العرف حجيته وآثاره الفقهية

د. أسماء بنت عبدالله الموسى(*)

المقدمـــة

بمـا أن الحياة في تطور دائم ومستمر، وأصبحت عادات الناس وأعرافهم لها سلطان على النفوس، وتحكم في العقول، ومتى رسخت، اعتبرت من ضرورات الحياة التي لا يستغنى عنها، وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدين، فيرون أنفسهم ملزمين باعتناقها، والجري على سننها، ويرون الخروج عنها إثمًا عظيمًا، فيأخذ مكانه من النفوس كالسيل بقوة انحداره، يحتفر طريقه في الجبل، فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه، فكذلك العرف يرسخ في النفوس؛ بحيث يعسر زحزحتها عنه، بل هي أسيرة له، مطبوعة على انتهاجه، ومن هنا قالوا: «العادة طبيعة ثانية»، ويقول الفقهاء: «في نزع الناس عن عاداتهم حرج عظيم لما لها من القوة والتغلغل في الرؤوس».

ولما لهذا العرف من أهمية وسلطان على الناس، فقد رغبت في إعداد بحث عن العرف في دراسات الأصوليين.

وقسمت البحث إلى مقدمة، وأربعة فصول، وخاتمة.

(*) أستاذ أصول الفقه المساعد بجامعة البنات ـ كلية الآداب، الرياض.

٢ . حقيقة العرف عند الأصوليين

٢ . ١ تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

العرف في اللغة:

جاء في معجم «مقايس اللغة» عرف: العين والراء: أصلان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عرفًا عرفًا، أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلانًا عرفانًا ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قيل من سكون إليه، لأن من أنكر شيئًا توحش منه، ونبا عنه»[(١)].

العرف في الاصطلاح

عرف العلماء العرف بتعاريف كثيرة من أهمها ما يلي:

التعريف الأول:

ذكر الشيخ أحمد أبو سنة: أن عبد الله بن أحمد النسفي عرفه في كتابه المستصفى[(٢)] بقوله: «العادة والعرف: ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[(٣)].

(١) انظر: معجم مقايس اللغة لابن فارس (٤/ ٢٨١).
(٢) من كتب الحنفية لا زال مخطوطًا بدار الكتب المصرية.
(٣) في كتابه العرف والعادة في رأي الفقهاء (ص/ ٨).

وقد وهم من عزاه إلى أبي حامد الغزالي، كالأستاذ مصطفى الزرقا[1]، والدكتور وهبة الزحيلي[2].

ومنشأ هذا الوهم قول أبي سنة في كتابه[3]: قال في المستصفى، وهو يريد النسفي. فأعاد الضمير عليه لتقدم ذكره، والزرقا والزحيلي حسباه الغزالي، لاعتقادهما أن لا مستصفى إلا للغزالي.

نقد التعريف:

ولقد انتقد هذا التعريف بعدة أمور:

١ ـ أنه سوى بين العادة والعرف، فمدلولهما عنده واحد، فما يطلق عليه عرفًا يطلق عليه عادة، والعكس بالعكس، وليس الأمر كذلك، إذ إن العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة، ولا عكس.

أي أن الشيء المتكرر من الشخص الواحد يقال له: عادة، ولا يقال له عرفًا، لأن العرف يدل على تتابع كثيرين عليه؛ بخلاف العادة، فإنها تدل على ذلك، وعلى العادة الفردية.

وبهذا تبين أن عطف العرف على العادة ليس صحيحًا.

٢ ـ أن التعريف غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد فيه، كما يفهم من سياق الكلام أنه إنما يريد به العرف الصحيح.

التعريف الثاني:

عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[4].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٣٨).
(٢) انظر: الوسيط في أصول الفقه الإسلامي (ص/ ٥٢٠).
(٣) العرف والعادة (ص/ ٨).
(٤) انظر: التعريفات (ص/ ١٣٠).

نقد التعريف:

هذا التعريف إن سلم من الاعتراض الأول على تعريف النسفي، إلا أنه لا يسلم من الاعتراض الثاني.

التعريف الثالث:

وهو لابن عابدين؛ حيث عرفه 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 المصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم»[(١)].

نقد التعريف:

١ ـ أنه غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد.

٢ ـ أنه سوى بين العرف والعادة.

٣ ـ أن العادة قد تثبت بتكررها مرتين أو ثلاثًا بخلاف العرف، فإنه لا يثبت إلا بالاستقرار والدوام.

أما العلماء في عصرنا الحاضر، فقد تعرضوا أيضًا لتعريفه، ومن الملاحظ أن تعاريفهم متقاربة، وتكاد تكون في بعضها مترادفة

أمثلة العرف:

ما جرى عليه تعامل الناس من استئجار بعضهم لأصحاب المهن والحرف الذين يشتغلون، وقد فتحوا لها محلات، فإذا استئجر أحدهم ولم يسم له أجرة فإنه يعطى أجرته على حسب ما جرى به العرف، وإن لم يكن هناك شرط. ومن ثم جاء في كلام الفقهاء قاعدة: «العادة محكمة» وقاعدة: «تنزل العادة منزلة الشرط»[(٢)].

---

(١) انظر: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف (٢/ ١١٤).

(٢) انظر: العرف وأثره في الشريعة والقانون (ص/ ٣٥ـ٣٦)، الأشباه والنظائر (١/ ١٢٦)، المدخل الفقهي العام (٢/ ٩٩٩)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٣٠)، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف (ص/ ٩٠).

فمثلاً: المهندس، والحلاق، والنجار، والسمسار يستحقون من الأجر مقابل ما يقومون به من عمل تنزيلاً للشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي.

فالمعاملات مع تنوعها وما داخلها من تعقيد ولا سيما في عصرنا هذا، لو لم يقل باعتبار العرف، لأدى ذلك إلى النزاع، وهذا مؤداه إلحاق المشقة والعسر بالناس، وهما منفيان في الشرع، لأن مبناه على اليسر والسهولة[1].

٢ . ٢ نشأة العرف وسلطانه على الناس

ينشأ العرف من ارتياح الإنسان إلى فعل من الأفعال التي تميل إليها النفس، ثم يتكرر فعله فيصبح عادة، فإذا انتشرت هذه العادة أو العادات بين الناس، وقلد بعضهم بعضًا فيها، أصبح عرفًا، وبذا نرى أن العادة غير العرف، وربما ذهب بعض الناس إلى أن العادة والعرف بمعنى واحد، وأنهما سواء[2].

فكل عمل يأتيه الإنسان باختياره لابد له من باعث يدعو إليه، وذلك الباعث إما أمر خارجي كأمر من يشعر باحترامه، ويعتقد أن طاعته واجبة، وكظهور مصلحة من شيء أثبتتها التجربة، أو البحث العلمي، وكالأعمال التي تدعو إليها البيئة والطبيعة أو الاجتماعية.

وإما لأمر داخلي، فهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه، كحب الإنتقام، والحياء الشديد، الداعيين إلى الأخذ بالثأر، والحجاب للمرأة.

ذلك الباعث يوجد في النفس رغبة في العمل، وميلاً إليه، فإذا أنفذ الإنسان هذه الرغبة، وأتى بما مال إليه، وكرره مرة بعد أخرى، فقد أصبح عادة. فالذي يكون العادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل.

ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوس مستعدة، تأثرت به فحاكته، وقلدت فيه، إذ الجماعة مفطورة على التقليد، فهي تهوى وتحب، مطبوعة على الافتداء بمن تستهديه

(١) انظر: العرف وأثره في الشريعة والقانون (ص/ ٣٥ـ٣٦)، أصول الفقه الإسلامي (محمد مصطفى شبلي ص/ ٣٢٦).
(٢) انظر: نظرية العرف (ص/ ٢٢ـ٢٣).

في شئونها، لاعتقاد الكمال فيه، إلا أن هذه المحاكاة قد تكون سريعة، وقد تكون بطيئة، بحسب شدة الحاجة إلى العمل، وقوة محبته وضعفها.

فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد، وتكررت هذه المحاكاة، وانتشرت بين معظم الأفراد، يتكون عندئذ بها العرف الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة.

وكما يجري ذلك في الأفعال، يجري أيضًا في الأقوال، فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم، وأن التفاهم بالإشارات ونحوها عسير وبطيء، ولذا لجأ البشر إلى طريق التغير بالألفاظ التي هي أصوات يعتادون التعبير بها حتى تصبح لغة عامة بينهم، تم بتوسع الصناعات والتجارات والزراعة والتقنيات والتكنولوجيا، أصبح التغير باللغة العامة الأصلية في هذه الأمور عسيرًا وطويلاً، وموروثًا للاشتباه. لذلك يلجأ أهل الحرف إلى استعمال الألفاظ خاصة يصطلحون عليها بطريق الوضع المبتدأ، أو بطريق التداول المتكرر للدلالة على معان وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل[١].

ومعظم الأعراف تنشأ عن الحاجة، إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل، ويشيع حتى يصبح عرفًا دارجًا، وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها من المعتقدات والشعائر الدينية والأخلاق ونظام الحكم ومعاهد العلم وحركة الفكر[٢].

ولذلك فللعرف أهمية كبيرة في بناء أحكام شرعية كثيرة عليه.

فنجد الشاطبي يقول: «لولا أن اطراد العادات معلوم، لما عرف الدين من أصله، فضلاً عن التعريف على فروعه، لأن الدين لا يعرف إلا عند الاعتراف بالنبوة، ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا بواسطة المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا بعد تقرير اطراد العادة في الحال والاستقبال، كما اطردت في الماضي»[٣].

(١) انظر: العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، فرحانة شويته، ص٢٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) انظر: الموافقات (٢/ ٢٠٥).

وابن عابدين يقول: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً: فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة».

ويقول أيضًا: والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يدار[1].

ونجد القرافي أيضًا يقول: «كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس تجديدًا للاجتهاد المقلدين، حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء، وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد»[2].

وذكر ابن القيم فصلاً في إعلام[3] الموقعين: في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأحوال والنيات والعوائد.

وذكر ابن عابدين: أن كثيرًا من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد[4].

وهذا هو حظ العرف في التشريع الإسلامي، حيث تبنى عليه الأحكام إذا لم يكن نص ولا إجماع، وعمل العرف باعتبار موضوعه يتبع قلة النصوص وكثرتها، فكلما كثرت النصوص يجعلون عمله في المعاملات التجارية التي تتجدد وتتنوع على مر الزمن أكثر من غيرها[5].

---

(١) انظر: رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٥).
(٢) انظر: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص ٦٨.
(٣) انظر: (٣/ ٢) وما بعدها.
(٤) انظر: رسالة نشر العرف في بناء الأحكام على العرف.
(٥) انظر: العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، فرحانة توتيه، ص٢٢.

وسيظل تأثير الأعراف في الأحكام، وتسليم العلماء بذلك غير منكور، وهو تأثير يظل متجددًا ما كان في الناس أعراف وعادات، وما تجددت الحياة، وبرزت أعراف جديدة كلما تقدمت بهم وسائل الحياة والإنتاج، وتبدلت أساليب المعيشة، واتسع العلم والعمران[١].

لذا يقول الفقهاء: في نزع الناس عن عاداتهم حرج عليهم، يعنون لمالها من القوة والتغلغل في الرؤوس[٢].

ويقول عبد العزيز الخياط: وسيبقى العرف واحدًا من المصادر الفرعية للتشريع، ومعتبرًا من الأحكام الشرعية العملية بين الناس، لما له من تأثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها، سواء كان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس، أو في معاملاتهم وعقودهم الجارية في البيع والتجارة والإجارة والزراعة[٣].

وسلطان العرف كبير على الأحكام، يدخل فيه جميع أبواب الفقه؛ سواء أكان ذلك في العبادات أو المعاملات أو السير أو الأحوال الشخصية، حتى في باب العقوبات، فمثلاً جريمة التعدي على الكرامة بالشتم والإهانة، إنما يعتبر من الكلام جرمًا يستحق قائله العقوبة التعزيزية ما يكون في عرف الناس شتمًا وعقوبة، والعقوبة التعزيرية نفسها إنما تكون شرعًا بالقدر الذي يعتبر كافيًا للقمع في نظر العقلاء وعرفهم، بحسب درجة[٤] الجرم.

والشريعة الإسلامية راعت العرف وقت التنزيل ونزلت الأحكام مقرة لها، وإن كان الدليل على صحتها هو الشرع، فقد روى عن الرسول ﷺ أنه قال للسائب بن أبي السائب «كنت شريكي فنعم الشريك كنت لا تداري ولا تماري»[٥] وذلك إقرار لشركة المضاربة، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان واستثنى السلم لأنه معاملة

(١) انظر: نظرية العرف للخياط، ص٥٢.
(٢) انظر: العرف والعادة لأبي سنة (ص/ ١٦).
(٣) انظر: نظرية العرف (ص/ ٣٩).
(٤) انظر: المدخل الفقهي للزرقاني (ص/ ٣٨٢).
(٥) أخرجه: الإمام أحمد في المسند، (ص/ ١٠٨٦)، الحديث رقم (١٥٥٨٧).

