



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



قاعدة (العادة مُحَكَّمَة) وأثرها في الفقه الإسلامي

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس
في العلوم الإسلامية - تخصص: الفقه و أصوله .

المشرف:

الأستاذ: أويش مصباح

الطالب:

الطالب: رايح أويش

السنة الجامعية: 1437-1438هـ/2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

- إلى الله عز و جل عسى أن يتقبله مني.
- إلى رسوله الكريم عسى أن ينالني من شفاعته.
- إلى الوالدة التي لا تنتهي لغلاوة حبها في قلبي.
- إلى الوالد الكريم في عطائه، العظيم في شخصه و الكبير في قدره .
- إلى الأستاذ الفاضل أوبيش مصباح على جهوده و نصائحه لي في إنجاز هذه المذكرة، راجيا من المولى سبحانه أن يجعله في ميزان حسناته و يبارك لنا فيه.
- إلى كل الأساتذة الكرام الذين لم ييخلوا علينا في علم .
- إلى الدفعة المميزة، و النخبة الفائزة، طلبة و طالبات الفقه و أصوله، دفعة 2012م.
- إلى دفعة الفقه و أصوله لهذه السنة حفظهم الله.
- إلى كل طلاب العلم عامة و العلم الشرعي خاصة.

أهدي هذا الجهد المتواضع

أبيش رابع

شكر و عرفان

- الحمد لله رب العالمين و إله الخلق أجمعين و أعلم العالمين ، له الشكر على فضله و امتنانه وجزيل عونه و عطائه ، سبحانه الكبير في عليائه.
- الشكر للرسول الأمين صلوات ربي و سلامه عليه و آله و صحبه و أهل العلم الذين نقلوا شرع الله و علمه تبعا عن تبع.
- كما أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الكريم أوبيش مصباح على قبوله رعاية مذكري و نصحه و ارشاده و مصاحبة جهوده لجهودي لإخراج هذا البحث للنور، سائلا من الله عز و جل أن يجعله في ميزان حسناته.
- كما أتوجه بالشكر إلى كل المشايخ و الإخوة الذين أعانوني على اتمام هذا البحث ، فيارب احفظهم واغفر لهم و أجزل لهم الثواب ، اللهم آمين والحمد رب العالمين.

ملخص الدراسة

هذا البحث تحت عنوان (قاعدة العادة محكمة و أثرها في الفقه الإسلامي) ، وقد يظهر إشكاليين رئيسيين : ما مفهوم قاعدة العادة محكمة مع ما يدور حولها من متعلقات؟ و ما هو أثرها في الشرع؟ وخلال هذا البحث حاولت الإجابة على هذه الإشكالات وفق الطريقة الآتية: مبحث أول خصصته للحديث حول القاعدة و مفهومها من تعاريف و حججها في الشرع و بيان أهميتها ، أما المبحث الثاني خصصته بالحديث عن العادة و العرف من تعريف للعرف و بيان الفروق بين العادة و متشابهاتها، و مجال إعمالها، و ختمته بمبحث ثالث ضمّنت فيه نماذج توضيحية لأثر العادة في الفقه الإسلامي. و توصلت في النهاية لجملة نتائج أهمها : كون العادة محكمة شرعا ، ولها أثر بليغ في الفقه الإسلامي.

Summary of the study

This research under the title (Custom is the basis of Judgement rule and its impact on Islamic jurisprudence), may appear two Major questions: what a concept usually base a effectiveness with what goes around from attached to it? And what is its impact in religious law?.And during this research I tried to answer these questions in the following way: Discussing the first organize to talk about the rule and its concept of definitions and authority in Islam and a statement of importance, either the second organize devoted to talking about the usual and Custom definition of custom and statement of differences between usual and its similars, and the area of its work, and the third subject which included sealed models explain the impact in Islamic jurisprudence.And eventually reached inter results: that habit, effectiveness and its impact in Islamic jurisprudence.

الرموز المستخدمة في البحث :

الرمز	المعنى
ج	جزء
ص	صفحة
هـ	هجري
م	ميلادي
ت	تحقيق
ط	طبعة
من دون ط	من دون طبعة

مقدمة

الحمد لله العظيم في شأنه ، المتفضّل على خلقه بفضلله و امتنانه ، الكبير في عليائه ، المختار العلماء أصفياؤه ، و أوضع أجنحة الملائكة لطلاب عرفانه ، و الصلاة و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين ، و خيرة الأصفياء و المختارين ، محمد سيد الأولين و الآخرين ، وعلى آله و صحبه و التابعين ، و بعد :

قد منّ الله على عباده بالدين السمح القويم ، و الشريعة الواضحة الجليلة ، تمتعت بالشمولية لكل مناح الحياة البشرية و كل الأزمنة الخالية و الآتية ، غالجت كل أمر صغير و كبير ، و لم تترك شيئا إلا بينته و أوضحتها ، و ترك فيها مجال من ما استجد للإجتهد على أن لا يخرج عن نسقتها و لا يجيد عن قواعدها و لا يتعدى مبادئها و أسسها ، و ما ذلك إلا بامتيازها ب المرونة و الديمومة ، و هذا مراعاة لمصالح العباد و أحوالهم و إن تبدلت أوقاتهم و أمصارهم ، و لم تحيد عن عاداتهم و أعرافهم إلا في ما يكون فيه فسادهم و هلاكهم ، و زادت بأن وافقت في الكثير منها تلك العادات و الأعراف و صارت من أسس الشريعة في أحكامها ، و جعل الفقهاء قواعد في الفقه اختصت بأعراف الناس و عاداتهم لما لها الأثر البالغ في حياتهم . و من ذلك رأيت أن أبحث مجال مدى تأثير القاعدة (العادة محكّمة) و تأثيرها في الفقه الإسلامي ، و قد سسميته : قاعدة العادة محكّمة و أثرها في الفقه الإسلامي .

أولا - موضوع الدراسة :

يدور موضوع بحثي حول معرفة القاعدة الفقهية الكبرى (العادة محكّمة) و دراستها باعتبارها قاعدة فقهية ، ثم تطرقت إلى مدى تأثير العادات و الأعراف في الفقه الإسلامي ، و أتممت بحثي بإستشهاد ببعض الأمثلة من أبواب الفقه الإسلامي .

ثانيا - أهمية الموضوع :

لعدم القدرة على فصل أعراف و عادات الناس عن الفقه الإسلامي تحلى هذا البحث بأهمية بالغة تتمثل :

1. لا يمكن تصور أفعال الناس و أقوالهم من دون عادات و أعراف التي هي أساس حياتهم العملية.

2. بيان مرونة الشريعة الاسلامية و أصالتها ، و مرعاة جوانب الناس العملية ، لتترك لهم مجال في الشريعة لعاداتهم و تكون بذلك شريعة متكاملة و كاملة الجوانب صالحة لكل زمان و مكان.

3. التعريف بأهمية العرف في الفقه الإسلامي و مدى اعتباره في صدور الأحكام الشرعية . التعرف على مجالات إعمال العرف في الفقه الإسلامي لمعرفة حدود أثر العرف الفقه الإسلامي.

4. و الأهمية الكبرى التعريف بأثر قاعدة العادة محكمة في الفقه الإسلامي .

ثالثا - إشكالية البحث :

لما كانت فروع الشريعة كثيرة و متفرعة ، جاء العلماء بالقواعد الفقهية لضبطها و محاولة حصرها لتسهيل على الفقيه استنباط الأحكام و سهولة تذكرها ، و راعوا في ما راعوا عادات الناس و أعرافهم لما فيه من المسائل الكثيرة المتشعبة ، و لم للأعراف من أثر الفقه الإسلامي ، مع عدم انفكك الأعراف و العادات عن أفعال الناس بتبدل الزمان و المكان ، فأضعوا لها قواعد عدة منها قاعدة العادة محكمة التي اخترنا دراستها و دراسة أثرها في أبواب الفقه الإسلامي ، و قد نشأة لدي إشكال رئيسي :

- ما هو أثر قاعدة العادة (العادة محكمة) في الفقه الإسلامي ؟
- و تفرع عن هذا الإشكال الرئيسي عدة إشكالات فرعية أهمها :
- ما هي قاعدة العادة محكمة ؟
- هل العادات و الأعراف حجة في الشرع الإسلامي ؟
- ما هي مجالات إعمال العادة في الفقه الإسلامي ؟
- هل يدخل أثر العرف في كل أبواب الفقه الإسلامي ؟

رابعا - أسباب إختيار الموضوع :

هناك عدة أسباب دفعتنا لإختيار الموضوع منها ما هو ذاتي و منها ما هو موضوعي و نجملها في ما يلي :

الأسباب الذاتية لإختيار الموضوع :

- الإهتمام الشخصي بالقواعد الفقهية .
- إهتمامي في البحث و النظر بما يتعلق بالعوادات الإجتماعية للناس .
- التوجيه و النصح من قبل الأستاذ الفاضل أويش مصباح في اختيار البحث .
- الرغبة الشخصية في معرفة العلاقة بين العادات و الفقه.

الأسباب الموضوعية لإختيار الموضوع :

- أهمية العادات و مكانتها في الفقه الإسلامي كان سببا لإختيار البحث.
- حاجة الناس لمعرفة الأحكام المتعلقة بالعرف التي لا يمكن تصور حياتهم العملية من دونها.
- إبراز أثر العادات في الفقه الإسلامي .

خامسا : أهداف البحث :

- للبحث عدة أهداف أرج تحقيقها لعل أهمها :
- التعريف بالقاعدة (العادة محكمة) .
- التعريف بمجالات أعمال العرف .
- معرفة أثر العادات في الفقه الإسلامي .
- بيان و إثبات مرونة الشريعة الإسلامية ، و صلاحها لكل الأزمنة و الأمكنة .

سادسا - صعوبات البحث :

- في معالجة لهذا البحث واجهتني صعوبات أذكر منها :
- قلة المراجع التي أفردت قاعدة العادة محكمة بالدراسة و التفصيل من كل النواحي بل أغلب الدراسات ذكرتها مع القواعد الفقهية .
- عدم الحصول و الوصول إلى المراجع لعدم كثرتها و خاصة من ناحية ما يتعلق بأثرها في الفقه الإسلامي .
- صعوبة التوفيق بين الدراسة الأكاديمية و البحث في الموضوع و العمل الوظيفي .
- تشعب الموضوع و صعوبة حصر بعض مواضيعه و كثرة الآراء و الإجتهدات و خاصة مجال أعمال العرف .

سابعاً - المناهج المتبعة في البحث :

اعتمدت في هذا البحث عدة مناهج متنوعة فمن ذلك :

1. المنهج الوصفي : و ذلك بنقل الأقوال و الآراء من المصنفات و الكتب .
2. المنهج التحليلي : و ذلك بعد نقل النصوص و الإستشهاد بها في البحث ، فأستعملت احيانا المنهج التحليلي في معالجة مضمونها.
3. المنهج المقارن : بعد نقل الأقوال و الآراء المختلفة ، استعملت المنهج المقارن .
4. المنهج الاستقرائي : و ذلك في البحث في و تتبع جزئيات البحث في الكتب .

ثامناً - الدراسات السابقة :

أهم ما اطلعت عليه من الدراسات السابقة ما يلي :

- رسالة دكتوراة للدكتور صالح عوض بإسم (أثر العرف في التشريع الإسلامي) ، من جامعة الأزهر نشرت سنة 1981 م و لم أتمكن من الحصول عليها إلا بضع صفحات منها .
- كتاب للدكتور يعقوب الباحسين بإسم (القاعدة المحكّمة) دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية.
- بحث في المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب التي تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، و البحث للدكتوراة أسماء بنت عبد الله الموسى بعنوان ⊗ العرف حجيته و آثاره الفقهية) .
- بحث في مجلة الشريعة و القانون الصادرة عن جامعة الإمارات اعربية المتحدة - كلية الشريعة و القانون ، العدد الخامس ماي سنة 1991 م ، للإستاذ الدكتور حسنين محمود حسنين بعنوان : (العرف و أثره في الفقه الإسلامي) .
- رسالة للحصول على الشهادة العالمية من درجة أستاذ في الشريعة من الجامع الأزهر للشيخ أحمد فهمي ابو سنة بعنوان : (العرف و العادة في رأي الفقهاء) سنة 1941 م .

تاسعاً - المنهجية المتبعة في البحث :

1. اعتماد مصحف المدينة الالكتروني في الآيات المذكورة في البحث.

2. عزو الآيات إلى سورها، وذلك بذكر السورة ورقم الآية في المتن ، و وضع متنها ما بين الرمزین {...}.
3. تخريج الأحاديث النبوية من مظانها عند أول موضع ترد فيه النص، وبيان درجة الحديث من القوة والضعف باستثناء ما ورد في الصحيحين ، و وضع متنها ما بين علامتي التنصيص «...».
4. وضع الكلام المنقول للعلماء والباحثين بين علامتي التنصيص (...). أما الكلام المنقول بالمعنى فلم أشر إليه بل يفهم من رقم الإحالة.
5. ذكر المعلومات الخاصة بالكتاب عند أول استعمال له: وذلك بذكر عنوان الكتاب ، ثم ذكر اسم المؤلف ، فرقم الجزء إن وجد ، ثم رقم الصفحة، على أن أذكر سائر المعلوات الكتاب الأخرى في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: المؤلف، المؤلف، التحقيق إن وجد، رقم الطبعة، دار النشر، مكان النشر، تاريخ النشر.
6. إذا استعملت الكتاب مباشرة في موضعين متتاليين، ولا يفصل بينهما كتاب آخر فإني أورد العبارة الآتية" المرجع السابق "، ورقم الجزء ، والصفحة.
7. الترجمة للأعلام الذين تم ذكرهم في البحث بالاختصار على ذكر اسم العلم، واسم كنيته ولقبه إن وجد، ونسبته ، وبعض مؤلفاته، وتاريخ وفاته، بأخذها من كتب الترجمة.
8. تذييل البحث بفهارس عامة متبعين المنهجية التالية:
 - فهرس الآيات القرآنية (مرتبة حسب ترتيب السور في المصحف).
 - فهرس الأحاديث (ذكر طرف الحديث وترتيبه حسب الترتيب الأبجدي).
 - فهرس الأعلام (مرتب أبجديا).
 - فهرس المراجع والمصادر (حسب صنف الكتاب).
 - فهرس الموضوعات.

