

## وظائف العرف في التشريع الإسلامي

أحمد ياسين القرالة \*

تاريخ قبول البحث: ٢٤/٧/٢٠٠٦م

تاريخ وصول البحث: ٢/٣/٢٠٠٦م

### ملخص

للعرف دور مهم في ميادين الحياة العامة، وبخاصة في الأمور المالية، ويعتبر من أهم الوسائل والأدوات التي يستعان بها في رفع الخلاف والنزاع بين الناس، عندما لا تتيسر الوسائل والأدوات الأخرى، ويقوم العرف بذلك الدور من خلال قدراته الهائلة على تفسير النصوص، وبيان المقصود بها، ويعول عليه في التعرف على مقاصد الناس ونياتهم، كما أنه يعتبر دليلاً يستعان به في تكميل تلك الإرادة وتتميمها، وليست وظيفة العرف مقتصرة على ذلك، بل إنها لتمتد إلى جميع جوانب الحياة وميادينها، ولا يمكن لقاضٍ أو مفتٍ أن يستغني عنه، هذا فضلاً عن تجاهله والتعامي عنه.

### Abstract

The Custom plays an important role in the Public and Private fields, especially in financial matters. It is considered as one of the important methods and tools which help to sort out disputes and conflicts between people when other methods are not available.

This important role played by Custom, depends on the interpretations of the texts and the text leads to. The Scholars depend on customs to find out people's intentions and their aims. Custom, therefore, is taken as a proof and evidence for determining the willingness and the intentions of people.

Finally, it is believed that the role played by Custom is extended to all fields of life and, therefore, it is essential for all Judges and Scholars to have a good understanding of this role.

### الهقدمة:

\* أستاذ مشارك، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت.

### حدود المشكلة:

ليس من هدف هذا البحث، التعريف بالعرف، وبيان مشروعيته، أو ذكر أنواعه وأراء العلماء فيه، فإن ذلك لا يجعل للبحث من قيمة علمية جديدة، وإنما هدفه بيان الوظائف التي يؤديها العرف في الحياة العامة، والتي هي غاية العرف وثمرته، وهي التي غابت أو كادت أن تغيب، في زحمة البحث في العرف، كما أنه ليس من هدف البحث مقارنة الآراء، وبيان الراجح منها، لأن ذلك يخرج البحث عن غايته ووظيفته

وأخيراً فإن حدود هذه الوظائف هي ميادين الحياة العامة، من حيث أقوال الناس وتصرفاتهم، أما النصوص الشرعية، فلا يبحث فيها، لأن وظيفة العرف في النصوص الشرعية ضيقة، كما أنها تمت وانتهت،

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

فنظراً لما للعرف من أهمية كبيرة، في الحياة العامة، وبخاصة في ميدان التعامل المالي، وفي فض النزاع، ورفع الخلاف بين الناس، فقد حاولت في هذا البحث أن أبرز أهم الوظائف التي يؤديها العرف في تلك المجالات. مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية

١. هل للعرف من وظيفة يؤديها في الحياة العامة؟
٢. وإذا كان له وظائف يؤديها، فما هذه الوظائف؟

غيرها من الجزئيات، مما حجبها عن الرؤية، وجعل البحث عنها في ثنايا تلك الأبحاث المهمة والنافعة أمراً شاقاً وصعباً، ويكون حال الباحث فيها كمن يبحث عن إبرة في كومة قش كما يقال، لذلك جاء هذا البحث ليبرز هذه الوظائف بشكل واضح، ويمثل لها بأمثلة جديدة من واقع الحياة، ويربط ذلك بما هو موجود في مجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الأردني، بما يربط الجانب النظري، بالجانب العملي والواقعي

**خطة البحث:**

جاء هذا البحث في تمهيد وسبعة مطالب هي:

**التمهيد** : مفهوم العرف والفرق بينه وبين العادة

**المطلب الأول** : الوظيفة التفسيرية.

**المطلب الثاني** : الوظيفة التكميلية.

**المطلب الثالث** : يعتبر معياراً لغيره.

**المطلب الرابع** : يعتبر دليلاً على الباطن.

**المطلب الخامس** : يعتبر دليلاً حيث لا دليل.

**المطلب السادس** : الترجيح عند التعارض والتزام

**المطلب السابع** : تصحيح الشروط الفاسدة.

**الخاتمة.**

وأخيراً لابد من التأكيد على أن مشكلة البحث ألفت بظلالها على هذا البحث، وقد حاولت جاهداً الالتزام بها، وعدم الخروج عنها، ليحقق البحث غايته ومقصده، راجياً من الله تعالى التوفيق والسداد . والحمد لله رب العالمين.

**تمهيد : مفهوم العرف:**

العرف: هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل<sup>(١)</sup>. والعادة هي : "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"<sup>(٢)</sup>، والعرف أخص من العادة، لأنه عادة جمهور من الناس، أما العادة فقد تكون متعلقة بجمهور من الناس وقد تكون فردية، وعليه فبين العادة ع موم وخصوص مطلق<sup>(٣)</sup>، لذلك يعتبر كل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً<sup>(٤)</sup>.

لأن العرف الذي تفسر به النصوص هو المقارن، وهذا العرف أدى دوره ووظيفته.

**منهج البحث:**

اعتمدت في هذا البحث على المناهج الآتية:

١. المنهج الاستقرائي : وهو المنهج الرئيس في هذا البحث، لأن استخلاص وظائف العرف، يقتضي تصفح كل ما كتبه العلماء حول العرف، وتتبع الوظائف التي كان العرف يقوم بها، في جوانب الحياة المختلفة.
  ٢. المنهج الاستنباطي : وقد اعتمدت عليه في تحليل وتعليل ما تم استقراؤه من وظائف وآراء.
  ٣. المنهج الوصفي.
- أدبيات الدراسة:**

ليس البحث في العرف أمراً جديداً، إذ إن الدراسات فيه قديماً وحديثاً كثيرة ومتعددة، ولعل أهمها

١. رسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، لمحمد أمين بن عابدين، وهي مطبوعة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين.

٢. العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنة، وهي رسالة دكتوراه، تُعدّ من أقدم ما كتب في العرف في العصر الحديث، وه ي بلا شك موسوعة في العرف.

٣. أثر العرف في التشريع الإسلامي، الدكتور السيد صالح عوض، وه ي أيضاً رسالة دكتوراه ه وه ي بحث متكامل في كل ما يتعلق بالعرف.

وكل من كتب في أصول الفقه، تناول موضوع العرف، باعتباره أحد الأدلة الشرعية، ولكن المشكلة في هذه الدراسات أن وظائف العرف، وهي أهم ما في العرف، بل هي غايته وثمرته، لم تأخذ حقها الكامل من البحث، كما أنها لم تبرز هذه الوظائف بعنوان مستقل، وإنما وردت معظم هذه الوظائف م تناثرة، ومختلطة مع

بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً ... فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم<sup>(١٢)</sup>، لذلك يجب على المفسر أو القاضي أن يبحث عن ذلك المقصد، وأن يبذل طاقته ويستفرغ وسعه في الوصول إليه، وأن يسعى جاهداً لاستغلال كل القرائن المقتزنة بالنص، واستثمار الدلائل المحيطة به، التي تأخذ بيده وترشده للوصول إلى المقاصد والغايات التي قصدتها المتكلم من كلامه أو المتصرف من تصرفه، هذا ولا يغفر له تمسكه المجرد بظاهر اللفظ، غاصاً الطرف عن تلك القرائن التي تحدد مقصود المتكلم من كلامه، لأن الألفاظ ليست مجرد قوالب ميتة لا حياة فيها، فاللفظ الواحد قد يكون له معنى في وضع أو ظرف، لا يكون هو المعنى نفسه في وضع أو ظرف آخر، يقول الشاطبي: "الكلام الواحد يختلف فهمه بحسب حالين، وبحسب مخاطبين، وبحسب غير ذلك كالاستفهام لفظه واحد يدخله معانٍ آخر من تقرير وتوبيخ وغير ذلك ... ولا يدل على معناها المراد إلا الأمور الخارجة وعمدتها مقتضيات الأحوال ... وإذا فات نقل بعض القرائن الدالة فات فهم الكلام جملة أو فهم شيء منه، ومعرفة الأسباب رافعة لكل مشكل"<sup>(١٣)</sup>، فالكلام قد يكون حقيقة لغة فيصبح مجازاً بالعرف، كما أنه قد يكون كناية فيصبح صريحاً، هكذا هي لغة العرب.

وإذا كانت صحة العقود والتصرفات متوقفة على مقاصد أصحابها ونياتهم، فلا بد من الوصول إليها بأي طريق من الطرق، يقول ابن قيم الجوزية: "إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها"<sup>(١٤)</sup>.

ويعتبر العرف من أهم الوسائل والأدوات التي تساعد على معرفة المقصود، لأن له دوراً كبيراً في تحديد مدلولات الألفاظ ومعانيها، وهذا ما أخذ به القانون

وإن من يستقري كلام الفقهاء في العادة و العرف يجد أنهما يستعملان بنفس المعنى، فالعادة هي العرف والعرف هو العادة، وكثيراً ما يقرن العلماء بينهما<sup>(٥)</sup>، لأجل ذلك وجدنا ابن عابدين يقول: "فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق"<sup>(٦)</sup>، وإن اختلفت من حيث المفهوم"<sup>(٧)</sup>، وهذا كلام دقيق، لأن استعمالهما بنفس المعنى لا يلغي الفرق بينهما، ولا يجعلهما مترادفين كما ذهب إليه البعض<sup>(٨)</sup>، وهذا ما بينه السبكي في شرحه للمجموع: "والعرف غير العادة، فإن المراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ ... والمراد من العادة ما هو المألوف من الأفعال وما أشبهها، فهذان قسمان متغايران، العرف والعادة، وقد تجعل العادة أعم، وتقسّم إلى عادة قولية وهي ما سميها بالعرف، وعادة فعلية وهي مقابله، وقد يطلق العرف على الجميع"<sup>(٩)</sup>.

والمقصود بوظائف العرف: هي الأمور التي يعتمد على العرف في إثباتها أو تفسيرها، أو يكون العرف وسيلة لبيان مجملها، أو تقديرها مطلقاً. أو هو الدور الذي يقوم به العرف في ميادين الحياة العامة.

#### المطلب الأول: الوظيفة التفسيرية.

المراد بالتفسير هنا: بيان معاني الألفاظ والتصرفات، ودلالاتها على المقاصد والنيات<sup>(١٠)</sup>. من المعلوم أن الألفاظ التي يتلفظ بها الناس، والتصرفات التي يقومون بها ليست مقصودة لذاتها، بل باعتبارها وسيلة للتعبير عن مقاصدهم ونياتهم<sup>(١١)</sup>، يقول ابن قيم الجوزية: "إن الله وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإيرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم

في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء : إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض<sup>(٢١)</sup>.

ويلاحظ على الحقيقة العرفية ما يأتي<sup>(٢٢)</sup>:

- ١- إن اللفظ لم يوضع لها أصلاً. ولكنه نقل إليها.
- ٢- إنها تكونت بغلبة استعمال الناس لها في ذلك المعنى.

٣- إن المعنى العرفي الجديد يكون هو المتبادر إلى الذهن عند إطلاقها.

وهذا المعنى العرفي الجديد يصبح له من قوة الدلالة على المعنى الجديد ما للمعنى اللغوي الأصلي، وفي ذلك يقول الزركشي : "إن العرف بغلبة الاستعمال يقوم مقام ابتداء المواضعة"<sup>(٢٣)</sup>، ويقول ابن قدامة : "والعرف كالوضع"<sup>(٢٤)</sup>.