جارية في المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1][2].

وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع المزابنة[3] وهي بيع البلح على رؤوس النخيل بمقداره من التمر المجزور، لكن لا على سبيل التحديد، بل على سبيل التخمين؛ إذ لا يمكن إلا كذلك، وسبب النهي ما فيه من احتمال ربا الفضل، وشبهه البلح على رؤوس النخل بالتمر لأكله فاكهة. وكان ذلك عرفًا شائعًا بينهم، وكان في نزعهم عنه حرج، فاستثناه الرسول ﷺ من بيع المزابنة[4].

ولم تقطع الشريعة الإسلامية نظرها عن العرف بل جعلت رعايته أصلاً من أصولها العامة، وأدارت كثيرًا من أحكامها على قواعده، ويعد مستندًا عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وتمديدها وإطلاقها وتقييدها.

٣. أقسام العرف عند الأصوليين

ينقسم العرف إلى أقسام مختلفة بعدة اعتبارات:

فينقسم باعتبار سببه إلى قولي وعملي، وباعتبار من يصدر عنه إلى عام وخاص، وباعتبار المعنى اللغوي إلى مقرر له، وقاض عليه. وباعتبار الحكم الشرعي إلى صحيح وفاسد.

---

(١) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، ص٤١٧، الحديث رقم (٢٢٤٠).

(٢) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، ص٤٠٧، الحديث رقم (٢١٧١).

(٣) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، ص ٤٠٧، الحديث رقم (٢١٧٣).

(٤) انظر: المدخل الفقهي، ص ٨٥٠.

ـ العرف القولي:

وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى ليس موضوعًا له، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى[١].

وينقسم باعتبارين: أحدهما: من حيث ذاته. الثاني: من حيث مصدره. وأما من حيث ذاته: فيتنوع إلى ضربين:

أ ـ عرف قولي في المفردات.

ب ـ عرف قولي في المركبات.

أما العرف القولي في المفردات ـ ويراد به ما يقابل الجمل ـ فالأمثلة عليه كثيرة منها:

لفظ «الدراه» فإنه يطلق في اللغة على النقد الفضي المسكوك بوزن معين، وقيمة محددة، إلا أنه استعمل في العرف بمعنى النقود الرائجة في البلد، مهما كان نوعها وقيمتها، حتى الورق النقدي المستعمل في عصرنا هذا[٢].

مثال ذلك: لفظ اللحم لا يطلق في العرف على السمك، فمن سألته ـ وقد أكل سمكًا ـ هل أكلت لحمًا؟ أجابك بالنفي، مع أنه أكل سمكًا.

وعليه فلو حلف لا يأكل لحمًا أو علق على أكله الطلاق، فأكل لحم سمك، فإنه لا يحنث، ولا تطلق امرأته، مالم تكن هناك نية، وهذا إجراء عرفي، وإلا فهو يسمى كمًا، وقد جاء ذلك في قوله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا** ....﴿١٤﴾﴾ (سورة النحل)[٣].

وكذلك لفظ «المس» و «اللمس»؛ حيث يطلقان في اللغة على الإدراك بظاهر البشرة، ويعبر عنه بالطلب، إلا أنهما استعملا في عرف الشرع عبارة عن الوطء، كما قال تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ** ...﴿٢٣٧﴾﴾ (سورة البقرة)[٤].

---

(١) انظر: التقرير والتحبير (١/ ٢٨٢).

(٢) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون (ص/ ٧٠).

(٣) الإقناع في الفقه الشافعي (ص/ ١٩٠).

(٤) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب لا طلاق قبل النكاح، ص ١٥٤٢.

وقال تعالى: ﴿ ... أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لامَسْتُمُ النِّسَاءَ ... ﴿٤٣﴾ ﴾ (سورة النساء).

أما العرف القولي في المركبات: ويراد به الجمل، فأمثلته كثيرة منها:

مسألة تقليد الوالي رجلاً عملاً وفيه رجل آخر، بقوله: «وإن كان في العمل ناظر قبل تقليده نظر في العمل، فإن كان مما لا يصح الاشتراك فيه كان تقليده الثاني عزلاً للأول، وإن كان مما يصح فيه الاشتراك روعي العرف الجاري فيه، فإن لم يجر العرف بالاشتراك فيه كان عزلاً للأول وإن جرى العرف بالاشتراك فيه لم يكن تقليد الثاني عزلاً للأول، وكانا عاملين عليه وناظرين»[1].

ومن أمثلته كذلك: أن كل ما جاء في الشرع من الأحكام المضافة إلى الأعيان، كقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ... ﴿٢٣﴾ ﴾ (سورة النساء)، وقوله تعالى: ﴿ ... أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ ... ﴿١﴾ ﴾ (سورة المائدة).

فإن مقتضى ما جاء في هذه الآيات لغة، أن تكون هذه الأحكام واردة على الأعيان، إلا أن أهل العرف نقلوا تلك الأحكام من الأعيان إلى الأفعال المتعلقة بتلك الأعيان.

ففي الآية الأولى تحريم الاستمتاع بالأمهات، وفي الآية الثانية تحريم الانتفاع بالميتة إلا ما خص، وفي الآية الثالثة حل أكل بهيمة الأنعام[2].

وأما العرف القولي من حيث مصدره فيتنوع إلى ضربين:

أ ـ عرف شرعي. ب ـ عرف استعمالي.

العرف الشرعي فهو: اللفظ الذي استفيد من الشارع وضعه للمعنى، سواء كان اللفظ والمعنى مجهولين عند أهل اللغة، أو كانا معلومين، لكنهم لم يضعوا ذلك الاسم لذلك المعنى، أو كان أحدهما مجهولاً والآخر معلومًا.

(١) انظر: الأحكام السلطانية، ص ٢٦٤.
(٢) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص٧٣.

مثال ذلك: لفظ الصلاة، فإنها في أصل اللغة معناها: الدعاء، ولكنها في عرف الشرع صارت تطلق على الهيئة المعروفة المخصوصة بالأقوال والأفعال، المفتتحة بالتكبير، المختتمة بالتسليم.

فلو نذر إنسان صلاة، لزمه صلاة ركعتين، ولا يكفي في ذلك الدعاء، إلا إذا كان هناك نية.

ومثال ذلك: الزكاة والصيام والحج وغيرها من الألفاظ[١].

وأما العرف الاستعمالي فينقسم أيضًا إلى قسمين:

أحدهما: «أن يكون الاسم في الأصل اللغوي وضع لمعنى عام، ثم خصصه العرف الاستعمالي ببعض أفراده، وذلك كلفظ الدابة فإنه في الأصل اللغوي عام في كل ما يدب، لكن العرف خصصه بذوات الأربع»[٢].

مثال ذلك:

١ ـ «إذا حلف شخص أن لا يأكل الرؤوس أنه لا يحنث برؤوس غير النعم، لخروجها بالعرف من عموم الاسم، وإذا حلف لا يأكل البيض، لم يحنث ببيض السمك والجراد»[٣].

فلفظ الرؤوس عام يصدق على رأس كل ما يؤكل لحمه، ولكن العرف خصصه عند الإطلاق برؤوس بهيمة الأنعام، وكذا لفظ «البيض» عام، ولكن خصصه العرف بيض فارق بائضَهُ حيًّا من دجاج وطير ونعام[٤].

٢ ـ أن يشيع استعمال الاسم في معناه المجازي حتى يكون هو المتبادر إلى الذهن من غير قرينة، مع هجر معناه الموضوع له أولاً، وذلك كلفظ «الغائط»

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٩٣.
(٢) انظر: شرح مختصر الروضة (١/ ٤٨٦).
(٣) انظر: قواطع الأدلة (٢/ ١٢٤٢ ـ ١٢٤٣).
(٤) انظر: الإقناع في الفقه الشافعي، ص١٩٠، المهذب (٢/ ١٣٤)، المغني (١٣/ ٦٠٦).

فإنه وإن كان في أصل اللغة للموضع المطمئن من الأرض، غير أنه اشتهر في عرف الاستعمال بالخارج المستقذر من الإنسان[1].

ـ العرف الفعلي:

هو ما جرت عليه أفعال أكثر الناس دون أقوالهم في جميع البلدان، أو في بعضها[2].

وهو نوعان:

١ ـ فعل عادي وهو: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية، مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل، والشرب، واللبس، والزرع بنحو ذلك[3].

٢ ـ فعل يتعلق بالمعاملات، وهو: التصرفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو تصفيتها أو إسقاطها، سواء كانت عقودًا أم غيرها، كالنكاح، والبيع والغصب، والأداء[4].

مثال ذلك:

١ ـ اعتبار الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، كما اعتادت الدوائر الرسمية في السعودية على تعطيل العمل الرسمي في يومي الخميس والجمعة[5].

٢ ـ لو حلف شخص أن لا يفعل شيئًا معينًا، وكان العرف في فعله جاريًا بمباشرته

---

(١) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٧٥، الإحكام في أصول الأحكام (١/ ٢٦)، قواعد الأحكام لابن عبد السلام (١/ ١٢١)، المستصفى (١/ ٣٢٦).

(٢) انظر: العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٢٦، العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص٧٦، الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٥٢، أصول الفقه، ص ٣١٣.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤٦)، أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٥٨٥.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤٦)، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص ١٤٥.

(٥) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٤٨٦)، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ٧٧.

دون أمره، من جميع الناس، كقوله: والله لا كتبت ولا قرأت ولا حججت ولا اعتمرت، فإذا أمر غيره بالكتابة والقراءة والحج والعمرة، لم يحنث سواء جل قدر الحالف أو قل، لأن العرف جار بين الناس بمباشرة ذلك من كل قليل وجليل[١].

٣ ـ الدخول إلى دور القضاة والولاة في الأوقات التي جرت العادة بالدخول فيها بعد فتح أبوابها للحكومات والخصومات، وكذلك الجلوس فيها على حصرها وبسطها إلى انقضاء حاجة الدخول إليها، فإذا أراد أن يقيم إلى قضاء حاجته إقامة طويلة، أو أراد من لا حاجة الدخول للتنزه، أو للوقوف على ما يجري للخصوم فالأظهر جوازه لجريان العادة بمثله[٢].

ـ العرف العام

هو ما تعارف عليه أكثر الناس في جميع البلدان على مختلف العصور[٣].

والأمثلة على ذلك كثيرة، منها:

تعارف الناس على دخول الحمام من غير تحديد لزمان المكث، والماء المستعمل والأجرة.

وتعارف الناس على الاستضاع ـ أي الاستئجار ـ في كثير من الحاجات واللوازم، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه، ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان، وقد أصبح جاريًا في جميع الحاجات حتى استئجر على استضاع المعامل بكاملها والبواخر وغيرها[٤].

وتعارف الناس على أن استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية، وتعارف أن

---

(١) انظر: كتاب الأيمان (م١/ ٣٧٥)، ط١٥/ ٣٧٧.
(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز ابن عبد السلام (٢/ ١٣٢).
(٣) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٨١، أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٥٨٥، مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٥)، أصول الفقه الإسلامي لشلبي، ص ٣١٥.
(٤) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤٨).

دخول المساجد بالأحذية تحقير لها، وأن وضع اليد على شيء مدة طويلة دليل الملك، وأن الإناء يعاد إذا أهدي فيها الطعام، وأن السلة لا تعاد إذا قدم فيها الفواكه[1].

فهذه الأمثلة فيها عرف قولي وعملي، وهي عرف عام في أكثر البلاد.

ـ العرف الخاص

(وهو ما ساد في بلد من البلدان، أو لدى طائفة من الناس)[2]. كالتجار أو الزراع ونحوهم، فهو متنوع كثيرًا، ومتجدد لا تحصى صوره، ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها، وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلاقتهم متجددة أبدًا.

والأمثلة على ذلك كثيرة، منها: إذا حلف شخص لا يأكل لحمًا، حنث بأكل الكبد والكرش في عرف أهل الكوفة وفي عرف الآخرين لا يحنث لأنهما لا يعدان عندهم لحمًا[3].

وكذلك تعارف المحامون اليوم أن جانبًا معلومًا من أجور الدعاوى التي يتقبلونها كالنصف مثلاً، يكون مؤجلاً ومعلقًا على ربح الدعوى، وصدوره الحكم بها مبرمًا واستخراج وثيقة الحكم ووضعها في دائرة التنفيذ[4].

وكتعارف التجار في إقليم معين على الالتزام بتوصل السلع المبيعة إلى منزل المشتري، أو التزام إصلاح بعض السلع في مدة محددة، كالساعات، والثلاجات[5].

