العُرف والعادة

بسم الله الرحمن الرحيم

بين الأصالة والمعاصرة

21

العُرف والعادة

الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه
بجامعة دمشق - كلية الشريعة

دار المكتبي

الطبعة الأولى
1418 هـ - 1997 م

جميع الحقوق محفوظة
يمنع طبع أو إخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من أشكال الطباعة أوالنسخ أو التصوير أو الترجمة أو التسجيل المرئي والمسموع أو الاختزان بالحاسبات الالكترونية وغيرها من الحقوق إلا بإذن مكتوب من دار المكتبي بدمشق

دار المكتبي
للطباعة والنشر والتوزيع
سورية - دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا
ص. ب. ٣١٤٢٦ هاتف ٢٢٤٨٤٣٣ فاكس ٢٢٤٨٤٣٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ، والصلاة والسلام على محمد الأمين المبعوث رحمة للعالمين وبعد :

إن الكلام عن العرف والعادة في مجال الفقه والأصول ، له أهميته الكبرىٰ ، نظراً لاعتماد الفقهاء عليه في تأصيل كثير من الأحكام الشرعيَّة ، واحتكام الناس إليه في العقود والمعاملات والمسائل التجاريَّة والزراعيَّة ، مع غموض أدلة اعتباره في الشريعة الإسلامية ، وظهور قواعد فقهية كلية تقرره وتحيل عليه ، حتىٰ استقر في الأذهان أنَّه أحد مصادرالتشريع الإسلامي فيما لانصَّ عليه ، وذلك يواكب مااستقرت عليه النفوس ، ويؤدي إلى التجاوب مع يسر الشريعة ومراعاتها مبدأ رفع الحرج والمشقة . هذا بالإضافة إلى اعتماده في

مجال القانون الوضعي ، ورجوع الفقهاء القانونيين ورجال القضاء في المحاكم إليه في فقههم وأحكامهم .

ويمكن بحث الموضوع في نطاق المحاور التالية :

المحور الأول : حقيقة العرف والعادة وأقسامها .

المحور الثاني : مدى اعتبار العرف وأقسامه .

المحور الثالث : شروط اعتبار العرف والعادة وحكم التعارض مع النصوص الشرعية .

المحور الرابع : القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة .

المحور الخامس : تعارض العرف مع أقوال الفقهاء .

وفي كل محور تفصيلات ومسائل تحتاج إلى البحث والتدقيق ، وبلورة النتائج ، والخلوص إلى نقاط محددة بعيدة عن اللَّبس والإشكال [1] .

المحور الأول ـ حقيقة العرف والعادة وأقسامها :

يتناول هذا المحور عدة مسائل لابد من بيانها ، لتحقيق تصور أولي واضح عنها ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، وهي تبحث فيمايلي :

---

(١) هذا بحث قدم لمجمع الفقه الإسلامي في الهند عام ١٩٩٥م .

١ـ حقيقة العرف والعادة وأقسامها :

يطلق العرف لغة على معانٍ : هي المألوف المستحسن ، وأعلىٰ الشيء ، ومنه قول الله تعالىٰ : ﴿ وَعَلَى ٱلْأَعْرَافِ رِجَالٌ ﴾ [الأعراف : ٤٦] والتتابع ، ومنه قوله سبحانه : ﴿ وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ﴾ [المرسلات : ١] والاعتراف ، ومنه قولهم : (له علي مئة عرفاً) أي اعترافاً ، والصبر ، لدلالته على السكون والاستقرار .

واصطلاحاً : هو ما اعتاد الناس ، وساروا عليه ، من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنىٰ خاص لاتألفه اللغة ، ولايتبادر غيره عند سماعه . وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي .

والعرف العملي : مثل اعتياد الناس بيع المعاطاة ، من غير وجود صيغة لفظية ، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدَّم ومؤخر ، وتعارفهم أكل الأرز أو البُر ، أو لحم البقر والضأن .

والعرف القولي : مثل تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر ، دون الأنثىٰ ، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السَّمك ، وإطلاق لفظ (الدَّابة) على الفرس فقط .

وعرفه الجرجاني والغزالي وغيرهما[1] بأنه : (ماستقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطِّباع السَّليمة بالقبول) .

٢ـ تعريف العادة لغة واصطلاحاً عند الأصوليين :

العادة في اللغة : مشتقة من العَود ، أي التكرار ، وهي الدأب والاستمرار ، فكل ماعتيد حتى صار يفعل من غير جهد ، فهو عادة ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ . . ﴾ [المجادلة : ٣] .

واصطلاحاً : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[2] . والعلاقة العقلية : هي التي يحكم فيها العقل بالتكرار ، فهو تلازم عقلي ، وليس عادة ، مثل تكرر حدوث الأثر بحدوث المؤثر ، كتحرك الخاتم بتحرك الأصبع ، وتبدل مكان الشيء بحركته . فهذا لايسمى عادة مهما تكرر ، لأن العقل يحكم به ، بسبب وجود التلازم والارتباط بين العلة والمعلول .

---

(١) سلم الوصول إلى علم الأصول : ص ٢١٧ ، المستصفىٰ للغزالي ١٣٨/٢ ، رسائل ابن عابدين ١٨٦/١ ، ١٢/٢ .

(٢) شرح التحرير لابن الهمام ، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٧٦٩/٢

٣ـ هل هناك فرق بين العرف والعادة ، وماهو؟ :

يرىٰ بعض الأصوليين : أن العرف والعادة مترادفان ، مثل النسفي الحنفي ، وابن عابدين ، والرهاوي في شرح المنار ، وابن نجيم في الأشباه والنظائر[١] ، فهما بمعنى الأمر المستقر في النفوس من قول أو فعل ، الذي تلقته الطِّباع السَّليمة والعقول بالقبول ، لافرق في ذلك بين ماكان للعقل مدخل في الحكم عليه ، كأقل الحيض أو أكثره . وهذا في تقديري اتجاه نظري بحت ، ناشىء من المفهوم اللُّغوي والاصطلاحي معاً واتحاد الحكم المبني عليهما .

ويرىٰ أُصوليون آخرون كابن الهمام والبزدوي وصاحب التَّلويح[٢] : أن العرف أعم من العادة فالعرف يشمل القولي والعملي ، والعادة تقتصر على العرف العملي فقط .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٩٣ ، شرح الرهاوي للمنار : ص ٤٢٣ ، رسائل ابن عابدين ، ١٢/٢ ، المستصفىٰ في الفقه للنسفي ، مخطوط بدار الكتب المصرية .

(٢) كشف الأسرار : ٩٦/٢ ، ٩٨ ، التلويح على التوضيح : ١٧٥/١ .

وفريق ثالث يرون : أن العادة أعم من العرف كابن أمير الحاج ومن وافقه من المحدثين كالشيخ أحمد فهمي أبي سنة[1] ، فهي تشمل ماكان مصدره العقل ، كتحرك الخاتم بتحرك الأصبع ، أو الطبيعة كالحيض والحمل وحرارة البلد وبرودته ، ومالیس له علاقة عقلية ، من قول أو عمل ، صادر من فرد أو جماعة ، وهو العادة الفردية من أكل ونوم ، والعادة الجماعية الحسنة أو القبيحة ، كأفراح الأعياد والأعراس والقضايا القومية والوطنية ، وإطلاق بعض الألفاظ على معان معينة ، والتعامل ببعض التصرفات والعقود كالاستصناع وهدايا الخطوبة .

واتجاه الفريقين الثاني والثالث مأخوذ من المعنىٰ اللغوي ، وإطلاق اللفظ على معنىٰ معين . وهذا صحيح في أصل الإطلاق ، فلكلٍ استعمال معين ، في أصل اللغة ، والاتجاه الثالث في تحديد المعنى أدق ، وهو أن العادة أعم من العرف .

---

(١) التقرير والتحبير ١/ ١٨٢ ، العادة والعرف في رأي الفقهاء لأبي سنة : ص١٠ ، ١٣ .

أما في مجال علم أصول الفقه الذي ينظر فيه إلى مدى بناء الأحكام على الشيء أو الدليل ، فإن الاتجاه الأول أولىٰ ، ويكون العرف والعادة بمعنى واحد في هذا الجانب ، وهو اعتبار العرف مصدراً تشريعياً .

أما رجال القانون الوضعي : فإنهم فرقوا بين العادة والعرف ، واعتبروا العرف ذا ركنين : أحدهما ـ العادة الناشئة من اعتياد الناس سلوكاً معيناً في تنظيم علاقة ما ، والثاني ـ توافر عنصر الإلزام في تلك العادة .

منشأ العادة والعرف :

تنشأ العادة من ارتياح الإنسان للفعل الذي يميل إليه بباعث نفسي ، كحب الانتقام ، أو بباعث خارجي ، كظهور منفعة شيء أو عمل ، ثم يكرره ، فيصبح بالتكرار عادة له .

وينشأ العرف من محاكاة الناس في تصرفاتهم ، وتكرار ذلك ، حتى يشيع وينتشر بين معظم الأفراد ، وهو في الحقيقة عادة الجماعة[1] .

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ٤٧٦ .

٤ـ الفرق بين العرف والإجماع :

إن الإجماع : مبناه اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي . ولاينعقد إلا مستنداً إلى دليل شرعي ، قد يصل إلينا وقد لايصل ، وهو حجة ملزمة .