فالحقيقة العرفية وإن كانت كالحقيقة اللغوية، إلا أن هذا لا يلغي الفرق بينهما، فهناك فروق هي:

١. إن الحقيقة اللغوية أصل للحقيقة العرفية، (فالعرف نقلها عن اللغة) أي أن الحقيقة العرفية لا بد لها من أصل، بخلاف اللغوية

٢. إن الوضع في الحقيقة اللغوية غير الوضع في الحقيقة العرفية، فإنه في اللغة تعليق اللفظ بإزاء معنى

لم يعرف به غير ذلك الوضع، وأما في العرف فبمعنى غلبة الاستعمال دون المعنى السابق، فإنه لم ينقل عن العرف أنه وضع لفظ القارورة مثلاً للظرف من الزجاج على جهة الاصطلاح، بل صار هذا اللفظ وغيره عرفياً بكثرة الاستعمال دون أن يسبقه تعريف بتواضع الاسم<sup>(٢٥)</sup>.

إلا وأنه مع وجود هذه الفروق، فإن الحقيقة اللغوية في الدلالة المعنوية كالحقيقة العرفية سواء بسواء، بل إن الحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية عند التعارض، وعليه فإذا تحقق النقل بالعرف عندها يجب حمل اللفظ على معناه العرفي، ولا يجوز حمل اللفظ على معناه اللغوي

المدني الأردني، فقد نصت المادة ٢٣٩ منه على ما يأتي:

١. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

٢. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبم ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ويمكن بيان دور العرف في دلالة الألفاظ على النحو الآتي:

أولاً: دور العرف في نقل دلالة اللفظ من معنى إلى آخر

الأصل أن الألفاظ وضعت<sup>(١٥)</sup> في اللغة لمعان معينة، ومع توالي الزمان استعمل<sup>(١٦)</sup> الناس هذه الألفاظ في معان جديدة، أصبحت هذه المعاني هي المقصودة عند استخدامها من تلك الألفاظ، وبهذا النقل تنشأ به حقيقة جديدة، تسمى بالحقيقة العرفية، وفيما يلي بيان لها الحقيقة العرفية:

عرفها الرازي بقوله: هي التي انتقلت عن مسماها إلى غيره بالاستعمال<sup>(١٧)</sup>.

وعرفها الأمدي: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال<sup>(١٨)</sup>.

وهذه الحقيقة تتكون وتنشأ باستعمال الناس لكلمة وضعت في اللغة لمعنى، ثم يغلب استعمال الناس لهذه الكلمة في معنى جديد يهجر معه المعنى الأول، ويصبح المعنى الجديد هو المعنى المقصود بذلك اللفظ، وهو المتبادر للذهن عند إطلاقه<sup>(١٩)</sup>، وبالتالي يجب حمل<sup>(٢٠)</sup> اللفظ على ذلك المعنى، يقول ابن فرحون : "إن معنى العادة في اللفظ أن يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى، حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا معنى العادة

- الأصلي، ويصبح المعنى اللغوي بالنسبة للمعنى العرفي كالمجاز بالنسبة للحقيقة لا يصار إليه إلا بقرينة، ويرجح بين المعنيين العرفي واللغوي كما يرجح بين الحقيقة والمجاز، يقول عبدالعزيز البخاري: "ومن العادة نقله إلى معناه المجازي عرفاً واستفاضته فيه، كوضع القدم في قوله لا أضع قدمي في دار فلان ويسمى حقيقة عرفية... وإنما صار هذا أي استعمال اللفظ في معناه المجازي واستفاضته فيه دلالة على ترك الحقيقة، لأن الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام فإذا تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه، وما سواه لعدم العرف كالمجاز لا يتناوله الكلام إلا بقرينة"<sup>(٢٦)</sup>.
- لذلك يجب حمل كلام كل متكلم على عرفه المعهود، لأن العرف دلالة قصده<sup>(٢٧)</sup>، وهذا ما بينه ابن عابدين بقوله: "لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته ولغته وافقت لغة العرب أو لا، ويدل على ذلك أيضاً أن الكلام العربي على اختلاف لغاته إنما وضع للتفاهم والتخاطب، ولاشك أن كل متكلم يقصد مدلول لغته، فيحمل كلامه عليها وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده.. فحمل كلامهم على غير لغتهم صرف له إلى غير معناه، ولا يجب مراعاة الألفاظ اللغوية والقواعد العربية إلا في القرآن والحديث"<sup>(٢٨)</sup>، ويقول الزرقا: "إن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة، ذلك لأن العرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ إلى معان أخر صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ في مقابل الحقيقة اللغوية، فلو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم، لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو، ولا يفهمه الناس من كلامه"<sup>(٢٩)</sup>.
- والنقل العرفي قسماً:
١. أن يكون الاسم قد وضع لغة لمعنى عام ثم تخصص بالعرف العام لبعض أنواعه، كلفظ الدابة فإنه موضوع لغة لكل ما يب على وجه الأرض، ثم خصصها العرف العام بذات الحوافر<sup>(٣٠)</sup>.
٢. أن يكون الاسم في أصل اللغة وضع لمعنى ثم كثر استعماله فيما له نوع مناسبة وملابسة بحيث لا يفهم منه معناه الأول كالغائط... والأول نقل إلى الحقيقة، والثاني إلى المجاز<sup>(٣١)</sup>.
- ويقول ابن قدامة في أن لفظ الأرامل يطلق على النساء فقط: "إن اللفظ إذا اشتهر في العرف صار من الأسماء العرفية، يجب حمله عليه عند الإطلاق دون موضوعه الأصلي على ما عرف من سائر الأسماء العرفية، ومتى احتاج اللفظ إلى التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه، ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير اطلاع على نية قائله وقصده"<sup>(٣٢)</sup>، ويقول أيضاً في أن الأرامل للنساء فقط: "إن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء، ولا يسمى به في العرف غيرهن، وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن، ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكان قد خص به أهل العرف النساء، وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة، لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الألفاظ العرفية"<sup>(٣٣)</sup>.
- وهذا العرف نوعان<sup>(٣٤)</sup>:
- أ. العرف العام: وهو ما اعتاد عليه عامة الناس في أقوالهم وأفعالهم، ومثال ذلك في العرف القولي: اعتياد الناس على إطلاق كلمة الولد على الذكور دون الأنثى، ولفظ الدابة على ذي الحافر، ومثال العرف العملي، تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل.
- ب. العرف الخاص: وهو ما اعتاد عليه طائفة من الناس في قول أو فعل، ومثال العرف الخاص الرفع والنصب عند النحويين، والاستصحاب والاستحسان عند الأصوليين، والعرف العملي مثل أعراف التجار في تسليم المبيع وغيره.

## ثانياً: دور العرف في تخصيص العام وتقييد المطلق.

للعرف دور مهم وكبير في تخصيص العام وتقييد المطلق، وفيما يلي بيان لذلك :

## (١) أثر العرف في تخصيص العام.

عرف الحنفية تخصيص العام بأنه: قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقارن<sup>(٣٥)</sup>.

وتخصيص العام بالعرف : هو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى<sup>(٣٦)</sup>.

وعرفه علي حيدر بقوله: هو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه<sup>(٣٧)</sup>.

وتخصيص العام يكون بأدلة كثيرة كالعقل والحس والنص، ومن هذه الأدلة التي يخصص بها العام العرف، فالنص قد يكون عاماً إلا أن العرف يدل على

أنه ليس على عمومه وإنما يراد به بعض أفراده، يقول الإمام الزركشي في تعريف التخصيص بالعرف : "أن يكون اللفظ موضوعاً لمعنى له أفراد فيترك أهل العرف

استعماله في بعض تلك الأفراد بحيث يصير ذلك البعض منسياً"<sup>(٣٨)</sup>، ويقول ابن رجب: "تخصيص العموم بالعرف وله صورتان: إحداهما استعمال الاسم العام في

بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يختص به العموم بلا خلاف، فلو حلف لا يأكل شواء اختصت

يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوي، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والود لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك، دون الآدمي

والسما والشمس والجبل، فإن هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً"<sup>(٣٩)</sup>.

ومن الأمثلة لذلك:

(١) إن اللحم لفظ عام لغة يشمل جميع أنواع اللحوم من اللحم الأحمر كلحم الضأن، واللحم الأبيض كلحم السمك، والدليل على ذلك قوله تعالى : [وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ

لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا]١٤: النحل] فالله تعالى سمي السمك

لحماً، إلا أن عرف الناس جرى على تخصيص هذا اللفظ وقصره على اللحم الأحمر كلحم الضأن والبقر، وعليه فلو

حلف شخص فقال والله لا آكل لحماً، فأكل سمكاً لا

يحنث بيمينه، لأن العرف لا يسمي السمك لحماً، فكأن

السمك مستثنى بذلك اليمين، يقول الزركشي : "أن

يتعارض العرف مع الشرع وهو نوعان : أحدهما: أن لا

يتعلق بالعرف الشرعي حكم فيقدم عليه عرف

الاستعمال... كما لو حلف لا يأكل لحماً فلا يحنث بأكل

السمك، وإن سماه الله تعالى لحماً<sup>(٤٠)</sup>.

(٢) لفظ الولد لفظ عام يشمل الذكر والأنثى بدليل قوله

تعالى: [يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِل ذَكَرٍ مِثْلُ حَظِّ

الأنثيين][١١: النساء]، ولكن جرى عرف الناس على

قصره على الذكور دون الإناث، فلو قال وقفت على

أولادي، فإن الوقف يختص بالذكور دون الإناث.

## (٢) أثر العرف في تقييد اللفظ المطلق.

المطلق: هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه<sup>(٤١)</sup>.

وتقييد المطلق: هو بيان المطلق للمفيد بأن يقلل من شيوعه<sup>(٤٢)</sup>.

الأصل في اللفظ المطلق أن يحمل على إطلاقه،

ولا يجوز تقييده، لأن في تقييده تقليلاً من شيوعه، وفي

ذلك تعدٍ على إرادة المتكلم، إذ إن إيراده للفظ بصيغة

مطلقة يدل على أن إرادته قد اتجهت إلى شيوعه، ولو

أراد المتكلم التقليل من شيوعه لقيده ابتداءً، وإذا كانت

إرادة شيوخ اللفظ وعدمه متعلقة بقصد المتكلم ونيته، وهي

أمر غُيِّبَ عنها<sup>(٤٣)</sup>، لذلك لا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل

يدل على إرادة التقييد، وهذا التقييد قد يكون صريحاً بلفظ

آخر، وهذا هو الغالب، وقد لا يكون صريحاً ولكنه يدل

دلالة على قصد المتكلم وبيبين إرادته من اللفظ المطلق،

ويعتبر العرف من أهم الوسائل الدالية في تقييد اللفظ

المطلق، وذلك لأن المتكلم عندما يتكلم فإنه يقصد بكلامه

المعاني المعروفة له دون غيرها، ولاشك أن هناك ألفاظاً

المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تنقيد بزمان أو مكان أو بنوع من الانتفاع.

٢- كذلك عقد الإجارة إذا كان مطلقاً، فإن نوع الاستعمال ينقيد بالعرف، فإذا استعمل المستأجر المأجر بخلاف ما يقضي به العرف كان ضامناً للتلف الذي يلحق بالمأجر، وفي هذا يقول السرخسي: "وإذا استأجر الرجل من الرجل داراً ليسكنها سنة بكذا ولم يسم الذي يريد لها فهو جائز، لأن المقصود معلوم بالعرف، فإنما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك، ألا ترى أنها تسمى مسكناً، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص"<sup>(٤٨)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة ٥٢٧ من مجلة الأحكام العدلية: يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء وأما كيفية استعماله فتصرف إلى العرف والعادة.

والمادة ٦٩٣ من القانون المدني الأردني:

١- لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعدت له، وعلى نحو ما جرى به العرف.

٢- فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق، أو خالف ما جرى عليه العرف، وجب عليه ضمان ما ينجم عنه من ضرر.

