



يوليو
1986

الكتاب الإسلامي

15

العرفية وأثره في التشريع الإسلامي

مصطفى عبد الرحيم أبو عجمه

المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان
طرابلس - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

العروة
العرف

وأثره في التشريع الإسلامي

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الطبعة الأولى
1395 و . ر - 1986 م

الكمية المطبوعة : 10000 نسخة

رقم الإيداع : 23 - 1986

دار الكتب الوطنية - بنغازي

المنتاة العامة للنشر والتوزيع والاعلان
طرابلس - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

حقوق الطبع
والاقتباس والترجمة
محفوظة للمناشر

ص.ب 959 مبرق 20235 "نيتليبا"

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ، تبياناً لكل
شئ ، وأنعم على الإنسان بالعقل - وطلب منه التفكير -
ليعرف الحق ويعمل بما يوافق الحق ، وسدد هذا العقل
بالتوجيه والإرشاد فأرسل إليه رسوله الذين اختارهم من
أرجح أقوامهم عقلاً ، وأحسنهم خلقاً ، فكان اللاحق
منهم يبدأ من حيث انتهى السابق في بناء صرح العقل
وتطويره ، وتقويم الأخلاق . حتى كان آخرهم الذي جاء
ليتمم مكارم الأخلاق .

وصلى الله على سيدنا محمد الذي ختمت به مواكب
الرسل بعد أن بلغ العقل الإنساني : درجة من السمو كان

بها مستحقاً أن يخاطبه ربُّه بقوله : ﴿ اقرأ باسم ربك الذى خلق خلق الإنسان من علق، اقرأ وربك الأكرم الذى علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم ﴾ .

فكانت هذه مرحلة جديدة فى مسيرة العقل يستطيع فيها مواصلة السير فى مختلف شؤون الحياة، مستغنياً عن إرسال الرسل بما أنزل على آخرهم - محمد بن عبد الله - الذى جاء إلى الناس ﴿ يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم أصرهم والأغلال التى كانت عليهم ﴾ .

وبعد فإنه لما كان لكل شىء سبب - كما يقولون - فإن من الأسباب التى جعلتني أختار دراسة العرف وأثره فى التشريع الإسلامى هو : ما نتج عندى من عدم الملاءمة بين ما أخذته عن العرف أثناء دراستي الجامعية بكلية الحقوق ، وبين ما وجدت عليه أمر العرف عند الفقهاء بعد أن توسعت فى دراسة الفقه الإسلامى بعض الشىء . حيث إن ما كان يقدم لنا عن العرف لا يجعل منه مصدراً للتشريع فى الوقت الذى احتفل به الفقهاء وبنوا عليه كثيراً

من الأحكام . من هنا وطنت العزم على أن أدرس هذا الموضوع بتوسع ، لأقف على الأسباب التي جعلت الفقهاء يهتمون به هذا الاهتمام الكبير .

وهناك سبب آخر - ربما كان أهم من الأول - وهو ما يتضمنه العمل بالعرف من دلالة على سماحة ويسر الشريعة الإسلامية ، وإن كان التيسير والسماحة في هذه الشريعة من الأمور المتفق عليها بإجماع ، إلا أن إثبات صحة العمل بالعرف يوسع من دائرة هذه السماحة .

غير أنني - بعد أن شرعت في الموضوع - كنت كلما جمعت شيئاً من المعلومات عن العرف : أشعر بالحاجة إلى المزيد وذلك بسبب اتساع الموضوع ، وتشعبه وكثرة مسائله يضاف إلى ذلك ندرة الكتب الخاصة بدراسة العرف . ومن هنا عمدت إلى دراسة أمهات كتب الشريعة الإسلامية ، كالتفاسير وشروح السنة وكتب أصول الفقه وفروعه . وأرجو أن أكون قد تمكنت - بحمد الله - من الوصول إلى نتائج طيبة حول العرف وحجتيه ، وأهميته في

التشريع الإسلامي . وسأعرض حصيلة هذه الدراسة على النحو الآتي :

نقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول . تناولت في التمهيد عرضاً سريعاً للعرف وملازمته للجماعات البشرية ، وبينت كيف أن الجماعات قد تُرغم على التعامل بأعراف جائرة ، وكيف يتم التخلص منها ، ثم أتيت بلمحة بسيطة عن علاقة العرف ببقية مصادر التشريع الأخرى .

وتناولت في الفصل الأول الحديث عن كيفية نشأة العرف واندثاره ، كما تحدثت عن أقسامه وشروطه وتعريفه ، وشمل حديثي : العادة والقرائن العرفية . أما الفصل الثاني فقد خصصته للحديث عن حجة العرف واستدللت عليه من الكتاب والسنة ونقلت تبعاً لذلك أقوال العلماء في الآيات والأحاديث المستدل بها على حجية العرف مع أمثلة من قول الصحابة والتابعين وكبار الأئمة وعملهم بالعرف والعادة ، ثم نقلت رأى الأصوليين فيه .

وأخيراً خصصت الفصل الثالث لأثر العرف . وتناولت فيه بعض أبواب الفقه ليكون في هذا على أثر العرف في مختلف شؤون الحياة ثم أنهيت هذا البحث بخاتمة لخصت فيها أهم ما توصلت إليه .

رَفَعُ

عبد الرحمن العجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

تمهيد

الأعراف والعادات من صنع الجماعات البشرية ، فهي أداة طيعة تستخدمها الجماعات بالقدر وللغرض الذى تريد . ويتم كل ذلك بطريقة آلية مما يجعلها - أى الأعراف - مقبولة من الجميع « لأن العمل الآلى هو : أنسب طريقة يستجيب بها الإنسان للمثير الخارجى »⁽¹⁾ وهذا من جملة ما تختلف فيه الأعراف عن بقية الشرائع والقوانين التى تفرض - فى الغالب - على الناس فرضاً ، بينما تعتبر الأعراف والتقاليد من « نتاج الانتخاب الطبيعى لألوان السلوك التى تثبت صلاحيتها فى المجتمع »⁽²⁾ .

(1) ، (2) ول ديورانت : قصة الحضارة تعريب الدكتور نجيب محمود ج 1 ص 49 ، 50 الطبعة الرابعة مطابع النجوى 1973 م .

ولهذا كان الإنسان أكثر ميلاً إلى عاداته وأكثر نزوعاً إليها ، إلى درجة أنه خضع لأحكامها حتى في المسائل الهامة مثل : المساس بالشرف وقتل النفس ونحو ذلك . . .
فالأعراف من خصائص الجماعات البشرية منذ أن تكونت هذه الجماعات وسارت في طريق الحضارة ، بل لعل الأعراف والعادات كانت : من وسائل تقدم⁽¹⁾ الإنسان ذاته حيث إن الأعراف ما هي في الحقيقة إلا نوع من التجربة ، ومظهر خارجي لبعض جوانب الفكر ، حتى لقد اعتبرت من معايير تقدم الجماعة ومن عناوين حضارتها ، وذلك لما في الأعراف وقيمها الذاتية ، ونوعية هذه القيم من الدلالة على ما تمارسه الجماعة من ألوان النشاط وأنماط السلوك .

ولعل من البديهي القول إن المقصود من الأعراف إنما هو : نوعها أو جنسها لا أفرادها المتغيرة . فالأعراف في هذا تشبه الكائنات الحية من حيث التعاقب إذ تذهب

(1) جبريل تارد : قوانين التقليد . انظر تراث الإنسانية بحوث ودراسات الدار المصرية للتأليف د/ت .

الأفراد ويبقى النوع ، وهذا من مزايا الأعراف أيضاً . إذ ما تكاد الجماعة تشعر بأن فرداً من أفراد العرف قد أصبح يشل حركتها حتى تترك العمل به فيندثر تلقائياً ، وتفرز الجماعة غيره من الأعراف ما يكون : أكثر استجابة لحاجاتها وأقرب إلى روح عصرها .

وهكذا يتعاقب الهدم والإيجاد كلما اقتضت مصلحة الجماعة ذلك ، إذ يفترض أن الجماعة لا تبقى إلا على الأعراف الصالحة ، على أنه لا مفر من القول بأن صلاحية الأعراف هذه أمر نسبي ، أعنى أنها لا تكون بذات الدرجة من الصلاحية عند كل فرد ، من أفراد الجماعة في جميع الأوقات ، بل لعل الصحيح أنها لا تخلو من تفاوت ، ومع ذلك فلا مناص من اعتبار التعامل دليلاً ، حتى ولو كان نسبياً على صلاح العرف وهذا في الظاهر ، أما في الحقيقة فإنه يجب - لكي يجزم بصلاح العرف - أن يخضع لأحد أمرين هما : الوحي أو إلى العقل الجمعي .

وخضوع الأعراف للوحي الإلهي يتمثل في عدم مخالفتها لمبادئه ، وعدم تعارضها مع أهدافه ، وسواء تم

ذلك بالإقرار إبان نزول ذلك الوحي ، أو باتفاقها مع نصوصه إذا حدثت هذه الأعراف في ما بعد .

أما خضوع الأعراف للعقل الجمعي فمعناه : أن توجد الأعراف أو تختفى بدون تدخل أو قبل بدون أن تفرض على الجماعة فرضاً .

والعقل الجمعي هذا له صورتان ، الأولى هي : العقل الجمعي التلقائي أو العفوي وهو الذي لا يتسبب في إيجاده أحد معروف .

أما الصورة الثانية فهي : ما يمكن أن نسميه بالعقل الجمعي المتعمد أو المثار وهو الذي ينتج عن تفاعل الجماعة استجابة لدعوة أحد أفرادها عند تبنيه لفكرة معينة .

وبديهي أن الصورة الأولى إنما توجد عندما تترك الجماعة وشأنها في استحداث أو إلغاء أيِّ عرف أرادت ، وعندها يكون التعامل بأي عرف دليلاً حقيقياً على صلاحيته في نطاق النسبية التي أشرنا إليها ، كما أن إبطال أيِّ عرف يكون دليلاً على فساده .

غير أن الجماعة قد لا تترك وشأنها ، بل قد ترغب أحياناً

على التعامل بأعراف غير ملائمة لها ، ويحصل هذا بطبيعة الحال نتيجة تدخل بعض العوامل ، وهى كثيرة ولعل من أخطرها : الغزو الخارجى ، الذى يأتى فى الغالب بأعراف جديدة يحاول بثها فى الجماعة المغلوبة ليقطع الصلة بينها وبين تقاليدها ، وكل ما تعزُّ به من تراثها . . هذا فضلاً عن أن المغلوب ذاته يتعلق بالغالب ، ويحاول محاكاته ، كما يحصل بين الدول المتجاورة عندما تطمع إحداهما فى التغلب على الأخرى .

وهذا ما لاحظته ابن خلدون عندما تحدَّث عن تقليد الأندلسيين لأمم الجلالقة على حد تعبيره الذى جاء فيه : « فإنك تجدهم يتشبهون بهم فى ملابسهم وشاراتهم والكثير من عوائدهم وأحوالهم ، حتى فى رسم التماثيل على الجدران وفى المصانع والبيوت ، حتى لقد يشعر من ذلك الناظر بعين الحكمة أنه : من علامات الاستيلاء »⁽¹⁾ .

وإلى جانب الغزو الخارجى هناك : تسلُّط الحكام

(1) مقدمة ابن خلدون ص 147 .

وذوى النفوذ فى الجماعة الذين ينشئون أعرافاً جديدة ، أو يدافعون عن أعراف قديمة تحقق لهم هذه أو تلك مكاسب مادية أو معنوية ، وينتج عن كل ذلك حصول أحد أمور ثلاثة ، وهى : إما أن تبقى الجماعة ترزح تحت أعراف جائرة ، وإما أن يتصدى المصلحون من تلك الجماعة لمحاربتها وهدمها وإما أن يتدخل الوحي الإلهى لهدم هذه الأعراف .

غير أن هذا الأخير قد انتهى بنزول آخر وحي ، بعد أن واكب - هذا الوحي - تطوُّر العقل البشرى فى مسيرته الطويلة ، مرشداً إلى الخير وهادياً إلى الرقى والتقدم حتى إذا بلغ هذا العقل درجة كبيرة من النضج أنزل الله على محمد ﷺ ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً ﴾⁽¹⁾ .

وحصول هذه الحالات الثلاث إنما تكون من لوازم ظروف ووقائع معينة ، حيث يتوقف حصول الصورة

(1) الآية رقم 4 من سورة المائدة .

الأولى على قوة نفوذ القلّة المستفيدة من تلك الأعراف ،
وضعف وتحاذل الكثرة المغلوبة على أمرها . وأكثر ما يكون
ذلك عند انخفاض مستوى تفكير الجماعة وما ينتج عن
ذلك من التفكك والضعف العام .

أما الصورة الثانية، فإنها تحصل عندما يكون في الجماعة
أفراد لا ينطلي عليهم زيف الأعراف الفاسدة ولا أباطيل
الداعين لها ، ويكون لهم مع ذلك من القوة ما يمكنهم من
محاربتها ، ويتوقف نجاحهم على مدى تأثيرهم في الجماعة
وتأثر الجماعة بهم ، فإذا استجابت لهم الجماعة وتفاعلت
معهم حصل ما أسميناه بالعقل الجمعي المتعمّد .

وأخيراً الصورة الثالثة ، التي كانت تحصل عندما تعجز
الجماعة عن دفع الأعراف الجائرة ، ويشاء الله أن يكشف
عنها هذا الكابوس ، فيختار من بينها من يكون : أكثر
قدرة على تحمل أعباء الرسالة وما تتطلبه من صفات
الكمال البشرى ﴿ الله أعلم حيث يجعل رسالاته ﴾⁽¹⁾ ومن

(1) الآية 156 من سورة الأنعام .

ثم يتولَّى ذلك النبيُّ : تطهير المجتمع ، بعرض ما يجده من الأعراف السائدة في المجتمع على شريعته ، فما وجده منها صالحاً : أبقاه ، وما وجده منها فاسداً : ألغاه وزرع فيهم بدلها أعرافاً صالحة وعادات خيرة ﴿ يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾ (1) فالدين بهذا الاعتبار « احتواء للعرف » (2) أو للصالح منه على الأصح .

وهذه الصور أو الحالات التي ذكرتها ليست من قبيل التزيُّد أو الخيال ، وإنما هي حقائق ووقائع تاريخية لا جدال فيها . فكم من مجتمعات قاست - وبعضها لا زال يقاسى - من الظلم نتيجة تقديس الأعراف والحفاظ عليها ، وكم تعرض المصلحون وما زال بعضهم وسيظل يتعرض لأذى الجبابة وويلات المستفيدين من بقاء بعض الأعراف .

كثير من المجتمعات وكثير من المصلحين ذاقوا الأمرين

(1) الآية رقم 124 من سورة الأعراف .

(2) معمر القذافي : الكتاب الأخضر الفصل الأول .

بسبب وقوفهم ضد تزييف الحقائق وإضفاء القدسية على بعض الأعراف والأعمال المنافية للصالح العام .

* * *

ولعل من أهم الأسباب التي ساعدت على ذلك : عدم وجود ضوابط أو شروط للعرف في تلك المجتمعات تضبط سيره في الاتجاه الذي يحقق مصلحة الجماعة ويمنع حصول البلبلة حوله والاختلاف عليه ، وهذا نقص كبير تفادته الشريعة الإسلامية باشتراطها شروطاً للعرف سيأتى بيانها فى ما بعد .

غير أن هذه الشروط تصبح عديمة الفائدة إذا لم يكن هناك تصميم من الجماعة على إخضاع الأعراف لها ، لأنه بدون هذا التصميم تصبح هذه الشروط لا تساوى شيئاً إذ يظل الباب مفتوحاً أمام الوصوليين فيتمسكون بأعراف بالية إذا كانت فى صالحهم أو يحاولون بثّ أعراف أخرى من ذلك النوع . وهكذا يتوصّل المغرضون إلى تحقيق مآربهم عن طريق المغالطة .

على أن العرف ليس بدعاً في هذا إذ قد يتفق في هذه
الناحية مع بعض الشرائع والقوانين فقد يتجاوز الزمن
بعض نصوصها وتصير غير ملائمة للجماعة ، فمن أجل
هذا يحاول المصلحون تطوير بعض الأعراف وهدم فاسدها
والإبقاء على ما يصلح منها ، وينسخ الله عن طريق الرسل
بعض أحكام الشرائع التي لا تتناسب وتطور الزمن
واختلاف الظروف ﴿ ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي
كانت عليهم ﴾⁽¹⁾ ويتعرض هؤلاء وأولئك للأذى
والمعاناة . .



فالرسل لم يحاربوا الأعراف لمجرد أنها أعراف ، كما أنهم
لم ينسخوا ما نسخوا من أحكام الشرائع التي وجدوها
تعصباً أو استكباراً ، بل فعلوا ذلك بأمر الله ، لأن ما نسخ
منها لم يعد ملائماً للجماعة الحاضرة ، وذلك لفوات ما كان

(1) الآية رقم 156 من سورة الأعراف .

مراعى فيها وقت تشريعها نظراً لتغير الزمن وتقدم العقل
البشرى ، فالكل منه لأن « حركة الزمن ، سنة من سنن
الله ، وحركة التشريع - لملاقاة تلك الحركة - ، أمر من أمر
الله »⁽¹⁾ .

على أن ما ينسخه الرسل من الشرائع قد لا يكون باقياً
على أصله ، إذ كثيراً ما يتطرق التبديل والتحريف - عن
قصد أو غير قصد - إلى كثير من الشرائع لعدة عوامل ، وما
تواجد الرسل في وقت واحد وتعاقبهم بعد ذلك ، ووجود
النسخ داخل الشريعة الواحدة إلا دليل على ما قلناه ، وهو
في الوقت نفسه : مراعاة من الله - على سبيل التفضل -
للفوارق بين الأمم والجماعات ، واختلاف الظروف
والأحوال .

وإذا كان النسخ للشرائع قد أوقف ، وإذا كان الله قد
أراد أن تكون الشريعة الإسلامية هي الخاتمة لكل الشرائع
السماوية فلا يعنى هذا اختلالاً في مجرى العدالة الإلهية

(1) مجلة العربية العدد 222 مايو 1977 م . ص 18 .

وإنما يعني : الاكتفاء بهذه الشريعة ، وذلك لسببين :
الأول : أن هذه الشريعة قد زودت بجميع عناصر
البقاء والخلود ، مما يجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان
ومكان ، باعتبارها الرسالة الأخيرة من الله لعباده ، أو
(الطبعة الجديدة من كتابه إلى البشر)⁽¹⁾ كما يقول وحيد
الدين خان . على جُرأته في هذا التعبير .

فهي بلا شك : خلاصة شرائع الله السابقة ، مضافاً
إليها ما يتفق وتطور العقل البشرى ﴿ مصداقاً لما بين يديه
من الكتاب ومهيماً عليه ﴾⁽²⁾ ، ﴿ شرع لكم من الدين
ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم
وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه ﴾⁽³⁾ .

ومما امتازت به هذه الشريعة على غيرها ، اهتمامها
بالإنسان وقضاياه ، فكانت بحق « شريعة إنسانية في

(1) وحيد الدين خان / الإسلام يتحدى ص 193 .

(2) الآية رقم 50 من سورة المائدة .

(3) الآية رقم 13 من سورة الشورى .

صميمها ، تحترم الوجود الإنساني ، وتلتقى بالناس في
أخص خصائصهم وتتعاطف معهم حتى يكون حسابهم
عندها قائماً على طبيعتهم ، وما ركب فيهم من غرائز وما
استقر فيهم من عواطف»⁽¹⁾ وبهذا ينتفى أى مبرر
لمخالفتها ، إذ المخالفة لا تأتى إلا : نتيجة لوجود الحرج ،
ولا حرج في هذه الشريعة ﴿ وما جعل عليكم في الدين من
حرج ﴾⁽²⁾ .

ومن هنا كان من المقطوع به كون هذه الشريعة أفضل
الشرائع لاحتوائها على حسنات الشرائع السابقة ، وخلوها
مما كان في تلك الشرائع من المشاق المتمثلة في صعوبة
بعض التكاليف .

أما السبب الثاني : فإن النسخ في الشرائع لا يكون إلا
بواسطة الرسل بطبيعة الحال وهذا يقتضى توالى إرسالهم
إلى يوم القيامة وفي هذا ما فيه ، ومن ذلك أنه يتضمن

(1) عبد الكريم الخطيب : التفسير القرآني للقرآن .

(2) الآية الأخيرة من سورة الحج .

الوصاية الكاملة على العقل البشرى الأمر الذى يتنافى
ومكانة العقل فى نظر الإسلام .

فهذه الشريعة لم تحترم جوهر الإنسان فقط ، وإنما
احترمت ميوله ورغباته أيضاً متى كانت هذه الميول
والرغبات معقولة ، ولا يترتب عليها ضرر للغير ، لأن من
قواعد هذه الشريعة أنه « لا ضرر ولا ضرار »⁽¹⁾ .



والأكثر من هذا أنها اهتمت بعباداته ، بل جعلت رعاية
هذه العادات « أصلاً من أصولها العامة على شروط »⁽²⁾ فى
ذلك .

ومن هنا جاز لأحد الفضلاء أن يقول: « فما منع الإسلام
قط معاملة بين الناس تنفعهم وتخلو من الضرر بهم والغبن

(1) السيوطى : الجامع الصغير بشرح المناوى ج 6 ص 431 .

(2) محمد الخضر حسين شيخ الأزهر : الشريعة الإسلامية صالحة لكل
زمان ومكان ص 197 .

على فريق منهم» (1) .

وخلاصة القول : إن التيسير والسماحة من الصفات البارزة للشريعة الإسلامية ، وهى فى الوقت نفسه من ميزاتها ومن ميزاتها الكثيرة فهى « رفيقة بالناس رحيمة بهم ، ليس فيها ما يعنتهم أو ينگل بهم ، لأنها لم تجيء إليهم نكالاً وانتقاماً وإنما جاءت إليهم رحمة وإحساناً » (2) .
﴿ ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ (3) .

وحسبك أنها جعلت التكاليف حسب القدرة ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ (4) ولعل من الغريب حقاً أن تحيل تفسير الوسع هذا على ما يتعارفه الناس ، فكادت بذلك تجعل التشريع - فى ما يخص بعض المعاملات - فى أيدي الناس ، أو قل : إنها أشركتهم فيه وهذا ما جعلها

(1) عباس العقاد : حقائق الإسلام وأباطيل خصومه المجلد الخامس من الإسلاميات ص 121 .

(2) عبد الكريم الخطيب : التفسير القرآنى سورة الأعراف .

(3) الآية رقم 178 من سورة البقرة .

(4) آخر آية من سورة البقرة .

مرغوباً فيها دون غيرها من الشرائع ، حتى إنها كانت تنتشر ذاتياً وبدون أية دعوة أو دعاية لها ، ولم يعتنقها أحد وتخلي عنها بمحض إرادته بل كان معتنقوها يفضلون العذاب والتحريق والصلب وكل صنوف المحن على تركها إذا ما تعرضوا لذلك .

وحسبك أن يبقى مسلموا الأندلس أكثر من مائتي سنة وهم متمسكون بها سراً بعد القضاء على الحكم الإسلامي في الأندلس ، رغم قسوة محاكم التفتيش الشهيرة في التاريخ ، التي كانت تحكم بحرق كل من يوجد يتكلم اللغة العربية أو حتى يغني الغناء العربي فضلاً عن ممارسة الشعائر الدينية الإسلامية⁽¹⁾ .

ليس هذا فحسب بل إن الشريعة الإسلامية - رغم ضعف جانب المسلمين منذ قرون طويلة - كانت نهاية المطاف لكل مفكر حر⁽²⁾ أتيحت له فرصة الاطلاع عليها ،

(1) محمد عبد الله عنان : نهاية الأندلس ص 409 ط 1966 م .

(2) هم أكثر من أن يحصوا ولعل أبرز واحد أسلم حديثاً هو المفكر الفرنسي جارودي .

وتمكن من دراستها وفهمها ، وذلك لما فيها من الشراء
الفكرى الذى يتلاءم مع مختلف العقول والأفكار .

ويكفى دلالة على تقدم هذه الشريعة فكرياً وعقلياً أنه
ما من باحث نزيه فى أى مجال من مجالات الفكر، بداية
بالعقيدة، ومروراً بالاقتصاد، وانتهاءً بالأخلاق والقانون ،
إلا ووصل فى بحثه - ولو فى جانب منه - إلى ما جاءت به
هذه الشريعة .

ولو أخذنا الجانب القانونى كمثال على صدق ما قلناه ،
فإننا نرى أن أغلب المذاهب الحديثة فى القانون ونظرياته
تلتقى بهذه الشريعة ولو فى جانب من جوانبها .

ففى قضية الأساس الملزم للقانون ، نجد أن
« ديجى »⁽¹⁾ يتفق أو يقترب مع ما قرره فقهاء الشريعة
الإسلامية ، من حيث إن كلاً من ديجى والفقهاء
الإسلاميين يعتبرون القانون فكرة مستقلة عن فكرة

(1) فقيه فرنسى مشهور .

الدولة ، إذ هو سابق عليها بل ويعلوها . كذلك فإن المدرسة النمساوية تنسجم مع ما قرره فقهاء الإسلام ، إذا فهمنا القاعدة الأساسية التي تستمد منها القواعد الأخرى قوتها الإلزامية على أنها : سيادة الله وسلطان وحيه .

وأخيراً نجد أنصار القانون الطبيعي يتفقون مع فقهاء الإسلام ، حيث إنهم يفهمون القانون على أنه : معنى أبدي⁽¹⁾ علوى . وهكذا نرى : أن ما تفرق في غير هذه الشريعة اجتمع فيها ، وما اجتمع فيها لم ولن يلغها البشر حتى ﴿ ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً ﴾⁽²⁾ .



وعليه فإنني أرى أنه من الأفضل أن نجتهد في تبين سماحة هذه الشريعة ، ونقدمها للناس على أنها : رحمة من الله مهاداة إليهم جميعاً ﴿ وما أرسلناك إلا رحمةً

(1) دكتور الغنيمي : قانون السلام ص 146 ط 1970 م ونقلنا عنه بتصرف .

(2) الآية رقم 88 من سورة الإسراء .

للعالمين ﴿⁽¹⁾ فنحقق بذلك هدفين : هداية غير المسلمين إلى الإسلام ، وامثال قول رسول الله ﷺ « يسُّروا ولا تعسُّروا وبشِّروا ولا تنفِّروا »⁽²⁾ .

* * *

ولقد فهم السلف الصالح من هذه الأمة مقاصد الشريعة ، وما فيها من السماحة واليسر فانعكس هذا على سلوكهم فتعودوا « من اللحظة الأولى أن يوسَّعوا أكناف الإسلام لكل ما في هذا العالم الشاسع من عرف وعادة ، ومن شعائر ومراسم ، وأصبح العالم الإسلامي مرادفاً عندهم للعالم الإنساني عند النظر إلى اختلاف الظواهر والأشكال »⁽³⁾ .

* * *

(1) الآية رقم 106 من سورة الأنبياء .

(2) السيوطي : الجامع الصغير بشرح المناوي ج 6 ص 461 .
ط 1938 م .

(3) عباس العقاد : المجلد الخامس من العبقريات الإسلامية ص 420
ط 1974 م .

ومجمل القول إن السلف الصالح قد ألهموا رشدهم وفهموا مقاصد شريعة ربهم فاستنبطوا من مجموع النصوص ، قواعد عامة جسّدت بعض مظاهر التوسعة في هذه الشريعة فأصبحت تلك القواعد ، أصولاً تحكم فروعاً في كل ما يتعلق بحياة المسلم من أوجه التعاون والمعاملات .

فمن هذه القواعد : رعاية المصلحة ومراعاة الضرورة ورفع الحرج ، واعتبار العرف والعادة وهو المقصود بهذا البحث ، ومن ثم سنقصر الكلام عليه إلا إذا دعت إلى غيره ضرورة .

والكلام عن العرف متعدد الجوانب ، وستعرض بإذن الله إلى ما أمكن من هذه الجوانب بعد الفراغ من هذا التمهيد ، الذي لم يبق فيه إلا الإشارة إلى نقطتين .

الأولى : علاقة العرف بغيره من المصادر التبعية الأخرى ، **والثانية :** عن دور العرف في مجال القانون الدولي .

* * *

علاقة العرف بغيره من المصادر

أما الكتاب والسنة فعلاقته بهما : علاقة تأصيل ، حيث إنه يستمد حجّيته منها على ما سنبينه فيما بعد .

وأما علاقته بالمصادر التبعية ، فتختلف من مصدر لآخر ، وسنوجز أهم نقاط هذا اللقاء بينها وبينه أو بالأصح هذه المقارنة . وأول ما يلاحظ هنا بصفة عامة أن العرف يلتقى بهذه المصادر في عدم الاتفاق عليها بإجماع كمصادر للفقهِ الإسلامي ، غير أن هذا لا يعنى أنها تتفق في الرتبة ، أو في عدد القائلين بحجية كل منها . فمما لا شك فيه أن القائلين بحجية الإجماع والقياس : أكثر من القائلين بحجية باقى المصادر التبعية الأخرى ، رغم أن الاستدلال على حجيتها ليس بأسهل من الاستدلال على حجية العرف .

ومن المعلوم أن الإجماع أقوى المصادر التبعية عند أغلب الأصوليين ، ومع ذلك فإن أدلة⁽¹⁾ القائلين بعدم حجية

(1) يكفى أن تطلع على ما قاله ابن حزم في الأحكام ج 4 ص 495 وكتاب

ابن تيمية للشيخ أبي زهرة ص 470 .

الإجماع - في بعض صوره على الأقل - قد لا تقل قوة عن الأدلة المحتج بها على مصدريته ، ناهيك عن انقياس . ومن هنا يمكن القول بأن : الإجماع : يفتقر إلى الإجماع . ومهما يكن من أمر فإن ملخص القول في الإجماع : إنه مختلف على حجيته ، والقائلون بحجيته اختلفوا في إمكان وقوعه ، والقائلون بإمكان وقوعه اختلفوا في بعض أقسامه . ناهيك عما روى من تحفظ كبار الأئمة نحوه . أما القياس فإن رتبته تقل عن العرف ، حيث إن بعض الأصوليين كثيراً ما يقدمون العرف عنه ، وهذا يدل على أن العرب أقوى من القياس ، هذا فضلاً عن الشروط اللازمة للعمل بالقياس التي تجعل من العمل به أمراً صعباً للغاية ، صحيح أن للعرف شروطاً ولكن أين هي من شروط القياس التي ربما تجاوز بها البعض : عشرين شرطاً⁽¹⁾ .

(1) أنظر كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج 2 ص 97 ، ح 4 ص 10 وحجية القياس للدكتور عمر مولود ص 98 وما بعدها وشاكر الحنبلي أصول الفقه الإسلامي ص 30 .

أما الاستحسان فإن العرف أقوى منه بكل تأكيد ،
كيف لا والاستحسان نفسه يتوقف على العرف فهو كما
يعلم الجميع إنما يأتي في بعض صورته عندما يتعارض
القياس مع العرف .

والكلام نفسه يقال عن الاستصحاب ، فإنه يعتمد في
أحكامه على العرف هو أيضاً وهذا ما يفهم من تعريف
الاستصحاب ذاته ، حيث إنه يعني : استدامة ما كان ثابتاً
أو نفي ما كان منفيّاً . قال ابن القيم : إن الاستصحاب
من أضعف الأدلة ⁽¹⁾ ثم إن الاستصحاب لا يثبت حكماً
جديداً عكس العرف .

بقيت المصلحة وهي تلتقى بالعرف في أن العمل به
يحقق المصلحة ، حتى لقد أرجع بعضهم ⁽²⁾ اعتباره على
هذا الأساس .

(1) ابن القيم : أعلام الموقعين ج 2 ص 80 ط الطباعة الفنية 1968 م .
(2) انظر العرف والعادة في رأى الفقهاء للشيخ أبى سنة والمصلحة في
التشريع لمصطفى زيد ص 60 ومحمد سعيد البوطى ضوابط المصلحة
ص 202 .

أما من حيث الحجية فيقول عسوى أحمد عسوى في هذا الشأن : « إذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي غير مباشر فهذا يدل على أنه يترجح على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص بل إلى مجرد المصلحة الزمنية »⁽¹⁾.



دور العرف في المجتمعات الحديثة :

لا شك أن العرف في المجتمعات الحديثة قد فقد بعض أهميته التي كانت له قديماً وذلك بسبب احتلال القوانين والتشريعات : الرتبة الأولى من الاهتمام رسمياً ، ولكن رغم هذا التقديم الرسمي فإن « حلول القانون محل التقاليد لم يكتمل في يوم من الأيام وستظل الأعراف حتى النهاية هي : القوة الكامنة وراء القوانين . . »⁽²⁾ .

(1) عسوى أحمد عسوى : أصول الفقه الإسلامي ص 226 .
(2) ويل ديورانت : قصة الحضارة ج 1 ص 50 وانظر قوانين التقليد لمؤلفه جبريل تارد .

هذا على المستوى الرسمي ، أما على المستوى الشعبي أو العاطفي فإن نظرة الناس إلى العرف تختلف عن نظرتها إلى القانون حيث إنهم يحترمون العرف ويخالفون القانون حتى « إنك إذا تجاوزت حدود القانون فقد كسبت إعجاب نصف الناس الذين يحسدون في أعماق نفوسهم كل من يستطيع أن يتغلب بذكائه على هذا العدو القديم ، أما إذا تجاوزت حدود التقاليد فأنت قمين أن تصطدم بمقت الجميع »⁽¹⁾ مهما قيل عن تبرير تقديم القوانين على الأعراف . على أن أهم مجال للعرف على المستوى العالمي ، إنما يتجلى في القانون الدولي العام ، إذ كان ولا يزال هذا القانون يستمد قواعده من الأعراف الدولية . يقول الدكتور أبو هيف : « العرف هو أكبر مصادر القانون الدولي العام وأغزرها مادة ، فأغلب القواعد الدولية ذات الصفة العالمية تثبت بواسطة العرف »⁽²⁾ . وقال الدكتور محسن الشيشكلي : « إن العرف : مصدر

(1) ويل ديورانت ، قصة الحضارة ج1 ص50 وانظر قوانين التقليد لمؤلفه جبريل تارد .

(2) دكتور صادق أبو هيف : القانون الدولي ص 24 ط 1972 .

أساسى أصلى من مصادر قواعد القانون الدولى العام ، وهو على كل أقدم المصادر وأسبقها إلى الوجود » .

وعندما حاول فقهاء القانون الدولى من الإسلاميين تعريف هذا القانون : أدخلوا العرف وما جرى عليه العمل الإسلامى .

يقول أرمنازى فى تعريفه لهذا القانون : إنه « مجموع القواعد التى فرضها العرف على المسلمين خاصة لتنظيم علاقتهم بغير المسلمين فى الحرب والسلم »⁽¹⁾ .

أما حميد الله فىصِف القانون الدولى الإسلامى بأنه « الشطر من القانون والأعراف والالتزامات التعاقدية التى تراعيها الدولة الإسلامية الواقعية أو القانونية »⁽²⁾ .

وما احتواه هذان التعريفان يتفق فى مضمونه مع ما ذكره محمد بن الحسن الشيبانى تحت مبدأ المجازاة بالمثل ، أو يقرب منه .

(1) دكتور محسن الشيشكى : الوسيط فى القانون الدولى العام ص 146 ط 1973 م .

(2) الغنيمى : قانون السلام ص 36، 37 ط 1970 م .

قال ابن الحسن : « . . . إذ الأمر بيننا وبين الكفار مبني على المجازاة ، حتى إنهم إذا كانوا يأخذون منا الخمس ، أخذنا منهم الخمس ، وإذا كانوا يأخذون منا نصف العشر ، أخذنا منهم نصف العشر . . . » (1) .

وبعد ، فهذه كلمة وجيزة عن العرف وملازمته للجماعة جعلناها توطئة لما هو أهم وأعم منها مما يدخل في تفصيلات دقائق العرف وما ينبني عليه من الأحكام .

فما هو العرف لغة واصطلاحاً ، وكيف ينشأ وما هو سبب نشوئه واختفائه ، وما هي أقسامه وشروطه ، وهل له دليل من الكتاب والسنة ، وما هو أثره في التشريع الإسلامي بصفة عامة ؟ إلى غير ذلك من الجوانب التي يمكن أن يتطرق إليها هذا البحث .

هذا ما سنتولى الإجابة عنه قدر الإمكان في الفصول الآتية بإذن الله .

(1) محمد بن الحسن الشيباني : السير الكبير ج 5 ص 2134 ط شركة الإعلانات الشرقية 1972 م .

رَقْعٌ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

في بنية العرف والعادة

ويضمّن الحديث عن:
النشأة، والمصاير، والتعريف
والتقسيم

رَفَعُ

عبد الرحمن العجوي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

نشأة العُرف ودواعيه

من خصائص الإنسان البارزة ، ومن صفاته الواضحة تطويره المستمر لأساليب حياته اليومية ، وتنقله من حالة إلى حالة ، ومن كيفية إلى أخرى في كل ما يتعلق بحياته اليومية ، وما تتطلبه تلك الحياة من أنواع النشاط وأنماط السلوك .

وطبيعي أن هذا التطور أو التطوير إنما هو نتيجة لتجدد تفكير الإنسان المستمر ، وسعيه الدائم إلى الأفضل . الأمر الذي جعله يكتشف من وقت لآخر أساليب جديدة ليستعملها في حياته . فإذا برهنت التجربة على صحة ما اعتقده في هذه الأساليب المكتشفة ، وحققت له ما توخاه منها دأب على ممارستها حتى تصير له عادة ، وعن طريق التقليد تتركز تلك العادة وتنتشر إذ « للتقليد

دوره في تركيز ونشر العادات» (1) .

فإذا جد من الظروف ما جعل الإنسان يشعر بأن جزءاً ما من نظام حياته قد أصبح ثقیلاً عليه ، أو يحول دون ممارسة ما يراه الأنسب ، ترك هذا الجزء أو حوَّره وأدخل عليه ما يجعله منسجماً ومتلائماً مع الواقع الجديد . فالعرف : وليد الحاجة وملازم للحياة أو هو صورة منها إذ كلما « . . . تغيرت ظروف الجماعة نجد العرف يتحوَّر تلقائياً تحوُّراً يتمشى مع الظروف الجديدة ، فهو كما يقول « اهرينق » يُكوِّن مع الحياة وحدة يتغير بتغيرها ويزول بزوالها» (2) .

ومن هنا كانت صلاحية الأنظمة منوطة بما فيها من عناصر الحياة ويخضع انتشارها لما فيها من السعة وملاءمة حياة المجتمعات . فالأعراف إذن « إنما توجد غالباً تبعاً

(1) محمد أبو الأجنان : العرف في المذهب المالكي / كتاب ملتقى الإمام ابن عرفة ص 351 ط 1977 م وانظر في هذا : قوانين التقليد لتارد .

(2) الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون ص 179 ط 1966 م .

لقيام ظروف خاصة تقتضيها ، وذلك نتيجة لتغير في
أوضاع الحياة الاقتصادية أو اتصال بجماعات أخرى من
الشعوب»⁽¹⁾ .

وعلى الجملة « فإن العرف وإن كان - يصدر - عن الميل
من جهة العقل إلا أنه يختلف نوازعه وتتعدد دوافعه »⁽²⁾ .
ومن الواضح والمهم أن خطوات تكوُّن أو تكوين
العرف واندثاره إنما تتم في عفوية تامة في الغالب ، إذ ينشأ
العرف آلياً وينتشر ذاتياً ويفرض احترامه على معتنقيه دونما
استعانة بحاكم أو قانون .

ذلك لأن العرف يتكون من ضمير الجماعة بطريقة غير
محسوسة « شأنه في ذلك شأن اللغة والأخلاق وغيرها من
العادات والأمور التي يخلقها المجتمع لنفسه بنفسه »⁽³⁾ .

(1) محمد معروف الدواليبي : المدخل إلى تاريخ القانون العام
ص 315 ط 1941 م .

(2) أحمد فهمي أبو سنة : العرف والعادة في رأى الفقهاء ص 16
ط 1941 م .

(3) المستشار / علي علي منصور : المدخل للعلوم القانونية ص 97
ط 1971 م .

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام
2- 833 « إذا مال الإنسان إلى فعل شيء وارتاح إليه ،
وكرره أصبح بالتكرير عادة له ، فإذا حاكاه فيه غيره
- بدافع حب التقليد - وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين
معظم الأفراد تكوّن عندئذ بها العرف الذي هو في
الحقيقة عادة الجماعة وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في
الأقوال » .

ومن أفضل الأمثلة على تكوين أو نشوء العرف منذ
بدايته إلى استقراره وانتشاره ، هو ما نقله الدكتور
الغنيمي في هامش كتابه الأحكام العامة في قانون الأمم /
قانون السلام ص 373 عن بعض فقهاء القانون ونصه
« شُبّه تكوين العرف بالتكوين التدريجي لطريق عبر أرض
غير ممهّدة . ذلك أننا نشاهد في البداية آثاراً متفرقة
متعددة تكاد علاماتها لا تظهر في الأرض ، ثم تبدأ في
التجمع عند مسلك تهدي إليه أسباب من المناسبة
والمصلحة . ويتكرر سلوك ذات الطريق ، فيظهر درب
وحيد يسلكه بعد كل من يريد عبور المكان ، دون أن

نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للعبور» .

ولقد أضاف بعضهم ملاحظة تكمّل في رأيه هذا التشبيه قال فيها : « إن عابري الطريق بينهم من تكون آثاره في الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن ، أو لأن هناك مصلحة تدعوه إلى تكرار سلوك الطريق»⁽¹⁾ .

ولعل هذه الملاحظة إنما تصدق بشكل أوضح على الأعراف التي تصدر عن حاكم أو ما يشاكله من ذوى النفوذ ، ولكن مهما يكن فإن هذه الآثار لا تلبث في الغالب أن تختفى بسبب كثرة السير وازدحام الطريق مهما كان شأن بادئه ، وسواء أكان خفيف الوزن أو ثقيله . وهذا الكلام يجرنا بدوره إلى الحديث عن مصادر العرف وأنواعها .

(1) الغنيمي قانون السلام هامش ص 373 ط 1970 م .

تعدد مصادر الأعراف

ما ذكرناه آنفاً حول أصل ونشوء الأعراف والعادات هو الغالب ، ومن غير الغالب وفي مجالات معينة قد يصدر العرف عن ذي سلطة كالحاكم والقاضي، ومن يشابههما . ويؤيد هذا ما نجده في كتب التاريخ وتراجم الأشخاص - وخاصة القضاة - من قول المؤرخين : وهو أول من أحدث هذا وصار عليه العمل من بعده . وأكثر ما يكون هذا في النواحي الإجرائية والشكلية مما استحدثه منها كبار القضاة أمثال القاضي شريح وإياس بن معاوية وسحنون ، وغيرهم كما سيجيء عنهم بعد قليل .

ويمكن أن يمثل لهذا النوع من الأعراف - وإن كان يجلب عنه - بما فعله الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ، من إحداث الدواوين وغيرها مما يصعب حصره حتى قال عنه

أبو الدرداء : « رب سنة راشدة مهدية قد سنها عمر في أمة رسول الله » (1) .

ولعل من المهم والطريف أيضاً أن نشير إلى ما سنه عمر في مجال التعليم الذي كان غير منظم إلى أن جاء عمر إلى الخلافة فأمر « . . . ببناء بيوت المكاتب ونصب الرجال لتعليم الصبيان وتأديبهم ، وكانوا يسردون القراءة في الأسبوع كله - بدون انقطاع - فلما فتح عمر الشام ورجع قافلاً إلى المدينة : تلقاه أهلها ومعهم الصبيان وكان اليوم الذي لاقوه فيه يوم : الأربعاء ، فظلوا معه عشية الأربعاء ويوم الخميس وصدر يوم الجمعة . فجعل ذلك لصبيان المكاتب ، وأوجب لهم سنة للاستراحة . . . ثم اقتدى به السلف في الاستراحات المشروعة إلى يومنا هذا . . . » (2)

-
- (1) القاسم بن سلام : كتاب الأموال ص 315 وانظر كتاب : أخبار عمر لعلي الطنطاوى ص 213 تجد به أكثر من ثلاثين قضية من القضايا التي أحدثها عمر رضى الله عنه .
- (2) عبد الحى الكتانى : نظام الحكومة النبوية . ج 2 ص 294 الناشر حسن جعدا .

ومن الأعراف التي صدرت في الأصل عن حاكم ، أو كانت بسببه : اعتياد الناس لبس الثياب السوداء ، وإقبالهم على اللون الأسود ، وذلك بعد اتخاذ العباسيين هذا اللون شعاراً لدولتهم . وكان من نتائج ذلك اختلاف بعض الأحكام⁽¹⁾ في بعض القضايا تبعاً لذلك . كما سيتضح في حينه .

ولعل من أشهر الأعراف التي صدرت في الأصل عن حاكم سياسى وكتب لها البقاء هو : ما أحدثه الفاطميون من الاحتفال بعيد المولد النبوي الشريف ، إلى جانب الأعياد الدينية الأخرى .

فلقد « اهتم الفاطميون بالاحتفال بالأعياد الدينية في شىء كثير من الأبهة والعظمة »⁽²⁾ قال أبو الحسن النباهى في كتابه (تاريخ قضاة الأندلس) ص 162 على لسان أحد القضاة : « إن الأمير أبا يحيى استحضره مع الجملة من صدور الفقهاء للمبيت بدار الخلافة ، والمثول بين يديه

(1) القرنشاوى وآخرين : الموجز في أصول الفقه ص 283 .

(2) الدكتور جمال الدين سرور : الدولة الفاطمية في مصر ص 163 .

ليلة الميلاد الشريف النبوي ، إذ كان قد أراد إقامة رسمه على العادة الدربية من الاحتفال في الأطعمة وتزيين المحل بحضور الأشراف ، وتخير القوالين للأشعار المقرونة بالأصوات المطربة .

هذه بعض الأمثلة على الأعراف السياسية ، أما الأعراف القضائية فلعلها أكثر من الأولى ، خاصة إذا اعتبرنا منها ما كان يصدر عن كبار القضاة في مجال القضاء وتنظيمه وتعدد أنواعه ودرجاته ، من حيث الاختصاص القيمي والفني والمكاني ، وما يتعلق بذلك من الإجراءات والتنظيم .

فلقد كان سحنون بعد أن تولى منصب قاضي القضاة ، أول من اتخذ صاحب المظالم الظالم وهو ما يعرف بالقضاء المستعجل في الوقت الحاضر أو هو شبيه به وكذلك فعل في الاختصاص القيمي حيث كلف « حبيب ابن نصر بن سهل ليحكم بين الناس في الأسواق ، وأذن له أن يحكم فيما لا يتجاوز قيمته : عشرين ديناراً »⁽¹⁾ .

(1) انظر معالم الإيمان لعبد الرحمن الدباغ ، تحقيق الدكتور أبو النور =

ويبدو أن القضاء المستعجل - كما أسمىناه - كان متعدد الدرجات ففي الوقت الذي نجد سحنون يأذن لحبيب بن نصر في الحكم بين الناس ويقيده بما لا يتجاوز عشرين ديناراً ، نجد عيسى بن مسكين يولى سليمان القطان مظالم القيروان ، ويأذن له في النظر والحكم إلى ما يبلغ مائة دينار⁽¹⁾ .