أما العرف : فهو سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص ، فهو لهذا أشبه بالسيرة ، ولايشترط فيه الاتفاق ، ولايتطلب مستنداً شرعياً ، وليس له قوة ملزمة دائماً ، لأنه قد يكون صحيحاً أو فاسداً ، ولاختلاف مصدر هذه القوة ، هل هي إرادة المشرع ، أو قضاء المحاكم أو اتفاق الناس[1] .

٥ـ العرف باعتبار الموضوع :

للعرف أنواع باعتبارات مختلفة ، إما بحسب موضوعه ، ينقسم إلى عرف لفظي وعرف عملي ، وإما بحسب إطاره ،

---

(١) أصول الفقة الإسلامي ، أ . د وهبة الزحيلي ٨٢٩/٢ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط : ص٣١ .

ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص ، وإما بحسب اعتباره شرعاً وعدم اعتباره ، ينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد[1] .

التقسيم الأول ـ بحسب موضوعه :

ينقسم العرف بحسب موضوعه إلى عرف لفظي أو قولي ، وعرف عملي أو فعلي .

فالعرف اللفظي : ماشاع بين الناس في استعمال لفظ في معنىً خاص يختلف عن مدلوله اللغوي ، وذلك في بلد دون آخر ، كإطلاق لفظ (الدرهم) على النقد الغالب ، مع أنه في أصل الاستعمال يطلق على جميع الدراهم المصنوعة من الفضَّة ، في كل وقت وبلد ، وإطلاق لفظ « الولد » على الذكر بينما يطلق في اللغة على الذكر والأنثى ، وإطلاق لفظ (اللحم) على لحم البقر والضأن ، دون لحم السَّمك ، مع أن معناه في اللغَّة يشمل جميع أنواع اللحم ، وإطلاق لفظ

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٩٢ ، المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ٤٨٦ـ٤٩٠ ، أصول الفقه د . وهبة الزحيلي : ٢/٨٢٩ـ٨٣٠

(البيت) على الغرفة ، أو (بيت الحجر) ، وفي اللغة يطلق على المنزل ، حتى خيمة الشعر عند البدو . وإطلاق المرأة على الحرة ، وفي اللغة تشمل الحرة والأَمَة .

والعرف العملي : ماعتاده الناس من الفعال العادية كالأكل والشرب والزرع ، والمعاملات المدنية ، كبيوع المعاطاة وتقسيط الأثمان والأجور ، وتعطيل يوم في الأسبوع ، وقسمة المهر إلى معجل ومؤجل ، والإبراء ، والغصب ، والقبض والأداء ، وإيصال المبيع إلى منزل المشتري ونحو ذلك .

وحقيقة هذا التقسيم : استعمال الناس بما يحقق لهم المصالح . بيسرٍ وسهولة ، ويقيم جسور ارتباط وانتفاع في العلاقات الاجتماعية .

٦ـ العرف باعتبار إطاره :

ينقسم العرف باعتبار شموله أو إطاره إلى عرف عام وعرف خاص .

العرف العام : هو الشائع في أغلب البلاد أو كلها بين الناس ، على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم ، كالاستصناع في

كثير من الحاجات من ألبسة وأحذية ومفروشات وأدوات ونحوها ، وبيع المعاطاة ، وتأجيل بعض المهر للمستقبل ، ويلزم دفعه بالموت أو الطلاق ، وتقديم الإكرامية للخدم في المطاعم والفنادق ، والاستحمام في الحمامات العامة والمسابح من غير تقدير كمية الماء ومدة المكث ، وتناول الثمار السَّاقطة من الأشجار في الطرقات العامة .

والعرف الخاص : هو الذي يختص ببلدة معنية أو فئة من الناس كأهل حرفة ما ، دون غيرها . وهذا يتجدد بتجدد الأزمنة ، كعرف التجار فيما يعد عيباً يجيز الفسخ أو الرَّد ، ودفع أثمان البضاعة المؤجلة كل يوم خميس ، وتقسيط ثمن بضاعة معينة أقساطاً معلومة ، ودفع أجور المحلات والمنازل شهرياً أو كل ثلاثة شهور أو سنوياً ، وتجديد عقد الإيجار تلقائياً بقوة القانون . ودفع أجر المحامي على قسطين : قسط عند التوكيل ، وقسط بعد فصل الدعوىٰ في المحكمة .

ومنه : الاصطلاحات الخاصة بكل فن أو علم من العلوم ، كالاصطلاحات الفقهية كألفاظ الوقف .

٧ـ العرف بحسب إقرار الشرع واعتباره أو عدم إقراره :

ينقسم العرف بالنظر إلى اعتباره شرعاً وعدم اعتباره إلى عرف صحيح وعرف فاسد .

العرف الصحيح : هو مااعتاده الناس ، دون أن يصادم الشرع ، فلا يحرم حلالاً ، ولايحل حراماً ، كتقديم عربون في عقد الاستصناع ، وتقديم هدايا الخطوبة ، وتعارف الناس أن الزوجة لاتنتقل إلى بيت زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر ، وقسمة المهر إلى مقدم ومؤخر ، والاحتكام إلى العرف في الأيمان والنذور والطلاق ، وقبض المبيع بالتخلية أو بالنقل ، وألفاظ البيع والشراء والهبة ، والصلاة والزكاة والحج ، وعدة الطلاق والوفاة ، ونحو ذلك .

والعرف الفاسد : هو مااعتاده الناس ، ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً ، كتعارفهم بعض العقود الربويّة والتعامل مع المصارف الربويّة بفائدة ، واختلاط النِّساء بالرجال في المناسبات العامة ، وتقديم الخمور في الأعياد ، ومنها رأس السنة الميلادية ، وعيد الميلاد بالنسبة لبعض المسلمين ، والرَّقص والغناء الماجن في الأعراس ، وتختم الرجال

بالذَّهب في الخطبة والزواج تقليداً للغربيين ، والدِّعاية للأفلام السينمائية والمطاعم والتمثيليات والمسارح بصور نسائية خليعة ، ونحو ذلك مما يصادم أدلة الشريعة أو قواعدها الأساسيَّة .

المحور الثاني ـ مدىٰ اعتبار العرف وأقسامه :

يتناول هذا المحور مدى حجية أو سلطان العرف ، وهل تفهم النصوص والأحكام الشرعية بحسب مدلولات العرف بأقسامه المختلفة ، وذلك فيما يلي من أقسام العُرف .

١ ـ مدىٰ حجية العرف أو سلطانه عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي وتوسع الحنفيَّة والمالكيَّة في العمل به أكثر من غيرهم ، واعتمدوه مستنداً في كثير من الأحكام العمليَّة ، وفي فهم النُّصوص الشرعيَّة ، بتقييد إطلاقاتها ، وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية ، والتعزيرات الجزائية ، والسِّيَر أو العلاقات الخارجية . مثلاً يتحدد المراد بألفاظ القذف بالتعريض أو الكناية بحسب أعراف الناس ، وتقدر العقوبة التعزيرية بحسب

مـايحقـق الغـايـة أو الهـدف منهـا فـي زجـر الجنـاة وردع المجرمين .

وكثيراً ماتفسر بعض الألفاظ القرآنية بالمعاني العرفية ، مثل تفسير الصعيد في قوله تعالىٰ : ﴿ فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [المائدة : ٦] بأنه في رأي الحنفيَّة : كل ماهو من جنس الأرض وهو التراب والرمل والجص والكحل ، وهو كل مايصعد على وجه الأرض ، والطيب : هو الطاهر ، وخصصه الشافعية بالتراب فقط ، والطَّيب : هو المنبت . قال ابن عابدين : واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلاً[1] .

أدلة اعتبار العرف :

استدل العلماء على حجيَّة العرف بالكتاب والسُّنَّة والإجماع والقياس أو المعقول :

أما **الكتاب** : فآيات كريمة ، منها قول الله تعالىٰ : ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾ [الأعـراف : ١٩٩]

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥

فالله تعالىٰ أمر الناس باتباع العرف ، والواقع أن المراد بالعرف في الآية هو المعنىٰ اللُّغوي : وهو الأمر المستحسن المعروف ، وليس المراد به المعنىٰ الاصطلاحي الفقهي ، ولكن يستأنس بذلك في تأييد اعتبار العرف بالمعنى الاصطلاحي .

والمعنىٰ اللغوي أعم من المعنىٰ الاصطلاحي ، بدليل أن العرف ينقسم ـ كما أبان الشاطبي[1] ـ إلى عرف الشارع ، وعرف الناس ، الأول : اعتمده الشرع في طلب الفعل إيجاباً أو ندباً ، أو طلب الترك تحريماً أو كراهة ، والثاني : لم يتعرض له الشرع بنفي أو إثبات بدليل شرعي .

وردَّ الله تعالىٰ مقدار نفقة المرضعة والزوجة ، ومقدار المتعة ، ومقدار كفارة اليمين بالإطعام إلى العرف في الآيات التالية ، فنفقة المرضعة في آية : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] . ونفقة الزوجة في آية : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] . ومقدار متعة المطلقة في آية : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا

---

(١) الموافقات ٢/ ٢٠٩

عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة : ٢٣٦] . ومقدار طعام الكفارة في آية : ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ . . .﴾ [المائدة : ٨٩] .

وأما السُّنَّة فإنهم استدلوا بحديثين :

الأول ـ ماروواه ابن مسعود موقوفاً عليه : « مارآه المسلمون حسناً ، فهو عند الله حسن ، ومارآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء »[1] وفي رواية أبي داود الطيالسي « قبيحاً . وقبيح » عوض « سيء » أي مااستحسنه المسلمون وتعارفوه ، يكون عند الله أمراً حسناً . وقد يصلح هذا الأثر دليلاً على حجية الإجماع أيضاً ، لأن العرف يصلح أن يكون مستنداً للإجماع .