٣- لو وكل غيره بالبيع وكالة مطلقة، تنقيد الوكالة بالعرف، بأن لا يكون تصرف الوكيل مضراً بالموكل، فلو وكله بالبيع وكالة مطلقة، فله أن يبيع بالثمن المعجل والمؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار، ولا يجوز له البيع لأجل أبعد مما هو معتاد"<sup>(٤٩)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة ١٤٩٨ من مجلة الأحكام العدلية: للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق

كثيرة يستخدمها الناس بمعانيها العرفية المألوفة لديهم دون معانيها اللغوية الغائبة عن أذهانهم، يقول صاحب كنز الدقائق: "والأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا...، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت في العرف، كما أن العربي حال كونه من أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها"<sup>(٤٤)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية، والتي جاء فيها: "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل على التقييد نصاً أو دلالة"<sup>(٤٥)</sup>، وهي بذاتها نص المادة ٢١٨ من القانون المدني الأردني، يقول الإمام القرافي: "إن القاعدة أن كل متكلم له عرف فإن لفظه عند الإطلاق يحمل على عرفه"<sup>(٤٦)</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

١- إن العارية إذا كانت مطلقة عن التقييد لنوع الاستعمال أو غيره، فإن هذا الاستعمال يتقيد بالعرف، فإذا استعمل المستعير العارية بخلاف ما يقضي به العرف كان ضامناً لتلف لوديعه، وهذا ما نصت عليه المادة ٨١٦ من مجلة الأحكام العدلية:

إذا كانت الإعارة مطلقة، أي لم يقيد بالمعير

بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع، كان

للمستعير استعمال العارية في أي زمان ومكان شاء على الوجه الذي يريد، لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة.

يقول علي حيدر في شرحها: "لو استعار للحمل دابة فإذا لم يعين الحمل فللمستعير تحميل أي شيء أراد،

ولكن ليس له أن يحملها فوق طاقتها، لأن الإذن

المطلق يصرف إلى المتعارف، والحمل فوق الطاقة ليس متعارفاً، حتى إن الرجل ليس له أن يحمل دابته فوق طاقتها"<sup>(٤٧)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة ٧٧٢ من القانون المدني الأردني: للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه

ذلك المال، وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة.

يقول ابن قدامة: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن، فاخص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى"<sup>(٥٠)</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥٤ من القانون المدني الأردني: إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيد بالبيع نقداً فله أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئة حسب العرف وللدور المهم الذي يقوم به العرف في تقييد المطلق، تنص القاعدة الفقهية على أن: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"<sup>(٥١)</sup>، يقول السرخسي في هذه القاعدة: "إن التعيين يثبت بالنص تارة وبالادلة أخرى ... والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، كمن اشترى بدراهم مطلقة يصرّف إلى نقد البلد بدلالة العرف"<sup>(٥٢)</sup>.

### ٣) تصريح اللفظ الكناي، وتكنية الصريح.

تقسيم الألفاظ إلى صريحة وكناية إنما هو باعتبار استعمال اللفظ في المعنى، إذ من المعلوم أن اللفظ يوضع لمعنى أولاً، ثم يستعمل ثانياً، فالوضع أولاً ثم الاستعمال ثانياً، فاللفظ قبل استعماله لا يوصف بالصريح أو الكناية، الحقيقة أو المجاز.

وإذا كان استعمال اللفظ هو الذي يحدد صفة ذلك اللفظ، فإن بعض الألفاظ تستعمل بمعان ويغلب استعمالها بتلك المعاني، حتى يصبح ذلك المعنى مكتشفاً لكل سامع لذلك اللفظ<sup>(٥٣)</sup>، لا يحتاج سامعه إلى سؤال المتكلم عن معناه أو عن مقصوده من ذلك الكلام، وهذا هو اللفظ الصريح، لذلك يعرفه العلماء بقولهم: "هو ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً زائداً"<sup>(٥٤)</sup>. وهذا البيان الزائد هو الذي جعل المعنى مكتشفاً في اللفظ الصريح<sup>(٥٥)</sup>، وذلك إنما كان بكثرة استعمال اللفظ للمعنى مما جعل المعنى مألوفاً لسامعه، حاضراً في ذهنه عند سماعه لذلك اللفظ، وقد بين ذلك صاحب تبين الحقائق بقوله: "والصريح ما كان ظاهر المراد

لغلبة الاستعمال"<sup>(٥٦)</sup>، وهو عين ما عبر عنه الباجي بقوله: "إن معنى الصريح البين، فإن الصريح من الطلاق ما يفهم منه لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً، كفارتك، وسرحتك، وخليتك، وبننت منك، وأنت حرام، لأن هذه الألفاظ وإن استعملت في الطلاق وغيره إلا أنه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض، ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان أبين وأشهر منه فيما وضع له، وكذا في مسألتنا مثله"<sup>(٥٧)</sup>، ويقول الزركشي: "إن اللفظ الصريح في الإقرار يجري على موجب ظاهره، ولا يشترط أن يكون نصاً في وضع اللسان لا ينطرق إليه تأويل، فإن الصريح ما يتكرر على الشيوخ، إما في عرف الشرع، أو عرف اللسان"<sup>(٥٨)</sup>.

وقد يقل استعمال الناس اللفظ بذلك المعنى، فيغدو المعنى خفياً مستتراً وراء اللفظ، لا يمكن استخلاصه من مجردة، إذ لا يقوى اللفظ وحده على إثارة المعنى المقصود منه، فلا بد من البحث عما يكشف المعنى وهي النية أو القرينة، لذلك يعرف العلماء الكناية بقولهم: "لفظ استتر المراد منه عند السامع"<sup>(٥٩)</sup>، فاللفظ إذا اشتهر ظهر المراد منه وكان صريحاً، وإلا كان كناية، يقول الزيلعي: "والكناية ما كان مستتر المراد فيحتاج إلى النية... وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات لجه"<sup>(٦٠)</sup>.

والفرق جوهرى بين الصريح وبين الكناية من حيث الأثر، حيث أن الصريح يترتب أثره عليه دون حاجة إلى نية أو قرينة، أي أن اللفظ يقوم مقام المعنى، يقول البابرتي: "والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية"<sup>(٦١)</sup>، ويقول التفزازاني: "الصريح لا يحتاج إلى النية يعني أن الحكم يتعلق بنفس الكلام أرادته أو لم يردده"<sup>(٦٢)</sup>، ويقول الزركشي: "الصرائح تعمل بنفسها من غير استدعاء"<sup>(٦٣)</sup>.



يفهمون من الطلاق إلا ذلك المعنى ... فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة إلى للعرف<sup>(٦٨)</sup>.  
وجاء في الدر المختار : "ومن الألفاظ المستعملة: الطلاق يلزمني، وإلحرام يلزمني، وعلي الطلاق، وعلي الحرام، فقيح بلا نية للعرف" يقول ابن عابدين شارحاً لهذا القول: "أي فيكون صريحاً لا كناية، بدليل عدم اشتراط النية... وإنما كان ما ذكره صريحاً، لأنه صار فاشياً في العرف في استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أي لغة كانت، وهذا في عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحاً، كما أفتى المتأخرون في أنت علي حرام بأنه طلاق بائن بلا نية، مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقعه على النية<sup>(٦٩)</sup>".

وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد نصت المادة ٩٥ منه على ما يأتي : يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية.

#### ٤) نقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز، والعكس.

اللفظ إن استعمل فيما وضع له<sup>(٧٠)</sup>، فهي الحقيقة، وإن استعمل في غير ما وضع له<sup>(٧١)</sup>، فهو المجاز . فاستعمال الناس وتعارفهم هو الذي يحدد صفة اللفظ، فقد يحدث أن يهجر الناس استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له لغة، ويستعملوه في معنى جديد، عندها يصبح المعنى الجديد هو المعنى الحقيقي لذلك اللفظ، ويكون المعنى الأصلي للفظ مجازاً لا يصار إليه إلا بقرينة، وقد يحصل العكس بأن يستعمل الناس اللفظ المجازي ويشتهر ذلك المجاز فلا يفهم من اللفظ غيره، ويكون هو المتبادر للذهن، فيصبح اللفظ حقيقة في ذلك المعنى، فتعارف الناس إذن ينقل اللفظ من صفة إلى أخرى، وفي ذلك يقول البخاري : "لأن الكلام موضوع لاستعمال الناس وحاجتهم، فيصير المجاز باستعمالهم كالحقيقة، ومثاله ما قال علماؤنا رحمهم الله فيمن نذر

أما الكناية فلا يترتب عليها حكم إلا بالنية أو القرينة، أما اللفظ فأجل احتمالها فلا يكفي وحده، يقول السرخسي: "وحكم الكناية أن الح كـم بها لا يثبت إلا بالنية، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، لأن في المراد بها معنى التردد فلا تكون موجبة للحكم، ما لم يزل ذلك التردد بدليل يقترن بها"، ويقول أيضاً: "ولو قال أنت مني بائن أو بته أو خلية... فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق، لأنه تكلم بكلام يح تمل... واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال"<sup>(٦٤)</sup>.

وإذا كان اشتهار اللفظ له دور كبير في جعل اللفظ له قدرة بذاته على الإفصاح عن المعنى المقصود منه، لذلك يعتبر العرف، من أهم الوسائل التي تؤدي إلى اشتهار اللفظ، إذ كلما كان اللفظ متداولاً بين الناس كلما كانت دلالاته على معناه واضحة بينة، والعكس صحيح، فالعرف قد ينقل بعض الألفاظ من دائرة الكناية إلى دائرة الصريح، فيصبح اللفظ مكشوف المعنى لا يحتاج إلى نية أو قرينة لبيان المراد منه، بعد أن كان محتملاً لأكثر من معنى، مقتصراً إلى النية لبيان معناه ومقصوده.

وهذا ما أشار إليه الكثير من العلماء، يقول الإمام القرافي: "والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلى هذا تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنائيات، فقد يصير الصريح كناية يفترق إلى النية، وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية"<sup>(٦٥)</sup>.

وجاء في تبصرة الحكام : "لفظ الحرام ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها وفي أخواتها، مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدمياً، ففي أي شيء اشتهرت حملت عليه بغير نية<sup>(٦٦)</sup>، وما لم يشتهر فيه لم يحمل عليه إلا بنية<sup>(٦٧)</sup>، ولا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك... بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا

العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء : إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض<sup>(٧٦)</sup>.

المطلب الثاني: الوظيفة التكميلية:

أي أن العرف يتولى تحديد نطاق التصرفات في الأمور المسكوت عنها، ويجعل دليلاً لبيان مشتملاتها. من الأمور المقررة في الحياة العامة أن الناس أثناء تعاملهم اليومي وبخاصة في ميدان التعاقد، يتفقون على الأمور الجوهرية والمهمة التي لا يمكن إغفالها أو السكوت عنها، نظراً لتأثيرها في انعقاد العقد أو في صحته، ولأن مصلحة المتعاقدين لا تتم ولا تكتمل إلا ببيانها، أما الأمور الفرعية والقضايا الجزئية التي لا تخل بأصل التعاقد، ولا تقوت المصلحة الجوهرية للمتعاقدين، فغالباً ما يسكتون عنها ويغفلون ذكرها، اتكلاً منهم على محددات أخرى تتولى معالجتها وبيان حكمها، بل إن واقع الحياة يدل على أنه من العسير والمتعذر على الناس ذكر كل التفاصيل المتعلقة بالتصرفات التي يقومون بها، لأن ذلك يؤدي إلى إضاعة أوقات الناس مما يجعل عملية التعاقد عبئاً ثقيلاً على المتعاقدين.