---

(١) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٩، العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ١٣٦ ـ ١٤٠، أصول الفقه للدكتور وهبه الزحيلي (٢/ ٨٢٩).

(٢) انظر: الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٥٣، البحر المحيط (٢/ ٢٥٦)، أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٥٨٦، أصول الفقه الإسلامي لشلبي، ص ٣١٥، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٩ ـ ٢٠، العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ١٤٠.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٨.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٤٩).

(٥) انظر: أصول الفقه الإسلامي، شلبي، ص ٣١٥.

وكتعارف أهل الرياض على أن المستأجر لمدة سنة يدفع نصف الأجرة مقدمًا، ويدفع النصف الثاني بعد مضي ستة أشهر، وأن قيمة استهلاك الماء والكهرباء على المستأجر مالم يصرح بخلاف ذلك[١].

العرف الشرعي:

ومن العرف الخاص: العرف الشرعي: وهو «اللفظ الذي استعمله الشرع مريدًا به معنى خاصًا»[٢].

ويسمى بالمنقولات الشرعية أيضًا، كالصلاة، نقلت عن الدعاء لغة إلى العبادة المخصوصة شرعًا. والحج نقل من القصد إلى أي شيء لغة إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة. والوقف نقل من مطلق الحبس إلى حبس العين والتصدق بالمنفعة. والزكاة من الزيادة إلى المقدار المعلوم الواجب على الغني إخراجه للفقراء. ونحو ذلك والناقل هنا هو الشارع، والمنقول عنه هو المعنى الحقيقي اللغوي[٣].

قال ابن عابدين فيما نقله عن الهندي في شرح المغني في بيان أقسام العادة: «والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج، تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية»[٤].

العرف المقرر للمعنى اللغوي: وهو ما طابق معناه المعنى اللغوي.

والعرف القاضي على المعنى اللغوي: هو ما غيره بتخصيص أو تقييد أو إبطال[٥].

مثال ذلك: فمثل لهما صاحب العرف والعادة بما نقله عن الهداية فقال: قال في الهداية: «ولو حلف لا يشتري بنفسجًا، ولا نية له، فهو على دهنه، اعتبارًا للعرف. ولهذا يسمى بائعة بائع البنفسج، والشراء يبني عليه، وقيل في عرفنا يقع على الورق،

(١) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٨٣.
(٢) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٤١، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٢٠.
(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٢٠، مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٢).
(٤) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٢)، والموافقات (٢/ ٢١٥-٢١٦)، تعليل الأحكام، ص ٣٥٤-٣٥٥.
(٥) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٢٦.

وإن حلف على الورد، فاليمين على ورقه، لأنه حقيقة فيه، والعرف مقرر له، وفي البنفسج قاضي عليه».

أولاً: العرف الصحيح:

هو ما تعارفه أكثر الناس من قول أو فعل، شهد له الشارع بالاعتبار في الجملة، أو لم يشهد له بنفي ولا بإثبات، ولكنه لم يفوت مصلحة، ولم يجلب مفسدة[1].

والأمثلة على ذلك كثيرة ومن ذلك:

ما شهد له الشارع بالاعتبار في الجملة وجوب النفقة والكسوة للزوجة على قدر حال الزوجين من اليسار والإعسار، فقد قيد اللّه ذلك بالمعروف في قوله تعالى: ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿٢٣٣﴾ ﴾ (سورة البقرة).

فالمعروف هو: الاعتبار بحالهما معًا، لأن فيه جمعًا بين الأدلة[2]، في قوله تعالى: ﴿ ... **وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا** ... ﴿٧﴾ ﴾.

وفي قوله ﷺ في هند بنت عتبة[3]: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4].

نفقة الزوجة، فإن كانت ممن مثلها يخدم، فنفقة الخادم واجبة على الزوج، لقوله تعالى: ﴿ ... **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿١٩﴾ ﴾ (سورة النساء). فكان الخادم من المعروف، وإذا لم يكن مثلها ممن يخدم لم تلزم الزوج نفقة.

---

(١) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٦٥، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٤٢، أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي (٢/ ٨٣٠)، أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٥٨٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور الشلبي، ص ٣١٦.

(٢) انظر: النكت والعيون (١/ ٣٠٠).

(٣) هند بنت عتبة بن ربيعة، القرشية، والدة معاوية، أسلمت عام الفتح، توفيت في خلافة عثمان ابن عفان. انظر ترجمتها في: طبقات ابن سعد (٨/ ١٧٠)، الإصابة (٨/ ٢٠٥)، الأعلام (٨/ ٩٨).

(٤) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، ص ١٠٦، الحديث رقم (٥٣٦٤).

والاعتبار بالعرف من وجهين:

أحدهما: عرف القدر والمنزلة، فإن عرف ذوي الأقدار بشرف أو يسار أن يخدمهم غيرهم، ولا يخدمون أنفسهم، وعرف من انخفض قدره وانحطت رتبته أن يخدم نفسه ولا يخدم.

الثاني: عرف البلاد، فإن عادة أهل الأمصار أن يستخدموا ولا يخدموا، وعادة أهل السواد أن يخدموا ولا يستخدموا[١].

وكذلك ما تعارف عليه الناس من أن عقد الاستضاع يقدم فيه جزء من الأجر قبل بدء العمل.

وتعارفهم أن المهر قسمان: مقدم ومؤجل، واعتبارهم الإهداء إلى الخطيبة قبل الزفاف، وكذا إلى أهلها، وأن ذلك ليس جزءًا من المهر، وهذا أمر لا خلاف فيه[٢].

ـ العرف الفاسد:

هو ما يتعارفه الناس كلهم أو بعضهم مما يخالف الشرع، أو يجلب هذراً، أو يفوت نفعًا.

والأمثلة على ذلك كثيرة، فالمجتمعات الإسلامية سابحة بكثير من الأعراف والعوائد الفاسدة المخالفة لنصوص الشرع، كالمعاملات الربوية المنتشرة في أنحاء العالم، وبخاصة المعاملات المتمثلة في البنوك الربوية التي يسمونها زورًا بصناديق التوفير، ولم يكن ذلك قاصرًا على الأفراد، بل تعاطته أكثر الحكومات الإسلامية[٣].

ومثاله: أن المالكية يرون أن شهادة البدوي لا تقبل للقروي، لأن العرف جرى بعدم شهادة البدوي للقروي[٤].

---

(١) انظر: المهذب (٢/ ١٦١)، المغني (١١/ ٣٥٣)، الشرح الصغير (١/ ٥١٨)، النفقات للخصاف، ص ٣٧.

(٢) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٦٦

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٦.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر، ص ٤٦٤، المغني لابن قدامة (١٤/ ١٤٩)، نيل الأوطار (٨/ ٢٩٣).

وقد أجاب عنه الماوردي بقوله: «هو فاسد بأهل الأمصار القرى، فإن العرف جار بأن أهل القرى يشهدون أهل الأمصار، ولا يشهد أهل الأمصار أهل القرى، وهذا العرف غير معتبر، وكذلك في البادية والحاضرة[1].

٢ .حجية العرف وشروط اعتباره:

٢ . ١ حجية العرف عند الأصوليين

يرجح القول بحجية العرف إلى جمهور الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، إلا أن المتمعن في كلام الأئمة الأربعة وأصحابهم، يرى أنهم يعتبرون العرف، ويلاحظونه، ولا سيما في مجالات التطبيق فيما تختلف فيه أعراف الناس وبيئاتهم[2].

قال «القرافي» في «شرح تنقيح الفصول» : «ينقل عن مذهبنا ـ أي المالكية ـ أن خواصه اعتبار العوائد، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، وليس كذلك، أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»[3].

وإما بتنزيلة منزلة الدليل المستدل به، كما في كتاب «البيوع» أيضًا إذ يرى الشافعي جواز السلم في الحيوان، فإذا ضبط صفة الحيوان بأي صفة، من الشرع والعرف صح فيه السلم، كغيره من الموصوفات[4].

وإما بجعله وسيلة لضبط مالم يرد تحديده، ولا تقديره في الشرع، ولا في اللغة، كبيان مدة الحيض والنفاس والحمل، ومقدار الرضعة، وتحديد القبض والتفرق.

ففي كتاب «العدد» لما ذكر مذهب الشافعي في أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، قال ودليلنا: هو أن كل ما احتاج إلى حد وتقدير، إذا لم يتقدر بشرع ولا لغة كان

(١) انظر: كتاب الشهادات (م٢/ ٦١٠)، ط١٧/ ٢١٣.
(٢) انظر: إعلام الموقعين (٣/ ٨٢).
(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول، ص ٤٤٨.
(٤) انظر: كتاب البيوع م(٣/ ١٣٦١)، ط٥/ ٤٠١.

مقداره بالعرف والوجود، كالحيض والنفاس، وقد وجد مرارًا حمل وضع لأربع سنين»[١].

وفي كتاب «العدد» أيضًا في أقل الطهر بين الحيضتين، قال: «لأن مالم يتقدر بالشرع واللغة تقدر بالعرف والعادة، كالقبض والتفرق، فلو وجدنا طهرًا معتادًا كان أقل من خمسة عشر يومًا انتقلنا إليه»[٢].

وفي كتاب «الرضاع» في تحديد مقدار الرضعة، قال: «تحريم الرضاع إذا كان محدودًا بخمس رضعات، وجب تحديد الرضعة وتقديرها، والمقادير تؤخذ من أحد ثلاثة أوجه: من شرع، أو لغة، أو عرف.

وليس له في الشرع واللغة حد، فوجب أن تؤخذ من جهة العرف، والعرف في الرضعة أنها ما اتصل شر بها ثم انفصل تركها، فإن تخلل فترة الانقطاع نفس، أو لهت، أو لازدراد ما اجتمع في فمه، أو لاستمراء ما حصل في فمه وحلقه، ثم عاود الثدي مرتضعًا، فهي رضعة واحدة، لأن العرف في الرضعة أن يتخللها فترات واستراحة ولهت، كمن حلف لا يأكل إلا مرة فقتر في أكله، لقطع نفس أو لهت، ثم عاود الأكل، كانت أكلة واحد ولم يحنث»[٣].

فهذه النقول وغيرها تبرهن على أن العرف حجة وأنه يؤخذ به.

الأدلة على حجية العرف:

استدل الأصوليون على اعتبار العرف، وأنه حجة، ويؤخذ به، بأدلة كثيرة منها:

أولاً: الكتاب:

١ ـ قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾ (سورة الأعراف).

---

(١) انظر: كتاب العدد (١/ ١٧٤)، ط: ١١/ ٢٠٥، حاشية العطار (٢/ ٣٩٩).
(٢) انظر: كتاب العدد م١/ ٦٩، ط: ١١/ ١٧٩، الكافي لابن قدامة (١/ ٧٤).
(٣) انظر: كتاب الرضاع م١/ ٢٠٠ ـ ٢٠١، ط: ١١/ ٣٧٠، المغني (١١/ ٣١٢).

وجه الاستدلال:

أن الله أمر نبيه ﷺ بالعرف، وهو أن يتعارف الناس فيما بينهم على أمر قوليًا كان أم فعليًا، فتستطيبه نفوسهم، وتقبله عقولهم، فالعمل به مقتضى الأمر، وإلا لم يكن للأمر به فائدة[1].

ولكن هذه الدلالة ضعيفة، لأن الآية لا تدل على ذلك ـ كما هو مذهب جمهور العلماء ـ للآتي:

أ ـ أن الآية نزلت بمكة، والتشريع بمكة لم يعن بالأحكام الفرعية العملية التي يحكم فيها بالعرف، وإنما الآية وردت في الحث على مكارم الأخلاق ومحاسنها.

ب ـ سياق الآية يدل على أن العرف المأمور به فيها، هو ما عرف في الشرع حسنه، وهذا ليس محل الاستدلال المذكور في هذا الباب.

جـ ـ لو أريد من العرف: أعراف الناس وعاداتهم لكان ذلك أمرًا باعتبار عادات الجاهلية وأعرافها، والرسول ﷺ جاء لتفسيرها.

د ـ لو حكم الرسول ﷺ في بعض المسائل بالعرف، لم يكن ذلك لأنه عرف الناس؛ بل بطريق الوحي[2].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا ...﴿٢٣٣﴾**﴾ (سورة البقرة).

وجه الاستدلال:

أن الله أوجب على المولود له النفقة والكسوة تبعًا للعرف، اعتبارًا بحال الزوجين في اليسار والإعسار، كما صرح بذلك غير واحد من المفسرين، كابن جرير، والجصاص، الماوردي، والفخر الرازي وغيرهم[3].

---

(١) انظر: العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ١٠٩، الفروق (٣/ ١٤٩).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (٢/ ٨٢٥)، أضواء مذهب الإمام أحمد، ص ٦٠٢، العرف أثره في الشريعة والقانون، ص١١٣، الوجيز في أصول الفقه، ص٢٥٤.