أما ما استحدث في الجوانب الإجرائية ، فيكفى أن نذكر ما أورده السرخسي في المبسوط حول تزكية الشهود الذي أحدثه شريح القاضي . قال السرخسي : « وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ، ثم أحدث شريح - رحمه الله - تزكية السرّ ، ف قيل له : أحدثت يا أبا أمية فقال : أحدثتم فأحدثنا فجمع شريح بين تزكية السرّ وتزكية العلانية »⁽²⁾ .

ونلاحظ أنه طرأ على قضية التزكية هذه بعض التغيير ، إذ قد تطور العرف مرة أخرى وتركوا تزكية العلانية - التي

= ج 2 ص 199, 207 ط الدجوى 1972 م .

(1) المصدر السابق

(2) السرخسي في المبسوط ج 16 ص 91 ط دار المعرفة د/ت .

هى الأصل - واقتصروا على ما أحدثه شريح ، وهو تزكية السرّ . قال السرخسى : « غير أن القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر »⁽¹⁾ .

ثم نشير إلى ما فعله القاضى عبد الرحمن بن معاوية قاضى مصر فى أموال اليتامى « حيث حصرها وشهرها وجعلها على أيدي عرفاء القبائل فجرى الأمر على ذلك من بعده »⁽²⁾ .

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن القضاء الإسلامى قد عرف الخبرة واستعان بها فى الوصول إلى الحق ، ويبدو أن ذلك كان متأخراً بعض الشيء وهو ما يمكن أن نفهمه من نص ورد فى كتاب (أخبار القضاة) لو كيع ج 2 ص 55 ونصه « وذكروا أن عمر بن عامر نوزع إليه فى جارية ليس على ركبته - أو لعلها رقبته - شعر ، فثقل بها ولم يدر ما يحكم به ، ثم قال : يسأل عن ذلك أصحاب الرقيق ، فإن كان غشاً عندهم رُدَّتْ به » . وجاء فى هذا الكتاب أيضاً :

(1) المصدر السابق .

(2) محمد بن يوسف الكندي : كتاب الولاية وكتاب القضاة ص 325

ط 1908 .

« ويقال إن سوار قال : كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب
يرد به » .

فأفاد قوله : فثقل بها ولم يدر ما يحكم به ، أن اللجوء
إلى الاحتكام إلى الخبرة كان قليلاً . غير أن هذا يشكل
عليه ما سيأتي من أن شريحاً أقرَّ الغزالين على الاحتكام إلى
سنتهم التي كانت سائدة بينهم عندما اختصموا إليه ،
ومعلوم تقدم شريح علماً وزماناً على عمر بن عامر هذا .

ويضاف إلى ما تقدم ذكره ما يستنبطه كبار القضاة من
القرائن القضائية وما يتوصلون إليه من الحلول ، مما يكون
ثروة هائلة يستعين بها من جاء بعدهم من القضاة ،
فيتخذونها أدلة ترجيح ووسائل لحسم الخلاف ، إذا
كانت تلك القرائن أو السوابق القضائية ذات طابع
تنظيمي ، أو كانت مطابقة لتلك النوازل في الخصائص
والظروف .

هذه كلمة عامة عن نشأة ومصادر العرف من حيث
الواقع ، ومنها يتبين أن أكثر العادات والأعراف إنما تنشأ
وتختفي في عفوية وسرية تامتين .

غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض الأعراف الصادرة عن أشخاص معروفين ولكن هل لمصدر العرف من أثر على قوته أو انتشاره ؟ .

العرف بحيويته لا بأصله :

رأينا أن العرف قد تتعدد مصادره ، ولكن أيّاً كان مصدر العرف فرداً أو جماعة ، حاكماً أو محكوماً ، معروفاً أو غير معروف . فإنه لا أثر لهذا الأصل بالنسبة للعمل به ، حيث إن الجماعة تتعلق بالعرف إذا رضيته وتلتزم به غير ناظرة إلى أصله ، بل يبقى العرف مجهول الهوية أو متجاهلها منظوراً إليه فقط من زاوية ملاءمته للجماعة وشعورهم نحوه . حتى إذا طرأ من الظروف ما يخل بهذه الملاءمة ، تركته الجماعة بالطريقة التي أوجدته بها . وهذا هو الغالب كما سبق أن ذكرنا منذ قليل .

وكما يحصل أن يصدر العرف عن شخص معروف - ولو كان هذا قليلاً - فإنه قد يحصل أن يمنع العمل بالعرف شخص معروف أيضاً كالحاكم ومن في معناه ، لسبب أو

لآخر ، كما فعل الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز⁽¹⁾ في بعض الأعراف التي وجدها سارية قبله ، والتي منها : إبطاله لمراسم تولى الإمارة نزاهة منه وتواضعاً لله عز وجل .

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يمكن القول : إن العرف - في الغالب - يوجد بفعل وتفاعل الجماعة بإرادتها ووفق رغبتها ، لتلبية حاجاتها وإصلاح أنظمة حياتها ، يتجدد بتجدد حاجات الناس ويذهب بذهابها . وهذه الميزة هي التي جعلته ملازماً للجماعات البشرية على اختلاف أنواعها وتباين أوضاعها كما تقدم في التمهيد .

وبهذا نهي الكلام عن نشأة العرف ومصادره ، وننتقل بالحديث إلى تعريفه وتقسيمه وشروطه ، ثم نتحدث عن العادة لنبين أنها لا تختلف عن العرف من حيث الأثر المترتب على كل منهما على الأقل عند أغلب فقهاء

(1) ابن كثير : البداية والنهاية ج 9 ص 183 ط مكتبة المعارف بيروت 1974 م .

الشريعة ، على أن نتوسع في الحديث ليشمل القرائن
العرفية التي تتداخل هي الأخرى مع العرف حتى إنه
يصعب التفريق بينهما أحياناً . ونبدأ بتعريف العرف في
اللغة .

معنى العُرف في اللغة

العُرف في اللغة له معان كثيرة ، تتراوح بين ما هو ظاهر معروف وبين ما تسكن إليه النفس وتأنس به .

فهذا ابن فارس يرى أن لكلمة « عرف » أصلين صحيحين يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بفضه وراء بعض ، ويدل الآخر على السكون والطمأنينة ومثل للنوع الأول بعرف الفرس قال : « وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه . ويقال : جاء القطا عرفاً عرفاً ، أي بفضه خلف بعض »⁽¹⁾ .

وفي لسان العرب « . . . والعرف والعارفة والمعروف : واحد ضد المنكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ

(1) انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج 4 ص 281 ط 1970 م .

به وتطمئن إليه» (1) .

على أن الجدير بالذكر أن ابن منظور أتى بملاحظة كاد يجمع فيها بين معاني العرف في اللغة والاصطلاح ونعنى بذلك قوله : « وقد تكرر ذكر المعروف في الحديث ، وهو اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله . والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات ، وهو من الصفات الغالبة . أى أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه » (2) .

وبملاحظة هذا يتبين أن معظم معاني العرف في اللغة متقاربة وتكاد تلتقى في مجرى واحد ، غير أن كلاً من الصفات الغالبة والتتابع وما تطمئن إليه النفس أقرب إلى معاني العرف في الاصطلاح أو عند الأصوليين ، حيث إن العرف عندهم لا يعدو أن يكون تتابع عمل الجماعات وفق نظام معين .

(1) (2) ابن منظور : لسان العرب ج 9 ص 239 وما بعدها .

ط 1955 م .

معنى العرف في الاصطلاح :

هناك تقارب وتشابه واضحان بين التعريفات التي أتى بها الأصوليون ومن كتبوا في تاريخ التشريع من المحدثين ممن اطلعنا على تعريفاتهم للعرف ، لذلك سنكتفي بذكر بعض هذه التعريفات ثم نحاول بدورنا اختيار تعريف للعرف يكون أقرب إلى واقعه وأصدق في التعبير عنه .

قال السيد الجرجاني في كتاب التعريفات : « العرف : ما استقرت النفوس « عليه » بشهادة العقول ، وتلقته الطباع بالقبول ، وكذا العادة . . . »⁽¹⁾ .

وتواتر أخيراً نقل تعريف النسفى للعرف حتى إنك قل ما تجد أحداً تعرض للعرف إلا ونقل هذا التعريف وهو : « العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول »⁽²⁾ .

(1) الجرجاني : التعريفات ص 154 ط بيروت والنسخة التي بأيدينا سقطت منها كلمة « عليه » .

(2) نقلنا هذا التعريف عن كتاب العرف والعادة في رأى الفقهاء للشيخ أبى سنة .

ومن الواضح أن هذين التعريفين متقاربان غير أن النسفى جمع فى تعريفه هذا بين العرف والعادة ، بينما السيد الجرجانى عرّف العرف أولاً ثم عطف العادة عليه . كذلك فإن النسفى أورد قيده على الطبائع ولم يقل بها بإطلاق كما فعل سلفه ، وإنما اشترط أن تكون هذه الطبائع سليمة ولم يصبها أى انحراف وهذا القيد قرب العرف - على ما أرى - من نظرة الشريعة الإسلامية للعرف باعتبار أن الطبيعة السليمة هي ﴿ فطرة الله التي فطر الناس عليها ﴾⁽¹⁾ .

ورغم ما وجه إلى هذين التعريفين من النقد ، فإنهما يبقيان الأساس فى تعريف العرف ، حيث لم يسبقهما - على ما علمت - أى تعريف على هذا النحو من الدقة وإن كانا غير كاملين .

ومن التعريفات الحديثة للعرف قول المرحوم عبد الوهاب خلاف : « العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه

(1) الآية رقم 30 من سورة الروم ، وانظر تفسير القرطبي لهذه الآية .

من قول أو فعل أو ترك» (1) .

ومما يلاحظ في هذا التعريف هو إدخال عنصر جديد فيه وهو الترك أو العرف السلبي إن صح التعبير ، وهذه قضية خلافية عند فقهاء القانون ، ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك عند فقهاء الشريعة الإسلامية . وعلى العموم فهي قضية لم يصل فيها الفقه ولا القضاء إلى رأى محدد عند رجال القانون على ما أعلم ، ولعل هذا ما جعل محكمة العدل الدولية لا تعمل به ، أى بالعرف السلبي كما أنها لم تستبعده بالكلية على ما يبدو (2) . وعودة إلى تعريف العرف .

جاء في الموسوعة العربية الميسرة أن العرف في الفقه الإسلامي هو : « ما ألفه الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم » (3) .

(1) عبد الوهاب خلاف : أصول الفقه الإسلامي ص 54 .

(2) قانون السلام للدكتور الغنيمي ص 268 .

(3) انظر ص 1207 ط 1965 م .

وعرّفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه « عادة جمهور قوم في قول أو فعل »⁽¹⁾ .

ورغم أن هذا التعريف قد يكون : أفضل التعريفات التي أوردناها على الأقل من الناحية الشكلية ، فإنه يمكن أن يناقش من الناحية الموضوعية أو اللغوية .

ومما يستدرك عليه أن لفظ قوم الوارد في التعريف غير كاف ، إذ لا يصدق هذا اللفظ « قوم »⁽²⁾ على النساء إلا تبعاً للرجال ، وعليه فإذا وجد عرف خاص بالنساء فإن هذا التعريف لا ينسحب عليه أو قل إنه لا يشمل .

وبالاستعانة بما تقدم من التعريفات نقول : العرف هو ما ألفه كل أو جل الناس من قول أو عمل .

وأرجو أن أكون قد تفاديت بعض ما وقع فيه غيري ، وقد يتضح هذا من التحليل الآتي :

فكلمة « ألف » هي جوهر العرف ، وكلمة الناس

(1) المدخل الفقهي العام ج 2 ص 840 .

(2) انظر مادة (قوم) في لسان العرب .

تصدق على الرجال والنساء كما أنها تنصرف إلى أية مجموعة ، وكلمة جُل تعنى - كما هو واضح - أن يكون أغلب المتعاملين بالعرف متفقون عليه .

وبمناسبة ذكر العادة الواردة في بعض التعريفات السابقة فإنه يحسن بنا أن نتحدث عنها ، رغم أنها لا تختلف عن العرف عند أغلب الفقهاء ، أو قل على الأقل إنها لا تختلف في النتائج المترتبة على كل منها ، ولكن بالنظر إلى وجود من قال بالفرق بينها فقد يتعين التوسع في الحديث عن العادة بعض الشيء من أجل الوصول إلى الحقيقة .

العلاقة بين العرف والعادة :

قلنا إن أغلب فقهاء الشريعة لا يرون فرقاً بين العرف والعادة ، خاصة من حيث الأثر ، وربما قال بهذا بعض رجال القانون أيضاً ، غير أن هؤلاء يعتبرون أقلية بالنسبة إلى غيرهم ، ولكي نقف على حقيقة الأمر عند فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع ، فإنه يتعين علينا أن نبحث أولاً عن معنى العادة في كل من اللغة والاصطلاح .

معنى العادة في اللغة :

جاء في معجم مقاييس اللغة « والعادة : الدرية والتمادى فى الشىء حتى يصير له سجية ، ويقال للمواظب على الشىء : المعاود »⁽¹⁾ .

وفى لسان العرب « والعادة : الديدن يعار إليه معروفة وجمعها : عاد ، وعادات ، وعيد »⁽²⁾ .

فإذا لاحظنا أن من معانى العرف : الصفات الغالبة ، والتتابع المتصل ، والظاهر من كل شىء . وعلمنا أيضاً أن من معانى العادة : الدرية والتمادى فى الشىء حتى يصير سجية لصاحبه كما تقدم نقول : إذا لاحظنا كل هذه المعانى لكل من العرف والعادة اتضح لنا أنهما - وإن كانا يتفاوتان فى بعض المعانى - إلا أنهما يتفقان فيما نحن بصددده ، وما يخص موضوعنا ، وهو ما يعرف بين الناس ويتمادون عليه ، وما يرتبون عليهما من النتائج .

(1) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ج 4 ص 182 .

(2) ابن منظور : لسان العرب ج 3 ص 316 .

ويؤيد هذا القول ما نقل عن بعض اللغويين⁽¹⁾ من أن
العرف والعادة معناهما واحد . وهذا نص قاطع في اتحاد
العرف والعادة في اللغة ، فهل هما كذلك في الاصطلاح .

العادة عند الفقهاء :

عرّف الجرجاني العادة بأنها : « ما استمر الناس عليه
على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى »⁽²⁾ .
ونلاحظ أن الجرجاني هذا قد ساوى بينها وبين العرف عند
تعريفه له ، عندما عطفها عليه بقوله : « وكذا العادة » .

وفي تيسير التحرير: « هي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة
عقلية »⁽³⁾ وفي كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي :
التسوية بين العرف والعادة حيث فسر العرف بالعادة ،
قال : العرف هو العادة كما في كنز اللغات .

(1) انظر تاج العروس للزبيدي ج 2 ص 439 .

(2) الجرجاني : التعريفات ص 154 ط 1969 م بيروت .

(3) محمد أمين باد شاه ، تيسير التحرير ج 2 ص 20 ط 1933 القاهرة .

بينما نجد القرافي يرى أن العادة هي : غلبة معنى من المعاني على الناس .

أما ابن فرحون وعلاء الدين الطرابلسي فقد عرفها العادة بأنها : « غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها » (1) .

ولعله من الواضح أنهم يقصدون العرف والعادة معاً ، بدليل ما فرعوه على قولهم هذا وما بنوه عليه من الأحكام .

أما من المحدثين فقد عرفها الشيخ الطاهر بن عاشور بقول : « العادة ما غلب على الناس من قول أو فعل أو ترك » (2) وهذا هو تعريف الأستاذ عبد الوهاب خلاف للعرف كما تقدم . وسيأتي المزيد من الأقوال الدالة على استعمال الفقهاء لكل من العرف والعادة بمعنى واحد .

ولكن على الرغم من كثرة الأدلة الواضحة على اتحاد

(1) أنظر الباب السابع والخمسين من تبصرة ابن فرحون ، والباب الثامن والعشرين من معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي ، وعنوان البابين في الكتابين واحد ، وهو : « . . . في القضاء بالعرف والعادة » .

(2) انظر ملتقى الإمام ابن عرفة ، بحوث ودراسات ص 350 .

العرف والعادة في اللغة والاصطلاح ، فقد ذهب البعض - وإن كانوا قلة - إلى وجود فرق بينهما .

على أننا إذا قسمنا القائلين بالفرق بين العرف والعادة إلى قدامى ومحدثين فسنجد أن أغلبهم من المحدثين ، إضافة إلى أن الفرق ذاته يكاد يكون غير واضح عند القدامى من الفقهاء الذين قيل إنهم يقولون بهذا الفرق ، لأنه أقصى ما وقفت عليه في هذا الشأن هو أن ابن الهمام في التحرير ، والغفاري في فصول البدائع قد قصرا العادة على العرف العملي ، وهو ما يمكن أن يستنتج من أصول البزدوى وشرحه كشف الأسرار أيضاً⁽¹⁾ .

ولقد أسعفنا الشيخ أبو سنة - جازاه الله خيراً - عندما لخص رأي قدامى الفقهاء في العلاقة بين العرف والعادة ، قال في هذا التلخيص : « وبناء على تعريف ابن أمير الحاج

(1) نقلنا هذا الكلام عن كتاب العرف والعادة للشيخ أبي سنة ، وخاصة فيما يتعلق بفصول البدائع ، لأنني لم أقف عليه أنظر ص 11 من كتاب أبي سنة وانظر أيضاً كشف الأسرار ج 2 ص 95 وما بعدها .

الذي اخترته وتعريف القرافي أيضاً ، تكون النسبة بين العرف والعادة : العموم والخصوص المطلق والعادة هي الأعم ، وعلى رأى ابن الهمام ومن وافقه تكون النسبة بينهما العموم والخصوص والعرف الأعم ، وعلى رأى صاحب المستصفي تكون النسبة بينهما : المساواة « (1) .

وإذا اتفقنا مع الشيخ أبي سنة في ما توصل إليه في هذا التلخيص فإنه يكون لدينا ثلاثة آراء ، الأول يجعل العادة أعم من العرف ، والثاني يجعل العرف أعم من العادة والثالث يجعل المساواة بين العرف والعادة . وهو الذي نختاره لأنه الوسط ، وخير الأمور أوسطها ولأنه الأكثر في استعمال الفقهاء .

ولعل من أشهر القائلين بالخصوص والعموم بين العرف والعادة من المحدثين الشيخ أبو سنة والأستاذ مصطفى الزرقا⁽²⁾ الذي لا يبعد أن يكون قد تبع في ذلك الشيخ أبا سنة .

(1) نفس المصدر السابق .

(2) المدخل الفقهي العام ج 2 ص 843 .

ولقد تلقف هذا الرأى - أعنى الذى يقول بالخصوص والعموم بين العرف والعادة - كثير من الأساتذة العرب من رجال القانون خاصة وتبنوه وانتصروا له ، وليس هذا بمستغرب منهم وهم المتأثرون - أو أكثرهم - بالنظريات القانونية الغربية ومنها : النظرية الثنائية للعرف التى تقول بوجود توافر ركنين للعرف هما : الركن المادى ويعنى التكرار والاستمرار ، والركن المعنوى ويعنى : الاعتقاد بلزوم العرف ، أو كما يقول الدكتور حسن كيرة : « توافر الاعتقاد فى إلزام هذه السنة ، وضرورة اتباعها »⁽¹⁾ .

ونلاحظ أن القول بالنظرية الثنائية للعرف ، ليس مُسَلِّماً به من جميع فقهاء القانون . صحيح أن هذا هو رأى الأغلبية منهم ولكن هناك من يقول بما يناقض هذه النظرية . أى أن بعض الفقهاء القانونيين لا يشترطون وجود توافر ركنين للعرف ، أعنى : الركن المادى والركن المعنوى ، بل اكتفوا بوجود عنصر واحد فى العرف .

(1) الدكتور حسن كيرة : المدخل إلى القانون ص 273 ط 1971 م .

غير أن هؤلاء اختلفوا فيما بينهم ، حيث إن منهم من اشترط وجود الركن المادى فقط أى التكرار والمعاودة باعتبار أن هذا الركن هو : جوهر العرف ، إضافة إلى أنه الشيء الملموس الذى يمكن أن يحكم بوجوده أو عدم وجوده . أما الركن المعنوى فهو : أمر نفسى يصعب القطع بوجوده من عدمه .

وذهب فريق آخر إلى الاكتفاء بالركن المعنوى فقط ، وبنوا رأيهم هذا على عدة اعتبارات ، وإستدلوا على هذا الرأى بوقائع تاريخية ، وسوابق قضائية ، وخاصة فى مجالى : القانون الدولى والقانون الدستورى⁽¹⁾ .

وعلى أية حال أود ألا أتوسع فى الحديث عن العرف فى نظر فقهاء القانون وإنما هذه سانحة عارضة لعلها تشير إلى عمق الفكر الإسلامى فى المجال الفقهى والقضائى ، وذلك باعتبار أن كثيراً من المذاهب الفقهية والنظريات القانونية الحديثة تتقارب مع ما فى الفقه الإسلامى .

(1) الدكتور الغنيمى : الأحكام العامة فى قانون الأمم / قانون السلام

ومن الجزئيات التي تلتقى فيها بعض النظريات القانونية الغربية الحديثة مع الفقه الإسلامي ، الاختلاف حول عناصر العرف أو أركانه . كذلك فإن من أوجه هذا اللقاء أن بعض الفقهاء الغربيين يتفقون مع الفقهاء المسلمين في عدم انضباط عدد تكرّر الفعل اللازم لثبوت العادة أو العرف بوجه عام ، ففي الوقت الذي يطلب فيه بعض الفقهاء الغربيين تكرّر الفعل عشر مرات لثبوت العادة ، اكتفى آخرون بمرتين فقط ، بل نجد في العصر الحديث من يكتفى منهم بواقعة واحدة في بعض فروع القانون⁽¹⁾ .

وهذا التذبذب نفسه - إن جاز هذا التعبير - نجده عند فقهاء الشريعة غير أنني أعتقد - دون مبالغة أو تحيز - أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا أكثر دقة - وجرأة في الوقت نفسه - عندما نظروا إلى موضوع العادة ذاته وعلى أساسه وضعوا شروطهم . فاشتروا في بعضها - أي العادات - من عدد المرات ما لم يشترطوه في بعضها الآخر .

ونرجع الآن إلى ما كنّا بصدده ، وهو موضوع : وحدة

(1) المصدر السابق .

العادة والعرف عند الفقهاء الإسلاميين . يقول الأستاذ
علال الفاسي : « إن علماء المغاربة لم يفرقوا بين العرف
والعادة »⁽¹⁾ .

ونقول : إن عدم التفريق بين العرف والعادة ليس
مقصوراً على علماء المغاربة ولا خاصاً بهم ، بل إن هذا هو
رأى أغلب الفقهاء كما مر ذكره ، بل هذا ما صرح به
الأستاذ الفاسي نفسه قبل هذا الكلام عندما أتى بتعريفات
للعادة حيث قال بأثرها : « وهكذا نرى أن الفقهاء لم
يفرقوا في الغالب بين العادة والعرف ، إلا أن بعضهم قال
إن العرف خاص بالأقوال، والعادة خاصة بالأفعال »⁽²⁾ .

وهذا ما ذهب إليه ابن الهمام ومن وافقه .

والواقع أن المتبع لأقوال الفقهاء الإسلاميين يوقن
بالمساواة بين العرف والعادة في الاستعمال ، بدلالة أنهم
أنابوا اللفظين أحدهما عن الآخر ، فعبروا بالعرف تارة
وبالعادة تارة أخرى ، وأحياناً جمعوا بين اللفظين فقالوا :
العرف والعادة ، وقلما التزم الواحد منهم التعبير بأحد

(1) . (2) علال الفاسي : مقاصد الشريعة ص 153 .

هذين اللفظين دون الآخر في حديثه ، وما ذلك إلا برهان على ترادفهما عندهم على معنى واحد .

ليس هذا فحسب ، بل تجاوزوا ذلك وتوسعوا في التعبير عن العرف بعدة ألفاظ ، غير العرف والعادة ، ومن ذلك : الشبه والغالب والتعامل والظاهر ، ومرادهم بكل ذلك - في الأغلب - العرف والعادة .

قال التسولي في البهجة - بعد أن أتى ببعض هذه الألفاظ - « وقد علم مما مر أن الشبه والغالب والعرف والعادة : بمعنى واحد »⁽¹⁾ .

وقال ابن رحال : « والعرف - في الأجال - هو شبه أو كالشبه »⁽²⁾ .

وفي الأشباه للسيوطي : « أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة »⁽³⁾ .

(1) التسولي : البهجة ج 1 ص 127 .

(2) ابن رحال : حاشية على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 23 .

(3) السيوطي : الأشباه ص 90 ، وانظر الأشباه لابن مجيم ص 100 .

ومثل هذا في الأشباه لإبن نجيم .

وفي المواهب السنية « والعرف هو العادة »⁽¹⁾ وفي شرح
المجلة لعلی حيدر « والعرف بمعنى العادة »⁽²⁾ .

ويقول الأستاذ عمر عبد الله : « . . . إن العرف
والعادة في الاصطلاح الفقهي معناهما : واحد » وعليه كما
يقول : « فيكون عطف العادة على العرف في قولهم
- بدلالة العرف والعادة وأمثاله - من باب التأكيد لا

التأسيس ، فلا تفيد كلمة عادة معنى غير معنى
العرف »⁽³⁾ . وقال الأستاذ عبد الوهاب خلاف : « العرف
والعادة - في لسان الشرعيين - لفظان مترادفان معناهما
واحد »⁽⁴⁾ وقال الدكتور الكبيسي : « . . . إن العرف

(1) عبد الله الجوهري : المواهب السنية ، مطبوع على هاشم الأشباه
للسيوطي ص 162 .

(2) علي حيدر : شرح المجلة ج 1 ص 40 .

(3) عمر عبد الله : العرف في الفقه الإسلامي مجلة جامعة الإسكندرية
كلية الحقوق 1952 م .

(4) عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع ص 123 .

والعادة في الاصطلاح : لفظان مترادفان على معنى واحد . . . فما ورد من عطف أحدهما على الآخر إنما هو من باب تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد» (1) .

وبهذا يتضح لنا أن أغلب الفقهاء يسوون بين العرف والعادة في الاستعمال والحكم ، ولم يتعرضوا للفرق بينهما إلا ما تقدمت الإشارة إليه ، والذي لا يسعنا تجاهله مهما كان قليلاً .

ولعل الذين قالوا بالفرق بين العرف والعادة نظروا إلى اختلاف التقسيم الذي ينقسم إليه كل من العرف والعادة ، أو نظروا إلى مصادر كل منهما دون النظر إلى النتائج ، فإذا كان الأمر كذلك فإن ما ذهبوا إليه - من القول بالفرق بينهما - يكون له ما يبرره ذلك لأن الفرق واضح بينهما من هذه الناحية ، وهو ما نتحدث عنه في الآتي .

غير أنني قبل أن أبدأ في هذا الحديث أودّ أن أشير إلى أن

(1) الدكتور الكبيسي : أصول الأحكام ص 136 .

هناك من حاول الجمع بين الرأيين على ما يبدو ، وإن كان هذا غير واضح تماماً ، وممن حاول ذلك عباس متولى حمادة الذى قال - وهو يتحدث عن العرف - : « ويطلقه الفقهاء على العادة ولا يفرقون بينها ، إلا أن العرف من الجماعة والعادة تكون من الفرد »⁽¹⁾ .

غير أن هذا قد يرد عليه قولهم : عرف الشرع ، وبما يفيد ظاهر قول القرافي : كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه⁽²⁾ . اللهم إلا أن يقال عن الأول : إن الشرع نزل منزلة الجماعة تعظيماً وإجلالاً له ، ولكن يبقى قول القرافي بدون جواب .

على أن ابن عابدين كان أدق في التعبير ، وأعمق في التصوير عندما جمع بينهما من ناحية وفرق بينهما من ناحية أخرى بقوله : « . . . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصداق وإن اختلفا في المفهوم »⁽³⁾ . فهما على رأيه

(1) عباس متولى حمادة : أصول الفقه الإسلامي ص 237 .

(2) انظر الفرق الثالث من فروق القرافي ج 1 ص 76 .

(3) أنظر رسالة نشر العرف لابن عابدين .

- كما أرشدني إلى هذا الدكتور المشرف فاتح زقلام - :
متفقان في الأفراد مختلفان في الحقيقة .

وما دام الأمر كذلك ، أعني أنه لا يوجد تطابق كامل
بين العرف والعادة وذلك بالنظر إلى حقيقة كل منهما على ما
ذهب إليه ابن عابدين ، نقول عملاً بهذا الرأي وعلى
أساسه قد يحسن أن نخص العادات بحديث قد لا ينسحب
على العرف ، وأول ذلك انقسام العادات إلى أقسام لا
ينقسم إليها العرف . إذن فإلى كم قسم تنقسم العادات ؟
وما هو أساس التقسيم ؟ .

أقسام العادات

تتنوع العادات وتنقسم بالنظر إلى أصحابها أو من تصدر عنهم وتنسب إليهم إلى ثلاثة أنواع . عادة بشرية ، وعادة حيوانية ، وعادة طبيعية . على أنى ألاحظ أن هذا التقسيم قد يكون أحياناً تقسيماً تقريبياً ، إذ تتداخل بعض العادات أو تشترك في بعض الأوصاف أحياناً .

فالعادة البشرية هي التي يتعودها الإنسان وهي أنواع ، ولا نتناول هنا منها إلا العادة الفردية ، لأن العادة الجماعية هي العرف عند الأغلب أو قل إنها تشترك معه في جميع أحكامه .

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن بعض العادات البشرية الفردية قد توصف بأنها عادات بشرية وطبيعية في بعض

الأحيان ، مثل ما إذا كانت تلك العادة عادة طبيعية في الإنسان ، كالعادة الشهرية عند النساء .

أما العادة الحيوانية فهي ما تتعوده بعض الحيوانات ، سواء بطريق التعليم كجوارح الصيد ، أو ما تعتاده تلك الحيوانات تلقائياً كما في الكلب العقور .

وأخيراً العادة الطبيعية ، كحرارة الإقليم وتعاقب الفصول ونحو ذلك . وهذه قليلة الأثر في بحثنا هذا ولهذا سنترك الكلام عليها إلا ما دعت إليه الضرورة .

ثم إن كلاً من العادات البشرية الفردية والعادة الحيوانية : تختلف في عدد مرات تكرار الفعل الواجب حصوله لثبوت العادة . وهذا يقودنا إلى طرح السؤال الآتي :-

بأي عدد من المرات تثبت العادة ؟ :

لا يمكن الإجابة عن هذا السؤال بجملة أو جملتين ، وعليه فسنحاول ذكر عدد ما يثبت به كل نوع على حدة في بعض العادات ، وأود أن أشير إلى أنني اعتمدت في هذا

على ما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص 90 وما بعدها
وما أنقله هنا هو بعض تصرف ، وأول ذلك :

* **الحيض** : وهو أربعة أقسام ، قسم يثبت بمرة واحدة
وهو : الاستحاضة وقسم يثبت بثلاث مرات ، وقيل
بمرتين فقط ، وهو : قدر الحيض والطهر⁽¹⁾ . وقسم لا
تثبت فيه العادة مهما تكررت وهي : المستحاضة ، وقسم
لا يثبت عند البعض مهما تكرر ، ويثبت بالكثير عند
البعض الآخر ، وهو : التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب
التقطع ، إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء .

* **الجارحة في الصيد** : ولا تثبت العادة بمرة واحدة
فيه ، وفي المرتين والثلاث : خلاف .

* **القائف** : يشترط التكرار ، وفي المرتين والثلاث :
خلاف .

(1) نقل الشيخ اعليش في الفتاوى عن بعضهم قوله : « والحاصل أنها إن
ادعت الانقضاء بزمن يغلب الانقضاء فيه بحسب العادة الجارية
بيلدها . . . فإنها تصدق . . . » نظر فتاوى اعليش ج 2 ص 72 .

* اختيار الصبي قبل البلوغ بالماسكة : فلا أقل من
اختباره : مرتين فأكثر .

* العادة في صوم يوم الشك : لم يتعرضوا فيه لضابط
العادة « فيحتمل ثبوتها بمرة ، أو بقدر يعد في العرف
متكرراً .

* العادة في الأهداء : ولم ير فيه ابن السبكي نقلاً
قال : وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة .

* الاستدلال بحيض الخنثى أو إمنائه : على الأنوثة
والذكورة بشرط التكرار ولا تكفى فيه المرتان .

وفي ما ذكرناه من الأمثلة على العادة الفردية كفاية ،
وننتقل الآن إلى ذكر ما يترتب على هذه العادات البشرية
منها والحيوانية من النتائج والآثار .

ونلاحظ أن ما سنذكره هنا من النتائج ربما كان الأولى به
أن يذكر في الفصل المتضمن لآثار العرف والعادة في
التشريع ، ولكن قصدنا من هذا المبادرة في التدليل على
اعتداد فقهاء الشريعة بالعادات الفردية حتى ولو كانت
حيوانية .

ما يترتب على العادات الفردية :

لما كانت العادات الفردية كثيرة ومتنوعة وأغلبها منتج لآثاره عند الفقهاء - إذا تعلق بها ما يوجب ذلك - لهذا أذكر بعض أنواع هذه العادات وما ينتج عنها من الآثار والأحكام .

أولاً : العادة الشخصية المكتسبة بالاعتیاد : كأن يعتاد إنسان ما ، أكلاً معيناً ، أو لبساً معيناً أو غير ذلك من العادات . ورغم أن هذه العادة قاصرة على صاحبها في الظاهر ، إلا أنها قد تترتب عليها بعض الأحكام تماماً كما تترتب على العادات الجماعية الأخرى المرادفة للعرف بالنسبة لصاحبها ، وذلك متى اقترن بها من الظروف والروابط ما يستدعي الاحتياج إليها لتكون أساساً يبنى عليه حكم في واقعة معينة ، مثال ذلك : نفقة المضارب فإنها تقدر بحسب عادته قبل بدء المضاربة⁽¹⁾ ، وكذلك :

(1) ابن المرتضى البحر الزخارج 4 ص 273 ، وج 5 ص 88 .

المفلس ، عند الحجز عليه - أو على أمواله فإنه يترك له من النفقة على حسب عادته قبل الحجر (1) .

ومن هذا أيضاً : وجوب دفع أجره الحمام على الزوج إذا كانت زوجته تعتاد الذهاب إلى الحمام قبل مجيئها إليه (2) .

ومما بنوه على العادة الفردية أيضاً أن المرأة إذا اقتضى الأمر أن تحلف في قضية معينة ، فإنه ينظر إلى عاداتها ، فإذا كانت عاداتها أنها تخرج من بيتها نهاراً ، فإنها تجبر على الذهاب إلى مكان الحلف ، كمقر المحكمة مثلاً ، وأما إذا كانت عاداتها أنها لا تخرج من بيتها إلا ليلاً ، فإنها لا تخرج بالنهار ولكن تجبر على الخروج ليلاً ، أما إذا كانت عاداتها عدم الخروج فإنها لا تجبر على الخروج إطلاقاً وإنما تحلف في بيتها (3) .

فهذه أمثلة توضح ما للعادة الفردية من أثر بالنسبة

(1) الشيرازي : المهذب ج 1 ص 329 .

(2) نفس المصدر ج 2 ص 126 .

(3) التسورلي : البهجة على العاصمية ج 1 ص 151 .

لصاحبها على الأقل . وأخيراً نشير إلى العود أو الاعتياد في الجرائم الجنائية وما ينتج عن ذلك من تشديد العقوبة .

ثانياً : العادة الثنائية : أى العادة المتداولة بين شخصين ، ورغم أنها أقرب إلى العادة الفردية إلا أنها أيضاً رتب عليها الفقهاء بعض الأحكام ، منها : عادة الإهداء أو التهادى ، فلقد رتبوا على هذه العادة أنه إذا كانت بين القاضى - ومثله الحاكم - وشخص آخر ، عادة التهادى سابقة على تولى القضاء أو الوظيفة بصفة عامة ، فإنه يجوز لهما أن يستمرا في الإهداء دون حرج أو شبهة الرشوة⁽¹⁾ . وكذلك المقرض فإنه لا يجوز له قبول الهدية إلا إذا كانت بينه وبين من اقترض منه عادة التهادى⁽²⁾ .

ولعل الأصل في هذا ما روى عن أحد عمال عمر بن عبد العزيز الذى أهدى له رجل هدية مقدارها : أربعون

(1) انظر أدب القاضى للموردى ج 2 ص 173 والبحر الزخارج 6 ص 123 .

(2) انظر كتاب الآجال من المدوومة ج 4 ص 139 ومختصر خليل باب السلم عند قوله وحرّم هديته ص 196 .

ألف درهم ، فكتب إلى عمر يستشيريه في قبولها أو رفضها ، فرد عليه عمر قائلاً : إن كان يهدى إليك وأنت بالجزيرة فاقبلها وإلا : احسبها من خراجه (1) .

ثالثاً : العادات الحيوانية : تنقسم العادات الحيوانية إلى قسمين ، عادات تلقائية يتعلمها الحيوان بنفسه ، وقد تكون نتيجة مرض ، وعادات تحصل للحيوان عن طريق التعليم ، ونبدأ هذا النوع بقصة القصواء ناقة رسول الله ﷺ ، وما كان من بروكها في غزوة الحديبية ، لما في هذه القصة من دلالة على الاعتراف بالعادات الحيوانية وأثرها .

جاء في صحيح البخارى قوله : « . . . وسار النبي ﷺ حتى إذا كان بالثنية التي يهبط عليهم منها ، بركت به راحلته ، فقال الناس : حَلْ حَلْ فَأَلْحَتْ ، فقالوا : خلأت القصواء . فقال النبي : ما خلأت القصواء وما ذاك لها بخلق ولكن حبسها حابس الفيل . . . » .

(1) : أدب القاضى والقضاء لأبى المهلب القيسى ، تحقيق الدكتور الدشراوى ط الشركة التونسية . ص 24 .

قال ابن حجر في الفتح « قوله وما ذاك لها بخلق أى عادة » ثم نقل عن ابن بطال وغيره أن مما يستفاد من هذا الحديث : جواز الحكم على الشئ بما عرف من عادته . . . فإذا وقع من شخص هفوة لا يعهد منه مثلها لا ينسب إليها ويرد على من نسبه إليها ، ومعدرة من نسبه إليها مما لا يعرف صورة حاله ، لأن خلاء القصواء لولا خارق العادة لكان ما ظنه الصحابة : صحيحاً ، ولم يعاتبهم النبي على ذلك لعذرهم في ظنهم . . . »⁽¹⁾ .

ومن العادات الحيوانية التلقائية أيضاً : اعتياد الكلب عض الناس وعقر الحيوان ، وكذلك إذابة القطط وما شابه ذلك .

فبالنسبة للكلب العقور إذا أثبت عادته فإن صاحبه يلزم بالتعويض أو قيمة ما أتلفه على شروط في ذلك⁽²⁾ . وكذلك اعتياد القطط عادات ضارة ، قال القرافي : « سئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله عن قتل الهر

(1) ابن حجر : فتح الباري ج 5 ص 329 إلى 336 .

(2) ابن المرتضى : البحر الزخارج 6 ص 270 ، 271 .

المؤذى هل يجوز أم لا ؟ فكتب - وأنا حاضر - : إذا خرجت أذيته عن عادة القطط وتكرر ذلك منه «⁽³⁾ .

أما بالنسبة للعادات الحيوانية التي تكتسبها عن طريق التعليم مثل جوارح الصيد من الكلاب والطيور ، فإن لهذه العادات آثاراً تترتب عليها أيضاً ، إذ ينتج عن ثبوت هذه العادات في الجوارح : حل أكل الصيد وثبوت ملكيته لصاحب الجارحة على تفصيل في ذلك مبسوط في كتب الفقه .

وبهذا الحديث الموجز عن العادة وأنواعها وآثارها ، يترجح الرأي الذي ذهبنا إليه ، وهو أن أغلب العادات : منتج لآثاره ، سواء في ذلك العادة الجماعية والثنائية والفردية بل وحتى الحيوانية كما رأينا في ما سبق عرضه .

ولقد لخص كل هذه المعاني في بيت واحد الشيخ أحمد ابن أبي كف ناظم أصول المذهب المالكي حيث قال :
وكل ما العادة فيه تدخل من الأمور فهي فيه تعمل⁽⁴⁾

(1) تنقيح الفصول للقرافي ص 207 .

(2) انظر مقال الأستاذ محمد أبو الأجنان بعنوان العرف في المذهب المالكي

فكفى بهذا البيت تعميماً للعمل بالعادة ، فلقد بلغ ما لم
نبلغه في صفحات .

هذا بعض ما يخص العادات بوجه عام من حيث النشأة
والتعريف والتقسيم مع بعض آثار العادة ، وقبل أن تنتقل
إلى أقسام العرف ، أود أن أتحدث - ولو قليلاً - عن
القرائن العرفية باعتبارها نوعاً من العرف ، على أن
الحديث على هذه القرائن لا يخلو من صعوبة ، وذلك
نظراً لطبيعة القرائن ذاتها ، ولعدم اطلاعي على دراسة
كافية للقرائن ، ولاختلاف علاقة القرينة بالعرف ، هذه
العلاقة التي تجعل القرينة أحياناً كالعرف ، وأحياناً أخرى
تبدو كأن لم يكن بينهما أى علاقة أو اتصال ، ومع ذلك
فسنحاول الحديث عنها مبتدئين بتعريفها لغة واصطلاحاً .

معنى القرينة في اللغة والاصطلاح :

القرينة في اللغة : مشتقة من الاقتران وهو الجمع بين

من كتاب ملتقى الإمام ابن عرفة ص 347 وما بعدها

ط تونس 1978 م .

الشيئين . ففي لسان العرب « . . . والقرينة : الناقة
تشد إلى أختها »⁽¹⁾ .

وفي معجم مقاييس اللغة « والقرينة : نفس الإنسان ،
كأنهما قد تقارنا . . . وقرينة الرجل : امرأته »⁽²⁾ .

فاتضح بهذا أن القرينة تعنى المصاحبة والملازمة ، حتى
يظن - إن لم يعتقد - من وجود القرينة وجود مقارنها وما
تدل عليه ، سواء بطريق العقل أو عن طريق العرف أو
الحال أو الكلام أو النص أو غير ذلك .

أما القرينة في الاصطلاح الفقهي الحديث فقد عرفها
البعض بأنها : « ما يلزم من العلم به ، الظن بوجود
المدلول »⁽³⁾ وواضح أن هذا التعريف يعم جميع القرائن ،
أما القرينة العرفية فقد عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا

(1) ابن منظور : لسان العرب ج 13 ص 337 .

(2) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ج 5 ص 77 .

(3) الدكتور الزحيلي : الإثبات في الشريعة - دراسات قانونية جامعة قار

يونس 76 م .

بقوله : « هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدمياً . . . » (1) .

القرينة عند قدامى الفقهاء :

لم يتعرض الفقهاء القدامى للحديث عن القرائن بشكل واضح كالذي فعلوه في العرف ، ولا أشك أنها تختلف عندهم عن العرف من حيث المفهوم باعتبارها متنوعة ، إلا أن الثابت أنهم اعتبروا بعضها بمنزلة العرف من حيث بناء الأحكام عليها أو التوصل عن طريقها إلى الحق ، ولذا نجدهم يستدلون بالقرائن والأمارات والعلامات وشواهد الأحوال ، ولكنهم كانوا قليلاً ما يتعرضون للفصل بين القرائن العرفية وبين العرف ذاته ، بل كانوا تارةً يجعلون العرف قرينة ، وهذا يعني التسوية بينها في الحكم ، وتارةً أخرى يجعلون العرف أقوى من القرينة العرفية .

وخلاصة القول أن القرينة العرفية معمول بها عند

(1) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 91 .

الفقهاء وإن كان الفصل بينها وبين العرف غير واضح أحياناً .

يقول الشيخ شلتوت في هذا الشأن : « نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع ، مع العلم بأن كل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في كتب الفقه الإسلامي ، لا ينقصه إلا الأسماء الجديدة »⁽¹⁾ .

ويبدو أن الفرق بسيط بين العرف والقرائن العرفية وهذا ما نفهمه من كلام ابن رحال عندما نجده يتكلم بحذر عند ذكره لكل من العرف والقرينة العرفية ، قال في حاشيته على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 103 عند قول الأخير « إن أتى بما يشبهه » والشبه هو كالعرف أو عرف . بينما نجد له نصاً آخر في نفس الموضوع يقول فيه : ومثل العرف : القرينة ، فإنها تقيد وتخصص كالعرف .

ورغم أن ابن رحال أطلق القرينة ولم يوضح ما إذا كان يقصد أو يخص بذلك القرائن العرفية أو عموم القرائن ،

(1) الشيخ شلتوت : الإسلام عقدة وشريعة ص 562 ط 1974 م .

إلا أن الأقرب إلى الظن أنه قصد القرينة العرفية بدليل قوله في نهاية كلامه هذا « وكلهم يحومون حول العادة » .

ونلاحظ أن ابن فرحون يتفق مع المازري على ما يبدو في أن القرينة تساوي شاهداً واحداً وبما أن العرف يساوي شاهداً عند أغلب الفقهاء في أغلب الصور، إذن فالقرينة تساوي العرف حكماً .

وبناء على هذا يمكن القول بأن المازري وابن فرحون ممن يقولون بالمساواة بين العرف والقرائن وذلك ما يفيدته نقل الأخير عن الأول ونصه « عندي أن الأظهر في الجواب أن القرائن تقوم مقام الشاهد »⁽¹⁾ .

وهذا عين ما فعله ابن فرحون حيث جعل القرائن بمنزلة الشهادة كما قلنا آنفاً ويدل على ذلك قوله : « إن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف ، وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال . . . اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة »⁽²⁾ .

(1)، (2) ابن فرحون : التبصرة ، أنظر هامش فتح العلى المالک للشيخ عليش ج 2 ص 115 .

ولكن مهما بلغ التداخل بين العرف والقرائن العرفية ، فإنه يمكن الجزم بأنهما شيآن مختلفان ، إذ لا يصعب التفريق بينهما في بعض الأحيان . ولعل مما يستدل به على هذا هو أفراد بعض المؤلفين لكل من العرف والقرائن باباً خاصاً لكل منهما .

فابن فرحون عقد باباً للقضاء بالعرف والعادة ، هو الباب السابع والخمسون ، كما عقد الباب السبعين للقضاء بما يظهر من قرائن الأحوال . . . الخ .

وكذلك فعل علاء الدين الطرابلسي في معين الحكام⁽¹⁾ وعز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام⁽²⁾ ، الأمر الذي يقتضى التفريق بينهما .

ولعل هذا التذبذب في وضع القرائن العرفية راجع إلى مركز القرينة أو صلتها بالعرف وارتباطها به ، ودلالاتها على مدلولها وهو ما ينتج عنه : ضعف أو قوة القرينة . ومن هنا

(1) هبوا الباب الواحد والخمسون من معين الحكام .

(2) قواعد الأحكام ج 1 ص 107 .