ولكن لا يعني سكوت الناس عن ذكر هذه التفاصيل إسقاطهم لها وتنازلهم عنها، إذ قد يثور بينهم خلاف ونزاع حول هذه الأمور، فما هو المرجع في تحديد حكمها؟

وللإجابة عن ذلك نقول : إن هناك وسائل كثيرة يرجع إليها في رفع هذا النزاع، لعل العرف من أهم هذه الوسائل، وذلك لأن سكوت الناس عن ذكر تلك الأمور فيه دلالة على أنهم ارتضوا بالعرف وسيلة لبيان حكمها، ويشترط لتحكيم العرف في الوقائع والتصرفات الشروط الآتية:

(١) أن يكون العرف قائماً وموجوداً عند إنشاء ذلك التصرف<sup>(٧٧)</sup>.

صلاة أو حجاً أو المشي إلى بيت الله، أو أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة، أن ذلك ينصرف إلى المجاز المتعارف، ومثاله كثير وقالوا، فيمن حلف لا يأكل رأساً أنه يقع على المتعارف استحساناً على حسب ما اختلفوا ويسقط غيره وهو حقيقة، وكذلك لو حلف لا يأكل بيضاً أنه يختص ببيض الأوز والدجاجة استحساناً، ولو حلف لا يأكل طيبخاً أو شواء أنه يقع على اللحم خاصة استحساناً، وكل عام سقط بعضه كان شبيهاً بالمجاز<sup>(٧٢)</sup>، ويقول الزركشي: "أن يكون اللفظ موضوعاً لمعنى له أفراد فيترك أهل العرف استعماله في بعض تلك الأفراد، بحيث يصير ذلك البعض منسياً، ثم يستعمل اللفظ في ذلك المعنى المنسي، فيكون مجازاً عرفياً كالدابة، فإنه موضوع لكل ما يدب على الأرض، فترك بعض أهل البلدان استعمالها في الحمار، بحيث نسي إطلاقها عليه عندهم مجاز، لأنه مجاز بالنسبة إلى الحقيقة العرفية"<sup>(٧٣)</sup>.

ومن ذلك قوله ع لفاطمة بنت قيس لما استشارته في خطبة أبي جهم ومعاوية : "أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له"<sup>(٧٤)</sup> يقول ابن دقيق العيد في شرح الحديث : "وفي الحديث: دليل على جواز استعمال مجاز المبالغة، وجواز إطلاق مثل هذه العبارة، فإن أبا جهم لا بد وأن يضع عصاه حالة نومه وأكله، وكذلك معاوية لا بد وأن يكون له ثوب يلبسه مثلاً لكن اعتبر حال الغلبة، وأهدر حال النادر واليسير، وهذا المجاز فيما قيل في أبي جهم أظهر منه فيما قيل في معاوية، لأن لنا أن نقول إن لفظة المال انتقلت في العرف عن موضوعها الأصلي إلى ما له قدر من المملوكات، وذلك مجاز شائع ينزل منزلة النقل، فلا يتناول الشيء اليسير جداً"<sup>(٧٥)</sup>.

يقول ابن فرحون : "وينبغي أن نعلم أن معنى العادة في اللفظ أن يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى، حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا معنى

يدي الإنسان يكون إذناً له في التناول بطريق العرف، فإن قال: لا تأكل، لم يكن ذلك إذناً<sup>(٨٢)</sup>. ويقول ابن قدامة: "صريح قوله مقدم على دلالة العرف"<sup>(٨٣)</sup> مثاله: "إن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتره بخمسين، أو بما دون المائة صح ولزم الموكل، لأنه مأذون فيه من جهة العرف، وإن قال لا تشتريه بأقل من مائة فخالف لم يجز، لأنه خالف نصه"<sup>(٨٤)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة ٧٧٢ من مجلة الأحكام العدلية: "الإذن دلالة كالإذن صراحة، بيد أنه عند وجود النهي صراحة لا اعتبار للدلالة".

وقد وضع الفقهاء طائفة من القواعد الفقهية التي تنظم دور العرف في تحديد نطاق العقود والتصرفات أهمها:

#### ١) العادة محكمة.

ومعنى القاعدة: "أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي"<sup>(٨٥)</sup>، أي هي المرجع عند النزاع<sup>(٨٦)</sup>، ومعنى القاعدة أن العرف يجعل حكماً بين الناس في الأمور التي لم يرد فيها اتفاق بين المتعاقدين.

#### ٢) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>(٨٧)</sup>.

ومعنى القاعدة أن حكم الثابت بالعرف كحكم الثابت بالشرط، وإذا كان الثابت بالشرط ملزماً لصاحبه فكذلك الثابت بالعرف، يقول الإمام النووي: "لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط"<sup>(٨٨)</sup>.

#### ٣) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم<sup>(٨٩)</sup>.

وهي بمعنى القاعدة التي قبلها، إلا أن هذه في العرف الخاص الذي لا يطبق إلا على أصحابه، وتلك في العرف العام الذي يطبق مضمونه على الجميع. وقد نص كثير من الفقهاء على دور العرف في تحديد نطاق العقد وبيان مكملاته، وفي ذلك يقول السرخسي عن دور العرف في الإجارة: "وهو أصل كبير في الإجارة فإن ما يكون من التوابع غير مشروط في

العرف الذي يرجع إليه لرفع النزاع بين الناس هو العرف الذي يكون سابقاً على التصرف أو مقارناً له، يقول الزركشي: "إن العرف الذي تحمل الألفاظ عليه إنما هو المقارن أو السابق"<sup>(٩٠)</sup>.

أما العرف الحادث أو الطارئ، فلا يجوز الاعتماد عليه في رفع الخلاف، لأن العرف السابق أو المقارن هو الذي يكون حاضراً في الذهن عند إبرام التصرف وبالتالي فإن كلاً من المتعاقدين يكون مستعداً لما يقضي به، أما العرف الطارئ فلا يكون وارداً في الحسبان وبالتالي يفاجأ به أحد المتعاقدين أو كلاهما، مما يلحق الأذى والضرر بالمتعاقدين أو بأحدهما، فعلى سبيل المثال إذا كان العرف يلزم البائع بنقل البضاعة إلى منزل أو محل المشتري، فإن البائع يضيف أجرة النقل إلى السعر وبالتالي يحقق البائع مقصده من الربح، أما إذا لم يكن هناك ما يلزمه بالنقل وقت إنشاء العقد، ثم طرأ عرف جديد يلزم البائع بالنقل، فإن هذا العرف يفاجئ البائع بالنقل، وبالتالي يحمله تكلفة لم يكن متوقعاً لها، مما يلحق الضرر به.

#### ٢) أن لا يكون هناك تصريح بخلافه<sup>(٩١)</sup>.

لا يعمل بالعرف إذا كان هناك اتفاق بين

المتعاقدين ينظم العلاقة بينهما، ويبين حقوق وواجبات الطرفين بالتفصيل، يقول السرخسي: "العرف يسقط اعتباره عند وجود النص بخلافه"<sup>(٩٠)</sup>، والعلة في ذلك أن العمل بالعرف هو من باب الدلالة، لأن سكوت الطرفين عن بعض الأمور دلالة على أنهما قد رضيا بحكم العرف في الفصل فيها، ومن المقرر فقهاً أن التصريح أقوى من الدلالة، وبالتالي إذا اتفق الطرفان على خلاف ما يقضي به العرف فإن ذلك يعني أن إرادتهما اتجهت إلى استبعاده، وبالتالي لا يجوز إلزامهما بأمر لم يلتزموا، لذلك تنص القاعدة على أنه: "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح"<sup>(٩١)</sup>، يقول الإمام السرخسي: "إن العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه، كتقديم المائدة بين

وهذا في العقد بشكل عام، أما في العقود المسماة، فقد جعل العرف أيضاً مكملاً ومتمماً لما سكت عنه المتعاقدان.

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

أ. إذا اختلف البائع والمشتري فيما يتبع المبيع، فإن كل ما جرى العرف بدخوله في المبيع يدخل تبعاً دون حاجة إلى ذكره، وهذا ما نصت المادة ٤٩٠ من القانون المدني الأردني عليه جاء فيها: يشمل المبيع ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة، وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد

ب. إذا اختلف البائع والمشتري في مكان تسليم في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك، فإن العرف هو الذي يحدد مكان التسليم، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٩٩ من القانون المدني الأردني، والتي تنص على ما يأتي:

١- البيع المطلق يقتضي تسليم المبيع في محل وجوده وقت العقد.

٢- إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ج. إذا اختلف العامل ورب العمل في حقوق كل منهما وواجباته، وفي ما يعتبر من توابع العمل الذي يقوم به العامل.

ففي واجبات العامل نصت المادة ٥٧٤ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي: كل ما كان من توابع العمل، ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعاداتها.

وهو ما نصت عليه المادة ٨١٥ من القانون المدني الأردني: يلتزم العامل بكل ما جرى العرف على أنه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد.

العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة، حتى قيل إن ... السلك والإبرة على الخياط باعتبار العرف... وإخراج الخبز من التنور على الخباز، وغرف المرقفة في القصاع على الطباخ إذا استوَجِر لطبخ عرس، وإن استوَجِر لطبخ قدر خاص فليس عليه ذلك لانعدام العرف فيه... أما التوابع التي لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند النازعة<sup>(٩٠)</sup>.

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ٢٣٠ منها على ما يأتي: كل ما جرى العرف في البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر.

وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني، في معظم العقود، فقد نصت الفقرة ٢ من المادة ١٠٠ على ما يأتي: وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وتنص الفقرة ٢ من المادة ٢٠٢ من القانون المدني الأردني: ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

يقول الدكتور نوري خاطر في شرحها: "لأن تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل... لذلك كان تكميل العقد من الأمور التي يلجأ إليها كثيراً وربما في غالبية العقود، لأن الغالب أن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد"<sup>(٩١)</sup>.

ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكس وة والأدم بقدر ذلك<sup>(٩٦)</sup>.

هـ وقد اعتمد الفقهاء على العرف في تحديد الكثير من الأمور التي لا سبيل لتحديد غير العرف، يقول ابن قدامة: "إن النبي ع لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق، فلما لم يبينه، تعين العرف طريقاً لمعرفته، إذ ليس له طريق سوا<sup>(٩٧)</sup>".

ومن الأمور التي كان العرف معياراً لها ما يأتي

#### ١) يعتبر معياراً للمال.

ورد لفظ المال في القرآن الكريم، في أكثر من تسعين موضعاً، كما ورد في أحاديث أكثر من أن تحصى، ولكن لم يرد عن الشارع تعريف يحدد معناه، وليس ذلك إهمالاً من الشارع لمعناه، وإنما ترك الأمر لما يتعارف عليه الناس، حتى أن أصحاب المعاجم عندما يعرفون المال يقولون المال معروف<sup>(٩٨)</sup>، يقول الفيومي في تعريف المال "المال معروف.. وقال الأزهري فقول الفقهاء ما يتمل أي ما يعد مالاً في العرف"<sup>(٩٩)</sup>.

فالمال هو ما يتعارف الناس على اعتباره مالاً، فما يعتبرونه مالاً، فهو مال، وإلا فلا، وهذا يعني أن مفهوم المال يتغير من زمان إلى آخر، حسب أعراف الناس، فما لا يكون مالاً في زمان، قد يكون مالاً في زمان آخر، نظراً لفائدته ولتعامل الناس به. فإن كان مباح الانتفاع به شرعاً فهو مال عند الجمهور، وإن لم يكن مباحاً الانتفاع به شرعاً فهو مال ولكنه ليس بمتقوم عند الحنفية، فالعرف<sup>(١٠٠)</sup> عند الجميع يعتبر معياراً للمالية، يقول السيوطي: "ضبط المال والتمول، أما المال فقال الشافعي: لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس، مثل الفلس وما أشبه ذلك، وأما التمول: فذكر الإمام له في باب اللقطة ضابطين، أحدهما: أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول، الثاني: أن

أما في التزامات رب العمل فقد نصت المادة ٨٢٤ على ما يأتي\*: يلزم صاحب العمل كسوة العامل أو إطعامه إذا جرى العرف به سواءً اشترط في العقد أم لا المطلب الثالث: يعتبر معياراً لغيره.