والثاني ـ قول النبي ﷺ لهند زوج أبي سفيان ، حينما شكت إليه بخله بالنفقة : « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف »[2] .

---

(١) قال الزيلعي في (نصب الراية ٤/ ١٣٣) عنه : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود ، وله طرق : أحدها ـ رواه أحمد في مسنده ، والثاني ـ رواه أبو داود الطيالسي ، والثالث ـ رواه البيهقي .

(٢) رواه الجماعة إلا الترمذي (نيل الأوطار ٧/ ١٣١) .

والمراد بالمعروف : القدر الذي يحقق الكفاية بالعادة ، كما ذكر الشوكاني .

وأما الإجماع : فإن الشاطبي[1] استدل بإجماع العلماء على أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس ، وإذا كان ذلك كذلك ، فوجب اعتبار عوائدهم ، لأن في عوائدهم مايحقق مصالحهم ، فإذا كان أصل التشريع سبب المصالح ، فوجب اعتبار مايحقق هذه المصالح ، ولامعنىٰ لاعتبار العوائد إلا هذا .

واستدل الشاطبي أيضاً : بأن عدم اعتبار العوائد يؤدي إلى التكليف بما لايطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع ، وبيانه : أن التكليف لابد وأن يراعي قدرة المكلف وعلمه ، وإلا لكان تكليفاً بما لايطاق .

وعدم اعتبار العوائد : فيه تكليف بما لاقدرة للناس عليه ، لأنه ليس من الهيِّن ترك ما اعتاد عليه الناس ، والتكليف بما لاقدرة فيه للمكلف تكليف بما لايطاق .

ثم إن الأئمة استدلوا على حجية العرف بالإجماع العملي

---

(١) الموافقات ٢/ ٢١٢ .

(أي التعامل العام من غير نكير) . ودلالة الإجماع استدل بها الحنفيَّة على أحكام كثيرة ، مثل العفو عن قدر الدرهم من النجاسة المغلظة ، وجواز بيع الثمار التي لم يبدُ صلاحها ، وأجمع الفقهاء على الأخذ بالعرف الذي أشار إليه النص أو بني عليه .

وقد يرد العرف إلى قاعدة ثابتة بالتعليل أو المصلحة المرسلة ، أو إلى أصل المنافع والمضار وغير ذلك[1] .

وأما **القياس أو المعقول** : فإن العلماء استدلوا على حجية العرف بأدلة كثيرة ، منها الاستقراء : وهو أن من يتتبع فروع الشريعة الإسلامية ، يجد أن النصوص الشرعيَّة قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام ، وذلك كبيع السَّلَم والعرايا[2] والمضاربة ، وكل ماكان صالحاً للبقاء في ظل الإسلام ، وألغىٰ ماليس صالحاً للبقاء ، كعقود الربا والغرر .

ومنها : أنه لولا اطراد العادات ، لما عرف الدين من أصله ، فضلاً عن تعرف فروعه ، فوجب اعتبارها في

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ص٣٢ـ٣٩ .

(٢) السلم : بيع آجل بعاجل . والعرايا : بيع الرطب على رؤوس النخيل بالتمر خرصاً ، دون خمسة أوسق (٦٥٣كغ) .

الأحكام ، لأنه كما ذكر الشاطبي لايعرف الدين إلا بالنبوة ، والنبوة لاتعرف إلا بالمعجزة ، ولامعنىٰ للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة ، فلولا اعتبار العادة ، لما اعتبر الخارق لها[1] .

ومنها : أن العوائد الجارية لابد وأن تكون ضرورية الاعتبار ، لأنه لايستقيم التكليف إلا باعتبارها ، بدليل أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ، ولهذا شرعت عقوبات القصاص والحدود[2] . ودلت العادة ايضاً على أن البذر سبب لنبات الزرع ، والزواج سبب للنَّسل ، والتجِّارة سبب لنماء المال ، إلى غير ذلك من العادات ، ولهذا شرعت الأحكام الخاصة بعقود الاستثمار من مزارعة ومساقاة ، وإحياء الموات ، وأحكام البيوع والزواج ونحو ذلك ، مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها .

والحاصل : قال الكمال بن الهمام : (إن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص)[3] .

---

(١) الموافقات ٢/ ٢٠٦ .
(٢) المرجع السابق ٢/ ٢١١ ومابعدها .
(٣) فتح القدير ٦/ ١٥٧ .

٢ـ هل يؤثر العرف اللفظي في الأحكام الشرعية؟

للعرف اللفظي تأثير واضح في فهم الحكم الشرعي ، لأن كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه ، فيتحدد المراد من النصوص الشرعية بالمعاني المقصودة بالعرف ، أي المستعملة بين الناس ، وبحسب المقصود منها في الألفاظ المتداولة ، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة ، لأن العرف نقل اللفظ لمعنىً آخر ، فصارت الحقيقة العرفية هي المقصودة باللفظ ، وتركت الحقيقة اللغوية[١] ، لذا قال فقهاء الحنفية : (العرف قاضٍ على اللغة) فينعقد البيع بلفظ الماضي ، مثل : بعت واشتريت باتفاق الفقهاء ، وقال المالكية : ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة[٢] .

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ٤٩٣ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص ٥٤ .

(٢) قال القرافي : (دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة ، لأن العرف ناسخ للغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ، ولاعبرة في =

وجاء في المجلة : (الحقيقة تترك بدلالة العادة) (م/ ٤٠) . وقال ابن عابدين في رسائله[1] : (يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع) .

وتطبيقات ذلك كثيرة :

ـ الإيمان والنذور مبنية على العرف ، وكذا ألفاظ الطلاق والزواج ، فقد يراد بالطلاق الزجر المحض دون قصد التطليق ، مثل (علي الطلاق) أو (علي الحرام) .

ـ ألفاظ الوقف تبنىٰ على العرف ، مثل تعيين ناظر على الوقف ، أي المتولي إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق ، بحسب عرف القدماء . وكلمة (على الفريضة الشرعية) يراد بها إعطاء الذكر ضعف الأنثىٰ .

ـ البيع بثمن رمزي يعد هبة ، والهبة بعوض معلوم : بيع .

= هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود ، كذلك نصوص الشريعة لايؤثر فيها إلا ماقارنها من العادات ، تنقيح الفصول للقرافي : ص ١٩٤ .

(١) ٢/ ١٣٣ .

وبيع الثمار على الأشجار بلفظ التضمين في بلاد الشام : بيع .

ـ قد يعبر العامة عن شرط البراءة العامة عن العيوب في بيع السلعة كالسيارة ونحوها بعبارة : (حاضر حلال) فيعمل بذلك .

ـ وتدخل توابع المبيع في البيع كأدوات تصليح السيارة ، ومضخة استخراج الماء ، وآلات غلي الماء في الحمام .

ـ والوصية بثمرة البستان تجعل للموصىٰ له الثمرة الموجودة ، لا المعدومة .

ـ وتراعىٰ أساليب العوام في العقد والتعليق والتنجيز والإذن والإجازة ، وإن خالفت مذاهب اللغويين .

يتبين من هذا أن العرف اللفظي يحدد المقصود من كلام المتكلم ، ويرشد إلى مايترتب على التصرفات القولية من آثار تتعلق بالحقوق والواجبات . قال القرافي : الصحيح تقديم العرف اللفظي على اللغة ، وهو أمر واجب متعين ، لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ إجماعاً ، فكذا ههنا[1] .

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوىٰ عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : ص٧٣ .

٣ـ هل يعتبر العرف العملي في الأحكام الشرعية؟

يعد العرف العملي ذا تأثير كبير في أحكام الأفعال العادية ، والمعاملات المدنية المختلفة المتعلقة بحقوق الناس أو الأحوال الشخصية أو القضاء أو الشهادات ، أو العقوبات وغيرها ، ويظهر تأثيره في تحديد الحكم ، وترتيب آثار العقود ، وبيان الالتزامات المتقابلة على وفق المتعارف ، إذا لم يصادم العرف نصاً تشريعياً في القرآن والسُّنَّة .

ويكون المعول على العرف ، لذا قال الحنفيَّة وغيرهم كالمالكيَّة : (العادة محكمة) (م/ ٣٦مجلة) و (التعيين بالعرف كالتعيين بالنَّص) (م/ ٤٥) ، وقال البيري شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم : (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي)[١] و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (م/ ٤٣) .

وتطبيقات ذلك في الأفعال العادية كثيرة[٢] ، منها : أن

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف٤٩٧ .

الحلف على ترك أكل اللحم ينصرف إلى اللحم المعتاد في البلد ، كلحم البقر أو الضأن ، ولايشمل لحم السَّمك . والحلف على عدم الركوب يشمل مايعتاد ركوبه في كل عصر .

وتتحدد حمولة الدابة أو السيارة نوعاً ومقداراً بحسب العرف السائد .

ونفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوجين ، غنىً وفقراً ، وبحسب أحوال المعيشة السائدة .

وفي أحكام الجوار يتحدد التجاوز المؤدي إلى الضرر بالآخرين بحسب العرف والعادة ، فمن أوقد ناراً في أرضٍ ، فتطايرت شرارة ، فأحرقت زرع الجار ، يكون ضامناً إن تجاوز المعتاد أو في وقت هبوب الريِّاح .