كانت القرائن غير مستوية الدلالة ، فبعضها : قوى ، وبعضها متوسط ، وبعضها ضعيف . هذا ما صرح به ابن فرحون ، وإن كان كلامه يعم جميع القرائن ، وذلك بقوله : « والمعول في ذلك على القرائن فإن قويت حكم بها ، وإن ضعفت ، لم يلتفت إليها ، وإن توسطت ، توقف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط » (1) .

ونجد هذا المعنى عند الدكتور أحمد عبد المنعم البهى وهو يتحدث عن القرينة بقوله : وتتفاوت قوة القرينة على حسب قوة المصاحبة فأحياناً ترتقى إلى درجة القطع وأحياناً تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد .

ولا يخفى أن القرائن أنواع منها : العرفية والعقلية والحالية والكلامية والنصية ، على أننا نلاحظ أن هذه التسميات نسبية أو تقريبية ، ولا يلزم منها تمحض القرينة لما نسبت إليه ، إذ قد يتجاذب القرينة وصفان أو أكثر بمعنى أنها تكون عرفية وعقلية ونصية في آن واحد أحياناً ،

(1) انظر الباب السبعين من تبصرة ابن فرحون .

وذلك مثل القمط في الأخصاص ، ووجود الطاقات بالحيطان ، فهذه القرينة يمكن أن تسمى أو تنعت بالأوصاف الثلاثة . فهي عرفية لأن الناس يستعملونها ، وهي عقلية لأن مدلولها يدرك بالعقل ، وأخيراً هي نصية ، لأنها ثبتت بالنص إذ قد حكم بها الصحابي الجليل أبو حذيفة ، وأقره النبي على ذلك⁽¹⁾ .

ولعل هذا هو الذي يضيف على بعض القرائن من القوة ما يجعلها قاطعة في الموضوع ولا يحتاج معها إلى غيرها ، بينما نجد بعض القرائن لا تفيد إلا الاحتمال البعيد كما مر ذكره .

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى التقسيم الذي قسم به الدكتور الزحيلي القرائن نذكره على سبيل الاختصار والتصرف ، وهو أن القرائن تنقسم تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة ، فتقسم باعتبار النسبة بينها وبين

(1) انظر سنن النسائي الحديث رقم 2343 ج 2 ص 785 وانظر أيضاً البحر الزخار ج 2 ص 401 .

مدلولاتها ، وتنقسم باعتبار قوتها وضعفها ، كما تنقسم بحسب مصدرها⁽¹⁾ .

ونلاحظ أن الأستاذ الزرقا يعترض على من أدخل دراسة القرائن العرفية واختلاف الأحكام بتغير الزمان ضمن مفهوم العرف ، ذلك « لأنها يؤلفان موضوعين مستقلين ، ونوعاً من الأدلة والشرعية متميزاً عن العرف بمفهومه الفقهي الخاص وإن كان بينهما وبين العرف ، تقارب وتناسب »⁽²⁾ .

والذي يبدو لي أنه إذا أمكن القول بوجود اختلاف بين مفهوم العرف وبين مفهوم اختلاف الزمان ، فإن هذا الاختلاف غير واضح بين العرف والقرائن العرفية ، كما سبق أن ذكرنا .

وملخص القول في القرائن العرفية : إنها كالعرف أو

(1) أنظر دراسات قانونية جامعة قار يونس 76 م .

(2) الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 918 .

قريبة منه ، لها أحكامه وتترتب عليها آثاره في أغلب صورها وأحوالها . وبهذا نهي الكلام عن القرائن العرفية لنتقل إلى الحديث عن أقسام العرف .

أقسام العُرف

ينقسم العرف عند الأصوليين إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة ، إذ ينقسم إلى عرف قولى وآخر فعلى ، كما ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص ، ثم إن هذه الأنواع إما أن تكون صحيحة أو فاسدة .

فإذا تعلق العرف باستعمال ألفاظ فى معان محددة لم تكن تدل عليها فى اللغة وغلب هذا الاستعمال حتى أصبح لا يفهم من تلك الألفاظ عند التخاطب إلا هذه المعانى الجديدة ، ولا يتبادر إلى ذهن السامع غيرها سوى إذ ذاك هذا الاستعمال : عرفاً قولياً .

أما إذا تعلق العرف بممارسة أعمال فى أى مجال من مجالات التعامل المختلفة حتى يصبح ذلك التعامل معهوداً

عند الناس ، ومعروفاً لديهم سمي التعامل إذ ذاك عرفاً عملياً .

فإذا كان استعمال تلك الألفاظ وممارسة هذه الأعمال في جميع البلدان وعند كل أو أغلب الناس كان العرف عاماً ، أما إذا اقتصر ذلك الاستعمال أو تلك الممارسة على بلاد دون أخرى ، أو فئة من الناس دون غيرها كان العرف حينئذ عرفاً خاصاً .

فإذا ترتب على كل من هذه الأنواع مخالفة للشريعة أو تعطيل لبعض نصوصها فهو عرف فاسد ، أما إذا لم يكن في العمل بتلك الأعراف شيء من ذلك فهي أعراف صحيحة ، يجب احترامها لأن في احترامها دليلاً على احترام الناس وما يصطلحون عليه .

على أن هناك من نحا غير هذا النحو ، حيث قسم العرف أولاً إلى قسمين هما : عرف الشارع وعرف الناس ، ثم قسم كلاهما إلى قسمين قولي وفعلی قال الشنقيطي : « أما العرف الاصطلاحي فعلى قسمين :

عرف الشارع ، وعرف الناس ، وكل منهما على قسمين أيضاً قولي وفعلی» (1) .

غير أن الشيخ أبا سنة يرى أن « العرف الشرعي من العرف الخاص إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به » (2) . ولما كان العرف الشرعي لا يخضع لبعض تقسيمات العرف ولا لشروطه فهو إذن في حاجة إلى هذا البحث . عليه ، ننتقل إلى الحديث عن أعراف الناس ونبدأ بالعرف القولي .

العُرف القولي :

يوجد العرف القولي متى شاع في الناس استعمال اللفظ في معنى خاص لا يتبادر إلى الذهن غيره ، ويختلف عما يدل عليه في اللغة ، وكذلك إذا كان للفظ ما عدة معان في اللغة ، ولكن الاستعمال خصص بعض هذه المعاني وجعلها

(1) حسام العدل والإنصاف مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 6051 .

(2) العرف والعادة في رأى الفقهاء ص 20 .

مقصودة دون غيرها ، حتى أصبح لا يفهم منه السامع ولا يتبادر إلى ذهن المخاطب إلا ذلك المعنى ، كما أشرنا إلى هذا منذ قليل .

قال الشنقيطي : « فأما القولى فهو : غلبة استعمال اللفظ فى معنى غير معناه الأصيل ، سواء كان جزء معناه أولاً ، حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن ، ويصير المعنى الأصيل كالمهجور وهو المسمى عند الفقهاء بالمجاز الراجع ، وبالحقيقة الشرعية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصيل : عرف الشرع ، وبالحقيقة العرفية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصيل : عرف الناس »⁽¹⁾ .

أما عند القرافى فهو « أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك فى اللغة »⁽²⁾ .

وفى شرح التحرير : « هو أن يتعارف عند قوم فى

(1) حسام العدل والإنصاف مخطوط ورقة رقم 4 .

(2) انظر الفرق رقم 28 من فروق القرافى .

إطلاق لفظ : إرادة بعض أفراده مثلاً ، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى «⁽³⁾ .

ويرى الشيخ أبو سنة أن العرف القولي « هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير مدلوله بحيث إذا أطلق ؛ انصرف إليه من غير قرينة ، وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول «⁽⁴⁾ . وهو تعريف - أو تحليل - وُفق فيه الشيخ كثيراً .

وعلى ضوء هذه التعريفات - وبالإستعانة بها - يمكن أن أضيف تعريفاً للعرف القولي وذلك هو : استعمال اللفظ في معنى غير معناه اللغوي ، أو تخصيصه ببعض معانيه .

هذا من حيث تعريف العرف القولي ، أما من حيث الأمثلة على استعماله أو استخدامه فإن ذلك سيأتي في حينه ، ولكن نقدم الآن بعض الأمثلة التي دأب

(1) شرح التحرير لأمير باد شاه ج 2 ص 20 ط 1933 .

(2) أحمد فهمي أبو سنة : العرف والعادة في رأى الفقهاء ص 18

ط 1941 م .

الأصوليون على الإتيان بها في هذا الصدد ، وأول هذه الأمثلة : استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد ، مع أن النقود في الأصل هي النقد الفضي (1) .

ومنه : « غلبة استعمال لفظ الدابة في ذوات الأربع في عرف الناس العام فإنه نقل لفظها عن معناه - وهو كل ما يدب على وجه الأرض - إلى ذوات الأربع » (2) .

ومنه أيضاً ما تعارفه الناس من إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه يشمل النوعين في اللغة ، وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ (3) .

وبالإضافة إلى ما تقدم هناك الأعراف القولية الخاصة وهو ما يصطلح عليه أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف والمجموعات الخاصة ، من الألفاظ والتراكيب التي

(1) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 8 ص 845 ط 1968 م .

(2) مع أن الدابة في اللغة « اسم لما دب من الحيوان مميزة أو غير مميزة » لسان العرب ج 1 ص 369 .

(3) الآية رقم (11) من سورة النساء .

يضمونها معاني لم تكن تدل عليها في اللغة ، فتختص
عندهم بالدلالة على هذه المعاني الجديدة دون معانيها
القديمة (1) .

أما الحديث عما يقوم به العرف اللفظي أو القولي فأكثر
ما يكون ذلك في مجال الأيمان والوصايا ، وصيغ العقود أو
المبادلات بصفة عامة .

العُرف العملي :

العرف العملي - أو الفعلي - هو : ما تعارفه أهل
المجتمع أو أغلبهم ، وساروا عليه في معاملاتهم وتصرفاتهم
في زمن من الأزمان . ومثل له ابن عابدين في نشر العرف
بقوله : « كتعارف قوم أكل البر ولحم الضأن » (2) .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : « هو اعتياد الناس
على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية » ومثل له

(1) انظر في هذا رسالة نشر العرف لأبن عابدين ج 2 ص 144 من مجموع
رسائل ابن عابدين . ط نضارة المعارف العثمانية 1325 هـ .

(2) المصدر السابق رسالة نشر العرف ج 2 ص 114 .

باعتیاد الناس « تعطیل بعض أيام الأسبوع عن العمل ،
وتعارفهم فی بعض الأنکحة تعجیل جانب معین من مهور
النساء كالنصف أو الثلثین ، وتأجیل الباقي إلى ما بعد
الدخلة »⁽¹⁾ .

ولعل أشهر ما يضرب من الأمثلة للعرف العملي
العام : دخول الحمام بدون تعيين الأجر ، ومن غير تقدير
زمن المكث فيه ، ولا معرفة كمية الماء المستهلك وكذلك
تعارف الناس الاستصناع ، واستهجان الأكل فی الطرقات
فی بعض الأزمان والبلدان ، وتعارفهم أن وضع اليد علی
العين مدة طويلة : دليل الملكية .

ومنه أيضاً ما تقوم به المجتمعات - علی اختلاف فیما
بینها فی التفاصيل - فی مناسبات الأفراح ، وما يقومون به
من الأفعال وما يقدمونه للضيوف ، وما يتبادلونه من الهدايا
والأطعمة ونحو ذلك .

ومثل هذا ما يشاع فی البيئات الرعوية والزراعية

(1) الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 847 .

والصناعية والتجارية من الأعراف العملية التي يحتكمون إليها في كثير من القضايا عند التنازع أو الاختلاف . ولعل الأصل في هذا هو إحالة القاضى شريح الغزالين على سنتهم عندما اختصموا إليه ⁽¹⁾ .

العُرف العام :

العرف العام هو الذى يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم من قول وعمل ، ويكون سائداً في جميع البلاد أو أغلبها . ومن أشهر الأمثلة عليه بيع المعاطاة وعقد الاستصناع ودخول الحمام بدون تعيين زمن المكث وقدر الماء ، كما مر ذكره قريباً .

ومما يذكر في عقد الاستصناع أن الإمام أبا يوسف يعتبر صاحب اليد الطولى في إظهار العمل به مخالفاً بذلك إمامه أبا حنيفة ومن هنا اعتمدت لجنة مجلة الأحكام العدلية فقه الإمام أبى يوسف وانتهجت مذهبه لمسايرته ⁽²⁾ روح العصر .

(1) انظر فتح البارى ج 5 ص 406 ط السلفية 1390 هـ .

(2) انظر التقرير الذى رفعته لجنة المجلة إلى الباب العالى وهو موجود =

ومن أمثلة الأعراف العامة أيضاً ما شاع في العصر الحديث من أن ما تزود به السيارة من المصنع من المفكات والرافعة والعجلة الاحتياطية وغير ذلك : يكون داخلاً في البيع حتى ولو لم يذكر شيء من ذلك في العقد .

ومنه أيضاً ما دأبت عليه شركات النقل العالمية وخاصة شركات الطيران على اختلاف فيما بينها في المقادير⁽¹⁾ ، من إعفاء وزن معين من الرسوم لكل راكب وما زاد على ذلك ، خضع لرسوم النقل حسب التسعيرة المحددة عند كل شركة وكذلك الأطفال الصغار إذ إن كثيراً من الشركات لا تفرض على الطفل رسوم النقل إلا إذا بلغ سنّاً معينة أو وزناً أو طولاً معيناً .

العُرف الخاص :

العرف الخاص هو ما لا يجتمع فيه أو عليه كل أو أغلب

= بصفحة 12 من الجزء الأول من مجلة الأحكام العدلية بشرح علي حيدر .

(1) انظر في هذا نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط ط مكتبة

الأقصى وزارة الأوقاف بالأردن 1977 م .

الناس ، بل يكون خاصاً ببلد من البلدان أو طبقة من الناس دون غيرها أو فئة دون أخرى ومن أمثلته : أعراف التجار وأعراف الزراع وأعراف أصحاب المهن المختلفة .
فمن الأعراف التجارية والبيوع بصفة عامة ما يتعارف عندهم في كفيات القبض حيث ورد في الشرع مطلقاً فرجع فيه إلى أعراف الناس الخاصة ، وكذلك متى يكون الثمن معجلاً ومتى يكون مؤجلاً ، ومقدار الغبن ومعرفة العيوب الموجبان لرد المبيع⁽¹⁾ . إذ إن معظم هذه الأشياء يرجع فيها دائماً للعرف ، وما يعهد بين التجار . قال القاضى عمر بن عامر عندما احتكم إليه فى جارية ليس على ركبته شعر « يسأل عن ذلك أصحاب الرقيق فإن كان غشاً عندهم ردت به »⁽²⁾ .

ومن هذا أيضاً ما علل به السرخسى وغيره : إلحاق بعض ما ينفق على البضائع حيث قال : « . . . فله أن

(1) أخبار القضاة لو كيع ج 2 ص 55 .

(2) المصدر السابق ، وقد تقدمت الإشارة إلى حكم عمر بن عامر فى الجارية .

بيعها مرابحة على الثمن والأجر ، لأن هذا مما جرى الرسم به بين التجار في إلحاقه برأس المال» (1) .

ومن الأعراف الخاصة : أعراف المزارعين ، وما يشاع بينهم في مدة استغلال الأرض المؤجرة ، وكيفية ذلك الاستغلال ، وما يزرع في أرض دون غيرها وما إلى ذلك .

كذلك فإن ما يشاع بين ذوى المهن وأرباب الصناعات ، كتحديد وقت العمل وما إذا كان يتخلله أو لا يتخلله شيء من أوقات الراحة (2) والعطل وكل ما يتعلق بالعمل وظروفه بصفة عامة .

العُرف الصحيح والعُرف الفاسد :

من أهداف الشريعة : إيجاد واستمرار المصالح واستقرار المعاملات ولذلك استأثرت بالرقابة الدائمة على

(1) السرخسي في المبسوط ج 22 ص 75 .

(2) يكفى أن تنظر في هذا الموضوع ماضى الأشباه والنظائر للسيوطي

ص 99 ، 100 .

ما يستجد عند أتباعها من الأعراف ، وذلك عن طريق عرض هذه الأعراف على نصوصها ، سواء تم هذا بواسطة المختصين أو عن طريق الأفراد إذا كان يمكنهم ذلك .

ومن هنا يتضح أن كل عرف فيه نفع دون ضرر فهو عرف صالح ليس لأحد هدمه ، بل يلزم كل واحد من أتباعه باحترامه والخضوع لأحكامه . وأن كل عرف خالف نصوص الشريعة فهو عرف فاسد لأن الشريعة مصالح كلها ولا تسمح بانتشار الفساد في الأرض ، ومن هنا يجب هدم وإزالة الأعراف الفاسدة ، مهما طال زمن العمل بها ، ومهما كان عدد أتباعها . فالمعيار الأول والأخير لمعرفة النفع من الضرر هو الشريعة الإسلامية ليس إلا .

ولا يشكل على هذا ما ذكره الشيخ محمد الخضر حسين - شيخ الأزهر - من أن هناك من قال بمراعاة العرف الفاسد في بعض الصور ، واستدل على هذا بكلام لأبن الفرس قال فيه : « ومما ينبني على هذا أن يجرى عرف قوم ببعض العقود الفاسدة شرعاً ، ويختلف المتعاملان فيدعى أحدهما

أن العقد وقع على الوجه الفاسد - يروم نقض البيع -
ويدعى الآخر أنه وقع على الوجه الصحيح . فالقائلون
بصحة مراعاة العرف الفاسد يرون أن العرف هنا شاهد
بصدق مدعى الفساد فينقض البيع»⁽¹⁾ .

ولا مما جاء في هذا المعنى في حاشية ابن رحال على شرح
ميارة للعاصمية ج 1 ص 126 من قوله : « وأما الاختلاف
في الصحة والفساد فالمشهور أيضاً ما في المختصر أنه إذا
غلب الفساد فالقول لمدعيه » .

أقول لا يشكل على ما قلته من وجوب عدم الاعتداد
بالأعراف الفاسدة ما جاء في هذين النصين ذلك أنني لا
أرى فيهما ما يوجب مراعاة العرف الفاسد ، بل لعل
الصحيح أن هذا النوع من المراعاة أدل على عدم المراعاة إذ
لو كانت هذه مراعاة للعرف لاعتبر العقد صحيحاً ولم يجز
نقضه في هذه النازلة ، فالحكم بنقض العقد المترتب على

(1) محمد الخضر حسين : الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان

العرف الفاسد ، أقوى دليل على عدم اعتباره فشهادة العرف هنا على وجود الفساد لا تعدو أن تكون إقراراً من العرف على نفسه كالمجرم أو المتهم الذى يقر أو يعترف بذنبه ، فإن اعترافه هذا لا يتجاوزه .

إذن فالصحيح أن العرف الفاسد لا تجب مراعاته ، ولا يجوز العمل به تحت أى ظرف حتى لا تنتشر الأعراف الفاسدة ، ثم يلتمس المبرر للعمل بها بحجة الضرورة أو رفع الحرج ، لأن تلك قواعد تحكم مستقلة بنفسها ولا تحتاج إلى أن يتوصل إلى العمل بها بواسطة عرف أو غيره ، فهى ليست من هذا القبيل .

بقي أن أقول إن هذه الأعراف الفاسدة يمكن أن يمثل لها باعتماد التعامل بالربا وشرب الخمر ولعب القمار ، واعتماد التبرج بالنسبة للنساء .

فكل هذه وأمثالها وما يتعارف عليه من العادات الضارة كما فى المآثم والأفراح وعادات الثأر بين الأشخاص والقبائل ، مما جر وما زال يجر على كثير من المجتمعات من عدم الطمأنينة والأمن والاستقرار الشئ الكثير ، ناهيك

عما فيها من الظلم المتعمد بتحميل وزر المذنب البريء ،
خلافاً لقوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾⁽¹⁾ .

نقول : إن كل هذه الأعراف وما شاكلها أعراف فاسدة
باطلة لا يجوز العمل بها لمخالفتها نصوص وأهداف
الشريعة .

ولا يصلح القول هنا بأن للعرف سلطاناً قوياً على
النفوس تجب مراعاته اقتداءً بالنهج الذي انتهجته الشريعة
الإسلامية إزاء بعض العادات وقت التنزيل ، إذ لا تصلح
المقارنة بين الوضعين أساساً ، ويكفى في هذا الشأن أن
نتذكر أن تلك العادات التي تدرجت الشريعة في هدمها
كانت قد نشأت في مجتمع غير إسلامي ، عكس ما هو عليه
الحال بعد ظهور الإسلام وانتشاره واستقراره . فأفراد
المجتمع الجاهلي قد يكونون معذورين ببعض الشيء ، أما
أفراد المجتمع الإسلامي فلا عذر لهم إذ يجب عليهم أن
يتقيدوا بنصوص الشريعة في كل وقت .

(1) الآية رقم 15 من سورة الأسراء .

وعلى أية حال فإن هذا الكلام يجرنا إلى الحديث عن سلطان العرف على النفوس ولوبشىء من الإيجاز .

سلطان العُرف :

للعرف سلطان على النفوس ، ليس في هذا جدال ، والشواهد عليه كثيرة ولعل من أهمها : عناية الأديان وحرصها على تعويد أتباعها عادات حسنة وأخلاقاً فاضلة ، وخاصة الأطفال منهم والشباب . ويدل على وجود هذا المعنى أيضاً ما تناقلته البشرية وصاغته في حِكْمٍ وقواعد عامة ، والتي منها : الناس عبيد ما ألفوا ، والعادة طبيعة ثانية ، ومن شب على شىء شاب عليه .

ويدلك على سلطان العرف على النفوس ما يعانيه أكثر الناس - إن لم يكونوا كلهم - من عدم التوفيق بين قناعاتهم وعاداتهم ، إذ كثيراً ما تجد إنساناً لا يرى أى فائدة في بعض عاداته ولكنه رغم ذلك لا يستطيع الإقلاع عنها ولعل من هذا النوع ما يحصل الآن في أغلب المجتمعات الإسلامية في الأفراح والمآتم ، من المبالغة في الانفاق إلى

درجة الإسراف أحياناً ، في الوقت الذي قد يكون فيه المنفق : أحوج من غيره إلى هذه النفقة .

ولا يمكن التسليم بأن هذا راجع إلى التدين أو الكرم ، فالذين لا يدعوا إلى مثل هذا الإسراف حتى في الأمور الجادة والمقبولة شرعاً ناهيك عما إذا كانت مخالفة له .

على أن الخضوع لسلطان العرف ليس خاصاً بالأفراد أو الجماعات البسيطة وإنما تستوى في هذا حتى أرقى الجماعات بل والدول أيضاً ، منذ أقدم العصور، حتى إنك تجد الدول تعد الخبراء والمختصين للإشراف على تطبيق ما يكون سائداً من الأعراف الدولية في المناسبات مثل الاحتفالات واستقبال الرؤساء والسفراء . فيطبقون هذه الأعراف بكل جدية ولا يتهاونون في أبسط جزئياتها ، ولعلنا لا نبالغ إذا قلنا إن التهاون في تطبيق الأعراف في مثل هذه المناسبات ربما نتجت عنه أزمات دولية إن لم تكن حروب .

يقول الشيخ أبو سنة في شأن سلطان العرف ، بعد أن ذكر أن قداسته تصل عند البعض إلى رتبة الأديان وأنه :

« كالسيل يحتفر طريقه في الجبل ومن هنا قالوا العادة طبيعة ثانية ، يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة أى ما فطر الناس عليه ، منذ خروجهم من بطون أمهاتهم . . . كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة⁽¹⁾ .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : « وللعادات والأعراف سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول ، فمتى رسخت العادة ، اعتبرت من ضرورات الحياة ، لأن العمل - كما يقول علماء النفس - بكثرة تكراره تألفه الأعصاب »⁽²⁾ .

على أن أقوى وأجل ما يستدل به على قوة سلطان العرف على الناس هو طريقة الإسلام في هدم بعض العادات الاجتماعية التي وجدها متفشية في المجتمع ومن أشهر هذا النوع وأوضحه : تدرجه في تحريم الخمر .

ولعله يدخل في هذا المعنى ما رواه البخارى عن عائشة

(1) أحمد فهمى أبوسنة : العرف والعادة في رأى الفقهاء ص 16 .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 836 .

أم المؤمنين رضى الله عنها ، قالت : « سألت النبي ﷺ
عن الجَدْر أمن البيت هو؟ قال : نعم . قلت : فما لهم لم
يدخلوه في البيت ؟ قال : إن قومك قصّرت بهم النفقة .
قلت : فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال : فعل ذلك قومك
ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا ، ولولا أن قومك
حديثٌ عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل
الجدر في البيت ، وأن ألصق بابه بالأرض » (1) .

وليس لى من تعليق على هذا الحديث سوى أن أقول إنها
نهاية طيبة لهذا الفصل ، وفي الوقت نفسه شروع مبارك
وتهيئة حسنة للفصل الذى يليه وهو : حجية العرف ،
وذلك لما يدل عليه ظاهر هذا الحديث الشريف من اعتراف
بسلطان العرف واعتبار للعادات .

(1) صحيح البخارى . كتاب الحج باب 42 رقم الحديث 1584 انظر فتح
الباري وما قاله ابن حجر فى تفسير هذا الحديث وما يستتج منه
ج 4 ص 448 ط السلفية 1390 هجرى .

الفصل الثاني

مَجِئَةُ الْعُرْفِ

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

أصل الأصول

القرآن الكريم هو : أصل الأصول ، ودليل الأدلة وحجة الحجج . وهذا بإجماع المسلمين واتفاقهم والحمد لله . وعليه فكل أصل سواه إنما يستمد أصالته وتثبت حجيته من القرآن الكريم .

غير أن الاستدلال على حجية بقية مصادر التشريع الإسلامي الأخرى ليس على درجة واحدة من الوضوح ، حيث إن حجية بعض هذه المصادر : ثابتة ثبوتاً قطعياً ، وذلك بسبب وضوح معاني الآيات الدالة على ذلك ونقصد بهذا السنة المطهرة . بينما نجد الاستدلال على حجية بقية المصادر تقل كثيراً عن هذه الدرجة في الوضوح ، على اختلاف فيما بينها هي أيضاً . ومن هنا أجمعت الأمة الإسلامية - إلا من شذ - على حجية السنة واعتبارها

مصدراً بعد القرآن الكريم . واختلفوا في حجية بقية مصادر التشريع الأخرى ، ومنها : العرف والعادة .

وسنورد فيما يلي بعض الآيات التي استدلت بها القائلون بحجية العرف مع فقرات من أقوالهم ، ثم ننتقل إلى الاستدلال على حجيته من السنة ، مع أمثلة من عمل الصحابة والتابعين به ، وكذلك آله المجتهدين ثم نسترسل في تتبع إطراد العمل بالعرف عند مختلف طوائف علماء المسلمين .

الاستدلال على حجية العرف من القرآن :

وأول ما نذكره هنا هو قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾⁽¹⁾ .

استدل بهذه الآية على حجية العرف ، كثير من الفقهاء أغلبهم من المالكية ، غير أن هذا لا يعنى أن غير المالكية لم يستدلوا على حجية العرف من القرآن ، بل استدلت عليه

(1) الآية رقم 199 من سورة الأعراف .

بعضهم بهذه الآية ، وبعضهم بآيات أخرى ، ولما كان الحديث الآن يخص هذه الآية ، فإننا سنقتصر على ذكر بعض من استدل بها ، على أن نأتي ببقية الآيات الأخرى فيما بعد .

ومن استدل بهذه الآية ابن يونس وأبو الحسن ، وابن الفاكهان ، والقاضي عبد الوهاب - صاحب كتاب المعونة - كما أفاد ذلك كله : ابن رحال في حاشيته⁽¹⁾ . على شرح ميارة للعاصمية ، بالإضافة إلى ابن رحال نفسه .

ومنهم التسولي ، وابن ميسر ، والسجستاني - ولعله السجستاني - كما في البهجة⁽²⁾ ، وابن الفرس في أحكام القرآن⁽³⁾ ، والمهدى الوزاني في نوازله كما في ملتقى⁽⁴⁾ ،

(1) ج 2 ص 191 ، ج 2 ص 249 .

(2) ج 1 ص 273، 27 ، ج 2 ص 67 .

(3) مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 4923 ج 1 ورقة 232 وما بعدها .

(4) مجموعة بحوث لعدد من الأساتذة ط 1977 م بتونس انظر صفحة 353 وما بعدها .

الإمام محمد بن عرفة ، والشنقيطي في حسام العدل⁽¹⁾
والإنصاف والسيوطي في الإكليل⁽²⁾، وعبد الله الجوهرى
في المواهب السنية⁽³⁾ وعلاء الدين الطرابلسي⁽⁴⁾ في معين
الحكام ، وابن عابدين في نشر العرف والقرافى في
الفروق⁽⁵⁾ وسلمة ابن الشاط ووافقهما صاحب تهذيب
الفروق .

قال ابن الفرس : « . . . فالعرف : متردد بين أن يراد
به أفعال الخير ، وبين أن يراد به الأفعال الجارية بين
الناس ، مما لا يرده الشرع واللفظ مشترك بينهما ، والقول
بالعرف الجارى بين الناس أصل مختلف فيه ، وأصحاب
مالك - رحمه الله تعالى - يستدلون بهذه الآية كثيراً في
إثباته » ولقد ذكر ابن الفرس أكثر من مثال على قضايا

(1) مخطوط بدار الكتب الوطنية تونس رقم 6051 .

(2) الإكليل في استنباط التنزيل ص 110 .

(3) شرح قواعد السيوطى انظر هامش الأشباه للسيوطى ص 162, 163 .

(4) انظر الباب الثامن والعشرين .

(5) انظر الفرقين 16, 231 .

بنيت على العرف والعادة وكان في كل قضية منها يستدل بهذه الآية على حجية العرف .

ونقل ابن رحال في حاشيته على شرح ميارة للعاصمية وهو يتحدث عن تحكيم العرف : قول ابن يونس ونصه : « الأصل في هذا قوله تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾ فالعرف : فاصل يقضى به . هذا نصه » (1) .

ثم استطرد ابن رحال يقول : « ونقله أبو الحسن وزاد بإثره : والعرف عندنا : دليل من أدلة الشرع ، فيقيد المطلق ويخصص العام ، ويكون شاهداً للمدعيه (2) . الخ » .

ويبدو من كلام أبي الحسن وكذلك ابن رحال أنهما يؤيدان هذا الاستدلال .

ونقل التسولي في البهجة جواب قاضي القضاة عيسى

(1) حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 191 ط الاستقامة .

(2) حاشية ابن رحال على ميارة ج 1 ص 191 .

السجتانى عن مسألة لها علاقة بالعرف وقعت بين جماعة
وقد تضمن جوابه هذا الاستدلال بهذه الآية على حجية
العرف ، ونص الغرض منه « . . . حمل أمرهم على ما
جرى به عرفهم ، واجب محتتم فى القضاء والفتوى لا
مندوحة عن ذلك ، قال تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر
بالعرف ﴾⁽²⁾ .

وصرح السيوطى فى الإكليل بأن الأصل فى اعتبار
العرف هو هذه الآية ، ولقد قال بعد أن نقل استدلال
ابن الفرس بهذه الآية ما نصه : « وهذه أصل القاعدة
الفقهية فى اعتبار العرف ، وتحتها مسائل كثيرة لا
تحصى »⁽¹⁾ .

وجاء فى البهجة للتسولى : إن المتيطى نقل عن ابن
ميسر أنه يجوز عدم تحديد أجل مؤخر الصداق إذا كان
محدداً عرفاً عندهم وحينئذ « فسكوتها عنه يدل على أنها

(1) البهجة على الحفة ج 2 ص 67 ط 1371 هـ .

(2) السيوطى : الاكليل فى استنباط التنزيل ص 110 ط بيروت .

دخلا على العرف ، والعرف : سنة محكوم بها قال تعالى :
﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾⁽¹⁾ .

ولقد استدل بهذه الآية الإمام القرافي في كتابه (الفروق)
مرتين ، الأولى في الفرق (160) وهو يتحدث عن اختلاف
الزوجين في متاع البيت ، والثانية في الفرق (231) وهو
يتحدث عن الحيازة .

ونلاحظ أن ابن الشاط الإشبيلي - مؤلف كتاب أدرار
الشروق على أنواع الفروق - وهو تعقيب على الفروق كما هو
معروف . نقول : إن ابن الشاط هذا الذي كان كثيراً ما
يرد على القرافي عندما يختلف معه ، قد أقره على هذا
الاستدلال ، بدليل أنه قال : في تحقيقه على الفرق (229)
« . . . وجميع ما قاله في الفروق الستة بعده : صحيح ، أو
نقل وترجيح » . كما أن صاحب تهذيب الفروق ، وافق
القرافي أيضاً ، وهذان الكتابان مطبوعان مع الفروق
للقرافي .

(1) انظر البهجة على العاصمية للتسولي ج1 ص 273 .

وقال عبد الله الجوهري في المواهب السنية عند شرحه للقاعدة العادة محكمة قال تعالى: ﴿ وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ والعرف هو : العادة .

أما إذا اتجهنا إلى المفسرين ، فسنجد أن كثيراً منهم لجأ إلى ملاحظة المعنى اللغوي للعرف على ما يبدو، ومن هؤلاء: القرطبي والطبري والشوكاني .

قال القرطبي : « . . . والعرف والمعروف كل خصلة حميدة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس »⁽¹⁾ . وكلام الطبري⁽²⁾ والشوكاني⁽³⁾ : قريب من كلام القرطبي لفظاً ومعنى .

وإذا كان كلام هؤلاء المفسرين هو أقرب إلى التفسير اللغوي، فإن هناك من صرح بأن من ضمن المراد من هذه الآية : العوائد الجارية بين الناس . قال ابن

(1) تفسير القرطبي، ج 7 ص 346 ط 1966 م القاهرة .

(2) مجمع البيان ج 4 ص 512 .

(3) فتح القدير ج 2 ص 279 ط 1973 م .

الكلبي : « ... وقيل العرف الجارى بين الناس من العوائد ، واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعوائد»⁽¹⁾.

على أن المهم في هذا الشأن أن الإمام الطبرى لا يستبعد - على ما يبدو - أن يكون من جملة المراد من لفظ العرف هنا : العرف الجارى بين الناس ، وإن لم يصرح به ، غير أن ظاهر كلامه يشمله بدليل أنه بعد أن أتى ببعض الأحاديث والآثار ، أنهى كلامه بقوله : « ... فالحق فيه أن يقال قد أمر الله نبيه ﷺ ، أن يأمر عباده بالمعروف كله لا ببعض معانيه دون بعض»⁽²⁾.

فإذا لاحظنا أن من معاني العرف في اللغة ، العوائد الجارية بين الناس ، فإن الأقرب أن تكون العوائد مرادة هنا عند الإمام الطبرى ، ولا أرى موجباً لقصر كلامه على بعض معاني العرف .

ومهما يكن من أمر وبناء على هذه النصوص التي

(1) التسهيل ج 2 ص 106 .

(2) جامع البيان ج 9 ص 106 ط 1972 م .

أوردناها ، ولما يفيد لفظ العرف في اللغة من تعدد المعاني ، وحيث إن العرف مدخول لـ « ال » المفيدة للاستغراق كما قال الشيخ أبو سنة ، فإنني لا أرى موجبا للتخصيص ببعض معاني العرف ، لأنه تخصيص من غير داعٍ كما قال الألوسى في شرحه لهذه الآية . وعليه فإنني أتفق مع الشيخ رشيد رضا في قوله : « إن ما يتقرر بنص الشرع يصير من جملة المعروف الذي هو ضد المجهول ، كما أنه يكون بالضرورة من المعروف الذي هو ضد المنكر ، ويبقى تحكيم العرف والمعروف بالمعنى اللغوي معتبراً فيما لا نص فيه بخصوصه وللأمة فيه عرف غير معارض بنص » .
المنارج 9 ص 537 .

وإذا وجد من ينازع في الاستدلال بهذه الآية على حجية العرف - وإن كانوا قلة - ومنهم الشيخ أبو سنة ، فإن الآية التي سنذكرها بعد قليل قد اتفقت حولها آراء معظم المفسرين الذين اطلعنا على تفاسيرهم ، وكذلك استدلت بها أغلب الفقهاء وهم يتحدثون عن النفقة وقضاياها ، وجعلوها أصلاً في صحة الاستئجار بالنفقة ، والآية المعنية

هى الآية رقم 233 من سورة البقرة والمقصود منها قولها
تعالى : -

﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ .

ذهب أغلب المفسرين إلى أن المراد من لفظ المعروف فى
هذه الآية هو: المتعارف بين الناس من العوائد، وقالوا: إن
فى الآية إحالة على العرف والعادة حيث إنها - أى الآية -
لم تحدد نوع ولا مقدار ولا صفة الرزق والكسوة الواجب
دفعهما للمرضع مقابل الإرضاع وعليه كما يقول الشيخ
عمر عبد الله⁽¹⁾ : فقد استؤنس بها على حجية العرف ، إذ
إن هذا - الاستئناس - هو أقل ما يستفاد من هذه الآية ،
ولعل وجه الاستدلال بهذه الآية على حجية العرف يتجلى
فى الآتى :

لما كان من المتفق عليه بالإجماع أن الرزق والكسوة هنا
هما : عبارة عن أجر ، وأن هذا الأجر فى مقابل عمل وهو

(1) أنظر العرف فى الفقه الإسلامى مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
. 1952

الإرضاع ، فلفظ المعروف إذن هنا يستبعد أن يكون المراد مجرد عمل البر والخير وأفعال القربات ، لأن المولود له ملزم بالدفع ، إذا إنه إذا لم يدفع الأجر فستتخلى المرضع عن إرضاع ولده ، بل إن آية الرضاعة في سورة الطلاق قد حسمت هذا الموقف بذكرها الأجر وذلك في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾⁽¹⁾ وعليه فيتعين حمل المعروف على ما يتعارفه الناس ، والإتيان به في هذه الآية بعد ذكر الرزق والكسوة غير محددتين ، أفاد تحديدهما . فدل هذا على اعتبار العرف .

وإذا صح هذا فإنه لا يهم - بعد - معرفة ماهية هذا الاعتبار، أو إلى أى مدى وفي أى القضايا يعتبر ، فأقل ما يصدق عليه الاعتبار يكفي العرف أصالة وحجية .

وننتقل الآن إلى إيراد أقوال الفقهاء والمفسرين وما استخلصوه من هذه الآية .

قال الجصاص في أحكام القرآن ج 1 ص 404 بشأن

(1) الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

تحكيم العرف والعادة المستخلص من هذه الآية في حالة اختلاف المرضع والمرضع له ، قال : « فإذا اشتتت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف مثلها ، لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعاد ، لم يحل ، وأجبر على نفقة مثلها » .

واستدل الكاساني بهذه الآية على أن النفقة غير مقدرة بل يرجع فيها إلى العرف ، ورد على من قال إنها مقدرة بقوله : « ولنا قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ مطلقاً عن التقدير ، فمن قدر فقد خالف النص . ولأنه أوجبها باسم الرزق ، ورزق الإنسان ، كفايته في العرف والعادة كرزق القاضى والمضارب » . أنظر بدائع الصنائع للكاساني ج 5 ص 2214 ، وذكر السرخسى في المبسوط أن أبا حنيفة رحمه الله استدل بهذه الآية على صحة العقد بالنفقة ، ويبدو أنه اعتمد على العرف في تحديدها ، وهو ما خالفه فيه أصحابه ، لأنها يريان وجوب معرفة مقدار الأجرة والمدة . ومما قاله السرخسى في خصوص العادة : « . . . ولأن الناس

تعارفوا هذا العقد بهذه الصفة وليس في عينه نص يبطله
وفي النزوع عن هذه العادة ، حرج»⁽¹⁾ .

واستدل بهذه الآية ابن قدامة في المغني على صحة
استئجار الأجير بطعامه وكسوته قياساً عليها ، قال :
« ولأنه قد ثبت في الضئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس
عليها ، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية
كنفقة الزوجة ، ولأن للكسوة عرفاً - وهو كسوة الزوجات -
وللإطعام عرفاً وهو الإطعام للكفارات فجاز إطلاقه كنفد
البلد»⁽²⁾ .

وقال ابن العربي في أحكام القرآن ج 1 ص 203 « قوله
تعالى بالمعروف يعني على قدر حال الأب من السعة
والضيق» ثم واصل حديثه في هذا المعنى إلى أن قال :
« وحمل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل ولولا أنه
معروف ما أدخله الله في المعروف » .

(1) أنظر المبسوط للسرخسي ج 15 ص 119 .

(2) ابن قدامة في المغني ج 5 ص 365 .

ويؤيد هؤلاء الفقهاء ما ذهب إليه كثير من المفسرين من أن المراد من المعروف في هذه الآية إنما هو المعتاد بين الناس. قال الطبري في جامع البيان « 2 - 305 » « بما يجب لمثلها على مثله » وذكر القرطبي في تفسيره نحواً من هذا⁽¹⁾.

وقال الرازي في مفاتيح الغيب⁽²⁾ والنيسابوري في غرائب الفرقان والعبارة واحدة « وأيضاً المعروف في هذا الباب قد يكون محدوداً بشرط وقد يكون غير محدود إلا من جهة العرف »⁽³⁾.

وقال أبو حيان في البحر المحيط : « ومعنى بالمعروف : ما جرى به العرف » وقال ابن كثير في الجزء الأول ص 305 « أي بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن » . وفسر

(1) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 167 .

(2) الرازي : مفاتيح الغيب ج 6 ص 120 .

(3) النيسابوري : غرائب الفرقان ج 2 ص 373 هامش تفسير الطبري .

الشوكاني في فتح القدير⁽¹⁾ الرزق والكسوة بما يتعارفه
الناس .

أما أبو السعود والبيضاوي فقد أوكلاه لرأى الحاكم .
وانظر في هذا المعنى أيضاً ما كتبه الألوسي في روح المعاني
ورشيد رضا في المنار والتحرير والتنوير لابن عاشور عند
تفسيرهم لهذه الآية .

وقبل أن ننهي الكلام عن المعروف أود أن أشير إلى أن
هذه الآية التي ذكرناها هنا ، ونقلنا استدلال الفقهاء بها
وشرح المفسرين لها ، ليست هي الآية الوحيدة التي ورد
فيها لفظ المعروف ، بل لقد ورد المعروف في آيات كثيرة
وفسر في بعضها بالمتعارف المعتاد ومن هذه الآيات قوله
تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ قال
الزمخشري والنيسابوري وأبو حيان والنسفي - والعبارة
واحدة - « بالمعروف : بالوجه الذي لا ينكر في الشرع
وعادات الناس » .

(1) الشوكاني : فتح القدير ج 1 ص 245 .

وذهب الشوكاني في فتح القدير 1 - 236 إلى أن المراد ما هو معروف من عادة الناس . وقال المراغي في تفسيره « إن بيان حقوق الزوجين موكل إلى اصطلاح الناس ، وصرح رشيد رضا بأن في هذه الآية : « إحالة على المعروف بين الناس والله أعلم .

مواضع من آيات أخرى :

بالإضافة إلى ما تقدم هناك مواضع من آيات أخرى استنتج منها بعض العلماء جواز العمل بالعرف والعادة والعلامات والأمارات والقرائن . ومن ذلك ما ذكره ابن رشد في المقدمات ص 622 وهو يبحث في الإجارة بعد أن استدل بقوله تعالى : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج ﴾ كأصل في إباحة الإجارة . قال ابن رشد : « . . . فسمى الأجرة ، وضرب الأجل ، ولم يصف الخدمة والعمل ، لأن العرف والعادة أغناها عن ذلك » .

وذكر ابن العربي في أحكام القرآن أثناء تفسيره لسورة

الطلاق عند قوله تعالى : ﴿ وإن تعاسرتم فسترتم فسترتم له
أخرى ﴾ ما نصه « المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق ، أنه
ليس له تقدير شرعى ، وإنما إحالة الله سبحانه على العادة .
وهي دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال
والحرام وقد أحاله الله على العادة في الكفارة فقال
« فكفارته » إلى آخر الآية » . أنظر تمامه في الجزء الرابع من
أحكام القرآن ص 1842 (*) .

واستدل السرخسى على جواز العمل بالعلامة بقوله
تعالى : ﴿ ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة ﴾ (1) وبقوله
تعالى : ﴿ تعرفهم بسيماهم ﴾ (2) .

كما استدل الماوردى على الاجتهاد في القبلة بقوله

* كان الأولى أن نذكر كلام ابن العربي هذا عند الحديث عن الآية
المتضمنة لحكم نفقة الرضاة . أرجو المعذرة .

(1) الآية رقم 45 من سورة التوبة .

(2) الآية رقم 273 من سورة البقرة ، وانظر السير الكبير لابن الحسن ج 5
ص 1789 .

تعالى : ﴿ وعلامات وبالنجم هم يهتدون ﴾ (1) .

قصة يوسف عليه السلام :

يمكن القول بأن أكثر سورة من سور القرآن الكريم جمعاً للآيات التي استدل بها على صحة العمل بالعلامات والأمارات هي : سورة يوسف عليه السلام ، وخاصة الآيات المتضمنة لقميص يوسف وشاهده ، أو قصته بصفة عامة . واستدل ابن فرحون (2) بفور التنور وفقد الحوت في قصتي موسى ونوح عليهما السلام .

قال الجصاص وهو يتحدث عن عدم تصديق يعقوب لبنيه : « . . . وهذا يدل على أن الحكم بما يظهر من العلامة في مثله في التكذيب والتصديق جائز . . . » انظر تامة في ج 3 ص 206 .

وذكر ابن الفرس في أحكام القرآن : « إن من العلماء من

(1) الآية رقم 16 من سورة النحل ، وانظر أدب القاضي للماوردي ج 1 ص 518 .

(2) انظر تبصرة ابن فرحون ، باب العمل بالقرائن .

يحتاج بهذه الآية للعمل بالعلامات والأمارات . . . فأيات يوسف ، مقتدى بها معول عليها » وقال ابن العربي وهو يتحدث عن شاهد يوسف : « قال علماؤنا : في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة » ج 3 ص 1085 وقال القرطبي في قوله تعالى : ﴿ فلما رأى قميصه قد من دبر ﴾ ، « في الآية دليل على أن القياس والاعتبار والعمل بالعرف والعادة » . أنظر تفسير القرطبي ج 9 ص 171 ، وانظر أيضاً ما كتبه ابن القيم في كل من : بدائع الفوائد ج 4 ص 13 ، وأعلام الموقعين ج 2 ص 88 .

وممن بسط القول في العمل بالقرائن والعلامات : الشيخ عبد الله العلمي في مؤتمر تفسير سورة يوسف عليه السلام .

وانظر ما كتبه ابن فرحون في التبصرة ، وعلاء الدين الطرابلس في معين الحكام ، وعز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام .

وبعد ، فإنني أكتفى بما قدمته من الآيات على الاستدلال على حجية العرف من القرآن الكريم وما تبع

ذلك من نصوص الفقهاء المعبرة عما فهموه من هذه الآيات .

ورغم أن هذا يكفى دلالة على حجية العرف إلا أنني أنتقل بالحديث الآن لأدلل على هذه الحجية من السنة المطهرة .

