة في الجملة، فجميعهم يعتبرونه ويأخذون به في كثير من الاستعمالات والمسائل، وإن وقع خلاف في بعض التفاصيل، والمتتبع لما في كتب المذاهب يجد الجميع يبنون الأحكام على العرف.

---

(١) هو: الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت الأنصاري، ويقال: مولى كعب بن عمرو السلمي، كان سيد أهل زمانه علما وعملا وفقها وفصاحة وزهداً وعبادة، من مصنفاته: كتاب التفسير للقرآن وغير ذلك توفي سنة ١١٠هـ (انظر: سير أعلام النبلاء ٤/ ٥٦٣، الفهرست صـ٢٠٢).

(٢) الدانق بالدال المهملة ونون خفيفة مكسورة بعدها قاف وزن سدس درهم (انظر: فتح الباري ٤/ ٤٠٧).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٠٥، ٤٠٦، كتاب: البيوع باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم.

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: تهذيب الآثار للطبري (مسند علي بن أبي طالب صـ٢٥١).

قال القرافي: "وأما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"[١] وها هي ذي أقوالهم:

أولا: المذهب الحنفي:

اشتهر عن مذهب الحنفية اعتبار العرف وتحكيمه والاعتداد به والتفريع عليه لا سيما في أحكام العقود وأبواب المعاملات، وذلك من عهد الإمام وصاحبيه، ومروراً بأئمة المذهب ومخرِّجيه إلى زمن المتأخرين.

ذكر الشيخ أبو زهرة في كتابه: (أبو حنيفة) عن سهل بن مزاحم قوله: (كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح والنظر في معاملات الناس وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم يُمضي الأمور على القياس، فإذا قَبُح القياس يُمضِيها على الاستحسان ما دام يمضي له، فإذا لم يُمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون).

ثم قال أي أبو زهرة – وفي الجملة – إن ذلك النص يدل على انه يأخذ بالعرف مصدرا من مصادر الاستنباط، وأصلا من الأصول يُرجع إليه إن لم يكن سواه[٢].

وقال ابن نجيم[٣]: "الأحكام تبنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله"[٤].

وقال الإمام السرخسي: "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"[٥].

وقال الكمال بن الهمام: "العرف إنما صار حجة بالنص"[٦].

وقال ابن عابدين في منظومته: (عقود رسم المفتي)

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي صـ٤٨٨.

(٢) انظر: أبو حنيفة لأبي زهرة صـ٣٥٦- ٣٦٧.

(٣) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم فقيه أصولي حنفي، ألف رسائل وحوادث ووقائع في فقه الحنفية، من مصنفاته: الأشباه والنظائر والبحر الرائق توفى سنة٩٧٠هـ (انظر: شذرات الذهب ٨/ ٣٥٨، هدية العارفين ١/ ٣٧٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٩٣.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٤.

(٦) انظر فتح القدير ٧/ ١٥.

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار[١].

ثانيا: المذهب المالكي:

مذهب المالكية أحفل المذاهب بهذه النصوص، كما هو أسعد المذاهب بتحكيم العرف واعتبار العوائد، بل إن طائفة من أئمة هذا المذهب الجليل هم مع العرف والعوائد مقترنون، إذا ذُكر العرف ذكروا، كابن العربي[٢]، والقرافي، والمقري[٣]، والشاطبي، والونشريسي ونظائرهم[٤].

قال ابن العربي: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يُقضى به في الأحكام"[٥].

ويقول الإمام الشاطبي في الموافقات بعد تقسيمه العادات إلى شرعية وجارية بين الخلق، قال: "وأما الثاني فقد تكون العوائد ثابتة، وقد تتبدل، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها".

وقال: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً سواء أكانت شرعية في أصلها، أو غير شرعية، أي سواء كانت مقرَّرة بالدليل شرعاً – أمراً أو نهيا أو إذناً – أم لا"[٦].

وقد تقدم ذكر كلام القرافي عن أخذ جميع المذاهب بالعرف، وقال عند بيان أكثر العرف في العقود، بعد ذكره عدة أمثلة، كدخول البناء والشجر في العقد على الأرض وغير ذلك: "وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العوائد،

---

(١) انظر: رسائل ابن عابدين ١/ ٤٤.

(٢) هو: محمد بن عبد الله بن محمد أبو بكر بن العربي الأندلسي الإشبيلي أحد الأعلام، وكان من أهل التفنن في العلوم والاستبحار فيها، من مصنفاته: المحصول في الأصول وغير ذلك توفى سنة ٥٤٣هـ (انظر: سير أعلام النبلاء ٢٠/ ١٩٧، وفيات الأعيان ٤/ ٢٩٦).

(٣) هو: محمد بن محمد بن أحمد بن أبي يحيى القرشي اللغوي المقري التلمساني أبو عبد الله، قاضي الجماعة بفاس، من مصنفاته: الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من معاني السنة وآي الفرقان، توفي سنة ٧٥٨هـ (انظر هدية العارفين ٦/ ١٦٠، معجم المؤلفين ٣/ ٦٢٠).

(٤) انظر: العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات عند الحنابلة لعادل قوته صـ٢٠٨.

(٥) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ٢٥٠.

(٦) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٤- ٢٨٦.

وإلا فمن أين لنا ما يحسب ويحسب ربحه، وعكسه، ولولا العوائد لكان هذا تحكما صرفا"[١].

ثالثا: المذهب الشافعي:

ومذهب الإمام الشافعي يُعوِّل كثيراً على العرف والعادة.

قال السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك: سِنُّ الحيض، والبلوغ، والإنزال، وأقل الحيض، والنفاس، والطهر وغالبها وأكثرها"[٢].

وقال الزركشي[٣]: "قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يُحَكَّم فيه العرف ومثلوه بالحرز[٤]، وكذلك قال السيوطي"[٥].

وقد عقد العز بن عبد السلام[٦] فصلا في تنزيل العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما، وقال: "فالعادات وقرائن الأحوال تنزل منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما"[٧].

---

(١) انظر: أنوار البروق في أنواء الفروق ٣/ ٢٨٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر صـ٩٠.

(٣) هو: محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي بدر الدين المصري الشافعي فقيه وأصولي وأديب درس وأفتى من مصنفاته: البحر المحيط وسلاسل الذهب كلاهما في أصول الفقه وغير ذلك، توفى سنة٧٩٤هـ، (انظر: هدية العارفين ٢/ ١٧٤، شذرات الذهب ٦/ ٢٣٥).