وفي عقود الأمانة كالإيداع والإعارة ، يضمن الوديع الوديعة ، والمستعير العارية ، إن أودعها الوديع عند من لايحفظ ماله عنده عرفاً وعادةً ، فتلفت ، كحفظ الخاتم النَّفيس عند الخادم ، وإن استعمل المستعير العارية استعمالاً غير مألوف أو غير معتاد ، فتلِفَت ، يضمنها .

يتبين من ذلك أن عرف الأفعال العادية في الأكل والشرب

والركوب واللبس والحفظ والانتفاع يقيد العقود ، ويحدد الالتزامات والضمانات .

وتطبيقات ذلك في المعاملات المدنية : مثل إباحة تناول الثمار الساقطة في أراضي البساتين بلا إذن صاحبها ، والاكتفاء بسكوت الفتاة البكر البالغة عند استئذان وليها ، يعد إذناً وتوكيلاً ، لغلبة الحياء والخجل عليها .

وانعقاد العقود الماليَّة بالتعاطي ، عملاً بالعرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة الإيجاب والقبول بين المتعاملين .

والتزامات عقود المعاوضة يحددها العرف ، فيقال : السمسرة على البائع ، ورسوم البيع على المشتري ، وتوصيل السلعة على حساب البائع إلى بيت المشتري في بعض المبيعات .

وتوابع المبيع يحددها العرف ، ففي بيع الدار يدخل مفتاحها ، وفي بيع السيارة يدخل أدوات الإصلاح السريعة ، كالمفك والأدوات المعروفة لتغيير دواليب السيارة .

ودفع الأجرة في حال عدم الاشتراط يخضع للعرف تعجيلاً وتأجيلاً .

وإذا جهز الأب ابنته من ماله في زواجها ، كان ذلك تمليكاً لها .

وفي السندات والرسائل والصكوك يجب أن تكون مكتوبة بحسب العرف .

يظهر من ذلك مدىٰ تأثير العرف العملي في بيان الالتزامات ومنع الخصومة والمنازعات الناشئة في شأنها . وهو تأثير يظل متجدداً بتجدد الأعراف والعادات ، وتبدل أساليب الحياة المعيشية ، واتساع العلم والعمران ، وتراعىٰ أعراف كل فئة من العمال والتجار والصناع والزراع .

ويكون العرف العملي العام المقارن للنص مخصصاً للنص عند الحنفية وكذا عند المالكية الذين قالوا أيضاً بأنه يقيد النص المطلق ، ولايعد ذلك تعطيلاً للنص ، بل يبقى النص ، معمولاً به في مشتملاته الأخرىٰ التي يتناولها عمومه ، ويكون ذلك إعمالاً للعرف والنص معاً .

٤ـ هل يعتبر العرف الخاص والعام كلاهما أو العرف العام فقط؟

لافرق بين العرف العام والخاص إذا كان كل منهما مطرداً (مستمراً العمل به) أو غالباً (شائعاً في أكثر الحوادث) إلا في العموم والخصوص ، فالعام يشمل جميع البلاد والناس ، والخاص مقصور على فئة معيَّنة كالتجار والصناع والزراع ، يتعاملون بموجبه ، أو يتعارفه أهل بلد أو بلدان معينة دون سواها .

لذا يعتبر العرف الخاص كالعرف العام في بعض الأحيان ، لكن العرف الخاص أضعف قوة من العام ، لذا نص الحنفية[1] على أن العرف العام يترك به القياس ، ويصلح مخصصاً للدليل الشرعي ، مثل عقود الاستصناع والإجارة والسلم والمعاطاة ودخول الحمام بدون تقدير مقدار الماء ومدة البقاء فيها ، والشرب من أيدي السقَّائين مع التفاوت في الشرب ، بحسب أحوال الناس وشدة العطش وقلته ، وغير ذلك .

وأما العرف الخاص : فيعتبر إذا عارض النص الفقهي المذهبي المنقول ، لكنه يفترق عن العرف العام في أنه يختص

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٦ ، ١٣٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٨٦ .

حكمه بأهل ذلك العرف ، وأما العرف العام ، فيثبت حكمه على أهل كل البلد . ولايعتبر العرف الخاص إذا عارض نصاً شرعياً ، ولايترك به القياس ، ولايخص به الأثر ، بخلاف العرف العام[1] ، كما تقدم .

قال ابن عابدين بمناسبة تقديم العرف على المنصوص عليه في كتب ظاهر الرواية : لافرق بين العرف الخاص والعام إلا من جهة أن العرف العام يثبت به الحكم العام ، والعرف الخاص يثبت به الحكم الخاص . وحاصله : أن حكم العرف يثبت على أهله عاماً أو خاصاً ، فالعرف العام في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد ، والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط[2] .

٥ـ مدىٰ عدم اعتبار العرف الخاص عند جمهور العلماء :

إن الجمهور الذين لم يعتبروا العرف الخاص ، هل في النصوص الشرعية فقط ، أو حتىٰ في نصوص الفقهاء؟

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢١ ، ١٣٢ ومابعدها .
(٢) المرجع السابق : ٢/ ١٣٢ .

إن العرف الخاص لايفيد الحكم العام ، بل العام يفيد حكماً عاماً يسري على الناس جميعاً ، والخاص يفيد حكماً خاصاً ، كالألفاظ المتعارفة في المعاملات في بلد دون آخر .

وجمهور الفقهاء وهو المذهب لدى الحنفية يشترطون لاعتبار العرف أن يكون في بلاد الإسلام كلِّها ، وأن العرف الخاص لايعتبر عندهم إلا إذا قررته السُّنَّة ، فإنَّه يعتبر حينئذٍ .

أما مشايخ بخارىٰ وبلخ وخورازم وأبو الليث وأبوعلي النسفي : فقالوا باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً ، ولذلك أفتوا بجواز كثير من المعاملات التي يمنعها الدليل ، فأفتىٰ مشايخ بلخ بجواز كثير من المعاملات التي يمنعها الدليل ، فأفتىٰ مشايخ بلخ بجواز استئجار الحائك في الغزل ببعض مايخرج من عمله ، مع أنه ممنوع ، بدلالة نهية ﷺ عن قفيز الطحان .

والجمهور الذين رفضوا اعتبار العرف الخاص المختلف على اعتباره : إنما هو العرف الذي جعل دليلاً على الحكم ظاهراً ، والذي قالوا عنه : إنه يخصص الدليل ويقيده ، أي إنه العرف القاضي على الأدلة والنصوص الشرعية فقط : وهو مايكون دليلاً على الحكم ظاهراً ، فإذا وجد النص بخلاف

العرف الخاص ، فلا يصلح ناسخاً للنص ، ولامقيداً له ، وأما ماعدا ذلك مما يتعلق بنصوص الفقهاء ، فيعتبر العرف الخاص ، ويكون العرف العام والخاص فيه سواء ، بدليل اعتبار العرف الخاص في مواضع كثيرة ، منها مسائل الأيمان ، وكل عاقد وواقف وحالف ، يحمل كلامه على عرفه ، كما ذكر الكمال بن الهمام ، وذكره في الأشباه لابن نجيم[1] .

ويؤيد ذلك أن من الثابت اختلاف أسباب التعزير وعقوبته ، ومايخل بالمروءة ، ومابه الكفاية في النفقة باختلاف الأقاليم والأزمان ، وهذا من العرف المرجوع إليه في تطبيق الأحكام .

قال ابن عابدين[2] : الحكم العام لايثبت بالعرف الخاص ، وهذا يفيد أن عدم اعتباره بمعنىٰ أنه إذا وجد النص بخلافه لايصلح ناسخاً للنص ، ولامقيداً له .

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة : ص٥٨ـ٦١ ، الأشباه لابن نجيم : ص٤١ .

(٢) رد المحتار ٤/ ٤١

المحور الثالث ـ شروط اعتبار العرف والعادة والطريق عند تعارضهما مع النصوص الشرعية :

يتناول بحث هذا المحور الأمور الستة التالية :

١ـ ما شروط اعتبار العرف؟

إن اعتبارالعرف مبنىً للأحكام أو دليلاً وحجة في الشريعة ، يتطلب توافر ضوابط أو شروط أربعة ذكرها علماء الأصول وهي مايلي[١] :

الشرط الأول ـ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :

معنىٰ كونه مطرداً : أن يستمر العمل به في جميع الحوادث أو أغلبها بين المتعاملين به ، فإذا اضطرب العمل به ، فلم يكن مطرداً أو غالباً ، فلا عبرة به .

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف٥٠٣ـ٥٠٧ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص٥٦ـ٦٨ ، الشباه والنظائر لابن نجيم : ص١٠١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٩٦ .

وهـذ الشـرط مطلـوب فـي العـرف بنـوعيـه : اللفظـي والعملي ، وفي العرف العام والخاص .

فلا يكون الاطراد أو الغلبة بمعنى العموم ، فإن عموم العرف غير اطراده . فعموم العرف : كونه منتشراً في جميع البلاد ، وخصوص العرف : كونه متعارفاً في بلد أو بلدان معينة ، أو بين أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواهم .

والإطراد أو الغلبة لايستلزمان أن يكون العرف عاماً . ومعناهما هو استمرار العمل به لدى الكل أو الأغلبية ، بمعنىٰ أنه لايتخلف العمل به .

وعلى هذا يكون تقسيم المهر مثلاً في الزواج إلى معجل ومؤجل مطرداً : إذا جرى عليه أهله في البلد في جميع حوادث الزواج .

