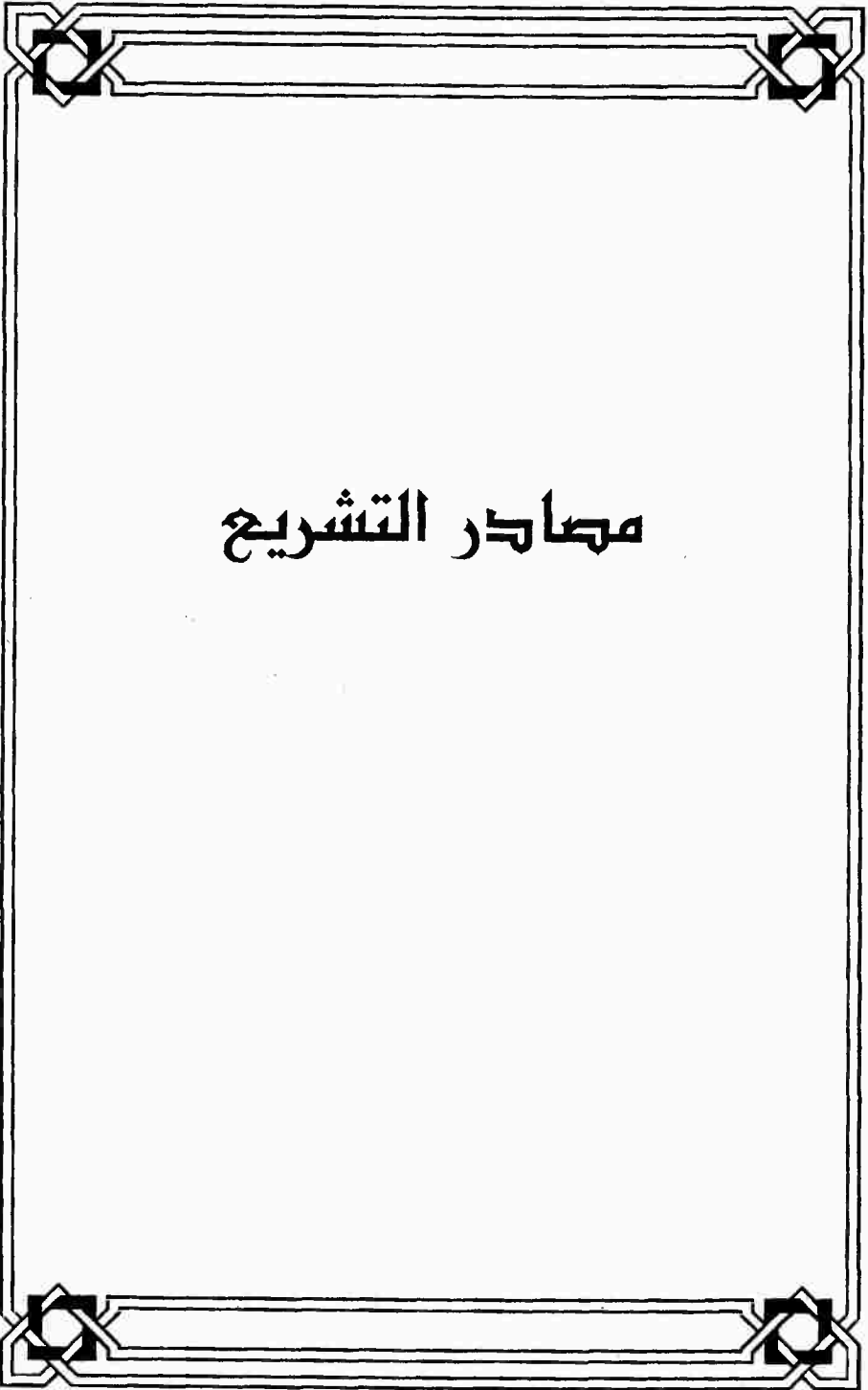




مصادر التشريع



**العرف والعادة
في ميزان الإسلام**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ 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 الكبرى ، نظراً لاعتماد الفقهاء عليه في تأصيل كثير من الأحكام الشرعية ، واحتكام الناس إليه في العقود والمعاملات والمسائل التجارية والزراعية ، مع غموض أدلة اعتباره في الشريعة الإسلامية ، وظهور قواعد فقهية كلية تقرره وتحيل عليه ، حتى استقر في الأذهان أنه أحد مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص عليه ، وذلك يواكب ما استقرت 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 الآتية :

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 اللبس
 والإشكال^(١) .

* * *

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

المحور الأول

حقيقة العرف والعادة وأقسامها

يتناول هذا المحور عدة مسائل لا بد من بيانها ، لتحقيق تصور أولي واضح عنها ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، وهي تبحث فيما يأتي :

١- حقيقة العرف والعادة وأقسامها :

يطلق العرف لغة على معانٍ : هي المؤلف المستحسن ، وأعلى الشيء ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ ﴾ [الأعراف : ٤٦] والتابع ، ومنه قوله سبحانه : ﴿ وَالْمُرْسَلَتِ 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 معنى 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 مقدّم ومؤخر ، وتعارفهم أكل الأرز أو البُرِّ ، أو لحم البقر والضأن .

والعرف القولي : مثل تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر ، دون

الأنثى ، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك ، وإطلاق لفظ (الذّابة) على الفرس فقط .