والمقصود به أن العرف يعتبر مبيناً لنوع ومقدار ما كان مجملاً، أو ضابطاً لغير المنضبط.

يقول القرافي: "وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة"<sup>(٩٢)</sup>.

اعتبر الشارع العرف معياراً لتحديد مقدار الكثير من الأمور المطلقة والمجملة، وبخاصة تلك التي لا يمكن ضبطها بمعايير ثابتة ومحددة نظراً لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان، بل قد تختلف في الزمان الواحد، ومن ذلك:

أ قوله تع.الى: [وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ] [٢٤١: البقرة].

ب قوله تعالى: [وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ] [٦: النساء].

ج قوله تعالى: [وَعَلَى الْمُؤَلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] [٢٣٣: البقرة]، يقول الجصاص في تفسيرها: "وفي هذه الآية دلالة على توسيع اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلى تقدير النفقة بالمعروف، إلا من جهة غالب الظن وأكثر الرأي، إذ كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مبنياً على العادة فسيبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ العادة ليست مقصورة على مقدار واحد لا زيادة عليه ولا نقصان"<sup>(٩٣)</sup>، يقول الشوكاني: "والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية"<sup>(٩٤)</sup>.

د قوله ع لهند زوج أبي سفيان: "خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف"<sup>(٩٥)</sup>، يقول الإمام الشافعي: "والمعروف نفقة مثلها ببلدها الذي هي فيه برأ كان أو شعيراً أو ذرة، لا يكلف غير الطعام العام الذي

ضرر بالغير؟ وهل كل ضرر يلحق بالغير بسبب ذلك التعسف يوجب المسؤولية؟

وللإجابة عند ذلك وضع العلماء عدة معايير لاعتبار المتصرف متعسفاً في استعمال حقه، لا مجال لذكرها وما يهمننا هنا هو أن العرف يعتبر أحد المعايير لاعتبار الإنسان متعسفاً في استعمال حقه<sup>(١٠٤)</sup>، فالضرر المعتاد والمألوف الذي جرى العرف بالتسامح فيه و التغاضي عنه، لا يعتبر صاحبه متعسفاً في استعمال حقه فيه، يقول ابن رجب الحنبلي : "أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدي ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً فيتضرر الممنوع بذلك، فأما الأول وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره، فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه معتد بذلك وعليه الضمان وإن كان على الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان"<sup>(١٠٥)</sup>، ويعتبر الذي جرى به العرف مستثنى من عموم قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(١٠٦)</sup> يقول علي حيدر : "هذه القاعدة وإن كانت عامة فهي من نوع العام المخصوص، لا تصدق إلا على قسم مخصوص مما تشمله، لأن التعازير الشرعية ضرر، ولكن إجراءاتها جائز، كذلك الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضرراً، لأنه قد يضر بالجيران مباشرة، أو بسبب اشتهاؤ الأظعمة للفقراء منهم، فينشأ عن ذلك ضرر لهم، كذا لو وجد في دار شخص شجرة كانت سبباً لأن يستفيد منها الجار كالاستغلال بها، فقطعها موجب لضرر الجار أيضاً"<sup>(١٠٧)</sup>، أما الضرر غير المعتاد وغير المألوف فيعتبر صاحبه متعسفاً فيه.

ومن الأمثلة المعاصرة للأضرار المألوفة، ما يفعله معظم الناس من استخدام أرض الجار في وضع مواد البناء، إذا كانت غير مخصصة للزراعة، وكان يسمح بذلك العرف الجاري، ولكن الضرر يكون غير مألوف

المتمول هو الذي تعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول: هو الذي لا يعرض فيه ذلك"<sup>(١٠١)</sup>، ويقول ابن عابدين : "المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها بإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر... وحاصله أن المال أعم من المتمول، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة"<sup>(١٠٢)</sup>.

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فقد نصت المادة ١٢٦ على ما يأتي: المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول.

والمادة ١٢٧: المال المتقوم يستعمل في معنيين : الأول: ما يباح الانتفاع به . والثاني: بمعنى المال المحرز، فالسكك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز. وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني، فقد نصت المادة ٥٣ منه على ما يأتي: المال هو كل عين أو حق له قيمة مالية في التعامل.

## ٢) يعتبر معياراً للتعسف في استعمال الحق.

عرف الدكتور فتحي الدريني التعسف في استعمال الحق بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل<sup>(١٠٣)</sup>.

فالتعسف ليس فيه اعتداء على حقوق الآخرين ولا مجاوزة لحق مشروع، ولو كان كذلك لما كنا بحاجة إلى معيار لتحديد التعدي أو المجاوزة، لأن الضرر بحد ذاته كاف لقيام مسؤولية المتعدي أو المتجاوز لحقه، وإنما هو استعمال لحق مشروع في الأصل يترتب عنه إلحاق ضرر بالغير، فما هو المعيار الذي نعتبر فيه من يستعمل حقاً مشروعاً، متعسفاً في استعماله حقه إذا نشأ عن ذلك

- إذا وضعت مواد البناء على أرض الجار الزراعية، لأنه يعد من قبيل الضرر الفاحش<sup>(١٠٨)</sup>.
- وهذا ما نص عليه قوله عليه السلام : "لا يمتنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره" <sup>(١٠٩)</sup>، يقول الدكتور الدريني: "منع المالك جاره أن يرتفق بجداره حالة احتياجه إلى ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حق الملكية، إذا لم يلزم من ذلك ضرر بين يعود على المالك، لأن المنع عندئذ مظنة قصد الإضرار، أو العبث ... ويعتبر المالك متعسفاً كذلك، إذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه لا يتناسب مع ضرر الجار المحتاج بمنعه من الارتفاق، لأنه من الممكن أن يقوم المرتفق بإصلاح هذا الضرر التافه، ولأن المنع مع هذا الضرر التافه يمكن أن يتخذ قرينة على قصد الإضرار"<sup>(١١٠)</sup>.
- وهذا ما نصت عليه المادة ٦٦ من القانون المدني الأردني:
- ١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.
  - ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:
    - أ- إذا توفر قصد التعدي.
    - ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.
    - ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.
    - د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.
- يقول الدكتور نوري خاطر في شرح الفقرة الأخيرة: "تطبق هذه القاعدة على مضار الجوار غير المألوفة عادة، حيث يسمح العرف والعادة ببعض الأضرار المألوفة بين الجيران، مثل إجراء الحفلات في المناسبات والعطل الرسمية، وتطاير القليل من الدخان والأتربة، وفي ذلك ذهبت المادة ١٠٢٧ من القانون المدني الأردني إلى أنه:
- ١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.
- ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات
- ٣) يعتبر العرف معياراً للعيب الذي يثبت به الخيار<sup>(١١١)</sup>.
- الأصل أن يكون المبيع سالماً من كل عيب، لأن المشتري ما دفع الثمن إلا ليسلم له المبيع"<sup>(١١٢)</sup>، يقول ابن قيم الجوزية: "الشرط العرفي كالشرط اللفظي ... وذلك كوجوب نقد البلد عند الإطلاق، ... ومنها السلامة من العيوب حتى يسوغ له الرد بوجود العيب، تنزيلاً لاشتراط السلامة عرفاً منزلة اشتراطها لفظاً"<sup>(١١٣)</sup>.
- وهذا ما جاء في المادة ٣٣٦ من مجلة المحاكم العدلية، والتي تنص على ما يأتي: البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب.
- وجاء في شرحها: "لأن الأصل سلامة المبيع من العيوب، ولأن ذلك وصف مرغوب فيه عادة وعرفاً، فكأنه بمقتضى المادة<sup>(١١٤)</sup> ٤٣ قد شرط في العقد"<sup>(١١٥)</sup>.
- ومن المعلوم أن العيوب التي قد توجد في المبيع متعددة ومتنوعة، ولا يمكن حصرها، وليس من المعقول إثبات الخيار بكل عيب، لأن بعض العيوب يسيرة مما لا يخلو عنه المبيع عادة، لذلك يعد العرف المعلي الأساسي في اعتبار ما هو عيب مما ليس بعيب، جاء في المجموع "لما تقدمت أحكام العيب احتاج إلى تعريفه، فعقد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب، ولما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها، وما ذكره من الضابط شديد، فإن المدرك في ذلك العرف، ولولذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد، فلذلك جعل ضابطه راجعاً إلى العرف، فما عده الناس وأهل العرف عيباً كان عيباً، وما لا فلا"<sup>(١١٦)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣٨ من المجلة والتي تنص

يدل على وجودها، ويعتبر المدلول موجوداً متى وجد الدليل، والحكمة من ذلك تحقيق الانضباط للأحكام الشرعية ومنع الاضطراب فيها، والدلائل التي تدل على المدلول كثيرة في التشريع الإسلامي، منها الكلام والكتابة والإشارة وغيرها، ويعتبر العرف من الدلائل المهمة التي تدل على الباطن خاصة الرضا الذي تبنى عليه العقود وتصح به التصرفات، لقوله تعالى: [لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ] [٢٩: النساء]. ولما كان الرضا<sup>(١١٨)</sup> أمراً قليلاً م ستكتناً في ضمير صاحبه لم يرتب الشارع على مجردة أي أثر، فإذا ظهر إلى حيز الوجود بفعل مادي عندها تترتب عليه آثاره، وهذا الظهور قد يكون باللفظ أو الإشارة أو الكتابة أو غيرها، ويعتبر العرف من الدلائل المهمة على وجود الرضا، وتترتب على الرضا الثابت بالعرف من الأحكام مثل ما تترتب على الرضا الثابت باللفظ أو غيره ومن ذلك ثبوت العقود بدلالة الرضا الثابت بالعرف الدال على التراضي.

وهذه الدلالة نوعان:

#### أ - دلالة غير لفظية، أي أن التعاقد يتم دون لفظ اكتفاء بدلالة العرف على الرضا.

الأصل أن يكون التعاقد باللفظ، لأن دلالتهم على الرضا كاملة غالباً، ولكن لما كانت وظيفة اللفظ هي التعبير عن الرضا، فإن هذه الوظيفة قد تحصل بغيره من وسائل التعبير، والتي منها الفعل الذي يدل على الرضا بدلالة العرف، يقول ابن قيم الجوزية: "وقد جرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع"<sup>(١١٩)</sup>، فالعقد كما ينعقد باللفظ ينعقد بالتعاطي أيضاً لذات العلة التي لأجلها انعقد العقد، وفي ذلك يقول الحطاب: "واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة، فذهب مالك إلى انعقاده مطلقاً، ومنعه الشافعي مطلقاً... واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع، فلا ينعقد به البيع، واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة

على ما يأتي: العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند الجثو وأرباب الخبرة

أي أن عرف التجار هو المعيار في ذلك، وهو ما أخذ به نصت عليه المادة ٥١٢ من القانون المدني الأردني: يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب، إلا ما جرى العرف على التسامح فيه.

#### ٤) الأحكام التي اعتبر قانون الأحوال الشخصية الأردني العرف معياراً لها.

اعتبر قانون الأحوال الشخصية ال عرف معياراً للعديد من الأحكام ولعل من أهمها:

أ اعتبر العرف معياراً للمعايشة بين الزوجين، فقد نصت المادة ٣٩ على ما يأتي: على الزوج أن يحسن معايشة زوجته، وأن يعاملها بالمعروف، وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة. ب اعتبر العرف معياراً لتقدير المتعة الواجبة للزوجة، فقد نصت المادة ٥٥ من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يأتي: إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج، على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

ج اعتبر العرف معياراً لنفقة العلاج الواجبة للزوجة، فقد نصت المادة ٧٨ على ما يأتي: أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه، وثمان العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة، على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله، سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة.