(٣) انظر: تفسير ابن جرير (٢/ ٣٠٥)، أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٠٥)، التفسير الكبير للفخر الرازي (٦/ ١٢٨)، النكت والعيون (١/ ٣٠٠)، كتاب النفقات للخصاف، ص ٣٧.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿ **لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾** ﴾ (سورة البقرة).

وجه الاستدلال:

ففي هذه الآية أوجب اللّه تعالى المتعة للمطلقة قبل مسها، وفرض المهر لها، وقد أناط تقدير هذه المتعة إلى العرف، غنيّ وفقرآه حيث قال ﴿ ... **مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿٢٣٦﴾ ﴾ ولم يحدد مقدارها، فكان ذلك مناطًا إلى العرف، كما صرح به بعض المفسرين[1].

٤ ـ قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ....﴿٦﴾** ﴾ (سورة النساء).

وجه الاستدلال:

ففي هذه الآية أوضح أن ولي اليتيم إن كان غنيًا فلا يجوز له أن يأخذ من ماله شيئًا، وإن كان فقيرًا فله أن يأكل بالمعروف، ولا يلزمه قضاء ما أخذه، كما اختار ذلك بعض العلماء[2].

٥ ـ قوله تعالى: ﴿ **وما جعل عليكم من حرج ﴿٧٨﴾** ﴾(سورة الحج).

وجه الاستدلال:

أنه لم يراع في تشريع الأحكام ما تعوده الناس، وعرفته العقول الناضجة والفطر السليمة، وقع الناس في حرج وضيق، فاعتبار العرف، راجع إلى أصل رفع الحرج الثابت بالكتاب[3].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٤٣٣)، أضواء البيان (١/ ٢٩٢).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٤ـ٣٢٦)، وصحيح البخاري، ص٤١١ في كتاب البيوع، باب (٩٥)، فتح الباري (٤/ ٥١٠)، تفسير ابن كثير (١/ ٤٥٣)، تفسير القرطبي (٥/ ٣٠).

(٣) انظر: أصول الفقه للدكتور البرديسي، ص ٣٣٥ ، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٧٢ ـ ١٧٥).

ثانيًا: السنة:

١ ـ قول ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: «ما رأه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رأوه قبيحًا فهو عند الله قبيح»[(١)].

وجه الاستدلال:

أن ما اعتاده المسلمون وعرفوه واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن، أي: أنه مقبول ومسلم به شرعًا[(٢)].

اعتراض: اعترض على هذا الدليل من وجهين:

أ ـ أنه لم يثبت رفعه إلى النبي ﷺ وإنما ثبت وقفه على ابن مسعود، قال العلائي: «ولم أجده مرفوعًا في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود. موقوفًا عليه»[(٣)].

وقد ذكر له الزيلعي، والسخاوي ثلاث طرق، وزاد ابن حزم رابعة، وكلها تثبت أن الحديث من قول ابن مسعود[(٤)]، وإن كان ورد مرفوعًا، كما رواه الخطيب في تاريخ بغداد من حديث أنس بن مالك بنحوه[(٥)]، إلا أن في سنده سليمان بن عمرو النخعي[(٦)] وصفه الإمام أحمد، وابن معين بالوضع، وقال البخاري متروك[(٧)].

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند، ص ٣٠٩، الحديث رقم (٣٦٠٠) موقوفًا على ابن مسعود، والحاكم في المستدرك (٣/ ٨٢) وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه» وقال في مجمع الزوائد (١/ ٤٢٨) «رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير رجاله موثقون».

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٩، العرف وأثره في الشريعة، ص ١١٥.

(٣) نقله السيوطي في الأشباه والنظائر، ص ٨٩، وابن نجيم في الأشباه والنظائر (١/ ١٢٦ ـ ١٢٧).
انظر ترجمته في: شذرات الذهب (٨/ ١٥ ـ ١٧)، البدر الطالع (٢/ ١٨٤)، الأعلام (٦/ ١٩٤).

(٤) انظر: الإحكام لابن حزم (٦/ ١٨)، نصب الراية (٤/ ١٣٣ ـ ١٣٤)، المقاصد الحسنة برقم (٩٥٩).

(٥) انظر: تاريخ بغداد (٤/ ١٦٥)، كشف الخفاء (٢/ ١٨٨)، السلسلة الضعيفة (٢/ ١٧).

(٦) هو: أبو داود الكوفي سكن بغداد وحدث بها، نسبه إلى الكذب والوضع من المتقدمين والمتآخرين فوق ثلاثين عالمًا ولم يوقف على سنة وفاته. انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (٩/ ١٥)، لسان الميزان (٣/ ١١٥)، الضعفاء الكبير (٢/ ١٣٤).

(٧) انظر: التاريخ الكبير (٤/ ٢٨)، ميزان الاعتدال (٢/ ٢١٦)، لسان الميزان (٣/ ١١٥).

ب ـ على فرض ثبوته مرفوعًا فلا دلالة فيه على اعتبار العرف، لأن الألف واللام في (المسلمون) للعموم، فيكون المراد ما أجمع عليه المسلمون، وليس المراد به ما تعارفه الناس، فإذا أجمع المسلمون على حسن شيء أو قبحه، فإنه والحالة هذه يكون حسنًا عند الله، أو قبيحًا عنده، لأن الإجماع دليل شرعي، وحجة قطعية، كيف لا، وهم لا يجمعون إلا عن مستند من دليل شرعي[1].

وبعد المناقشة لابد من بيان معنى اعتبار الشرع للعرف، إذا العرف يرجع إليه في معرفة الأحكام الفرعية العملية، فلم يكن ذلك بدون مستند شرعي يعضده، وبالنظر للفروع الفقهية في كتب المذاهب يلاحظ أن العرف الصحيح المحكم، لابد أن يستند على أحد أربعة أشياء:

١ ـ السنة التقريرية.

٢ ـ الإجماع العملي.

٣ ـ المصلحة المرسلة.

٤ ـ الأدلة المطلقة التي أحالت عليه.

وإذا تأملت هذه الأدلة الأربعة يتضح لك أنها لا تسلم من اعتراض عدا الأخير منها، لأن العرف المستند إلى السنة أو الإجماع لا يكون الحكم المستند إليه ثابتًا به، وإنما ثابت بتلك السنة أو ذلك الإجماع، وكذلك العرف المستند إلى المصلحة، فإن الحكم ثابت بهذه المصلحة، وهي أصل مستقل، فما بقي إلا الأخير، وهو أن الأدلة المطلقة من الكتاب والسنة أحالت على العرف في بيان المقادير والضوابط التي أغفلت فيها[2].

---

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام (٤/ ١٥٩ ـ ١٦٠)، العرف وآثره في الشريعة والقانون (ص/ ١١٨ ـ ١١٩).

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير (٤/ ٤٤٩)، أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٦٠٣، أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي (٢/ ٨٣١)، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ١٣٩.

٢ ـ عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : إن هند زوج أبي سفيان قالت للنبي : ﷺ إن أبا سفيان[١] رجل شحيح فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًا؟ قال : «خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف»[٢] متفق عليه .

وجه الاستدلال :

أن هذا الحديث يدل دلالة صريحة على اعتبار العرف وتقدير النفقة ، إذ لم يرد في تقديرها نص شرعي[٣] .

٣ ـ حديث ابن عمر في خيار المجلس : أن النبي ﷺ قال : «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»[٤] متفق عليه .

وجه الاستدلال :

فالتفرق هنا لم يرد فيه صفة معينة عن الشارع ، وإنما يرجع في بيانه إلى أعراف الناس وعاداتهم ، فما اعتبروه تفرقًا ، فهو تفرق ينتهي به خيار المجلس ، ويلزم معه البيع[٥] .

٤ ـ حديث جابر مرفوعًا : «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[٦] .

وجه الاستدلال :

أنه لم يرد حديث في كيفية الإحياء ، فكان مرد ذلك إلى أعراف الناس ، وما يعتبرونه إحياء[٧] .

---

(١) هو : صخر بن حرب بن أمية القرشي ، صحابي شهير ، أسلم عام الفتح ، توفي سنة ٣٢هـ . انظر ترجمته في : الإصابة (٣/ ٢٣٧) ، الأعلام (٣/ ٢٠١) .

(٢) سبق تخريجه ، ص ٣٨ .

(٣) انظر : شرح مسلم للنووي (١٢/ ٧) ، فتح الباري (٤/ ٥١٠) ، عمدة القاري (١٧/ ١٢٢) .

(٤) أخرجه : البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ، ص ٣٩٨ ، الحديث رقم (٢١١٢) .

(٥) انظر : المهذب (١/ ٢٥٧) ، المغني لابن قدامة (٦/ ١٢) ، المجموع للنووي (٩/ ١٨٠) .

(٦) أخرجه : الإمام أحمد في مسنده ، ص ١٠٢٢ ، الحديث رقم (١٤٦٩١) .

(٧) انظر : كتاب الأم (٣/ ٢٦٥) ، المهذب (١/ ٤٢٤) .

وإذا ثبت أن هذا الدليل الأخير هو من أصرح الأدلة على حجية العرف، فإذا تأملت الفعل المتعارف عليه من مبدأ إقدام الناس إلى أن استقر عرفًا لهم، تجد أن الباعث عليه أول الأمر حاجة الناس إلى هذا الفعل، فهو يحقق لهم النفع أو يدفع عنهم الضرر فلو منعوا منه بعد اعتيادهم عليه، وقعوا في الحرج، ولحقتهم المشقة، فإقرار الأمر المتعارف عليه فيه تخفيف على الناس، ودفع للحرج عنهم فاعتباره يرجع إلى أصل رفع الحرج المقرر في القرآن والسنة، كقوله تعالى: ﴿**وما جعل عليكم من حرج**﴿٧٨﴾﴾ (سورة الحج)، وقوله تعالى: ﴿... **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ** ...﴿١٨٥﴾﴾ (سورة البقرة). وحديث «بعثت بالحنَيفية السَمحة»[1] إلى غيرَ ذلك من النصوص، ورفع الحرج نوع من المصلحة، فالدليل إذن في الحقيقة هو المصلحة، والعرف إنما هو معرف لها[2].

٢ . ٢ شروط اعتبار العرف

العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية بين الناس، لما له من تأثير واسع في استنباط الأحكام والاجتهاد فيها، وذلك لأن كثيرًا من أعمال الناس وألفاظهم ومعاملاتهم وشئون حياتهم تقوم على ما اعتادوه وتعارفوه، فلابد من النظر إلى هذا المألوف المتعارف حين استخراج الحكم الشرعي للمسائل المتجددة، أو المشكلات التي تنشأ بين الناس، والقواعد الشرعية المعتمدة على النصوص لا تستوعب جميع التفصيلات والمسائل المتجددة، وإنما تتخذ أساسا في نصها أو روحها للاجتهاد وبيان الأحكام، والعرف يساعد في هذا الاجتهاد، ويعين المجتهد على تفهم الواقعة، وتطبيق الحكم الشرعي عليها، سواء أكان ذلك في معاني الكلمات وعبارات الناس، أو في معاملاتهم وعقودهم، حتى أصبح العرف الصحيح ذريعة إلى تبدل الأحكام وتغيرها، باختلاف أعراف الناس في بيئاتهم المختلفة، وأماكنهم المتغايرة، وهذا هو

(١) أخرجه: الإمام أحمد في مسنده، ص ١٦٤٨، الحديث رقم (٢٢٦٤٧)، والطبراني في المعجم الكبير (٨/ ٢١٦) الحديث رقم (٧٨٦٨) من طريق معان بن فارعة عن علي بن يزيد عن القاسم، عن أبي أمامة، به مطولاً. قال الهيثمي في المجمع (٥/ ٢٨٣) «فيه علي بن يزيد الألهاني وهو ضعيف».

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤)، الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٥٥.

سبب تغير اجتهادات الإمام الشافعي في مسائل كثيرة توصل إليها حين كان في بلاد العراق، فلما انتقل إلى مصر، ورأى تغير أعراف الناس وعاداتهم، عدل في اجتهاداته، حتى صارت تعرف بالمذهب الجديد للإمام الشافعي، وسميت اجتهاداته في العراق بالمذهب القديم.

وجميع الأئمة يحترمون العرف الصحيح ويعتبرونه في الأحكام الشرعية، ويعتبرونه أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون قطعيًا، ويتركون القياس إذا خالفه العرف[1]، وقد ورد عن القرطبي في باب الاستحسان أن من ضروبه ترك القياس لأجل العرف، وهو يخصص العام، ويقيد المطلق عندهم، وقد ذكر أبو العباس القرافي العوائد من الأدلة على مشروعية التصرفات[2]، كما ذكر الحنفية أن العرف من أقوى الحجج في مشروعية المضاربة[3]، وقد ذكر الشافعية في كثير من الأحكام تعليل مشروعيتها بجريان العادة، وعرف الناس بها، مثل اعتبار الحب من غالب قوت البلد، ودخول الحمام من غير تعيين مدة المكث، ومقدار الأجرة بجريان العادة بالتسامح في مثلها[4].