الدليل على حُجِّيَّة العُرْف من السُّنَّة

يمكن أن يستدل على حجية العرف بأقسام السنة الثلاثة ، التقريرية والفعلية والقولية ، عند من يقول بحجية جميع أقسام السنة .

ووجه الاستدلال بأقسامها الثلاثة يتضح في الآتي :

السنة التقريرية⁽¹⁾ :

إن إقرار النبي لبعض العادات الصالحة التي وجدها سارية عند العرب يفيد أن استمرار العادات الصالحة ، أمر مطلوب ، أو على الأقل مباح . إذ لو لم يكن الأمر كذلك لنهى عنه ﷺ ، لأنه يستحيل أن يقر المنكر ويسكت عنه إذا

(1) قال ابن تيمية في رسالة معارج الوصول « والسنة : قوله وفعله وإقراره ، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة » انظر مجموعة رسائل ابن تيمية ج 2 ص 206 .

علمه . إذن فهذا المبدأ قد تقرر شرعاً وليس هناك ما يمنع من القياس عليه ، إضافة إلى ذلك فإن هناك من ذهب إلى أن حكم استباحة العادات التي أقرها النبي ، إنما كانت بسبب العرف المتقدم (1) .

إذا تقرر هذا فإن النبي ﷺ قد أقر كثيراً من العادات الصالحة ، حتى إنه يمكن القول إنه يصعب حصرها ، وعليه فسأكتفى بذكر بعض العادات التي أقرها النبي ﷺ ، ومن هذه :

نظام الدية والقسامة والكفاءة في الزواج ، والإجازات والشركات والوكالات والضرب في الأرض ، والصيد والاحتشاش (2) ، وإقراره شعراءه على الغزل والتغنى بذكر النساء والخمر ، جرياً على عادة الشعراء في مطالع قصائدهم . على ما ذكره ابن القيم (3)

(1) الماوردى : أدب القاضي ج 1 ص 432 ص 1972 .

(2) المصدر السابق وانظر أفعال الرسول لمحمد الأشقر ج 3 ص 130 ط 1978 م .

(3) ابن القيم أعلام الموقعين ج 2 ص 386 ط 1968 م .

السنة الفعلية :

أما وجه الاستدلال بالسنة الفعلية فلا أعتقد أن أحداً من المسلمين ينكر هذا أو يتكبر عن الاقتداء برسول الله والتأسي به ، إذ هو الأسوة الحسنة بنص القرآن الكريم : ﴿ لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ﴾⁽¹⁾ .

ونلاحظ أننا نقصد بالسنة الفعلية ، غير الفعل الشخصي الخاص به ﷺ ، بل نقصد ما فعله على معهود قومه من الأكل والملبس والتداوي والتطيب ، واستعماله أدوات الحرب المعروفة قبله ، وتربية الخيل وإعدادها للحرب والسباق بينها ، والتدابير الإدارية والمرافق ، واتخاذ الولاية والكتاب ، والأعلام والشعارات . وغير ذلك مما يطول ذكره ويصعب حصره .

ويكفى أن أحيل القارئ على ما جمعه الأستاذ محمد سليمان الأشقر في كتابه : (أفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام) . وكتاب : (التراتيب الإدارية) لعبد الحى

(1) الآية رقم 21 من سورة الأحزاب .

الكتانى . و (أعلام الموقعين) لأبن القيم ، و (أدب القاضى) للماوردى .

السنة القولية :

ورد فى السنة المطهرة ما يدل على صحة العمل بالعرف والعادة ، بل والقرائن والعلامات والأمارات .
ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ :
« ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (1) .

وجه الدلالة من هذا الحديث على صحة العمل بالعرف والعادة ، أنه كان جواباً منه ﷺ لمن سأله عن الخميرة التى يتعاطاها الناس ، على ما ذكره السرخسى ومن هنا استدل بهذا الحديث أغلب الفقهاء من جميع المذاهب ، حتى إنه يندر وجود كتاب فقهى معتبر لم يذكر فيه هذا الحديث على وجه الاستدلال ولكن رغم ذلك لم يسلم من الطعن

(1) أخرجه الحاكم فى المستدرک والذهبى فى التلخيص كلاهما فى ترجمة أبى بكر الصديق رضى الله عنه انظر ج 3 ص 68 من المستدرک تصوير المكتب الإسلامى عن طبعة حيدرآباد .

عليه من حيث الرفع والدلالة على المعنى الذى ذهب إليه
الفقهاء .

فمن حيث الرفع قال فيه العلائي : « لم أجده مرفوعاً
فى شىء من كتب الحديث ولا بسند ضعيف . . . وإنما هو
من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه (1) .

أما الشيخ أبو سنة فقد طعن فيه من حيث الرفع
والدلالة معاً⁽²⁾ ، واعتراض الشيخ أبى سنة لا يخلو من
وجاهة فى مجمله ، ولكنه فى النهاية هو اجتهاد منه ، وما
دام الأمر كذلك فإننى أرى أن اجتهاد الكثرة واتفاقهم على
ذلك أقرب إلى الصواب من اجتهاد الفرد ، عملاً بمنهج
الصحابة رضوان الله عليهم الذى توضحه هذه القصة كما
رواها أحدهم ونصها : « عن على رضى الله عنه قال :
اجتمع رأبى ورأبى عمر على عتق أمهات الأولاد ، ثم
رأيت بعد أن : أرقهن فى كذا وكذا . قال فقلت له :

(1) الزيلعى : نصب الراية ج 4 ص 132 ط 1973/2 م .

(2) ابو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 25 ط 1941 م .

رأيك ورأى عمر في الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك في
الفتنة» (1) .

فهذا على جلالته في العلم يقر هذا الصحابي
على هذه الملاحظة ولم يرد عليه بشيء .

وحتى مع التسليم بما ذهب إليه الشيخ أبو سنة ، فإن
الاستدلال على صحة العمل بالعرف والعادة من السنة
ليس محصوراً في هذا الحديث بل هناك أحاديث أخرى
واضحة الدلالة على العمل بالعرف والعادة ، من حيث
إنها أحالت تفصيل بعض القضايا عليهما ولما كان من
المعلوم أن الشرع لا يرتب حكماً على شيء ليس إلى معرفته
سبيل ، إذن يتعين الرجوع إلى العرف في كل ما ورد عن
الشرع مطلقاً .

أما الحديث الذي نراه لا مطعن عليه في الدلالة على
العمل بالعرف والعادة - كما يفهم من أقوال أغلب شراح

(1) البهقي : السنن الكبرى ج 10 ص 348 تصوير دار صادر عن
ط 1355 هـ .

الحديث - فهو قوله ﷺ لهند بنت عتبة عندما شكت إليه شح أبي سفيان ، وأعلمته أنه لا يعطيها ما يكفيها وبنيتها من النفقة وسألته عما إذا كان يجوز لها أن تأخذ من ماله بغير علمه ؟ فأذن لها وقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . رواه البخارى فى كتاب البيوع باب 95 ومسلم فى كتاب الأفضية .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث : إحالته ﷺ هنداً إلى ما هو معروف بين الناس فى النفقات ، على ما ذهب إليه أغلب شراح الحديث - كما قلت - وفى طليعتهم ابن حجر وابن المنير والبدر العيني والنوى .

على أن الجدير بالملاحظة أن الإمام البخارى - وهو معروف بالفقه - أتى فى صحيحه بهذا الحديث تحت عنوان « باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون »⁽¹⁾ . مما يدل على أنه قصد بهذا التبويب : التدليل على حجية العرف ، وهذا ما صرح به ابن المنير ونقله عنه ابن حجر

(1) هو الباب رقم 95 من كتاب البيوع .

في فتح الباري بقوله : « قال ابن المنير : مقصوده بهذه الترجمة إثبات الإعتماد على العرف »⁽¹⁾ . ثم أضاف ابن حجر قوله « فأحالتها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعى »⁽²⁾ .

وقال البدر العيني في عمدة القاري عند شرحه أو تعليقه على هذا الباب : « . . . وهو عادة الناس ، وهذا دليل على أن العرف عمل جار »⁽³⁾ .

وقال النووى فى شرح مسلم عند تعليقه على هذا الحديث - المقصود حديث هند - فى هذا الحديث فوائده ، وأخذ يعددها إلى أن قال : « ومنها اعتماد العرف فى الأمور التى ليس فيها تحديد شرعى »⁽⁴⁾ . وقال السيوطى : « بالمعروف أى بالقدر المعتاد بين أهل العرف »⁽⁵⁾ وقال

(1) (2) فتح الباري ج 4 ص 407 .

(3) عمدة القارى ج 12 ص 17 .

(4) أنظر شرح النووى لصحيح مسلم ج 12 ص 7 .

(5) شرح سنن النسائى للسيوطى ج 8 ص 237 ط 1968 م .

الأبي : « فيه مراعاة العرف »⁽¹⁾ .

وإلى هذا المعنى ذهب كل من ابن القيم في عون
المعبود⁽²⁾ ، والشوكاني في نيل الأوطار⁽³⁾ .

وإلى جانب هؤلاء المحدثين ذهب فريق من الفقهاء إلى
أن المراد من المعروف في هذا الحديث هو : المتعارف بين
الناس ، واستدلوا به على أن النفقة غير مقدرة بالأمداد .
ومن هؤلاء الكاساني في بدائع الصنائع (5-2214) وابن
قدامة في المغني (8-197) وعز الدين بن عبد السلام في قواعد
الأحكام (1-61) الذي قال في هذا المعنى : « ولم تكن هند
عارفة بكون المعروف : مُدَّين في حق الغني ، ومداً في حق
الفقير ، ومداً ونصفاً في حق المتوسط ، وقد نص الله على
أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وكذلك السكنى وماعون
الدار ، يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير ، والغالب في

(1) إكمال المعلم ج 5 ص 10 ط 1328 هـ .

(2) أنظر ج 9 ص 448 ط 1969 م .

(3) أنظر ج 7 ص 131 ط 1973 م .

كل ما ورد في الشرع إلى المعروف أنه غير مقدر ، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس . » .

فالملاحظ من هذا كله أن هنا إجماع - أو شبه إجماع - على أن المراد من المعروف في هذا الحديث هو ما يتعارفه الناس بينهم ويعتادونه في النفقات . بل لعلنا لا نبالغ إذا قلنا إنه قد يفهم من هذا الحديث : اعتبار حتى الأعراف الخاصة الذي قال به كثير من الفقهاء أو أغلبهم كما سيأتي .

وإضافة إلى الحديثين السابق ذكرهما هناك الحديث الذي رواه مسلم في صحيحه والذي يدل بظاهره على حث الناس على التفكير في ابتكار العادات الحسنة والسنن الحميدة والدعوة إلى اتباعها وترغيبهم في تبنيها ، بوعدهم الأجر والثواب على ذلك .

والحديث المقصود هو قوله ﷺ : « من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من غير أن ينقص من أجورهم شيء . . . » إلى آخر الحديث .

يفهم من هذا الحديث أن العادات الحسنة - وهى ما تتوافر فيها شروط العرف - يطلب التفكير فيها وبالتالي إحداثها واتباعها ، وأكاد أقول إن فى هذا الحديث : دعوة إلى التجديد فى أساليب الحياة ووسائلها ، وليس كل ما أحدث منهى عنه أو غير مرغوب فيه . وهذا ما ذهب إليه النووى فى شرح هذا الحديث وهو ما نقل بعضه فى الآتى :

قال النووى فى شأن هذا الحديث : « فيه الحث على الابتداء بالخيرات ، وسن السنن الحسانات . . . »⁽¹⁾ ثم قال : « وفى هذا الحديث : تخصيص قوله ﷺ « كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة . . . »⁽²⁾ وأن المراد به : المحدثات الباطلة والبدع المذمومة ، وقد سبق بيان هذا فى كتاب صلاة الجمعة ، وذكرنا هناك أن البدع : خمسة أقسام واجبة ومندوبة ومحرومة ومكروهة ومباحة . »

وكان النووى قد ذكر فى كتاب صلاة الجمعة من شرحه

(1)، (2) انظر شرح النووى لصحيح مسلم باب الزكاة ج 7 ص 104 .

لصحيح مسلم : أن قوله ﷺ : « وكل بدعة ضلالة » أن هذا عام مخصوص . ثم دلت على صحة رأيه هذا بقوله : « ويؤيد ما قلناه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في التراويح : نعت البدعة . ولا يمنع من كون الحديث عاماً مخصوصاً قوله « كل بدعة » مؤكداً بكل ، بل يدخله التخصيص مع ذلك كقوله تعالى : ﴿ تدمر كل شيء ﴾ (1) .

ونلاحظ أن النووي قد أحال على كتابه « تهذيب الأسماء واللغات » فيما يتعلق بهذا الشأن وما ذكره في التهذيب اعتمد فيه على سلفه - أو معاصره - عز الدين بن عبد السلام الذي وصفه بأنه : مجمع على إمامته ، ونقل ما ذكره الأخير في كتابه قواعد الأحكام ، ونص ما في قواعد ابن عبد السلام : « البدعة : فعل ما لم يعهد في عصر رسول الله ﷺ ، وهي منقسمة إلى : بدعة واجبة وبدعة

(1) أنظر ج 6 ص 154، 155 ط 1972 م من شرح النووي لصحيح مسلم .

على قواعد الشريعة فإن دخلت في قواعد الإيجاب فهي واجبة وبدعة محرمة وبدعة مندوبة وبدعة مكروهة وبدعة مباحة. والطريق في معرفة ذلك أن تعرض البدعة على قواعد الشريعة فإن دخلت في قواعد الإيجاب فهي واجبة ، وإن دخلت في قواعد التحريم فهي محرمة وإن دخلت في قواعد المندوب فهي مندوبة وإن دخلت في قواعد المباح فهي مباحة ⁽¹⁾ .

ثم ذكر ابن عبد السلام أمثلة لكل هذه الأقسام ، ومن الأمثلة التي ذكرها للبدعة المندوبة : « إحداث الربط والمدارس وبناء القناطر (ثم عمم بقوله) وكل إحسان لم يعهد في الصدر الأول » ⁽²⁾ .

على أن الأهم من كل ما ذكرناه في هذا الصدد، هو ما نقله النووي في التهذيب عن البيهقي ونصه : « وروى البيهقي بإسناده في مناقب الشافعي عن الشافعي رضي الله عنه قال : المحدثات من الأمور : ضربان ، أحدهما ما أحدث

(1) ، (2) قواعد الأحكام ج 2 ص 173 ط الاستقامة بالقاهرة د/ت .

مما يخالف كتاباً أو سنة أو أثراً أو إجماعاً . فهذه البدعة الضلالة ، والثانية ما أحدث من الخير ، لا خلاف فيه لواحد من العلماء ، وهذه بدعة غير مذمومة ، وقد قال عمر رضى الله عنه - فى قيام شهر رمضان - نعمت البدعة هذه . يعنى أنها محدثة لم تكن ، وإذا كانت ليس فيها رد لما مضىء هذا آخر كلام الشافعى رضى الله عنه «⁽¹⁾ .

فالملاحظ من هذا كله أن كبار الأئمة لم يمنعوا المحدثات من الأمور بإطلاق ، وإنما منعوا المحدثات الضالة . وهذا ما أيدته السنة العملية ، ويكفى أن نشير هنا إلى تطور هيئة أو موضع أو مكان الخطبة ، أى الذى كان يخطب عليه رسول الله ﷺ وهو ما يمكن أن نسميه بقصة المنبر . والتي نحاول تلخيصها فى الآتى :

قصة المنبر :

ثبت أن النبى ﷺ خطب فى أول عهده بالمدينة مستنداً

(1) النووى : تهذيب الأسماء واللغات القسم الثانى ص 23 ط دار الكتب العلمية بيروت .

إلى جذع شجرة ، ثم خطب بعد ذلك على منبر . يقطع بهذا كثرة الروايات التي تضمنت هذا المعنى على تفاوت بينها . وإذا قلنا بصحة جميع الروايات وجمعنا بينها ، فإنه يمكننا القول بأن وضع الخطبة - أو مكانها أو هيئتها - قد تغير من استناد النبي ﷺ إلى جذع شجرة ، إلى القيام على منبر من طين ، ثم تطوير هذا المنبر وهكذا إلى أن أصبح منبراً من خشب .

وسواء أكان اتخاذ المنبر من تفكير النبي خاصة أو كان بناء على اقتراح بعض الصحابة كما تفيد ذلك إحدى الروايات ، وسواء استشار النبي صحابته - في ذلك التطوير - كما تقول إحدى الروايات أو لم يستشرهم كما تقول رواية أخرى ، فإن المتحصل من مجموع هذه الروايات هو تطور هيئة أو موضع الخطبة بأمر من رسول الله أو على الأقل بموافقة . وهذا يدل بظاهره على مشروعية التطور المحمود ، خاصة إذا لاحظنا قصر الفترة الزمنية التي تم فيها هذا التطور⁽¹⁾ .

(1) ما ذكرناه هنا بشأن المنبر مستفاد من فتح الباري لأبن حجر ج 2 =

ومن الملاحظ أن لفظ المعروف قد تردد كثيراً في الأحاديث النبوية فبالإضافة إلى حديث هند المتقدم ذكره هناك قوله ﷺ : ﴿ ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ قال صديق حسن خان : « وقوله بالمعروف : إعلام بأنه لا يجب إلا ما تعرف من إنفاق » (1) .

وإلى جانب ما ذكرناه من الأحاديث فقد وردت ألفاظ مطلقة في بعض الأحاديث رجع في تحديدها إلى العرف والعادة ومن ذلك قوله ﷺ : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » (2) .

فكلمة الإحياء هنا جاءت مطلقة إذ لم يحدد النبي كيفية الإحياء ، فاضطر الفقهاء إلى اللجوء إلى العرف لتحديد ماهية الإحياء ، اعتقاداً منهم أن النبي لم يترك تحديدها كيفية الإحياء إلا اعتماداً على العرف لأنه يستبعد - إن لم يكن

= ص 398 وما بعدها .

(1) فتح العلام ج 2 ص 181 .

(2) أنظر شرح ابن العربي لصحيح الترمذى ج 6 ص 146 .

مستحيلاً - أن يقصد النبي إلى إصدار أمر أو توجيه ولا يبينه تماماً ، وهو يعلم أنه لا سبيل إلى معرفة المقصود منه .

قال ابن قدامة في المغني - بعد أن أتى بهذا الحديث -
وذهب إلى أن المراد من الإحياء هو ما يعد إحياء في
العرف - « إن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم
يبينه ولا ذكر كيفيته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء
في العرف ، كما أنه لما ورد اعتبار القبض والحرز ولم يبين
كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو علق
الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ،
وكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف ،
ولأن النبي ﷺ لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق
فلما لم يبينه ، تعين العرف طريقاً لمعرفته إذ ليس له طريق
سواه » (1) .

ولم يقتصر القول على العمل بالعرف فقط عند الفقهاء

(1) ابن قدامة : المغني ج 5 ص 336 ط 1369 م .

بل تجاوزه إلى القول بحجية العمل بالقرائن مستدلين على ذلك ببعض الأحاديث .

الدليل على حجية العمل بالقرائن :

وردت في هذا المعنى أحاديث كثيرة ، منها قوله ﷺ :
« إذا رأيت الرجل يعتاد المسجد فاشهدوا له بالإيمان » (1) .
دليل هذا الحديث على أن أى رجل يتعود الصلاة في المسجد فإنه يجوز لمن يشاهده على هذه الحالة أن يشهد بإيمانه ، وليس من مبرر لهذه الشهادة إلا العادة ، فكانت العادة هنا : قرينة على وجود الإيمان لدى معتاد الصلاة في المسجد .

ومن هذا أيضاً قوله عليه السلام لجابر بن عبد الله - عندما أراد الأخير السفر إلى خيبر - « إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » (2) .

(1) السيوطى : الجامع الصغير بشرح المناوى ج 1 ص 357 ط 1938 م .
(2) أخرج هذا الحديث كل من أبى داود والبيهقى فى السنن الكبرى فى =

يتضح من هذا الحديث أن النبي ﷺ اتفق مع وكيله على أنه متى جاءه أحد وطلب منه ما أودعه النبي عنده ، فما عليه إلا أن يطالبه بالآية التي اتفقا عليها وهي هنا وضع يد السائل على ترقوة الوكيل ، فإذا فعل هذا الفعل كان ذلك قرينة على صدقه ، وهذا وأمثاله كثير في الحياة العملية بين الناس إلى اليوم .

يضاف إلى ذلك عدم تصديقه ﷺ لأحد ابني الحقيق اليهودي في قضية المال الذي خبأه اليهودي وادعى ذهابه بالإفناق ، فرأى النبي ﷺ أن المال أكثر من أن يذهب أو يستهلك في مدة قريبة ، قال ابن القيم فاستدل بهذه القرينة الظاهرة على كذبه في دعواه⁽¹⁾ .

كما أنه ﷺ حبس في تهمة⁽²⁾ ، وما ذلك إلا بناء على

= باب الوكالة في كل منها انظر الجزء الخامس من السنن الكبرى ص 80 ط 1352 هـ وانظر الجزء العاشر من عون المعبود لأبن القيم ص 61 ط 1969 م .

(1) ابن القيم : بدائع الفوائد ج 4 ص 14 ط دار الكتاب العربي بيروت د/ت .

(2) المصدر السابق .

بعض القرائن على ما أعتقد .

وفي ما قدمناه من النصوص الشرعية - من الكتاب
والسنة - كفاية على حجية العرف ومع يقيننا بصواب آراء
الفقهاء وأقوالهم في هذه النصوص ، فإنه قد يكون من
الأفضل أن نلجأ إلى الصحابة رضوان الله عليهم لنرى ما
إذا كانوا يعملون بالعرف ويقولون به ، لأن في عملهم
به : دليل قوى على صحة رأي من قال بحجية العرف لأننا
نعتبر عملهم - في أغلبه - ترجمة للقرآن الكريم والسنة
المطهرة .

العُرف عند الصحابة

رغم قصر مدة حياة الصحابة نسبياً الأمر الذى لا يسمح بنشوء أعراف جديدة فى وقتهم ، ورغم ندرة المصادر فى هذا الموضوع حيث إنه لم يفرد بتأليف خاص على ما نعلم ، ولم يركز عليه من كتبوا عن العرف . أقول رغم هذا وذاك فقد أمكن الحصول على ما يدل على عمل الصحابة بالعرف .

ومن ذلك قضاء على كرم الله وجهه فى اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، حيث إنه قضى « بأن ما كان للرجال فهو للرجال وما كان للنساء فهو للنساء »⁽¹⁾ وما هذا إلا عمل بالعرف على ما أرى ، وهو ما أخذ به أغلب

(1) البيهقى : السنن الكبرى ج 10 ص 269 .

الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة بل وحتى الشيعة كما
في البحر الزخار والأباضية ، كما في النيل وشفاء العليل .
والدليل على أن الإمام علياً كان مراعيًا للعرف أن
قضاه هذا قد خالف فعله هو نفسه ، لأنه رضى الله عنه
كان قد أصدق فاطمة رضى الله عنها : درعه الحديدية ،
ولعل هذا ما جعل الشافعي يقول : لو أخذنا بالعرف
لأعطينا الرجال ما ليس لهم ، مستدلاً - على ما يبدو -
بصداق فاطمة ، وعمل على .

والذى يظهر لى فى هذه القضية أن الإمام علياً كان فى
حكمه هذا مراعيًا للعرف ، بينما كان الإمام الشافعي
مقتدياً بفعل الإمام على الذى هو : إصداقه فاطمة درعه
الحديدية .

ومن عمل الصحابة بالعرف وإقرار النبى لهم : عمل
عروة بن الجعد البارقى الذى دفع له رسول الله ﷺ ديناراً
ليشترى له شاة ، فاشترى عروة شاتين ، ثم باع
إحدهما بدينار ، وجاء إلى النبى بالدينار والشاة الأخرى .
فأقره النبى على ذلك ، بل روى أنه دعا له بالبركة .

قال ابن القيم في أعلام الموقعين 3-3، 4 « فباع وقبض وأقبض اعتماداً على العرف » .

ومن هذا أيضاً : اعتماد بلال على العرف فيما زاد لجابر ابن عبد الله عن ثمن جملة الذي اشتراه منه النبي ﷺ عندما قال له : « يا بلال أقضه وزده » قال العلماء : « أطلق النبي الزيادة فاعتمد بلال على العرف »⁽¹⁾ .

ونضيف إلى هذا : قضاء حذيفة لمن إليه عقود القمط⁽²⁾ في الأخصاص وإجازة النبي لهذا الحكم ، وإقراره له . وهذا عمل بالقرائن العرفية من هذا الصحابي الجليل على ما أرى كما أن في هذا إقراراً من النبي للحكم بالقرائن . ولعل نظرة سريعة في بعض أفعال الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ، توفر علينا الجهد في الإتيان بالمزيد من الأمثلة ، إذ في بعض أفعاله واقتباساته من الأنظمة التي كانت سائدة

(1) أنظر فتح الباري لابن حجر ج 4 ص 485 ، إرشاد الساري للقصطلاني .

(2) أنظر البحر الزخار في فقه الشيعة ج 4 ص 401 والقمط ما تشد به الأخصاص انظر لسان العرب ج 7 ص 385 .

حول العالم العربي ؛ ما يدل على عمله بالعرف على ما ذهب إليه البعض⁽¹⁾ .

على أنه لا يفوتنا أن نذكر بعض ما قام به هذا الصحابي الجليل كدليل على وجود هذا المعنى عنده وهو ما يتضمن احترامه للعادات غير المخالفة للشريعة .

ومن ذلك : إقراره ما قام به المقلسون⁽²⁾ عند مقدمه إلى الشام ، فقد قام هؤلاء بما كانوا يقومون به عند استقبال الملوك والأمراء من الألعاب وغيرها .

صحيح أنه استنكر في بادئ الأمر ذلك ، إلا أنه وافق أبا عبيدة عندما قال له : « يا أمير المؤمنين هذه سنة العجم - أو كلمة نحوها - وأنت إن تمنعهم منها يروا أن في نفسك نقضاً لعهدهم . فقال عمر : دعوهم عمر وآل عمر في طاعة أبي عبيدة » .

(1) انظر كتاب : منهج عمر بن الخطاب في التشريع للدكتور / محمد بلتاجي ص 480 .

(2) المقلسون جماعة يلعبون بلعبة لهم بين أيدي الأمراء انظر كتاب الأموال لأبن سلام ص 200 ط 1975 م .

ونلاحظ أن أبا عبيدة القاسم بن سلام أرجع ذلك إلى بنود الصلح ولكنني أرى أنه لو كان الأمر كذلك لما خفى هذا عن عمر ، ولأن بنود الصلح دائماً تراعى فيها حرمة واحترام الآداب الإسلامية ، ولا يمكن أن تقر بنود الصلح ما يخالف الشريعة الإسلامية إلا ما يمارسونه ، خاصة بهم في بيوتهم وكنائسهم . ألا ترى أنه لا يجوز لهم التعامل بالربا مع المسلمين كما لا يسمح لهم بأن يرفعوا في نادي المسلمين صليباً ولا أن يخرجوا بالخمير إلى شوارعهم⁽¹⁾ .

والذي أراه أن عمر إنما نهاهم عن ذلك أولاً تواضعاً منه ، فلما علم أن هذا يسيء إليهم تركهم على عرفهم أو ما كانوا يقومون به .

وقال ابن القيم : « وقد اعتمد الصحابة على القرائن في الحدود فرجموا بالحبل⁽²⁾ وجلدوا في الخمر بالقىء

(1) انظر في هذا نصوص المعاهدات في كتب السيرة وغيرها ، وقد نقلنا هذا النص عن الشيخ المراغى في كتابه التشريع الإسلامى لغير المسلمين ص 120 .

(2) الحبل : يعنى حمل الأثى ، وما نقلناه عن ابن القيم هنا انظر فيه =

والرائحة . . . والأمة مجمعة على جواز وطء الزوج للمرأة التي تهديها إليه النساء ليلة العرس ، ورجوعه إلى دلالة الحال أنها هي التي وقع عليها العقد وإن لم يرها ولم يشهد بتعيينها رجلاً ، ومجمعة على جواز أكل الهدية وإن كانت من فاسق أو صبي . ومن نازع في ذلك لم يمكنه العمل بخلافه وإن قاله بلسانه . ومجمعة على جواز شراء ما بيد الرجل ، اعتماداً على قرينة كونه في يده وإن جاز أن يكون مغصوباً .

وأرى أنني لست في حاجة أن أقول إن ابن القيم يقصد من هذا الإجماع : إجماع الصحابة قبل غيرهم .

= الجزء الرابع من كتاب بدائع الفوائد ص 14 . الناشر المكتب الاسلامي دمشق .

العرف عند التابعين

من جملة الأبواب التي تضمنها صحيح الإمام البخارى : باباً خاصاً بالعرف أتى فيه بأحاديث وبعضاً من عمل التابعين بالعرف والعادة أذكر منها : إحالة شريح الغزالين على عرفهم ، وجوار كراء الدواب على العرف . قال البدر العيني أثناء حديثه في أول هذا الباب : « وحاصل الكلام أن البخارى قصد بهذه الترجمة : إثبات الاعتماد على العرف »⁽¹⁾ .

وفيما يخص شريحاً قال : « إن أناساً من الغزالين

(1)، (2)، (3) البدر العيني : عمدة القارى ج 12 ص 16 ط دار المعرفة د/ت .

اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم ، فقالوا : إن سنتنا بيننا كذا وكذا . فقال شريح سنتكم : بينكم .
يعنى : عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة «⁽¹⁾ .

ومما جاء في هذه الترجمة أو هذا الباب الذى أشرنا إليه أنفاً : « أن الحسن البصرى اكتوبرى حماراً فقال : بكم ؟ قال : بدانقين . فركبه ثم جاء مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه . [قال البدر العينى] قوله ولم يشارطه يعنى : الأجرة اعتماداً على الأجرة المتقدمة للعرف بذلك «⁽²⁾ .

وذكر القرطبي في تفسيره⁽³⁾ أن القاضى إياس بن معاوية كان يعمل بالقرائن والعلامات .
وجاء فى السنن الكبرى للبيهقى أن الحجاج بن يوسف قضى فى متاع البيت بأن ما للرجل فهو للرجل وما للنساء فهو للنساء .

ونلاحظ أن الحجاج كان على غير علم بقضاء على فى

(1)، (2)، (3) المصدر السابق .

هذه القضية الذي سبق أن ذكرته - على ما يبدو - لأنه لما أُخبر بأنه - أي الحجاج - قضى بما قضى به عليٌّ من قبله فرح وقال لمحدثه : « ويحك إنا لا ننقم على عليٍّ قضاءه ، قد علمنا أن علياً كان أقضاهم »⁽¹⁾ .

وجاء في كتاب الآثار لأبي يوسف ، أن إبراهيم النخعي كان يقول بمثل هذا .

ومن هذا تغير رأى عمر بن عبد العزيز في عدم الأخذ بشهادة الرجل مع اليمين على ما ذهب إليه البعض⁽²⁾ . لأن عمر كان يقول بهذا عندما كان في المدينة ، فلما ذهب إلى الشام غير رأيه ، وامتنع عن ذلك ، ولما خوطب في هذا قال : « إنا كنا نقضى بذلك في المدينة فوجدنا أهل الشام على غير ذلك »⁽³⁾ .

(1) المصدر السابق .

(2) تفسير القرطبي ج 9 ص 174 .

(3) السنن الكبرى للبيهقي ج 10 ص 269 .

(4) الدكتور محمد يوسف موسى : تاريخ الفقه الإسلامي ص 217 .

(5) أبو يوسف : كتاب الآثار ص 157 .

النساء قوله : « . . . إنها على قدر اليسار ، إذ العرف يقتضيه ، فيحمل مطلق الآية عليه »⁽¹⁾ .

ونضيف أن اليسار أمر نسبي ، وربما لا يعرف إلا بالعرف والعادة⁽²⁾ .

ونشير إلى اختلاف أبي حنيفة وصاحبيه في اللؤلؤ هل هو من الحلى ؟ وهو ما ذهب إليه الصحابان ، أم ليس منه؟ وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة .

احتج الصحابان على إمامهما بقوله تعالى : ﴿ يَحْلُونَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلَوْلُؤًا ﴾⁽³⁾ وبقوله تعالى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾⁽⁴⁾ .

ورغم قوة هذين النصين إلا أن أبا حنيفة مع ذلك لم يذهب إلى ما ذهب إليه الصحابان متمسكا - كما يرى

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر احكام القرآن للجصاص ج 1 ص 479 ط 1347 هـ وعمدة القارى ج 11 ص 189 والمبسوط للسرخسى ج 5 ص 193 .

(3) الآية رقم 23 من سورة الحج .

(4) الآية رقم 14 من سورة النحل .

الإمام أبو حنيفة أساساً ينبني عليه الحنث في الإيمان » .

ويرى الدكتور عطية مشرفة أن مذهب أبي حنيفة يتميز « بكثرة اعتماده على القياس ، وفي اعتماده العرف : أصلاً يرجع إليه في كثير من المسائل » . انظر كتاب القضاء في الإسلام للدكتور مشرفة .

ومما يدل على اعتبار أبي حنيفة للعرف أنه كان يفتي فيمن حلف لا يأكل رأساً ، أنه يحنث بأحد ثلاثة من الرؤوس ، وهي رؤوس : الإبل والبقر والغنم . بناء على أن هذه الرؤوس كانت تكبس في الأفران وتباع مشوية في المطاعم ، فلما أقلع الناس في الكوفة عن كبس رأس الإبل أفتى أبو حنيفة بأنه : لا يحنث برأس الإبل . انظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ج 2 ص 97 .

ومن ينظر في كتب الحنفية كالمبسوط للسرخسي مثلاً يجد كثيراً من المسائل التي بنى فيها أبو حنيفة رأيه على العرف . وسيأتى أن أبا حنيفة قد تأثر بالعرف حتى في فهم المراد من بعض نصوص القرآن الكريم .

الصاحبان والعرف :

تقدم أن الإمام أبا حنيفة أخذ بالعرف ، ولقد تبعه صاحبه محمد بن الحسن ، وأبو يوسف ، بل لقد توسعا في الأخذ بالعرف وخاصة أبو يوسف الذي ربما ترك النص وعمل بالعرف إذا كان النص معللاً به أو مبنياً عليه وتغير ذلك العرف وذلك كما في الكيل والميزان .

ومما يدل على عمل الصاحبين بالعرف إفتاؤهما بعدم حنث من حلف لا يأكل رأساً إلا : برأس الغنم خاصة ، وذلك بناء على ما شاهداه من عادة الناس من أنهم لا يكسبون في التناير ويبيعونها مشوية إلا رأس الغنم⁽²⁾ .

ومن هذا : إفتاؤهما بخلاف ما كان يفتى به أبو حنيفة من تضمين الصباغ إذا غلط وصبغ الثوب باللون الأسود ، لأن اللون الأسود كان في زمن أبي حنيفة ، غير مرغوب فيه ، وبالتالي فإن صبغ الثوب باللون الأسود تعيب

(1) القرنشاوى وآخرين : الموجز في أصول الفقه ص 283, 284 .

(2) البزدوي : كشف الأسرار ج 2 ص 98 .

له . فلما جاء العباسيون واتخذوا اللون الأسود شعاراً لدولتهم تغيرت عادة الناس وأقبلوا على اللون الأسود ، وكان من ذلك أن أفتى الصاحبان بعدم التضمن⁽¹⁾ .

كذلك فإن الصاحبين أفتيا بوجوب دفع التعويض على من أتلف دودة القز ، بعد أن كان الإمام أبو حنيفة يفتي بعدم التعويض ، لأنها لا مالية لها في نظره ، وإنما هي كبقية هوام الأرض . فلما اعتاد الناس تربيتها اختلف الوضع ، وأصبحت لها بذلك قيمة مالية فأفتى الصاحبان بماليتها ووجوب التعويض على من أتلفها بناء على هذه العادة .

وأخيراً نشير إلى أن الإمام محمد بن الحسن إنما أجاز استقراض الخبز بناء على تعارف الناس⁽²⁾ .

الإمام مالك والعرف :

يعتبر الإمام مالك أشهر من أخذ بالعرف حتى استفاض هذا بين الناس إلى درجة أن البعض يخصصونه به دون

(1) القرنشاوى ومن معه الموجز في أصول الفقه ص 283 .

(2) أنظر المبسوط للسرخسى ج 4 ص 31 . 32 .

غيره . ومجمل القول أن الإمام مالكا رفع من قيمة العرف إلى أن خصص به عام القرآن ، كما ذهب إليه ابن العربي في أحكام القرآن حيث قال : « ولمالك في الشريفة رأى خصص به الآية ، فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة » (1) .

كما صرح الإمام الشاطبي « بأن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف » (2) ولابن الكلبي في البحر المحيط نحو من هذا . وعلى العموم فأخذ مالك بالعرف أمر يعرفه الجميع ، وعليه فلا نرى داعياً للإطالة في هذا الموضوع .

الإمام أحمد والعرف :

قال ابن القيم وهو يتحدث عن البينة موضحاً أنها أنواع كثيرة وأن منها « القرائن الظاهرة عند الجمهور كمالك

(1) ج 1 ص 204 .

(2) أنظر الاعتصام ج 2 ص 41 ط / دار المعرفة د/ت .

وأحمد وأبي حنيفة»⁽¹⁾ وبعد أن ذكر أنواعاً منها قال « وقد أرشد الله سبحانه إليها في كتابه حيث حكى عن شاهد يوسف اعتباره قد القميص وحكى عن يعقوب وبنيه أخذهم البضائع التي باعوا بها بمجرد وجودهم لها في رحالهم اعتماداً على القرائن الظاهرة بأنها وهبت لهم ممن ملك التصرف فيها ، وهم لم يشاهدوا ذلك ولا علموا به ولكن اكتفوا بالقرينة الظاهرة»⁽²⁾ وحسبك أن ينقل ابن القيم الإجماع على الرجوع إلى القرائن ، وهذا ما جاء في قوله : « والرجوع إلى القرائن في الأحكام متفق عليه بين الفقهاء بل بين المسلمين كلهم »⁽³⁾ .

وذكر ابن قدامة في المغنى « إن لأحمد قولاً في جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته » . انظر المغنى ج 5 ص 364 .

وجاء في التبصرة لابن فرحون أن مالكا وأحمد لا يقبلان قول المرأة التي تدعى أن زوجها لم ينفق عليها في ما مضى من الزمن وهما في بيت واحد لأن ذلك قرينة دالة على

(1)، (2)، (3) أنظر في هذا كله بدائع الفوائد لأبن القيم ج 4 ص 14 .

كذبها . أنظر البابين 57, 70 من تبصرة ابن فرحون .
على أن الذي يقطع بأخذ الإمام أحمد بالعرف هو ما
يفيده أخذه بحديث ضعيف في رأيه ، والحديث المقصود
هو قوله عليه السلام : « العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا
حائكاً أو حجاماً » قال ابن قدامة في المغنى : « قيل لأحمد
رحمه الله وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل
عليه يعنى أنه ورد موافقاً لأهل العرف » (1) .

الإمام الشافعي والعرف :

الإمام الشافعي هو أول من ألف في أصول الفقه على ما
يرى أغلب العلماء ولم يتعرض إلى ذكر العرف ، أو لعله لم
يتضح قوله فيه . ولكنه من حيث العمل كان يعتبره ، إذ
قد رويت عنه قضايا بناها على العرف أو أحالها عليه . بل
هناك من يرى أن سبب تغييره لكثير من الأحكام التي كان
قد بناها في مذهبه القديم إنما كان ذلك بسبب اعتباره
لعرف أهل مصر . أنظر أصول الفقه لخلاف ص 69 .

(1) ابن قدامة : المغنى ج 7 ص 38 ط ك 1969 م .

ولعل من هذا القبيل ما جاء في المهذب للشيرازى فى باب الوصية ، فىمن قال : « أعطوه دابة ، فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً ، واختلف أصحابنا فىه ، فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فإن الدواب فى عرفهم : الأجناس الثلاثة . . . » أنظر تمامه فى المهذب ج 1 ص 465 .

وقال الماوردى فى أدب القاضى فى سعة الطريق « فعند الشافعى يكون معتبراً بما تدعو الحاجة إليه فى الدخول والخروج ، وما جرت العادة بحمل مثله إليه » (1) .

وذكر عز الدين بن عبد السلام أن للشافعى قولاً فى تقدير نفقة الزوجات بالمعروف ، أى بالعرف . وجاء فى حاشية عميرة⁽²⁾ على المنهاج وهو يتحدث عن الكسوة قوله : « وقد نص الشافعى فى البويطى على اعتبار كسوة بلدها بمثلها » .

(1) أنظر أدب القاضى للماوردى ج 1 ص 208 .

(2) أنظر حاشية عميرة على المنهاج ج 4 ص 73 .

وقال القرافى فى الفرق 133: «إن من حلف لا يفعل شيئاً حيناً أو زمناً ، ففى المدونة يساوى : سنة . وعند الشافعى : يحمل على العرف » .

ونقل السيوطى فى الأشباه (ص 95) عن الشيخ أبى زيد قوله : « لا أدرى [على] ماذا بنى الشافعى مسائل الأيمان إن اتبع اللغة » .

وأخيراً نشير إلى ما ذكره ابن القيم من أن الشافعى « اعتبر قرائن الأحوال فى أكثر من مائة موضع » أنظر أعلام الموقعين (4-378) .

هذا ما يخص مؤسسى المذاهب الأربعة - كما اتفق علس تسميتها - وأود أن أشير إلى أنى قصدت بالحديث عن هؤلاء الأئمة : الاستغناء عن تتبع كثير من الفقهاء ، لأقول إنهم قالوا بالعرف ، لأن فى ذكر مؤسسى هذه المذاهب غنى عن ذلك ، حيث إن كل من أتى من الفقهاء وتمذهب بأى من هذه المذاهب فإنه فى الأغلب يكون موافقاً لرأى إمامه فى القول بالعرف .

وهناك علماء آخرون - من غير هذه المذاهب قالوا

بالعرف وإن لم أعثر إلا على القليل مما نسب إليهم من القضايا التي قالوا فيها بالعرف نظراً لانقراض مذاهبهم من جهة ، ولعدم اطلاعي الكافي من جهة أخرى . ومع ذلك فقد وجدت أقوالاً لهؤلاء ، ومنهم الأوزاعي والثوري والليث بن سعد .

قال أبو معاذ : رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان ، فوضع عنده فلساً ، وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى . أنظر في هذا فتح القدير ج 6 صفحة 252 .

على أني أكتفي هنا بالإشارة إلى أن الإمام البخاري رضى الله عنه اهتم بالعرف اهتماماً كبيراً ، ويتضح هذا من كثرة الأبواب التي أفردتها في صحيحه والآثار والأحاديث والآيات الواردة في العرف ، وهذا ما ذهب إليه أغلب شراح صحيحه ، ومن هذه الأبواب التي أفردتها للعرف قوله : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون . . .

العُرف عند الأصوليين

مما نحمد الله عليه ؛ عدم وضوح المذهبية في أصول الفقه كوضوحها في فروعه ، وإذا وجد شيء من هذا فهو قليل إلا أننا - ولسبب تنظيمي أو شكلي - سيكون عرضنا لآراء الأصوليين على شكل تنسب فيه كل مجموعة إلى مذهبها ، على أننا سنتوسع في الحديث - أو نركز - على اثنين من الأصوليين هما : الإمام الغزالي ، والإمام الشاطبي ، وذلك نظراً لأن الأول منها لا يقول بالعرف على ما يرى البعض ، والآخر : أكثر من ذكر العادة .

وعموماً أقول : إذا اعتبرنا التخصيص بالعادة ، نوعاً من العمل بالعرف - وهو كذلك في نظري - فإنه يمكن القول : إن أغلب الأصوليين يقولون بالعرف . ذلك أن كلهم - أو جلهم - يقولون بالتخصيص بالعادة ، وإذا كان

بينهم خلاف فإنما هو في بعض أنواع هذه العادة ، إذ إن بعضهم لا يقول بالتخصيص بالعادة الفعلية ، وإنما يقصر التخصيص على العادة القولية .

إذن فالتخصيص بالعادة القولية محل اتفاق بينهم ، وهذا ما صرح به الكثيرون كما سيتضح في الآتي .

الأصوليون من الأحناف :

قال ابن الهمام في التحرير « العادة : العرف العملي مخصص عند الحنفية خلافاً للشافعية ، كحرمت الطعام ، وعاداتهم أكل البر : انصرف إليه وهو الوجه ، أما بالعرف القولي : فاتفاق »⁽¹⁾ .

وجاء في مسلم الثبوت أن : « العرف العملي : مخصص عندنا »⁽²⁾ وجاء في أصول السرخسي - في فصل ما تترك به الحقيقة - قوله : « وهي خمسة أنواع ، أحدها :

(1) ج 2 ص 21 ط صبيح .

(2) ج 1 ص 271 ط كردستان العلمية 1326 هـ .

دلالة الاستعمال عرفاً ، والثاني : دلالة اللفظ»⁽¹⁾ وأخذ يعددها إلى أن بلغ بها خمساً ثم قال : « فأما الأول فنقول : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفاً ، لأن الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام . . . فما تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان ذلك - بحكم الاستعمال - كالحقيقة فيه . . . »⁽²⁾ .

وفي أصول البزدوى : تترك الحقيقة « بدلالة الاستعمال والعادة »⁽³⁾ وعلى العموم فإن الحنفية يقولون بالتخصيص بالعادة بنوعيتها القولية والعملية ، ولهذا أنكروا على من خالفهم ، واستدلوا على صحة رأيهم بأن القاسم المشترك بين النوعين - أو السبب في إعمالهما - هو المعنى المتبادر فهمه عند سماع العادة .

قال صاحب مسلم الثبوت مدلاً على أنه لا فرق بين العادة القولية والعملية : « . . . لنا الاتفاق على فهم لحم

(1) (2) ج 1 ص 190 ط دار المعرفة 1973 م .

(3) انظر كشف الأسرار ج 2 ص 95 ط دار الكتاب العربي 1974 م .

الضأن بخصوصه في : اشترى لحماً وقصر الأمر عليه ، إذا كانت العادة أكله ، وما ذلك إلا لتبادر الخصوص ، وهو متحقق في العملي فيخصص بالقولي »⁽¹⁾ .

وقال الشيخ محمد بخيت المطيعي في حاشيته على سلم الوصول ج 1 ص 474 : « فالقول بالتخصيص بالقولي وصيرورته قرينة دون العملي : تحكم صريح لا يسمع » .
والذي أراه أن حجة الأحناف هنا قوية وما لجأ إليه مخالفوهم كابن الحاجب وغيره من أن هناك فرقاً بين المطلق المقيد ، والعام المخصوص ؛ غير واضح . وعليه فإن « الفرق بين المطلق المقيد ، والعام المخصوص كما في شرح المختصر : لغو »⁽²⁾ .

الأصوليون من الشافعية :

يبدو أن أكثر الشافعية يقولون بالتخصيص بالعادة القولية ، حتى إن الأسنوي نفى الإشكال في هذا بقوله :

(1) مسلم الثبوت ج 1 ص 271 ط كردستان العلمية 1326 هـ .

(2) مسلم الثبوت ج 2 ص 272 .