المطلب الرابع: يعتبر دليلاً على الباطن.

من القواعد المقررة في التشريع الإسلامي أن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"<sup>(١٢٠)</sup>؛ أي أن الأمور التي يتعذر أو يتعسر علينا الوقوف على حقيقتها بسبب خفائها أو عدم انضباطها يقيم الشارع مقامها ما



العرف يجعله دليلاً وبالتالي ينعقد به العقد، لأن العرف قاض على الوضع يقول الكاساني : "الإيجاب قد يكون بصيغة الماضي وقد يكون بصيغة الحال، أما بصيغة الحال فهي أن يقول البائع بعت ويقول المشتري اشتريت فبتم الركن، لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على الوضع" (١٢٤).

ويقول الحطاب أيضاً : "إن المعتبر في الأقوال كونها دالة على الرضا في العرف، ولو كانت في أصل اللغة على غير ذلك، أو فيها احتمال لذلك ولغيره، فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري، لأنه إما أمر للبائع أن يبيعه أو ملتزم منه ذلك، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راضٍ لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراضٍ به" (١٢٥)، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ١٦٨ على ما يأتي:

الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم (١٢٦).

والقانون المدني الأردني، فقد نصت المادة ٩١ على ما يأتي : الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد ، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول .

المطلب الخامس: يعتبر دليلاً حيث لا دليل.

ليست وظيفة العرف مقتصرة على تفسير

النصوص وبيان نطاقها، وليس العرف مجرد معيار لغيره، بل قد يكون هو بنفسه دليلاً مستقلاً قائماً بنفسه تثبت به الحقوق والواجبات، ويكون ملزماً كما هو النص أو الشرط، وهذا ما نبه إليه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله : "ونطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يراعى في تشريع الأحكام وتوليدها وتعديلها، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات

عرفية، وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة ... إن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل، لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية" (١٢٠)، ويقول أيضاً في انعقاد الوكالة بدون لفظ اكتفاءً بدلالة العرف : "وتتعد بكل ما دل عليها في العرف ولا يشترط لانعقادها لفظ مخصوص" (١٢١).

ويقول ابن قدامة : "إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى، لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ" (١٢٢)، ويقول أيضاً : "وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل الدال عليه، مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس الصلاة فيه ... ولنا أن العرف جار بذلك، وفيه دلالة على الوقف، فجاز أن يثبت به كالقول، وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعاماً، كان إنناً في أكله" (١٢٣).

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني فقد نصت المادة ٩٣ منه على ما يأتي : التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وبتأخذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي.

ب - دلالة لفظية، أي أن التعاقد يتم باللفظ الذي يدل بدلالة العرف على الرضا.

للعرف دور كبير في انعقاد العقود في التشريع الإسلامي، فإذا كان اللفظ هو الوسيلة المفضلة والمجمع عليها لانعقاد العقد، فإن العرف يساهم في دلالة اللفظ على المعنى، وفي الكشف عن نية المتعاقد ومقصوده، فقد لا يكون للفظ دلالة على انعقاد العقد لغة، ولكن

والالتزامات في العقود والتصرفات، والأفعال العادية حيث لا دليل سواه<sup>(١٢٧)</sup>.

وتظهر أهمية العرف في كونه دليلاً في الأمور

الآتية:

أولاً: حينما يكون العرف الدليل الوحيد الذي لا يجوز تجاهله، والتغاضي عنه، وهذا ما نصت عليه القاعدة التي ذكرناها سابقاً وهي (العادة محكمة)، والقاعدة التي تنص على أن: (الإذن العرفي كالإذن اللفظي)<sup>(١٢٨)</sup>، وقاعدة: (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)<sup>(١٢٩)</sup>. وقد اعتبر القانون المدني الأردني العرف دليلاً للحكم حيث لا يوجد دليل غيره، فقد نصت المادة ٢ منه على ما يأتي:

١. تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي

تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص.

٢. فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت

بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣. فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد

حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً، ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب، أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

ومن الأمثلة على ذلك:

أ. أن من جرى عرفهم بنقل البضاعة والأمتعة، كع مال الفنادق والحمالين في المطارات وغيرها، فإنهم يأخذون أجراً على قيامهم بتلك الأعمال حتى وإن لم يكن هناك عقد إجارة، وقد أشار إلى ذلك الفقهاء، وفي هذا يقول الدسوقي "واعلم أن الإجارة قد يقضى بها شرعاً، وإن لم يحصل عقد، وذلك في الأعمال التي يعملها الشخص لغيره ومثله يأخذ عليها أجره، وهي كثيرة جداً منها تخلص دين وذلك

أمن قواعد الفقه أن العرف كالشرط، وأن العادة محكمة<sup>(١٣٠)</sup>، ويقول العز بن عبد السلام: "استصناع الصانع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بأجر، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجره كالدلال والحلاق... فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة، لدلالة العرف على ذلك"<sup>(١٣١)</sup>.

ب. إن وضع الماء في الطرقات والأماكن العامة، وكذلك تقديم الموائد أمام الضيوف، ووضع الطعام في ليالي رمضان في المساجد وأماكن التجمعات، دليل على الإذن بتناولها واستهلاكها وبالتالي فلا ضمان على من تناول منها، لأن: "الإتلاف بالأذن العرفي منزل منزلة الإتلاف بالإذن اللفظي"<sup>(١٣٢)</sup>، وهذا ما نصت عليه ٧٧٢ من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها: الإذن دلالة كالإذن صراحة، بيد أنه عند وجود النهي صراحة لا اعتبار للدلالة، مثلاً إذا دخل رجل بيت آخر فهو مأذون دلالة بشرب الماء بالإتلاف المخصوص، وإذا سقط من يده قضاء وهو يشرب وانكسر لا يلزم الضمان.

ج. إن من قام بفعل نافع لغيره، دون إذن صريح من صاحبه، ولكنه كان مما جرى به العرف، فإنه لا يعد متبرعاً، وله الرجوع على من قدم له ذلك العمل بالتعويض عما أنفق، يقول ابن قدامة: "وإذا أودعه بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين، لحرمة صاحبها.. والثاني لحرمة البهيمة، فإن الحيوان يجب إحيائه بالعلف والسقي... وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً وبهذا قال الشافعي... فإن لم يقدر على الحاكم، فأنفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها، وأشهد على الرجوع، رجع بما أنفق، رواية واحدة، لأنه مأذون فيه عرفاً"<sup>(١٣٣)</sup>، وجاء في إعلام الموقعين: "الشافعي يقول إذا استأجر جمالاً ليركبها فهرب الجمال، فأنفق المستأجر على الجمال رجع بما أنفق، وإذا ساقى رجلاً على نخله، فهرب العامل فاستأجر صلح بالنخل من يقوم مقامه رجع عليه به... يوضحه أن المؤجر والمساقى قد علما أنه لا بد للحي من قوام، ولا بد للنخيل من سقي وعمل عليها، فكأنه قد

أقساماً، فمنه ترك الدليل للعرف كرد الأيمان إلى العرف<sup>(١٣٧)</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك:

(١) أن الشريك إذا سافر بمال الشركة بإذن شريكه أو قال له شريكه اعمل برأيك، فله أن ينفق على نفسه من مال الشركة استحساناً للعرف، والقياس أن لا يجوز له ذلك، لأن الإتفاق من مال الغير، لايجوز إلا بإذنه نصاً

ووجه الاستحسان هو العادة والعرف، لأن عرف التجار الإتفاق من مال الشركة، والمعروف كالمشروط، ولأن الظاهر هو التراضي بذلك<sup>(١٣٨)</sup>.

(٢) ما نصت عليه المادة ٢٠٧ من مجلة الأحكام العدلية، والتي جاء فيها ما تتلحق أفراده يعني أن لا يبرز دفعة واحدة، بل شيئاً بعد شيء، كالفواكه، والأزهار، والورق، والخضروات، إذا كان برز بعضها، يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة

وقد جوز هذا البيع استحساناً للعرف والتعامل، فالبيع يكون أصالة في الموجود، وتبعاً في المعدوم، أما بيع الثمر الذي لم يبرز منه شيء فبيعه باطل<sup>(١٣٩)</sup>.

المطلب السادس: الترجيح عند التعارض والتزام. الترجيح: هو تقوية أحد الطريقتين على الآخر ليعلم الأقوى فيعمل به ويترجى الآخر<sup>(١٤٠)</sup>.

من المعلوم أن التعارض قد يحصل بين احتمالات اللفظ أو بين الأدلة أو البيّنات، ولا بد من الترجيح بينها، والترجيح يكون بوسائل كثيرة ومتعددة، ويعتبر العرف أحد المرجحات المهمة خاصة في أمور الحياة وفي تصرفات الناس المختلفة.

ومن أهم الأمور التي يعتبر العرف مرجحاً فيها ما يأتي:

#### (١) الترجيح بين احتمالات الفعل.

ليست الأفعال على درجة واحدة في دلالتها على معناها ومقصودها، فقد يكون للفظ أكثر من دلالة، وله أكثر من احتمال، ولا يمكن حمل الفعل عليها في الوقت

حصل الإذن فيها في الإتفاق عرفاً، والإذن العرفي يجري مجرى الإذن اللفظي<sup>(١٣٤)</sup>، وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة ٣٠١ والتي جاء فيها: من قام بفعل نافع للغير دون أمره، ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف، فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية

د. اشتراط المحافظة على أسرار المهنة من قبل العامل في المصنع أو المحل التجاري، فهذا الشرط مصدره العرف التجاري، فمن يعمل في محل تجاري يلتزم، إن ترك العمل فيه، بعدم إفشاء أسرار هذا المحل، وإن لم يذكر في ذلك العقد صراحة، وهذا ما نصت عليه الفقرة من المادة ٨١٤ في واجبات العامل في عقد العمل أن يحتفظ بأسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ولو بعد انقضاء العقد وفقاً لما يقتضيه الاتفاق والعرف. وقد استدلت ابن قيم الجوزية لهذا النوع من الدلالة بحديث عروة البارقي حيث أعطاه النبي ٤ ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري شاتين بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الأذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع<sup>(١٣٥)</sup>.

#### ثانياً: حينما يكون العرف دليلاً للاستحسان.

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستحسان، ويتلخص تعريفهم له في أمرين<sup>(١٣٦)</sup>:

١. ترجيح قياس خفي على قياس جلي بناء على دليل.
٢. استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك.

وهذا العدول والاستثناء له أدلة كثيرة كالتص والإجماع وغيرها، ويعتبر العرف- عند الحنفية والمالكية وهم من يقول بالاستحسان - من هذه الأدلة، يقول الشاطبي: "وقد قال ابن العربي في تفسير الاستحسان بأنه إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته ثم جعله

العرف، وعليه يقع عبء الإثبات، والمدعى عليه من يتمسك بالعرف، وفي هذا يقول القرافي: "المدعى من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف ... قال ابن عبد السلام: والمعهود هو شهادة العرف، والأصل استصحاب الحال" (١٤٤).

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ٧٦ منها على ما يأتى: البيئة للمدعى واليمين على من أنكر، وهي بعينها نص المادة ٧٧ من القانون المدني الأردني.