لذلك وضع الأصوليون شروطًا لاعتبار العرف حجة، وأنه لا يكون صحيحًا تبنى عليه الأحكام الشرعية إلا إذا توافرت، وهي كالآتي:

أولاً: أن يكون العرف مطردًا، أو غالبًا

والمراد بذلك شيوع العرف، وكثرة وجوده في التصرفات، بحيث لا يتخلف إلا قليلاً، وهذا التخلف لا يقدح في العمل بالعرف؛ لأن العبرة بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر، سواء أكان عرفًا قوليًا أو عمليًا[5].

---

(١) انظر: نظرية العرف، عبد العزيزي الخياط، ص ٣٩.
(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ١٩٨.
(٣) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٢٩).
(٤) انظر: المحلى (٤/ ٧١).
(٥) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٨٩.

قال ابن نجيم: «إنما تعتبر للعادة إذا اطردت أو غلبت، قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير، وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع في الأغلب، قال في الهداية: لأنه هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه»[١].

ثانيًا: ألا يخالف دليلاً من أدلة الشرع، أو قاعدة من قواعده

ولهذا لا عبرة بالعرف عند وجود النص، إلا أن العرف في مخالفته النص لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يخالف النص الشرعي من جميع الوجوه، بحيث يترتب على العمل بالعرف ترك النص الشرعي، ففي هذه الحالة يرد العرف، ويحكم ببطلانه[٢].

مثال ذلك: تعارف الناس شرب الخمر، والتعامل بالربا والقمار، ونحوها.

قال ابن نجيم: «وأما المنصوص على كيله أو وزنه، فلا اعتبار لمعرف فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله».

وقال أيضًا: «ولا خصوصية للربا، وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه»[٣].

قال ابن عابدين: «إذا خالف العرف الدليل الشرعي، فإن خالفه من كل وجه، بأن لزم منه ترك النص، فلاشك في رده، كتعارف الناس كثيرًا من المحرمات من الربا، وشرب الخمر، ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصًا»[٤].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٤ ـ ٩٥.
(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٨٣)، أصول الفقه الإسلامي، شلبي، ص٣٢٤).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر، ص ٩٣ ـ ٩٤، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٦١ وما بعدها.
(٤) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤).

وقال ابن حجر: «إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي، أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف»[1] وإن كان هذا التصريح لم يفصل فيه بين حالة أو أخرى، فإن هذه الحالة معلوم دخولها فيه بلا شك.

وإنما حكم ببطلان العرف للآتي:

١ ـ أن العرف قد يبنى على أمر باطل، كما لو تعارف الناس في عصر من العصور على شرب الخمر، أو لعب الميسر، أو التعامل بالربا، فهذا دلدليل على تحريمها، لمخالفتها النص، وهو لا يكون إلا على حق، لأنه تنزيل من رب العالمين.

٢ ـ أن النص الشرعي ملزم لجميع أفراد الأمة، من تعارفه ومن لم يتعارفه على السواء، في كل زمان ومكان، بخلاف العرف، فإنما يحكم به بين من يتعارفونه دون غيرهم، وما كان ملزمًا للجميع أقوى مما لزم البعض.

٣ ـ أن العرف إنما اكتسب حجيته من النصوص، فهو محتاج إليها فتقدم عليه[2].

الحالة الثانية: أن تكون مخالفة العرف للنص من بعض الوجوه دون بعض، وحينئذ لا يعتبر العرف إلا إذا كان عامًا، أو خاصًا أقره النص. وعلى ذلك فيخصص العرف عموم النص، ويقيد إطلاقه، وليس هذا تركًا للنص أو إبطالاً له، بل فيه إعمال للنص والعرف كليهما بقدر الإمكان، فيحمل النص على حالة خاصة، لأن العرف مقدم على القياس.

ومثال ذلك: ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال لحكيم بن حزام: «لاتبع ما ليس عندك»[3].

فهذا نص عام ينهى عن بيع جميع ما ليس عند الإنسان، لأن (ما) من ألفاظ العموم.

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٩/ ٤٢٠).
(٢) انظر: أصول مذهب الإمام أحمد، ص ٥٨٩، العرف وآثره في الشريعة والقانون، ص ٩٨.
(٣) أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣/ ٢٨٣) الحديث رقم (٣٥٠٣).

ومع هذا، فإن الفقهاء قالوا بجواز عقد الاستضاع، مع دخوله في عموم النهي، لأنه يصدق عليه، أنه بيع ما ليس عند الإنسان، لكونه عقدًا على ما لم يوجد بعد، ولكنهم أجازوه للتعامل الجاري به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم، من غير إنكار منكر فعُمل بالعرف في عقد الاستضاع، وبالنص فيما عداه، فلم يترك النص بالعرف كليًا[١].

ثالثًا: أن يكون العرف عامًا لا خاصًا

وللعلماء في اشتراطه قولان:

القول الأول: أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص، قاله بعض الحنفية ومن وافقهم من الشافعية[٢].

وهذا ما اشتراطه ابن عابدين في العرف الذي يخصص به النص، أن يكون عرفًا عامًا لا خاصًا، فقال: «وإن لم يخالفه ـ العرف النص ـ من كل وجه، من ورد الدليل عامًا، فإن العرف العام يصلح مخصصًا. . . ويترك به القياس، كما صرحوا به في مسألة الاستضاع، ودخول الحمام، والشرب من السقاء، وإن كان العرف خاصًا، فإنه لا يعتبر، وهو المذهب»[٣].

وقال أيضًا: «إن العرف قسمان: عام وخاص، فالعام يثبت به الحكم العام، ويصلح مخصصًا للقياس والأثر، بخلاف الخاص، فإنه يثبت به الحكم الخاص مالم يخالف القياس أو الأثر، فإنه لا يصلح مخصصًا».

وقال كذلك: «إن العرف العام لا يعتبر إذا لزم منه ترك المنصوص، وإنما يعتبر إذا لزم منه تخصيص النص، والعرف الخاص لا يعتبر في الموضعين، وإنما يعتبر في حق أهله فقط، إذا لم يلزم منه ترك النص ولا تخصيصه»[٤].

(١) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٢١٠ ـ ٢١٢.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٢٨).
(٣) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤).
(٤) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين (١/ ٤٧ ـ ٤٨).

أما اشتراط ابن عابدين كون العرف عامًا لا خاصًا حتى يصلح للتخصيص والتقييد، فإن ذلك راجع إلى المعتبر من العرف نفسه، أهو العرف العام أم العرف الخاص، وهي مسألة خلافية.

القول الثاني: اعتبار العرف الخاص كما اعتبر العرف العام، وبه قال المالكية ومن وافقهم[1].

ولما عرف القرافي العادة بأنها غلبة معنى من المعاني على الناس، قال: «وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء. وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب. وقد تكون خاصة ببعض الفرق، كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى. فهذه يقتضي بها عندنا»[2].

فهذا تصريح منه باعتبار العرف الخاص عند المالكية. وقد اشتهر عنهم اعتبار عرف المدينة، وهو عرف خاص[3].

قال السيوطي: «العادة المطردة في ناحية، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟». ثم ذكر صورًا لهذا التساؤل، ذكر في كل منها قولين على المذهب الشافعي[4].

ومعنى إنزال العادة المطردة في ناحية منزلة الشرط، أو عدم إنزالها منزلته، هو اعتبارها من عدمه.

والذي يظهر أن الخلاف لفظي، فالذين لم يعتبروا العرف الخاص، اشترطوا في العرف أن يكون عامًا في جميع البلاد الإسلامية، حتى يتسنى لهم القول بتخصيص العام وتقييد المطلق به، فهو والحالة هذه أشبه بالإجماع العملي، وبناء على هذا صرحوا بعدم اعتبار العرف الخاص.

---

(١) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ١٩٧، الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي (٤/ ٥٧).

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول، ص ٤٤٨.

(٣) انظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٢٠٤ ـ ٢٠.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر، ص ١٠٦، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٥٨ ـ ٦١.

وأما الذين اعتبروه، فلم يشترطوا العموم، لأنهم نظروا للواقع العملي، فحيثما تحقق معنى الغلبة والاطراد في العرف، كل في محيطه وبين أهله الذين تعارفوه، اعتبره بغض النظر عن أن يكون عامًا أو خاصًا[١].

رابعًا: أن لا يصرح المتعاقدان بخلاف العرف

فلو تم التعاقد بينهما مع سكوتهما عن العرف القائم في هذه المعاملة، أي: أنهما لم يتعرضا له بنفي ولا إثبات، فإنه يلزم كلاً منهما مقتضاه، وهذا الإلزام إنما هو من قبيل الدلالة[٢]. على ما عرف عن الفقهاء من قولهم: «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي».

فإذا كان حكم العرف لا يحقق مقصودهما من العقد صرحا بخلافه، فليغى حكم العرف[٣].

مثال ذلك: أن المعروف في عقود البيع، تسليم البائع المبيع إلى المشتري فور إتمام المعقد، وتسليم المشتري الثمن إلى البائع، إلا أنه قد روى الشيخان في صحيحهما إلى جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما ـ قال: «غزوت مع رسول الله ﷺ، فتلاحق بي وتحتي ناضح لي قد أعياد، ولا يكاد يسير، قال: فقال لي: ما لبعيرك؟ قال: قلت: عليل. قال فتخلف رسول الله ﷺ فزجوه ودعا له، فما زال بين يدي الإبل، قدامها يسير، قال: فقال لي: كيف ترى بعيرك؟ قال: قلت بخير، قد أصابته بركتك، قال: أفتبيعنه؟ فاستحييت، ولم يكن لنا ناضح غيره، قال: فقلت: نعم، فبعته إياه على أن لي ظهره حتى أبلغ المدينة... قال: فلما قدم رسول الله ﷺ المدينة غدوت إليه بالبعير، فأعطاني ثمنه، ورد علي» وهذا لفظ مسلم[٤].

(١) انظر: الأشباه والنظائر، ص ٩٢، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٢٠٥، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ٩٦، الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٥٦.
(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٩).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤).
(٤) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير.

وجه الاستدلال:

ففي هذه الرواية صرح جابر رضي الله عنه للنبي ﷺ اشتراط ركوب البعير إلى المدينة قبل تسليمه إلى النبي ﷺ، وقد وافق الرسول ﷺ على ذلك. فهذه الصورة وإن آلت إلى غير البيع، فإن أركان البيع قد توافرت فيها من قبول وإيجاب ومبيع وثمن، والتصريح بتأخير التسليم، وأخرجها عن المعروف إلى المتفق عليه بينهما، ومسألة البيع والشرط مما يختلف أهل العلم فيها، ولذا لما أورد السرخسي القصة قال: «وبهذا يتبين أنه لم يكن بينهما بيع، ثم الشرط في البيع على أوجه: إما أن يشترط شرطًا يقتضيه العقد، كشرط الملك للمشتري في البيع، أو شرط تسليم الثمن، أو تسليم المبيع، فالمبيع جائز، لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة، وإن كان شرطًا لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضًا، كما لو اشترى نعلاً وشراكًا، بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزع عن العادة الظاهرة حرجًا بينًا»[1].

وهذا الوجه الأخير ومثاله متفق مع ما ورد في الحديث، فما شرطه جابر رضي الله عنه، لا يقتضيه العقد إذ مقتضاه تسليم المبيع للمشتري واستلام المشتري الثمن في الحال، وركوب البعير إلى المدينة غير هذا، كما أن اشتراط الركوب إلى محل البائع أي إيصاله إلى موطنه لم يكن فيه عرف ظاهر، وإنما العرف الظاهر تسليم المبيع واستلام الثمن، واعتبار هذا الشرط راجع إلى أن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ، فعند التعارض يترجح اللفظ.

أما إذا صرح المتعاقدان بخلاف العرف، فإن دلالته تبطل، لأنه لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح، قال العز بن عبد السلام: «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»[2].

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤-١٥)، وقوله (بشرط أن يحذوه البائع) قال في القاموس.
(٢) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٨٦)، الوجيزة في أصول الفقه، ص ٢٥٧.

خامسًا: أن يكون العرف ملزمًا

فلو كان غير ملزم لما أمكن تحكيمه في أي مسألة، فإن من أوجب العرف عليه شيئًا أمكنه التخلص منه، بقوله: إن العرف غير حجة ملزمة، ولذا اشترط فيه صفة الإلزام، وإلا فما معنى كونه محكمًا، ومعنى كونه كالشرط؟

والمراد بالإلزام هنا: أن العرف يفسر الإلزام الناشيء عن الأدلة التي أحالت عليه، لا الإلزام المثبت للشيء في الذمة بنفسه، كما هو المتبادر من معن الإلزام[1].