وعرفه الجرجاني والغزالي وغيرهما^(١) بأنه : ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطّباع السّليمة بالقبول .

٢- تعريف العادة لغة واصطلاحاً عند الأصوليين :

العادة في اللغة : مشتقة من العود ، أي : التكرار ، وهي الدأب والاستمرار ، فكل ما اعتيد حتى صار يفعل من غير جهد ، فهو عادة ، ومنه قوله تعالى : ﴿ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا . . ﴾ [المجادلة : ٣] .

واصطلاحاً : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية^(٢) . والعلاقة العقلية : هي التي يحكم فيها العقل بالتكرار ، فهو تلازم عقلي ، وليس عادة ، مثل تكرار حدوث الأثر بحدوث المؤثر ، كتحرك الخاتم بتحريك الأصبع ، وتبدل مكان الشيء بحركته . فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر ، لأن العقل يحكم به ، بسبب وجود التلازم والارتباط بين العلة والمعلول .

٣- هل هناك فرق بين العرف والعادة ، وما هو ؟ :

يرى بعض الأصوليين : أن العرف والعادة مترادفان ، مثل النسفي الحنفي ، وابن عابدين ، والرهاوي في شرح المنار ، وابن نجيم في

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

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

الأشباه والنظائر^(١) ، فهما بمعنى الأمر المستقر في النفوس من قول أو فعل ، الذي تلقته الطُّبَاع السَّليمة والعقول بالقبول ، لافرق في ذلك بين ماكان للعقل مدخل في الحكم عليه ، كأقل الحيض أو أكثره . وهذا في تقديره اتجاه نظري بحث ، ناشئ من المفهوم اللُّغوي والاصطلاحي معاً واتحاد الحكم المبني عليهما .

ويرى أصوليون آخرون كابن الهمام والبزدوي وصاحب التلويح^(٢) : أن العرف أعم من العادة فالعرف يشمل القولي والعملي ، والعادة تقتصر على العرف العملي فقط .

وفريق ثالث يرون : أن العادة أعم من العرف كابن أمير الحاج ومن وافقه من المحدثين كالشيخ أحمد فهمي أبي سنة^(٣) ، فهي تشمل ما كان مصدره العقل ، كتحرك الخاتم بتحرك الأصبع ، أو الطبيعة كالحيض والحمل وحرارة البلد وبرودته ، وما ليس 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 المعنى اللغوي ، وإطلاق اللفظ على معنى معين . وهذا صحيح في أصل الإطلاق ، فكل استعمال

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

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

(٣) التقرير والتحجير ١٨٢/١ ، العادة والعرف في رأي الفقهاء لأبي سنة : ص ١٠ ، ١٣ .

معين ، في أصل اللغة ، والاتجاه الثالث في تحديد المعنى أدق ، وهو أن العادة أعم من العرف .

أما في مجال علم أصول الفقه الذي ينظر فيه إلى مدى بناء الأحكام على الشيء أو الدليل ، فإن الاتجاه الأول أولى ، 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 - العادة الناشئة من اعتياد الناس سلوكاً معيناً في تنظيم علاقة ما ، والثاني - 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^(١) .

٤- الفرق بين العرف والإجماع :

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

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

أما العرف : فهو سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص ، فهو لهذا أشبه بالسيره ، ولا يشترط فيه الاتفاق ، ولا يتطلب 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^(١) .

٥- العرف باعتبار الموضوع :

للعرف أنواع باعتبارات مختلفة ، إما بحسب موضوعه ، فينقسم إلى عرف لفظي وعرف عملي ، وإما بحسب إطاره ، فينقسم إلى عرف عام وعرف خاص ، وإما بحسب اعتباره شرعاً وعدم اعتباره ، فينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد^(٢) .

التقسيم الأول - بحسب موضوعه :

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

فالعرف اللفظي : ما شاع بين الناس في استعمال لفظ في معنى 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 الفضة ، في كل وقت وبلد ، وإطلاق لفظ

(١) أصول الفقه الإسلامي ، أ . د هبة الزحيلي ٨٢٩/٢ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط : ص ٣١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٩٢ ، المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ٤٨٦-٤٩٠ ، أصول الفقه د . هبة الزحيلي : ٨٢٩/٢-٨٣٠ .

« الولد » على الذكر بينما يطلق في اللغة على الذكر والأنثى ، وإطلاق لفظ (اللحم) على لحم البقر والضأن ، دون لحم السمك ، مع أن معناه في اللغة يشمل جميع أنواع اللحم ، وإطلاق لفظ (البيت) على الغرفة ، أو (بيت الحجر) ، وفي اللغة يطلق على المنزل ، حتى خيمة الشعر عند البدو . وإطلاق المرأة على الحرة ، وفي اللغة تشمل الحرة والأمة .

والعرف العملي : ما اعتاده الناس من الفعال العادية كالأكل والشرب والزرع ، والمعاملات المدنية ، كبيع 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 ، ييسر وسهولة ، ويقيم جسور ارتباط وانتفاع في العلاقات الاجتماعية .

٦- 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 ، كإستصناع في كثير من الحاجات من البسة 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 الساقطة من الأشجار في الطرقات العامة .