والمادة ٧٧ من المجلة، والتي تنص على ما يأتي: البيئة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل، وهي أيضاً نص المادة ٧٨ من القانون المدني الأردني

ب. إن القول قول من يشهد العرف بصدق قوله، ومن جميل الأحكام الواردة في ذلك ما ورد في تبصرة الحكام، من أن امرأة أسلفت زوجها مبلغاً من المال لخمس سنوات رجاء مودته واستدامة لعصمتها معه، ثم طلقها بعد سنة ونصف فأفتى العلماء بأن القول قول المرأة فيما ادعت تحلف ثم تأخذ حقها حالاً إذ الظاهر من أمر النساء، أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك، فهو كالعرف الذي يصدق فيه من ادعاه... ومن ادعى على المعروف صدق، ولأن العرف كالشاهد بدعواها، والمتعارف من أحوال النساء فيما يوسعن به على أزواجهن من أموالهن، إنما يردن بذلك مودة الأزواج، واستدامة عصمتهم.. فإذا وقع الطلاق استحالن نفوسهن عن ذلك إلى ضده، هذا الذي لا يعرف غيره" (١٤٥)، ومن الأمثلة على ذلك "اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة أو بعد طلاق أو موت ... فإن الحكم في ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجال بما يعرف للرجال، وما يصلح لهما قضي به للرجال، لأن البيت بيته في جاري العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد" (١٤٦).

نفسه، ولا بد من الترجيح بين هذه المحتملات، ويعتبر العرف أحد أهم المرجحات، إذ إنه يكشف عن مقصود ذلك الفعل، يقول السرخسي: "وإن كتب رجل كتاباً إلى رجل من فلان إلى فلان، أما بعد فإن لك علي من قبل فلان كذا وكذا درهماً، فذلك جائز عليه إذا كتب ما يكتب الناس في الرسائل، وفي القياس لا يجوز هذا، لأن الكتاب محتمل قد يكون لتجربة الخط والقرطاس، وقد يكون ليعلم كتب الرسالة والمحتمل لا يكون حجة، ولكنه استحسان للعادة الظاهرة بين الناس أنهم إنما يكتبون كتاب الرسائل بهذه الصفة لإظهار الحق وإعلام ما عليه من الواجب، فإذا ترجح هذا الجانب بدليل العرف حمل الكتاب عليه، بمنزلة لفظ محتمل يترجح فيه معنى بدليل العرف" (١٤١).

ومن الأمثلة على ذلك، أن السكوت يحتمل أكثر من دلالة، إذ إنه يحتمل الرضا والموافقة وغيرها، فيرجح العرف معنى على بقية المعاني، وفي هذا يقول السرخسي في حكم سكوت السيد إذا رأى عبده يبيع ويشترى: "فلرفع الضرر والغرور جعلنا سكوته بمنزلة الإذن له في الت جارة، والسكوت محتمل، ولكن دليل العرف يرجح جانب الرضا، فالعادة أن من لا يرضى بتصرف عبده يظهر النهي إذا رآه يتصرف ويؤدبه على ذلك" (١٤٢).

## ٢) ترجيح قول من يدعى ما يوافق العرف.

القاعدة العامة في التشريع الإسلامي هي: (أن البيئة على المدعى واليمين على من أنكر) (١٤٣)، فلا يقضى لمدع إلا بدليل يسند قوله، وهذا الدليل قد يكون شهادة أو إقراراً، أو وثيقة خطية أو غيرها، وهذا يقتضي تحديد المدعى والمدعى عليه، وقد كان للعرف دور مهم في ذلك، ويمكن بيانه في الأمور الآتية:

أ. إن المدعى: هو من يتمسك بغير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك ب الظاهر، والظاهر هنا أنواع أحدها العرف، وعليه فيكون المدعى: هو من يدعى خلاف

وذلك لأنه مع تعارف الناس على تلك الشروط تنتفي فيها علة النهي، وهي الزيادة التي لا يقابلها عوض، ووقوع النزاع بين المتعاقدين.

يقول الدكتور الدريني: "أجاز الحنفية اقتران العقد بالشرط إذا جرى به العرف لسببين:

الأول: لأن الشرط إذا كان مما جرى به العرف، لا يكون سبباً للنزاع، فتنتفي علة القاعدة.

الثاني: إن المتعاقدين يكونا على بينة من هذا الشرط مسبقاً، فلا بد أن يكون له اعتبار في حساب الثمن عند تعاقدهما، فيحصل التوازن في التزامات العقد، لانتهاء الغبن المتوقع حدوثه حال عدم جريان العرف بهذا الشرط"<sup>(١٥٤)</sup>.

فتعارف الناس على هذه الشروط يجعل المتعاقد الآخر يقدر قيمة الشرط، فيضيفه إلى السعر أو الثمن، كما أنه لا يؤدي إلى النزاع، لأن أحد العاقدين لا يفاجأ به، لأنه من المتعارف عندهم، وعدم الأخذ بالعرف يلحق المشقة والضرر بالناس، يقول السرخسي: "لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً"<sup>(١٥٥)</sup>.

يقول ابن عابدين: "إن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصوده بهو وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث

وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٨ من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها: البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح، والشرط معتبر ومثلاً لو باع الفروة على أن يخيظ بها الظهاره، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط

يقول علي حيدر في شرح هذه المادة: "إن الشرط متى كان متعارفاً فلا يكون باعاً على النزاع، ويحصل الملك المقصود بغير خصام"<sup>(١٥٦)</sup>.

ج. إن كل دعوى يكذبها العرف فهي مرفوضة وباطلة، يقول ابن قيم الجوزية: "وكل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة ... وهذا المذهب هو الذي ندين به ولا يليق بهذه الشريعة الكاملة سواه"<sup>(١٤٧)</sup> وهو ما تنص عليه قاعدة: (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة)<sup>(١٤٨)</sup>.

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ٣٨ منها على ما يأتي: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة<sup>(١٤٩)</sup>، وهي نص المادة ٢٢٣ من القانون المدني الأردني.

ومما يدل على أهمية العرف في ذلك أن ابن فرحون عقد في كتابه باباً خاصاً جعل عنوانه "باب في القضاء بالعرف والعادة باب في القضاء بالعرف والعادة، وكذلك فعل الطرابلسي في كتابه معين الحكام المطالب السابع: تصحيح الشروط الفاسدة.

المقصود بالشرط هنا هو الشرط التقييدي: وهو التزام في التصرف القولي لا يوجبه التصرف حال إطلاقه"<sup>(١٥٠)</sup>.

والشرط الفاسد: هو "كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للم عقود عليه وهو من أهل الاستحقاق"<sup>(١٥١)</sup>.

والعلة التي جعلت الشرط فاسداً عند الحنفية هي نهيه عن بيع وشرط، وذلك "لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون رياءً، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا"<sup>(١٥٢)</sup>، ولأن مثل هذا الشرط يؤدي على وقوع النزاع بين العاقدين، مما يخرج العقد عن مقصوده"<sup>(١٥٣)</sup>.

والشرط يؤثر في العقد تأثيراً كبيراً إذ إنه قد يؤدي إلى فساد العقد أحياناً، هذا فضلاً عن فساده هو.

وقد اعتبر الحنفية أن جريان العرف بنوع من الشروط يرفع عنها صفة الفساد، ويجعلها شروطاً صحيحة ملزمة، يجب على الطرف الآخر الالتزام بها،

و . يتولى العرف الترجيح بين الأقوال والبيانات المتعارضة، حيث يعتبر مرجحاً لقول من كان قوله موافقاً للعرف.

ز . وأخيراً يعتبر مصححاً لكثير من الشروط المقترنة بالعقد، والتي لو ورد العرف بها، لكانت شروطاً فاسدة، قد تكون مفسدة للعقد، وهذا يدل على دور العرف في توسيع دائرة الشروط، والابتعاد بها عن دائرة الفساد.

وأخيراً لا يفوتني الإشارة إلى أن وظائف العرف ما زالت تحتاج إلى دراسة متخصصة وموسعة، نظراً لأهمية هذه الوظائف وتنوعها، مما ينوء به كاهل مثل هذا البحث. والحمد لله أولاً وآخراً.

الهوامش:

- (١) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، بيروت، ١٩٦٨م، (ط١٠) دار الفكر، ج٢، ص٨٤٠.
- (٢) محمد بن محمد بن أمير الحاج، التقرير والتحبير في شرح التحرير، بيروت، دار الكتب العلمية، ج١، ص٢٨٢.
- (٣) العموم والخصوص المطلق: هو نسبة بين معنيين من حيث أن أحد اللفظين ينطبق على كل ما ينطبق عليه الآخر دون العكس.
- (٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٨٤٣.
- (٥) ومن ذلك قول السرخسي: "والأيمان مبنية على العرف والعادة". محمد بن أحمد، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ج٩، ص١٥، وقوله أيضاً: "إن المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، والمرجع في ذلك إلى العرف والعادة". المبسوط ج١٢ ص٥٣، ويقول ابن قدامة: "إن المطلق يحمل على العرف والعادة". موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج٧، ص١٧٠، وعقد ابن فرحون باباً خاصاً في كتابه تبصرة الحكام عنون له بقوله: "الباب السابع والخمسون في القضاء بالعرف والعادة"، والأمثلة أكثر من أن تحصى.

وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني، فقد نصت المادة ١٦٤ على ما يأتي: يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. انظر المادة ١٨٨ من المجلة.

نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني الأردني: يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه، أو جرى به العرف.

ومن الأمثلة على ذلك:

- (١) اشتراط المشتري على البائع قيامه بإيصال البضاعة إلى محل المشتري، ونحو ذلك مما يتعارف عليه الناس ويشترطونه في معاملاتهم، فاشتراطه يكون صحيحاً بيقيد العقد به، ويعد موجبه حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره<sup>(١٥٧)</sup>.
- (٢) اشتراط المشتري على البائع كفالة المبيع لمدة، وكذلك اشتراط صيانتها أو توفير قطع الغيار والصيانة للمبيع.

#### الخاتمة:

بعد أن انتهيت بتوفيق الله وكرمه من إعداد هذا البحث، يمكن تلخيص أهم نتائجه بالأمور الآتية:

- (١) يقوم العرف بدور هام في الحياة العامة، ويكاد يخلو جانب من جوانب الحياة من التأثير أو التأثير به
- (٢) للعرف وظائف كثيرة يقوم بها، أهمها:
- أ . يعتبر مرجعاً مهماً في تفسير كلام الناس ونصوصهم.
- ب . يعتبر مرجعاً مهماً في تحديد نطاق التصرفات وبيان مشتملاتها، خاصة عند عدم وجود نص ينظم العلاقة بين الأطراف، أو عندما يكون النص ناقصاً
- ج . يعتبر معياراً وضابطاً لتحديد أنواع الأمور ومقاديرها المطلقة والمجملة .
- د . للعرف دور كبير في الدلالة على الأمور الباطنة كالرضا وغيره
- هـ . يعتبر العرف دليلاً، حيث لا يكون ثمة دليل غيره