وقد نقل صاحب العرف والعادة في رأي الفقهاء عن ابن نجيم في البحر، فيما لو أنفق رجل على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها، وأنه ذكر أقوالاً في المذهب الحنفي، وتوصل ـ ابن نجيم ـ إلى أن الحاصل والمعتمد: ما ذكره العمادي في فصوله أن المعتدة إن تزوجته فلا رجوع للرجل فيما أنفق مطلقًا، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع إليها، وإن أكلت معه فلا رجوع مطلقًا.

ونقل صاحب العرف والعادة كذلك عن ابن عابدين في رد المحتار أنه علل عدم الرجوع فيما لو أكلت معه، بأنه إباحة لا تمليك.

وعلق الشيخ أحمد فهمي صاحب العرف والعادة، على هذا المثال، بأننا نرى أن العمادي يفرق بين العرف في الدفع إلى المعتدة، والأكل معه، فيعتبر الأول ملزمًا لدفع عوض ما أنفق ـ في حالة رفض المعتدة التزوج به ـ والثاني غير ملزم، قال: «وهذا ما قالوا: لأن دفعه للنفقة وهو طامع أن يتزوج، تمليك على شرط التزوج، فحيث لم تتم رغبته رجع في نفقته»[2].

وقد اتضح من هذا المثال أن العرف قد يكون ملزمًا، وقد لا يكون ملزمًا.

---

(١) انظر: الفروق (٣/ ١٩٠)، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ١٠٢.
(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ٦٦ ـ ٦٧.

سادسًا: أن يكون العرف قائمًا عند إنشاء التصرف

وذلك لأن كل متصرف تصرفًا قوليًا أو عمليًا، إنما يتصرف بحسب ما جرى عليه الناس عند القيام بالتصرف، ليصبح حمل تصرفه على ذلك العرف، فإذا يكن ما يحمل عليه تصرفه هذا عرفًا سابقًا، أو مقارنًا للتصرف، لم يصح حمل عرفه على العرف الطارئ فيما بعد. وفي هذا يقول ابن نجيم رحمه الله: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، وكذا فلا عبرة بالعرف الطارئ، فلذا اعتبر العرف في المعاملات، ولم يعتبر في غيره، فيبقى على عمومه، ولا يخصصه العرف»[1].

٣. تعارض العرف مع الأدلة الشرعية

٣. ١ تعارض العرف مع النصوص الشرعية

ومعارضة العرف للنصوص الشرعية قسمان هما:

القسم الأول: معارضة من جميع الوجوه:

وهذا القسم يترتب عليه تعطيل النص بالكلية، ورفع حكمه، فلا اعتبار بالعرف حينئذ[2].

القسم الثاني: معارضة من بعض الوجوه:

وهذا لا يخلو العرف فيه أن يكون عامًا أو خاصًا:

أولاً: أن يكون العرف خاصًا:

فهذا لا عبرة فيه بمخالفة للنص، لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق، وبهذا قال جمهور العلماء[3].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠١، مجموعة رسائل ابن عابدين (١/ ٤٨).
(٢) انظر: المدخل الفقهي للزرقاني (٢/ ٨٧٠)، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص ٢٠٦.
(٣) انظر: قواطع الأدلة (١/ ٣٢٨)، الأشباه والنظائر لابن النجيم (١/ ١٣٦).

وقد خالف مشايخ بلخ من الحنفية، فذهبوا إلى أن النص يخصص بالعرف الخاص، ومثلوه: بما لو دفع غزلاً إلى حائك، لينسجه بذراع من هذا الغزال أو بجزء مشاع منه .

وعللوه بقولهم: إننا نجوزه قياسًا على المنصوص ـ يعنون مسألة قفيز الطحان الواردة في حديث نهى ﷺ عن قفيز الطحان[١] ـ لكن القياس يترك بالعرف كما في الاستضاع[٢] .

ثانيًا: أن يكون العرف عامًا:

فهذا لا يخلو إما أن يكون قوليًا أو عمليًا:

١ ـ العرف القولي: لا خلاف بين العلماء في تخصيص النص العام به، وليس هذا التخصيص هو بمعناه المعروف عند الأصوليين، وإنما اللفظ العام استعمله الشارع في بعض أفراده، حتى صار حقيقة عرفية له، وتسمية بعض الأصوليين له تخصيصًا فيه تسامح في العبارة[٣] .

مثال ذلك: لفظ «الصلاة» فهو في اللغة بمعنى الدعاء، وقد خصصه العرف الشرعي بالهيئة المعروفة المشتملة على الركوع والسجود، فيفهم من هذا قوله تعالى: ﴿ ... **إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا** ﴿١٠٣﴾ ﴾ (سورة النساء) [٤] المعنى الشرعي لا اللغوي[٥] .

٢ ـ العرف العملي: وهذا نوعان:

أ ـ عرف عملي موجود في عهد النبي ﷺ: فهذا إن كان لاحقًا للنص العام، أي أن النص العام وردتم اطردت العادة بترك بعض أفراد المأمور

(١) أخرجه: الدارقطني (٣/ ٤٧) ومن طريقه البيهقي (٥/ ٣٣٩) .
(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٣٦) .
(٣) انظر: التقرير والتحبير (٢/ ٢٨٢)، فواتح الرحموت (١/ ٣٤٥)، المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٨٨) .
(٤) انظر: كتاب الأيمان (١٥/ ٤٣٢)، المستصفى (١/ ٣٢٧)، شرح مختصر الروضة (١/ ٤٨٩) .
(٥) انظر: النكت والعيون (١/ ٣٩) .

به، أو بفعل بعض أفراد المنهي عنه، وقد علمه النبي ﷺ، فهذا يخصص العام، ولكن المخصص في الحقيقة هو إقرار النبي ﷺ[1].

وإن كان سابقًا على ورود النص العام، بمعنى أن يرد النص العام بلفظ يتناول ما اعتاده المخاطبون وغيرهم، فهل يخصص العام بهذا العرف العملي؟

وذهب الجمهور ـ خلافًا للحنفية ـ إلى عدم التخصيص به، لأن الحجة في اللفظ الوارد من اللّه تعالى، أو من رسوله ﷺ، فإذا ورد بلفظ عام شمل جميع أفراده لغة، والعرف العملي لا أثر له في العموم، ولو قيل بتخصيص النص العام به، للزم أن تكون العوائد حاكمة على النصوص، وهذا باطل[2].

ب ـ عرف عملي وجد بعد عهد النبي ﷺ فإذا كان هذا العرف قد اطرد العمل به حتى صار ذلك إجماعًا عملياً، فهو يخصص العام، ولكن المخصص في الحقيقة هو الإجماع. وإن كان هذا العرف غير مطرد، فمذهب جمهور العلماء عدم التخصيص به، وإلا لأدى ذلك إلى إلغاء الشريعة، وإحلال الأعراف محلها، ولصارت عادات الناس وأفعالهم قاضية الشرع[3].

٣ . ٢ تعارض العرف مع اللغة

إذا توارد العرف واللغة على محل واحد، فإما أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا فلا إشكال فيه، ويحمل عليهما. وإن اختلفا فالعرف إما أن يكون قوليًا أو عمليًا، فالكلام في مقامين:

---

(١) انظر: نهاية السول (٢/ ١١٥)، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ١٤٨.
(٢) انظر: تيسير التحرير (٢/ ٢٠ ـ ٢١)، المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٩٥).
(٣) انظر: العرف وأثره في الشريعة، ص ١٥٠، حاشية البناني (٢/ ٣٢).

أولاً: تعارض العرف القولي مع اللغة:

إذا تعارض العرف القولي مع اللغة، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات:

إحداهما: أن يختلف العرف واللغة، واللغة هي الغالبة.

الثانية: أن يختلفا، ولا غلبة لأحدهما على الآخر.

ففي هاتين الحالتين يعمل بمقتضى اللغة، لأنها هي الأصل، والعرف لا يعمل به إلا إذا كان غالبًا مطردًا[١].

الحالة الثالثة: أن يختلف العرف واللغة، والعرف هو الغالب، فالكلام في موضعين:

أ ـ أن تكون الحقيقة اللغوية لا استعمال لها، وإنما المستعمل هو العرف، فإنه يعمل بمقتضى العرف، ويترك العمل بالحقيقة اللغوية، وإيضاح ذلك في ثلاث مسائل:

ـ يعمل بالعرف، وتترك الحقيقة اللغوية إذا كانت متعذرة، وضابطها: أن لا يمكن الوصول إليها أصلاً، وذلك كما لو حلف أن يأكل من هذا القدر ولا نسبة له، فالحقيقة اللغوية تقتضي أنه لا يحنث إلا بأكله من عين القدر، وهذا متعذر، فانصرفت يمينه إلى ما في القدر للمجاز العرفي[٢].

ـ أن تكون الحقيقة اللغوية متعسرة، بأن لا يمكن الوصول إليها إلا بمشقة، فيعمل بالعرف، كما لو حلف أن لا يأكل من هذه الشجرة، وكان عين هذه الشجرة لا يؤكل كالنحل، فالحقيقة اللغوية تقتضي بأن لا يحنث إلا بأكله من عين الشجرة إلا أن ذلك متعسر، فتصرف يمينه إلى ما تحمله هذه الشجرة من ثمر[٣].

---

(١) انظر: العرف وأثره في الشريعة، ص ١٦٩، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٤.
(٢) انظر: العرف وأثره في الشريعة، ص ١٦٩، تيسير التحرير (٢/ ١٦٩).
(٣) انظر: العرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ١٧٠.

فالحقيقة اللغوية مقتضاها أن يمتص من أخلاف ضروعها، وهذا فيه مشقة، فيحمل على المعنى العرفي، وهو أن يشرب في الإناء من لبنها.

ـ أن تكون الحقيقة اللغوية مغمورة بأن يغلب المجاز عليها في الاستعمال، كلفظ «الظعينة» فإنها في العرف المرأة، وفي الحقيقة: الناقة التي يظعن عليها[1].

وتكون مغمورة إذا كانت عامة، فيقصرها العرف على بعض أفرادها.

ب ـ أن تكون الحقيقة اللغوية مستعملة، ولكن المجاز العرفي أكثر استعمالاً وهذا يسمى عند الأصوليين بـ «تعارض الحقيقة اللغوية المستعملة مع المجاز المتعارف».

وذلك كلفظ «البعير» فهو في اللغة يشمل الذكر والأنثى من الإبل، وفي العرف يطلق على الذكر خاصة، وكذا لفظ «الولد» ففي اللغة يشمل الذكر والأنثى من الأولاد، وفي العرف يطلق على الذكر خاصة[2].

ثانياً: تعارض العرف العملي مع اللغة:

فهنا يرى جمهور العلماء من المالكية، والحنفية، وبعض الحنابلة والشافعية: أن العرف العملي يقضي على اللغة تخصيصًا وتقييدًا[3].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (١٣/ ٦٠٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٤.
(٢) انظر: العرف وأثره في الشريعة، ص١٧٠، المغني لابن قدامة (٨/ ٥٦٧).
(٣) انظر: كشف الأسرار (٢/ ٤١٤)، حاشية الدسوقي (٢/ ١٤٣).

٤ . أثر العرف في الأحكام الشرعية

٤ . ١ أثر العرف في العبادات

العرف إذا دخل العبادات فإنما هو في الوسائل فقط ؛ لأن العبادات توقيفية ارتفع بها الإسلام عن أن تكون مجالاً للرأي والعقل ، ولهذا تجب المتابعة للشارع في ذلك ، لأن هذا النوع من الأحكام استأثر الله بعلم عللها لنفسه ، فشرعت علينا ابتلاءً واختبارًان فليس أمامنا إلا الامتثال لهذه الأحكام[١] .

١ ـ الطهارة : فقد ذكر السيوطي : «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة ، فمن ذلك : النجاسات المعفو عن قليلها»[٢] .

وعلى ذلك : فإن تقدير اليسير في هذا الباب راجع إلى العرف في قاعدة الناس يسيرًا عفي عنه ، ولا يعفى عما عدوه كثيرًا .

الموالاة في الوضوء :

ذكر ابن قدامة : قال ابن عقيل في رواية أحمد : إن التفريق المبطل ما يفحش في العادة ، لأنه لم يحد في الشرع ، فيرجع فيه إلى العادة ، كالإحراز والتفرق في البيع[٣] .

تقدير الحيض قلة وكثرة :

اختلف العلماء في تقدير الحيض قلة وكثرة على أقوال ، أرجحها : أنه لاحد لأكثره ولأقله ، بل مرجع ذلك إلى عادة المرأة في الحيض .