عاشرا - خطة البحث :

حين إعدادي لهذا البحث قمت بترتيبه وفق خطة معينة، متمثلة في: مقدمة، وثلاث مباحث، وخاتمة، وفهارس فنية، وفيما يأتي عرض موجز لها:

مقدمة

المبحث الاول : مفهوم قاعدة (العادة محكمة).

- المطلب الأول : تعريف قاعدة العادة محكمة.
- المطلب الثاني : تقسيمات و شروط و أركان القاعدة.
- المطلب الثالث: حجّية القاعدة.
- المطلب الرابع : أهمية قاعدة العادة محكمة.

المبحث الثاني: العادة و العرف : (العلاقة، المجال و التعارض).

- المطلب الأول : تعريف العرف و بيان أقسامه.
- المطلب الثاني: الفرق بين العادة والعرف و المصطلحات المشابهة.
- المطلب الثالث: مجال إعمال العادة و العرف.
- المطلب الرابع : تعارض العرف و العادة مع غيرهما.

المبحث الثالث : أثر القاعدة في الفقه الإسلامي.

- المطلب الاول : أثر القاعدة في فقه العبادات.
- المطلب الثاني : أثر القاعدة في فقه المعاملات.
- المطلب الثالث : أثر القاعدة في فقه الاحوال الشخصية.
- المطلب الرابع : أثر القاعدة في الحدود و العقوبات.

الخاتمة

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث.
- فهرس آثار الصحابة .
- فهرس الأعمال.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

- وفي خاتمة هذه المقدمة أسأل الله التوفيق و السداد ، و أن يتقبل الله مني هذا العمل المتواضع ، و يجعله في خدمة دينه ، و خالصا لوجه الكريم ، و صل اللهم وسلم على سيدنا محمد ، و آله وصحبه ، و الحمد لله رب العالمين .

المبحث الاول : مفهوم قاعدة (العادة محكمة).

المطلب الأول : تعريف قاعدة العادة محكمة.

المطلب الثاني : تقسيمات و شروط و أركان القاعدة.

المطلب الرابع : أهمية قاعدة العادة محكمة.

المطلب الثالث : حجّة القاعدة.

المبحث الأول : مفهوم قاعدة (العادة محكمة).

- البحث في هذا الموضوع وجب التعريف بالقاعدة (العادة محكمة) كقاعدة فقهية ، و معرفة تعاريف مفرداتها من الجانبين اللغوي و الاصلاحي ليكون المتعلم على دراية في ما يدرس و على ما يدور البحث .

المطلب الأول : تعريف قاعدة العادة محكمة.

الفرع الأول : تعريف معنى القاعدة.

أ - لغة:

- القاعد في اللغة : لها معان عدة ، ومنها : الاستقرار والثبات ، ومنه امرأة قاعد ، و تجمع قواعد ، و هن اللاتي قعدن عن الولد ، فلا يرجون نكاحا ، و منه قوله تعالى: **{وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا...وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}**¹. النور الآية 60, و القواعد أساس البيت و الواحدة قاعدة² , و في تاج العروس ، القاعدة أصل الاس ، و القواعد الأسُسُ ، كما تعني الاستقرار و الثبوت³.

وَالْقَاعِدُونَ الْأَمْرُ من لا يهتم به ، أو يتراخى في إنجازه ، وفي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ **{لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرِ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ}** النساء الآية 95 .
وفي المعجم الوسيط ، الْقَاعِدَةُ: من البناء أساسه ، وهي : الضَّابِطُ ، أو الأمر الكلي ينطبق على جزئيات ؛ مثل (كل أذن ولود وكل صموخ بيوض) ، وجمعها قَوَاعِدُ⁴.
ب - إصطلاحا :

- ذكر العلماء تعاريف مختلف للقاعدة ، منها:

- ما ذكره صاحب التعريفات ، بأنها (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها).⁵

¹ مقاييس اللغة ، ابن فارس ، ج5 ، ص108.

² العين ، الفراهيدي ، ج1 ص143.

³ تاج العروس ، محمد مرتضى ، ج9 باب قعد ص 60.

⁴ المعجم الوسيط ، مجموعة مؤلفين ، ج2 ص 748.

⁵ التعريفات ، الجرجاني ، باب القاف ، ص143.

- وقال صاحب شرح مختصر الروضة ، هي القضايا الكلية التي تعرف بالنظر فيها قضايا جزئية¹.
 - وقال الإمام السبكي : هي : الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه².
 - و عرفها الدكتور مصطفى الزرقا ، بأنها : (أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية متضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها)³.
 - وقال صاحب المدخل ، هي : أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها⁴.
 - و عرفها صاحب غمز عيون البصائر بأنها : حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه⁵.
- وهذه التعريفات كلها متقاربة تؤدي معنى متحداً ، وإن اختلفت عباراتها ، حيث تفيد جميعها أن القاعدة ، هي : حكم ، أو أمر كلي ، أو قضية كلية ، تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها ، وتنطبق عليها.
- ومن نظر إلى أن القاعدة الفقهية قضية أغلبية ، نظراً لما يستثنى منها ، عرفها بأنها : (حكم أكثرى لا كلي ، ينطبق على أكثر جزئياته ؛ لتعرف أحكامها منه)⁶.

الفرع الثاني : تعريف العادة

أ . العادة في اللغة : كل ما أُعْتِيدَ حَتَّى صَارَ يَفْعَلُ مِنْ غَيْرِ جَهْدٍ ، وَالْحَالَةَ تَتَكَرَّرُ عَلَى نَهْجٍ وَاحِدٍ ؛ كَعَادَةِ الْحَيْضِ فِي الْمَرْأَةِ ، وَجَمْعِهَا عَادٌ ، وَعَادَاتٌ ، وَعَوَائِدُ ، (وعاوده) معاودة ، وعودا رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْدَ الْإِنْصِرَافِ عَنْهُ ، يُقَالُ : عَاوَدَ مَا كَانَ فِيهِ ، وَعَاوَدْتَهُ الْحُمَى ، وَيُقَالُ : عَاوَدَهُ

¹ شرح مختصر الروضة للطوي ، سليمان بن عبد القوي الحنبلي ، ج 1 ص 120.

² الأشباه و النظائر ، ابن السبكي ، ج 1 ص 11.

³ المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا ، ج 2 ، ص 965.

⁴ المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شليبي ، ص 324.

⁵ غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، الحموي ، ج 1 ص 51.

⁶ موسوعة القواعد الفقهية ، محمد صديقي ، ج 1 ص 22.

بِالْمَسْأَلَةِ : سَأَلَهُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، وَالشَّيْءُ جَعَلَهُ مِنْ عَادَتِهِ ، وَ(عَوْد) الرَّجُلُ ، أَوْ الْحَيَوَانُ الشَّيْءُ : جَعَلَهُ يَعْتَادُهُ حَتَّى يَصِيرَ عَادَةً لَهُ ، (وَاعْتَادَهُ) جَعَلَهُ مِنْ عَادَتِهِ ، (وَتَعَوَّد) الشَّيْءُ : صَبَّرَهُ عَادَةً لَهُ ، (وَاسْتَعَادَهُ) : سَأَلَهُ أَنْ يَعُودَ ، وَفُلَانًا الشَّيْءُ : طَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَفْعَلَ ثَانِيَةً ¹ .
 وَ جَاءَ فِي تَاجِ الْعُرُوسِ : أَنَّ الْعَادَةَ هِيَ تَكَرُّرُ الشَّيْءِ دَائِمًا ، أَوْ غَالِبًا ، عَلَى نَهْجٍ وَاحِدٍ ، بِلَا عِلَاقَةٍ عَقْلِيَّةٍ ² .

ب . العادة في الاصطلاح :

و قد قيلت فيها عدة تعريف نختار منها :

- **تعريف الجرجاني** ³ : (ما استمر الناس عليه ، و على حكم المعقول ، و عادوا اليه مرة بعد الاخرى) ⁴ .

ما اختاره ابن نجيم ⁵ : (العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة) ⁶ .

تعريف ابن العابدين ⁷ : العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها و معاودتها بعد بعد الأخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس و العقول متلقات بالقبول ، من غير علاقة و لا قرينة حتى

¹ المعجم الوسيط ، ج 2 ص 635.

² تاج العروس ج 8 ص 443.

³ الجرجاني: علي بن محمد بن علي الحنفي الشريفي الجرجاني، ولد سنة 740، كان علامة مشهوراً، ومن مصنفاته: شرح القسم الثالث من المفتاح، وحاشية المطول، وحاشية المختصر، وحاشية الكشاف، توفي سنة 814، أو سنة 816 في شيراز. ينظر: التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، صديق حسن خان، ص 397. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، الشيبوطي، ج 2، ص 196.

⁴ التعريفات، الجرجاني، ص 123.

⁵ ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد فقيه حنفي، من العلماء. مصري. له تصانيف، منها: الأشباه والنظائر، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الرسائل الزينية، الفتاوى الزينية، توفي سنة 970هـ-1563م. ينظر: الأعلام للزركلي، ج 3، ص 64.

⁶ الأشباه و النظائر ، ابن نجيم، ص 79.

⁷ ابن عابدين: هو محمد بن عمر الشهير بابن عابدين الدمشقي، الحنفي، ولد سنة 1198 م، من مؤلفاته: ذيل على سلك الدرر، تأليفه في قصة المولد النبوي توفي 1252 م. ينظر فهرس الفهارس ومعجم المعاجم ، عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، 02/ 839.

صارت حقيقة عرفية¹.

وقد قيل في هذه التعريفات و غيرها الكثير ، و أنها غير جامعة للمقصود التام ، أحيانا تساوي بين العرف و العادة ، (حيث سنذكر علاقتهما ببعض في ما يأتي)، و أحيانا غير متناولة للعادة الفردية ، إذ أن العادة أعم من العرف ؛كفعل الفرد الواحد لعادة ما ، لا تسمى عرفا ، و قد اخترت تعريف ابن امير الحاج² الذي اختاره الدكتور الباحثين ؛ لكونه أكثر شمولية للعادة و العرف ، و القائل : (العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)³ ؛ و قد شمل التعريف للقول و الفعل معا ، و الفرد و الجماعة ، و مهما كان مصدره ، طبيعيا أو خاصا ، أو كان من الاهواء .

الفرع الثالث :معنى محكمة .

- العادة محكمة ؛ أي معتبرة شرعا ، يرجع إليها في بناء الأحكام ، في بعض الحالات ؛ كما سنبحث مسألة إعتبارها في وقتها ، و معنى محكمة ؛ أي تحكم في النزاعات ؛ كما جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام : (معنى محكمة ؛ أي هي المرجع عند النزاع ؛ لأنها دليل يبنى عليه الحكم)⁴.

المطلب الثاني : تقسيمات و أركان وشروط القاعدة.

الفرع الأول : تقسيمات القاعدة .

- إن أكثر العلماء تكلموا على تقسيمات العادة على أنها نفسها تقسيمات العرف و على أنها لا تشمل العادة الفردية ، و لعل أفضل تقسيم اعتمد عليه ، ما اختير من قبل الدكتور

¹ رسائل بن عابدين ، نشر العرف، ابن عابدين .ج2ص114.

² ابن امير الحاج: (669 - 733 هـ = 1270 - 1333 م) موسى بن محمد التبريزي، أبو الفتح، مصلح الدين المعروف بابن أمير الحاج: فقيه حنفي. له (الرفع في شرح البديع لابن الساعاتي، في الأصول وتوفي بوادي بني سالم في طريق الحجاز .ينظر:الأعلام للزركلي، ج7 ص328.

³ التقرير و التحبير ، ابن امير الحاج، ج1ص282

⁴ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج1ص44.

الباحسين ، و المتمثل في تقسيم الشاطبي (ت 790هـ) في الموافقات¹ ، حيث قسم العادة الى عادات شرعية ، و عادات غير شرعية ، و منه يمكن ذكر تقسيماتها وفق التقسيم الآتي :

1. العادات الشرعية : هي كل العادات التي شملت بأدلة شرعية ، و لها وجه من أوجه الاحكام الشرعية ، من الندب ، و النهي ، و الاباحة ، و مثاله : الأمر بإزالة النجاسة ، و ستر العورة ، و غير ذلك مما توافق فيه العرف ، و الشرع في الحكم.

2. العادات الغير الشرعية ، و ليس لها دليل شرعي : و هي عادات لم تتناول من قبل الشارع بنفي أو إثبات ، و مثاله : مدة الحيض ، و اختلاف زمن البلوغ ، عبر الامصار ، و غير ذلك . و قد قسمت الى قسمين :

أ- عادات ثابتة : و هي مما يدخل فيها أكثر غرائز الإنسان ؛ كوجود الشهوة ، و التكلم عند الحاجة ، و التبسم ، و الضحك ، و غيرها .

ب- عادات متبدلة : و هي عادات تتحكم فيها الأمكنة ، و الأزمنة ، و الأمم ، و أمور خارجة عن إرادة المكلف .

الفرع الثاني: أركان القاعدة

الركن إصطلاحاً هو : (ما يتم الشيء به ، و هو داخل فيه)² ، و قد حملت هذه القاعدة ركنين مهمين ، يتجليان في العادات ، و الأعراف ، و ركن ثاني في تحكيمها ، و إعمالها في الأحكام و الشرائع فيكون :

أ. الركن الأول : العادات و الأعراف :

فقد قسم الدكتور الباحثين هذا الركن الى ثلاث³ أركان ، و هذا بيانها :

- معتاد : هو الشخص في العادة الفردية ، أو الجمهور في العادات الجماعية.
- المعتاد عليه ، أو محل الاعتياد : فمن الألفاظ ما استعمل في المعنى العرفي و يختلف عن المعنى اللغوي ، و من الأفعال ما اعتيد عليه ، و تعارف عليه .

¹ الموافقات، الشاطبي ، ج2ص488.

² التعريفات ، الجرجاني ، تعريف الاركـن ص97.

³ القاعدة المحكمة ، الباحثين ، ص 61.62.

• الإعتياد: أي تكرار العمل بما اعتيد عليه ؛ كترار الألفاظ ، و الأعمال ، حتى اعتيدت و أصبحت عرفا .

ب - الركن الثاني : كونها محكمة .

و هو الركن الذي يكسبها الأهمية , وتكون الأعراف و العادات بموجبه ، لها أثر في إصدار الحكم ، و تكون القاعدة بهذا الركن ملزمة العمل بها عند تحقق شروطها .

الفرع الثالث : شروط القاعدة .

الشرط:(ما يتوقف عليه و جود الشيء ، و يكون خارجا عن ماهيته ، و لا يكون مؤثرا في وجوده)¹ , وسنذكرها مجملة مما استقرأ من كتب الفقهاء ، و بيانها كالاتي :

أ- أن يكون العرف أو العادة مطردة او غالبية :

وقد ذكر الدكتور الزرقا أن : (إطراد العرف بين متعارفيه ، أن يكون عملهم به مستمرا في جميع الحوادث لا يتخلف)² ، و المراد من غلبة العرف ؛ كون جريان أهله عليه حاصلًا في أثر الحوادث.

ب- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها :

فالعادات و الأعراف يعمل بها في الأحكام في ما هو موجود ، و ما سيكون موجود مع وجودها ، لا في ما مضى قبل وجوده ، قال الشيخ ابو سنة : (أن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التعرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه)³.

ت- عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه :

و هي لربما خصت بالمعاملات بوجه أغلب ، فما سكت عنه ، رد العرف بلا خلاف ، لكن إذا دخل شرط - نفى عرف العقد - ، فلا إعتبار للعرف في هذه الحالة . جاء عن الإمام العز بن عبد السلام قوله : (كل ما يثبت بالعرف ، إذا صرح المتعاقدان بخلافه ، مما يوافق مقصود العقد ، و يمكن الوفاء به ، صح)⁴

¹ التعريفات ، الجرجاني ، ص 408.

² المدخل الفقهي العام ، الزرقا ، ص 897.

³ العرف و العادة في رأي الفقهاء ، ابو سنة ، ص 65.

⁴ قواعد الاحكام ، العز ابن عبد السلام ، ج 2 ص 186.

ث- ألا يخالف العرف نص و لا إجماع:

لا اعتبار للعرف عند مخالفته للدليل شرعي ، أو نص قطعي ، أو إجماع ، و هذا مما جاء في أقوال الفقهاء ، و يعتبر العرف ، إذا وافق الدليل الشرعي ، أو أمكن تنزيل النص على العرف فيكون للعرف سلطان معتبر .

ج- أن يكون العرف عاما:

- كون العرف عاما : شمله لجميع البلاد في العرف العام ، و شمله لجميع أهل الطائفة ، و المهنة و غيرهم ، في العرف الخاص ، و لو أن كثير من العلماء ردوا العرف الخاص في اعتباره ، رغم أنهم عملوا به ، في فتاويهم ، و اجتهاداتهم¹ .

ح- أن تكون الواقعة المراد تطبيق العرف و العادة عليها ، مما لا يدخل في مجال العبادات :

- العبادات ذات مجال توقفي ، ليس للاجتهاد ، و لا للعرف إليها من سبيل بحيث يؤثر فيها بالنقصان ، أو الزيادة ، أو التبديل، إلا في اليسير النادر ، مما يدخل في تحديد كيفية ، أو بيان وضعية رد الشرع للاجتهاد ، جاء لابن تيمية² أن : (أحمد ، و غيره من فقهاء أهل الحديث يقولون : أن الأصل في العبادات التوقيف ، فلا يشرع فيها إلا شرع الله تعالى ، و إلا وقعنا في معنى قوله تعالى: { أَمْ هُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِّي بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ } . الشورى 21³ .

¹ العادة و العرف، ابو سنة ، ص 60.59.

² ابن تيمية : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي، ولد في حران سنة (661هـ - م 1263) و تحوّل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر. اعتقل بدمشق سنة 720 وأطلق، ثم أعيد، ومات معتقلا بقلعة دمشق سنة (728 هـ - 1328 م)، أما تزيد على أربعة آلاف كراسة، منها (الجوامع) ، و (الإيمان) و (منهاج السنة) و (مجموع رسائل) فيه 29 رسالة، و (رفع الملام عن الأئمة الأعلام). ينظر: الأعلام للزركلي ج 1، ص 144. الوافي بالوفيات ، حمد عزيز بن شمس الحق، ص 367.

³ مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ، ج 29، ص 13.

المطلب الثالث : حجّية العرف و العادة :

من يستقرأ كتب الائمة الأعلام ، و العلماء الكرام ، و الفقهاء العظام ، من الحنفية ، و المالكية ، و بعض الشافعية ، و بعض الحنابلة ، يجد إعتبارهم للعرف ، و العادة ، و الأخذ بهما ، و لعل أبرز إحتجاجهم بالعرف ، الأدلة الآتية :

أ- الأدلة من القرآن :

استدل العلماء بقوله تعالى: { خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ } {الاعراف199} أنّه أمر من الله لنبيه صلى الله عليه و سلم بالأمر بالمعروف ، مما يدل على إعتباره ، و قد نوقش بأن الآية لا تدل حجّية العرف ؛ لأن لفظ العرف الوارد في هذه الآية مفسرا بالمعنى الإصطلاحى للعرف¹ ، بل إن العرف الوارد يراد به أخلاق الناس ، و استدلو بما روى الطبري² أنّ النبي صلى الله عليه و سلم سأل جبريل عليه السلام عند نزول هذه الآية قائلا :«ما هذا يا جبريل ؟ فقال:الله سبحانه يأمرك أن تعفو عن من ضلمك ،و تعطي من حرمك ، وتصل من قطعك»³. فالمفسرون ذكروا أن العرف هو المعروف من الإحسان.

قول الله تعالى : { وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ } {البقرة 233} ، بينت هذه الآية وجوب النفقة و الكسوة على الوالد لأم ولده ، ولكن أحالت تقدير النفقة ، و الكسوة ، لعرف الناس ، جاء في أكام القرآن : (فَإِذَا اشْتَبَطَتِ الْمَرْأَةُ وَطَلَبَتْ مِنَ النَّفَقَةِ أَكْثَرَ مِنَ الْمُعْتَادِ الْمُتَعَارَفِ لِمِثْلِهَا لَمْ تُعْطَ ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَصَرَ الزَّوْجُ عَنْ مِقْدَارِ نَفَقَةِ مِثْلِهَا فِي الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ لَمْ يُجَلَّ ذَلِكَ وَأُجِبَرَ عَلَى نَفَقَةِ مِثْلِهَا)⁴.

¹ العرف و العادة ص 25/24.

² جامع البيان في تفسير القرآن ، الطبري ، ج 10 ، ص 643.

³ أخرجه الطبري في "تفسيره" (9/155) وابن أبي حاتم في "تفسيره" (تفسير ابن كثير 2/277) عن يونس به. ابن أبي الدنيا في "المكارم" (25) ، وهذا مرسل رواه ثقات. ينظر: أنيس الساري ، نبيل بن منصور بن يعقوب البصرة ، ج 6 ص 4405.

⁴ أحكام القرآن ، الجصاص ، ج 1 ، ص 489 .

قول الله تعالى: { وَهَلْ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } البقرة 228. وهذه الآية كذلك أحالت على العمل بالمعروف و هو دليل آخر على اعتبار العرف.

قوله تعالى: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا } {الطلاق 7}. ووجه الدلالة هو أن الله تعالى لم يقدر قيمة النفقة ، و إنما تركها حسب وسع العبد و قدرته ، وفي ذلك إعمال العرف فلينفق حسب ما اعتاد الإنفاق و هو نفس مسلك الآيات السابقة¹.

قول الله تعالى: { فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ } {المائدة 89}. و بيانه أنّ الله تعالى جعل كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين من أوسط ما يطعم الإنسان أهله و يرجع في ذلك إلى ما اعتاده عليه الناس من يسر إعسار فتكون الآية مفيدة لإعمال العرف في ما اعتاد الناس عليه.

ب- الأدلة من السنة :

نذكر منها ما روي عن ابن مسعود موقوفاً: « مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ »² ، وقد اختلف فيه ؛ لرواية البعض له رواية مرفوعة³ ، و وجه الدلالة أن ما رآه المسلمون و عملوا به ، و تعارفوا عليه يكون عند الله أمراً مستحسناً ، قال الكساني⁴: (وَعُرِفَ الْمُسْلِمِينَ وَعَادَتُهُمْ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ قَالَ النَّبِيُّ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - « مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ »)⁵.

¹ العرف و أثره الفقه الإسلامي، حسنين محمود، ص 23.

² أخرجه أحمد مؤقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسن، الحديث 3600، ج 6 ص 84. وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الإعتقاد وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن ابن مسعود، ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، ج 2 ص 187.

³ الأشباه و النظائر، ابن نجيم، ص 73.

⁴ الكساني أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكساني ملك العلماء علاء الدين الحنفي، مات يوم الأحد العاشر رجب في سنة سبع وثمانين وخمس مائة. ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، عبد القادر القرشي، ج 2 ص 245.

⁵ بدائع الصنائع، الكساني، ج 5، ص 223.

و مما احتجوا به : ما روي عن عائشة، قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجلاً شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بئيك»¹. ففيه إشارة واضحة لجواز تقدير النفقة بالعرف فدل ذلك على إعتبره².

المطلب الرابع : أهمية قاعدة العادة محكمة .

جمعت في هذا المطلب بعضا من النقاط التي ضمت أهمية القواعد الفقهية بوجه عام و قاعدة (العادة محكمة) بشكل خاص و عرضها كالتالي :

- أن القواعد الفقهية عامة جعلت لضبط المنتشرة المتعددة و نظمها في سلك واحد يتعرف على إدراك الروابط بين الجزئيات المنفردة .
- تسهيل الحفظ للفروع الفقهية و تغني عن حفظ أكثر الجزئيات كما جاء في الفروع: (ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لإندراجها في الكليات)³
- تساعد الفقيه على فهم منهج الفتوى ، و كما يساعده على تخريج الفروع بطريقة سليمة ، و استنباط الحلول كما قال السيوطي (أن فهم الأشباه و النظائر من عظيم به يطلع على حقائق الفقه ، و مداركه ، و مأخذه ، و أسراره ، و يتمهر في فهمه و استحضاره ، و يقتدر على الإلحاق ، و التخريج ، و معرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة)⁴
- قاعدة العادة محكمة دليل على يسر الشريعة و رعايتها لمصالح المجتمع المسلم
- وجوب معرفة القاضي ، و المفتي على عادات المستفتين ، و المقضى فيهم ، قال ابن القيم⁵ : (فمهما تحدد في العرف فاعتبره ، و مهما سقط فألفه ، و لا تجمد على المنقول في الكتب طوال

¹ صحيح مسلم، ج3 ص1338، كتاب الأفضية حديث1714.

² العرف حجته و أثره الفقهية، أسماء بنت عبد الله الموسى، ص29.

³ الفروق، القرابي، ج1، ص62.

⁴ الأشباه و النظائر، السيوطي، ص6.

⁵ ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعيّ الدمشقيّ، أبو عبد الله، شمس الدين مولده (691 هـ - 1292 م) ووفاته(751 هـ - 1350 م) من مؤلفاته (إعلام الموقعين) و (الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية) و (شفاء

عمرك بل إذا جاء رجل يستفتيك فلا نجوى لعرف بلدك و سله على عرف بلده فأجـره
عليه ¹ .

العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل) . و (كشف الغطاء عن حكم سماع الغناء)، ينظر: التاج المكلل من
جواهر متأثر الطراز الآخر والأول، ص409. أعيان العصر وأعموان النصر، صلاح الدين الصفدي ، ج4 ص366. الأعلام
، الزركلي، ج6 ص56.
¹ إعلام الموقعين، ابن القيم ، ج4، ص470.

المبحث الثاني: العادة و العرف : (العلاقة، المجال و
التعارض).

المطلب الرابع : تعارض العرف و العادة مع غيرهما.

المطلب الأول : تعريف العرف و بيان أقسامه.

المطلب الثاني: الفرق بين العادة والعرف و المصطلحات
المشابهة.

المطلب الثالث: مجال إعمال العادة و العرف.

المبحث الثاني : العادة و العرف : (العلاقة، المجال و التعارض).

العادة و العرف عند بعض العلماء ، لا فرق بينهما ، و هما شئ واحد ، و عند آخرون فرقوا بين العرف و العادة في احتواء إحداهما للأخرى ، فوجب الحديث عن العرف لصلته المتينة بالعادة ، و لعل كثير من العلماء من الذين لا يفرقون بين العادة و العرف ، تكلموا عن العادة على أنّها هي العرف و العكس ، وذلك لتشابههما .

المطلب الأول : تعريف العرف و بيان أقسامه.

الفرع الأول : تعريف العرف.

- لغة : مادة الكلمة (ع ر ف) أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشئ متصلًا بعضه ببعض ، و الآخر السكون و الطمأنينة¹ .

والعُرف بالضم : الجود و اسم ما تبذله و تعطيه ، و موج البحر ، و ضد النكر ، و اسم من الاعتراف تقول له : على ألف عرفاً ، أي اعترافاً² .

والعُرف بالكسر ، الصبر قال أبو دهب : الرقيّات ما أحسن العُرف في المصيبات !

والمعروف كالعرف ، و قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ لقمان الآية 15 ؛ أي : مصاحباً معروفاً³ .

والعُرف ، و العارفة و المعروف واحد : ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير و تطمئن إليه⁴ . و العُرف هو : ما تعارف عليه الناس في عاداتهم و معاملاتهم .

وهو : حَمَة مستطيلة في أعلى رأس الدّيك و المكان المرتفع ، و يقال : عُرف الجبل ونحوه أعلاه⁵ .

- اصطلاحاً :

1 معجم مقاييس اللغة ، ابن فارس ، ص 281 .

2 القاموس المحيط ، الفيروز آبادي ، ج 01 ، ص 1081 .

3 لسان العرب ، ابن منظور ، ج 04 ص 2899 .

4 المرجع نفسه ج 04 ، ص 2899 .

5 المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، ص 595 .

لقد عرف العلماء العرف بتعريفات متعددة ومختلفة، فكل واحد منهم حرص في تعريفه على ما رآه هو مدار التعرف وأساسه.

ومن هذه التعاريف نورد تعريف النسفي¹ في كتابه كشف الأسرار حيث قال: (العرف ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطَّبَاع السليمة بالقبول)² ؛ ويعني هو الأمر الذي أطمأنت إليه النفوس، وعرفته وتحقق في قاراتها، وألفته مستندة في ذلك إلى إستحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء . في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة³ ، ويرد على هذا التعريف أخذه شهادة العقول وتلقي الطباع له بالقبول في مفهومه، مع أنّ الأعراف تتفاوت ، وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فهل تختلف العقول والطباع السليمة معها أم ماذا؟ ثم إنّ هناك قسما من الأعراف ، أسموها بالأعراف الفاسدة، فهل أنّ هذه الأعراف مما تقبلها العقول والطباع السليمة؟ وكيف يتسع التعريف لها وهي مُجانبة للسليم من الطباع! مع أنهم جميعا يذكرون في تقسيماته انقسامه إلى فاسد وصحيح⁴.

وعرّفه وهبه الزحيلي⁵ بقوله: (هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية)⁶.

¹ النسفي: هو عبد الله بن أحمد بن حافظ الدين أبو البركات النسفي، أحد الزهاد المتأخرين، حنفي المذهب، من أهم مؤلفاته: المستصفي والمنار في الأصول، المنار في أصول الدين، توفي شهر ربيع الأول 701 هـ. ينظر: طبقات الحنفية. أبو الوفاء القرشي أبو محمد، ص 270 .

² كشف الأسرار شرح المنصف على المنار، النسفي، ج 02، ص 593.

³ العرف والعادة في رأي الفقهاء، فهمي أبو سنّة، ص 08.

⁴ الأصول العامة للفقهاء المقارن، محمد تقي حكيم، ص 419 .

⁵ وهبه الزحيلي: ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932 م، عمله التدريس والتأليف والتوجيه وإلقاء المحاضرات، متخصص في الفقه وأصول الفقه، من أهم مؤلفاته: أصول الفقه الإسلامي، نظرية الضرورة الشرعية، القصة القرآنية، هداية وبيان، ينظر: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، ملتقى أهل الحديث، ص 368 .

⁶ أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، ج 01، ص 828.

وعرفه عبد الوهاب خلاف¹ بقوله: (العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول، أو فعل، أو ترك)².

وعرفه أحمد الزرقا في المدخل بأنه: (عادة جمهور قوم في قول أو فعل)³، ويفيد هذا التعريف أن العرف نوع من العادة، ولا يتحقق إلا بنصاب عددي لا بد منه، كما يشير إلى أنواع العرف من لفظي وعملي⁴.

ومن خلال التعاريف السابقة الذكر أجد أن تعريف الزرقا هو أفضل التعاريف، لأنه يتضمن جميع الشروط التي ذكرها الفقهاء، والأصوليون وحال من الغموض الذي اكتنف البقية⁵.

الفرع الثاني: أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام باعتبار عدة سنتناولها في فيما سيأتي:

البند الأول: أقسام العرف باعتبار سببه.

ينقسم العرف بإعتبار سببه إلى:

1- العرف القولي: وهو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله، بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة⁶.

يتكون هذا العرف من اتفاق الناس على هجران المعنى الأصلي، وينقلون اللفظ بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثاني⁷، وذلك كاستعمال لفظ (الدرهم) بمعنى النقود الرائجة في البلد، مهما كان نوعها وقيمتها، حتى الورق النقدي اليوم، مع أن الدرهم في

¹ عبد الوهاب خلاف: هو عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف، فقيه مصري، من أعضاء مجمع اللغة العربية، من أهم مؤلفاته: نور من القرآن الكريم، علم أصول الفقه، الاجتهاد والتقليد، توفي بالقاهرة 1305- 1375 هـ- 1956 م. /1888م. ينظر: الأعلام، الزركلي، ج4، ص184.

² علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص99.

³ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ج02، ص872.

⁴ المرجع نفسه، ج01، ص873.

⁵ أثر العرف في تغير الفتوى، جمال كركار، ص42.

⁶ العرف والعادة في أري الفقهاء، فهمي أبو سنة، ص17-18.

⁷ العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص94-95.

الأصل النقد الفضي المسكوك، بوزن معين وقيمة محددة، وكذلك استعمال لفظ (البيت) في بعض البلدان بمعنى (الغرفة) وفي بعضها بمعنى (الدار) بجمليتها¹.

2- العرف العملي: وهو ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتادها الناس في أفعالهم العادية، أو معاملاتهم المدنية²، والمراد بالأفعال العادية أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح، وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل، والشرب، واللبس والركب، والحرق، والزرع ونحو ذلك، والمراد بالمعاملات المدنية التصرفات التي قصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً أم غيرها؛ كالنكاح، والبيع، والإبراء؛ كالغصب، والقبض، والأداء³.

ومثال العرف العملي اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، واعتيادهم بيع بعض الأشياء مع تحمّل البائع حملها إلى بيت المشتري، وتعارفهم في الأنكحة تعجيل قدر من المهر وتأجيل الباقي إلى حين الطلاق أو الموت⁴.

البند الثاني: أقسام العرف باعتبار من يصدر عنه .

ينقسم العرف باعتبار من يصدر عنه إلى:

1- العرف العام: هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور وذلك كالاستصناع 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 جارياً في جميع الحاجات، حتى استصناع المعامل بكاملها والبواخر والأبنية⁵. وقال فيه ابن عابدين: (هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواءً كان قديماً أو حديثاً⁶).

ومثاله: تعاريف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية، وتعارف أن دخول المساجد بالأحذية

¹ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ج 02، ص 875.

² أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مصطفى ديب البغا، ص 246.

³ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ص 886 - 887.

⁴ العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى العلماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص 97.

⁵ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ج 02، ص 877.

⁶ مجموعة رسائل ابن عابدين، ابن عابدين، ج 2، ص 114.

تحقير لها، والعرف في إهداء طعام في إناء أو عنب في سلة أنه يرد الوعاء في الأول دون الثاني، ولا يعين الواضع لهذا العرف في الغالب¹.

2- العرف الخاص: وهو الذي لم يتعامله أهل البلاد جميعا، وإنما كان مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى².

وهذا العرف الخاص متنوع كثيرا ومتجدد، لا تحصى صورته، ولا تقف عند أحد، لأن مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجاتهم وعلاقتهم متجددة أبدا، وذلك كعرف التجار فيما يُعدّ عيبا ينقص الثمن في البضاعة المباعة أولا يعدّ عيبا، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المباعة بالجملة مقسما إلى عدد معلوم من الأقساط وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة³.

3- العرف الشرعي: هو اللفظ الذي استعمله الشرع مُريدا منه معنى خاصا، مثل المنقولات الشرعية؛ كالصلاة: نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة، والحج نقل من القصد إلى زيارة الكعبة في أشهر معلومة، وكالوقف نقل من مطلق الحبس إلى حبس العين والتصديق بالمنفعة. والناقل في هذا القسم هو الشارع. هذا، والواقع أن العرف الشرعي من العرف الخاص، إلا أنهم أفرده باسم لشرفه وللتنويه به⁴.

البند الثالث: أقسام العرف باعتبار المعنى اللغوي.

ينقسم العرف باعتبار المعنى اللغوي إلى قسمين:

1- عرف مقرر للمعنى اللغوي: وهو ما طابق معناه المعنى اللغوي.

2- عرف قاضٍ على المعنى اللغوي: وهو ما غيره بتخصص أو تقييد أو إبطال⁵.

البند الرابع: أقسام العرف باعتبار إقرار الشرع له من عدمه.

ينقسم العرف باعتبار إقرار الشرع له من عدمه إلى قسمين:

¹ العرف والعادة في أري الفقهاء، فهمي أبو سنة، ص 19.

² أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مصطفى ديب البغا، ص 248.

³ المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ج 02، ص 878.

⁴ العرف والعادة في أري الفقهاء، فهمي أبو سنة، ص 20.

⁵ المرجع السابق، ص 20.

- 1- عرف صحيح: هو ما تعارفه الناس دون أن يحلّ حراما أو يجرّم حلالا.
 2- عرف فاسد: هو ما تعارفه الناس ولكنه يُحلّ حراما، ويجرّم حلالا. وهو لا يعمل به لمعارضته أدلة الشريعة وأحكامها¹.

المطلب الثاني: الفرق بين العادة والعرف و المصطلحات المشابهة. الفرع الاول: الفرق بين العرف و العادة.

تعدد وجهات النظر في التفريق بين العرف و العادة الى عدة فروق أهمها:

1. أنّ العرف و العادة لفظان مترادفان و لعلّ أهم من أخذ بهذا الوجه الكثير من العلماء و ذلك في عدم تفريقهم بين العادة و العرف عند الحديث عن احدهما ومنهم ابن عابدين في رسالته نشر العرف² حيث نص على أن العرف و العادة متفقان من حيث الماصدق و مختلفان من حيث المفهوم.
2. أن العادة هي عرف عملي: وقال بهذا الرأي ابن الهمام³ في تعريفه للعرف⁴، و يكون العرف أعم من العادة لأنه يكون عمليا و قوليا.
3. التباين بين العرف و العادة: فالعادة مخصوصة بالفعل و العرف مخصوص بالقول؛ و مما جاء عن الشيخ ابو سنة أن هذا الرأي اعتمده شمس الدين الفناري⁵ في فصول البدائع⁶.

¹ الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، ص 98.

² رسائل ابن عابدين، ابن عابدين، ص 114.

³ ابن الهمام (790 - 861 هـ = 1388 - 1457 م): محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين من كتبه (فتح القدير - ط) في شرح الهداية، و (التحريير - ط) في أصول الفقه العقائد المنجية في الآخرة - ط) و (زاد الفقير - ط) مختصر في فروع الحنفية. ينظر: الأعلام، الزركلي ج 6 ص 255.

⁴ التحريير بشرح تيسير التحريير ج 1 ص 317.

⁵ الفناري: (751 - 834 هـ = 1350 - 1431 م) محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو القنري)

الرومي: عالم بالمنطق والأصول من كتبه (شرح إيساغوجي) في المنطق، و (عويصات الأفكار) رسالة في العلوم العقلية، و (فصول البدائع في أصول الشرائع) و (أنموذج العلوم) و (شرح الفرائض السراجية). ينظر الأعلام، الزركلي ج 6 ص 100.

⁶ فصول البدائع، الفناري، ج 2 ص 177.

⁷ العرف و العادة، ابو سنة ص 115.

4. العادة أعم من العرف: فقد تكون العادة فردية عكس العرف لا يكون إلا جماعيا فكل عرف عادة و ليست كل عادة عرفا ، و هذا ما أخذ به الدكتور الباحثين¹ ، و لعله أفضل الآراء لقوة الحجة فيه على أن العادة أعم من العرف و أشمل لها.

الفرع الثاني : الفرق بين العادة و العرف من جهة و الإجماع من جهة.

يظهر عند الحديث عن العادات و الأعراف من جهة و الإجماع من جهة اخرى وجود كثير من الالتباس حتى لا نكاد نفرق بين الوجهتين ، إلا أنه بوجود إختلاف كبير بينهما نذكر منه :

1. الإجماع لا ينعقد إلا بإجماع مجتهدى الأمة ، و العرف اتفاق غالب الأمة من عامة الناس و مجتهدين و غيرهم .

2. الإجماع وجب فيه اتفاق جميع المجتهدين، و العرف لا يؤثر خروج الطائفة القليلة منه في اعتباره و العمل به .

3. الإجماع مستند الى دليل فلا يكون إجماع فاسد و لا باطل ، و العرف قد يكون فاسد و باطلا و قد يكون غير مستند إلى دليل شرعي .

4. الإجماع ثابت ملزم و حجة عند العلماء ، و العرف فلا الزام ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعي أو غير مخالف لدليل شرعي .

5. الإجماع غير متبدل و لا متغير و لا تجوز مخالفته ، و العرف قد يتبدل و يتغير بتغير الامكنة و الأزمنة².

المطلب الثالث : مجالات إعمال العرف و العادة .

يقصد بمجالات إعمال العرف و العادة رد التطبيقات و الفروع الفقهية الكثيرة إلى مجالات تكون ضابطة لهذه الفروع المتناثرة ، بحيث يمكن رد تلك الفروع إليها ، و لقد كان للفقهاء جهود في تحديد مجالات العمل بالعرف و العادة و ضبطها ، و سنعقب على أبرز آراء العلماء و الفقهاء بشكل مختصر ، ثم نذكر ما اخترناه و هو رأي الدكتور الباحثين بشكل أكثر تفصيلا عن باقيه .

¹ القاعدة محكمة ، الباحثين ، ص50

² المرجع السابق ، ص52، 53.

الفرع الأول : أشهر مجالات العرف عند الفقهاء :

رأي العز بن عبد السلام¹ : و قسم هذه المجالات إلى ثلاث هي :

1. تنزيل دلالة العادات و قرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم و تقييد المطلق و غيرها و ذكر فيه ثلاثا و عشرين مسألة².
2. حمل العادات على ضنون مستفادة من العادات لمسييس الحاجات إلى ذلك³.
3. الحمل على الغالب و الاغلب في العادات و مثل لذلك⁴.
- رأي الحافظ بن حجر⁵ : و قسمها إلى أربع مجالات .
1. معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية .
2. معرفة المقادير : كالحيض و الطهر و أكثر مدة الحمل .
3. ضبط فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات .
4. الرجوع إلى العادة في أمر مخصص ، كألفظ الأيمان و الوقف و الوصية⁶.

رأي الدكتور فهمي ابو سنّة و قد ذكر بعد استقراءه في الكتب حصر مجالات العرف و فصل فيها و ضرب الأمثلة نوجزها في أربع :

1. العرف الذي يكون دليلا على مشرعية الحكم ظاهرا.

¹ العز بن عبد السلام : عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن شيخ الإسلام وبقية الأعلام الشيخ عز الدين أبو محمد السلميّ الدمشقي الشافعي ولد سنة سبع أو ثمان وسبعين وخمس مائة وتوفي سنة ستين وست مائة ، بلغ رتبة الاجتهاد ، وله القواعد الكبرى والقواعد الصغرى ومقاصد الرعاية. ينظر : الوافي بالوفيات ، صلاح الدين خليل ج، 18ص318، 319. النجوم الزاهرة ، جمال الدين، ج7ص208.

² . قواعد الاحكام ، العز بن عبد السلام ، ج2ص226.

³ المرجع السابق ، ج2ص236.

⁴ المرجع السابق ، ج2ص242 .

⁵ الحافظ بن حجر : أحمد بن علي بن محمد بن أحمد أبو الفضل العسقلاني القاهري الشافعي، المعروف بابن حجر الحافظ الكبير الإمام الشهير المنفرد بمعرفة الحديث وعلمه ، ولد بمصر على ضفاف النيل في ثاني عشر شعبان سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة، أخذ «أحمد بن حجر العسقلاني» سائر علومه عن مشاهير علماء عصره، وزادت تصانيف «ابن حجر» على مائة وخمسين مصنفا، منها فتح الباري شرح البخاري ، تهذيب التهذيب، لسان الميزان وغيرها ، توفي ليلة السبت ثامن عشر ذي الحجة سنة اثنتين وخمسين وثمان مائة. ينظر : معجم حفاظ القرآن عبر التاريخ، محمد محيسن ، ج2ص39.

⁶ فتح الباري ، ابن حجر ، ج4ص406.

2. العرف الذي يرجع اليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.

3. العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف .

4. العرف القولي.¹

الفرع الثاني : مجالات العرف عند الدكتور يعقوب الباحثين :

ذكر الدكتور الباحثين في تحديد مجالات إعمال العرف أنه بعد الإستقراء من الكتب و المسائل التي تحوي هذه المجالات و الفرضيات المحددة لها و المحاولات الكثيرة في حصرها ، حاول هو كذلك جمعها و حصرها من مسائل الفقه المتفرعة مع تناسبها و بقاءها في مجال الأحكام الشرعية ، وهي كالاتي :

1. الكشف عن الصفات التي هي مناط للأحكام الشرعية .

- و هي ما قصد بها أسباب الأحكام التي دلت عليها الصفات الإضافية و قسمها² إلى :

✓ مالية المعقود عليه ، و تقوّمه و تحديد القيمي و المثلي منه .

✓ ضبط صفات العدالة و المرؤة و الكفاءة في النكاح.

✓ ضبط المشقة و الحرج في ليس فيه ضابط شرعي.

✓ ضبط أسباب المشقة المعتد بها من قبل الشارع .

✓ تعيين مقاييس الأشياء و معاييرها .

✓ ضبط معنى الحرز الذي تحفظ فيه الأشياء و تترتب عليه الأحكام .

✓ احياء الموات.

2. الكشف عما به الترجيح في مواطن النزاع عند عدم البينة أو النص عليه :

و ذلك عند الإختلاف في بعض المعاملات و العقود كالتى تكون بين الزوج و الزوجة ، والبائع

و المشتري، وغيرها فيكون الرجوع فيها العادة و العرف للترجيح في مثل هذه النزاعات ، و قد

ذكر بنودا تحت هذا المجال من الصفات التي تصلح للترجيح في مواطن الخلاف³.

3. ضبط المقادير طولاً و قصراً، قلة و كثرة و نوعاً و جنساً :

¹ العادة و العرف ، ابو سنة ، ص 27-54 .

² قاعدة العادة محكمة ، الباحثين ، ص 141

³ القاعدة محكمة ، الباحثين ، ص 149.

و يكون إعمال العرف في الأحكام الشرعية التي يرد عن الشارع بيان تفصيلها من قدر أو كم أو عدد أو قلة أو كثرة أو زمن و غيرها فيرجع فيها إلى العرف.¹

4. مجال التفسير و البيان .

و قد تناول بعض تفسير ما أجمله الشارع ، و الكشف عن الإرادة في الأقوال و التصرفات و كل ذلك يدور حول عمل العرف.²

5. مجال تخصيص العام و تقييد المطلق :

وهذا المجال لا يكون في ألفاظ الشارع ، أما ألفاظ غير الشارع فيكون فيها التخصيص و التقييد في التصرفات و الالفاظ ، و يعمل العرف في تقييد او تخصيص في ما أصله عام أو مطلق ، و ذلك كتقييد البيع المطلق عند الإختلاف إلى ثمن مثله ، و تقييد المهر المطلق الأصل إلى مهر المثل تقييدا.³

6. العادات و الأعراف المفيدة لظنون تبني عليها الأحكام :

-و هي الألفاظ من تحمل ظنون مستفادة من العادات و الاعراف لشدة الحاجة لها ، و من مثال ذلك : الاعتماد على أمارات الطهارة و النجاسة و جهة القبلة و الإعتماد على المقومين الماهرين عند خرس التمر و العارفين بصفات الأشياء و غيرها.⁴

المطلب الرابع : تعارض العرف و العادة مع غيرهما .

لم يغفل الفقهاء في دراسة العادة و العرف تعاضهما مع أحكام الشريعة النصوصة و تعاضهما مع اللغة ، كما لم يغفلوا تعارضهما مع كل امر متجدد باحثين تعارض الأعراف مع الإجتهد و آراء الفقهاء لنعرض في هذا المطلب هذا التعارض :

الفرع الأول : تعارض العادة و العرف مع الأحكام الشرعية .

و المقصود تعارض اللفظ الموضوع عرفا عند الناس مع معنى ذات اللفظ الموضوع في الشرع ، و قد نشأ له حالتين :

¹الرجع السابق،ص153.

²الرجع السابق،ص157.

³المرجع السابق ، ص160.

⁴المرجع السابق ، ص165.

أ- ألا يتعلق باللفظ المستعمل في الشرع حكم :

ففي هذه الحالة يقدم العرف على معنى اللفظ غير المتعلق به في الشرع حكم و مثاله : ما لو حلف لا يأكل لحما ، لم يحنث بأكل السمك ، و ان سماه الله لفظا في قوله تعالى : { وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا } النحل الآية 14. و لو حلف لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضع رأسه على الجنب و ان سمي الله الجبال أوتادا في قوله تعالى : { وَالْجِبَالُ أَوْتَادًا } النبأ الآية 7¹.

ب- أن يتعلق باللفظ المستعمل حكم في الشرع :

و يكون في هذه الحالة الحكم الشرعي مقدم على العرف² ، و مثاله ما لو حلف لا يصلي فإنه لا يحنث إلا بالصلاة الشرعية ذات الركوع و السجود ، و لو قال لأمرته إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، و علمت به طلقت حملا على الشرع ، لقوله صلى الله عليه و سلم : « إِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَصُومُوا، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَأَقْدُرُوا لَهُ »³.

الفرع الثاني : تعارض العرف مع اللغة .

و المقصود اختلاف المعنى اللغوي للاستعمال اللفظ في العرف و فيه الحالات التالية :

- تقديم الحقيقة اللفظية على عرف الاستعمال⁴ ، و الى ذلك ذهب (القاضي حسين⁵) .
- تقديم العرف الإستعمالي⁶ ، و إليه ذهب البغوي⁷ .

¹ الاشباه و النظائر، السيوطي ، ص93. العادة محكمة، الباحثين ، ص172.

² العادة محكمة، الباحثين ، ص172.

³ صحيح البخاري ج 3 ص 25 رقم الحديث 1900.

⁴ الاشباه و النظائر ، السيوطي ، ص93.

⁵ القاضي حسين أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد المرورودي الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي صاحب التعليقة في الفقه ، توفي في سنة اثنتين وستين وأربعمئة بمرورود ، رحمه الله تعالى. وفيات الاعيان، شمس الدين ابن خلكان، ج 2 ص132 .

⁶ الاشباه و النظائر ، السيوطي ، ص93.

⁷ البغوي :أبو مُحَمَّدٍ الْحُسَيْنِ بْنِ مَسْعُودِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَرَاءِ الْبَغَوِيِّ، الشَّافِعِيِّ، الْمَقَسَّرُ، صَاحِبُ التَّصَانِيفِ، ك "شرح السنَّة" و "معالم التنزيل" و "المصابيح" ، وكتاب " التَّهْذِيب " فِي الْمَذْهَبِ ، و "الجمع بين الصَّحِيحَيْنِ" ، و "الأَرْبَعِينَ حَدِيثًا" وَكَانَ الْبَغَوِيُّ يُلقَّبُ بِمُحِبِّي السُّنَّةِ وَبِرُكْنِ الدِّينِ، تُوفِّي بِمَرُو الرُّودِ -مَدِينَةٍ مِنْ مَدَائِنِ خُرَّاسَانَ- فِي سَوَّالِ، سَنَةِ سِتِّ عَشْرَةَ وَخَمْسِ مِائَةٍ، وَدُفِنَ بِجَنْبِ شَيْخِهِ الْقَاضِي حُسَيْنِ، وَعَاشَ بِضَعًا وَسَبْعِينَ سَنَةً، رَحِمَهُ اللهُ. سير أعلام النبلاء، الذهبي، ج 14 ص328.

• التفصيل على اختلاف بينهما و نشأة من ذلك أراء نذكر منها :

✓ تقدم العرف اللغوي و ترجيحه على الوضع العرفي فيما يخص ألفاظ الطلاق

✓ إن لم يكن للعرف و جه في اللغة فالمعتبر اللغة .

✓ و ان كان اللفظ هجر في اللغة استعمالا مع بقاء و اشتهار النص العرفي قدمت العادة

والعرف . و مثال ذلك كله :لو حلف لا يسكن بيتا فإن كان بدويا حنث بالمبني و

غيره ن لأنه يوجد تعارض بين الوضع اللغوي و العرف الاستعمالي لأن الكل يسميه

بيتا .

✓ وإن كان الحالف من أهل القرى فوجهان في المذهب الشافعي ، فالذي يقدم اللغة يرى

أنه يحنث بكل ما يطلق عليه اسم بيت في اللغة سواء كان مبني او من بيوت الشعر ،

والذي يقدم العرف الاستعمالي يرى عدم الحنث الا في البيت المبني¹.

الفرع الثالث : تعارض العادة و العرف مع القياس :

يطلق على القياس بالمعنى الاصولي : (إثبات حكم معلوم في معلوم آخر لإشتراكهما في علة

الحكم عند المثبت)².

في حالة تعارض العرف العام مع القياس فإن القياس غير معتبر³ ، و سواء أفره النبي صلى الله

عليه وسلم او عمل به من غير تكبير من المجتهدين أو دعت إليه ضرورة الناس أو حاجاتهم ،

لأن العرف العام أقوى حجية من القياس؛ ومن أمثلة ذلك كثير :

الماء الذي يسقط فيه خراء الحمام النجس يعدّ نجسا قياسا على خراء الدجاج ، لأن كل منهما

يستحيل الى نتن و فساد ، وهذا ما أخذ به الشافعي لكن الحنفية تركوا هذا القياس في الحمام ،

لأن الحمام تركت في المساجد حتى في المسجد الحرام ، فكان ذلك اجماعا عمليا منهم على

ترك القياس و هو في حقيقته حقيقة عرفية⁴ .

¹ الاشباه و النظائر ، السيوطي ، ص 94.

² الاجماج في شرح المنهاج ، ابن السبكي ، ج 3 ص 3.

³ العرف و العادة ، ابو سنة ، ص 101.

⁴ العرف و العادة ، ابو سنة ، ص 102

ذكر الدكتور الزرقا¹ حالة كون قوة القياس مستند الى علة عرفية ، بمعنى و جود شبه ذاتي في العلل بين الأحكام المنصوصة و الأحكام المقيسة و كون علة القياس نفسها مبنية على العرف ، فعندئذ يكون حكم العرف و حكم القياس يماشيان معا ، ومثال ذلك : صبغ الثوب اسودا من الغاصب تعيبا فيه لعدم الرغوب في الثوب الاسود ، فيضمن الغاصب الثوب قيمة أو أخذه مع تضمين حق العيب ، لكنّ تبدل الزمان و الرغوب في اللون الأسود صار صبغه من قبل الغاصب زيادة فيه فيطبق حق زيادة الغاصب في المغصوب².

الفرع الرابع : تعارض العرف العام مع العرف الخاص :

- في حالة تعارض العرف العام مع العرف الخاص قدم العرف العام على أن لا يكون شرط يدعم العرف الخاص ، كأن يكون شرط لتاجر يخالف العرف العام و غير مناقد لشروط العقد³ ، و كما لو كانت عادة امرأة في الحيض اقل مما استقر من عادات النساء ردت الى الغالب و لا تعتبر الا عاداتها⁴.

¹مصطفى الزرقا : ولد في حلب بسورية عام 1325هـ / 1907م. ودرس علوم الشريعة واللغة الفرنسية ودرس في الفقه خاصة على والده، ثم عين أستاذاً للحقوق المدنية والشريعة في تلك الكلية سنة 1944م. وفي عام 1966م أصبح خبيراً للموسوعة الفقهية الكويتية، وأشهر كتبه الفقهية: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، وأحكام الأوقاف، وعقد التأمين وموقف الشريعة منه، و بحوث و مؤلفات كثيرة. ينظر : المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، ملتقى أهل الحديث، ص 341.

²المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا، ص933.

³العادة و العرف ، ابو سنة ، ص 128.

⁴الاشباه و النظائر ، السيوطي ، ص95.

المبحث الثالث :نماذج أثر القاعدة في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع : أثر القاعدة في الحدود و العقوبات .

المطلب الثاني : أثر القاعدة في فقه المعاملات .

المطلب الثالث : أثر القاعدة في فقه الاحوال الشخصية .

المطلب الاول : أثر القاعدة في فقه العبادات .

المبحث الثالث : نماذج أثر القاعدة في الفقه الاسلامي .

لا يخلو باب من أبواب الفقه الإسلامي و مجال من مجال الحياة من دخول العادة و العرف فيه , لكن يختلف أثر العادة و العرف من مجال إلى مجال , فمنه ما يكون فيالعبادات وهناك ما يتعلق بمجال المعاملات و ما يدخل في مجال العقوبات و الحدود و ما يكون من اب الاحوال الشخصية و غيرها , و نبين في هذا المبحث اثر العادة و العرف في بعض أبواب الفقه مع التمثيل ببعض النماذج و الأمثلة لكل باب.

المطلب الاول : أثر القاعدة في فقه العبادات :

العبادات لها أحكام توقيفية لا مجال للعرف فيها , إلا ما يكون من تحديد الوسائل و بيان كیفيتها (أما ما يكون من العوارض الطارئة على العبادات من تفسير لنص أو سببا لحكم أو مانعا منه)¹ و ذلك لتبين نوع أو جنس أو كيفية من قبل العرف و من أمثلة ذلك :

باب الطهارة:

تقدير اليسير في الطهارة راجع إلى العرف في تحديد مقدار المعفي عنه من النجاسة , قال السيوطي : (إعلم أن إعتبار العادة و العرف رجح إليه في الفقه في مسائل كثيرة فمن ذلك النجاسات المعفو عن قليلها)².

وجوب الطلب لفاقد الماء قبل التيمم طلبا لا يشق به , جاء في التاج و الاكليل : (و ليس عليه أن يجهد نفسه في الجري لإدراك الماء , و لا أن يخرج عن مشيه المعتاد , و لا أن يعدل عن طريقه أكثر مما جرت عليه العادة بالعدول إلى العيون)³. فقد ربط الفقهاء مشقة الطلب بالعرف في تحديدها و أي شيء يطلق عليه المشقة في العادة.

باب الصلاة :

تحديد مقدار العمل و الفعل الخارج عن الصلاة فرد الفقهاء تحديد مقداره إلى العرف في بيان الكثير و القليل , (فَإِنْ طَالَ الْفُضْلُ . ابْتَدَأَ الصَّلَاةَ ، وَإِنْ لَمْ يَطُلْ بَنَى عَلَيْهَا ، نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى

¹ العرف و اثره في الفقه الاسلامي , حسنين محمود حسنين , ص 36.

² الاشباه و النظائر , السيوطي , ص 99.

³ التاج و الاكليل , المواق المالكي , ج 1 ص 503.

هَذَا، فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَنَحْوَهُ قَالَ مَالِكٌ وَيُرْجَعُ فِي طُولِ الْفَصْلِ وَقِصْرِهِ إِلَى الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ... وَالَّذِي قُلْنَا أَصَحُّ لِأَنَّهُ لَا حَدَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ فَيُرْجَعُ إِلَى الْعُرْفِ فِيهِ وَلَا يَجُوزُ التَّقْدِيرُ بِالتَّحْكُمِ¹.

باب الصيام :

صوم يوم الشك لمن له عادة ، فرغم النهي عن صوم يوم الشك بقول الرسول صلى الله عليه و سلم : «لَا يَتَقَدَّمَنَّ أَحَدُكُمْ رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَجُلًا كَانَ يَصُومُ صَوْمَهُ، فَلْيَصُمْ ذَلِكَ الْيَوْمَ»². و هو استثناء واضح لمن كانت له صوم يوم من الأيام و صادف ذلك اليوم الذي قبل رمضان فلا شيء عليه ، (وَقَالَ الْقُرْطُبِيُّ: الْجَمْعُ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ مُمَكِّنٌ بِحَمْلِ النَّهْيِ عَلَى مَنْ لَيْسَتْ لَهُ عَادَةٌ بِذَلِكَ، وَحَمْلِ الْأَمْرِ عَلَى مَنْ لَهُ عَادَةٌ)³

باب الزكاة :

تحديد مقدار حلي المرأة و ما يجوز لها أن تترين به مع تحديد مقدار الزيادة التي تدخل محل الزكاة و قد قدر الفقهاء كل ذلك العرف و ما إعتادته النساء، جاء لابن قدامة : (وَبَيَّاحٌ لِلنِّسَاءِ مِنْ حُلِيِّ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْجَوَاهِرِ كُلِّ مَا جَرَتْ عَادَتُهُنَّ بِلُبْسِهِ...، فَأَمَّا مَا لَمْ تَجْرِ عَادَتُهُنَّ بِلُبْسِهِ، كَالْمِنْطَقَةِ وَشِبْهَهَا مِنْ حُلِيِّ الرِّجَالِ، فَهُوَ مُحَرَّمٌ، وَعَلَيْهَا زَكَاةُهُ)⁴.

باب الحج :

إمكان المسير في العادة اشترط بعض الفقهاء لوجوب الحج إمكان المسير إلى بيت الله الحرام ، و هذا المسير منوط بالعادة و العرف ، فإذا كان لا يدرك الحج إلا يسرع في المسير فوق العادة ، فلا يلزمه السعي ، وذكر ابن قدامة : (وَإِمَّا كُنَّ الْمَسِيرُ مُعْتَبَرًا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ، فَلَوْ أَمَكَّنَهُ الْمَسِيرُ بِأَنْ يَحْمَلَ عَلَى نَفْسِهِ وَيَسِيرَ سَيْرًا يُجَاوِزُ الْعَادَةَ، أَوْ يَعَجِزَ عَنْ تَحْصِيلِ آلَةِ السَّفَرِ، لَمْ يَلْزَمَهُ السَّعْيُ)⁵.

¹ المغني، ابن قدامة ، ج2 ص4.

² صحيح البخاري ، كتاب الصوم، ج3 ص 28.

³ نيل الاوطار ج4 ص308.

⁴ المغني ج3 ص 45.

⁵ المغني ، ج3 ص214.

المطلب الثاني : أثر القاعدة في فقه المعاملات :

المعاملات أوسع الأبواب التي يدخل فيها العرف في الفقه الإسلامي من عقود البيع و مايتعلق بعقود الإجارة و الهبات و غيرها . وقد ذكر ابن قدامة¹ : (أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ الْبَيْعَ ، وَمَ يُبَيِّنُ كَيْفِيَّتَهُ ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ)² . و من أمثلة ذلك :

• الفاظ البيع و العقود في البيع و الشراء :

البيع جاء في الشرع مطلقا و كان الرجوع فيه إلى العرف , فذهبت طائفة من العلماء إلى أن البيوع بكل ما عدده الناس بيعا و شراء³ ، (وَالْأَصْلُ بَقَاءُ اللَّعَةِ وَتَقْدِيرُهَا لَا نُقْلُهَا وَتَعْيِيرُهَا ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَدٌّ فِي الشَّرْعِ وَلَا فِي اللَّعَةِ الْمَرْجُوعِ فِيهِ إِلَى عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَاتِهِمْ ، فَمَا سَمَّوْهُ بَيْعًا فَهُوَ بَيْعٌ ، وَمَا سَمَّوْهُ هَبَةً فَهُوَ هِبَةٌ)⁴ .

• الفاصل بين الإيجاب و القبول :

يرجع في زمن الفصل بين الإيجاب و القبول في البيع إلى العرف , فما اعتبر فصلا طويلا عرف نفى العقد و ما اعتبر غير طويل صح به العقد، جاء في حاشية الدسوقي: (لَا يَضُرُّ فِي الْبَيْعِ الْفَصْلُ بَيْنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِلَّا أَنْ يُخْرِجَا عَنْ الْبَيْعِ لِعَيْرِهِ عُرْفًا وَلِلْبَائِعِ الْإِزَامَ الْمُشْتَرِي فِي الْمُرَايَدَةِ ، وَلَوْ طَالَ الزَّمَانُ أَوْ انْقَضَ الْمَجْلِسُ حَيْثُ لَمْ يَجْرِ الْعُرْفُ بِعَدَمِ الْإِزَامِهِ)⁵ .

¹ ابن قدامة موفق الدِّينِ أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَامَةَ بْنِ مِقْدَامِ بْنِ نَصْرِ الْمُقَدِسِيِّ، الْجَمَاعِيُّ، ثُمَّ الدَّمَشْقِيُّ، الصَّالِحِيُّ، الْحَنْبَلِيُّ، مَوْلِدُهُ سَنَةَ إِحْدَى وَأَرْبَعِينَ وَخَمْسِ مِائَةٍ، فِي شَعْبَانَ، صَنَّفَ "الْمَغْنِي" ، وَ"الْكَافِي" ، وَ"الْمُنْقَع" ، وَ"الْعُمْدَةَ" ، وَ"الْقِنْعَةَ فِي الْغَرِيبِ" ، وَ"الرُّؤْيَا" غيرها كثير ، انْتَقَلَ إِلَى رَحْمَةِ اللَّهِ يَوْمَ السَّبْتِ، يَوْمَ الْفِطْرِ، وَدُفِنَ مِنَ الْعَدَا، سَنَةَ عِشْرِينَ وَسِتِّ مِائَةٍ. ينظر : سير أعلام النبلاء، 16ص153.

² المغني ج 3 ص 841.

³ المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، العرف حجيته و اثره الفقهية، أسماء بنت عبد الله ، ص46.

⁴ الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ج4 ص12.

⁵ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، الدسوقي ، ج3 ص5.

• قيام بعض العقود على العرف :-

أ- بيع السلم :

بيع السلم : بيع أجل عاجل, أو بيع شئ موصوف في الذمة يتقدم فيه رأس المال و يتأخر المثمن لأجل¹, و هو بيع شرع خلاف الأصل , لكونه بيع ما ليس عند الإنسان في قول ابن عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَشْهَدُ أَنَّ السَّلْفَ الْمَضْمُونِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى قَدْ أَحَلَّهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ وَأَذِنَ فِيهِ، ثُمَّ قَرَأَ الْآيَةَ²، قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ } البقرة الاية 282³. و في ما رواه ابن العباس رضي الله عنهما انه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة و الناس يسلفون في التمر السنة و الستين و الثلاث , فقال «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»⁴ ومن الاجماع قول ابن المنذر⁵ : (أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ السَّلْمَ جَائِزٌ)⁶ فقد تبين مما سبق ان النبي صلى الله عليه و سلم اقر الناس على عرفهم في حكم بيع السلم⁷

ب - المزارعة :

مَعْنَى الْمُزَارَعَةِ: دَفْعُ الْأَرْضِ إِلَى مَنْ يَزْرَعُهَا وَيَعْمَلُ عَلَيْهَا، وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا⁸ , و هي جائزة لما رُوِيَ عن ابن عمر: (أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج

¹ المبسوط ، السرخسي ، ج12ص124.

² صحيح مسلم، بابُ الْمُسَاقَاةِ، وَالْمُعَامَلَةُ بِحُجْرٍ مِنَ التَّمْرِ وَالزَّرْعِ، الحديث رقم 1551، ج3، ص.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، جماعة من العلماء، ج11ص312. توضيح الأحكام من بلوغ المرام، عبد الله البسام، ج4ص441.

⁴ أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس (انظر جامع الأصول، ابن الاثير ج1، ص587، نصب الراية ج4، ص46).

⁵ ابن المنذر: (242 - 319 هـ = 856 - 931 م) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ. كان شيخ الحرم بمكة. من تصانفه " المبسوط " ، و " الأوسط في السنن والاجماع والاختلاف " و " الإشراف على مذاهب أهل العلم " " اختلاف العلماء " ، " تفسير القرآن ". ينظر: الاعلام للزركلي، ج5ص294. سير أعلام النبلاء للذهبي ، ج11ص300.

⁶ المغني ، ج4، ص207.

⁷ المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، العرف حجيته و اثره الفقهية، ص48

⁸ المغني ، ج5ص309.

منها من زرع أو تمر)¹، و هي شريعة متوارثة التعامل عن السلف و الخلق من غير انكار²

اختلاف المتبايعان في ايهما قبل السلع او الثمن :

في البيع الأصل بقاء الثمن في يد المشتري و المبيع في يد البائع و انتقاله لا يكون إلا بيينة أو عرف، كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يستلمها، فيحكم فيها بالعرف و العادة³.

المطلب الثالث : أثر القاعدة في فقه الأحوال الشخصية .

الأحوال الشخصية تحوي شق لا مجال للإجتهد فيه كأحكام الميراث و المحرمات من النساء و عدد الطلقات و غيرها مما لا أثر للعرف فيه فسحة ، ذلك أهما أحكام جامدة لا تبدل و لا تتغير مع صلاحها لكل زمان و مكان ، و شق أحيل للإجتهد و العقل مما يدخل فيه العرف من بابه و أمر الشارع بإعمال العرف كقوله تعالى : {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا} البقرة الآية 233. و قول الرسول صلى الله عليه و سلم لإمرة ابي سفيان : « خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكَ، وَيَكْفِي بَنِيكَ »⁴، وهي تتغير من زمن لآخر و من أسرة لأخرة و رعاية كافة الأعراف .

و نذكر من أمثلة هذا المطلب الآتي :

تعجيل الصداق و تأجيله :

في موضوع تعجيل الصداق و تأخيره قول بالجواز ، و يرجع تحديد ذلك إلى العادات و الأعراف السائدة في زمان و مكان هذه الأعراف ، وقد أجاز كل من الحنفية و المالكية و

¹ رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن ابن عمر، وروي أيضاً عن ابن عباس وجابر بن عبد الله ، انظر :جامع الأصول ج11، ص22 . نصب الراية ج4 ص179.

² القوانين الفقهية ، ابن جزوي ، ص185.

³ إعمال العرف و العادة في الأحكام و الفتاوى، محمد عبد الله ابن التمين ، ص171.

⁴ سبق تخريجه ، ينظر : ص 7.

الشافعية و الحنابلة¹ التقديم و التأخير و فق عادات و أعراف الناس و إن اختلفوا في شروط ذلك .

ألفاظ انعقاد الزواج :

كل قول تعارفه الناس مرادين به معنى انعقاد الزواج صار من صيغة الزواج الصريحة لأنه غلب استعماله في الزواج عن قصد صحيح من علاقة بينه و بين المعنى اللغوي ، و يكون كل لفظ غلب استعماله عرفاً في الزواج صح به انعقاده².

أثر العرف في الخلع :

الخلع عرّف بقولهم: (أنه طلاق بعوض، سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره.)³

الخلع "معاوضة"، وهذا رأي المالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶، فلا يحتاج لصحة قبض العوض، فلو تم من قبل الزوج، فماتت المرأة أو فلتت، أخذ العوض من تركتها وأتبعته به، ويجوز رد العوض فيه بالعيب، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت في رد العيب كالمبيع والمهر، ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من معنى المعاوضة، ويصح معمقاً عمى شرط لما فيه من معنى الطلاق، ويملك العوض بالعقد، ويضمن بالقبض، لكن فصل الحنابلة في الضمان، فقالوا: العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع: إن كان مكيلاً أو موزوناً، لم يدخل في ضمان الزوج، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرنا دخل في ضمانه بمجرد الخلع و صح تصرفه فيه.

¹ الفقه الإسلامي و أدلته ج 7 ص 277.

² العرف و العادة ، ص 149.

³ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى ميب الإمام مالك . الدردير ، ج 2 ص 517.

⁴ حاشية الصاوي، الصاوي، ج 2 ص 518.

⁵ المهذب في فقه الإمام الشافعي ، الشيرا زي ، ج 2 ص 489.

⁶ المغني ، ابن قدامة، ج 7، ص 323.

أثر العرف في النفقة على الزوجة.

النفقة عرفها المالكية بأنها : (كل ما به قوامُ معتاد حال الأدمي دون سرف)¹ ، و اتفق الفقهاء على أن للزوجة التي في عصمة زوجها نفقة الطعام، والكسوة والسكنى²، واختلفوا في المعتبر في هذه النفقة:

حيث يرى المالكية³ والحنابلة⁴ ، أن النفقة معتبرة بحال الزوجين إيسارا ، واعسارا. فتجب لغنيّة تحت غنيّ نفقة موسرين على عادة بلدهما؛ لاختلافها بحسب المواضع، ولفقيرة تحت فقير نفقة معسرين على عادتهم أيضا. (فإن اختلف حالهما، فكانت غنية، وهو فقير، أو العكس، أو كان كلاهما متوسط الحال وجب الوسط، أي أعلى مما هو للفقيرة، وأقل مما هو للغنية، واليه ذب الخصاص من الحنفية)⁵.

إلا أن المالكية قالوا: (إذا كان لا يقدر إلا على أدنى الكفاية، فالعبرة بوسعه فقط).

. وجاء في شرح فتح القدير: (إنه إن كان فقيرا أخرج على قدر وسعه، ويبقى الباقي في ذمته)⁶.

المطلب الرابع : أثر القاعدة في الحدود و العقوبات .

تتضمن أحكام الجنايات و العقوبات نوع قد خصّت فيه الأحكام بأدلة منصوصة عليها لا مجال للعقل فيها و لا الإجتهد و تلك كأحكام القصاص و الزنا و السرقا و غيرها ، فإنها ذات طابع محدد من قبل الشارع من كفييتها و مقدارها و انواعها ، ونوع يحوي مجال للإجتهد و إعمال العقل و هي ما يخص الأحكام التعزيرية التي تتبدل و تتغير بتبدل الأمصار و الأزمنة كما تتبدل بتغير الجريمة و الجناية و حال فاعلها او فعلها عليه.

¹ شرح حدود ابن عرفة، الرضاع، ج 1 ص 227.

² الشرح الكبير، الدردير، ج 2 ص 509.

³ المرجع السابق، ج 2 ص 509.

⁴ الهداية، الكلوزاني، ج 2 ص 68.

⁵ شرح أدب القاضي، الخصاص، ص 444.

⁶ شرح فتح القدير، السيواسي، ج 4 ص 380.

و في مقدا الأحكام التعزيرية ،مقدار العقوبة يرجع للقاضي الذي يراعي أحوال الناس و أعرافهم و يراعي ما يصلح من حكم لكل حدث ، فيحكم بالتغليظ في الكلام أحيانا و أخرى بالضرب أو الحبس و غيرها .

و نوضح هذا المطلب ببعض الأدلة مع كثرتها و عدم القدرة للاستفاضة في ذكرها :

إشتراط العدالة في الشهود :

إشترط الفقهاء العدالة في الشهود الثقات من المحافظة على الواجبات الدينية المعروفون بالصدق و الأمانة ، و هذا مؤكد مذکور في الكتاب و السنة و الاجماع ن لكن العلماء المتأخرين لاحضوا نذرة العدالة الكاملة التي ذكرت من قبل تفسير النصوص الشرعية ، و ذلك لفساد الزمان ، فلذا افتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل من القوم¹ .

وقد عنوا بالأمثل فالأمثل كالأحسن للشهادة فالأحسن حالا بين الموجودين ، و نستنتج أنهم عدلوا عن العدالة الكاملة الى العدالة النسبية . و قَالَ الْقَرَائِي فِي بَابِ السِّيَاسَةِ: (نَصَّ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ عَلَيَّ أَنَّا إِذَا لَمْ نَجِدْ فِي جِهَةٍ إِلَّا غَيْرَ الْعُدُولِ أَقْمَنَّا أَصْلَحَهُمْ وَأَقْلَهُمْ فُجُورًا لِلشَّهَادَةِ عَلَيْهِمْ، وَيَلْزَمُ ذَلِكَ فِي الْفُضَاةِ وَغَيْرِهِمْ لِقَلَّا تُضَيِّعَ الْمَصَالِحَ).²

و من التعزيرات التي رجع فيها إلى أعراف الناس : تعزير المفطر في نهار رمضان عامدا دون عذر مشروط ، و شارب الخمر فيه فيعزر بعد القيام بإقة الحد عليه³ ؛ و من زنى نهار رمضان ووجد شبهة درء الحد بها عنه فإنه يعزر لإنتهاك حرمة الشهر، جاء في المبسوط: (وَالَّذِي يَزْنِي فِي شَهْرِ رَمَضَانَ نَهَارًا، فَيَدَّعِي شُبُهَةً يَدْرَأُ بِهَا الْحَدَّ عَنْ نَفْسِهِ يُعَزَّرُ لِإِفْطَارِهِ)⁴ ، و في تحديد ذلك بعض الألفاظ كونها سببا أو غير ذلك مما يرجع فيه للعرف السائد عند الناس مع اعتبار مكانهم و زمانهم.

¹ المدخل الفقهي العام ،ص949.

² معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ،الطرابلسي ، القسم الثاني الباب 22 ص145.

³ تحفة الفقهاء ، السمرقندي ، ص149.

⁴ المبسوط ، ج24، ص36.

قتل المسلم بالذمي الكافر :

اتفق العلماء على عدم قتل المسلم بالكافر لكن اختلفوا في قتل المسلم لقتله الكافر الذمي هل يقتل حدا لقتله الذمي ، فقالوا رواية عن الأحناف أن المسلم يقتل بالكافر الذمي في حالة قتله غيلة، و قال آخرون بأن لفظ الكافر يصرف إلى الحربي عادة وعرفا فلا يقتل المسلم بالكافر مطلقا.

و اشتراط الجمهور (غير الحنفية)¹ أن يكون المقتول مكافئاً للقاتل في الإسلام والحرية، فلا يقتل قصاصاً مسلم بكافر، ولا حر بعدد، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يقتل مسلم بكافر»². ولم يشترط الحنفية³ التكافؤ في الحرية والدين، وإنما يكفي التساوي في الإنسانية، لعموم آيات القصاص بدون تفرقة بين نفس ونفس، مثل قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ } البقرة الآية 178 ، وقوله سبحانه { وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ } .المائدة الآية 45 ، وصوناً لحق الحياة، وتحقيق ذلك في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم، لما بينهما من العداوة الدينية، ، ولأن العبد آدمي معصوم الدم فأشبهه الحر، والقصاص يتطلب فقط المساواة في العصمة⁴.

تحديد آلة القتل

يرجع إلى تحديد القتل العمد و القتل الخطأ إلى تحديد آلة القتل ، فما كانت من آلة تقتل عرفا كان القتل عمدا و ما كان آلة القتل لا تقتل عرفا كان القتل بها في حكم القتل الخطأ، فالسيف و الرمح تعتبر آلة قاتلة ، و السوط و العصا الصغير لا تعتبر آلة للقتل عرفا ، فالمسألة راجعة في تحديد هذه الآلات إلى العرف⁵.

¹ بداية المجتهد ، ابن رشد ، ج 4 ص 181.

² أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْعِلْمِ ص 21 ج 1، 3 عند أبي داود في الدييات في باب إيقاد المسلم بالكافر ص 267 ج 2، وعند النسائي في القود في باب سقوط القود من المسلم للكافر ص 240 ج 2، وعند ابن ماجه في الدييات ص 195. ينظر: نصب الرأية، ج 4 ص 334.

³ بدائع الصنائع، ج 7 ص 237.

⁴ الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 6 ، ص 269.

⁵ العرف في التشريع الجنائي ، أحمد بن رافع ، ص 75

في تحديد باب الزنا الذي لا يحد صاحبه

هناك حالات للعرف أتر في عدم تجريم صاحبها بإرتكاب الزنا و منها : دخول الرجل على أجنبية ، وهي على فراش زوجته ليلا فوطئها ، وهو لا يعلم فإنه لا يحد ، لكون عادة الرجل إذا دخل على زوجته و هي في بيته و على فراشه المعتاد لا يسألها هل أنت زوجتي أم لا؟¹

تحديد ألفاظ القذف :

ما اعتبر عرفا من ألفاظ القذف أخذ بها الشارع في إقامة حد القذف أما غير ذلك فلا تكون من ألفاظ القذف كقوله : لست لأبيك، وكان التعارف قصده لست شبه له في صورة أو خلق أو مخلوق، و من قال لشخص ابن أم السماء و الدليل العرفي قصده للسماحة و الشهامة و الكرم فلا شئ عليه²

¹ القواعد الفقهية الكبرى ، السدلان ، ص419.

² العرف في التشريع الجنائي ، 73.

خاتمة

الخاتمة:

- و في ختام هذا البحث يمكن تلخيص بعض ما توصلت إليه من نتائج فيما يلي :
- الشريعة الإسلامية اعتبرت عادات الناس و أعرافهم الصحيحة بعين التحكيم في الشرع و ذلك مما يؤدي إلى رفع الحرج عنهم.
 - ظهور مرونة الشريعة الإسلامية الزمانية و المكانية بالتأقلم مع كل الأوضاع و الأجناس.
 - ظهر الأثر البالغ للعرف في كل جوانب الفقه، وذلك مما قدمته من نماذج توضحية لكل باب.
 - قاعدة العادة محكمة لها إعتبار و تحكيم ، رغم مخالفة بعض العلماء بالإحتجاج بالعرف ، لأنهم هم أنفسهم عملوا به و أعمالوه في الواقع في فتاويهم و في الأحكام الشرعية التي أعملت العادات و الأعراف.
 - كما توصلت إلى صعوبة التوفيق و الخروج بقانون مضبوط فيما يخص بمجالات إعمال العرف.
- توصيات:
- الإهتمام أكثر بالعادات و الأعراف بمحاولة بدل الجهد في حصر مجالات الأعراف لجعل منهج يُخرِّج عليه الأحكام الشرعية المستجدة.
 - زيادة البحوث في مدى تأثير العرف و تحكيمه في الفقه الإسلامي.
- و أخيرا هذا جهد المقل لما وَقَّني إليه الله عز و جل لإنجازة،فما كان فيه من الصواب فمن الله جلّ جلاله ، وتوجيهات و ارشادات الأستاذ الفاضل مصباح أويش ، و ما كان من خطأ فمن نفسي و من الشيطان ، و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة و السلام على أشرف المرسلين و آله و صحبه و الصالحين إلى يوم الدين.

الفهارس عامة

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث .

فهرس الموضوعات

فهرس الأعلام .

فهرس المراجع والمصادر

فهرس آثار الصحابة

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	السورة	طرف الآية
40	178	البقرة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ
36-16	228		وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ
16	233		وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ
35	282		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ
09	95	النساء	لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
40	45	المائدة	وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ
17	89		فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ
15	199	الأعراف	خُذْ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ
29	14	النحل	وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا
09	60	النور	وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ
19	15	لقمان	وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي
15	21	الشورى	أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ
16	7	الطلاق	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ
29	7	النبأ	وَالْجِبَالِ أَوْتَادًا

فهرس الآحادس النبوة

الصفحة	جزء الحديث
16	ما هذا يا جبريل؟
36-17	دَخَلَتْ هِنْدُ بِنْتُ عُتْبَةَ امْرَأَةُ أَبِي سَفِيَانَ
29	إِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَصُومُوا، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا
33	لَا يَتَقَدَّمَنَّ أَحَدُكُمْ رَمَضَانَ بِصَوْمِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ
35	من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم

فهرس آثار الصحابة

الصفحة	صاحب الأثر	طرف الأثر
17	عبد الله بن مسعود	مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ
35	عبد الله بن العباس	أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونِ إِلَى أَجْلِ مُسَمِّي
35	عبد الله بن عمر	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامِلَ أَهْلِ خَيْبَرَ

فهرس الأعلام.

الصفحة	العلم
18	ابن القيم
35	ابن المنذر
24	ابن الهمام
12	ابن أمير الحاج
15	ابن تيمية
26	ابن حجر العسقلاني
11	ابن عابدين
34	ابن قدامة
11	ابن نجيم
29	البغوي
11	الجرجاني
21	عبد الوهاب خلاف
26	العز بن عبد السلام
24	الفنازي
29	القاضي حسين
17	الكساني
31	مصطفى الزرقا
20	النسفي
20	وهبة الزحيلي

فهرس المصادر و المراجع :

1.	القرآن الكرم بربابة حفص عن عاصم.
2.	جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ابن جرير الطبري، ت: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، ط01، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان 1422 هـ - 2001 م.
3.	أحكام القرآن، أحمد بن علي الجصاص، ت: عبد السلام محمد علي شاهين، ط01، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1415هـ/1994م.
4.	صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط01، دار طوق النجاة 1422هـ.
5.	صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دون رقم ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت دون تاريخ النشر.
6.	مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، ت: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م.
7.	نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البنوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجان، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، ت: محمد عوامة، ط01، دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية 1418هـ/1997م.
8.	أنيس الساري في تخريج وتحقيق الأحاديث التي ذكرها الحافظ ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، أبو حذيفة، نبيل بن منصور البصارة، ت: نبيل بن منصور بن يعقوب البصارة، ط01، مؤسسة السّماحة، مؤسسة الريّان، بيروت - لبنان 1426 هـ - 2005 م.

9.	الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، ت: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دون رقم ط، دار المعرفة - بيروت، دون تاريخ النشر.
10.	فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد ابن حجر أبو الفضل العسقلاني، بدون ط، دار المعرفة - بيروت، 1379، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي قام بإخراجه و صححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
11.	نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، ت: عصام الدين الصباطي، ط01،، دار الحديث، مصر 1413 هـ - 1993 م.
12.	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ط02، دار الكتب العلمية، 1406 هـ - 1986 م.
13.	تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد السمرقندي، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1414 هـ - 1994 م.
14.	المبسوط، محمد بن أحمد السرخسي، بدون ط، دار المعرفة - بيروت 1414 هـ - 1993 م.
15.	الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد القرشي، ت: عبد الفتاح محمد الحلو، ط02، دار هجر 1413 - 1993.
16.	بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، بدون رقم طبعة، دار الحديث - القاهرة 1425 هـ - 2004 م.
17.	شرح حدود ابن عرفة للرصاع (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، ط01، المكتبة العلمية 1350 هـ.
18.	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
19.	التاج والإكليل لمختصر خليل، ابن المواق المالكي، ط01، دار الكتب العلمية 1416 هـ - 1994 م.

20.	العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجديدي، مطبعة فضالة-المغرب 1404هـ / 1984م.
21.	الشرح الصغير على أقرب المسالك ، الشيخ الدردير، ت: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، دون رقم ط ولا تاريخ.
22.	حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، أحمد بن محمد الخلوئي، الصاوي ، دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
23.	الشرح الكبير و حاشية الدسوقي، الدردير، دار الفكر، بدون ط وبدون تاريخ.
24.	المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق ،دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
25.	الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ،محموظ بن أحمد الكلوزاني، ت: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، ط01، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع 1425 هـ / 2004 م.
26.	المغني لابن قدامة، ابن قدامة المقدسي ،دون رقم ط، مكتبة القاهرة 1388هـ - 1968م.
27.	الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت 1404 - 1427 هـ ،الأجزاء 1 - 23: الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت.
28.	المدخل الفقهي العام ،مصطفى أحمد الزرقا، ط02، دار القلم دمشق 1425هـ/2004.
29.	إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، ط01، دار الكتب العلمية - بيروت، 1411هـ - 1991م.
30.	المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلي، ط10،الدار الجامعية بيروت 1405هـ-1985م.
31.	شرح أدب القاضي ، الصدر الشهيد ، ت: محيي هلال السرحان، ط01،وزارة

	الأوقاف العراقية - مطبعة الإرشاد 1397هـ / 1977م.
32.	العرف و العادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي ابو سنة، دون رقم ط ، مطبعة الأزهر 1947م.
33.	معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين ، دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
34.	أثر العرف في تغيير الفتوى ، جمال كركار، ط01، دار ابن حزم 2009م.
35.	الأصول العامة للفقهاء المقارن ، محمد تقي حكيم، ط02، مطبعة أمير ،المجمع العالمي لأهل البيت 1418هـ/1997م.
36.	مجموع الفتاوى، تقي الدين بن تيمية الحراني ،ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط03، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية 1416هـ/1995م.
37.	توضيح الأحكام من بلوغ المرام، عبد الله بن عبد الرحمن البسام ، ط05، مكتبة الأسد، مكة المكرمة 1423 هـ - 2003 م.
38.	الفرق الإسلامى و أدلته ،وهبة الزحيلي، ط02، دار الفكر دمشق 1405 هـ /1985م.
39.	مجموعة رسائل ابن عابدين، ابن عابدين، دون رقم طبعة ولا تاريخ، طبع على ذمة محمد هاشم الكبتي.
40.	شرح مختصر الروضة ، سليمان بن عبد القوي الحنبلي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط01، مؤسسة الرسالة 1407 هـ / 1987 م.
41.	الأشباه و النظائر ، السبكي، ط01، بيروت - لبنان 1411هـ - 1991م.
42.	غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر، أحمد الحموي، ط01، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1405 هـ - 1985م.
43.	موسوعة القواعد الفقهية ،محمد صدقي، ط01 ،مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان 1424 هـ - 2003 م.

44.	القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع منها، صالح غانم السدلان، ط01، دار بلنسية الرياض 1417هـ.
45.	الأشباه و النظائر ، ابن نجيم، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، 1419 هـ - 1999 م.
46.	شرح فتح القدير ،ابن الهمام، ط01، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان 1424هـ/2003م.
47.	أصول الفقه، وهبة الزحيلي، ط01، دار الفكر دمشق 1406هـ/1986م.
48.	أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مصطفى البغا، دار الإمام البخاري دمشق، دون رقم طبعة و لاتاريخ.
49.	فصول البدائع في أصول الشرائع، الفناري ،ت: محمد حسين محمد حسن سماعيل، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 2006 م - 1427 هـ.
50.	قاعدة العادة محكّمة، يعقوب الباحسين، ط02، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية - الرياض 1433هـ-1012م.
51.	الفروق، القراني، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
52.	كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، حافظ الدين النسفي، دون رقم ط، دار الكتب العلمية بيروت، دون تاريخ نشر.
53.	الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، ط01، دار الكتب العلمية 1411 هـ - 1990م.
54.	علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف ، مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم).
55.	الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، ط02، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا 1427 هـ - 2006 م.
56.	الإبهاج في شرح المنهاج ((منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي))، تقي الدين السبكي وولده تاج ، دون رقم ط، دار الكتب العلمية -بيروت 1416هـ -

	1995 م.
57.	جامع الأصول في أحاديث الرسول، ابن الأثير، ت: عبد القادر الأرناؤوط - التتمة تحقيق بشير عيون، ط01، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، الجزء [1، 2] : 1389 هـ ، 1969 م.
58.	القوانين الفقهية ، ابن جزى الكلبي ، من لا دار نشر و لا تاريخ و طبعة.
59.	التقرير و التحرير ، ابن أمير الحاج ، ط02، دار الكتب العلمية 1403 هـ - 1983 م.
60.	الموافقات، الشاطبي، ت: أبو عبيدة حسن آل سلمان، ط01، دار ابن عفان 1417 هـ / 1997 م.
61.	قواعد الأحكام في مصالح الأنام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، ط02، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، 1414 هـ - 1991 م.
62.	رسائل ابن عابدين ، ابن عابدين ، دون رقم ط ، دون دارومكان وتاريخ نشر.
63.	الأعلام ، الزركلي ، ط05، دار العلم للملايين ، عشر - ماي 2002 م.
64.	التاج المكلل من جواهر مآثر طراز الآخر و الأول ، صديق حسن خان، ط01، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر ، 1428 هـ - 2007 م.
65.	بغية الوعاة في طبقات اللغويين و النحاة ، السيوطي ، دون رقم ط، ت: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية - لبنان - صيدا، دون تاريخ النشر.
66.	فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيوخات والمسلسلات، ط02، عبد الحي الكتاني، ت: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي - بيروت 1982 م.
67.	الوافي بالوفيات، صلاح الدين الصفدي، ت: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دون رقم ط، دار إحياء التراث - بيروت 1420 هـ - 2000 م.
68.	أعيان العصر وأعوان النصر، صلاح الدين الصفدي، ت: الدكتور علي أبو زيد، الدكتور نبيل أبو عشممة، الدكتور محمد موعده، الدكتور محمود سالم محمد قدم له:

	مازن عبد القادر المبارك، ط01، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، دار الفكر، دمشق - سوريا 1418 هـ - 1998 م.
.69	وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ابن خلكان البرمكي، ت: إحسان عباس، ط01، الجزء 02، دار صادر - بيروت 1900م.
.70	سير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، ت: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط03، مؤسسة الرسالة 1405 هـ / 1985 م.
.71	النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ابن تغري بردي، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دار الكتب، مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ .
.72	معجم حفاظ القرآن عبر التاريخ، محمد محمد محمد سالم محيسن، ط01، دار الجيل - بيروت 1412 هـ - 1992 م.
.73	الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، عبد القادر محيي الدين مير محمد كتب خانة - كراتشي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
.74	المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، أعضاء ملتقى أهل الحديث
.75	ملتقى أهل الحديث، http://www.ahlalhdeeth.com .
.76	مقاييس اللغة، ابن فارس، ت: عبد السلام محمد هارون، دون رقم ط، دار الفكر 1399 هـ - 1979 م.
.77	العين، الفراهيدي، ت: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دون رقم ط، دار ومكتبة الهلال، دون تاريخ النشر.
.78	تاج العروس، مرتضى الزبيدي، ت: مجموعة من المحققين، دون رقم ط، دار الهداية، دون تاريخ النشر.
.79	.80. المعجم الوسيط، مجموعة مؤلفين مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دون رقم ط، دار الدعوة، دون تاريخ النشر.

81.	التعريفات ، الجرجاني ، ت: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط01، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1403 هـ - 1983 م.
82.	القاموس المحيط، الفيروزآبادي ، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط08، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م.
83.	لسان العرب، ابن منظور الأنصاري ، ط03، دار صادر - بيروت 1414 هـ.
84.	بحث (العرف و أثره في الفقه الإسلامي)، حسنين محمود حسنين ،مجلة الشريعة و القانون عن جامعة الامارات العربية المتحدة - كلية الشريعة و القانون العدد الخامس ذي القعدة 1411 هـ/ماي 1991 م.
85.	العرف حجيته و أثره الفقهية ، أسماء بنت عبد الله الموسى ،المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب عن جامعة نايف للعلوم الأمنية عدد 41 محرم 1427 هـ.
86.	رسالة ماجستير: العرف في التشريع الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة ، أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، تاريخ المناقشة : 1431/06/22 هـ - 2010/06/05 م.
87.	إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي ، محمد عبد الله ابن التمين، ط01، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي إدارة البحوث 1430 هـ/ 2009 م.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
أ	مقدمة
المبحث الاول : مفهوم قاعدة (العادة محكمة).	
09	المطلب الأول : تعريف قاعدة العادة محكمة.
09	الفرع الأول:تعريف معنى القاعدة.
10	الفرع الثاني:تعريف العادة.
12	الفرع الثالث:معنى الحكمة.
12	المطلب الثاني : تقسيمات و شروط و أركان القاعدة.
12	الفرع الأول:تقسيمات القاعدة.
13	الفرع الثاني:أركان القاعدة.
14	الفرع الثالث:شروط القاعدة.
15	المطلب الثالث: حجية القاعدة.
15	أ – الأدلة من القرآن.
17	ب – الأدلة من السنة.
17	المطلب الرابع : أهمية قاعدة العادة محكّمة.
المبحث الثاني: العادة و العرف : (العلاقة، المجال و التعارض).	
19	المطلب الأول : تعريف العرف و بيان أقسامه.
19	الفرع الأول:تعريف العرف.
21	الفرع الثاني:أقسام العرف.
21	البند الأول:أقسام العرف بإعتبار سببه.
22	البند الثاني:أقسام العرف بإعتبار من يصدر عنه.
23	البند الثالث:أقسام العرف بإعتبار المعنى اللغوي.

23	البند الرابع: أقسام العرف بإعتبار اقرار الشارع له من عدمه.
24	المطلب الثاني: الفرق بين العادة والعرف و المصطلحات المشابهة.
24	الفرع الأول: الفرق بين العادة و العرف.
25	الفرع الثاني: الفرق بين العادة و الإجماع.
25	المطلب الثالث: مجال إعمال العادة و العرف.
26	الفرع الأول: أشهر مجالات العرف عند الفقهاء.
27	الفرع الثاني: مجالات العرف عند الباحثين.
28	المطلب الرابع : تعارض العرف و العادة مع غيرهما.
28	الفرع الأول: تعارض العرف و العادة مع الأحكام الشرعية.
29	الفرع الثاني: تعارض العرف و العادة مع اللغة.
30	الفرع الثالث: تعارض العرف و العادة مع القياس.
31	الفرع الرابع: تعارض العرف العام مع العرف الخاص.
المبحث الثالث : نماذج أثر القاعدة في الفقه الإسلامي.	
32	المطلب الاول : أثر القاعدة في فقه العبادات.
34	المطلب الثاني : أثر القاعدة في فقه المعاملات.
36	المطلب الثالث : أثر القاعدة في فقه الاحوال الشخصية.
38	المطلب الرابع : أثر القاعدة في الحدود و العقوبات.

42	الخاتمة
الفهارس عامة	
43	فهرس الآيات القرآنية .
44	فهرس الأحاديث.
45	فهرس آثار الصحابة .
46	فهرس الأعلام.
47	فهرس المراجع والمصادر.
55	فهرس الموضوعات.