العُرف

وأثره في الشريعة والقانون

تأليف

أ.د. أحمد بن علي بن أحمد سير المباركي

عضو هيئة كبار العلماء

وعضو اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

وعضو المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة

دار العقيدة للنشر

العُرف

وأثره في الشريعة والقانون

تأليف

الدكتور أحمد بن علي سير المباركي

الأستاذ في كلية الشريعة بالرياض

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

هاتف ٤٦٢٣١٦٩

ص.ب. ٥٨٥٨٤ الرياض ١١٥١٥

المملكة العربية السعودية

العرف

وأثره في الشريعة والقانون

بسم الله الرحمن الرحيم

هذه رسالة «ماجستير» تقدم بها الباحث للمعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

وكانت لجنة المناقشة مكونة من:

فضيلة الشيخ عبدالرزاق عفيفي مدير المعهد العالي للقضاء رئيساً

فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالعال عطوه الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء مشرفاً

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء عضواً

فضيلة الشيخ أحمد لاشين الأستاذ بكلية الشريعة بالرياض عضواً

وقررت اللجنة منح الطالب درجة الماجستير بتقدير «ممتاز».

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

بسم الله الرحمٰن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا.

من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾[1].

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾[2].

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ۝٧٠ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾[3].

أما بعد[4]:

---

(١) آية (١٠٢) من سورة آل عمران.

(٢) آية (١) من سورة النساء.

(٣) آيتا (٧٠ - ٧١) من سورة الأحزاب.

(٤) هذه خطبة الحاجة التي كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يعلمها أصحابه. أخرجها أبو داود في كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح (٢/٥٩١) رقم الحديث =

فإن الناظر في كتب الفقه الإسلامي يجد ثروة كبيرة من القواعد الأصولية والفقهية والمقاصد العامة، التي استوحاها أئمتنا من كتاب ربهم وسنة نبيهم ـ صلى الله عليه وسلم ـ.

ومن هذه القواعد وتلك المقاصد انطلق فقهاؤنا في بناء المسائل الفقهية.

ولا شك أنه لن يفلح آخر هذه الأمة إلا بما أفلح به ذلك السلف الصالح، رضوان الله عليهم.

فهذه القناعة ولدت لديَّ رغبة في بحث هذه القواعد، تشبّهاً بأولئك العلماء «والتشبه بالكرام فلاح».

لذلك جلتُ النظر في هذه القواعد، وبعد برهة وقع اختياري على قاعدة «العرف» لأسباب كثيرة، منها:

أولاً: أريد أن أفهم قاعدة أصولية وفقهية أيضاً، وهذا مطلب يسعى له طالب العلم.

= (٢١١٨).
وأخرجها الترمذي في كتاب النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح (٤٠٤/٣) حديث رقم (١١٠٥).
وأخرجها النسائي في كتاب النكاح، باب ما يستحب من الكلام عند النكاح (٨٩/٦) رقم الحديث (٣٢٧٧).
وأخرجها ابن ماجه في كتاب النكاح، باب خطبة النكاح (٦٠٩/١) حديث رقم (١٨٩٢).
وأخرجها الدارمي في كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح (٦٦/٢) رقم الحديث (٢٢٠٨).
وأخرجها الإمام أحمد في مسنده (٣٩٢/١).
وأخرجها الحاكم في المستدرك في كتاب النكاح (١٨٢/٢).
وقد ألف الشيخ محمد ناصر الدين رسالة في هذه الخطبة، نشرها المكتب الإسلامي في دمشق، فارجع إليها فإنها مفيدة.

ثانياً: أريد أن أربط بين قاعدة وتطبيقاتها الفقهية، لأن التطبيقات هي المقصودة من تلك القواعد.

ثالثاً: أن موضوع «العرف» بالناس حاجة إليه؛ لدخوله في حياتهم العملية، فإليه يرجع التحاكم في كثير من التعامل، وكلما كان الموضوع محتاجاً إليه كان الاشتغال به أجدى وأنفع.

رابعاً: ولكون قاعدة «العرف» معتبرة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي أحببت الكتابة في هذه القاعدة عند هؤلاء وهؤلاء، ليتبين من خلال البحث ـ إن شاء الله تعالى ـ الفروق الشاسعة بين «العرف» في الفقه الإسلامي والعرف في القانون الوضعي، لذلك جعلت عنوان البحث:

«العرف وأثره في الشريعة والقانون»

خطة البحث:

وقد جعلت بحثي هذا مكوناً من مقدمة وبابين وخاتمة.

أما المقدمة فتشتمل على:

١ ــ نبذة تاريخية عن العرف.

٢ ــ منزلة العرف في الفقه الإسلامي.

٣ ــ منزلة العرف في القانون.

أما الباب الأول ففي «العرف» من حيث هو قاعدة، ويشتمل على ثمانية فصول:

الفصل الأول: في معنى العرف، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معنى العرف في اللغة والاصطلاح، وتحته مطلبان:

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة.

المطلب الثاني: معنى العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: معنى العرف في القانون والاجتماع، وتحته مطلبان:

المطلب الأول: معنى العرف في القانون.

المطلب الثاني: معنى العرف في علم الاجتماع.

الفصل الثاني: في معنى العادة وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معنى العادة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى العادة في اللغة.

المطلب الثاني: معنى العادة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: معنى العادة في القانون.

المطلب الرابع: معنى العادة في علم النفس.

المبحث الثاني: الفرق بين العرف والعادة، وبين العرف والإجماع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الفرق بين العرف والعادة عند الأصوليين.

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين.

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والإجماع.

الفصل الثالث: أسباب العرف وسلطانه على النفوس.

الفصل الرابع: تقسيم العرف، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تقسيمه في الفقه الإسلامي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقسيمه إلى صحيح وفاسد.

المطلب الثاني: تقسيمه إلى قولي وعملي.

المطلب الثالث: تقسيمه إلى عام وخاص.

المبحث الثاني: تقسيم العرف في القانون.

الفصل الخامس: شروط العرف، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: شروط العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: شروط العرف في القانون.

الفصل السادس: حجية العرف.

الفصل السابع: تعارض العرف مع غيره، وفي ذلك مبحثان:

المبحث الأول: تعارض العرف مع غيره في الفقه الإسلامي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية.

المطلب الثاني: تعارض العرف مع اللغة.

المطلب الثالث: تعارض العرف العام مع الخاص.

المطلب الرابع: تعارض العرف مع الاجتهاد.

المبحث الثاني: تعارض العرف مع التقنين.

الفصل الثامن: الحاجة إلى معرفة العرف، وفيه أربعة مباحث.

المبحث الأول: حاجة الفقيه إلى العلم بالعرف.

المبحث الثاني: حاجة المفسر إلى معرفة العرف.

المبحث الثالث: حاجة الداعية إلى العلم بالعرف.

المبحث الرابع: حاجة المقنّن إلى العلم بالعرف.

أما الباب الثاني: ففي المجال التطبيقي للعرف.

أما الخاتمة: ففي عقد مقارنة بين العرف في الفقه الإسلامي، وبين العرف في القانون.

* * *

وقد كتبت هذا البحث بإشراف فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالعال بن أحمد عطوه الأستاذ بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، والمعار حالاً للمعهد العالي للقضاء بالرياض، فله شكري وتقديري، سائلاً الله للجميع التوفيق والسداد.

ولا يفوتني أن أذكر الناظر في هذا البحث أنه عمل بشري يعتوره الخلل والنقص، فإذا وجدت خللاً أو خطأً فأرجو أن تصلحه.

إن تجد عيباً فسدد الخللا ... جَلَّ من لا عيب له وعلا

ولا شكَّ أن ما كان فيه من صواب فمن الله تعالى، وما كان فيه من خطأ فمنِّي ومن الشيطان، وأستغفر الله.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وكتبه

أحمد بن علي سير المباركي

الرياض ١ شعبان عام ١٣٩٢ هـ

في ٩ سبتمبر عام ١٩٧٢ م

المقدمة

تشتمل على:

١ ــ نبذة تاريخية عن العرف.

٢ ــ منزلة العرف في الفقه الإسلامي.

٣ ــ منزلة العرف في القانون.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

نبذة تاريخية عن العرف

المؤرخون لمصادر القانون يـذكرون أن العـرف من أقدم المصـادر لإثبات الحق بعد شريعة الله تعـالى. فهؤلاء سكان الهنـد يُحكّمون فيمـا يجري بينهم الأعراف والعادات السائدة في مجتمعهم قبل مجيء القانون.

يقول (ول ديورانت): (لم يكن هناك قبل شريعة «مانو» تشريع قانوني واحد يشمل الهند بأسرها، بل كانت هناك أعراف في شؤون الحياة اليومية، ويسمون تلك الأعراف «ذراماشاسترا» أي: النصوص العرفية التي تفصل ما للطبقات من نظم وواجبات).

وهذه النصوص العرفية قامت بكتابتها جماعة من البراهمة متأثرين في ذلك ببرهميتهم.

وأقدم هذه النصوص ـ كما يقول الدكتور محمد معـروف الدواليبي ـ مـا يسمى بتشريع «مانو» وهـو ذلك السلف الأسـطوري الذي تسلسلت عنـه جماعة البرهمية.

وكذلك الشأن بالنسبة للصين، فعندما ينظر في تاريخها يوجد أنهـا كانت تحكّم الأعراف والعادات في عصورها الأولى.

ثم بعد ذلك عرفت أقدم مجموعة من القوانين عندهم، وقد جمعت في دستور «جو».

وفي عامي ٥٣٥، ٥١٢ ق.م، أصدرت ولايتا «جنج» و«تشين» كتباً في القانون أقلقت الناس وأدخلت في قلوبهم الرعب، حيث كـانت هذه القوانين قائمة على نظام الطبقات، فقد ميزت الطبقة العليا عن طبقة العامة.

ومن جراء ذلك حدث احتجاج عظيم على هذه القوانين التي حرمتهم من حقوقهم المشروعة لهم.

ونتيجة لهذا الاحتجاج ضُيِّق نِطاق القانون، بحيث أصبح لا يشمل إلّا الأحكام العامة الكبرى، وبقيت الأعراف والعادات هي المحكمة في كل ما دون ذلك.

وقد ساعدهم على رأيهم هذا بعض الفلاسفة في الصين في ذلك العهد، فقد كانوا يكرهون التقنين، ويميلون إلى أن تسير الأمور وفق العادات والتقاليد المألوفة في المجتمع، ومن كلامهم في هذا: (أنه كلما كثرت الشرائع والقوانين كثر عدد اللصوص وقطاع الطرق)، (إن كثرة النواهي، والمحرمات في المملكة تزيد من فقر الأهلين).

ولم يكن اليونان والرومان أقل شأناً في التمسك بالعرف، فقد قام في اليونان القانوني «دراكون»، وأسس قانونه على عادات إقطاعية قاسية كانت مثاراً للفوضى والخروج على النظام.

أما في الرومان فقد كان العرف المصدر الأساسي للحقوق الرومانية في ألواحهم الاثني عشر التي نشرت عام ٤٤٩ ق.م.

وقد كان للملوك والكهنة في الأمم القديمة دور كبير في تكوين الأعراف والإلزام بها، لما يتمتعون به من مركز ديني محترم في نفوس العامة.

أما في العصر الجاهلي: فقد كان الناس يتقاضون إلى رجل ذي عقل، وروية، ودربة، وبُعد نظر، ليفصل بينهم في منازعاتهم وخصوماتهم، وكانت مادة الحكم مستمدة من العادات والأعراف السائدة لديهم في ذلك العصر.

ولما جاء الإسلام نظر في هذه العادات والأعراف فما كان صحيحاً أقره، وما كان فاسداً أنكره.

وكان هذا المفهوم الإسلامي للعرف هو السائدَ في المجتمع الإسلامي، منذ بزغ فجر الإسلام إلى أن سقطت الدولة العثمانية.

بعد ذلك نشأت فكرة نبذ الشريعة الإسلامية في معظم البلاد الإسلامية، والأخذ بالقانون الوضعي، وما لبثت هذه الفكرة أن أصبحت عملاً مجسداً، يتخذ قالب التنفيذ.

ومعلوم أن العرف له منزلته بين مصادر القانون، بل هو المصدر الثاني للقانون، وبهذه الفكرة الجديدة رجعت البشرية إلى الجاهلية الأولى، بكل ما تعني كلمة «جاهلية» من معنى.

أما بالنسبة لأوربا ومن حذا حذوها فقد كان العرف هو المصدر الأول لقانونها إلى عهد قريب، حيث جعل في المرتبة الثانية بعد التقنين في أكثر بلدان العالم.

يقول الدكتور سليمان مرقس: (لا يزال العرف مع انتشار التشريع والتقنين في العصر الحالي يعتبر مصدراً رسمياً للقانون في جميع البلاد، فلم تؤثر فيه من هذه الناحية محاولة بعض الشراح إنكار ذلك عليه، وإنما أثر اتساع التشريع وانتشاره في المنزلة التي يشغلها العرف في قانون كل بلد، باعتباره مصدراً رسمياً لذلك القانون)[1].

* * *

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص (٣٠٤، ٣٠٥)، وارجع إلى كتاب المدخل إلى التاريخ العام للقانون للدكتور محمد معروف الدواليبي ص (٧٥، ٧٦، ٨٢ - ٩١، ٢٩٤ - ٢٩٦).

منزلة العرف في الفقه الإسلامي

لقد أنزل الله شرائع سماوية متتابعة على مر الزمن. وكانت كل شريعة مناسبة لبيئة أهلها، وحسب استعدادهم العقلي. وبمرور الزمن أخذ العقل البشري في التدرج إلى أن وصل مستوى كبيراً من النضج والكمال. وعندئذ أذن الله ببزوغ شمس الإسلام، الدين الخالد خلود السماء والأرض، وكان لا بد لهذا الخلود من قواعد وأسس يرتكز عليها، ليضمن له الاستمرار والبقاء، وليقدم للناس في كافة عصورهم الحلول المناسبة لما يَجدُّ في الحياة من مشاكل.

والإسلام دين البشرية كلها على اختلاف الأجناس وتباعد الأصقاع، دين عالمي النظرة ﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةٗ لِّلنَّاسِ بَشِيرٗا وَنَذِيرٗا ﴾[1].

وإذا كان كذلك فلا بد من أن تتسم قواعده بالسعة والشمول؛ ليستطيع المجتهد أن يقدم على ضوئها الأحكام لكل ما يجدّ في الحياة من حوادث وقضايا.

ومن هذه القواعد: «قاعدة العرف»، فقد أناط الشارع بها كثيراً من الأحكام، كمقدار النفقة مثلاً، فقد أحالها الله تعالى على العرف كما في قوله: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ ﴾[2].

كما أحالها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ على العرف في قوله لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[3].

وكذلك الشأن في كل أبواب الفقه ابتداءً من الطهارة وانتهاءً بالإقرار حسب الترتيب الفقهي عند الحنابلة.

---

(١) آية (٢٨) من سورة سبأ.

(٢) آية (٧) من سورة الطلاق.

(٣) سيأتي تخريج الحديث هذا ص (١٣٥).

وبالجملة فإن كل ما ورد في الشرع مطلقاً غير محدود بحد، فإنه يُرجع في تحديده إلى العرف، كالتفرق في خيار المجلس، والقبض، والحرز في السرقة، وما يُعد إحياء للموات، وما شابه ذلك.

يقول ابن قدامة في كتابه المغني: (ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف)[1].

ولما للعرف من أهمية عظيمة اشترط في المفتي أن يكون عالماً بأعراف المستفتين، وعاداتهم؛ ليتمكن من إجراء الفتوى على وجهها الصحيح.

كما اشترط في القاضي: أن يكون على علم تام بعادات المجتمع الذي يتولى الفصل في خصوماته ومنازعاته، فيعرف أساليبهم في الدعوى والإجابة، وما يعد إقراراً بالحق، وما لا يعد، كما يعرف ألفاظهم الصريحة والكناية في الطلاق والقذف وما شابههما.

وهكذا فألفاظ الناس تُنَزَّل على عاداتهم في كل التصرفات، من طلاق، ووصايا، ووقف، وأيمان، وبيع وشراء، وقبض، وإقباض، وهبة وعطية، وما أشبه ذلك.

وبعد، فهذه منزلة العرف في الفقه الإسلامي، يرعاه ويحافظ عليه، ويعتبره ما دام صحيحاً، يحقق المصلحة ويدفع المضرة، ولا يتعارض مع النصوص الشرعية، أما إذا لم يكن كذلك فإن الفقه الإسلامي ينبذه وراء ظهره غير مقيم له وزناً.

* * *

(١) المغني (٣/٤٩٨).

منزلة العرف في القانون

علماء القانون الوضعي يعتبرون العرف مصدراً من مصادر القانون، ولذلك يذكرون محاسنه، كما يذكرون مساوئه.

أما محاسنه ومزاياه عندهم فتتلخص في أمرين:

الأمر الأول: أن العرف لا يتكون إلا بعد أن يمضي عليه رَدَح من الزمان، وهو مستقر مطَّرد، وهذا الاستقرار والاطِّراد يدلان على أن الجماعة راضية عنه، لمسايرته متطلباتها، وتحقيقه رغباتها، وتمشيه مع ظروفها، ومصالحها الاجتماعية، وإلّا لما ثبت هذه المدة الطويلة.

وهذه القاعدة أغلبية؛ لأن فيه عادات وأعرافاً ضاربة في أعماق الماضي، إلّا أنها مضرة بالجماعة، ومهددة لكيانها، وذلك كعادة الأخذ بالثأر، فإن هذه عادة عربية قديمة، ولا زالت تعيش إلى الآن في بعض الدول العربية، فهي كما ترى عادة تورث الاضطراب والفوضى، وتخل بتوازن سلطة الدولة.

الأمر الثاني: أن التشريع لديهم ناقص، ولا يمكن أن يكون كاملاً، شأن كل تقنين بشري.

وعند ذلك يلجأون إلى العرف لسد هذا الفراغ وتكميل هذا النقص.

فالمقنن لا يحيط بكل الجوانب، إما لغفلته ونسيانه، وإما لعجزه لكون المسألة المراد تقنينها دقيقة، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، وهنا يبرز العرف ليؤدي دوره في سن القواعد القانونية، لتنظيم أمور الناس في الجوانب التي فات المقنن التنصيص عليها.

ولقد وقف التقنين حائراً أمام القانون الدولي العام، وأمام القانون التجاري، فلم يستطع أن يمدهما بالقواعد القانونية في كل المسائل والصور، وبقي العرف هو المحكَّم في كل ما عجز عنه التقنين الوضعي.

وأما عيوبه ومساوئه فتتلخص في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن العرف بطيء التكوين، فهو يحتاج إلى مدة طويلة حتى يكون قديماً، وعاماً، ومستمراً، ولهذا فإننا نجده لا يلبي متطلبات الجماعة في سن القوانين لما يستجد من الحوادث التي تتطلب حلاً سريعاً، ولو اعتمد على العرف دون غيره، لوقف القانون عاجزاً عن البت في تلك الأحداث والأقضية وهذا أمر لا يقبل بحال، لما فيه من الضرر البالغ، والخطورة القصوى على مصالح الجماعة والدولة، حيث يعم فيها الاضطراب والفوضى.

والمتتبع يرى أن بعض الدول تستورد مبادىء وأنظمة، لا تألفها مجتمعاتها، وهم يريدون تنفيذها بالسرعة القصوى، فهل هم منتظرون حتى يتكون هناك عرف، ويصبح قديماً، وعاماً، ومستمراً، وتعتقد الجماعة لزومَه، ووجوبَ احترامه؟ الجواب: لا، إنهم يلجؤون إلى التقنين، فيسنون لأنفسهم ما يريدون من القواعد القانونية.

الأمر الثاني: أن طريقة إثبات العرف أمر شاق وصعب، فقد اشتُرِط فيه أن يكون قديماً، وعاماً، ومستمراً، وغير مخالف للنظام، كما اشترط فيه شعور الجماعة بلزومه ووجوب احترامه، فإثبات هذه الشروط أمر يحتاج إلى بحث طويل، وقد يحتدم النزاع حول إثبات هذه الشروط أو بعضها، ومن ثم يسهل على الناس إنكارُ العرف؛ لأنه لم يكن مدوناً في قواعد ثابتة يسهل الرجوع إليها، وهذا من شأنه أن يخلق القلق، والخوف في المجتمع، إذ لا يوجد هناك سلطة قانونية تحميهم، وتحمي أموالهم من التعدي، وتوقف الظالم عند حدّه.

الأمر الثالث: أن العرف يختلف من إقليم لإقليم، ومن مدينة لمدينة في الدولة الواحدة، ومقتضى ذلك أن يختلف الحكم من مكان لآخر. وهذا الأمر تسعى الدولة في الغالب إلى اجتنابه، أو التخفيف منه، حيث تحافظ على كيان الدولة وتماسكها، بتوحيد قانونها.

وأيّاً كان الأمر، فإن للعرف منزلة عظيمة لدى رجال القانون، حيث

يعتبرونه المصدر الثاني من مصادر القانون، وبه يفصل في كثير من القضايا والحوادث، بل كان قبل فترة من الزمن هو المصدرَ الأول للقانون، ويوجد كثير من بلاد العالم التي تحكِّم العرف، لا يوجد لديها قانون مكتوب، بل هو عبارة عن عرف سائد في المجتمع، يحظى بالاحترام من قبل الجميع[1].

يقول الدكتور طعيمة الجرف في كتابه القانون الإداري: (ومهما يكن من أمر غلبة القانون المكتوب كمصدر رسمي للقواعد القانونية في نظام الدولة الحديثة، فإنه لا يزال للعرف ـ بجانب القانون المكتوب ـ دور هام في هذا الشأن، فهو مصدر تكميلي ثانوي، لا بدَّ للقاضي من أن يلجأ إليه، لإيجاد الحلول المناسبة لما يعرض عليه من أقضية، كلما استشعر النقص في النصوص القائمة)[2].

* * *

(١) انظر: نظرية القانون ص (١٧٩ ـ ١٨١)، والمدخل للعلوم القانونية ص (١٢٠).
(٢) ص (٦١).

الباب الأول

العرف
من حيث هو قاعدة فقهية

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الفصل الأول

معنى العرف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معنى العرف في اللغة والاصطلاح، وتحته مطلبان.

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة.

المطلب الثاني: معنى العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: معنى العرف في القانون والاجتماع، وتحته مطلبان:

المطلب الأول: معنى العرف في القانون.

المطلب الثاني: معنى العرف في علم الاجتماع.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

المطلب الأول: معنى العرف في اللغة:

العرف في اللغة: يطلق على معانٍ كثيرة، ولكن قبل ذكرها يجدر بنا بيان ما تدل عليه مادة (عَ رَ فَ) في أصل اللغة.

فقد جاء في «معجم مقاييس اللغة» لابن فارس:

(عَرَفَ: العين والراء والفاء: أصلان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العُرْف: عُرْف الفرس، وسمي بذلك، لتتابع الشَّعَر عليه، ويقال: جاءت القطا عُرْفاً عُرْفاً، أي: بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المَعرِفة والعِرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عِرفاناً ومعرِفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه؛ لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه)[1].

وفي نظري: أن هذا التقعيد أغلبي، وإلا فقد تستعمل مادة «عَرَف» في معنى لا تتابع فيه ولا سكون نفس، وذلك كإطلاق «العَرْف» بفتح العين وسكون الراء على الرائحة النتنة، وإن كان المفهوم من كلام ابن فارس: أن ذلك غير قياسي حيث قال: (العَرْف: هي الرائحة الطيبة، وهي القياس؛ لأن النفس تسكن إليها) ولكن قد سُمِع ذلك عن العرب، ولا تحذلق مع السماع.

---

(١) معجم مقاييس اللغة (٤/٢٨١).

وبعد هذا نبين المعاني التي يطلق عليها «العرف» بكسر العين وفتحها وضمها مع سكون الراء في الجميع:

١ ــ **العِرْف**: بكسر العين وسكون الراء يطلق على معنيين:

أ ــ المعرفة، ومنه قولهم: ما عرف عِرْفي إلا بآخرة، أي: ما عرفني إلّا أخيراً.

ب ــ الصبر:

قال أبو دَهْبَل الجُمَحي:

قل لابن قيس أخي الرقيات ما أحسن العُرْف في المصيبات

أي: ما أحسن الصبر في المصائب.

وقد روي البيت بكسر العين، كما روي بضمها.

* * *

٢ ــ **العَرْف**: بفتح العين وسكون الراء، ويطلق على: الرائحة، طيبة كانت أو نتنة، أما استعماله في الرائحة الطيبة فهو الأكثر، ومنه قوله تعالى ـ على رأي بعض المفسرين ـ: ﴿وَيُدْخِلُهُمُ ٱلْجَنَّةَ عَرَّفَهَا لَهُمْ﴾[1] أي: طيبها.

قال في اللسان: (وفي الحديث: من فعل كذا وكذا لم يجد عَرْف الجنة: أي ريحها).

ومنه قول الشاعر:

ألا رب يوم قد لهوت وليلة بواضحة الخدين طيبة العَرْف

ومنه قول الشاعر أيضاً:

ثناء كعَرْف الطيب يُهدى لأهله وليس له إلاَّ بني خالد أهلُ

أما استعماله في الرائحة النتنة، فهو الأقل.

ومنه قول البُرَيْق الهُذَلي:

---

(١) آية (٦) من سورة محمد.

فلعمر عَرْفك ذي الصماخ كما عُصِب السِّفار بعَصْبة اللَّهْم

ومنه قولهم: «لا يعجز مَسْك السَّوء عن عَرْف السَّوء»، يضرب للئيم لا ينفك عن قبح فعله.

* * *

٣ ـ **العُرْف**: بضم العين وسكون الراء، يطلق على معان كثيرة، منها:

أ ـ الصبر، كما روي في بيت أبي دهبل السابق.

والعارف: الصابر يقال: أصابته مصيبة، فوجد عروفاً، أي: صابراً.

قال النابغة:

على عارفات للطعان عوابس بهن كلوم بين دام وجالب

ب ـ الجود، وكل ما تبذله وتسديه، قال الشاعر:

إن ابن زيد لا زال مستعملاً للخير يفشي في مصره العُرْفا

ج ـ الإقرار، يقال: اعترف بالشيء، إذا أقرّ به، ومنه قولهم: «له علي ألف عُرْفاً».

د ـ يطلق على عرف الديك، والفرس، والدابة، وغيرها، منبت الشعر من العنق، وذلك لتتابعه.

هـ ـ ويطلق على كل مرتفع عال ظهره، قال في اللسان: (وعرف الرمل، والجبل، وكل عال: ظهره، وأعاليه، والأعراف في الآية: ﴿وَعَلَى ٱلْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾[1]). الأعراف في اللغة: جمع عُرْف وهو كل عال مرتفع. قال الزجاج: (الأعراف: أعالي السور... وعرف الأرض ما ارتفع منها، وأعراف الرياح والسحاب: أوائلها وأعاليها).

قال في معجم مقاييس اللغة: (ومن الباب العُرْفة «بضم العين

(١) آية (٤٦) من سورة الأعراف.

وسكون الراء» وجمعها عرف، وهي أرض منقادة مرتفعة بين سهلين، تنبت كأنها عرف فرس).

و ـ والعرف ـ اسم لشجر الأترج، والعرف أيضاً: النخل إذا بلغ الإطعام، وقيل: اسم النخلة أول ما تطعم.

ز ـ يطلق على كل ما عرفته النفس واطمأنت إليه، وهذا بيت القصيد ومحط الرحال.

قال في اللسان: (والعرف والعارفة والمعروف ضد النكر وهو: كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه).

وقال أيضاً: (والمعروف كالعُرْف. وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[1] أي: مصاحباً معروفاً).

قال الزجاج: (المعروف هنا: ما يستحسن من الأفعال).

وقال صاحب مقاييس اللغة: (والعرف: المعروف، وسمي بذلك؛ لأن النفوس تسكن إليه قال النابغة:

أبى الله إلّا عَدْله ووفاءه فلا النكر معروف ولا العرف ضائع)[2]

ويقول الزمخشري ـ وهو إمام في اللغة ـ: (والعرف: المعروف، والجميل من الأفعال)[3].

وقريب من ذلك عبارة أبي السعود حيث قال في قول الله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾: (بالجميل المستحسن من الأفعال، فإنها قريبة من قبول الناس من غير نكير)[4].

---

(١) آية (١٥) من سورة لقمان.

(٢) انظر في ذلك: لسان العرب (١٤١/١١) وما بعدها، ومعجم مقاييس اللغة (٢٨١/٤، ٢٨٢)، والقاموس (١٧٣/٤) وما بعدها، ومحيط المحيط (١٣٧٧/٢)، وأسرار البلاغة ص (٢٩٨)، والرائد ص (١٠١٧).

(٣) الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل (١٣٨/٢).

(٤) إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (٢٢٢/٢).

المطلب الثاني: معنى العرف في الفقه الإسلامي:

لقد تعرض كثير من الباحثين لتعريف العرف، أذكر أهمها، وأشهرها، ثم أختار ما أراه صحيحاً في نظري فأقول:

التعريف الأول:

ذكر الشيخ أحمد أبو سنه: أن عبدالله بن أحمد النسفي عرفه في كتابه المستصفى[1] بقوله:

(العادة والعرف: ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[2].

وقد وهم من عزاه إلى أبي حامد الغزالي، كالأستاذ مصطفى الزرقا[3]، والدكتور وهبة الزحيلي[4].

ومنشأ هذا الوهم قول أبي سنه في كتابه[5]: قال في المستصفى، وهو يريد النسفي. فأعاد الضمير عليه لتقدم ذكره، والزرقا والزحيلي حسباه الغزالي، لاعتقادهما أن لا مستصفى إلا للغزالي.

نقد التعريف:

١ ـ أنه سوى بين العادة والعرف، فمدلولهما عنده واحد، فما يطلق عليه عرف يطلق عليه عادة، والعكس بالعكس، وليس الأمر كذلك؛ إذ أنّ العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة، ولا عكس.

وبيانه: أن الشيء المتكرر من الشخص الواحد يقال له: عادة، ولا يقال: عرف؛ لأن العرف يدل على تتابع كثيرين عليه بخلاف العادة، فإنها تدل على ذلك وعلى العادة الفردية.

---

(١) من كتب الحنفية لا زال مخطوطاً بدار الكتب المصرية.
(٢) في كتابه العرف والعادة في رأي الفقهاء ص (٨).
(٣) المدخل الفقهي العام (٢/٨٣٨).
(٤) الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص (٥٢٠).
(٥) العرف والعادة ص (٨).

وبهذا تبين أن عطف العرف على العادة ليس صحيحاً.

٢ ـ أن التعريف غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد فيه، كما يفهم من سياق الكلام أنه إنما يريد به العرف الصحيح.

فإن قيل: إنما يريد النسفي العرف الصحيح فقط، أما الفاسد فلا دخل له في التعريف، لعدم اعتباره، قلنا:

١ ـ إنه وإن كان فاسداً، فقد ذهب بعض العلماء إلى اعتباره.

٢ ـ أن الأولى أن يكون التعريف جامعاً مانعاً، وإلّا لما صح تقسيمنا للعرف إلى صحيح فاسد.

التعريف الثاني:

عرفه الجرجاني في كتابه التعريفات بقوله:

(العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[1].

نقد هذا التعريف:

هذا التعريف إن سلم من الاعتراض الأول على تعريف النسفي، إلّا أنه لا يسلم من الاعتراض الثاني.

التعريف الثالث:

وهو لابن عابدين من فقهاء الحنفية المتأخرين، عرفه بقوله: (العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى، صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم)[2].

---

(١) التعريفات ص (١٣٠).

(٢) في رسالة: نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العُرْف (٢/١١٤) مطبوعة ضمن رسائله.

نقد هذا التعريف:

١ ــ أنه غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد.

٢ ــ أنه سوى بين العرف والعادة.

٣ ــ أن العادة قد تثبت بتكررها مرتين أو ثلاثاً بخلاف العرف فإنه لا يثبت إلا بالاستقرار والدوام.

وأصل العبارة لأبي زيد عبيدالله بن عمر الدبوسي القاضي المتوفى عام ٤٣٠ هـ حيث عرف الوصف المناسب في باب القياس بقوله: (المناسب: عبارة عما لو عرض على العقول تلقته بالقبول)[١].

وقد راقت هذه العبارة للعلماء، فاستعملوها في كثير من التعاريف مع تغيير في التقديم والتأخير، أو إضافة بعض القيود، ومن تلك التعاريف: تعريف العرف.

أما العلماء في عصرنا الحاضر: فقد تعرضوا أيضاً لتعريفه، والملاحظ أن تعريفاتهم متقاربة، وتكاد تكون في بعضها مترادفة، وسنذكر أشهرها ثم ننقدها مجتمعة:

١ ــ تعريف الشيخ أحمد أبي سنه في كتابه: «العرف والعادة في رأي الفقهاء»:

(هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس، وعرفته، وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة)[٢].

٢ ــ تعريف الشيخ محمد الخضر حسين في كتابه: «الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان»:

---

(١) انظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، وتعليق الشيخ عبدالرزاق عفيفي عليه (٣/ ٢٧٠).

(٢) ص (٨).

(العرف والعادة: ما يغلب على الناس من قول، أو فعل، أو ترك)[1].

٣ ــ تعريف الشيخ عبدالوهاب خلاَّف في كتابه: «أصول الفقه»:

(العرف: ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك، ويسمى العادة)[2].

٤ ــ تعريف الشيخ محمد أبي زَهْرة في كتابه: «أصول الفقه»:

(العرف: ما اعتاده الناس من معاملات، واستقامت عليه أمورهم)[3].

٥ ــ تعريف الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه: «الوسيط في أصول الفقه الإسلامي»:

(العرف: ما اعتاده الناس وساروا عليه، من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية)[4].

٦ ــ تعريف الدكتور محمد سلاَّم مدكور في كتابه: «مدخل الفقه الإسلامي»:

(ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، فعلاً كان، أو قولاً، دون معارضته لنص أو إجماع سابق)[5].

نقد هذه التعاريف:

١ ــ أن بعض هذه التعاريف غير جامع، لعدم دخول العرف الفاسد، كما في تعريف الشيخ أحمد أبي سنه، والدكتور محمد سلاَّم مدكور.

---

(١) ص (٣٣).
(٢) ص (٨٩).
(٣) ص (٣٧٣).
(٤) ص (٥٢٠).
(٥) ص (٨١).

٢ ــ تدل التعاريف كلها عدا تعريف الشيخ محمد الخضر حسين على أن العرف لا بد فيه من اعتياد الناس كلهم، حيث جاء في تعاريفهم: (ما اطمأنت إليه النفوس)، (ما استقر في النفوس)، (ما تعارفه الناس)، (ما اعتاده الناس)، والجمع المعرف بأل يفيد العموم، وليس الأمر كذلك؛ إذ يكفي في إثبات العرف، اعتياد الأكثرية الغالبة.

٣ ــ أن بعضهم قد سوى بين العرف والعادة، كما في تعريف الشيخ محمد الخضر حسين.

٤ ــ أن بعضهم قصر العرف على المعاملات، كما يتضح من تعريف الشيخ محمد أبي زَهْرَة، وهذا القصر لا وجه له؛ لأن العرف كما يكون في المعاملات يكون في وسائل العبادات والجنايات والعادات.

وبعد أن جئنا على ذكر التعاريف، وبيان ما فيها من خلل، نذكر التعريف المختار فنقول:

العرف: «ما اعتاده أكثر الناس، وساروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها، سواءً أكان ذلك في جميع العصور، أم في عصر معين».

شرح التعريف:

لفظ «ما» كالجنس يشمل ما تعارفه الأكثرية من الناس، سواءً أكان صحيحاً أم فاسداً، وسواءً أكان قولياً أم فعلياً.

ولفظ (أكثر الناس) يخرج العادة الفردية، وما اعتاده القلة، كما يخرج العرف المشترك.

ولفظ (جميع البلدان) يراد به العرف العام.

ولفظ (أم في بعضها) يراد به العرف الخاص.

مثال ذلك:

ما جرى عليه تعامل الناس من استئجار بعضهم لأصحاب المهن

والحرف، الذين فتحوا محلات لهذا العمل واشتغلوا به، بدون تسمية للأجرة، فإنهم يعطون الأجرة حسب ما جرى به العرف، وإن لم يكن هناك شرط.

ومن ثم جاء في تعبير الفقهاء (العادة محَكَّمة)، (تُنَزَّل العادة منزلة الشرط). فالمهندس والحلاق والسمسار ـ مثلاً ـ يُعطَوْن من الأجرة نظير ما يقومون به من عمل، تنزيلاً للشرط العرفي منزلة الشرط اللفظي.

والمعاملات في عصرنا الحاضر قد تنوعت وتعقدت أكثر مما يتصور، ولو لم نقل باعتبار العرف لأدّى ذلك إلى المنازعات والمشاجرات، الأمر الذي يؤدي بالناس إلى المشقة والعسر، وهما منفيان عن هذه الشريعة، فقد دلت الأدلة على أنها شريعة اليسر والسهولة.

وفي ذلك يقول العز بن عبدالسلام ـ رحمه الله ـ ما نصه:

(استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة، كالدلاَّل والحلاَّق والفاصد، والحجام والنجار والحمال والقصار، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك)[1].

المطلب الثالث: معنى العرف في القانون:

تعرض رجال القانون لمعنى العرف، باعتباره مصدراً من مصادر القانون، نذكر منها أربعة:

١ ـ عرفه الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بقوله:

(مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً

---

(١) قواعد الأحكام (٢/١١١).

عن جيل، والتي تعتبر أنها ملزمة لهم، بمعنى أن يكون لها جزاء قانوني، كالقانون المسنون سواء بسواء)[1].

٢ ــ وعرفه الدكتور شمس الدين الوكيل بقوله:

(العرف هو: مصدر ينشىء القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على متابعة سلوك معين، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً)[2].

٣ ــ أما الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي فعرفه بقوله:

(يقصد بالعرف كمصدر للقانون: درج الناس على قاعدة معينة واتباعهم إياها في شؤون حياتهم وشعورهم بضرورة احترامها)[3].

٤ ــ وقد سلك الدكتور سليمان مرقس في تعريفه مسلكاً آخر حيث يقول:

(لفظ العرف كلفظ التشريع له معنيان:

أ ــ . . . يدل أولاً على القاعدة القانونية غير المسنونة، التي تنشأ من اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه خاص. . .

ب ــ ويدل باعتباره مصدراً للقانون هو: اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على نحو خاص بحيث تنشأ منه قاعدة قانونية غير مسنونة)[4]

والتعريفات متقاربة جداً، والسبب في ذلك: اعتمادهم على كتب المقننين الفرنسيين، فتجدها لا تختلف إلاّ قليلاً، ولعل هذا الاختلاف اليسير ناشىء من اختلاف المفاهيم في الترجمة.

---

(١) انظر: ما كتبه في مجلة الاقتصاد والقانون تحت عنوان: أبحاث في أصول القوانين، السنة الخامس ص (٦٣٣).

(٢) الموجز في المدخل لدراسة القانون ص (١٧٨).

(٣) «نظرية القانون» ص (١٧٧).

(٤) المدخل للعلوم القانونية ص (٢٨٣).

ولي على تعاريفهم ملاحظتان:

الأولى: أنهم يحاولون في تعريفاتهم أن يحدّوا العرف باعتباره مصدراً للقانون، وباعتباره قاعدة قانونية، والحقيقة: أن التعريف لا ينطبق على القاعدة القانونية العرفية؛ لأن اعتباره قاعدة أثر له، والأثر غير المؤثر، ولأن القاعدة نتيجة للعرف، وليست هي العرف.

ويشهد لذلك ما جاء في كتاب الموجز في المدخل لدراسة القانون للدكتور شمس الدين الوكيل حيث يقول: (والمفروض أن يطلق لفظ العرف على المصدر وحده، ولكن شاع استخدامه أيضاً للتعبير عن القاعدة القانونية العرفية. ويبدو لنا من الأفضل أن يقتصر اصطلاح العرف على معنى المصدر، وأن يستعمل اصطلاح القاعدة العرفية للتعبير عن القاعدة الناشئة عن العرف)[1].

الثانية: أنهم عبروا في تعريفاتهم بأن العرف سلوك الناس، وهذا يدل على اعتبار العرف العام دون الخاص، لأن الجمع المعرف بأل يفيد العموم، مع أنهم يقولون: بالعرف الخاص، كالعرف المحلي والمهني.

أركان العرف في القانون:

للعرف القانوني ركنان: أحدهما مادي، والآخر معنوي:

١ ــ أما المادي فهو: أن توجد هناك عادة قديمة ومستمرة، وعامة، وغير مخالفة للآداب العامة، أو المبادىء الأساسية للدولة.

والعادة هذه هي قوام العرف والسبب الرئيس في تكوينه، فلا ينشأ عرف، ولا يرتقي إلى درجة الإلزام إلّا بعد مروره بطور التكوين في قالب العادة.

٢ ــ وأما المعنوي فهو: شعور المجتمع بلزوم هذه العادة وضرورة

---

(١) ص (١٧٨).

احترامها، وأن لها ما للقاعدة القانونية في النفوس من احترام، ومن ترتب العقاب على مخالفتها.

وهذا العنصر هو الذي يرتقي بالعادة إلى منزلة العرف باعتباره المصدر الثاني للقانون[1].

وهذا الركن لا يتحقق في العرف الدولي، فكم من القضايا السياسية قد عرضت على مجلس الأمن، وعلى الجمعية العمومية للأمم المتحدة، وعلى محكمة العدل الدولية، وبخاصة قضية فلسطين، فقد استولت عليها إسرائيل بالقوة متحدية بذلك كل القوانين والأعراف الدولية، بل وأصرت على عدم تنفيذ أي قرار دولي، فهل هناك قوة تحمي هذه القرارات وتنفذها؟!!.

الأمثلة:

الأول: أن ما يقدمه الرجل لخطيبته من الهدايا كـ«الخاتم» و«الساعة» يجوز له أن يستعيده فيما لو فشل الزواج، ويجب عليها أن ترده إليه إذا طلبه[2].

الثاني: أن القانون يحكم بأن أثاث المنزل للزوجة المسلمة، ما لم يقم دليل على أنه للزوج. ويعللون ذلك: بأن العرف في مصر جرى على أن المرأة تأتي بالأثاث المنزلي معها إلى بيت الزوجية[3].