والعرف الخاص : هو الذي يختص ببلدة معينة أو فئة من الناس كأهل

حرقة ما ، دون غيرها . وهذا يتجدد بتجدد الأزمنة ، كعرف التجار فيما يعد عيباً يجيز الفسخ أو الرد ، 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 الدعوى في المحكمة .

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

٧- العرف بحسب إقرار الشرع واعتباره أو عدم إقراره :

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

العرف الصحيح : هو ما اعتاده الناس ، دون أن يصادم الشرع ، فلا يحرم حلالاً ، ولا يحل حراماً ، كتقديم عربون في عقد الاستصناع ، وتقديم هدايا الخطوبة ، وتعارف الناس أن الزوجة لا تنتقل 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 ما اعتاده الناس ، ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً ، كتعارفهم بعض العقود الربويّة والتعامل مع المصارف الربويّة بفائدة ، واختلاط النساء بالرجال في المناسبات العامة ، وتقديم الخمر في الأعياد ، ومنها رأس السنة الميلادية ، وعيد الميلاد بالنسبة لبعض

المسلمين ، والرَّقص والغناء الماجن في الأعراس ، وتختم الرجال بالذَّهب في الخطبة والزواج تقليداً للغربيين ، والدَّعاية للأفلام السينمائية والمطاعم والتمثيليات والمسارح بصور نسائية خليعة ، ونحو ذلك مما يصادم أدلة الشريعة أو قواعدها الأساسيّة .

* * *

المحور الثاني

مدى اعتبار العرف وأقسامه

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

١- مدى حجية العرف أو سلطانه عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، وتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم ، واعتمدوه مستنداً في كثير من الأحكام العملية ، وفي فهم النصوص الشرعية ، بتقييد إطلاقاتها ، وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية ، والتعزيرات الجزائية ، والسَّير أو العلاقات الخارجية . مثلاً يتحدد المراد بالفاظ القذف بالتعريض أو الكناية بحسب أعراف الناس ، وتقدر العقوبة التعزيرية بحسب ما يحقق الغاية أو الهدف منها في زجر الجناة وردع المجرمين .

وكثيراً ما تفسر بعض الألفاظ القرآنية بالمعاني العرفية ، مثل تفسير الصعيد في قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [المائدة : ٦] بأنه في رأي الحنفية : كل ما هو من جنس الأرض وهو التراب والرمل والجص والكحل ، وهو كل ما يصعد على وجه الأرض ، والطيب : هو الطاهر ،

وخصصه الشافعية بالتراب فقط ، والطَّيْب : هو المنبت . قال ابن عابدين : واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلاً^(١) .

أدلة اعتبار العرف :

استدل العلماء على حجية العرف بالكتاب والسنة والإجماع والقياس أو المعقول :

أما الكتاب : فأيات كريمة ، منها قول الله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف : ١٩٩] فالله تعالى أمر الناس باتباع العرف ، والواقع أن المراد بالعرف في الآية هو المعنى اللُّغوي : وهو الأمر المستحسن المعروف ، وليس المراد به المعنى الاصطلاحي الفقهي ، ولكن يستأنس بذلك في تأييد اعتبار العرف بالمعنى الاصطلاحي .

والمعنى اللُّغوي أعم من المعنى الاصطلاحي ، بدليل أن العرف ينقسم - كما أبان الشاطبي^(٢) - 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 تعالى مقدار نفقة المرضعة والزوجة ، ومقدار المتعة ، ومقدار كفارة اليمين بالإطعام إلى العرف في الآيات الآتية ، فنفقة المرضعة في آية : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

(٢) الموافقات ٢٠٩/٢ .

ونفقة الزوجة في آية : ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .
ومقدار متعة المطلقة في آية : ﴿ وَمَتَعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ
مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] . ومقدار طعام الكفارة في
آية : ﴿ فَكَفَّرْتَهُ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ
كِسْوَتُهُمْ... ﴾ [المائدة : ٨٩] .

وأما الشئ فإنه استدلوا بحديثين :

الأول - مارواه ابن مسعود موقوفاً عليه : « ما رآه المسلمون حسناً ،
فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ »^(١) وفي
رواية أبي داود الطيالسي « قبيحاً . . وقبيح » عوض « سيئ » أي
ما استحسنته المسلمون وتعارفوه ، يكون عند الله أمراً حسناً . وقد يصلح
هذا الأثر دليلاً على حجية الإجماع أيضاً ، لأن العرف يصلح أن يكون
مستنداً للإجماع .

والثاني - قول النبي ﷺ لهند زوج أبي سفيان ، حينما شكت إليه بخله
بالنفقة : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »^(٢) .

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

وأما الإجماع : فإن الشاطبي^(٣) استدل بإجماع العلماء على أن
الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس ، وإذا كان ذلك

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

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

(٣) الموافقات ٢/ ٢١٢ .

كذلك ، فوجب اعتبار 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 .

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 الناس ، والتكليف بما لا قدرة فيه للمكلف تكليف بما لا يطاق .

ثم إن الأئمة استدلوا على حجية العرف بالإجماع العملي (أي التعامل العام من غير نكير) . ودلالة الإجماع استدل بها الحنفية على أحكام كثيرة ، مثل العفو عن قدر الدرهم من النجاسة المغلظة ، وجواز بيع الثمار التي لم يبدؤ 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^(١) .

وأما القياس أو المعقول : فإن العلماء استدلوا على حجية العرف بأدلة كثيرة ، منها الاستقراء : وهو أن من يتتبع فروع الشريعة الإسلامية ، يجد أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام ، وذلك كييع السلم والعرايا^(٢) والمضاربة ، وكل ما كان صالحاً

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ص ٣٩٣٢ .

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

للبقاء في ظل الإسلام ، وألغى مالىس صالحاً للبقاء ، كعقود الربا والغرر .

ومنها : أنه لولا اطراد العادات ، لما عرف الدين من أصله ، فضلاً عن تعرف فروعه ، فوجب اعتبارها في الأحكام ، لأنه كما ذكر الشاطبي لايعرف الدين إلا بالنبوة ، والنبوة لاتعرف إلا بالمعجزة ، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة المطردة ، فلولا اعتبار العادة ، لما اعتبر الخارق لها^(١) .

ومنها : أن العوائد الجارية لا بد من أن تكون ضرورية الاعتبار ، لأنه لا يستقيم التكليف إلا باعتبارها ، بدليل أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ، ولهذا شرعت عقوبات القصاص والحدود^(٢) . ودلت العادة أيضاً على أن البذر سبب لنبات الزرع ، والزواج سبب للنسل ، والتجارة 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)^(٣) .

٢- 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

(١) الموافقات ٢/٢٠٦ .

(٢) المرجع السابق ٢/٢١١ وما بعدها .

(٣) فتح القدير ٦/١٥٧ .

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 لمعنى آخر ، فصارت الحقيقة العرفية هي المقصودة باللفظ ، وتركت الحقيقة اللغوية^(١) ، لذا قال فقهاء الحنفية : (العرف قاضٍ على اللغة) فينقذ البيع بلفظ الماضي ، مثل : بعث واشترت باتفاق الفقهاء ، وقال المالكية : ينقذ البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة^(٢) .

وجاء في المجلة : (الحقيقة تترك بدلالة العادة) (م / ٤٠) . وقال ابن عابدين في رسائله^(٣) : (يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع) .

وتطبيقات ذلك كثيرة :

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

- ألفاظ الوقف تبنى على العرف ، مثل تعيين ناظر على الوقف ، أي

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

(٢) وقال 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 ، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود ، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات ، تنقيح الفصول للقرافي : ص ١٩٤ .

(٣) ١٣٣/٢ .

- المتولي إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق ، بحسب عرف القدماء .
 وكلمة (على الفريضة الشرعية) يراد بها إعطاء الذكر ضعف الأنثى .
 - البيع بضمن رمزي يعد هبة ، والهبة بعوض معلوم : بيع . وبيع الثمار
 على الأشجار بلفظ التضمنين أول الضمان في بلاد الشام : بيع .
 - قد يعبر العامة عن شرط البراءة العامة عن العيوب في بيع السلعة
 كالسيارة ونحوها بعارة : (حاضر حلال) فيعمل بذلك .
 - وتدخل توابع المبيع في البيع كأدوات تصليح السيارة ، ومضخة
 استخراج الماء ، وآلات غلي الماء في الحمام .
 - والوصية بثمرة البستان تجعل للموصى له الثمرة الموجودة ،
 لا المعدومة .
 - وتراعى 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 ما يترتب 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
 هاهنا^(١) .

٣- 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

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام : ص ٧٣ .

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 والسنة .

ويكون المعول على العرف ، لذا قال الحنفية وغيرهم كالمالكية : (العادة محكمة) (م/٣٦ مجلة) و (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) (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 الحلف على ترك أكل اللحم ينصرف إلى اللحم المعتاد في البلد ، كلحم البقر أو الضأن ، ولا يشمل لحم السمك . والحلف على عدم الركوب يشمل ما يعتاد ركوبه في كل عصر .

وتتحدد حمولة الدابة أو السيارة نوعاً ومقداراً بحسب العرف السائد . ونفقة الزوجة تقدر بحسب حال الزوجين ، غنى وفقراً ، وبحسب أحوال المعيشة السائدة .

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

وفي عقود الأمانة كالإيداع والإعارة ، يضمن الوديع الوديعة ، والمستعير العارية ، إن أودعها الوديع عند من لا يحفظ ماله عنده عرفاً

(١) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٤٩٧ .

وعادةً ، فتلفت ، كحفظ الخاتم النفيس عند الخادم ، وإن استعمل المستعير العارية استعمالاً غير مألوف أو غير معتاد ، فتلفت ، يضمنها .

يتبين منه أن عرف الأفعال العادية في الأكل والشرب والركوب واللبس والحفظ والانتفاع يقيد العقود ، ويحدد الالتزامات والضمانات .

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

وانعقاد العقود المالية 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 هذا مدى 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 ، وتراعى أعرف 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 ،
ولا يعد ذلك تعطيلاً للنص ، بل يبقى النص ، معمولاً به في مشتملاته
الأخرى التي يتناولها عمومها ، ويكون ذلك إعمالاً للعرف والنص معاً .

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

لا فرق 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 معينة كالتجار
والصناع والزراع ، يتعاملون بموجبه ، أو يتعارفه أهل بلد أو بلدان معينة
دون سواها .