(٤) انظر: المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/ ٣٩١، نهاية المحتاج ٧/ ٤٤٨.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٧.

(٦) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، المعروف بالعز بن عبد السلام، برع في الفقه الفقه والأصول والحديث والتفسير، ولقب بسلطان العلماء، من مصنفاته: القواعد الكبرى وغير ذلك توفى سنة ٦٦٠هـ (انظر: شذرات الذهب ٥/ ٣٠١، طبقات الشافعية للسبكي ٥/ ٢٠٩، ٢٤٧).

(٧) انظر: قواعد الأحكام ٢/ ١٢٦- ١٤٢.

رابعاً: المذهب الحنبلي:

والمذهب الحنبلي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً في كثير من أحكام الفقه لا سيما في باب المعاملات.

قال ابن القيم: "فقد جرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع منها نقد البلد في المعاملات"(١).

ويقول الإمام الموفق ابن قدامة(٢): "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف"(٣).

ويقول الطوفي(٤): "يُرجع في كل ما لم يرد من الشرع تحديد فيه إلى ما يتعارفه الناس بينهم"(٥).

من هذه الأقوال وغيرها يتضح اتفاق العلماء على اعتبار العرف والعادة وبناء الأحكام الشرعية عليهما، ويمكن القول بان كون العرف حجة معتبرة ودليلا شرعيا تبنى عليه الأحكام أمر لا خلاف فيه، وأنه دليل متفق عليه، ويشهد لهذا أن جميع الأئمة أخذوا به وبنوا كثيراً من الأحكام عليه، وإنما الخلاف في بعض جزئياته عندما يصطدم بنص، أو يخالف أصلا من أصول الشريعة، وفي كونه مخصصا للنص أم لا؟ والراجح كونه مخصصا بشرط أن يكون عاماً، فربما اعتبره البعض دليلا مختلفا فيه من هذه الحيثية، ولذا رد ابن حجر(٦) قول الإمام

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/ ٢٩٧ وما بعدها، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/ ٢٣٣.

(٢) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الصالحي الملقب بموفق الدين الفقيه العالم الإمام الزاهد شيخ الإسلام وأحد الأعلام، من مصنفاته: روضة الناظر، والمغني توفي سنة ٦٢٠ه. (انظر: شذرات الذهب ٥/ ٨٨، البداية والنهاية ١٣/ ٩٩).

(٣) انظر: المغني ٦/ ٨.

(٤) هو: سليمان بن عبد القوي بن الكريم المعروف بنجم الدين الطوفي الحنبلي، كان فقيها أصوليا، أديبا مشاركا في أنواع من الفنون من مصنفاته: شرح مختصر الروضة وغير ذلك توفى سنة ٧١٦هـ (انظر: الدرر الكامنة ٢/ ١٥٤، شذرات الذهب ٦/ ٣٩).

(٥) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفي ٣/ ٢١٢.

(٦) هو: أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني الشافعي أبو الفضل شهاب الدين قاضي القضاة كان شاعراً فقيها محدثا حافظ أهل زمانه من مصنفاته فتح الباري والإصابة وغير ذلك توفي سنة ٨٥٢هـ (انظر: شذرات الذهب ٧/ ٢٧٠، هدية العارفين ٥/ ١٠٧، ١٠٨).

القرطبي بأن الشافعية ينكرون العرف لفظاً ويعملون به معنى فقال: "والشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي، أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف"[١].

ورغم اتفاق العلماء قديما وحديثا على اعتماد العرف في معرفة الأحكام الشرعية، فقد اختلفوا في كونه دليلا مستقلا من أدلة الأحكام إلى فريقين:

الأول: أنه دليل مستقل، وهو مذهب الجمهور من العلماء.

الثاني: أنه دليل تابع لغيره من الأدلة، وليس دليلا مستقلا، وهذا لم يقل به أحد غير بعض المعاصرين وعُلم من هؤلاء الشيخ عبد الوهاب خلاف[٢] والشيخ أحمد فهمي أبو سنة[٣]، ولكن بالنظر إلى نصوص العلماء السابقة وإلى ما قاله هذان العالمان لا نجد مجالا للاختلاف فالقدامى من العلماء لم يعتبروا العرف مطلقا، بل اعتبروه بضوابط وشروط، وكون العرف يدخل في دليل آخر معتبر لا يضيرنا في شيء ولا يترتب عليه أثر.

المطلب الرابع

شروط اعتبار العرف

اشترط العلماء لاعتبار العرف في الشرع عدة شروط يجب توافرها:

الأول: أن لا يكون مخالفاً للنص، بأن يكون عرفا صحيحا، والمقصود بالعرف المخالف للنص ما كان مخالفاً له من كل وجه، بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية، أما إذا لم يكن بهذه الكيفية فلا يعد مخالفا للنص فيُعمل به في دائرته، ويُعمل بالنص فيما عدا ما قضى به العرف.

ومثاله: تعارف الناس على أن الوديع مأذون بتسليم الوديعة إلى من جرت العادة بجواز التسليم إليه، كزوجة المودع وأولاده وخادمه[٤].

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩/ ٥١٠.

(٢) انظر: علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف صـ٩١.

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ٤٠.

(٤) انظر: العرف وحجيته وأثره في فقه المعاملات – عادل عبد القادر قوته صـ٢٤١.

الثاني: أن يكون مطرداً أو غالباً، ومعنى الاطراد، أن تكون العادة كلية بمعنى أنها لا تتخلف، ومعنى الغلبة، أن تكون أكثرية، بمعنى أنها لا تتخلف إلا قليلا(١).

الثالث: أن يكون العرف الذي يُحمل عليه التصرفات قائما وقت حدوث هذا التصرف بأن يكون سابقا أو مقارناً، وألا يكون طارئاً على حدوث الفعل، فإن كان فلا تحاكم إلى ما هو طارئ(٢).

الرابع: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه، كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على الأداء، فالعمل هنا بما اتفق عليه لا بالعرف؛ لأن العرف إنما يُلجأ إليه عند عدم وجود اتفاق(٣).

الخامس: أن يكون العرف عاماً، وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية إلى أنه يُعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص(٤).

وهذا الشرط يكون إذا كان هذا العرف سيخصص دليلاً عاماً، أو يقيده؛ لأنه في هذه الحالة يكون كالإجماع العملي، كما في قوله تعالى: ﴿**وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ (٥) ففي هذه الحالة يعتد بالعرف لمعرفة مقدار النفقة بحسب ما تعارف عليه الناس في ذلك المجتمع، أما في غير ذلك فلا بأس بالأخذ بالعرف الخاص والعمل بمقتضاه.

السادس: أن يكون العرف ملزماً: إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزماً ومعتبراً في التشريع، ومعنى كونه ملزماً: أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس(٦).

---

(١) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ٥٦، العرف وأثره في فقه المعاملات صـ٢٣٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ١٠٣، العرف والعادة صـ٦٥.

(٣) انظر: رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٦، العرف والعادة لأبي سنة سـ٦٧.

(٤) انظر: المهذب في علم أصول الفقه: لعبد الكريم النملة ٣/ ١٠٢٢.

(٥) جزء الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٦) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي صـ٢٢٨، العرف والعادة لأبي سنة صـ٦٦، الفروق للقرافي ٣/ ١٩٠.

المبحث الثالث

نماذج تطبيقية لمرجعية العرف في الأحكام

فيه مطالب:

تمهيد: لما كان علم أصول الفقه هو القواعد التي يُتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، فإن البعض ينظر إليه على أنه قواعد جامدة، وهي نظرة خاطئة؛ لأن قواعد الأصول لم توضع لذاتها، وإنما لتكون سراجاً وسياجاً للمجتهد في استخراج الأحكام الشرعية، ولذا.....

فالعلاقة بين الأصول والفقه راسخة رسوخ الجبال الرواسي.

وما أجمل كلمات الإمام الشاطبي – رحمه الله – التي تصور مدى العلاقة **فيقول:** " كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو لا تكون عونا في ذلك فوضعها في أصول الفقه عارية"[1].

ولقد كان للعرف دوراً بارزاً في مرجعيته للأحكام في العبادات والمعاملات وأحكام الأسرة، وسأقتصر - إن شاء الله تعالى – في كل مطلب من المطالب التالية على نموذج تطبيقي واحد يؤدي المقصود تجنباً للإطالة.

المطلب الأول

استعمال التقويم في تحديد مواقيت الصلاة

مما هو متفق عليه بين أهل العلم أن دخول الوقت من شروط صحة الصلاة، وقد أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة[2]، ودليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَّوْقُوتاً﴾ [3]، وكذلك قوله تعالى:﴿ أَقِمِ الصَّلاَةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ١/ ٤٢.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة كتاب: الصلاة ٢/ ٨.

(٣) جزء الآية ١٠٣ من سورة النساء.

الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُوداً﴾ [١]، وقوله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ وَلَهُ الْحَمْدُ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَعَشِيّاً وَحِينَ تُظْهِرُونَ﴾ [٢].

قال بعض المفسرين: إن المراد بالتسبيح (الصلاة)، أي صلوا حين تمسون، أي حين تدخلون في وقت المساء، والمراد به المغرب والعشاء، "وحين تصبحون" المراد به صلاة الصبح، والمراد بقوله تعالى: "وعشيا" صلاة العصر، وبقوله تعالى: "وحين تظهرون" صلاة الظهر.

ومن السنة: حديث ابن عباس –رضي الله عنهما أن النبي -ﷺ- قال: "أمَّني جبريل – عليه السلام - عند البيت مرتين، فصلى الظهر في الأولى منهما، حين كان الفيء مثل الشِّراك، ثم صلى العصر حين كان كل شيء مثل ظله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين برق الفجر، وحرم الطعام على الصائم، وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه، ثم صلى المغرب لوقته الأول، ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت إليَّ جبريل، فقال: يا محمد، هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين الوقتين"[٣].

وأوقات الصلاة هي: الأزمنة التي حددها الشارع لفعل الصلاة أداءً فالوقت سبب وجوب الصلاة، فلا تصح قبل دخوله، وتكون قضاءً بعد خروجه، وقد صار التقويم هو الوسيلة للناس في معرفة مواقيت الصلاة بالساعة والدقيقة[٤].

ولما كان المعول عليه في تحديد مواقيت الصلاة هو حركة الشمس الظاهرية نظراً لتعيين الشرع، ومع التطور في الأخذ بما يعين على تحديد الأوقات من حساب وآلات مما يفيد في تحديد أوقات الصلاة، كان لفقهاء المسلمين وقفة مع الأخذ بذلك فإنه لابد من الربط بين ذلك التعيين والفلك والحساب، ويتم ذلك وفق معادلات رياضية معينة يقوم بحسابها مختصون بمعرفة تلك العمليات الحسابية[٥].

---

(١) الآية ٧٨ من سورة الإسراء

(٢) الآيتان ١٧، ١٨ من سورة الروم

(٣) أخرجه الترمذي ١/ ١١٣ برقم (١٤٩) كتاب: الصلاة، باب: مواقيت الصلاة، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(٤) انظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي صـ٨٩.

(٥) انظر: التوقيت والتقويم د/ علي حسن موسى صـ٧٧-٩٦.

تصوير المسألة وبيان تاريخ النشأة.

تحديد مواقيت الصلاة عن طريق الحساب كان معروفا لدى متقدمي المسلمين، إلا أن استعمال ذلك الحساب قد تطور عبر العصور بتطور الآلات المستخدمة في العمليات الحسابية، فصارت تستخدم في ذلك الرسوم البيانية، أو الحاسبات الإلكترونية في حل المعادلات المذكورة، ومع ظهور آلات الطباعة وجد ما يُعرف بالتقويم اليومي وهو يعتمد على عمليات حسابية دقيقة، يقوم بها بعض المختصين عن طريق الربط بين حركة الشمس، التي هي المعتمد في تحديد أوقات الصلاة وحساب ساعات النهار والليل في عدد من المدن المختلفة المواقع، وتعتبر في ذلك فروق التوقيت في كل وقت، وكل يوم، ويمكن بعمليات حسابية إضافية تحديد أوقات الصلوات في سائر المدن والقرى، ويتم إصدار مثل ذلك التقويم بصورة سنوية، مبيِّنا فيه أوقات الصلوات الخمس في عدد من المدن بالتوقيت الغروبي والزوالي أو بأحدهما(١).

ومع وجود الحاسبات الآلية، فإنه يمكن بعملية حسابية إصدار تقويم زمني يحدد فيه مواقيت الصلوات لسنوات عديدة قادمة.

وتبرز علاقة هذه المسألة بقاعدة العادة محكمة، ويتمثل ذلك في أن من أجاز العمل بالحساب في تحديد مواقيت الصلاة، قد احتج بأن الناس في سائر الأعصار والأمصار يعتمدون في حال ما إذا حال دون الشمس غيم على الحساب بالرمل والماء ونحوهما(٢)، وحاصل ذلك راجع إلى العمل بالعادة والعرف حيث شاع وانتشر العمل بالحساب بالرمل والماء ونحوهما إذا حال دون الشمس غيم ونحوه، حتى عسر استغناؤهم عن ذلك وعمت به البلوى، وصار عادة وعرفا، والعمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة من ذلك القبيل، فتحكم تلك العادة وذلك العرف.

وما العمل بالتقويم في تحديد مواقيت الصلاة إلا امتداد للعمل بالحساب الذي كان معروفا لدى المتقدمين، والحاجة إلى العمل بالتقويم في الزمان الحاضر أشد من الحاجة إلى العمل بالحساب في الأزمان الماضية؛ لصعوبة الاعتماد على حركة الشمس في هذا الزمان لوجود ما يعيق الرؤية في بعض الأوقات، أو يجعلها صعبة

---

(١) انظر: بحث تعيين مواقيت الصلاة في أي زمان ومكان على سطح الأرض د/ حسين كمال الدين مجلة البحوث الإسلامية صـ١٣٨٠ وما بعدها العدد الثالث ١٣٩٧هـ.

(٢) وعلى ذلك أكثر الفقهاء (انظر: الفروق للقرافي ٢/ ١٧٨، ١٧٩، العلم المنشور في إثبات الشهور لتقي الدين السبكي صـ٧).

في هذا الزمان الذي كثر فيه العمران وعلا، وكثرت فيه الإضاءات في الشوارع، وعلى رءوس البنايات[١].

فالذي يظهر – والله أعلم- جواز استعمال التقاويم الهجرية المنتشرة في البلاد والاستفادة منها في تحديد أوقات الصلوات الخمس، مع التأكيد على أن يقوم بإعداد هذه التقاويم والإشراف عليها علماء فلك موثوق بدينهم وعلمهم في هذا المجال.

المطلب الثاني

معيار العرف في عقد الاستصناع

يعتبر الاستصناع من أبرز الأمثلة وأهمها لمرجعية الأحكام إلى العرف حيث يلتزم الصانع بأداء الشيء المصنوع الذي ثبت دينا في ذمته إلى المُسْتَصْنِع بموجب عقد الاستصناع في الوقت الذي تم الاتفاق عليه بينهما طبقا للشروط والمواصفات المحددة في ذلك العقد، وفيما يأتي أُبَيِّنُ حقيقة الاستصناع لغة وشرعاً وصورته وحكمه.

الاستصناع في اللغة: هو طلب الصنعة يقال: استصنع محمد عليا كذا، أي طلب منه أن يصنعه له ودعاه إلى صنعه، واصطنع فلانا خاتما، إذا سأل الصائغ أن يصنع له خاتما[٢].

جاء في الصحيحين عن ابن عمر – رضي الله عنهما- أن النبي -ﷺ- اصطنع خاتما من ذهب، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال: "إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه فنبذه، فنبذ الناس"[٣].

---

(١) انظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد إبراهيم ٢/ ١٣٠، ١٣٢.

(٢) انظر: لسان العرب ٤/ ٢٥٠٨-٢٥١٠، المصباح المنير ١/ ٤٧٦، المعجم الوجيز ٣٧١، ٣٧٢.

(٣) أخرجه البخاري مع فتح الباري ١٠/ ٢٣٠، كتاب: اللباس، باب: خاتم الفضة، ومسلم بشرح النووي ١٤/ ٦٦، كتاب: اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام.

وجاء فيهما أيضا: عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- أنّ النبيّ -صلى الله عليه وسلم- كان أراد أن يكتب إلى العجم، فقيل له: إنّ العجم لا يقبلون إلا كتابًا عليه خاتم، فاصطنع خاتمًا من فضة، قال: كأنِّي أنظر إلى بياضه في يده"[1].

واصطلاحا: بالبحث في كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبهم لم أجد تعريفا للاستصناع إلا عند فقهاء الحنفية، أما غيرهم من المذاهب الأخرى، فلم أقف على تعريف للاستصناع عندهم فيما وقع بين يدي من كتبهم، وذلك لأنهم لم يبوبوا له على نحو ما فعل الحنفية، وإنما أشاروا إليه إشارة عابرة في أبواب مختلفة، كالسلم والإجارة والشركة والبيع، ولهذا فإنني سأكتفي بذكر ما أورده الحنفية من تعريفات له.

اختلف الحنفية[2] **في حد الاستصناع**: فمنهم من عرفه بأنه: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"، ومنهم من عرفه بأنه: "عقد على مبيع في الذمة".

وعرفه صاحب الدر المختار[3] **بأنه**: "طلب عمل الصنعة".

وعرفه ابن عابدين بأنه: "طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص".

ومنهم من عرفه بأنه: "طلب عمل الصنعة والعين جميعاً".

أما صورته: فهو أن يأتي إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا، وبكذا جنيه، سواء أعطاه الثمن كله أو بعضه حين العقد، أو لم يُعطه شيئا وقَبِلَ انعقد الاستصناع، وهذا ينطبق على الصناع الذين عندهم مادة صناعتهم، فيأتي إليهم مستصنعون يطلبون عمل أشياء معينة بمواصفات ومقاييس محددة، وبثمن معلوم يتراضون عليه، كأن يأتي شخص إلى ورشة نجارة بها أخشاب متنوعة لصناعة أثاث يسمى في عصرنا هذا (الموبليا) أو لعمل سفينة، أو زورق، أو إلى صائغ ليصوغ له خاتما من الفضة، أو إلى مصنع أحذية به جلود

---

(١) أخرجه البخاري مع فتح الباري ١/ ١٨٧، كتاب: العلم، باب: ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان، ومسلم بشرح النووي ١٤/ ٦٩، كتاب: اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٣، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/ ٣٦٢، الدر المختار ٥/ ٢٢٣، مجمع الأنهر ٢/ ١٠٦.

(٣) هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الحنفي المعروف بالحصكفي علاء الدين فقيه، أصولي، محدث، مفسر، نحوي تولى إفتاء الحنفية، من مصنفاته: الدر المختار وغير ذلك توفى سنة ١٠٨٨هـ (انظر: معجم المؤلفين ١١/ ٥٦، ٥٧).

متعددة لصناعة حذاء أو حقيبة، ويبين في الجميع الطول والعرض، أو الوزن، وسائر الأوصاف اللازمة وقَبِلَ الصانع انعقد الاستصناع[١].

حكم الاستصناع: اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع هل هو جائز ومشروع أم لا على مذهبين:

المذهب الأول: الاستصناع جائز ومشروع وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء[٢].

أدلتهم على صحة ما ذهبوا إليه:

١- بما ثبت عن النبي -ﷺ- من استصناع الخاتم والمنبر، أما حديث استصناع النبي -ﷺ- للخاتم فقد سبق ذكره[٣].

وأما حديث استصناعه للمنبر فرواه الإمامان البخاري ومسلم وغيرهما عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما- : "أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله -ﷺ-: يا رسول الله ألا أجعل لك شيئا تقعد عليه؟ فإن لي غلاما نجارا قال: إن شئت، فعملت له المنبر، فلما كان يوم الجمعة قعد النبي -ﷺ- على المنبر الذي صنع، فصاحت النخلة التي كان يخطب عندها، حتى كادت أن تنشق، فنزل النبي -ﷺ- حتى أخذها، فضمها إليه، فجعلت تئن أنين الصبي الذي يسكت حتى استقرت، قال: بكت على ما كانت تسمع من الذكر"[٤].

وجه الدلالة: أن استصناع النبي -ﷺ- للخاتم والمنبر يدل على جواز الاستصناع ومشروعيته، إذ لو لم يكن جائزاً ومشروعاً لما فعله النبي -ﷺ-.

٢- وبالاستحسان الذي من أجله ترك القياس الدال على عدم جوازه، ووجه الاستحسان: الإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير، والقياس يُترك بالإجماع، ولهذا ترك

---

(١) انظر: البدائع ٥/ ٣، الفتاوى الهندية ٣/ ٢٠٧، فتح القدير ٧/ ١١٤، المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٣٨.

(٢) انظر: البدائع ٥/ ٣، تحفة الفقهاء ١/ ٣٦٢، المبسوط ١٢/ ١٣٨، مواهب الجليل ٤/ ٥٢٩، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/ ٥٥٧، كشاف القناع ٣/ ١٨٩، الروض المربع ٢/ ٢٠٩، المحلى ٦/ ٤١٢، ٤١٣.

(٣) انظر: البحث صـ.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه مع فتح الباري ٢/ ٤٦١، كتاب: الجمعة، باب: الخطبة على المنبر، وأيضا ٤/ ٣٧٣، كتاب: البيوع باب: النجار.

القياس في دخول الحمام بالأجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل كذا هنا[١].

٣- وبأن الحاجة تدعوا إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج[٢].

المذهب الثاني: الاستصناع غير جائز، وإلى ذلك ذهب زفر من الحنفية[٣]، وبعض الحنابلة[٤] وذلك لأن القياس يقتضي عدم جوازه؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله -ﷺ- عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، وعليه فالاستصناع غير جائز؛ لأن القياس يأباه، إذ إنه لا يمكن أن يكون إجارة؛ لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز، كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا، ولا بيعا لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز[٥].

المذهب الراجح: بنظرة فاحصة وبعقل متيقظ فيما مضى يتبين لنا أن الراجح حسب معيار الترجيح المتعارف عليه أصوليا هو مذهب الجمهور وذلك لقوة أدلتهم، وضعف ما استدل به المخالفون، فقد تم رده ودحضه، ولمسيس الحاجة إليه كالمسلم فيه، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهما السلم والإجارة، فإن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا[٦].

---

(١) انظر: البدائع ٥/ ٣، فتح القدير ٧/ ١١٤، ١١٥.

(٢) انظر: البدائع ٥/ ٣، ٤.

(٣) هو: زفر بن الهذيل بن قيس بن تميم، فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة كان أقيس أصحاب أبي حنيفة توفي سنة ١٥٨ه (انظر: شذرات الذهب ١/ ٢٤٣، الجواهر المضية ٢/ ٢٠٧-٢٠٩).

(٤) انظر: فتح القدير ٧/ ١١٤، الإنصاف ٤/ ٣٠٠، كشاف القناع ٣/ ١٦٥.

(٥) انظر: البدائع ٥/ ٣، فتح القدير ٧/ ١١٤، كشاف القناع ٣/ ١٦٥، الإنصاف ٤/ ٣٠٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٤.

ولسد حاجات الناس ومتطلباتهم نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً، فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط التي وضع عليها المسْتَصْنَع في المواصفات والمقايسات، والمسْتَصْنِع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته وفق ما يراه مناسبا لنفسه وبدنه وماله، ولأن ما يوجد في السوق من المصنوعات السابقة الصنع، فقد لا تسد حاجات الإنسان، فلابد من الذهاب إلى من لديه الخبرة والابتكار(١).

صور من التعامل التي جرى العرف بها:

- إجازة الحنفية للشروط التي يجري بها العرف، كشراء القفل على أن يثبته البائع في الباب، أو الحذاء على أن يصنع له نعلا، وتلك الإجازة أساسها العرف.

- أن يتفق إنسان مع أحد النجَّارين أن يصنع له نجارة معينة من خشب أو ألمونيوم، والمادة من الصانع، وقد يدخل فيها الزجاج وغيره من: أقفال ومفاتيح ومغاليق.

- أن يتقاول شخص مع صاحب مصنع لصنع الأثاث، أو المفروشات وغيرها على صنع غرفة نوم، أو مقاعد وما يتركب منه المصنوع كله من الصانع حسب أنموذج معين يطلع المستصنع عليه، ثم يحصل الاتفاق على ذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة.

والحكم بصحة ذلك التعامل تيسير على الناس، إذ إن الحاجة ماسة إليه، والناس يتعاملون به فكان جائزًا تحقيقا للمصلحة ودفعا للحرج والمشقة عنهم(٢).

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٣٩.

(٢) انظر: القواعد الفقهية د/ عبد العزيز عزام – رحمه الله – صـ١٦٨.

المطلب الثالث

إلزام الزوجة بالمشاركة في تجهيز مسكن الزوجية

اتفق الفقهاء[١] على وجوب السكنى المناسب للزوجة على الزوج على حسب حاله وقدرته بالمعروف؛ لأن توفير المسكن داخل في الإنفاق الواجب على الزوج لزوجته، وقد أوجبه الله للمطلقات طلاقا رجعيا، فقال سبحانه وتعالى ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ**﴾ [٢] فوجوب السكنى للزوجة التي هي في صلب النكاح أولى؛ ولأن الله تعالى أوجب المعاشرة بين الأزواج بالمعروف، فقال تعالى: ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ [٣]، ومن المعروف المأمور به أن يسكنها في مسكن تأمن فيه على نفسها ومالها، كما أن الزوجة لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون والاستمتاع وحفظ المتاع، فلذلك كانت السكنى حقا لها على زوجها، وهو حق ثابت بإجماع أهل العلم[٤].

