من محاسن التشريع الاسلامي

للأستاذ حسن أحمد الخطيب

— ١٠ —

جعل العرف قاعدة وأساساً للتشريع

من مزايا الشريعة الإسلامية ومحاسنها أنها جعلت العرف أساساً من أسس التشريع إذا لم يخالف نصاً صريحاً — على ما سنبين — حتى جعل الفقهاء الإسلاميون العرف والعادة قاعدة من قواعدهم ، بنوا عليها كثيراً من أحكام الفروع الفقهية ، وجرت على ألسنتهم في عبارات مختلفة لفظاً ، متقاربة مآلا ومعنى ، فقالوا : « العادة مُحَكَّمة ، والمعروف كالمشروط ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، وفي المبسوط « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، وفي الجزء الثاني من رد المحتار للعلامة ابن عابدين :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يُدار

وفي الجزء الخامس منه في مبحث تحديد سنّ البلوغ للغلام والجارية : « العادة إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه » ،

وإنما تعتبر العادة والعرف مرجعاً تبنى عليه الأحكام بشروط ثلاثة :

الأول — ألا يخالف العرف نصاً صريحاً .

الثاني — أن يكون العرف عاماً ، فالحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص ، كتعارف أهل بلد واحد ، أو تعارف خواص أهل جهة دون عامتها ، فإن التعارف لا يثبت بهذا القدر ، وقيل يثبت به ، ولكن المعول عليه عدم اعتبار العرف الخاص ، وإن أفتى بعضهم باعتباره [1] .

الثالث — إذا اطردت العادة وغلبت . .

ولكثرة الفروع والأحكام التي بنيت على تلك القاعدة — نجتزئ بذكر هذه الأمثلة :

١ — ألفاظ الواقفين تبتنى على عرفهم ، وكذا لفظ الناذر والحالف .

٢ — قال بعض الفقهاء في حد الماء الجاري : هو ما يعده العرف جاريا .

٣ — وقالوا في الحيض والنفاس إذا زاد الدم على أكثر مدة الحيض أو النفاس — ترد المرأة إلى أيام عدتها .

٤ — وأجازوا استئجار الظئر [1] بطعامها وكسوتها على المستأجر وإن كان مجهولا للعرف .

٥ — ومن ذلك أيضاً ماذهب إليه أهل المدينة في الدعاوى ، فقد جعلوها على ثلاث مراتب :

الأولى — دعوى يشهد لها العرف بأنها تشبه أن تكون حقاً ، وهذه تسمع من مدعيها ، وله إقامة البينة ، أو استحلاف المدعى عليه .

الثانية — ما يشهد العرف بأنها لا تشبه ذلك ، إلا أنه لا يقضي بكذبها — كما إذا ادعى شخص على رجل ولا معرفة بينهما البتة ، أنه أقرضه أو باعه شيئاً بثمن في ذمته إلى أجل — فهذه الدعوى تسمع ، ولمدعيها أن يقيم البينة ، ولكنهم قالوا إنه لا يملك استحلاف المدعى عليه على نفيها إلا بإثبات خلطة بينه وبين المدعى عليه .

الثالثة — دعوى يقضي العرف بكذبها ، فلا تسمع ، ولهذه أمثلة كثيرة ، منها أن تأتي المرأة بعد سنين متطاولة ، تدعي على زوجها أنه لم يكسها في شتاء ولا صيف ، ولا أنفق عليها شيئاً ، فهذه الدعوى لا تسمع ، لتكذيب العرف والعادة بها ، ولا سيما إذا كانت المرأة فقيرة ، وكان الزوج موسراً [2] .

٦ — يقبل قول الوصي فيما ينفقه على اليتيم إذا ادعى ما يقتضيه العرف ، فإذا ادعى أكثر من ذلك لم يقبل قوله [3] .

٧ — قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة يحكم ببلوغ الغلام والجارية إذا بلغا خمس عشرة سنة — عند عدم ظهور أمارات البلوغ — وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعللوا ذلك بأنه

---

(١) راجع تفصيل الكلام في العرف العام والخاص في الأشباه وشرحه ص ١٣٤ ج ١ .

(١) المرضع .

(٢) الطرق الحكمية ص ٨٧ و٨٨ و٨٩ .

(٣) المصدر السابق ص ٨٩ .