لذا يُعد العرف الخاص كالعرف العام في بعض الأحيان ، لكن العرف
الخاص أضعف قوة من العام ، لذا نص الحنفية^(١) على أن العرف العام
يترك به القياس ، ويصلح مخصصاً للدليل الشرعي ، مثل عقود
الاستصناع والإجارة والسلم والمعاطة ودخول الحمام دون تقدير مقدار
الماء ومدة البقاء فيها ، والشرب من أيدي السقّائين 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 حكمه بأهل ذلك
العرف ، وأما العرف العام ، فيثبت حكمه على أهل كل البلد . ولا يُعد

(١) رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ ، ١٣٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٨٦ .

العرف الخاص إذا عارض نصاً شرعياً ، ولا يترك به القياس ، ولا يخص به الأثر ، بخلاف العرف العام^(١) ، 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^(٢) .

٥- مدى عدم اعتبار العرف الخاص عند جمهور العلماء :

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

إن العرف الخاص لا يفيد 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 كلها ، وأن العرف الخاص لا يعتبر عندهم إلا إذا قررته السُّنة ، فإنه يعتبر حينئذ .

أما مشايخ بخاري وبلخ وخوارزم وأبو الليث وأبو علي النسفي : فقالوا باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً ، ولذلك أفتوا بجواز كثير من المعاملات التي يمنعها الدليل ، فأفتى مشايخ بلخ بجواز كثير من

(١) رسائل ابن عابدين ١٢١/٢ ، ١٣٢ ، وما بعدها .

(٢) المرجع السابق : ١٣٢/٢ .

المعاملات التي يمنعها الدليل ، فأفتى مشايخ بلخ بجواز استئجار الحائك في الغزل ببعض ما يخرج من عمله ، مع أنه ممنوع ، بدلالة نهيه ﷺ عن قفيز الطحان ، لكنه حديث ضعيف .

والجمهور الذين رفضوا اعتبار العرف الخاص المختلف على اعتباره : إنما هو العرف الذي جعل دليلاً على الحكم ظاهراً ، والذي قالوا عنه : إنه يخصص الدليل وبقيدته ، أي إنه العرف القاضي على الأدلة والنصوص الشرعية فقط ، وهو ما يكون دليلاً على الحكم ظاهراً ، فإذا وجد النص بخلاف العرف الخاص ، فلا يصلح ناسخاً للنص ، ولا مقيداً له ، وأما ما عدا 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^(١) .

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

قال ابن عابدين^(٢) : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص ، وهذا يفيد أن عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص بخلافه لا يصلح ناسخاً للنص ، ولا مقيداً له .

* * *

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة : ص ٥٨-٦١ ، الأشباه لابن نجيم : ص ٤١ .

(٢) رد المحتار ٤/٤١ .

المحور الثالث

شروط اعتبار العرف والعادة والطريق عند تعارضهما مع النصوص الشرعية

يتناول بحث هذا المحور الأمور الستة الآتية :

١- ما شروط اعتبار العرف؟

إن اعتبار العرف مبنئ للأحكام أو دليلاً وحجة في الشريعة ، يتطلب توافر ضوابط أو شروط أربعة ذكرها علماء الأصول وهي ما يأتي^(١) :

الشرط الأول - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :

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

وهذا الشرط مطلوب في العرف بنوعيه : اللفظي والعملي ، وفي العرف العام والخاص .

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف٥٠٣-٥٠٧ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص٦٨-٥٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص١٠١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص٩٦ .

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

والاطراد أو الغلبة لايتلزمان أن يكون العرف عاماً . ومعناهما هو استمرار العمل به لدى الكل أو الأغلبية ، بمعنى أنه لايتخلف العمل به .

وعلى هذا يكون تقسيم المهر مثلاً في الزواج إلى معجل ومؤجل مطردأ ، إذا جرى عليه أهله في البلد في جميع حوادث الزواج .
وإذا تباع اثنان سلعة بدراهم ، حمل الثمن على الغالب الشائع ، وكانت الغلبة قرينة إرادته ، وقرينة الحاجة إليه باعتباره هو المتعارف .

الشرط الثاني - 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 لا يؤخذ 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 الأنثى

في كلام الواقفين والموصين ، فلو تبدل هذا العرف ، وصار معناه التساوي في الحصص بين الذكر والأنثى ، لا يتبدل 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 ما يعد عيباً في المبيع ، وما يدخل تبعاً في المبيع ، وتقسيط أجره العقار ، ولا يسري العرف الحادث على التصرف السابق . قال السيوطي^(١) :
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 - ألا يعارض العرف تصريح بخلافه :

أي : أنه يعمل بالعرف القائم ما لم يوجد تصريح من المتعاقدين بخلاف مضمون العرف ، فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما جرى عليه العرف ، فإنه يعمل بما اتفقا عليه ، ولا عبرة بالعرف ، لأن من القواعد المقررة أنه : (لا عبرة للدلالة في مقام التصريح) (م / ١٣ مجلة) .

(١) الأشباه والنظائر : ص ٨٧ .

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

وعلى هذا تنقيد الإعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيد بها المعير ، ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد . فإن لم تكن الإعارة مقيدة ، وإنما كانت مطلقة ، تنقيد المستعير بالاستعمال المعتاد المؤلف .

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 - ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة :

ومعناه : أنه لا يجوز أن يصادم العرف نصاً شرعياً في القرآن أو السنة ، 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 الشواطئ ، ونحو ذلك من العادات والتقاليد الفاسدة ، مثل التسوية بين الذكر والأنثى في بعض البلاد الإسلامية ، فلا عبرة لهذه الأعراف الفاسدة .

لكن يستثنى 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 ، ولا يكون العرف حينئذٍ مخالفاً النص الشرعي .

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

٢- 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- 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 المعنى العرفي ، فإن الأصوليين اتفقوا على أن العرف القولي يقضي على اللفظ العام ، لأن العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقة عرفية ، وهي مقدمة في الفهم 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 .

(١) فواتح الرحموت ٣٤٥/١ ، الفروق للقرافي : ١٧٧/١ وما بعدها ، شرح الإسني للمنهاج ١٢٨/٢ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص ٩٠-١٠١ ، المدخل الفقهي للزرقاء : ف ٥١٦-٥٢٣ ،

(٢) وإذا تعارض العرف العملي مع النص العام : فإن الحنفية ذهبوا إلى أن هذا العرف العملي يدل في مفهوم الحنفية على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه ، وفي نزاع الناس عما تعارفوه عسر و حرج ، فالعمل بهما أولى ، مثل عقد الاستصناع يشمل النص النبوي المانع من بيع ما ليس عند الإنسان ، ولكن الناس جميعاً تعارفوا العمل به في كل البلاد ، لحاجتهم إليه ، فيكون هذا العرف مخصصاً للنص .

وإذا حرم الشارع الربا في الطعام ، اقتضت حرمة على الطعام الغالب وهو البر عند الحنفية ، وعمّ كل مطعم عند الجمهور ، عملاً بصيغة العموم .

إلا أن المحققين من المالكية^(١) أيدوا الحنفية في هذا ، فقرروا أن العرف العملي القائم يخصص النص العام ، ويقيد المطلق ، بدليل قولهم : إن المرأة الشريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن قبل ثدي غيرها ، عملاً بالعرف القائم عند نزول الآية : ﴿ وَأُولَٰئِكَ يُضَعْنَ ^طأَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

ثانياً - 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 ، ولا ينسخ النص بالعرف الطارئ ، لأنه يؤدي إلى هدم الشرع وإلغائه .

وعليه تفسر نصوص القرآن والسنة بحسب العرف القائم حين

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

ورودها ، ولا يلتفت لتبدل الأعراف ، مثل الألفاظ الاصطلاحية المتأخرة للفقهاء في تقسيم الحكم الشرعي إلى فرض وواجب ومندوب ومكروه ، ومحظور ، لا يصح تفسير الأوامر والنواهي الشرعية بها . ونصوص الفقهاء ، وألفاظ الواقفين والموصين والبائعين والواهبيين والمتزوجين وإقرارات المقرّين في الصكوك العقدية وشروطها ، لا يصح 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 مدرّس العلوم ، فلا يفسر النص الفقهي القديم بالمعنى المعاصر الحادث بعدئذ .

ثالثاً - تعارض العرف مع النص الخاص :

إذا تولى الشرع معالجة أمر ما بنص خاص ، بقصد بيان فساد أو ضرره ، فنهى 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 معنى^(١) . قال ابن نجيم : المعتبر في بناء الأحكام العرف العام لا الخاص^(٢) .

وذلك مثل إلغاء التبني وتحريمه الذي كان في الجاهلية ، بنص القرآن الكريم : ﴿ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ [الأحزاب : ٥] لا يجوز العودة

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٣ وما بعدها ، المدخل الفقهي للزرقاء : ٥١٠-٥١٣ .

(٢) الأشباه والنظائر : ص ١١٢ وما بعدها ، ط دار الفكر بدمشق .

إليه بعرف طارئ ، ولا يجوز 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 (ما يقع في شبكة الصيد) ، وضربة الغائص
(ما يستخرجه الغواص من اللآلئ) مما كان في الجاهلية ، ونهى 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 تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو
عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] لا يجوز العمل به بعرف جديد .

ومثل نكاح الشُّغار (وهو جعل كل امرأة في زوجين مهراً للآخرى)
الذي نهى عنه النبي ﷺ ، وأبطله الإسلام ، فلا يجوز العمل به بعرف
طارئ ، حادث في بعض البلاد الآن .

رابعاً - ما أثر 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 الأذى وقمع الجريمة ، وحماية الحقوق ، وسريان الإقرار على النفس
دون غيرها (الإقرار حجة قاصرة) والمسؤولية الشخصية أو الفردية عن
عمل كل مكلف أو تقصيره ، وعدم مؤاخذه بريء بذنب السلف أو القريب
أو غيره . ونحو ذلك مما جاءت الشريعة لإقراره ، وإصلاح شؤون الفرد
والمجتمع .

وذلك إلا إذا كان النص معللاً بعلّة ثم تغيرت العلة ، كما امتناع النبي ﷺ عن التسعير بقوله : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر . . »^(١) لأن المسوغ للتسعير لم يتوافر ، وهو مغالاة التجار بالأسعار ، ثم تغير العرف ، فأفتى 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 ، فحينئذ يجوز التسعير بالعرف الجديد .