ومع ذلك: فقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه إعداد البيت وتجهيزه من الزوجين على رأيين:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٠، حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٧٢، الأم للشافعي ٥/ ١١٥، كشاف القناع ٥/ ١٤٠، حاشية الجمل ٤/ ٢٦٤، الشرح الكبير ١٠/ ١٩، التاج والإكليل ٥/ ٤٣، المحلى لابن حزم ٩/ ١١٢.

(٢) جزء الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) جزء الآية ١٩ من سورة النساء.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٥، المجموع شرح المهذب صـ٢٥٦، تحفة المحتاج ٧/ ٤٤٣، الشرح الكبير للدردير ٢/ ٥٠٩، الفروع لابن مفلح ٥/ ٥٧٧، البحر الرائق ٤/ ١٩٤، الدر المختار ١/ ٢٦٠.

الأول: إن إعداد بيت الزوجية ومسكن الزوجية على الزوج، وهو مذهب الحنفية[١]، والحنابلة[٢]، والشافعية[٣]؛ لأن النفقة كلها واجبة على الزوج، ومنها المسكن مع المطعم والملبس، فالزوجة لا يجب عليها منه شيء، وما أخذته من المهر حق خالص لها لم يكن لتجهيز شيء من المسكن أو لوازمه، فقد سماه القرآن نِحْلَة فقال تعالى: ﴿وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾[٤].

إلا إذا دفع الزوج لزوجته مالا فوق مهرها نظير إعداد الجهاز وكان من العرف أنها تتجهز بهذا الزائد، فإن الزوجة حينئذ تكون ملزمة بالجهاز في حدود ما دفعه زيادة على المهر، وإن لم تقم بالجهاز وزُفَّت إليه بلا جهاز كان له الحق في استرداد ما أعطى، ومطالبة وليها بما بعث إليه من مال، حتى إن رأي الزوج أن الجهاز قليل، فله المطالبة بما يليق بالمبعوث، وإذا سكت الزوج بعد الزفاف عن المطالبة مدة تدل على رضاه، فيسقط حقه ولا يرجع عليها بشيء[٥].

الثاني: أن إعداد مسكن الزوجية على الزوجة في حدود ما قبضته من المهر وما جرت به العادة بين أمثالها، فإن لم تكن قبضت شيئا من مهرها فلا شيء عليها منه، مالم يكن هناك شرط في عقد الزواج، أو عرف متبع في بلدها وزمانها، فيجب عليها إعداد ما اشترط أو ما تعارف، وهو مذهب المالكية[٦]؛ لأن العرف جرى في زمانهم في كثير من الأمصار على أن الزوجة تُعِدُّ بيت الزوجية بما تقبضه من مهر.

---

(١) انظر: البحر الرائق ٤/ ١٩٤، الدر المختار ١/ ٢٦٠.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨/ ٣.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/ ٩٩.

(٤) جزء الآية ٤ من سورة النساء.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥٨، البحر الرائق ٣/ ٢٠٠.

(٦) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٢١-٣٢٢.

المذهب الراجح: والذي يبدوا رجحانه هو رأي المالكية، أن الزوجة تلزم بتجهيز مسكن الزوجية في حدود ما يجري العرف به في بلدها وما يتم الاتفاق عليه بين الزوج والزوجة أو وليها، فإذا تم الاتفاق على أن تجهز هي أو وليها شيئا من جهاز مسكن الزوجية وجب عليها ذلك، وإن لم يوجد اتفاق ولا شرط فالعرف هو الفيصل في مثل هذه الأمور، فإن كان العرف جار بأن تجهز بعض الأشياء وجبت عليها بحسب ما هو متعارف عليه ومعتاد، خاصة وأن الجهاز في هذه الأيام لا يقتصر على الضروريات والحاجيات، بل تعدى إلى أمور لا حصر لها تُثقل كاهل الزوج وغالباً ما تشترطها الزوجة أو وليها، فالأَوْلَى أن يتعاون فيها الطرفان، لاسيما إذا جرى العرف بذلك واعتاده الناس، وهذا الرأي موافق لرأي الجمهور حيث قالوا: بأن الأصل عدم وجوبه على الزوجة إلا إذا وجد شرط أو عرف.

والعلماء حين اختلفوا في هذه المسألة، فإنهم بنوا جملة اختلافهم على أعراف بلدانهم في أزمانهم، فالاختلاف في المسألة اختلاف شكلي.

خاتمة

(نسأل الله حسنها)

أحمد الله في الختام كما حمدته في البدء، وهو أهل للحمد في كل موطن، وفي كل وقت، وأشكره على توفيقه وعونه، وهو المتفضل بالتوفيق والعون، والمستحق للشكر عليهما وأثني عليه بما هيأه لي من أسباب لإتمام هذا البحث، وهو وحده المستحق للثناء.

وبعد:

ففي خاتمة هذا البحث أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي ما يلي:

١- إن الشريعة الإسلامية تمتلك أسباب الخلود والبقاء لصلاحيتها ومرونتها واستيعابها لجميع المكلفين على اختلاف أحوالهم وظروفهم.

٢- إن العرف كان – وما يزال – وسيظل بابا واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشري يُمِدُّ الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم.

٣- حقيقة العرف والعادة واحدة وإن اختلفا في الاصطلاح والخلاف بينهما لفظي لا يترتب عليه أثر.

٤- إن التعريف المختار من بين مجموع التعاريف المتقدمة الذكر للعرف: وهو ما عرفه به الأستاذ/ مصطفى الزرقاء بأنه: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل" وتم شرحه وبيان أسباب رجحانه.

٥- إن العرف عند الشارع له مكانة وأهمية قوية وعميقة، وأثر في القدرة على استنباط الأحكام الشرعية بعد الرجوع إليه.

٦- إن المذاهب الفقهية الأربعة أثبتت أن للعرف حجية في الاستعمال، وأنها قد استعملته في تخريج الأحكام الشرعية عليه، وسيظل معتبرا في نظر الشارع من لدن رسول الله -ﷺ- وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر، ولا يزال إلى الآن يعتبر مناراً للباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول.

٧- إن العرف إما أن يكون موافقا لما جاء الشرع به واعتبره في الاستدلال به، فهذا يجب الأخذ به، وإن كان مخالفا له فهذا يجب رده وعدم الأخذ به، ويبقى مالم يقم الدليل الشرعي على نفيه أو إثباته، فهذا يُقبل ويستعمل بشروطه وضوابطه التي ذكرناها.