وإذا تبايع اثنان سلعة بدراهم ، حمل الثمن على الغالب الشائع ، وكانت الغلبة قرينة إرادته ، وقرينة الحاجة إليه باعتباره هو المتعارف .

الشرط الثاني ـ أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه :

أي يجب أن يكون موجوداً عند وجود التصرف ، ويكون المراد به هو العرف السابق دون المتأخر أو الحادث ، فإن هذا لاعبرة به بالنسبة لما تقدمه في الماضي . ولو تغير العرف لايؤخذ بالجديد بالنسبة لما قبله .

وهذا يشمل أيضاً العرف بنوعيه اللفظي والعملي :

ففي العرف اللفظي : يحمل كلام المتكلم بالإرادة المنفردة كالوقف والحلف والنذر والوصية والطلاق ، وكذا كلام العاقد في العقود ، على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة . فلو تغير العرف في مفاهيم الناس ، فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير الألفاظ .

وعليه يكون لفظ (الفريضة الشرعية) مراداً به أن للذكر ضعف الأنثىٰ في كلام الواقفين والموصين ، فلو تبدل هذا العرف ، وصار معناه التساوي في الحصص بين الذكر والأنثىٰ ، لايتبدل حكم الوقف والوصية السابقة .

وكذلك النصوص الشرعية تفهم بحسب مدلولاتها وقت

صدور النص ، كلفظ (في سبيل الله) ولفظ (ابن السبيل) في مصارف الزكاة ، الأول يراد به مصالح الجهاد ، والثاني يراد به المنقطع في السفر ، فإذا تبدل العرف ، فأصبح يراد بالأول طلب العلم مثلاً ، ويراد بالثاني الطفل اللقيط ، يظل النص الشرعي على معناه العرفي الأول عند صدوره .

وفي العرف العملي : يعتبر القائم عند التصرف دون الحادث ، مثل مايعد عيباً في المبيع ، ومايدخل تبعاً في المبيع ، وتقسيط أجرة العقار ، ولايسري العرف الحادث على التصرف السابق . قال السيوطي[1] : **العرف** الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر .

وإذا كان **العرف** يقضي بأن تأثيث بيت الزوجية على الزوجة ، ثم تغير هذا **العرف** ، وأصبح التأثيث على الزوج ، فالعبرة بالعرف القائم الموجود أثناء العقد .

الشرط الثالث ـ ألا يعارض العرفَ تصريح بخلافه :

أي أنه يعمل بالعرف القائم مالم يوجد تصريح من

---

(١) الأشباه والنظائر : ص ٨٧ .

المتعاقدين بخلاف مضمون العرف ، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ماجرىٰ عليه العرف ، فإنه يعمل بما اتفقا عليه ، ولاعبرة بالعرف ، لأن من القواعد المقررة أنه : (لاعبرة للدلالة في مقام التصريح) (م/ ١٣ مجلة) .

ويكون هذا الشرط قيداً أساسياً في قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .

وعلى هذا تتقيد الإعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيدها به المعير ، ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد . فإن لم تكن الإعارة مقيدة ، وإنما كانت مطلقة ، تقيد المستعير بالاستعمال المعتاد المألوف .

وإذا اتفق المتعاقدان في الزواج على تعجيل المهر كله ، لم يعمل بالعرف الشائع في تأجيل بعض المهر ، وإذا لم يتفقا على التعجيل ، عمل بالعرف .

الشرط الرابع ـ ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة :

ومعناه : أنه لايجوز أن يصادم العرف نصاً شرعياً في القرآن أو السُّنَّة ، أو يعارض مبدأً تشريعياً مقطوعاً به ،

كالتراضي في العقود ، فإذا حدث هذا التعارض ، كان العرف فاسداً ، لأن نص الشرع ومبادئه مقدمان على العرف .

فإذا تعارف الناس تقديم كؤوس الخمر في الحفلات العامة وأعياد الميلاد ، ولعب الميسر ، والخروج بملابس البحر على الشواطىء ، ونحو ذلك من العادات والتقاليد الفاسدة ، مثل التسوية بين الذكر والأنثىٰ في بعض البلاد الإسلامية ، فلا عبرة لهذه الأعراف الفاسدة .

لكن يستثنىٰ النص العرفي : وهو النص الشرعي الصادر عن المشرع نفسه بناء على عرف قائم ، ويكون معللاً به ، مثل مقياس الأموال الربوية . فإذا كانت العلة في الأصناف الربوية الأربعة (وهي البر والشعير والتمر والملح) هي الكيل ، ثم تغير المعيار ، فأصبحت هذه الأشياء توزن بعد أن كانت تكال ، فوجب أن يتغير المعيار تبعاً لتغير العرف ، فتصبح المساواة المعتبرة شرعاً بالوزن ، ولايكون العرف حينئذٍ مخالفاً النص الشرعي .

وهذا رأي أبي يوسف رحمه الله ، وهو أقوىٰ حجة ، وأقرب لروح التشريع .

٢ـ ماحكم العرف عند تعارضه مع النص العام بحيث يستلزم العمل بالعرف تخصيص ذلك النص؟

إما أن يتعارض النص العام مع عرف قائم حال وروده ، أو مع عرف حادث بعده[١] .

أولاً ـ تعارض العرف القائم مع نص عام :

قد يحدث التعارض بين النص العام والعرف اللفظي ، وقد يحدث بين النص العام والعرف العملي .

١) **إذا تعارض العرف اللفظي مع النص العام** : فهم النص في حدود المعنىٰ العرفي ، فإن الأصوليين اتفقوا على أن العرف القولي يقضي على اللفظ العام ، لأن العرف اللفظي يجعل المعنىٰ المتعارف حقيقة عرفية ، وهي مقدمة في الفهم

---

(١) فواتح الرحموت ١/ ٣٤٥ ، الفروق للقرافي : ١/ ١٧٧ ومابعدها ، شرح الإسنوي للمنهاج ٢/ ١٢٨ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص ٩٠ـ١٠١ ، المدخل الفقهي للزرقاء : ف ٥١٦ـ٥٢٣ ،

على الحقيقة اللغوية . وعليه تفهم ألفاظ العبادات من صلاة وصيام وحج ، والمعاملات من بيع وشراء وإجارة ، والأحوال الشخصية من زواج وطلاق وعدة بحسب المعاني العرفية .

٢) **وإذا تعارض العرف العملي مع النص العام** : فإن الحنفية ذهبوا إلى أن هذا العرف العملي يدل في مفهوم الحنفية على حاجة الناس إلى ماتعارفوا عليه ، وفي نزع الناس عما تعارفوه عسر وحرج ، فالعمل بهما أولىٰ ، مثل عقد الاستصناع يشمله النص النبوي المانع من بيع ماليس عند الإنسان ، ولكن الناس جميعاً تعارفوا العمل به في كل البلاد ، لحاجتهم إليه ، فيكون هذا العرف مخصصاً للنص .

وإذا حرم الشارع الربا في الطعام ، اقتصرت حرمته على الطعام الغالب وهو البر عند الحنفية ، وعمَّ كل مطعوم عند الجمهور ، عملاً بصيغة العموم .

إلا أن المحققين من المالكية[1] أيدوا الحنفية في هذا ، فقرروا أن العرف العملي القائم يخصص النص العام ، ويقيد

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١٤٣ .

المطلق ، بدليل قولهم : إن المرأة الشريفة القدر لايلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها ، عملاً بالعرف القائم عند نزول الآية : ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

ثانياً ـ تعارض العرف الحادث مع نص عام :

إذا تعارض النص مع عرف حادث بعده ، فلا يصلح العرف مخصصاً للنص الشرعي باتفاق الأصوليين ، ولو كان عرفاً عاماً ، لفظياً أو عملياً ، لأنه لو خصص كان ناسخاً للنص ، ولاينسخ النص بالعرف الطارىء ، لأنه يؤدي إلى هدم الشرع وإلغائه .

وعليه تفسر نصوص القرآن والسُّنَّة بحسب العرف القائم حين ورودها ، ولايلتفت لتبدل الأعراف ، مثل الألفاظ الاصطلاحية المتأخرة للفقهاء في تقسيم الحكم الشرعي إلى فرض وواجب ومندوب ومكروه ، ومحظور ، لايصح تفسير الأوامر والنواهي الشرعية بها . ونصوص الفقهاء ، وألفاظ الواقفين والموصين والبائعين والواهبين والمتزوجين وإقرارات المقرِّين في الصكوك العقدية وشروطها ، لايصح

تفسير أو تقييد مراد المنشئين لها بحسب العرف الطارىء ، وإنما تفسر بحسب عرفهم في زمانهم ، كلفظ (الأستاذ) كان يراد به (رب الصناعة) ثم أطلق على مدرس العلوم ، فلا يفسر النص الفقهي القديم بالمعنىٰ المعاصر الحادث بعدئذٍ .

ثالثاً ـ تعارض العرف مع النص الخاص :

إذا تولىٰ الشرع معالجة أمر ما بنص خاص ، بقصد بيان فساده أو ضرره ، فنهىٰ عنه ، ثم تعارف الناس عملاً من الأعمال العادية أو المدنية ، التي تخالف المنهي عنه والممنوع بنص خاص وارد في الشرع ، كان ذلك العرف مرفوضاً حتماً ، منعاً من إهمال النص التشريعي ، وإعمالاً له ، لأن الشريعة إلزامية ، فلا يجوز تعطيلها بالتعامل على خلافها وإلا لم يبق للتشريع معنىٰ[1] . قال ابن نجيم : المعتبر في بناء الأحكام العرف العام لا الخاص[2] .

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٣ ومابعدها ، المدخل الفقهي للزرقاء : ف٥١٠ـ٥١٣ .

(٢) الأشباه والنظائر : ص١١٢ ومابعدها ، ط دار الفكر بدمشق .

وذلك مثل إلغاء التبني وتحريمه الذي كان في الجاهلية ، بنص القرآن الكريم : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [الأحزاب : ٥] لايجوز العودة إليه بعرف طارىء ، ولايجوز القضاء به بحال ، ولو كان العرف عاماً . ومثل النهي عن عقود الغرر ، كالمنابذة والملامسة وبيع الحصاة ، وبيع الملاقيح (ما في بطون الإناث) والمضامين (ما في أصلاب الذكور) وبيع ضربة القانص (مايقع في شبكة الصياد) ، وضربة الغائص (مايستخرجه الغواص من اللآلىء) مما كان في الجاهلية ، ونهىٰ النبي ﷺ عنه ، فلا عبرة لعرف عائد إليه .

ومثل استرقاق المدين الذي كان في جاهلية العرب وعند الرومان ، فمنعه الإسلام ، وأوجب إنظار المعسر في قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] لايجوز العمل به بعرف جديد .

ومثل نكاح الشِّغار (وهو جعل كل امرأة في زواجين مهراً للأخرىٰ) الذي نهىٰ عنه النبي ﷺ ، وأبطله الإسلام ، فلا يجوز العمل به بعرف طارىء ، حادث في بعض البلاد الآن .

رابعاً ـ ماأثر تغير الأعراف على النصوص الشرعية؟

ليس للأعراف المتغيرة تأثير على النصوص الشرعية ذات الحاكمية المطلقة على الأحداث ، والمبينة للأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتقريرها بنصوصها الآمرة الناهية ، مثل حرمة المحرمات ، والتراضي في العقود ، والوفاء بالعقود ، وضمان الضرر اللاحق بالآخرين ، ووجوب منع الأذىٰ وقمع الجريمة ، وحماية الحقوق ، وسريان الإقرار على النفس دون غيرها (الإقرار حجة قاصرة) والمسؤولية الشخصية أو الفردية عن عمل كل مكلف أو تقصيره ، وعدم مؤاخذة بريء بذنب السلف أو القريب أو غيره . ونحو ذلك مما جاءت الشريعة لإقراره ، وإصلاح شؤون الفرد والمجتمع .

وذلك إلا إذا كان النص معللاً بعلة ثم تغيرت العلة ، كامتناع النبي ﷺ عن التسعير بقوله : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر . . »[1] لأن المسوغ للتسعير لم يتوافر ،

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائي ، وصححه الترمذي من حديث أنس (نيل الأوطار ٥/ ٢١٩) .

وهو مغالاة التجار بالأسعار ، ثم تغير العرف ، فأفتىٰ فقهاء المدينة السبعة والإمام مالك ومتأخرو الزيدية فيما ، عدا قوت الآدمي والبهيمة بجواز التسعير ، لأن غلاء الأسعار كان بسبب من التجار أنفسهم لطمعهم وجشعهم ، أما في عهد النبوة ، فكان الغلاء بسبب قلة العرض للسلعة وزيادة الطلب ، فحينئذٍ يجوز التسعير بالعرف الجديد .

وإلا النص العرفي المراعىٰ فيه كما تقدم حال المبادلة بالكيل في الأموال الرِّبويَّة ، ثم تغير فأصبح أسلوب التبادل بالوزن ، وإلا الأحكام التي روعي فيها تنظيم بيت المال ، مثل منع الزكاة عن الهاشميين ، ثم أفتىٰ الحنفية والمالكية بالعطاء .

أما الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية ، أي المبنية على القياس أو دواعي المصلحة ، فهي القابلة للتغير ، ومن أجلها وضعت القاعدة الفقهية : (لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) (م/ ٣٩مجلة) .

قال ابن عابدين : نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان ، فإن الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضاً[1] .

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥

وعوامل التغير : إما فساد أو تطور ، أي فساد الأخلاق ، وتطور أساليب الحياة[1] . وأمثلة ذلك مايأتي :

ـ أفتىٰ المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والإمامة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصيام وحج ، وهو حكم خولف فيه ماكان مقرراً عند العلماء ، ومنهم أئمة الحنفية نظراً لتغير الزمان ، وانقطاع عطاء المعلمين وأصحاب الشعائر الدينية ، من بيت المال ، فلو اشتغل هؤلاء بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة ، لزم ضياع القرآن ، وإهمال تلك الشعائر .

ـ تضمين الأجير المشترك كالخياط والصباغ ، فإن الأصل هو أنه أمين ، لايضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير ، ثم قرر بعض الصحابة مثل عمر وعلي وبقية الفقهاء ضمانه نظراً لكثرة الادعاء بهلاك مافي يده ، ومحافظة على أموال الناس .

ـ عدم الإكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة : فإن أبا يوسف ومحمد قررا أنه لابد من تزكية الشهود (أي إظهار عدالة الشاهد وصلاحيته للشهادة بواسطة ثقة) للمحافظة على

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٥٤١ـ٥٥٥ .

حقوق الناس وعدم ضياعها ، علماً بأن ذلك مخالف لما قرره أبو حنيفة من أنه يكتفىٰ بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص ، ولم يشترط التزكية ، بناء على ماكان في زمنه من غلبة العدالة ، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيريّة[1] ، فنظراً لتغير الزمان وفشو الكذب ، أفتىٰ الصاحبان بما يخالف رأي الإمام رحمه الله ، نزولاً تحت وطأة العرف .

ـ تحقق الإكراه من السُّلطان : كان أبو حنيفة يفتي بأنه لايتحقق الإكراه من غير السُّلطان ، نظراً لما شاهده في عصره ، من بأن المنعة والمقدرة لم تكن لغير السلطان ، ونظراً لفساد الزمان وتغير الحال وظهور الظلمة ، فإن الصاحبين أفتيا بتحقق الإكراه من غير السلطان ، بناء على ماشاهداه في زمانهما .

ـ منع النساء الشابات من حضور المساجد لصلاة

---

(١) أخرج البخاري ومسلم عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم . . » (سبل السلام ٤/١٢٦) .

الجماعة ، بخلاف ماكان عليه الحال في زمن الرسول ﷺ[1] ، نظراً لفساد الأخلاق وانتشار الفساد .

ـ أفتىٰ فقهاء الحنفية بمنع الزوج من السفر بزوجته ، وإن أوفاها المهرالمعجل ، لفساد الزمان . وأفتوا أيضاً بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها ، بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع أنها منكرة للقبض ، والقاعدة : أن القول قول المنكر بيمينه ، وقد تركت هذه القاعدة هنا ، لأن المرأة في العادة ، لاتسلم نفسها قبل قبض المعجل[2] .

ـ أخذ زكاة الأراضي وهو العشر من المستأجر دون

---

(١) روى أبو داود والنسائي والبخاري عن أم سلمة : « كان رسول الله ﷺ إذا سلَّم ، يمكث في مكانه يسيراً ، فنرىٰ ـ والله أعلم ـ لكي ينصرف النساء قبل أن يدركهن الرجال » . وروى أحمد والطبراني والبيهقي عن أم حميد : « صلاتكن في بيوتكن أفضل من صلاتكن في حُجُركن ، وصلاتكن في حُجُركن أفضل من صلاتكن في دوركن ، وصلاتكن في دوركن أفضل من صلاتكن في مسجد الجماعة (جمع الفوائد ١/ ٢٣٩) . وروىٰ أحمد في مسنده ومسلم عن ابن عمر : « لاتمنعوا إماء الله مساجد الله » .

(٢) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٦ .

المؤجر ، أفتىٰ به الصاحبان ، لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة ، وأعظم جدوىٰ بالنسبة للفقراء ، ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع ، فتتبع مالك الزرع ، وهو المستأجر . هذا . . مع أن أبا حنيفة كان يرىٰ العشر على المؤجر ، لأن الزكاة مؤنة الملك ، وملك الأرض للمؤجر .

هذه الأمثلة ونحوها كبيع الوفاء[1] ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث وقدر الماء ، والإعفاء عن طين الشارع للضرورة ، اختلفت أحكامها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم .

ـ دُوِّنت السنة النبوية في مطلع القرن الثاني ، بأمر الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، خوفاً من ضياعها بموت حفظتها ، مع أن النبي ﷺ في بدء الأمر نهى عن كتابة أحاديثه ، حتىٰ لاتختلط بالقرآن ، وقال لأصحابه : « من كتب عني غير القرآن فليمحه »[2] .

---

(١) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً ، على أنه متىٰ وفَّىٰ الثمن ، استرد العقار .

(٢) رواه مسلم في صحيحه (شرح مسلم للنووي١٨/ ١٢٩) .

ـ يكتفىٰ الآن في بيع العقارات بذكر رقم المحضر ، دون ذكر حدوده الأربعة ، بسبب إنشاء السجلات العقارية ، لأنه أصبح ذكر الحدود عبثاً . واستقر الاجتهاد القضائي على حصول التسليم بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري ، وبه تنتقل تبعة ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري ، أخذاً بتطور الأساليب التنظيمية المحققة للمراد ، بدلاً من التسليم الفعلي للعقار الذي كان لابد منه .