- (٦) لما صدق: محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف، بيروت، عالم، الكتب، ج ٢، ص ١١٤.
- (٧) محمد أمين بن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف، بيروت، عالم، الكتب، ج ٢، ص ١١٤.
- (٨) محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقي السعود، (ط٢)، دار المنارة، ج ١، ص ٣٠٩.
- (٩) السبكي، تكملة المجموع، ج ١١، ص ١٢٣.
- (١٠) محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٩٨٤م، (ط٢)، ج ١، ص ٥٩.
- (١١) تنص القاعدة الفقهية على أن: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، المادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٢١٤ من القانون المدني الأردني.
- (١٢) محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٣، ص ٨٦.
- (١٣) إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، بيروت، دار المعرفة، ج ٣، ص ٣٤٧.
- (١٤) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٧٨.
- (١٥) الوضع: هو جعل اللفظ دليلاً على المعنى، علي بن عبد الكافي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، بيروت، دار الكتب العلمية، ج ١، ص ٢٦٣.
- (١٦) الاستعمال: هو إطلاق اللفظ وإرادة المعنى، وهو من صفات المتكلم، جمال الدين الإسنوي، التمهيد في بخرج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٤م، (ط١)، ص ١٧٣.
- (١٧) فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر العلواني، بيروت مؤسسة الرسالة، ١٩٩٢م، (ط٢)، ج ١، ص ٤١٠.
- (١٨) علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، بيروت، ١٩٨٣م، دار الكتب العلمية، ج ١، ص ٥٢.
- (١٩) بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي، ج ١، ص ٢٣١.
- (٢٠) الوضع: هو اعتقاد السامع مراد المتكلم، أو ما اشتمل عليه مراده، وذلك من صفات السامع، الإسنوي، التمهيد ص ١٧٣.
- (٢١) إبراهيم بن محمد ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام، بيروت، دار الكتب العلمية، ج ٢، ص ٧٥.
- (٢٢) بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد، بيروت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر، ١٩٨٢م (ط١)، ج ٢، ص ٣٨٨.
- (٢٣) الزركشي، البحر المحيط، ج ٣، ص ١١.
- (٢٤) موفق الدين ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، بيروت، دار المطبوعات العربية، ج ١، ص ١٨١.
- (٢٥) الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٣، ص ٨.
- (٢٦) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ج ٢، ص ٩٧.
- (٢٧) يقول الشاشي: "إن ثبوت الأحكام بالألفاظ إنما كان لدلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلم، فإذا كان المعنى متعارفاً بين الناس كان المعنى المتعارف دليلاً على أنه المراد به ظاهراً فيتربط عليه الحكم". أصول الشاشي، ج ١، ص ٨٥.
- (٢٨) ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، رسائل ابن عابدين، ج ٢، ص ١٣٨.
- (٢٩) الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٨٥٢.
- (٣٠) الزركشي، البحر المحيط ج ٣، ص ١١. الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ج ١، ص ٥٢.
- (٣١) الزركشي، البحر المحيط ج ٣، ص ١٢. الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ١، ص ٥٢.
- (٣٢) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ٣٩٦.
- (٣٣) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٨٩.
- (٣٤) الزركشي، البحر المحيط، ج ٢، ص ٢٣١.
- (٣٥) محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، دمشق، الشركة المتحدة للتوزيع، ١٩٨٥م، (ط٢)، ص ٥٥٧.
- (٣٦) ابن أمير حاج، التقرير والتحرير، ج ١، ص ٢٨٢.

- (٣٧) علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الجبل، ج١، ص٤٥.
- (٣٨) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٣، ص١١٨.
- (٣٩) ابن رجب، **القواعد**، ص٢٧٣.
- (٤٠) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص٣٧٨.
- (٤١) الأمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد سعيد البديري، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م، (ط٣)، ص٢٧٨.
- (٤٢) محمد أديب صالح، **تفسير النصوص**، ج٢، ص٢٠١. الدريني، **المناهج الأصولية**، ص٦٧٦.
- (٤٣) يقول ابن قيم: "إن النية تخصص العام وتقيده المطلق". محمد بن أبي بكر الزرعي، **الطرق الحكمية**، بيروت، دار البيان، ص٢٦٧.
- (٤٤) النسفي، **كنز الدقائق**، ج٤، ص٣٢٣.
- (٤٥) المادة ٦٤ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٢١٨ من القانون المدني الأردني.
- (٤٦) أحمد بن إدريس القرافي، **الفروق**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٣، ص١١٨.
- (٤٧) علي حيدر، **درر الحكام**، ج٢، ص٣٥٨.
- (٤٨) السرخسي، **المبسوط**، ج١٥، ص١٣٠.
- (٤٩) علي حيدر، **درر الحكام**، ج١، ص٥١.
- (٥٠) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٧٦.
- (٥١) المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٢٢٦ من القانون المدني الأردني.
- (٥٢) السرخسي، **المبسوط**، ج٤، ص١٥٢.
- (٥٣) وهذا هو معنى الصريح لغة يقول الكاساني: "الصريح في اللغة إسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم: صرح فلان بالأمر أي: كشفه وأوضحه وسمي البناء المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية". مسعود بن أحمد، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٣، ص١٠١.
- (٥٤) البخاري: **كشف الأسرار**، ج١، ص١٠.
- (٥٥) لأجل ذلك نجد أن بعض العلماء يعرفون الصريح بهذا الاعتبار فيقولون: "الصريح هو كل لفظ مكشوف
- المعنى والمراد". السرخسي، **أصول السرخسي**، ج١، ص١٨٧.
- (٥٦) عثمان بن علي الزليعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ج٣، ص٢١٥.
- (٥٧) سليمان بن خلف الباجي، **المنتقى شرح الموطأ**، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٤م، (ط٤)، ج٤، ص٦.
- (٥٨) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٣، ص١٣٦.
- (٥٩) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص١٠٥.
- (٦٠) الزليعي، **تبيين الحقائق**، ج٢، ص١٩٧.
- (٦١) محمد بن محمود البابر، **العناية شرح الهداية**، بيروت، دار الفكر، (ط٢)، ج٤، ص٥.
- (٦٢) التفتازاني، **شرح التلويح على التوضيح**، ج١، ص٢٣٤.
- (٦٣) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص٣١٠.
- (٦٤) السرخي، **المبسوط**، ج٦، ص٧٢.
- (٦٥) القرافي، **الفروق**، ج١، ص١٧٧.
- (٦٦) أي أنها ألفاظ صريحة.
- (٦٧) أي أنها ألفاظ كناية.
- (٦٨) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص٧٨.
- (٦٩) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج٣، ص٢٥٣.
- (٧٠) الشوكاني، **إرشاد الفحول**، ص٥٥.
- (٧١) المرجع السابق، ص٥٦.
- (٧٢) البيهقي، **أصول البيهقي**، ج١، ص٨٧.
- (٧٣) الزركشي، **البحر المحيط**، ج٣، ص١١٨.
- (٧٤) رواه الإمام مسلم في كتاب الرضاع باب المطلقة البائن لا نفقة لها.
- (٧٥) تقي الدين أبو الفتح ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج١، ص١٩٣. وانظر: يحيى بن شرف النووي، **صحيح مسلم بشرح النووي**، بيروت، دار الفكر العربي، ج١٠، ص٩٨.
- (٧٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص٧٥.
- (٧٧) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٦.
- (٧٨) الزركشي، **المنثور في القواعد**، ج٢، ص٣٩٤.
- (٧٩) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص٨٧٩.



- (٨٠) السرخسي، المبسوط، ج٢٣، ص١٨.
- (٨١) المادة ١٣ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٢١٥ من القانون المدني الأردني.
- (٨٢) السرخسي، المبسوط ج٤، ص٢٢٧.
- (٨٣) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧٩.
- (٨٤) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٧٩.
- (٨٥) المادة ١٣ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٨٦) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٤٤.
- (٨٧) المادة ٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٨٨) يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، القاهرة، المطبعة المنيرية، ج١١، ص٥.
- (٨٩) المادة ٤٤ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٩٠) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٢١.
- (٩١) نوري ح مد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، إربد، الفجر للطباعة، ١٩٩٧م، ص٢٤٥.
- (٩٢) القرافي، الفروق، ج٣، ص٢٦٤.
- (٩٣) الجصاص، أحكام القرآن، ج١، ص٥٥١.
- (٩٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٦، ص٣٨٣.
- (٩٥) رواه البخاري في كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم للحديث رقم ٢٢١١.
- (٩٦) الشافعي، الأم، ج٥، ص١١٥.
- (٩٧) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٤٤.
- (٩٨) عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، عمان، مكتبة الأقصى، ١٩٧٤م، (ط١)، ج١، ص١١٧١.
- (٩٩) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية، مادة مول.
- (١٠٠) المقصود بالعرف هنا هو العرف الصحيح، وبالتالي إذا تعارف الناس على تمول ما ليس مباحاً شرعاً، فهو خارج عن موضوعنا، لأن كلامنا إنما هو في العرف الصحيح، دون الفاسد.
- (١٠١) عبد الرحمن بن محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط١)، ص٣٢٧.
- (١٠٢) ابن عابدين، رد المحتار ج٤، ص٥٠١.
- (١٠٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٨٧.
- (١٠٤) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤، ص٣٥.
- (١٠٥) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص٤٥٨.
- (١٠٦) هذه القاعدة هي نص حديث شريف، قال فيه ابن رجب: حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلأ فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضاً. انظر ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم ص ٤٥١، وهو نص المادة ١٩ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٦٢ من القانون المدني الأردني.
- (١٠٧) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٣٦.
- (١٠٨) نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص٤٠٦.
- (١٠٩) رواه البخاري في كتاب المظالم باب لا يمنع جاز جاره أن يغرز خشبة في جداره، حديث رقم ٢٤٦٣.
- (١١٠) الدريني، التعسف في استعمال الحق، ص١٥٥.
- (١١١) السرخسي، (والرجوع في معرفة العيب إلى العرف) المبسوط، ج١٣، ص٥١.
- (١١٢) الكاساني، بدائع الصنائع ج٥، ص٢٧٤.
- (١١٣) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ج٣، ص٣.
- (١١٤) وهي تنص على أن: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).
- (١١٥) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص٣٣٧.
- (١١٦) النووي، المجموع، ج١١، ص٥٤٨.
- (١١٧) المادة ٦٣ من مجلة الأحكام العدلية.
- (١١٨) يقول الزنجاني: "إن حقيقة الرضا لما كانت أمراً خفياً وضميراً قلبياً، اقتضت الحكمة رد الخلق إلى أمر كلي وضابط جلي يستدل عليه، وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدین". تخريج الفروع على الأصول، ص١٤٣.
- (١١٩) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٢، ص٢٩٧.
- (١٢٠) الخطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٢٨.
- (١٢١) الخطاب، مواهب الجليل، ج٥، ص١٩٠.

- (١٢٢) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٨٢. عادة يلحق بالمستحيل حقيقة ". بدائع الصنائع، ج٤، ص٨٤.
- (١٢٣) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٣٥١.
- (١٢٤) الكاساني، البدائع، ج٥، ص١٣٣.
- (١٢٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٢٩.
- (١٢٦) وانظر: المادة ٦٢٢.
- (١٢٧) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، ص١٧٠.
- (١٢٨) هذه القاعدة ذكرها ابن قيم الجوزية بقوله: "الإذن العرفي يجري مجرى الإذن اللفظي". إعلام الموقعين، ج٣، ص٦. وابن قدامة المقدسي بقوله: "والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي". المغني، ج٤، ص٣٠١.
- (١٢٩) المادة ٣٧ من مجلة الأحكام العدلية.
- (١٣٠) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٢.
- (١٣١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ج٢، ص١٣٠.
- (١٣٢) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ج٢، ص١٢٨.
- (١٣٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٠٩.
- (١٣٤) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٣، ص٦.
- (١٣٥) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٢، ص٢٩٩.
- (١٣٦) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص٧٣٩.
- (١٣٧) الشاطبي، الموافقات، ج٤، ص٢٠٧.
- (١٣٨) الكاساني، البدائع، ج٦، ص٧٢.
- (١٣٩) علي حيدر، درر الحكام، ج١، ص١٨٢.
- (١٤٠) الرازي، المحصول، ج١، ص٥٢٩.
- (١٤١) السرخسي، المبسوط، ج١٨، ص١٧٣.
- (١٤٢) السرخسي، المبسوط، ج٢٥، ص١٢. عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج٣، ص١٥١.
- (١٤٣) المادة ٧٦ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٧٧ من القانون المدني الأردني.
- (١٤٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص١٤٠.
- (١٤٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص٧٢.
- (١٤٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام ج٢، ص٦٨.
- (١٤٧) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج٣، ص٣٥٢.
- الطرق الحكمية، ص٧٩.
- (١٤٨) المادة ٣٨ من مجلة الأحكام العدلية.
- (١٤٩) يقول الكاساني: "الأصل في أحكام الشرع أن المستحيل