٨- غزارة كتب الفقهاء من استدلالاتهم بالعرف على المسائل الفقهية، وما ذكر من نماذج إنما هو علي سبيل المثال لا الحصر، تفي بالمقصود إن شاء الله تعالى.

وختاماً..... فهذا بحثي الذي حاولت أن أحقق الغاية من ورائه، فإن تحققت أو قاربت فهذا غاية المنى، ومرجع ذلك إلى توفيق الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن نفسي وتقصيري، وفي كلتا الحالتين ألتمس العفو والصفح من شيوخي وأساتذتي وزملائي الأفاضل الذين هم أهل لذلك.....

آملا أن لا يحرموني من توجيهاتهم ونصائحهم الرشيدة.....والله المستعان وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس المراجع

أولا: القرآن الكريم: تنزيل من رب العالمين.

ثانيا: كتب التفسير:

١- أحكام القرآن: لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي المتوفى سنة ٥٤٣هـ، تحقيق علي محمد البجاوي، طبعة دار المعرفة بيروت.

٢- تفسير البغوي (معالم التنزيل) محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي المتوفى سنة ٥١٠هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٣- تفسير الرازي (مفاتيح الغيب/ التفسير الكبير) فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي المتوفى سنة ٦٠٦هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٤- جامع البيان في تأويل القرآن: لمحمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ، نشر مؤسسة الرسالة العالمية سنة ١٤٢٠هـ.

ثالثا: كتب الحديث:

٥- تهذيب الآثار: مسند علي بن أبي طالب للإمام: محمد بن جرير الطبري/ مكتبة الخانجي..

٦- سنن الترمذي (جامع الترمذي) لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٧- السنن الكبرى: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ، طبعة دار المعرفة بيروت.

٨- شرح النووي على صحيح مسلم، للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبعة الدار الثقافية العربية بيروت.

٩- صحيح البخاري مع الفتح الباري: لشهاب الدين أحمد بن على بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، طبعة الرياض.

١٠- صحيح مسلم: لأبي مسلم بن الحجاج القشيرى المتوفي سنة ٢٦١هـ، طبعة عيسى البابي الحلبي.

١١- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ه، المكتبة السلفية القاهرة.

١٢- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس لإسماعيل العجلوني المتوفى سنة ١١٦٢هـ، مكتبة التراث الإسلامي ودار التراث بالقاهرة.

١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧ه، مكتبة المعارف بيروت.
١٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الإسلامي، الأول.
١٥- موطأ مالك: للإمام مالك بن أنس أبي عبد الله الأصبحي، دار إحياء التراث العربي، وأخرى دار اليرموك بيروت.

رابعا: كتب أصول الفقه:
١٦- الإحكام في أصول الأحكام: لسيف الدين الآمدي المتوفي سنة ٦٣١هـ، طبعة المكتب الإسلامي.
١٧- أصول مذهب الإمام أحمد دراسة أصولية مقارنة، د/ عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة بيروت.
١٨- تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي المتوفى سنة ٦٨٧هـ، مصطفى البابي الحلبي.
١٩- التقرير والتحبير لابن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٢٠- حاشية تنقيح الفصول للقرافي المسماة حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح لمحمد الطاهر بن عاشور، المكتبة الوقفية.
٢١- حاشية يحيى الرهاوي المصري المطبوعة مع شرح المنار وحواشيه من علم الأصول لابن ملك على متن المنار في أصول الفقه لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي، طبعة عثمانية.
٢٢- روضة الناظر لموفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي ومعها نزهة الخاطر العاطر لابن بدران، طبعة دار إحياء الكتب العربية بيروت.
٢٣- شرح تنقيح الفصول للقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ طبعة دار الفكر للطباعة والنشر.
٢٤- شرح التلويح على التوضيح، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧هـ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٢٥- شرح مختصر الروضة للإمام: نجم الدين الطوفي، طبعة مكتبة دار التراث.
٢٦- كشف الأسرار على أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري، مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.
٢٧- الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، طبعة دار الرشاد الحديثة.

خامساً: كتب الفقه:

الفقه الحنفي:

٢٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي، طبعة دار المعرفة بيروت.
٢٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ، دار الفكر بيروت.
٣٠- تحفة الفقهاء للإمام: علاء الدين محمد السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩هـ ، دار الكتب العلمية بيروت.
٣١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر، دار الكتب العلمية بيروت.
٣٢- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: للإمام إبراهيم بن أحمد بن علي الحصكفي المطبوع مع رد المحتار، مصطفى البابي الحلبي، ودار المعرفة بيروت.
٣٣- شرح فتح القدير للإمام: كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بان الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١هـ، طبعة دار الفكر.
٣٤- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان تأليف العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٣٥- المبسوط: للإمام شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة بيروت.
٣٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للإمام عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، طبعة دار إحياء التراث العربي.
٣٧- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مصطفى البابي الحلبي.
٣٨- مجموعة رسائل ابن عابدين لمحمد بن أمين المعروف بابن عابدين، دار إحياء التراث العربي.

الفقه المالكي:

٣٩- أنوار البروق في أنواء الفروق: للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي المالكي، عالم الكتب بيروت.
٤٠- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: لأحمد بن محمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير، دار إحياء الكتب العربية.
٤١- التاج والإكليل لمختصر خليل: للعلامة أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، المطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، درا الفكر للطباعة.

٤٢- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي المطبوع بهامش فتح العلي المالك، مصطفى البابي الحلبي.
٤٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
٤٤- الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، المطبوع بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
٤٥- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، طبعة دار الفكر.

الفقه الشافعي:

٤٦- الأم: للإمام الشافعي، طبعة دار الغد العربي، الأولى ١٩٩٠م.
٤٧- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ سليمان الجمل، طبعة مصطفى محمد.
٤٨- روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام النووي، المكتب الإسلامي بيروت.
٤٩- المجموع شرح المهذب: للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ، دار الفكر بيروت.
٥٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الشهير بالشافعي الصغير، مصطفى البابي الحلبي.

الفقه الحنبلي:

٥١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للعلامة علاء الدين أبي الحسن المرداوي الحنبلي، دار إحياء الكتب العلمية بيروت.
٥٢- الروض المربع بشرح زاد المستقنع للعلامة منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية.
٥٣- الفروع: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣هـ، عالم الكتب بيروت.
٥٤- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، عالم الكتب بيروت.
٥٥- المغني للإمام موفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ على مختصر الخرقي، دار الغد العربي.

الفقه الظاهري:
٥٦- المحلى بالآثار: للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري المتوفى سنة ٤٥٦هـ، دار الفكر.
سادسا: كتب اللغة العربية:
٥٧- أساس البلاغة لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ٥٣٨هـ، دار التنوير العربي بيروت.
٥٨- الكليات لأبي البقاء الكفوي الحنفي المتوفى سنة ١٠٩٤هـ، مؤسسة الرسالة بيروت.
٥٩- لسان العرب للإمام جمال الدين أبو الفضل محمد بن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ، إحياء التراث العربي بيروت.
٦٠- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦هـ ، دار أسامة بيروت.
٦١- المصباح المنير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، طبعة الجيب بيروت.
٦٢- المعجم الوجيز: طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم.
٦٣- معجم مقاييس اللغة: لأحمد فارس بن زكريا الرازي أبو الحسين المتوفى سنة ٣٩٥هـ ، طبعة دار الفكر.
٦٤- المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني المتوفى سنة ٥٠٢هـ ، دار المعرفة بيروت.
سابعاً: كتب التراجم والتاريخ والسير:
٦٥- الأعلام: لخير الدين الزركلي، طبعة دار العلم للملايين- بيروت.
٦٦- البداية والنهاية: لأبي الفداء الحافظ بن كثير المتوفى سنة ٧٧٤هـ، دار الفكر.
٦٧- تاج التراجم: لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا المتوفى سنة ٨٧٩هـ، طبعة دار القلم.
٦٨- الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لمحيي الدين أبي محمد القرشي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٥هـ، مؤسسة الرسالة وهجر سنة ١٩٩٣م.
٦٩- الدررالكامنة في أعيان المائة الثامنة: لشهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ، دار الكتب الحديثة.
٧٠- سير أعلام النبلاء: لشمس الدين محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ، مؤسسة الرسالة بيروت.
٧١- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لأبي الفلاح بن العماد المتوفى سنة ١٠٨٩هـ، طبعة القدسي.

٧٢- الشجرة الذكية: للشيخ محمد بن محمد مخلوف، دار الفكر بيروت.
٧٣- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، دار مكتبة الحياة، بيروت.
٧٤- طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين عبد الوهاب السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ ، مصطفى البابي الحلبي.
٧٥- الفتح المبين في طبقات الأصوليين: لعبد الله مصطفى المراغي، ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي.
٧٦- الفهرست للنديم أبو الفرج محمد بن أبي يعقوب إسحاق المعروف بالوراق، دار المسيرة، الطبعة الثالثة ١٩٨٨م.
٧٧- الفوائد البهية في تراجم الحنفية: لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي المتوفى سنة ١٣٠٤هـ، طبعة نور محمد بكراتشي.
٧٨- معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٧٩- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون لإسماعيل باشا البغدادي، دار الفكر.
٨٠- وفيات الأعيان: لأبي العباس شمس الدين أحمد بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ، دار صادر بيروت.

ثامناً: علوم متنوعة:

٨١- أثر العرف في التشريع الإسلامي: د/ السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي.
٨٢- بحث تعيين مواقيت الصلاة في أي زمان ومكان على سطح الأرض: د/ حسين كمال مجلة البحوث الإسلامية العدد الثالث ١٣٩٧هـ.
٨٣- التوقيت والتقويم: علي حسن موسى، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٨م.
٨٤- الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة (دراسة تحليلية في أصول سياسة التشريع ومقاصده وتاريخه) د/ عبد الرحمن بن معمر السنوسي، نشر مجلة الوعي الإسلامي بالكويت.
٨٥- الاجتهاد: لفضيلة الشيخ محمد مصطفى المراغي شيخ الأزهر، هدية مجلة الأزهر شعبان ١٤٣٦هـ.
٨٦- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للعلامة أحمد بن إدريس القرافي، نشر مكتب المطبوعات الإسلامية ١٤١٦هـ.
٨٧- الأشباه والنظائر: للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية بيروت.

٨٨- الأشباه والنظائر: لزين العابدين بن نجيم، دار الكتب العلمية بيروت.
٩٨- أصول الفقه: للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
٩٠- أصول الفقه وابن تيمية د/ صالح عبد العزيز آل منصور، نشر دار النصر للطباعة الإسلامية.
٩١- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لمحمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، دار الكتب العلمية.
٩٢- التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الجرجاني: نشر الكتاب العربي.
٩٣- أبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه الفقهية: لمحمد أبو زهرة، نشر دار الفكر العربي.
٩٤- ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة: لعبد الرحمن بن حبنكة الميداني، نشر دار القلم ١٤١٤هـ.
٩٥- العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية) لعادل عبد القادر قوتة، نشر المكتبة المكية ١٤١٨هـ.
٩٦- العرف وأثره في الشريعة والقانون: للشيخ أحمد بن علي المباركي سنة ١٤١٢هـ.
٩٧- العرف: بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة العدد الخامس.
٨٩- العرف حقيقته وحجيته: د/ حسن مرعي، مجلة الأحمدية بدبي العدد الخامس ١٤٢١هـ.
٩٩- العرف عند الأصوليين وأثره في الأحكام الفقهية: مصطفى محمد رشدي مفتي، دار الإيمان.
١٠٠- العرف والعادة في رأي الفقهاء: د/ أحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر سنة ١٣٦١هـ.
١٠١- علماء ومفكرون عرفتهم: لمحمد المجذوب، دار الاعتصام، الثالثة.
١٠٢- علم أصول الفقه: لعبد الوهاب خلاف، نشر دار القلم سنة ١٤٠٦هـ.
١٠٣- العلم المنشور في إثبات الشهور: لتقي الدين السبكي، نشر مكتبة الإمام الشافعي بالرياض.
١٠٤- فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، مكتبة ابن عباس.
١٠٥- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية.
١٠٦- قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨م.

١٠٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للعز بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة.
١٠٨- القواعد الفقهية: أ.د/ عبد العزيز عزام – رحمه الله – الكتاب الجامعي.
١٠٩- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: للشيخ عبد الوهاب خلاف، دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٤م.
١١٠- المدخل الفقهي العام للزرقاء، طبعة مطبعة المتوسط الأولى.
١١١- المنثور في القواعد الفقهية للزركشي، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية.
١١٢- المهذب في علم أصول الفقه المقارن: لعبد الكريم بن علي النملة، مكتبة الرشد الرياض.
١١٣- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت ١٤٣٣هـ.
١١٤- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: لمحمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة ١٤٢٢هـ.