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

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

قال ابن عابدين : نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان ، فإن الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضاً^(٢) .

وعوامل التغير : إما فساد أو تطور ، أي : فساد الأخلاق ، وتطور أساليب الحياة^(٣) . وأمثلة ذلك ما يأتي :

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

(٢) رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢

(٣) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٥٥٥-٥٤١ .

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

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

- عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة : فإن أبا يوسف ومحمد قررا أنه لا بد من تركية الشهود (أي إظهار عدالة الشاهد وصلاحيته للشهادة بوساطة ثقة) للمحافظة على حقوق الناس وعدم ضياعها ، علماً بأن ذلك مخالف لما قرره أبو حنيفة من أنه يكتفى بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص ، ولم يشترط التركية ، بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة ، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية^(١) ، فنظراً لتغير الزمان وفشو الكذب ، أفتى صاحبان بما يخالف رأي الإمام رحمه الله ، نزولاً تحت وطأة العرف .

- تحقق الإكراه من السلطان : كان أبو حنيفة يفتي بأنه لا يتحقق الإكراه

(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 ١٢٦/٤) .

من غير السُّلطان ، نظراً لما شاهده في عصره ، من أن المنعة والمقدرة لم تكن لغير السلطان ، ونظراً لفساد الزمان وتغير الحال وظهور الظلمة ، فإن الصاحبين أفتيا بتحقيق الإكراه من غير السلطان ، بناء على ما شاهدها في زمانهما .

- منع النساء الشابات من حضور المساجد لصلاة الجماعة ، بخلاف ماكان عليه الحال في زمن الرسول ﷺ^(١) ، نظراً لفساد الأخلاق وانتشار الفساد .

- أفتى فقهاء الحنفية بمنع الزوج من السفر بزوجته ، وإن أوفاهها 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 يمينه ، وقد تركت هذه القاعدة هنا ، لأن المرأة في العادة ، لاتسلم نفسها قبل قبض المعجل^(٢) .

- أخذ زكاة الأراضي وهو العشر من المستأجر دون المؤجر ، أفتى به الصاحبان ، لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة ، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء ، ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع ، فتتبع مالك الزرع ، وهو

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

(٢) رسائل ابن عابدين ١٢٦/٢ .

المستأجر . هذا . مع أن أبا حنيفة كان يرى العشر على المؤجر ، لأن الزكاة مؤنة الملك ، وملك الأرض للمؤجر .

هذه الأمثلة ونحوها كبيع الوفاء^(١) ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث وقدر الماء ، والإعفاء عن طين الشارع للضرورة ، اختلفت أحكامها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم .

- 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 ، حتى لا تختلط بالقرآن ، وقال لأصحابه : « من كتب عني غير القرآن فليمحاه »^(٢) .

- يكتفى 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 - إذا تعارض العرف مع القياس ، فأيهما يُرجَّح؟

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 أقوى من القياس ، ورعايته هي المصلحة ، لأنه

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

(٢) رواه مسلم في صحيحه (شرح مسلم للنووي ١٨/١٢٩) .

أمانة الحاجة^(١) . وهو استحسان في اصطلاح الحنفية ، لأن الاستحسان يشمل عندهم القياس الخفي في مقابلة القياس الجلي ، والعمل بدليل خاص من نص أو إجماع اتفاقي أو عملي أو ضرورة أو حاجة ، ويسمى ذلك أيضاً استحساناً عند المالكية .

وأمثلة ذلك :

- الحكم بطهارة نجو (خراء) الحمام ، عملاً بالعرف في المساجد حتى المسجد الحرام ، وترك القياس على نجو الدجاج .

- الحكم بصحة الإجارة بشرط لا يقتضيه العقد عملاً بالشرط المتعارف ، وترك القياس على البيع بهذا الشرط .

- 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 للتعامل ، وإن أفتى المتأخرون برأي أبي يوسف في أنه لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده .

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

- 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 .

(١) رسائل ابن عابدين ١١٦/٢ ، العرف والعادة لأبي سنة : ص ١٠١-١٠٢ ، المدخل الفقهي العام للزرقاء : ف ٥٣١-٥٣٣ .

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

العرف في رأي بعض العلماء^(١) 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 (ترك الحقيقة 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 لا يوجد حكم مشابه مقيس عليه ، فالحكم المتبع هو الحكم السابق المقرر في حال التعارض مع القياس ، ترك القاعدة أو الاستحسان أو الاستصلاح إذا كان العرف عاماً ، لعموم الحاجة ، ورعاية المصلحة العامة ، ولأن (العادة محكمة) (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^(٢) .

* * *

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف : ص ١٠٢ .

(٢) فتح القدير ١٥٧/٦ الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٨٠-٩٠ ، الأشباه والنظائر

لابن نجيم : ص ١٠١-١١٢ ، ط دار الفكر بدمشق .

المحور الرابع

القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة

شرح قواعد العرف والعادة بإيجاز :

هناك إحدى عشرة قاعدة تتعلق بالعرف والعادة وهي ما يأتي^(١) :

١- (العادة محكمة) (م / ٣٦) :

العادة في هذه القاعدة تشمل العرف بنوعيه اللفظي والعملي ، ومعنى 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 محكمة : معناه حُكْمُها الشرع ، وجعل العادة تستمد قوتها من الشرع .