خامساً ـ إذا تعارض العرف مع القياس ، فأيُّهما يُرَجَّح؟

إذا وقع تعارض بين القياس والعرف ، يترك بالاتفاق الحكم القياسي للعرف ، ولو كان عرفاً حادثاً ، إذا كان عرفاً عاماً ، لأن العرف حينئذ غالباً دليل الحاجة ، فهو أقوىٰ من القياس ، ورعايته هي المصلحة ، لأنه أمارة الحاجة[1] . وهو استحسان في اصطلاح الحنفية ، لأن الاستحسان يشمل عندهم القياس الخفي في مقابلة القياس الجلي ، والعمل

---

(١) رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص١٠١ـ١٠٢ ، المدخل الفقهي العام للزرقاء : ف٥٣١ـ٥٣٣ .

بدليل خاص من نص أو إجماع اتفاقي أو عملي أو ضرورة أو حاجة ، ويسمىٰ ذلك أيضاً استحساناً عند المالكية .

وأمثلة ذلك :

ـ الحكم بطهارة نَجْو (خرء) الحمام ، عملاً بالعرف في المساجد حتى المسجد الحرام ، وترك القياس على نجو الدجاج .

ـ الحكم بصحة الإجارة بشرط لايقتضيه العقد عملاً بالشرط المتعارف ، وترك القياس على البيع بهذا الشرط .

ـ إباحة استقراض الخبز عدداً للتعامل به بين الجيران وإهدارهم التفاوت ، وأخذاً بقول محمد ، وترك قياسه في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف على السلم ، لتفاوته في المقدار والصنعة في عجنه وطحنه وخبزه ، والقياس يترك بالتعامل ، وإن أفتىٰ المتأخرون برأي أبي يوسف في أنه لايجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده .

ـ جواز بيع دود القز والنحل لتعامل الناس به وأخذاً برأي محمد ، وترك قياس ذلك على سائر هوامّ الأرض كالوزغ والضفادع .

ـ قبض الأب أو الجد عند عدم الأب مهر البنت البكر البالغة ، للعرف والعادة ، مالم تنه عن ذلك ، وترك القياس بعدم جواز دفع الدين لغير صاحبه إلا بولاية أو وكالة .

سادساً ـ هل يعتبر العرف إذا تعارض مع قواعد الشريعة العامة؟

العرف في رأي بعض العلماء[1] عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً ، وإنما هو مجرد قاعدة فقهية كلية ، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، وتيسير التكاليف ، ولأنه يترتب عليه كثير من القواعد المستنبطة ، كقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) ، وقاعدة (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) ، وقاعدة (تترك الحقيقة تترك بدلالة العادة أو الاستعمال) وغير ذلك .

فإذا تعارض العرف مع قاعدة فقهية كلية ، مثل قاعدة (سد الذرائع) ، القائمة على مبدأ (مآلات الأفعال مقصودة ومعتبرة) أو مع دليل الاستحسان أو الاستصلاح ، حينما

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف : ص١٠٢ .

لايوجد حكم مشابه مقيس عليه ، فالحكم المتبع هو الحكم السابق المقرر في حال التعارض مع القياس ، تترك القاعدة أو الاستحسان أو الاستصلاح إذا كان العرف عاماً ، لعموم الحاجة ، ورعاية المصلحة العامة ، ولأن (العادة محكَّمة) (م/٣٦ مجلة) واستعمال الناس حجة يجب العمل بها (م/٣٧) والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ، والعرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص ، كما ذكر ابن الهمام[١] .

المحور الرابع ـ القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة :

شرح قواعد العرف والعادة بإيجاز :

هناك إحدىٰ عشرة قاعدة تتعلق بالعرف والعادة وهي مايأتي[٢] :

---

(١) فتح القدير ٦/١٥٧ الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٨٠ـ٩٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص١٠١ـ١١٢ ، ط دار الفكر بدمشق .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف٦٠٤ـ٦١٤ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط : ص٩٤ـ١٠٢ .

١ـ (العادة محكمة) (م/ ٣٦) :

العادة في هذه القاعدة تشمل العرف بنوعيه اللفظي والعملي ، ومعنىٰ القاعدة : أن الشرع الحكيم اعتبر العادة في بناء الأحكام عليها ، عامة كانت أو خاصة ، وجعلها دليلاً على الحكم فيما لانص فيه ، ومرجعاً للناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل .

وكونها محكَّمة : معناه حكَّمها الشرع ، وجعل العادة تستمد قوتها من الشرع .

وهذه القاعدة تبين مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية .

٢ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م/ ٣٧) :

هذه القاعدة في معنىٰ أصلها (العادة محكّمة) وتشمل العرف اللفظي والعملي ، فوضع اليد على شيء ، والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً .

وأجر المكلف بشراء شيء يقدر بتعامل أهل السوق ، فإن لم يكن له أجر فلا أجر له[1] .

---

(١) شرح المجلة للأستاذ علي حيدر (م/ ٣٧) .

٣ـ (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) (م/ ٤١) :

تدل هذه القاعدة على أحد شروط العرف وهو شرط الاطراد أو الغلبة ، فهي قيد في قاعدة (العادة محكمة) . فلفظ الدراهم ينصرف إلى نقد البلد الذي تم فيه التعاقد ، فإن اضطربت العادة ، فوجب البيان ، وإلا بطل العقد .

٤ـ (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) (م/ ٤٢) :

تعبِّر هذه القاعدة أيضاً عن أحد شروط العروف ، وهو الغلبة ، فهي بمعنىٰ القاعدة السَّابقة ، فتعيين سن الحضانة للولد والفتاة مبني على الشائع المتعارف في إمكان استغناء الصبي بنفسه في الملبس والمأكل والاستحمام وغيرها ، واستغناء الفتاة ببلوغها تسع سنوات .

٥ـ (الحقيقة تترك بدلالة العادة) (م/ ٤٠) :

أو (تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال) وهي خاصة بالعرف اللفظي ، ومعناها : أن اللفظ المستعمل في غير معناه الحقيقي ، إذا أطلق أريد به المعنىٰ العرفي لا الحقيقي ،

وأكثر استعمال هذه القاعدة في الأعراف الخاصة بأهل الحرف ، فلهم اصطلاحات خاصة ، وكذلك الأعراف الإقليمية ، فمن اشترىٰ خبزاً ، انصرف إلى الخبز المستعمل في مكان العقد ، كمصر أو سورية ، وهو خبز البر (الحنطة) .

٦ـ (الكتاب كالخطاب) (م/ ٦٩) :

تدل هذه القاعدة على أحد أسس العرف اللفظي ، وهو أن الكتابة تقوم في العرف مقام الكلام .

٧ـ (الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان) (م/ ٧٠) :

هذه القاعدة أيضاً في معنىٰ القاعدة السَّابقة ، وأن الإشارة المفهمة من الأخرس تقوم مقام بيان المتكلم الناطق . ويبني الفقهاء عليها أحكاماً في التعبير عن الإرادة العقدية ، فإن إشارة الأخرس الواضحة تدل على مراده ، وتكفي في إبرام العقد ، سواء كان بيعاً أو زواجاً ، لكن لاتعتبر إشارة الأخرس في إثبات موجب الحدود ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

٨ـ (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (م/ ٤٣) :

معنىٰ القاعدة : أن ماثبت عن طريق العرف يكون كالمشروط في نص العقد ، وهي تشمل جميع الناس . فمن تنازغ مع عاقد آخر في كيفية الانتفاع بالأعيان المؤجرة أو المستعارة ، حكم في نزاعه ، وتعين المراد بالعرف العملي .

٩ـ (التعيين بالعرف كالتعيين بالنَّص) (م/ ٤٥) :

هذه في معنىٰ القاعدة السَّابقة ، فمالم يرد فيه نص شرعي ، ولم يذكر في العقد تصريح به ، احتكم فيه إلى العرف الذي تعامل الناس به ، واشتهر فيما بينهم ، فيصبح المتعارف عليه في حكم التعيين بالنص . ويعبر عنها بلفظ آخر : (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي) .

١٠ـ (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) (م/ ٤٤) :

معنىٰ هذه القاعدة هو معنىٰ القاعدتين السابقتين ، إلا أنها واردة في اعتبار العرف الخاص القائم بين التجار وأرباب الحرف والصنائع و بلد معين ، فإن لهذا العرف العد لي سلطاناً

حاكماً كالعرف العام ، لكنه يقتصر على المتعاملين به دون سواهم .

١١ـ (لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) (م/ ٣٩) :

تقدم الكلام عن هذه القاعدة تفصيلاً وعن مجالها ، وأمثلتها ، ومعناها : أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف الذي بنيت عليه ، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . فإذا جرىٰ العرف بدفع كامل الصداق قبل الدخول ، ثم تغير العرف بتعجيل بعض الصداق وتأجيل بعضه الآخر ، عمل بالعرف الحادث ، وأهمل العرف السابق .

أمثلة تطبيقية للعرف :

أذكر هنا طائفة مهمة من الأمثلة ذات صلة بالحياة العملية[1] وهي مايلي :

ـ تحكيم العرف في متاع البيت (الجهاز) الذي تم شراؤه قبل الزفاف : فإن مقتضىٰ العرف هو أنه للزوجة ، ولايلتفت

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢١ ، ١٣٤ ومابعدها .

لادعاء الزوج أنه ملكه مالم يثبت ذلك .

ـ دخول العلو في بيع المنزل ، وإن لم ينص في العقد على دخول حقوق المنزل ومرافقه ، بناء على العرف .

ـ الاستصناع عقد جائز شرعاً وعرفاً ، للحاجة إليه ، مع أنه بيع لمعدوم عند التعاقد .

ـ أجاز المالكيَّة وشمس الأئمة الحلواني من الحنفية بيع الثمار على الأشجار إذا ظهر بعضها ، ولم يظهر البعض الآخر ، كالبطيخ والباذنجان والعنب ونحوه للتعامل به عرفاً للضرورة ، مع أن بعضها بيع لمعدوم .

وخالفهم في هذا الحكم الشافعية والحنابلة ، والحنفية في ظاهر المذهب وأفتىٰ ابن عابدين بالجواز .

ـ شراء بعض الحاجات ، كالساعة والمذياع والغسالة والثلاجة ؛ مع ضمان إصلاحها عند العطب غير الكسر مدة معينة مجاناً ، هذا جائز أخذاً بمقتضىٰ العرف العام في مقابلة نص حديث (نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط)[1] . وجوازه عند

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن ، وصححه الترمذي ، وابن خزيمة والحاكم ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد ، عن =

الحنفية في باب الشروط . والحق أن العرف العام ليس بقاضٍ على الحديث ، بل على القياس ، كما قال ابن عابدين لأن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به ، وهو قطع المنازعة ، والعرف مانع للنزاع ، فكان موافقاً معنىٰ الحديث ، ولم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاضٍ عليه .

ـ ألفاظ الواقفين مبنية على عرفهم السائد في زمانهم .

ـ أباح محمد بن الحسن رحمه الله وقف المنقول مستقلاً عن العقار إذا تعارفه الناس ، مع أنه منافٍ في رأي الحنفية لمقتضىٰ الوقف في كونه مؤبداً .

ـ وجوب الدية في القتل الخطأ على العاقلة (العصبات أو الديوان) روعي فيه عرف العرب ، مع أن المتبادر إلى الذهن هو إلزام القاتل بها ، لأنه المباشر للقتل .

ـ اعتبار الكفاءة في الزواج ، روعي فيه عرف العرب أيضاً ، مع أن الناس سواء ، للحفاظ على مستقبل الحياة الزوجية ، لأن الناس يزدرون عادةً من دونهم .

= النَّبي ﷺ « أنه نهى عن بيع وشرط ، البيع باطل ، والشرط باطل » (نصب الراية ٤/ ١٧ ، سبل السلام ٣/ ١٦)

المحور الخامس ـ تعارض العرف مع أقوال الفقهاء :

يشمل هذا المحور البحث في مسائل ثلاث :

١ـ هل يترك ظاهر الرواية عند الحنفية لعرف معارض له؟

إذا عارض العرف ظاهر الرواية (الرواية الراجحة المعتمدة في مذهب الحنفية) وكان في المذهب قول ضعيف يوافق العرف ، هل يترك ظاهر الرواية في هذه الصورة؟

يرىٰ بعض الحنفية كصاحب القنية : أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ، ويتركا العرف . وهذا يعارض ماصرح به أئمة الحنفية بأن الرواية إذا كانت في كتب ظاهر الرواية لايعدل عنها إلا إذا صحح المشايخ غيرها ، لأن ظاهر الرواية قد يكون مبنياً على صريح النص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، ولا اعتبار للعرف المخالف للنص ، لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص ، كما قاله ابن الهمام . وقال ابن نجيم في الأشباه : العرف غير معتبر في المنصوص عليه[1] .

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥ .

لكن رجح ابن عابدين في رسائله العمل بالعرف مع معارضة ظاهر الرواية قائلاً : إن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكون ضرره أعظم من نفعه[1] . وموضع مقالة الحنفية السابقة : إذا لم يقتض العرف غير ظاهر الرواية ، أما إذا اقتضىٰ غيره ، وجب العدول إليه ، لأن يكون حينئذٍ هو رأي صاحب ومقتضى قواعده .

وقد رجح الحنفية المتأخرون المرجوح من المذهب الذي يؤيده العرف ، ومنه : أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : إن العقار لايتحقق غصبه ، فلا يضمن بالهلاك ، وخالفهما محمد وزفر والأئمة الثلاثة ، وهذا الرأي مرجوح وجهاً ، ومع ذلك أفتوا به في عقار الوقف واليتيم إذ فيه صيانة مالهما عن العبث والضياع .

ـ أفتىٰ الحنفية بقول الصاحبين بتضمين الأجير المشترك إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه ، لتغير أحوال الناس ، بحيث لاتحصل صيانة أموالهم إلا به . وهذا مخالف لترجيح

---

(١) المرجع السابق ٢/ ١٣١ .

المتأخرين قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد : وهو أنه لايضمن الأجير المشترك بهلاك المتاع عنده ، سواء أكان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ، أو لا كالحريق الغالب .

ـ وأفتىٰ الحنفية بقول الصاحبين بصحة عقد المزارعة ، خلافاً لتقويتهم لمذهب أبي حنيفة من حيث الدليل ، قائلين : الفتوىٰ اليوم على قول الصاحبين ، لتعامل الناس بها .

بل إن ابن عابدين نقل نقولاً دالة على اعتبار العرف الخاص ، وإن خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ، مالم يخالف النص الشرعي ، وكيف يصح أن يقال : لايعتبر العرف الخاص مطلقاً ، مع أن كل متكلم إنما يقصد مايتعارفه[1] .

ويؤيده قول القرافي : والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .

٢ـ هل يؤخذ في مذهب برأي في مذهب آخر يوافق العرف ، وهل يعد ذلك عدولاً عن المذهب أو من قبيل تغير الحكم بتغير العرف؟

---

(١) المرجع السابق ٢/ ١٣٠ـ١٣٣ .

الاتجاه السائد هو استقلال المذاهب ، ويراعىٰ الخلاف على سبيل الندب ، فإن وجد عرف موافق للمقرر في مذهب فقهي آخر ، عمل بالعرف إذا كان عاماً ، ولو عارض الدليل الشرعي .

فإن لم يعارض الدليل الشرعي ، كان العرف قاضياً على النص الفقهي ، سواء أكان العرف خاصاً أم عاماً ، كصيغ الالتزامات وقرائن الأحوال العرفية ، والمعيار فيما لم ينص عليه من أموال الربا .

ومن هذا ، أن المنصوص عليه في كتب المذهب الحنفي : حلول الثمن مالم ينص على تأجيله ، ومع ذلك ذكر في الأشباه لابن نجيم : أنه لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل خميس أو جمعة قدراً معلوماً ، انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط .

٣ـ هل يكون تغير الحكم بناء على تغير العرف واجباً أو جائزاً ، أو يفتي بآراء الفقهاء القديمة؟

يتبين من كلام الفقهاء في حجية العرف أن المفتي والقاضي يجب عليه العمل بالعرف الجديد الذي توافرت

شرائط اعتباره ، ويترك العرف القديم ، فلا يفتي برأي فقيه قديم مخالف لعرف مستقر ، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، ويواكب الحاجة والمصلحة ، وقد تقدم قول القرافي : (الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين ، والسلف الماضين)[1] .

وقال ابن القيم : كل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل[2] .

يتبين مما سبق أن العمل بالعرف يعد مثالاً واضحاً على مرونة أحكام الشريعة الإسلامية وخصوبة الفقه الإسلامي ، مما يؤهله لاحتلال مكان الصدارة بين أنواع الفقه العالمية .

* * *

---

(١) الفروق ١/ ١٧٧

(٢) أعلام الموقعين ٣/ ١٤ . ط محيي الدين عبد الحميد .

المحتوى

تقديم ٥
المحور الأوَّل: حقيقة العرف والعادة وأقسامها ٦
حقيقة العرف والعادة وأقسامها ٧
تعريف العادة لغة واصطلاحاً عند الأصوليين ٨
هل هناك فرق بين العرف والعادة، وما هو ؟ ٩
منشأ العادة والعرف ١١
الفرق بين العرف والإجماع ١٢
العرف باعتبار الموضوع ١٢
العرف باعتبار إطاره ١٤
المحور الثاني: مدى اعتبار العرف وأقسامه ١٧
مدى حجية العرف أو سلطانه عند الفقهاء ١٧
أدلَّة اعتبار العرف ١٨
هل يؤثِّر العرف اللفظي في الأحكام الشرعيَّة ؟ ٢٤
هل يعتبر العرف العملي في الأحكام الشرعيَّة ؟ ٢٧

هل يعتبر العرف الخاص والعام كلاهما أو العرف العام فقط ؟ ٣١
مدى عدم اعتبار العرف الخاص عند جمهور العلماء ... ٣٢
المحور الثالث: شروط اعتبار العرف والعادة والطريق عند تعارضهما مع النصوص الشرعية ٣٥
ما شروط اعتبار العرف ؟ ٣٥
ما حكم العرف عند تعارضه مع النص العام بحيث يستلزم العمل بالعرف تخصيص ذلك النَّص ؟ ٤١
ما أثر تغيُّر الأعراف على النصوص الشرعيَّة ؟ ٤٦
إذا تعارض العرف مع القياس، فأيُّهما يُرجَّح ؟ ٥٢
هل يعتبر العرف إذا تعارض مع قواعد الشَّريعة العامة ؟ . ٥٤
المحور الرَّابع: القواعد الفقهيَّة المتعلقة بالعرف والعادة ٥٥
أمثلة تطبيقية للعرف ٦٠
المحور الخامس: تعارض العرف مع أقوال الفقهاء ... ٦٣
المحتوى ٦٩

* * *