القرائن وأثرها على الدلالات ومدى بناء الأحكام عليها عند الفقهاء

"إعداد"

الدكتور / مصطفى فرج محمد فياض

أستاذ أصول الفقه المساعد

بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات

بالمنصورة

Scanned by TapScanner

"مقدمـــــــــــة"

الحمد لله رب العالمين ، أنعم علينا بالإسلام ، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس ، قال الله تعالى : «كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله» (١) .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له شرفنا بالتكليف بما في وسعنا ، قال الله تعالى : «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت» (٢) . كي يرفع عنا الحرج والمشقة فيما كلفنا به قال الله تعالى : «وما جعل عليكم في الدين من حرج» (٣) .

وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وحبيبه وخليله ، الصادق الأمين المبعوث رحمة للعالمين ، بشريعة ينطق بلسان التيسير بيانها والرفق خاصيتها والسماحة شأنها ، فهي تهدي الجميع إلى الخير والعدل وتبوئ حاملها في الدنيا والآخرة مكاناً علياً ، وتلبس المتصف بها ملبساً سنياً ، حتى يكون لله عز وجل ولياً ، فما أغنى من والاها وإن كان فقيراً ، وما أفقر من عاداها وإن كان غنياً .

---

(١) آل عمران آية ١١٠ تمامها «ولو إمن أهل الكتاب لكان خيراً لهم منهم المؤمنون وأكثرهم الفاسقون» .

(٢) البقرة آية ٢٨٥ تمامها : «ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو اخطأنا ربنا ولاتحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولاتحملنا ما لاطاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين» .

(٣) الحج آية ٧٨ ـ تمامها : «وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة أبيكم إبراهيم هو سماكم المسلمين من قبل وفي هذا ليكون الرسول شهيداً عليكم وتكونوا شهداء على الناس فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير» .

Scanned by TapScanner

وأصلى عليه وأسلم . صلاة وسلاماً دائمين متلازمين إلى يوم الدين وعلى آل بيته الطاهرين وأصحابه العلماء العاملين ومن اهتدى بهديهم وسلك نهجهم آمين .

أما بعـــد

فمن الواجب على كل عاقل أن يعلم أن الشريعة الإسلامية اتسمت بميزة استوجبت لها الخلود والدوام وجعلتها صالحة لكل زمان ومكان ، حيث راعت مصالح العباد كافة سواء كان ذلك بجلب المصالح لهم أم بدفع المضار والمفاسد عنهم، وإزالة ما يمكن أن يلحقهم من الضيق والحرج ، ومن ذلك أنها راعت واعتبرت أعرافهم الصالحة التى تعارفوا عليها ، وعاداتهم التى اعتادوها سواء كان ذلك فى معاملاتهم ولغاتهم ، دون أن يكون هناك تعارض مع شرع مقرر ، أم أصل من أصول الشريعة الإسلامية .

اخترت من هنا موضوع بحثى هذا وجعلت عنوانه : «العرف وحجيته عند الأصوليين ومدى بناء الأحكام عليه عند الفقهاء .» .

والله أسأل أن يعيننى ويقوينى على إخراجه بالصورة التى ينتفع بها الباحث والقارىء إن نعم المولى ونعم النصير .

د. مصطفـــى فيـــاض .

Scanned by TapScanner

"تمهيـــــد"

من المعلوم لدينا أن كل عمل يصدر من الإنسان لا بد له من باعث ، وهو إما أن يكون أمرا باطنيا كحب البقاء ، وإما أن يكون خارجيا كحال من يشعر باحترام الناس له ويرى وجوب طاعته .

وكل واحد منهما له أمور لابد منها فالأول يحمل صاحبه على تناول الطعام والشراب والدواء والتناكح ، والثانى يوجد فى نفس صاحبه الرغبة فى العمل والميل إليه ، فإذا حقق الإنسان ذلك الرغبة وأتى بما مال إليه وكرره مرة بعد أخرى أصبح ذلك عادة له نتيجة هذا التكرار .

فإن نحن نظرنا إلى غيره نتيجة التأثر به والاستعداد لتقليده من خلال تأصل التقليد فى الفطرة ، وأن النفس البشرية مجبولة على محبة المحاكاة ، وتكررت هذه المحاكاة ، وشاع ذلك بحيث عرف غالب أهل المكان هذا الأمر وشاع بينهم دون منكر من أحد صار ذلك عرفا .

والغالب والكثير فى هذه الأعراف أنها تكون نتيجة لما تقتضية الظروف الاجتماعية ؛ مثل أن يكون المجتمع تجاريا أو صناعيا فمثل هذه المجتمعات تحتاج إلى أعراف خاصة بها ، وقد يكون العرف ناشئا من البيئة والطبيعة كمعدن الأرض والمناخ والموقع الجغرافى فمثل هذا أيضا له أثره فى الأعراف .

فإذا جرى المجتمع على عرف معين واستقر عليه فإنه لا يمكنه الاستغناء عنه بأى حال من الأحوال .