وذكر ابن تيمية : أن المرأة لو اعتادت الحيض أقل من يوم ، أو اعتادت أكثر من سبعة عشر يومًا ، فإنه يعد حيضًا مالم يستمر[٤] .

---

(١) انظر : العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة ، ص ١٦٤ .
(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٩٩ .
(٣) انظر : المغني (١/ ١٠١) .
(٤) انظر : مجموع الفتاوى (١٦/ ٢٣٧) .

٢ ـ الصلاة: العمل اليسير في الصلاة: فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تحديده بثلاثة أفعال، وذهب البعض إلى أن مرده العرف، وليس محددًا بعدد، فتقدير القليل والكثير مرجعه إلى العرف، فما عد كثيرًا فهو مبطل للصلاة، وما عد يسيرًا لا يبطلها، وما فعله الرسول ﷺ فهو من اليسير[١].

٣ ـ الصيام: صوم يوم الشك لمن له عادة: فصوم يوم الشك منهي عنه بقول الرسول الله ﷺ: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين إلا رجل كان يصوم صومًا فليصمه»[٢].

فالحديث استثنى الإنسان الذي له يوم يعتاده بالصوم، فوافق ذلك يوم الشك، فله أن يصومه بعنوان التطوع، لا بعنوان الاحتياط والتقديم على شهر رمضان[٣].

٤ ـ الزكاة: يباح للنساء من الحلي ما جرت به العادة: فيجوز للمرأة أن تلبس من الحلي ما جرت العادة بلبسه من ذهب أو فضة أو جواهر في موضع البدن المعتاد بلبس الحلي. أما لو زاد عما جرت به العادة فيحرم عليها لبسه، وتجب فيه الزكاة[٤].

إخراج زكاة الفطر من غالب قوت البلد: وهذا مرجعه إلى العرف، فأي قوت هو الغالب وجب الإخراج منه[٥].

٥ ـ الحج: إمكان المسير في العادة: اشترط بعض الفقهاء لوجوب الحج إمكان المسير إلى بيت الله الحرام، وهذا المسير منوط بالعادة والعرف، فإذا كان لا يدرك الحج إلا أن يسرع في المسير، ويكلف نفسه فوق العادة، فلا يلزمه السعي.

---

(١) انظر: المغني (٢/ ١٨٣).
(٢) أخرجه: البخاري في صحيحه، كتاب الصوم ص ٣٦٣.
(٣) انظر: نيل الأوطار (٤/ ٢٩١).
(٤) انظر: المغني (٣/ ٤٥)، العرف للمباركي، ص ٢٠٧.
(٥) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ١٢٠)، المغني (٣/ ٨٥).

وذكر ابن قدامة: وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة، فلو أمكنه المسير بأن يحمل على نفسه ويسير سيرًا يجاوز العادة، أو يعجز عن تحصيل آله السفر، لم يلزمه السعي[١].

٤ . ٢ أثر العرف في المعاملات

العرف له دور كبير في المعاملات، إذ هو الذي ينشئ أنواع التصرف، ويضع أوجه التعامل، والمعاملات، ويندس في أثنائها إلى عقد الأمور فيها، كضابط ما يعد نقدًا، ومقياس الأموال الربوية.

واعتبار العرف أصل عظيم من أصول فقه المعاملات، فقد ذكر الإمام الموفق: أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف[٢].

وذكر إمام الحرمين: وأما العادة المطردة فنعم المرجع هي في أمثال المعاملات. . . ومن لم يخرج العرف في المعاملات تفقهًا لم يكن على حظ كامل فيها[٣].

أمثلة لأحكام المعاملات التي بنيت على العرف:

١ ـ ألفاظ العقود في البيع والشراء

فقد اختلف العلماء فيها فذهب البعض إلى أنها لا تنعقد إلا بألفاظ مخصوصة، وذهب البعض إلى أنها تنعقد بكل ما عده الناس بيعًا وشراء، لأن البيع جاء في الشرع مطلقًا، فكان الرجوع فيه إلى العرف.

وأهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عده الناس بيعًا فهو بيع، وما عدوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة[٤].

---

(١) انظر: المغني (٣/ ٢١٤).
(٢) انظر: المغني (٦/ ١٨).
(٣) انظر: البرهان (٢/ ٢٥٨).
(٤) انظر: الفتاوى (٢/ ٣٤٥).

٢ ـ دخول الأبنية والأشجار في بيع الدار للعرف

فإذا باع أحدهما داره لآخر، فإنه يدخل في مسمى الدار ما فيها من أبنية وأشجار، وإن لم يصرح بذلك للعرف الجاري بين الناس في أن أمثلة هذه الأشياء تدخل في عقد البيع تبعًا للدار[١].

٣ ـ قبض كل شيء بحسب عرفه

يقبض كل شيء حسب ما جرت به العادة، فالحلي يقبض بالمناولة، والعقار يقبض بتمكين القاضي منه، مع إزالة يد المقبض، وهكذا، فكل ما عده الناس قبضًا فهو قبض، وإلا فلا[٢].

٤ ـ الفاصل بين الإيجاب والقبول

فالزمن الذي يفصل بين الإيجاب والقبول يرجع فيه إلى العرف، فإن طال الفصل بينهما عرفًا فلا يعتبر الإيجاب والقبول، أما إذا لم يطل عرفًا فإنه يصح، ويلزم المتعاقدين ذلك العقد[٣].

٥ ـ التفرق في الخيار

فالتفرق في خيار المجلس لم يأت تقديره من الشارع، ولذلك أرجعه الفقهاء إلى العرف، فما عده الناس تفرقًا فهو تفرق يلزم به البيع، ومالا يعدونه تفرقًا فلا ينقطع به الخيار، ولا يلزم به البيع[٤].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ١١٤).
(٢) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ٧٢).
(٣) انظر: حاشية الروض المربع (٢/ ٣).
(٤) انظر: المجموع (٩/ ١٧٨)، مغني المحتاج (٢/ ٤٥).

٦ ـ بناء جواز بعض عقود المعاملات على العرف

وهي البيوع التي شرعت على خلاف القياس دفعًا للحرج، وتسهيلاً على الناس في المعاملات وسميت بيوع الاستحسان، وهي التي أبيحت للضرورة لتعارف الناس بها في معاملاتهم، وهي ما يلي[١]:

أ ـ بيع السلم

وهو عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين، وتأجيل الآخر، أي بيع آجل بعاجل[٢].

وهو عقد شرع على خلاف القياس، لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، وأصل مشروعيته: الكتاب: فقد قال ابن عباس: أشهد أن الله تعالى قد أحل السلف المضمون، وأنزل فيه أطول آية المداينات وتلا قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ... ﴿٢٨٢﴾﴾(سورة البقرة).

والسنة: فقد روي أيضًا عن ابن عباس أنه قال: قدم رسول الله ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٣].

والإجماع: فقد أجمعت الأمة الإسلامية على جوازه من لدن الصحابة إلى يومنا هذا.

ومن هذه النصوص يتبين أن الجواز بني على ما تعارفه الناس، فالناس كانوا يتعاملون هذا النوع من البيع، فأقرهم ﷺ، واستمر الناس على التعامل به من غير نكير، فكان إقرارًا لعرف قائم.

وأحكام السلم التي استنبطها المجتهدين بني كثير منها على العرف، مثل: ألفاظ السلم، وضوابط ما يجوز فيه السلم، وما لا يجوز[٤].

---

(١) انظر: العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٦٨ ـ ١٦٩.
(٢) انظر: سبل السلام للصنعاني (٣/ ١٤٨).
(٣) سبق تخريجه، ص/ ١٧).
(٤) انظر: العرف عن الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٦٩ـ ١٧٠.

ب ـ بيع الاستصناع:

وهو عقد على مبيع في الذمة، مطلوب عمله. وقد تعارفه الناس وجرى عليه التعامل، فجاز استحسانًا مبنيًا على العرف.

فقد ذكر الكاساني في بدائعه:

والقياس أنه لا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، ولأن الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعًا، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله إنه معدوم، لأنه ألحق بالموجود، لمساس الحاجة إليه، كالمسلم فيه، فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق، ولأن فيه معنى عقدين جائزين: السلم والإجارة، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزًا[1].

وقد أكد الفقهاء على جواز الاستصناع استحسانًا للعرف، فذكر أحمد فهمي أبو سنة »فالفقه ما جرى العرف به صح استصناعه كالخفاف، والأواني، وأثاث المنزل، وعدد الحرب، والثياب، وأما تصريح فقهائنا بأنه لا يجوز استصناع الثياب، فذلك مبني على عرفهم، لأن الناس ما كانوا يتعاملون هذا النوع، أما الآن فقد فشا هذا التعامل بين التجار والصناع في البلدان، ويشترط في العرف المجوز للاستصناع أن يكون عامًا[2].

٣ ـ بيع الوفاء:

وهو عقد يشترط فيه البائع أنه متى رد الثمن إلى المشتري رد إليه المبيع، سواء أكان الثمن نقدًا، أو دينًا كان على البائع[3].

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢).
(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص ١٦٧.
(٣) انظر: الفتاوى الهندية (٣/ ٢٠٨ـ٢٠٩)، مغني المحتاج (٢/ ٣٥٢).

صورته: أن يبيع إنسانًا دارًا أو أرضًا بثمن معلوم على أن يردها عليه البائع، أو يبيعها له ثانيًا، إذا رد له الثمن الذي أخذه منه.

وهو بيع شرط فيه على المشتري نفع لا يقتضيه العقد، وهو الفسخ عند سداد الثمن، والناس قد لجأوا إلى هذا النوع من البيع هربًا من الوقوع في الربا، واضطرارهم إلى الاستدانة وإحجام أصحاب الأموال عن الإقراض الحسن، فتعاملوا بذلك ليحتالوا على نفع الدائن عن طريق لا يعد ربا[١].

وقد اختلف الفقهاء في إباحته: وقد رجح الدكتور محمد يوسف موسى أنه بيع جائز معتاد بقوله: «والنتيجة أننا نميل إلى اعتبار هذا العقد عقد بيع، وأنه جائز من باب الاستحسان إعتبارًا للعرف، ولحاجة الناس، وفي هذا يذكر ابن نجيم أنهم قالوا: إن بيع الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه، فرارًا من الربا، فأهل بلخ اعتادوا الإجارة الطويلة، ولا يمكن في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا واتسع حكمه، وما أحرانا أن نقر هذا العرف الذي أقره أسلافنا الفقهاء توسعة على الناس، وإبعادًا لهم عن الاقتراض بالربا، وبخاصة وليس في هذا إلا الوعد من المشتري برد ما اشتراه إلى مالكه حين يدفع إليه الثمن الذي كان قد أخذه منه، وقد يكون من الخير اشتراط مدة يباح فيها للبائع استرداد ما باعه على هذا النحو، وإلا كان البيع باتًا بانتهائها، ضمانًا لاستقرار المعاملات»[٢].

٤ ـ الإجارة:

وهي تمليك المنفعة في الحال بعوض: أو هي عقد يفيد تمليك المنافع بعوض.

وهي من العقود التي أجازها الشرع استحسانًا مبنيًا على لا العرف، لأن المنافع معدومة، أي لم تحصل للمستأجر بعد، والعقد على المعدوم لا يجوز، وإنما جوزت لحاجة الناس إليها، وقد تعارفوا العمل بها[٣].

(١) انظر: العرف عن الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧١.
(٢) انظر: البيوع، محمد يوسف موسى، ص ١٤٤.
(٣) انظر: نظرية العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧٢.

وهي مشروعة بقوله تعالى: ﴿ ... **فَمَا اسْتَمْتَعْتُم به منْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً** ... ﴿٢٤﴾ ﴾ (سورة النساء).

وقوله ﷺ: «من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره»[1].

وبعث الرسول ﷺ والناس يتعاملون بها، فأقرهم عليها، وعليه الإجماع.

وبالتالي فالإجارة شرعت بالنص، ومنه إقرار النبي e على عرفهم في الإجارة، وتعاملهم لها، والإجماع على ذلك، فكانت الإجارة في مشروعيتها مبنية على العرف.

وأيضًا تعرف المنفعة في الإجارة بالعرف، وذلك كسكنى الدار مدة معلومة، واستئجار العبد للخدمة، فإن معرفة هذه المنفعة تعود إلى العرف بحيث يسكن الدار، كما يستعمل العبد في حدود العرف، وما تقره العادة.

وكذلك إذا دفع شخص ثوبه إلى خياط بدون عقد ولا شرط، وكان الخياط والغسال منتجين لذلك، فلهما الأجرة على ذلك عرفًا، لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، أما إذا لم يكون منتجين لذلك فلا يستحقان الأجرة إلا بعقد[2].