المطلب الرابع: معنى العرف في علم الاجتماع:

(الأعراف عند علماء الاجتماع هي: مجموعة الأفكار والمفاهيم التي يمارس المجتمع عن طريقها سلطته العقائدية. فالعرف إذاً عبارة عن: اتجاه عقلي أو ذهني، ويتمثل في الأقوال المعتقد أنها مقدمة وفي الأمثال

(١) راجع نظرية القانون لعبدالفتاح عبدالباقي ص (١٩٩)، والمدخل لدراسة العلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص (٢٨٣، ٢٨٦).

(٢) (٣) انظر: نظرية القانون ص (١٨٣، ١٨٤).

السائرة، والحكم الشعبية، والأساطير والفكاهات، وأنواع الاعتقادات الحلال والحرام والمباح، وتتصف بالإلزام والقسر والأمر، وتتصل بالعقائد والنظام الخلقي في المجتمع، ولها قوة الحقائق الواقعية، بسبب انحدارها من الماضي، حيث يولد كل فرد في وسط من الأعراف فيتأثر بها، ويخضع لها)[1].

* * *

(١) علم الاجتماع للدكتور العرقسوسي، والدكتور عبدالكريم عثمان، والأستاذ عبدالرحمٰن النحلاوي ص (٤٤).

الفصل الثاني

معنى العادة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: معنى العادة وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى العادة في اللغة.

المطلب الثاني: معنى العادة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: معنى العادة في القانون.

المطلب الرابع: معنى العادة في علم النفس.

المبحث الثاني: الفرق بين العرف والعادة، وبين العرف والإجماع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الفرق بين العرف والعادة عند الأصوليين.

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين.

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والإجماع.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

معنى العادة

المطلب الأول: العادة في اللغة:

العادة في اللغة: تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، يدل على ذلك: ما جاء في اللسان والقاموس، حيث جاء فيهما (العادة: الدَّيْدَن).

وما جاء أيضاً في معجم مقاييس اللغة: (عَوَد) العين والواو والدال أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تثنية في الأمر، والآخر جنس من الخشب.

فالأول: العود، قال الخليل: هي تثنية الأمر عوداً بعد بدأ، تقول: بدأ ثم عاد...

والعادة: الدُّربة، والتمادي في شيء حتى يصير له سجية).

وجمعها: عادات، وعاد، وقد تجمع على عيد، وهو ضعيف.

وتعوّد الشيء، واعتاده صار له عادة. قال الشاعر:

لم تزل تلك عادة الله عندي والفتى آلف لما يستعيد

وقال:

تعود صالح الأخلاق إني رأيت المرء يألف ما استعاد

ومن ثم قيل للمواظب على عمله، وللبطل لا يمل منازعة الرجال: معاوِد، لتكرر الفعل منهما مرة بعد أخرى[1].

---

(١) انظر: اللسان (٣١١/٤) وما بعدها، والقاموس (٣١٩/١)، ومعجم مقاييس اللغة (١٨١/٤، ١٨٢)، ومحيط المحيط (١٤٩٤/٢) وما بعدها.

المطلب الثاني: معنى العادة في الفقه الإسلامي:

التعريف: الأول:

عرفها محمد أمين الشهير بأمير بادشاه بأنها:

(الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية)[1].

نقد هذا التعريف:

يعترض عليه بأنه: أطلق على الأمر المتكرر ذي العلاقة العقلية عادة مع أنه ليس كذلك، إذ هو (من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما وجد مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلّف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر؛ لأنه ناشىء عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل، أو طبع، أو عامل طبيعي)[2].

التعريف الثاني:

وعرفها الجرجاني بقوله:

(العادة: ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى)[3].

نقد هذا التعريف:

وهذا التعريف معترض عليه بأنه غير جامع، وذلك من وجهين:

١ ــ عدم دخول العادة الفردية في التعريف، حيث عبّر بقوله: (ما استمر الناس عليه)، والعادة الفردية لا تكون إلا من واحد.

٢ ــ أنه غير شامل للعادة الفاسدة، حيث يفهم من سياق كلامه: أنه

---

(١) في كتابه تيسير التحرير (٢/٢٠).

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٢/٨٣٦).

(٣) التعريفات ص (١٢٧).

يريد العادة الصحيحة. ويمكن الاعتذار عنه: بأنه إنما يعرِّف العادة الصحيحة بدون نظر إلى الفاسدة. ونحن وإن سلّمنا بوجاهة هذا الاعتذار إلا أنه يبقى الاعتراض الأول وارداً عليه.

التعريف الثالث:

وقال ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر:

(وذكر الهندي في شرح المغني، العادة: عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة)[1].

نقد هذا التعريف:

ما اعترض به على تعريف الجرجاني يعترض به على هذا التعريف.

التعريف الرابع:

عرفها ابن أمير الحاج في كتابه: التقرير والتحبير بقوله:

(العادة هي: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)[2].

وهذا التعريف هو المختار، لأنه ـ في نظري ـ جامع مانع.

شرح هذا التعريف:

قوله: (الأمر المتكرر) يشمل: العادة الجماعية والفردية، والقولية والعملية، والصحيحة والفاسدة.

قوله: (من غير علاقة عقلية)، يخرج ما كان التكرار عن علاقة عقلية، فإنه لا يكون عادة مهما تكرر. وقد سبق بيانه عند نقد تعريف صاحب تيسير التحرير.

الأمثلة:

العادة الجماعية (العرف) قد سبق التمثيل لها.

---

(١) ص (٩٣).

(٢) (٢٨٢/١).

أما العادة الفردية: فالأمثلة عليها كثيرة منها:

١ ــ كلب الصيد يشترط في حل ما يصيده: تكرار جرحه للصيد، وعدم الأكل منه، حتى يصير ذلك عادةً له، أما قبل ذلك فلا يجوز الأكل مما صاده؛ لاحتمال أن يكون عقره ليأكله[١].

٢ ــ القائف لا يقبل قوله في معرفة الأثر أو غيره إلا إذا اعتاد ذلك وتكرر منه، حتى يغلب على الظن أنه عادة له، أما قبل التكرار فلا يقبل قوله، لاحتمال أن يكون من باب الصدفة[٢].

المطلب الثالث: معنى العادة في القانون:

هي الركن المادي للعرف، ولذلك يعرفون العادة عندما يتكلمون على أركان العرف، فيقول الدكتور سليمان مرقس: (الركن المادي هو: اطراد سلوك الناس في بعض علاقاتهم بشكل معين، أو هو: عادة درج عليها الناس مدة طويلة في تنظيم أمر معين، بطريقة مخصوصة)[٣].

وعرفها الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي بقوله:

(الركن المادي: ويتضمن عادة قديمة، عامة، مستمرة، وغير مخالفة للنظام العام)[٤].

الأمثلة:

١ ــ ما جرت به العادة في الإسكندرية أن قيمة استهلاك الماء على المستأجر، وعكس ذلك ما جرت به العادة في القاهرة من أن قيمة الماء المستهلك على المؤجر.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٤).
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠٠).
(٣) المدخل للعلوم القانونية ص (٢٨٣، ٢٨٤).
(٤) نظرية القانون ص (١٩٩).

٢ ــ ما جرت به العادة أن توزيع الربح بين الشريك صاحب المال، والشريك صاحب العمل أن للأول بنسبة الثلثين، وللآخر بنسبة الثلث.

٣ ــ وكذلك ما جرت به العادة من أن العربون يفقد على صاحبه إذا عدل عن إبرام العقد، وأن من قبضه ثم عدل عن إمضاء العقد يكلف برد ضعفي العربون، وقد أصبحت هذه العادة في التقنين المصري الجديد قاعدة تشريعية مفسرة، حيث نصت عليها المادة (٢/١٠٣) في التقنين المدني الجديد[١].

المطلب الرابع: معنى العادة عند علماء النفس:

العادة عندهم هي: (استعداد مكتسب بالتكرار يؤدي إلى سلوك معين، يمارسه الإنسان بسهولة، وإتقان، وسرعة، يتناول الأعمال الحركية، والمشاعر الإنفعالية، وأساليب التفكير)[٢].

الأمثلة:

١ ــ عادة شرب الدخان، والحشيش، وغيرهما من العادات التي قد استحكمت في بعض الناس، حتى إذا أردت تعديله عن طريق النصيحة، أجابك بأنه لا يستطيع ترك ذلك العمل؛ لأنه أصبح لديه عادة.

٢ ــ عادة الكتابة، والقراءة، والسواقة، فإن الإنسان في أول تعلمها يخضع لها جميع إدراكاته، وقدراته، حتى إذا استمر على ذلك، وكرر العملية، فإنها تصبح عنده عادة سهلة، يستطيع ممارستها بكل دقة وانتظام.

---

(١) أصول القانون للدكتور حسن كيره ص (٣٣٨، ٣٣٩).

(٢) علم النفس للدكتور العرقسوسي، والدكتور عبدالكريم عثمان، والأستاذ عبدالرحمٰن النحلاوي ص (١٠٢).

المبحث الثاني

الفرق بين العرف والعادة، وبين العرف والإجماع

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: الفرق بين العرف والعادة عند الأصوليين:

للأصوليين في تحديد النسبة بين العرف والعادة ثلاثة أقوال:

١ ـ القول الأول: أنه لا فرق بين العرف والعادة، وأنهما بمعنى واحد.

وهو رأي عبدالله بن أحمد النسفي الحنفي، كما مرّ في تعريفه لهما، حيث قال: (العادة والعرف ما استقر في النفوس، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[١].

كما هو رأي ابن عابدين الحنفي حيث جاء في تعريفه: (فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصدق، وإن اختلفا من حيث المفهوم)[٢].

وقد قال بقولهما: محمد الخضر حسين، وعبدالوهاب خلاّف، حيث قال الأول: (العرف والعادة ما يغلب على الناس من قول أو فعل، أو ترك)[٣].

وقال الثاني: (والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد)[٤].

---

(١) نقله الشيخ أحمد أبو سنّه عن النسفي في كتاب العرف والعادة في رأي الفقهاء ص (٨).

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٤).

(٣) في كتابه: الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ص (٣٣).

(٤) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص (١٤٥).

٢ ـ **القول الثاني**: أن العرف مخصوص بالقول، والعادة مخصوصة بالفعل، وقد مال إليه عبدالعزيز البخاري في كتابه كشف الأسرار حيث جاء فيه: (ويجوز أن يكون الاستعمال راجعاً إلى القول، يعني: أنهم يطلقون هذا اللفظ في معناه المجازي في الشرع والعرف دون موضوعه الأصلي، كالصلاة والدابة مثلاً، فإنهما لا يستعملان في الشرع والعرف إلّا في الأركان المعهودة، والفرس، والعادة راجعة إلى الفعل كما سنبينه، وعلى هذا الوجه يدل سياق كلام الشيخ)[١].

ثم قال بعد ثلاث صفحات وفي الموضوع نفسه: (قوله: «وهذا ثابت بدلالة العادة لا غير» أي: تخصيص هذه العمومات ثابت بالعرف العادي، لا بالعرف الاستعمالي، فإن لفظ الرأس كما يستعمل في رأس الغنم يستعمل في رأس العصفور والحمام، وسائر الحيوانات على السواء، إلّا أن العادة في الأكل مختصة برأس الغنم... فتركت الحقيقة وهي العموم بالعادة، بخلاف ما تقدم، فإن الحقيقة تركت بغلبة استعمال اللفظ في تلك المعاني، كما بيّنا، لا بالعادة؛ لأن الناس كما اعتادوا فعل الصلاة اعتادوا الدعاء أيضاً، فتبيّن بهذا أن قوله: «بدلالة الاستعمال والعادة» ليس بترادف كما زعم البعض وأن الواو فيه بمعنى أو)[٢].

وقد نقل الدكتور السيد صالح عوض عن صاحب البدائع في أصول الشرائع فيما تترك به الحقيقة قوله: (وحصرها المشايخ في خمسة: ما بدلالة العرف قولاً والعادة فعلاً)[٣].

٣ ـ **القول الثالث**: أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق، فالعادة أعم من العرف مطلقاً، حيث تطلق على العادة الجماعية (العرف)، وعلى العادة الفردية، فكل عرف عادة، ولا عكس.

---

(١) كشف الأسرار (٢/٤١٥).
(٢) المصدر السابق (٢/٤١٨، ٤١٩).
(٣) أثر العرف في التشريع الإسلامي ص (٣٧).

وقد قال به أحمد أبو سنّه[1] ومصطفى الزرقاء[2]، ولم يذكرا من الأقوال غيره، ولم يوجهاه.

وهذا القول هو الذي أرتضيه وأراه راجحاً، وذلك لأمرين:

الأول: المدلول اللغوي في كل منهما، فالعادة هي الأمر المتكرر مطلقاً، سواء أكان ذلك التكرر من جماعة، أم من فرد.

أما العرف فهو: الأمر المتكرر المتتابع على فعله من كثيرين.

وبهذا تبين أن العادة أوسع دائرة من العرف.

الثاني: الواقع العملي والتطبيق الفقهي، فإن هناك أموراً تتكرر بصورة فردية، لا يمكن بحال أن ينطبق عليها اسم العرف، بل يطلق عليها عادة، وذلك مثل عادة المرأة في حيضها، وعادة القائف في الإصابة، حيث لا نعتبر قوله إلاّ بعد أن يتبين صدق فراسته في العادة.

أما العادة الجماعية قولية أو فعلية فيصح أن يطلق عليها اسم العرف كما يطلق عليها اسم العادة.

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين:

سبق أن ذكرنا تعريف العرف والعادة عند القانونيين، وقلنا: إن العادة هي الركن المادي للعرف، فالعادة في القانون هي: العادة العامة القديمة الثابتة المطردة، التي لا تخالف النظام العام، فلا يشترط فيها أن تكون ملزمة، بخلاف العرف فإنه يزيد عن العادة: باشتراط الإلزام فيه، والمعاقبة على ارتكاب ما يخالفه. وبهذا التفريق نخرج بثمرة تتلخص فيما يأتي:

أولاً: أن العرف قانون تلزم المحكمة المتخاصمين به وتنفذه عليهما، بخلاف العادة فإنها ليست كذلك، إذ لا يحكم بها إلا إذا اتفق عليها الطرفان، صريحاً أو ضمناً.

---

(١) في كتابه «العرف والعادة» ص (١٣).

(٢) في كتابه المدخل الفقهي العام (٢/٨٤١).

ثانياً: أن العرف يطبقه القاضي من تلقاء نفسه، ومن غير طلب أحد الخصمين، أما العادة فإنه لا يطبقها إلّا إذا تمسك بها أحد الخصوم.

ثالثاً: على المحكمة أن تتحرى العرف، إذ المفروض في القاضي أن يكون عالماً بالقواعد القانونية، وإذن فعليه أن يبحث عن العرف، ولو لم يثبته من ادعاه من الخصمين، فإن وجد وثبت عنده حكم به، وإلّا صرح بعدم ثبوته لديه، بخلاف العادة فإنه لا يلزمه تحريها، بل على مدعيها أن يثبتها لدى المحكمة.

رابعاً: لا يعذر أحد بجهله العرف، وعليه فيطبق على الناس علموا به أم لا، بخلاف العادة فلا تلزمهما إلا إذا علماها، وقصداها صراحة أو ضمناً.

خامساً: أن الحكم المستند إلى العرف يخضع لرقابة محكمة النقض إثباتاً وتطبيقاً، إذ أنه من مصادر القانون، فلا بد من الرقابة للتأكد من مدى صحة تطبيق القاضي للقانون، وهذا بخلاف العادة فإن التثبت من وجودها، ومن كون المتعاقدين قصدا الإحالة إليها صريحاً، أو ضمناً، لا يخضع لمحكمة النقض، لكون ذلك لا يتعلق بالناحية التطبيقية للقانون.

سادساً: أن العرف التجاري على الأقل ـ مراعاة للخلاف ـ قد ينسخ قانوناً مخالفاً له ويبطله، بخلاف العادة فإنها لا تستطيع ذلك أمام القانون، ولو كانت تجارية[1].

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والإجماع:

يتضح الفرق بين العرف والإجماع من عدة وجوه:

الأول: أن الإجماع لا ينعقد إلّا باتفاق مجتهدي أمة محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ في عصر من العصور، بخلاف العرف فإنه لا يشترط

(١) نظرية القانون للدكتور عبدالفتاح ص (١٩٩)، والمدخل لدراسة القانون للدكتور سليمان مرقس ص (٢٨٨، ٢٩٢).

فيه ذلك، بل يكفي فيه أن يصدر من الأكثرية الغالبة، سواء أكانوا مجتهدين أم لا.

الثاني: أن الإجماع دليل شرعي معتبر، لا يعتريه البطلان، بخلاف العرف، فإنه قد يكون باطلاً، كعرف المعاملات الربوية في عصرنا الحاضر، فإنه عرف باطل، لمصادمته النصوص الشرعية الدالة على تحريم الربا.

الثالث: أن الإجماع كالنص من كتاب أو سنة، لا مساغ للاجتهاد فيما ثبت بهما من الأحكام، بخلاف العرف، فإنه يتغير بتغير الزمان والمكان اللذين يؤثران على المجتهد عند نظره إلى مسألة مبنية على العرف[1].

* * *

(١) راجع كتاب: «الأصول العامة» لمحمد تقي الحكيم (١/ ٤٢٠)، وكتاب مصادر التشريع فيما لا نص فيه لخلاّف ص (١٤٦).

الفصل الثالث

أسباب العرف

وسلطانه على النفوس

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

أسباب العرف

لكل مسبب سبب، والعرف كغيره من المسببات لا بد له من سبب، وهذه الأسباب تكون خفية غامضة مجهولة في بعض الأحيان؛ لأنه ينشأ في ظروف غامضة لا يدرى على سبيل التحديد سببه، وقد تكون تلك الأسباب ظاهرة جلية، وهذا هو القليل.

وبالتتبع وجدنا أن الأعراف والعادات التي تسود في مجتمع ما ترجع:

ـ إما إلى ضرورة اجتماعية ألجأت ذلك المجتمع إلى سلوك هذا العرف أو تلك العادة، ليحقق له مطلباً من مطالب حياته، ثم يتكرر ذلك الأمر ويستمر حتى يصبح عرفاً لا يستطيع أحد أن يخالفه أو يخرج عليه.

ـ وإمّا إلى حاجة ماسة يؤدي عدم مراعاتها وحفظها إلى وقوع الناس في الحرج والمشقة، فيكون العرف في هذه الحالة حاجياً، وما أكثر الحاجيات في كل عصر، إذ هي تتجدد بتجدد العصر وتتطور بتطوره، ولهذا تجد أن أكثر الأعراف السائدة في مجتمعنا مستندة إلى كونها تلبي حاجة من حاجات المجتمع، فعرف الدولة مراعى في نظامها، وعرف المواطنين على اختلافهم في المهن والأعمال مراعى في تعاملهم مع بعضهم بعضاً، حتى أصبحت هذه الأعراف هي المحكّمة والسائدة لا ينازع فيها منازع.

ـ وقد يكون السبب في نشوء ذلك العرف، هو التقليد المحض، وهذا التقليد يتخذ أشكالاً متعددة، وصوراً شتى، فمن ذلك تقليد الأمة لزعيم لها، في عمل عمله، واستمر عليه، تشبّهاً بالحكام والأكابر، إرضاء

للغرور وحب العظمة في أنفسهم، أو اعتقاداً منهم بوجوب محاكاته، والسير على آثاره لما يتمتع به في قلوبهم من محبة واحترام.

ومنه أيضاً تقليد الأمة المغلوبة على أمرها لمن استعمرها أرضاً وفكراً، حيث تتلقى كل ما لديه من أعراف وعادات وتقاليد، وتحرص على تطبيقها كما جاءت ـ ربما أكثر من أهلها ـ على أنها الأولى بالاتباع، والجديرة بالبقاء والتفضيل، وقد شمل ذلك جميع شؤون الحياة أخلاقية واجتماعية وغيرهما، والغالب في أول الأمر أنه محاولة فردية ثم يستمر الأمر حتى يصبح عرفاً.

ـ كما يكون منها ما هو من قبيل البدع والتحريف في الدين، لم ينزل بها من الله سلطان، اتباعاً في ذلك للجهال بالدين، والمجتمع الإسلامي زاخر بالأعراف المسببة عن ذلك، كعيد الهجرة، والمولد النبوي، وكذا التي يسمونها بالأعياد الوطنية.

وهذه الأسباب تختلف من مكان لآخر، ومن زمان لآخر، متأثرة بظروفها الزمانية والمكانية، ولذلك تجد ما هو معتاد في بلدة قد يختلف عما هو معتاد في بلدة أخرى، سواء كان عرفاً قولياً أم عملياً، وهذا الاختلاف قد يكون راجعاً إلى أمر طبعي كالاختلاف في المناخ حرارة وبرودة، الذي يؤثر في بروز بعض الصفات وإخفائها، فالحر مثلاً يؤدي إلى بروز صفة الحمق، وسرعة الانفعال، والتسرع في الأمور، كما يؤدي إلى إسراع الحيض في النساء، وذلك بخلاف البرد[1].

كما قد يكون راجعاً إلى التقاليد الموروثة عن الآباء والأجداد، فيحافظ عليها الأبناء والأحفاد من بعدهم، ولهذا وجب على المفتي والقاضي النظر إلى العرف وسببه، فما كان صحيحاً لا يتعارض مع النصوص أقرّه ورتب الحكم على وفقه، وما كان غير صحيح أنكره، ورتب الفتوى أو الحكم على الوجه المشروع[2].

---

(١) الموافقات للشاطبي (٢/٢٠٩، ٢١٠، ٢٢٠).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنه ص (١٥، ١٦).

المبحث الثاني

سلطان العرف على النفوس

لكل مجتمع أعرافه وعاداته، التي قد تمكنت من النفوس، ورسخ احترامها في القلوب، أعراف تلقاها الأبناء عن الآباء، قضية مسلّمة لا تقبل الجدل، حافظوا عليها، ورعوها، ورأوا الخروج عليها أمراً صعباً، يستحق فاعله التأديب، أو المقت الشديد على الأقل، وبخاصة الطائفة المسنة التي تعشق ما ألفته واستقرت حياتها عليه، وتنفر من كل جديد، ومن ثم قيل: «إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً وعسراً».

وهذه العادات منها الصالح، ومنها الطالح، ومع هذا يتمسك بها بعضهم مع اعترافه بفسادها، وإذا جادلته في ذلك محاولاً ردعه عنها، أو التخفيف منها، أجابك بقوله: إنها العادة ولا يستطيع التخلص منها، من أجل ذلك قيل: إن العادة طبيعة ثانية.

والقارىء للتاريخ يقف على ما يتعرض له الرسل ـ عندما يبعثون في أممهم، أو المصلحون عندما يريدون انتشال مجتمعهم من وهدة الضلال وإعادتهم إلى الصراط المستقيم ـ من العقبات، المسببة عن العادات والأعراف الفاسدة، لذلك يلجؤون إلى أسلوب التدرج بالناس، حتى يقضى على تلك العادات؛ لأنه لا يمكن نزعهم مرة واحدة عن أعرافهم التي قد تخمرت في رؤوسهم.

وخير من راعى ذلك رسولنا محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقد جاء في مجتمع جاهلي زاخر بعاداته الفاسدة، وتقاليده الممقوتة، التي لا تتفق

مع منطق صحيح، ولا عقل سليم، سواء في ذلك ما يتعلق بمعتقدهم الموروث، أم معاملاتهم المختلفة، أم أنكحتهم المتبعة، أم عاداتهم في المأكل والمشرب السائغ في العرف تناولها.

فقد كانت عقيدتهم في المجتمع الجاهلي شركية ضالة، حيث عبدوا الأصنام والأوثان، وعلقوا عليهما النفع والضر، وهذا المعتقد ليس وليد ساعته، بل سار عليه الآباء وتلقاه عنهم الأبناء على أنه الشيء الأولى بالاتباع.

وفي ذلك يقول تعالى: ﴿ أَمْ ءَاتَيْنَٰهُمْ كِتَٰبًا مِّن قَبْلِهِۦ فَهُم بِهِۦ مُسْتَمْسِكُونَ ﴿٢١﴾ بَلْ قَالُوٓا۟ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّهْتَدُونَ ﴿٢٢﴾ وَكَذَٰلِكَ مَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِى قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَآ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقْتَدُونَ ﴿٢٣﴾ ﴾[1].

كما قال في موضع آخر: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَإِلَى ٱلرَّسُولِ قَالُوا۟ حَسْبُنَا مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ ءَابَآءَنَآ ۚ أَوَلَوْ كَانَ ءَابَآؤُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ شَيْـًٔا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾[2].

أما القانون المقضي به في منازعاتهم، فقد كانت مواده ما جرى عليه العرف والعادة في القبيلة، سواء كان ذلك العرف ناشئاً عن القبيلة ابتداءً، أم كان منقولاً إليها من المجتمعات المجاورة آنذاك كالفرس والروم، أم كانت مستقاة من بعض أهل الديانات السماوية، كاليهود والنصارى.

فإذا ما صدر الحكم كان ضربة لازب لا يقبل التمييز، ولا يخضع للاستئناف، وكانت النفوس به مسلّمة.

أما معاملاتهم فقد كانت جارية على ما ألفوه واستمرؤوه، وعلى رأسها

---

(١) آية (٢١ - ٢٣) من سورة الزخرف.

(٢) آية (١٠٤) من سورة المائدة.

النظام الاقتصادي الذي كان أقوى دعائمه الربا «إما أن تقضي وإما أن تربي». ولما كان ذلك متمكناً من نفوس القوم لم يشأ الإسلام ـ وقد اعتادته النفوس ـ أن يجتثه من جذوره مرة واحدة، بل تدرج في تحريمه[1]، فقد أوضح الإسلام في التشريع المكي قبل أن يفصل الأحكام العملية، أن الربا غير فطري، وذلك في سورة الروم بقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ﴾[2] وفي هذا استنكار للربا، وعدم رضا الإسلام به.

ثم نزل في المدينة بعد ذلك تحريم ربا الجاهلية في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[3].

ثم نزل بعد ذلك قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا۟ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ۚ﴾[4]، وهي من أواخر ما نزل وبذلك حرم الربا كله، وقد قال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في حجة الوداع: (وربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا، ربا عباس بن عبدالمطلب، فإنه موضوع كله)[5].

---

(١) على رأي بعض المفسرين، وهناك من يرى عدم التدرج، وعليه فلا مفهوم لآية آل عمران. فقد جاءت لبيان الواقع.

(٢) آية (٣٩) من سورة الروم.

(٣) آية (١٣٠) من سورة آل عمران.

(٤) آية (٢٧٥) من سورة البقرة.

(٥) جزء من حديث جابر ـ رضي الله عنه ـ الطويل، أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحج، باب حجة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ (٢/٨٨٦) رقم الحديث (١٢١٨).
وأخرجه أبو داود في كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ (٢/٤٥٥) رقم الحديث (١٩٠٥).

أما أنكحتهم المتعارف عليها فكثيرة، عنيت بنقلها كتب الحديث والسير، وذلك كنكاح المقت، والشغار، والاستبضاع، والمخادنة.

وقد سكت عنه التشريع في أول عهده، وهو يقرر العقيدة، ولما توطدت العقيدة في نفوسهم، وملك الإيمان شغاف قلوبهم شرعت الأحكام في ذلك.

وكذلك الشأن في الأطعمة والأشربة، يحلون ما أحله العرف، ويحرمون ما حرمه، ولما جاء الإسلام تدرج بهم في ذلك، وبخاصة تحريم الخمر، وذلك أمر معروف، فلا نطيل الكلام فيه.

ومن هذا تبين كيف عالج الإسلام عادات المجتمع الجاهلي، وقضى عليها بالتدريج، مراعياً ما لها من سلطان على النفوس.

وفي هذا تقول عائشة ـ رضي الله عنها ـ فيما رواه عنها البخاري: (إنما نزل أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل لا تزنوا لقالوا: لا ندع الزنا أبداً)[1].

ومن أجل ذلك لم يقدم النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ على هدم الكعبة، وإعادة بنائها على قواعد إبراهيم عليه السلام، تقول عائشة: (سألت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الجدر أمن البيت هو؟ قال: نعم، قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت قال: إن قومك قصرت بهم النفقة، قلت: فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال: فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا، ولولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية، فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألصق بابه بالأرض)[2].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن (٦/٢٢٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها (٢/١٧١).

ورجال القانون عندما يريدون وضع أي قانون، لا بدّ أن يجعلوا العرف المتمكن في المجتمع نصب أعينهم، حتى لا يتعرض ذلك القانون للاهتزاز وعدم التطبيق، ولا غرو في ذلك فالعرف هو المصدر الثاني للقانون.

وليت المقنن في البلاد الإسلامية سن القوانين مستوحاة من الأعراف والعادات القائمة حتى تخف الوطأة، ويجد الناس في القانون ما يوافق ولو في بعض الشيء. ولكن بدلاً من هذا ـ وإن كان سيئاً ـ ضرب ذلك المقنن بالعرف عرض الحائط، وطبق قوانين مستوردة لا صلة لها بالمجتمع، لا من قريب ولا من بعيد، الأمر الذي جعل قوانينهم عرضة للتغيير والتبديل، ذلك أنهم جاءوا إلى مجتمع إسلامي له قيمه التشريعية وعاداته وأعرافه الإسلامية، التي رسخت في نفوسهم، واستولت على شعورهم، وأرادوا نزعهم عن ذلك، وإبدالهم بأعراف وعادات غريبة عليهم وعلى مجتمعهم فضلوا وأضلوا، وهلكوا وأهلكوا.

وعلماء الاجتماع والنفس قد اهتموا بالعرف والعادة في دراساتهم اهتماماً كبيراً، حتى قيل: «الإنسان ابن بيئته»، و«العادة طبيعة ثانية»[1].

* * *

(١) وراجع أيضاً: أثر العرف في التشريع الإسلامي ص (٤٤)، والعرف والعادة ص (١٦، ١٧)، والمدخل الفقهي العام (٢/ ٨٣٤).

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الفصل الرابع

تقسيم العرف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تقسيمه في الفقه الإسلامي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تقسيمه إلى صحيح وفاسد.

المطلب الثاني: تقسيمه إلى قولي وعملي.

المطلب الثالث: تقسيمه إلى عام وخاص.

المبحث الثاني: تقسيم العرف في القانون.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

تقسيم العرف في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد:

تقسيم العرف إلى صحيح وفاسد لم يتعرض له أكثر الباحثين؛ لأنهم عندما حدّوا «العرف» إنما حدّوه باعتباره صحيحاً، أما نحن فقد عرفناه بما هو أعم من ذلك، لهذا يلزمنا هنا أن نبين العرف الصحيح، والعرف الفاسد، ليستبين الأمر، ويتضح الطريق، فنقول وبالله التوفيق:

أ ـ العرف الصحيح:

هو ما تعارفه أكثرية الناس من قول أو فعل، شهد له دليل الشرع بالاعتبار، أو لم يشهد له نفياً أو إثباتاً، لكنه لم يفوت مصلحة، ولم يجلب مفسدة.

فمثال ما شهد له الشرع بالاعتبار: وجوب النفقة والكسوة للوالدة على قدر حال الرجل من يسار وإعسار، حيث قيده الله سبحانه وتعالى بالمعروف في قوله: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[1]، فليس من المعروف: إلزام الفقير أكثر مما يقدر عليه، ولا إلزام الغني الشيء الحقير، كما يؤيد ذلك ما جاء صريحاً في سورة الطلاق: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[2].

---

(١) آية (٢٢٣) من سورة البقرة.

(٢) آية (٧) من سورة الطلاق.

قال ابن العربي تفسيراً لهذه الآية: (هذا يفيد: أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق، والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة)[1].

وقال: (المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق:

قد بيَّنا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام)[2].

قال ابن قدامة: (فصل في معرفة المكيل والموزون، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وبهذا قال الشافعي...)[3].

ويندرج تحت ذلك كل الأعراف التي كانت سائدة في المجتمع الجاهلي، وأقرها الإسلام، كالدية، فإنها كانت معروفة لدى الجاهليين. ومثلها السلم، فقد كان معروفاً عند أهل المدينة، إلا أن الشرع نظمه، وأحاطه بسياج يمنع الظلم والاستغلال.

ومثال ما لم يشهد له الشرع لكنه لم يفوت مصلحة، ولم يجلب مفسدة: ما تعارف عليه بعض الناس من تقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل، وهذا أمر قد فشا في عصرنا الحاضر، وبخاصة من يتزوج امرأة من غير بلده، فإنهم يؤجلون بعض المهر، والحامل لهم على ذلك: التيسير والتخفيف على الزوج في مطلع حياته الزوجية، والتريث في إيقاع الطلاق لعلمه أنه إن طلق حلَّ المؤجل من المهر مع نفقة العدة، والحامل لهم أيضاً: أنه إذا طلقها وهي بعيدة عن أهلها استطاعت التزود في سفرها إلى أهلها بمؤجل مهرها.

ومثل ذلك أيضاً: ما عرف من الأنظمة والأعراف التي أوجدتها، أو

---

(١) أحكام القرآن (١٨٤١/٤).
(٢) المصدر السابق (١٨٤٢/٤).
(٣) المغني (١٦/٤).

كان السبب في وجودها ما فيها من جلب مصلحة، أو دفع مفسدة، كنظام المرور، ونظام الامتحانات، ونظام الموظفين، وغير ذلك، فإنها سنت لتحقق المصلحة، ثم استمر الأمر عليها حتى أصبحت أعرافاً صحيحة تحقق المصلحة، وترعاها، وتكفل للإنسان حياة أفضل.

ب ـ العرف الفاسد:

عرفه الشيخ عبدالوهاب خَلَّاف بقوله: (ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع، أو يجلب ضرراً، أو يفوت نفعاً)[1].

ويعترض عليه: بأنه غير جامع، لخروج العرف الفاسد الخاص؛ لأن الجمع المعرَّف بأل يفيد العموم.

وسأتجنب هذا الاعتراض بزيادة فيه فيصبح التعريف هكذا:

«ما يتعارفه الناس كلهم أو بعضهم مما يخالف الشرع، أو يجلب ضرراً، أو يفوت نفعاً».

الأمثلة:

الأمثلة على ذلك كثيرة: فإن مجتمعنا الإسلامي اليوم غارق في الأعراف الفاسدة، والعادات الممقوتة بسبب بعدهم عن دينهم.

فمن تلك الأعراف: المعاملات الربوية المنتشرة في أنحاء العالم، وبخاصة المعاملات البنكية الربوية، التي يسمونها كذباً وميناً بصناديق التوفير، ولم يكن ذلك قاصراً على الأفراد، بل تعاطته أكثر الحكومات الإسلامية.

ومثله أيضاً: ما تعورف عليه من عقود التأمينات المبنية على الجهالة والغرر، فهذه وتلك أعراف فاسدة، ما أنزل الله بها من سلطان، بل شهدت الأدلة الشرعية الصحيحة ببطلانها وعدم شرعيتها.

---

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص (١٤٦، ١٤٧).

المطلب الثاني:

تقسيم العرف إلى: قولي وعملي:

العرف القولي

تعريفه:

للفقهاء والأصوليين كثير من التعاريف نأتي على أهمها:

١ ــ عرفه ابن أمير حاج بقوله:

(العرف القولي هو: أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلاّ ذلك المعنى)[١].

نقد هذا التعريف:

أنه غير مانع، لدخول ما إذا كان هذا الإطلاق المتعارف عليه موافقاً للإطلاق اللغوي من كل وجه، فإنه لا يعد عرفاً قولياً، ولذلك فالحكم للإطلاق اللغوي.

٢ ــ وعرفه محمد أمين الشهير بأمير بادشاه بقوله:

(العرف القولي هو: أن يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده مثلاً، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلاّ ذلك)[٢].

نقد هذا التعريف:

إن هذا التعريف غير جامع لأفراد المعرف، إذ لا يتناول العرف في المركبات، ولا العرف المقيد للمطلق.

وقد تعقبه الشيخ أبو سنه فقال بعد نقل هذا التعريف: (وقد عدلت عن هذا التعريف؛ لأنه كما يرى غير جامع، إذ لا يتناول العرف المقيد

---

(١) التقرير والتحبير (١/٢٨٢).

(٢) تيسير التحرير (٢/٢٠).

للمطلق والعرف في المركبات، وقد يجاب بأنه يشرح العرف المخصص للعام)[1].

٣ ـ وعرفه أيضاً القرافي في فروقه بقوله:

(العرف القولي: أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة)[2].

وعرفه في كتابه ـ الإحكام ـ بقوله[3]:

(وينبغي أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ: إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ).

نقد هذا التعريف:

قوله: (حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق) كلام مطلق سواء أكان هذا المتبادر بقرينة أم لا.

وليس بوجيه؛ إذ أنه إذا كانت هناك قرينة فهو المجاز، وإلاّ فهو العرف القولي. وكذلك الشأن في تعريفه الأول، فهو مطلق أيضاً.

التعريف المختار:

وقد خرجت من هذه التعاريف بتعريف أرتضيه، وأراه سالماً من النقد، وهو:

تعارف جماعة على إطلاق لفظ على معنى ليس موضوعاً له، بحيث يتبادر إلى الذهن عند سماعه من غير قرينة، ولا علاقة عقلية.

---

(١) العرف والعادة ص (١٩).

(٢) الفروق (١/١٧١).

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ص (٢٣٤).

شرح التعريف:

قولي: (إطلاق لفظ) يخرج به العرف العملي.

قولي: (معنى ليس موضوعاً له): كلام مطلق يدخل فيه ما لو كان الإطلاق بالنقل، أو التخصيص، أو التقييد، وسواء أكان ذلك في المفردات أم في المركبات.

قولي: (من غير قرينة، ولا علاقة عقلية): يخرج المجاز، فإنه يتبادر إلى الذهن عند سماعه، ولكنه عن قرينة، أو علاقة عقلية، وليس من العرف القولي في شيء.

أقسامه:

ينقسم العرف القولي باعتبارين:

الأول: من حيث ذاته.

الثاني: من حيث مصدره.

أما من حيث ذاته: فينقسم إلى قسمين:

١ ـ عرف قولي في المفردات.

٢ ـ عرف قولي في المركبات.

أما العرف القولي في المفردات: ـ وأعني به ما يقابل الجمل ـ فالأمثلة عليه كثيرة، منها:

أ ـ لفظ «ولد» فإنه يطلق في اللغة على الذكر والأنثى من الأولاد، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾[1] إلّا أنه في العرف قد خُص بالذَّكَر دون الأنثى، وهو عرف سائد الآن في أكثر الدول العربية، حتى إنه لا يعرف الأصل اللغوي إلّا الطبقةُ المتعلمة، فيجب على القاضي والمفتي، أن يراعيا ذلك في أحكامهما وفتاويهما،

(١) آية (١١) من سور النساء.

وبخاصة في الأوقاف؛ لأنه قد انتشر في الأوساط الاجتماعية أن يكون الوقف على الذكور خاصة، وهذه عادة ممقوتة، سماها بعض العلماء: وقف الجنف والإثم.

ب ـ لفظ «اللحم» لا يطلق في العرف على السمك، فمن سألته ـ وقد تغدى «سمكاً» ـ هل تغديت بلحم؟ أجابك بالنفي، مع أنه تغدى سمكاً.

وعليه: فلو حلف لا يأكل لحماً، أو علّق على أكله الطلاقَ، فإنه لا يحنث، ولا تطلق امرأته، ما لم تكن هناك نية، وهذا إجراء عرفي، وإلاّ فهو يسمى لحماً.

وقد جاء ذلك في الكتاب الكريم قال تعالى: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا۟ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾[1].

وسيأتي لهذا مزيد بيان في الباب الثاني، إن شاء الله تعالى.

ج ـ لفظ «الدابة» فإنه في اللغة موضوع لكل ما يدب، وقد اختلفت الأعراف في تخصيصه:

١ ـ بذوات الأربع، وعليه يدل كلام أبي حامد الغزالي في كتابه المستصفى[2] حيث قال: (كاختصاص الدابة بذوات الأربع، مع أن الوضع لكل ما يدب).

وقد تابعه على ذلك ابن قدامة في روضة الناظر[3].

وبذلك صرح الآمدي في كتابه الإحكام، حيث قال: (كاختصاص لفظ الدابة بذوات الأربع عرفاً، وإن كان في أصل اللغة لكل ما يدب)[4].

---

(١) آية (١٤) من سورة النحل.
(٢) (١/١٤٦).
(٣) روضة الناظر ص (٨٩).
(٤) (١/٢٧).

وقال في موضع آخر: (وهذا بخلاف الدابة، فإنه صار بعرف الاستعمال ظاهراً في ذوات الأربع وضعاً...)[1].

٢ ـ وقد خصصه بعضهم بالخيل والبغال والحمير، قال صاحب القاموس: (والدابة ما دب من الحيوان، وغلب على ما يركب)[2].

وقال العنقري في حاشيته على الروض المربع: (والدابة لغة: كل ما دب ودرج، وعرفاً: الخيل والبغال والحمير. وفي شرحه: وعرفاً ذوات الأربع، ولعل عمومه ليس مراداً)[3].

وقد جاء ذلك في حاشية المقنع[4].

كما صرح به ابن قدامة في المغني[5].

٣ ـ وخصه بعضهم: بالحمار، ويدل لذلك كلام الكمال بن الهمام في التحرير حيث قال وهو يتكلم عن التخصيص بالعادة: (أما بالعرف القولي فاتفاق، كالدابة على الحمار)[6].

وأما العرف القولي في المركبات ـ أعني به الجُمَل ـ: فله أمثلة كثيرة أيضاً، منها:

١ ـ قول الحالف: «والله لا أضع قدمي في دار فلان»، أو «لا تطأ قدمه دار فلان»، فإنه في العرف يطلق على عدم الدخول مطلقاً[7].

٢ ـ ومن أمثلته أيضاً، كل ما جاء من الأحكام المضافة إلى الأعيان،

---

(١) (٢/٣٣٤).
(٢) القاموس (١/٦٤).
(٣) (٣/٣٧٤).
(٤) (٣/٥٨٤).
(٥) (٩/٦٠٩).
(٦) تيسير التحرير شرح التحرير (٢/٢٠).
(٧) رسائل ابن عابدين (٢/١١٤).

كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[1] وقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ. . .﴾[2] وقوله: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾[3]، فإن مقتضى ذلك لغة أن تكون هذه الأحكام واردة على الأعيان، إلا أنّ أهل العرف نقلوا تلك الأحكام من الأعيان إلى الأفعال المتعلقة بتلك الأعيان.

ففي الآية الأولى تحريم الاستمتاع بالأمهات، وفي الآية الثانية تحريم الانتفاع بالميتة، إلّا ما خص، وفي الآية الثالثة حِلُّ أكل بهيمة الأنعام[4].

ومن السنة قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في حجة الوداع: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام)[5]، فالحرمة لم تكن منصبّة على ذات الدم والعرض، بل على ما يتعلق بهما من سفك للدم وهتك للعرض.

تقسيم العرف القولي من حيث مصدره:

أما العرف من حيث مصدره فينقسم قسمين:

الأول: عرف شرعي.

والثاني: عرف استعمالي.

أولاً: العرف الشرعي:

تعريفه:

عرفه الشوكاني بقوله: (الحقيقة الشرعية هي: اللفظ الذي استفيد من الشارع وضعه للمعنى، سواء كان اللفظ والمعنى مجهولين عند أهل اللغة،

---

(١) آية (٢٣) من سورة النساء.

(٢) آية (٣) من سورة المائدة.

(٣) آية (١) من سورة المائدة.

(٤) راجع في ذلك كله: المعتمد لأبي الحسين البصري (١/٢٠٧، ٢٠٨) وكتاب نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للإسنوي (٢/٦٢) وكتاب العرف والعادة ص (١٨).

(٥) هذا جزء من حديث رواه ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى (٢/٢٠٥).

أو كانا معلومين، لكنهم لم يضعوا ذلك الاسم لذلك المعنى، أو كان أحدهما مجهولاً والآخر معلوماً)[1].

وهذا هو تعريف الآمدي[2] مع تغيير يسير أحدثه الشوكاني.

وقد عرفه أبو سنه بقوله: (هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريداً منه معنى خاصاً)[3].

وهو تعريف داخل في التعريف السابق مع تصرف طفيف.

وذلك كلفظ «الصلاة»: فإنها في أصل اللغة معناها: الدعاء، ولكنها في عرف الشارع أصبحت تطلق على الهيئة المعروفة، المفتتحة بالتكبير، المختتمة بالتسليم.

فلو نذر إنسان صلاة، فإنه يلزمه صلاة ركعتين، ولا يكفي في ذلك الدعاء إلّا إذا كان هناك نية.

ومثل ذلك الزكاة، والصوم، والحج وغيرها من الألفاظ.

وقد ذهبت المعتزلة، والخوارج، وطائفة من الفقهاء إلى تقسيم العرف الشرعي إلى قسمين:

١ ــ حقائق عرفية شرعية، وهي الألفاظ التي نقلها الشارع وأجراها على الأفعال، وذلك كلفظ الصلاة، والزكاة، والصوم...

٢ ــ حقائق عرفية دينية وهي: الألفاظ التي نقلها الشارع وأجراها على أصول الدين وذلك كلفظ الإيمان، والكفر، والفسق[4].

---

(١) إرشاد الفحول ص (٢١).

(٢) الإحكام (١/٢٧).

(٣) العرف والعادة ص (٢٠).

(٤) راجع الإحكام للآمدي (١/٢٨)، والمستصفى (١/١٤٦، ١٤٧)، وكتاب إرشاد الفحول للشوكاني ص (٢١)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد لعبدالقادر بدران ص (٧٥).

ثانياً: العرف الاستعمالي:

وهو: ألفاظ الناس في استعمالاتهم المختلفة التي جرى بها العرف.

أقسامه:

ينقسم العرف الاستعمالي إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون الاسم في الأصل اللغوي، وضع لمعنى عام، ثم خصصه عرف الاستعمال ببعض أفراده، وذلك كلفظ الدابة، فإنه في أصل اللغة عام في كل ما يدب، لكن العرف خصصه بذوات الأربع.

الثاني: أن يشيع استعمال الاسم في معناه المجازي، حتى يكون هو المتبادر إلى الذهن من غير قرينة، مع هجر معناه الموضوع له أولاً. وذلك كالغائط، فإنه في أصل اللغة: المطمئن من الأرض، ولكنه في عرف الاستعمال: الخارج المستقذر من الإنسان، وكذلك العذرة، فإنها في الأصل فناء الدار، أما في العرف فهي ما يخرج من الإنسان من قذَر[1].

ويدل على هذا التقسيم كلام العز بن عبدالسلام في كتابه قواعد الأحكام حيث يقول: (اللفظ محمول على ما يدل عليه ظاهره، في اللغة، أو عرف الشرع، أو عرف الاستعمال، ولا يحمل على الاحتمال الخفي ما لم يقصد، أو يقترن به دليل...)[2].

* * *

(١) راجع في ذلك: الإحكام للآمدي (١/٢٧، ٢٨)، والمستصفى (١/١٤٦)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص (٧٥، ٧٦).

(٢) قواعد الأحكام (٢/١٠٢، ١٠٣).

العرف العملي

تعريفه:

هـو: ما جـرى عليه عمـل أكثر النـاس، في جميع البلدان أو في بعضها.

شرح هذا التعريف:

- قولي: (ما جرى عليه عمل) يخرج العرف القولي، فإنه في الألفاظ دون الأعمال.
- قولي: (أكثر الناس) يخرج ما جرى عليه عمل القلة من الناس، فإنه لا يعتبر عرفاً.
- قولي: (في جميع البلدان) أعني به العرف العملي العام.
- قولي: (أو في بعضها) أعني به العرف العملي الخاص.

الأمثلـة:

١ ـ البيع بالمعاطاة:

المعاطاة هي ـ كما يقول القرافي المالكي ـ[١] (الأفعال دون شيء من الأقوال).

ومثّل لها ابن قـدامة الحنبلي في كتـابه المغني فقـال: (المعاطـاة مثـل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار، فيأخذه، فهذا بيع صحيح)[٢].

وقد اختلف العلماء في صحة البيع بالمعاطاة.

وقد ذهب المصححون للبيع والملزمون بـه للاستـدلال على رأيهم بعدة أدلة، أقواها: العرف، فقد جرى عرف النـاس قديمـاً وحديثـاً على اعتبار البيع بالمعاطاة، ولم ينكر ذلك أحد.

يقول ابن قدامة في كتابه المغني: بعد أن ذكر المسألة وأقوال العلماء

---

(١) الفروق (١٤٣/٣) الفرق (١٥٧).

(٢) (٤٨١/٣).

فيها، مرجحاً القول بالاعتبار: (ولنا: أن الله أحل البيع، ولم يبيّن كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك... ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا، فكان ذلك إجماعاً)[1].

وسيأتي ـ إن شاء الله ـ زيادة بيان في الباب الثاني.

* * *

٢ ـ دخول دور المرافق الحكومية، والمؤسسات الأهلية في أوقات الدوام بناء على الإذن العرفي، وعليه يجوز لكل إنسان دخول تلك المرافق، سواء أكانت حكومية كالوزارات، والمحاكم والمدارس، أم كانت أهلية كالمؤسسات التجارية، والصناعية بدون استئذان، وذلك بناء على العرف العملي القاضي بالإذن بالدخول تنزيلاً للعرف منزلة التصريح بالإذن، وقد حدَّ العرف ذلك بأوقات الدوام التي جرت العادة بدخول الناس فيها لقضاء حوائجهم، فلو دخل إنسان تلك المرافق أو المؤسسات في غير أوقات الدوام لعد لصاً، يجب معاقبته؛ لأنه دخل بغير إذن.

يقول العز بن عبدالسلام في كتابه قواعد الأحكام:

(الدخول إلى دور القضاة والولاة في الأوقات التي جرت العادة بالدخول فيها، بعد فتح أبوابها للحكومات والخصومات، وكذلك الجلوس فيها على حصرها وبسطها إلى انقضاء حاجة الدخول إليها، فإذا أراد أن يقيم إلى قضاء حاجته إقامة طويلة، أو أراد من لا حاجة له الدخول للتنزه، أو للوقوف على ما يجري للخصوم، فالأظهر جوازه لجريان العادة بمثله)[2].

ويقول ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين:

---

(١) المغني (٣/٤٨١).
(٢) (٢/١١٢).

(ومن هذا الشرط العرفي كاللفظي... ومنها لو دفع ثوبه إلى من يعرف أنه يغسل أو يخيط بالأجرة، أو عجينة لمن يخبزه، أو لحماً لمن يطبخه، أو حبًّا لمن يطحنه، أو متاعاً لمن يحمله، ونحو ذلك. فمن نصب نفسه للأجرة على ذلك وجب له أجرة مثله، وإن لم يشترط معه ذلك لفظاً عند جمهور أهل العلم، حتى عند المنكرين لذلك، فإنهم ينكرونه بألسنتهم ولا يمكنهم العمل إلّا به...)[1].

المطلب الثالث:

تقسيم العرف إلى: عام، وخاص.

العرف العام

تعريفه:

عرفه ابن عابدين بقوله:

(العرف العام: ما تعامله المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا، وأقره المجتهدون، وعملوا به بناءً على التعارف وإن خالف القياس، ولم يرد به نص ولا قام عليه دليل، فهذا أخذ به الفقهاء، وأثبتوا به الأحكام الشرعية. وقد قالوا: إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص، ولا يخفى أن المراد به العرف العام بالمعنى الذي ذكرنا لا على ما تعارفه بعض الناس)[2].

وعرفه أيضاً في موضع آخر بقوله:

(ما تعامله عامة أهل البلاد، سواء كان قديماً أو حديثاً)[3].

المناقشة:

إن ابن عابدين قد تناقض في حدِّه للعرف العام، وبيانه:

---

(١) (٣/٣).

(٢) رسائل ابن عابدين (١/١٨٦).

(٣) المرجع السابق (٢/١٢٥).

أنه اشترط في التعريف الأول: أن يكون العرف العام متعاملاً به من عهد الصحابة إلى وقتنا الحاضر، وبناءً على ذلك فالعرف الحادث غير معتبر.

وقد قال ذلك في رده على من أجاز أخذ الأجرة على أعمال الطاعة، وانظر إليه وهو يقول[1]:

(فإن قلت: الآن حصحص الحق، وظهر الكذب من الصدق، فإن ما ذكرته صحيح، وما أثبته من النقول صريح، لا يخفى على من عنده نوع علم، أو رزق أدنى فهم، ولا ينكره إلّا غبي أحمق هو بالبهائم ملحق، ولكننا نرى أهل بلدتنا هذه قد أطبقوا على هذه الأفعال، واعتقدوها من أرجى الأعمال، فليكن هذا مما تعامله المسلمون وتعارفوه، ورأوه حسناً حين ائتلفوه، وقد ورد في الحديث: «أن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[2]، ألا ترى أنهم جوزوا الاستصناع، ودخول الحمام، والشرب من السقاء، ونحو ذلك مما خالف القياس، وقد جوزوه لتعامل الناس، فلم لا تكون مسألتنا من هذا القبيل؟ لنستغني عن القال والقيل.
قلت: اعلم أولاً أن العرف على قسمين: خاص وعام، وقد اختلفوا في العرف الخاص هل هو معتبر أو لا؟ والذي صححوه أنه غير معتبر. وأما العرف العام فهو معتبر بلا شك، ولكنك ـ كما قيل ـ حفظت شيئاً وغابت عنك أشياء، منها: أن ما ذكرته من الاستصناع ونحوه من العرف العام، ومسألتنا من العرف الخاص، فإن العرف العام ما تعامله المسلمون في عهد الصحابة إلى زماننا، وأقره المجتهدون، وعملوا به بناء على التعارف، وإن خالف القياس ولم يرد به نص، ولا قام عليه دليل، فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية، وقد قالوا: إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم

---

(١) المرجع السابق (١/١٨٦).
(٢) الصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وسيأتي الكلام عليه في حجية العرف ص (١١٥).

النص، ولا يخفى أن المراد به العرف العام بمعنى الذي ذكرنا لا ما تعارفه بعض الناس، فضلاً عما رده العلماء وعدوه منكراً كمسألتنا)[1].

وقد أيد رأيه هذا بما نقله عن الكمال بن الهمام، وبما جاء في شرح الأشباه للبيري عن السيد الشهيد.

وقد رأيناه قد تنازل عن هذا الشرط فانظر إليه وهو يقول في موضع آخر:

(فإن قلت: إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر، ويترك به القياس، إنما هو فيما إذا كان عاماً من عهد الصحابة ومن بعدهم بدليل ما قالوا في الاستصناع: أن القياس عدم جوازه، لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة، ولا من التابعين، ولا من علماء كل عصر، وهذا حجة يترك به القياس.

قلت: من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد ما هو أعم من ذلك، ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط، وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشراء نعل على أن يحذوها البائع أي: يقطعها، ومنه ما لو شرى ثوباً، أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع أو يخرزه ويسلمه، فإنهم قالوا: يصح للعرف، فقد خصصوا الأثر بالعرف، وإنما يصح دعواك تخصيص العام بما ذكرته إذا ثبت أن ما ذكر من هذه المسائل ونحوها كان العرف فيها موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم، وإلاّ فيبقى على عمومه مراداً به ما قابل العرف الخاص ببلدة واحدة، وهو: ما تعامله عامة أهل البلاد، سواء كان قديماً أو حديثاً.

ويدل عليه ما قدمناه عن «الذخيرة» في ردّ ما قاله بعض مشايخ بلخ من اعتبارهم عرف بلخ في بيع الشرب ونحوه، بأن عرف أهل بلدة واحدة لا يترك به القياس، ولا يخص به الأثر، ولو كان المراد بالعرف ما ذكرته

---

(١) رسائل ابن عابدين (١/١٨٦).

لكان حق الكلام في الرد عليهم أن يقال: إن العرف الحادث لا يترك به القياس... إلخ فليتأمل)[1].

وفي اعتقادي: أن الذي حمله على الاشتراط هو الموقف الذي اتخذه من عدم جواز أخذ الأجرة على أعمال الطاعة، حيث استدل المعارض بالعرف على إثبات مدَّعاه، فأراد هو أن يهدم دليله العرفي، بأن العرف غير معتبر؛ لأنه حادث، مع أن مذهبه الحنفي يقول: بتخصيص النص بالعرف العام، سواء أكان قديماً أم حديثاً.

ويزيد بعض الحنفية فيقول: إن النص يخصص بالعرف الخاص أيضاً.

كما يؤخذ من قوله: (ما تعامله المسلمون)، وقوله: (ما تعامله عامة أهل البلاد) أن العرف العام لا بدّ فيه من تعامل كل الناس بذلك العرف، إذ هو مقتضى عموم «أل» في «المسلمون»، وعموم مقتضى عموم «عامة أهل البلاد»، وليس كذلك بل يكفي في اعتباره أن تعتبره الأكثرية الغالبة.

التعريف المختار:

والتعريف الذي أختاره هو:

ما تعارفه أكثر الناس في جميع البلدان.

شرح هذا التعريف:

- قولي: (ما) عام يشمل العرف القديم والحادث، والصحيح والفاسد، والقولي والفعلي، والعام والخاص.
- قولي: (أكثر الناس) يخرج ما اعتاده الأقلية، فإنه لا يعتبر عرفاً.
- قولي: (في جميع البلدان) يخرج العرف الخاص، فإنه لا يكون كذلك.

الأمثلة:

١ ــ في باب الأيمان، إذا حلف بقوله: «والله لا أضع قدمي في دار فلان»،

---

(١) المرجع السابق (٢/١٢٤، ١٢٥).

فإن هذا القَسَم في العرف العام، بمعنى الدخول بأي صفة كانت، فيحنث بأي صورة دخل فيها ماشياً، أو راكباً؛ لأن هذا هو مقتضى العرف، وعليه فلو وضع قدمه في الدار بلا دخول لم يحنث، وإن كان اللفظ في أصل وضعه اللغوي يقتضي الحنث[1].

العرف الخاص

تعريفه:

عرفه الشيخ أحمد أبو سنه بقوله: (ما لم يتعامله أهل البلاد جميعاً)[2] وقد تابعه في ذلك أكثر الباحثين بعده.

نقد هذا التعريف:

في نظري أن هذا التعريف غير صحيح، إذ أنه مدخول من وجهين:

الأول: أنه غير مانع، وذلك لدخول العرف المشترك، والعادة الفردية، وكل عمل يتعامله بعض الناس، ولو لم يكن ذلك العمل عرفياً.

الثاني: أنه غير جامع، فإن قوله: (ما لم يتعامله) يفيد أن العرف الخاص لا يكون إلا عملياً، مع أنه يكون عملياً، وقولياً.

التعريف المختار:

العرف الخاص: ما اعتاده أكثر الناس في بعض البلدان.

شرح هذا التعريف:

- قولي: (ما اعتاده) «ما» كالجنس، يشمل جميع أقسام العرف.
- قولي: (أكثر الناس) يخرج به العرف المشترك، والعادة الفردية.
- قولي: (في بعض البلدان) يخرج به العرف العام، فإنه لا بد أن يكون عاماً في جميع البلدان.

---

(١) راجع رسالة نشر العَرْف لابن عابدين (٢/١١٤).

(٢) العرف والعادة لأبي سنه ص (١٩، ٢٠).

الأمثلة:

١ ــ ما جرى عليه عرف أهل الرياض أن المستأجر لمدة سنة، يدفع نصف الأجرة مقدماً، ويدفع النصف الثاني بعد مضي ستة أشهر، وأن قيمة استهلاك الماء والكهرباء على المستأجر، ما لم يصرح بخلاف ذلك.

٢ ــ ما تعارفه أهل القاهرة من أن السُّلَّم المنفصل يكون تبعاً للبيت في البيع؛ لأن بيوتهم طبقات، لا ينتفع بها إلا بوجوده[١].

٣ ــ من حلف: لا يأكل لحماً، لا يحنث بأكل الكبد والكرش في عرف أهل الكوفة؛ لأنهم لا يسمون الكبد والكرش لحماً[٢].

* * *

(١) رسائل ابن عابدين (٢/١٣٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٨).

المبحث الثاني

أقسام العرف في القانون

قسم علماء القانون العرف إلى قسمين:

القسم الأول: عرف آمر:

وهو: العرف المنشىء لقاعدة قانونية، لا يجوز للأفراد مخالفتها، ولا الخروج عليها، شأنه في ذلك شأن التقنين الآمر.

وقد مثل له الدكتور سليمان مرقس بقاعدة: «السن بالسن»، «والعين بالعين» في الشرائع القديمة[1].

ومثل له الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي: بالقاعدة القانونية المصرية (التي تخول السلطة التنفيذية المصرية في ظل دستور عام ١٩٢٤٣ م): سن لوائح الضبط، أو لوائح البوليس - بمعنى أن لهذه السلطة أن تنقل العرف من كونه عادياً إلى عرف آمر ذي صيغة قانونية)[2].

القسم الثاني: عرف مقرِّر أو مفسِّر:

وهو: العرف الذي يقرر الحكم في حالة عدم الاتفاق على خلافه، أو يفسّر نية المتعاقدين عند عدم الدلالة عليها، سواء أنشأ بذاته، أم بإحالة المقنن على عادة اتفاقية.

مثال ذلك: ما جرى به العرف في الديار المصرية: أن أثاث المنزل يعتبر ملكاً للزوجة المسلمة حتى يثبت خلاف ذلك[3].

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية ص (٢٨٣) نبذة (١٤١).
(٢) (٣) نظرية القانون للدكتور عبدالفتاح ص (١٩١) نبذة (١١٩).

ومثاله أيضاً: ما جرى به العرف في مصر من أن المرأة ترد على خطيبها الهدايا التي قدمها لها من أجل الخطوبة إذا لم يتم الزواج[1].

وقد أنكر بعض القانونيين القسم الأول، وخصوا العرف بالقسم الثاني، إلا أن جمهرة القانونيين أقروه، واعتبروه قسماً من أقسام العرف.

وفي ذلك يقول الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي: (وقد رأى البعض أن العرف لا يستطيع أن ينشىء إلّا القواعد المقررة أو المفسرة، دون القواعد الآمرة، وهذا الرأي لا أساس له، فما دمنا نسلم أن العرف مصدر رسمي للقانون، فلا يوجد مبرر لقصر أثره على خلق نوع دون آخر من القواعد القانونية، وهكذا فالعرف قد يكون آمراً، وقد يكون مفسِّراً أو مقرِّراً شأنه في هذا شأن التشريع تماماً)[1].

* * *

(١) نظرية القانون ص (١٩٠) نبذة (١١٩).

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الفصل الخامس

شروط العرف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: شروط العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: شروط العرف في القانون.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

شروط العرف في الفقه الإسلامي

بعد أن ذكرنا معنى العرف، وبيَّنا أقسامه، نشرع في ذكر شروطه، إذ العرف لا يكون معتبراً ولا صحيحاً تبنى عليه الأحكام، إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون العرف مطرداً، أو غالباً.
ثانياً: أن يكون العرف عاماً، ونازع فيه بعضهم.
ثالثاً: ألا يخالف العرف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة.
رابعاً: أن يكون العرف موجوداً أو قائماً عند إنشاء التصرف.
خامساً: ألا يعارضه تصريح بخلافه.
سادساً: أن يكون العرف ملزماً.

الشرط الأول:

يشترط في العرف أن يكون مطرداً في جميع الحالات، أو غالباً فيها، بحيث لا يتخلف إلا قليلاً، وهذا التخلف لا يقدح في العمل بالعرف؛ لأن العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر[1]، سواء أكان ذلك العرف العام في جميع الديار الإسلامية، أم العرف الخاص ببعضها، وسواء أكان العرف قولياً أم عملياً.

وفي هذا يقول الفقيه الحنفي ابن نجيم: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنانير، وكانا في بلد

(١) المادة (٤٢) من مجلة الأحكام العدلية.

اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب. قال في الهداية: لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه)[1].

كما يقول الفقيه الشافعي السيوطي: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا...

وقال إمام الحرمين في باب الأصول والثمار: كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم، ومضمره كالمذكور صريحاً)[2].

وقد ذكر ذلك ابن رجب الحنبلي حيث جاء في كتابه «القواعد»: (القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة، في تخصيص العموم بالعرف، وله صورتان: إحداهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يخص به العموم بغير خلاف)[3].

ولم يغفل المالكية هذا الشرط، بل صرحوا به، فهذا الشاطبي وهو المالكي المعروف يقول: (وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة)[4].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية مادة (٤١): (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت).

ومما هو جدير بالبيان أن الاطراد أو الغلبة هنا ليس معناهما ما هو مسطر في كتب الفقهاء من ذكر عاداتهم وأعرافهم التي كانت مشهورة في زمنهم، والتي بنوا عليها الأحكام، بل معناهما اطراد، أو غلبة العوائد المتجدّدة في كل زمان وفي كل مكان.

وقد وُجِّه للقرافي المالكي سؤال بهذا المعنى، يقول السائل فيه: (ما

---

(١) الأشباه والنظائر ص (٩٤، ٩٥).
(٢) الأشباه والنظائر (١٠١).
(٣) القواعد ص (٢٧٤).
(٤) الموافقات (٢/٢١٢).

الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما، المرتبة على العوائد والعرف، اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام، فهل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجدّدة، أو يقال: نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

فالجواب: أن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغيّر الحكم عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد، ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن، يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيناً ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول، لانتقال العادة عنه، وكذلك الإطلاق في الوصايا، والأيمان، وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب)[1].

العرف المشترك:

من هذا الشرط الذي ذكرناه آنفاً يخرج العرف المشترك، وهو: الذي يكون العمل به، والترك له على حد سواء، فإنّ عمل الناس به من جهة، يناقضه تركهم له من جهة أخرى، فهذا عرف لا يصلح جعله دليلاً يرجع إليه في إثبات الأحكام أو نفيها، كما لا يصح جعله قرينة تبين مراد الإنسان في تصرفاته؛ لأنه لو اعتبر والحال أنه مشترك يكون فيه ترجيح أحد العرفين

---

(١) الإحكام للقرافي ص (٢٣١) السؤال (٣٩).

على الآخر بدون مرجح. وهو ممتنع، ولا سبيل للخروج من ذلك إلّا باطراحه وعدم الالتفات إليه.

وفي هذا يقول ابن عابدين: (التعامل العام يشمل: العام مطلقاً في جميع البلاد، والعام في بلدة واحدة، فكل منها لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام، حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله، أما لو كان مشتركاً فلا يبنى عليه الحكم؛ للتردد في أنَّ المتكلم قصد هذا المعنى، أو المعنى الآخر، فلا يتعين أحد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك، والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه، فإن الاشتراك يقتضي تساوي المعنيين). اهـ[1].

وكان مسلك الزيدية هنا هو مسلك جمهور الفقهاء حيث جاء في كتاب البحر الزخار ما نصه: (عن الإمام زيد والهادي والناصر: اعتبار عادة البلدان فيما جرى بينهم، وتعارفوه، فإذا ما اختلفت رُجع إلى الأغلب في المعاملات، فإن لم يكن أغلب واشترك أو تساوى العُرفان خُيّر كتعارض الأمارتين)[2].

ويلاحظ أن الزيدية وإن اتفقوا مع جمهور الفقهاء في اعتبار العرف إذا كان غالباً، لكنهم يختلفون معهم في تساوي العرفين، حيث يقول الجمهور بالاطراح بينما هم يقولون بالتخيير.

مثاله:

ويمثل له الفقهاء: بما إذا جهز الأب ابنته بحلي أو ثياب أو نحوهما، ووجد عرف في البلد يقضي بأن ذلك على سبيل العارية، لا على سبيل التمليك، ولكن عارضه عرف آخر يقضي بأن الجهاز هدية تملكه البنت، وكان العرفان متساويين، فإذا ماتت البنت وادعى الأب أن ما جهزها به كان عارية، وادعى الزوج أنه هدية، ولم يكن لأحدهما بينة على ما ادعاه، فإنه لا يقضى بالعرف، ولا يتخذ قرينة مرجحة لأحد الجانبين؛ لأنه عرف

(١) رسائل ابن عابدين (٢/١٣٤).
(٢) البحر الزخار (٣/٣٣٥).

مشترك، فلو حكمنا لأحدهما بمقتضاه كان فيه ترجيح لأحد العرفين على الآخر بدون مرجح، وهو ممنوع، ويكون الفصل في هذه الدعوى أن القول قول الأب بيمينه؛ لأنه لا يُعرف التمليك وعدمه إلا من جهته.

وقد ذكر ابن عابدين هذه المسألة في رسائله ونقل فيها أربعة أقوال في المذهب الحنفي، خلاصتها:

الأول. أن القول قول الزوج؛ لأن الظاهر التمليك.

الثاني: أن القول قول الأب؛ لأن اليد من جهته.

الثالث: أن القول للزوج، إذا كان العرف مستمراً أن الأب يدفع مثله جهازاً، لا عارية كما في ديارنا، وإن كان مشتركاً فالقول للأب.

الرابع: وهو للقاضي خان: أن الأب إن كان من كرام الناس وأشرافهم لم يقبل قوله، وإن كان من الأوساط قُبِل[1].

* * *

الشرط الثاني: هل يشترط في العرف أن يكون عاماً؟:

اختلف الفقهاء في ذلك:

١ ـ فذهب بعض الحنفية، وبعض الشافعية: إلى اشتراط ذلك، ومعناه: أن العرف الخاص في نظرهم غير معتبر.

وفي هذا يقول ابن نجيم الحنفي في أشباهه: (هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق عرف، ولو كان خاصاً؟ المذهب الأول)[2].

كما يقول ابن عابدين في رسائله: (والمفهوم من كلام جمهور فقهاء الحنفية: أن العرف الخاص لا يعتبر، وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب، اللهم إلا إذا كان العرف مقرَّراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ)[3].

---

(١) رسائل ابن عابدين (٢/١٣٤).

(٢) الأشباه والنظائر ص (١٠٢).

(٣) رسائل ابن عابدين (٢/١٣٠).

وممن صرح بالاشتراط ابن حجر الهيثمي الشافعي في فتاويه حيث قال: (إن اطراد العرف في جهة لا يعول عليه، بناء على الأصح، أن العرف الخاص لا يرفع اللغة ولا العرف العام، ولا يعارضه، ومن ثم ضعّف الجمهور قول القفال: (إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزل الشرط. . .)[1].

فمن هذه النصوص الثلاثة يتضح لنا أن جمهور الحنفية وجمهور الشافعية، لا يعتبرون من الأعراف إلا ما كان عاماً.

٢ ـ وذهب بعض الشافعية وبعض الحنفية، والمالكية إلى عدم الاشتراط، وأنه يعتبر العرف الخاص كالعرف العام.

وفي هذا المعنى يقول السيوطي ـ وهو شافعي معروف ـ في أشباهه: (العادة المطردة في ناحية، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط؟ فيه صور منها: لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع وجهان، أصحهما: لا، وقال القفال: نعم. . .)[2].

كما يقول في ذلك ابن نُجَيْم الحنفي في أشباهه: (والحاصل: أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)[3].

أما المالكية فهذا الدكتور السيد صالح ينقل عن القرافي المالكي قوله في كتابه شرح التنقيح ما نصه: (العادة: غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٤/٥٧).
(٢) الأشباه والنظائر ص (١٠٦).
(٣) المصدر السابق ص (١٠٣).

ببعض العرف كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى، فهذه يقضى بها عندنا)[1].

ومن المعروف أن المالكية قالوا بعرف المدينة، وهو عرف خاص.

ومن النصين الأولين يتبين لنا أن القلة من الحنفية والشافعية ذهبت إلى عدم الاشتراط، أما المالكية ففي كلام القرافي تصريح باعتبار العرف عاماً كان، أو خاصاً.

نوع الخلاف:

عندما ننظر إلى الفروع الفقهية في كتب الفقهاء نجدهم كلهم يقولون بالعرف الخاص، ويعتبرونه، ويبنون الأحكام عليه، فهذا ابن نُجَيْم الحنفي يقول: (وقد اعتبروا - أي الحنفية - عرف القاهرة في مسائل منها: ما في فتح القدير من دخول السلَّم في البيت المبيع في القاهرة دون غيرها؛ لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به)[2].

ومعلوم أن عرف القاهرة عرف خاص، وقد اعتبره الحنفية، وبنوا عليه الأحكام.

وكذلك الشأن عند الشافعية: فقد جاء في كتاب الأم: (والحوائط ليست بحرز للنخل، ولا للثمرة؛ لأن أكثرها مباح، يدخل من جوانبه، فمن سرق من حائط شيئاً من ثمر معلَّق لم يقطع، فإذا آواه الجرين قطع فيه، وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا أن الجرين حرز، وأن الحائط غير حرز)[3].

فقوله في هذا النص: (وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا: أن الجَرِين حرز، وأن الحائط غير حرز) يدل على اعتبارهم للعرف الخاص واعتمادهم عليه.

وإذا كان الأمر كذلك فما الذي حملهم على الاختلاف؟

فالجواب على هذا السؤال نقول: إن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن

---

(١) العرف وأثره في التشريع الإسلامي ص (٩٧).

(٢) الأشباه والنظائر ص (١٠٤).

(٣) كتاب الأم للشافعي (٦/١٣٦).

العرف يخصص العام ويقيد المطلق، فلما جاءوا إلى الشروط، اشترطوا: أن يكون العرف عاماً في جميع البلاد الإسلامية، حتى يتسنى لهم القول بتخصيص العام، وتقييد المطلق بالعرف؛ لأنه والحالة هذه أشبه الإجماع العملي، وعلى هذا صرحوا بأن العرف الخاص غير معتبر.

أما الذين لم يشترطوا العموم فقد نظروا للواقع العملي، حيث والعرف الخاص محكم في كثير من المسائل، يدل على هذا ما جاء عن ابن عابدين: (التعارف العام يشمل العام مطلقاً في جميع البلاد، والعام في بلدة واحدة، فكل منهما لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين جميع أهله)[1].

وفي الكافي في مسألة دخول العلو في بيع البيت: (وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت، أو المنزل، أو الدار، والأحكام تبنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم، وفي كل عصر عرف أهله)[2].

وبناء على هذا: يظهر أن الخلاف لفظي، فكل منهم لا يخصص، ولا يعتبر بالعرف الخاص، إلا من شذّ كمشايخ بلخ من الحنفية، كما أن كلاً منهم يُعْمِل العرف الخاص في مجاله، وضمن حدوده المحكَّم فيها.

قال ابن عابدين في كتابه ـ رد المحتار ـ بعد أن نقل كلام الأشباه عن البزازية ـ (الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص...، قال: فأفاد أن معنى عدم اعتباره: بمعنى: أنه إذا وجد النص بخلافه، لا يصلح ناسخاً للنص، ولا مقيداً له، وإلاَّ فقد اعتبروه في مواضع كثيرة، منها: مسائل الأيمان، وكل عاقد، وواقف، وحالف، يحمل كلامه على عرفه، كما ذكره ابن الهمام)[3].

وقال الشيخ أبو سنه تعليقاً على كلام ابن عابدين هذا: (فهذا صريح في أن العرف الذي يشترط فيه العموم هو القاضي على الأدلة)[4].

---

(١) رسائل ابن عابدين (٢/١٣٠).
(٢) العرف والعادة ص (٦١).
(٣) منقول من كتاب: العرف والعادة ص (٦٠).
(٤) المصدر السابق.

الشرط الثالث: ألّا يكون العرفُ مخالفاً لنص شرعي:

فإن خالفه، فالمخالفة هذه لها حالتان:

الحالة الأولى:

أن يخالف العرفُ النصَّ الشرعي من جميع الوجوه، بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص الشرعي، ففي هذه الحالة يردّ العرف، ويحكم ببطلانه للأمور الآتية:

١ ـ أنّ العرف قد يكون مبنياً على أمر باطل، وذلك كما لو تعارف الناس في عصر من العصور على شرب الخمر، ولعب الميسر، والتعامل بالربا، فهذه الأعراف دل الدليل على اطراحها، وعدم الالتفات إليها، وهذا بخلاف النص، فإنه لا يكون إلّا على حق؛ لأنه تنزيل من رب حكيم: ﴿لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾[1].

وحكم السنة في هذا حكم القرآن: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ﴾[2].

٢ ـ أن النص الشرعي ملزم لجميع أفراد الأمة، من تعارفه، ومن لم يتعارفه على حدّ سواء، في كل زمان ومكان، بخلاف العرف، فإنه إنما يكون محكّماً بين من يتعارفونه دون غيرهم، وما يكون ملزماً للجميع أقوى مما يكون ملزماً للبعض.

٣ ـ أن حجية العرف إنما ثبتت بالنص كقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[3].

وكقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لهند: (خذي ما يكفيك وولدك

---

(١) آية (٤٢) من سورة فصلت. (٢) آيتا (٤ ـ ٥) من سورة النجم.

(٣) الصحيح: أنه موقوف على ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ.
انظر الكلام عليه في ص (١١٥).

بالمعروف)[1]، فعلى هذا فالعرف محتاج إلى النص، وليس النص محتاجاً إلى العرف، وما لا يحتاج مقدم على ما يحتاج.

٤ ــ أن النص الشرعي يثبت الأحكام في أصول الشريعة، كما يثبتها في فروعها، بخلاف العرف، فإنه لا يقضى به إلا في الفروع، ولهذا لم يكن قادراً على الوقوف أمام النص[2].

الحالة الثانية:

أن تكون المخالفة في بعض الوجوه دون بعض، بأن كان النص عاماً، أو مطلقاً، وخالفهما العرف في فرد من الأفراد، فالعرف والحالة هذه: إما أن يكون خاصاً، أو عاماً.

فإن كان خاصاً: فلا تعتبر هذه المعارضة؛ لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق، خلافاً لمشايخ بلخ من الحنفية.

أما إن كان عاماً: فإنه يخصص العام ويقيد المطلق، والحقيقة أنه ليس هو المخصصَ والمقيدَ، بل المخصص والمقيد الإجماع الذي استند عليه العرف[3].

فقد روى حكيم بن حزام قال: (قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال: «لا تبع ما ليس عندك»)[4]، فالحديث عام في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

---

(١) متفق عليه ـ راجع: حجية العرف ص (١٣٥).

(٢) انظر: العرف وأثره في التشريع الإسلامي ص (١٤٥).

(٣) راجع تعارض العرف مع غيره من الأدلة الشرعية ص (١٤٣).

(٤) حديث حكيم بن حزام هذا أخرجه ابن حزم (٩/٥٩٤، ٥٩٥) من طريق أحمد بن شعيب أخبرني زياد بن أيوب نا هشيم أنا أبو بسر ـ هو ابن أبي وحشية ـ عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام بلفظ: (قلت يا رسول الله يسألني المرء البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم أبتاع له من السوق، فقال ـ عليه السلام ـ: «لا تبع ما ليس عندك») وقد صححه ولم يبين في رجاله جرحاً. =

قال الشيخ أبو سنه بعد ذكر الحديث المذكور: (فإنه عام ترك في الاستصناع للتعامل).

كما قد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر)[1].

قال الشيخ أبو سنه: بعد ذكره: (فإنه يستفاد منه فساد كل بيع جهل فيه قدر المبيع، وقد ترك في شُرْبة السقاء، فإن البيع صحيح مع جهالة قدرها للعرف، وهو في الفرعين راجع إلى الإجماع)[2].

الشرط الرابع: أن يكون العرف قائماً وموجوداً عند إنشاء التصرف:

إذا أريد تحكيم العرف في مسألة من المسائل، فلا بد أن يكون هذا العرف سائداً حالة إبرام أي تصرف من التصرفات، سواء كان بطريق القول، أم بطريق الفعل؛ لأن في عدم الذكر للأمور العرفية إحالة في

= قال الشوكاني في كتابه نيل الأوطار (٥/١٧٥) ما نصه: (الحديث أيضاً أخرجه ابن حبان في صحيحه. وقال الترمذي: حسن صحيح، وقد روي من غير وجه عن حكيم).

ثم قال الشوكاني بعد ذلك: (وفي بعض طرقه عبدالله بن عصمة، زعم عبدالحق أنه ضعيف جداً، ولم يتعقبه ابن القطان، بل نقل عن ابن حزم أنه مجهول. قال الحافظ: وهو جرح مردود فقد روى عنه ثلاثة كما في التلخيص. وقد احتج به النسائي). ولي على هذا الكلام ملحوظتان:

الأولى: أن ابن حزم حكم على «عبدالله بن عصمة» بأنه متروك، ولم يحكم عليه بأنه مجهول.

الثانية: أن ابن حزم إنما أورد «عبدالله بن عصمة» في سند حديث لحكيم بن حزام غير هذا الحديث، حيث أورده بلفظ أنه قال: [أي حكيم] يا رسول الله إني رجل أشتري هذه البيوع فما يحل لي منها مما يحرم عليّ؟ قال: «يا ابن أخي إذا بعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه».

(١) هذا الحديث رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ وأخرجه عنه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (٣/١١٥٣) رقم الحديث (١٥١٣).

(٢) العرف والعادة لأبي سنه ص (٦٢).

المعنى على العرف، ولا تمكن الإحالة على شيء غير موجود، وبالتالي فلا يلزمان بشيء غير موجود حالة إنشائهما للتصرف.

وفي ذلك يقول السيوطي في أشباهه: (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق، دون المتأخر)[1].

ويزيد ابن نجيم على عبارة السيوطي قوله: (ولذا قالوا: فلا عبرة بالعرف الطارىء)[2].

كما يقول الشاطبي في الموافقات: (وأما الثاني: «العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار» فلا يصح أن يقضي به على من تقدم البتة، حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإذ ذاك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرى العادة، وكذلك في المستقبل، ويستوي في ذلك أيضاً الوجودية والشرعية)[3].

ففي كلام السيوطي، وابن نجيم، والشاطبي: ما يدل دلالة صريحة على أن العرف لا بد أن يكون جارياً وقت وقوع ما يحكم فيه، ولهذا فلا يحكم بالعرف على من تقدم، حتى يقوم الدليل على أنه عرف ذلك التقدم، كما لا يحكم به في المستقبل، حتى يكون ثابتاً ومستقراً فيه.

ومن هنا شدَّد القرافي ـ رحمه الله ـ في القول: بأن الحكم بالعادة بعد تغيّرها خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، حيث يقول: (إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد، مع تغير تلك العوائد: خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة)[4].

---

(١) ص (١٠٦).
(٢) الأشباه لابن نُجَيم ص (١٠١).
(٣) الموافقات (٢/ ٢٢٠).
(٤) الإحكام للقرافي ص (٢٣١، ٢٣٢).

كما يقول أيضاً: (بل ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه. وكذلك: إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه، لم نفته إلّا بعادة بلده دون عادة بلدنا)[1].

الشرط الخامس: ألّا يعارض العرف تصريح بخلافه:

القاعدة العرفية الأساسية في المعاملات هي (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) فإذا تم التعاقد بين شخصين مع سكوتهما عن العرف القائم في مثل هذه المعاملة، حيث لم يتعرضا له بنفي ولا إثبات، فإنه يطبق في حقهما ويلزم كل واحد منهما به.

وإلزامهما بالعرف في هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرح هذان المتعاقدان بخلاف هذا العرف، بطلت هذه الدلالة؛ لأنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح[2].

وفي معنى ذلك يقول العز بن عبدالسلام: (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك)[3].

كما يقول علي حيدر في شرحه للمادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية: (إن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين. فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس

---

(١) الإحكام للقرافي ص (٢٣٣).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقاء (٢/٨٧٤ - ٨٧٥)، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٣).

(٣) قواعد الأحكام (٢/١٥٨).

لـه أن يلزمـه بـالعمـل من الصبـاح إلى المسـاء بحجـة أن عـرف البلدة هكذا)[1].

ويمكن التمثيل له بما هو معروف لدى أصحاب العقار في الرياض: من أن من استأجر داراً لمدة سنة يلزمه دفع نصف الأجرة مقدماً، فلو صرح المستأجر بخلاف ذلك وقبل المؤجر بطل العمل بالعرف للتصريح بخلافه.

الشرط السادس: أن يكون العرف ملزماً:

يتبين للناظر في كتب الفقهاء: أنهم عندما يعيدون الفصل في المسألة إلى العرف يقولون: (العادة محكَّمة)، (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم).

ومثل هذه العبارات توحي بأن من صفات العرف البارزة صفة الإلزام، ولو لم يكن ملزماً لما أمكن تحكيمه في أي مسألة، حيث إن من أوجب العرف عليه شيئاً، أمكنـه التخلص بأن العـرف غير ملزم، ومن هنـا اشترط في العرف أن يكون ملزماً، وإلا فما معنى كونه محكَّماً، ومعنى كونه كالشرط.

فلو اختلف الرجل مع زوجته في مقدار النفقة، فإنه والحالة هذه يلزم الزوج أن ينفق عليها حسب العرف، ويلزم الزوجة قبول ذلك الحكم.

يقول القرافي في فروقه: (إن لفظ الطلاق إنما أزال العصمـة بغير الـوضع اللغـوي، بل بـالوضـع العرفي وهـو مجاز عن اللغـة لا حقيقة، **وفائدته**: أنه إنما يفيد زوال العصمة بالعرف والعوائد، وأنها مَدْرَك إفادته كذلك لتنقلنا معها كيف تنقلت؛ لأنها المدرك، وإذا كان الموجب هو الوضع اللغوي: وجب الثبوت معه وإلزام الطلاق به حتى تطرأ عادة ناسخة لاقتضاء ذلك، فيكون اللزوم هو الأصل حتى يطرأ الناسـخ المبطل، إذا قلنـا بها

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٢/٨٧٥)، والعرف والعادة لأبي سنه ص (٦٧).

ووجب بالعادة كان الأصل هو عدم اللزوم من قبل اللغة حتى يثبت اللزوم من جهة العرف)[1].

كما ذكر ابن فرحون في التبصرة من أن مالكاً قال: بأنه يلزم الزوج نفقة العرس إذا كان العرف جرى بذلك، ولا يلزمه شيء منه إذا لم يجر به عرف.

قال ابن فرحون: (قال ابن القاسم: سألنا مالكاً عمن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً، فطلبت منه نفقة العرس، هل ذلك عليه أم لا؟ قال: ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق، ولا شيء ثابت، ولا هو لها إن مات، ولا نِصْفه إن طلق فرد عليه.

وقيل له: يا أبا عبدالله إنه شيء أجروه بينهم، وهي سنتهم فقال: إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يفرض عليهم...)[2].

والحقيقة أن الإلزام هنا ليس معناه أن يثبت شيئاً في الذمة بنفسه، كما هو المتبادر من معنى الإلزام، وذلك لأمرين:

١ ــ أن ما يبنى على العرف لا يثبت في ذمة الإنسان، فنفقة العرس إذا جرى العرف بدفع الزوج لها، لا يجب عليه دفعها إلا إذا طالبت بها الزوجة، فإذا لم تطالب بها: لا تتعلق ذمته بها، ولا يجب عليه أداؤها ولا تؤخذ من تركته.

٢ ــ أنه يصح التصريح بخلاف العرف، ولو كان العرف ملزماً ما صح التصريح بخلافه؛ لأن الثابت في الذمة بطريق اللزوم، لا يسقط إلّا بالأداء أو الإبراء، ولا يسقط بالتصريح على خلافه.

وعلى هذا يكون معنى الإلزام في كلام الفقهاء المتقدم: أن العرف يفسر الإلزام الناشيء من الأدلة التي أحالت عليه.

---

(١) الفروق للقرافي (٣/١٩٠).

(٢) تبصرة الحكام (٢/٦٦).

فإلزام الزوج بمقدار النفقة ليس ناشئاً من العرف، وإنما هو ناشىء من دليل وجوب النفقة على الزوج، التي جاءت مُطْلقة في دليل الوجوب فقيدها العرف.

* * *

المبحث الثاني

شروط العرف في القانون

يشترط علماء القانون للعمل بالعرف خمسة شروط، منها أربعة متفق عليها عندهم، وفي الخامس خلاف، وإليك هي:

الشرط الأول: أن يكون العرف عاماً، ومعنى العموم هنا: أن يكون صادراً من الأغلبية، وليس معنى ذلك أن يكون العرف عاماً، وشاملاً لجميع الأقاليم في الدولة، بل يكون كذلك، ويكون خاصاً بإقليم أو بلدة، وهو ما يسمونه بالعرف المحلي، كما يكون أيضاً عرفاً مهنياً كعرف أهل الصناعات والحرف المختلفة.

الشرط الثاني: أن يكون قديماً، والمقصود بذلك: أن يمضي على العرف زمن طويل، يكفي للدلالة على أن هذا العرف متأصل في النفوس، ونابع من حاجة المجتمع. إلا أن هذه المدة لا يمكن تحديدها بزمن معين؛ لأنها تختلف من عرف لآخر، فمثلاً: العرف الزراعي يحتاج في تكوينه إلى مدة أطول من العرف التجاري، والحكَم في ذلك هي المحكمة القضائية، التي تتولى الحكم في القضية المستند حكمها على العرف، فمتى رأت أنّ العرف قديم حكمت بموجبه، ومتى رأت خلاف ذلك ضربت به عُـرض الحائط.

الشرط الثالث: أن يكون ثابتاً ومطرداً، ومعنى ذلك: أن يكون العرف عند نشوئه متَّبعاً باستمرار وانتظام، بحيث لم ينقطع في فترة من الفترات.

وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس، أما الأقلية فلا أثر لها في الثبوت.

الشرط الرابع: أن يكون هناك اعتقاد سائد بضرورة احترام العرف، واعتباره ملزماً للجماعة شأنه في ذلك شأن القاعدة القانونية، فإذا ما وجد هذا الشرط، ارتفعت العادة إلى درجة العرف، أما إذا لم يتوفر الشرط فلا يعتبر عرفاً، وتبقى العادة قاصرة عنه.

وهذه الشروط الأربعة لم أجد بين علماء القانون خلافاً فيها، وإنما الخلاف في الشرط الخامس الآتي.

الشرط الخامس: أن يكون العرف موافقاً للآداب العامة، والقواعد الأساسية، التي يقوم عليها التقنين في الدولة، فالعرف لا يعتبر، ولا يكون مصدراً من مصادر القانون إذا لم يراع أخلاق البلاد وآدابها الاجتماعية، كما لا يعتبر إذا خالفه فإنه لا يلتفت إليه، ويكون الحكم والسلطة للقانون.

وقد اختلف في هذا، أي: هل يشترط موافقة العرف للقانون أو لا؟ رأيان عندهم. وسنعرض لهذا عندما نتكلم عن التعارض بين العرف والتقنين عند القانونيين[1].

وسيأتي ـ إن شاء الله ـ في خاتمة بحثي هذا المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في شروط العرف.

* * *

(١) راجع نظرية القانون لعبدالفتاح عبدالباقي ص (١٨٥، ١٨٧)، والمدخل لدراسة العلوم القانونية لسليمان مرقس ص (٢٨٤، ٣٠٠).

الفصل السادس

حجية العرف

- الاستدلال بالكتاب
- الاستدلال بالسنة

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

حجية العرف

ذهب بعض العلماء إلى أن العرف دليل شرعي، وأصل يبنى عليه كثير من الأحكام، واستدلوا على هذا: بالكتاب والسنة.

الاستدلال بالكتاب:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾[1]. فقد استدل بها القرافي في فروقه في مسألة: «إذا اختلف الزوجان في متاع البيت»، حيث قال لنا: قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ فكل ما شهدت به العادة قضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بينة)[2].

وتابعه على ذلك علاء الدين الطرابلسي، حيث جاء في كتابه معين الحكام: (الباب الثامن والعشرون: في القضاء بالعرف والعادة، قال الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾، والعادة: غلبة معنى من المعاني، على جميع البلاد أو بعضها)[3].

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله أمر نبيه بالعرف، وهو ما تعارفه الناس فيما بينهم قولاً، أو عملاً، واستطابته نفوسهم، وتقبلته عقولهم، فالعمل به مقتضى الأمر، وإلا لم يكن للأمر به فائدة[4].

---

(١) آية (١٩٩) من سورة الأعراف.

(٢) الفروق (١٤٩/٣).

(٣) معين الحكام ص (١٦٠).

(٤) العرف والعادة لأبي سنه ص (٢٣).

وبالنظر في أقوال العلماء في تفسير هذه الآية نجد هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن المراد بالعرف في الآية ـ كما يقوله الخازن فيما نقله عنه الجمل في تفسيره الفتوحات الإلهية (العرف: يعني: وأْمر بكل ما أمرك الله به، وكل ما عرفته بالوحي من الله عز وجل، وكل ما يعرف في الشرع حسنُه)[1].

وقريب منه تفسير صاحب ـ لباب التأويل ـ كما نقله عنه الألوسي قال: (إن المراد: وأمر بكل ما أمرك الله به، وعرفته بالوحي)[2].

كما اختار ذلك أبو جعفر الطبري في تفسيره حيث جاء فيه: (قال أبو جعفر: والصواب من القول في ذلك أن يقال: إن الله أمر نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يأمر الناس بالعرف، وهو المعروف في كلام العرف، مصدر في معنى المعروف، يقال: أوليته عرفاً، وعارفاً، وعارفةً، كل ذلك بمعنى المعروف، فإذا كان معنى العرف ذلك فمن المعروف: صلة رحم من قطع، وإعطاء من حرم، والعفو عمن ظلمَ، وكل ما أمر الله به من الأعمال، أو ندب إليه فهو من العرف، ولم يخصص الله من ذلك معنى دون معنى، فالحق فيه أن يقال: قد أمر الله نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يأمر عباده بالمعروف كله، لا ببعض معانيه دون بعض)[3].

وهذا التفسير هو ما عناه عروة، والسدّي، وقتادة عندما فسروا (العرف) بالمعروف[4].

وهو ما رجحه ابن العربي في كتابه: أحكام القرآن، حيث قال: (أما

---

(١) الفتوحات الإلهية (٢/٢٢١).
(٢) روح المعاني (٩/١٤٧).
(٣) جامع البيان (٩/١٥٦).
(٤) المصدر السابق (٩/١٥٥، ١٥٦).

العرف، فالمراد به هاهنا: المعروف من الدين المعلوم من مكارم الأخلاق، ومحاسن الأعمال، المتفق عليه في كل شريعة)[1]

وفي هذا يدخل تفسير من فسر الآية بالمفرد من السلف، كمن فسّر العرف بلا إله إلا الله، أو فسره بمكارم الأخلاق؛ لأن السلف كانوا يفسرون الآية بالمفرد من باب ضرب المثال.

الاتجاه الثاني: أن العرف في الآية يشمل أمرين:

الأمر الأول: كل ما عرف أنه من الشرع، وهذا هو التفسير الأول.

الأمر الثاني: كل ما عرف بين الناس في أقوالهم وأفعالهم مما ارتضته عقولهم واطمأنت به نفوسهم.

وقد أشار إلى ذلك القرطبي في تفسيره حيث قال: (والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس)[2].

وتابع القرطبي في هذا الشوكاني في تفسيره فتح القدير، حيث نقل عبارة القرطبي بنصها[3].

وقد سبق استدلال القرافي بها على اعتبار العرف وتحكيمه في متاع الزوجين في البيت إذا لم يكن هناك بينة.

وقد اختار هذا الاتجاه في تفسير الآية الشيخ محمد رشيد رضا في كتابه المسمى: تفسير القرآن الحكيم، والمشهور بتفسير المنار، حيث جاء فيه: (والقول الجامع: أن العرب تطلق المعروف على ضد المنكر، وعلى ضد المجهول، والمنكر هو المستقبح عند الناس، الذي ينفرون منه؛ لقبحه

---

(١) أحكام القرآن (٢/٨١٤).
(٢) الجامع لأحكام القرآن (٧/٣٤٦).
(٣) فتح القدير (٢/٢٦٦).

أو ضرره، ويذمونه ويذمون أهله. والأمر في هذه السورة المكية التي نزلت في أصول الدين وكليات التشريع يثبت لنا أن العرف أو المعروف أحد هذه الأركان للآداب الدينية، والتشريع الإسلامي، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة، وما تتواطأ عليه من الأمور النافعة في مصالحها)[1].

ثم يقول بعد صفحتين ما نصه: (فإن قلت: إن بعض العلماء قالوا: إن المراد بالعرف والمعروف في الآيات هو المنصوص في الشرع، كقول صاحب لباب التأويل في قوله: (وأمر بالعرف): وأمر بكل ما أمرك الله به، وعرفته بالوحي.

فالجواب: أن مثل هذا القول مخالف لما ذكرنا، وما لم نذكر من أقوال السلف والخلف، ولا يمكن أن يراد من كل آية، ولا من مجموع الآيات المتقدمة، وما يحتمله منها كآيات الأمر والنهي المدنية لا بد أن يكون اللفظ فيها عاماً يشمل المعروف في الشرع، وفي العادات والمعاملات، ولا يظهر هذا في آية الأعراف التي هي الأصل الأول؛ لأنها الأولى في الموضوع، ولم يكن قد نزل فيها أحكام يفسر بها العرف ويحال عليه، فما قاله صاحب لباب التأويل هو من قشره لا من لبابه)[2].

ومما سبق نخلص إلى نتيجة هي:

أولاً: أن العرف بمعنى: كل ما عرف أنه من الشرع، فلا خلاف في أن الآية تدل عليه.

ثانياً: أن العرف بمعنى: أعراف الناس وعاداتهم، مما لم يخالف نصاً، فهذا فيه خلاف على قولين:

١ ــ ذهبت أقلية كالقرافي، وعلاء الدين الطرابلسي، ومحمد رشيد رضا إلى أن الآية تدل عليه؛ لأنها عامة، فتشمل بعمومها عادات الناس وأعرافهم.

---

(١) تفسير المنار (٩/ ٥٣٤ ـ ٥٣٧).

(٢) تفسير المنار (٩/ ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٧).

٢ ــ وذهب الجمهور: إلى أن الآية لا تدل على ذلك، وهو الراجح، إن شاء الله تعالى، للأمور الآتية:

أ ــ أن الآية جاءت للإرشاد إلى مكارم الأخلاق ومحاسنها، إذ أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ كان في مكة في بدء دعوته، حيث اهتم بإرساء قواعد الشريعة، ولم يكن إذ ذاك فروع عملية يحكم فيها بالعرف.

ب ــ أن سياق الآية يدل على أن المراد بالعرف: كل ما عرف في الشرع حسنُه، حيث قد أمر الله نبيه في أول الآية بالعفو، ثم ثنى بأمره بالعرف، ثم ثلَّث بأمره بالإعراض عن الجاهلين.

ج ــ لو أريد من العرف: أعراف الناس وعاداتهم، لكان ذلك أمراً باعتبار عادات الجاهلية، وأعرافها، ولا قائل بذلك.

د ــ أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لو حكم في بعض المسائل بالعرف، لم يكن ذلك لأنه عرف الناس، بل بطريق الوحي.

هـ ــ هناك أثر ساقه الطبري في تفسيره يستأنس به في هذا المقام وهو: (... قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «يا جبريل ما هذا؟» قال: ما أدري حتى أسأل العالِم، قال: ثم قال جبريل: «يا محمد إن الله يأمرك أن تصل من قطعك، وتعطي من حرمك، وتعفو عمن ظلمك»)[1].

الاستدلال بالسنة:

أما السنة: فما روي عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال: «إن الله نظر في قلوب العباد فاختار محمداً ـ صلى الله عليه وسلم ـ فبعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، فاختار له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه،

---

(١) جامع البيان (٩/١٥٥).

ووزراء نبيه، فما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً، فهو عند الله قبيح»[1].

فهذا الحديث يستدل به كثير من الفقهاء، عندما يحكمون العرف في مسألة من المسائل، كما يستدل به الأصوليون في إثبات حجية الإجماع أو الاستحسان. وكذلك أهل السير، يستدلون به على فضل الصحابة وعلو شأنهم في الإسلام.

فهذا ابن نجيم يقول في أشباهه: (القاعدة السادسة: العادة محكمة، وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حَسَن)[2].

وبمثل هذا قال السيوطي في أشباهه[3].

كما ذكر ذلك السرخسي في مبسوطه حيث جاء فيه ما نصه: (ثم في وقف المنقول مقصود اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ذكره في السير الكبير، والجواب الصحيح فيه: أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات، يجوز باعتبار العرف، وذلك كثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت، والمصاحف، والكراع، والسلاح للجهاد، فإنه روي أنه اجتمع في خلافة عمر - رضي الله عنه - ثلاثمائة فرس، مكتوب على أفخاذها حبيس في سبيل الله تعالى، وهذا الأصل معروف، أن ما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل، لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»[4].

---

(١) نقلت نص الحديث من كتاب المقاصد الحسنة للسخاوي ص (٣٦٧) حديث رقم (٩٥٩).

(٢) الأشباه والنظائر ص (٩٣).

(٣) الأشباه والنظائر ص (٩٩).

(٤) المبسوط (١٢/٤٥).

وقد استدل الكمال بن الهمام على حجية العرف بالحديث المذكور حيث جاء في كتابه شرح فتح القدير: (والعرف إنما صار حجة بالنص، وهو قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»).

وذكره الآمدي في كتابه ـ الإحكام في أصول الأحكام في حجية الإجماع[1].

وذكره ابن حزم في كتابه: الإحكام في أصول الأحكام في مبحث الاستحسان[2]، ورده كما سيأتي.

وجه الاستدلال بالحديث على حجية العرف:

أن ما اعتاده المسلمون وعرفوه، واستحسنته عقولهم، وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن، وإذا كان كذلك، فهو عند الله حسن، أي: مقبول، ومسلّم بشرعيته.

مناقشة هذا الدليل:

الحديث هذا لا يصلح دليلاً على كون العرف دليلاً مثبتاً للأحكام، وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: من حيث السند:

فهذا الحديث رغم شيوعه واشتهاره على الألسنة، لم يثبت رفعه إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بل ثبت وقفه على ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ.

وقد رأيت له أربع طرق، ذكر الزيلعي منها ثلاثاً، وذكر الرابعة ابن حزم، وكلها تثبت أن الحديث من قول ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ وفيما يلي ذكر الطرق:

الطريق الأولى: وقبل ذكرها قال الزيلعي ـ بعد أن ساق الحديث ـ

---

(١) (٢١٤/١).

(٢) (٧٥٩/٦، ٧٦٠).

قلت: غريب مرفوعاً، ولم أجده إلّا موقوفاً على ابن مسعود. وله طرق، فقد رواه أحمد في مسنده: حدثنا أبو بكر بن عيَّاش، حدثنا عاصم بن زر بن حبيش عن عبدالله بن مسعود قال: «إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيء». ثم قال: أي الزيلعي: (وقد رواه الحاكم في المستدرك... ورواه البزار في مسنده).

الطريق الثانية: رواه أبو داود الطيالسي في مسنده: حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود فذكره، إلا أنه قال بدل «سيء»، «قبيح».

ومن طريق أبي داود، رواه أبو نعيم في الحلية، في ترجمة ابن مسعود، والبيهقي في كتاب الاعتقاد، وكذلك رواه الطبراني في معجمه، و«المسعودي» ضعيف.

الطريق الثالثة: رواه البيهقي في المدخل: أخبرنا أبو عبدالله الحافظ، حدثنا أبو العباس الأصم، حدثنا محمد بن إسحاق الصنعاني، حدثنا أبو الجواب، حدثنا عمار بن زريق عن الأعمش عن مالك بن الحارث، عن عبدالرحمن بن يزيد، قال: قال عبدالله فذكره[1].

الطريق الرابعة: قال ابن حزم الظاهري ـ بعد أن ساق الحديث ـ: (وهذا لا نعلمه يسند إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من وجه أصلاً. وأما الذي لا شك فيه، فإنه لا يوجد البتة في مسند صحيح، وإنما نعرفه عن عبدالله بن مسعود، كما حدثنا المهلب التميمي عن محمد بن عيسى بن مناس، عن محمد بن مسرور، عن يونس بن عبدالأعلى، عن ابن وهب، أخبرني عبدالله بن يزيد، عن عبدالرحمن بن عبدالله بن عتبة، عن

---

(١) نصب الراية (٤/١٣٣، ١٣٤).

عاصم بن بهدلة، عن شقيق، عن عبدالله بن مسعود فذكر كلاماً فيه: (ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن)[1].

قال السخاوي بعد أن ذكر الحديث بكامله: (وهو موقوف حسن)[2].

وقد نقل ابن نجيم، والسيوطي في أشباههما عن العلائي قوله: (لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف، بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه - موقوفاً عليه)[3].

وقال الشيخ عبدالرزاق عفيفي - في تعليقه على كتاب: الإحكام في أصول الأحكام - في مبحث الاستحسان - بعد أن ساق الحديث بكامله ما نصه: (... قال العجلوني في كشف الخفاء: وهو موقوف حسن، ثم نقل عن الحافظ ابن عبدالبر: أنه روي مرفوعاً عن أنس بإسناد ساقط، والأصح وقفه على ابن مسعود)[4].

في هذه النقول: تبين لنا أن هذا الأثر موقوف على ابن مسعود، ولم يرفع إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - في أي طريق من طرقه، بإسناد صحيح، وعليه فلا يكون حجة على المطلوب.

الناحية الثانية: من حيث الدلالة:

وعلى فرض أن الحديث مرفوع من وجه صحيح، فإنه لا دلالة له على المطلوب، ذلك أن الألف واللام في: (المسلمون) للعموم، فيكون المراد ما أجمع عليه المسلمون، وليس المراد به ما تعارفه الناس، من الأقوال والأفعال، وألفته نفوسهم، واستحسنته عقولهم، فإذا أجمع المسلمون على حسن شيء أو قبحه، فإنه والحالة هذه يكون حسناً عندالله،

(١) الإحكام في أصول الأحكام (٦/٧٥٩).
(٢) المقاصد الحسنة ص (٣٦٧) حديث رقم (٩٥٩).
(٣) الأشباه للسيوطي ص (٩٩) والأشباه لابن نجيم ص (٩٣).
(٤) الإحكام للآمدي (٤/١٥٦).

أو قبيحاً عنده؛ لأن الإجماع دليل شرعي، وحجة قطعية، كيف لا وهم لا يجمعون إلا عن مستند من دليل شرعي.

وقد ذكر ذلك الآمدي في كتابه الإحكام في أصول الأحكام في رده على من استدل بالحديث المذكور على حجية الاستحسان، حيث قال: (وعن الخبر كذلك أيضاً ـ أن لا دلالة فيه على ما صاروا إليه ـ فإن قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة لا يكون إلا عن دليل، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً، أنه حسن عند الله، وإلّا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً، أن يكون حسناً عند الله، وهو ممتنع)[1].

كما قد ذكره أبو محمد بن حزم في كتابه الأحكام ـ في رده على من قال بالاستحسان قال: (قال أبو محمد وهذا لو أتى من وجه صحيح، لما كان لهم فيه متعلق؛ لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط، لأنه لم يقل: ما رآه بعض المسلمين حسناً فهو عند الله حسن، وإنّما فيه: «ما رآه المسلمون»، فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن، وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكنا مأمورين بالشيء وضده، وبفعل شيء وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليه)[2].

وبعد أن بطل الاستدلال بالآية: (وأمر بالعرف)، والحديث: (ما رآه المسلمون حسناً...) على أن العرف أصل من أصول الشريعة الإسلامية، لا بد أن نبين معنى اعتبار الشارع له فنقول:

إن العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام الفرعية العملية، ولكنه

---

(١) الإحكام للآمدي (٤/١٥٩، ١٦٠).
(٢) الإحكام لابن حزم (٦/٧٥٩، ٧٦٠).

والحالة هذه لابد أن يستند على دليل يعضده، وبالنظر للفروع الفقهية في كتب المذاهب نجد أن العرف الصحيح المحكم لا بد أن يستند على واحد من أربعة:

الأول: السنة التقريرية.

الثاني: الإجماع العملي.

الثالث: المصلحة المرسلة.

الرابع: الأدلة المطلقة التي أحالت عليه.

* * *

استناد العرف على السنة التقريرية

السنة التقريرية ـ كما يقول الشوكاني في إرشاد الفحول ـ (أن يسكت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن إنكار قول قيل بين يديه، أو في عصره وعَلِم به، أو سكت عن إنكار فعل فُعل بين يديه، أو في عصره وعَلِم به، فإن ذلك يدل على الجواز، وذلك كأكل العنب بين يديه)[1].

ومن المعلوم أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لما هاجر إلى المدينة، واستقر به وجد بها أعرافاً كثيرة؛ فما كان فاسداً نهى عنه، وما كان صحيحاً أقره، وما اختلط فيه الفاسد والصحيح عدله.

ومن تلك الأعراف التي أقرها عقد السلم، فقد كان معروفاً لدى أهل المدينة قبل هجرته ـ صلى الله عليه وسلم ـ إليها.

فقد أخرج الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال قال سمعت ابن عباس يقول: (قدم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة، والسنتين، والثلاث، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «من أسلف في تمر فليسلِف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»)[2].

ويدخل في ذلك: كل ما صرح الراوي بأنه كان من عادتهم فعل كذا

---

(١) إرشاد الفحول ص (٤١).

(٢) هذا الحديث رواه ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم (١٠٥/٣).
وأخرجه عنه مسلم في كتاب المساقاة، باب السلم (١٢٢٦/٣) رقم الحديث (١٦٠٤).

في عهده ـ صلى الله عليه وسلم ـ ومن ذلك قول جابر ـ رضي الله عنه ـ: (كنا نَعزِل على عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ والقرآن ينزل)[1].

ولمسلم لفظ أصرح من هذا عن جابر قال: (كنا نعزل على عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فبلغه ذلك، فلم ينهنا)[2].

قال الشوكاني في نيل الأوطار: قوله: («والقرآن ينزل» فيه: جواز الاستدلال بالتقرير من الله ورسوله على حكم من الأحكام؛ لأنه لو كان ذلك الشيء حراماً لم يقروا عليه، ولكن بشرط أن يعلمه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ)[3].

فجابر صرح بأن من عادتهم في عهده ـ عليه الصلاة والسلام ـ العزل، ولم ينكره عليهم القرآن، كما لم ينكره الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ عندما بلغه، فكانت العادة هنا مستندة على السنة التقريرية.

ومن ذلك أيضاً: ما جاء عن عروة بن أبي الجعد البارقي: (أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه)[4].

---

(١) هذا الحديث رواه جابر ـ رضي الله عنه ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب النكاح، باب العزل (٧/٤٢).
وأخرجه عنه مسلم في كتاب النكاح، باب حكم العزل (٢/١٠٦٥) رقم الحديث (١٤٤٠).

(٢) صحيح مسلم، الموضع السابق.

(٣) نيل الأوطار (٦/٢٢٢).

(٤) هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب حدثني محمد بن المثنى (٤/٢٥٢) قال البخاري: (حدثنا علي بن عبدالله، أخبرنا سفيان، حدثنا شبيب بن غَرْقَدة قال: سمعت الحيّ يحدثون عن عروة أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أعطاه) الحديث.
وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب المضارب يخالف (٣/٦٧٧) حديث رقم =

ففي هذا الحديث تصرف عروة من غير إذن لفظي من الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ فباع واشترى، وأقبض وقبض، اعتماداً منه على الإذن العرفي المنزل منزلة الإذن اللفظي.

يقول ابن القيم في ذلك: (وهذا «أي: أن العرف يجري مجرى النطق» أكثر من أن يحصر، وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي، حيث أعطاه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة الأخرى، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي، اعتماداً منه على الإذن العرفي، الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع، ولا إشكال بحمد الله في هذا الحديث بوجه ما، وإنما الإشكال في استشكاله، فإنه جار على محض القواعد كما عرفته)[1].

وقد روى البخاري في صحيحه في كتاب البيوع في باب «من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، بحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: (حجمَ رسولَ الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أبو طيبة فأمر له رسول الله

= (٣٣٨٤).
وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب... (٣/٥٥٠) حديث رقم (١٢٥٨).
وأخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢/٨٠٣) حديث رقم (٢٤٠٢).
وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤/٣٧٥).
وفي إسناده «سعيد بن زيد»، أخو حماد، مختلف فيه، عن أبي لبيد لمازة بن زبار، قيل: إنه مجهول، لكن وثقه ابن سعد، وأثنى عليه أحمد، وقال المنذري والنووي: إسناده حسن صحيح. ونقل المزني عن الشافعي: أنه ليس بثابت عنده. وقد ضعفه البيهقي في موضع، وحكم بأنه مرسل في موضع آخر، وقال الخطابي غير متصل، وقال الرافعي مرسل، وقال الحافظ: هو متصل في إسناده مبهم.
انظر: التلخيص الحبير (٣/٥)، ونيل الأوطار (٥/٣٠٤).

(١) إعلام الموقعين (٢/٣٩٤).

ـ صلى الله عليه وسلم ـ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه)[1].

فالرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ لم يشارط أبا طيبة على أجرة الحجامة، اعتماداً على العرف.

قال الحافظ في الفتح: (وجه دخول أنس في الترجمة: كونه ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يشارطه على أجرته، اعتماداً على العرف في مثله)[2].

* * *

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع (٣٣٨/٤) من فتح الباري.
وقد رواه مسلم عن أنس بلفظ: (سئل أنس بن مالك عن كسب الحجام، فقال: احتجم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ حجمه أبو طيبة، فأمر له بصاعين من طعام، وكلم أهله فوضعوا من خراجه، وقال: «إن أفضل ما تداويتم به الحجامة، أو هو من أفضل دوائكم»).
انظر: شرح النووي على مسلم (٢٤٢/١٠).
(٢) فتح الباري (٣٣٩/٤).

استناد العرف على الإجماع العملي

إذا تعارف الناس في عصر من العصور على أي عمل، واستمروا عليه، ولم ينكر عليهم أحد من العلماء مع علمهم به، بل ربما عملوا به، فهذا ما يسمى بالإجماع العملي. فالأمر في المبدأ عرف، ثم يكتسب بعد ذلك صفة الإجماع العملي.

ومن هذا النوع: الاستصناع، فقد استدل الحنفية على جوازه بالإجماع العملي، يقول الكاساني في كتابه بدائع الصنائع: (وأما جوازه، فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحساناً لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير، وقد قال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً، فهو عند الله قبيح»، والقياس يترك بالإجماع[1].

وبهذا صرّح السرخسي في المبسوط، والكمال بن الهمام في فتح القدير.

ومن المعلوم أن الحنفية لا يقولون بصحة وقف المنقول، ولكنهم قالوا: بصحة وقف بعض المنقولات استحساناً لتعامل الناس.

يقول الكاساني في البدائع: (وإن كان شيئاً جرت العادة بوقفه، كوقف المر والقدوم لحفر القبور، ووقف المرجل لتسخين الماء، ووقف

---

(١) (٥/٢، ٣).

الجنازة وثيابها، ولو وقف أشجاراً قائمة، فالقياس: أن لا يجوز؛ لأنه وقف المنقول، وفي الاستحسان: يجوز لتعامل الناس ذلك، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[1].

ومن ذلك شركة المضاربة وهي ـ كما يقول ابن قدامة في المغني ـ: (أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتَّجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه)[2].

فإن دليل مشروعيتها الإجماع العملي، من عصر الصحابة إلى يومنا هذا.

وقد روي جوازها عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وحكيم بن حزام، ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة، فكان إجماعاً.

يقول الشوكاني: (فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز، وليس فيها شيء مرفوع إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلّا ما أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع» لكن في إسناده نصر بن القاسم عن عبدالرحمن بن داود، وهما مجهولان)[3].

ويدخل في ذلك: عرف أهل المدينة، وما جرى عليه العمل عندهم، وقد أخذ به الإمام مالك ـ رحمه الله ـ وبنى عليه كثيراً من الأحكام، ذهاباً منه إلى أنه إجماع، والإجماع حجة، وهي مسألة مشهورة في علم الأصول.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٢٠).
(٢) المغني (٥/١٩).
(٣) نيل الأوطار (٥/٣٠٠، ٣٠١).

وقد جعل شيخ الإسلام ابن تيمية عمل أهل المدينة أربع مراتب:

المرتبة الأولى: ما يجري مجرى النقل عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ مثل نقلهم لمقدار الصاع والمُد، وكترك صدقة الخضروات، والأحباس.

فهذا حجة باتفاق العلماء.

المرتبة الثانية: العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ.

فهذا حجة في مذهب الإمام مالك، والمنصوص عن الإمام الشافعي، وظاهر مذهب الإمام أحمد، والمحكي عن الإمام أبي حنيفة.

المرتبة الثالثة: إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين، وقياسين، وجهل أيهما أرجح، وأحدهما يعمل به أهل المدينة، فاختلف فيه:

١ ـ فذهب الإمام مالك والإمام الشافعي إلى أنه حجة، وهو أحد الوجهين لأصحاب الإمام أحمد.

وقيل: هذا المنصوص عن الإمام أحمد. ومن كلامه: إذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو الغاية. وكان يفتي على مذهب أهل المدينة، ويقدمه على مذهب أهل العراق تقديماً كثيراً.

٢ ـ وذهب الإمام أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الإمام أحمد: أنه ليس بحجة.

المرتبة الرابعة: «العمل المتأخر بالمدينة» فالذي عليه أئمة الناس أنه ليس بحجة، وهو مذهب الإمام الشافعي، والإمام أحمد، والإمام أبي حنيفة، وغيرهم.

وهو قول المحققين من أصحاب الإمام مالك، كما ذكر ذلك عبدالوهاب في كتابه: أصول الفقه وغيره. وربما جعله بعض أهل المغرب من أصحاب الإمام مالك حجة، وليس معهم للأئمة نص ولا دليل، بل هم أهل تقليد.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد هذا: قلت: (ولم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة)[1].

وفي نظري: أن هناك مرتبة خامسة لم تأت في استقراء ـ شيخ الإسلام ـ ابن تيمية ـ رحمه الله ـ وهي: ما إذا تعارض الدليل مع عمل أهل المدينة، فقد ذهب الإمام مالك إلى اعتبار عمل أهل المدينة، وترك الدليل، كما في خيار المجلس، فقد رواه هو عن نافع عن ابن عمر، ومع ذلك لم يقل به، قال في الموطأ في باب: بيع الخيار: حدثني يحيى عن مالك، عن نافع، عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار) قال مالك: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معروف به[2].

وقد قال بعض المالكية بياناً لقول مالك هنا: إن مالكاً رفع الحديث بإجماع أهل المدينة على ترك العمل به، وذلك عنده أقوى من خبر الواحد.

ورد: بأن بعض فقهاء المدينة في عصر مالك قد خالفه كابن أبي ذئب، فكيف تصح دعوى الإجماع هنا؟![3].

من هنا يتبين لنا أن عمل أهل المدينة يكون حجة بالاتفاق كما في المرتبة الأولى، ويكون حجة عند الجمهور، كما في المرتبة الثانية والثالثة، ويكون ليس بحجة إلا عند بعض المغاربة المالكيين، كما في المرتبة الرابعة، ويكون ليس بحجة، إلا عند مالك كما في المرتبة الأخيرة.

* * *

(١) الفتاوى (٢٠/٣٠٣ ـ ٣١٠).
(٢) موطأ الإمام مالك بشرح الزرقاني (٣/٣٢٠ ـ ٣٢١).
(٣) المصدر السابق (٣/٣٢١).

استناد العرف على المصلحة المرسلة

المصلحة المرسلة هي: «الوصف المناسب الذي يلائم تصرفات الشارع، ولكن لم يشهد له دليل معين بالاعتبار».

وقد اختلف العلماء فيها: فاعتبرها قوم، ونفاها آخرون.

والمعتبرون لها اختلفوا فيما بينهم أيضاً، ولكل وجهة فيما ذهب إليه.

وقد ذكر ذلك الشاطبي في كتابه الاعتصام[1].

ورغم هذا الاختلاف، عندما ترجع للتطبيقات الفقهية، تجد أن الفقهاء كلهم على اختلاف مذاهبهم قد قالوا بها واعتبروها، وبنوا الأحكام عليها. ولسنا بصدد تفصيل القول فيها، فلذلك مجال آخر، وإنما الذي يهمنا هنا هو بيان استناد العرف عليها.

فمما لا شك فيه أن كثيراً من الأعراف والعادات مستندة على المصلحة المرسلة، وذلك أن تدعو الضرورة أو الحاجة إلى عمل من الأعمال، ثم يستمر الأمر على هذه الحالة حتى يصبح عرفاً متأصلاً في نفوس الناس بحيث يصعب عليهم تركه والتخلي عنه.

وعن هذا يعبر الفقهاء بقولهم: (إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً)، ولولا اعتبار المصالح، لما استطاع الإنسان أن يرتب شؤونه، وينظم حياته الفردية، والاجتماعية، وذلك لكثرتها من جهة، وتعقدها من جهة أخرى.

---

(١) الاعتصام للشاطبي (٢/١١١).

مثال ذلك:

الأمثلة على ذلك كثيرة جداً، وأقرب مثال لدي: تحضير وكتابة رسالة الماجستير ـ فإن تحضيرها وتقديمها أصبح عرفاً، بحيث لا يمنح الدارس شهادة (الماجستير) إلا بعد تقديمها، وإقرار اللجنة لها، والمناقشة فيها.

فهذا عرف استند على مصلحة مرسلة؛ لأن ذلك أصبح دليلاً تقريبياً على الكفاءات، التي يوكل إلى من توفرت فيه عمل من الأعمال.

* * *

الأدلة المطلقة التي أحالت على العرف

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخالدة، ومقتضى خلودها أن تكون شاملة وهذا الشمول يكمن في قواعدها العامة، ومقاصدها الكلية، التي يندرج تحتها حكم كل ما وجد، وما سيوجد من الجزئيات، في كل عصر وزمان، فمن رحمة الله أن كانت كذلك، حتى يستطيع المفتي أو القاضي - بما أوتيا من فهم ثاقب وبصيرة نيّرة - تطبيقها على جزئيات الحوادث والوقائع، مهما تغير الزمن، أو اختلف المكان، والعرف من تلك القواعد التي اعتبرتها الشريعة، وأحالت عليها في كثير من الآيات، والأحاديث.

أما الآيات فهي كثيرة، سنقتصر على ذكر بعضها، مدعمين لها بأقوال المفسرين:

أولاً: قول الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1].

فالله أوجب على المولود له النفقة والكسوة للمرضعة تبعاً للعرف...

يقول ابن جرير الطبري في تفسير الآية: (يعني تعالى ذكره بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ وعلى آباء الصبيان للمراضع رزقهن، يعن رزق والدتهن، ويعني بالرزق: ما يقوتهن من طعام، وما لا بدَّ لهن من غذاء ومطعم، وكسوتهن، ويعني بالكسوة: الملبس ويعني بقوله: «بالمعروف» بما يجب لمثلها على مثله، إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه

(١) آية (٢٣٣) من سورة البقرة.

بالغنى والفقر، وأنَّ منهم الموسع والمقتر، وبين ذلك، فأمر كلاً أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته، كما قال تعالى ذكره : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ ﴾[1].

فابن جرير الطبري هنا قد فسر المعروف في الآية بأنه: ما يجب لمثلها على مثله، والمثلية هنا لا تعرف إلا من طريق العرف السائد في المجتمع.

وقد صرح بذلك الرازي في تفسيره حيث جاء فيه: (والمعروف في هذا الباب قد يكون محدوداً بشرط وعقد، وقد يكون غير محدود إلا من جهة العرف)[2].

كما صرح به أبو بكر الرازي في كتابه أحكام القرآن حيث قال: وقوله تعالى : ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾ يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره، إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف، ويدل أيضاً على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج، وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك : ﴿ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ ﴾، فإذا اشترطت المرأة، وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة، لم يحل ذلك، وأجبر على نفقة مثلها... وفي هذه الآية دلالة على تسويغ اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلى تقدير النفقة بالمعروف إلا من جهة غالب الظن وأكثر الرأي، إذ كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مبنياً على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ ليست العادة مقصورة على مقدار واحد لا زيادة عليه ولا نقصان، ومن جهة أخرى هو مبني على الاجتهاد، وهو اعتبار

(١) جامع البيان (٢/٤٩٥).
(٢) التفسير الكبير للرازي (٦/١٢٨).

حاله في إعساره ويساره، ومقدار الكفاية والإمكان بقوله: ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾، واعتبار الوسع مبني على العادة[1].

ثانياً: قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾[2].

ففي هذه الآية: أمر الله بالإنفاق على المرضعة، ولم يقدر هذا الإنفاق، بل ترك تقديره إلى العرف، غنى وفقراً، كثرة وقلة.

يقول ابن العربي في أحكامه عند تفسير هذه الآية: (هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق، والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة. وقد فرض عمر للمنفوس مائة درهم في العام بالحجاز، والقوت بها محبوب، والميرة عنه بعيدة. وينظر المفتي إلى قدر حاجة المنفق عليه، ثم ينظر إلى حالة المنفق، فإن احتملت الحالة الحاجة أمضاها عليه، وإن قصرت حالته عن حالة المنفق عليه ردها إلى قدر احتمال حاله...)[3].

ثم يقول في تفسير الآية: (المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق: قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصوله، بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام)[4].

وقريب من هذا تفسير القرطبي للآية، إلّا أنه ذكر الخلاف في تقدير النفقة، وأطال استدلالاً ورداً[5].

وقد قال أبو بكر الرازي في تفسيرها عبارة مختصرة هي: (﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ أمر أهل التوسعة أن يوسعوا على نسائهم المرضعات على

---

(١) أحكام القرآن (١/٤٠٤).
(٢) آية (٧) من سورة الطلاق.
(٣) أحكام القرآن (٤/١٨٢٩).
(٤) المصدر السابق.
(٥) الجامع لأحكام القرآن (١٨/١٧٠).

قدر سعتهم، ومن كان رزقه بمقدار القوت فلينفق على مقدار ذلك، ونظيره: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[1].

فهذه الآية والتي قبلها أصل في رد تقدير النفقة إلى العرف، حيث قد أحال الله ذلك إلى العرف صريحاً، كما أحال إليه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ كما في حديث هند بنت عتبة: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[2].

قال ابن قدامة في المغني: (والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف، فيما بين الناس في نفقاتهم، في حق الموسر والمعسر والمتوسط، كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك[3].

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[4].

ففي هذه الآية أوجب الله المتعة للمطلقة قبل المسيس، وفرض المهر، وأناط قدر هذه المتعة إلى العرف، غنى وفقراً.

وبمثل هذا صرح أبو بكر الجصاص حيث قال: (وإثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار واليسار، طريقة الاجتهاد وغالب الظن، ويختلف ذلك في الأزمان أيضاً؛ لأن الله تعالى شرط في مقدارها شيئين: أحدهما: اعتباره بيسار الرجل وإعساره، والثاني: أن يكون بالمعروف مع ذلك، فوجب اعتبار المعنيين في ذلك، وإذا كان كذلك وكان بالمعروف منهما موقوفاً على عادات الناس فيها، والعادات قد تختلف وتتغير، وجب

---

(١) (٣٠/٣٧)، راجع في هذا تفسير ابن جرير (٢٨/١٤٨)، وتفسير الجمل (٤/٣٦٠)، وأحكام القرآن للجصاص (٣/٤٤٢).

(٢) حديث هند هذا رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث عائشة. وسيأتي تخريجه ص (١٣٥).

(٣) المغني (٨/١٩٨).

(٤) آية (٢٣٦) من سورة البقرة.

بذلك مراعاة العادات في الأزمان، وذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث، إذ كان ذلك مؤدياً إلى اجتهاد رأينا)[1].

رابعاً: قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ الآية [2].

اختلف المفسرون في تفسير «المعروف» في هذه الآية، اختلافاً كبيراً، ذكر ذلك الطبري، والقرطبي، وابن العربي، وأبو بكر الجصاص، وغيرهم من المفسرين[3].

وأرجح الأقوال في ذلك: أن ولي اليتيم إن كان غنياً فلا يجوز أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن كان فقيراً فله أن يأكل بالمعروف، وليس عليه قضاء.

وقد رجح هذا ابن العربي حيث جاء في تفسيره للآية: (وأما من قال: إن الولي إن كان غنياً عفَّ، وإن كان فقيراً أكل، فهو قول عمر، روي عنه أنه قال: «إنما أنا في بيت المال كولي اليتيم إذا استغنيت تركت، وإن احتجت أكلت». وبه أقول)[4].

كما يقول في حكم القضاء: (والصحيح: أنه لا يقضي...)[5].

وقد استدل الإمام البخاري بقول عائشة - رضي الله عنها - في هذه الآية على ترجمته في كتاب البيوع حيث قال: (باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، في البيوع والإجارة، والكيل والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة). فقد أخرج بسنده عن هشام بن عروة يحدث

(١) أحكام القرآن للجصَّاص (١/٤٣٣).
(٢) آية (٦) من سورة النساء.
(٣) راجع تفسير الطبري (٤/٢٥٤، ٢٥٧)، وتفسير القرطبي (٥/٤١ - ٤٣)، والأحكام لابن العربي (١/٣٢٤ - ٣٢٦)، والأحكام للجصاص (٢/٦٤ - ٦٨).
(٤) (٥) الأحكام لابن العربي (١/٣٢٤ - ٣٢٦).

عن أبيه أنه سمع عائشة ـ رضي الله عنها ـ تقول: (من كان غنياً فليستعفف، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف، أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله، إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف).

قال الحافظ بن حجر في بيان ذلك: (وحديث عائشة الثاني المراد منه في الترجمة: حوالة والي اليتيم في أكله من ماله على العرف)[1].

أما السنة فالأحاديث أيضاً كثيرة منها:

أولاً: ما رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قالت هند أم معاوية للنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل عليّ جناح أن آخذ من ماله سراً؟ قال: خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف)[2].

فهذا الحديث يدل دلالة واضحة وصريحة على اعتبار العرف في تقدير النفقة، حيث لم يرد في تقديرها نص شرعي.

وقد استدل به الإمام البخاري في باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، في البيوع والإجارة والكيل والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، فقال الحافظ ابن حجر في بيان ذلك: (وحديث عائشة الأول المراد منه: قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لهند:
خذي من ماله ما يكفيك بالمعروف»، فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي [3].

وقد قال النووي في شرح الحديث: (في هذا الحديث فوائد منها. . .

---

(١) فتح الباري (٤/٣٣٨، ٣٣٩).

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة في مواضع (٤/٣٣٨ ـ ٣٣٩)، و(٩/٤٤٤)، و(١٣/١٢٣، ١٥٠) من فتح الباري.
وأخرجه مسلم في باب قضية هند (١٢/٧ ـ ٩) مع شرحه للنووي، والنسائي في باب القضاء (٨/٢٤٦).

(٣) فتح الباري (٤/٣٣٩).

ومنها: أن النفقة مقدرة بالكفاية لا بالأمداد، ومذهب أصحابنا أن نفقة القريب مقدرة بالكفاية، كما هو ظاهر هذا الحديث، ونفقة الزوجة مقدرة بالأمداد: على الموسر كل يوم مدّان، وعلى المعسر مدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف، وهذا الحديث يرد على أصحابنا... ومنها: اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي...)[1].

كما استدل به ابن قدامة في المغني على أن نفقة الزوجة وكسوتها يرجع فيها إلى العادة، ورأيه هذا رأي جمهور أهل العلم[2].

من هذه النقول عن العلماء محدثين وفقهاء، تبين لنا منزلة العرف، وإناطة الشارع به بيان الأمور التي أطلقها ولم يحددها، وبخاصة تصريح ابن حجر بقوله: (فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي).

وقريب من قوله قول النووي: (اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي).

ثانياً: عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (من أَعْمَر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق بها)[3].

وروي عن جابر بلفظ: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)[4].

---

(١) شرح النووي على مسلم (٢/٧، ٨).

(٢) المغني (٨/١٩٩)، وراجع في ذلك المبسوط للسرخسي في كتاب النفقات (٥/١٨٠)، وشرح البهجة (٣/٤٢٥).

(٣) بهذا اللفظ رواه البخاري في كتاب المزارعة والحرث، باب من أحيا أرضاً مواتاً (٣/١٣٢).

(٤) بهذا اللفظ رواه الترمذي (٦/١٤٩) وقال: «حديث حسن صحيح»، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣/٣٦٣، ٣٨١). ورواه النسائي، وابن ماجه، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية (٤/٢٨٩).
وقد رواه عن سعيد بن زيد بزيادة: «وليس لعرق ظالم حق» أبو داود في سننه (٣/١٧٨)، والترمذي في سننه (٦/١٤٦) وقال: «حديث حسن غريب»، ورواه النسائي في سننه، والبزار في مسنده، ومالك في موطئه كما في نصب الراية =

ففي الحديث علق الرسول ـ عليه الصلاة والسلام ـ ملكية الأرض التي لا يعلم لها مالك، بإحيائها، ولكنه لم يبين ما به يكون الإحياء، فكان مرد ذلك إلى أعراف الناس وعاداتهم فما يعدونه إحياء، فهو إحياء تثبت به الملكية، وما لا فلا.

قال الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ: (وإنما يكون الإحياء ما عرفه الناس إحياء لمثل المُحْيا: إن كان مسكناً فأن يبنى مثل ما يبنى به مثله من بنيان حجر، أو لبِنْ، أو مدر يكون مثله بناء، وهكذا)[1].

وقال ابن قدامة في المغني: (وقال القاضي في صفة الإحياء روايتان:

إحداهما: ما ذكرنا.

والثانية: الإحياء ما تعارفه الناس إحياء؛ لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء، ولم يبينه، ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز، ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف؛ ولأن الشارع لو علّق الحكم على مسمى باسم لتعلّق بمسماه عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف؛ ولأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق، فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته، إذ ليس له طريق سواه)[2].

ثالثاً: حديث خيار المجلس حيث جاء عن ابن عمر أن رسول الله ـ

= (٤/٢٨٩).
وقد أورده الزيلعي في نصب الراية عن ثمانية من الصحابة ثلاثة ذكرناهم، والخمسة الباقون هم: عبدالله بن عمرو بن العاص، وفضالة بن عبيد، ومروان بن الحكم، وعمر بن عوف، وابن عباس، فارجع إليه إن شئت (٤/٢٨٨ ـ ٢٩٠).
وقد تكلم عليه الحافظ في التلخيص (٣/٥٤، ٦١، ٦٢).

(١) الأم (٣/٢٦٥).

(٢) المغني (٨/١٧٧) طبعة هجر.

صلى الله عليه وسلم ـ قال: (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع)[1].

فالتفرق هنا لم ترد صفته عن الشارع، وإنما يعود إلى أعراف الناس وعاداتهم، فما عدوه تفرقاً فهو تفرق ينتهي به خيار المجلس، ويلزم البيع.

قال الشوكاني: (وقد اختلف القائلون بأن المراد بالتفرق: تفرق الأبدان هل له حد ينتهي إليه أم لا؟ والمشهور الراجح من مذاهب العلماء على ما ذكره الحافظ: أن ذلك موكول إلى العرف، فكل ما عد في العرف تفرق حكم به، وما لا فلا)[2].

وقال النووي في المجموع: (وقال أصحابنا: والرجوع في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرقاً، فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا)[3].

كما قال ذلك محمد الخطيب الشربيني الشافعي في شرحه للمنهاج قوله: («ويعتبر في التفرق العرف» فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، وما لا فلا؛ لأن ما ليس له حد شرعاً ولا لغةً يرجع فيه إلى العرف)[4].

وبهذا صرح الحنابلة، فقد جاء على لسان ابن قدامة في المغني ما نصه: (والمرجع في التفرق إلى عرف الناس، وعادتهم فيما يعدونه تفرقاً؛

---

(١) هذا الحديث رواه ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا خيَّر أحدهما صاحبه بعد البيع، فقد وجب البيع (٣/٨٠).
وأخرجه عنه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين (٣/١١٦٣) رقم الحديث (١٥٣١).

(٢) نيل الأوطار (٥/٢١١).

(٣) المجموع (٩/١٧٨).

(٤) مغني المحتاج شرح المنهاج (٢/٤٥).

لأن الشارع علق عليه حكماً، ولم يبينه، فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز)[1].

ومن هذا العرض يتبين لنا: أن العرف المستند إلى السنة أو الإجماع، لا يكون الحكم المستند إليه ثابتاً به، وإنما ثابت بتلك السنة أو ذلك الإجماع.

وكذلك العرف المستند إلى المصلحة، فإن الحكم ثابت في الواقع بالمصلحة، وهي أصل مستقل، وإن كان يمكن إثبات حجية العرف بالمصلحة.

والدليل الوحيد لإثبات حجية العرف هو إحالة الآيات والأحاديث الأحكام المطلقة إلى العرف لتحديدها به.

* * *

(١) المغني (٣/٤٨٤).

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الفصل السابع

تعارض العرف مع غيره

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعارض العرف مع غيره في الفقه الإسلامي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعارض العرف مع الأدلة الشرعية.

المطلب الثاني: تعارض العرف مع اللغة.

المطلب الثالث: تعارض العرف العام مع الخاص.

المطلب الرابع: تعارض العرف مع الاجتهاد.

المبحث الثاني: تعارض العرف مع التقنين.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

المبحث الأول

تعارض العرف مع غيره في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

تعارض العرف مع الأدلة الشرعية

الدليل الشرعي المعارض إما أن يكون نصاً أو قياساً.

أولاً: معارضة العرف للنص

معارضة العرف للنص: إما أن تكون من جميع الوجوه بحيث يلزم من العمل بالعرف تعطيل النص ورفع حكمه، فالعرف والحالة هذه لا يعتبر؛ لأنه يكون ناسخاً، والنسخ لا يكون بالعرف، ولو جاز ذلك لأدى إلى ترك الشريعة، ورفع أحكامها بالأعراف الفاسدة، وهو باطل بالإجماع. فالقرض بفائدة، أمر تعورف عليه حتى أصبح عرفاً دولياً في عصرنا الحاضر، وهو عرف فاسد، لتعارضه مع الأدلة الشرعية الصحيحة والصريحة في تحريم الربا مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] ومثل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (اجتنبوا السبع الموبقات» قيل يا رسول الله ما هي؟ قال: «الشرك بالله... وأكل الربا...») متفق عليه[2].

أما إذا لم تكن المعارضة على الوجه السابق، بأن يكون النص عاماً، والعرف عارضه في بعض أفراده، أو كان مطلقاً، والعرف قيده ببعض

(١) آية (٢٧٥) من سورة البقرة.

(٢) انظر: رسائل ابن عابدين (١١٦/٢)، وارجع إلى المدخل الفقهي العام للزرقاء (٨٩٥/٢).

أفراده، فهل يعتبر هذا التقييد، وذلك التخصيص أو لا؟ في ذلك مقامان:

* * *

المقام الأول: العرف وتخصيص العام:

إذا ورد النص عاماً، وعارضه العرف، فالعرف هذا: إما أن يكون قولياً، أو فعلياً، وسنعقد في كل منهما مسألة.

* * *

المسألة الأولى

تخصيص العام بالعرف القولي

إذا ورد النص العام من قبل الشارع، وكان هناك عرف قولي يخصصه ببعض أفراده، فلا خلاف بين العلماء في اعتباره، وعليه فيكون مدلول ذلك النص العام لا يخرج عن دائرة العرف القولي، وذلك لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - مأمور بتبليغ الأمة ما أرسل به، ووسيلة ذلك التخاطب، ولا بدَّ فيه من مراعاة ما تعارفوا عليه في ألفاظهم، وإلّا لزم التكليف بما لا يطاق، وهو ممتنع.

والحقيقة أن العام هنا أريد به الخصوص، إذ ليس هناك تخصيص بالمعنى المعروف لدى الأصوليين، بل كل ما فيه أن اللفظ العام استعمله الشارع في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية له، وإن كان الأصوليون يطلقون عليه تخصيصاً من باب التسامح في التعبير.

قال محمد أمين الشهير بأمير بادشاه في كتابه تيسير التحرير شرح التحرير: (أما تخصيص العام بالعرف القولي، وهو: أن يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده مثلاً بحيث لا يتبادر عند سماعه إلّا ذلك، فتخصيص العام عند ذلك متفق عليه)[1].

وقال جمال الدين الإسنوي في شرحه للمنهاج: (أقول: لا إشكال في أن العادة القولية تخصص العموم، نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد والآمدي ومن تبعه، كما إذا كان من عادتهم إطلاق الطعام على المقتات خاصة، ثم ورد النهي عن بيع الطعام بجنسه متفاضلاً، فإن النهي يكون خاصاً بالمقتات؛ لأن الحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية)[2].

---

(١) (٢/٢٠).

(٢) (٢/١١٥).

ويقول ابن عابدين: (العرف القولي مخصص للعام اتفاقاً)[1].

كما حكى الاتفاق على ذلك ابن أمير الحاج ومحب الله عبدالشكور[3] ومن المتأخرين الشيخ أحمد أبو سنه[4] والدكتور السيد صالح عوض[5] والأستاذ مصطفى الزرقاء[6].

مثال ذلك:

١ ـ **الصلاة**: فإنها في اللغة الدعاء، قال تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾[7] أي: أدع لهم.

وقال الأعشى:

تقول ابنتي وقد قربتُ مرتحلا ... يا رب جنب أبي الأوصاب والوجعا
عليكِ مثل الذي صَلَّيت فاغتمضي ... عيناً فإن لجنب المرء مضطجعا

فالشاهد قوله: «عليك مثل الذي صليت»، فقد أراد بـ (صَلَّيت) دعوتِ، حيث دعا لها بمثل دعائها.

وقال أيضاً:

وصهباء طاف يهوديها ... وأبرزها وعليها ختم
وأقبلها الريح في دنها ... وصلى على دنها وارتسم

الشاهد قوله: «وصلّى على دنها»، والمعنى استقبل بالخمر الريح ودعا.

---

(١) مجموعة رسائله (٢/١١٥).
(٢) في كتابه التقرير والتحبير (٢/٢٨٢).
(٣) في كتابه مسلم الثبوت مطبوع مع فواتح الرحموت والمستصفى (١/٣٤٥).
(٤) في كتابه العرف والعادة ص (٩١).
(٥) في كتابه أثر العرف في التشريع الإسلامي ص (٢٥١).
(٦) في كتابه المدخل الفقهي العام (٢/٨٨٨، ٨٨٩).
(٧) آية (١٠٣) من سورة التوبة.

وقد خصصها العرف الشرعي بالهيئة المعروفة المشتملة على الدعاء، فيفهم من قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا﴾[1] المعنى الشرعي لا اللغوي.

٢ ـ **الحج**: فإنه في اللغة يطلق على كل قصد، ومنه المحجَّة للطريق؛ لأنها تقصد وتعتمد، والحُجَّة يقصد بها التوصل إلى إحقاق الحق.

قال المخبل السعدي:

وأشهد من عوف حلولاً كثيرة يحجون سب الزبرقان المزعفرا[2]

والمعنى: يقصدون الزبرقان ليحل ما أشكل عليهم.

وقد خصصه الشارع بقصد مكة لأداء النسك المعروف حتى إذا قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾[3] فهم منه ذلك لا غير[4].

* * *

(١) آية (١٠٣) من سورة النساء.

(٢) السب: العمامة، والزبرقان: لقب الحصين بن بدر الفزاري.

(٣) آية (٩٧) من سورة آل عمران.

(٤) راجع في هذا المثال والذي قبله: القاموس مادة (صلى) ومادة (حج)، وكتاب كشف أسرار البزدوي (٢/٤١٥، ٤١٦)، وكتاب تيسير التحرير (٢/٢١)، وكتاب التقرير والتحبير (١/٢٨٢)، وكتاب مسلَّم الثبوت (١/٣٤٥)، وكتاب العرف والعادة ص (٩١)، وكتاب المدخل الفقهي العام (٢/٨٨٩).

المسألة الثانية

تخصيص العام بالعرف العملي

العرف العملي نوعان:

١ ـ عرف عملي موجود في عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ.

٢ ـ عرف عملي وجد بعد عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ.

النوع الأول: العرف العملي الموجود في عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ:

ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: العرف العملي يكون لاحقاً للنص العام، بمعنى أن العام إذا ورد سواء كان آمراً أو ناهياً، ثم اطردت العادة في ترك بعض أفراد المأمور به، أو فعل بعض أفراد المنهي عنه، وعلمه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأقرهم على ذلك، فهذا يخصص العام، والحقيقة أن المخصص هو إقرار الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ[1].

القسم الثاني: العرف العملي يكون سابقاً على ورود النص العام، بمعنى أنه إذا ورد العام بلفظ يتناول ما اعتاده المخاطبون وغيره فهل يخصص العام بهذا العرف العملي أو لا؟ وذلك كما إذا كان طعام المخاطبين في العادة البر، ثم جاء الشارع وحرم الطعام، أو علق عليه حكماً من الأحكام، فهل ينصرف النص إلى البر باعتباره الطعام المعتاد أو لا؟ خلاف بين العلماء:

---

(١) راجع: نهاية السول للبيضاوي وشرحه منهاج الأصول للإسنوي (٢/١١٥)، وكتاب الإبهاج شرح المنهاج للشيخين تقي الدين السبكي وتاج الدين السبكي (٢/١١٥، ١١٦)، المطبوع بأسفل شرح المنهاج على الإسنوي، وراجع كتاب جمع الجوامع، وشرحه للبناني وتقريرات الشربيني على جمع الجوامع (٢/٣٢).

١ ـ ذهب الجمهور إلى عدم التخصيص.

٢ ـ وذهبت الحنفية إلى أنه يعتبر مخصصاً.

أدلة الحنفية:

الدليل الأول: يمكن صياغته على الوجه الآتي:

لو لم يكن العرف العملي مخصصاً للعام، لما كان العرف القولي كذلك، لكن العرف القولي يخصص العام، فكذلك العرف العملي يخصص العام[١].

دليل الملازمة:

دليلها: اتحاد الموجب للتخصيص في كل من العرف القولي والعملي، وهو: تبادر الحصة التي وقع عليها التعامل عند ذكر ذلك العرف[٣].

دليل الاستثنائية:

دليلها: الاتفاق على اعتبار العرف القولي مخصصاً للعام.

الدليل الثاني: ويمكن صياغته هكذا:

لو لم يكن العرف العملي مخصصاً لما كان مقيداً، لكنه يكون مقيداً، فكذلك يكون مخصصاً[٢].

دليل الملازمة:

دليلها: اتحاد الموجب للتخصيص والتقييد في العرف العملي وهو تبادر الحصة التي وقع عليها التعامل في كل من العام والمطلق[٣].

دليل الاستثنائية:

دليلها: الاتفاق على اعتبار العرف العملي مقيداً للمطلق[٤].

---

(١) الإحكام للآمدي (٢/٣٣٤).

(٢) تيسير التحرير (٢/٢١)، التقرير والتحبير ص (٢٨٢)، مسلم الثبوت (١/٣٤٥).

(٣) (٤) (٥) انظر في ذلك: التقرير والتحبير (١/٢٨٢)، تيسير التحرير (٢/٢٠ - ٢١)، ورسالة العرف والعادة في رأي الفقهاء ص (٩٢).

مناقشة أدلة الحنفية:

ناقش الجمهور أدلة الحنفية بما يأتي:

أما الدليل الأول فمعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس في اللغة، والقياس في اللغة باطل.

الوجه الثاني: منع الملازمة، وبيانه:

أن العرف العملي إنما هو مطرد في اعتياد ذلك العمل المخصوص لا في تخصيص الاسم بذلك العرف، فلا يكون العرف العملي قاضياً على عموم اللفظ مع بقائه على وضعه اللغوي، وهذا بخلاف العرف القولي: فإنه يكون قاضياً على الوضع اللغوي، فإذا أطلق المتكلم لفظ «الدابة» مثلاً، فإنه يتبادر إلى ذوات الأربع، حتى إنه لا يفهم عند الإطلاق إلا ذلك، وبهذا ثبت أن الموجب للتخصيص في العرف القولي غير موجود في العرف العملي، وعليه فقد بطلت الملازمة[1].

أما الدليل الثاني فمعترض عليه أيضاً من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس في اللغة، وذلك باطل.

الوجه الثاني: منع الملازمة، وذلك من ناحيتين:

الناحية الأولى: أنه لا يلزم من تقييد العرف العملي للمطلق تخصيصه للعام؛ لأن دلالة العام على أفراده من دلالة الكل على الجزء، وهي دلالة قوية، أما دلالة المطلق على المقيد ضمن دلالة الجزء على الكل. وهي دلالة ضعيفة، فلا يلزم من تأثير العرف العملي، فيما دلالته ضعيفة، تأثيره فيما دلالته قوية[2].

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي (٢/٣٣٤).

(٢) انظر: التقرير والتحبير (١/٢٨٢)، وتيسير التحرير (٢/٢٠، ٢١)، والعرف والعادة ص (٩٢).

الناحية الثانية: أن العرف العملي في العام يخرج بعض مدلوله بخلافه في المطلق، فإنه يعين الحصة الشائعة فيه، فعمل بالعرف العملي في تقييد المطلق دون تخصيص العام[1].

جواب الحنفية على اعتراضات الجمهور:

١ ـ أما قولكم «إنه قياس في اللغة» فليس كذلك، إنما عرف ذلك بالاستقراء والتتبع، فإن الاستقراء شهد بأن ما يوجب التبادر إلى غير الموضوع يوجب إرادته تجوزاً[2] والذي أوجب التبادر هنا هو التعامل.

٢ ـ أما منعكم للملازمتين في الدليلين فغير مسلم:

أما في الأولى: فإن الفارق بين العرف القولي والعملي ملغي؛ إذ غلبة العادة تنجَرُّ إلى غلبة الاسم، والذي دعى إلى القول بتخصيص العرف القولي للعام هو: غلبة العادة، وما ذهبتم إليه من تخصيص العرف القولي للعام دون العملي تحكم غير مسموع[3].

وأما في الثانية: فإن الفارق الذي ذكرتموه بين العام والمطلق ملغي أيضاً بعد أن اشتركا في تبادر الخصوص[4].

دليل الجمهور:

إن الحجة في اللفظ الوارد من الله تعالى أو من رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقد ورد بلفظ عام، فيشمل جميع أفراده لغة، والعرف العملي لا أثر له في العام، وكل ما كان كذلك يجب بقاؤه على عمومه[5].

دليل المقدمة الأولى: الإجماع على أن الحجة في اللفظ الوراد في الكتاب أو السنة.

---

(١) انظر: تعليق الشربيني على جمع الجوامع (٢/٣٤).
(٢) (٣) انظر: فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (١/٣٤٥).
(٤) التقرير والتحبير (١/٢٨٢)، وتيسير التحرير (٢/٢١)، والعرف والعادة ص (٩٢) وما بعدها.
(٥) الإحكام للآمدي (٢/٣٣٤).

دليل المقدمة الثانية: الاتفاق بين المتنازعين، أن العام يشمل جميع أفراده.

دليل المقدمة الثالثة: أن النص العام هو الحاكم على الأعراف العملية، والعوائد التي ورد عليها، ولو قلنا بتخصيص العرف العملي له للزم أن تكون العوائد حاكمة على النصوص، وهو باطل.

مناقشة الحنفية للجمهور:

ناقش الحنفية الجمهور في دليلهم فقالوا:

نحن نمنع المقدمة الثالثة وهي: أنه لا أثر للعرف العملي في العام، ودليل المنع ما سقناه من الدليلين السابقين.

الترجيح:

وفي رأيي أن ما ذهب إليه الجمهور من عدم التخصيص للعام بالعرف العملي، هو الراجح، وليس ذلك بالنظر إلى الكثرة، فإن الحق لا يعرف بالكثرة، وإنما يعرف بالدليل. ولا شك أن دليل الجمهور قائم، ولم تأت الحنفية بما يقدح فيه أو يعترض به عليه.

وقد ناقشنا أدلة الحنفية، وأبطلناها، فبقي قولهم دعوى لا دليل عليها.

وما أجاب به الحنفية عن اعتراضات الجمهور على دليلهم لم يغن عنهم شيئاً، فالقياس في اللغة لا يزال وارداً عليهم، كما لا يزال منع الملازمتين قائماً أيضاً؛ فإنهم لا ينكرون الفرق بين العرف القولي والعرف العملي، كما لا ينكرون الفرق بين العام والمطلق، وقولهم: إن ذلك ملغي، دعوى لم تظفر بالدليل.

□ □ □

النوع الثاني: العرف العملي الذي وجد بعد عهد النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ:

أما إذا كان العرف العملي حدث بعد موت النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلا يخلو:

١ ــ إما أن يكون هذا العرف العملي قد أطرد العمل به حتى صار ذلك إجماعاً عملياً، فهو يخصص العام، ولكن المخصص في الحقيقة هو الإجماع[١].

٢ ــ وإما ألا يكون كذلك فهل يعتبر مخصصاً؟

أ ــ ذهب جمهور العلماء: إلى أنه لا يعتبر مخصصاً؛ لأنه لو اعتبر مخصصاً لأدى ذلك إلى إلغاء الشريعة وإحلال الأعراف محلها، ولصارت عادات الناس وأفعالهم قاضية على الشرع.

يقول صاحب المحصول في ذلك ـ كما نقله عنه جمال الدين الإسنوي في شرحه للمنهاج ـ: (اختلفوا في التخصيص بالعادات، والحق: أنها إن كانت موجودة في عصره ـ عليه الصلاة والسلام ـ وعلم بها وأقرها كما إذا اعتادوا بيع الموز بالموز متفاضلاً، بعد ورود النهي وأقره، فإنها تكون مخصصة، لكن المخصص في الحقيقة هو التقرير، وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تخصص؛ لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام)[٢].

وقد اشتد الشوكاني في الإنكار على من خصص العام بذلك العرف العملي الحادث بعد عهده ـ عليه الصلاة والسلام ـ حيث جاء في كتابه «إرشاد الفحول» ما نصه: (والحق أن تلك العادة إن كانت مشتهرة في زمن

---

(١) راجع جمع الجوامع وحاشية البناني عليه، وتقريرات عبدالرحمٰن الشربيني عليه أيضاً (٢/٣٢).

(٢) منهاج الأصول شرح نهاية السول للإسنوي (٢/١١٥).

النبوة بحيث يعلم أن اللفظ إذا أطلق كان المراد ما جرت عليه دون غيره فهي مخصصة؛ لأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إنما يخاطب الناس بما يفهمون، وهم لا يفهمون إلّا ما جرى عليه التعارف بينهم، وإن لم تكن العادة كذلك فلا حكم لها ولا التفات إليها، والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة، تواطأ عليها قوم، وتعارفوا بها، ولم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشارع، فإن هذا من الخطأ البين، والغلط الفاحش)[1].

وقد صرح بمثل هذا كثير من العلماء منهم محمد بن الحسن البدخشي في كتابه «مناهج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول»[2].

وبهذا صرح فقهاء المذاهب الأربعة المعتبرون، بما فيهم الحنفية، فقد نقل ابن عابدين عن الكمال بن الهمام قوله: (إنا جوزنا الاستصناع استحساناً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى يومنا بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»).

وقد أورده ابن عابدين ليدلل على ما ادعاه من أن العرف العملي الحادث الذي لم يكتسب صفة الإجماع لا يخصص النص ولا يترك به القياس.

ثم استطرد ابن عابدين في إثبات ما ادعاه بما ينقله عن فقهاء الحنفية فقال:

(وفي شرح الأشباه للعلامة البيري عن السيد الشهيد: التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول، فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ إياهم على ذلك

(١) إرشاد الفحول ص (١٦١).
(٢) (٢/١٢٧، ١٢٨).

فيكون شرعاً منه، وإلّا لا يكون حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعاً والإجماع حجة، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل. انتهى ملخصاً.

فانظر أيها المنصف ـ والكلام لابن عابدين ـ في التعامل في مسألتنا، وتأمل فيها حتى يظهر لك دخولها تحت أي واحد من هذين التعاملين الذين لا ثالث لهما)[1].

ثم ينقل عن الإمام أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ: أن العرف غير معتبر إذا خالف النص، كما نقل ذلك عن فخر الدين الزيلعي.

ولا شك أنهم يعنون بالعرف هنا العرف الحادث، لا العرف الموجود في عهده ـ عليه الصلاة والسلام ـ ولا العرف الذي صار إجماعاً عملياً.

ب ــ وذهبت فرقة قليلة من الحنفية إلى جواز التخصيص بذلك، وقد استظهر ذلك ابن عابدين حيث قال: (فإن قلت: إن ما قدمته من أن العرف العام يصلح مخصصاً للأثر ويترك به القياس، إنما هو فيما إذا كان عاماً من عهد الصحابة ومن بعدهم، بدليل ما قالوا في الاستصناع: إن القياس عدم جوازه، لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر، وهذا حجة يترك به القياس؟ قلت: من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك، ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط، وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع، كشراء نعل على أن يحذوها البائع، أي: يقطعها، ومنه ما لو شرى ثوباً، أو خفاً خَلِقاً، على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه،فإنهم قالوا: يصح للعرف، فقد خصصوا الأثر بالعرف وإنما يصح دعواك تخصيص العرف بما ذكرته، إذا ثبت أن ما ذكر من هذه المسائل ونحوها، كان موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم، وإلّا فيبقى على عمومه مراداً به ما قابل

---

(١) رسائل ابن عابدين (١/١٨٦، ١٨٧).

العرف الخاص ببلدة واحدة وهو: ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً)[1].

ثم أيد ذلك بما ردّ به بعض الحنفية على مشايخ بلخ من اعتبارهم العرف الخاص مخصصاً للنص وملغياً للقياس: بأنه عرف خاص، ولم يقولوا إنه عرف حادث، فدل على أن العرف العام الحادث يخصص به الأثر ويترك به القياس[1].

مناقشة هذا الرأي[2]:

من النصين الماضيين الذين نقلناهما عن ابن عابدين نرى أنه قد رجح رأيه القائل: بأن العرف الحادث الذي لم يكتسب صفة الإجماع العملي لا يخصص الأثر، ولا يترك به القياس.

واستظهر في موضع آخر: أنه يخصص الأثر ويترك به القياس، مستدلاً بما نقله من المسائل عن فقهاء الحنفية يوحي ظاهرها بجواز ذلك.

والحقيقة: أن هذا الاستظهار ـ في نظري ـ لا محل له، وذلك: أن الفقهاء الذين نقل عنهم لا يقولون بأن العرف نفسه والحالة هذه يخصص النص ويترك به القياس بدون ضميمة شيء آخر.

وبالتتبع نجد أن التخصيص أو ترك القياس لا يعدو واحداً من ثلاثة أمور:

الأول: أن المخصص في الحقيقة المصلحة المرسلة بما تضمنه الأمر المتعارف عليه من ضرورة داعية أو حاجة ملحة ـ على الخلاف المعروف ـ الأمر الذي اقتضى التخصيص أو ترك القياس، وقد جاء في تعبيراتهم: «نزع الناس عن عادتهم فيه حرج ومشقة، والضرورة تقدر بقدرها» غير أن

---

(١) رسائل ابن عابدين (٢/١٢٤، ١٢٥).

(٢) راجع في هذا رسائل ابن عابدين (١/١٨٦، ١٨٧)، و(٢/١٢٤، ١٢٥)، وراجع كتاب العرف والعادة ص (٩٦، ١٠٠).

هذه الضرورة وتلك الحاجة تختلف فيها الأفهام نفياً وإثباتاً، بحسب تفاوتهم في الفهم والإدراك للتشريع الإسلامي، ومعرفتهم للضروري والحاجي بالنسبة للناس في أحوالهم وشؤون معاشهم.

وهنا المخصص إن قيل به فهو المصالح المرسلة وليس العرف، وذلك خارج عن نطاق بحثنا، فلا نشغل الوقت به.

الثاني: أن يكون القصود من شرع الحكم الذي ورد الدليل به قد أظهر العرف أن ذلك المقصود يتحقق به، ففي المثال الذي ساقه ابن عابدين دليلاً لاستظهاره، وهو: أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن بيع وشرط، فالمقصود هنا للشارع هو قطع المنازعة، التي يسببها ذلك الشرط، وقد صرح فقهاء الحنفية أن الشرط المتعارف لا يفسد البيع، ويكون شرطاً صحيحاً؛ لأنه يؤدي إلى قطع المنازعة ما دام شرطاً عرفياً مسلماً من الجانبين.

وهذا مسوق على لسان الحنفية، وإلا فهناك كلام طويل في البيع والشرط، سنتعرض له في موضع آخر، إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن تكون علة الحكم قائمة على العرف، فالحكم يتغير تبعاً لها، فالأصناف الربوية الستة التي وردت في الحديث منها اثنان موزونان؛ الذهب، والفضة، والباقي مكيلة، كما هو المعروف في العهد النبوي، فلو تغير العرف، وأصبح الموزون مكيلاً وبالعكس، فهل يصح بيعها ببعضها والحالة هذه؟

١ ــ ذهب الجمهور إلى عدم الجواز؛ لأن في ذلك مخالفة للنص، ومخالفة النص بدون مبرر لا يجوز.

٢ ــ وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى الجواز؛ لأن المقصود من الحديث ضبط الأشياء الستة بالتساوي، وقد كانت مضبوطة في العصر النبوي بما جاء في الحديث تبعاً للعرف في عهده ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلو تغير العرف تغير الحكم معه. فأبو يوسف هنا لم يقدم العرف على

النص، وإنما فهم من النص أن ضبطها ومعرفة تساويها قائم على العرف[1].

معارضة العرف العملي الخاص للعام:

ذهبت قلة من الحنفية، يمثلها بعض مشايخ بلخ كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة إلى أن التعامل يخص به الأثر، ولو كان خاصاً ببلدة، كما لو كان عاماً في جميع البلدان.

وذهب العلماء من المذاهب الثلاثة وجمهور الحنفية إلى عدم التخصيص، وهو القول الأسعد بالدليل.

والحقيقة: أن المذهب الأول لا حظَّ له من النظر، فهو دعوى لم يثبت لها دليل.

وقد شنع عليهم قولهم هذا أبناء مذهبهم من الحنفية؛ لأننا لو قلنا بذلك لأدى الأمر إلى تخصيص الأدلة الشرعية كلها بأعراف الناس الخاصة، ولاختلفت الأحكام من بلدة لأخرى.

وأيضاً: فلو خصص النص بالعرف الخاص في بلدة كان ترك ذلك العرف في بلدة أخرى يمنع التخصيص.

مثاله:

لو دفع إنسان إلى حائك غَزْلاً لينسجه بثلثه فهل تصح الإجارة؟

١ ــ لا تصح؛ لأنه قد ورد النهي في قفيز الطحان، ومسألتنا هذه نظيره، فهي داخلة في النهي دلالة.

٢ ــ تصح، وإليه ذهب بعض مشايخ بلخ كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة ـ لتعامل أهل بلدتهم بذلك، والتعامل يخص الأثر ولو كان خاصاً.

وقد رجح جمهور الحنفية الأول؛ لأن تعامل بلدة لا تأثير له في النص[2].

---

(١) رسائل ابن عابدين (١/١٨٧ ـ ١٨٨).

(٢) راجع رسائل ابن عابدين (٢/١١٦، ١١٧، ١٢٤، ١٢٥).

المقام الثاني: العرف وتقييد المطلق:

ذكر الشيخ أحمد أبو سنه ـ عندما تكلم عن العرف وتقييده للمطلق ـ الاتفاق على أن العرف قولياً أو عملياً، يقيد المطلق، حيث قال: (اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي أو العملي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً)[1]، وكلامه هذا يفيد أمرين:

الأمر الأول: أن علماء اللغة متفقون على أنه إذا تعارض العرف مع اللغة، فإنه يقضي عليها تقييداً، أو تخصيصاً، سواء أكان عرفاً قولياً أم عملياً.

الأمر الثاني: أن علماء الأصول متفقون أيضاً على أن العرف إذا تعارض مع النصوص، أنه يقضي عليها تخصيصاً وتقييداً.

ثم لما جاء إلى تعارض العرف مع اللغة، ذكر أن التقييد بالعرف العملي قد خالف فيه القرافي من المالكية والإمام أبو حنيفة، وتابعه الزيلعي في ذلك.

وقد تابعه على ذلك الدكتور السيد صالح عوض حيث قال: (لقد ذكر فيما تقدم: أن الفقهاء اتفقوا على تقييد المطلق، اللهم إلا ما نقل عن القرافي حيث ذكر خلاف ذلك، ووافقه الزيلعي من الحنفية ـ في عدم التقييد بالعرف العملي)[2].

ثم قال بعد ذلك (ورأي القرافي موافق لرأي الإمام أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ والزيلعي في تبيين الحقائق، وهو مخالف لجمهور الحنفية والصاحبين في ذلك)[3].

وعندما رجعت لكتاب: «الإحكام في أصول الأحكام» للآمدي رأيته

---

(١) العرف والعادة ص (٩١).
(٢) العرف وأثره في التشريع الإسلامي ص (٢٦٤).
(٣) المرجع السابق ص (٢٦٦).

ذيل بحثه في المطلق والمقيد بالعبارة التالية: (وإذا عرف معنى المطلق والمقيد، فكل ما ذكرناه في مخصصات العموم، من المتفق عليه والمختلف فيه والمزيف والمختار، فهو بعينه جارٍ في تقييد المطلق، فعليك باعتباره بنقله إلى هاهنا)[1].

وتابع الآمدي على هذا الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي في «شرحه لجمع الجوامع» حيث قال: (مسألة المطلق والمقيد كالعام والخاص، فما جاز تخصيص العام به، يجوز تقييد المطلق به، وما لا فلا)[2].

وبمراجعة مخصصات العموم نجد أن الآمدي[3] والمحلي[4] قد بحثا مسألة تخصيص العام بالعرف العملي. واختارا عدم التخصيص ذهاباً مع الجمهور، وخلافاً للحنفية، ومقتضى كلامهما في المطلق والمقيد المذكور آنفاً. أن العرف العملي لا يقيد المطلق، وأنه رأي الجمهور مخالفين بذلك الحنفية.

وفي نظري أن كلام الفريقين متناقض وبيان التناقض من ناحيتين:

الناحية الأولى: تناقض كلام الشيخ أحمد أبي سنه:

لقد تناقض الشيخ أحمد أبو سنه في كلامه فقد حكى في بحث: تعارض العرف مع النصوص: أن علماء اللغة والأصول متفقون على تقييد المطلق بالعرف قولياً كان أم عملياً. ثم لما جاء إلى تعارض العرف مع اللغة ذكر أن التقييد بالعرف العملي قد خالف فيه القرافي من المالكية، والزيلعي من الحنفية، حيث قال ـ أي أبو سنه ـ (ولكن جمهور فقهاء المالكية على أن العرف العملي يخصص ويقيد)[5].

---

(١) الإحكام للآمدي (٣/٤).
(٢) (٢/٤٨).
(٣) الإحكام للآمدي (٢/٣٣٤).
(٤) في شرحه لجمع الجوامع (٢/٣٤، ٣٥).
(٥) العرف والعادة ص (١٢٤).

قال هذا رداً على القرافي لما خالف أصحابه المالكيين، كما قال أيضاً: (وقد يعكر على هذا أن عثمان بن علي الزيلعي ـ وهو من فقهاء الحنفية ـ قال بعدم تقييد العرف العملي للفظ)[1].

ومن هذا نخلص إلى نتيجة هي:

أن الشيخ أحمد أبا سنه ذهب إلى أن البحث في تعارض العرف مع النصوص هو بعينه البحث في تعارض العرف مع اللغة، وأن الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها في أحدهما موجودة في الآخر، يدل على ذلك أمور:

الأمر الأول: أنه في مستهل حديثه عن التعارض ذكر اتفاق علماء اللغة والأصول على أن العرف قولياً أم عملياً، يقضي على اللفظ إذا كان مطلقاً.

وهذا يدل على أن الكلام فيهما واحد، وإلا كان يذكر اتفاق الأصوليين عند الحديث عن تعارض العرف مع النصوص ويذكر اتفاق علماء اللغة عند الحديث عن تعارض العرف مع اللغة.

الأمر الثاني: لقد جاء ذلك في كلامه صريحاً حيث قال: (المقام الأول: تعارض العرف والنص، العرف إما أن يكون قائماً حال وروده، أو يحدث بعده. فالكلام في فرعين: الفرع الأول: أن يكون العرف قائماً حال وروده، فهذا بحث تبارت فيه أقلام الأصوليين، وأدلوا فيه بعصارة أفكارهم، إلا أن منهم من قصر الكلام على ألفاظ النصوص نظراً لأن موضوع علم الأصول هو الأدلة، وهذا البحث من مقاصده، ومنهم من عمم الكلام في ألفاظ اللغة نظراً لأن البحث من مبادىء العلم، وتدخل فيه النصوص دخولاً أولياً. وأياً كان فأحكام هذا البحث وفاقاً وخلافاً تعم ألفاظ اللغة نصوصاً وغيرها)[2].

---

(١) العرف والعادة ص (١٢٥).

(٢) المرجع السابق ص (٩٠، ٩١).

الأمر الثالث: أنه عند كلامه على تعارض العرف مع النص وعد بتحقيق مذهب المالكية في معارضة العرف للعام في بحث: تعارض العرف مع اللغة، حيث قال: (واختلفوا بعد ذلك في العام هل يخصص بالعرف العملي أم لا، فذهب الحنفية إلى أنه يخصصه، وذهب الجمهور إلى خلافه. أما المالكية فسيأتي تحقيق مذهبهم عند الكلام على تعارض العرف مع اللغة إن شاء الله)[1] وهذا يدل على أن البحث في المقامين واحد.

الناحية الثانية: توضيح التناقض في النقل هنا بين المحدثين من الكتاب وبين الآمدي ومن تبعه:

فالمحْدَثون من الكتاب في الأصول: حكوا الاتفاق على أن العرف العملي يقيد المطلق، بينما ترى أن كلام الآمدي ومن تبعه من الأصوليين - والذي ذكرناه من قبل - يدل على أن العرف العملي إنما يقيد المطلق عند الحنفية دون الجمهور، حيث قد ذكروا في بحث تخصيص العام بالعادة (العرف العملي) أنه مذهب الحنفية خلافاً للجمهور. ثم لما جاءوا إلى بحث تقييد المطلق أحالوا على ما سبق في مخصصات العموم، وأن الكلام في التقييد كالكلام في التخصيص.

من هنا لا يقبل كلام الآمدي ومن تبعه من الأصوليين على عمومه، كما لا يقبل نقل الشيخ أحمد أبي سنه، والدكتور السيد صالح عوض - الخلاف عن الإمام أبي حنيفة والزيلعي والقرافي في تقييد العرف العملي للنص الشرعي، حيث إن خلافهم في تعارض العرف العملي مع الإطلاق اللغوي، يدل على ذلك أمور:

الأول: استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من تخصيص العام بالعرف العملي، بالاتفاق على تقييد المطلق بالعرف العملي، وعدم الفارق بين

---

(١) العرف والعادة ص (٩١).

الإطلاق والعموم في ذلك، حيث جاء في التحرير مع شرحه تيسير التحرير ما نصه: (لنا: «الحنفية» الاتفاق على فهم لحم الضأن بخصوصه في «اشتر لحماً»، وقصر الأمر بشراء اللحم عليه، أي: الضأن، إذا كانت العادة أكله، فوجب كون العرف العملي مخصصاً)[1]

وهذا يؤيد نقل الآمدي ومن تبعه عن الحنفية في أن التخصيص بالعرف العملي مذهبهم، ولكنه يتعارض مع نقلهم أن التقييد بالعرف العملي مذهب الحنفية أيضاً، دون سواهم، حيث ذكر الاتفاق على التقييد بالعرف العملي.

كما أنه يؤيد الشيخ أبا سنه في نقله الأول: الاتفاق على التقييد بالعرف العملي. ويتعارض مع نقله الآخر الخلاف عن الإمام أبي حنيفة والقرافي والزيلعي، حيث ذكر الاتفاق، وهؤلاء الثلاثة من أكبر من يعتد بخلافهم، وبخاصة الإمام أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ.

الثاني: الجمهور في ردهم على أدلة الحنفية لم ينكروا الاتفاق، وإنما أجابوا عن دليلهم بجوابين:

١ ــ أنه قياس في اللغة، والقياس في اللغة باطل.

٢ ــ إن قياس التخصيص بالعرف العملي على التقييد به، قياس باطل؛ لأنه قياس مع الفارق.

وبيانه: أن هناك فارقاً بين المقيس «العام» والمقيس عليه «المطلق»، حيث إن دلالة العام على جميع أفراده دلالة قوية؛ لأنها من دلالة الكل على الجزء، أما دلالة المطلق فهي ضعيفة، إذ هي من دلالة الجزء على الكل.

وهذا يتعارض مع نقل الآمدي ومن تبعه من أن التقييد بالعرف مذهب الحنفية دون سواهم.

---

(١) تيسير التحرير (٢/٢٠، ٢١) وهو موجود أيضاً في التقرير والتحبير (١/٢٨٢)، ومُسلَّم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت (١/٣٤٥).

كما يؤيد نقل الشيخ أبي سنه الأول، حيث نقل الاتفاق على التقييد بالعرف. ولكنه يتعارض مع نقله الآخر: الخلاف عن القرافي، إذ أن القرافي من الجمهور.

الثالث: أن الإمام أبا حنيفة لا تعقل منه المخالفة في تقييد المطلق بالعرف العملي، حيث قال بتخصيص العرف العملي للعام، أفلا يقول بتقييده للمطلق من باب أولى؟! كيف لا، وهو وأصحابه يلزمون الجمهور بأنهم يقولون بتقييد العرف العملي للمطلق، ولا يقولون بتخصيصه للعام مع أنه لا فرق بينهما في هذه الناحية.

الرابع: أننا عندما ننظر في كلام الإمام أبي حنيفة والزيلعي والقرافي، نجد أنهم لا يريدون بكلامهم عدم تقييد النص الشرعي المطلق بالعرف العملي، وإنما يريدون أن اللفظ اللغوي المطلق لا يقيد بالعرف العملي. وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن الإمام أبا حنيفة قال: (إن الإذن المطلق إذا تعرّى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف)، ومعلوم أن نصوص الشريعة الإسلامية منزهة عن التهمة والخيانة، إذ هي شريعة الله الحق العادل، فيحمل كلامه ـ أي الإمام أبي حنيفة ـ على ألفاظ الناس، إذ هي يمكن أن تصدر عن التهمة والخيانة.

الوجه الثاني: أن أمثلتهم ـ التي سنذكرها ـ تغلب أن حديثهم في التقييد للمطلق بالعرف العملي، إنما هو في تقييد العرف العملي للإطلاق اللغوي، وليس في الإطلاق الشرعي.

وإليك فيما يلي كلام كل واحد منهم علك ترى الحقيقة التي رأيتها وتلمسها.

قال الدكتور السيد صالح عوض ناقلاً عن أبي زيد الدبوسي في كتابه: **تأسيس النظر ص ١٥ قول الإمام أبي حنيفة** قال: (قال أبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر: (الأصل عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن

الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة، لا يختص بالعرف، وعندهما يختص وعلى هذا مسائل... منها:

أن الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما عزّ وهان، وبأي ثمن كان، جاز عند أبي حنيفة؛ لأن الإذن مطلق، والتهمة منفية، فلا يختص بالعرف، وعندهما يختص)[1].

أما الزيلعي فقد قال في باب اليمين في قول صاحب الكافي: «بعدم الحنث في أكل لحم الآدمي: لا آكل لحماً...» قال الزيلعي: (ولكن هذا عرف عملي، فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي، ألا ترى أنه لو حلف: لا يركب دابة، لا يحنث بالركوب على الإنسان للعرف اللفظي، فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا الكراع، وإن كان اللفظ يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان؛ لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان، والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً)[2].

أما القرافي: فقد أراد منع تقييد العرف العملي للإطلاق اللغوي، حيث جاء ذلك في كلامه صريحاً: (أن العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً ولا تقييداً، لعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي)[3].

وبهذا يتبين أن الكلام في هذا الباب متناقض، وغير محرر، ومقتضى التحرير نقول: أن المطلق على ضربين:

١ ــ الضرب الأول: أن يكون نصاً شرعياً.

٢ ــ الضرب الثاني: أن يكون إطلاقاً لغوياً.

أما الضرب الأول: وهو ما إذا كان المطلق نصاً شرعياً، وعارضه العرف بالتقييد فلا خلاف بين العلماء أن العرف يقيد المطلق، سواء كان

---

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي ص (٢٦٦).

(٢) تبيين الحقائق (١٢٨/٣).

(٣) الفروق للقرافي (١٧٣/١).

العرف قولياً، كما إذا أمر الشارع بالحج وأطلق، فإنه يقيد بالمتعارف عليه في الشرع من القصد إلى مكة في أشهر الحج.

أو كان عملياً كما إذا قال الراوي: (فرض رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ زكاة الفطر من رمضان: صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، على العبد والحر، والذكر والأنثى، والصغير والكبير، من المسلمين)[1] فإن الواجب إخراجه صاعاً بصاع المدينة، الذي كان التعارف به جارياً وقت ورود النص[2].

أما الضرب الثاني: وهو فيما إذا كان اللفظ مطلقاً في الاستعمال اللغوي، ثم عارضه العرف بالتقييد، سواء أكان العرف قولياً أم فعلياً، فسيأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ مع ذكر خلاف الإمام أبي حنيفة والزيلعي والقرافي في المبحث الثاني تعارض العرف مع اللغة.

* * *

(١) هذا الحديث رواه ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب الزكاة، باب فرض صدقة الفطر (٢/١٥٣).
وأخرجه عنه مسلم في كتاب الزكاة، باب زكاة الفطر (٢/٦٧٧).

(٢) انظر: العرف والعادة ص (٩١).

ثانياً: معارضة العرف للقياس

في مستهل هذا البحث نريد أن نبين معنى القياس هنا فنقول:

القياس: يعنون به أحد أمرين:

الأمر الأول: يراد به: القاعدة الكلية: التي تثبت حكماً أغلبياً ينطبق على معظم جزئياته، وقد قعدها الفقيه بناء على أصول إمامه، ودل الدليل على اعتبارها في الجملة.

وذلك كقولهم: «الأمور بمقاصدها»، «لا ضرر ولا ضرار»، «المشقة تجلب التيسير».

الأمر الثاني: القياس المشهور لدى الأصوليين ـ وهو كما عرفه الكمال بن الهمام: (مساواة محل لآخر في علة حكم له شرعي، لا تدرك من نصه بمجرد فهم اللغة)[1].

وعند النظر في كلام الفقهاء تجدهم يعبرون بقولهم: (ترك القياس للعرف) (وهذا الأمر مستثنى من القاعدة العامة للعرف)، والتحقيق أن في هذا التعبير تسامحاً كبيراً؛ لأن العرف من حيث ذاته، لا ينهض لمعارضة القياس؛ لأن القياس دليل شرعي، دل الشرع والعقل على حجيته، والعرف ليس كذلك، إلا إذا اعتمد على غيره من الأدلة، كأن يعتمد على إجماع عملي، أو مصلحة مرسلة، وإليك البيان:

أولاً: العرف المعتمد على الإجماع العملي:

إذا كان العرف معتمداً على الإجماع العملي، وذلك كأن يستمر العمل على أمر من الأمور، مخالفاً للقياس، ولم ينكره أحد من المجتهدين من أمة محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ حتى يصبح عرفاً.

---

(١) التحرير مع شرحه تيسير التحرير (٣/٢٦٤).

فإذا تعارض العرف مع القياس والحالة هذه، فإنه يعمل بالعرف ويترك القياس.

فمثلاً: القياس عند الحنفية: أن نجو الحَمَام نجس، يفسد به الماء، قياساً على نجو الدجاج؛ لأنه يستحيل إلى نتن وفساد، وقد ترك هذا القياس؛ لأن الحَمَام تركت في المساجد، حتى في المسجد الحرام، مع علم الناس بما يكون منها.

هكذا نقل الشيخ أبو سنه عن السرخسي، كما نقل عن الكمال بن الهمام: في أحكام البئر، أن ذلك راجع إلى الإجماع العملي[1].

ثانياً: العرف المعتمد على المصلحة المرسلة:

إذا تعارض العرف مع القياس، وكان العرف يحقق مصلحة للناس، فإنه في مثل هذه الحالة يُطرح القياس ـ عند بعض العلماء ـ ويعمل بالعرف؛ لأنه يحقق لهم المصلحة ويرفع عنهم المشقة والعسر، من وجهة نظر هؤلاء.

فمثلاً:

ـ «عقد الاستصناع» فإن القياس ـ أي: القاعدة العامة ـ يقضي بعدم جوازه، لقول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لحكيم بن حزام ـ رضي الله عنه ـ: «لا تبع ما ليس عندك»، والاستصناع: بيع ما ليس عنده، إلاّ أن هذا القياس قد ترك، وأجيز الاستصناع، للعرف المبني على المصلحة، إذ لو لم يجز عقد الاستصناع، لترتب عليه الحرج والمشقة للناس.

ومن هنا يتبين: أن العرف لا يقضي على القياس، وقضاء العرف على القياس في كلام بعض الفقهاء فيه تسامح؛ لأن القاضي ـ عند القائلين به ـ هو الإجماع العملي أو المصلحة.

---

(١) راجع العرف والعادة لأبي سنه ص (١٠٢).

المطلب الثاني
تعارض العرف مع اللغة

إذا توارد العرف واللغة على محل واحد: فإما أن يتفقا أو يختلفا، فإن اتفقا: فالأمر واضح، ولا كلام لنا فيه، وإن اختلفا: فالعرف إما أن يكون قولياً أو عملياً، فالكلام في مقامين:

المقام الأول: تعارض العرف القولي مع اللغة

إذا تعارض العرف القولي مع اللغة، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يختلف العرف، واللغة، واللغة هي الغالبة.

الحالة الثانية: أن يختلف العرف واللغة، ولا غلبة لأحدهما على الآخر.

الحالة الثالثة: أن يختلف العرف واللغة، والعرف هو الغالب.

أما الحالة الأولى والثانية، فيما إذا اختلف العرف مع اللغة، وكانت اللغة هي الغالبة، أو اختلفا ولا غلبة لأحدهما على الآخر، فإنه يعمل بمقتضى اللغة ويترك العرف؛ لأن اللغة هي الأصل، والعرف لا يعمل به إلا إذا كان غالباً ومطرداً، ولا غلبة له هنا ولا اطراد.

وأما الحالة الثالثة: فيما إذا اختلف العرف مع اللغة، وكان العرف هو الغالب، فالكلام في موضعين:

الموضع الأول: أن تكون الحقيقة اللغوية لا استعمال لها، وإنما المستعمل هو العرف. فإنه يعمل بمقتضى العرف، ويترك العمل بالحقيقة اللغوية وبيان ذلك في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: يعمل بالعرف، وتترك الحقيقة اللغوية إذا كانت متعذرة:

«وضابطها ما لا يمكن الوصول إليها أصلاً»، ومثلوا لذلك: بما لو حلف: لا يأكل من هذا القِدْر، ولا نية له، فإن الحقيقة اللغوية تقضي أنه لا يحنث إلا بالأكل من عين القدر، وذلك متعذر، فانصرف يمينه إلى ما في القدر للمجاز العرفي.

قال في التحرير وشرحه: تيسير التحرير: (يلزم المجاز لتعذر المعنى الحقيقي، كحلفه ولا نية له: «لا يأكل من هذا القدر»، فلما يحله، أي: فينعقد الحلف لما يحل القدر بتأويل، وإلا فالقدر مؤنث سماعي، يعني ما يطبخ فيها لتعذر أكل عينها عادة)[1].

المسألة الثانية: يعمل بالعرف وتترك الحقيقة اللغوية إذا كانت متعسرة.

وضابطها: «ما يمكن الوصول إليها بعسر ومشقة».

ومثلوا له: بما إذا حلف: «لا يأكل من هذه الشجرة»، وكان عين الشجرة لا تؤكل، كشجرة النخل مثلاً، فإن الحقيقة اللغوية تقضي بأنه لا يحنث إلا إذا أكل من عين الشجرة، إلّا أن ذلك متعسر، فانصرف يمينه إلى ما تحمله هذه الشجرة من الثمر[2].

المسألة الثالثة: يعمل بالعرف وتترك الحقيقة إذا كانت مغمورة وذلك على ضربين:

الضرب الأول: أن يغلب المجاز العرفي على الحقيقة اللغوية، بحيث لا يعلمها أكثر الناس.

مثال ذلك: «الراوية» فإنها في العرف اسم للمزادة، وفي الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات.

وكذلك الظغينة: فإنها في العرف المرأة، وفي الحقيقة: الناقة التي يظعن عليها.

---

(١) (٢/١٦٩).

(٢) انظر: تيسير التحرير (٢/١٦٩)، ومغني المحتاج (٤/٣٤٢).

فيعمل بما يقتضيه العرف دون ما تقتضيه الحقيقة اللغوية[1].

الضرب الثاني: أن تكون الحقيقة اللغوية عامة، فيقصرها العرف على بعض أفرادها.

وذلك كلفظ «البعير»، فإنه في اللغة يشمل الذكر والأنثى من الإبل، وفي العرف يطلق على الذكر خاصة.

فإذا وصى إنسان لآخر ببعير، فذهب ابن قدامة من الحنابلة: إلى أنه يعطى بعيراً ذكراً عملاً بالعرف؛ لأن الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه؛ ولأنه المتبادر إلى الفهم.

وقد خالف ابن قدامة بهذا ما عليه الأصحاب، حيث ذهبوا إلى أنه يعطى بعيراً ذكراً أو أنثى عملاً بالحقيقة اللغوية؛ لأنها الأصل[2].

وهذا عند الشافعية على وجهين، قال السيوطي في أشباهه: (فصل في تعارض العرف مع اللغة: حكى صاحب الكافي وجهين في المقدم:

أحدهما: وإليه ذهب القاضي حسين: الحقيقة اللفظية، عملاً بالوضع اللغوي.

والثاني: وعليه البغوي: الدلالة العرفية؛ لأن العرف يحكم في التصرفات، سيما الأيمان... ومن الفروع المخرجة على ذلك:

ومنها: قال أعطوه بعيراً، لا يعطى ناقة على المنصوص، وقال شريح، نعم، لاندراجه فيها لغة)[3].

* * *

الموضع الثاني: أن تكون الحقيقة اللغوية مستعملة، ولكن المجاز

---

(١) المغني لابن قدامة (٩/٦٠٩).
(٢) المقنع مع حاشيته (٢/٣٧٧).
(٣) الأشباه والنظائر ص (١٠٣، ١٠٤).

العرفي أكثر استعمالاً، وهذا ما يسمى لدى الأصوليين: بتعارض الحقيقة اللغوية المستعملة مع المجاز المتعارف.

وقد اختلف العلماء في أيهما يقدم: الحقيقة اللغوية أم المجاز المتعارف، على قولين:

القول الأول: ترجح الحقيقة اللغوية، وتقدم على المجاز المتعارف، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة.

القول الثاني: يرجح المجاز المتعارف، ويقدم على الحقيقة اللغوية. وإليه ذهب صاحبا الإمام أبي حنيفة.

وجهة نظر القول الأول:

أن الحقيقة اللغوية هي الأصل، أي: الراجح، والمجاز المتعارف فرع للحقيقة اللغوية، ومرجوح لها، ومعلوم أن الراجح مقدم على المرجوح.

وجهة نظر القول الثاني:

أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة اللغوية؛ لأنه المتبادر إلى الفهم، بسبب اشتهاره بين الناس؛ ولأن المتكلم يحمل كلامه على مقتضى عرفه، وما يتبادر إلى الفهم أولى بالاعتبار مما لا يتبادر، وحمل لفظ المتكلم على عرفه، أولى من حمله على غيره.

مثال ذلك:

لو حلف لا يأكل الحنطة، ولا نية له، فعند الإمام أبي حنيفة ومن قال بقوله: يتعلق يمينه بأكل عينها؛ لأن ذلك مقتضى الحقيقة اللغوية، وعند الصاحبين ومن تبعهم: يتعلق يمينه بما يتخذ منها كالخبز مثلاً؛ لأن ذلك مقتضىٰ المجاز المتعارف.

الترجيح:

يظهر أن الراجح ما ذهب إليه الصاحبان.

وأما ما استدل به الإمام أبو حنيفة: من كون الحقيقة اللغوية هي الأصل، فمحل ذلك إذا لم يوجد مانع، ومتى وجد المانع فلا ترجيح، والمتبادر هنا مانع قوي من حمل الكلام على الحقيقة[1].

معنى التعارف هنا:

اختلف الحنفية فيما بينهم في تفسير التعارف على قولين:

القول الأول: أن المراد المتعارف بالتعامل، وهو قول مشايخ بلخ، وعزاه مشايخ ما وراء النهر إلى الصاحبين.

القول الثاني: أن المراد المتعارف بالتفاهم، وهو قول مشايخ العراق، وعزاه مشايخ ما وراء النهر إلى الإمام أبي حنيفة.

ومن هنا كثر الخلاف في الفروع الفقهية المبنية على العرف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله.

ومن هذا الباب ما ذكرناه من النقل عن الإمام أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في تعارض العرف مع النصوص، وقلنا هناك: إن خلاف الإمام أبي حنيفة مع صاحبيه إنما هو في تعارض العرف مع اللغة، أو بالأحرى: تعارض الحقيقة اللغوية المستعملة مع المجاز المتعارف، وهذا هو محله.

وقد نقلنا قول أبي زيد الدبوسي ـ رحمه الله ـ في كتابه تأسيس النظر: (أن الأصل عند أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف، وعندهما يختص، وعلى هذا مسائل منها:

أن الوكيل في البيع المطلق إذا باع بما عز وهان، وبأي ثمن كان، جاز عند أبي حنيفة؛ لأن الإذن مطلق والتهمة منفية، فلا يختص بالعرف، وعندهما يختص).

---

(١) راجع في هذا كشف الأسرار (٢/٤١٤، ٤١٥)، وتيسير التحرير (٢/١٧٢)، والعرف والعادة لأبي سنه ص (١٢٥، ١٢٦، ١٢٧).

فالإذن بالبيع هنا يتناول حقيقةً: البيع بكل ثمن كثير أو قليل، ولكن الصاحبين قالا إنه يترك العمل بالحقيقة، ويصار إلى المجاز المتعارف وهو: البيع بثمن المثل[1].

المقام الثاني: تعارض العرف العملي مع اللغة

إذا تعارض العرف العملي مع اللغة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن العرف العملي يقضي على اللغة تخصيصاً وتقييداً.

وبهذا قال جمهور المالكية وجمهور الحنفية ورواية في مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ رحمه الله ـ وبه قال أبو الخطاب الحنبلي ـ رحمه الله ـ.

قال شمس الدين الدسوقي المالكي المذهب ـ في حاشيته على الشرح الكبير: (وذكر ابن عبدالسلام: أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً، ونقل الوانوغي عن الباجي: أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً أيضاً. وفي القلشاني: لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء)[2].

أما الحنفية: فمن قواعدهم المقررة: تترك الحقيقة بدلالة العادة، والعرف العملي نوع منها[3].

أما الحنابلة: فقد قال ابن رجب في قواعده: (لو حلف لا يأكل الرؤوس، فقال القاضي: يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً، من رؤوس الطير والسمك، ونقله في موضع عن أحمد... وقال أبو الخطاب: لا يحنث إلا

---

(١) راجع كشف الأسرار (٢/٤١٤، ٤١٥).
(٢) (٢/١٤٣).
(٣) كشف الأسرار للبخاري (٢/٤١٥).

برأس يؤكل في العادة مفرداً، وكذلك ذكر القاضي في موضع من خلافه: أن يمينه تختص بما يسمى رأساً عرفاً. وحكى ابن الزاغوني في الإقناع روايتين: إحداهما: يحنث بأكل كل رأس، والثانية: لا يحنث إلا بأكل رأس بهيمة الأنعام خاصة)[1].

القول الثاني: أن العرف العملي لا يؤثر في اللفظ اللغوي لا تخصيصاً ولا تقييداً.

وبهذا قال الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه، وبها أخذ القاضي من الحنابلة، كما قال بهذا القرافي من المالكية، والزيلعي من الحنفية.

أما كون هذا القول رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ـ رحمه الله ـ فقد مضى في النص الذي نقلناه من قواعد ابن رجب في القول الأول في المسألة، فارجع إليه.

وأما كونه قول القرافي ـ رحمه الله ـ فقد جاء في كتابه الفروق ما نصه: (إن العرف الفعلي: لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً ولا تقييداً، لعدم معارضته الفعل وعدمه لوضع اللغة، ومعارضته غلبة استعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي)[2].

أما الزيلعي: فقد قال في كتابه «تبيين الحقائق» في قول صاحب الكافي: بعدم الحنث في أكل لحم الآدمي، لا آكل لحماً... قال: (ولكن هذا عرف عملي، فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة، لا يحنث بالركوب على الإنسان، للعرف اللفظي، فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا الكراع، وإن كان اللفظ يتناوله. ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان؛ لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان، والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً)[3].

---

(١) القواعد لابن رجب ص (٢٧٤)، والمغني (٦١١/٩).
(٢) الفروق للقرافي (١٧٣/١).
(٣) تبيين الحقائق (١٢٨/٣).

ومما تجدر الإشارة إليه: أننا بيّنا في بحث «تعارض العرف مع النصوص» عدم صحة نقل الخلاف عن الإمام أبي حنيفة والقرافي والزيلعي ـ رحمه الله ـ في تعارض العرف مع النصوص، وحررنا الكلام هناك، وقلنا: إن محله تعارض العرف مع اللغة، وقد سبق في هذا المبحث أن بيّنا خلاف أبي حنيفة في أيهما يقدم: الحقيقة المستعملة أم المجاز المتعارف، كما بينا قبل أسطر خلاف القرافي والزيلعي في تعارض العرف العملي مع اللغة، فثبت أن خلافهم: ليس في تعارض العرف مع النصوص، وإنما هو في تعارض العرف مع اللغة.

ولا يفوتني أن أبين اختلاف قواعد الفقهاء مع تطبيقاتهم، فالفقيه قد ينكر القاعدة في موضع، ثم يجري المسألة الفقهية على مقتضى تلك القاعدة في موضع آخر، وقد يقر القاعدة ولكنه لا يطبقها. وهذا واقع في كثير من القواعد الفقهية، وبخاصة قاعدة العرف.

وقد رأيت بعض الفقهاء لا يقول بتقديم العرف العملي على اللغة، ولكنه عند التطبيق يأكل بكلتا يديه، وهذا ما يسمى بالخطأ في التطبيق، الأمر الذي يجعل نسبة الأقوال إلى الفقهاء تقريبية لا تحديدية.

* * *

المطلب الثالث
تعارض العرف العام مع الخاص

إذا تعارض العرف العام مع العرف الخاص قدم العرف الخاص؛ لأنه الأقرب إلى تحقيق المصلحة بدفع الحرج والمشقة عن الناس؛ ولأنه هو الغالب أو المطرد لديهم، فتنزل ألفاظهم وأعمالهم على مقتضاه.

مثال ذلك: ما جرى عليه العرف العام في الدول العربية من أن مهر المرأة قسمان قسم مؤجل وقسم معجل، ولكن جرى العرف في السعودية: أن المهر يكون معجلاً، إلا إذا صرح بخلاف ذلك، ففي هذه الحالة تعارض العرف العام مع العرف الخاص، فيقدم العرف الخاص، ويحكم بموجبه في الديار السعودية.

وقد تكلم عن هذا العلامة السيوطي في أشباهه، حيث قال: (فصل: في تعارض العام والخاص، والضابط: أنه إن 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 عادتها. وإن كان غير محصور اعتبر، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً، ومواشيهم نهاراً، فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس؟ وجهان: الأصح: نعم)[1].

ولي على كلام السيوطي هذا ملحوظة هي:

أن المثال الذي ذكره على القسم الأول، ليس فيه تعارض بين عرف عام وعرف خاص، بل فيه تعارض بين العرف والعادة الفردية، إذ أن تكرر الحيض لدى امرأة عادة فردية محضة، وليست عرفاً.

* * *

(١) الأشباه والنظائر ص (١٠٥).

المطلب الرابع
تعارض العرف مع الاجتهاد

إذا تعارض العرف مع الاجتهاد، بأن كان مدرك الحكم في المسألة مبنياً على العرف والعادة، بحيث اجتهد الفقيه، وأناط ذلك الحكم بالعرف، ثم تغير العرف أو العادة في تلك المسألة، فإن الحكم الأول غير معتبر لعدم اعتبار مدركه، ويحكَّم العرف الحاضر؛ لأنه أصبح هو مدرك الحكم.

يقول أحمد القرافي في كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: (السؤال التاسع والثلاثون: ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما، المرتّبة على العوائد والعرف الذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ ويقال: نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع، لعدم أهليتنا للاجتهاد، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟ فأجاب: أن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد)[1].

ويقول ابن القيم في إعلام الموقِّعين (فصل: في تغير الفتوى واختلافها، بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد: هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة،

---

(١) ص (٢٣١، ٢٣٢).

أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي هي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به)[1].

ويقول في نفس الموضوع بعد أربع وسبعين صفحة بعد أن ذكر قريباً من كلام القرافي المتقدم ما نصه: (وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمنتهم وأمكنتهم، وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم، وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضر على أديان الناس وأبدانهم، والله المستعان)[2].

من هنا نعلم: أنه إذا تعارض العرف مع فتاوى المجتهدين في الأحكام التي هي مبنية على العرف، فإنه لا يلتفت إلى هذه النصوص، بل يحكم بمقتضى العرف الحاضر، والأمثلة على هذا كثيرة، إليك بعضاً منها:

١ ـ المثال الأول: تقدير النفقة:

فمن المسلم به أن لكل مجتمع في أي زمان ومكان مستواه الاقتصادي غنى وفقراً، كثرة وقلة، وتبعاً لهذا الصعود والهبوط يختلف تقدير النفقة من مجتمع لمجتمع، فعندما يأتي الفقيه في زمن مّا، أو في مكان مًا، فيقدر النفقة، حسب ما هو متعارف عليه، وقد يسجل ذلك في مؤلفه الفقهي، فيمضي ذلك الزمن أو يتغير ذلك المكان ويتغير العرف تبعاً لذلك، فيجب على الفقيه، والحالة هذه أن لا يحكم بين الناس بعرف غيرهم، وإن كان موجوداً في كتب الفقهاء، وإلا كان جاهلاً ومخالفاً للإجماع.

وقد كان تقدير النفقة للزوجة في مجتمعنا السعودي قبل عشرين سنة،

(١) (٢) إعلام الموقعين (٣/١٤، ٨٩).

لا يعدو خمسين ريالاً شهرياً في متوسط الأحوال، أما اليوم فيقدر بنحو ألف ريال، فانظر هذا الفرق الشاسع بين التقديرين، فلو حكم الفقيه بخمسة ريالات في وقتنا الحاضر لكان جاهلاً وظالماً.

٢ ـ المثال الثاني: العدالة في الشهود:

فمن المعلوم أن العلماء قد أجمعوا على اشتراط العدالة في قبول الشهادة لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1].

واختلفوا فيما تكون به العدالة: فذهب الجمهور إلى أنها صفة زائدة عن الإسلام، وأن العدل: من لم تظهر منه ريبة، وعلامة ذلك أمران:

الأمر الأول: إصلاح دينه، بأن يكون مؤدياً للفرائض، مجتنباً للمحارم، غير مدمن على الصغائر.

الأمر الثاني: أن يكون ذا مروءة، بمعنى: أن يفعل ما فيه المحمدة والكمال، ويترك ما فيه الدنس والنقصان، وهذا موكول إلى العرف، فما عده الناس مخلاً بالمروءة فهو قدح في الشاهد، وما لا فلا.

فمثلاً: كان الفقهاء الشرقيون يرون كشف الرأس مخلاً بالمروءة، وبالتالي فلا تقبل شهادة من كشف رأسه، بينما نرى فقهاء الأندلس لا يعدونه مخلاً بالمروءة، لجريان العرف بكشفه من غير نكير.

٣ ـ المثال الثالث:

كان أبو حنيفة يرى الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، لغلبة العدالة على المسلمين في عصره الذي شهد له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالخيرية، فلما جاء الإمامان من بعده لم يكتفيا بظاهر العدالة، لانتشار الكذب في عصرهما[2].

* * *

(١) آية (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٢) رسائل ابن عابدين (٢/١٢٦).

المبحث الثاني

تعارض العرف مع التقنين

إذا تعارض العرف مع التقنين، فإما أن تكون هذه المعارضة في النصوص الآمرة، وإما أن تكون في النصوص المفسرة أو المكملة.

١ ـ تعارف العرف مع النصوص الآمرة:

إن القانون العربي بوجه عام، والقانون المصري على وجه الخصوص: يجعلون العرف في المرتبة الثانية بين مصادر القانون، فإذا تعارض العرف مع نصوص التقنين الآمرة، فإنه يقدم التقنين ويلغى العرف، كما جاء ذلك في المادة الثانية من التقنين المدني المصري: «لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلّا بتشريع لاحق».

وقد جاء ذلك صريحاً في المذكرة الإيضاحية حيث جاء فيها: (إن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق).

ويرى بعض القانونيين أن العرف التجاري يجوز أن يخلف النصوص القانونية الآمرة.

وهذا غير مسلم ـ كما يقول الدكتور حسن كيره ـ لأن العرف في المرتبة الثانية بين مصادر القانون، فلا ينهض بحال من الأحوال لمخالفة النصوص الآمرة في القانون التجاري.

وإنما الذي يمكن أن يخالفه العرف التجاري هو نصوص التقنين المدني الآمرة، وليس في هذا تقديم للعرف على التشريع؛ لأن القانون

المدني يكمل نقص القانون التجاري؛ إذ هو بمثابة التقنين العام للبلاد، وعندما يوجد عرف تجاري فقد وجدت قاعدة خاصة، فتقدم على القاعدة العامة التي هي التقنين المدني؛ إذ ليس هناك تعارض بين العرف التجاري وبين نصوص التقنين المدني.

وبناء على هذا لو وجد عرف تجاري فلا تقاس مرتبته بالقانون المدني، وإنما تقاس بالقانون التجاري، فيبقى في الدرجة الثانية بعده.

وقد أجاز القانون المدني صراحة مخالفة العرف التجاري للقانون المدني الآمر الخاص بالفوائد المركبة إذ أن المادة (٢٣٢) منه تنص على أنه: (لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية).

فهذا النص صريح في أن القانون المدني لا حكم له في المسائل التجارية عند وجود عرف فيها، فلا يقال بعد ذلك: إن هناك تعارضاً بين العرف التجاري والقانون المدني، وإنه قدم العرف التجاري على القانون المدني.

٢ ـ تعارض العرف مع النصوص المفسرة أو المكملة:

إذا تعارض العرف مع النصوص المفسرة أو المكملة، فإنه يستطيع مخالفة تلك النصوص؛ لأن هذه النصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فكذلك يجوز للجماعة أن تنشىء عرفاً مخالفاً لها.

وعند النظر في النصوص القانونية المفسرة أو المكملة نجد أن المقنن قد نبه في بعضها على أنه لا يسري مفعولها متى ما وجد عرف مخالف. من ذلك ما نصت عليه المادتان: (٤٥٦) و(٤٥٧) من التقنين المدني أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع «ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك»، وما نصت عليه المادة (٤٦٤) من

(أن نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك) وما نصت عليه المادة (٦٥٦) في شأن عقد المقاولة من أن المقاول: «يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك».

وقد ذهبت بعض القوانين، كالقانوني الألماني إلى اعتبار التقنين والعرف بمنزلة واحدة، فكل منهما يستطيع أن يعدل بعض قواعد الآخر أو يلغيها[1].

* * *

(١) راجع في هذا الموضوع: كتاب: أصول القانون للدكتور حسن كيره ص (٣٥٦ - ٣٦٠)، وكتاب المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص (٣٠٥).

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الفصل الثامن

الحاجة إلى معرفة العرف

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حاجة الفقيه إلى العلم بالعرف.

المبحث الثاني: حاجة المفسر إلى معرفة العرف.

المبحث الثالث: حاجة الداعية إلى العلم بالعرف.

المبحث الرابع: حاجة المقنن إلى العلم بالعرف.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الحاجة إلى معرفة العرف

إن العرف كأي قاعدة أصولية، يفتقر الباحث إلى أن يكون على علم بها: صحة وفساداً، قولاً وعملاً، حتى يستطيع مراعاة عادات الناس وأعرافهم، فيما يكون مدركه العلم بالعرف، وأحوج الناس إلى العلم بالعرف أربعة:

١ ــ الفقيه سواءً أكان مفتياً، أم كان حاكماً.

٢ ــ المفسر، لا بد أن يعرف عادات العرب وأعرافهم وقت نزول القرآن.

٣ ــ الداعية: لا بد أن يعرف عادات وأعراف من يريد دعوتهم.

٤ ــ رجل القانون، لا بد أن يعرف ذلك أيضاً.

وسنعقد في كل واحد من الأربعة مبحثاً:

المبحث الأول

حاجة الفقيه إلى العلم بالعرف

الحقيقة التي لا مراء فيها أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير الزمان والمكان. ومن المعلوم أن الفقيه بوجه عام يتأثر بالوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، فمثلاً صاحبا أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ قد خالفاه في بعض المسائل، وقالا: «لو كان أبو حنيفة حياً لقال بقولنا»، وجعلاه من باب اختلاف العصر والأوان، لا الحجة والبرهان.

وكذلك شأن الشافعي ـ رحمه الله ـ فقد أثرت فيه البيئة العراقية فيما قاله من الآراء، وهي ما تسمى بالقول القديم، ولما انتقل إلى مصر، عدل عن بعض آرائه متأثراً بالبيئة المصرية، وهي ما تسمى: بالقول الجديد.

لهذا كان لزاماً على المفتي أن يكون على علم تام بعادات الناس وأعرافهم، حتى يتمكن من إجراء الفتوى على وجهها الصحيح، فإذا جاءه السائل من خارج بلدته، وجب عليه أن يجري الحكم وفق عادة السائل إن كان يعرفها، أو يسأله عنها إذا لم يكن يعرفها، فإذا لم يفعل ذلك، بل أفتاه وفق عادته، أي عادة المفتي، أو أفتاه بما هو مسطر في كتب الفقهاء، مما مدركه العادة، كان جاهلاً بالدين، ومخالفاً لإجماع المسلمين، وقد جنى على الشريعة جناية عظيمة، حيث تصدى للفتوى، وهو ليس من أهلها، فضل وأضل، وهلك وأهلك[1].

وكذلك الشأن بالنسبة للقاضي، فإنه يشترط فيه العلم بأعراف الناس وعاداتهم في ألفاظهم، وأفعالهم، وإلا فكيف يحكم بين أناس لا يعرف ما هم عليه من العادات، علماً أن كثيراً من القضايا يتوقف البت فيها على معرفة العادات، مثل ثمن المثل، ونفقة المثل، ومهر المثل، وما يعدونه بيعاً أو هبة، أو هدية من الألفاظ، وما يغرر فيه، وما يعد مخلاً بالمروءة قادحاً في الشهادة، وما يعد صريحاً وما يعد كناية من ألفاظ الطلاق، ومعرفة عاداتهم في بيعهم وشرائهم ومعاملاتهم كلها، ليتسنى له إلزام المتخاصمين بما هو معروف بينهم.

وقد قال شريح للغزّالين حين اختصموا إليه في شيء كان بينهم، فقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكذا، فقال: سنتكم بينكم[2].

وقد تكلم الفقهاء على هذه الصفة التي يجب توفرها في الفقيه مفتياً كان أم قاضياً، وإليك أقوال بعضهم:

يقول السرخسي في كتابه «المبسوط»: (وأقرب ما قيل في حق المجتهد: أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة

---

(١) انظر: إعلام الموقعين (٣/١٤، ٨٩).

(٢) انظر: فتح الباري (٤/٣٣٨).

بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون مصيباً في القياس، عالماً بعرف الناس)[1].

كما يقول أحمد القرافي في كتابه «الفروق» ما نصه: (ومن الأغوار التي لم ينبه عليها الإمام أبو عبدالله المازري: أن المفتي إذا جاءه رجل يستفتيه عن لفظة من هذه الألفاظ وعرف بلد المفتي في هذه الألفاظ: الطلاق الثلاث، أو غيره من الأحكام، لا يفتيه بحكم بلده، بل يسأله: هل هو من أهل بلد المفتي، فيفتيه حينئذ بحكم ذلك البلد أو هو من بلد آخر، فيسأله حينئذ عن المشتهر في ذلك البلد، فيفتيه به، ويحرم عليه أن يفتيه بحكم بلده، كما لو وقع التعامل ببلد غير بلد الحاكم، حرم على الحاكم أن يلزم المشتري بسِكَّة بلده، بل بسكة بلد المشتري، إن اختلفت السكتان، فهذه قاعدة لا بد من ملاحظتها، وبالإحاطة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين، فإنهم يجرون المسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار، وذلك خلاف الإجماع، وهم عصاة آثمون عند الله تعالى، غير معذورين بالجهل، لدخولهم في الفتوى وليسوا أهلاً لها، ولا عالمين بمدارك الفتاوى وشروطها، واختلاف أحوالها)[2].

وقريب من قوله هنا ما ذكر في كتابه: «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام»[3].

ولم يُغْفِل ابن القيم هذا الجانب المهم من جوانب الإفتاء والقضاء، بل تكلم عنه في كتابه «إعلام الموقعين» واشتد في الإنكار على من يفتي أو يحكم، وهو غير مراع ما عليه الناس من عادات وأعراف حيث جاء فيه ما نصه: (المثال الثامن: مما تتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة: موجبات الأيمان، والإقرار، والنذور وغيرها، . . . فيفتي في كل بلد بحسب عرف

---

(١) المبسوط (١٦/٦٢).
(٢) الفروق للقرافي (١/٤٦).
(٣) الأحكام للقرافي ص (٢٣١، ٢٣٢).

أهله، ويفتي كل أحد بحسب عادته... فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته، وعرفه، فتجني عليه وعلى الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه، وتلزم الحالف، والمقر، والناذر، والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به، ففقيه النفس يقول: ما أردت؟ ونصف الفقيه يقول: ما قلت؟)[1].

ويقول في موضع آخر: (وأما قوله: «الخامسة معرفة الناس» فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر، له معرفة بالناس، تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل ثوب زور تحتها الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم، وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله)[2].

من هذه النصوص يتبين لنا مدى اهتمام الفقهاء المسلمين بالعرف، علماً وعملاً، قاعدة وتطبيقاً، وأنه شرط من شروط المجتهد، مفتياً كان أم قاضياً.

* * *

(١) إعلام الموقعين (٣/٦٢ - ٦٦).
(٢) المرجع السابق (٤/٢٠٤ - ٢٠٥).

المبحث الثاني

حاجة المفسر إلى معرفة العرف

من المعروف لكل من لديه أدنى علم أن المجتمع الجاهلي كان زاخراً بالعادات والتقاليد القبلية، التي كانت هي دستور حياتهم، والحكم الفصل فيما يجدّ بينهم من حوادث وقضايا، وقد اتخذت هذه العادات صوراً كثيرة، منها عاداتهم في عبادتهم، ومنها عاداتهم في سلمهم وحربهم، ومنها عاداتهم في شؤونهم الاقتصادية والاجتماعية، كما لهم عاداتهم في أنكحتهم ومعاملاتهم الأخرى.

وفي هذا الوقت أذن الله ببزوغ فجر جديد فجر الإسلام، وكأنما هو على موعد مع هذه الإنسانية الحائرة التي تتخبط في ليل دامس، وتعيش في جو مليء بالخرافات والتراهات. فجاء الإسلام وانتشل البشرية من وَهْدة الجهل والضلال، ورفعها إلى مستوى العلم والإيمان، مستوىً يؤهلهم لعمارة الأرض، بالحق والعدل.

فالدستور هو القرآن الكريم، الذي أنزله الله تبياناً وهدى للناس، وكان مقتضى ذلك أن يبين لهم حكم الله في هذه العادات وتلك التقاليد: صحة وفساداً، ومراعاة لمقتضى الحال في خطاب المكلفين.

وإذا كان المفسر لا يعرف عادات العرب وأعرافهم وقت تنزل القرآن، لا يستطيع أن يبين المراد في كثير من الآيات الكريمات، لذا كان لزاماً على كل مفسر أن يكون على علم بذلك.

وإليك فيما يلي أمثلة شاهد صدق على ما نقول:

المثال الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾[1] فظاهر الآية يدل على أن السادة منهيون عن إكراههن على البغاء في حالة ما إذا أردن التحصن، وهذا الظاهر غير مراد قطعاً؛ لأن جريمة الزنا لا تجوز بحال من الأحوال، وإنما جاءت الآية هكذا مراعاة لما كان عليه العرب في عاداتهم، حيث كانوا يكرهون إماءهم على البغاء مع إرادتهن التعفف عنه.

وقد ساق الشوكاني ـ رحمه الله ـ ما رواه مسلم في صحيحه[2] عن جابر: أن جارية لعبدالله بن أبيّ يقال لها: مُسَيْكَة، وأخرى يقال لها أُمَيْمَة، فكان يريدهما على الزنا، فشكتا ذلك إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأنزل الله: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.

كما ساق أثرين في ذلك:

الأول: عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في الآية: (كان أهل الجاهلية يبغين إيماءهم، فنهوا عن ذلك في الإسلام).

الثاني: عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ قال: (كان أهل الجاهلية يكرهون إماءهم على الزنا يأخذون أجورهن، فنزلت)[3].

* * *

المثال الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[4].

قال الشاطبي في بيان معنى هذه الآية: (فإنما أمر بالإتمام دون الأمر بأصل الحج؛ لأنهم كانوا قبل الإسلام آخذين به، ولكن على تغيير بعض الشعائر، ونقص جملة منها، كالوقوف بعرفة وأشباه ذلك مما غيروا، فجاء

---

(١) آية (٣٣) من سورة النور.

(٢) وذلك في كتاب التفسير، باب في قوله تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء﴾ (٤/٢٣٢٠) رقم الحديث (٣٠٢٩).

(٣) فتح القدير (٤/٣٠).

(٤) آية (١٩٦) من سورة البقرة.

الأمر بالإتمام لذلك، وإنما جاء إيجاب الحج نصاً في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾[1].

ومعنى كلام الشاطبي ـ رحمه الله ـ: أن الآية نزلت مراعية لما كانت عليه عادة العرب في حجهم وعمرتهم، حيث كانوا لا يأتون بشعائر الحج والعمرة كلها.

وفي الآية أقوال أخرى، مبسوطة في كتب التفسير.

* * *

المثال الثالث: قوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُۥ هُوَ رَبُّ ٱلشِّعْرَىٰ﴾[2]، فالله رب الكواكب كلها، وإنما عيّن الله هذا الكوكب ـ كما يقول الشاطبي ـ.. (لكون العرب عبدته، وهم خزاعة، ابتدع لهم ذلك أبو كبشة، ولم تعبد العرب من الكواكب غيرها، فلذلك عينت). اهـ.[3].

* * *

من هذه الأمثلة نلمس مدى حاجة المفسر إلى معرفة عادات العرب وأعرافهم وقت نزول القرآن.

وقد صرح بذلك الشاطبي في كتابه الموافقات، حيث قال: (لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين، وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثَمَّ عرف فلا يصح أن يجرى في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب)[4].

كما يقول في موضع آخر: (ومن ذلك معرفة عادات العرب في

---

(١) الموافقات (٣/٢٢٩).
(٢) آية (٤٩) من سورة النجم.
(٣) الموافقات (٣/٢٣٠).
(٤) المصدر السابق (٢/٥٦).

أقوالها وأفعالها ومجاري أحوالها حالة التنزيل، وإن لم يكن ثَمَّ سبب خاص، لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن منه، وإلا وقع في الشبه والإشكالات، التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة). اهـ.[1].

* * *

(١) المصدر السابق (٣/٢٢٩).

المبحث الثالث

حاجة الداعية إلى العلم بالعرف

إن المصلح أو الداعية إلى الخير، في كل زمان ومكان، في حاجة إلى دربة ومرونة، تجعل الناس أكثر تجاوباً مع ما يدعو إليه من الخير والصلاح.

ومن المعلوم أن كل مصلح يقوم بدعوة الخير ـ في أي مجتمع من المجتمعات ـ لا بدَّ أن يواجه في طريقه كثيراً من الصعوبات، وهذه المصاعب تتخذ أنماطاً متعددة، وصوراً شتى، ومعظمها يعود إلى التعصب لفكرة خاطئة، أو لعادة قبيحة، قد ضربت جذورها في أعماق النفوس، وصارت تراثاً تتعاقب عليه الأجيال.

فهذا محمد بن عبدالله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إمام الدعاة، وقائد المصلحين، يضرب أروع الأمثلة في التفطن والإدراك التام لما يدور في المجتمع، فقد روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ: أنها سألت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الجدر أمن البيت هو؟ قال: «نعم»، قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: «إن قومك قصرت بهم النفقة»، قلت: فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال: «فعل ذلك قومك، ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا، ولولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية، فأخاف أن تنكر قلوبهم، أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألصق بابه بالأرض»[1].

فالرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يقدم على هدم بناء الكعبة،

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٢/١٧١).

وإعادته على قواعد إبراهيم ـ عليه السلام ـ مخافة أن تنكر قلوب قريش ذلك، لأنه مخالف لما ألفوه واستمرت عليه عادتهم.

وقد راعى الإسلام عادات الناس وتقاليدهم، وتدرج في علاجها، بحيث سار في منهجه وهو ينقضها عروة عروة، حتى لم تمض مدة وجيزة إلا وقد قضى على كل العادات الجاهلية في عصرها الأول، والجاهلية توجد في كل زمان ومكان إذا ما وجدت مقوماتها، وتصوراتها الخاصة، والدعاة المخلصون يقفون منها موقف الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وصحبه ـ رضوان الله عليهم ـ في جاهلية العرب الأولى.

ومراعاة العادات والتدرج في علاجها أمر معروف في الإسلام. ومن أمثلة ذلك: التدرج في تحريم الخمر وما ذلك إلاّ لأنها أصبحت عادة مسيطرة على النفوس، فلو جاء بتحريمها من أول وهلة، لكان الانقياد صعباً.

وكذلك الشأن في المعاملة بالربا، فقد كان عرفاً جاهلياً لدى العرب لذلك تدرج القرآن الكريم في تحريمه[1].

ومما يلاحظ أن بعض الدعاة لا يلتفتون إلى مراعاة هذا الجانب المهم من جوانب الدعوة، بل من أهم أسباب نجاحها؛ لأنه لا يستطيع المضي في دعوة الناس، وهو لا يعرف شيئاً عن سلوكهم في حياتهم العامة والخاصة.

ومن هنا يجب القول بأنه يلزم كل داعية أن يكون على جانب كبير بمعرفة عادات وأعراف من يدعوهم، حتى تؤتي دعوته ثمارها الطيبة في غرس المبادىء الإسلامية في النفوس، وتحل محل العادات والتقاليد، التي لا يقرها شرع ولا يستسيغها عقل، وبذلك يؤدي رسالته على الوجه الأكمل.

* * *

(١) انظر: مبحث سلطان العرف على النفوس ص (٥٧).

المبحث الرابع

حاجة المقنن إلى العلم بالعرف

المقنن ذلك الرجل الذي يضع المواد القانونية، بحيث يجعلها في قالب قانوني، فهذا يجب عليه أن يكون على علم تام بما في المجتمع من أعراف وعادات، وإلا كان القانون عرضة للخروج عليه كثيراً؛ لأنه مهما دعم القانون بسلطة تنفيذية، لا يمكن أن يخضع له الناس، فإذا كان نابعاً من عاداتهم، ومراعياً لأعرافهم أمكن أن يقلل من الخروج عليه[1].

ومن هنا يتبين لنا الخطأ الذي يقع فيه القانونيون عندما يضعون قانوناً لبلد لا يعرفون أعراف أهلها ولا عاداتهم. كما يتبين خطأ الذين يستوردون قوانين من البلدان الأخرى، ويطبقونها على مجتمعاتهم، وبخاصة البلدان العربية، عندما نبذت شريعة الله وراء ظهرها، وأحلّت محلها القانون الفرنسي بعد تعريبه.

وكذلك القاضي القانوني هو الآخر في حاجة ماسة لمعرفة العرف؛ لأن هناك قواعد قانونية تحيل على العرف في أكثر المسائل، والقاضي والحالة هذه يجب أن يعلم العرف ومدى توفر الشروط فيه، حتى يحكم بأنه عرف ساري المفعول، وبالتالي يطبقه في تلك الحادثة أو الواقعة المطروحة أمام المحكمة.

* * *

(١) من خصائص التشريع الإسلامي في هذا المقام ربط سلوك المسلم بمراقبة الله عز وجل، فقد استقر عند المسلم أنه إن استطاع الإفلات من العقوبة الدنيوية فلن يفلت من العقوبة الأخروية، إلا إذا عفا الله عنه.
وهذه الخاصية يفتقدها القانون الوضعي، لذلك يحاول الإنسان التفلت منه ما وسعه ذلك.

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الباب الثاني

المجال التطبيقي للعرف

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

توطئة

المجال التطبيقي للعرف واسع جداً، ولا يمكن حصره، مهما أوتي الإنسان من وقت، ومهما بذل من جهد، إذ أنه لا يوجد باب من أبواب الفقه إلَّا وللعرف فيه دخل.

ومن الملاحظ أن العرف إذا دخل في قسم العبادات، فإنما هو في وسائلها؛ لأن العبادات توقيفية ارتفع بها الإسلام عن أن تكون مجالاً للرأي والعقل، ولهذا تجب المتابعة للشارع في ذلك، عرفت علة الحكم أم لا

أما المعاملات: فإن العرف له فيها دور كبير، ربما كان أكثر القواعد التي يرجع إليها المجتهد في الفروع الفقهية، ومن عبارات الفقهاء المنبثة في كتبهم: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، «العادة محكمة»، «الإذن العرفي ينزل منزلة الإذن اللفظي»، «الدلالة العرفية تنزل منزلة الدلالة اللفظية».

وإذا كان حصر المسائل التي يحكم فيها بمقتضى العرف في حكم المستحيل، فإننا بعون الله وتوفيقه، سوف نسوق أمثلة له في غالب أبواب الفقه، ليكون ذلك دليلاً على صحة ما نقول، ونموذجاً رائعاً يبين سعة الشريعة الإسلامية، وصلاحها لكل زمان ومكان.

كتاب الطهارة

المسألة الأولى:

العفو عن يسير الماء المستعمل الواقع في الماء غير المستعمل:

إذا وقع الماء المستعمل في الماء غير المستعمل، فقد اختلف في تقدير الماء المستعمل الذي يؤثر في طهورية الماء غير المستعمل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا كان الماء المستعمل هو الأقل لم يمنع، وإن كان هو الأكثر منع.

القول الثاني: إذا كان الماء المستعمل بحيث لو كان خلا لغير المائع منع، وإلا فلا، وبه قال ابن عقيل من الحنابلة.

القول الثالث: إذا كان الماء المستعمل يسيراً لا يمنع، وإن كان كثيراً فاحشاً منع.

وهذا ظاهر فعل النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ فقد روي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ اغتسل هو وعائشة من إناء واحد تختلف أيديهما فيه[1].

وهذا يدل على العفو عن يسير الماء المستعمل الواقع في غير المستعمل؛ حيث لا يسلم الماء ـ في مثل هذه الحالة ـ من رشاش يقع فيه. ومعرفة اليسير والكثير راجعة إلى العرف، فما عده الناس كثيراً منع منه، وأثر في طهورية الماء، وإلَّا فلا[1].

وهذا القول رواية في مذهب أحمد بن حنبل، وبه قال ابن قدامة[2].

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب الغسل، باب هل يدخل الجنب يده في الإناء... (١/٧١ ـ ٧٢).
وأخرجه عنها مسلم في كتاب الحيض، باب القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة... (١/٢٥٧) رقم الحديث (٣٢١).

(٢) المغني لابن قدامة (١/١٣، ١٤).

المسألة الثانية:

يعفى عن يسير الدم النجس:

في المذهب الحنبلي يعفى عن الدم اليسير في الصلاة، دون المائعات والمطعومات، وبهذا قال جماعة من الصحابة والتابعين.

وذلك لأنه لا يمكن التحرز عنه، ولقول عائشة ـ رضي الله عنها ـ: (ما كان لإحدانا إلا ثوب تحيض فيه، فإذا أصابه شيء من الدم، قالت بريقها فمصعته بظفرها).

وهذا يدل على أنه معفوعنه؛ لأن الريق لا يطهر ويتنجس به ظفرها، وهو إخبار عن دوام الفعل، ومثل هذا لا يخفى على النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلا يصدر إلاّ عن أمره[1].

أما الشيخ تقي الدين فقد اختار العفو عن يسير النجاسات مطلقاً في الأطعمة وغيرها، حتى بعر الفأر[2].

وبهذا صرح السيوطي في أشباهه حيث قال: (اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة، فمن ذلك... والنجاسات المعفو عن قليلها...)[3].

وعلى أي حال فإن تقدير اليسير في هذا الباب راجع إلى العرف، فما عده الناس يسيراً عفي عنه، ولا يعفى عما عدوه كثيراً.

المسألة الثالثة:

الموالاة في الوضوء:

---

(١) منقول عن المقنع وحاشيته مع تصرف يسير (١/٨٢).
(٢) حاشي العنقري على الروض المربع (١/١٠١).
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٩٩).

تجب الموالاة في الوضوء، وذلك بأن لا يؤخر غسل العضو حتى يمضي زمن يجف فيه العضو الذي قبله في الزمان المعتدل.

وقال ابن عقيل في رواية عن أحمد: إن التفريق المبطل ما يفحش في العادة؛ لأنه لم يحدّ في الشرع، فيرجع فيه إلى العادة كالإحراز والتفرق في البيع[1].

المسألة الرابعة:

صغر ضَبّة الفضة وكبرها في الإناء.

يجوز أن يضبب الإناء بحلقة صغيرة من الفضة، فإن كانت كبيرة فلا تجوز.

وضابط الصغر والكبر هنا راجع إلى العرف.

وذكر صاحب فتح الباري عن القاضي حسين من الشافعية: أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي بني عليها الفقه، فمنها الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كصغر ضَبَّة الفضة وكبرها[2].

المسألة الخامسة:

يرجع في الحيض قلة وكثرة إلى العادة.

اختلف العلماء في تقدير الحيض قلة وكثرة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن أقلّه محدود كما أن أكثره محدود.

القول الثاني: أن أكثره محدود دون أقله.

القول الثالث: أنه لا حدَّ له لا كثرة ولا قلة، بل مرجع ذلك إلى عادة المرأة في الحيض.

---

(١) المغني (١/١٠١).

(٢) فتح الباري (٣/٣٣٨).

وقد رجح هذا شيخ الإسلام ابن تيمية: وحكم بأنه لو اعتادت الحيض أقل من يوم، أو اعتادت أكثر من سبعة عشر يوماً، فإنه يعد حيضاً، ما لم يستمر، فإنه قد علم من الشرع واللغة: أن المرأة تكون تارة حائضاً، وتارة تكون طاهراً[1].

المسألة السادسة:

أقل مدة الطهر بين الحيضتين.

اتفق العلماء على أن مدة الطهر بين الحيضتين لا حد لأكثرها، ولكنهم اختلفوا في أقلها على قولين:

الأول: أنها مقدرة بمدة، اختلف في تقديرها القائلون بذلك.

الثاني: أنها لا حد لأقلها، وإنما يرجع في ذلك إلى العادة التي استمرت عليها المرأة وهي المصدقة في ذلك، إلا إذا كانت في العدة، وادعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيضات، فلا بدَّ من أن يشهد لها نساء من أهلها بذلك، كما حكم به علي ـ رضي الله عنه ـ[2].

وهذان المثالان من باب العادة الفردية، وليسا من العرف في شيء وقد أتينا بهما هنا مثالين على العادة؛ لأننا قد تعرضنا لها في بحثنا هذا.

---

(١) راجع مجموع الفتاوى (١٩/٢٣٧).

(٢) راجع مجموع الفتاوى (١٩/٢٣٨).

كتاب الصلاة

المسألة الأولى:

العمل اليسير في الصلاة لا يبطلها.

للمصلي أن يعمل في الصلاة اليسير من الأعمال للحاجة.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تحديده بثلاثة أفعال، كما ذهب بعضهم إلى أن مرد ذلك إلى العرف، وليس محدداً بعدد؛ لأن فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - يزيد على ثلاثة أعمال.

وإذا لم يكن هناك توقيف رجع في تقدير القليل والكثير إلى العرف، فما عدّ كثيراً، فهو مبطل للصلاة، وما عد يسيراً لا يبطلها، وما فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - فهو من اليسير[1].

المسألة الثانية:

جمع الصلاة في وقت الأولى لا يبطله الفارق اليسير.

إذا جُمعت الصلاتان في وقت الأولى، فلا بدَّ من الموالاة بينهما، ولا يفرق بينهما إلا تفريقاً يسيراً؛ لأن اليسير لا يمكن التحرز منه، فإن طال الفصل بينهما بطل الجمع، والمرجع في الفصل الكثير واليسير إلى العرف والعادة وقد قدره بعض الفقهاء: بقدر الإقامة أو الوضوء.

والصحيح: أن مردّه إلى العرف؛ لأن ما لم يرد تقديره عن الشارع، فلا سبيل إلى تقديره، بل يرجع فيه إلى العرف[2].

---

(١) المغني (٢/١٨٢، ١٨٣)، والمقنع (١/١٦٢، ١٦٣).

(٢) المغني (٢/٢٠٦).

كتاب الزكاة

المسألة الأولى:

في الخمس من الإبل شاة.

من ملك خمساً من الإبل، وتوفرت فيها شروط الزكاة، فإنه يجب فيها شاة.

وقد ذهب ابن قدامة إلى القول بأنه يجب أن يخرج شاة تتلائم مع حالة الإبل، فإن كانت الإبل سماناً، أخرج شاة سمينة، وإن كانت هزالاً أخرج هزيلة، وإن كانت متوسطة أخرج متوسطة[1].

أما العز بن عبدالسلام فقال: يجب أن يخرج شاة من شياه البلد[2].

المسألة الثانية:

يباح للنساء من الحلي ما جرت به العادة.

يجوز للمرأة أن تلبس من الحلي ما جرت العادة بلبسه، من ذهب أو فضة أو جواهر، في مواضع البدن المعتادة بلبس الحلي، ولا زكاة في ذلك ـ عند من لا يرى وجوبها على الحلي ـ أما لو زاد عما جرت به العادة كالمنطقة ونحوها مما يلبسه الرجال، فيحرم عليها لبسه، وتجب فيه الزكاة[3].

المسألة الثالثة:

وجوب الفطرة من غالب قوت البلد.

من العلماء من حصرها في الخمسة الأصناف الواردة في الحديث،

---

(١) المغني (٢/٤٣٢).
(٢) قواعد الأحكام (٢/١٢٠).
(٣) المغني لابن قدامة (٣/٤٥).

وهي: التمر والزبيب والشعير والبر والأقط، فالمزكي مخير في الإخراج بين هذه الأصناف الخمسة، أو يلزمه إخراج غالب قوت البلد منها.

ومن العلماء من ذهب إلى أنه يلزمه أن يخرج من غالب قوت البلد، أو من قوته إن لم يقدر على إخراج قوت البلد، وهذا مرجعه إلى العرف. فأي قوت هو الغالب وجب الإخراج منه، وهذا ظاهر مذهب الإمام مالك كما في بداية المجتهد[1]، ومذهب الإمام الشافعي كما في مغني المحتاج[2].

وإليه مال العز بن عبدالسلام في كتابه قواعد الأحكام، حيث قال: (ومنها: [أي الحمل على الغالب أو الأغلب في العادات]: وجوب الفطرة من غالب قوت البلد)[3].

---

(١) بداية المجتهد (١/٢٨٨).

(٢) مغني المحتاج (١/٤٠٥، ٤٠٦).

(٣) قواعد الأحكام (٢/١٢٠)، وراجع المغني (٣/٨٥، ٨٦).

كتاب الصيام

المسألة الأولى:

تحديد مدة السفر.

اختلف العلماء في تحديد المسافة التي تقصر فيها الصلاة، ويفطر من أجلها في رمضان على أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: تقديرها بالزمان، كتقديرها: بسفر ثلاثة أيام، أو يوم واحد.

الاتجاه الثاني: تقديرها: بالمسافة كأربعة برد مثلاً.

الاتجاه الثالث: إناطة ذلك بالمشقة، فحيث وجدت في السفر وجدت رخصة القصر والإفطار.

الاتجاه الرابع: إرجاع ذلك إلى مسمى السفر في اللغة والعرف، فما عده الناس سفراً، جاز فيه قصر الصلاة كما يجوز الفطر في رمضان، فمثلاً يقطع الإنسان مسافة كبيرة للتنزه في أحد البساتين النائية ومع ذلك لا يسمى مسافراً، بحيث لو سُئل عنه، لأجيب بأنه موجود ولم يسافر، يدل لذلك ما كان يفعله الصحابة، حيث كان يخرج أحدهم إلى بستان له بعيد عن المدينة، وقد يمكث فيه أياماً، ومع ذلك لا يسمى عندهم سفر، فلا تقصر الصلاة، ولا يجوز الفطر.

وقد يقطع هذه المسافة إنسان آخر بعنوان السفر، فيسمى مسافراً، ولو سُئل عنه لأجيب بأنه مسافر، يدل لذلك: أن المكيين حجوا مع الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقصروا الصلاة مع أن عرفات قريبة من مكة، تقدر بمسافة بريد[1].

---

(١) راجع المغني (٢/١٨٨)، وبداية المجتهد (١/١٧١)، وفتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية (١٩/٢٤٣ ـ ٢٤٧).

وهذا هو الراجح لأمرين:

الأول: أن التقدير بالزمان أو المسافة، لم يرد عن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ وإن روي عنه أنه قصر لزمان أو لمسافة، فليس ذلك دليلاً على عدم القصر فيما دونه.

الثاني: أن المشقة حكمة مضطربة، ولذلك لم ينط الشارع الحكم بها، بل أناطه بوصف ظاهر منضبط يظن اشتماله على المشقة غالباً، وهو السفر.

وإذن أصبح السفر غير مقيد بزمان، أو مسافة في الشرع، فيرجع فيه إلى عرف الناس، فما عده الناس سفراً، فهو سفر تقصر فيه الصلاة، ويفطر في رمضان، وما لا فلا؛ لأن كل ما ورد في الشرع غير مقيد ولا محدد بحد، يرجع فيه إلى العرف.

المسألة الثانية:

صوم يوم الشك لمن له عادة.

من المعلوم أن يوم الشك لا يجوز صيامه لنهيه ـ عليه الصلاة والسلام ـ عن ذلك، كما في حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا يتقدمن أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين، إلا أن يكون رجل كان يصوم صوماً فليصمه»[1].

والحديث هذا قد استثنى الإنسان الذي له يوم يعتاده بالصوم، فوافق ذلك يوم الشك، فله أن يصومه بعنوان التطوع، لا بعنوان الاحتياط والتقدم على شهر رمضان[2].

---

(١) هذا الحديث رواه أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب الصيام، باب لا يتقدمن رمضان بصوم يوم ولا يومين (٣/٣٤).
وأخرجه عنه مسلم في كتاب الصيام، باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين (٢/٧٦٢) حديث رقم (١٠٨٢).

(٢) راجع: نيل الأوطار (٤/٢٩١ ـ ٢٩٢)، والمقنع لابن قدامة وحاشيته (١/٣٧٨).

كتاب الحج

المسألة الأولى:

يشترط لوجوب الحج: إمكان المسير في العادة.

اشترط بعض الفقهاء لوجوب الحج إمكان المسير إلى بيت الله الحرام، وهذا المسير منوط بالعادة والعرف، فإذا كان لا يدرك الحج إلا أن يسرع في المسير، ويكلف نفسه فوق العادة، فلا يلزمه السعي.

قال ابن قدامة: (وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة، فلو أمكنه المسير بأن يحمل على نفسه، ويسير سيراً، يجاوز العادة، أو يعجز عن تحصيل آلة السفر لم يلزمه السعي)[1].

المسألة الثانية:

يشترط لوجوب الحج: وجود الراحلة الصالحة لمثله.

من شروط وجوب الحج على المكلف: وجود الراحلة، وبعبارة العصر وسيلة نقل صالحة لمثله في العرف والعادة، فالراحلة التي تصلح لمتوسط الحال، أو دون المتوسط لا تصلح لمن هو من علية القوم. ويمكن تحصيل الراحلة بأن يشتريها أو يكتريها. فإن لم يكن محصلاً للراحلة، أو وسيلة النقل، الصالحة لمثله في العرف والعادة فلا يجب عليه الحج[2].

---

(١) المغني (٣/٢١٤).

(٢) المغني (٣/٢١٥).

كتاب البيوع

للعرف دور كبير في البيوع، فالأمثلة فيه أكثر من أن تحصر، ولذلك سنقتصر على المسائل الآتية:

المسألة الأولى:

ألفاظ العقود في البيع والشراء.

فقد اختلف العلماء فيها على قولين:

الأول: فذهب بعضهم إلى أنها لا تنعقد إلّا بألفاظ مخصوصة.

الثاني: وذهب بعضهم إلى أنها تنعقد بكل ما عدَّه الناس بيعاً وشراءً؛ لأن البيع جاء في الشرع مطلقاً، فكان الرجوع فيه إلى العرف.

يقول ابن تيمية في فتاواه: (والعقود من الناس من أوجب فيها الألفاظ، وتعاقب الإيجاب والقبول ونحو ذلك.

وأهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عرف الناس، وعادتهم فما عدّه الناس بيعاً فهو بيع، وما عدُّوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة، وهذا أشبه بالكتاب والسنة، وأعدل، فإن الأسماء، منها: ما ورد له حد في اللغة، كالشمس والقمر.

ومنها: ما له حد في الشرع كالصلاة والحج.

ومنها: ما ليس له حد في اللغة ولا في الشرع، بل يرجع إلى العرف كالقبض.

ومعلوم أن اسم البيع والإجارة والهبة في هذا الباب لم يحدها الشارع، ولا لهما حد في اللغة، بل يتنوع ذلك بحسب عادات الناس وأعرافهم، فما عدوه بيعاً فهو بيع، وما عدوه هبة فهو هبة، وما عدوه إجارة فهو إجارة)[1].

(١) الفتاوي (٢٠/٣٤٥، ٣٤٦).

المسألة الثانية:

دخـول الأبنية والأشجار في بيع الدار للعـرف.

إذا باع داره على آخر، فإنه يدخل في مسمى الدار ما فيها من أبنية وأشجار، وإن لم يصرح بذلك للعرف الجاري بين الناس في أن مثل هذه الأشياء تدخل في عقد البيع تبعاً للدار[1].

المسألة الثالثة:

توزيـع القيمة على الأعيان المبيعة حسب العـرف.

إذا اشترى دارين صفقة واحدة بمبلغ خمسمائـة وألف ريال مثـلاً، وكانت إحداهما تساوي ألفين، والأخرى تساوي ألفاً، فإننـا نجعل الألف ثمناً للدار التي تساوي ألفين، والخمسمائة ثمناً للدار التي تساوي ألفاً؛ لأن أهل العرف ـ كما يقول العز بن عبدالسـلام ـ: (يبذلـون أشرف الثمن في أشرف المثمن، وأرذله في أرذلـه، ويقابلون النفيس بـالنفيس، والخسيس بالخسيس)[2].

المسألة الرابعة:

قبـض كل شيء بحسبه في العـرف.

يقبض كل شيء حسب ما جرت به العادة، فالحلي يقبض بالمناولة، والعقـار يقبض بتمكين القابض منـه، مـع إزالـة يـد المقبِض، والمكيـل والموزون قبضه بكيله ووزنه ثم نقله بعد ذلك، ومـا لا يكال ولا يـوزن كالنحاس فقبضه بنقله من مكان البائع إلى مكان المشتري. وهكذا فكل ما عده الناس قبضاً فهو قبض، وما لا فلا[3].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/١١٤).

(٢) المصدر السابق ص (١٠٩).

(٣) المصدر السابق (٢/٧٢).

المسألة الخامسة:

الزمن بين الإيجاب والقبول يرجع فيه إلى العرف.

الزمن الذي يكون بين الإيجاب والقبول يرجع فيه إلى العرف، فإن طال الفصل بينهما عرفاً، فلا يعتبر الإيجاب ولا القبول، أما إذا لم يطل عرفاً، فإنه يصح ويلزم المتعاقدين ذلك العقد[1].

باب الخيار

المسألة الأولى:

التفرق في خيار المجلس.

التفرق في خيار المجلس لم يأت تقديره من الشارع، ولذلك أرجعه الفقهاء إلى العرف فما عده الناس تفرقاً فهو تفرق يلزم به البيع، وما لا يعدوه تفرقاً فلا ينقطع به الخيار، ولا يلزم به البيع[2].

المسألة الثانية:

ما يثبت فيه خيار الغبن:

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الغبن محدود بالثلث، وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ لأن الثلث كثير، بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (الثلث والثلث كثير)[3].

---

(١) المقنع وحاشيته (٢/٣).

(٢) انظر: المجموع للنووي (٩/١٧٨)، ومغني المحتاج (٢/٤٥)، والمغني (٣/٤٨٤).

(٣) هذا الحديث رواه سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ أخرجه عنه البخاري في كتاب الوصايا، باب «أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس» (٤/٣). أخرجه عنه مسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث (٣/١٢٥٠) رقم الحديث (١٦٢٨).

القول الثاني: أن الغبن محدود بالسدس، ذكره ابن قدامة، ولم يوجهه.

القول الثالث: أن الغبن مرجعه إلى العرف، فما عدّه الناس غبناً، فهو غبن يثبت فيه خيار الغبن، لأن الشارع لم يرد بتحديد ما يثبت فيه الغبن، وكل ما كان كذلك يرجع فيه إلى العرف[1].

* * *

(١) المغني (٣/٤٩٨).

كتاب الضمان

المسألة الأولى:

المتقوّم يضمن بنقد البلد:

من أتلف على غيره شيئاً متقوماً، فإنه يجب عليه ضمانه بالنقد المتعارف عليه في البلد، أو من النقد الغالب إن كان في البلد نقدان[1].

المسألة الثانية:

لا يضمن الأجير إذا لم يفرط في العادة:

إذا استأجر إنسان آخر على أن يعمل له، كأن يستأجره على أن يخبز له، أو يطبخ له، فإذا ترك الخبز في التنور مدّة جرت العادة بتركه فيه، أو ترك الطبيخ كذلك، فإنه لا يضمن؛ لأنه لا تفريط منه، أما إن تركه أكثر من المدة المتعارف عليها، فإنه يضمن؛ لأنه مفرط[2].

المسألة الثالثة:

للمستأجر ضرب الدابة بما جرت به العادة:

إذا استأجر إنسان دابة، فإن له أن يضربها بقدر العادة، وإن تلف منها شيء من جراء ذلك فلا يضمن؛ لأنه فعل ما له فعله، أما إذا زاد على قدر العادة، فإنه يضمن؛ لأنه متعدٍ بفعله[3].

---

(١) قواعد الأحكام (٢/١٢٠).
(٢) المغني (٥/٣٨٩).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/٣٩٧)، والمقنع وحاشيته (٢/٢١٨).

كتاب الوكالة

المسألة الأولى:

التوكيل في البيع يتقيد بثمن المثل:

من وكل إنساناً في بيع سلعة وكالة مطلقة، فإنه يتقيد بثمن المثل، وبالنقد الغالب في البلد، وذلك تنزيلاً للعرف منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال له: بع لي هذه السلعة بثمن مثلها، وبنقد البلد، فلو باعها بأقل من ثمن مثلها، أو بنقد غير نقد البلد عدّ مفرطاً، ويضمن كل ما يترتب على ذلك[1].

المسألة الثانية:

التوكيل في التزويج يتقيد بالكفء ومهر المثل:

إذا وكّل إنسان آخر في تزويج ابنته، فإنه يحمل في العرف على تزويجها بالكفء، ومهر المثل، تبعاً لمنزلة والدها في الشرف والجاه والغنى، فلو زوجها بعبد فاسق، أو بمحطوط القدر كان بذلك خارجاً عن إرادة الموكِّل؛ لأن أهل العرف: يحكمون أن تصرفه هذا لا يدخل في لفظ الموكل[2].

المسألة الثالثة:

الوكيل في البيع لا يبيع من نفسه:

إذا وكل إنسان آخر في البيع، فإنه لا يبيع من نفسه؛ لأن العرف يقضي في مثل هذه الحالة أن يبيع من غيره، ولا يبيع من نفسه؛ ولأنه متهم في عدم استقصاء الثمن[3].

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/١٠٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المغني (٥/٨٥).

المسألة الرابعة:

الوكيل يتصرف حسب إذن موكله نطقاً أو عرفاً:

الوكيل يتصرف حسب ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن التصرف يكون بالإذن، وهذا الإذن يعرف تارة بالنطق، وتارة بالعرف، حيث إن العرف ينزل في مثل هذه الحالة منزلة النطق[1].

المسألة الخامسة:

للوكيل أن ينيب غيره فيما لا يعمله مثله:

إذا وكل إنسان آخر في أعمال ليقوم بها عنه، فإنه ينظر في هذه الأعمال، فإن كان مثله يقوم بها عرفاً فعليه أن يتولاها بنفسه، ولا يجوز له تولية غيره ـ على رأي الجمهور ـ، وإن كان لا يقوم بها مثله عرفاً، لخسة العمل ودناءته، أو لكثرته وانتشاره، جاز له أن ينيب غيره؛ لأن توكيله فيما لا يعمله مثله في العادة إذن له باستنابة غيره[2].

المسألة السادسة:

يجب على الوكيل أن يُشهد على قضاء دين موكله:

إذا وكله في أن يؤدي عنه ديناً لفلان، فإنه ـ والحالة هذه ـ يجب على الوكيل أن يشهد على قضاء الدين للعرف الجاري بذلك، فإن لم يشهد عليه، وأنكره صاحب الدين ضمن؛ لأنه مفرط في حكم العرف والعادة[3].

---

(١) المغني (٥/٩٥).

(٢) المصدر السابق (٥/٧١).

(٣) المصدر السابق (٥/٨١)، وقواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/١١٤).

كتاب الإجارة

المسألة الأولى:

الخياط والغسال يستحقان الأجرة عرفاً:

إذا دفع ثوبه إلى خياط أو غسال بدون عقد ولا شرط، وكان الخياط والغسال منتصبين لذلك فلهما الأجرة على ذلك عرفاً؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول. أما إذا لم يكونا منتصبين لذلك فلا يستحقان الأجرة إلا بعقد[1].

المسألة الثانية:

معرفة المنفعة في الإجارة:

تعرف المنفعة في الإجارة بأحد أمرين:

الأول: العرف: وذلك كسكنى الدار مدة معلومة، واستئجار العبد للخدمة، فإن معرفة هذه المنفعة تعود إلى العرف بحيث يسكن الدار، ولا يجعلها محلاً للحدادة أو مخبزاً، كما يستعمل العبد في حدود العرف، وما تقره العادة.

الثاني: الوصف، وذلك كأن يصف له العمل الذي يستأجره عليه، كحمل الأثقال ونحوه[2].

---

(١) المغني (٥/٤١٥).

(٢) المقنع مع حاشيته (٢/١٩٥، ١٩٦).

باب الوديعة

إذا أودعه شيئاً، ولم يذكر الحرز الذي يريد أن تحفظ فيه، فإنها تحفظ في حرز مثلها على ما جرى به عرف الناس وعادتهم، فحرز الذهب والفضة غير حرز الحطب والثياب، وحرز المواشي غير حرز الأطعمة، وذلك تنزيلاً للعرف منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال له: احفظ هذه الوديعة في حرز مثلها، فإن تلفت وهي في حرز مثلها لم يضمنها؛ لأنه غير مفرط، أما لو أحرزها في دون حرز مثلها، فتلفت أو سرقت فإنه يضمنها؛ لأنه مفرط، فيضمن ما يترتب على تفريطه[1].

باب اللقطة

إذا التقط الإنسان شيئاً يسيراً حقيراً في عرف الناس، بحيث يترفع عنه أوساط الناس، مثل السوط والعصا والحبل وما شابه ذلك من المحقرات، فإنه يمتلكها بمجرد التقاطها، ولا يجب عليه تعريفها. ولم يرد دليل ينهض للتحديد بين القليل الذي يجوز تملكه، وبين الكثير الذي لا يجوز تملكه، ويجب تعريفه، فوجب ردّه إلى العرف.

قال العلامة العز بن عبدالسلام ـ رحمه الله ـ: (التقاط كل مال حقير جرت العادة أن مالكه لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه، فإنه يجوز تملكه والارتفاق به لاطراد العادة ببذله[2].

---

(١) المغني (٦/٤٤٢)، قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/١٠٨).

(٢) قواعد الأحكام (٢/١١٣).

كتاب الوقف

المسألة الأولى:

لزوم الوقف بالقول والفعل الدال عليه:

أما القول: فيكون بالألفاظ الصريحة: وقفتُ، وحبّستُ، وسبّلت، ويكون بالألفاظ الكنائية إذا انضم إليها لفظ آخر من الألفاظ الباقية، أو ينوي معها الوقف، أو يذكر حكم الوقف.

أما الفعل: فيكون بكل ما جرى به العرف أنه دلالة على الوقف، وذلك كأن يبني داره مسجداً، ويأذن بالصلاة فيه، أو يجعله مقبرة ويأذن للناس بالدفن فيها ونحو ذلك، فهذا يلزم به الوقف على الراجح من أقوال العلماء؛ لأن للعرف دلالة على المقصود، كدلالة اللفظ الصريح[1].

المسألة الثانية:

تفاوت رواتب المدرسين الموقوف عليهم عرفاً:

إذا كان الوقف على مدرسة، فإن العرف يقضي بتفاوتهم فيما يأخذونه من الرواتب، على قدر منازلهم في الفقه والتفقه، والإعادة والتدريس[2].

المسألة الثالثة:

التدريس في مدارس الأوقاف يكون صباحاً للعرف:

إذا كان الوقف على التدريس، فإذن ذلك يحمل على أن يكون في الصباح، لجريان العرف بذلك، فلو أراد المدرس أن يغيره عن هذا الوقت لم يقبل منه، ومنع من ذلك، إلا أن يتغير العرف فيتغير الحكم تبعاً له؛ لأنه مبني عليه[3].

---

(١) المغني (٦/٧).

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/١١٤).

(٣) المصدر السابق.

المسألة الرابعة:

الوقف على العترة يتناول العشيرة عرفاً:

إذا وقف على عترته، فقد اختلف فيمن يتناوله هذا اللفظ:

١ ـ فقيل المراد: الذرية.

٢ ـ وقيل المراد: ذو القرابة.

٣ ـ وقيل المراد: العشيرة الأدنون في عرف الناس، وولده الذكور والإناث، وإن سفلوا، وبهذا فسره ابن قتيبة لقول أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ في محفل من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ: نحن عترة رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولم ينكر عليه أحد.

* * *

كتاب الوصايا

المسألة الأولى:

الوصية للجيران تشمل كل جار في العرف:

إذا وصى لجيرانه بوصية، فمن الجيران المستحقون لهذه الوصية؟ اختلف العلماء في ذلك:

١ ــ فقيل: أربعون داراً من كل جانب.

٢ ــ وقيل: المراد الجار الملاصق.

٣ ــ وقيل: أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين، فالجميع جيران. وإن كان عظيمين فكل أهل مسجد جيران.

٤ ــ وقيل: الجار هو المقارب، ويرجع في تحديد ذلك إلى العرف، وهذا هو الظاهر؛ لأن الجار لم يرد تحديده عن الشارع، وإن ورد بعض الأحاديث بالتحديد فهي ضعيفة، لا تنهض للاحتجاج[1].

المسألة الثانية:

الوصية لعترته تشمل كل عشيرته في العرف:

إذا وصى لعترته بوصية، فمن يشملهم هذا الاسم؟ اختلف في ذلك:

١ ــ فقيل: العترة: الأولاد وأولاد الأولاد فقط، ولا يدخل في ذلك العشيرة، وهذا تفسير ثعلب وابن الأعرابي.

٢ ــ وقيل العترة: عشيرته الأدنون، وولده الذكور والإناث، وإن سفلوا، فتصرف الوصية إليهم، وبهذا فسره ابن قتيبة، وهذا هو الظاهر؛ لأنه المشهور في عرف الناس، وكلام الإنسان ينزل منزلة عرفه وعادته في كلامه؛ لأنه هو المتبادر إلى الفهم[2].

---

(١) المغني (٦/٢٣٣، ٢٣٤).

(٢) المصدر السابق (٦/٢٣٢).

المسألة الثالثة:

الوصية بشاة تنصرف إلى الأنثى للعرف:

إذا وصى إنسان لآخر بشاة، فما الذي يعطاه الموصى له، اختلف في ذلك:

١ ــ فذهب جمهور الحنابلة إلى أنه يعطى ذكراً أو أنثى، فإن الشاة تطلق في اللغة على الذكر والأنثى، فتغلب الحقيقة اللغوية على العرف؛ لأنها الأصل، وعليها يحمل كلام الله وكلام رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ.

٢ ــ وذهب ابن قدامة من الحنابلة، وبعض الفقهاء إلى أنه يعطى ما يطلق عليه لفظ «شاة» في العرف، فالشاة تطلق على الأنثى في عرف الناس، وعلى هذا يعطى الموصى له شاة.

وهذا هو الظاهر؛ لأن المتكلم إنما يتكلم حسب عرفه فينزل كلامه على مقتضى عرفه؛ ولأنه هو المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق، حيث إن الحقيقة اللغوية لا يعرفها إلّا القليل من الناس[1].

---

(١) المغني (٦/٢٥٤، ٢٥٥)، والمقنع وحاشيته (٢/٣٧٧).

كتاب النكاح

المسألة الأولى:

الكفاءة في النكاح:

اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح، اختلافاً كثيراً، بعد اتفاقهم على اشتراط الكفاءة في الدين وكان اختلافهم هذا على اتجاهين:

الاتجاه الأول: تحديدها بأشياء معينة كالدين والمنصِب، أو الدين والمنصب والحرية والصناعة واليسار، أو هذه الأشياء الخمسة عدا الصناعة، أو هذه الأشياء الخمسة والسلامة من العيوب الأربعة: الجب والخصاء والعنة، والمرض المزمن المنفر.

الاتجاه الثاني: تحديد الكفاءة موكول إلى العرف، فما عده الناس من الأعمال والصفات شريفاً، فهو شريف، وما عده خسيساً فهو خسيس[1].

والعرف هذا يتغير من زمن لزمن ومن مكان لمكان. وأكثر البلدان الإسلامية في زماننا يعتبرون الكفاءة في اليسار، ولا يسألون عما عدا ذلك، إلا نادراً؛ لأن الأمور أصبحت تقاس بالمادة، ولا شيء غيرها.

المسألة الثانية:

زفاف العروس يبيح وطأها:

إذا زفت المرأة إلى زوجها ـ وهو لا يعرفها من قبل ـ جاز له وطؤها؛ لأن إدخالها عليه على ملأ من الناس دليل ظاهر على أنها زوجته؛ لأن ذلك الغالب من عادات الناس، حيث والتدليس في هذا الباب بعيد[2].

---

(١) المغني (٧/٣٣، ٣٤، ٣٥).

(٢) قواعد الأحكام (٢/١١٥، ١١٦).

المسألة الثالثة:

وجوب مهر المثل عند فساد التسمية:

إذا فسدت تسمية المهر، أو لم يسم للمرأة مهر أصلاً، صح النكاح، ووجب لها مهر المثل على ما جرى به العرف والعادة، فإن كانت المرأة من عِلْية القوم أعطيت مهراً مرتفعاً، وإن كانت متوسطة توسط لها فيه، وإن كانت دنيئة أعطيت مهراً حسب مستواها.

باب حد السرقة

الحرز في السرقة يرجع فيه للعرف:

من شروط حد السرقة: أن تكون العين المسروقة في حرز، والحرز يرجع فيه إلى العرف، فما عده الناس حرزاً فهو حرز، يوجب القطع، وما لا فلا، والحرز يختلف باختلاف المحروز، فحرز الذهب والفضة غير حرز الثياب، وحرز الغنم غير حرز الحطب، والحرز يختلف باختلاف الزمان والمكان، كما يختلف بقوة السلطان وضعفه.

يقول ابن قدامة في كتابه المغني: (والحرز: ما عدّ حرزاً في العرف، فإنه لمّا ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلّا من جهته، فيرجع إليه كما رجعنا إليه في معرفة القبض والفرقة في البيع وما شابه ذلك)[1].

ويقول الشافعي في الأم: (وانظر إلى المسروق فإن كان في الموضع الذي سرق فيه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز، فاقطع فيه، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز، فلا يقطع فيه)[2].

ويقول ابن رشد في بداية المجتهد: (والحرز عند مالك بالجملة: هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه)[3].

---

(١) المغني (١١١/٩).
(٢) الأم للشافعي (١٣٥/٦).
(٣) بداية المجتهد (٤٤٩/٢، ٤٥٠).

كتاب الأطعمة

المسألة الأولى:

للضيوف الأكل من الطعام المقدم للعرف:

إذا قدم المضيف لضيوفه الطعام وجعله بين أيديهم في وقت جرى العرف بأكلهم فيه، فإنه يجوز الأكل منه، للإذن العرفي، القائم مقام الإذن اللفظي، وفي ذلك يقول العز بن عبدالسلام ـ رحمه الله ـ: (تقديم الضيفان إذا كمل وضعه بين أيديهم، ودخل الوقت الذي جرت العادة بأكلهم فيه، فإنه يباح الإقدام عليه تنزيلاً للدلالة العرفية منزلة اللفظية، ولا يجوز لأحد منهم أن يطعم السنور ولا السائل ما لم يعلم من باذل الطعام الرضا بذلك، ولا يجوز للأراذل أن يأكلوا مما بين أيدي الأماثل من الأطعمة النفيسة المخصوصة بالأماثل، إذ لا دلالة على ذلك بلفظ ولا عرف، بل العرف زاجر عن ذلك)[1].

المسألة الثانية:

هل للضيف أن يأكل أكثر مما يقتضيه العرف؟:

إذا كان الضيف شرهاً بحيث يأكل أكثر مما يأكله خمسة أنفار، والمضيف لا يعرف مقدار أكله، فهل يجوز له أن يأكل مقدار شبعه؟.

فذهب العز بن عبدالسلام ـ رحمه الله ـ إلى عدم الجواز، معللاً ذلك بانتفاء الإذن اللفظي والعرفي فيما زاد على ذلك[2].

وفي رأيي أن الطعام إذا كان كثيراً بحيث يكفيه وسائر الضيوف، فلا مانع من أن يأكل حتى يشبع؛ لأنه إذا لم يأكله فسيكون من نصيب القمامة، وإن كان الطعام قليلاً، فلا يجوز أن يزيد في أكله عما يقتضيه العرف.

---

(١) قواعد الأحكام (٢/١١١).

(٢) المصدر السابق (٢/١١١، ١١٢).

كتاب الأيمان

المسألة الأولى:

الأيمان مبنية على العرف:

يصرح جمهور الفقهاء بأن الأيمان مبنية على العرف، فينزل لفظ الحالف على مقتضى عادته وعرفه؛ لأنه لا يريد بكلامه إلا ما هو متعارف، وفيما يلي بيان المذاهب الأربعة في الموضوع:

مذهب الحنابلة:

ذهب الحنابلة ـ رحمهم الله تعالى ـ: إلى أن ألفاظ الأيمان ترجع إلى أربعة أمور مرتبة على النحو الآتي:

الأول: النية: فمتى حلف ونوى شيئاً مما يحتمله لفظه، حمل على ما نواه، فمن نوى بالسقف السماء، وبالفراش الأرض، قبل منه ذلك.

الثاني: سبب اليمين وما هيجها؛ لدلالته على نية الحالف، فإذا حلف ليقضينه دينه غداً، فقضاه قبل ذلك لم يحنث؛ لأن سبب اليمين والذي هيجها: أنه يريد المسارعة في إيفائه حقه.

الثالث: إذا عدم الأمران المتقدمان: رجع إلى التعيين؛ لأنه ينفي الإبهام بالكلية، فمن حلف لا يلبس هذا القميص، ولا نية له، وليس هناك سبب لليمين، فإذا جعله سراويل ثم لبسه حنث.

الرابع: إذا عدمت الثلاثة المتقدمة رجع إلى ما يتناول الاسم، وهو ثلاثة أقسام:

١ ــ شرعي: وهو ما له موضوع في اللغة وموضوع في الشرع، كالصلاة، فينصرف إلى الموضوع الشرعي، إلا الحج والعمرة فيشمل الصحيح والفاسد.

٢ ــ حقيقي: وهو الذي لم يغلب مجازه على حقيقته، كاللحم، فإذا

حلف: لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل الشحم والمخ والكرش والطحال، ونحو ذلك.

٣ ـ عرفي: وهو ما اشتهر مجازه على حقيقته كالراوية، فإنها في العرف للمزادة، وفي الحقيقة: للجمل الذي يستقى عليه[١].

مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية ـ رحمهم الله ـ إلى أن الأيمان ترجع إلى النية إذا احتملها اللفظ، ثم ترجع إلى العرف.

قال في الدر المختار: (وعندنا على العرف ما لم ينو ما يحتمله اللفظ)[٢].

أما سبب اليمين أو بساط اليمين: فقد اعتبروه أيضاً، إلا أنهم سموه بالقرينة العرفية، واشترطوا فيه أن يحتمله اللفظ؛ لأن دلالة العرف ـ كما يقول ابن عابدين ـ لا تأثير لها في جعل غير الملفوظ ملفوظاً[٣].

وفي ذلك يقول الشيخ أحمد أبو سنه: (ثم إن تقديم بساط اليمين عند المالكية والحنابلة ليس مخالفة لنا، بل نحن قائلون به في الجملة ومتدرج عندنا في بناء اليمين على العرف، إذ البساط ليس إلّا قرينة عرفية في الكلام مالية أو فعالية)[٤].

مذهب المالكية:

المشهور من مذهب مالك ـ رحمه الله ـ: أنه يرجع في الأيمان إلى النية، ثم بساط اليمين، ثم العرف، ثم دلالة اللفظ اللغوية.

قال ابن رشد في البداية: (وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر أولاً عنده في الأيمان التي لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية،

---

(١) انظر: الروض المربع (٣/٣٧٣) مطبوع مع حاشية العنقري.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (٣/٧٤٣).
(٣) انظر: المصدر السابق (٣/٧٤٤).
(٤) انظر: العرف والعادة لأبي سنه ص (١٥٨).

فإن عدمت فقرينة الحال، فإن عدمت فعرف اللفظ، فإن عدم فدلالة اللغة)[1].

مذهب الشافعية:

أما الشافعية ـ رحمهم الله ـ فالنية هي المقدمة، فإن لم توجد، فالصحيح: الأخذ بالعرف. والأصح الأخذ بالحقيقة اللغوية.

قال في المنهاج: (والأصح: تناوله لحم رأس ولسان وشحم ظهر وجنب)[2].

وقال السيوطي في أشباهه: (حلف لا يسكن بيتاً، فإن كان بدوياً حنث بالمبنى وغيره؛ لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة؛ لأن الكل يسمونه بيتاً، وإن كان من أهل القرى: فوجهان، بناء على الأصل المذكور، إن اعتبرنا العرف لم يحنث، والأصح يحنث)[3].

والخلاصة: أن المذاهب الأربعة متفقة على تقديم النية على غيرها، ثم تختلف بعد ذلك، فالحنابلة: يجعلون العرف في المرتبة الرابعة، أي: بعد النية، وسبب اليمين، والتعيين.

أما الحنفية: فيجعلونه في المرتبة الثانية، أي: بعد النية.

أما المالكية: فيجعلونه في المرتبة الثالثة على المشهور عندهم أي: بعد النية وبساط اليمين.

أما الشافعية: فجعلونه على الصحيح في المرتبة الثانية، وعلى الأصح يعمل بالحقيقة اللغوية.

---

(١) انظر: بداية المجتهد (١/٤١٦).
(٢) انظر: المنهاج مع شرحه مغني المحتاج (٤/٣٣٧).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٠٤).

كتاب القضاء وطرقه

المسألة الأولى:

أعمال القاضي العام:

إذا ولي القاضي ولاية عامة، فما الأعمال التي يتولاها؟.

حصرها ابن قدامة ـ رحمه الله ـ في عشرة أشياء هي: فصل الخصومات، واستيفاء الحق ممن هو عليه، ودفعه إلى ربه، والنظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس، والنظر في الوقوف في عمله بإجرائها على شرط الواقف، وتنفيذ الوصايا، وتزويج النساء اللائي لا وليّ لهن، وإقامة الحدود، وإقامة الجمعة، والنظر في مصالح عمله بكف الأذى عن طريق المسلمين وأفنيتهم، وتصفح حال شهوده وأمنائه والاستبدال بمن ثبت جَرْحه منهم)[1].

وقد مال بعض الفقهاء إلى أن أعمال القاضي العام ليست محدودة بعدد، بل ذلك مناط بالعرف الجاري، فيتولى من الأعمال ما يتولاه مثله من القضاة، وهذه الأعمال تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان.

فالأمور العشرة التي ذكرها ابن قدامة، قد أنيط بعضها ـ في عصرنا ـ بإدارة مسئولة، كتزويج النساء، وشؤون الأوقاف، وكف الأذى عن طرق المسلمين، فقد أنيط الأول إلى مأذوني عقود الأنكحة، وأنيط الثاني إلى وزارة الحج والأوقاف، كما أنيط الثالث إلى شؤون البلديات.

وهذا الرأي هو الراجح؛ لأنه لم يرد دليل من الشارع بتحديد أعمال القاضي العام، فيرجع فيه إلى أعراف الناس وعاداتهم.

وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ.

---

(١) المقنع (٦٠٨/٣) مطبوع مع حاشيته.

المسألة الثانية:

رد الدعوى إذا كذبها العرف:

من شروط قبول الدعوى انفكاكها عما يكذبها في العرف والعادة، فإذا قضى العرف أو العادة بتكذيبها، فإنها لا تسمع، وذلك كأن يدعي إنسان على الملك بأنه اشترى منه حزمة بقل، ولم يوفه ثمنها، فإن العرف يستبعد أن ينزل الملك إلى السوق في عصرنا الحاضر، فضلاً عن أن يشتري حزمة بقل، ولا يوفي صاحبها ثمنها.

المسألة الثالثة:

تنزيل كلام المتخاصمين على عرفهم:

يجب على القاضي أن ينزل كلام المتخاصمين في دعواهم وإجابتهم على مقتضى عرفهم وعادتهم في كلامهم، ولا يجوز له أن يجمد على منقولات الفقهاء التي قد سجلوها في كتبهم.

فمثلاً: جاء في كتاب الروض المربع شرح زاد المستقنع ما نصه: (فإن حلف المنكر خلى الحاكم سبيله، ثم إن أحضر المدعي بينة عليه، حكم القاضي بها، ولم تكن اليمين مزيلة، هذا إذا لم يكن قال: لا بينة لي، فإن قال ذلك، ثم أقامها: لم تسمع؛ لأنه مكذب لها)[1]. فمن الذي يفرق بين قوله: لا بينة لي، وبين لا أعلم لي بينة، إلا خاصة الخاصة من طلاب العلم، فيجب أن ينتبه القاضي لمثل هذه العبارات.

المسألة الرابعة:

الضرر في القسمة يرجع فيه إلى العرف:

من المعلوم أن القسمة على نوعين:

قسمة تراضٍ: وهي التي لا يمكن قسمتها إلا بضرر أو ردٍّ عوض.

---

(١) الروض المربع شرح زاد المستنقع (٣/٣٩٨) مطبوع مع حاشية العنقري.

وقسمة إجبار: وهي عكس قسمة التراضي.

ومعرفة الضرر هنا عائدة إلى عرف الناس، فما عدوه من القسمة مضراً فهو قسمة تراضٍ، لا تجوز إلا بتراضيهما، وما عدوه غير مضر، فهو قسمة إجبار، تجوز بالرضا وعدمه، يجبر الممتنع منهما على القسمة.

المسألة الخامسة:

اختلاف الزوجين في متاع البيت:

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بموجبها، وإن لم تكن هناك بينة، فإنه يحكم بينهما بمقتضى العرف، وذلك: أن ما يصلح للرجل من ثياب وكتب وسلاح، فله، وما يصلح للمرأة من ثياب وحلي وأدوات فلها، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة.

وذهب الإمام الشافعي: إلى التسوية بينهما؛ لأن المدعى به في أيديهما، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر.

وقد خالفه بعض أصحابه كالعز بن عبدالسلام، حيث قال: (إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعاه كل واحد منهما، أو ادعى أحدهما الاشتراك في الجميع، فإن الشافعي ـ رحمه الله ـ يسوي بينهما نظراً إلى الظاهر المستفاد من اليد، وبعض العلماء يخص كل واحد منهما بما يليق به نظراً إلى الظاهر المستفاد من العادة الغالبة، وهذا مذهب ظاهر متجه، فإذا كان الزوج جندياً فادعى أنه شريك المرأة في مغازلها وحقافها ومقانعها، وادعت المرأة أنها شريكته في خيله وسلاحه وأقبيته ومناطقه وجبته كخوذته وبردته، فإنا نجد في أنفسنا ظنّاً لا يمكننا دفعه: أن ما يختص بالأجناد للزوج، وما يختص بالنساء للمرأة)[1].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام (٤٧/٢) كما يراجع في نفس الموضوع المغني (٣٩٣/٥)، والفروق للقرافي (١٤٨/٣) وما بعدها.

المسألة السادسة:

الاستثناء في الإقرار:

لا يصح الاستثناء مما أقر به إلّا أن يكون ذلك الاستثناء في العرف والعادة، بحيث لا يسكت سكوتاً طويلاً يظن معه عدم الاستثناء، فإن لم يتصل فلا يصح استثناؤه، ويلزمه ما أقر به كاملاً[1].

المسألة السابعة:

الإقرار بالمجمل:

إذا أقر إنسان لآخر بمجمل، فإنه يحمل في إقراره على ما جرت به عادة مثله. فلو أقر المَلِك لإنسان بمجمل، ثم أراد تفسيره بشيء حقير لا يتلاءم مع منزلته فإنه لا يقبل منه؛ لأن العادة تمنع من أن يكون الملك في حاجة إلى الشيء الحقير.

أما لو كان المقر بالمجمل صعلوكاً فإنه يقبل منه؛ لأن العرف لا يمنع من ذلك، والعرف يجري مجرى النطق في كثير من الأمور.

* * *

(١) انظر: تيسير التحرير (١/ ٣٩٠).

تحميل كتب و رسائل علمية
قناة عامة
معلومات
t.me/tahmilkutubwarosaililmiyah
رابط الدعوة
الإشعارات
معطّلة

الخاتمة

«مقارنة بين العرف في الفقه والعرف في القانون»

من الخطل في القول، والسفاهة في الرأي: أن تقارن نظريات الفقه الإسلامي، بنظريات القانون الوضعي، وذلك للبون الشاسع بين شرع الله وتقنين الإنسان، بين الخالق والمخلوق، بين الثريا والثرى، ولكن هذا لا يمنع من أن نلقي نظرة خاطفة على نظرية العرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ولا تثريب علينا في ذلك ما دمنا نريد بيان الحقيقة للناس، ليقف عليها من يريد الفهم والإنصاف.

فنقول: إن هناك توافقاً في جوانب، وتخالفاً في جوانب أخرى:

أما الجوانب المتفق فيها:

فتتلخص في الأمور الآتية:

الأول: أن للعرف دوراً هاماً في قسم المعاملات في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، فكثيراً ما تجد العرف هو المحكم في بيع الناس وشرائهم، بل وفي معاملاتهم كلها.

الثاني: أن كلاً من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، يحيل في نصوصه على العرف في كثير من المسائل فمثلاً: الفقه الإسلامي، أحال على العرف في مقدار النفقة وجنسها، والتفرق في البيع، والحرز في الوديعة وفي باب السرقة، كما أن القانون يحيل على العرف، لأن كل إقليم

له عرفه الخاص به، والقانون لا يمكنه التنصيص على عرف كل إقليم؛ لأنه يؤدي إلى التناقض والاضطراب، حيث إن العرف في إقليم قد يكون مخالفاً لعرف الإقليم الآخر[1].

الثالث: أن كلاً من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا يعتبر العرف إذا عارض نصوصه، اللهم إلا إذا كان العرف موجوداً في عهد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ كما مضى الحديث عن ذلك في تعارض العرف مع النصوص الشرعية. وكذلك ما سارت عليه بعض الدول من جعل العرف في منزلة التقنين.

الرابع: يشترط للعرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: أن يكون مطرداً وثابتاً، وموجوداً عند إنشاء التصرف، حتى يتمكن الفقيه والقانوني من الإلزام به، وبناء الحكم عليه.

الخامس: أن كلاً من الفقيه في الشريعة الإسلامية، والقانوني في القانون الوضعي في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف، حتى يتمكنا من إجراء الحكم على الوجه السليم.

أما الجوانب المختلف فيها:

فيمكن الإشارة إلى أهمها فيما يلي:

أولاً: أن العرف في الفقه الإسلامي يعتمد في إقراره والإلزام به على شريعة الله تعالى العالم بما يصلح للناس؛ لأنه خالقهم، وخالق الحقيقة أعلم بما يصلح لها.

أما العرف في القانون الوضعي: فإنه يعتمد في إقراره والإلزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، يعتريه القصور والنقص؛ لأن صانعه قاصر ناقص، والصنعة تأخذ صفة صانعها.

ثانياً: أن العرف في القانون مصدر أصيل من مصادره العامة، فهو

---

(١) المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقس ص (٣٠٧، ٣٠٨).

ثاني مصدر للقانون الحديث، بل هو والتقنين في مرتبة واحدة لدى بعض الدول.

أما العرف في الشريعة الإسلامية: فلا يعدو أن يكون قاعدة من قواعدها الفقهية، يعمل به في نطاق خاص.

ثالثاً: أن الشريعة الإسلامية: لا تعتبر من الأعراف إلا ما كان صحيحاً، يحقق المصلحة للناس، ولذلك قسم الفقهاء العرف إلى صحيح وفاسد.

أما العرف في القانون، فلا تعتبر فيه هذه النظرة، بل يعمل بالعرف الفاسد كما يعمل بالعرف الصحيح، ولذلك لم يقسم القانونيون العرف إلى صحيح وفاسد، شأن علماء الشريعة الإسلامية.

رابعاً: العرف في الفقه الإسلامي يأتي في وسائل العبادات، بل وفي جميع أبوابه، وهذا بخلاف العرف في القانون، فإنه لا دخل له إلا في المعاملات، انطلاقاً من مبدأ فصل الدين عن الدولة، وأن ما لله لله وما لقيصر لقيصر.

خامساً: أن العرف في الشريعة الإسلامية منظم وموجه، ومن ثم عبّر القرآن الكريم عنه بالمعروف في أكثر من موضع، وهذا بخلاف القانون: فإنه منظم وليس بموجه؛ لأنه فقد الصيغة الدينية التي تذكي الشعور، وتحاسب الضمير.

سادساً: أن العادة في الفقه الإسلامي أعم من العرف، فكل عرف عادة من غير عكس، أما القانون فإنه يعتبر العادة مرحلة أولية للعرف، أي: الركن المادي له، فإذا ما توفر فيهما الركن المعنوي «اعتقاد الناس بأن هذه العادة ملزمة» ارتقت إلى درجة العرف.

وإلى هنا نأتي إلى نهاية هذا البحث الذي يعالج نظرية «العرف» التي تعد من أوسع النظريات في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية «العرف» في

القانون، وليقف المنصف على مدى حيوية ونماء الفقه الإسلامي، وصلاحه لكل زمان ومكان، رضي الأعداء أم سخطوا، فالحق يجب أن يعلو ويجب أن يقال. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

* * *

المراجع

أولاً: التفسير

١ ــ أحكام القرآن: محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، ط. الحلبي.

٢ ــ أحكام القرآن: أبو بكر أحمد بن علي الرازي، ط. مطبعة الأوقاف الإسلامية.

٣ ــ إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الحكيم: محمد بن محمد العمادي المعروف بأبي السعود، ط. محمد علي صبيح.

٤ ــ تفسير القرآن العظيم: أبو الفداء إسماعيل بن كثير، ط. دار إحياء الكتب العربية.

٥ ــ تفسير آيات الأحكام: مناع القطان، ط. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر.

٦ ــ تفسير المنار: محمد رشيد رضا، ط. دار المنار.

٧ ــ التفسير الكبير: محمد فخرالدين الرازي، الطبعة الأولى.

٨ ــ الجامع لأحكام القرآن: أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، ط. مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة.

٩ ــ جامع البيان: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، ط. الحلبي.

١٠ ــ روح المعاني: شهاب الدين محمود الألوسي، ط. المطبعة المنيرية.

١١ ــ فتح القدير: محمد بن علي الشوكاني، ط. الحلبي.

١٢ ـ الفتوحات الإلهية: سليمان بن عمر العجيلي الشهير بالجمل، ط. مطبعة الاستقامة.
١٣ ـ الكشاف: محمود بن عمر الزمخشري، ط. الحلبي.

ثانياً: الحديث

١٤ ـ التلخيص الحبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط. شركة الطباعة الفنية بمصر.
١٥ ـ سبل السلام: محمد بن إسماعيل الصنعاني، ط. مطبعة الإمام بمصر.
١٦ ـ سنن البيهقي الطبعة الأولى.
١٧ ـ سنن الترمذي: أبو عيسى الترمذي، ط. الحلبي.
١٨ ـ سنن الدارمي: أبو محمد الدارمي، تخريج اليماني المدني، ط. شركة الطباعة الفنية المتحدة.
١٩ ـ سنن أبي داود: أبو داود السجستاني، تحقيق الدعاس، ط. دار الكتب العلمية، بيروت.
٢٠ ـ سنن ابن ماجه: أبو عبدالله القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط. الحلبي.
٢١ ـ سنن النسائي: الطبعة الأولى المفهرسة.
٢٢ ـ شرح صحيح مسلم: محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط. المطبعة المصرية.
٢٣ ـ صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، ط. محمد علي صبيح.
٢٤ ـ فتح الباري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط. مطبعة بولاق.
٢٥ ـ المسند: الإمام أحمد، ط. المكتب الإسلامي بدمشق.
٢٦ ـ المقاصد الحسنة: محمد بن عبدالرحمٰن السخاوي، ط. دار الأدب العربي للطباعة.

٢٧ ـ نصب الراية: عبدالله بن يوسف الزيلعي، الطبعة الأولى.
٢٨ ـ نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني، ط. الحلبي.

ثالثاً: أصول الفقه

٢٩ ـ الإبهاج شرح المنهاج: تقي الدين السبكي وتاج الدين السبكي، ط. مطبعة التوفيق الأدبية.
٣٠ ـ إرشاد الفحول: محمد بن علي الشوكاني، ط. مطبعة الحلبي.
٣١ ـ الإحكام في أصول الأحكام: أبو محمد علي بن حزم، ط. مطبعة الإمام.
٣٢ ـ الإحكام في أصول الأحكام: سيف الدين الآمدي، ط. مؤسسة النور للطباعة.
٣٣ ـ أصول السرخسي: محمد بن أبي سهل (السرخسي)، ط. دار الكتاب العربي.
٣٤ ـ أصول الفقه: محمد أبو زهرة، ط. دار الثقافة العربية للطباعة.
٣٥ ـ الأصول العامة: محمد تقي الحكيم، الطبعة الأولى.
٣٦ ـ التلويح على التوضيح: سعدالدين مسعود بن عمر التفتازاني، ط. الخيرية.
٣٧ ـ تيسير التحرير: محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، ط. محمد علي صبيح.
٣٨ ـ التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ط. بولاق.
٣٩ ـ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: شهاب الدين محمود الزنجاني، ط. جامعة دمشق.
٤٠ ـ حاشية البناني على جمع الجوامع: العلامة البناني، ط. دار إحياء الكتب العربية.
٤١ ـ روضة الناظر: موفق الدين عبدالله أحمد بن قدامة، ط. السلفية.
٤٢ ـ العرف والعادة في رأي الفقهاء: أحمد أبو سنة، ط. الأزهر.

٤٣ ـ العرف وأثره في التشريع الإسلامي: دكتور السيد صالح عوض النجار، مطبوع بالاستنسل.
٤٤ ـ علم أصول الفقه: عبدالوهاب خلاّف، ط. دار القلم.
٤٥ ـ فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت: أبو العباس عبدالعلي الكنوي، ط. الأميرية.
٤٦ ـ فتاوى ابن تيمية: أحمد بن تيمية، ط. مطابع الرياض.
٤٧ ـ كشف أسرار البزدوي: عبدالعزيز البخاري، ط. الآستانة.
٤٨ ـ المسودة في أصول الفقه: لثلاثة من آل تيمية، ط. مطبعة المدني.
٤٩ ـ المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ط. مطبعة مصطفى محمد.
٥٠ ـ نهاية السول شرح منهاج الأصول: جمال الدين الإسنوي، ط. محمد علي صبيح.
٥١ ـ منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول: محمد بن الحسن البدخشي.
٥٢ ـ المعتمد في أصول الفقه: لأبي الحسين البصري، ط. المعهد الفرنسي العلمي بدمشق.
٥٣ ـ المدخل لمذهب الإمام أحمد: عبدالقادر بن أحمد بدران، ط. المطبعة المنيرية.
٥٤ ـ مصادر التشريع فيما لا نص فيه: عبدالوهاب خلاّف، ط. الدار الكويتية.
٥٥ ـ الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: الدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية.

رابعاً: الفقه وقواعده

٥٦ ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، ط. مكتبة المطبوعات الإسلامية.

٥٧ ـ الأشباه والنظائر: زين العابدين إبراهيم بن نجيم الحنفي، ط. الحلبي.
٥٨ ـ الأشباه والنظائر: جلال الدين عبدالرحمٰن السيوطي الشافعي، ط. الحلبي.
٥٩ ـ إعلام الموقعين: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، ط. السعادة بمصر.
٦٠ ـ الاعتصام: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المعروف بالشاطبي، ط. السعادة بمصر.
٦١ ـ إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، ط. الحلبي.
٦٢ ـ الأم: محمد بن إدريس الشافعي، طبعة قديمة.
٦٣ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: أبو بكر بن مسعود الكاساني، الطبعة الأولى.
٦٤ ـ البحر الزخار: أحمد بن يحيى مرتضى، ط. السعادة.
٦٥ ـ تبيين الحقائق: أبو محمد فخرالدين الزيلعي، ط. بولاق.
٦٦ ـ تهذيب الفروق: محمد بن علي بن حسين، ط. إحياء الكتب العربية.
٦٧ ـ تبصرة الحكام: برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون، طبعة قديمة.
٦٨ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن عرفة الدسوقي، ط. المطبعة الأزهرية.
٦٩ ـ حاشية ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، ط. الحلبي.
٧٠ ـ رسائل ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، ط. سر رجنبلي كاش جوارنده.
٧١ ـ الروض المربع: منصور بن يونس البهوتي، ط. السعادة.

٧٢ ـ زاد المعاد: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، ط. مطبعة مصر ومكتبتها.
٧٣ ـ شرح البهجة: زكريا الأنصاري، ط. المطبعة الميمنية بمصر.
٧٤ ـ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان: محمد الخضر حسين، ط. المطبعة التعاونية بدمشق.
٧٥ ـ فتح القدير: الكمال بن الهمام، ط. مصطفى محمد.
٧٦ ـ فتاوى ابن حجر الهيتمي: ابن حجر الهيتمي، ط. مطبعة عبدالحميد حنفي.
٧٧ ـ الفروق: أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، ط. إحياء الكتب العربية.
٧٨ ـ القواعد: أبو الفرج عبدالرحمٰن بن رجب الحنبلي، ط. مطبعة الصدق الخيرية بمصر.
٧٩ ـ قواعد الأحكام: عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، ط. الاستقامة.
٨٠ ـ كشاف القناع: منصور بن يوسف البهوتي، ط. مكتبة الرياض الحديثة.
٨١ ـ المغني: موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط. الفجالة الجديدة.
٨٢ ـ المحلى: أبو محمد علي بن حزم، ط. دار الاتحاد العربي للطباعة.
٨٣ ـ المقنع: موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط. السلفية.
٨٤ ـ مغني المحتاج شرح المنهاج: محمد الخطيب الشربيني، ط. الاستقامة بالقاهرة.
٨٥ ـ المبسوط: شمس الدين السرخسي، ط. السعادة.
٨٦ ـ مجلة الأحكام العدلية: جماعة من العلماء، ط. مطبعة شعاركو.

٨٧ ـ المجموع شرح المهذب: محيي الدين بن شرف النووي، ط. المطبعة العربية بمصر.

٨٨ ـ الموافقات في أصول الأحكام: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المعروف بالشاطبي، ط. محمد علي صبيح وأولاده.

٨٩ ـ المدخل الفقهي العام: مصطفى بن أحمد الزرقاء، ط. دار الفكر ببيروت.

٩٠ ـ مدخل الفقه الإسلامي: محمد سلام مدكور، ط. الدار القومية للطباعة.

٩١ ـ معين الحكام: علاءالدين الطرابلسي، ط. المطبعة الميمنية بمصر.

خامساً القانون

٩٢ ـ أصول القانون: الدكتور حسن كيره، الطبعة الثانية.

٩٣ ـ الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام: علي علي منصور، ط. دار القلم.

٩٤ ـ القانون الدولي العام: الدكتور علي صادق أبو هيف، الطبعة التاسعة.

٩٥ ـ القانون الإداري: الدكتور طعيمة الجرف، ط. دار الحمامي للطباعة.

٩٦ ـ المدخل إلى التاريخ العام للقانون: الدكتور محمد معروف الدواليبي.

٩٧ ـ المدخل للعلوم القانونية: الدكتور سليمان مرقس، ط. المطبعة العالمية.

٩٨ ـ المدخل لدراسة القانون: الدكتور شمس الدين الوكيل، الطبعة الأولى.

٩٩ ـ نظرية القانون: الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي، ط. مطبعة نهضة مصر بالفجالة.

سادساً: اللغة

١٠٠ ـ تاج العروس: محب الدين الزبيدي، ط. المطبعة الخيرية بمصر.

١٠١ ـ التعريفات: الجرجاني، ط. الحلبي.

١٠٢ ـ القاموس المحيط: مجدالدين الفيروزآبادي، ط. مطبعة السعادة بمصر.

١٠٣ ـ اللسان: جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، ط. مطبعة بولاق.

١٠٤ ـ معجم مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ط. مطبعة الحلبي.

سابعاً: متنوع

١٠٥ ـ التشريع الجنائي الإسلامي: عبدالقادر عودة، ط. مطبعة المدني.

١٠٦ ـ علم الاجتماع: الدكتور العرقسوسي، والدكتور عبدالكريم عثمان والأستاذ عبدالرحمٰن النحلاوي، ط. مؤسسة الأنوار.

١٠٧ ـ علم النفس: الدكتور العرقسوسي والدكتور عبدالكريم عثمان والأستاذ عبدالرحمٰن النحلاوي، ط. مؤسسة الأنوار.

١٠٨ ـ مقدمة ابن خلدون: عبدالرحمٰن بن خلدون، ط. مطبعة دار إحياء التراث العربي.

* * *

الفهرس

الموضوع	الصفحة
الاستفتاح	٧
خطة البحث	٩
المقدمة وتتضمن:	١٣
نبذة تاريخية عن العرف	١٥
منزلة العرف في الفقه الإسلامي	١٨
منزلة العرف في القانون	٢٠
ـــ الباب الأول: العرف من حيث كونه قاعدة فقهية ويتضمن: ـــ	**٢٣**
العرف في اللغة	٢٧
معنى العرف في الفقه الإسلامي	٣١
معنى العرف في القانون	٣٦
معنى العرف في علم الاجتماع	٣٩
معنى العادة في اللغة	٤٣
معنى العادة في الفقه الإسلامي	٤٤
معنى العادة في القانون	٤٦
معنى العادة في علم النفس	٤٧
الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء	٤٨
الفرق بين العرف والعادة عند القانونيين	٥٠
الفرق بين العرف والإجماع	٥١
أسباب العرف	٥٥

الموضوع	الصفحة

سلطان العرف على النفوس ٥٧
تقسيم العرف في الفقه الإسلامي ٦٥
تقسيمه إلى صحيح وفاسد ٦٥
تقسيمه إلى قولي وعملي ٦٨
تقسيمه إلى عام وخاص ٧٨
أقسام العرف في القانون ٨٤
شروط العرف في الفقه الإسلامي ٨٩
الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً ٨٩
الشرط الثاني: أن يكون العرف عاماً ٩٣
الشرط الثالث: ألا يخالف العرف نصاً شرعياً ٩٧
الشرط الرابع: أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف ٩٩
الشرط الخامس: ألا يعارضه تصريح بخلافه ١٠١
الشرط السادس: أن يكون العرف ملزماً ١٠٢
شروط العرف في القانون: ١٠٥
أن يكون العرف عاماً ١٠٥
أن يكون العرف قديماً ١٠٥
أن يكون العرف ثابتاً ومطرداً ١٠٥
أن يكون العرف محترماً من قبل الجميع ١٠٦
أن يكون العرف موافقاً للآداب العامة ١٠٦
حجية العرف: ١٠٧
الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ ورد ذلك ١٠٩
الاستدلال بقوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً الحديث، وردّ ذلك .. ١١٣
استناد العرف على السنة التقريرية ١٢٠
استناد العرف على الإجماع العملي ١٢٤
استناد العرف على المصلحة المرسلة ١٢٨
الأدلة المطلقة التي أحالت على العرف ١٣٠

الموضوع	الصفحة

تعارض العرف مع غيره في الفقه الإسلامي: ١٤١
تعارض العرف مع الأدلة الشرعية ١٤٣
تعارض العرف مع اللغة ١٦٩
تعارض العرف العام مع الخاص ١٧٧
تعارض العرف مع الاجتهاد ١٧٨
تعارض العرف مع غيره في القانون ١٨١
الحاجة إلى معرفة العرف: ١٨٧
حاجة الفقيه إلى العلم بالعرف ١٨٧
حاجة المفسر إلى معرفة العرف ١٩١
حاجة الداعية إلى العلم بالعرف ١٩٥
حاجة المقنن إلى العلم بالعرف ١٩٧
ـــ الباب الثاني: المجال التطبيقي للعرف ويتضمن ما يلي: ـــ ١٩٩
توطئة ٢٠١
كتاب الطهارة: ٢٠٢
العفو عن يسير الماء المستعمل إذا وقع في غير المستعمل ٢٠٢
يعفى عن يسير الدم النجس ٢٠٣
الموالاة في الوضوء يرجع فيها للعرف ٢٠٣
صغر ضبة الفضة وكبرها في الإناء يرجع فيه للعرف ٢٠٤
يرجع في الحيض قلة وكثرة إلى عادة المرأة ٢٠٤
أقل مدة الطهر بين الحيضتين يرجع فيها للعادة ٢٠٥
كتاب الصلاة: ٢٠٦
العمل اليسير في الصلاة لا يبطلها ٢٠٦
جمع الصلاة في وقت الأولى لا يبطلها الفارق اليسير عرفاً ٢٠٦
كتاب الزكاة: ٢٠٧
في الخمس من الإبل شاة من شياه البلد ٢٠٧
يباح للنساء من الحلي ما جرت به العادة ٢٠٧

الموضوع	الصفحة

وجوب الفطرة من غالب قوت البلد ٢٠٧
كتاب الصيام: ٢٠٩
تحديد مدة السفر يرجع فيها للعرف ٢٠٩
يجوز صوم يوم الشك لمن له عادة ٢١٠
كتاب الحج: ٢١١
يشترط لوجوب الحج إمكان المسير في العادة ٢١١
يشترط لوجوب الحج وجود الرحلة الصالحة لمثله ٢١١
كتاب البيوع: ٢١٢
ألفاظ العقود في البيع والشراء يرجع فيها للعرف ٢١٢
دخول الأبنية والأشجار في بيع الدار للعرف ٢١٣
توزيع القيمة على الأعيان المبيعة حسب العرف ٢١٣
قبض كل شيء بحسبه في العرف ٢١٣
الزمن بين الإيجاب والقبول يرجع فيه إلى العرف ٢١٤
باب الخيار: ٢١٤
التفرق في خيار المجلس يرجع فيه للعرف ٢١٤
ما يثبت فيه خيار الغبن مرجعه للعرف ٢١٤
كتاب الضمان: ٢١٦
المتقوّم يضمن بنقد البلد المتعارف عليه ٢١٦
لا يضمن الأجير إذا لم يفرط في العادة ٢١٦
لا يضمن المستأجر إذا ضرب الدابة بما جرت به العادة ٢١٦
كتاب الوكالة: ٢١٧
التوكيل في البيع يتقيد بثمن المثل ٢١٧
التوكيل في التزويج يتقيد بالكفء ومهر المثل ٢١٧
الوكيل في البيع لا يبيع من نفسه لعدم قصد الوكيل ذلك في العرف ٢١٧
الوكيل يتصرف حسب إذن موكله نطقاً أو عرفاً ٢١٨
للوكيل أن ينيب غيره فيما لا يعمله مثله ٢١٨

الموضوع	الصفحة

يجب على الوكيل أن يشهد على قضاء دين موكله ٢١٨
كتاب الإجارة: ٢١٩
الخيَّاط والغسَّال يستحقان الأجرة عرفاً ٢١٩
معرفة المنفعة في الإجارة بالعرف أو الوصف ٢١٩
باب الوديعة: ٢٢٠
تحفظ الوديعة في حرز مثلها عرفاً ٢٢٠
باب اللقطة: ٢٢٠
يجوز التقاط الأمر الحقير عرفاً ولا يجب تعريفه ٢٢٠
كتاب الوقف: ٢٢١
لزوم الوقف بالقول والفعل الدال عليه عرفاً ٢٢١
تفاوت رواتب المدرسين الموقوف عليهم عرفاً ٢٢١
التدريس في مدارس الأوقاف يكون صباحاً للعرف ٢٢١
الوقف على العترة يتناول العشيرة عرفاً ٢٢٢
كتاب الوصايا: ٢٢٣
الوصية للجيران تشمل كل الجيران في العرف ٢٢٣
الوصية لعترته تشمل كل عشيرته في العرف ٢٢٣
الوصية بشاة تنصرف إلى الأنثى للعرف ٢٢٤
كتاب النكاح: ٢٢٥
الكفاءة في النكاح يرجع فيها للعرف ٢٢٥
زفاف العروس يبيح وطأها للعرف ٢٢٦
وجوب مهر المثل عند فساد التسمية ٢٢٥
باب حد السرقة: ٢٢٧
الحرز في السرقة يرجع فيه للعرف ٢٢٧
كتاب الأطعمة: ٢٢٨
للضيوف الأكل من الطعام المقدم للعرف ٢٢٨
هل للضيف أن يأكل أكثر مما يقتضيه العرف ٢٢٨

الموضوع	الصفحة

كتاب الأيمان: ٢٢٩
الأيمان مبنية على العرف ٢٢٩
كتاب القضاء وطرقه: ٢٣٢
أعمال القاضي العام ٢٣٢
رد الدعوىٰ إذا كذبها العرف ٢٣٣
تنزيل كلام المتخاصمين على عرفهم ٢٣٣
الضرر في القسمة يرجع فيه إلى العرف ٢٣٣
اختلاف الزوجين في متاع البيت ٢٣٤
الاستثناء في الإقرار ٢٣٥
الإقرار بالمجمل ٢٣٥
الخاتمة: ٢٣٧
مقارنة بين العرف في الفقه الإسلامي والعرف في القانون ٢٣٧
المراجع ٢٤١
الفهرس ٢٤٩