« لا إشكال في أن العادة القولية : تخصص العموم ، نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد والآمدى ومن تبعه »⁽¹⁾ كما عزا هذا القول في التمهيد للرافعي .

على أنه يمكن القول إن بعض الشافعية يقولون بالتخصيص حتى بالعادة العملية ، وهذا ما يفهم من كلام بعضهم ، ومنهم التفتازاني في التلويح حيث جاء فيه قوله « وأما العادة ، فلو حلف لا يأكل رأساً ، فالرأس - وإن كان مستعملاً عرفاً في كل رأس حيوان - إلا أنه معلوم عادة أنه غير مراد ، إذ لا يدخل فيه عادة رأس العصفور والجراد فيخص بما يكون متعارفاً بأن يكبس في التنانير ويباع مشوياً »⁽²⁾ .

ونلاحظ أننا إذا اعتبرنا بيع المعاطاة نوعاً من العادة الفعلية وهو كذلك لأنه بدل الإيجاب والقبول وهما

(1) الأسنوي : نهاية السؤل ج 2 ص 470 .

(2) سعد الدين التفتازاني : التلويح على التوضيح ج 1 ص 42 ط صبيح

1957 م .

لفظان كما هو معلوم نقول إذا اتفقنا على هذا فإنه يمكن القول بأن كثيراً من الشافعية يقولون بالتخصيص بالعادة العملية . وأشهر هؤلاء : ابن سريج الذى خرج بيع المعاطة - أو قاسه - على أحد قولى الشافعى فى الهدى « إذا قلده صاحبه فهل يصير بالتقليد هدياً منذوراً ؟ ... »
والقديم من مذهب الشافعى أنه يصير ، ويقام الفعل مقام القول « (1) .

قال النووى فى المجموع بعد هذا الكلام : « واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطة فيما يعد بيعاً ، وقال مالك : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . وممن اختار من أصحابنا أن المعاطة تعد بيعاً صحيحاً ، وأن ما عده الناس بيعاً فهو بيع : صاحب الشامل والمتولى والبغوى « (2) .

(1) ، (2) انظر المجموع شرح المذهب للنووى ج 9 ص 162 ، 163 مصور
عن طبعة التضامن 1348 هـ .

الأصوليون من الحنابلة :

يمكن القول - بصفة عامة - إن موقف الحنابلة من العرف يكاد يتفق وموقف الشافعية منه ، حيث إنهم - أى الحنابلة - متفقون على القول بالعرف القولى أما العرف العملى ، فمنهم من قال به ومنهم من منعه ، وأفضل القول فيه على النحو الآتى : -

أما اتفاقهم على التخصيص بالعرف القولى فقد ذكره ابن رجب فى القاعدة الحادية والعشرين بعد المائة من قواعده ونصه : « . . . فى تخصيص العموم بالعرف ، وله صورتان ، إحداهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام فى بعض أفرادها حتى صار : حقيقة عرفية ، فهذا يخص به العموم بغير خلاف » وفى المسودة لابن تيمية أنه « إن كانت العادة فى استعمال العموم ، مثل أن يحرم أكل الدواب والدواب فى اللغة : اسم لكل ما دب ، وتكون عادة الناس : تخصيص الدواب بالخيل مثلاً . فإننا نحمل الدواب على الخيل ، وليس هذا بتخصيص على الحقيقة ،

وإنما هو تخصيص بالنسبة للغة» (1) .

هذا ما يخص العرف القولى وهو متفق عليه كما يتضح من النصين الماضى ذكرهما . أما بالنسبة للعادة الفعلية أو العرف العملى ففيه : خلاف أو لعل الصحيح أن هذا الخلاف فى بعض الصور بناء على ما يفهم من المسائل التى ذكرها ابن رجب فى القاعدة 122 من قواعدہ ، والتي منها : « لو وصى لأقاربه أو أهل بيته . قال أحمد - فى رواية ابن القاسم - إذا قال لأهل بيتى أو قرابتي ، فهو على ما يعرف من مذهب الرجل إن كان يصل عمته وخالته ، وأن الاعتبار بمن كان يصله فى حياته بكل حال ، فإن لم تكن له عادة بالصلة ، فهى لقرابة الأب . . . » .

ومنها : « لو استأجر أجييراً يعمل له مدة معينة ، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون خلاف » .
وفى المسودة لابن تيمية قريب من هذا ، بل ربما يفهم من بعض كلامه - أو من كلام القاضى - أن التخصيص

(1) أنظر المسودة ص 123 .

إنما يكون بالعرف الفعلى دون القولى ، ويتضح هذا من قوله : « وقد رأيت بحوث القاضى فى الفقه - فى مسألة الوصية لأقاربه وبعض مسائل الأيمان - ذكر فيها : إن اللفظ العام يخص بعادة المتكلم وغيره فى الفعل لا فى القول ، وكلام أحمد يدل عليه فىمن أوصى لقربته فإنه قال : أشهر الروايتين أنه ينصرف إلى من كان يصله فى حياته ، وهذا تخصيص للعموم بالعرف الفعلى دون القولى »⁽¹⁾ . غير أنه قد قال ببعض القيود على ذلك .

ثم عقد فصلاً امتدح فيه العادة الفعلية قال فيه : « تخصيص العموم بالعادة ، بمعنى قصره على العمل المعتاد : كثير المنفعة ، وكذا قصره على الأعيان التى كان الفعل معتاداً فيها زمن التكلم . ومن هذا : قصر أحمد لنبيه ﷺ عن البول فى الماء الدائم ؛ على ما سوى المصانع المحدثه بعده ، وكذلك قصر النهى عن المخابرة وكراء الأرض والمزارعة على ما كانوا يفعلونه »⁽²⁾ .

(1) ، (2) أنظر المسودة لابن تيمية ص 123 وما بعدها .

وخلاصة القول : إن ابن تيمية وبعض الحنابلة يعتبرون العرف بنوعيه القولي والعملي ، ولا يبعد أن يكون موقفهم من العرف العملي أقرب إلى المالكية منهم إلى الشافعية .

وبهذا ينتهي الحديث عن رأى الأصوليين - أو بعضهم على الأصح - في القول بالعرف والعادة . ونلاحظ أننا لم نتعرض لموقف الأصوليين من المالكية لغلبة القول بالعرف بنوعيه عندهم ولم يخرج عن إجماعهم - على ما علمت - إلا القرافي ، في ما يخص العرف العملي .

أما الآن فنتحدث عن موقف الغزالي عن العرف وهو ما سبق أن وعدنا به

الإمام الغزالي والعرف :

لعل الحديث عن الإمام الغزالي وموقفه من القول بمراعاة العرف والعادة يثير الاستغراب عند البعض ، ذلك لأن الغزالي لم يعدّ العرف مصدراً من مصادر التشريع عندما عدد هذه المصادر في كتاب المستصفي ، إضافة إلى

أنه شافعي المذهب الذي يصر البعض على القول بعدم اعتداده بالعرف .

غير أن من يتتبع كتب الغزالي - وخاصة المستصفي - يرى عكس هذا حيث إن الغزالي احتج بالعادة في أكثر من موضع من كتبه بما في ذلك إحياء علوم الدين . وبهنا هنا أن نذكر بعض هذه المواضع التي ذكر فيها العادة ونبدأ بالمستصفي .

قال الغزالي في الباب الثالث في الأدلة التي يخص بها العموم والتي منها عادة المخاطبين ملخصاً بذلك رأيه « . . . وعلى الجملة فعادة الناس : تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم ، حتى إن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه ؛ العذب البارد ، لكن لا تؤثر في تغيير خطاب الشارع إياهم »⁽¹⁾ .

ووصف العادة بأنها « أصل يستفاد منها معارف » وقال

(1) المستصفي ص 350 ط 1971 م .

بخصوص القرائن : كل ما ليس له عبارة موضوعة في اللغة فتتبع فيه القرائن .

ويكفي الغزالي اهتماماً بالعادة أن يذكرها ما يقرب من ثلاثين مرة في المستقصى ، وأن يدلل بها على صحة الإجماع وتعريف الصحابي ، بل وأكثر من ذلك أن يستدل بالعرف والعادة على أن القرآن⁽¹⁾ المكتوب في المصحف الآن هو كلام الله لم ينقص منه ولم يزد عليه شيء .

على أننا إذا اتجهنا إلى بعض كتب الغزالي الأخرى نجد المزيد مما يستدل به على عمل الغزالي بالعرف والعادة . ولو أخذنا مثلاً كتابه : إحياء علوم الدين لكفانا عن غيره لما فيه من المسائل المبنية على العرف والعادة .

ومن ذلك ما قاله عن الأكل على السفرة « . . . وما يقال إنه أبداع بعد رسول الله ، فليس كل ما أبداع منها : منهيّاً عنه ، بل المنهى عنه : بدعة تضاد سنة ثابتة وترفع

(1) أنظر المستقصى المطبوع على هامشه مسلم الثبوت ج 1 ص 101 .

أمراً من الشرع مع بقاء علتة ، بل الإبداع قد يجب في بعض الأحوال إذا تغيرت الأسباب» (1) .

وعندما تحدث عن الأكل في السوق كان من جملة ما قاله فيه : « . . . وهو مختلف بعادات البلاد وأحوال الأشخاص . . . » (2) .

وقال فيمن ترك صابوناً في الحمام أو شيئاً مزلقاً - بحيث تتعذر رؤيته - فزلق به إنسان وانكسر عضو منه فالضمان متردد بين تاركة وصاحب الحمام ثم قال : « والوجه إيجاب الضمان على تاركة في اليوم الأول وعلى الحمامي في اليوم الثاني ، إذ عادة تنظيف الحمام كل يوم معتادة ، والرجوع في مواقيت إعادة التنظيف إلى العادات فليعتبر بها » (3) .

وفي باب البيوع وعندما تعرض لبيع المعاطاة أجاب عما استشكل فيه من خلوه من اللفظ المشتمل على الإيجاب والقبول . قال الغزالي في هذا الشأن « فهو أن يجعل الفعل

(1) انظر الإحياء ج 2 ص 300 .

(2) نفس المصدر .

(3) نفس المصدر ج 2 ص 344 .

باليد - أخذاً وتسليماً - سبياً ، إذ اللفظ لم يكن سبباً لعينه بل لدلالته . وهذا الفعل قد دل على مقصود البيع دلالة مستمرة في العادة ، وأنضم إليه : مسيس الحاجة وعادة الأولين واطراد جميع العادات بقبول الهدايا من غير إيجاب وقبول مع التصرف فيها وجميع ضوابط الشرع - فيما يعلم بالعادة - كذلك ينقسم إلى أطراف واضحة وأوساط مشكلة» (1) .

ولعل من الغريب حقاً أن يذهب الإمام الغزالي إلى اعتبار الأعراف حتى لغير المسلمين ، حيث إنه أفتى بوجود احترام عرف اليهودى الذى أجر نفسه للعمل مدة معينة . وخلاصة القضية أن الإمام الغزالي استفتى فى حكم السبوت التى تتخلل المدة المؤجر عنها اليهودى إذا لم يستنها فى العقد هل يمنح فيها ذلك اليهودى راحة يوم السبت دون أن يخصم منه الأجر؟ فأجاب : « إذا أطرده

(1) نفس المصدر ج 2 ص 180 .

عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء⁽¹⁾ مما يفيد اعتبار الإمام الغزالي لهذا العرف . أبعد هذا يقال : إن الغزالي لا يقول بالعرف ؟ .

الإمام الشاطبي والعوائد :

ليس بمستغرب أن يقول الإمام الشاطبي بالعرف والعادة ، إذ قد قال بهما جمهور المالكية وهو واحد منهم ، ولكن لعل الغريب أن يتوسع في هذا القول على الوجه الذى سار عليه فى الموافقات ، إذ لا يكاد ينتهى من المقدمات - التى قدم بها لهذا الكتاب - حتى نجده يقرر قاعدة فقهية يقول فيها : « وثبت فى الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يطاق ، وألحق به : امتناع التكليف بما فيه حرج خارج عن المعتاد ، فإذا كل أصل شرعى تخلف عن جريانه على هذا المجرى - فلم يطرد ولا استقام بحسبها فى العادة - ليس بأصل يعتمد عليه ، ولا قاعدة يستند إليها»⁽²⁾ .

(1) السيوطى : الأشباه ص 99 .

(2) الموافقات ج 1 ص 58 .

ثم يعود إلى هذا المعنى ليؤكد أن «التشريع إنما هو جار على توسط مجارى العادات ، وكونه شاقاً على بعض الناس أو فى بعض الأحوال - مما هو على غير المعتاد - لا يخرج عن أن يكون مقصوداً له ، لأن الأمور الجزئية لا تخرج الأصول الكلية» (1).

وفى الجزء الثانى يعود إلى هذا المعنى ، أو قل يواصل الحديث فيه مع إدخال بعض المعانى الأخرى القريبة من هذا فيقول : « فلهذا المعنى بعينه وضعت العمليات على وجه لا تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها ، أو إلى تعطيل عاداته التى يقام بها صلاح دنياه ، ويتوسع بسببها فى نيل حظوظه» (2).

وهكذا يسير الشاطبى فى الموافقات تصحبه العادة من أن لآخر منوهاً ومشيداً ومعللاً بها بعض الأحكام .
وحسبك أن يدافع عن بعض ضروب الهوى - وهو أى

(1) نفس المصدر ج 1 ص 222 .

(2) المصدر السابق ج 2 ص 65 .

الهوى وأتباعه - أقسى ما طعنَ به على العرف، يقول الشاطبي :
« الهوى ليس بمذموم إلا إذا خالف الشريعة » ومن ثم فإن
« الأعمال التي يكون الحامل عليها مجرد الهوى والشهوة
- من غير التفات إلى خطاب الشرع فيها، كالأكل والشرب
والنوم وأشباهها والعقود المنعقدة بالهوى - ولكنها وافقت
الأمر أو الإذن الشرعى بحكم الاتفاق لا بالقصد إلى ذلك
فهى أعمال : مقرة شرعا لموافقتها للأمر أو الإذن . . . » .

وما دام أنه ليس بالإمكان الإتيان بكل ما ذكره الإمام
الشاطبي فى العادة مع عدم اللزوم له فإننى أكتفى إضافة لما
تقدم بأن أقول : إن هذا الإمام قال بوجود اعتبار العرف
والعادة « العوائد الجارية : ضرورة الاعتبار » ويكفى أن
يحيل على العرف والعادة لمعرفة المصلحة ، وأن يجعلها
مساعدة للشريعة فى معرفة بعض الأشياء « والتوسط يعرف
بالشرع وقد يعرف بالعوائد » .

ومعلوم أن الشاطبي ليس هو الوحيد من المالكية الذين
قالوا بتحكيم العرف، وهذا أمر معروف لدى الجميع وإنما

خصصناه بالحديث لأنه أكثر من ذكر العادة كما قلت لأبرهن أن العادة لا تختلف عن العرف .

وما دام الأمر كذلك فإنني أختم الكلام في هذا الشأن بأن ألفت النظر إلى أن من المالكية من حاول التماس المبرر للعمل بالعرف عند جميع الأئمة لا لخصوص المالكية ولعل هذا ما يفهم من قوله : « إن قاعدة الفقهاء وعوائد الفضلاء أنهم إذا ظفروا للنوع بمدرك مناسب وفقدوا غيره ، جعلوه معتمداً لذلك النوع في حق الإمام المجتهد الأول الذي أفتى بذلك الفرع ، وفي حقهم أيضاً في القياس والتخريج ، واستقراء أحوال الفقهاء في مسلك النظر وتحرير الفروع يقتضى الجزم بذلك . فكذاك يجب هنا .

ونحن إذا استقرينا هذه المسائل فلم نجد لها مدركاً مناسباً إلا العوائد فوجب جعلها : مدرك الأئمة إفتاءً وتخريجاً ، والعدول عن ذلك بعد ذلك إنما هو التزام للجهالة . . . »⁽¹⁾ .

(1) انظر الفرق الثاني من فروق القرافي المسألة الثالثة .

ومما قاله في هذا المعنى: « . . . وقد وقعت هذه المسألة بين الصحابة وبين التابعين رضى الله عنهم ، ولم نجد أحداً في كتب الفقه والخلاف روى عن أحد منهم أنه روى في ذلك حديثاً ، فلم يبق إلا العوائد»⁽¹⁾.

وحسبك أن يصف القرافي كل من لم يحكم بالعادة الحاضرة بالمعصية والإثم بقوله « فهذه قاعدة لا بد من ملاحظتها - وبالإحاطة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين ، فإنهم يجرون المسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأعصار في سائر الأعصار ، وذلك خلاف الإجماع وهم عصاة آثمون عند الله تعالى » أنظر الفرق الثاني من فروق القرافي . . .

(1) المصدر السابق .

شروط العرف

ذكرنا من الأدلة الشرعية ما يكفي دلالة على حجية العرف، ثم أتبعناها بطائفة من أقوال الصحابة والتابعين والمجتهدين من علماء الشريعة وعملهم به، والآن يبرز سؤال مهم جداً هو: هل كل ما يتعارفه الناس تشمله الأدلة السابق ذكرها؟ أو قل: هل جميع الأعراف تقرها الشريعة وبالتالي يجب احترامها والعمل بها؟. الجواب يحتاج إلى تفصيل يتضح في الآتي:

قلنا في التمهيد: إن الشريعة الإسلامية تفادت ما وقع فيه غيرها من الأنظمة والقوانين الأخرى من القصور أو التقصير تجاه الأعراف، حيث لم تشترط في العرف ما اشترطته الشريعة الإسلامية فيه، وإنما اكتفت ببعض الشروط ومنها عدم مخالفة العرف للنظام العام أو روح القانون.

أما في الشريعة الإسلامية فقد استنبط الفقهاء من مجموع النصوص شروطاً للعمل بالعرف إذا توافرت فيه ؛ تحقق نفعة وانتفى ضرره وأصبح واجب التطبيق وهذا هو المقصود والمراد في جميع الأدلة المتقدم ذكرها .

أما إذا فقد العرف أحد هذه الشروط فإنه بذلك يكون عرفاً فاسداً ومن ثم لا تنسحب عليه الأدلة المذكورة وهو بالتالي واجب الترك . أما الشروط المطلوبة فهي :

1 - يجب أن يكون العرف مطرداً أو غالباً⁽¹⁾، بمعنى أنه يكون دائماً أو غالب التطبيق فيما تعورف فيه ، ذلك « لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه ، فإن تركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة»⁽²⁾ . ومن ثم فإن لمن يريد الخروج على العرف من

(1) أنظر في هذا البهجة للتسولي ج 2 ص 247، نظرية العرف للدكتور/ عبد العزيز الخياط ص 52 والأشباه والنظائر لكل من السيوطي وابن نجيم .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 875 .

أحد المتعاقدين أن يدفع بعدم إطراد العرف، وربما قال: إن العرف في هذا غير دائم التطبيق، وهو إنما دخل على عدم تطبيقه، وهذا من الناحية العملية أو الواقعية: محتمل، لأنه ليس هناك ما يستدل به على عكس ما يدعى على وجه الجزم.

وتفادياً لهذا اشترط الفقهاء: إطراد العمل بالعرف المراد تحكيمه أو غلبته على الأقل. قال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة: إذا أطردت أو غلبت»⁽¹⁾. وهو ما يفيد كلام السيوطي⁽²⁾ والرملي⁽³⁾.

وقال عز الدين بن عبد السلام: «واختلف في وجوب الخبر على الناسخ، والخيط على الخياط لا اضطراب العرف فيه»⁽⁴⁾. وقد حرص هذا الإمام على ترديد الإطراد في

(1) ابن نجيم في الأشباه.

(2) الأشباه للسيوطي ص 92.

(3) نهاية المحتاج ج 5 ص 296.

(4) انظر في هذا قواعد الأحكام ج 2 ص 109.

العرف والعادة ، مما يمكن القول معه بأنه يشترطه قال في جواز التقاط كل مال حقير : « . . . فإنه يجوز تملكه والاتفاق به لإطراد العادات ببذله » (1).

وقال في شأن وقت التدريس فإنه «محمول على البكور لإطراد العرف بذلك» (2).

وقال ابن القيم في الأيمان اللازمة : « . . . ومن لم يعلم مقتضى ذلك ولم يقصده ، ولم يقيده العرف الغالب الجارى ، لزمه فيها كفارة ثلاثة أيمان » ، ثم نقل عن الباجي قوله : « . . . ومن شيوخ عصرنا من كان يفتى فيها بالطلاق الثلاث بناء على أنه العرف المستمر الجارى » (3).

وبهذا يتضح أن العرف إذا لم يكن مطرداً أو غالب التطبيق فإنه لا يجوز الاحتكام إليه ، وبالتالي لا يصلح مستنداً للأحكام .

2 - أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف ، قولاً

(1)، (2) المصدر السابق .

(3) أعلام الموقعين ج 3 ص 79 .

كان ذلك التصرف أو فعلاً .

هذا الشرط ضروري جداً لأنه يمنع من تطبيق غير الأعراف المعاصرة والمتعامل بها وقت التصرف، ولولا هذا الشرط لجاز تطبيق أعراف منقرضة قبل التصرف أو حادثة بعده ، وفي كلتا الحالتين صرف لإرادة المتصرف عن حقيقة قصده ، الأمر الذي يتضمن تعييناً للإرادة وهو ما ينافي الرضا المطلوب شرعاً لجواز أي تصرف .

قال القرافي : « القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه ، . . . أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق ، فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة ، ونظيره إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود: لا عبرة به في هذا البيع المتقدم وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد: لا تعتبر، وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها (1)» .

(1) تنقيح الفصول ص 94 المطبعة الخيرية .

وقال السيوطي : « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو : المقارن السابق دون المتأخر »⁽¹⁾، ثم نقل عن الرافعي ما يشبه أن يكون تعليلاً لذلك فقال : « قال الرافعي : العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيها فيما يروج في النفقة غالباً ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومته فيها »⁽²⁾ . وفي أشباه ابن نجيم : ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارىء .

ومن نتائج هذا الشرط أنه إذا « تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً في المبيع أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع أو تقسيط أجره العقارات ، . . . إلى غير ذلك من الشؤون فإن العرف الحادث لا يسرى على التصرفات السابقة ، ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها ، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله »⁽³⁾ . كما يقول الأستاذ الزرقا .

ومما يمكن أن يذكر في هذا المجال : ما لاحظته الدكتور

(1) ، (2) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص 96 مطبعة الحلبي 1959 م .

(3) المدخل الفهمي العام ج 2 ص 878 وما بعدها .

عبد العزيز الخياط فيما يخص تخفيض قيمة العملة الذي تجريه بعض الدول من وقت لآخر ، والذي وقع بسببه خلاف بين التجار والاقتصاديين لما يجره من الضرر على بعضهم⁽¹⁾.

يرى الدكتور الخياط أنه مثلاً « لو كان لإنسان على آخر دين بمبلغ ألف دينار ثم خفضت العملة بواقع عشرة في المائة ، فمراعاة للعرف المقارن لوقت الاستدانة فإنه يجب على المدين أن يدفع للدائن : ألف وتسعين ديناراً تقريباً ، حتى لا يتضرر الدائن من هذا التخفيض ». فلوروعى هذا الشرط لم يحصل ما يحصل الآن من الأضرار والخلافات .

3 - أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه⁽²⁾.

فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف لا يتفق مع العرف فإنه يجوز لهما ذلك وعندئذ لا يُحْكَمُ العرف هنا ، وذلك لأن تحكيم العرف في النوازل إنما يصار إليه بافتراض أن

(1) نظرية العرف ص 56 وقد نقلنا عنه بتصرف .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 879 .

المتصرفين : عالمان وراضيان به ، وهذا « منه قبيل الدلالة فإذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة ، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه : لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح »⁽²⁾ .

وبالإضافة لما تقدم فإن العرف مهما بلغت قوته فإنه لا يقوى على أن يقف حجر عثرة في سبيل حرية المتعاقدين ، فإذا رأى الطرفان أن الأصلح لهما : تجاوز العرف فلها أن يتفقا على خلافه .

وكمثل على ذلك فإذا فرض أن أجر العامل : خمسة دنانير في اليوم والعرف أو القانون يحدد مدة العمل بسبع ساعات . فإذا رغب صاحب العمل في إنجاز عمله في مدة أقل - كأن يخشى إتلاف زرعه مثلاً - فاتفق مع أحد العمال أو مجموعة منهم على أن يدفع لكل عامل : ثماني ديناراً مثلاً على أن تزيد مدة العمل عما عليه الناس ،

(1) المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية . وانظر البهجة للتسولي ج 2 ص 66 .

فهذا اتفاق على خلاف العرف من حيث كمية العمل في اليوم ، وهو جائز شرعاً لتوافر الرضى وسلامة الإرادتين عند التعاقد، ولو أخضعنا المتعاقدين للعرف لكان في ذلك مصادرة على حرية المتعاقدين . ولا يقدر في هذا قول بعضهم : « لا يخرج عن العرف إلا الشاذ»⁽¹⁾. لأن ذلك قد يراد به : الخروج عن العرف من طرف واحد ، ولا ما أفقاه به ابن رشد كما سيأتى عنه .

4 - ألا يكون في العمل بالعرف : تعطيل لنص شرعى ثابت⁽²⁾ .

لعل هذا الشرط هو أهم شروط العرف وهو في الوقت نفسه أقل ما يتطلبه أى تشريع يراد له البقاء . ذلك لأنه لو سمح بنشوء أعراف تخالف نصوص التشريع من كل وجه فهذا يعنى أنه لا معنى لهذا التشريع .

(1) انظر حاشية ابن رجال على ميارة شارح العاصمية ج 1 ص 175 .

(2) ، (3) ، (4) مصطفى الزرقا : المدخول الفقهي العام ج 2 ص 880 ، 898 وما بعدها .

ورغم ذلك فقد استطاع فقهاء الشريعة الاسلامية
- بثاقب فكرهم وغازاة فقههم - أن يلائموا بين بعض
النصوص وبين الأعراف التي تخالفها في بعض مشتملاتها ،
ويتضح هذا في الآتي :

أدرك الفقهاء أن النص الذي يخالفه العرف لا يخلو ،
إما أن يكون نصاً خاصاً في عين المسألة التي جرى فيها
العرف بالمخالفة ، وإما أن يكون نصاً عاماً يتناول ما جرى
فيه العرف وغيره .

وكذلك عرّف الفقهاء أيضاً أن العرف إما أن يكون
عاماً أو خاصاً ، وقولياً أو عملياً ، وفي كل إما أن يكون
العرف مقارناً للنص - وأخرى أن يكون سابقاً له - أو حادثاً
بعده . وواضح أنه لا مجال لإعمال العرف الحادث في
مقابلة النص فاستبعدوه بجميع صورته وأنواعه إلا في حالة
واحدة وهي : « ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن
الشارع مبنياً على عرف قائم أو معللاً به ، فإن النص
عندئذ يكون عرفياً ، فيدور حكمه مع العرف ويتبدل
بتبدله » . عند بعض الفقهاء وإن كانوا قلة .

وأشهر من قال بهذا: الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رضى الله عنهما ، الذى كان يقول فى مقياس الأموال الربوية : « إن النص فى مقياس تلك الأصناف الستة مغلل بالعرف . فإنما ورد النص بلزوم التساوى فيها كيلاً أو وزناً لأن هذا مقياسها فى عهد النبى ﷺ ، فلو كان العرف فيها على مقياس آخر : لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس »⁽¹⁾ .

وقال المرغينانى فى الهداية فى هذا المعنى : « . . . ، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة ، وعن أبى يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً ، لأن النص على ذلك لمكان العادة ، فكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت » .

ويؤيد هذا ما نقله ابن المرتضى فى البحر الزخار عن بعض كبار الأئمة من آل البيت حاكياً عنهم بقوله : « والاعتبار بعادة البلدان فى المكيل والموزون ، إذ ورد

(1) أنظر الهداية وشرحها للمرغينانى ج 3 ص 62 مطبعة الحلبي .

تحريم التفاضل فيها مطلقاً فليعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن ، كاعتبار نقد البلد في الأثمان والرطل والمن»⁽¹⁾ .

ويبدو أن ابن المرتضى يميل إلى هذا القول ، بدليل أنه بعد أن أتى ببعض الأقوال التي تمسك أصحابها بالنص قال : « قلت الخبر لا يقتضى بظاهرة ما ذكره ، ولعله عليه السلام أراد أنه يرجع إليها عند اللبس ، فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما : رجع إلى قفيز المدينة ورطل مكة إذ هما منشأ ذلك ، فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر»⁽²⁾ .

أما إذا تعارض العرف مع نص شرعى عام - يكون ما تناوله العرف بعض مشتملات ذلك النص - فله أحوال نبينها على النحو الآتى :

إذا كان العرف عرفاً قولياً عاماً موجوداً عند صدور النص - ولم يبلغ ذلك العرف من قبل الشارع - فإن هذا

(1) ، (2) أنظر ج 2 ص 335 .

العرف يجب اعتباره بدون خلاف نعلمه ، فيقيد مطلق النص ويخصص عامه ويبين إجماله . ومثاله تخصيص مالك للآية الكريمة التي نظمت إرضاع الأم لولدها ، فإن الإمام مالكا قال : إن المرأة الشريفة لا يجب عليها ذلك .

غير أن هذا كله مشروط بعدم ورود نص آخر يخصه ، ولا يوجد من القرائن ما يأبى ذلك⁽¹⁾ .

أما إذا كان العرف عرفاً عملياً - مع توافر الشروط والمحترزات السابق ذكرها - فإنه يعتبر عند الحنفية ، والمالكية باستثناء الإمام القرافي على ما ذهب إليه البعض .

ونلاحظ أن القرافي قد تبعه بعض المتأخرين من المالكية ، ومنهم خليل بن اسحاق صاحب المختصر .

هل بقي شيء من شروط العرف؟

اقتصر أكثر الذين كتبوا في تاريخ التشريع وأصوله من المتأخرين على ذكر أربعة شروط للعرف ، وهناك من أضاف

(1) الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 894 .

شرطاً أو شرطين . ولعل أهم هؤلاء الشيخ أبو سنة الذي أضاف شرطين آخرين ، هما : كون العرف ملزماً ، وكونه عاماً .

واستدل على ذلك بقولين أحدهما للخمى ونقله عن تبصرة بن فرحون في هدية الثواب ونصه - كما نقله الشيخ - «قال اللخمى : الشأن فيما يهديه الصديق أو الجار في العرس والولائم : الثواب ، إلا أنهم يختلفون في القيام ، فإن ثبت أن مثله يطلب الثواب فله ذلك ولورثته»⁽¹⁾ . كما ذكر مثلاً آخر عن ابن نجيم .

والذى أراه أن هذين الشرطين - وإن كانا يلزمان عند البعض وربما في بعض الصور - إلا أنها ليسا كذلك بإطلاق ، أعنى أن هذين الشرطين لم يقل بهما جمهور الفقهاء ، وإن كانا لا تأباهما قواعد الشريعة العامة كما يقول الشيخ أبو سنة ، ولكن من الناحية الواقعية فإن هذين

(1) أنظر العرف والعادة في رأى الفقهاء للشيخ أبى سنة ص 66 ، 67 في كل ما نقلناه ونقله في موضوع الشرطين الخامس والسادس .

الشرطين لم أعثر على من قال بهما باستثناء الشيخه أبي سنة .

فمثلا شرط اللزوم لم يقل به أحد ، وهذا ما صرح به الشيخ أبو سنة نفسه بقوله : « لم أظفر في كتب الفقه بنص يصرح به » ومن هنا حاول ضبطه على وجه التقريب « في العرف الذي ضمن الحق على وجه الإلزام » .

وإذا كان الشيخ قد أتى بقول واحد دلل به على وجهة نظره فهناك أقوال كثيرة تعارضه ، ومن ذلك ما جاء في المغني لابن قدامة في شأن هدية الثواب ونصه : « والهدية المطلقة لا تقتضى الثواب ، سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في الهبة لمثله أو دونه كقولنا ، فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان للشافعي »⁽¹⁾ .

ليس هذا فحسب بل جاء في الإقناع وشرحه « إن الهدية

(1) أنظر المغني لابن قدامة ج 6 ص 66 .

لا تقتضى عوضاً ولو مع عرف»⁽¹⁾.

أما شرط العموم فكما قال الشيخ أبو سنة بالنسبة للمالكية على الأقل «على كثرة استعمالهم للعرف لم أقف لهم على اشتراط العموم فيه ، ومعلوم مما تقدم اعتبارهم لعرف أهل المدينة الخاص»⁽²⁾.

على أن أقصى ما يمكن قوله في شرط العموم بالنسبة للعرف عند كل الفقهاء هو ما إذا كان المراد من العرف: تخصيص أو تقييد النصوص الشرعية عند من يقولون بالتخصيص به ، أى أن القائلين بالتخصيص بالعرف يمكن أن تصور منهم اشتراط العموم فيه ، وهذا لا إشكال فيه ، لأن العرف المؤثر في النصوص الشرعية هو عام بطبيعته ، حيث إنه يفترض أن يكون موجوداً زمن التشريع ، أما الأعراف في غير هذا المعنى - الذى هو

(1) أنظر كشاف القناع للبهوتي ج 4 ص 300.

(2) أنظر العرف والعادة للشيخ أبو سنة عند حديثه عن الشرطين الخامس والسادس.

تخصيص النصوص وتقييدها - فإنه لا يشترط فيه العموم وهو على كل حال مختلف فيه ، وسيأتى الحديث عنه بتفصيل أكثر عند البحث في تعارض العرف العام مع العرف الخاص .

وقضية تعارض العرف الخاص مع العرف العام تجرنا إلى الحديث عما يتعارض معه العرف بصفة عامة ، ومن ذلك تعارضه مع اللغة ومع العرف الشرعى ومع الأصل وكذلك تعارض الأعراف الجديدة مع الأعراف القديمة وهذه الأمور هي التي ننتقل بالحديث إليها ونوالى عرضه على النحو الآتى .

تعارض العرف مع غيره

قد يتعارض العرف مع اللغة ومع عرف الشرع ومع الأصل، كما قد يحصل التعارض داخل العرف نفسه، وذلك بأن يتعارض العرف العام مع العرف الخاص، والعرف الجديد مع العرف القديم. وسنوجز الحديث في هذا الموضوع على النحو الآتي :

تعارض العرف مع اللغة :

ذهب كثير من الفقهاء إلى تقديم العرف على الوضع اللغوي عند التعارض ومن هؤلاء: الغزالي والقرافي وابن عبد السلام والبعغوي وابن عابدين وغيرهم.

قال السيوطي في الأشباه : « والإمام والغزالي يريان : اعتبار العرف » وذكر أن صاحب الكافي نقل وجهين في هذه المسألة « أحدهما وإليه ذهب القاضي الحسين : الحقيقة

اللفظية ، عملاً بالوضع اللغوي . والثاني وعليه البغوي :
الدلالة العرفية ، لأن العرف يُحْكَم في التصرفات ، سيما في
الأيان » (1)

وقال القرافي : « . . . وبالجمله ، دلالة العرف
مقدمة على دلالة اللغة ، لأن العرف ناسخ للغة ،
والناسخ يقدم على المنسوخ » (2) .

ونسب السيوطى إلى الشيخ أبى زيد قوله : لا أدرى
على ماذا بنى الشافعى الأيمان إن اتبع اللغة (3) .

وعن ابن عابدين أنه « إذا تعارض الوضع الأصيل
والوضع العرفى ترجح الوضع العرفى » (4) وأفرد ابن عبد
السلام قاعدة فى بناء الأحكام على العرف إذا لم يضطرب ،
وإلا رجع إلى اللغة (5) . وفى كشف القناع ما يفيد تقديم

(1) الأشباه للسيوطى ص 94 .

(2) تنقيح الفصول للقرافى ص 94 .

(3) الأشباه للسيوطى ص 95 .

(4) رفع الانتقاض لابن عابدين ج 1 ص 304 .

(5) قواعد الأحكام ج 1 ص 300 .

العرف على اللغة « وإن كان الذى اعتادوه مخالفاً لحقائقها الأصلية اللغوية»⁽¹⁾.

وقال ابن الشاط « . . . ففى الفتوى المعتبر : النية فإن لم تكن فالوقتى ، فإن لم يكن فالشرعى ، فإن لم يكن فاللغوى العرفى ، فإن لم يكن فاللغوى الأصلى . فإن اجتمع فى اللفظ الأصلى والعرفى والشرعى والوقتى ، فالمعتبر : الوقتى . وفى الحكم لا تعتبر النية ويعتبر ما عداها . . .»⁽²⁾.

تعارض العرف العادى مع العرف الشرعى :

اختلفت الأئمة فى تقديم العرف الشرعى على العرف العادى ، وظهر ذلك واضحاً فى الأيمان ، فلقد نقل عن الشافعى أنها تحمل على الحقيقة اللغوية وعند مالك :

(1) كشف القناع للبهوتى ج 6 ص 304 .

(2) ابن الشاط إدرار الشروق على أنواع الفروق أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى .

المعتبر الاستعمال القرآني ، وعند أحمد تحمل الأيمان على النية⁽¹⁾ .

أما الأحناف فإن القاعدة عندهم أن : الأيمان مبنية على العرف⁽²⁾ . ولهذا فإنهم يقولون في من حلف لا يدخل بيتاً ودخل مسجداً : لا يحث بناء على هذه القاعدة⁽³⁾ .

على أن هذه القاعدة لم يلتزموا بها بإطلاق، بل صرح ابن نجيم بأن هناك استثناء على هذه القاعدة⁽⁴⁾ ، ويبدو أن الإمام القرافي أقرب إلى أتباع هذه القاعدة وربما دل على هذا قوله : « القاعدة : كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه »⁽⁵⁾ ومن ذلك أيضاً قوله : « . . . إن لفظ الشرع يحمل على عرفه ، فإن تعذر : حُكِّمَتْ فيه العوائد »⁽⁶⁾ .

وقال السيوطي إن تعارض العرف العادي مع العرف

(1) (2) أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 5 ص 96 .

(3) المصدر السابق .

(4) ابن نجيم : الاشباه ص 96 .

(5) أنظر الفرق الثالث من فروق القرافي .

(6) أنظر الفرق 192 من فروق القرافي .

الشرعى له صورتان : « إحداهما أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحماً : لم يحنث بالسّمك ، وإن سماه الله لحماً . والثانى أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال . فلو حلف لا يصلى لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود... »⁽¹⁾.

ولعل ما ذهب إليه السيوطى هو الأقرب إلى الصواب ، لما فيه من التوفيق بين العرف والشرع ولو من الناحية الأدبية .

تعارض العرف العام مع العرف الخاص :

تعارض العرف العام مع العرف الخاص من المسائل التى لم يعالجها الفقهاء كما ينبغى ، إذ كثيراً ما كانوا يعبرون بمطلق العرف ، وقليلاً ما يتعرضون للفرق بينهما والمهم الآن هو معرفة متى يقدم العرف العام على العرف الخاص ، على أن العرف العام ذاته قد يقول قائل : إنه ينبغى أن ينقسم

(1) الأشباه للسيوطى ص 93 .

إلى قسمين ، قسم عام بالنظر إلى العالم الإسلامي كله ،
وقسم آخر عام بالنسبة إلى إقليم أو دولة .

وربما أجيب على هذا السؤال بأن هذا التقسيم لا لزوم
له ، حيث يمكن أن ينظر إلى الأعراف نظرة نسبية ، وذلك
بأن يجعل العرف الأكثر انتشاراً عاماً بالنسبة لما هو أقل منه
انتشاراً . هذا فضلاً عن أن في اقتصار الفقهاء على هذا
التقسيم ما يشعر بالحفاظ على الوحدة الإسلامية ،
وللإجابة على السؤال المتقدم نقول :

أما عند الشافعية فيبدو أنهم لم يتفقوا على رأى في هذا
الموضوع ، إلا أن القول بتقديم العرف العام يبدو أكثر
وضوحاً ، قال ابن حجر في المنهاج « . . . حلف لا يأكل
رأساً - ولا نية له - حنث برؤوس تباع وحدها ، وافق
عرف بلد الحالف أو لا »⁽¹⁾ . وهذا ما مشى عليه أغلب
شراح المنهاج كصاحب التحفة ونهاية المحتاج .

على أن هناك من الشافعية من يقول بغير هذا . أنظر

(1) أنظر تحفة المحتاج ج 10 ص 34 .

حاشية الرشيدي على النهاية⁽¹⁾، وإضافة إلى ما ذهب إليه الرشيدي هناك قاعدة للشافعية إذا روعيت على ظاهرها ربما صح القول بعدم وجود عرف خاص أصلاً عند الشافعية، ونعني بذلك قولهم: «العرف إذا ثبت في موضع: عم⁽²⁾. وورد في معنى المحتاج تقديم العرف الخاص، وهذا ما يفيد قوله: «والحاصل أنه يعتبر في كل ناحية عرفها، وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم»⁽³⁾.

ولقد حاول السيوطي أن يجعل ضابطاً يعرف به متى يقدم العرف العام على العرف الخاص قال فيه: «والضابط: أنه إذا كان المخصوص محصوراً: لم يؤثر كما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، ردت إلى الغالب في الأصح، وقيل: تعتبر عاداتها. وإن كان غير محصور: اعتبر، كما لو جرت عادة

(1) نهاية المحتاج ج 8 ص 197.

(2) المصدر السابق.

(3) معنى المحتاج ج 2 ص 405.

قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً فهل يُنزل ذلك منزلة العرف العام في العكس؟ وجهان الأصح: نعم.

وفي المذهب الحنفى لا يكاد يختلف القول فيه عن المذهب الشافعى من عدم الاتفاق على أى العرفين أولى بالتقديم، ففي الوقت الذى يذهب فيه أغلب الأحناف إلى أن العرف الخاص لا يقيد به النص، ولا يترك به القياس. نجد مشايخ بلخ وبخارى وسمرقند وأبا الليث وأبا على النسفى - وربما وافقهم كثيرون - يقولون بتقديم العرف الخاص على النص والقياس، فعلى هذا يكون تقديمهم للعرف الخاص على العرف العام من باب أولى.

على أن ابن نجيم كاد أن يحسم هذا الخلاف بقوله في الأشباه، « لو باع التاجر فى السوق شيئاً بثمن - ولم يصرحاً بحلول ولا تأجيل - وكان المتعارف بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرًا معلومًا: انصرف إليه بلا بيان»⁽¹⁾.

غير أن هذا النص يكتنفه شيء من الغموض بالنسبة

(1) أنظر نشر العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين ج 2 ص 133.

للتاجر الذى باع شيئاً من السوق - لأننا لا نعلم بالضبط هوية هذا التاجر ، هل هو من أهل ذلك السوق أم من غير أهله - إذ لو تيقنا أنه من غير أهل السوق لجزمنا بتقديم ابن نجيم للعرف الخاص على العرف العام ، ولكن نظراً لعدم هذا الوضوح بقيت المسألة على حالها .

غير أن ابن عابدين - على ما يبدو - فهم من هذا أن التاجر من خارج أهل السوق، وبالتالي اعتبر هذا النص قاطعاً في تقديم العرف الخاص على العرف العام وهذا ما يفهم من قوله الذى ذكره في نهاية النص المنقول عن الأشباه لابن نجيم « ولا شك أن هذا لم يتعارف في كثير من البلاد، فاعتبر فيه عرف أهل ذلك السوق الخاص، مع أن المنصوص عليه في كتب المذهب : حلول الثمن ما لم يشترط تأجيله »⁽¹⁾ .

على أنه لا يفوتنى أن أذكر أن ابن عابدين قال ، « يعمل بالعرف سواء كان خاصاً أو عاماً ، إلا أن العرف العام

(1) نفس المصدر السابق .

يثبت به الحكم العام ، والعرف الخاص يثبت به العرف الخاص»⁽¹⁾ .

وأما المذهب المالكي - ومثله الحنبلي - فإنها قريبان من سابقيهما فالملكية في أغلب أحوالهم يستدلون بالعرف أو يحيلون عليه دون أن « يصرحوا بالتمييز بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً »⁽²⁾ غير أن هذا لا يعنى أن فقهاء الملكية لم يلاحظوا العرف العام ، إذ قد نجد مراعاة له فيمن اشترى أرضية فوجدها عجفاء بحيث لا تجزى أرضية ، فلقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا عيب ، وما ذلك إلا مراعاة للعرف العام⁽³⁾ .

كذلك فإننا نجد نصاً للقرافي جمع فيه بين العادة العامة وعادة البلد إلا أنه لم يخل هو أيضاً من بعض الغموض . قال القرافي : « . . . وما ليس فيه معيار شرعى اعتبرت فيه العادة العامة هل يكال أو يوزن ، فإن اختلفت

(1) المصدر السابق ج 2 ص 132 .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ج 2 ص 898 .

(3) انظر البهجة للتسولي ج 2 ص 103 .

العوائد ؛ فعادة البلاد، فإن جرت بالوجهين ؛ خير فيهما .
ووافقنا أبو حنيفة «(1).

وأقل ما يفيد هذا النص أن العادة العامة إن وجدت
تقدم على العادة الخاصة، ولو في هذه القضية على الأقل .
وقول القرافي هذا له وزنه ، وذلك لما يفهم منه من أن هذا
القول لعموم المالكية ، وهذا ما يستفاد من قوله :
« ووافقنا » معبراً بضمير الجمع ، إذ يستبعد أن يكون هنا
معظماً نفسه ، وأيضاً تزداد أهمية هذا القول بموافقة أبي
حنيفة للمالكية كما يفهم من قول القرافي .

وبهذا يمكن القول إن في تقديم العرف العام على العرف
الخاص : قولان ، وهذا ما يفيد قول القرافي في التنقيح
والذى نصه : « . . . وليس منه قول العلماء العرف
الخاص هل يقدم على العرف العام ؟ : قولان »(2).

(1) أنظر الفرق الثاني والتسعين بعد المائة من فروق القرافي .

(2) القرافي تنقيح الفصول ص 95 ط 1306 هـ مصر .

تعارض العرف مع الأصل :

يرى كثير من الفقهاء تقديم العرف على الأصل . قال ابن تيمية في خلوة الرجل بزوجه : « قال القاضي : لأنها إذا كذبت فالظاهر خلاف ما يدعيه لأن العادة أنه لا يخفى عليه ذلك . فقدم أصحابنا العادة على الأصل ، وكذلك في دعوى النفقة فإن العادة هناك أقوى »⁽¹⁾ .

وفي حاشية البناني على الزرقاني « . . . فيؤخذ منه أنه إن تعارض الأصل والعرف فالمدعى : من تجردت دعواه عن العرف ، وإن وافقت الأصل »⁽²⁾ . وكذلك الغالب إذا اعتبرنا الغالب بمعنى العرف كما ذهب إليه التسولي في البهجة⁽³⁾ . حيث عمم تقديم الغالب على الأصل إلا في دعوى الدين .

وكذلك قال القرافي بتقديم الغالب على الأصل ، إلا

(1) ابن تيمية : نظرية العقد ص 139 .

(2) أنظر حاشية البناني على شرح الزرقاني للمختصر ج 7 ص 135 .

(3) أنظر البهجة للتسولي ج 1 ص 227 .

أنه استثنى من ذلك مسائل ربما بلغ أو تجاوز بها عشرين مسأله⁽¹⁾.