٥ ـ المزارعة:

وهي عقد على الزرع ببعض الخارج بين المالك والمزارع، على أن يزرعها ببعض الخارج منها، وهي جائزة، لما صح أن الرسول ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمر وزرع، وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام هي الجواز، وهي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف على ذلك من غير إنكار.

فشرعت المزارعة لحاجة الناس إليها، ولظهور تعامل الأئمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع[3].

---

(١) أخرجه: الدارقطني في الأفراد، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٩٣).
(٢) انظر: المغني (٥/ ٤١٥).
(٣) انظر: الهداية (٤/ ٤٠).

٦ ـ المساقاة:

وهي عقد على العمل ببعض الخارج، فهي إجارة ابتداء، وشركة انتهاء، كالمزارعة، وقد بني الحكم الشرعي فيها على فعل الرسول ﷺ في خيبر، واعتمد النص على تعامل الناس فيها، وتعارفهم على ذلك، فكانت إجازتها مبنية على العرف[١].

وكذلك من أحكام المعاملات التي بنيت على العرف:

١ ـ ما إذا أودع شخص شيئًا، ولم يذكر الحرز الذي يريد أن تحفظ فيه، فإنها تحفظ في حرز مثله على ما جرى به عرف الناس وعاداتهم، فحرز الذهب والفضة غير حرز الحطب والثياب، وحرز المواشي غير حرز الأطعمة.

وذلك تنزيلاً للعرف منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال له: احفظ هذه الوديعة في حرز مثلها، فإن تلف وهي في حرز مثلها لم يضمنها، لأنه غير مفرط، أما لو أحرزها في دون حرز مثلها، فتلفت أو سرقت، فإنه يضمنها، لأنه مفرط فيضمن ما يترتب على تفريطه[٢].

٢ ـ لزوم الوقف بالقول والفعل الدال عليه: أما القول فيكون بالألفاظ الصريحة، أما الفعل فيكون بكل ما جرى به العرف أنه دلالة على الوقف، وذلك كأن يبني داره مسجدًا، ويأذن بالصلاة فيه، فدلالة العرف على المقصود كدلالة اللفظ الصريح[٣].

٣ ـ تفاوت رواتب المدرسين الموقوف عليهم عرفًا: فإذا كان الوقف على مدرسة، فإن العرف يقضي بتفاوتهم فيما يأخذونه من الرواتب على قدر منازلهم في الفقه والتفقه والإعادة والتدريس[٤].

---

(١) انظر: العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧٣.
(٢) انظر: المغني (٦/ ٤٤٢)، قواعد الأحكام (٢/ ١٠٨).
(٣) انظر: نظرية العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧٤.
(٤) انظر: قواعد الأحكام (٢/ ١١٤).

٤ ـ التقاط كل مال حقير جرت العادة به . فإذا التقط الإنسان شيئًا يسيرًا حقيرًا في عرف الناس بحيث يترفع عنه أوساط الناس، مثل السوط والعصا والحبل وما شابه ذلك من المحقرات، فإنه يمتلكها بمجرد التقاطها، ولا يجب عليه تعريفها[١] .

٥ ـ الوصية للجيران تشمل كل جار في العرف : فإذا أوصى لجيرانه بوصية فمن الجيران المستحقون لهذه الوصية، اختلف العلماء في ذلك، والراجح : أن الجار هو المقارب، ويرجع في تحديد ذلك إلى العرف، لأن الجار لم يرد تحديده عن الشارع[٢] .

٦ ـ الوصية بشاة تنصرف إلى الأنثى للعرف، فإذا أوصى إنسان لآخر بشاة فما الذي يعطاه الموصي له، اختلف في ذلك .

والراجح :

أنه يعطي ما يطلق عليه لفظ « شاة » في العرف، فالشاة تطلق على الأنثى في عرف الناس؛ لأن المتكلم إنما يتكلم حسب عرفه، فيترك كلامه على مقتضى عرفه، ولأنه هو المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق، حيث الحقيقة اللغوية لا يعرفها إلا القليل من الناس[٣] .

---

(١) انظر : العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧٤ .
(٢) انظر : نظرية العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، ص ١٧٥ .
(٣) انظر : حاشية الروض المربع (٢/ ٣٧٧)، المغني (٦/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

الخاتمـــة

وبعد استعراضنا لموضوع (العرف في دراسات الأصوليين)، نستطيع أن نذكر أهم النتائج التي توصلت إليها:

أولاً: أن العرف والعادة بمعنى واحد، وهو ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان، أو في بعضها، سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معين.

ثانيًا: نشأ العرف من إرتياح الإنسان إلى فعل من الأفعال التي تميل إليها النفس، ثم يتكرر فعله، فيصبح عادة، فإذا انتشرت هذه العادة أو العادات بين الناس، وقلد بعضهم بعضًا فيها أصبح عرفًا.

ثالثًا: أن الأعراف لها سلطان على النفوس، وتحكم في العقول، فمن رسخت اعتبرت من ضرورات الحياة التي لا يستغن عنها، ونزع الناس عن عاداتهم فيه خرج عليهم.

رابعًا: أن العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية، فيدخل فيه كثير من أبواب الفقه، سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات أو الجنايات والعقوبات.

خامسًا: أن الأحكام المترتبة على الأعراف تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت. ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأعراف.

سادسًا: أن الأصوليين قسموا العرف إلى قولي وعملي، وصحيح وفاسد، وخاص وعام، ولغوي وشرعي.

سابعًا: لكي يكون العرف في الشرع له اعتبار، ويكون حجة لاستنباط الأحكام الشرعية، لابد وأن يكون متوفرًا فيه شروط أهمها:

١ ـ أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا.

٢ ـ أن لا يخالف دليلاً من أدلة الشرع.

٣ ـ أن يكون العرف عامًا لا خاصًا.

٤ ـ أن لا يصرح المتعاقدان بخلاف العرف.

٥ ـ أن يكون العرف ملزمًا.

٦ ـ أن يكون العرف قائمًا عند إنشاء التصرف.

ثامنًا: العرف له أثر كبير في القواعد الشرعية، ولا يخلو كتاب من كتب القواعد الفقهية من القاعدة الأساسية في العرف، وهي «العادة محكمة».

تاسعًا: القواعد الشرعية المبنية على العرف كثيرة، منها استعمال الناس حجة يحب العمل بها. تعتبر العادة إذا طروت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر. والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا... وغيرها كثير.

عاشرًا: لا عبرة للعرف إذا عارض النص من جميع الوجوه. أما إذا تعارض العرف مع القياس، فإن العرف حين يعتبر إذا تعارض مع الحكم الاجتهادي، ويؤخذ به، ويترك القياس لأنه في الغالب دليل الحاجة.

الحادي عشر: أن جريان العرف على أمر ما يخالف حكمًا اجتهاديًا من القياس، أو غيره من الأدلة يستدعي العمل به، ويترك الحكم الاجتهادي.

الثاني عشر: إذا تعارض العرف مع اللغة، واللغة هي الغالبة، فإنه يعمل بمقتضى اللغة، لأنها هي الأصل، والعرف لا يعمل به إلا إذا كان غالبًا مطردًا.

الثالث عشر: إذا تعارض العرف مع اللغة، والعرف هو الغالب، فإنه يعمل بمقتضى العرف، ويترك العمل بالحقيقة اللغوية.

الرابع عشر: أن العرف إذا دخل العبادات فإنما هي من الوسائل فقط، لأن العبادات توقيفية، ارتفع بها الإسلام عن أن تكون مجالاً للرأي والعقل.

الخامس عشر: أن العرف له دور كبير في المعاملات، إذ هو الذي ينشء أنواع التصرف، ويندس في أثناؤها إلى أعقد الأمور فيها، كضابط ما يعد نقدًا، ومقياس الأموال الربوبية.

التوصيات

١ ـ أن العرف والعادة بمعنى واحد، وهو ما اعتاده أكثر الناس وساروا عليه في جميع البلدان.

٢ ـ نشأ العرف من إرتياح الإنسان إلى فعل من الأفعال التي تميل إليها النفس.

٣ ـ أن العرف معتبر في كثير من الأحكام الشرعية العملية، فيدخل فيه كثير من أبواب الفقه، سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات أو الجنايات والعقوبات.

٤ ـ أن الأحكام المترتبة على الأعراف تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت. ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأعراف.

٥ ـ إذا تعارض العرف مع اللغة، والعرف هو الغالب، فإنه يعمل بمقتضى العرف ويترك العمل بالحقيقة اللغوية.

٦ ـ لكي يكون العرف في الشرع له اعتبار، ويكون حجة لاستنباط الأحكام الشرعية، لابد وأن يكون متوفرًا فيه شروط.

المراجـــع

القرآن الكريم.

الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبدالكافي السبكي (ت٧٥٦هـ) وولده تاج الدين عبدالوهاب ابن علي السبكي (٧٧١هـ)، الطبعة الأولى، ٤٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين الآمدي (ت ٦٣١هـ)، تحقيق: سيد الجميلي، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، لأبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، مطبعة مكتبة المطبوعات الإسلامية.

أحكام القرآن، لأبي بكر الرازي المعروف بالجصاص (ت ٣٧٠هـ)، مصورة عن الطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية سنة ١٣٣٥هـ، دار الكتاب الغربي، بيروت، لبنان.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

الاستغناء في أحكام الاستثناء، لشهاب الدين القرالي (ت ٦٨٢هـ)، تحقيق: طه محسن، طبعة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، وزارة الأوقاف والشئون الدينية بالعراق، إحياء التراث الإسلامي.

الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت٩١١هـ)، طبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٨هـ-١٩٥٩م، مصر.

الأشباه والنظائر، لابن نجيم بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، تحقيق: عبدالعزيز الوكيل، طبعة مؤسسة الحلبي، ١٣٨٧هـ١٩٦٨م، القاهرة.

أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق.

إعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، الطبعة الثانية، ١٣٧٤هـ، مطبعة السعادة، مصر، الناشر: المكتبة الكبرى، مصر.

البحر المحيط، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: د. عبدالستار أبو غدة والشيخ عبدالقادر عبدالله العاني، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م، طبع تحت إشراف وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، إعادة طبع هذا الكتاب: دار الصفوة، القاهرة/ الغردقة، مصر.

تعليل الأحكام، د. ـ محمد مصطفى شلبي، طبعة دار النهضة العربية ـ بيروت، ١٤٠١هـ ـ الطبعة الثانية.

تغير الحكم الإجتهادي وهدي اعتباره في القضايا المعاصرة د. فرحانة علي شويته ـ مطبعة الفرسان ـ مصر ـ المنصورة.

تفسير ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن عمر المعروف بابن كثر (٧٧٤هـ)، الطبعة الثانية، ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠م، دار الفكر.

التقرير والتحبي، للعلامة: ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩هـ)، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

درر الحكام في شرح غرر الأحكام، للقاضي محمد بن مزتموز الشهير بمنلاخسرو. وبهامشه: حاشية الشرنبلالي على درر الحكام، المطبعة الشرفية، مصر، ١٣٠٤هـ.

رسائل ابن عابدين، للعلامة محمد أمين ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، الطبعة الأولى، ١٣٢٥هـ.

سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، دار إحياء السنة النبوية، القاهرة.

سنن ابن ماجه، للحفاظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، المكتبة العلمية، بيروت.

سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت٢٧٩هـ)، تحقيق: عبدالرحمن محمد عثمان، الطبعة الثالثة، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، دار الفكر نسخة أخرى بتحقيق إبراهيم عطوة عوض، الطبعة الأولى، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

شرح المجلة العدلية-لعلي حيدر، تعريب محمد فهمي الحسيني، المطبعة الأميرية.

شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، بيروت.

الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لمحمد الخضر حسين، المطبعة التعاونية-دمشق.

صحيح البخاري (الجامع الصحيح)، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، بعناية د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، دار القلم، دمشق/ بيروت.

صحيح مسلم بشرح النووي، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

العرف عند الأصوليين وأثره في أحكام الشريعة، فرحانة علي شوينه.

العرف وأثره في الشريعة والقانون، أحمد بن علي المباركي، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ-١٩٩٣، الرياض، المملكة العربية السعودية.

العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد أبو سنة، مطبعة الأهر.

غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول، جلال الدين عبدالرحمن، الطبعة الثانية، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

الفروق، لشهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ)، عالم الكتب، بيروت.

الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين، عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، دار الكتب العمية ـ بيروت.

مدخل الفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، الدار القومية للطباعة.

المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، طبعة مطبعة ألف باء الأديب، دمشق، الطبعة التاسعة، ١٩٦٨م.

معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ) تحقيق: عبدالسلام هارون، الطبعة الثانية، ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

مغني المحتاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٧٧ه.

نظرية العرف، عبدالعزيز الخياط، مكتبة الأقصى ـ عمان، ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م.

الوجيز في إيضا قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي، البورنو، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ.

الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية.