

International Islamic University

Islamabad - Pakistan

Faculty of Shariah & Law

LL.M (Sh. & Law)

الجامعة الإسلامية العالمية

إسلام آباد - باكستان

كلية الشريعة والقانون

قسم الدراسات العليا

٧٧٩٦-٧

أثر العرف في الشروط المقترنة بالعقود

(دراسة فقهية مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

بإشراف

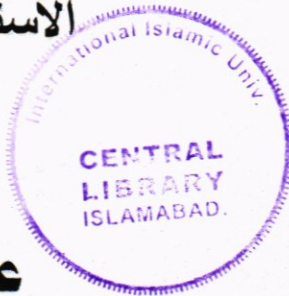
الأستاذ الدكتور رمضان الحسيني جمعة

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون

الإعداد

عبد الشكور غلام قاسم

العام الجامعي ٢٠٠٠م - ١٤٢١هـ



MS
٢٩٧٤١٤
١٤ ب ١

17/08/2019
ع

١- نفقة اسلامي - أثر العرف في التوا

M. J
7/12/10





LLM

Accession No TH-4497 M.D. 99/98

ED

١٤ ب ١

e

29/1/2014

DATA ENTERED

Amz 16/01/14

Ru 1-704497 (main)

e
29/1/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لجنة المناقشة للحصول على درجة الماجستير
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية العالمية - إسلام آباد

أجريت مناقشة البحث الذي قدمه:

الطالب: عبد الشكور بن غلام قاسم

بمعنوان: أثر العرف في الشروط المقترنة بالعقود
(دراسة فقهية مقارنة)

اليوم:

التاريخ:

الموافق:

أسماء أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل وتوقيعاتهم

الرقم	اعضاء المناقشين	الاسماء	التوقيعات
١	المناقش الخارجي		
٢	المناقش الداخلي		
٣	المشرف على البحث	أ. د. رمضان الحسنين جمعة	

الإهداء

إلى من أمرني ربي بالإحسان إليهما فقال: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً﴾^(١).

إلى من أمرني ربي بالدعاء لهما فقال: ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾^(٢).

إلى والديّ الكريمين اللذين ربياني صغيراً وسهرا عليّ الليالي وأرشداني إلى سبيل العلم والمعرفة رمز التضحية والإخلاص.

إلى أساتذتي الذين غرسوا فيّ علماً وأخلاقاً.

إلى كل من يبذل جهده في سبيل الله دون تحزّب ولا تعصب مذموم.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

(١) بني إسرائيل: ٢٣.

(٢) بني إسرائيل: ٢٤.

كلمة الشكر والتقدير

أحمد الله عز وجل وأشكره على نعمه الكثيرة وعونه في إتمام كتابة هذه الرسالة المتواضعة، وأصلي وأسلم على النبي الكريم، محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وأصحابه، ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين، وبعد:

فإنني لأتقدم بين يدي هذا البحث من أعماقي بجزيل الشكر والامتنان والتقدير إلى أستاذي الفاضل الجليل فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور رمضان الحسيني جمعه المشرف على هذه الرسالة، وما رأيت منه تذكراً، وما أحسست منه تضجراً رغم كثرة التردد عليه طيلة صحبة هذا البحث الذي هو نتائج غرسه الكريم إذ بذل جهده وأفرغ صبره وأخلص توجيهاته ودقق ملاحظته في توجيهي وتسديدي في هذا البحث من أوله إلى آخره، ولم يترك ثغرة من الثغرات دون أن ينبه عليها ويبيدي رأيه فيها، وهذا شأنه مع تلاميذه فلا أملك له قولاً إلا ما علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، جزاه الله خير ما يجزي به العلماء العاملين، فإنني أشهد الله عز وجل أن ما في هذا البحث من جوانب مضيئة فهو لنصحته وإرشاده وتوجيهه، وما فيه من هنات ونقصان فهو لتقصيري أعز الله أستاذي وبارك في عمره وعلمه وعمله وجعله لتلاميذه ذخراً وزاداً وشرفاً رفيعاً ومجداً وفخراً.

فكل الشكر لأستاذي أ.د. رمضان الحسيني جمعه.

ولا أنسى أن أتقدم بخالص الشكر إلى جميع أساتذتي في كلية الشريعة والقانون وغيرها الذين علموني وأرشدوني فترة دراستي من البداية إلى الآن. وأخص بالذكر أستاذي الفاضل فضيلة الشيخ الدكتور دياب سليم عميد كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد لحسن خلقه وشفقته علي وعونه وتشجيعه لإعداد هذا البحث، وكل الذين منحوني التشجيع

والمثابرة والعون من أصدقاء وزملاء والإخوة العاملين بمكتبات الجامعة. فلهم
مني جزيل الشكر ومن الله عظيم الأجر. ولا يفوتني في هذا المقام أن أقدم
خالص شكري إلى زوجتي التي فقدت عنايتي طول هذه المدة وصبرت عليها
دون إزعاج لا في وقت الدراسة ولا في أثناء إعداد هذا البحث.

والشكر أولاً وأخيراً لله الذي منّ عليّ بفضله وكرمه بما يسّر لي من وقت
وجهد، وأسأله سبحانه أن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم.

وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعه إلى يوم الدين.

عبد الشكور بن غلام قاسم

٢٦/٨/٢٠٠٠م



المقدمة

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين على أمور الدنيا والدين وأفضل الصلاة وأطيب السلام على سيد الخلق محمد رحمة العالمين الذي أرسل هاديا للضالين ومرشداً للتائهين وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد..

فإن مصادر التشريع الإسلامي نوعان: أصلية وتبعية فالأولى تنحصر في الكتاب والسنة وقد يلحق بهما الإجماع والثانية عد علماء الأصول منها: القياس والمصالح المرسلة والعرف... وإذا كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان فإن ذلك لا يتأتى مع الجمود؛ لأن العالم كله متغير متطور، ولعل وجود الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف ما وجد إلا بسبب ما كان في الزمان النبوي من تغيرات الأحوال.

وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿عليكم أنفسكم﴾ أن هذه الآية يعمل بها في آخر الزمان، ولهذا أيضاً كان من أصول الشرع سد الذرائع والمصالح المرسلة والقياس والاستحسان إلى غير ذلك^(١) فالدين ما أتى إلا رحمة بالناس وهو بذلك يستجيب لحاجاتهم وتحقيق مصالحهم والنصوص التفصيلية التبعية من قياس واستحسان ومصالح وأعراف ما هي إلا استجابة لحاجات الناس لأنها واجهت مشاكلهم فإذا تعددت المشاكل، وتبدلت الأوضاع كان لابد أن تتغير الأحكام وتتطور فالكل في هذا الكون متجدد متطور فوجب مسايرته.

أولاً: سبب اختيار الموضوع

والعرف هو الأصل المتجدد المتطور الذي يفي بكثير من هذه الأغراض ويحقق

(١) الفكر السامي: ٢٤١/٤، لمحمد بن الحسن الثعالبي الفاسي ط. المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم، لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر وهو الأصل الذي تدعو الحاجة إليه، لأن حاجة الناس إلى العرف فطرة قديمة أحس بها الإنسان منذ أيامه الأولى، وليست الأعراف والتقاليد البدائية غير النواة الأولى لأصول العقد الاجتماعي الذي تعاقد عليه المجتمع لتنظيم شؤونه الاجتماعية في بعض مراحلها المتطورة من هنا علمت أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة و شرط العادة التي يقضي بها أن لا تنافي الأحكام الشريعة فهي تدخل تحت أحكام الإباحة.

وسياتي من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة للأحكام التشريعية، ومنزلته بين المصادر الأصلية والتبعية، فلا نستعجل ما سنذكره هناك وإنما نختم هذا العرض فنقول: إن سبب اختيار هذا الموضوع صلته بالحياة الاجتماعية العملية في عامة بلاد المسلمين' ويضاف إلى ذلك أني لم يسبق لي أن اطلعت على من كتب فيه كتابة مستقلة مستجمعة لجوانبه وفروعه فأردت بهذا الاختيار أن أجمع كل ما يتصل به من بطون كتب التراث وأرتبها مع العمل على حل الصعوبات كل ذلك بغية الوصول إلى الحكم الذي يبتغيا الصواب في الموضوع.

ثانياً: منهج البحث

سرت في إعداد هذا البحث بقدر المستطاع على منهج ألخصه في هذه النقاط:

أولاً: استخدمت هذه التقسيمات: "الفصل" الذي ينقسم إلى مباحث، و"المبحث" الذي ينقسم إلى مطالب و"المطلب" الذي ينقسم نادراً إلى فروع حسب الضرورة.

ثانياً: تخريج الآيات: قمت بعزو الآيات الواردة في البحث فذكرت اسم السورة ورقم الآية في الهامش.

ثالثاً: تخريج الأحاديث النبوية: التزمت بتخريج الأحاديث النبوية الواردة في البحث بقدر المستطاع معتداً في ذلك على الكتب الستة بالإضافة إلى مسند الإمام أحمد وغيره فقد رجعت إلى المصادر الأصلية وعزوت إلى المرجع الحديثي

إلا عند تعذر ذلك لأن أكثر أحاديث التفسير في غير الكتب الستة. وعند تخريج الحديث اكتفى بذكر رقم الحديث والباب في الكتاب الذي خرجته منه أو رقم الجزء والصفحة إذا لم يكن الكتاب مرقعاً.

رابعاً: قمت بالترجمة المختصرة لبعض الأعلام الواردة في البحث معتمداً على كتب التراجم بالإضافة إلى كتب أخرى.

خامساً: ذكرت أولاً ما اتفق عليه الفقهاء من الأحكام مع ذكر أدلتهم في ذلك عند عرض كل مسألة ثم ذكرت بعد ذلك الأحكام التي اختلفوا فيها فبدأت بذكر الأقوال مرتبة حسب ظهور المذهب حيث ذكرت قول الحنفية أولاً ثم أتبعه بقول المالكية، ثم الشافعية ثم الحنابلة، ورجعت إلى كتب المقارنة بقدر المستطاع.

سادساً: اعتمدت في نسبة كل قول ودليله في كل مذهب على المصادر الأصلية وأخذت آراءه من كتبه المعتمدة.

سابعاً: شرحت الألفاظ الغريبة والمصطلحات الهامة التي تحتاج إلى بيان معتمداً في ذلك على الكتب التي تهتم بهذا الشأن.

ثامناً: ذكرت في خاتمة البحث أهم النتائج التي توصلت إليها.

تاسعاً: وضعت فهرسين للبحث هما:

أ- فهرساً للموضوعات، بينت فيه فصول البحث ومباحثه، ما يتضمنه من مطالب وفروع وجزئيات تسهيلاً للرجوع لموضوعات البحث عند الحاجة إليها.

ب- فهرساً لأهم مصادر البحث ومراجعته والتزمت بذكر عنوان الكتاب شاملاً واسم مؤلفه مع بيان الطبعة وتاريخها والناشر متى تيسر لي ذلك.

وبعد بيان منهج البحث الذي سرت عليه لابد لي أن أثبت الخطة لهذه الرسالة.

خطة البحث

تتكون من:

مقدمة وثلاثة فصول

الفصل الأول: ماهية العرف وبعض متعلقاته

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للعرف

المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف

المبحث الرابع: منزلة العرف في الاستدلال

الفصل الثاني: في الشروط

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: معنى الشرط وأقسامه باعتبار مصدره

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى الشرط لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: أقسام الشرط باعتبار مصدره

المبحث الثاني: تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالسبب أو المسبب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالسبب

المطلب الثاني: تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالمسبب

الفصل الأول

ماهية العرف وبعض متعلقاته

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للعرف

المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف

المبحث الرابع: منزلة العرف في الاستدلال

تعريف العرف في اللغة والاصطلاح

العرف في اللغة^(١):

العرف؛ بضم العين، ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس وتطمئن إليه، يطلق ويراد منه عدة معان:

١ - التتابع: ومنه قول الله تعالى: ﴿والمرسلات عرفاً﴾^(٢) أي الملائكة المرسلات متتابعة أو الرياح المتتابعة ، ومنه أيضاً عرف الفرس أي شعر عنقه المتتابع .

٢ - أعلى الشيء: ومنه قول الله تعالى: ﴿وعلى الأعراف رجال﴾^(٣)، أي أعالي السور بين الجنة و النار .

٣ - الصبر: وقد سمي الصبر عرفاً لدلالته على السكون الاستقرار ومنه قول أبو دهيل الجمحي:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العرف في المصيبات

٤ - المؤلف المستحسن : الجميل بالإحسان، ومنه قول الشاعر:

وليس يضيع عند الله عرف إذا ما العرف عند الناس ضاعا

٥ - اسم من الاعتراف: تقول: له علي مائة عرفاً؛ أي اعترف بها اعترافاً.

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور (مادة عرف) ٢٣٩/٩ ط. دار صادر بيروت بدون تاريخ.

(٢) المرسلات: ١، وانظر تفسير الجلالين ص ٤٨٥ ط. أصح المطابع آرام باغ كراتشي.

(٣) الأعراف: ٤٦، وانظر: تفسير الجلالين ص ١٢٨ للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي و جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ط. أصح المطابع وكارخانه تجارت كتب آرام باغ كراتشي بدون تاريخ.

العادة في اللغة^(١):

من المناسب أن نذكر تعريف العادة لغة قبل إيراد تعاريف الفقهاء للعرف لأن لها صلة بالعرف.

العادة لفظ مفرد يجمع على عادات وعوائد ، وهي مأخوذة من العود أو المعاودة، والعادة هي الدأب والاستمرار فكل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد فهو عادة وسميت بذلك لإلاسم لأن صاحبها يعاودها ، أي يرجع إليها مرة بعد أخرى.

ومن هذا المعنى قول الله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَر إِلَى الَّذِينَ فَهِوْا عَنِ النَّجْوَى ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نَهَوْا عَنْهُ﴾^(٣).

ومنه ما جاء في الأثر: "تعودوا الخير، فإن الخير عادة، والشر لجابة"^(٤).

هذا وبالمقارنة بين العرف والعادة من حيث اللغة نجد أن العادة هي أحد معاني العرف فإنها الأمر المتكرر، والمتكرر هو المتتابع، والأمر إذا تكرر يكون مألوفاً مستحسنًا، والمتتابع والمألوف كلاهما من معاني العرف.

(١) انظر: لسان العرب مادة "عود" والمعجم الوسيط: "لمجمع اللغة العربية ٦٣٥/٢ مطابع قطر الوطنية سنة ١٩٨٥ م.

(٢) المجادلة: ٣.

(٣) المجادلة: ٨.

(٤) رواه ابن ماجه، وابن حبان والطبراني في الكبير، والحديث إسناده حسن ورجاله ثقات. انظر: مسند الشهاب: ٤٧/١، والمعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ٤٢٤/٤ مطبع بريل مدينة ليدن ١٩٦٢ م. وسنن ابن ماجه للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ٨٠/١ (مقدمة) باب فضل العلماء والحث على طلب العلم حديث رقم ٢٢١ ط. دار الدعوة استنبول ١٩٨١ م.

العرف والعادة في الاصطلاح:

أما في الاصطلاح: فقد اختلفت عبارة العلماء في تعريف كل منهما تبعاً لاختلافهم في شمول العرف للعادة، أو شمولها له، أو في كونهما مترادفين وللعلماء في ذلك اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العرف والعادة بمعنى واحد، فهما لفظان مترادفان، لا فرق بينهما، ومن أصحاب هذا الاتجاه ابن عابدين^(١) في رسالته نشر العرف، وابن نجيم^(٢) في الأشباه والنظائر، وعبد الله بن أحمد النسفي في المستصفي^(٣) ومن العلماء المحدثين علي حيدر في شرحه للمادة السادسة والثلاثين من مجلة الأحكام العدلية كما سار مع هذا الاتجاه - أيضاً - فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف^(٤).

والعرف والعادة عندهم "ما استقر في النفوس من قول أو فعل، وتلقته الطباع السليمة بالقبول" ولا فرق في ذلك ما كان للعقل في إنشائه مدخل، وبين ما ليس للعقل فيه مدخل كحرارة الجو التي تجعل البلوغ عادة مبكرة، وكأقل الحيض أو أكثره مما رتب الشرع عليه أحكاماً.

(١) هو محمد أمين الحنفي الشهير بابن عابدين بن السيد الشريف عمر عابدين ولد في ١١٩٨هـ في دمشق وله مؤلفات كثيرة توفي في ١٢٥٢هـ بدمشق. (فهرس الفهارس للكتاني: ٢/٢١٢-٢١٧)، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ٧٧/٩ ط. دار إحياء التراث العربي بيروت.

(٢) هو الإمام الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بـ (ابن نجيم) ولد بالقاهرة في ٩٢٦هـ وتوفي ٩٨٠هـ. (شذرات الذهب: ٨/٣٥٨، ومعجم المؤلفين: ٤/١٩٢).

(٣) رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢ للسيد محمد أمين ابن عابدين ط. دار إحياء التراث العربي بيروت والأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٣، وشرحه غمز عيون البصائر للسيد أحمد بن محمد الحموي، طبعة إدارة القرآن كراتشي، والمستصفي كتاب في الفقه الحنفي، مخطوط بالأزهر انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٨.

(٤) علم أصول الفقه لشيخ عبد الوهاب خلاف: ص ٨٩ ط. مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر الطبعة الثامنة.

الاتجاه الثاني:

ويرى أصحابه أن العرف أعم من العادة ، فالعرف "ما استقر في النفوس، وألفته الطباع قولاً كان أو فعلاً"، بينما تختص العادة بالعرف العملي فقط ، فبينهما العموم والخصوص المطلق، ومن سار على هذا الاتجاه الكمال بن الهمام^(١) والبيزدي^(٢) وصاحب التلويح^(٣).

الاتجاه الثالث:

والعادة - عند أصحاب هذا الاتجاه - أعم من العرف، أعم من العرف، فهي الأمر المتكرر بغض النظر عن العلاقة العقلية، سواء أكان ذلك قولاً أو عملاً، صادراً من فرد أو جماعة، أو كان مصدره أمراً طبيعياً، لا دخل للعقل فيه كالحيض، والحمل، وحرارة الإقليم أو برودته التي تجعل البلوغ عادة مبكرة أو متأخرة أو كان مصدره العقل فيما كان للعقل فيه مدخل.

وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن ما كان للعقل فيه مدخل فهو عرف وعادة وما ليس للعقل فيه مدخل فهو عادة، فالنسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، والعادة أعم من العرف الذي اقتصر إطلاقه على العادات التي للعقل فيها مدخل، ومن سار على هذا الاتجاه ابن أمير حاج من الحنفية وتبعه صاحب كتاب "العرف والعادة في رأي الفقهاء" حيث صرح بأنه اختار تعريف ابن أمير حاج^(٤).

هذه اتجاهات العلماء في التفرقة بين العرف والعادة، ولكننا لم نجد أثراً في الفقه لهذه التفرقة ولعل من فرق بينهما إنما نظر إلى سبب إطلاق اللفظين على

(١) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري الشهير بابن الهمام فقيه حنفي، محدث، وأصولي له تصانيف كثيرة مثل فتح القدير توفي في ٨٦١هـ. الفوائد البهية في تراجم الحنفية لمحمد عبد الحي الهندي ص ١٨٠ ط. نور محمد كارخانه تجارت كراتشي ١٣٩٣هـ.

(٢) هو علي بن محمد البيزدي الحنفي فقيه ما وراء النهر المتوفى ٤٨٢هـ، (الفوائد البهية: ١٢٤).

(٣) كشف الأسرار على أصول البيزدي لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري: ٩٦/٢-٩٨ ط. الصدف بيلشرز كراتشي، التلويح على التوضيح: ١/١٧٥.

(٤) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١/١٨٢، وانظر العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبي سنة: ١٠-١٣ ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ، بيروت.

معنييهما، وشمول أحدهما للآخر، وإن اعترف كلا منهما له تأثير في بناء الأحكام ومن جعلهما لفظين مترادفين، إنما أراد يبين أن كلا منهما له تأثير في بناء الأحكام عليهما، وعلى هذا فلا يكون ثمة فارق بينهما. ولكل وجهة هو موليها، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ونذكر هنا بعض تعريفاتهم للعرف:

١- عرفه ابن عابدين في رسالته نشر العرف بأنه "ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة"^(١).

٢- والعرف عند عبدالله بن أحمد النسفي الحنفي: "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"^(٢).

٣- وعرفه دكتور عبد الكريم زيدان في كتابه "الوجيز" بأنه "ما ألفه المجتمع واعتاده وسار عليه في حياته من قول أو فعل"^(٣).

٤- وعرفه د. السيد صالح بأنه "ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر الناس عليه مما لا تردده الشريعة وأقرتهم عليه"^(٤).

فالتعريف الأول والثاني كلاهما جعل العرف والعادة لفظين مترادفين أما التعريف الثالث والرابع فكل منهما يشتمل على قيود لا نجدها عند الآخرين.

٥- قد ذكر الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه القيم "المدخل الفقهي العام" تعريفاً للعرف قد استوحاه من التعاريف المتقدمة والتي يذكرها الأصوليون

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢ طبعة سابقة.

(٢) المستصفى للنسفي الحنفي: ٢١٧/١ مخطوط بالأزهر نقله الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في العرف والعلادة في رأي الفقهاء: ٨، وانظر: أثر العرف في التشريع الإسلامي: ٥.

(٣) الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٥٢.

(٤) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور الشيخ السيد صالح عوض: ٥٢.

والفقهاء وأنا أختار هذا التعريف للعرف المعتبر فقهاً وهو:

"عادة جمهور قوم في قول أو فعل"^(١).

فهذا التعريف كاشف عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة، وبأدق الحدود، وأكثر فهماً للطالب.

وفيما يلي نشرح هذا التعريف:

شرح التعريف:

١- هذا التعريف يفيد أن العرف نوع من العادة؛ فالعادة جنس أعم تحته أنواع منها العرف.

٢- ويفهم من هذا التعريف أن العادة إذا كانت الأمور المنبعثة عن التفكير والاختبار، تسمى عرفاً، ومن أمثلة ذلك: التعارف على تقدير الكميات في بعض الأشياء بالوزن، وفي بعضها بالكيل، وفي بعضها بالعدد، وكذلك التعارف في الزواج على أن المرأة تشتري بمهرها جهازاً من ملبوس ومفروش تحضره معها إلى بيت الزوج، وأنها لا تزف قبل أن يدفع الرجل معجل مهرها كله أو بعضه، والتعارف على بعض أنواع من العقود كالاستصناع.

فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الأمور الشائعة ناشئاً عن عوامل الطبيعة لا عن التفكير والاختبار، كالإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة. وهذا المعنى يستفاد أيضاً من قوله "في قول أو فعل" لأن عادة الجماعة من الناس في قول أو فعل لا تكون إلا عن عقل أو اختيار وإلا كانت حادثاً طبيعياً، ولا قولاً أو فعلاً.

٣- ويفيد هذا التعريف - أيضاً - أن تحقق العرف يعتمد على نصاب عددي من الناس لا بد منه، وهو: أن يكون موضوع العرف قد اعتاده القوم في مكان

(١) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء: ١/١٣١ ط. دار الفكر ١٩٦٧-١٩٦٨م.

جريانه. وهذا مستفاد من لفظ "الجمهور" فإذا لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين أكثر القوم لا يتكون به عرف معتبر، بل يكون من قبيل العادة الفردية أو العادة المشتركة.

٤- ويشير التعريف - أخيراً - إلى أنواع العرف: فهو يدل على انقسامه من وجه إلى عرف لفظي، وعرف عملي؛ وهذا مستفاد من لفظ "في قول وفعل" وكذا يدل على انقسامه من وجه آخر إلى عرف عام وعرف خاص؛ وهذا مستفاد من تنكير لفظ "قوم"؛ فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة، فيكون عرفهم خاصاً بهم؛ كما يشمل الناس أجمعين في جميع البلدان، فيكون عرفاً عاماً^(١).

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقاء: ٨٤١/٢-٨٤٣.

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي للمعرف

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي للعرف

فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم ومشاربهم متفقون على اعتبار مراعاة العرف في كثير من الأحكام، وإن تفاوتوا في الأخذ به، فتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، ومع اتفاقهم هذا فقد اختلفوا فيما بينهم في حجته واعتباره دليلاً من أدلة الأحكام على مذهبين.

المذهب الأول:

يرى أصحابه أن العرف دليل من الأدلة الشرعية وذهب إلى هذا القدماء من علماء المالكية والأحناف، فالقرافي في التنقيح يقول: "إن أدلة الأحكام تسعة عشر وعد منها العوائد"^(١) وإلى هذا الرأي - أيضاً - مال ابن العربي في أحكام القرآن حيث ذكر في معرض بيانه لمقدار النفقة الواجبة بقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذَوْسَعَةً مِنْ سَعَتِهِ﴾^(٢) أن العرف دليل من أدلة الأحكام، فيقول: "إنه - يعني الإنفاق - ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط الحلال والحرام"^(٣).

وممن سار على هذا الاتجاه أبو عبد الله النسفي من الحنفية، حيث يقول في المستصفى: "الأصول ثلاثة: الكتاب ويتبعه شرع من قبلنا، والسنة ويتبعها الآثار، والإجماع ويتبعه التعامل، والقياس أصل رابع ويتبعه التحري واستصحاب الحال"^(٤).

(١) انظر: شرح التنقيح للقرافي: ١٨٩ ط. دار الفكر ١٩٧٣م.

(٢) الطلاق: ٧.

(٣) أحكام القرآن لابن عربي: ٤/١٨٤٢ ط. عيسى الحلبي ١٩٨٨م.

(٤) أثر العرف في التشريع الإسلامي للسيد صالح عوض: ١٥٢ نقلاً عن المستصفى للنسفي في الفقه الحنفي، مخطوط بدار الكتب المصرية ورقة رقم ١٥.

أدلة هذا المذهب:

استدل القائلون بحجية العرف بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

أولاً: الأدلة من القرآن:

استدلوا بآيات من القرآن الكريم منها:

١- قول الله تبارك وتعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(١) ووجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة هو: أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس باتباع العرف، ولما كان الأمر مفيداً للوجوب إذ لا صارف له، فوجب العمل بالعرف.

وقد ذكر الدكتور مصطفى الزرقاء أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الأمر المستحسن المؤلف لا على معناه الاصطلاحي الفقهي ولكن توجيه هذا الاستدلال هو أن العرف وإن لم يكن مراداً به في الآية المعنى الاصطلاحي، لكنه قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو ما استحسنوه وألفته عقولهم والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف، فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة^(٢) ويمكن أن نقول إن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي فهو شامل له.

المناقشة:

قد اعترض على هذا الاستدلال ومن المعترضين الأستاذ أحمد فهمي أبي سنة في كتابه العرف والعادة^(٣) - مستعينا بما ورد في بعض التفاسير أن هذه الآية الكريمة لا تدل على حجية العرف لأن العرف الوارد في هذه الآية له معنى آخر خلاف المعنى الاصطلاحي، إذ معناه في الآية: كل ما هو من الدين سواء عرف حسنه بالعقل أو لم يعرف إلا من الشرع، بل ذهب بعض المفسرين إلى

(١) الأعراف: ١٩٩.

(٢) انظر الدخول الفقهي العام ١/١٣١.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٢٤-٢٥.

حسنه بالعقل أو لم يعرف إلا من الشرع، بل ذهب بعض المفسرين إلى تخصيص هذا المعنى، فجعل المراد من العرف أخلاق الناس، واستدل الشيخ على هذا بما رواه الطبري أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل جبريل عند نزول هذه الآية قائلاً: "ما هذا يا جبريل؟" فقال: الله سبحانه يأمر أن تعفو عن ظلمك، وتعطي من حرمك وتصل من قطعك"^(١) وذكر بعض المفسرين أن المراد هو المعروف من الإحسان.

وعلى كل فإن الآية لا تدل على المعنى الاصطلاحي للعرف ويجب بأن المعاني التي ذكرها صاحب الاعتراض لا تختلف عن المعنى الاصطلاحي للعرف، وإن كانت أخص منه فالمعنى اللغوي يشملها فهو أعم منها.

وبيان في ذلك أن المعنى العام الذي ذكره هو أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بأن يأمر الناس بكل ما هو من الدين، سواء عرف حسنه من العقول أو لم يعرف إلا من الشرع، وهذا المعنى لا يختلف عن المعنى الاصطلاحي للعرف؛ فإن ما اعتاده الناس وألفوه أعم من أن يكون ثابتاً بنص أو إجماع أو هو مجرد عمل اعتاده الناس بدليل أن العرف ينقسم إلى عرف الشرع وعرف الناس. يقول الشاطبي في موافقاته: "العوائد المستمرة ضربان: أحدهما: العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو ألغاها، ومعنى أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو نداءً، أو نهى عنها كراهةً أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، والضرب الثاني هو: العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا ثباته دليل شرعي"^(٢) وهذا المعنى الاصطلاحي يتفق تماماً والمعنى العام للعرف كما ذكره صاحب الاعتراض. وهو نفس المعنى الذي قال عنه: إنه إظهار الدين الحق.

أما المعروف من الإحسان فهو نفس المعنى الذي أكدته رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روعي فيه تناسبه وسبب نزول هذه الآية، ولم يلتفت فيه إلى عموم

(١) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري: ١٠٥/٩ ط. دار المعرفة بيروت الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٠. و

أخرج معناه أحمد بن حنبل في مسنده: ١٤٨/٤، وأيضاً أخرجه الإمام جلال الدين السيوطي في الدر

المنثور: ١٥٣/٣. طبعة: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم، إيران، طبعة رابعة ١٩٨٠م.

(٢) الموافقات للشاطبي: ٢٠٩/٢ لأبي إسحاق الشاطبي، طبعة دار المعرفة بيروت (رقم الطبعة لم يوجد).

اللفظ، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولفظ العرف الوارد في الآية معرف بالآلف واللام فهو يفيد العموم.

٢- قول الله تعالى: ﴿لَيَنْفَقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلَيَنْفَقَ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(١).

ووجه الاستدلال هو أن الله تعالى لم يقدر قيمة النفقة، وإنما تركها حسب وسعي الإنسان وقدرته، وفي ذلك إعمال للعرف، فلينفق حسب ما اعتاد الإنفاق^(٢).

٣- قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ، وَعَلَى الْمَوْلُودِ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣).

لقد بينت هذه الآية أن وجوب النفقة والكسوة على الوالد لأم ولده بسبب الرضاعة، ولكنها أحالت تقدير النفقة والكسوة على ما كان بينهما من شرط إن وجد وإلا اتبع في ذلك العرف؛ إذ المعروف قد يكون محدداً بشرط وقد يكون غير محدد إلا من جهة ما تعارف عليه الناس^(٤).

وإحالة الآية تقدير النفقة على العرف دليل على صحة العمل به، وإلا لما أحالت الآية الكريمة على العمل به. ولا يقال هنا: إن المعروف في الآية معناه الإحسان بالجميل، إذ النفقة واجبة على الوالد وحق للمرضعة وليست تفضلاً منسه وإحساناً.

٤- قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥).

وهي كسابقتها قد أحالت على العمل بالمعروف، وفي ذلك دليل على صحة التمسك بما تعارف عليه الناس. فقد أشارت الآية الكريمة إلى أن الأساس الذي

(١) الطلاق: ٧.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن عربي: ٤/١٨٣، والمغني لابن قدامة: ٧/٥٦٧.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

(٤) التفسير الكبير: ٦/١٢٠.

(٥) البقرة: ٢٢٨.

يرجع إليه في تقرير الحقوق والواجبات إنما هو العرف الذي تقضي به الفطرة السليمة.

٥- قول الله تعالى في كفارة اليمين: ﴿كفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾^(١).

وبيانه أن الله تعالى جعل كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين من أوسط ما يطعم الإنسان أهله على قدر حاله في إعساره أو يساره وهذا متروك لما اعتاد عليه. وذهب الجصاص في أحكام القرآن إلى أن الوسط مرتان، لأن أكثر ما اعتاد عليه الإنسان ثلاث مرات وأقله واحدة فيكون الأوسط مرتين^(٢) وعلى كل فإن الآية الكريمة تفيد إعمال ما اعتاد عليه الإنسان في إطعام أهله في عدد المرات ونوع الطعام وكذلك الحال بالنسبة للكسوة.

٦- قول الله تبارك وتعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٣) فقد دلت الآية الكريمة على أن الله تعالى قد رفع الحرج والمشقة عن المسلمين، وعدم مراعاة ما تعارف عليه الناس يسبب لهم الضيق والحرج، ولما كانا مرفوعين بنص الآية، فيجب مراعاة أعرافهم حتى لا يقعوا في حرج ومشقة.

٧- قول الله تبارك وتعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً﴾^(٤).

فيتبين لنا من هذه الآية أن الله تعالى قد رتب جزاءً على مشاقة الرسول صلى الله عليه وسلم واتباع غير طريق المؤمنين الذين استحسناه، وفيدل ذلك على أن اتباع طريق المؤمنين واجب. وما اعتادوا عليه فقد استحسناه واتخذوه طريقاً لهم فاتباعه واجب.

(١) المائدة: ٨٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص: ٤٥٨/٢ طبعة: دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.

(٣) الحج: ٧٨.

(٤) النساء: ١١٥.

ولا ينافي هذا أن تكون هذه الآية دليلا على حجية الإجماع؛ فالعرف إذا كان عاما فقد أجمعت عليه الأمة، وإذا كان خاصا فقد أجمع عليه أهل المحلة أو المهنة فيكون حجة تجاههم^(١).

ثانيا: الأدلة من السنة الشريفة:

استدل الفقهاء على حجية العرف بأدلة من السنة المطهرة نذكر منها:

١- حديث عائشة رضي الله عنها: أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"^(٢).

قال ابن حجر: فيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع^(٣). ومنه يتبين أن المراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية^(٤).

فقد أحال الرسول صلى الله عليه وسلم تقدير النفقة على العرف، فدل ذلك على اعتباره، إذ لو كان غير جائز لما أحال عليه الرسول عليه السلام.

ولا يقال: إن المعروف في هذا الحديث محمول على الجميل والإحسان لأن النفقة حق، ولأنها هي التي تأخذ الحق من تلقاء نفسها.

من هذا يتبين لنا أن الحديث يدل على اعتبار العرف دليلا فيما جاء من الأحكام مطلقا لم يفصل.

٢- ما روي موقوفا عن ابن مسعود: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"، وهذا الأثر اختلف فيه، فقد رواه البعض مرفوعا من حديث أنس رضي الله

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي: ١٧٥.

(٢) فتح الباري شرح الصحيح البخاري: ٥٠٧/٩ ومسلم: ١٣٣٨/٣ رواه الجماعة إلا الترمذي راجع نيل الأوطار: ١٣١/٧.

(٣) فتح الباري: ٥١٠/٩. مكتبة الرياض الحديثة.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني: ١٣١/٧.

عنه يقول العلاني: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود موقوفاً عليه^(١).

وإذا ثبت أنه قول لابن مسعود، فيكون الاحتجاج به لمن يرى أن قول الصحابي حجة لاحتمال سماع معناه من الرسول عليه السلام.

ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ما يراه المسلمون ويعملون به فقد استحسَنوه وتعارفوه. وما استحسَنوه وتعارفوه، يكون عند الله أمراً مستحسناً، وعلى ذلك فإن الله تعالى يقر المسلمين فيما توصلوا إليه من آراء، شريطة أن يكون ذلك وفق الضوابط العامة للشريعة الإسلامية، لا يخالفون في ذلك نصاً من قرآن أو سنة، ولقد أشارت إلى هذا الشرط كلمة المسلمين الواردة في الأثر؛ لأن من شأن المسلم ألا يخالف ما أمر به الله ورسوله صلى الله عليه وسلم.

ولا يقال: إن كلمة المسلمين يراد منها صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة؛ وذلك لأنها، أعني كلمة "المسلمين" جمع معرف بالآلف واللام فتفيد العموم أي عموم المسلمين، فلا تختص بزمان دون آخر^(٢).

ولقد استدل بهذا الأثر على حجية العرف كل من شمس الأئمة السرخسي^(٣) والإمام الكاساني^(٤).

ثالثاً: الأدلة من المعقول:

أما المعقول فقد استدل على حجية العرف بأدلة منها:

١- من الواضح أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام، وذلك كبيع السلم والعرايا والإجازات الخالية من المفسد،

(١) شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٩٥/١، مجمع الزوائد: ١٧٨/١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ٩٩

مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٣/٢.

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي: ١٨١.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١٣٨/١٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٢٣/٥.

والمشاركات الصحيحة عندهم كالمضاربة^(١) وكل ما كان صالحاً للبقاء ففي ظل التشريع الإسلامي، وألغى ما ليس صالحاً للبقاء كعقود الربا والعقود المشتملة على الغرر.

الأعراف التي أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم وإن كان التمسك بها على طريق السنة التقريرية فإنها تعتبر دليلاً على جواز العمل بالأعراف التي لا تخالف قواعد الشرع ولا تصطدم بنصوصه.

٢- لولا أن اطراد العادات معلوم عرف الدين من أصله فضلاً عن تعرف فروعها، فوجب اعتبارها في الأحكام وبيان ذلك - كما يقول الشاطبي - "أن الدين لا يعرف إلا عن طريق النبوة ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا عن طريق المعجزة ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة، فلولا اعتبار العادة لما اعتبر الخارق لها"^(٢).

٣- استدل الشاطبي في الموافقات بإجماع العلماء على أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس، وإذا كان ذلك كذلك فوجب اعتبار عوائدهم، لأن في عوائدهم ما يحقق مصالحهم، فإذا كان أصل التشريع سبب عوائدهم، لأن في عوائدهم ما يحقق مصالحهم، فإذا كان أصل التشريع سبب المصالح فوجب اعتبار ما يحقق هذه المصالح، ولا معنى لاعتبار العوائد إلا هذا^(٣).

٤- واستدل الشاطبي^(٤) - أيضاً - بأن العوائد الجارية لابد وأن تكون ضرورية الاعتبار؛ لأنه لا يستقيم التكليف إلا باعتبارها. وآية ذلك أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ولهذا شرعت العقوبات، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿والسارق

(١) انظر: شرح الكنز للزيلعي: ٥٢/٥.

(٢) راجع: الموافقات للشاطبي: ٢٠٦/٢.

(٣) راجع المرجع السابق: ٢١٢/٢.

(٤) انظر: الموافقات: ٢١١/٢-٢١٢.

(٥) البقرة: ١٧٩.

والسارقة قاطعوا^(١) إلى غير ذلك من العقوبات فلو لم تعتبر العادة في هذه الأحكام لما كان لها من فائدة، ولكن الله تعالى قد شرعها؛ فدل ذلك على اعتبار عادة الانكفاف عن المخالفة بالزجر.

ودلت العادة أيضا على أن البذر سبب لنبات الزرع، والنكاح سبب للنسل، والتجارة سبب لنماء المال إلى غير ذلك من العادات، ولهذا شرعت الأحكام الخاصة بالمساقاة والمزارعة وإحياء الموات، كما شرعت أحكام النكاح وأحكام التجارة وما أشبه ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها وهو ما اعتادت عليه البشرية. فلو لم تكن هذه الممسببات مقصودة للشارع لما كان للتشريع فائدة؛ لكن الله تعالى شرع هذه الأحكام فدل ذلك على اعتبار العوائد في وقوع المسببات عن أسبابها.

٥- واستدل الشاطبي - أيضاً - بأن عدم اعتبار العوائد يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع، وبيانه أن التكليف لا بد وأن يراعي قدرة المكلف وعلمه، وإلا لكان تكليفاً بما لا يطاق.

وعدم اعتبار العوائد فيه تكليف بما لا قدرة للناس عليه لأنه ليس من الهين ترك ما اعتاد عليه الإنسان، والتكليف بما لا قدرة فيه للمكلف تكليف بما لا يطاق^(٢).

المذهب الثاني:

يرى أصحابه أن العرف ليس بحجة، ومال إلى هذا جمهور الأصوليين من غير الحنفية، وتبعهم بعض الحنفية فلم يذكروه في مباحث الأدلة، وإنما تحدثوا عنه في مباحث التخصيص مؤكدين أنه لا يجوز تخصيص النص بالعرف لأنه ليس حجة، كما تحدثوا عنه في مباحث اللغات، وممن صار على هذا الاتجاه أبو

(١) النور: ٢.

(٢) انظر: الموافقات: ٢/٢١٢.

الحسين البصري في المعتمد، والآمدي في الأحكام وابن الحاجب في مختصر المنتهى^(١).

وجدير بالذكر أن أصحاب هذا الاتجاه الرافضين لحجية العرف يعتبرونه وبينون عيه الأحكام لا على أساس أنه حجة، ولكن على أساس أنه قاعدة من قواعد أصول الفقه، وبالإضافة إلى هذا يجعلونه قاعدة من قواعد الفقه الكلية المتفق عليها تحت اسم العادة محكمة ويفرعون عليها جملة من القواعد^(٢).

ومن أصحاب هذا الاتجاه من يجعل العرف دليلاً غير مستقل؛ بل دليلاً تابعاً لغيره، إذ يردونه إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الأصل في الأشياء، وممن مال إلى هذا الاتجاه الدكتور أحمد فهمي أبو أسنة في كتابه العرف والعادة في رأي الفقهاء وتبعه كثير من المحدثين^(٣).

ومن هنا يتبين لنا أن أصحاب هذا الاتجاه فريقان: الأول ينفي حجية العرف والثاني يجعله تابعاً وأدلة كل فريق فيما تلي:

أولاً: أدلة القائلين بعدم حجية العرف:

الدليل الأول:

إنه لا يوجد دليل من الأدلة الشريعة تدل على اعتباره، وعلى ذلك فهو ليس بحجة، يقول الدكتور أبو سنة: "لم تقم من الشرع حجة على اعتباره، وهو لا يكون دليلاً على الأحكام إلا باعتبار الشارع له"^(٤).

يمكننا أن نناقش هذا من وجهين:

(١) المعتمد لأبي الحسين البصري: ٢٧٩/١، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي: ٤٨٦/٢، مختصر

المنتهى لابن حاجب: ١٥٢/٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٨٩، قواعد الأحكام للعزيز بن عبد السلام: ١١٥/٢ ط. دار الكتب العلمية.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٩، أثر العرف في التشريع الإسلامي: ١٤٩.

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٠.

الوجه الأول: أن فقد الدليل لا يدل على عدم حجية العرف، إذ يمكن معارضة هذا الدليل بدليل آخر حاصله: أنه لم تقم من الشرع حجة على عدم اعتباره وعدم الاعتبار حكم لا يثبت إلا بدليل.

الوجه الثاني: أن هناك أدلة كثيرة من القرآن والسنة تدل على اعتباره وقد سبق بيانها عند الحديث عن المذهب الأول.

الدليل الثاني:

إن العرف عمل عقلي، والعقل لا ينشئ حكماً، وعليه فلا يعتبر العرف دليلاً.

وبيان ذلك: أن العرف هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل الذي يقلد الناس فيه بعضهم بعضاً حتى يستقر في نفوسهم وتقبله طباعهم فمصدره العقل ومظهره العمل^(١)، وتبين من هذا أن العرف عمل عقلي.

وأما أن العقل لا ينشئ حكماً فلا إجماع أهل السنة من الحنفية والأشاعرة الذين بنوا إجماعهم على أن العقل لو أدرك حكم الله استقلالاً، لأدى ذلك إلى أن يثاب الإنسان إذا أطاع، ويعاقب إذا عصى ولو لم يشرع الله ديناً ولم يبعث رسولاً، والله تعالى يقول: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾^(٢) ويقول تعالى: ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾^(٣).

المناقشة:

لقد بنى هذا الدليل على قاعدة التحسين والتقبيح العقليين ولا شك أن هذه القاعدة باطلة فما يبنى عليها يكون باطلاً، ولكن لا نسلم أن العرف عمل عقلي مجرد، لأنه محاط بضوابط من الشرع إذ يشترط في العرف ألا يصطدم بنص من نصوص الشريعة أو قاعدة من قواعدها العامة المستنبطة من هذه النصوص وعلى

(١) العرف العادة في رأي الفقهاء: ٢٩.

(٢) الإسراء: ١٥.

(٣) النساء: ١٦٥.

هذا لا يعتبر العرف عملاً مجرداً، وإذا كان ذلك كذلك فلا تنطبق عليه قاعدة التحسين والتقيح العقليين.

الدليل الثالث:

إن العرف لا يمكن أن يكون دليلاً على الخير المحض، ولا على المصالح التي نبني عليها الأحكام، فمن الأعراف ما هو ضار كوأد البنات، والجمع بين المرأة وعمتها، وغير ذلك من أعراف فاسدة ألغاهما الشارع الحكيم الأمر الذي يدل على أن العرف لا يمكن أن يجعل مقياساً للخير وبالتالي فهو يعتبر دليلاً تبني عليه الأحكام ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه^(١). فإذا تأيد بأصل فلا يعتبر دليلاً مستقلاً بل يكون تابعاً.

يمكن مناقشة هذا الدليل بأننا نسلم أن العرف ليس مقياساً للخير، ولا يمكن أيضاً أن يكون مقياساً للشر فمن الأعراف ما هو فاسد ضار ومنه ما هو صحيح نافع ومن أجل هذا وضع العلماء الشروط في العرف ولم يقبلوا أي عرف كان، وإنما قبلوا منه ما تحقق فيه الشروط وأنكروا ما خالف هذه الشروط.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المقصود بالعرف هنا ما تقبله الطباع السليمة التي فطر الله الناس عليها، فوأد البنات وغيره من عادات الجاهلية لا تقبله الطباع السليمة.

ثانياً: أدلة القائلين بأنه دليل تابع:

استدل فضيلة الشيخ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة بأن العرف يمكن رده إلى الأدلة الشرعية الصحيحة: السنة والإجماع والمصلحة والأصل في الأشياء، ورد العرف إلى أحد هذه الأدلة لا يجعله دليلاً مستقلاً، بل هو دليل تابع^(٢).

أما كونه راجعاً إلى السنة، فالمراد هنا السنة التقريرية وهي سكوته صلى الله عليه وسلم عند علمه بأمر ليس معتقداً لكافر حيث يدل على الجواز، والعرف

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣١-٣٢.

(٢) المرجع السابق: ٣٢ وما بعدها.

774-4497

وكذلك التعامل الواقع في عصر التقليد فيرد إلى الإجماع؛ ذلك لأننا لا نقطع
بخلوا العصر عن المجتهدين، لاسيما على القول الصحيح بتجزئ الاجتهاد
وجوازه ولو في مسألة واحدة.

وأما كونه راجعاً إلى أصل المنافع والمضار المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾^(٢) وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^(٣) فإنه يمكن العمل بهذا الأصل في أكثر الأعراف الجارية في المعاملات، والعادات الاجتماعية والتقاليد السياسية التي تجلبها حضارة جديدة أو يتوارثها جيل عن جيل من غير أن يؤيدها أو ينفيها دليل خاص^(٤).

ومن هذا يتبين لنا أن الأمر الذي يتعارف عليه الناس، ويكون فيه مصلحة لهم يرد إلى أصل الإباحة، وما يكون فيه ضرر يرد إلى أصل الحظر.

(٢) البقرة: ٢٩ .

(٤) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٩.

فعند الأستاذ الدكتور أبي سنة قوة العرف مستمدة من المصدر الذي يرجع إليه. ويكون دليل اعتباره هو دليل اعتبار مصدره الذي رجع إليه^(١).

الاعتراضات الواردة على الدليل:

يرد على هذا الدليل اعتراضات من وجوه:

الوجه الأول: إن الأعراف التي ذكر المستدل أنها ترجع إلى النص لا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما اعتبرها الشارع أو عدل فيها لتلائم التشريع الإسلامي وإما أن الشارع ألغاه بنص صريح أو ببناء الحكم على خلافها ولكن هناك من الأعراف المستجدة ما لم يأت بخصوصها نص يعتبرها أو يلغيها، فهي مرسلة وهذه الأعراف إما أن تصطدم بالقواعد العامة والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، فتلحق بالملغاة، بل إن الفطرة السليمة تأبأها والطباع السليمة تنكرها، فإذا كانت هناك تربية إسلامية صحيحة لا تنشأ مثل هذه الأعراف أصلاً. وذلك كالألعاب العنيفة من مصارعة وملاكمة.

وإما ألا تصطدم بالقواعد العامة للشريعة، فلا تخالف نصاً فتلحق بالمعتبرة، ولا معنى لحجية العرف إلا هذا والقائلون بحجية العرف إنما يضعون شروطاً للعمل به تحقق عدم مخالفته للنصوص.

الوجه الثاني: إن المستدل يرى أن العرف الذي لا يرجع إلى النص يمكن أن يرجع إلى الإجماع كالاستصناع ودخول الحمام عند الجمهور أو إلى إجماع أهل المدينة عند الإمام مالك كما في إجماع الفقيرة على إرضاع ولدها دون ذوات الأقدار.

ولكن يمكن أن نقول: إن الإجماع وإن كان حجة يجب العمل به إلا أن المجمعين لا بد وأن يكون لهم مستند من قرآن أو سنة أو القياس عليهما أو غير ذلك من الأدلة، فهل يعتبر الإجماع دليلاً غير مستقل بالقياس على العرف الذي

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٩-٤٠.

يعتمد على دليل من القرآن أو السنة أو الإجماع ومع ذلك فإن أصحاب هذا الرأي يستدلون بالإجماع ولا يبحثون عن المستند.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا فارق بين الإجماع العملي - غير المستند على نص - وبين العرف، لأن العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول، فيشمل هذا المجتهدين وغيرهم. والإجماع هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته، وعليه يكون العرف أعم من الإجماع وشاملاً له^(١).

ومن ناحية ثالثة: فإن الإجماع الذي لا يستند إلى نص ولا إلى قياس على نص ربما يكون مستنده هو العرف، هذا ومن الواضح أن العلماء أوجبوا على المفتي والقاضي أن يراعي أعراف الناس، فلماذا لا يكون العرف هو دليل الإجماع وليس العكس؟^(٢)

الوجه الثالث: يرى المستدل أن العرف يرجع إلى المصلحة المرسله فيما لا نص ولا إجماع فيه، وذلك لأن عدم إعماله فيه حرج عظيم. ونسلم أن الناس على ما فيه مصلحة لهم، ولكن يجب أن نلاحظ أن المجتهد سواء أكان مفتياً أو قاضياً إنما يستند إلى العرف في فتواه، فالعرف دليل على وجود المصلحة، وإن كانت المصلحة هي السبب في نشأة العرف فيجب أن نفرق بين نشأة العادة وبين كونها دليلاً على الحكم.

الوجه الرابع: يرى المستدل أنه يمكن أن نرد العرف إلى أصل المنافع والمضار، وجرياً على طريقة المستدل نقول: إن أصل المنافع والمضار مدلول عليه بقول الله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾^(٣) وقوله

(١) راجع مصادر التشريع الإسلامي: ١٥٢ وما بعدها.

(٢) راجع مصادر التشريع الإسلامي: ١٥٢.

(٣) البقرة: ٢٩.

عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"^(١) فليس هو بدليل مستقل، بل هو دليل تابع، فلا يجوز رد العرف إليه بل يمكن رد هذا الأصل - أصل المنافع والمضار - إلى المصلحة.

هذا وقد قال الدكتور الفاضل أبو سنة عن هذا المعنى: إن تعامل الناس أمانة دالة على وجود هذه العلة، أي الحاجة، لأن تداولهم أمراً بحيث يصل إلى حد الاعتقاد مع قبول الطباع له دليل على احتياجهم إليه وإلا كان عبثاً"^(٢).

وإذا كان كذلك، فالدليل عندنا هو ما يوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي قطعاً أو ظناً فيشمل الأمانة. وعلى ذلك فالعرف دليل مستقل، وليس معنى ذلك أنه منشيء للحكم بل هو كاشف عنه، فحكم الله قديم وما الأدلة إلا كاشفة عنه.

يقول ابن عابدين:

"والعرف في الشرع له اعتبار

لذا عليه الحكم قد يدار"^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٣٥.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.

المبحث الثالث

شروط اعتبار العرف

شروط اعتبار العرف

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية عدة شروط للعمل بالعرف نذكرها فيما

يلي:

الشرط الأول:

أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

اشترط الفقهاء أن يكون العرف مطرداً أو غالباً ويقصد باطراد العرف أن يستمر العمل به في جميع الحوادث أو أغلبها بين الذين تعارفوه، ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً وبعبارة أخرى أن تكون أكثرية الناس يتعاملون به.

ولقد عبر بعضهم عن هذا الشرط بقوله: "إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت"^(١) وقال الشاطبي: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة"^(٢).

وبهذا الشرط يخرج العرف المشترك - وهو ما تساوي العمل به وتركه - من الاعتبار، فلا يصلح أن يكون مستنداً أو دليلاً يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة^(٣).

ويعبر بعضهم عن هذا الشرط بالعموم، فيقال يشترط في العرف أن يكون عاماً أي شائعاً مستفيضاً بين ما تعارفوه. ولهذا يشترط فيه أن يكون مطرداً أو غالباً في جميع البلاد إذا كان العرف عاماً، فإذا كان خاصاً بإقليم من الأقاليم فيشترط اطراده فيه، وإذا كان خاصاً بأهل مهنة أو حرفة فيشترط أن يكون غالباً

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٩٩/١ وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي: ٩٢.

(٢) الموافقات للشاطبي: ٢٢٨/٢ ط. المكتبة التجارية.

(٣) انظر: رسائل ابن عابدين: ١٣٢/٢.

بينهم. وعلى هذا فمن باع شيئاً وأطلق الثمن فإنه يعتبر نقد البلد الذي حصل فيه البيع.

الشرط الثاني:

ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي:

يشترط العلماء في العرف المعتبر شرعاً ألا يكون مخالفاً لنص من القرآن أو السنة بمعنى ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، وإلا فلا يعتد به ولا عبرة به بل يعتبر عرفاً فاسداً، كأن يتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وكشف العورات والخروج بملابس البحر على الشواطئ، وما إلى ذلك من عادات وأعراف خالفت الأدلة الشرعية فهي غير معتبرة بلا خلاف^(١).

وما ذلك إلا لأن النص الشرعي هو الذي أعطى للعرف قوته الملزمة، وبالتالي فإن له أن يلغيه، وليس للعرف هذه المنزلة ولهذا فلا يشترط فيه ألا يخالف العرف.

أما إذا لم يخالف العرف أدلة الشرع، بأن تكون المسائل التي تعارف عليها الناس لا نص فيها، أو فيها نص ولكن العرف لم يصطدم به ففي هذه الحالة لا يكون العرف فاسداً، بل هو معتبر وذلك كتعارف الناس على خطط سياسية وأنظمة قضائية وعادات تجارية.

ثم إن مخالفة العرف للنص تأتي على وجهين:

فإذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه فإنه يعمل بالنص، ولا اعتبار للعرف؛ لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان العرف عاماً أو خاصاً^(٢).

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: ١٢/١٩٦.

(٢) انظر: فتح القدير: ٥/٢٨٢-٢٨٣، ومجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٤/٢.

وإذا خالف العرف النص في بعض الوجوه؛ فذهب الجمهور إلى أنه لا يصلح العرف مخصصاً ولا مقيداً للنص^(١).

وذهب الحنفية إلى أن العرف يخصص النص ويقيده^(٢).

الشرط الثالث:

ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه:

يشترط لاعتبار العرف: ألا يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما عليه العرف، فإنه يعمل بما اتفقا عليه ولا اعتبار للعرف، وذلك لأن اللجوء إلى العرف إنما يكون عند عدم النص، وانعدام ما يفيد غرض المتعاقدين صراحة، فإذا علم المقصود صراحة فلا حاجة للعرف، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"، والعرف إنما قصد به الدلالة على غرض المتعاقدين؛ فإذا علم الغرض صراحة فلا احتياج للعرف. فلو كان هناك عرف يقضي بأن نفقات تسليم المبيع وأجرة الشحن وتغليف البضاعة على المشتري، لكن اتفق المتعاقد على خلاف ذلك فقورا أن تلك النفقات تكون على البائع، فيعمل بهذا الاتفاق ولا عبرة بالعرف قال العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذ صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان، صح ووجب الوفاء بذلك، لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع ويمكن الوفاء به جاز^(٣).

(١) انظر: مسلم الثبوت ٣٤٥/١، والفروق للقرافي: ١/١٧١-١٧٤ ط. دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ — حاشية الدسوقي: ١٤٣/٢.

(٢) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٤/٢، التقرير والتحبير: ٢٨٢/١ ط. الأميرية ١٣١٦هـ.

(٣) راجع قواعد الأحكام: ١٥٨/٢ ط. دار الكتب العلمية وانظر درر الحكام: ٤٢/١.

وكذلك إذا كان العرف في الزواج بتأجيل بعض المهر واتفق المتعاقدان على التعجيل، فالعرف حينئذ لا يحكم ويعتبر ما بينهما من اتفاق.

وهكذا في كل تصرف صرح فيه العاقدان بخلاف ما تعارف عليه الناس فإنه يعمل بالاتفاق ولا عبرة بالعرف، وإنما يعمل بالعرف في حالة سكوت المتعاقدين، فيكون العرف مفسراً لسكوتها مبنياً لإرادتهما، قاضياً على ما بينهما من تصرف.

الشرط الرابع:

أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف:

يشترط لاعتبار العرف قائماً عند إنشاء التصرف:

يشترط لاعتبار العرف الذي يحمل عليه التصرف أن يكون موجوداً وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقاً أو مقارناً للتصرف عند إنشائه، لأن كل من يقوم بتصرف - سواء كان قولياً أو فعلياً - إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصح الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف.

قال القرافي: "العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضي بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللغة، ونظيره: إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما يعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها"^(١).

وقال السيوطي: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"^(٢) وقال العلامة ابن نجيم بعد أن ذكر عبارة السيوطي: "ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ"^(١). ومثل ذلك يقال في نصوص الشارع أيضاً.

(١) شرح تقيح الفصول للقرافي: ٢١١ ط. دار الفكر ١٩٧٣م.

(٢) الاتباه والنظائر للسيوطي: ٩٦.

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص، لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى.

فمثلا لفظ "ابن السبيل" من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك هو: من ينقطع من الناس في السفر^(٢).

فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذا التعبير، فأصبح - مثلا - معنى ابن السبيل، الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل فإن النص التشريعي يظل محمولا على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولا به في حدود ذلك المعنى، لأنه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص كما أشار إليه القرافي^(٣).

ورعاية لهذا الشرط يجب أن تفسر وثائق العقود من أنكحة وأوقاف ووصايا وبيع وهبات وإجازات وغير ذلك من العقود على الأعراف التي كانت قائمة وقت إنشاء هذه التصرفات.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه للحموي: ٣١١/١.

(٢) انظر: رد المختار: ٦١/٢، المدخل الفقهي العام: ٨٧٧/٢، وما بعدها.

(٣) تنقيح الفصول للقرافي: ١٩٤.

المبحث الرابع

منزلة العرف في الاستدلال

المبحث الرابع

منزلة العرف في الاستدلال

جرت عبارات الكاتبين في مصادر الأحكام الفقهية على أن أدلة الأحكام تخضع لترتيب معين فيما بينها عند الاعتماد عليها في الاستدلال أو الرجوع إليها في اقتباس الأحكام.

فالكتاب هو المصدر الأول، والسنة هي المصدر الثاني، والإجماع بعدهما وتعد هذه المصادر أصلية وغيرها تعتبر تابعة لأنها ترجع إلى النصوص الشرعية وتسمد قوتها في الاحتجاج منها.

فالعرف يعتبر أحد الأدلة التبعية وهو يتساوى معها في المرتبة، ولذلك يمكن تغيير الحكم الاجتهادي تبعاً للعرف ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً إذا عارضه؛ لأن القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي إلى حرج ولأن العرف دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض بل قالوا: إن "العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص"^(١) وترجيح العرف هنا يعتبر - عند من يعتبره - من قبيل الاستحسان. وسلطان العرف لا يقف عند حد القياس النظري، أي القياس على حكم أوجبه الشارع لاتحاد العلة، بل يمتد إلى القياس الذي تبنى علقته على العرف فيتبدل الحكم تبعاً لتبدل العرف. وبالمثل يترك الحكم الثابت بالاستحسان أو المبنى على المصلحة المرسلّة إذا جرى العرف على خلافه لأن الحكم الثابت بهما لا يستند إلى نص بل إلى مصلحة تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة.

ومن المسلم أن الأحكام الاجتهادية التي تحقق مقاصد الشريعة في جيل معين أو مكان معين قد لا تحققها في جيل آخر أو مكان آخر بسبب تغير الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، ولذلك جرى الفقهاء المتأخرون على مخالفة أئمتهم في

(١) فتح القدير: ١٥٧/٦ وانظر: المدخل الفقهي العام: ٩٠٠/٢ وما بعدها.

بعض ما ذهبوا إليه. وعللوا ذلك باختلاف الزمان وفساد الأخلاق فظهرت القاعدة الفقهية التي رددتها المجلة (م ٣٩) "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"^(١) ومعناها أن الأحكام التي يكون مبنائها على العرف تتغير بتغير العرف الذي بنيت عليه ولهذا يرى الفقهاء أن من شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس.

والخلاصة: أن العرف يستطيع تغيير الحكم الاجتهادي سواء كان عرفاً مقارناً أم طارئاً، وأحياناً تعلوا ومرتبته على الأدلة التبعية الأخرى كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة.

ولقد قام العرف بدور رئيسي في تطور الفقه الإسلامي وفي البداية كان متضمناً في المصادر الأربعة؛ الكتاب والسنة والإجماع والقياس ثم أصبح في العصر العباسي مصدراً مستقلاً تبنى عليه الأحكام، ويدخل في الاعتبار عند تفسير النصوص فيخصص الحكم العام، ويقيد المطلق بل ويترك به القياس.

ومن هنا كان للعرف دور هام في تفسير النصوص أي ألفاظ الأحكام.

العرف المفسر: ويقصد به ما جرى به التعامل بين الناس، وبه يعرف المراد من النص وما يقتضيه من شروط في تطبيقه ومثال ذلك:

١- قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٢).

في هذا النص أوجب الله تعالى شهادة رجلين عدلين، ولكن ما هي شروط العدالة، لقد بين الفقهاء أن بعض هذه الشروط ثابت كالصدق، والوفاء بالوعد وعدم خيانة الأمانة، والبعض الآخر متغير وتابع لعرف الناس كستر الرأس، ففي بعض البلدان وفي بعض الأزمنة يكون كشف الرأس مسقطاً للعدالة، وفي البعض الآخر لا يعتبر كذلك، والفيصل في ذلك هو العرف، أي أن العرف هو المفسر لهذه الشروط.

(١) راجع شرح المجلة لعلي حيدر، مادة رقم: ٣٩.

(٢) الطلاق: ٢.

٢- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله ثم وجد به عيباً فردّه بالعيب فقال البائع: غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم: الغلة بالضمان^(١).

من هذا تبين لنا مشروعية خيار العيب، والمقصود به أن المشتري له إمضاء العقد أو رد المبيع وأخذ ما دفعه من الثمن؛ وذلك لوجود عيب في المبيع، ولكن ليس كل عيب يرد به المبيع ويفسخ به العقد، فمن العيوب ما يغتفر ومنه ما لا يغتفر ومرد ذلك العرف، فالعيب الذي يعتبره عرف الناس منقصاً لقيمة الشيء المبيع أو مفوتاً لمنفعته هو الذي يرد به المبيع.

وجرى الفقهاء والأصوليون على أن معنى لفظ المتكلم يصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم وإن خالفت المعنى الحقيقي لها في اللغة والمعنى الاصطلاحي لها في الفقه^(٢). وهذا ما قرره ابن عابدين في رسائله بقوله: "يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه، وإن خالف لغة العرب ولغة الشارع"^(٣).

وينبني على ذلك أن ما تعارف عليه العوام من أساليب تفيد معنى العقد أو تعليقه أو تجيزه أو غير ذلك، يعتبر هو المعنى المقصود ولو خالف المعنى اللغوي في الفصحى. وبطبيعة الحال يختلف معنى اللفظ في اللغة العامية من مكان إلى آخر فتكون العبرة في كل مكان بعرف الناس في التخاطب^(٤) والعبرة في المعنى العرفي بالمعنى الموجود وقت صدور التصرف.

وبالمثل يجب أن نفهم النصوص التشريعية بحسب مدلولها اللغوي والعرفي وقت صدور النص ولذلك قال القرافي: "دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن

(١) الحديث رواه أحمد أبو داود وابن ماجه، وصححه الترمذی وابن حبان، نيل الأوطار: ٣٢٦/٥.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام: ٨٥٠/٢ وما بعدها.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١٣٣/٢.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا: ٨٥٣/٢.

على النقود المعتادة، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات"^(١).

والحال كذلك في الأعراف العملية: فما يعد عيباً في المبيع أو ما يعتبر من توابعه، يرجع فيه إلى العرف الجاري وقت صدور البيع لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، يعني أن ما ثبت عن طريق العرف يكون كالشرط في نص العقد، ولهذا يعبر البعض عن هذه القاعدة بقوله: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم"^(٢).

ويمكن أن التمثيل لهذه القاعدة بالأعيان المؤجرة والمستعارة التي لم يبين في العقد كيفية الانتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف.

ومن أمثلة سلطان العرف اللفظي: أن الشخص إذا حلف ألا يدخل بيتاً فإنه لا يحنث بدخول المسجد، لأنه وإن سمي بيتاً في اللغة فإنه لا يسمى بيتاً في عرف التخاطب.

ومن أمثلة سلطان العرف العملي: لو حلف "لا يركب" أو لا يركب حيواناً فإنه لا يحنث بركوب أي حيوان كان، ولا بركوبه على إنسان، وإن كان الإنسان نوعاً من الحيوان، وإنما يحنث إذا ركب ما يعتاد ركوبه من البهائم^(٣). والعلة الفقهية في ذلك وأمثاله أن العرف العملي يقيد إطلاق اللفظ ويصرف اليمين إلى العمل المعتاد كالعرف اللفظي لما تقرر من القواعد أن "العادة محكمة" أي أن لها في نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضى به العادة والعرف^(٤).

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للشهاب القرافي المالكي: ٦٨ وانظر: المدخل الفقهي: ٨٧٣.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٥/٢.

(٣) راجع: رد المختار كتاب الأيمان: ٩٠/٣-٩١.

(٤) راجع: المرجع السابق: ٨٠/٣-٩٠-٩١.

وكذلك لو وكل إنسان وكيلاً بشراء لحم أو خبز أو ثوب. مثلاً تقيّد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله، وبالثوب المعتاد لبسه، فلو اشترى له نوعاً آخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل بل يلتزم به الوكيل^(١).

ولكن ما الحكم عندما يعارض العرف النص؟ ذلك ما سوف نجيب عنه فيما يلي:

معارضة العرف النص وآراء العلماء فيه:

المقصود بالعرف هنا عرف الناس فإنه هو الذي يتصور مخالفته للنص، أما عرف الشارع فقد يخالف اللغة، ولا حرج في ذلك لأن عرف الشارع مقدم على عرف اللغة وبه يفسر النص.

وهناك من العلماء من يرى أن العرف يمكن أن يخالف النص من بعض الوجوه وليس كلها، فيخصص العام، ويقيد المطلق ونتحدث عن العرف القولي ثم العرف العملي.

العرف القولي:

حكي عن بعض العلماء الإجماع^(٢) على أن العرف القولي يخصص عموم النص ويقيد المطلق، يعني أن العرف قد يخالف النص من بعض الوجوه ويمثلون لذلك بلفظ الدابة فإنه موضوع لكل ما يدب على الأرض وقد تعورف استعماله في ذوات الأربع في بعض البلدان وفي الخيل فقط في بلدان أخرى وهكذا في كل لفظ استعمال في بعض مسمياته.

هذا والمدققون من العلماء يرون أن هذا ليس من التخصيص أو التقييد في شيء، لأن اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف إلا في الخيل فقط أو ذوات الأربع فقط فيصير كأنه ما استعمل أبداً إلا في ذلك^(٣).

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٥/٢.

(٢) انظر: الفروق للقرافي: ١٨١/١، شرح الأسنوي لمنهاج الوصول: ١٢٨/٢. وفواتح الرحموت شرح

مسلم الثبوت لعبد العلي محمد بن نظام الدين: ٣٤٥/١.

(٣) انظر: المعتمد لأبي الحسين البصري: ٩٨٢.

وقد فرع العلماء على ذلك بأن الحالف لو قال: والله لا أكل لحماً، فأكل سمكاً فإنه لا يحنث عملاً بالعرف على خلاف النص، فإن القرآن الكريم قد سمي السمك لحماً كما في قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ كُلْ تَأْكُلُونَ لَحْماً طَرِيّاً﴾^(١).

هذا والعلماء حينما قالوا بأن العرف يخص النص إنما أرادوا المعنى اللغوي وليس النص القرآني أو النبوي، ولهذا نرى المحققين من العلماء يقولون بأن العرف اللغوي يقضي على اللغة، يقول صاحب الفروق بعد أن يذكر أمثلة العرف الذي يخص الألفاظ: "فهذا تحرير العرف القولي، وتحرير العرف الفعلي وتحرير أن العرف القولي يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً وتقييداً وإطلاً"^(٢).

العرف العملي:

أما إذا كان العرف المقارن عرفاً عملياً أي عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم، فقد اختلف فيه العلماء فذهب الجمهور إلى أنه لا يخصص عموم النص وذهب الحنفية والمحققون من المالكية إلى أنه يخصصه^(٣). إلا أن الحنفية يفرقون بين العرف العام والعرف الخاص. وقرروا أن العرف العام أي المنتشر في سائر البلاد، يعتبر مخصصاً للنص أي يطبق على ما سوى الأمر الذي جرى به العرف العام المقارن للنص وهذا التخيير ليس فيه تعطيل للنص أو إهماله بل هو إعمال للنص والعرف معاً، وذلك تأسيساً على أن وجود هذا العرف وقت صدور النص يعتبر قرينة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف عليه بعموم نصه المعارض له في الظاهر.

وسوف يتبين ذلك فيما يلي:

دليل الجمهور:

١- ولقد استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأن العادة ليست بحجة وذلك لأن الناس يعتادون الحسن كما يعتادون القبيح، وإذا ثبت أنها ليست بحجة فلا تقوى على معارضة النص^(٤).

(١) فاطر: ١٢.

(٢) الفروق للقرافي: ١٧٣/١.

(٣) انظر: المعتمد لأبي الحسين البصري: ٢٧٨/١، إرشاد الفحول: ١٦١، المنهاج للبيضاوي: ١٢٨/٣.

الفروق للقرافي: ١٧١/١، فواتح الرحموت: ٣٤٥/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٤٣/٢.

(٤) فواتح الرحموت: ٣٤٥/١.

٢- أن النص حاكم على العوائد فلا تكون العوائد حاكمة على النص^(١) بمعنى أن النص هو الذي اعتبار العرف أو فسادة وليس ذلك للعرف.

دليل الأحناف:

أما الأحناف فقد استدلووا بأدلة منها:

١- قياس العرف العملي على العرف القولي، فكما أنه يجوز للعرف القولي أن يخصص العموم فكذلك العرف العملي.

وقد يناقش هذا الدليل بأنه قياس في اللغة، أو بأنه قياس مع الفارق لأن العرف القولي صار بالاستعمال حقيقة عرفية، وعند إطلاق اللفظ فإنها هي التي تتبادر إلى الذهن، بخلاف العرف العملي فإنه لم يخرج اللفظ عن معناه اللغوي، وبيان أنه بالنسبة للعرف العملي فإن العادة المطردة في اعتياد أكل طعام مخصوص لا في تخصيص اسم الطعام، وعلى هذا لا يكون العرف العملي قاضياً على عموم اللفظ^(٢) بخلاف العيش مثلاً فإنه يطلق على الأرز في بلاد الخليج العربي، وفي مصر على الخبز، فلو قال: والله لا أكل عيشاً فإنه يحنث بأكل الأرز في بلاد الخليج، وبأكل الخبز في مصر لا لأنه اعتاد أكله وإنما لأنه أطلق الاسم عليه والشارع إنما يخاطب الناس بلغتهم وما فهموه منها^(٣) ومنه يفهم أن غلبة العادة فقد انجرت إلى غلبة الاسم، أما إذا لم تنجر إلى غلبة الاسم فإنها لا تخصص ولقد أشار إلى هذا صاحب كتاب فوائح الرحموت^(٤).

٢- واستدل الأحناف ثانياً بأنه كما يجوز للعرف العملي أن يقيد المطلق فإنه يخصص العام ويفهم من كلامهم أن هناك إجماعاً على تقييد المطلق بالعرف العملي.

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: ٤٨٦/٢.

(٢) المرجع السابق: ٤٨٦/٢.

(٣) الإحكام للآمدي: ٤٨٦/٢.

(٤) فوائح الرحموت: ٣٤٥/١.

ويفهم من هذا أنهم قاسوا العام على المطلق فكما أن العرف العملي يقيد المطلق فكذلك يخصص العموم ففي كل إنما يتبادر إلى الذهن ما اعتاده الناس وألفوه.

وقد رد هذا الدليل بأنه قياس في اللغة لا يقبل، وقد أجاب الأحناف عن هذا بأنه ليس قياساً في اللغة وإنما دل الاستقراء على أن التبادر أمانة الحقيقة، وأن ما يوجب التبادر إلى معنى غير المعنى الموضوع له اللفظ لغة يوجب كذلك إرادة هذا المعنى، والشارع إنما يخاطبنا بما نفهم وبما يتبادر إلى ذهننا^(١).

ومن أمثلة العرف العملي عند الأحناف عقد الاستصناع، فالحديث نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم^(٢) فالمنع يشمل الاستصناع ضمن ما يشمل، غير أن العرف جرى بين الناس على الاستصناع لحاجتهم إليه حال حياة الرسول عليه الصلاة والسلام وبعد وفاته عليه السلام. فلذلك أقر الاجتهاد جواز عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثنى السلم صراحةً، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم، وقد انعقد إجماع الفقهاء على صحة عقد الاستصناع فارتقى الاجتهاد هنا إلى مرتبة الإجماع.

ونجد من فروع هذا المبدأ عند الإمام مالك أنه يقول: إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن تستأجر لأولادهن المراضع. قال ابن عربي: إن هذا تخصيص لعموم قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾^(٣).

(١) المرجع السابق: ٣٤٥/١.

(٢) رواه ابن حبان والترمذي، انظر: نيل الأوطار: ٢٥٢/٥.

(٣) البقرة: ٢٣٣.

الفصل الثاني في الشروط

وفيه أربعة مباحث:

- | | |
|----------------|---|
| المبحث الأول: | معنى الشرط وأقسامه باعتبار مصدره |
| المبحث الثاني: | تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالسبب أو المسبب |
| المبحث الثالث: | مذاهب الفقهاء في تقسيمات الشروط |
| المبحث الرابع: | مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط |

المبحث الأول

معنى الشرط وأقسامه باعتبار مصدره

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى الشرط لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: أقسام الشرط باعتبار مصدره

المطلب الأول

معنى الشرط لغةً واصطلاحاً

أولاً: معنى الشرط في اللغة:

كلمة الشرط تطلق في اللغة على معانٍ منها:

- ١- الشرط بسكون الراء لغة: إلزام الشيء والتزامه ويجمع على شروط^(١).
- ٢- والشرط بفتح الراء معناه: العلامة^(٢).

- جاء في تهذيب الصحاح: "الشرط والشرط - بالتحريك - والشرية: العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها"^(٣).
- ٣- الشرط بمعنى أول شيء ومنه قيل أشراط الساعة بمعنى أوائلها^(٤).
- ٤- "الشرط ما يتوقف عليه الشيء وليس منه". كذا في أنيس الفقهاء^(٥).

ثانياً:

معنى الشرط في اصطلاح الأصوليين:

عرف الشرط عند الأصوليين بتعريفات كثيرة نذكر أهمها فيما يلي:

التعريف الأول:

عرف الشرط عند أكثر الأحناف بأنه "اسم لما يضاف الحكم إليه وجوداً عنده لا وجوباً به"^(٦).

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي: ٣٦٨/٢ (ط. مؤسسة الحلبي وشركاؤه بمصر).

(٢) قواعد الفقه (التعريفات الفقهية) للمفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ص: ٣٣٥.

(٣) تهذيب الصحاح لمحمود بن أحمد الزنجاني: ٤٥٦/٢ (ط. دار المعارف-مصر).

(٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي: ٣٦٨/٢.

(٥) أنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوي م. ٩٧٨هـ تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي ص: ٨٤.

(ط. دار الوفاء للنشر والتوزيع السعودية).

(٦) أصول السرخسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: ٣٠٣/٢ (ط. دار الكتب العربية - مصر).

التعريف الثاني:

عرفه السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي بقوله: "هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده وقيل الشرط ثبوت الحكم عليه"^(١).

التعريف الثالث:

عرفه البيضاوي في المنهاج بأنه: "ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده" ومثل له بالإحصان، فإن تأثير الزنا في الرجم متوقف عليه كما ذكر الأسنوي، وأما نفس الزنا فلا، لأن البكر قد تزني"^(٢).

التعريف الرابع:

عرف الشرط أيضاً بأنه: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"^(٣).

كحضور الشاهدين فإنه شرط في صحة النكاح لأنه يلزم من عدم حضور الشاهدين عدم صحة الزواج ولكن لا يلزم من حضورهما وجود الزواج، لجواز انتفاء شرط آخر أو وجود مانع.

والطهارة شرط في صحة الصلاة يلزم من عدمها عدم الصلاة شرعاً، ولا يلزم من وجودها وجودها فقد يتطهر ولا يصلي، وقد يصلي فلا تصح صلاته، لفقد ركن أو وجود مانع"^(٤).

(١) قواعد الفقه لمفتي محمد عميم الإحسان المجددي البركتي: ص ٣٣٥-٣٣٦.

(٢) انظر: شرح البديخي: ١٠٨/٢-١٠٩ (ط. صبيح).

(٣) حاشية البناني على جمع الجوامع: ٢٠/٢ (ط. حلب) شرح الكوكب المنير لابن نجار ص: ١٤١ تحقيق محمد حامد.

(٤) انظر: أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان: ص: ٨٧ (ط. دار النهضة العربية ١٩٨٠).

التعريف الخامس:

عرفه الشاطبي بأنه: "ما كان وصفاً مكملًا لشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه"^(١).

ومثل له بقوله: "إن الحول مكمل لمقتضى الملك أو لحكمه الغنى في إيجاب الزكاة، والإحصان مكمل لوصف الزنى في اقتضائه الرجم"^(٢).

(١) الموافقات للشاطبي: ٢٦٢/١ (ط. دار المعرفة - بيروت).

(٢) نفس المرجع: ٢٦٢/١-٢٦٣.

المطلب الثاني

أقسام الشرط باعتباره مصدره:

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى أنواع:

النوع الأول: الشرط الشرعي

النوع الثاني: الشرط اللغوي

النوع الثالث: الشرط العقلي

النوع الرابع: الشرط الجعلي

الشرط الشرعي:

الشرط الشرعي هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع، أي أن الشارع هو الذي اشتراطه وجعل تحققه لازماً لتحقيق أمر آخر ربط به عدماً، بحيث إذا لم يتحقق الشرط، لم يتحقق ذلك الأمر^(١).

يشترط هذا الشرط إما للوجوب كالبلوغ لوجوب الصلاة وغيرها من الأمور التكليفية، وإما للصحة كاشتراط الطهارة لصحة الصلاة، وإما لانعقاد كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف وصلاحيية المحل لورود العقد عليه، وإما للزوم كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع وإما للنفوذ كاشتراط الولاية وما في معناها لنفاذ التصرف.

ويلزم من عدم أي شرط من هذه الشروط عدم الحكم المشروط له.

الشرط اللغوي:

المراد بالشرط اللغوي الشرط النحوي، أي الصيغة اللغوية الموضوعية للشرط ومثال ذلك: "قولنا إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن أهل اللغة وضعوا هذا

(١) أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان: ٨٧ ط. دار النهضة العربية.

التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه "إن" هو الشرط، والأمر المعلق به هو
الجزاء^(١).

الشرط العقلي:

الشرط العقلي: هو الشرط الذي يدرك العقل لزومه لمشروطه وعدم تصور
انفكاكه عنه.

ومثال ذلك: شرط الحياة للعلم، فالحياة شرط للعلم ولا يعقل وجود عالم إلا
وهو حي، فالحياة يلزم من انتفائها انتفاء العلم؛ إذ الجسم بدونها جماد وقيام العلم
بالجماد محال.

ومثاله أيضاً كون العلم شرطاً للإرادة؛ فإن العقل يدرك لزوم العلم للإرادة
ولا يتصور انفكاكها عنه^(٢).

الشرط الجعلي:

هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف أو هو الشرط التي يشترطه
المكلف في العقود وغيرها كالطلاق والعتاق والوصية والوقف وهذا الشرط على
نوعين.

١ - شرط تعليلي: وهو ما يتوقف عليه وجود العقد، بمعنى أن المكلف يجعل
تحقق العقد معلقاً على تحقق الشرط الذي اشتراطه، مثل تعليق
الكفالة على عجز المدين عن الوفاء، أو تعليق الطلاق على
أمر كأن يقول الزوج لزوجته: "إن سرقت فأنت طالق"^(٣).

٢ - شرط تقبيري: وهو الشرط الذي يقترن بالعقد مثل وقفت على أولادي من كان
منهم طالباً للعلم.

وهذه الشروط الجعلية تنقسم من حيث اعتبارها إلى ثلاثة أقسام:

-
- (١) تقرير الشريبي على جمع الجوامع لابن السبكي: ٥٥/٢ ط. دار الكتب العلمية بيروت -
(٢) نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر لابن بدران الدمشقي ١٦٣/١ ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
(٣) نيل الأوطار: ١٠٠/١، أعلام الموقعين: ٢٨٨/٣.

١ - شرط لا ينافي الشرع: بل هو مكمل للشروط كما لو اشترط المقرض على المقرض رهناً أو كفيلاً.

٢ - شرط لا ينافي الشرع: وهو ما شرط وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما أو لغيرهما ولكن العقد لا يقتضيه فلا تعرف ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد كما لو باع منزلاً على أن يسكنه البائع مثلاً فترة معلومة أو يسكنه فلان الأجنبي وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء^(١).

٣ - شرط غير ملائم للمشروط: بل هو منافي لمقتضاه، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج أن لا ينفق على الزوجة.

(١) كشف الأسرار: ٢٠٢/٤-٢٠٣، التلويح على التوضيح: ١٢٠/١، فتاوى ابن تيمية: ٣٣٢/٣ ونظرية العقد: ص ١٤.

المبحث الثاني

تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالسبب أو المسبب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالسبب

المطلب الثاني: تقسيم الشرط باعتبار تعلقه بالمسبب

المطلب الأول

الشرط المكمل للسبب

هو الذي يقوي وجوده الحكمة التي اقتضت جعله سبباً بكونه مشتملاً على
حكمة مكملّة لحكمة السبب.

ومثال ذلك: الحول؛ فإنه شرط مكمل لسبب وجوب الزكاة، وهو ملك
النصاب لأن وجود الحول أو حولان الحول يقوي الحكمة التي اقتضت جعل ملك
النصاب سبباً في وجوب الزكاة، وهذه الحكمة هي كون النصاب قرينة على
الغنى^(١).

ومثاله أيضاً القدرة على تسليم المبيع فإنه شرط في صحة البيع، فعدم
القدرة على تسليم المبيع يستلزم عدم صحة البيع؛ لأنه معاوضة مالية، فإذا عجز
البائع عن تسليم المبيع انتفت الحكمة التي من أجلها بذلك المشتري ماله في سبيل
ملك المبيع^(٢).

(١) نظرية الحكم ومصادر التشريع د. أحمد خضري ص: ١٤٦ ط. مكتبة الكليات الأزهرية،

أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان: ص ٨٩.

(٢) المرجع السابق

المطلب الثاني

الشرط المكمل للمسبب (الحكم)

هو الشرط الذي يشتمل على حكمة مكملة للمسبب (الحكم) ومثاله: الوضوء فإنه شرط صحة للصلاة التي تجب بالدلوك وهي مسببة عنه باعتبار أن الغرض منها تعظيم الخالق الذي يناسبه أن يقف المصلي بين يدي الله طاهر الثوب، والبدن، ويلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة^(١).

ومن أمثلته أيضاً التساوي بين الجاني والمجني عليه في الحرية وسلامة الأطراف وغيرها مما تجب فيه المساواة، بالنسبة لوجوب القصاص؛ لأن هذا التساوي يناسب الحكم وهو القصاص؛ ذلك أن القصاص يعني المساواة بين الجريمة والعقوبة ومما يقوي القصاص بهذا المعنى، ويؤكد كونه المجني عليه مساوياً للجاني في الحرية وسلامة الأطراف وغيرها^(٢).

(١) نظرية الحكم ومصادر التشريع: ص ١٤٦ ط، سابقة.

(٢) أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان: ص ٩٠.

المبحث الثالث

مذاهب الفقهاء في تقسيمات الشروط

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مذهب الحنفية في تقسيم الشرط

المطلب الثاني: مذهب المالكية في تقسيم الشرط

المطلب الثالث: مذهب الشافعية في تقسيم الشرط

المطلب الرابع: مذهب الحنابلة في تقسيم الشرط

المطلب الأول

مذهب الحنفية في الشروط

قسم الحنفية الشروط إلى ثلاثة أنواع:

١ - الشرط الصحيح.

٢ - الشرط الفاسد.

٣ - الشرط الباطل^(١).

أولاً: الشرط الصحيح:

هو ما كان يقتضيه العقد، أو ملائماً له أو جاء به الشرع أو جرى به العرف.

ونورد توضيحاً وأمثلة لذلك فيما يلي:

١ - الشرط الذي يقتضيه العقد:

كل شرط اقتضاه العقد ولم يوجب فساداً كان صحيحاً؛ لأنه محض تقرير لمقتضى العقد، ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان^(٢). وفيه يقول الكاساني: "وما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساداً كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع، أو باع بشرط أن يملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه . . . ونحو ذلك، فالبيع جائز؛ لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد"^(٣).

(١) بدائع الصنائع للكاساني: ١٦٨/٥ - ١٧٢.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ١٠٧/٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني: ١٧١/٥.

٢- الشرط الذي يلائم العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكن يكون ملائما للعقد مؤكدا لمقتضاه، فيكون صحيحا لا يوجب فساد العقد.

يقول الإمام الكاساني: "... وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضا؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكدا إياه على ما ذكره إن شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلًا، والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل . . . " (١).

٣- الشرط الذي ورد الشرع بجوازه:

إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد ولكن الشرع ورد بجوازه يكون صحيحا كاشتراط الأجل في الثمن، أو اشتراط الأجل في المبيع كما في السلم، أو اشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن المشتري قد رآه، أو اشتراط الخيار المسمى خيار الشرط وكل هذا من قبيل الرخصة والتيسير، فإن هذا الشرط لا يفسد العقد؛ لأن الشرع قد ورد به مما يدل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة، أما من ناحية القياس، فإن هذا الشرط يفسد العقد لكونه مخالفا لموجب العقد، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين (٢) كاشتراط تأجيل الثمن أو المثل.

٤- الشرط الذي جرى به العرف:

فما جرى عليه التعامل بين الناس من شروط وهو مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل. وقد ذكر هذا النوع الحنفية سوى زفر واعتبروه شرطا صحيحا والبيع جائزا.

يقول الكاساني: "إذا كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا، لكن للناس عليه تعامل، فالبيع جائز، كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفاء، أو ينعل خفه، والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر رحمه

(١) بدائع الصنائع: ١٧١/٥.

(٢) انظر: فتح القدير: ٢١٢/٥، والفقهاء الإسلاميين وأدلته: ٢٠٤/٤.

الله، وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، كما إذا اشترى ثوبا يشترط أن يخيطه له البائع قميصا ونحو ذلك ولنا أن الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع^(١).

وإقرار هذا الشرط - كما يقول الدكتور وهبة الزحيلي - عند الحنفية أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط، بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس، وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة^(٢).

ثانيا: الشرط الفاسد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، ولم يرد به الشروع ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كمن يشتري حنطة ويشترط طحنها على البائع أو يتركها في داره شهرا، أو يشتري ثوبا ويشترط خياطته على البائع^(٣). أو يبيع سيارته ويشترط على المشتري أن يستخدمها شهرا بعد البيع، أو تشتترط المرأة أن يطلق امرأته الأولى أو تتزوج امرأة وتشتترط ألا يخرجها من بيت أهلها أو تشتترط أن تستمر في وظيفتها إن كانت موظفة وما أشبه ذلك من الشروط.

يقول فيه الإمام الكاساني: "ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق وليس بملائم العقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها إليه، أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا . . . فالبيع في كل هذا فاسد؛ لأنها زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها

(١) بدائع الصنائع: ١٧٢/٥.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٠٤/٤ ط. دار الفكر.

(٣) انظر: فتح القدير: ٢١٥/٥ وتحفة الفقهاء: ٧٤/٢ ويلاحظ أن معظم الأمثلة هنا تكون شرطا فاسدا إذا لم يجر بها عرف، أما إذا جرى بها عرف فهي صحيحة.

عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا. والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا . . . " (١).

فكل هذه الشروط المذكورة ليست من مقتضى العقد، ولا ملائمة له، لم يود بها الشرع، ولم يتعارفها الناس، وفيها منفعة لبعض الناس، فتكون فاسدة.

أثر الشرط الفاسد على العقد:

يختلف أثر الشرط الفاسد على العقود بحسب نوع العقد. والقاعدة المقررة في ذلك عند الحنفية هي: أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد معاوضة مالية أفسده وفسد معه، كالبيع والقسمة، والصلح عن مال، والإجارة والمزارعة والمساقات، والإبراء من الدين أما إذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع، أو بعقد من عقود التبرعات كالهبنة والوصية، والصدقة، والقرض والإعارة، أو من عقود التوثيق كالكفالة، والحوالة، والرهن ونحو ذلك فإنه يبقى صحيحاً، ويلغى الشرط وحده (٢).

والعلة في هذه التفرقة أن عقود المعارضات المالية إذا دخلها الشرط يتضمن منفعة زائدة، وهي زيادة لا يقابلها عوض فأفسد تلك العقود لأن هذا الشرط يؤدي إلى الربا أو شبهة الربا.

والوجه الثاني لفساد العقد أن القصد في العقود المالية هو تعادل الطرفين فلذلك يسعى كل منهما إلى اشتراط شروط تعادل الآخر فإذا شرط أحدهم شرطاً فيه منفعة ولم يشترط الآخر فات الرضا المقصود فيضار صاحب الشرط والرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عنه.

ويقول السرخسي: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع، وكذلك

(١) بدائع الصنائع: ١٦٩/٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٣١/٤، الفتاوى الهندية: ٣٩٦/٤، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف: ٧٢-٧٣.

إذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كمن اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فإن العبد يعجبه أن لا تتناول له الأيدي وتام العقد بالمعقود عليه" (١).

والعلة عند بعض الأحناف هي النهي الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه نهى عن بيع وشرط (٢) أو لأنه صفتان في صفقة وقد نهى عنه (٣) أيضاً أو لأنه يؤدي إلى الربا كما جاء في البداية وفتح القدير "وكذلك باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري دراهم، أو على أن يهدي له هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قبلة، فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أي قرض (٤) . . . ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن، بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وإزاء أجره الخدمة والسكنى، يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع؛ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفتين في صفقة".

أما إذا كان العقد الذي اشتمل على شرط فاسد من غير عقود المعاوضات المالية، فقلنا بصحة العقد وأبطلنا الشرط الفاسد مثل الزواج والتبرعات كالهبة والوصية والتوثيقات كالكفالة فليس فيه معاوضة مالية حتى يخشى أن يفوت تعادل الطرفين فيها (٥).

من هنا نرى أن الحنفية يميزون بين أنواع العقود المختلفة؛ فيقصرّون تحريم الصفقتين في الصفقة الواحدة على عقود المعاوضات المالية دون التبرعات والإسقاطات والإطلاقات والتقييدات. ففي المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد

(١) المبسوط: ١٥/١٣.

(٢) أخرجه أبو داود في مسنده في كتاب البيوع: ٧٦٩/٣ ط. دار الدعوة استانبول ١٩٨١ م.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده في الجزء الأول ص ٣٩٨ طبعة سابقة.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ١٧٩/٢ طبعة سابقة.

(٥) انظر: فتح القدير والبداية: ٢٢/٥.

الصفقة كاملاً، أما في غير المعاوضات المالية فالأمر يختلف، إذ يمكن إلغاء الشرط الفاسد دون أن يمس ذلك كيان العقد الأصلي، فيلغو الشرط ويصح العقد^(١).

الشرط الباطل:

هو كل شرط خرج عن أنواع الشرط الصحيح ولم تكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما فيه ضرر لأحد المتعاقدين وحكمه أن العقد صحيح والشرط باطل.

جاء في المبسوط " . . . وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط ألا يبيع، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغواً والبيع صحيح. إلا في رواية عن أبي يوسف قال: يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين. ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر^(٢).

ويقول الكاساني: "إذا باع ثوباً على أن لا يبيعه المشتري أو لا يهبه، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها، أو طعاماً على أن لا يأكله ولا يبيعها، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع، فإنه قال: لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل. وهكذا روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله . . . ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري، أو داراً على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لأن الشرط مضر وهو لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا^(٣).

ففي هذه الأمثلة يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا هو يلائم مقتضى العقد،

(١) انظر: مصادر الحق للسنهوري: ١٥٢/٣.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١٥/١٣.

(٣) بدائع الصنائع: ١٧٠/٥.

ولم يجر به التعامل فليس ثمة ما يبرر تصحيحه، ومن ثم كان فاسداً فيسقط الشرط ولكن العقد يبقى صحيحاً وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي.

ولهذا الحكم ذكرت علتان: (العلة الأولى) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذي بيناه، فكان ذلك ربا أو شبهة الربا، والربا وشبهته يفسدان العقود أما الشرط الذي نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد، ولا مطالب له فلم يوجد فيه شبهة الربا، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد، فيبقى العقد صحيحاً، مع سقوط الشرط لفساده.

(والعلة الثانية) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده من جهة أخرى، لأن فيه منفعة لها مطالب، فكان صفقة في صفقة أو عقداً أضمنه عقد آخر، وهذا لا يجوز. أما الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب فهو ليس بصفقة أو عقد، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقداً في عقد، فارتفع سبب الفساد عن البيع، فبقى على صحته مع سقوط الشرط لفساده^(١).

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ١٣٣/٣.

المطلب الثاني

مذهب المالكية في الشروط

إن الأصل عند المالكية في الشرط أن يكون صحيحاً معه العقد، وقد يقع الشرط فاسداً على سبيل الاستثناء.

وقد تطور الفقه الإسلامي في مذهب مالك تطوراً أبعد مدى من تطوره في مذهبي أبي حنيفة والشافعي فمالك يجيز من الشروط ما يجيزه المذهبان الآخران، ثم هو يجيز منها كثيراً مما لا يجيزانه.

ونستعرض الشرط الصحيح في مذهبه ثم الشرط الفاسد وتأتي تحتها صورتها وأنواعهما^(١):

الشرط الصحيح في مذهب مالك:

الشرط الصحيح عنده أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهب أبي حنيفة. نورد توضيحاً وأمثلة لذلك فيما يلي:

١- الشرط الذي يقتضيه العقد: فكل شرط يقتضيه العقد صحيح. فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشتري الثمن، أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها.

٢- ويصح في مذهب مالك كل شرط لا يناقض العقد وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة إذ يصح عنده الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي جرى به التعامل، وأيضاً الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين، وليس فيها منع للعاقدين الثاني من حق إعطائه الشارع بمقتضى العقد، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعاً للتعامل، كأن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار المبيعة

(١) راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد الحفيد: ١٣٣/٢-١٣٤ والدسوقي على الدردير: ٦٥-٦٧ الخرشي: ٨٠/٥-٨١.

مدة يسيرة، هي شهر وقيل سنة ففي هذه الحالة لم يمنع المشتري في الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع، وعلى ذلك يصح العقد والشرط.

وكان يبيع الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخطه وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين.

٣- ويصح الشرط الذي يكون فيه بر كأن يبيع عقاراً، ويشترط على المشتري وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات، أو يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع، أو غير ذلك.

الشرط الفاسد في مذهب مالك:

ولا يكون الشرط فاسداً عند مالك إلا في موضعين:

١- إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، فالشروط التي فيها منع لأحد العاقدين من حق أعطاه له مقتضى العقد من غير أن يكون في الشرط جهة بر، ومثل ذلك أن يبيع شخصاً آخر عيناً من الأعيان ويشترط عليه ألا يبيعها، ففي هذا منع له من حق أعطاه له الشارع، إذا أعطاه الشارع بمقتضى البيع ملكية مطلقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها، فأى حد لتلك التصرفات هو منع من حق اكتسبه من العقد، فيكون منافياً لمقتضى العقد. وكذلك إذا اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع.

وسبب فساد الشرط هنا واضح، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط مادام الشرط يناقض مقتضاه، أو كما يقول الحطاب هو شرط "لا يتم معه المقصود من العقد" (١).

٢- إذا كان الشرط يخل بالثمن، وذلك كبيع وسلف أي بيع يتضمن قرضاً، وكبيع الثنيا وصورته أن يبتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له وكبيع

(١) الحطاب: ٣٧٣/٤.

يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشتري السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي باع به للمشتري. وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة البائع كما في بيع الثنبا، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع وقرض للمشتري من البائع، وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن أو كما يقول الخرشي: إن الشرط "يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري، أو بنقص إن كان من البائع"^(١).

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال، ولا يعمل به.

أثر الشرط الفاسد على العقد:

الشرط الفاسد تارة يبطله؛ وطورا يبطل الشرط وحده ويبقى العقد على الصحة وثالثة يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا نزل المشتري من الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد.

١- الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، بحيث إذا أعمل الشرط كان لابد للعقد حتما من أن يخل. فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب أن لا يقبض الموهوب له الهبة، أو اشترط رب المال في القراض أن يستبقى المال تحت يده أو أن يضمه العامل أو أن يجعل مع العامل أمينا وغير ذلك من الأمثلة.

٢- أما الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد صحيحا، فيقع ذلك إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يخل إذا أعمل الشرط. فمادام العقد لا يخل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى. أما الشرط فيسقط لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد، فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها أو اشترط بلنع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع وغير ذلك.

(١) الخرشي: ٨٠/٥.

٣- أم الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معاً إلا إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد. فإن ذلك يتحقق في حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا في البيع والسلف وبيع الثياب. ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر، وذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان، وإما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز الشرط ويصح البيع.

المطلب الثالث

مذهب الشافعية في تقسيم الشرط

قسم الشافعية الشروط المقترنة بالعقود إلى أربعة أنواع:

- ١- الشرط الذي يقتضيه العقد.
- ٢- الشرط الذي يلائم العقد.
- ٣- الشرط الذي ينافي مقتضى العقد.
- ٤- الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة منه.

أولاً: الشرط الذي يقتضيه العقد:

كل شرط اقتضاه العقد فهو شرط صحيح لأنه محض تقرير لمقتضى العقد، ولما كان مقتضى العقد لازماً من غير شرط فشرطه تأكيد وبيان، جاء في المذهب: "إذا شرط في البيع شرطاً نظرت فإن كان شرطاً يقتضيه البيع، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله" (١).

ثانياً: الشرط الذي يلائم العقد:

الشافعية يسمونه الشرط الذي فيه مصلحة العقد، أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، وهو شرط صحيح ويصح معه العقد.

جاء في المذهب: "فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة، كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد، لأن الشرع ورد بذلك . . . ، ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . . ." (٢).

(١) المذهب للشيرازي: ٢٦٨/١.

(٢) المذهب للشيرازي: ٢٧٥/١.

ثالثاً: الشرط المنافي لمقتضى العقد:

إذا اشترط أحد العاقدين شرطاً ينافي مقتضى العقد كأن يشترط الراهن مع المرتهن أن لا يبيع العين المرهونة أصلاً، أو ألا يبيعها حتى يمضي شهر من وقت حلول الدين، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين فإن الشرط والعقد هنا كلاهما باطلان.

جاء في المذهب: "فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخطيه له . . . بطل البيع . . . لأنه شرط لم يكن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد، كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع"^(١).

رابعاً: الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة منه:

ذهب الفقه الشافعي إلى أن الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة يلغى ويصح العقد جاء في نهاية المحتاج: "ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف المنزل لأنه بيع بشرط، وإن أطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله ولو أعتد بل يسلمه له في موضعه"^(٢).

وجاء فيه أيضاً: "أو شرط ما لا غرض فيه، أي عرفاً فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدهما فيما يظهر . . . كشرط أن لا يأكل أو لا يلبس إلا كذا ولو حريراً صح العقد ولغا الشرط"^(٣).

(١) المذهب للشيرازي: ٢٧٥/١ ط. مصطفى البابي الحلبي مصر.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي: ٤٥١/٣.

(٣) المرجع السابق: ٤٥٩/٣.

المطلب الرابع

مذهب الحنابلة في الشروط

الأصل عند الحنابلة في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد، بل هم يسيرون مع هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط. ويقع الشرط عند الحنابلة فاسداً، على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهي نص خاص.

والشروط تنقسم عندهم إلى أربعة أقسام:

الأول: شرط من مقتضى العقد

الثاني: شرط ينافي مقتضى العقد

الثالث: ما تتعلق به مصلحة العاقلين

الرابع: شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه^(١).

الأول: شرط من مقتضى العقد:

كل شرط يقتضيه العقد فهو صحيح، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة. فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع، والتقابض في الحال، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد، وهي معمول بها حتى لو لم تشترط.

الثاني: شرط ينافي مقتضى العقد:

إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه، أو يشترط عليه إن اعتقه أن يكون الولاء للبائع. فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في

(١) المغني: ٢٨٥/٤.

التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه وإذا كان رقيقاً فأعتقه فإن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتق.

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد أيضاً ما جاء في الشرح الكبير على المقنع. "وإذا قال: بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط. فالبيع فاسد، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره^(١).

الثالث: ما يتعلق به مصلحة المتعاقدين:

يصح - عند الحنابلة - كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين، كالرهن والأجل والخيار والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به. وفي هذا أيضاً تتفق المذاهب الأربعة^(٢).

الرابع: شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه:

ويصح أخيراً الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكنه لا ينافي مقتضى العقد. وهذا خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي. فإدام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه، وسواء لاعم مقتضى العقد أو لا يلائمه. والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكي ثم إنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي.

ومن ثم نرى المذهب الحنبلي، خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي، يصحح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصحها المذهب المالكي كما جاء في الشرح الكبير على المقنع: "والثالث أن يشترط نفعا معلوماً في المبيع

(١) الشرح الكبير على المقنع: ٥٨/٤.

(٢) المغني: ٢٨٥/٤، المجموع: ٣٦٤/٩، البدائع: ١٧١/٥، الدسوقي: ٦٥/٣، كشف القناع: ١٨٩/٣.

كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله. ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها سنة، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم، أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة^(١).

وقد استدل فقهاء المذهب الحنبلي على مذهبهم هذا بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول وفيما يأتي خلاصة أدلتهم:

أولاً: من الكتاب:

عموم الآيات الواردة في الوفاء بالعهود ومنها:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(٣).

٣- قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾^(٤).

فقد أمر سبحانه وتعالى - كما قال ابن تيمية - بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله والعقود وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الدِّبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولاً﴾^(٥).

ثانياً: من السنة:

ومن السنة الأحاديث الآتية:

١- حديث عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من

(١) الشرح الكبير على المقنع: ٤/٤٩-٥١.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) سورة الأنعام: ١٥٢.

(٤) سورة الإسراء: ٣٤.

(٥) سورة الأحزاب: ١٥ ولقد قال ذلك ابن تيمية في الفتاوى الكبرى: ٤/٧٣ ط. دار الكتب بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر" (١).

٢- حديث عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة" (٢).

ففي الأحاديث السابقة ذم توعد للغادر وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غدر" (٣).

٣- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً" (٤).

ثالثاً: من المعقول:

واستدلوا على مذهبهم من المعقول بما يأتي:

١- العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم؛ وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة" (٥).

٢- لا يوجد في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود ولا الشروط إلا ما ثبت منعه بعينه وانتفاء دليل على عدم التحريم (٦).

لكن الحنابلة مع كون الأصل عندهم حرية العقود أنواعاً وشروطاً إلا أنهم لم يهملوا نظرية مقتضى العقد فاستثنوا من الشروط الجائزة نوعين من الشروط:

١- الشروط المنافي لمقتضى العقد.

٢- الشرط الذي ورد النهي عنه.

(١) صحيح مسلم: ٧٨/١ كتاب الإيمان باب ٢٥ ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٧١/٤ ط. استانبول.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٨٨/٤ طبعة سابقة.

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٧: ٦٣٥/٤ ط. استانبول ١٩٨١م.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٩٠/٤ طبعة سابقة.

(٦) نقر المرجع.

وقد سبق ذكرهما في أقسام الشرط عند الحنابلة.

وفي هذا يقول ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه، وإبطاله نص، أو قياس عند من يقول به . . .".^(١)

(١) المرجع السابق: ٧٥/٤ طبعة سابقة.

المبحث الرابع

مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط

المبحث الرابع

مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط

من الواضح أن العقد وسائر التصرفات الشرعية تنشأ عن إرادة المتعاقدين، فإذا تم العقد ترتب عليه آثاره الشرعية. ولكن الشارع هو الذي يرتب آثاراً معينة على كل عقد من العقود.

فالعاقِد ينشئ العقد والشارع ينشئ الآثار، ولذلك يقول الفقهاء عن العقود: إنها أسباب جعلية ولذا فإن إرادة العاقِد فقط تكون مقصورة على إنشاء العقد حتى لا يبغى بعضهم على بعض بما يشترطون من شروط تكون جائزة أو فاسدة وحتى يكون لكل عقد أو تصرف من التصرفات حكمه للشارع الحكيم^(١).

يقرر الفقهاء هذه القاعدة مع اختلاف مذاهبهم و يذكرونها في أصولهم إلا أنهم ليسوا سواء في التشديد فيها خاصة بالنسبة للعقود المالية الخالصة^(٢).

وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية: " إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح؛ نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم بثبوت سببه منا، لم تثبته ابتداء^(٣)."

ويقرر الإمام الغزالي رحمه الله: إن الله سبحانه وتعالى أضاف الأحكام إلى أسبابها، لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها بل بإيجاب الله سبحانه وتعالى والسبب عند الإمام الغزالي يوجد في العبادات والمعاملات.

فأما في قسم المعاملات فيقول: فحل الأموال والإبضاع وحرمتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع و طلاق وغيره^(٤).

(١) انظر: المحلى لابن حزم: ٤١٢/٨-٤٢٠، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء: ١/٤٨٥-

٤٨٦ المدخل لدراسة الشرعية الإسلامية للدكتور زيدان: ٣٩٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة: ٢٢٥-٢٣٠. ط. دار الفكر القاهرة ١٩٩٦م.

(٣) فتاوى ابن تيمية: ٣/٣٣٥ والقواعد النورانية لابن تيمية: ٢٠٢.

(٤) انظر: المستصفي للغزالي: ١/٩٣-٩٤.

ويقول البزدوي في كشف الأسرار: "أن السبب قد يوجد من الإنسان بإرادته، ولكن المسبب لا يكون موقوفاً على إرادته وحدها، بل قد يحدث شيء من دون أن يحدث ما نسميه سبباً له، فيقول: "إن الذي للمكلف تعاطي الأسباب و إنما المسببات من فعل الله سبحانه وتعالى و حكمه لا كسب فيه للمكلف وهذا يتبين في علم آخر القرآن والسنة دالان عليه^(١).

نخلص من هذه النصوص إلى أن الفقهاء لا يختلفون من حيث الجملة في أن الشارع هو الذي يرتب آثاراً معينة على كل عقد، ولكنهم يختلفون فيما يختص بحرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط المتصلة بهما.

و فيما يأتي نتحدث عن آراء الفقهاء في مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط.

آراء الفقهاء

في مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط:

اختلفت اتجاهات الفقهاء وآرائهم في مبدأ حرية إنشاء العقود والشروط على ثلاثة آراء: وهي:

رأي الموسعين، ورأي المتوسطين، ورأي المضيقين.

أولاً: رأي الموسعين:

وهو رأي الحنابلة إذ يرون: "أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل النصوص الشرعية والسنة العملية، هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين، فعندئذ يمتنع بخصوصه، على خلاف القاعدة ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً وتحرم حلالاً"^(٢).

(١) الموافقات للشاطبي: ١/١٣١ وما بعدها.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا: ١/٤٧٩، وانظر: القواعد النورانية لابن تيمية: ١٨٨.

يقول ابن تيمية : " إن العقود إنما يجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصه الدليل - على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي - والأصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها ما أو جباه على أنفسهما بالتعاقد^(١).
واستدلوا على رأيهم بأدلة منها:

- ١- قوله سبحانه وتعالى في المعاملات المالية : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢).
- ٢- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ . . .﴾^(٣).
- ٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إنما البيع عن تراض"^(٤).
- ٤- قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"^(٥).

٥- قول الرسول عليه الصلاة والسلام: "المسلمون على شروطهم"^(٦).

ووجه الاستدلال أن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار والآية الثانية والحديث الأخير كلاهما عام ومطلق فلا يخصص أو يقيد إلا بالشروط التي تخالف نصوص الشرع أو قواعده أو مقاصده ، ثم إن هذه الآية أوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة ، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل . وهذه يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٩٢/٤-٩٣.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) سورة المائدة: ١.

(٤) حديث حسن رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري في سننه: كتاب التجارات: ٧٣٦/٢-٧٣٧.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده عن عقبة بن عامر الجهني: ١٥٠/٤ ط. دار الدعوة استانبول ١٩٨١م.

(٦) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب (١٧): ٦٣٥/٤ ط. استانبول ١٩٨١م.

لمصالحهم، بغير دليل شرعي ، تحريم لما لم يحرمه الله ، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة.

أما حديث " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل . . . " (١) فليس المراد به أن الشرط لا يكون صحيحاً مقبولاً إلا إذا نص عليه في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله عليه السلام كما ظنه الظاهرية ، بل المراد به أن لا يكون الشرط منافياً لقواعد الشريعة أو مقاصدها التي جاء بها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم أما ما يروي من النبي صلى الله عليه وسلم أنه **تَهِى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ** (٢) فإنه ضعيف السند و حتى على فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم (٣).

٦- هناك فرق بين العبادات والمعاملات. أما العبادات فيجب ورود الشرع بها ، وأما المعاملات و منها العقود فلا تتطلب ورود الشرع بها . فيكفي في صحتها ألا تحرمها الشريعة استصحاباً للمبدأ الأصولي وهو أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء هو الإباحة؛ وذلك لأن القصد من المعاملات رعاية مصالح الناس ، فكل ما يحقق مصالحهم يكون مباحاً.

ثانياً: رأي المتوسطين:

وهو مذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية (٤) وهم الذين أخذوا بنظرية مقتضى العقد، فلم يوسعوا ولم يفسحوا مجال الاشتراط للعاقدين بسالمقدار الذي فسحه الحنابلة ولم يضيقوا مثل أصحاب الرأي الثالث.

وخلاصة رأيهم أنهم يجيزون للعاقدين الاشتراط لكن بشرطين:

أولهما: أنه ليس للعاقدين أن يشترطاً من الشروط ما يخالف مقتضى العقد فكل شرط خالف مقتضاه فهو باطل.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب المكاتب ١٢٧/٣ ط. دار الدعوة استانبول.

(٢) أخرجه أبو داود في مسنده في كتاب البيوع: ٧٦٩/٣ ط. دار الدعوة استانبول.

(٣) المغني لابن قدامة: ٤٤٨/٨.

(٤) فتح القدير: ٢١٧/٥-٢١٨ بداية المجتهد لابن رشد: ١٣١/٢، الموافقات للشاطبي: ٢١٤/٢.

ثانيهما: أنه ليس للعاقدين اشتراط شرط مخالف لما جاء به الشرع الحنيف من نصوص وقواعد عامة ومقاصد^(١).

وأدلتهم نفس الأدلة التي ذكرتها في رأي الموسعين وهذا الرأي هو الراجح إذ لم نجد في الشرع ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها ، فكل موضوع لم يمنعه الشرع ولا تنهى قواعد الشريعة وأصولها، جاز التعاقد عليه على أن تراعى شرائط انعقاد العقود. وهذا لتحقيق حاجات الناس و مصالحهم ومراعاة لما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام العقود لأغراض مشروعة.

ثالثاً: رأي المضيقيين:

وهم الظاهرية الذين يقولون: الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة أي أن كل عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع.

وهم لا يعتبرون من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من إرادة العاقدين وأقوالهما بل مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم به أثراً لتصرفاتهم.

فإن لم يرد دليل من الشارع على اعتبار الشروط التي يشترطها المتعاقدان فلا اعتبار لها^(٢).

واستدلوا على رأيهم بأدلة منها:

١- قوله تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم...﴾^(٣).

ووجه الاستدلال أنهم يرون أن اشتراط شرط ليس في كتاب الله ولا في السنة يعتبر زيادة على الدين ، واتهام للشريعة بعد الكمال.

(١) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأبي زهرة: ص ٢٣٥ والمدخل الفقهي العام للزرقاء: ٤٧٦/١-٤٧٨.

(٢) المحلى لابن حزم: ٥١٧/٩-٥١٩، الملكية ونظرية العقد: ٢٤٦.

(٣) سورة المائدة: ٣.

٢- وقوله تعالى ﴿ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾^(١).

فهم يرون اشتراط شرط لم ينص على اعتباره في الكتاب ولا في السنة من باب التعدي لحدود الله الذي ورد النهي عنه.

٣- إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة و منها العقود ، على أساس من العدل وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود ، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة.

٤- حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"^(٢) فكل عقد أو شرط لم يشرعه الشرع بنص أو إجماع يكون باطلاً؛ لأنه إذا تعاقد الناس بعقد لم يرد في الشريعة وأصولها يكونون وقد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله ، وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع ، وعلق ابن حزم على هذا الحديث بقوله : " فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه"^(٣).

٥- ويؤيده قول الرسول صلى الله عليه وسلم في قصة عتق بريرة:

" . . . ما بال رجال يشترطون شرطاً ليس في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل..."^(٤) أي أن الشرط غير المنصوص عليه باطل فيقاس عليه العقد غير المنصوص عليه.

(١) سورة البقرة: ٢٢٩.

(٢) رواه مسلم، حديث رقم ١٧١٨ كتاب الأقضية باب ١٧: ١٣٤٣/٣ ط. دار إحياء التراث العربي.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام: ٦١٥/٥.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ١٧٣/٣-١٧٤.

الفصل الثالث

أثر العرف في الشروط المقتترنة بالعقود

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أقوال الفقهاء في الشروط المؤكدة لمقتضى العقد ودور

العرف في تفصيلات مثل هذه الشروط.

المبحث الثاني: أثر العرف في الشروط المقتترنة بعقد الزواج

المبحث الثالث: أثر العرف في الشروط المقتترنة بعقد البيع

المبحث الرابع: أثر العرف في الشروط المقتترنة بعد الإجارة

المبحث الأول

**أقوال الفقهاء في الشروط المؤكدة لمقتضى العقد
ودور العرف في تفصيلات مثل هذه الشروط**

المبحث الأول

أقوال الفقهاء في الشروط المؤكدة لمقتضى العقد، ودور العرف في تفصيلات مثل هذه الشروط

من المسلم أن للمتعاقدين أن يتفقا على تضمين العقد ما يرتضيه من الشروط التي فيها مصلحة العقد أي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكنها لا تنافي مقتضاه بل تؤكد وتوثق موجب العقد^(١). وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية بقولها (المادة ١٨٧): "البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر. مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري شيئاً معلوماً أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد".

وهذه الشروط التي فيها مصلحة العقد صحيحة والعقد المقترن بها صحيح، وهذا الرأي محل اتفاق بين جمهور الفقهاء ومن المتفق عليه أيضاً أن هذه الشروط لا تجب إلا بالنص عليها، فعند السكوت عن ذكرها لا تجب في حق المتعاقدين. ونذكر آراء الفقهاء فيما يلي:

أولاً: الحنفية:

عبر الحنفية عنها بالشروط التي تلائم العقد قال صاحب البدائع: "... وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه فيلحق بالشروط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً، والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل..."^(٢).

وذكره الإمام أبو زهرة رحمه الله في الشروط الصحيحة عند الحنفية حيث يقول: "أو ما يكون مؤكداً لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل، أو

(١) انظر: مصادر الحق للسنهوري: ٣/١٠١ وما بعدها (ط. دار إحياء التراث الإسلامي العربي بيروت).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٥/١٧١.

اشتراط رهن معين به، فإن ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكد لهذا المقتضى^(١).

وكذلك جاء في فتح القدير "وكذا إذا لم يكن كذلك، ولكن يتضمن التوثق بالثمن، كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة، أو بأن يرهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية، فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لزفر، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه، فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضراً فلم يقبل، لم يجز، ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق؛ لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره في العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام، فإن سلم مضى العقد على ما عقداً، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن، فإن كان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة"^(٢).

والشرط المؤكد لمقتضى العقد في الواقع مكمل للعقد إذ يقصد منه التوثيق كالأمتلة المذكورة وهذا على وجهين:

(أ) إما أن يكون الكفيل أو الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية.
(ب) وإما أن لا يكون الكفيل أو الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية.
فإن لم يكن معلوماً؛ كأن قال أبيعك سيارتي بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن، أو قال بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن، ولم يبين من هو الكفيل ولم يشر إليه ولم يسمه أو لم يبين نوع الرهن ولا مقداره ولم يسلم الرهن للبائع، فالواقع أن هذا بيع فاسد، لأن هذا جهالة تفضي إلى المنازعة بين المتبايعين ومانع من التسليم والتسلم^(٣).

(١) الملكية ونظرية العقد: ٢٣٨ (ط. دار الفكر العربي).

(٢) فتح القدير: ٢١٥/٥.

(٣) تحفة الفقهاء: ٧٠/٢.

أما إذا كان معلوماً بالتسمية أو بالإشارة: فهذا جائز على الصحيح - كما ذكرناه - خلافاً لزفر أما زفر فأخذ بالقياس وأما جمهور الحنفية فقد أخذوا بالاستحسان، ودليل جمهور الحنفية على أن الشرط صحيح، أن هذا إنما هو توثيق بالثمن فمثله كمثله من اشترط على المشتري الجودة في الثمن فيكون بذلك مقررًا لمقتضى العقد معنًا، وذلك إذا كان الكفيل بالثمن حاضرًا وقبل.

أما إذا كان الكفيل غائبًا فإنه لا يجوز وإن بلغه الخبر فقبل، والسبب في ذلك أن وجوب الثمن في ذمة الكفيل مضاف إلى البيع، فكان الكفيل مشترياً أيضاً، وذلك إذا كانت الكفالة مشروطة في عقد البيع فيكون حضور الكفيل شرطاً كما أن حضور المشتري شرط في عقد البيع لكي يتقرر الإيجاب^(١).

أما الرهن فلا يشترط فيه إحضاره في المجلس، لأن المشتري قد حصل منه العقد من البائع (أي حصل الإيجاب والقبول). وقد التزم المشتري بالرهن، فالرهن صحيح إلا أنه لا يثبت إلا بالقبض على ما عرف فإن سلم مضى العقد على ما عقدا وإن امتنع المشتري عن تسليم رهنه فإنه لا يجبر عند جمهور الحنفية بل يؤمر بدفع الثمن.

وقال زفر: يجبر المشتري على تسليم الرهن^(٢).

وقال الكمال بن همام: وشرط الحوالة كالكفالة^(٣).

ثانياً: المالكية والحنابلة^(٤)

فهم - أيضاً - يصححون الشروط المؤكدة لمقتضى العقد وعبرها المالكية الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها وهي من مصلحته، ويقول عنها الحنابلة بأنها شرط من مصلحة العقد وتتعلق بها مصلحة العاقلين.

(١) تحفة الفقهاء: ٧١/٢.

(٢) فتح القدير: ٢١٥/٥.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي: ٦٥/٣ (ط. دار الفكر) وكشاف القناع: ١٨٩/٣.

فهم يجيزون هذه الشروط على اعتبار أنها إذا كان العقد لا يقتضيها فإنها لا تنافي مقتضى العقد وهي من مصلحته، وما لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه فهو جائز مادامت فيه مصلحة للعقد وللمتعاقدين.

ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفي وهذين المذهبين في هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط في الأصل أن يكون العقد يقتضيه ثم هم يجيزون استثناء - على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس لأنه يشبه في المعنى الشرط الذي يقتضيه العقد، فيلحق به. أما المذهبان الآخران فعندهما أنه ليس من الضروري لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه بل يكفي أن يكون الشرط لا ينافي مقتضى العقد، فيصح الشرط الذي يقتضيه العقد كما يصح الشرط الذي يلزم العقد لأنه لا ينافي ما يقتضيه والصحة في هذا الشرط وفي ذلك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء وأشار إلى هذا المعنى في الخرشي^(١).

وجاء في المغني: "الثاني تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به"^(٢).

يظهر منه أن الشروط المؤكدة لمقتضى العقد تصح عند أكثر الفقهاء كما تقدم.

ثالثاً: الشروط المؤكدة لمقتضى العقد عند الشافعية:

ويسمى الشافعية الشروط التي فيها مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، وهو شرط صحيح عندهم أيضاً ويصح معه العقد. جاء في المذهب: "فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك... ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد"^(٣).

(١) راجع: الخرشي: ٨٢/٥.

(٢) المغني: ٢٨٥-٢٨٦/٤.

(٣) المذهب للشيرازي: ٢٧٥/١.

ومثاله ما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً والرهن معلوم والكفيل حاضر جاز ذلك عند الشافعية^(١).

دور العرف في تفصيلات مثل هذه الشروط

قد قال صاحب مرشد الحيران (في المادة ٢٢٧) "الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجهه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به، وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذي جرت به عادة وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع". وقد أورد فقهاء المذهب الحنفي عدة صور لما جرى به العرف في زمانهم: منها: بيع النعل مع شرط التشريك، أي وضع الشراك، وهو السبر على النعل^(٢) ومنها؛ اشترى قبقاباً، على أن يسير له سيراً^(٣).

ومنها: اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده^(٤). وأهميتها ترجع إلى أنها تجعل للعرف دوراً عاماً في تقرير الأحكام مادام عرفاً صحيحاً لا يبيح محظوراً سواء كان عرفاً عاماً أم عرفاً خاصاً، والدليل على اعتبار العرف الخاص في هذا المجال ما ورد في فتح القدير "ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له"^(٥) وفي الدر المختار "وقلت وتدل عبارة البزازية والخانية وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبراً، إذا لم إلى المنازعة"^(٦).

ويتضح من النصوص المتقدمة أن الشروط المؤكدة لمقتضى العقد تعسبر حسب العرف فهي تتغير وتتبدل حسب تغير العرف في كل مكان وزمان.

(١) انظر: المجموع: ٣٦٤/٩.

(٢) فتح القدير: ٢١٥/٥.

(٣) المرجع السابق: ٢١٥/٥.

(٤) الفتاوى الهندية: ١٠٣/٣.

(٥) فتح القدير: ٢٢١/٥.

(٦) الدر المختار: ١٩٠/٤.

المبحث الثاني

أثر العرف في الشروط المقتترنة بعقد الزواج

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شرط من مقتضى العقد حسن الصحبة والمعاشرة

والإمساك بالمعروف

المطلب الثاني: اشتراط الزوجة على زوجها أن كل امرأة يتزوجها زوجها

يكون أمر طلاقها بيدها وأقوال الفقهاء في ذلك.

المطلب الأول

شرط من مقتضى العقد

(حسن الصحبة والمعاشرة والإمساك بمعروف)

هي الشروط التي كانت من مقتضيات العقد ومقاصده ولم تتضمن تغييراً لحكم الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كاشتراط حسن الصحبة والمعاشرة والإمساك بالمعروف والإنفاق عليها وكسوتها وسكنائها بالمعروف وغير ذلك فمثلي هذه الشروط لا تثبت أمراً جديداً على ما يقتضيه العقد. فهي أمور يلزم الوفاء بها، وإن لم يتم اشتراطها لأنها من لوازم العقد وآثاره التابعة له.

وحكم مثل هذه الشروط أنه يجب الوفاء بها عند جميع الفقهاء^(١) وذلك لتوافر الأدلة الموجبة للوفاء من القرآن والسنة:

أولاً: القرآن:

قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)

وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣)

وقال سبحانه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٤).

(١) انظر: البدائع: ١٧٢/٥، الدسوقي: ٦٥/٣، المجموع: ٣٦٢/٥، كشف القناع: ١٨٩/٣، المدونة الكبرى: ١٥٠/٢.

(٢) سورة النساء: ١٩.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٨.

(٤) سورة الروم: ٢١.

ثانياً: من السنة:

عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج"^(١).

وجاء في إرشاد الساري شرح البخاري "والمراد شروط لاتنا في مقتضى عقد النكاح بل تكون من مقاصده كشروط العشرة بالمعروف وأن لا يقصر في شيء من حقوقها"^(٢).

وذكر الخطابي: "فمنها ما يجب الوفاء به اتفاقاً وهو ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"^(٣).

وفي شرح الحديث "قال النووي: قال الشافعي: أكثر العلماء على أن هذا محمول على شرط لا ينافي مقتضى النكاح ويكون من مقاصده كاشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق عليها وكسوتها ... ونحو ذلك"^(٤).

وقال الشيخ محمود حسن الديوبندي^(٥): "الشروط اللاتي من مقتضيات النكاح مثل المهر والنفقة والسكنى لا مطلق الشروط فهذه الشروط يجب على الزوج استيفؤها"^(٦).

فالأحناف يصحون هذه الشروط كلها لأنها لا تزيد في العقد إلا وكادة ولم تثبت شيئاً في العقد غير ما يقتضيه ويوجبه ولأن مضمون هذه الشروط ثابت واجب الوفاء به سواء وجد الشرط أم لم يوجد من المتعاقدين أو من أحدهما^(١).

(١) أخرجه الإمام البخاري في باب الشروط في النكاح: ٧٧٤/٢ ومسلم في باب الوفاء بالشروط في النكاح: ٤٥٥/١ وغيرهما.

(٢) إرشاد الساري شرح البخاري للقسطاني: ١٤٣/٦.

(٣) فتح الباري للخطابي: ٢٧٢/٩.

(٤) شرح مسلم للنووي: ٤٥٥/١.

(٥) هو شيخ الهند كان مدرسا وشيخ الحديث في دار العلوم ديوبند له تصنيفات عديدة في الحديث والفقه ولد في بريلي (الهند) سنة ١٢٦٨ هـ وتوفي سنة ١٣٣٩ هـ في ديوبند. أكابر علماء ديوبند لحافظ محمد اكبر شاه

ص ٢٩-٣٢ ط. إدارة إسلاميات لاهور الطبعة الثانية بلا بتاريخ

(٦) تقرير الترمذي للشيخ محمود حسن الديوبندي مع سنن الترمذي: ٣٢/٤.

وقد ذكر الشيخ محمد مصطفى الشبلي مذهب الأحناف عن هذا الشرط حيث يقول: "الشرط الصحيح هو الذي يقتضيه العقد (بأن يكون موجبه حكماً من أحكام العقد) أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عرف ... كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهراً أو يحسن معاشرتها وكاشتراطه أن تدخل في طاعته فهذه كلها يقتضيها العقد وثابتة ولو لم يشترطها أحدهما ... وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به"^(١).

ونصوص المالكية تؤكد أنهم ذهبوا إلى صحة الشرط الذي هو من مقتضى العقد وعلى هذا صح اشتراط حسن الصحبة والمعاشرة، والإمساك بالمعروف بل يجب.

جاء في الخرشي: "وبقي شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة"^(٢) وجاء في أوجز المسالك شرح مؤطا الإمام مالك: "قال الخطابي الشروط في النكاح مختلفة فمنها ما يجب الوفاء به اتفاقاً وهو ما أمر الله من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وعليه حمل بعضهم الحديث "أحق ما أو فيتم" ومنها ما لا يوفى به اتفاقاً كسؤال طلاق أختها..."^(٣).

ونصوص الشافعية مثل نصوص الأحناف والمالكية تصحح الشروط التي يقتضيها العقد لأنها صحيحة بداهة ولأنها معمول بها من غير حاجة إلى أن تذكر.

جاء في الروضة الندية: "ويجب على الزوج الوفاء بشرط المرأة لحديث عقبة بن عامر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج وهو في الصحيحين وغيرهما قلت وهو قول أكثر أهل العلم"^(٤).

(١) بدائع الصنائع: ١٧٢/٥، فتح القدير ٢١٥/٥، الدار المختار: ٨٦/٥.

(٢) أحكام الأسرة في الإسلام: ١٠٤ وما بعدها.

(٣) الخرشي: ٨٠/٥.

(٤) أوجز المسالك شرح مؤطا الإمام مالك: ٣٤٠/٢.

(٥) الروضة الندية لصديق حسن قنوجي: ٣٠-٣١.

هذه هي المذاهب الثلاثة، مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم وهي تتقارب في جملتها.

أما مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحاباً، وأخصب جناباً بالنسبة للشروط. فهم يجيزون كل الشروط إلا في حالتين فيكونون بذلك أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده، ولذلك فإنهم يعتبرون مصلحة العاقد من الشروط هي من مصلحة العقد ما لم تصادم نصاً تشريعياً فلا يبطل الشرط عندهم إلا إذا ترتب عليه تعطيل العقد.

فأجاز أحمد أن يشترط الزوجان ما شاءوا من الشروط في عقد النكاح، فلم يفرق في ذلك بين النكاح وغيره^(١).

وجاء في المغني: "والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد"^(٢).

وجاء في القواعد النورانية لابن تيمية "فأما إذا أشرط ما يقصد بالعقد ولم يناف مقصوده. هذا القول هو الصحيح بدلالة السنة والكتاب والإجماع والاختيار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي"^(٣).

هذه هي بعض النصوص التي أشارت إلى أن الشروط من مقتضى العقد كحسن الصحبة والمعاشرة والإمساك بالمعروف صحيحة لازمة عند جميع الفقهاء. وهي معمول بها حتى لو لم تشترط.

ومما سبق يتضح لنا أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الزواج ونزید وضوحاً وتوثيقاً فيما يلي:

نجد بعض الوثائق يرد شرط حسن الصحبة والمعاشرة والإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان.

(١) راجع: أعلام الموقعين: ٣/٣٨٤، والمغني: ١٢/٧.

(٢) المغني: ٢٨٥/٤.

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية: ٢١٤.

☆ منها وثيقة الزواج بتاريخ ربيع الأول ٢٥٩هـ. التي ذكرت " وشرط إسماعيل مولى أحمد بن مروان لامرأته عايشة تقوى الله العظيم بحسن الصحبة والمعاشرة كما أمر الله عز وجل وسنة محمد صلى الله عليه وسلم على الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان" (١).

☆ ومنها وثيقة الزواج رقم ١٢١ مؤرخ في العشرة الأيام الأخيرة من شهر جمادى الآخرة سنة ٢٧٩هـ. وفيها شرط إسحاق بن سري شروطاً أوجبها على نفسه بعد أن عقد عقدة النكاح "أن يتق الله وحده لا شريك له ويحسن صحبتها وعشرتها ولا يضار بها ويفعل ما أمره الله وسنه محمد صلى الله عليه وسلم على ما أمر الله به من الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان" (٢).

وننبه إلى أن ذكر هذه الشروط في وثائق الزواج كان متعارفاً عندنا في بلاد كشمير وباكستان ومازال حتى الآن وإن كان لا حاجة لذكر هذه الشروط لأنها تجب عند انعقاد عقد الزواج بدون ذكرها.

أما النفقة فتصبح واجبة عند انعقاد العقد ، سواء ذكرت في الشروط أو لم تذكر ولقد ذكرت كتب الفقه أن نفقة الزوجة تجب على زوجها وتتحدد بالقدر المتعارف بين أمثالهما وبحسب حالهما من الغنى والفقر ، فمستوى المعيشة والوضع الاجتماعي للزوجين يحدده العرف ، ويراعى في ذلك حال الزوجة وحال الزوج . وحالة الوسط الذي يعيشان فيه ، فالأغنياء لهن نفقة الأغنياء وللفقراء نفقة الفقراء وهكذا وللعرف اعتبار كبير في أحكام الوقائع بين الزوجين ولهذا يقول ابن العربي " إن المرأة الشريفة إذا امتنعت من إرضاع ولدها فلا يلزمها ذلك نظراً للعرف" (٣).

وقد ذكر مصطفى أحمد الزرقاء: "أن نفقة الزوجة تجب على زوجها فسي الاجتهاد الحنفي بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالهما وبحسب حالهما غنى وفقراً.

(١) أوراق البردي العربية بدار الكتب المصرية لأدولف جروهمان: ٧٣/١-٧٤ ط. مطبعة دار الكتب المصرية القاهرة: ١٩٣٤م.

(٢) أوراق البردي العربية: ٨٩/١ طبعة سابقة.

(٣) العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجدي ص: ١٣٠ ط. إحياء التراث الإسلامي لدولة الإمارات العربية المتحدة سنة ١٩٨٤م نقلاً عن أحكام القرآن لابن عربي.

فإن كانا من الأوساط فنفقة الوسط، وإن كانا غنيين فنفقة الأغنياء، أو فقيرين فنفقة الفقراء" (١).

فالعرف يؤثر في تحديد مقدار النفقة وكيفية حسن العشرة والإمساك بالمعروف وغير ذلك.

أما المهر فيعتبر شرطاً من شروط صحة الزواج. فالناس يشترطونه في الزواج قليلاً أو كثيراً حسب أعرافهم . ويتبين من أوراق البردي المختلفة أن أقل مقدار المهر وأجله يختلف اختلافاً بيناً بحسب حالة الأشخاص والعصور، وأقل مهر ذكر في هذه الوثائق هو دينار واحد وأقصى مهر بلغ خمسمائة ديناراً.

❖ ومن أمثلة ذلك عقود الزواج المكتوبة على قطع من القماش والتي ترجع إلى عهد المماليك ، ومنها عقد الزواج المؤرخ في جمادى الآخرة عام ٦٧٧.

" ... أصدقها على بركة الله وعونه وحسن توفيقه وبمنه جملة مبلغها من الدراهم النقرة الجيدة الحائرة بالديار المصرية خمس مائة درهم، الحال من ذلك مائة درهم، المؤجل أربع مائة درهم مقسطة لها عليه في سلخ كل سنة تمضي من تاريخه من الدراهم النقرة، أربعون درهما يقوم لها بذلك من غير مطل ولا منع" (٢).

❖ ومنها عقد الزواج لإحدى أميرات القصر المملوكي والمؤرخ في رمضان ٧٣٤هـ والذي جاء فيه "... يقر أنه تزوجها وأصدقها على بركة الله تعالى وعونه وحسن توفيقه من الذهب العين المصري المثاقيل المسكوك الجيد خمسمائة دينار، الحال من ذلك مائة دينار، باقي ذلك ... أربعمائة دينار... يقوم بها الزوج المذكور للزوجة المذكورة مقسطة لها عليه إلى نقضي عشر حجج من تاريخه وهو إلى عشرين رمضان سنة أربع وثلاثين وسبعمائة" (٣).

(١) المدخل الفقهي العام للزرقاء: ٨٥٩/٢.

(٢) عقود الزواج على المنسوجات الأثرية لسعاد ماهر ص: ٥.

(٣) المراجع السابق: ص ١٧-١٨.

ويتبين من الوثائق أن جزءاً من المهر يدفع عند الزواج والباقي يقسط على أقساط مختلفة أو متساوية ومدة كل قسط منها عادة سنة واحدة^(١).

وقد جرى العرف على أن الزوج يحرر لزوجته سنداً بما تأخر لها من صداقها، وتسمى هذه السندات وأشباهها من إقرارات المدينين بحق عليهم للغير في كتب الفقه وفي الوثائق بـ "ذكر الحق" مثل ذكر حق بتاريخ صفر عام ٢٣٣هـ^(٢). هذا ونجد وثائق أخرى في أوراق البردي العربية تردد شروط تعجيل المهر وتأجيله حسب العرف:

❖ منها وثيقة عقد الزواج رقم ١٥٩ بتاريخ شهر ربيع الأول سنة ٢٥٩هـ. جاء فيها: "... وأصدقها إسماعيل مولى أحمد بن مروان القرشي أربعة دنانير مثاقيل طرا جياذ وازنة يعجل لها إسماعيل دينارين مثقالين نقداً حالاً معجلاً ويبقى لعائشة ابنت يوسف على زوجها إسماعيل مولى أحمد بن مروان دينارين مؤخرين إلى خمسة سنين أولهم شهر ربيع الأول سنة تسع وخمسين ومائتين"^(٣).

❖ ومنها وثيقة عقد الزواج رقم ١٢١ بتاريخ شهر جمادى الآخرة سنة ٢٧٩هـ. جاء فيها: "... وتوكيلها إياه في إنكاحها من يعقوب بن إسحاق بن يحيى بالصادق العاجل والآجل لها عليه عجل لها من ذلك قبل إصابته بها ودخوله عليها دينارين نقداً حالاً معجلاً... هنيذة بنت إسحاق بن سري بعد أن خلين خمسة سنين متواليات أولهن جمادى الآخرة من سنة تسع وسبعين ومائتين"^(٤).

(١) وتوجد حالة شاذة كان مقدار المهر أربعة دنانير عجل منها دينار أما الثلاثة الباقية فتدفع في خمس ليال متواليات من تاريخ تحرير وثيقة الزواج (العشرة الأيام الأخيرة من جمادى الآخر عام ٤٦١هـ. وهذه الوثيقة نصت على أن الزوج استرجع زوجة بعد أن كان قد طلقها طلاقاً واحدة بعد دخوله بها. ولم نعث في جميع الوثائق على أثر العرف السائد اليوم بمعجل نصف المهر وتأجيل الباقي إلى أقرب الأجلين الوفاة أو الطلاق) وانظر: المرجع السابق: ٩٠.

(٢) أوراق البردي العربية: ١٠٦/١.

(٣) أوراق البردي العربية: ٧٣/١ طبعة سابقة.

(٤) المرجع السابق: ٨٨/١-٨٩.

المطلب الثاني

**اشتراط الزوجة على زوجها أن أمرها بيدها،
أو أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها بيدها وأقوال الفقهاء في ذلك**

نجد من بين شروط التعاقد في الزواج أن الزوجة قد تشترط أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها (أي الزوجة الثانية) بيدها (أي الزوجة الأولى) كيف شاءت.

والرجل كما يملك الطلاق بنفسه يملك إنابة غيره فيه، ويجوز تفويض الطلاق للزوجة بالإجماع كما يجوز لغيرها.

ولكن اختلف الفقهاء في تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة أو أجنبي إذا قيد بالمشيئة فهل يعتبر تملكاً أو توكيلاً؟

مذهب الحنفية (١):

فالتفويض - عند الأحناف - جعل الأمر باليد أو تملك الطلاق لزوجته بطلاق نفسها منه أو لغيرها منه، أو تعليق الطلاق على مشيئة شخص أجنبي، كأن يقول له طلق زوجتي إن شئت.

ومن ألفاظ التفويض: الأمر باليد - وهو موضوعنا - أن يقول لها: أمرك بيدك، فيصير الأمر بيدها في الطلاق؛ لأنه جعل الأمر بيدها في الطلاق؛ وهو أهل لذلك، والمحل قابل للجعل. ويصير الأمر بيدها بشرطين (٢).

أحدهما - نية الزوج الطلاق؛ لأنه من كنايات الطلاق، فلا يصح من غير نية الطلاق.

(١) انظر: الدر المختار ورد المحتار: ٦٥٣/٢، البدائع: ١١٣/٣-١٢٢.

(٢) راجع: حاشية ابن عابدين: ٦٥٣/٢.

والثاني- علم المرأة بجعل الأمر بيدها، فلا يصير الأمر بيدها مالم تسمع أو يبلغها الخبر؛ لأن معنى هذا التفويض ثبوت الخيار لها بين الطلاق أو الزوج.

فهنا اشترطت الزوجة على زوجها أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها بيدها، فإذا قبل الزوج هذا الشرط، ملك طلاق ضررتها لأن الزوج فوض أمر الطلاق إليها.

وذهب الحنفية إلى أن إنابة المرأة في الطلاق - سواء أ كانت بتوكيل أم بتفويض- يعتبر تمليكا لا يجوز الرجوع فيه وعندهم إذا فوض أمر الطلاق إلى الزوجة أو أجنبي وقيد التفويض بالمشيئة يعتبر تعليقا للطلاق من الزوج أو من فوضه ويكفونه بأنه تفويض وليس توكيلا، ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه من الزوج جاء في البدائع: " وصفة هذا التفويض أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهى المرأة عما جعل إليها ولا فسخ ذلك لأنه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئا فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك إبطاله بالرجوع والنهي والفسخ" (١).

وجاء في المبسوط: "وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في الخيار... فيصح منه ويلزمه حتى لا يملك الزوج الرجوع عنه اعتبارا بإيقاع الطلاق" (٢).

وجاء في فتاوى قاضي خان: "... وان ابتدأت المرأة فقالت : زوجت نفسي منك على .. أو على أن يكون الأمر بيدي أطلق نفسي كلما شئت فقال الزوج: قبلت، جاز النكاح. . ويكون الأمر بيدها لأن البداية إذا كانت من الزوج كان الطلاق والتفويض قبل النكاح فلا يصح . أما إذا كان البداية من قبل المرأة يصير التفويض بعد النكاح لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة، قبلت والجواب يتضمن

(١) بدائع الصنائع: ١٢٢/٣.

(٢) المبسوط: ٢٢١/٣.

إعادة ما في السؤال صار كأنه قال قبلت على أنك طالق أو على أن يكون الأمر بيدك فيصير مفوضاً بعد النكاح..."^(١).

وفي فتاوى عالمكيرية أو الهندية" قالت المرأة: تزوجتك على أن يكون الأمر بيدي أطلق نفسي كلما شئت فقال الزوج: قبلت، جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الأمر بيدها"^(٢).

وجاء في الجوهرة النيرة" إن قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه"^(٣).

وجاء في الدر المختار "ولا يملك الزوج الرجوع عنه أي عن التفويض بأنواعه الثلاثة لما فيه معنى التعليق"^(٤).

وفيه "أيضاً نكحها على أن أمرها بيدها، صح"^(٥). وكتب العلامة الشامي في ذيله "قوله صح) مقيد بما إذا ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد أو على أني طالق فقال الزوج قبلت أما لو بدأ الزوج لا تطلق ولا يصير الأمر بيدها كما في البحر والبرازية"^(٦).

ظهر من عبارات الفقهاء أن التفويض لا يصح الرجوع فيه وهو تعليق وتمليك عند الأحناف.

وظهر أيضاً أن صحة التفويض موقوفة على بدء الإيجاب من المرأة أثناء انعقاد الزواج. أما إذا كان التفويض بعد انعقاد الزواج فيصح مطلقاً عندهم.

(١) فتاوى قاضي خان: ٣٢٩/١.

(٢) فتاوى هندية كتاب النكاح: ٤/٢.

(٣) الجوهرة النيرة: ١٠٦/٢.

(٤) الدر المختار: ٥٣٨/١.

(٥) المرجع السابق.

(٦) رد المختار: ٥٢٦/٢.

فالمراة إذا اشترطت على زوجها أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها بيدها كيف شاءت وقبل الزوج ، فيصير الأمر بيدها ولها أن تطلقها كيف شاءت.

مذهب المالكية في التفويض^(١):

ومذهب المالكية إلى أن التفويض (وهو إنابة الزوج غيره في الطلاق) يتنوع إلى ثلاثة أنواع: توكيل وتخيير وتمليك . فالتوكيل هو جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغيره؛ زوجة أو غيرها، مع بقاء الحق له في منع الوكيل من إيقاع الطلاق . فإذا وكل الرجل المرأة على طلاقها، فلها أن تفعل ما وكلها عليه من طلاقة واحدة أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل الموكل فيه إلا لتعلق حقها بالوكالة. وهو بخلاف التمليك والتخيير، ليس له عزلها؛ لأن فيهما قد جعل ما كان يملكه ملكاً لها، أما التوكيل فإنه جعلها نائبة عنه في إيقاع الطلاق.

وهم ذهبوا إلى أن للزوج أن ينيب عنه امرأته في تطليق نفسها تفويضاً - لا يصح له الرجوع فيه - أو توكيلاً - له أن يرجع فيه - وتتقيد المرأة بالمجلس فيهما على الراجح عندهم وحينئذ يبطل بردها، وبما يدل على إعراضها عنه وبقيامها من المجلس من غير رد أو قبول^(٢).

وإذا تعلق بالتوكيل أو التفويض مصحلة لها - فليس للزوج أن يرجع، ولا تتقيد هي بالمجلس بل يثبت حقها في الاختيار حينما يتزوج عليها^(٣).

(١) الشرح الصغير: ٥٩٣/٢-٦٠٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٠٥/٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤٠٥/٢، والقوانين الفقهية: ٢٣٣، وراجع إعلام الموقعين: ٢١٦/٣.

(٣) هذا النوع من التمليك أو التفويض هو الذي يحتمل وقوعه عند العقد - مشروطاً فيه أو متبرعاً به عقبة - على مذهب المالكية. أما التفويض المرتبط بمشيتها عند العقد فلا وجه له عندهم، إذ يبعد أن يعقد العقد مقترناً بما يجعل القاضي يحول بين الزوجين ويلزم المرأة بالاختيار أو يسقط حقها.

وللزواج أن ينيبها عنه مدة معلومة ، أو في جميع الأوقات كما قال الحنفية،
وحينئذ لا يصح له الرجوع، ولا تنقيد هي بمجلس التفويض ، بل عليها أن تختار
قبل أن يسقط حقها.

ويسقط حقها بمضي المدة المعينة ، وبما يدل على سقوطه صراحة كأن
تقول : أسقطت حقّي، أو دلالة كأن تمكن الزوج من نفسها بـوطء أو مباشرة ،
وبإسقاط القاضي حقها.

أما اشتراط الزوجة على زوجها أنه كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر
طلاقها بيدها كيف شاءت فهو توكيل في حقها عند المالكية كما ذهب إليه الحنابلة
والشوافع.

مذهب الشافعية (١):

وتفويض الطلاق تملك له عند الشافعية فيشترط لوقوعه تطليقها نفسها على
الفور، فإذا ملكت المرأة نفسها ، فلا رجعة عليها. والتفويض إما صريح مثل طلقي
نفسك، أو كناية مثل: أمرك بيدك أو اختاري نفسك ، ونوى فقالت: طلقّت، وقع
الطلاق؛ لأنها فوضت في الطلاق وقد فعلته في الحالين.

وهذا التملك عندهم - ككل التمليكات - لا يتم بعبارة الزوج وحده، بل
يحتاج إلى جواب من المرأة يقوم مقام القبول، وللزوج أن يرجع عنه قبل جوابها،
كما يرجع في عقود التمليك قبل أن تتم بالقبول، وتنقيد المرأة بالمجلس ، كما يتقيد
القابل في العقود التي لا تتم إلا بطرفين، ويصح تنقيد التفويض إليها بوقت معلوم.
أما منحها حق تطليق نفسها متى شاءت فقد اختلفوا فيه، فذهب بعضهم مذهب
الحنفية، وذهب بعضهم إلى أنها تنقيد فيه بمجلس التفويض أيضاً^(٢).

(١) راجع: مغني المحتاج: ٢٨٥-٢٨٧، المذهب: ٨٠/٢.

(٢) انظر: المذهب: ٨٥/٢.

مذهب الحنابلة^(١):

وقال الحنابلة: من صح طلاقه صح توكيله، فإن وكل الزوج المرأة في الطلاق صح توكيلها، وطلاقها لنفسها؛ لأنه يصح توكيلها في طلاق غيرها، فكذا في طلاق نفسها. وللوكيل أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له الموكل حدا كالיום أو نحوه، فلا يملك الطلاق في غيره.

وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة زوجته الأولى كما اشترطت أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها بيدها، فمتى وجدت المشيئة باللسان، وقع الطلاق، سواء كان على الفور أم بالتراخي. وذلك خلافا للشافعية الذين اشترطوا إعلان المشيئة في الحال؛ لأن هذا تمليك للطلاق، فكان على الفور كقوليه "اختاري". ورد الحنابلة بأن هذا تعليق للطلاق على شرط، فكان على التراخي كسائر التعليقات ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة، فكان على التراخي كالعتق وهو بخلاف كلمة "اختاري" فإنه ليس بشرط، إنما هو تخيير، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس.

ويظهر من كل هذا أن تفويض أمر الطلاق إلى الزوجة أو أجنبي إذا قيد بالمشيئة يعتبر تعليقاً للطلاق من الزوج أو من فوضه ولا يجوز الرجوع فيه من الزوج لأنه تمليك هذا رأى الحنفية.

أما المذاهب الأخرى فتعتبر هذا التفويض توكيلاً ومن ثم جاز للزوج أن يرجع عن تفويضه^(٢).

(١) راجع: كشف القناع: ٢٦٨/٥ وما بعدها، المغني: ٢١٢/٧.

(٢) انظر في تفصيل ذلك: أحكام الأسرة في الإسلام ص. ١١٢ وما بعدها وأيضاً بدائع الصنائع: ١٢٢/٣.

ونجد أثر العرف واضحاً في مثل هذه الشروط

وبعض الوثائق يردد هذا الشرط بعد إثبات انعقاد الزواج والصدّاق مع شرط عتق الإماء وبيعها.

☆ منها وثيقة الزواج بتاريخ ربيع الأول ٢٥٩هـ التي صاغت شرط التفويض بعد إثبات الإيجاب والقبول على الزواج والمهر ثم ذكرت "وشرط إسماعيل مولى أحمد أن كل امرأة يتزوجها على امرأته عائشة بنت يوسف تقام تلك المرأة بيد عائشة تطلق كيف شاعت من الطلاق"^(١).

☆ ومنها وثيقة الزواج مؤرخ في العشرة الأيام الأخيرة من شهر جمادى الآخرة سنة ٢٧٩هـ. "وشرط إسحاق بن سري شروطاً أوجبها على نفسه بعد أن عقد عقدة نكاحها. . . أن كل امرأة يتزوجها مسلمة كانت أو ذمية فأمرها بيد امرأته هنيدة بنت إسحاق تطلقها عليه ما شاعت من الطلاق جائز عليه ولازم له وكل جارية يتخذها عليها... يكون بيعها بيد امرأته هنيدة إن شاعت عتقت وإن شاعت بيعت فعتقها وبيعها جائز عليه ولازم له"^(٢).

فظهر من هذه الوثائق أن الزوجة الأولى مفوضة في أن تطلق الزوجة الثانية ولها أيضاً حق بيع وعتق إماء الزوج. والزوجة المفوضة في طلاق الزوجة الأخرى تعتبر هنا أجنبية عن عقد الزواج الثاني الذي قد يعقده الزوج، فالتفويض هنا لأجنبي عن العقد، وهو - عند الحنفية - لازم ولا يجوز الرجوع فيه.

والواقع أن هذا الشرط يعتبر صيغة جديدة في ظل الفقه الإسلامي لعرف قديم ساد مصر منذ العصر الفرعوني حتى فتح العرب لها. فقد درجت الزوجات المصريات، تقييداً لحق الزوج في تعدد الزوجات، على النص في عقود الزواج على إلزام الزوج بدفع مبلغ كبير من المال إذا تزوج ثانية أو النص على تنازله لها عن كل أمواله إذا تزوج بثانية. وهذه الشروط وأمثالها تؤدي من الناحية العملية إلى تقييد تعدد الزوجات وبالتالي يظهر أثر العرف فيها.

(١) أوراق البردي العربية: ٧٤/١.

(٢) أوراق البردي العربية: ٨٩/١.

المبحث الثالث

أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد البيع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

تعريف البيع ومشروعيته.

المطلب الثاني:

أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد البيع.

المطلب الأول

تعريف البيع وبيان مشروعيته

أولاً: تعريف البيع لغة :

البيع لغة مصدر باع، وهو: مبادلة مال بمال، أو بعبارة أخرى مقابلة شيء بشيء، أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه.

والبيع من الأضداد -كالشراء- قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر، ويسمى كل واحد من المتعاقدين: بائعاً، أو بيعاً. لكن إذا أطلق البائع فالتبادر إلى الذهن في العرف أن يراد به باذل السلعة وذكر الحطاب أن لغة قريش استعمال (باع) إذا أخرج الشيء من ملكه، و(اشتري) إذا أدخله في ملكه، وهو أفصح، وعلى ذلك اصطلاح العلماء تقريباً للفهم.

ويتعدى الفعل (باع) بنفسه إلى مفعولين فيقال: بعته فلانا السلعة، ويكثر الاختصار على أحدهما، فتقول: بعته الدار، وقد يزداد مع الفعل للتوكيد حرف مثل (من) أو (اللام) فيقال: فيقال: بعته من فلان، أو لفلان.

أما قولهم باع على فلان كذا، فهو فيما بيع من ماله بدون رضاه^(١).

ثانياً: تعريف البيع في اصطلاح الفقهاء:

للبيع تعريفات عديدة في اصطلاح الفقهاء:

١- فالحنفية عرفوا البيع بالمعنى الأعم، بمثل تعريفه لغة بقيد (التراضي) لكن قلل ابن الهمام: "إن التراضي لابد منه لغة أيضاً، فإنه لا يفهم من "باع زيد ثوبه" إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصبا وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه"^(٢). واختار صاحب الدرر من الحنفية التقييد بـ

(١) راجع: لسان العرب لابن منظور مادة (بيع). والمصباح المنير للشيخ أحمد بن المقرئ الفيومي:

١١٠/١، المطبعة الأميرية بمصر والخطاب: ٢٢٢/٤.

(٢) فتح القدير: ٤٥٥/٥.

(الاكتساب) بدل (التراضي) احترازاً من مقابلة الهبة بالهبة، لأنها مبادلة مال بمال، لكن على طريق التبرع لا بقصد الاكتساب^(١).

٢- وعرفه المالكية بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، وذلك للاحتراز عن مثل الإجارة والنكاح، ويشمل هبة الثواب^(٢) والصرف والسلام^(٣).

٣- وعرفه الشافعية بأنه: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص. وأورد القيلوبي تعريفاً قال: إنه أولى، ونصه: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القرية". ثم قال: وخرج بالمعاوضة نحو الهدية، وبالمالية نحو النكاح، وبإفادة ملك العين أو منفعة الإجارة، وبغير وجه القرية القرض والمراد بالمنفعة بيع نحو حق الممر^(٤).

٤- والحنابلة عرفوا البيع بأنه: مبادلة مال -ولو في الذمة- أو منفعة مباحة (كمهر الدار مثلاً) بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض. وعرفه بعضهم بأنه مبادلة المال بالمال تمليكاً وتمكناً^(٥).

ثالثاً: مشروعية البيع

اتفق الفقهاء على أن البيع مشروع على سبيل الجواز، دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٦). وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٧).

وأما السنة فمنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل: "أيُّ الكسب أطيب؟

(١) الدرر شرح الغرر: ١٤٢/٢.

(٢) المراد بهبة الثواب هنا أن يهب ليعطيه الموهوب له مقابل هبته.

(٣) الخطاب: ٢٥٥/٤.

(٤) القيلوبي: ١٥٢/٢، وانظر أيضاً: شرح الروض: ٢/٢.

(٥) راجع: المغنى والشرح الكبير: ٢/٤، وكشاف القناع: ١٤٦/٣.

(٦) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٧) سورة النساء: ٢٩.

فقال: **عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور**^(١) وكذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم وإقراره أصحابه عليه.

والإجماع قد استقر على جواز البيع.

أما **المعقول**: فلأن الحكمة تقتضيه لتعلق حاجة الإنسان بما في يد صاحبه، ولا سبيل إلى المبادلة إلا بعوض غالباً، ففي تجويز البيع وصول إلى الغرض ودفع للحاجة^(٢).

هذا هو الحكم الأصلي للبيع، ولكن قد تعتريه أحكام أخرى، فيكون محظوراً إذا اشتمل على ما هو ممنوع بالنص، لأمر في الصيغة، أو العاقلين، أو المعقود عليه. وكما يحرم الإقدام على مثل هذا البيع فإنه لا يقع صحيحاً، بل يكون باطلاً أو فاسداً على الخلاف المعروف بين الجمهور والحنفية، ويجب فيه التراد.

وقد يكون الحكم الكراهة، وهو ما فيه نهى غير جازم ولا يجب فسخه، ومثل له الخطاب من المالكية ببيع السباع لا لأخذ جلودها^(٣).

وقد يعرض للبيع الوجوب كمن اضطر إلى شراء طعام أو شراب لحفظ المهجة.

كما قد يعرض له النذب، كمن أقسم على إنسان أن يبيع سلعة لا ضرر عليه في بيعها فتندب إجابته لأن إبرار المقسم فيما ليس فيه ضرر مندوب.

وحكمة مشروعيته ظاهرة فهي الرفق بالعباد والتعاون على حصول معاشهم^(٤).

(١) أخرجه أحمد: ١٤١/٤، وأورده الهيتمي في المجمع: ٦٠/٤، ط/ القدسي وقال: رواه أحمد والبخاري والطبراني في الكبير والأوسط، وفيه المسعودي وهو ثقة، لكنه اختلط، وبقيّة رجال أحمد رجال الصحيح.

(٢) راجع: المغنى والشرح الكبير: ٣/٤، وكشاف القناع: ١٤٥/٣، وفتح القدير: ٧٣/٥، المقدمات لابن رشد الجد: ٢١٣/٣.

(٣) انظر: المراجع السابقة

(٤) انظر: حاشية العدوي: ١٢٥/٢، ومحاسن الإسلام للبخاري الحنفي: ص. ٧٩

المطلب الثاني

أثر العرف في الشروط المقتترنة بعقد البيع

يتبين من كلام الفقهاء أن العرف يؤثر في الشروط المقتترنة بعقد البيع وآراء الفقهاء فيه فيما يلي:

أولاً: رأى الأحناف

يذكر فقهاء الحنفية في بحث الشرط المفسد في عقود المعاوضات، كالبيع، أن الشرط المفسد لعقد المعاوضة هو كل شرط تشترط فيه منفعة خارجة عن الحكم الأصلي للعقد وعما يلائمه، كشرط المشتري على البائع طحن الحنطة المشتراة، أو حمل البضاعة على حسابه أو إصلاح الآلة المباعة إذا تعطلت عند المشتري، أو اشتراط البائع أن يستعمل المبيع مدة بعد البيع فكل ذلك في أصل نظريتهم شروط مفسدة^(١).

وقد استثنوا الشرط الذي تعارف الناس اشتراطه، أو ما جرى به العرف. فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة، إذا تعارف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الاحترام شرعاً، ولو كان العرف فيه حادثاً.

ومثلوا له بشراء حذاء بشرط أن يصنع له البائع نعلًا (أو كعباً) أو القبقاب بشرط أن يسمر له البائع سيراً، أو صوفاً منسوجاً ليضعه له البائع قلنسوة أو اشترى قلنسوة بشرط أن يجعل لها البائع بطانة من عنده، أو خفاً أو ثوباً خلقاً على أن يرقعه أو يرفوه له البائع^(٢).

فهذا ونحوه من الشروط الجائزة عند الحنفية، فيصح البيع بها، ويلزم الشرط استحساناً للتعامل الذي جرى به عرف الناس.

والقياس فساده -كما يقول زفر- لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد، وفيها

(١) انظر: الهداية وشرحها: ٧٦/٦-٧٨.

(٢) راجع: فتح القدير: ٢١٥/٥-٢٢١، والدر المختار: ١٩٠/٤، والفتاوى الهندية: ١٠٣/٣.

نفع لأحد المتعاقدين، وهو المشتري هنا، لكن الناس تعاملوها، وبمثلته يترك القياس.

وجاء في المبسوط: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضاً، كما لو اشترى نعلأ أو شراكاً بشرط أن يحذوه البائع، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً"^(١) كما جاء في البدائع: "كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً، لكن للناس فيه تعامل، فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلأ على أن يحذوه البائع، أو جراباً على أن يحرزه له خفأ، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله. وجه القياس أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطة البائع له قميصاً ونحو ذلك. ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع"^(٢).

وهذا كله دال على أن الشروط المفسدة عندهم تصبح صحيحة إذا جرى بها العرف وتعامل بها الناس.

ونص ابن عابدين - رحمه الله - على اعتبار العرف الحادث فلو حدث عرف في غير الشرط المذكور في بيع الثوب بشرط رفوه، والنعل بشرط حذوه، يكون معتبراً، إذا لم يؤد إلى المنازعة.

ونص ابن عابدين - رحمه الله - عن المنع، أنه لا يلزم من اعتبار العرف في هذا الحال أن يكون قاضياً على حديث: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط" لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبيق من الموانع إلا القياس، والعرف قاض عليه^(٣).

(١) المبسوط للسرخسي: ١٤/١٣.

(٢) بدائع الصنائع: ١٧٢/٥.

(٣) راجع رد المحتار: ١٢٣/٤.

والشرط الذي يجري به التعامل عند الحنفية هو أمر ثانوي يتعلق بالمبيع ذاته .. فإن كان أمراً غير ثانوي كثوب يخطيه قميصاً أو دار يسكنها وكان غير متعلق بالمبيع ذاته -كقرض في بيع أو بيعتين في صفقة واحدة- فلا يجوز.

وإذا كان التعامل في الماضي لم يجر بمثل هذه الشروط، ويجري بها في العصر الحاضر، فينبغي عدم الوقوف عند التعامل في الماضي، وما دام التعامل قد فتح، فإن التعامل يختلف من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى عصر، ومن المستطاع التوسع في هذا الباب إلى حد كبير.

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما تثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان. أما في القياس فهو لا يجوز لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد.

ثانياً: مذهب المالكية

يصح -عند المالكية- كل شرط لا يناقض مقتضى العقد. وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة، إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلزم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة، ويدخل أيضاً الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلزمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعاً للتعامل، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبي حنيفة إلا إذا جرى به عرف. فهذا الشرط كشرط الأجل المعلوم، والرهن، والخيار، والحميل (أي الكفيل) فهذه الشروط لا تنافي العقد، ولا يقتضيها، بل هي مما تعود عليه بمصلحة، فإن شرطت عمل بها، وإلا فلا.

وصححوا اشتراط الرهن، ولو كان غائباً، وتوقف السلعة حتى يقبض الرهن الغائب^(١).

ويصح في مذهب مالك أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد

(١) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٦٥/٣، وشرح الخرشي: ٨٠/٥-٨١.

المبيع، أو يقف الأرض المبيعة أو يبني فيها مسجداً أو غير ذلك ويصح -أيضاً- أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة معقولة، أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب، أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخطيه أو الحنطة ويشترط عليه أن يطحنها، وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين. كما جاء في الخرشي: "وشرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن"^(١).

ثالثاً: رأي الشافعية:

الشرط الذي يلزم العقد ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، صحيح ويصح معه العقد، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي، بل أصل يقوم بذاته ومن أمثلة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد اشتراط الإشهاد على العقد واشتراط كتابته في صك، واشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن.

ولعل الفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلزم العقد والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل، فهما عنده شيء واحد. إذ هو يتحدث عن الشرط الذي يلزم العقد تحت اسم الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة، ولا يورد أمثلة خاصة للشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل وجاء في المذهب: "فإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة، كالخيار والأجل والرهن والضمين، لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك .. ولأن الحاجة تدعو إليه، فلم يفسد العقد"^(٢).

وقد تبين من نصوص كتب الشافعية بأنهم أقل تصحيحاً للشروط المقترنة بالعقد والتزموا نهى الشارع عن بيع وشرط^(٣) ولم يستثنوا إلا ما ثبت استثنائه بالشرع، وقليلاً مما رأوا أنه من مقتضيات العقد أو مصالحه، فكان مذهبهم بذلك

(١) الخرشي: ٨٠/٥-٨١.

(٢) المذهب: ٢٦٨/١.

(٣) سبق تخريجه.

فشراء زرع بشرط أن يحصده البائع، أو ثوب بشرط أن يخطه، ومنه كما يقول عميرة البرلسي: شراء حطب بشرط أن يحمله إلى بيته، فالمذهب في هذا وأمثاله بطلان الشراء، لاشتتماله على شرط عمل فيما لم يملكه بعد، وذلك فاسد، ولأنه -كما قال الأسنوي- شرط يخالف مقتضى العقد، فيبطل البيع والشرط في الأصح وإن يكن عندهم قولان آخران في هذه الجزئية.

أحدهما: أنه يصح البيع، ويلزم الشرط، وهو في المعنى بيع وإجارة، ويوزع المسمى عليهما باعتبار القيمة.

وثانيهما: يبطل الشرط، ويصح البيع بما يقابل المبيع من المسمى^(١).

رابعاً: مذهب الحنابلة:

الأصل في مذهب الحنابلة أن يكون الشرط صحيحاً، بل يقع الشرط - عندهم - فاسداً على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهي نص خاص.

وعلى هذا فالشرط من مصلحة العاقدین جائز يلزم الوفاء به. وشرط من مصلحة العقد، أي تتعلق به مصلحة تعود على المشتري من المتعاقدين: كالخيار، والشهادة، أو اشتراط صفة في الثمن، كتأجيله كله أو بعضه، أو رهن معين به، أو كفيل معين به، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، كالصناعة والكتابة، أو اشتراط كون الدابة ذات لبن، أو غزيرة اللبن، أو الفهد صيوداً، أو الطير مصوتاً، أو يبيض، أو يحيى من مسافة معلومة، أو كون خراج الأرض كذا.. فيصح الشرط في كل ما ذكر ويلزم الوفاء به^(٢).

فهذا الشرط إن وفى به لزم، وإلا فللمشتري له الفسخ لفواته، أو أرش^(٣) فقد

(١) راجع: حاشية عميرة على شرح المحلى على المنهاج: ١٧٧/٢، وشرح المنهج بحاشية الجمل: ٧٥-٧٤/٣

(٢) راجع: كشف القناع: ١٨٩/٣

(٣) هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس يعني دية الجراحات (قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان

المجدي ص: ١٦٨)

الصفة، فإن تعذر الرد تعين أرش فقد الصفة، كالمعيّب إذا تلف عند المشتري^(١).

وجاء في المغني: "والشرط تنقسم إلى أربعة أقسام... (الثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشترائط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به^(٢).

ومن ثم نرى المذهب الحنبلي -خلفاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي- يصح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصحها المذهب المالكي ونورد ما جاء في هذا الصدد في الشرح الكبير على المقنع^(٣): والثالث أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع ملوم، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله. ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثنى خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد، وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر..^(٤).

مقارنة بين المذاهب الأربعة في الشروط المقترنة بعقد البيع.

المذهب الحنفي ومذهب الشافعي يبيحان جميعاً الشرط الذي يلائم العقد، إلا أن المذهب الحنفي يبيحه استثناءً على سبيل الاستحسان، ومذهب الشافعي يبيحه أصلاً لا استثناء. ثم يتميز المذهب الحنفي على مذهب الشافعي بإفصاحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل، ويبيحه استحساناً كذلك، فيدخل العرف من هذا الباب عنصراً مرناً يطور الفقه الإسلامي. أما مذهب الشافعي فلا تكاد تلمح فيه باب جريان التعامل مفتوحاً، وإنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد، ويمزج بينه وبين الشرط الذي يلائم العقد.

أما المذهب المالكي والحنبلي فيصدران جميعاً عن مبدأ واحد هو أن الأصل في الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء وعلى هذا يصح -عندهم-

(١) كشف القناع: ١٨٩/٣-١٩٠.

(٢) المغني: ٢٨٥/٤.

(٣) الشرح الكبير على المقنع: ٥٨/٤.

الشرط الذي جرى به العرف أصلاً. وقد يزيد المذهب الحنبلي على المذهب المالكي في تصحيح الشروط، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال: "وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوص يجري أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه^(١)."

فيجوز عند الفقهاء كلهم أن يقرن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

ومن أثر العرف على الشروط المقترنة بعقد البيع:

يصح للبائع أن يشترط في عقد البيع البراءة العامة من ضمان العيوب، وعندئذ لا يحق للمشتري الرجوع عليه بشيء مهما ظهر في المبيع من عيوب.

وعليه لو باع الإنسان اليوم شيئاً وعبر عن هذا التبرؤ من ضمان العيوب ببعض التعابير العرفية، كما لو باع شيئاً على أنه "حاضر حلال" أو كوم تراب" أو "حراق على الزناد" أو نحو ذلك من التعابير التي اعتادها اليوم العوام في هذا المقام، فليس للمشتري رد المبيع بعيب ما ظاهر أو خفي، لأن الناس تعارفوا بهذه التعابير اشتراط براءة البائع من ضمان العيوب كافة^(٢).

وتوجد وثائق عديدة تتضمن الشروط في بيوع أرض فضاء أو بناء أو أرض زراعية تستهدف كلها نفاذ البيع وتمامه. وبعض بنود هذه العقود عبارة عن إثبات لتنفيذ مقتضى العقد، أي تسليم المبيع ودفع الثمن^(٣). وتتضمن هذه العقود شروطاً تستهدف نفي نقض البيع أو فسخه، فهي تستبعد خيار الشرط أو خيار الأجل.

ومن أمثلة ذلك وثيقة عقد بيع رقم ١٦٠ المؤرخ في شهر شوال

(١) فتاوى ابن تيمية: ٣/٣٢٦، والقواعد النورانية: ١٨٨.

(٢) انظر: رد المحتار: ٩٥/٤.

(٣) أوراق البردي العربية: ١/١٧٤.

٤٥٩هـ^(١). وبعضها يقرر أحكاماً تعتبر ترديداً لمقتضى العقد، مثل ضمان الاستحقاق، وعدم ضمان تلف المبيع بعد تسليمه، وكذلك الحال بالنسبة للبنود التي تنفي عن العقد اقترانه بشرط من الشروط المبطله للعقد. وبعض بنود العقد عبارة عن تحديد لتوابع المبيع ومضمونه، وقد تأثر الموثقون في هذه الحالة الأخيرة ببعض الصيغ التي كانت ترددها الوثائق في العصور السابقة على الإسلام^(٢).

(١) راجع: أوراق البردي العربية: ٢٢٤/١-٢٢٥.

(٢) ذهب فريق من المستشرقين إلى أن بعض العبارات التي ترددها بعض عقود البيع في العصر الإسلامي مثل: "سفلها وعلوها"، "أرضها وسماتها" تطابق عبارات مماثلة في الوثائق الديموطيقية واليونانية. انظرو: في هذه الآراء: أوراق البردي العربية: ١٣٧/١-١٣٨.

المبحث الرابع

أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الإجارة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

تعريف الإجارة ومشروعيتها.

المطلب الثاني:

أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الإجارة.

المطلب الأول

تعريف الإجارة، وبيان مشروعيتها

تعريف الإجارة لغةً:

الإجارة لغةً: مأخوذة من أجر يأجر. وهى ما أعطيت من أجر في عمل وأجر المملوك يأجره أجراءً، فهو مأجور. وأجره يؤجره إيجاراً و مؤاجرة وأجر الإنسان واستأجره، والأجير: المستأجر وجمعه أجراء والإسم منه: الإجارة^(١).

فالإجارة لغةً: "اسم للأجرة على وزن فعالة من أجر يأجر من بابي طلب و ضرب وهى ما يعطى للأجير^(٢) ثم اشتهرت في العقد، وهى مصدر سماعي^(٣) لفعل أجر على وزن ضرب وقتل فمضارعها يأجر و يأجر بكسر الجيم وضمها. تعريف الإجارة في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الإجارة بتعريفات كثيرة، وهى تعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت في العبارة، فبعض الفقهاء يزيد قيوداً في التعريف لا يرى الآخرون حاجة لذكرها، وسوف أبدأ بذكر التعريف الذي اشتمل على قيود، أرى أن جمهور الفقهاء قد اتفقوا عليها ثم أبين ما انفرد به كل مذهب في تعريفه من قيود حتى أصل إلى التعريف الذي أختاره منها.

الإجارة هي: عقد على منفعة معلومة، بعوض معلوم^(٤).

شرح التعريف:

اتفق الفقهاء على القيود الواردة في هذا التعريف، في الجملة ثم زاد كل فقيه عليها ما يراه ضرورياً من خصائص هذا العقد، أو استبدل قيداً بآخر. فبعض

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور: ١٠/٤، والقاموس المحيط للفيروز آبادي: ٣٦٢/١.

(٢) انظر تبين الحقائق: ١٠٥/٥، ومغنى المحتاج: ٣٣٢/٢، والمغنى: ٣٢١/٥، أنيس الفقهاء في تعريفات المتداولة بين الفقهاء: ص ٢٦١.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة: ١٢٥/٣.

(٤) راجع تبين الحقائق: ١٠٥/٥، وحاشية الدسوقي: ٤٨/٤، ومغنى المحتاج: ٣٣٢/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٣٥٠/٢.

الفقهاء يذكر كلمة تمليك^(١) بدلاً من كلمة عقد، وبعضهم يستبدل كلمة بيع^(٢) بكلمة عقد، وبعضهم يصف العقد بأنه عقد معاوضة^(٣).

والذي أراه أن كلمة عقد تفي بالغرض، ذلك أن كلمة بيع لا تطلق على الإجارة لأن الإجارة ليست بيعاً بالمعنى الأخص، وكلمة تمليك تؤدي معناها كلمة عقد، وتنوب عنها؛ لأن العقد سبب التمليك ومصدره و زيادة معاوضة على كلمة عقد يغني عنها، ويوضحها ما بعد كلمة عقد، وعلى كل فإن هذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح كما قيل.

و يظهر أن معاني هذه الكلمات متقاربة، لأن الفقهاء يذكرون بعضها بدلاً من بعض.

محترزات التعريف:

عقد: أي ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله^(٤)

على منفعة: احتراز من العقد على العين، فإنه بيع لا إجارة.

والمنفعة تشمل بإطلاقها المنافع المباحة والمحرمة سواء كانت متقومة أو غير متقومة، ويدخل فيها عمل الإنسان، ومنافع غيره، من الحيوان والأشياء.

معلومة: احتراز من المنفعة المجهولة فإنها لا تصح الإجارة عليها لأن فيها غوراً فوجب العلم بالمنفعة لتصح الإجارة عليها، والعلم بالمنفعة يكون بتحديد ما بالزمن كاستئجار أجير يوماً، أو أسبوعاً، أو شهراً أو سنة، أو بنوع العمل كاستئجاره على خياطة ثوب أو بناء جدار أو نحوهما. وبهذا القيد خرجت المنفعة في القراض، والجعالة على عمل مجهول، كرد الضالة، فان مقدار الربح في القراض مجهول، وإن علمت نسبته ورد الضالة في

(١) حاشية الدسوقي: ٢/٤.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٣٢٤/٧.

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: ٢٦٣/٢.

(٤) المدخل الفقهي العام: ٢٥٦/١.

الجعلالة عمل مجهول، لأنه قد يجدها بعد يوم وقد يجدها بعد ساعة وقد يطول الوقت وقد يقصر.

يعوض: احتراز عن هبة المنافع، وإعارتها، والوصية بها فإنها عقد على منافع معلومة لكنها بغير عوض.

معلوم: احتراز عن العوض المجهول، لأن العوض في الإجارة ثمن للمنفعة، وشرط الثمن أن يكون معلوماً.

وهذا القيد أخرج المساواة فإن العوض فيها مجهول المقدار و أخرج القراض فإن مقدار الربح فيه غير معلوم.

مشروعية الإجارة:

اتفق جمهور الفقهاء على جواز الإجارة^(١) ولم يخالف في جوازها إلا طائفة من المتأخرين كأبي بكر الأصم وابن عليّة فإنهما قالوا بعدم جواز الإجارة كما حكى عنهما^(٢).

أدلة الجمهور على جواز الإجارة:

استدل الجمهور على جواز الإجارة بأدلة كثيرة من القرآن الكريم و من السنة المطهرة والإجماع والمعقول.

أولاً: الأدلة من القرآن:

(١) قول الله عز وجل: ﴿... قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ . قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكَحَ إِحْدَى ابْنَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّج . . .﴾^(٣).

(١) بداية المجتهد: ١٨٣/٢، الأم: ٢٥٠/٣، كشف القناع: ٥٤٦/٣، المغني والشرح الكبير: ٣٠٢/٦، بدائع الصنائع: ١٨٤/٤، ودرر الحكام: ٣٧١/١.

(٢) بداية المجتهد: ١٨٣/٢.

(٣) القصص: آية ٢٦، ٢٧.

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة هو أن الله سبحانه وتعالى قص علينا خبر تأجير موسى عليه السلام نفسه لرعي الغنم بأجرة معلومة. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ فدل ذلك على جواز الإجارة.

(٢) قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...﴾ (١).

وفي هذه الآية أمر بإيتاء الأجر إذا أرضعت المرأة الطفل وهذا دليل على مشروعية الإجارة. قال الشافعي رحمه الله: "فأجاز الإجارة على الرضاع والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه وإذا جازت عليه جازت على مثله وما هو في مثل معناه وأخرى أن يكون أبين منه" (٢).

(٣) قوله تعالى: ﴿... وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ...﴾ (٣).

ففي هذه الآية الكريمة نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن استأجر امرأة ترضع ولده بالأجر (٤) فدل ذلك على جواز الإجارة في الإرضاع ففي غيره أولى بالجواز.

ثانياً: الأدلة من السنة:

استدل الجمهور على جواز الإجارة بأدلة كثيرة قولية وفعلية وتقريرية و سنقتصر على ذكر بعض من الأحاديث التي يتضح بها الاستدلال وهي كما يلي:

(١) حديث عائشة - رضي الله عنها - في خبر الهجرة قالت: "واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم و أبو بكر رجلاً من بني الديل (١) هادياً وهو على دين كفار قريش...". (٢).

(١) سورة الطلاق: آية (٦).

(٢) الأم: ٢٥٠/٣.

(٣) سورة البقرة: ٢٣٣.

(٤) المراد من الآية الاسترضاع بالأجر ودليله قوله تعالى: ﴿...إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ...﴾ قيل: أي الأجر الذي قبلتم أنظر: بدائع الصنائع: ١٧٢/٤.

فهذا الحديث دليل على جواز الإجارة ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم استأجر رجلاً ليدلّهما إلى معرفة الطريق الموصل إلى المدينة المنورة.

(٢) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم فقال أصحابه : وأنت ؟ فقال: نعم كنت أراها على قراريط لأهل مكة"(٣) وهذا يدل على جواز الإجارة.

ثالثاً: الإجماع:

ومما يدلنا على جواز الإجارة إجماع السلف الصالح من الصحابة والتابعين و جميع الفقهاء من الصدر الأول(٤) إلا طائفة من المتأخرين كأبي بكر الأصبم وأبن عليه فذهبوا إلى عدم جواز الإجارة لما فيها من غرر ويظهر أن خلا فهم لا يعتبر اجتهداً صحيحاً لأنه يخالف النصوص الصحيحة الصريحة من القرآن الكريم والسنة المطهرة لأنه لا يجوز العدول عنهما لأجل القياس ، بل يجب ترك القياس المخالف للنصوص الصريحة الصحيحة ولو فرضنا وجود خلاف كما حكى عن الأصبم وغيره فإنه لا يعتبر خرقاً للإجماع لأنهم من المتأخرين عن أهل الإجماع ولأن الأصبم مبتدع كما ذكره بعض العلماء فلا عبرة بمخالفته(٥).

رابعاً المعقول:

و أما دليلها من المعقول فلأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها ، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فالفقير يحتاج إلى مال الغني ، والغني محتاج إلى عمل الفقير ، ومراعاة حاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقاً لأصل الشرع(٦) وهذه هي حكمة تشريعها.

(١) اسم قبيلته.

(٢) فتح الباري: ٤/٤٤٢ - ٤٤٣.

(٣) نهر المرجع السابق.

(٤) انظر: البدائع: ٤/١٧٤، وبداية المجتهد: ٢/١٨٣، والأم: ٣/٢٥٠، والمغني: ٦/٣٠٢.

(٥) راجع: حاشية الرهوني على شرح الزرقافي: ٣/٧.

(٦) راجع المبسوط: ١٥/٧٤، ٧٥، والبدائع: ٤/١٧٤، وبداية المجتهد: ٢/٢٣٠.

المطلب الثاني

أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الإيجار

تقدم آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقود في مبحث "أثر العرف في الشروط مقترنة بعقد البيع" فهم متفقون على جواز الشروط المقترنة بعقد الإيجار إذا جرى بها العرف إلا أن الأحناف صححوها استثناء على سبيل الاستحسان وجمهور الفقهاء جوزوها أصلاً لا استثناء^(١). ويختلف الاصطلاح لهذا الشروط عند الأحناف والجمهور فالأحناف يعتبرونها "الشروط التي جرى بها العرف" والجمهور يعتبرونها "شروطاً من مصلحة العقد أو الشروط تدعو إليها الحاجة".

وعلى كل حال فالعرف له سلطان في الشروط المقترنة بعقد الإيجار وغيره من العقود إذ تصبح الشروط الفاسدة صحيحة إذا جرى بها العرف كما فصلنا الكلام عنها في المبحث السابق.

ولتوضيح قولنا هذا نورد بعض الأمثلة فيما يلي:

جرت العادة على النص في عقود الإيجار على استئزال النفقات التي أنفقها المستأجر في صيانة الأرض (إقامة الجسور والسدود وحفر الترعة . . .) من قيمة الإيجار وفق بيان الأسعار المحددة بديوان الخراج وكذلك النص في العقود على أن الوفاء بالأجرة وبالضرائب يكون وفقاً للوزن المقرر في بيت المال^(٢) وجرت العادة أيضاً على أن المستأجر يلتزم بخراج الأرض التي ييورها وأن ما يزرعه زيادة عن الأرض المؤجرة فإنه يلتزم بدفع حسابها.

ويبين من عقود إيجار الأراضي الزراعية في مصر سواء كانت ملكاً للدولة أم الأفراد (أراضي خراجية) حسبما هو ثابت من أوراق البردي أن الإيجار كان يدفع - في معظم الحالات - نقداً^(٣)، وفي حالات قليلة يدفع المستأجر إيجاراً نقدياً

(١) انظر تفصيل ذلك في مصادر الحق للسنهوري: ١٧٣/٣ وما بعدها.

(٢) ورد من هذه الوثائق في أوراق البردي العربية: ٣٣/٢ وما بعدها.

(٣) ورد كثير من هذه الوثائق في أوراق البردي القريية: ٣٣/٢ وما بعدها.

وإيجاراً عينياً ومثاله وثيقة عقد إيجار بتاريخ رمضان ١٨٧هـ^(١). وفي بعض الوثائق كان ينص على ما يزرع من الغلات (قمح أو كتان مثلاً) مثل وثيقة تحتوي على عقد كراء أرض بتاريخ ٢٥٣هـ (١١ يناير سنة ٨٦٧م) " . . . على أن تزرعها كتاناً وقمحاً"^(٢).

وفي بعضها الآخر كان يترك للمستأجر حرية زراعة ما يشاء من غلات مثل وثيقة كراء أرض بتاريخ ٣٤٨هـ الموافق ١٤ مارس سنة ٩٥٩م بين أبى النجم بدر وحبيب بن اسطرهيوه^(٣). وكان المستأجر يلتزم بدفع الأجرة على أقساط في مواعيد دفع ضريبة الأرض.

وفي بعض العقود يلتزم المستأجر بدفع الضريبة العقارية (الخراج) فضلاً عن قيمة الإيجار ، وفي بعض العقود يلتزم بدفع قيمة الإيجار فقط^(٤).

ومن أمثلتها: جرت العادة على منح المستأجر حق التأجير من الباطن^(٥).

ومنها: جرى العرف كذلك على أن تأجير الأرض المملوكة للدولة يتم عن طريق المزاد العلني العام كما كان الحال في العصر البطليسي، وفوق ذلك جرت العادة بأن المؤجر ينزل للمستأجر عن بعض قيمة الإيجار في حالة وقوع حوادث طارئة مثل الغرق و فيضان النيل وفي بعض العقود تحدد سلفاً قيمة ما يستنزل من الأجرة بسبب هذه الحوادث^(٦).

(١) راجع أوراق البردي العربية: ٢٧/٢ ونجد في وثائق صقلية عقود إيجار تدفع فيها الأجرة عيناً ومن ذلك وثيقة بالعربية بتاريخ ١٨٧م. تنص على أن الكنيسة أجرت أرضاً ليبني عليها المستأجر اصطبلًا ومخزنًا للثمن مقابل عشرة أرتال زيت ورطلين شمع تدفع كل عام طول حياة المستأجر.

(٢) راجع أوراق البردي العربية: ٤٣/٢.

(٣) نفس المرجع السابق: ٤٩/٢.

(٤) أوراق البردي العربية: ٣٠/٢ - ٣١ حيث وردت قائمة بأنواع إيجار الأراضي الزراعية.

(٥) انظر أوراق البردي العربية: ٥٧/٢ وثيقة بتاريخ ٣١٢هـ.

(٦) أوراق البردي العربية: ٦٢/٢ - ٦٤ حيث وردت عدة وثائق يتبين منها أن المؤجر تجاوز عن قدر من إيجاره يساوي ما لحق بالمستأجر من خسائر وفي بعضها الآخر بسبب "شف ماءها وتنتفت حلفاءها وهي فدان في أرض فريسي".

وجرت العادة أيضا على أن المستأجر يلتزم بخراج الأرض التي يبورها
وأن ما يزرعه زيادة عن الأرض المؤجرة فإنه يلتزم بدفع حسابها.

ومن الجدير ذكر القاعدة الفقهية "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" لأن
الفقهاء بنوا كثيرا من الأحكام عليها: فالأمر المتعارف منزلة الشرط هي أن سكوت
المتعاقدين عن الأمر المتعارف و عدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعا منه
اعتمادا على العرف الجاري^(١) فحكم العرف هنا من قبيل الدلالة.

من أمثلتها : إن كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين فإن لم
يشرطا شيئا فإن كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في التعجيل أو التأجيل أو
التجيم: أي التقسيط.

ومنها: لو استأجر دابة للحمل، فإن له تحميلها النوع والقدر المعتاد مما لا
ضرر منه عليها، فليس له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة مطلقا، ولا أن
يحملها الأشياء الثقيلة كالحديد والأحجار إلا أن يأذن المؤجر وعندئذ يتقيد من حيث
المقدار أيضا بطاقتها المعتادة ، و إلا كان ضامنا للدابة إذا تلفت ، إذ يعتبر
متعريا^(٢).

وورد في المجلة أن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفا لنص أو شرط
لأحد المتعاقدين فلو استأجر شخص أجيرا للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس
له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة كذلك بل يتبع
المدة المعينة^(٣) وهذا لأن الفقهاء قيدوا هذه القاعدة بألا يصدر من المتعاقدين
تصريح بخلاف العرف فإن صدر هذا التصريح وجب العمل به وترك العرف
يقول العز بن عبد السلام الشافعي^(٤) "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان
بخلافه بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على

(١) انظر: المدخل الفقهي العام: ٨٧٩/٢.

(٢) راجع رد المحتار: ٢٢/٥.

(٣) العرف والعادة: ص ٦٧.

(٤) هو أبو محمد عبد العزيز ابن عبد السلام الإمام المجتهد، انظر ترجمته في شرف الطالب ص: ٧٣.

الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة للزمه ذلك^(١).

ومن أمثلة تحكيم العرف والعادة في الإجارة وشروطها: تضمين الرعاية؛ وجرى العرف - منذ القدم - أن يلقي الناس بمواشيهم ودوابهم إلى شخص ينصب نفسه لرعي كل من أتاه بمواشيهِ أو دوابه ويسمى الراعي المشترك لأنه يرعى لسائر الناس ولا يزال العمل جارياً به إلى الآن.

وقد جرى العمل والعرف بتضمينه لما تلف أو ضاع عنده إلحاقاً له بالصانع المجمع على تضمينه^(٢).

والأصل في الأجير من حيث هو - كان راعياً أو غيره - أنه أمين لاضمان عليه إلا ما استثناه الأئمة وضمنوه للمصلحة العامة كالصانع. ولكنه حسب العرف يضمن لما يظهر عليهم من مخايل الكذب وتعديهم وتفريطهم وهو غالب أحوالهم، وأن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان، وللمصلحة العامة التي يجب مراعاتها محافظة على أموال الناس.

ولا بد من التنبيه إلى أن هذا العمل لابد فيه من مراعاة الشرطين الآتيين:

١- هذا العمل الجاري بالتضمين هو خاص بالراعي المشترك مثل الأجير المشترك. أما الخاص فهو على أصل الأمانة لاضمان عليه إلا بتعد أو تفريط.

٢- يجب تقييد ما جرى به العرف من تضمين الراعي المشترك بأن لا تكون له بينة على الضياع بغير سببه وإلا سقط عنه الضمان.

(١) قواعد الأحكام: ١٧٨/٢.

(٢) التبصرة: ١٩٠/٢.

ومن أمثلته أيضاً: أجره الدلال:

والدلالة في العرف هي "السمسرة" والعمل الشائع فيها عند الناس قديماً وحديثاً أن يعطى المرء سلعته (بضاعته) للسمسار ليصيح بها ويعرضها للبيع في أسواق عمومية حتى إذا انقطعت الزيادة فيها استأذن الدلال صاحبها، فإن وافق على البيع استحق الدلال الأجرة كاملة، وهذه الأجرة تجري على العرف بحسب المكان والزمان وقيمة الشيء المباع وإن لم تبع فلا شيء له ولا شك أن هذا العقد لم يتمحض للجعل ولا للإجارة فهو جعل من حيث أن السمسار لا يستحق شيئاً إلا بأنهاء البيع وهي إجارة من حيث الدخول على التأجيل وإن لم يصرحا بذلك لكون العادة جرت بأن الدلال ليس له الحق في احتضان السلعة بعد افتراق السوق يستأنف العمل من جديد في وقت آخر فصار بهذا الاعتبار كأنهما دخلا على ضرب الأجل.

ومن المقرر لدى الفقهاء : أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة^(١).

والأصل في أجره الدلال عدم الجواز لأن من شروط صحة الجعالة والإجارة أن يكونا معلومين من حيث الثمن ووصف العمل.

لكن الفقهاء راعوا فيها الضرورة للجواز بسبب قلة الأمانة وبحسب العرف، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

❖ ومن شروط المعقود عليه أن تكون المنفعة معلومة عند التعاقد علماً تنتفي به الجهالة المؤدية إلى النزاع وهذا العلم بها يحصل بذكرها أو نتيجة للعرف.

فأما علمها بالعرف فهو في مثل إجارة الدور والحوانيت، فإن استعمال الدور معروف عرفاً كذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحي البلد، فتتعد إجارتها على منفعتها المتعارفة لأن المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط.

(١) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي: ص: ٤٨٧.

وعلى ذلك يتقيد بها المستأجر فلا يخرج عنها ومثل ذلك إجارة بعض الأراضي لزراعتها فإن العرف إذا قضى بزراعتها بأصناف معينة وجب على المستأجر ألا يتجاوزها إلى ما يضر بالأرض .

★ إذا كان العقد على منفعة عين من الأعيان كان للمستأجر أن يستوفيها على وفق ما تم التعاقد عليه من شروط وعلى ما هو معروف بالعرف فإذا استأجر دابة على أن يركبها لم يجز له أن يحمل عليها وكذلك يلزمه أن يتقيد بالعرف في الاستعمال فلا يجوز له أن يضرب الدابة المستأجرة ولا أن يكبحها بلجامها ولا أن يسير بها سيراً عنيفاً وإذا كانت داراً لم يجز له أن يباشر فيها أعمالاً توهم بناءها وهكذا مما ينكره عليه العرف فإذا تجاوزه كان معتدياً لأن المعروف بالعرف كالمشروط^(١).

★ ومن أمثلته: استئجار الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها فإنه يكون كالتصريح بالسكنى بالنسبة إلى الدور وبالتجارة ونحوها بالنسبة إلى الحوانيت لأن هذا هو استئجار واستئجار الدور بالقاهرة من غير بيان تعجيل الأجر أو تأخيره فإن العرف القائم يكون نصاً على التعجيل^(٢) لأن المعروف بالعرف كالمشروط.

ونظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان، فإن الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضاً كما قال ابن عابدين^(٣).

★ من أمثلته: الإفتاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والإمامة ولأذان وخطبة الجمعة وسائر الطاعات، فإن تقاعد الناس عن الخير وانقطاع عطايا المعلمين وأصحاب الشعائر الدينية من بيت المال يبيح أخذ الأجرة وإلا لزم ضياع هذه الضروريات الدينية وإهمال تلك الشعائر^(٤).

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف: ص ٤٠٤ وما بعدها (ط. دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة).

(٢) انظر: مدخل الفقه الإسلامي لأحمد أبي سنة وغيره: ص ١٧٨ (مطبعة لجنة البان العربي ١٩٦٥).

(٣) رسائل ابن عابدين: ١٢٥/٢.

(٤) مدخل الفقه الإسلامي: ص ١٨٠.

ومن أمثلته أخذ زكاة الأراضي وهو العشر من المستأجر دون المؤجر، أفقّى به صاحبان؛ لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع، فتتبع مالك الزرع وهو المستأجر وقد صرح الفقهاء بأن هذا اختلاف عصر وأوان، لا اختلاف حجة وبرهان.

ويستنبط مما ذكر أن الأخذ بالعرف يعتبر مثلاً واضحاً على مرونة أحكام الشريعة الإسلامية وخصوصية الفقه الإسلامي^(١).

ومنها: إذا أعطى شخص ثوباً لخياط ليخيطه أو لصباغ ليصبغه أو نحوهما، ولم يعقد عقد إجارة فإنه يصح، ويكون لهما أجر المثل بشرط أن يكون مختصاً بالعمل، أما إذا لم يكن كذلك فإنه لا يستحق أجر المثل إلا بشرط أو عقد أو تعريض.

ومثل ذلك إذا حمل شخص لآخر متاعاً إلى مكان بدون عقد، فإن للعمال أجر المثل ومثل ذلك ما جرت العادة باستعماله بدون عقد كدخول الحمام، وركوب السفن، وحلق الرأس وغسل الثياب وشرب الماء والقهوة، فإنه يصح وفيه أجر المثل^(٢).

(١) راجع: أصول الفقه الإسلامي: ص ٨٣٧.

(٢) راجع: الفقه على المذاهب الأربعة: ١١٤/٣ - ١١٥.

ومن أمثلته أخذ زكاة الأراضي وهو العشر من المستأجر دون المؤجر،
أفتى به صاحبان؛ لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء
ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع، فنتبع مالك الزرع وهو المستأجر وقد صرح الفقهاء
بأن هذا اختلاف عصر وأوان، لا اختلاف حجة وبرهان.

ويستنبط مما ذكر أن الأخذ بالعرف يعتبر مثلاً واضحاً على مرونة أحكام
الشريعة الإسلامية وخصوصية الفقه الإسلامي^(١).

ومنها: إذا أعطى شخص ثوباً لخياط ليخيطه أو لصباغ ليصبغه أو نحوهما،
ولم يعقد عقد إجارة فإنه يصح، ويكون لهما أجر المثل بشرط أن يكون مختصاً
بالعمل، أما إذا لم يكن كذلك فإنه لا يستحق أجر المثل إلا بشرط أو عقد أو
تعريض.

ومثل ذلك إذا حمل شخص لآخر متاعاً إلى مكان بدون عقد، فإن للعمال
أجر المثل ومثل ذلك ما جرت العادة باستعماله بدون عقد كدخول الحمام، وركوب
السفن، وحلق الرأس وغسل الثياب وشرب الماء والقهوة، فإنه يصح وفيه أجر
المثل^(٢).

(١) راجع: أصول الفقه الإسلامي: ص ٨٣٧.

(٢) راجع: الفقه علي المذاهب الأربعة: ١١٤/٣ - ١١٥.

خاتمة البحث

الحمد لله الذي وفقني أن أكمل هذا البحث المتواضع والصلاة والسلام على سيدنا ونبيينا محمد سيد الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعه إلى يوم الدين، وبعد:

١- فالقصد من هذه الدراسة هو إثبات: أن العرف كان-وما يزال- وسيظل باباً واسعاً لنمو التشريع وتطوره؛ لأنه يتفق مع ملابسات الناس ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشري، يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم... ولست أدري إلى أي حد وفقت هذه الدراسة في تجلية هذا المصدر التشريعي الذي عنيت ببحثه وإبرازه، لأن الحكم عليه أو له أمر متروك للقارئ الذي له الحق وحده في أن يرضى عنه أو يسخط عليه.

٢- واتضح لي من خلال البحث أن العرف معتبر عند جميع المذاهب الإسلامية وإذا كان هناك خلاف بينهم فليس في أصل اعتبار العرف وإنما في مدى التوسع في الأخذ به أو التضييق فيه وأن العرف ظل معتبراً في نظر الشارع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر، ولا يزال إلا الآن يعتبر مناراً للباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول...

٣- وعندما تحدثت عن شروطه لاحظت أن العرف لكي يصبح له قوة الإلزام والنفوذ والاعتبار لابد له من شروط يجب توافرها فيه من حيث اطراده وغلبته وعدم مخالفته للنص الشرعي وقدم العرف المراد تحكيمه.

ثم ثبت أن العرف كان قبل الإسلام أساساً لكل الأحكام في حياتهم من ديانة وأخلاق وتجارة ومعاملات، أقر الإسلام منها ما كان صالحاً وأبطل منها ما كان فاسداً.

٤- كما بينت تغير الأحكام بتغير العادات ونوعية الأحكام التي يدخلها التغير،

وأثر العرف على النصوص ومنزلته بينها مستخلصاً أن هذه المرتبة تأتي مباشرة بعد الكتاب والسنة والإجماع لأنه يرجع إلى المصلحة وحيث كان راجعاً إليها يكون في رتبته في الاستدلال.

٥- ولاحظنا أن العرف يؤثر في الشروط المقترنة بالعقود فتتغير وتتبدل أحكام العقود حسب العرف لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٦- الشرط الذي جرى به العرف أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط، بما يحقق لأحد المتعاقدين من منفعة زائدة عن مقتضى العقد كما أدى إلى زوال الشرط الفاسد من معاملات الناس، وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف إلا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة.

٧- الشرط المتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع معتبر شرعاً.

٨- الشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة، إذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الاحترام شرعاً، ولو كان العرف فيه حادثاً، وهذا عند الحنفية يكون استثناء على سبيل الاستحسان وعند الحنابلة ومن تبعهم أصلاً لا استثناء.

٩- العرف يؤثر في تحديد مقدار النفقة وكيفية حسن العشرة والإمساك بالمعروف والتفويض وغير ذلك في عقد الزواج.

١٠- وإذا كنت قد أفرطت في جلب النصوص وإسنادها إلى أصحابها فإني فعلت ذلك اقتداء بمنهج السلف الصالح في نسبة الأقوال إلى أصحابها فقد قيل: "إن من بركة العلم أن يسند القول إلى صاحبه" وهذا الفعل من أمانة العلم وشرف النفس.

١١- وأخيراً: فإن هذا العمل المتواضع لا أنزهه عن نقص، ولا أبرئه من خطأ أو عيب، ولا أدعي له الكمال ولا أزعم له الإحاطة والشمول، وإنما هو مجهود

متواضع أردت به تبيان حقيقة العرف وأثره في الشروط المقترنة بالعقود
حسب طاقتي ومعرفتي المحدودة، فإن وفقت إلى ما أردت فيفضل الله وعونه
وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا
وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب﴾.

وصلّى الله على سيدنا ونبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

انتهى بعون الله وتوفيقه.

الفهارس

فهرس أهم المراجع والمصادر

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
أولاً: القرآن الكريم وعلومه		
١	القرآن الكريم	
٢	أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص	دار الكتاب العربي - بيروت
٣	أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي	عيسى البابي الحلبي - مصر ١٩٨٨م
٤	تفسير الجلالين للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي	ط/أصح المطابع وكارخانه تجارت كتب آرام باغ كراتشي - باكستان
٥	التفسير الكبير للإمام الفخر الرازي	المطبعة البهية المصرية - مصر
٦	جامع البيان في تفسير القرآن للإمام الكبير أبي جعفر محمد بن جرير الطبري	دار المعرفة، الطبعة الرابعة ١٩٨٠م - بيروت
٧	الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي	دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٣ هـ - بيروت
٨	الدر المنثور في التفسير بالمأثور للإمام جلال الدين السيوطي	مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، الطبعة الرابعة ١٩٨٠م، قم - إيران

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٩	فتح القدير الجامع بين فني الراوية والدراية من علم التفسير للعلامة محمد بن علي بن محمد الشوكاني	مصطفى البابي الحلبي بمصر
ثانياً: الحديث النبوي وعلومه		
١٠	إرشاد الساري شرح صحيح البخاري لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني	دار الفكر ١٣٠٤هـ
١١	أوجز المسالك إلى مؤطا الإمام مالك زكريا الكاندهلوي	دار الفكر - بيروت
١٢	تقرير الترمذي للشيخ محمود حسن	إدارة القرآن كراتشي - باكستان
١٣	الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري للعلامة المحدث أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري	دار الدعوة ١٩٨١م - استانبول - تركيا
١٤	سنن ابن ماجه للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني	دار الدعوة ١٩٨١م - استانبول - تركيا
١٥	سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي	دار الدعوة ١٩٨١م - استانبول - تركيا
١٦	صحيح الإمام مسلم (متن) للإمام أبي حسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري	دار إحياء التراث العربي
١٧	صحيح مسلم بشرح النووي للعلامة الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي	دار الفكر - بيروت
١٨	عمدة القاري شرح صحيح البخاري للإمام بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني	دار إحياء التراث العربي
١٩	فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام المحدث أحمد بن علي بن حجر العسقلاني	دار الكتب العلمية - بيروت

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٢٠	المسند الإمام أحمد بن حنبل للإمام المحدث الفقيه أحمد بن محمد بن حنبل	دار المعارف بمصر ١٣٩١هـ - ١٩٧١م
٢١	المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني	مطبعة وزارة الأوقاف الجمهورية العراقية ١٩٨٠م
٢٢	المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي	مطبعة بريل مدينة لندن ١٩٦٢م
٢٣	المنتقى شرح مؤطا الإمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف سعد بن أيوب بن وارث الباجي	مطبعة دار السعادة
٢٤	المؤطا للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي	دار الأفاق الجديدة - بيروت ١٩٨٥م
٢٥	نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني	مصطفى البابي الحلبي بمصر
ثالثاً: كتب الأصول والقواعد العامة		
٢٦	الإحكام في أصول الأحكام للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي	دار الحديث القاهرة
٢٧	الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري	دار الكتب العلمية بيروت
٢٨	إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الحافظ محمد بن علي بن محمد الشوكاني	مطبعة المصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٩٣٨م

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٢٩	الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للسيد أحمد بن محمد الحموي	إدارة القرآن كراتشي
٣٠	الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي	دار الكتب العلمية - بيروت
٣١	أصول البزدوي للإمام فخر الإسلام علي بن عبد الكريم بن موسى المعروف بالبزدوي	كارخانه تجارت كتب كراتشي
٣٢	أصول السرخسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي	دار الكتاب العربي بمصر ١٣٧٣هـ
٣٣	التلويح والتوضيح للعلامة سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني	قديمي كتب خانه آرام باغ كراتشي
٣٤	التقرير والتحرير على التحرير للعلامة المحقق أمير الحاج	دار الكتب العلمية - بيروت
٣٥	جمع الجوامع لابن سبكي مع شرحه لجلال المحلي	مطبعة أصح المطابع بمبي - الهند
٣٦	شرح البدخشي مناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشي شرح منهاج الوصول في علم الأصول تأليف القاضي البيضاوي المتوفي ٦٨٥هـ	دار الكتب العلمية بيروت
٣٧	شرح تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين المالكي القرافي	دار الفكر ١٩٧٣م
٣٨	شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير للشيخ محمد بن أحمد بن عبد العزيز علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار	مركز البحوث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	الطبعة / الناشر
٣٩	الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي	دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ
٤٠	فوائح الرحموت شرح مسلم الثبوت لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري	المطبعة الأميرية بولاق مصر، الطبعة الأولى ١٣٠٤هـ
٤١	القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي	دار الجيل - بيروت ١٩٨٨م
٤٢	قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المعروف بسلطان العلماء	مكتبة الكليات الأزهرية - مصر ١٣٨٨هـ
٤٣	كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري	الصدف ببلشرز كراتشي - باكستان
٤٤	المستصفى من علم الأصول للإمام أبي حامد محمد بن أحمد الغزالي	دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ بيروت
٤٥	المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري	دار الكتب العلمية - بيروت
٤٦	منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي ناصر الدين عبد الله بن محمد البيضاوي	دار الكتب العلمية بيروت
٤٧	الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي	دار المعرفة بيروت
رابعاً: مراجع الفقه المذهبي حسب ظهور المذاهب:		
مذهب الأحناف		
٤٨	البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم،	المكتبة الماجدية - باكستان

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٤٩	بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني	ايجوكيشنل بريس كراتشي ١٤٠٠هـ، الناشر ايج. ايم. سعيد كمبني كراتشي
٥٠	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين بن عثمان بن علي الزيلعي	مكتبة إمدادية ملتان
٥١	تحفة الفقهاء للعلامة علاء الدين السمرقندي	دار الكتب العلمية بيروت
٥٢	حاشية رد المحتار على الدر المختار ولخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين	دار الفكر بيروت ١٣٩٩هـ
٥٣	درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية تأليف علي حيدر	دار الكتب العلمية - بيروت
٥٤	شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوطي المعروف بابن الهمام الحنفي	المطبعة الأميرية ١٣١٦هـ
٥٥	الفتاوى الهندية المشهور بالفتاوى العالمكيرية للعلامة الهمام مولانا نظام وجماعة من علماء الهند	كويتة - باكستان ١٩٨٦م
٥٦	المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي	إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي
٥٧	مجموعة رسائل ابن عابدين لخاتمة المحققين محمد أمين المعروف بابن عابدين	دار إحياء التراث العربي - بيروت
٥٨	الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني	المكتبة الإسلامية باكستان
٥٩	فتاوى قاضي خان	مولوي نياز محمد كويتة ١٤٠٥هـ

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
مذهب المالكية		
٦٠	بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد	مصطفى البابي الحلبي بمصر
٦١	بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي	مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٩٥٣م
٦٢	تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد فرحون المالكي المدني	دار الفكر - بيروت
٦٣	تقرير الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي	دار الكتب العلمية - بيروت
٦٤	الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المالكي القرافي	مطبوعات الإسلامية حلب ودار البشائر الإسلامية الطبعة الثانية ١٤١٦هـ
٦٥	حاشية البناني على جمع الجوامع للشيخ محمد البناني المطبوع مع شرح الزرقاني	دار الفكر - بيروت
٦٦	حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي	دار إحياء الكتب العربية
٦٧	الخرشي على مختصر خليل للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي للشيخ محمد الخرشي المالكي	دار الفكر - بيروت
٦٨	الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير	عيسى الحلبي بمصر

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٦٩	القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد الجزري للغرناطي المالكي	دار الكتب العلمية - بيروت
٧٠	مختصر المنتهى لابن حاجب المالكي	دار الفكر
٧١	المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي رواية الإمام سحنون عن الإمام أبي القاسم عن الإمام مالك	دار صادر - بيروت
٧٢	المقدمات المممهات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأمّهات مسائلها المشكلات للحافظ الفقيه أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد	دار السعادة
٧٣	مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤هـ	دار إحياء التراث العربي
٧٤	مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي راجعه عبد الله إبراهيم الأنصاري	إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ١٤٠٣هـ
مذهب الشافعية		
٧٥	الأحكام السلطانية والولايات المدنية لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي	قانوني كتب خانه لاهور
٧٦	الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي	المطبعة الأميرية بولاق مصر
٧٧	حاشية عميرة لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة المتوفى ٩٥٧هـ مطبوع مع حاشية القيلوبي	مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٧٥هـ

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
٧٨	روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي	المكتب الإسلامي بيروت ١٩٨٥م
٧٩	فتح العزيز شرح الوجيز للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي	دار المعرفة - بيروت
٨٠	المجموع شرح المذهب لإمام أبي زكريا شرف النووي	دار الفكر - بيروت
٨١	مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب	دار إحياء التراث العربي - بيروت
٨٢	المذهب في فقه مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي	عيسى البابي الحلبي - مصر
٨٣	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي	مصطفى البابي الحلبي - مصر
مذهب الحنابلة		
٨٤	الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة عبد الرحمن بن محمد الحنبلي	دار الفكر - بيروت
٨٥	شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يوسف بن أدريس البهوتي	مكتبة النصر الحديثة باليرياض
٨٦	كشف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يوسف بن أدريس البهوتي راجعة وعلق عليه الشيخ هلال مصلحي مصطفى هلال	دار الفكر - بيروت
٨٧	المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي	دار عالم الكتب - الرياض
٨٨	القواعد النورانية لابن تيمية	دار عالم الكتب
٨٩	مجموعة فتاوى للشيخ الإسلام ابن تيمية	دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٧م

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
مذهب الظاهرية		
٩٠	المحلى للإمام المحدث الفقيه أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المتوفي ٤٥٦هـ	لجنة إحياء التراث العربي-بيروت
خامساً: كتب التراجم		
٩١	أكابر علماء ديوبند (بالأردية) للحافظ محمد اكبر شاه	إدارة إسلاميات- لاهور
٩٢	شذرات الذهب في أخبار من ذهب للمؤرخ الفقيه عبد الحي بن العماد الحنبلي	المكتب التجاري للطباعة والنشر ودار الميسرة بيروت
٩٣	الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسن الثعالبي الفاسي	المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٩٧هـ، ١٩٧٧م
٩٤	الفوائد البهية في تراجم الحنفية لمحمد عبد الحي اللكنوي	نور محمد كارخانه تجارت كراتشي ١٣٩٣هـ
٩٥	معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية لعمر رضا كحالة	دار إحياء التراث العربي بيروت
سادساً: كتب اللغة والمصطلحات		
٩٦	أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي م. ٩٧٩هـ، تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبسي	دار الوفاء للنشر والتوزيع - السعودية

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	الطبعة / الناشر
٩٧	القاموس المحيط للشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي	مؤسسة الحلبي وشركاؤه بمصر
٩٨	قواعد الفقه للمفتي محمد عميم الإحسان المجددي	الصدف ببشرز كراتشي
٩٩	لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفرقي	دار صادر بيروت
١٠٠	المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للشيخ أحمد بن محمد بن علي الفيومي	مطبعة الأميرية بمصر
١٠١	المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية	مطابع قطر الوطنية ١٩٨٥م
سابعاً: كتب الأصول والقواعد والفقه عامة وحديثة		
١٠٢	أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض	دار الفكر
١٠٣	أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف	دار الفكر الطبعة الثالثة
١٠٤	أحكام الأسرة في الإسلام للشيخ محمد مصطفى الشبلي	مؤسسة الرسالة
١٠٥	الأحوال الشخصية للإمام أبي زهرة	دار الفكر العربي - القاهرة
١٠٦	أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله	دار المعارف
١٠٧	أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان	دار النهضة العربية ١٩٧٠م
١٠٨	أصول الفقه للإمام أبي زهرة	دار الفكر العربي - القاهرة

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
١٠٩	إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية	دار الحديث - القاهرة
١١٠	أوراق البردي العربية بدار الكتب المصرية لأدولف جروهمان	مطبعة دار الكتب المصرية القاهرة ١٩٣٤م
١١١	الروضة الندية للسيد الإمام أبي طبيب الصديق بن الحسن بن علي القنوجي البخاري	دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٨هـ
١١٢	علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف	مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر - مصر
١١٣	العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبي سنة	دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ
١١٤	العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجدي	إحياء التراث الإسلامي لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٨٤م
١١٥	الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي	دار الفكر بيروت
١١٦	الفقه على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيري	دار إحياء التراث العربي - ١٩٦٩م
١١٧	مدخل الفقه الإسلامي لأحمد أبي سنة	مطبعة لجنة البنان العربي
١١٨	المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء	دار الفكر ١٩٦٧م
١١٩	مصادر الحق في الفقه الإسلامي للشيخ عبد الرزاق السنهوري	دار إحياء التراث العربي - بيروت

الرقم	اسم الكتاب والمؤلف	المطبعة / الناشر
١٢٠	الملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة	دار الفكر - القاهرة ١٩٩٦م
١٢١	الموسوعة الفقهية المصدر من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت	مطابع دار الصفوة والشؤون الإسلامية للنشر والتوزيع ١٩٩٧م
١٢٢	نظرية الحكم ومصادر التشريع للدكتور أحمد خضري	مكتبة الكليات الأزهرية - مصر
١٢٣	الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان	دار نشر الكتب الإسلامية - لاهور

فهرس المحتويات

الرقم	العنوان	الصفحة
١	الإهداء	أ
٢	كلمة الشكر والتقدير	ب
٣	المقدمة	١
٤	العرف في اللغة	٩
٥	العادة في اللغة	١٠
٦	العرف والعادة في الاصطلاح	١١
٧	التأصيل الشرعي للعرف	١٧
٨	أدلة القائلين بحجية العرف	١٨
٩	أدلة القائلين بعدم حجية العرف	٢٦
١٠	أدلة القائلين بأنه دليل تابع	٢٨
١١	شروط اعتبار العرف	٣٤
١٢	منزلة العرف في الاستدلال	٤٠
١٣	معنى الشرط لغة واصطلاحاً	٥٠
١٤	أقسام الشرط باعتبار مصدره	٥٣
١٥	الشرط المكمل للسبب	٥٧
١٦	الشرط المكمل للمسبب	٥٨
١٧	مذهب الحنفية في الشروط	٦٠
١٨	الشرط الصحيح	٦٠
١٩	الشرط الفاسد	٦٢
٢٠	الشرط الباطل	٦٥
٢١	مذهب المالكية في الشروط	٦٧
٢٢	الشرط الصحيح في مذهب مالك	٦٧
٢٣	الشرط الفاسد في مذهب مالك	٦٨

الرقم	العنوان	الصفحة
٢٤	مذهب الشافعية في تقسيم الشرط	٧١
٢٥	مذهب الحنابلة في الشروط	٧٣
٢٦	أدلة مذهبهم	٧٥
٢٧	مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط	٧٩
٢٨	رأي الموسعين	٨٠
٢٩	رأي المتوسطين	٨٢
٣٠	رأي المضيقين	٨٣
٣١	أقوال الفقهاء في الشروط المؤكدة لمقتضى العقد	٨٧
٣٢	الحنفية	٨٧
٣٣	المالكية والحنابلة	٨٩
٣٤	الشروط المؤكدة لمقتضى العقد عند الشافعية	٩٠
٣٥	دور العرف في تفصيلات مثل هذه الشروط	٩١
٣٦	شرط من مقتضى العقد (حسن الصحبة والمعاشرة والإمساك بمعروف)	٩٣
٣٧	اشتراط الزوجة على زوجها أن أمرها بيدها، أو أن كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها بيدها وأقوال الفقهاء في ذلك	١٠٠
٣٨	مذهب الحنفية في التفويض	١٠٠
٣٩	مذهب المالكية في التفويض	١٠٣
٤٠	مذهب الشافعية في التفويض	١٠٤
٤١	مذهب الحنابلة في التفويض	١٠٥
٤٢	أثر العرف في مثل هذه الشروط	١٠٦
٤٣	تعريف البيع لغة	١٠٨

الرقم	العنوان	الصفحة
٤٤	تعريف البيع في اصطلاح الفقهاء	١٠٨
٤٥	مشروعية البيع	١٠٩
٤٦	أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد البيع	١١١
٤٧	مقارنة بين المذاهب الأربعة في الشروط المقترنة بعقد البيع	١١٦
٤٨	تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً	١٢٠
٤٩	مشروعية الإجارة	١٢٢
٥٠	أثر العرف في الشروط المقترنة بعقد الإيجار	١٢٥
٥١	خاتمة البحث	١٣٢
٥٢	فهرس أهم المراجع والمصادر	١٣٦
٥٣	فهرس المحتويات	١٤٩