أما الشافعية فإنهم لم يقدموا الظاهر بإطلاق ، كما لم يقدموا الأصل بإطلاق ، ولكنهم أقل ميلاً إلى تقديم العرف على الأصل وهذا ما يبدو من بحثهم كل قضية بمفردها ، والتماس مرجع التقديم لأيٍ منها الظاهر أو الأصل أنظر في هذا الأشباه للسيوطي ص 64 وما بعدها .

وأخيراً نلاحظ أن الإمام عز الدين بن عبد السلام عقد فصلاً كاملاً في : «الحمل على الغالب والأغلب» أنظره في الجزء الثاني من قواعد الأحكام ص 117 وما بعدها .

تعارض العرف الجديد مع العرف القديم :

يتضح من أقوال الفقهاء أن هناك شبه إجماع على تقديم العرف الجديد متى استكمل شرائطه ، ولم يخالف في هذا إلا بعض الشافعية أكثرهم من المتأخرين على ما يبدو .

(1) أنظر الفرق 239 من فروق القرافي .

جاء في إعانة الطالبين نقلاً عن فتح المعين « ولو أطرده عرف بلد بتفضيل بعض الحرف الدنيئة التي نصوا عليها : لم يعتبر ، . . . وحاصل ذلك أن ما نص عليه الفقهاء من رفع أو دناءة في الخصال : معول عليه ، وما لم ينص الفقهاء عليه يرجع فيه إلى عرف البلد »⁽¹⁾ .

وفي نهاية المحتاج « . . . ، العرف الطارىء : لا يعمل به إذا خالف عرفاً سابقاً ، فقول الشيخ في شرح منهجه : وظاهر أنه لو جرت عادة اتبعت يتعين حملها على ما ليس للأصحاب فيه نص . . . »⁽²⁾ .

هذا في الوقت الذي نجد القرافي ينقل الإجماع على وجوب مراعاة العادات الجديدة ، قال - وكأنه يرد على الشافعية - « وإياك أن تقول إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث لأن مالكا - رحمه الله - قاله ، أو لأنه : مسطور في كتب الفقه لأن ذلك غلط »⁽³⁾ .

(1) السيد البكرى : إعانة الطالبين ج 10 ص 238 .

(2) الرملى : نهاية المحتاج ج 5 ص 257 .

(3) أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى ج 1 ص 44 .

وقال أيضاً : « . . . » ، وتحرم الفتوى بغير العادة الحاضرة ، . . . ومن أفتى بغير ذلك كان خارقاً للإجماع ، فإن الفتيا بغير مستند : مجمع على تحريمها ، . . . متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين ، وحرمت الفتيا بالأول»⁽¹⁾ ، وفي البهجة « الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس »⁽²⁾ .

وفي حسام العدل والإنصاف عن الضياء اللامع : ومتى انتقل العرف : تبعه الحكم وحكى المقرئ على ذلك الإجماع⁽³⁾ .

وفي كشاف القناع « ولا يجوز أن يفتى فيما يتعلق باللفظ كالطلاق ، والعتاق والأيمان والأقارير بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها ،

(1) المصدر السابق .

(2) التسولى : البهجة على العاصمية ج 2 ص 61 .

(3) الشنقيطى : حسام العدل والإنصاف مخطوط بدار الكتب القومية بتونس تحت رقم 6054 ورقة رقم 4 .

بل يحملها على ما اعتادوه وعرفوه ، وإن كان الذي اعتادوه مخالفًا لحقائقها اللغوية»⁽¹⁾ .

وقال ابن عابدين : « . . . قالوا في شروط الاجتهاد : إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله»⁽²⁾ . إلى أن قال : « ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»⁽³⁾ .

وبهذا ينتهى الكلام على حجية العرف، ومنه نتقل لعرض أثر هذه الحجية وما نتج عنها في مختلف فروع الفقه .

(1) البهوتي : كشف القناع ج6 ص 304 .

(2) ، (3) ابن عابدين : نشر العرف مجموع رسائل ابن عابدين ج 2 ص

الفصل الثالث

أثر العرف في التشريع الإسلامي

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

ملاحظات عامه

تحدثنا في الفصل الأول من هذا البحث عن العرف من حيث نشوءه ، وشروطه وتعريفه ، وأقسامه ، كما تحدثنا في الفصل الثاني عن حجيته ، وأتينا بالأدلة التي رآها البعض دليلاً على هذه الحجية ، ونواصل الحديث في هذا الفصل عن أثره في التشريع الإسلامي ، وسيكون عرضنا لهذا الأثر على النحو الآتي :

1 - العرف من خلال أقوال الفقهاء ، ونسوقه على شكل مقولات أو قواعد كما وردت على ألسنتهم ، وقد انتقيناها من كلامهم أثناء استدلالهم بالعرف ، أو الحديث عنه ، وهي تقطع باهتمام الفقهاء بالعرف ، وتعويلهم عليه ، ورغم أن هذه القواعد هي أقرب إلى الحجية فإننا أتينا بها هنا لتكون توطئة للحديث عما بنى على العرف من الأحكام .

2- ذكر نصوص لبعض الفقهاء تناولوا فيها كثيراً من القضايا التي رجعوا فيها إلى العرف، وذكرها أصحابها على وجه الإجمال، وتعمدنا نقل هذه النصوص عن فقهاء ينتمون إلى مذاهب قيل إنها، لا تعمل بالعرف إلا في حدود ضيقة كالشافعية والحنابلة، ليكون هذا أدل على عمل جمهور فقهاء المذاهب الأخرى بالعرف والعادة.

3- ذكر أمثلة توضح أن الأعراف قد تساعد على فهم المقصود من بعض المفردات التي وردت مطلقة في الكتاب والسنة، ونبادر إلى القول بأن المقصود بالأعراف التي تساعد على فهم القرآن الكريم والسنة المطهرة إنما هي الأعراف التي كانت موجودة وقت التنزيل وأقرها النبي ﷺ، هذا النوع من الأعراف هو الذي نقصده، وهو الغالب، وما عداه فهو قليل ونحن لا نقول به وخاصة بالنسبة للقرآن الكريم، ولكن هذا لا يمنع من إيرادها.

4- الاسترسال في تتبع إطراد العمل بالعرف عند مختلف طوائف الفقهاء في المعاملات والأيمان، وغيرهما مما دخل فيه العمل بالعرف بشكل أو بآخر، غير أن هذا لا

يعنى أننا سنتناول ذلك على وجه الاستقصاء بل سنكتفى ،
بمجرد الأمثلة وربما تركنا بعض أبواب الفقه ، وأوجزنا
القول فى بعضها ، وتوسعنا فى بعضها الآخر ، وذلك تبعاً
لأهمية الموضوع .

إذ لا يخفى أن البيوع والنكاح أهم فى حياة الناس من
إحياء الموات والوقف، وهكذا، ونود أن نلاحظ، أن ما
نقدمه من العمل بالعرف فى أى جزئية من جزئيات الفقه
لا يعنى أن هذا القول ملزم لبقية الناس أو أنه قول معمول
به إلى يوم القيامة ، فالأعراف والعادات من أهم
خصائصها التغير ، وعليه يجب تغير الحكم تبعاً لذلك ،
ولم يقل أحد من فقهاء المسلمين بوجوب ثبات الأعراف
وبقائها إلا بعض متأخرى الشافعية على ما نعلم وهى قلة
لا تقوى على معارضة الكثرة .

ونحن هنا إنما نركز على دراسة العرف فى هذا الفصل
من وجهة نظر تاريخية بالدرجة الأولى ليعلم دوره وأهميته
على مدى التاريخ ، هذا أولاً وثانياً لا يعنى أن الذى
نذكره هنا هو محل اتفاق بين الفقهاء، بل ربما أتينا بالقول

وهو محل خلاف ، وحسبنا أنه قال به أحدهم ، إذ الهدف هو معرفة الأثر، وليس البحث عن اتفاق الفقهاء في كل مسألة قيل فيها بالعرف والعادة .

وكما أنه لا يفوتنا أن نذكر أنه حتى مع تعدد القائلين بالعرف في القضية الواحدة فإننا لم نلتزم بذكر الجميع بل اكتفينا بذكر البعض مع ذكر المصدر الذي نقلنا عنه ذلك القول، رغبة في الإيجاز.

وأخيراً أراني مضطراً إلى التنبيه عما يحصل من التكرار أحياناً ، وهذا راجع إلى ترابط بعض المواضيع وتداخلها ، كما أنني لا أبريء نفسي من السهو والخطأ ، وعليه نرجو المعذرة على كل حال .

وقبل أن أشرع في عرض ما ذكرت آنفاً ، أرى أن أمهد له بكلمة عن معنى الأثر والتشريع في كل من اللغة والاصطلاح .

معنى الأثر والتشريع :

الأثر في اللغة ، ما تبقى من الشيء ، سواء من عين الشيء ذاته ، أو من فعل ذلك الشيء في المتأثر به ، جاء

في لسان العرب⁽¹⁾ « الأثر بالتحريك ما بقى من رسم الشيء . . . وأثر في الشيء ترك فيه : أثراً » .

وفي القاموس⁽²⁾ « الأثر محركة : بقية الشيء . . . وأثر فيه تأثيراً ترك فيه أثراً » .

أما التشريع في اللغة فمأخوذ من ، شرع يشرع تشريعاً بمعنى ، سن أو بين ، على أن الناظر إلى مادة (شرع) يجد أنها استعملت في اللغة العربية للدلالة على أن الناظر إلى مادة (شرح) يجد أنها استعملت في اللغة العربية للدلالة على عدة معان ، منها : الطريق المستقيمة والماء الذي لا ينقطع ، والبيان والتوضيح ، والقرب ، والأخذ في الشيء ، والمساواة وما قارب هذه المعاني .

ويرى البعض - وهو الحق - أن الشريعة الإسلامية جمعت بين كل هذه المعاني⁽³⁾ ، فهي الطريق المستقيم ،

(1) لسان العرب ح 4 ص 5 .

(2) القاموس ح 1 ص 362 .

(3) دكتور عبد العظيم شرف الدين ، تاريخ التشريع ، انظر المقدمة .

وهي مورد لا ينضب وهي بينة مبينة واضحة المعالم ،
قريبة من الفهم ، سهلة التكاليف .

هذا عن الشريعة في اللغة العربية ، أما الشريعة في
عرف الفقهاء فهي (ما شرعه الله لعباده من الدين)⁽¹⁾ وقد
قسم الفقهاء الشريعة إلى عدة أقسام ، منها : قسم
المعاملات ، وهو الذي يهمننا في هذا البحث ، ونلاحظ أن
كلمة (التشريع) : مصطلح حديث وكما يقول الدكتور
صبحي الصالح⁽²⁾ « أصبحت كلمة التشريع - في عصرنا
ترادف ما كان يسمى في عصور الإسلام الأولى :
بالفقه » .

ولما كان الفقه يعني : الأحكام الشرعية العملية التي
استنبطها المجتهدون من الأدلة الشرعية التفصيلية (كما
يقول - زكي الدين شعبان)⁽³⁾ .

(1) أنظر تفسير القرطبي ح 6 ص 211 وح 16 ص 11 .

(2) معالم الشريعة للدكتور صبحي الصالح ص 65

(3) أنظر أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص 9 ح 1
ط 1974 م .

إذن فالفقه غير الشريعة إذا قصد بها نصوص القرآن والسنة وإنما الفقه هو : نتيجة تعامل الفقهاء مع هذه النصوص ، وفهمهم لها ، ومن هنا جاز لنا أن نتحدث عن أثر العرف في التشريع الإسلامي أي أن المقصود بهذا التشريع المتأثر بالعرف هو اجتهاد الفقهاء واستنباطهم للأحكام لمختلف النوازل من الكتاب والسنة وتغير هذه الأحكام بتغير الأعراف المبنية عليها تلك الأحكام وهو ما يعنى الفقه بمصطلح قدامى الفقهاء ، أما ما قلناه بشأن العرف فى فهم بعض نصوص الكتاب والسنة فإن ذلك لا يعد من التأثير فى نظرنا ، وإن كان يرفع من قيمة العرف إن صح ما ذهب إليه القائلون بذلك ، وحتى لو اعتبرنا ذلك تأثيراً ، فإنه من القلة بحيث لا يكاد يذكر إذا قورن بتأثير العرف فى الأحكام الفقهية المستنبطة باجتهاد الفقهاء .

أما نسبة هذا التشريع إلى الإسلام ، فهى ظاهرة ، ولا تحتاج إلى شرح أو تعليق ، باعتباره مستنبطاً بواسطة فقهاء مسلمين ، ومستنداً إلى أصول إسلامية كما أنه موضوع للتطبيق على أناس ينتمون إلى الإسلام .

وبعد هذه الكلمة الوجيزة نشرع في عرض ما ذكرناه
أول هذا الفصل ونبدأ بعرض أقوال الفقهاء في العرف
والتي تنقسم إلى قسمين :

- القسم الأول يأتي في شكل مقولات أو قواعد عامة أو
نصوص مختصرة .

- أما القسم الثاني فيتضمن نصوصاً طويلة بعض
الشيء اشتملت على عدد من القضايا التي اعتبر فيها
العرف ، على أن نوالى البحث في أثره بالمزيد من الأمثلة
على وجه التفصيل من بعض أبواب فقه المعاملات
وغيرها .

العُرف في أقوال الفقهاء

مما يقطع باهتمام الفقهاء بالعرف وتعويلهم عليه : ما ورد عنهم من الإشادة به والإحالة عليه في ما نذكره من النصوص أو القواعد الآتى ذكرها :

- (اتباع العرف : أمر مجمع عليه)⁽¹⁾ القرافى .
- (الإحياء : ما تعارفه الناس أحياء)⁽²⁾ . ابن قدامة .
- (إذا جرى العرف بشيء : صار هو الأصل)⁽³⁾ التاودى .
- (الأشياء على ما جرت به العادة)⁽⁴⁾ أبو القاسم الصفار .

(1) نقله عنه التسولى فى البهجة انظر ج 2 ص 89 .

(2) أنظر المغني ج 5 ص 435 .

(3) أنظر شرح التاودى هامش البهجة ج 2 ص 91 .

(4) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 100 .

- (إطلاق الإذن : يحمل على العرف)⁽¹⁾ الشيرازى .
- (الالتزام فى عقد النكاح يكون باللفظ والعادة)⁽²⁾ التسولى .
- (ألفاظ الواقف تجرى على العرف)⁽³⁾ التسولى .
- (إن الرجوع إلى العرف : أحد القواعد الخمس التى يبنى عليها الفقه)⁽⁴⁾ القاضى الحسين .
- (إن الحكم والفتيا : يعتمد فىها على العرف ، ويختلفان باختلافه)⁽⁵⁾ ميارة .
- (إن كان للقوم عادة وعرف متقدم بينهم : حملوا على عرفهم وعاداتهم)⁽⁶⁾ محمد بن سحنون .
- (إن المعتمد عند أكثر المتأخرين هو مراعاة العرف)⁽⁷⁾

(1) أنظر المهذب ج 1 ص 393 .

(2) أنظر البهجة ج 1 ص 279 .

(3) أنظر البهجة ج 2 ص 230 .

(4) أنظر فتح البارى لأبن حجر ج 4 ص 406 .

(5) ميارة شارح اللامية - مخطوط - ورقة 139 .

(6) انظر ملتقى الإمام ابن عرفة ص 370 .

(7) انظر البهجة ج 1 ص 251 .

التسولى .

- (الأيمان مبنية على العرف)⁽¹⁾ السرخسى .
 - (تحرم الفتوى بغير العادة الحاضرة)⁽²⁾ . القرافى .
 - (تعامل الناس - من غير نكير منكر - : أصل فى الشرع)⁽³⁾ السرخسى .
 - (التوسط يعرف بالشرع ، وقد يعرف بالعوائد)⁽⁴⁾
- ## الشاطبى .

- (التوابع التى لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها ، وبه يفصل عند المنازعة)⁽⁵⁾ السرخسى .
- (التعيين إما بالعادة أو بالاتفاق عليه)⁽⁶⁾ ميارة .
- (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)⁽⁷⁾ السرخسى .

(1) أنظر المبسوط ج 9 ص 15 .

(2) أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى .

(3) المبسوط ج 13 ص 79 .

(4) أنظر الموافقات ج 2 ص 119 .

(5) المبسوط ج 15 ص 121 .

(6) أنظر شرح ميارة للعاصمية هامش البهجة للتسولى ج 2 ص 102 .

(7) المبسوط ج 9 ص 4 .

- (التابث بالعرف : ثابت بدليل شرعى) (1) السرخسى .
- (الجهالة لا تضر إذا جرى بها عرف) (2) ابن نجيم .
- (جوزنا بعض العقود للعرف وإن كان القياس يأباه) (3) السرخسى .
- (الحقيقة : تترك بدلالة العادة) (4) .
- (حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم : واجب) (5) التسولى .
- (الرجوع إلى العرف من جملة القواعد الفقهية) (6) البدر العيني .
- (العادة : محكمة) (7) .

-
- (1) المبسوط ج 13 ص 14 .
 - (2) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ج 5 ص 303 .
 - (3) المبسوط ج 9 ص .
 - (4) تكررت هذه القاعدة في كتب الأصول .
 - (5) عزاه للقرافى وغيره انظر البهجة للتسولى ج 2 ص 61 .
 - (6) أنظر عمدة القارى ج 12 ص 17 .
 - (7) نسبت هذه القاعدة للإمام الشافعى .

- (العادة : أصل يستفاد منها معارف) (1) الغزالي .
- (العادة في عرف الشرع : كالشرط) (2) ابن لب .
- (اعتبار الوسع : مبنى على العادة) (3) الجصاص .
- (العرف إنما صار حجة بالنص) (4) ابن الهمام .
- (العرف : بمنزلة الإجماع عند عدم النص) (5) ابن الهمام .
- (العرف حاكم) (6) ابن المرتضى .
- (العرف : شاهد لمدعيه) (7) سيدى مصباح .
- (العرف عندنا : دليل من أدلة الشرع) (8) ابن يونس .

-
- (1) أنظر المستصفى ج 1 ص 177 .
 - (2) حاشية ابن رحال على ميارة ج 1 ص 284 .
 - (3) أنظر أحكام القرآن للجصاص ج 1 ص 479 .
 - (4) أنظر فتح القدير ج 7 ص 15 .
 - (5) نفس المصدر السابق .
 - (6) البحر الزخار ج 4 ص 198 .
 - (7) أنظر البهجة ج 2 ص 348 .
 - (8) أنظر حاشية ابن رحال ج 1 ص 191 .

- (العرف : فاصل يقضى به)⁽¹⁾ ابن يونس .
- (العرف في الأكثرية وغير ذلك : كالشرط)⁽²⁾ .
- (العرف : قاعدة من قواعد الفقه)⁽³⁾ الدردير .
- (العرف عند الفقهاء أمر معمول به)⁽⁴⁾ البدر العيني .
- (العرف والعادة : أصل من أصول الشريعة)⁽⁵⁾ ابن العربي .
- (لو خوطب قوم بشيء لهم فيه عرف وحملوه على عرفهم لم يعدوا مخالفين)⁽⁶⁾ البهوتي .
- (عند الإطلاق : حكموا العرف)⁽⁷⁾ الطرسوسى .
- (عوائد الناس : كالإقرار)⁽⁸⁾ ابن أبي زيد .

-
- (1) نفس المصدر السابق .
 - (2) حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 103 .
 - (3) أنظر الشرح الكبير على المختصر ج 2 ص 21 .
 - (4) عمدة القارى ج 2 ص 103 .
 - (5) أحكام القرآن ج .
 - (6) أنظر كشف القناع ج 4 ص 369 .
 - (7) أنفع الوسائل ص 33 .
 - (8) أنظر ملتقى الإمام ابن عرفه ص 372 .

- (القبض مطلق في الشرع ، فيرجع فيه إلى العرف) (1)

ابن مفلح .

- (القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف) (2)

الشيرازي .

- (القضاء بما به العادة : واجب) (3) التسولى .

- (كل دعوى ينفىها العرف وتكذيبها العادة ، فهى

مرفوضة) (4) ميارة .

- (كل ما تشاجر فيه الأجير والمستأجر : عملاً فيه على

سنة الناس فى ذلك البلد) (5) ابن غازى .

- (كل ما عد فى العرف تفرقا حكم به ، وإلا فلا) (6)

(1) ج 4 ص 122 .

(2) المهذب ج 1 ص 271 .

(3) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 72 .

(4) أنظر شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 16 .

(5) أنظر ملتقى الامام ابن عرفة ص 370 .

(6) فتح البارى ج 4 ص 329 .

ابن حجر .

- (كل ما لم يحد شرعاً : يحال على العرف)⁽¹⁾ البهوتي .
- (لا بد من العمل بما أطرده به العرف في الوقف)⁽²⁾
- السيد البكري .
- (لا يخرج عن العرف إلا الشاذ)⁽³⁾ اللؤلؤى .
- (لأهل الأعمال سنتهم يحملون عليها)⁽⁴⁾ مالك ابن أنس .
- (لفظ الشرع : يحمل على عرفه ، فإن تذر : حكمت فيه العوائد)⁽⁵⁾ القرافي .
- (لا يجب إلا ما تعورف من اتفاق)⁽⁶⁾ القنوجي .
- (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)⁽⁷⁾ .

(1) أنظر كشف القناع ج 6 ص 290 .

(2) أنظر اعانة الطالبين ج 3 ص 169 .

(3) حاشية ابن رحال على شرح ميارة ج 1 ص 175 .

(4) أنظر المدونة ، كتاب الجعل والإجارة ج 4 ص 451 .

(5) أنظر الفرق 192 من فروع القرافي .

(6) فتح العلام شرح بلوغ المرام ج 2 ص 181 .

(7) نسبة هذه المقولة لأكثر من واحد .

- (المتعارف : كالمشروط)⁽¹⁾ الشيرازى .
- (المرجع فيما لا ضابط له شرعاً ولا لغة إلى العرف)⁽²⁾ الرملى .
- (ما أفسده الشرط تفسده العادة)⁽³⁾ اللخمي .
- (المدار فيما يتعلق بالأجال على العوائد)⁽⁴⁾ ابن رحال .
- (المدار على العادة في الوكيل والسمسار)⁽⁵⁾ ابن رحال .
- (المرجع في التفرق : إلى العرف)⁽⁶⁾ ابن مفلح .
- (المرجع في الأجور إلى العرف)⁽⁷⁾ ابن تيمية .

-
- (1) أنظر المهذب ج 1 ص 408 .
 - (2) أنظر نهاية المحتاج ج 5 ص 286 .
 - (3) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 218 .
 - (4) أنظر حاشية بن رحال على ميارة شرح العاصمية ج 2 ص 23 .
 - (5) نفس المصدر السابق .
 - (6) أنظر المبدع شرح المقنع ج 4 ص 65 .
 - (7) نظرية العقد ص 164 .

- (من لم يراع المقاصد والنيات والعرف في الكلام . . .
يضر بالناس) .
- (مطلق الكلام فيما بين الناس : ينصرف إلى
المتعارف)⁽¹⁾ ابن قاضي سماوه .
- (مطلق العقد : يتقيد بدلالة العرف)⁽²⁾ السرخسي .
- (مطلق العقد يحمل على المعتاد)⁽³⁾ الشيرازي .
- (المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة)⁽⁴⁾ ابن
القيم .
- (مطلق اللفظ : محمول على المفهوم عرفاً)⁽⁵⁾
السرخسي .
- (المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف)⁽⁶⁾

(1) شرح الكنز ج 4 ص 9 .

(2) جامع الفصولين ج 2 ص 213 .

(3) المبسوط ج 11 ص 115 .

(4) المهذب ج 1 ص 315 .

(5) أعلام الموقعين ج 3 ص 82 .

(6) المبسوط ج 1 ص .

الشبلي .

- (المعروف بالعرف : كالمشروط بالنصر)⁽¹⁾
السرخسى .

- (المرؤة : هى المحافظة على فعل ما تركه يوجب الذم عرفاً)⁽²⁾ ابن عرفة .

- (المعروف بين التجار : كالمشروط بينهم)⁽³⁾
السرخسى .

- (المعروف عرفاً : كالمشروط شرطاً)⁽⁴⁾ السرخسى .

- (المعتبر : عرف الالافظ لا عرف اللفظ)⁽⁵⁾ الرملى .

- (الممتنع عادة : كالممتنع حقيقة)⁽⁶⁾ .

- (انتقال العوائد : يوجب انتقال الأحكام)⁽⁶⁾ ميارة .

(1) المبسوط ج 157 ص 157 .

(2) منح الجليل للشيخ عlish ج 4 ص 220 .

(3) المبسوط

(4) أنظر نهاية المحتاج ج 8 ص 192 .

(5) قاعدة أصولية مشهورة .

(6) انظر شرح ميارة على اللامية ورقة 139 .

- (نحن نحكم النساء : بالعادة)⁽¹⁾ القرافي .
 - (وصدق مشتر وافقه عرف)⁽²⁾ بهرام .
 - (الوكالة تكون بالنص وبالعادة)⁽³⁾ التسولي .
 - (يحكم للزوج بحكم الوكيل - فيما باع واشترى لامرأته - وإن لم تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لزوجاتهم)⁽⁴⁾ ابن رشد .
 - (يحمل المطلق في كل ناحية على العرف) النووى .
 - (يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه)⁽⁵⁾ السرخسى .
 - (يرد المبيع بما يعده الناس عيباً)⁽⁶⁾ الشيرازى .
 - (ينبغى الترجيح بالعوائد)⁽⁷⁾ ابن فرحون .
- ألا أيها القاضى لتأمر من ادعا
بدعواه عن عرف وأصل تحولا

(1) أنظر حاشية بن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 192 .

(2) أنظر البهجة للتسولي ج 2 ص 89 .

(3) (4) البهجة ج 1 ص 218 .

(5) المسوط ج 9 ص 17 .

(6) المهذب ج 1 ص 293 .

(7) أنظر التبصرة هامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ج 1 ص 125 .

فإن قلت إن البعض مما نقلته
ضعيف : نعم لكن على العرف عولا
بيان وتخصيص وتفسير مبهم
شهيد وتقييد لعرف جرى حلا
به الحكم والفتيا فإن صح ما جرى
من العرف فاحكم ناظراً أو منخلاً⁽¹⁾
وكل ما في الشرع فهو تابع
إلى العوائد لها فجامع
فما اقتضته عادة تجردت
تعين الحكم به إذا بدت
ورجحوا بالعرف أيضاً وهو
من سائر المرجحات أقوى
والعرف ما يغلب عدد الناس
ومثله العادة دون بأس

(1) أنظر في هذا والذي قبله لأمية الرزاق مخطوط .

ومقتضاهما معاً مشروع
في غير ما خالفه المشروع⁽¹⁾
وهولها فيما ادعى من بعد أن
بنى بها والعرف رعيه حسن
ومدعى الإرسال للشواب
شاهده العرف بلا ارتياب
وقيل ذا إن ادعى المبتاع ما
يبعد والعرف به قد عدما
وأجر مثل أو قراض مثل
لعامل عند فساد الأصل⁽²⁾
وكل ما العادة فيه تدخل
من الأمور فهي فيه تعمل⁽³⁾

(1) محمد الأغلالى انظر فى هذا والأبيات الأربع قبله ملتقى الأمام بن
عرفة ص 374, 375 .

(2) هذا البيت والثلاثة قبله من العاصمية .

(3) أحمد بن أبى كف ، ملتقى الإمام ابن عرفة ص 373 .

والعرف في الشرع له اعتبار

لذا عليه الأمر قد يدار⁽¹⁾

وبعد هذا وقبل أن أنتقل إلى الموضوع الآتي أود أن

ألاحظ ما يلي : -

ان هذه المقولات ربما صح القول بأنها متقاربة المعنى ،
أو قل ربما تضمنت الواحدة منها ما جاء في مقولات
أخرى . وهذا صحيح في بعضها على الأقل ، ولكن ذكرها
بهذا الشكل قصد به : التنبيه على أن هذا المعنى موجود
عند أكثر من فقيه .

كما أنه لا يفوتني أن أشير إلى أن ما نقلته أو نسبته إلى
أحد من الفقهاء هو صحيح ولو لم أذكر بعض القائلين لهذه
القواعد .

أما الآن فننتقل إلى ما سبق الوعد به من نقل نصوص
مطولة توضح بعض ما بنى على العرف من الأحكام .
ونلاحظ أن هناك نصوصاً كثيرة في هذا المعنى ، ولو

(1) ابن عابدين في رسالة : رفع الأنتقاض ، وهو الذي رتب عليه رسالة
نشر العرف .

حاولنا نقل ما كتب في هذا الشأن لما استطعنا ذلك ، ومن هنا نكتفى بما سيذكر في الآتي .

ونبدأ بما ذكره ابن حجر في فتح الباري⁽¹⁾ عما رجع فيه إلى العرف بصفة عامة .

ونلاحظ أن ابن حجر حصر كلامه في أربعة مجالات عمل فيها بالعرف أو رجع إليه فيها ، وهذه المجالات التي ذكرها ابن حجر في هذا النص هي معرفة أسباب الأحكام ، ومعرفة المقادير ، وضبط فعل غير منضبط ، وأخيراً الرجوع إليه في أمر مخصص ، وإليك النص بتمامه كما جاء في الفتح (فمنها الرجوع إلى العرف في : معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية ، كصغر ضبة⁽²⁾ الفضة وكبرها ، وغالب الكثافة في اللحية ونادرها وقرب⁽³⁾

(1) فتح الباري شرح صحيح الإمام البخارى للحافظ أحمد بن على بن حجر المتوفى 852 هجرى انظر ج 4 ص 406 الباب 95 عند شرح الحديث رقم 2210-2212 ، المطبعة السلفية 1380 هجرى .

(2) شريط من الفضة لرأب الأوانى والآلات المتصدعة .

(3) لعله يقصد قرب أو بعد المنزل عن المسجد أو في المعاملات بالكراء والإيجار .

منزله وبعده وكثرة فعل أو كلام وقلته في الصلاة⁽¹⁾ ،
ومقابل⁽²⁾ بعوض في البيع ، وعين ، وثمن مثل ، ومهر
مثل ، وكفء نكاح ، ومؤونته ، ونفقة ، وكسوة ،
وسكنى وما يليق بحال الشخص من ذلك .

ومنها الرجوع إليه في المقادير : كالحيض ، والطهر
وأكثر مدة الحمل ، وسن اليأس .

ومنها الرجوع إليه في فعل غير منضبط تترتب عليه
الأحكام ، كإحياء الموات ، والإذن في الضيافة ، ودخول
بيت قريب وتبسط مع صديق ، وما يعد قبضاً وإيداعاً ،
وهدية ، وغصباً ، وحفظ وديعة ، وانتفاعاً بعارية .

ومنها الرجوع إليه في أمر مخصص ، كألفاظ الأيمان وفي
الوقف والوصية والتفويض ، ومقادير المكاييل والموازين ،
والنقود وغير ذلك) انتهى ما قاله ابن حجر بعد أن ذكر ما
يقرب من أربعين حكماً كلها بنيت على العرف أو رجع إليه
فيها .

(1) أنظر مغنى المحتاج للشربيني ح 1 ص 199 .

(2) وجدت هذا اللفظ في النص مفتوحاً فعطفته على ما قبله .

وقال السيوطي⁽¹⁾ وهو يعدد المسائل التي رجع فيها إلى العرف : (فمن ذلك سن الحيض ، والبلوغ والإنزال ، وأقل الحيض والنفاس والطهر ، وغالبها وأكثرها ، وضابط القلة والكثرة في الضبة ، والأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان وقصره في موالة الوضوء في وجه ، والبناء على الصلاة في الجمع ، والخطبة والجمعة ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ورده ، والتأخير المانع من الرد بالعيب ، وفي الشرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له مقام الإذن اللفظي وتناول الثمار الساقطة ، وفي إحراز المال المسروق ، وفي المعاطاة - على ما اختاره النووي ، وفي عمل الصانع على ما استحسنه الرافعي ، وفي وجوب السرح والإكاف في استئجار الدابة للركوب ، والحبر والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه ، وفي الاستيلاء في الغصب ، وفي رد ظرف الهدية وعدمه ، وفي

(1) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطي عند شرطه للقاعدة السادسة وهي (العادة محكمة) ص 90 ط مصطفى الحلبي 1959 .

وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول الله ﷺ ، فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع ، وفي إرسال المواشي نهراً وحفظها ليلاً ، ولو أطردت عادة بلد بعكس ذلك : اعتبرت العادة في الأصح ، وفي صوم يوم الشك لمن له عادة ، وفي القبض والإقباض ودخول الحمام ، ودور القضاة والولاة ، والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفي المسابقة والمناضلة إذا كانت للرماة عادة في مسافة .

وفىما إذا أطردت عادة المتبارزين بالأمان ، ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ، وفى ألفاظ الواقف ، والموصى ، وفى الأيمان .

وقال ابن قيم الجوزية فى كتاب أعلام الموقعين⁽¹⁾ :
(وقد أجرى العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع منها : نقد البلد فى المعاملات ، وتقديم الطعام إلى الضيف ، وجواز تناول اليسير مما يسقط من الناس من

(1) أنظر الجزء الثانى ص 412 ط الفنىة المتحدة 1968 .

مأكول وغيره ، والشرب من خوابى السيل ومصانعه في الطرق ، ودخول الحمام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامي لفظاً ، وضرب الدابة المستأجرة إذا حولت في السير وإيداعها في الخان إذا قدم بلدة أو ذهب في حاجة ، ودفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد ، وتوكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه ، وجواز التخلي في دار من أذن له بالدخول إلى داره ، والشرب من مائه والاتكاء على الوسادة المنصوبة ، وأكل الثمرة الساقطة من الغصن الذي على الطريق ، وإذن المستأجر للدار لمن شاء من أصحابه أو أضيافه في الدخول والمبيت والثوى عنده والانتفاع بالدار ، وإن لم يتضمنهم عقد الإجارة لفظاً اعتماداً على الإذن العرفي ، وغسل القميص الذي استأجره للبس مدة يحتاج فيها إلى الغسل ، ولو وكل غائباً أو حاضراً في بيع شيء والعرف قبض ثمنه : ملك ذلك ، ولو اجتاز بحرث غيره في الطريق ودعته الحاجة إلى التخلي فيه فله ذلك إن لم يجد موضعاً سواه إما لضيق الطريق أو لتتابع المارين فيها ، فيكيف بالصلاة فيه والتميم بترابه ، ومنها لو رأى شاة غيره تموت

فذبحها حفظاً لما ليها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً ، وإن كان من جامدى الفقهاء من يمنع من ذلك ويقول : هذا تصرف فى ملك الغير ، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف فى ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف ها هنا هو الإضرار .

ومنها لو استأجر غلاماً فوقعت الأكلة فى طرفه فتيقن أنه إن لم يقطعه سرت إلى نفسه فمات جاز له قطعه ولا ضمان عليه .

ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط .

ومنها لو قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له ، ولم يضمن ما دفعه إليه .

ومنها لو وقعت النار فى دار لجاره فهدم جانباً منها على النار لثلا تسرى إلى بقيتها لم يضمن .

ومنها لو باعه صبرة عظيمة أو حطباً أو حجارة ونحو ذلك جاز له أن يدخل ملكه من الدواب والرجال وما

ينقلها به وإن لم يأذن له في ذلك لفظاً .

ومنها لو جُدَّ ثماره أو حصد زرعه ثم بقى من ذلك ما يرغب عنه عادة جاز لديره التقاطه وأخذه ، وإن لم يأذن فيه لفظاً .

ومنها لو وجد هدياً مشعراً محوراً ليس عنده أحد جاز له أن يقطع منه ويأكل منه .

ومنها لو أتى إلى دار رجل جاز له طرق حلقة الباب عليه ، وإن كان تصرفاً في بابه لم يأذن له فيه لفظاً .

ومنها الاستناد إلى جداره والاستظلال به .

ومنها الاستمداد من محبرته ، وقد أنكر الإمام أحمد على من استأذنه في ذلك .

وهذا أكثر من أن يحصر . . .) .

ومما قاله عز الدين بن عبد السلام وهو يتحدث عن النفقة ، بعد أن ذكر أشياء رجع فيها إلى العرف ، ملخصاً بذلك ما يقوم به العرف في نظره .

(. . . والغالب في كل ما ورد في الشرع إلى المعروف أنه : غير مقدر ، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في

الشرع ، أو إلى ما يتعارفه الناس (1) .

وقال الشيخ خليل في مختصره في باب الإجارة (. . . ولا يلزمه رعى الولد - إلا لعرف - وعمل به فى الخيط ونقش الرحى وآلة بناء وإلا فعلى ربه - عكس إكاف وشبهة - وفى السِّرِّ والمنازل - والمعاليق والزاملة ، ووطائه بمحمل وبدل الطَّعام المحمول ، وتوفيره ، كنزح الطيلسان قائلَةً . . .) (2) .

ونلاحظ هنا أن قوله عكس إكاف غير مستثنى من تحكيم العرف فيه وإنما « مراده : العكس فى التصوير لا الحكم وهو أنه فى الأول مُكْتَرٍ وهنا : مُكْرٍ » كما قال الدردير (3) .

وبهذا القدر نكتفى من عرض النصوص المطولة ، لنتقل إلى أثر العرف فى فهم القرآن الكريم كما يرى بعض الفقهاء .

(1) ابن عبد السلام : قواعد الأحكام ج 1 ص 61 ، ج 2 ص 107 .

(2) ، (3) الدردير الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ح ع ص 22 ط دار الفكر .

أثر العرف في فهم القرآن الكريم :

ذكر الشاطبي : أشياء ضرورية لفهم القرآن الكريم
نقتصر على ذكر ما جاء منها في قوله « ومن ذلك معرفة
عادات العرب في أقوالها ، وأفعالها ، ومجاري أحوالها حالة
التنزل ، وإن لم يكن ثم سبب خاص ، لا بد لمن أراد
الخوض في علم القرآن منه ، وإلا وقع في الشبه
والإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة »⁽¹⁾ ،
ونقل التوزري عن الفكهاني قوله : « ويجرى مجرى النص
عندنا ، ما علم المراد به من جهة التخاطب ، وإن لم يكن
نصاً ، نحو قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ ،
إذ ليس بنص في تحريم وطء الأمهات ، وإنما هو مجاز ،
لأنه علق التحريم على الأعيان ، والمراد : تحريم الأفعال
فيها)⁽²⁾ ، ومن هذا القبيل : ما ذكره المفسرون في قوله
تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ، فظاهر النص ،

(1) أنظر الموافقات للشاطبي ج 3 ص 229 .

(2) أنظر شرح التوزري على العاصمية ج 2 ص 7 وانظر أيضاً نهاية

السول ج 2 ص 336 .

يشمل جميع أجزاء الميتة ، إلا أن إضافة التحريم إلى الميتة يقتضى عرفاً ، تحريم الأكل ، ولما كان الجلد ، غير مأكول فلا يتناوله عموم الخطاب «⁽¹⁾ .

وجاء في البحر الزخار قوله « إن النكاح الفاسد لا يقتضى الإحلال - حل الزوجة للزوج الأول - ، رغم أنه يوجب المهر ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾⁽²⁾ .

والخطاب يتناول ، المتعارف ، والمتعارف : النكاح الصحيح «⁽³⁾ .

وفي البحر الزخار أيضاً ، أن الإيلاء لا يصح من المملوكة ، واحتج بقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ لأن النساء في نظره (هن الزوجات عرفاً)⁽⁴⁾ .
ومما جاء في هذا الكتاب أيضاً ، وهو يتحدث عن متعة

(1) دكتور محمد أديب صالح : تفسير النصوص ج 2 ص 336 ط 1972 م .

(2) ، (3) ، (4) أنظر في هذا كله البحر الزخار لأبن المرتضى ج 4 ص 127 ، 121 .

هذه أمثلة من عمل الصحابة بالعرف ، ومن بعدهم
التابعون أتينا بها وفاء بما التزمنا به في خطة البحث .
والآن نتابع السير على هذا النهج وحسب الخطة فنقدم
ما يستدل به على اطراد العمل بالعرف عند بعض كبار
الأئمة .

ونبادر فنقول : إنه لا يسعنا أن نذكر جميع المجتهدين
القائلين بالعرف وذلك نظراً لكثرتهم ، وعدم اطلاعنا
الكافي . وعليه فسنتكفى بذكر بعضهم ، ونبدأ بمن اشتهر
منهم من أصحاب المذاهب .

الإمام أبو حنيفة والعرف :

استنتج الشيخ أبو زهرة مما كتبه الموفق المكي في المناقب
عن فقه أبي حنيفة أن مصادر الفقه لديه : سبعة ، ثم ذكر
من بينها العرف . انظر كتاب أبي حنيفة للشيخ أبي زهرة
ص 237 .

وقال الأستاذ محمد مذكور في المدخل للفقه الإسلامي
ص 277 وهو يتحدث عن العرف ما نصه : « ولقد جعله

السرخسى فى المبسوط⁽¹⁾ « بما شاهد عليه أهل عصره ، من أنهم لا يتحلون باللؤلؤ إلا مرصعاً بالذهب أو الفضة ، ولا يتحلون باللؤلؤ وحده »⁽²⁾ .

وإذا كان الإمام أبو حنيفة قد تأثر بالعرف فى فهمه للآية الأولى ، فقد انعكس الأمر بينه وبين صاحبيه فى آية أخرى ، حيث تأثر الصاحبان فى تفسيرهما لهذه الآية بالعرف على ما يبدو ، وذلك أنها ذهباً إلى أن العنب والرطب والرمان من الفاكهة ، لأن هذه الأصناف فى نظرهما من جملة ما يتفكه به فى العادة . بينما ذهب أبو حنيفة إلى أنها ليست من الفاكهة تمسكاً منه بالنص وما يقتضيه السياق فى قوله تعالى : ﴿ فيها فاكهة ونخل ورمان ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى : ﴿ وعنباً وقضباً وزيتوناً ونخلاً وحدائق غلباً وفاكهة وأبا ﴾⁽⁴⁾ .

(1) (2) السرخسى : المبسوط ج 9 ص 30 .

(3) الآية رقم 68 من سورة الرحمن .

(4) الآيات من 28 الى 31 من سورة عبس .

قال «فتارة عطف الفاكهة على هذه الأشياء، وتارة عطف هذه الأشياء على الفاكهة، والشئ لا يعطف على نفسه، مع أنه مذكور في موضع المنة، ولا يليق بالحكمة ذكر الشئ الواحد في موضع المنة بلفظين»⁽¹⁾.

ورغم قوة حجة أبي حنيفة إلا أن الصاحبين ذهبوا إلى أنها من الفاكهة بل إن هذه الأشياء من أنفس الفواكه عندهما.

ويبدو أن هذا بناء على ما شاهدناه في عصرهما، بل إن هذا ما يتفق مع ما نقله ابن الهمام في فتح القدير عن بعضهم، ونصه «والمشائخ قالوا: اختلاف زمان، ففي زمانه: لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك، وفي زمانها: عدت منها، فأفتيا به...»⁽²⁾. ويبدو أن الحنابلة - أو أغلبهم - يتفقون مع الصاحبين في أن الرطب والرمان من الفاكهة، وهذا ما يفهم من كلام ابن قدامة في

(1) أنظر المبسوط للسرخسى ج 8 ص 189.

(2) ابن الهمام: فتح القدير ج 5 ص 129 ط الحلبي.

المغنى ج 9 ص 600 الذى رد فيه على أبى حنيفة متفقاً فى ذلك مع الصحابين : « ولنا : أنهما : ثمرة شجرة يتفكه بهما ، فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ، ولأنهما فى عرف الناس : فاكهة »، (1).

وبما قدمناه يتضح أثر العرف فى فهم المراد من بعض نصوص القرآن عند بعض الفقهاء ، الأمر الذى يقطع بتأثير العرف فى غير القرآن عندهم من باب أولى .

وإذا صح ما ذكرناه من تأثير العرف فى فهم الفقهاء لبعض آيات القرآن الكريم فإن هذا كاف فى الدلالة على أهميته وحجيته ، ومع ذلك نذكر أمثلة تبين أثره فى فهم السنة المطهرة أيضاً .

العرف قد يساعد على فهم السنة :

وردت فى الأحاديث الشريفة ألفاظ عامة لم يتضح المراد منها عند بعض الفقهاء على وجه التحديد فلجأوا إلى

(1) ابن قدامة : المغنى ج 9 ص 600 .

العرف لمعرفة المقصود من هذه الألفاظ والتي منها البيع والتفرق الذي يقطع خيار المجلس عند القائلين به ، والغبن الذي يوجب الخيار ، والقبض والإقباض ، والحرز ، وإحياء الموات ، والنفقة والكسوة ، والوسع والمعروف ، ونحو هذه الألفاظ التي لم يرد بتحديد لها نص شرعي ، وإلى جانب هذه الألفاظ المطلقة ، نذكر أحاديث وأقضية راعى فيها الشرع الحكيم ما كان سائداً في المجتمع الإسلامى من العادات على ما يرى بعض الفقهاء ، ومن هذه الأقضية والأحاديث : قضاء رسول الله ﷺ ، بعدم ضمان ما أفسدته البهائم نهاراً من الزرع ونحوه وذلك لاعتیاد الناس حفظ زروعهم نهاراً .

جاء في البحر الزخار قوله « قضى رسول الله ﷺ بذلك يعنى عدم الضمان : لاعتیاد حفظها⁽¹⁾ بالليل ، ولا ضمان في النهار لاعتیاد إرساها » .

إلى أن قال « فإن انعكس الاعتیاد انعكس الحكم إذ هو العلة⁽²⁾ » . وهذه المسألة ذكرها السيوطى أيضاً ، عند حديثه

(1) (2) انظر البحر الزخار لابن المرتضى ج 6 ص 269 .

عن تعارض العرف العام مع العرف الخاص وأفاد أن فيها قولين: انعكاس الحكم وعدمه في حال تبدل العادة ، غير أنه صحح القول الأخير⁽¹⁾ ، أى أنه يتفق مع ما جاء في البحر الزخار.

ومنها قضاء رسول الله ﷺ في سعة الطريق وتحديده له بسبعة أذرع .

قال الماوردى في أدب القاضى : «وهذا يجوز أن يكون محمولاً على عرف المدينة، فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد يكفى في بعض البلاد ما هو أقل من هذا وربما لا يكفى في بعضها إلا ما هو أكثر من هذا»⁽²⁾ .

وأرى أن ما ذهب إليه الماوردى هو الذى يقتضيه العقل ويؤيده الواقع وإذا كان الماوردى قد لاحظ اختلاف

(1) السيوطى : الأشباه ص 95 ط الحلبي 1959 .

(2) الماوردى أدب القاضى ح 2 ص 207 .

وقد أخرج هذا الحديث كثيرون منهم أبو داود ورقم الحديث فيه 3633 .

البلدان أو المدن منذ ما يقرب من ألف سنة ، فكيف بهذا الاختلاف الآن، لذلك فإنه يتحتم القول بما ذهب إليه الماوردي وإلا لزم أن نحدد كل طريق يختلف عليه الآن بسبعة أذرع ، وهو ما يتعارض مع مصلحة المسلمين وينافي التقدم . . . الأمر الذي لم يقل به عاقل فضلاً عن عالم . ومن الأحاديث التي استعين بالعرف في فهم المراد منها ، قوله ﷺ لبلال : « يا بلال أقضه وزده » كما في بعض الروايات قال ابن بطال : « إن النبي لم يعين قدر الزيادة فاعتمد بلال على العرف » .

وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الحديث وقال القرافي : « كل من له عرف : يحمل كلامه على عرفه ، كقوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة بغير طهور »⁽¹⁾ . يحمل على الصلاة في عرفه عليه السلام دون الدعاء .

وكذلك قوله عليه السلام : « من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف »⁽²⁾ ، يحمل على الحلف الشرعي ، وهو

(1) صحيح مسلم ، باب وجوب الطهارة .

(2) ففي صحيح الترمذي ورد بلفظ (من حلف على يمين فقال : ان شاء =

الحلف بالله تعالى ، لأن الحلف بالطلاق والعتاق جعلها عليه السلام : من أيمان الفساق ، فلا يحمل الحديث المتقدم عليها»⁽¹⁾ ، أنظر الفرق الثالث من فروق القرافي .

وتقدم أن أبا يوسف قال بجواز اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه في المكيل والموزون ، وما ذلك إلا لأن الحديث في رأيه كان مراعيّاً للعادة السائدة في ذلك الوقت :

وبعد هذه الأمثلة التي توضح أثر العرف في فهم كل من القرآن والسنة وبعد أن أوردنا من النصوص التي تضمنت ذكر بعض ما رجع فيه إلى العرف على وجه الإجمال والتي سبقت بعرض مقولات ، أو قواعد فقهية عامة وكلها

الله لم يحدث) ، أنظر شرح ابن العربي لصحيح الترمذى ح 7 ص 14 ط 1931 ومما يمكن ذكره هنا : الحديث الذي ذكره السرخسى في المبسوط ونصه : « إن الله يحدث من أمره ما يشاء ، وإن مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة » ، قال السرخسى : « ولا يفهم أحد من هذا ترك القراءة وأذكار الصلاة » .

تشيد بالعرف ، وتنوه بمكانته في التشريع ، ننتقل بعد هذا كله إلى تتبع أثر العرف في بعض أبواب الفقه ، مقتصرين على أهم هذه الأبواب ، مبتدئين بالإجارة مراعاة لترتيب حروف المعجم والله الموفق إلى الصواب .

الإجارة والعرف

إستعان الفقهاء في كثير من قضايا الإجارة بالعرف ، عن طريق الإحالة عليه ، لضبط وتبيان كل ما لم يرد ضبطه وبيانه عن الشارع الحكيم ، من الكيفيات والمقادير ، وخاصة مقدار الأجر أو كمية العمل المؤجر عنه الذي سبق أن قلنا إن القرآن الكريم أحاله على العرف في تحديد كميته ، بعد أن حدد مقدار الأجر ومدة العمل ، وسنتولى فيما يلي عرض بعض ما أحاله الفقهاء على العرف عند الاختلاف في كل من الأجر أو العمل المؤجر عليه ، أو كيفية استعمال الشيء المؤجر ، وما يتعلق بهذه العناصر لثلاثة من الأحكام .

أولاً - الأجر :

ونتحدث عن تحكيم العرف في قدره ، ووقت دفعه ،

وجنسه واستحقاقه ونبدأ بما ورد عن الإمام مالك رضى الله عنه ، ورواه عنه ابن القاسم فى هذا الخصوص ، ونصه « قال مالك : إذا كان للناس كراء معروف وسنة فى كرائهم ، ونقد يتناقدونه بينهم حملوا على عمل الناس »⁽¹⁾ .

وأوضح من هذا النص أن الإمام مالكاً أحال على العرف أهم قضايا الإجارة وهى : النقد أو السكة المتداولة ، ووقت وكيفية الدفع ومقدار الأجر والعمل ، بل ربما تعدى هذه الأشياء إلى ما يسمى فى القوانين الوضعية (بالعقود المسماة وغير المسماة) وهو ما دل عليه قوله : (كراء معروف) وإذا كان جواب الإمام هذا جاء على وجه الإجمال ، فلقد ذهب كثير من الفقهاء إلى الاحتكام إلى العرف لمعرفة ما يحتاج إلى معرفته على وجه التفصيل⁽²⁾ ومن

(1) أنظر المدونة ج 4 ص 487 مصورة عن ط السعادة 1323 هجرى .

(2) أنظر هذا ، نظرية العقد لابن تيمية ص 164 ولسان الحكام لأبن الشحنة وفيه : يجبر الأب على دفع أجر المعلم والحلوى التى تعارف الناس إعطاها للمعلم على رضوس السور ، وعند المغاربة تعرف بالأصارفة ، وأوجبوا دفعها للمعلم مراعاة للعرف انظر الزرقان على =

ذلك ما جاء في المبدع ونصه «إذا دفع ثوبه إلى خياط فله
أجرة المثل ، لوجود العرف الذى يقوم مقام العقد»⁽¹⁾ ،
وفي المهذب: «الخياط إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة : صار
العرف فى حقه كالشرط»⁽²⁾ .

وجاء فى البهجة للتسولى « فإذا اختلفا فى جنس الكراء ،
فزعم المكري أنه بالدنانير ، وزعم الآخر أنه : بعرض فإنه
ينظر إلى عرف البلد فى مثل ذلك الكراء من كونه بالدنانير
أو بالعرض ، فمن شهد له عرف البلد : صدق بيمينه ، كما
مرّ فى الثنيا » ، البهجة ج 2 ص 175 ، وقال الشيخ خليل
فى مختصره وهو يتحدث عن الأجر : « وعُجِّلَ إن عُيِّنَ أو
بشرط أو عادة » ، أنظر المختصر أول باب الإجارة
ص 241 ط 1327 هـ .

= خليل عند قول الأخير (واهما وإن لم تشترط) باب الإجارة ج 7
ص 19 وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج 4 ص 15 .

(1) أنظر المبدع لابن المفلج ج 5 ص 68 .

(2) المهذب للشيرازى ج 1 ص 418 .

ثانيا : كيفية استعمال الشيء المؤجر ووقت ومقدار ذلك الاستعمال :

الأشخاص، جاء في الفتاوى الهندية⁽¹⁾ قوله :
« والأصل في الإجارة إذا وقعت على عمل فكل ما كان من
توابع ذلك العمل ولم يشترط على الأجير في الإجارة فالمرجع
فيه إلى العرف كذا في المحيط »⁽²⁾ ، ومن ذلك حمل الأجير
الأحمال إلى داخل الباب أو عدمه ، مبنى على العرف⁽³⁾ ،
والأجير الخاص يلزمه من العمل في النهار : ما يتعارف في
الجهة⁽⁴⁾ ، وله استنابة غيره في عمله ، إلا إذا منع من ذلك
العرف⁽⁵⁾ . . . وعلى راعى الغنم رعاية ما توالد منها ،
إذا قضى العرف⁽⁶⁾ بذلك ما لم يتعاقد معه على رعاية عدد
بعينه .

(1) ، (2) أنظر الجزء الرابع ص 432 .

(3) ابن نجيم في الأشباه ص 100 .

(4) ، (5) ابن المرتضى البحر الزخارج 5 ص 50 ، 58 .

(6) المدونة ج 4 ص 439 .

أما بالنسبة للأدوات ومنها الثياب فإن من أستأجر ثوباً
فله : لبسه في اليقظة ليلاً ونهاراً ، لا في النوم إلا القيلولة
الخفيفة ، للتعارف ، ولا يجوز له الاتزار به لمخالفة
العادة ، وإذا كانت مدة الإجارة عدة أيام ، ففي دخول
الليالي خلاف ، وقيل يتبع العرف⁽¹⁾ وبصفة عامة وكما
قال الرملي «يعتبر في الاستيفاء العرف»⁽²⁾ .

وقت دفع الأجر ومقداره :

وذلك كما في دخول الحمام ودفع الثياب للخياط ونحو
ذلك ، فإنه يرجع في معرفة مقدار الأجر ووقت دفعه إلى
العرف⁽³⁾ ، قال الزرقاني « وإذا أراد الصانع والاجرء
تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب الشيء ، حملوا على
المتعارف بين الناس »⁽⁴⁾ .

(1) البحر الزخارج 5 ص 32 .

(2) نهاية المحتاج ج 5 ص 308 .

(3) نظرية العقد لابن تيمية ص 164 .

(4) شرح الزرقاني على المختصر ج 7 ص 4 ط بولاق

وفي البهجة للتسولي ج 2 ص 175 « فإن لم يبين في عقد الكراء: وقت أدائه واختلفا فيه ، فقال المكترى تعجيله في أول الشهر وقال المكري في آخره حملاً على العرف ».

وكذلك إذا اختلف في استحقاق الأجر ، كأن يقوم أحد بأداء عمل ثم يطلب على ذلك العمل أجراً ، فإنه يستحق الأجر مع يمينه أنه ما فعل ذلك متطوعاً إلا إذا شهدت العادة بأن مثله لا يأخذ الأجر فإنه عندئذ لا يستحق شيئاً .

وينطبق هذا على كل صانع وعامل نصب نفسه للعمل بالأجرة ، ومن هذا القبيل ما إذا ألحق أحد ولده بصانع يعمل معه ولم يتعرضا لدفع الأجر على من يكون؟ فإنه : يحتكم إلى العرف في تلك الجهة . فهو الذي يحكم بالأجرة للصانع أو عليه ⁽¹⁾ .

ومما أحتكم فيه إلى العرف أيضاً: الخيط والحبر على من

(1) ابن نجيم : الأشباه ص 100 .

يكونان أعلى الخياط والكتاب أم العكس⁽¹⁾؟ وكذلك الماء وآلات البناء هل هي على البناء أم على صاحب البناء⁽²⁾؟ .

ومعلوم أنه إذا لم يشترط تعجيل الأجرة فسد عقد الإجارة إلا إذا كان هناك عرف⁽³⁾، وإذا فسد عقد الإجارة - أو حصل تدليس - احتكم إلى أجرة المثل⁽⁴⁾.

وفي نقر الرحا وإصلاحها يتبع العرف⁽⁵⁾، وكذلك في استغلال الدور ما لم يكن شرط، إذ ليس له أن يحدث فيها ما يسيء إليها كدار أنيقة ليجعل فيها حداثة⁽⁶⁾ أو نحوها مما يسبب لها ضرراً، وإذا شرط صاحب الدار على المستأجر أنه إن سكنه يوماً من الشهر فباقيه : لازم، أو كان العرف يقضى بذلك : وجب الدفع في الحالتين أما إذا لم يعين وقت الدفع واختلفا فيه : حملاً على عرف البلد، فأمر الدور كما قال ابن القاسم : «على ما يعرف الناس»⁽⁷⁾

(1) (2) (3) (4) خليل ابن اسحاق : المختصر، باب الإجارة .

(5) أنظر المدونة ج 4 ص 449 .

(6) أنظر المدونة ج 4 ص 517 .

(7) نفس المصدر .

حتى قال السرخسى فى كنس مسيل ماء حمام الدار
المكترة : يتبع العرف ⁽¹⁾ وبالنسبة للزوم الكراء ، فى
المشاهرة إذا أراد أحد المتكاريين أن يجل العقد فإنه يجوز له
ذلك .

الأرض

وإذا كان المستأجر أرضاً زراعية ، ولم يسميا عند العقد
ما يزرع فيها ، بطلت الإجارة عند البعض ، وهناك من
يرى جواز الإجارة إذا كان فى ما يزرع فى تلك الأرض
عرفاً ⁽²⁾ ، وعليه فإذا جرى عرف بزراعة شىء فيها فيتبع ،
فالمعول عليه : العرف فإذا يزرع ، ومتى تخلى الأرض من
زرعها ، والمدة التى يستغلها فيها المؤجر .

هذه أمثلة توضح ما للعرف من أثر فى الإجارة ، أما
الآن فننتقل إلى عرض أمثلة توضح أهميته فى الأيمان .

(1) السرخسى : المبسوط ح 15 .

(2) النسولى : البهجة ج 2 ص 161 .

(3) أنظر البهجة للنسولى ج 2 ص 168 .

الأيمان مبنية على العرف والعادة

نظراً لاختلاف المصطلحات ، وتعدد الأسماء للشيء الواحد وتضمين الأسماء غير مضامينها اللغوية أحياناً ، لهذا احتاج الفقهاء إلى العرف فيما يتعلق بالأيمان ، ليصلوا عن طريقه إلى قصد الحالف ، واهتموا به اهتماماً كبيراً ، حتى إن بعضهم قدمه على اللغة ، وعلى القياس وعلى العرف الشرعي ، فقالوا في من حلف لا يتكلم اليوم ثم صلى ، بأنه لا يحنث وهذا العرف الشرعي عند الحنفية⁽²⁾ وبعض الشافعية كما في نهاية المحتاج للرملي ح 8 ص 206 ، ومن حلف لا يشتري بنفسجاً اشترى : دهن بنفسج فإنه يحنث عند الحنفية⁽³⁾ ، ومن حلف لا يلبس

(1) هذه العبارة للسرخسي ، انظر المبسوط ح 9 ص 15 .

(2) (3) المبسوط للسرخسي ح 9 ص 22 وما بعدها وهذا من باب ترك

من غزل فلانة ، ثم لبس من غزلها⁽¹⁾ فإنه يحنث للعادة ،
ومن حلف لا يدخل بيتاً ودخل مسجداً فوجهان عند
الشيعة ، صحح ابن المرتضى عدم الحنث للعرف⁽²⁾ ،
لأن المسجد لا يسمى بيتاً في العرف ، وعند الشافعية
عدم الحنث أيضاً في المسجد والحمام ، اتفاقاً أما إن دخل
بيت شعر ، فإن كان ممن يسكن بيوت الشعر حنث
عندهم ، وإن كان ممن لا يستعملها فوجهان⁽³⁾ .

ومن حلف لا يقعد على الأرض ولا نية له فقعد على
بساط ، لم يحنث⁽⁴⁾ ، رغم أن القرآن سمي الأرض
بساطاً ، ومن حلف لا يأكل مطعوماً : لم يحنث⁽⁵⁾
بالدواء إذ لا يسمى مطعوماً في العرف .

= العرف الشرعي للعرف العادي .

(1) المبسوط ج 9 ص 2 .

(2) البحر الزخار ج 5 ص 246 .

(3) المهذب للشيرازي ج 2 ص 134 ط 1959 م .

(4) مغنى المحتاج ج 4 ص 334 ط 1955 م وانظر المبسوط ج 9

ص 24 .

(5) البحر الزخار ج 5 ص 250 .

ومن حلف لا يأكل بيضاً، فعند المحاملي : لا يدخل إلا بيض الدجاج ، وفي أصول البزدوى : (يختص بيض الأوز والدجاج)⁽¹⁾ ، وفي المبسوط : عم بيض الطير كله ، ولكن لا يدخل بيض السمك ونحوه إلا أن ينويه ، وكل هذا يدل على أثر العرف، فكلُّ يفتى على حسب عرفه ، ولهذا أوجز بعضهم وقال إنه ينصرف إلى ما يؤكل عادة .

وفي من حلف لا يأكل رأساً ، كان أبو حنيفة يقول « يحنث بثلاثة أنواع من الرؤس : هي رأس الإبل ، ورأس البقر ، ورأس الغنم » لأنه رأى عادة أهل الكوفة أنهم يفعلون ذلك في هذه الرؤوس الثلاثة ، ثم تركوا هذه العادة في رأس الإبل ، فرجع وقال : يحنث في رأس البقر والغنم خاصة .

ثم إن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله تعالى ، شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا في رأس الغنم خاصة فقالوا : لا يحنث إلا في رأس

(1) أنظر كشف الأسرار ج 2 ص 98 .

الغنم ، فعلم أن الاختلاف : اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حكم وبيان والعرف الظاهر أصل في مسائل الأيمان (1) .

ولقد ذهب بعض الحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية في عدم الحنث إلا برأس تؤكل عادة ، وممن ذهب إلى هذا من الحنابلة : أبو الخطاب وغيره ، وهو ما مشى عليه صاحب الترغيب ، حتى قال : « فإن جرت عادة قوم بأكل رؤوس الطباء حنث به في ذلك المكان » (2) .

وعلى العموم فيمكن القول بأن للحنابلة قولين كما يمكن تصنيفهم إلى مجموعتين إحداهما : تعتبر العرف ولا ترى الحنث إلا في المتداول عرفاً ، والأخرى لا تقول بالعرف وإنما تقدم عليه في الغالب اللغة والعرف الشرعى ، وتبنى الحنث وعدمه على هذا الأساس ، أى أن العرف إذا كان مخالفاً لحقائق اللغة أو العرف الشرعى

(1) أنظر المبسوط للسرخسى ج 9 ص 678 .

(2) أنظر في كل ما يخص الحنابلة هنا قواعد ابن رجب القاعدة 121 .

فإنه لا عبرة به ، ولا التفات إليه ، وإنما يعمل بالعرف الشرعى وباللغة ، وهذا يصدق على كل من البيض ، ولحم السمك ، ودخول البيت ، وهو ما تقدم الحديث عنه ، أنظر قواعد ابن رجب الحنبلى القاعدة (121) ص 274 وما يقال عن الحنابلة يمكن أن يقال عن الشافعية⁽¹⁾ بالنسبة للرؤوس واللحم والبيض ، بل لعل موقف الشافعية فى هذه الثلاث : أقرب إلى رأى الحنفية .

جاء فى المنهاج وشرحه أن من « حلف لا يأكل الرؤوس - ولا نية الرؤوس - ولا نية له ، حنث برؤوس تباع وحدها ، لا : برؤوس طير وخيل وحوت وصيد ، إلا إن كان الحالف من بلد تباع فيه مفردة »⁽²⁾ .

انتهى من المنهاج والنهاية بتصرف قال الشبر مالى فى

(1) - أنظر المهذب للشيرازى ح 2 ص 134 ط الحلبي

(2) - نهاية المحتاج على شرح المنهاج بحاشية الشبرا ملى ج 8 ص 197

ط 1967 م .

حاشيته على نهاية المحتاج تعقيباً على قول الرملى «من أهل بلد علم أنها تباع فيه مفردة»⁽¹⁾ ناقلاً عن غيره «إذا اعتيد في بلد ما بيعها مفردة» على أننا نلاحظ أن هذا ربما لا يتفق وقاعدة : (إذا ثبت العرف في موضع : عم) التي يقول بها بعض الشافعية والتي تعنى عدم الاعتراف بالعرف الخاص وهو ما يخالفه جمهور الفقهاء .

ولعل فيما قدمناه : كفاية في الدلالة على أهمية العرف في الأيمان وبالنظر إلى ترتيب هذه المواضيع على حروف المعجم ، فإن الموضوع الذى يلي الأيمان هو البيوع ، ومن ثم ننتقل إليه بالحديث .

البيوع والعرف :

يشكل البيع والشراء : القسم الأكبر من النشاط البشرى لأى مجتمع ، ذلك لأنه الوسيلة العامة لتبادل الأعواض ونقل الملكيات ، وطبعى أن الأعراف تنمو

(1) المصدر السابق .

وتتنوع بنمو وتنوع نشاط السكان ، ومن هنا كان أثر
العرف واضحاً في قضايا البيع والشراء ، ولسنا هنا بصدد
استقصاء مظاهر أثر العرف وإنما نحن بصدد بيان بعض
هذا الأثر، لهذا سأكتفى بذكر ما يفى بهذا الغرض،
وينتظم ذلك في الآتي :

الصيغة ، والبيع المطلق ، والتمن وقبضه ، وقبض
السلعة والأجال ، وما يتبع أو لا يتبع المبيع عند عدم
ذكره ، وكيفيات التسليم والتسلم ، وما يعد أو لا يعد
عيبا في المبيع ، وما يلحق برأس المال من المصاريف ،
وأجرة السمسار ، والشروط في البيع والخيارات فيه ،
كخيار المجلس وخيار الغبن عند من يقول بهما وأبدأ
بطرح هذا السؤال : بماذا ينعقد البيع ؟

أجاب ابن المرتضى عن هذا السؤال بقوله :

« ينعقد بكل لفظ يقتضى التملك عرفاً »⁽¹⁾ ، إذن فلا
تلزم صيغة معينة لوقوع البيع ، بل إذا توافر الإيجاب

(1) البحر الزخارج 4 ص 298.

والقبول اللذان هما (عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد والقوم) : (1) تم البيع .

وأبادر إلى القول بأن هذا ليس عند كل الفقهاء ولكنه عند الأغلب ، ولعل أبرز من قال بعدم اشتراط صيغة معينة للبيع الإمام مالك رضى الله عنه ، فلقد روى أنه قال : « كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع » (2) ولقد قال بقول الإمام هذا أئمة حتى من غير المذهب المالكي ، وأخص بالذكر من الشافعية صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى (3) ، الذين تركوا قول إمامهم في هذا الشأن ، وحثتهم كما أوردها النووى « إن الله تعالى : أحل البيع ، ولم يثبت في الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف ، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً » (4) . ولقد توسع البعض في هذا حتى أجازوا أنواعاً

(1) أنظر المادة (168) من مجلة الأحكام العدلية .

(2) أنظر المجموع شرح المهذب للنووى ح 9 ص 162 وما بعدها .

(3)، (4) المصدر السابق .

من البيوع منها : المعاطاة ، كما في المجموع للنووي ⁽¹⁾ ومختصر خليل ، وأصله لابن القاسم ⁽²⁾ ، والبيع على التقاضى كما رواه الإمام زروق عن محمد ، ونقله عنه التاودى ⁽³⁾ فى شرحه لتحفة ابن عاصم وكذلك البيع على الأنموذج أو العينة أو البرنامج ⁽⁴⁾ ، كما فى شرح الرسالة لابن ناجى ومجلة الأحكام العدلية انظر شرح المادة (324) لعلى حيدرولقد جعلوا الأصل فى جواز هذه الأنواع كلها : العرف والعادة .

البيع المطلق :

البيع المطلق ينعقد حالاً إذ إن هذا ما يقتضيه البيع ، لكن إذا جرى عرف بالتأجيل عند الإطلاق : انصرف ⁽⁵⁾

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر مختصر خليل أول باب البيوع ص 168 .

(3) أنظر شرح التاودى للعاصمية هامش البهجة للتسولى ج 2 ص 11 .

(4) أنظر المدونة ج 4 ص 212 .

(5) أنظر المادة 425 من مرشد الحيوان .

إليه ، وهذا ما جاء في الأشباه لابن نجيم⁽¹⁾ وصرح هناك بأن الأصل في ذلك : العرف ولقد تضمنت هذا المعنى المادة (251) من مجلة الأحكام العدلية ونصها : « البيع المطلق ينعقد معجلاً ، أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً ، أو مقسطاً بأجل معلوم : ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل - مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا ولا تأخيره لزم عليه أداء الثمن في الحال ، أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعضها معها منه بعد أسبوع أو شهر : لزم اتباع العادة والعرف في ذلك »⁽²⁾ .

الاختلاف على الثمن :

يتصور حصول الاختلاف على الثمن من عدة وجوه ، ذلك أنه قد يختلف عليه من حيث الجنس - ما إذا كان

(1) أنظر الأشباه ص 95 .

(2) نظر شرح المادة 251 لعلی حيدر .

نقداً أو عرضاً - أو يكون سبب الاختلاف تعدد العملات المتداولة في البلد، كما قد يتخلف على قبضه ، كأن يدعى المشتري دفع الثمن والبائع ينكر ذلك إلى غير ذلك من أوجه الاختلاف .

فإذا اختلف البيعان في السكة بأن « قال أحدهما من سكة كذا ، وقال الآخر من سكة كذا : فلهما السكة المتعارفة⁽¹⁾ في تلك السلعة أما إذا اختلفا في قبض⁽²⁾ الثمن فقال ابن سلمون : « إن كان المبيع مما العرف فيه بيعه بالنقد . . . فالقول فيه : قول المبتاع مع يمينه »⁽³⁾ .

وفي المدونة قال مالك : « أما ما كان من البيوع . مما يتبايعه الناس على وجه الانتقاد - شبه الصرف - مثل الحنطة والزيت واللحم والفواكه والخضر كلها ، وما يبتاع

(1) (2) أنظر البهجة للتسولي ج 2 ص 175 وما نقلناه عنه : بتصرف .

(3) ابن سلمون : العقد المنظم للحكام مطبوع مع تبصرة ابن فرحون ج 1 ص 230 ط 1301 هـ .

(4) وانظر التاج والإكليل للمواق هامش الخطاب ج 4 ص 511 ط 1978 م .

الناس في أسواقهم مما يشبه هذه الأشياء فإن ذلك مثل
الصرف فالقول فيه قول المشتري وعليه اليمين « انظر
ج4ص 44 من المدونة .

والاختلاف في قبض السلعة: ينطبق عليه ما ينطبق
على الاختلاف في قبض الثمن⁽¹⁾.

قال ابن عاصم في التحفة في ما يتعلق بالاختلاف في
قبض الثمن :

فالقول قول مشتر بعد الحلف : في القبض فيما بيعه
نقداً عرف .

العرف والآجال في البيوع :

قد يتعارف الناس ببيع شيء بالأجل ، فإذا بيع شيء
من هذا اعتبر مؤجلاً إذا لم يتفقا على خلافة ، غير أنه قد
يحصل الاختلاف لا في وجود الأجل وإنما في طوله وقصره

(1) انظر العقد المنظم للحكام لابن سلمون هامش تبصرة الحكام ج 1
ص 244 ، 246 .

بأن يدعى البائع أجلاً قريباً ، والمبتاع يدعى أجلاً بعيداً
لا يتبايع الناس إلى مثله ، وفي هذه الحالة يصدق الذى
يدعى الأشبه بآجال بيوع الناس فى تلك الجهة⁽¹⁾ ،
والأقرب إلى تعاملهم ، لأن « المدار فيما يتعلق بالآجال :
على العوائد»⁽²⁾ .

وفى المدونة قال مالك : « إن كان الذى ادعى المبتاع
أجلاً قريباً لا يتهم فى مثله فالقول : قوله ، وإلا كان
قول البائع الذى قال حالة ، إلا أن يكون لأهل تلك
السلمة أمر يتبايعون عليه قد عرفوه فيكون القول قول من
ادعى الأمر المعروف عندهم »⁽³⁾ .

ما يتبع المبيع بناء على العرف :

يمكن القول بوجه عام إن كل ما جرى العرف بإلحاقه
بالمبيع : يدخل فى المبيع ، ولو لم يذكر عند العقد ، ولهذا

(1) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 89 .

(2) أنظر حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 23 .

(3) أنظر المدونة ج 48 ص 254 .

تجد الفقهاء يختلفون فيما يتبع المبيع أو لا يتبعه ، والدليل على ذلك كثرة كلامهم الدال على هذا المعنى ، مثل قول بعضهم : إن هذا كان بناء على عرف ديارهم⁽¹⁾ . ونقل ابن نجيم عن الملتقط قوله « دخول البرذعة والإكاف في بيع الحمار مبنى على العرف »⁽²⁾ ، وقال عز الدين بن عبد السلام : « تدرج الأبنية والأشجار في بيع الدار ، حتى لو لم يصرح البائع بذلك بناء على العرف الغالب »⁽³⁾ وجاء في بدائع الصنائع ما نصه « وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود : إنها تحمل على العادة لكل بلد » ، الكاساني في البدائع ج 4 ص 432 ، وانظر العناية على البداية للبايرتي ج 3 ص 36 والمبدع لابن مفلح ج 4 ص 85 والمادة (23) من المجلة .

(1) أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 6 ص 280 .

(2) أنظر الأشباه لابن نجيم ص 100 .

(3) أنظر قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ج 2 ص 114 وانظر تبصرة الحكام لابن فرحون الباب السابع والخمسون .

العرف يحدد ما هو العيب :

المطلوب في البيع والغالب فيه أن يكون المبيع سالماً من العيوب غير أن السلامة من العيوب أمر نسبي ، فقد تختلف النظرة إلى الشيء الواحد ، عندما يراه اثنان فيقول أحدهما إنه لا عيب فيه بالنظر إلى ضآلة ما به من العيب ، بينما يجزم الآخر بوجود العيب نظراً إلى عدم سلامته بالكلية . ولعل هذا هو الذي حمل الفقهاء على تحكيم الرأى العام أو العرف والعادة في كل جهة . قال الشيرازى : « العيب الذى يرد به المبيع . . هو ما يعده الناس : عيباً »⁽¹⁾ وقال صاحب البداية وهو يتحدث عن العيب : « . . . والمرجع في معرفته : عرف أهله »⁽²⁾ . وفى المبسوط « والرجوع فى معرفة العيب إلى العرف »⁽³⁾ .

(1) أنظر المهذب ج 1 ص 293 .

(2) بداية المبتدى وشرحها للمرغنانى ج 3 ص 36 .

(3) المبسوط للسرخسى ج 13 ص 51 .

الشروط في البيع :

الشرط في الغالب يخالف مقتضى البيع ، ولهذا ورد النهى عن بيع وشرط⁽¹⁾ ، ولكن ورد أيضاً (المسلمون على شروطهم)⁽¹⁾ ، ويبدو أن بعض الفقهاء عملاً منهم بالجمع بين الأدلة : منعوا بعض الشروط وأجازوا البعض الآخر . ومما أجازوه بعض الفقهاء من الشروط : الشرط الذى يقتضيه العقد ، أو يؤكد موجبه ، أو يجرى به العرف⁽²⁾ .

ونقل التسولى عن المعيار قوله : « سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع والعرف يقتضى شرطيتها ، فقال : إذا اقتضى العرف شرطيتها فهى : محمولة على ذلك »⁽⁴⁾ .

(4) أنظر المدونة ج 4 ص 1881 وانظر الجامع الصغير بشرح المناوى ج ص 272 .

(2) رسالة نشر الطرف ج 2 ص 121 من مجموع رسائل ابن عابدين .

(3) أنظر شرحى العاصمية للتاودى والتسولى ج 2 ص 66 .

وفي المادة (188) من المجلة (البيع بشرط متعارف -
يعنى المرعى فى عرف البلد - : صحيح ، والشرط :
معتبر) .

الخيار فى البيع :

لست فى حاجة إلى الحديث عن مبدأ العمل بالخيار فى
البيع وأنواعه ولا عمن أجازوه أو منعه ، وإنما يهمنى أن
أذكر أن الذين أجازوا بعض أنواع الخيار فى البيع
احتاجوا إلى العرف لتحديد أو بيان بعض ما يتعلق به ،
كما فى خيار الشرط ، وخيار المجلس وبقية الخيارات
الأخرى .

خيار الشرط :

سئل ابن القاسم عمن اشترى فاكهة رطبة واشترط
الخيار يوماً أو يومين فأجاب بأنه (لم يسمع من
مالك فى هذا شيئاً) (قال) وأرى أن ينظر فى هذا إلى ما
يصنع الناس) أنظر المدونة ج 4 ص 171 وقال التسولى فى
بيع الخيار: « الذى يشترطه أحد المتبائعين ، أو كل منهما

على صاحبه أو جرت العادة باشتراطه - لأنها كالشرط - :
جائزا الوقوع⁽¹⁾ .

ومن هذا ما لو شرط الخيار ولم يحدد له أجلاً ، فعند
ابن القاسم جائز⁽²⁾ ويجعل له من المدة ما يختبر مثله
فيها ، وعزاه ابن المرتضى في البحر⁽³⁾ الزخار لمالك .

بعض الخيارات الأخرى :

خيار المجلس ينتهى بالتفرق ، والتفرق غير منضبط
فاحتاج الفقهاء إلى العرف لمعرفة التفرق من عدمه ،
وكذلك الحال فى خيار الغبن عند من يقول به ، فإن
الغبن الموجب للرد هو ما يزيد على العادة ، أنظر البحر
الزخار ح 4 ص 345 .

وقالوا فى خيار العيب إنه يبيح الرد إذا كان ذلك

(1) البهجة ج 2 ص 58 .

(2) المدونة ج 4 ص 199 .

(3) البحر الزخار ج 4 ص 348 .

العيب غير بسيط⁽¹⁾، غير أنهم قيدوا الرد بما إذا لم يطل الزمن، والطول يحدد بحسب العرف المعتاد⁽²⁾ وأخيراً خيار الوصف وهو نوعان، منه ما يثبت بالشرط نصاً، ومنه ما يكتفى فيه بالشرط العرفي، ومثلوا له بشخص اشترى بقرة، وظهر بعد الشراء أنها غير حلوب فإذا كان من المتعارف أن شراء تلك البقرة إنما لكونها حلوباً فللمشتري أن يردها، أما إذا كان شراؤها للذبح مثلاً فليس له ذلك⁽³⁾.

قالوا وهذه الحالة قد تعرف بعادة المشتري أو بقرائن الأحوال، كما إذا اشترى مسلم شاة قرب عيد الأضحى فإنها تحمل على الشاة التي تتوافر فيها شروط الأضحى وأخيراً نشير إلى أن هناك أشياء جاز بيعها بناء على العرف، أي أن العرف هو الأصل في جواز هذا البيع، ومن هذه الأشياء: بيع المغيبات في الأرض كالجزر

(1) أنظر كشف القناع للبهوتي ج 3 ص 201 .

(2) أنظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلی حیدر ج 1 ص 283 .

(3) أنظر المهذب للشيرازي ج 1 ص 290 .

واللفت ونحوهما ، ومنها بيع ما تتلاحق أفراده كالقضاء ونحوه ، ومنها بيع دودة القز والعلق بعد أن ثبتت ماليتها بالتعامل ، وقد كانتا محسوبتين من جملة هوام الأرض التي لا مالية لها عند أبي حنيفة وقد تقدم بعض هذا .

بقي أن نشير إلى عقدين هامين ، هما : عقد السلم وعقد الاستصناع فهذان العقدان من أشهر العقود التي ارتبطت بالعرف وبصرف النظر عن الأصل في جوازهما ، أهو العرف أو الإجماع ، أو السنة أو الكتاب ، فإنه مما لا شك فيه أن الناس قد تعارفوا على هذين العقدين قبل التشريع ، فإذا قلنا إن الأصل في جوازهما الكتاب والسنة فإن هذا يعني أن الكتاب والسنة أقر العرف لأنه سابق عليهما في الوجهة التاريخية على الأقل وإضافة إلى ذلك فإن العرف ارتبط بهذين العقدين ، حيث احتاج الفقهاء إليه لبيان وتوضيح وضبط جزئيات كثيرة في هذين العقدين على ما يتضح لنا الآتي :

عقد السلم :

من المعلوم أن : من شروط السلم أن يكون المسلم

فيه (مؤجلاً بأجل معلوم للمتعاقدين حقيقياً وأقله نصف شهر عند ابن القاسم⁽¹⁾ أو حكماً كمن لهم عادة بوقت القبض، فلا يحتاج إلى : ضرب أجل) ، قال ابن عابدين : «ينظر إلى العرف في تأجيل مثله»⁽²⁾ كما أن من شروطه أيضاً : أن يكون معلوم المقدار . . . أى أن يكون بما جرت العادة به من كيل أو وزن ، أو عد ، أو ذرع ، أى (أن يكون معلوم المقدار بعادته) انظر ميارة على العاصمية ج 2 ص 80 ، فإن اشترط المسلم مكيالاً من عنده أو مكيالاً قد ترك الناس التعامل به . . . فلا يجوز عند ابن القاسم ، وفي مختصر خليل وأن يضبط بعادته ، من كيل أو وزن أو عدد⁽³⁾ .

ويشترط في المكيال أن يكون غير قابل للانقباض والانبساط . . . ، إلا أنه يصبح السلم في الماء مع أهل القرية بناء على التعامل فيه ، ، شرح المادة 386 من مواد

(1) شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 80 .

(2) أنظر رد المحتار لابن عابدين ج 5 ص 125 .

(3) أنظر مختصر خليل ص 193 .

المجلة (لعلى حيدر)، كما أن من جملة شروطه، ضبط
الصفة التي تختلف بها القيمة اختلافاً لا يتغابن في مثله ،
والرجوع في ذلك إلى العوائد⁽¹⁾.

كما قالوا : يلزم لصحة السلم في العدييات
المصنوعة ، كابن البناء والآجر : - معرفة أبعاد القالب
الثلاثة ، إلا إذا اصطح⁽²⁾ أهل بلد على قالب
مخصوص :

فيكفيهم ذلك ، وقالوا يتعين محل العقد للتسليم
للعرف فيه إلا إذا عين غيره وإن كان المسلم فيه يوجد
ببلد آخر : صح السلم إن اعتيد نقله إلى محل التسليم
للبيع (فاعتياد نقله للمعاملة من محل إلى محل كاف في
الصحة) أنظر نهاية المحتاج للرملى ج 4 ص 193 وفي
الفتاوى الخانية (ولو أسلم في الخنطة وزناً ، روى
الحسين عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه : لا يجوز،

(1) شرح العاصمية لميارة ج 2 ص 80.

(2) أنظر شرح المادة 384 من مجلة الأحكام العدلية ج 1 ص 351.

وروى الطحاوى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه يجوز ، وعليه الفتوى ، لتعامل الناس).

وفي الفتاوى البزازية ، وأفتى القاضى والطحاوى بجواز السلم فى الحنطة وزناً ، وبه يفتى للعرف العام والحاجة إليه) أنظر الفتاوى البزازية هامش الفتاوى الهندية ج 4 ص 355 .

عقد الاستصناع :

من المعلوم أن عقد الاستصناع ثبت جوازه على خلاف القياس ، لأنه : بيع معدوم . يقول الزيلعى فى تبين الحقائق : «ان الاستصناع : ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل»⁽¹⁾ .

ويقول السرخسى فى المبسوط فى هذا الشأن : « . . . ولكننا نقول : تركنا القياس لتعامل الناس فى ذلك . . . »⁽²⁾ .

(1) أنظر ج 5 ص 130 .

(2) المبسوط ج 12 ص 124 .

ومع أن هناك من يرى أن الاستصناع ثبت بالسنة ، حيث إن النبي ﷺ ، استصنع خاتماً ، كما استصنع المنبر ، فإن كلا من الزيلى والسرخسى وكذلك الكاسانى وغيرهم من الحنفية ، جعلوا الأصل في جواز هذا العقد : التعامل أو العرف ، سواء قصد بهذا التعامل الإجماع أو مجرد العرف وحتى لو قلنا بثبوت جواز عقد الاستصناع بالسنة فإن العرف هو الذى أصبح يحدد المجالات أو الأشياء التى يجوز فيها الاستصناع فما تعارف الناس استصناعه جاز فيه الاستصناع ، وما لا فلا ، يقول الأستاذ عمر عبد الله : « فالمدار فى صحة الاستصناع وعدمه ، إنما هو : عرف الناس والتعامل به ، فإذا وجد عرف وتعامل به : صح ، وإن لم يوجد لا يصح الاستصناع »⁽¹⁾ وهذا ما جاء فى المجلة وهو ما يفيد صدر المادة (389) غير أن ما جاء فى آخر هذه المادة ربما لا يتفق مع ما جاء فى صدرها ، ولعلها راعت فى ذلك قولاً ضعيفاً نسب إلى القهستانى ، فانظر تمام هذا فى شرح

(1) عمر عبد الله ، العرف فى الفقه الإسلامى ص 37 .

المادة المذكورة لعلی حيدر ، ومهما يكن من أمر فإننا نكتفى بما ذكرناه عن عقدي السلم والاستصناع رغم أن المقام يقتضى الإكثار من ذكر الأمثلة وذلك بالنظر إلى أهميتها باعتبارهما من أوضح ما يدل على سماحة الشريعة الإسلامية حيث إنهما شرعا استثناء مما جاءت به بعض النصوص الشرعية . ولكن ربما شفع لنا أن قصدنا هو ذكر الأمثلة وليس الاستقصاء ، وننتقل إلى الحديث عن النكاح .

النكاح وما يتعلّق به :

النكاح من أهم العقود في حياة الأفراد والجماعات ، وهو من أقوى الروابط الاجتماعية ، لما يترتب عليه من الآثار ، كثبوت النسب والتوارث وبناء الأسر وترابطها وعلاقتها ببعضها البعض ، ناهيك عما ينتج عن انفصامه من العلاقات السيئة بين الأزواج ، وربما شمل أطرافاً أخرى كأقرباء الزوجين ، لهذا كله نرى الشارع الحكيم قد أحاط هذا العقد بكل ما يكفل بقاءه واستمراره من القيود والضوابط وما رغب فيه وندب إلى فعله ، مثل :

طلب الكفاءة ، والنظر إلى الزوجة ورضائهما ، وما إلى ذلك من الأمور التي تساعد على بقاء هذا العقد ، ورغم أن الشارع الحكيم مراعاة منه لأهمية هذا العقد قد شدد فيه ما لم يشدد في العقود الأخرى كالبيع ونحوه ، نقول رغم ذلك فقد أحال على العرف والعادة كثيراً من قضايا هذا العقد .

وإذا كانت أغلب النصوص الدالة على هذه الإحالة ، هي من أقوال الفقهاء واستنباطاتهم فإن ذلك لا يقلل من أهميتها ، حيث إن قائلها : فقهاء ثقة مجتهدون ، أفرغوا وسعهم في محاولة معرفة ما ترشد إليه نصوص الشريعة ، بل إن لهم أسوة حسنة في قضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق الأشجعية التي نكحت رجلاً وفوضت إليه ، فمات قبل أن يسمى لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ ، بصداق نسائها) ، أى قضى لها بما يمكن أن يسمى بعرف نسائها في مهورهن ، ولقد قضى بهذا القضاء عبد الله بن مسعود على غير علم بقضاء رسول الله هذا ، حتى إنه سر كثيراً عندما قيل له : إن قضاءه وافق قضاء

رسول الله ، وهذه الحكاية - إن صحت⁽¹⁾ فإنها تكون سنداً للفقهاء القائلين بالعرف، لأنه إذا كان النبي قضى بهذا القضاء فقد انتهى الأمر ولا إشكال وكان هذا: موجباً للعمل بالعرف، وإذا لم يقض النبي بذلك فكفى الفقهاء اقتداء بعبد الله بن مسعود ومهما يكن من أمر فسنورد فيما يلي أمثلة تدل على تغلغل العرف في جزئيات هذا العقد ، مبتدئين بأولى مراحل تكوينه .

الكفاءة في الزواج :

يقول الأستاذ عمر عبد الله : «وأجمع الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار الكفاءة بين الزوجين ، وإن اختلفت الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة»⁽²⁾ .

وجاء في فتح القدير قوله : « . . . فإذا ثبت : اعتبار

(1) أخرج هذا الحديث جماعة من المحدثين منهم : أبو داود، أنظر عون المعبود ج 6 ص 148 والحاكم في المستدرک ج 2 ص 180 .

(2) العرف في الفقه الإسلامي ص 52 .

الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به «⁽¹⁾ وهذا ما يتفق مع ما جاء في البهجة⁽²⁾ للتسولي والبحر الزخار⁽³⁾ للمرتضى والرويانى ونقله عنه الرملى فى نهاية المحتاج⁽⁴⁾ .

تقديم الهدية للعروس :

إن هدية العرس أو ما يتبادلها العروسان قد تركها الإسلام ، ولم يخصها بشيء إلا ما جاء من الندب إلى التهادى بصفة عامة ، ولهذا أحال الفقيه هدية العرس على العرف ، روى ابن القاسم عن مالك : أنه يلزم الناكح هدية العرس إن كان قد عرف من شأنهم ذلك⁽⁵⁾ ، فإذا حصل عدول عن الخطبة من جهة المخطوبة فللخاطب - على ما يرى المالكية - استرداد ما

(1) فتح القدير لابن الهمام ح 3 ص 299 ط دار الفكر 1977 م .

(2) ج 1 ص 262 .

(3) ج 4 ص 50 .

(4) ج 6 ص 258 .

(5) تبصرة الحكام لابن فرحون باب القضاء بالعرف والعادة .

قدمه من الهدايا ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط⁽¹⁾ ،
وقريب من الهدايا ما يعرف بالشبكة ، فإذا كان العرف
يعتبرها من المهر أخذت حكمه ، وإلا انطبق عليها ما
ينطبق على الهدايا .

الإعراب عن الموافقة على الزواج :

لما كان الرضا : شرطاً أساسياً لإجازة عقود
المعاوضات فأحرى به أن يكون ذلك في عقد النكاح ،
وعليه فلا غرابة أن يأمل الشرع بالتعبير عن هذا الرضا
والإشهاد عليه ، ولكن لما كانت البكر تستحي من التعبير
صراحة عن رضاها في هذا الشأن عادة أعفاها الشرع
- مراعاة لهذه العادة - من التعبير الصريح ، واكتفى منها
بأبسط وسائل التعبير عن رضاها وهو الصمت الذى
يتضمن عدم الممانعة ، فاعتبر صمتها : إذنها بالموافقة
وفي الحديث (إذنها صمتها)⁽²⁾ ، ورغم أن النص اقتصر

(1) أنظر الأحوال الشخصية لركى الدين شعبان ص 78, 79 .

(2) هذا الحديث رواه مسلم بأكثر من لفظ أما أول هذا الحديث المروى =

على الصمت فقط كعلامة على الرضا ، فقد توسع بعض الفقهاء في هذا ، واعتبروا كل ما يدل في العرف على الرضا : إذناً منها .

جاء في البحر الزخار عطفاً على الصمت قوله : « ... وكذلك الهرب وتغطية الوجه ، لأجل العادة »⁽¹⁾ .

ونلاحظ أن بعض الفقهاء ومنهم : جمهور المالكية - اشترطوا التعبير الصريح من البكر في بعض المسائل يهمنها منها : ما إذا زوجت البكر بمهر من العروض بدل النقد ، غير أنهم قالوا بإلغاء هذا الشرط ، إذا كانت من قوم عاداتهم⁽²⁾ دفع العروض بدل النقد في المهر .

= عن ابن عباس فهو : الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها : صمتها انظر صحيح مسلم بشرح النووي ح 9 ص 204 .

(1) البحر الزخارج 4 ص 28 .

(2) البهجة للتسولي ج 2 ص 266 .

الجهاز :

إذا أخرجت الزوجة ضمن شوارها قميصاً أو كسوة لزوجها ، ثم ادعت أنها عارية .. فإذا كان بتلك الثياب عرف جرى به العمل .. حكم به⁽¹⁾ . . . وكذلك : إذا جهز الأب ابنته بجهاز ، ثم ادعى بعد ذلك أن بعضه كان عارية ، فلا يصدق ، إذا سكت حتى مضى أكثر من سنة ، وذلك لأن العرف فيما يخرج ليلة البناء أن يكون من شوارها ، وقد عضده : عدم طلبه لذلك في السنة⁽²⁾ .

المهر وتقديره :

دخل العرف في تحديد أو تعريف المهر ، قال بعض الفقهاء في شروط المهر يجب أن يكون الصداق مالاً متمولاً عادة ، يمكن تنصيفه ، بحيث يكون نصفه مما يبذل العوض في مثله عرفاً⁽³⁾ ، وإضافة إلى هذا نلاحظ

(1) أنظر البهجة للتسولي ح 1 ص 294 .

(2) البهجة للتسولي ح 1 ص 296 وانظر الأشباه لابن نجيم ص 100 .

(3) ابن قدامة في المغني ج 7 ص 217 .

أن الفقهاء كثيراً ما أحالوا على مهر المثل الذي جاءت به السنة كما تقدم ، وما مهر المثل إلا عمل بالعرف وتحكيم له .

هل تجب صيغة معينة لأنعقاد النكاح ؟ :

أجاب الرملي في نهاية المحتاج عن هذا السؤال بقوله : « ... المدار في الصيغة على المتعارف في محاورات الناس »⁽¹⁾ فلا يضر اللحن أو الخطأ في التعبير إذا اشتمل الكلام على النكاح أو الزواج بل لقد ذهب البعض إلى عدم اشتراط الصيغة أصلاً إذا كان هناك عرف يقوم مقامها كما في إرسال الهدايا للمخطوبة متى كانت عاداتهم وعرفهم : ترتيب آثار النكاح على هذه الأمور .

وهذا ما أفتى به الشيخ أبو سالم الجلالى ، أنظر البهجة للتسولى⁽²⁾ ، وانظر أيضاً ما أفتى به الشريف المزدغى ، حيث جعل العرف يقوم مقام الوكالة⁽³⁾ في الزواج .

(1) الرملي نهاية المحتاج ج 6 ص 211 .

(2) ، (3) التسولى : البهجة ح 1 ص 241 .

إثبات واقعة النكاح :

ومما بنوه على العادة أن الأعمى إذا خلا بزوجته ، ثم ادعى عدم العلم بها وكذبتة ، فلا يصدق في دعواه⁽¹⁾ ، لأنه يدعى خلاف الظاهر إذ في العادة أنه لا يخفى عليه ذلك ، وهذا ما صرح به ابن تيمية في نظرية العقد 238 ، 239 .

ومن هذا القبيل ما إذا كانت عادة قوم عدم الكتب حين العقد فلا يسمع من الزوجة بعد الدخول نكرانها ، أو أنها غير راضية حتى تثبت ذلك بينة⁽²⁾ .

الإختلاف في قبض المهر أو قدره :

إذا اختلفا في قبض المهر ، فإذا كان هذا الاختلاف بعد الدخول فلا تصدق المرأة في دعواها ، وذلك لأن العادة أن المرأة لا تسلم نفسها إلا بمهر ولو بجزء منه ، (وحكى هذا عن فقهاء المدينة السبعة وبه قال مالك⁽³⁾)

(1) البحر الزخارج 4 ص 28 .

(2) البهجة للتسولي ج 1 ص 245 .

(3) انظر المغنى لابن قدامة ج 7 ص 235 .

وقيد أصحابه هذا بما إذا كانت العادة تعجيل الصداق ،
أو كان الخلاف فيما يعجل منه عادة (1) .

وذهب ابن الهمام في فتح القدير إلى أنه لا يحكم لها
حتى بمهر المثل (بل يقال لها : لا بد أن تقرى بما
تعجلت ، وإلا حكمنا عليك بالمتعارف) (2) . ومن بعث
إلى امرأته شيئاً ، فقالت : هو هدية ، وقال الزوج : هو
من المهر ، فإنه يصدق ، إلا في الطعام الذى يؤكل وهو
ما يكون مهيناً لهذا الغرض كاللوز والدقيق ونحو ذلك ،
لأنه يتعارف هدية ، وفي المغنى (وحكى عن مالك أنه
قال : إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم
فالقول : قولها ، لأن الظاهر معها) (3) .

وقالوا إن الزوجة يجب عليها أن تعد من الطعام في
العرس مما يجرى به العرف ، ويسعه ما قدمه إليها (4) ،

(1) المصدر السابق .

(2) ابن الهمام : فتح القدير ج 3 ص 279 .

(3) ابن قدامة : المغنى ج 7 ص 236 .

(4) أنظر البهجة للتسولى ج 1 ص 282, 288 .

أما إذا اختلفا في قدر المهر ، أو في نوعه أو صفته قبل البناء ففيه قولان : أحدهما أن القول لمن يدعى ، الأشبه بيمينه⁽¹⁾ ، وعند أبي حنيفة ومحمد : القول قولها ، إلى مهر مثلها وعند أبي يوسف القول : قوله قبل الدخول وبعده ، إلا إذا أتى بما لا يتعارف مهراً لمثلها كما جاء في البداية وشرحها ، أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 3 ص 373 .

الاختلاف في الكوالم :

إذا عقد الزوج على زوجته بصداق بعضه : معجل ، وبعضه : مؤجل ولم يضرباً له أجلاً وكان لهم عرف في ذلك الأجل من حيث الطول والقصر ، حملاً على ذلك العرف⁽²⁾ .

والغريب أن يذهب بعض الفقهاء - كما في نوازل العلمى -⁽³⁾ إلى القول بأن المرأة لا تمكن من قبض الكالمى

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر البهجة للتسولى ج 1 ص 250 .

(3) المصدر السابق .

- المؤجل - بعد حلوله ولا يقضى لها به إلا عند موت ،
أو طلاق ، لأن العادة : جرت بذلك .

تحديد النفقة والكسوة موكول إلى العرف :

أجمع الفقهاء على أن نفقة الزوجة على الزوج القادر
الموسر على تفصيل ذلك ، واختلفوا في تقديرها ، فذهب
الشافعي - في أشهر قوليهِ - إلى أنها مقدرة بالأمداد ،
وذهب جمهور الفقهاء إلى أن تحديدها موكول إلى
العرف .

قال ابن تيمية : « والصواب المقطوع به عند جمهور
العلماء أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف ، وليست
مقدرة بالشرع ، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد
والأزمنة وحال الزوجين وعاداتهما »⁽¹⁾ .

وهذا ما ذهب إليه بعض الشافعية . فلقد حكموا
العرف فيما يجب للزوجة من اللحم والأدم والكسوة ،
ووقت تجديدها ، وما إلى ذلك من لوازم النفقة والكسوة

(1) ابن تيمية : الفتاوى الكبرى ج 2 ص 201 .

والسكنى ، جاء في حاشيتى عميرة وقلوبى على شرح
المنهاج (ويجب لحكم يليق بيساره كعادة البلد ، وما ذكره
الشافعى من التحديد محمول - عند الأكثرين - على ما
كان فى أيامه من قلة اللحم فيها ، ويزاد بحسب عادة
البلد ، كما أن الأدم أدم غالب البلد) .

وما قيل عن النفقة فإنه يقال عن الكسوة ، قال ابن
عابدين : « وكل جواب عرفته فى النفقة من اعتبار حالها أو
حاله ، فهو الجواب فى الكسوة »⁽¹⁾ ونسب إلى الشافعى
قوله : « منهن من لو كساها الصوف لأدب » .

ولقد رجع إلى العرف فى ضبط نفقة بعض الأقارب
أيضاً ، والأكثر من هذا أن يرجع إليه فى تحديد نفقة أو
علف الحيوانات والطيور والكلاب والقطط . . أنظر
البحر الزخار⁽²⁾ .

(1) ابن عابدين : رد المحتار ج 3 ص 580 .

(2) أنظر البحر الزخار ج 4 ص 284 .

المعاشرة بالمعروف :

أوصى الحق تبارك وتعالى الرجال بمعاشرة الزوجات بالمعروف وذلك في قوله تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾⁽¹⁾ ومن المعاشرة بالمعروف عند بعض الفقهاء عدم تكليف الزوجة بالخدمة في البيت ، بما في ذلك العجن والطبخ ، فضلاً عن غيرهما ، لكن هذا مقيد عندهم بما إذا كانت الزوجة ممن لا تخدم نفسها في بيت والدها أو حتى في بيت زوجها الأول ، إذا سبق لها أن تزوجت غيره⁽²⁾ ، وفي الوقت الذي يقدرون فيه هذا بالنسبة لغير معتادة الخدمة نجدهم يوجبون الخدمة على المعتادة ، وقالوا : إنها لا تستحق الأجر على ما كانت تقوم به من الخدمة من نسج ونحوه ، فضلاً عن العجن والطبخ .

وهكذا نرى أثر العرف في اجتهاد الفقهاء حتى أن من

(1) الآية رقم 19 من سورة النساء .

(2) ابن عابدين رد المحتار ج 3 ص 579 .

الزوجات من أوجبوا عليها خدمة البيت ، ومنهن من أوجبوا لها الخدمة في البيت ، بل ذهب الإمام أبو يوسف إلى القول ، بأن « المرأة إذا كان يجلب مقدارها عن خدمة خادم واحد ، وتحتاج إلى أكثر في ذلك : يحكم لها به »⁽¹⁾ .

(1) الكاساني : بدائع الصنائع ح 4 ص 2215 وفي البحر الزخار نحو هذا انظر ح 4 ص 199 .

الوكالة والعرف

مراعاة من الشارع الحكيم لأحوال وظروف وقدرات الناس : أباح لهم عقد الوكالة ليصل عن طريقه العاجزون إلى حقوقهم ونيل حظوظهم .

ولما كان الوكيل محل محل الأصيل - حسب نوع الوكالة - ويكتسب شرعية وحرية التصرف فيما وكل فيه ، وتمشياً مع عدالة الشريعة فقد أحالت هذه الشريعة بعض أحكام الوكالة على العرف ، حتى إذا غابت بعض البيانات والتفاصيل أغنى العرف عن كل هذه الأمور ، ولم يعد هناك موضع للشك أو الإبهام . وكما أن عقد الوكالة أبيع توسعه على الناس فلهذا لم تلزم فيه الشكلية التي ربما لزمتم في غيره من العقود .

وأول ما يلاحظ أن عقد الوكالة ينعقد « بما يدل عليه

عرفا « كما جاء في مختصر خليل أول باب الوكالة . وجاء في البهجة : « الوكالة : تكون بالنص وبالعادة »⁽¹⁾ .
ومما ترتب على هذا : إفتاؤهم بتصديق الأخ في دفعه لأخته ما قبضه لها من كراء رباعها سنين . محتجين بأنه وكيل لها عادة⁽²⁾ ، ومن هذا أيضاً قولهم : الزوج كالوكيل ، فله قبض ما باعته زوجته ، ويصدق في دفعه إليها إن أنكرت على المشهور من المذهب ، لأنه وكيل عنها بالعادة « ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات ، حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . قال ابن رشد : « يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته ، للعرف الجاري من تصرف الأزواج لزوجاتهم »⁽³⁾ .

الوكيل في الوكالة المطلقة يتخصص ويتقيد بالعرف⁽⁴⁾ . قال عز الدين بن عبد السلام : « التوكيل

(1) ، (2) ، (3) أنظر في كل هذا البهجة للتسولي ج 1 صفحتي 218.

. 217

(4) مختصر خليل ص 216 .

في البيع المطلق : يتقيد بثمن المثل وغالب نقود البلد ،
تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ»⁽¹⁾ . ونحو هذا
الكلام في المهذب⁽²⁾ للشرازي . وقال البدر العيني :
« إن الوكيل مقيد بنقد البلد وبكيله وميزانه فإذا تجاوز
ذلك فإنه لا يصح »⁽³⁾ .

وعليه فإن جميع تصرفات الوكيل تكون محكمة
بالعرف ما لم يتفق على خلافه فمثلاً لو قال الموكل
للكيل : « بع دوابي ، وكان العرف يقتضي تخصيص
فإنه يتخصص به » كما في البهجة للتسولي 1-203 .

ومن هذا أيضاً أن الوكيل المفوض لا يصح له - ولا
منه - بيع دار السكنى مثلاً للعرف إذ المدار عليه جرى
عرف بلد أن الوكيل المفوض يبيع كل شيء وجاز⁽⁴⁾ . لا

(1) قواعد الأحكام ج 2 ص 107 وما بعدها .

(2) ج 1 ص 213 .

(3) عمدة القاري ج ص 144 .

(4) أنظر البهجة ج 1 صفحتي 206, 213 .

يجوز له : قبض ثمن ما باعه إلا لعادة . كما في البهجة
عن الشامل⁽¹⁾ .

كذلك فإنه إذا كان السعر معروفاً عند الناس - كثمن
الخبز واللحم - فلا ينفذ على الموكل إلا ثمن المثل⁽¹⁾ . كما
أن الوكيل إذا باع أو أجّر إلى أجل غير متعارف - فإنه لا
ينفذ البيع ولا الإجارة على الموكل⁽²⁾ .

ومن هذا لا يلزم الموكل إلا بما يناسبه « حتى قالوا :
إن القاضى إذا أمر إنساناً بأن يشتري له حمراً إلى ما
يركب مثله ، حتى لو اشترى مقطوع الذنب أو الأذنين لا
يجوز له »⁽³⁾ .

وإذا كان العرف فيما ذكرناه يكاد يكون رقيباً على
الوكيل ، فإنه يكون أحياناً في جانبه مدافعاً عنه ومبرئاً
لساحته . ومن ذلك : « لا يلزم الوكيل بالبيع :
ضمان ، إذا كانت العادة والعرف أن لا يبيع بنفسه ،

(1) المصدر السابق .

(2) ، (3) مرشد الخيران أنظر المادتين 920 ، 921 .

(4) أنظر شرح المادة 1463 من مواد المجلة .

وأن يعطى المبيع للدلال يعرضه للبيع ، وأن يرسل الثمن بواسطة أمين . وأعطى المال المعتاد إلى الدلال فضاغ المال منه أو تلف . . . لأنه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك»⁽¹⁾ . وعلى العموم فأعمال الوكالة كلها محمولة على العرف .

(1) على حيدر، أنظر شرحه للمادة 1478 من مواد المجلة ج 3 ص 603 .

آثار العُرف لا تكاد تُحصى

لو حاولنا حصر آثار العرف في التشريع الإسلامي لأجهدنا ذلك ، ولتطلب منا عملاً وزمناً أكثر . ذلك لأن العرف قد تغلغل في حياة الناس بشكل لم يغادر معه صغيرة ولا كبيرة إلا ونفذ إليها ، ابتداء بعقود المعاوضات - كالبيوع والإجارة - وانتهاء بالضيافات وآدابها وما ينبغى - أو لا ينبغى - فيها بل ربما تطرق حتى إلى بعض أمور العبادات ، كما في حد الوسخ في الثوب الذي لا تجوز به الصلاة ، وحد الماء الجارى ، وعادة الطهر بالإضافة إلى ما سبق ذكره .

وبالنظر إلى أهمية الأبواب التي مر ذكرها ، ولكي ندلل على ما للعرف من الأهمية في نظر فقهاء الإسلام ، منذ زمن التشريع إلى يومنا هذا ، ونظراً إلى أن هذا البحث محدود كما وكيفاً ، وربما زماناً ومكاناً . نقول

بالنظر إلى هذا - وغير هذا - فقد توسعنا في الحديث بعض الشيء في ما مر من هذه الأبواب ، وذلك بعرض عديد من الأمثلة من أقوال مختلف طوائف الفقهاء ، لتكون دليلاً على أثر العرف يستدل به على ما لم نذكره من أبواب فقه المعاملات ، إذ الغرض من هذا البحث هو : محاولة الوصول إلى حقيقة العرف ونظر الشريعة الإسلامية إليها ، وموقف الفقهاء منه وبالتالي : معرفة أثره في التشريع الإسلامي - لا على سبيل الحصر بل - على سبيل الإجمال ، ولكن على نحو يكفل الدلالة القاطعة على وجود هذا الأثر ، وقد تحقق كل هذا بما فيه الكفاية وعلى قدر الاستطاعة في ما تقدم من الأبواب والحمد لله .

فإن يكن في عملي هذا خدمة للشريعة الإسلامية فذلك ما كنت أبغي ، وإن تكن الأخرى فأستغفر الله ، وحسبي أنني حاولت وما توفيقى إلا بالله .

خاتمة البحث

على ضوء ما تقدم عرضه من النصوص الشرعية ،
وأقوال الأئمة والفقهاء والمؤرخين يمكننا أن نؤكد على
ملازمة العرف للجماعات البشرية منذ تكونت هذه
الجماعات ، وهذا راجع إلى أنه : وليد حاجتها ، وعامل
على تماسك وحدتها وترابط أعضائها وحكم بين أفرادها
عند غياب أو نقص القوانين ، وربما جاز القول إنه حتى
مع وجود هذين فإنه لا يتخلى عن دوره بسهولة ، بل
يحتفظ بأداء وظائفه - ولو في بعض الجوانب - مستعيناً
بحيويته وعطف الجماعة عليه وميلها إليه ، لشعورها
بأنه : غير مفروض عليها بل هو صادر عنها .

غير أنه قد تفرض بعض الأعراف أحياناً على
مجموعات من الناس تكون في أغلبها ضارة لأكثرهم نافعة

لأقلهم ، وفي مثل هذه الظروف يتوقف بقاء هذه الأعراف على قوة المستفيدين منها ، الذى يبذلون أقصى ما لديهم من القوة فى سبيل الحفاظ عليها ، ولا يتخلون عنها إلا لسبب قاهر ، قد يكون ثورة أرضية ، وقد يكون ثورة سماوية إن صح التعبير .

وأياً كان الأمر فإن تلك الأعراف : تنهار بانهيار حمايتها ، عكس الأعراف الصادرة عن ضمير الجماعة والمعبرة عن حاجاتها ، فإنها قد تبقى حيث يتبناها المسؤولون الجدد سواء كانوا رسلاً أو مجرد قادة .

وهذا عين ما حصل من الشريعة الاسلامية إذ نراها - من باب تكريمها للإنسان - قد راعت العرف الذى فيه مصلحة الجماعة ولا يتعارض مع أهدافها باعتبارها مصلحة لكل الناس لا لفرد دون غيره ، أو طبقة دون أخرى . كما أنها هدمت ما عداه من الأعراف الفاسدة والمتضمنة لضرر الجماعة سواء كان ذلك الضرر بعيداً أو قريباً ، ظاهراً أو خفياً حيث إن بعض المضار قد تخفى على كثير من الناس . وما ينبغى للشريعة - ولا ينتظر

منها - أن تفعل غير ذلك إذ يستحيل اجتماع الضدين وتوافق النقيضين .

ولا يشكل على القول بمراعاة الشريعة الإسلامية للعرف موقف بعض الأصوليين منه واختلافهم في حجيته ، إذ ليس هو المصدر الوحيد المختلف فيه ، فهناك الإجماع والقياس ناهيك عن بقية المصادر الأخرى إذ لم يتفق إلا على القرآن والسنة ، ثم إن هذا الاختلاف في حد ذاته لا يعتبر مشكلة إذا قدر سبب الاختلاف حق قدره . على أن هذا الخلاف يخفى - أو يكاد - عند التطبيق أو تأسيس الأحكام ، فكم من أصولي لم يقل بالعرف في أصوله ولكنه على صعيد التطبيق لا يسعه إلا القول به ، حتى قال ابن القيم في مثل هؤلاء : « فإنهم ينكرونه بالسنتهم ولا يمكنهم العمل إلا به »⁽¹⁾ أو كما قال القرطبي : « ... ينكرونه لفظاً ويعملون به معنى » إذاً فالصحيح أن الشريعة الإسلامية راعت العرف وجعلته أصلاً من أصولها .

(1) ابن القيم : أعلام الموقعين ج 2 ص 414 .

ولقد تجلت هذه المراعاة في إقرار الشريعة بعض العادات والأعراف ، وفي الأسلوب التدريجي الذي اتبعته في هدم ما هدمته منها ، ناهيك عما أحالته نصوصها عليه من بيان وتفصيل بعض الأحكام ، كما في النفقة والإجارة والبيوع وغيرها وفق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، بمقتضى فهمهم لنصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة ، المؤيد بعمل الصحابة والتابعين ، باعتبارهم الهداة المهتدين والأقدر على فهم المراد من الشريعة .

ومن لطف الله بنا أن مكن لهم في الأرض حتى اختلطوا بأناس غير ناسهم ورأوا عادات غير عاداتهم ، فما رابهم من ذلك شيء ، ولم يستنكروا إلا ما نهى الشرع عنه ، ولعل في عمل حذيفة رضى الله عنه ما يدل على ذلك عندما أكل على مائدة أحد الدهاقين بالمدائن ، فلم يستنكر أبو حذيفة شيئاً إلا آنية الشراب التي كانت من فضة ، وأنه لم يستعملها لنهي عن ذلك عليه السلام .

وكان من أثر إقرار هذا المبدأ - اعتبار العرف - وغيره أن زخر الفقه الإسلامى على مر العصور بشتى الحلول لما

استجد ويستجد من القضايا بين الناس ولما يتطلبه التطور الحضارى بما يصاحبه من التعقيد وتشابك الأمور ، ولم يقف هذا الفقه عاجزاً عن حل أية قضية في يوم من الأيام ، رغم انتشاره في بيئات مختلفة الظروف والمناخ ، وتطبيقه على أكبر مساحة من الأرض عرفها دين من الأديان ، الأمر الذى يمكن القول معه أن الشريعة الإسلامية لاحظت تأثير المناخ في تشكيل العادات التى تحكم تصرف الإنسان قبل أن يعرفها ويقول بها منتسكيو في روح القوانين بمئات السنين .

وخلاصة القول إن الفقه الإسلامى قد ازدهر على مر العصور وكان من جملة أسباب ازدهاره مراعاة العرف حتى يمكن القول إن الثروة الفقهية الإسلامية تعد - بحق - أكبر ثروة فكرية عرفها الإنسان - وبخاصة - في مجال الفقه . وقد ذكرنا طائفة من الأحكام المبنية على العرف أو المحال عليه الفصل فيها في ما تقدم من هذا البحث .

وأخيراً وبناء على ما تقدم فإننى : أقرر أمرين ، الأول

أن العرف - متى استكمل شرائطه - مصدر أساسى من مصادر التشريع الإسلامى تبنى عليه الأحكام ، ويستعان به فى التوصل إلى الحق ، ومعرفة مقاصد الناس فى عقودهم التبادلية ، وأيمانهم ووصاياهم ومقاصدهم فى جميع معاملاتهم .

الثانى : أنه من الأفضل لهذه الشريعة أن تتوازى فيها الرخص والعزائم دون التركيز على أى منهما دون الأخرى ، وإذا كان لا بد من تغليب إحدهما على الأخرى فى بعض المجالات ، فليكن التركيز على العزائم فى العبادات ، وعلى التيسير والسماحة فى المعاملات .

وما من شك فى أن فى العمل بالعرف : أحد مظاهر السماحة والتيسير فى هذه الشريعة ، وهو الأمر الذى طلبه محمد ﷺ وأوصى به أتباعه بقوله : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » . وما احتواه هذا التوجيه النبوى هو ما حاولت فى هذا البحث ، عن طريق إثبات حجية العرف ، وذلك لما فى العمل به من رفع الحرج عن هذه الأمة التى خاطبها ربها بقوله :

﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾

(المصادر والمراجع)

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

أولاً

- 1 - القرآن الكريم .
- ثانياً : كتب السنة :
- 2 - صحيح الإمام البخارى .
- 3 - صحيح الإمام مسلم .
- 4 - صحيح الإمام الترمذى .
- 5 - موطأ الإمام مالك .
- 6 - سنن النسائى .
- 7 - السنن الكبرى للبيهقى .
- 8 - الجامع الصغير .
- 9 - نيل الأوطار .
- ثالثاً : كتب التفاسير
- 10 - أحكام القرآن . ابن الفرس مخطوط .

- 11 - أحكام القرآن . الجصاص ط مصر 1347 هـ .
- 12 - أحكام القرآن . ابن العربي ط عيسى الحلبي 1967 م .
- 13 - الإكليل في استنباط التنزيل . السيوطي ط دار الكتب العلمية د/ت .
- 14 - تفسير القرآن العظيم . ابن كثير ط دار الأندلس د/ت .
- 15 - جامع البيان . الإمام الطبري تصوير دار المعرفة 72 م .
- 16 - روح المعاني . الألوسي ط المنيرية مصر .
- 17 - روح البيان . البرسوي تصوير دار الفكر ط 1928 .
- 18 - فتح القدير . الشوكاني ط 3 دار المعرفة 1973 .
- 19 - غرائب القرآن . النيسابوري هامش تفسير الطبري .
- 20 - الجامع لأحكام القرآن . القرطبي ط 3 - دار القلم 1966 .
- 21 - البحر المحيط . أبو حيان ط / 2 - دار الفكر د/ت .
- 22 - التحرير والتنوير . محمد الطاهر بن عاشور ط / الدار التونسية للنشر 1972 م .

- 23 - التسهيل . ابن الكلبي ط / القاهرة 1973 م .
- 24 - التفسير القرآني للقرآن . عبد الكريم الخطيب .
- 25 - التفسير الوسيط . محمد سيد طنطاوي منشورات
جامعة بنغازي 1974 م .
- 26 - مؤتمر تفسير سورة يوسف . عبد الله العلمي
ط / رقم 2 دار الفكر 1969 م .
- 27 - محاسن التأويل . القاسمي ط / دار إحياء
الكتب 1957 م .
- 28 - مجمع البيان . أبو علي الطبرسي بيروت د / ت .
- 29 - مفاتيح الغيب . الرازي ط / دار الكتب العلمية
د / ت .
- 30 - تفسير المنار . محمد رشيد رضا ط / 2 تصوير دار
المعرفة د / ت .
- 31 - تفسير المراغي . أحمد مصطفى المراغي ط / 3 دار
إحياء التراث 1974 م .

رابعاً : شرح السنة

- 32 - إرشاد الساري . القسطلاني ط / 7 بولاق 1327 هـ .

- 33 - إكمال المعلم . الأبي دار الكتب العلمية بيروت
د/ت .
- 43 - شرح السيوطي . السيوطي المطبعة الأزهرية .
- 35 - شرح الموطأ . الباجي ط/السعادة 1332 هـ .
- 36 - شرح الموطأ . الزرقابي ط/الحلبي 1961 م .
- 37 - شرح صحيح مسلم . النووي ط/2 دار الفكر
بيروت 1972 م .
- 38 - عارضة الأحوذى . العربي ط/المصرية 1931 م .
- 39 - عمدة القارى . البدر العيني ط/بيروت د/ت .
- 40 - عون المعبود . ابن القيم الناشر المكتبة
السلفية 1969 م .
- 41 - فتح البارى . ابن حجر ط/السلفية
القاهرة 1380 هـ .
- 42 - فتح العلام . صديق حسن خان الناشر المكتبة
العلمية بالمدينة د/ت .
- 43 - فيض القدير . المناوى ط/مصطفى محمد /
مصر 1938 م .

- 44 - مكمل اكمال الأكمال . محمد السنوسي الحسيني
هامش أكمال إكمال المعلم .
- 45 - حسام العدل والإنصاف . الشنقيطي مخطوط بدار
الكتب بتونس رقم 51 .
- 46 - العرف والعادة في رأي الفقهاء . أحمد أبو سنة
ط الأزهر 1941 م .
- 47 - العرف في الفقه الإسلامي . عمر عبد الله ط جامعة
الاسكندرية 1951 م .
- 48 - نشر العرف . ابن عابدين ط نظارة المعارف /
تركيا 1325 هـ .
- 49 - نظرية العرف . د/عبد العزيز الخياط نشر وزارة
الأوقاف الأردن 1977 م .

خامساً : كتب أصول الفقه

- 50 - الأحكام . ابن حزم ط/العاصمة بالقاهرة د/ت .
- 51 - إرشاد الفحول . الشوكاني ط/الخليبي 1937 م .
- 52 - الإعتصام . الشاطبي تصوير دار المعرفة د/ت .

- 35 - التلويح على التوضيح . سعد الدين التفتازاني
ط / صبيح 1957 .
- 54 - التمهيد . الأسنوى ط 2 1387 هجرية .
- 55 - تنقيح الفصول . القرافي ط / الخيرية
بمصر 1306 هـ .
- 56 - تهذيب الفروق . محمد بن حسين مطبوع على
هامش الفروق للقرافي .
- 57 - تفسير التحرير . ابن المهام ط / صبيح 1933 م .
- 58 - سلم الوصول . محمد بخيت المطيعي ط / إحياء
الكتب 1346 هـ .
- 59 - الفروق . القرافي ط / إحياء الكتب 1346 هـ .
- 60 - إدرار الشروق - ابن الشاط مطبوع مع كتاب
الفروق .
- 62 - كشف الأسرار . البزودي تصوير دار الكتاب
اللبناني 1974 م .
- 63 - المستصفي . الغزالي ط / الفنية 1971 م .
- 64 - مسلم الثبوت . البهاري ط / الحسينة 1326 هـ .
- 65 - المسودة . ابن تيمية ط / المدني 1964 م .

- 66 - الموافقات . الشاطبي ط /المدني 1969 م .
- 67 - نهاية السؤال . الأسنوي ط /السلفية 1343 هـ .
- 68 - البهجة في شرح التحفة . التسولي دار الفكر
د/ت .
- 69 - تبصرة ابن فرحون . ابن فرحون هامش فتح العلي
المالك ط 1958 .
- 70 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . الدسوقي
ط /عيسى الحلبي د/ت .
- 71 - حاشية على شرح ميارة للعاصمية . ابن رحال
هامش شرح ميارة للعاصمية .
- 72 - شرح مختصر خليل . الزرقاني ط /بولاق 1303 هـ .
- 73 - شرح ميارة للعاصمية . أحمد ميارة ط /الاستقامة
د/ت .
- 74 - شرح الرسالة . زروق ط /الجمالية مصر 1914 م .
- 75 - شرح الرسالة . ابن ناجي ط /الجمالية
مصر 1914 م .
- 76 - شرح ميارة على اللامية . أحمد ميارة مخطوط .

- 77 - مختصر العلامة خليل . خليل بن إسحاق ط/دار الفكر 1972 م .
- 78 - المدونة الكبرى . سحنون مصورة عن طبعة بولاق د/ت .
- 79 - مقدمات ابن رشد . ابن رشد ط/السعادة د/ت .
- 80 - منح الجليل . محمد اعليش الناشر مكتبة النجاح .
- 81 - مواهب الجليل . الخطاب تصوير دار الفكر ط/2 - 1978 م .

سادساً : كتب المذهب الحنفى

- 82 - الأخبار . ابن المصنف ط/الاستقامة 1355 هـ .
- 83 - البحر الرائق . ابن نجيم تصوير دار المعرفة د/ت .
- 84 - بدائع الصنائع . الكاسانى مطبعة الإمام بالقاهرة 1972 م .
- 85 - تبين الحقائق . الزيلعى تصوير دار المعرفة عن ط/بولاق .
- 86 - جامع الفصولين . ابن قاضى سماوة ط/بولاق 2301 هـ .

- 87 - درر الحكام . على حيدر منشورات مكتبة النهضة
د/ت .
- 88 - رد المحتار . ابن عابدين ط/2/1966 م .
- 89 - السير الكبير . محمد بن الحسين ط/شركة
الإعلانات الشرقية 1971 م .
- 90 - الفتاوى الهندية . الشيخ نظام وآخرون تصوير دار
المعرفة .
- 91 - الفتاوى البزازية . البزاز الكردي هامش الفتاوى
الهندية .
- 92 - الفتاوى الخانية . قاضي خان هامش الفتاوى
الهندية .
- 93 - الفتاوى الطرسوسية . نجم الدين الطرسوسي
ط/الشرق 1976 م .
- 94 - فتح القدير . ابن الهمام ط/الجلبي 1970 م .
- 95 - العناية على البداية . محمد البابرق مطبوع مع فتح
القدير .
- 96 - المبسوط . السرخسي تصوير دار المعرفة د/ت .

- 97 - معين الحكام . علاء الدين الطرابلسي
ط/الخلبي 1973 م .
- 98 - لسان الحكام . ابن الشحنة مطبوع من مع معين
الحكام 1973 م .
- 99 - الهداية على البداية . المرغيناني ط/الخلبي 1965 م .

سابعاً : كتب الشافعية

- 100 - إحياء علوم الدين . الغزالي عيسى الحلبي د/ت .
- 101 - الأشباه والنظائر . السيوطي مصطفى
الخلبي 1959 م .
- 102 - إعانة الطالبين . السيد البكري دار الفكر د/ت .
- 103 - الإقناع . الخطيب الشربيني دار المعرفة 1978 م .
- 104 - تحفة الحبيب . سليمان البجيرمي ط/دار
المعرفة 1978 م .
- 105 - تكملة المجموع . تقى الدين السبكي .
- 106 - حاشية على نهاية المحتاج . الشبرملي
ط/الخلبي 1967 .

- 107 - حاشية على نهاية المحتاج . أحمد الرشيدى
ط/الجبلى 1967 م .
- 108 - حاشيتان على تحفة المحتاج . الشروانى وابن قاسم
دار صادر د/ت .
- 109 - جواهر العقود . شمس الدين المنهاجى
ط/السنة 1955 م .
- 110 - الحاوى للفتاوى . السيوطى ط/دار الكتب العلمية
- 111 - فتاوى السبكى . تقى الدين السبكى مكتبة
القدس 1356 هجرية .
- 112 - فتح العزيز . أبو القاسم الرافعى مطبوع مع
المجموع النووى .
- 113 - مغنى المحتاج . الخطيب الشربينى مطور عن
طبعة 1955 م .
- 114 - المهذب . الشيرازى ط/الجبلى 1959 م .
- 115 - نهاية المحتاج . الرملى ط/الجبلى 1967 م .

ثامناً : كتب الحنابلة

- 116 - أعلام الموقعين . ابن القيم ط/الفتية 1968 م .

- 117 - بدائع الفوائد . ابن القيم تصوير دار الكتاب
العربي .
- 118 - حاشية على الروض المريع . عبد الله العنقري
مطبوع مع الروض المربع .
- 119 - الروض المربع . منصور البهوتي
ط / السعادة 1970 م .
- 120 - الفتاوى الكبرى . ابن تيمية دار المعرفة د/ت .
- 121 - القواعد . ابن رجب الحنبلي دار المعرفة د/ت .
- 122 - كشاف القناع . منصور البهوتي الناشر مكتبة مصر
الحديثة .
- 123 - المبدع في شرح المقنع . ابن مفلح المكتب
الإسلامي 1974 .
- 124 - مذهب أهل المدينة . ابن تيمية مطبعة الإمام
د/ت .
- 125 - المغنى . ابن قدامة ط / مكتبة القاهرة 1970 م .
- 126 - نظرية العقد . ابن تيمية دار المعرفة د/ت .

تاسعاً : كتب الدراسات الحديثه

- 127 - ابن تيمية . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربي
د/ت .
- 128 - ابن حنبل . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربي
د/ت .
- 129 - أبو حنيفة . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربي
د/ت .
- 130 - الإثبات في الشريعة الإسلامية . وهبه الزحيلي
جامعة قاريونس السنة السادسة 1976 .
- 131 - الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه . د/رشيد توانا
ط/المدني 1973 م .
- 132 - الأحكام الشرعية . د/زكي شعبان جامعة
بنغازي 1971 م .
- 133 - إسلام بلا مذاهب . د/مصطفى الشكعة
ط/الخلبي 1976 م .
- 134 - الإسلام عقيدة وشريعة . الشيخ شلتوت ط/7
دار الشروق 1974 م .

- 145 - الإسلام بنظرة عصرية . محمد جواد مغنية ط/3
دار العلم للملايين 1981 م .
- 136 - الإسلام يتحدى . وحيد الدين خان ط/7 المختار
الإسلامي 1977 م .
- 137 - أسمى الرسائل . عبد الحميد الخطيب دار
الكتاب العربي 1954 م .
- 138 - أصول الأحكام . د/أحمد الكبيسي ط/الحرية
بغداد 1975 م .
- 139 - أصول الفقه الإسلامي . شاکر الحنبلي
ط/دمشق 1948 م .
- 140 - أصول الفقه . محمد الخضري ط/6 دار الاتحاد
العربي للطباعة .
- 141 - أصول الفقه . محمد أبو زهرة ط/دار الكتاب
العربي د/ت .
- 142 - أصول الفقه . زکی شعبان ط/بيروت 1971 م .
- 143 - أصول الفقه . محمد الخضر حسين ط/دار الاتحاد
العربي د/ت .

- 144 - أصول الفقه . بدران أبو العينين بدران
ط/الاسكندرية د/ت .
- 145 - أصول الفقه . عباس متولى حمادة ط/2 النهضة
العربية د/ت .
- 146 - أصول الفقه . زكريا البيرى ط/جامعة
القاهرة 1977 م .
- 148 - أفعال الرسول . محمد الأشقر ط/مكتبة
المنار 1978 م .
- 148 - بحوث فى الشرعية الإسلامية . محمد عبد الجواد
ط/مصر 1973 م .
- 149 - تاريخ التشريع الإسلامى . د/عبد العظيم شرف
الدين ط/2 دار التأليف 1972 م .
- 150 - تاريخ الفقه الإسلامى . د/محمد يوسف موسى
ط/دار الكتاب العربى 58 م .
- 151 - تاريخ المذاهب الإسلامية . د/محمد أبو زهرة
ط/الناشر دار الكتاب العربى د/ت .
- 152 - التشريع الإسلامى لغير المسلمين . د/الشيخ
المراغى .

- 153 - التشرية والفقه فى الإسلام . مناع القطان
ط / مكتبة وهبة 1976 م .
- 154 - تفسير النصوص . د / محمد أديب صالح ط / المكتب
الإسلامى 1972 م .
- 155 - حجة القياس . د / عمر مولود منشورات جامعة
بنغازى .
- 156 - الدعائم الخلقية . د / صبحى محمصانى ط / جامعة
فؤاد 1949 م .
- 157 - الشافعى حياته وعصره . الشيخ أبو زهرة ط / دار
الفكر العربى د / ت .
- 158 - الشريعة الإسلامية ... محمد الخضر حسين
ط / 1971 م .
- 159 - ضوابط المصلحة . محمد سعيد البوطى
ط / دمشق 1966 م .
- 160 - علم أصول الفقه . عبد الوهاب خلاف .
- 161 - الفقه الإسلامى . عسوى أحمد عسوى
ط / النصر 1943 م .

- 162 - القضا في الإسلام . د/ عطية مشرفة ط/ شركة الشرق الأوسط 1966 م .
- 163 - فلسفة التشريع . د/ صبحي محمصاني دار العلم للملايين 1961 م .
- 164 - القواعد الأصولية . منصور محمد الشيخ ط/ السعادة د/ ت .
- 165 - مالك بن أنس . عبد الحلیم الجندي ط/ دار المعارف 1969 م .
- 166 - مالك حياته وعصره . الشيخ أبو زهرة ط/ دار الفكر د/ ت .
- 167 - مجمع البحوث الإسلامية . المؤتمر الخامس ط/ المدني 1968 م .
- 168 - المدخل في التعريف للفقہ الإسلامي . محمد مصطفى شلبي ط/ دار النهضة 1969 م .
- 169 - المدخل إلى أصول الفقہ المالکی . محمد عبد الغني الباجقني .
- 170 - المدخل للفقہ الإسلامي . محمد سلام مذكور ط/ دار النهضة 1960 م .

- 171 - المدخل لدراسة الشريعة . عبد الكريم زيدان
ط/5 مكتبة القدس 1976 م .
- 172 - المدخل لعلم الفقه . عبد الرحمن الصابوني .
- 173 - المدخل الفقهي العام . مصطفى الزرقا
ط/دمشق 1968 م .
- 174 - المدخل إلى أصول الفقه الإسلامي . محمد معروف
الدواليبي مديرية المطبوعات 1965 م .
- 175 - المدخل للتشريع الإسلامي . محمد فاروق النبهان
دار القلم 1977 م .
- 176 - المدخل لدراسة التشريع . محمد يوسف موسى
ط/2 دار الرائد العربي 1961 م .
- 177 - مرشد الحيران . محمد قدرى باشا ط/المكتبة
العربية 1338 هـ .
- 178 - مصادر التشريع الإسلامي . محمد أديب صالح
ط/التعاونية 1968 م .
- 179 - المصلحة في التشريع . مصطفى زيد .
- 180 - مصادر التشريع . أحمد حسن الباقورى ط/إحياء
التراث 1971 م .

- 181 - مصادر التشريع فيما لا نص فيه . عبد الوهاب
خلاف .
- 182 - معالم الشريعة . صبحى محمصانى .
- 183 - مقاصد الشريعة . حسين حامد
ط/العالمية 1969 م .
- 184 - مقاصد الشريعة . علال الفاسى .
- 185 - مقدمة فى إحياء علوم الشريعة . صبحى محمصانى
دار العلم 1962 م .
- 186 - ملتقى الإمام ابن عرفة . مجموعة من الباحثين
ط/التونسية 1977 م .
- 187 - من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون . أحمد عبد
المنعم البهى ط/العربية 1965 م .
- 188 - منهج عمر بن الخطاب فى التشريع . محمد
بلتاجى .
- 189 - الموجز فى أصول الفقه . القرنشاوى وآخرين
ط/الأهلية بنغازى 1965 م .

190 - الوجيز في أصول الفقه . عبد الكريم زيدان ط/3
بغداد 1967 م .

191 - الوسيط في أصول الفقه . وهيبة الزحيلي
ط/دمشق 1969 م .

الكتب القانونية

192 - الأحكام العامة في قانون الأمم . د/محمد الغنيمي
ط/منشأة الإسكندرية 1970 م .

193 - تاريخ النظم القانونية . د/أحمد عشوش
ط/الأهلية بنغازي 1977 م .

194 - القانون الدولي العام . د/علي صادق أبو هيف
ط/منشأة الإسكندرية 1972 م .

195 - مبادئ القانون الدولي العام . د/عبد العزيز
سرحان ط/النهضة 1975 م .

196 - المدخل إلى تاريخ القانون . د/محمد معروف
الدواليبي .

- 197 - المدخل إلى القانون . د/حسن كيرة
ط/الاسكندرية 1971 م .
- 198 - المدخل للعلوم القانونية . د/مصطفى منصور .
- 199 - المدخل للعلوم القانونية . د/عبد المنعم
البدرأوى .
- 200 - المدخل للعلوم القانونية . المستشار/على على
منصور ط/2 الناشر دار الفتح 1971 م .
- 201 - نظرية القانون . د/عبد الفتاح عبد الباقي
ط/1966 م .
- 202 - الوسيط في القانون الدولي . د/محسن الشيشكلي
ط/بيروت 1973 م .

الكتب التاريخية

- 203 - أخبار القضاة . وكيع ط/عالم الكتب بيروت
د/ت .
- 204 - البداية والنهاية . ابن كثير ط/مكتبة المعارف
بيروت د/ت .

- 205 - تاريخ قضاة الأندلس . أبو الحسن النباهي
ط / المكتب التجاري بيروت د / ت .
- 206 - تاريخ عمر بن الخطاب . ابن الجوزي ط / دار
الرائد 1982 م .
- 207 - التراتيب الإدارية . عبد الحى الكتانى الناشر حسن
جعناد / ت .
- 208 - طبقات علماء إفريقيا . أبو العرب القيرواني
ط / التونسية للنشر 1968 .
- 209 - كتاب الولاية وكتاب القضاة . محمد بن يوسف
الكندى ط / بيروت 1908 م .
- 210 - معالم الإيمان . أبو زيد الدباغ ط / الدجوى
1306 هـ .

كتب متفرقة

- 211 - الآثار . أبو يوسف ط / الاستقامة 1355 هـ .
- 212 - أدب القاضي . الماوردى ط / الإرشاد 1971 م .
- 213 - أدب القاضي والقضاء . أبو المهلب القيسى
ط / الشركة التونسية .

- 214 - الإجماع فى الشريعة . على عبد الرزاق الناشر دار الفكر العربى 47 م .
- 215 - الأحكام السلطانية . الماوردى ط/بيروت 1978 م .
- 216 - الأحكام السلطانية . الفراء الحنبلى ط/3 الحلبي 1973 م .
- 217 - إعلام الساجد بأحكام المساجد . محمد عبد الله الزركشى ط/مصر 1384 هـ .
- 218 - البحر الزخار . أحمد بن المرتضى ط/مؤسسة الرسالة 1975 م .
- 219 - التعريفات . السيد الجرجاني .
- 220 - تراث الإنسانية . مجموعة من الباحثين الدار المصرية للتأليف د/ت .
- 221 - شرح كتاب النيل . محمد أطفيش ط/دار الفتح 1973 م .
- 222 - ضحى الإسلام . أحمد أمين ط/النهضة المصرية 1974 م .
- 223 - العبقريات الإسلامية . عباس العقاد ط/دار الكتاب اللبنانى 74 م .

224 - الفقيه والمتفقه . الخطيب البغدادي ط/دار إحياء
السنة 1975 م .

225 - قصة الحضارة ول ديورانت ط/4

226 - قواعد الأحكام . عز الدين بن عبد السلام
ط/الاستقامة د/ت .

227 - الكتاب الأخضر . معمر القذافي .

228 - كتاب الأموال . القاسم بن سلام ط/1975 م .

229 - كشاف اصطلاحات الفنون . التهانوي منشورات
خياط .

230 - الموسوعة العربية الميسرة . مجموعة من الباحثين
ط/2 دار الشعب 1972 م .

رقم الإيداع 23 - 1986

الفهرس

| | |
|-----|---------------------------------------|
| 5 | مقدمة |
| 11 | تمهيد |
| 39 | * الفصل الأول : في بنية العرف والعادة |
| 41 | - نشأة العرف ودواعيه |
| 47 | - تعدد مصادر الأعراف |
| 57 | - معنى العرف في اللغة |
| 79 | - أقسام العادات |
| 99 | - أقسام العرف |
| 119 | * الفصل الثاني : حجية العرف |
| 121 | - أصول العرف |

- 143 - الدليل على حجية العرف في السنة
- 163 - العرف عند الصحابة
- 169 - العرف عند التابعين
- 183 - العرف عند الأصوليين
- 203 - شروط العرف
- 221 - تعارض العرف مع غيره
- 237 * الفصل الثالث : أثر العرف في التشريع الإسلامي
- 239 - ملاحظات عامة
- 247 - العرف في أقوال الفقهاء
- 281 - الإجارة والعرف
- 289 - الأيمان مبنية على العرف والعادة
- 329 - الوكالة والعرف
- 335 - آثار العرف لا تكاد تحصى
- 337 - خاتمة البحث
- 343 - المصادر والمراجع

صدر من هذه السلسلة

- 1 - مسألة الخلافة في الإسلام د. محمود السعيد الكردي
- 2 - الطهارة عاشور بريك الدمهورى
- 3 - في تاريخ القرآن وعلومه د. محمد الدسوقي
- 4 - ظاهرة انتشار الإسلام وموقف المستشرقين منها محمد فتح الله الزبادى
- 5 - تعدد الزوجات بين الإباحة والحظر في الشريعة الإسلامية كريمة عمر عبود
- 6 - القرآن شريعة المجتمع دراسة قرآنية وفق تطورات العصر عبد الله زيدان أبو معمر
- 7 - الإنسان ويوم القيامة عبد الباسط عبد الصمد
- 8 - المرأة بين الشريعة والقانون السيد السيد اسماعيل سليمان
- 9 - النظم القرآن وأثره في الأحكام الصادق سالم الحازمى
- 10 - أحكام تجويد القرآن الكريم عبد الله سويد
- 11 - أحكام الطهارة الخاصة بالنساء عاشور أبريك الدمهورى
- 12 - جريمة الزنا عبد الغنى عمر
- 13 - إجتهد الرسول بعض صحبه عبدالله الصويعى
- 14 - الوكالة في الفقه الإسلامى محمد أبو غمجة
- 15 - العرف وأثره في التشريع الإسلامى مصطفى أبو عجيله
- 16 - القرآن والعلم الحديث محمد جعفر محمد

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com