وهذه القاعدة تبين مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية .

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

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

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٦٠٤-٦١٤ ، نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط : ص ٩٤-١٠٢ .

وأجر المكلف بشراء شيء يقدر بتعامل أهل السوق ، فإن لم يكن له أجر فلا أجر له^(١) .

٣- (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 .

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

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

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

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

٦- (الكتاب كالخطاب) (م / ٦٩) :

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

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

هذه القاعدة أيضاً في معنى القاعدة السابقة ، وأن الإشارة المفهومة 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 لا تعتبر إشارة الأخرس في إثبات موجب الحدود ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

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

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

٩- (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) (م / ٤٥) :

هذه في معنى القاعدة السابقة ، فما لم 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) .

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

معنى هذه القاعدة هو معنى القاعدتين السابقتين ، إلا أنها واردة في اعتبار العرف الخاص القائم بين التجار وأرباب الحرف والصنائع و بلد معين ، فإن لهذا العرف العملي سلطاناً حاكماً كالعرف العام ، لكنه يقتصر على المتعاملين به دون سواهم .

١١- (لا ينكر 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 جرى 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^(١) وهي ما يأتي :

- تحكيم العرف في متاع البيت (الجهاز) الذي تم شراؤه قبل الزفاف : فإن مقتضى العرف هو أنه للزوجة ، ولا يلتفت لادعاء الزوج أنه ملكه مالم يثبت ذلك .

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

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

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

- أجاز المالكيّة وشمس الأئمة الحلواني من الحنفية بيع الثمار على الأشجار إذا ظهر بعضها ، ولم يظهر البعض الآخر ، كالبطيخ والبادنجان والعنب ونحوه للتعامل به عرفاً للضرورة ، مع أن بعضها بيع لمعدوم .
وخالفهم في هذا الحكم الشافعية والحنابلة ، والحنفية في ظاهر المذهب ، وأفتى ابن عابدين بالجواز .

- شراء بعض الحاجات ، كالساعة والمذياع والغسالة والثلاجة ، مع ضمان إصلاحها عند العطب غير الكسر مدة معينة مجاناً ، هذا جائز أخذاً بمقتضى العرف العام في مقابلة نص حديث (نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط)^(١) . وجوازه عند 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 معنى الحديث ، ولم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاضٍ عليه .

- ألفاظ الواقفين مبنية على عرفهم السائد في زمانهم .

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

- وجوب الدية في القتل الخطأ على العاقلة (العصابات أو الديوان)

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن ، وصححه الترمذي ، وابن خزيمة والحاكم ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد ، عن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع وشرط ، البيع باطل ، والشرط باطل » (نصب الراية ١٧/٤ ، سبل السلام ١٦/٣)

روعي فيه عرف العرب ، مع أن المتبادر إلى الذهن هو إلزام القاتل بها ، لأنه المباشر للقتل .

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

* * *

المحور الخامس

تعارض العرف مع أقوال الفقهاء

يشمل هذا المحور البحث في مسائل ثلاث :

١- 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؟

يرى بعض الحنفية كصاحب القنية : أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ، ويتركا العرف . وهذا يعارض ما صرح به أئمة الحنفية بأن الرواية إذا كانت في كتب ظاهر الرواية لا يعدل 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^(١) .

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

(١) رسائل ابن عابدين ١١٥/٢ .

ضرره أعظم من نفعه^(١) . وموضع مقالة الحنفية السابقة : إذا لم يقتض العرف غير ظاهر الرواية ، أما إذا اقتضى غيره ، وجب العدول إليه ، لأنه يكون حينئذ هو رأي صاحب ومقتضى قواعده .

وقد رجح الحنفية المتأخرون المرجوح من المذهب الذي يؤيده العرف ، ومنه : أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا : إن العقار لا يتحقق 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 .

- أفتى الحنفية بقول الصاحبين بتضمين الأجير المشترك إن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه ، لتغير أحوال الناس ، بحيث لا تحصل صيانة أموالهم إلا به . وهذا مخالف لترجيح المتأخرين قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد : وهو أنه لا يضمن الأجير المشترك بهلاك المتاع عنده ، سواء أكان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ، أم لا كالحريق الغالب .

- وأفتى الحنفية بقول الصاحبين بصحة عقد المزارعة ، خلافاً لتقويتهم لمذهب أبي حنيفة من حيث الدليل ، قائلين : الفتوى 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 ، ما لم يخالف النص الشرعي ، وكيف يصح أن يقال : لا يعتبر العرف الخاص مطلقاً ، مع أن كل متكلم إنما يقصد ما يتعارفه^(٢) !؟

(١) المرجع السابق ١٣١/٢ .

(٢) المرجع السابق ١٣٠/٢-١٣٣ .

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

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

الاتجاه السائد هو استقلال المذاهب ، ويراعى الخلاف على سبيل النذب ، 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 ، والمعياري 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 قدرأ معلوماً ، انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط .

٣- هل يكون تغير الحكم بناء على تغير العرف واجباً أو جائزاً ، أو يفتى 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 ^(١) . 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 ^(٢) .

يتبين مما سبق أن العمل بالعرف يعد مثلاً واضحاً على مرونة أحكام الشريعة الإسلامية وخصوصية 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 .