وقد يصل الأمر إلى ماهو أكثر من ذلك حيث يصير من المفاخر التى يعتز بها ، ويقوى أمره لدرجة أن الناس يجعلونه فى مرتبة الأديان التى يجرون على سننها ، ويرون الخروج عليها إثما عظيما يستجلب الاستياء ، بل قد يدعو إلى الثورة .

Scanned by TapScanner

وقد شبهه بعض علماء الاجتماع بطبائع الإنسان وجلبته ، فالإنسان فطر على أن يبطش بيديه ويمشى على رجليه ويرى بعينه ما استطاع إلى ذلك سبيلا .

فكذلك أعراف الناس تصطلح عليها المجتمعات فإنها تغدو أسيرة لها مطبوعة على أنتهاجها ، وفى نزع الناس عنها حرج عظيم لتغلغها فى نفوسهم وجريانها فى طباعهم .

من أجل هذا فقد لاقى أنبياء الله والدعاة إلى شرائعهم مصاعب كثيرة ومتاعب جمة فى خلع الناس عن مساوىء عاداتهم فتقلبوا بين الترغيب والترهيب والتوضيح والتقريب ، والصبر والمرابطة ريثما يتحول الناس عما هم عليه .

من هنا راعت الشريعة الاسلامية العرف ولم تهمله ، فالنبى صلى الله عليه وسلم بعث لأمة لها أعرافها الخاصة بها هذه الأعراف نظرت إليها الشريعة الإسلامية فأخذت الصحيح منها واعتبرته ولم تنظز إلى العرف الفاسد ولم تبن عليه تشريعًا من التشريعات ؛ فمثلا كان للعرب قبل الإسلام بيوع ورهون وشركات وإيجارات أقر الاسلام منها الكثير ، ونهى عما فيه عوج وبعد عن روح الشريعة الإسلامية .

والأمثلة على ذلك كثيرة منها : ما أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه من طريق مجاهد عن قائد السائب عن السائب أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم : «كنت شريكى فكنت خير شريك كنت لا تدارى ولا تمارى» «(١)» .

ومنها ما كانت عليه زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم «خديجة بنت خويلد» - رضى الله عنها وعن سائر زوجات رسول الله صلى الله عليه وسلم -

---

(١) مسند الإمام احمد بن حنبل جـ٣ ص ٤٢٥ سنن بن ماجه - كتاب التجارات باب الشركة والمضاربة - جـ٢ ص ٧٦٨ .

Scanned by TapScanner

حيث ذكرت كتب السيرة :

(أنها كانت امرأة تاجرة ذات شرف ومال تستأجر الرجال فى مالها وتضاربهم إياه ، بشىء تجعله لهم) (١) .

والشاهد من هذا أن الإسلام جاء والعرب لهم أعرافهم ولهم عاداتهم فى معاملاتهم وغيرها فما توافق منها مع مقصوده العام وهو تحقيق المصلحة للجميع أقره واعتبره وما تنافر منها ألغاه ورفضه .

كما أن هناك أموراً هذبها الإسلام وقننها وذلك مثل ما حدث عند مقدم الرسول صلى الله عليه وسلم المدينة المنورة حيث وجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال : (من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) رواه الجماعة (٢) وهذا الحديث يدل على تهذيب المنهج الإسلامى لما كان عليه العرب قبل الإسلام فى المدينة من التعامل بهذا النوع .

والمتأمل فى هذا المثال وغيره يتضح له مدى سماحة الإسلام ومراعاته للأعراف التى كان عليها الناس قبل الإسلام بشرط التوافق مع مقصوده العام . فها هى ذى المدينة ذات النظام الزراعى والتجارى كانت لها أعراف فى هذا الميدان ، أتى الإسلام فنظر إليها فهذبها وقننها حيث قال رسول الإسلام عليه الصلاة والسلام : (من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) .

ولم ينحصر منهج الإسلام فى الإقرار لبعض الأعراف وتهذيب البعض الآخر بل ألغى الأعراف الفاسدة لما فيها من أضرار كبيرة تعود على

---

(١) سيرة ابن هشام ط ص١١٤ . ط دار التراث العربى للطباعة والنشر

(٢) انظر فتح البارى بشرح صحيح البخارى حـ٤ ص ٣٤٠ - باب السلم فى وزن معلوم ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار حـ٥ ص٢٢٦ - كتاب السلم .

Scanned by TapScanner

المجتمع كله مثل الربا حيث فشا فى الأمة وأصبح كالداء العضال والمرض الفتاك الذى من شأنه أن يدمر الكيان الاقتصادى للأمة جمعاء وظل الأمر كما هو إلى أن جاء الإسلام ووضح مافيه من أضرار وألغاه بتحريم التعامل به مطلقاً .

قال تعالى : «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ، وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون» (١) .

---

(١) سورة البقرة الآيات رقم ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠ .

Scanned by TapScanner

الفصـــــل الأول

في

الكـــلام على تعـــريف العـــرف ومأخـــذه

"تعـــريف العـــرف"

أولا: العـــرف فى اللغـــة :

العـــرف عند علمـــاء اللغـــة : مأخوذ من عرف ، وهى تدل على أمـرين :

الأول : تتابع الشىء متصلا بعضه ببعض .

والثـــانى : السكون والطمأنينة .

قال صاحب لسان العرب (١): والعرف والعارفة والمعروف واحد ، ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه والعرف بالضم والعرف بالكسر الصبر .

قال أبو دهبل الجمحـــى :

قل لابن قيس أخى الرقيـات ماأحسن العرف فى المصيبات (٢)

وفى المعجـم الوسيـط : العرف المعروف : هو خلاف النكر ، وماتعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم (٣). وقيل العـــرف : اسم من الأعراف ، ومنه قولهم له على ألف عرفًا أى إعترافًا .

وعلى الجملة فإن الكلمة يفلد ورودها فيما ارتفع من المجسات وكرم من المعانى والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض ويظهر من هذا أن استعمالهفى كل من هذه المعانى بطريق الحقيقة ، كما

١- هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على بن أحمد بن أبى القاسم بن مقبة ابن منظور ، يتصل نسبة برويقع ابن ثابت الأنصارى ، من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢- لسان العرب حـ العرب حـ ٤ ص٢٨٩٩ - مادة عرف - ط - دار المعارف .

٣- المعجم الوسيط حـ٢ ص٦١٧ - ط مجمع اللغة العربية - الطبعة الثالثة .

Scanned by TapScanner

من صنيع صاحب تاج العروس حيث لم يورد من الاستعمال المجازى إلا أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها ، والعرف بمعنى موج البحر ، واقتصر فى الأساس (١) على الأول .

وقد وردت كلمة العرف فى القرآن الكريم : قال تعالى «والمرسلات عرفا» (٢) قال بعض المفسرين فيها : إنها أرسلت بالعرف والإحسان ، وقيل يعنى الملائكة أرسلو للمعروف والإحسان ، وسئل ابن مسعود عن المرسلات عرفا : قال الريح (٣).

ثانيا : العرف فى الاصطلاح : هو ما اعتاده الناس وألفوه من قول أو فعل واستقر فى نفوسهم وارتضته عقولهم وتلقته طباعهم طباعهم السليمة بالقبول دون أن يعارض كتابا أو سنة (٤) ويطلقه الفقهاء على عادة الجماعة (٥) وبالنظر فى هذا التعريف يمكن القول بأنه العرف يتنوع إلى نوعين :

الأول: عرف قولى : وهو كل لفظ هجر معناه الأصلى (٦) واستعمل فى معنى خاص حتى نقل بواسطة الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الخاص (٧) .

---

(١) تاج العروس حـ١ ص١٩٣ - ومعجم مقاييس اللغة العربية - جـ٤ ص ٢٨١ .
(٢) سورة المرسلات آية ١ -
(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير حـ٤ ص ٤٥ - بتصرف .
(٤) أصول الفقه لزكى الدين شعبان ص ١٧٥ - الطبعة الثالثة ط دار الفكر - وأصول الفقه للشيخ عبد الوهاب - خلاف ص ٨٩ - - ط مكتبة الدعوة الاسلامية - وأصول الفقه لدكتور محمد زكريا البرديس ص٢٣٣ - ط دار الثقافة .
(٥) وهى ما أستقر عليه الناس عند حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى ، ومنه قول الفقهاء العادة محكمة - أقرب الموارد حـ ٢ ص ٧٦٩ .
(٦) أى ترك الاطلاق اللغوى له ، والاستعمال اللغوى للكلمة .
(٧) أصول الفقه للدكتور عباس حمادة ص ٢٣٥ .

Scanned by TapScanner

وذلك كتعارف الناس إطلاق من لفظ الولد الذكر فقط دون الأنثى علمًا بأن هذا اللفظ فى الاستعمال اللغوى يتناول الذكر والأنثى ، ودليل ذلك وروده فى القرآن الكريم متناولا الإثنين معًا : قال تعالى : «يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» (١) .

ففى الآية الكريمة نجد أن قول الحق عز وجل «أولادكم» قد تناول الذكر والأنثى : قال صاحب الجامع لأحكام القرآن : لما قال تعالى «فى أولادكم» يتناول كل ولد كان موجودًا أو جنينًا فى بطن أمه ، دنيًا أو بعيدًا من الذكور والإناث ماعدا الكافر (٢).

وكذلك تعارفهم على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع العلم بأن اللغة العربية لاتمنع من ذلك حيث تطلق لفظ اللحم على السمك ، ولنا فى القرآن الكريم أيضًا شاهد على ذلك حيث يقول الحق تبارك وتعالى : «وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحمًا طريًا» (٣) ، فنجد فى الآية الكريمة أن قوله تعالى : «لحمًا» يتناول السمك علمًا بأن العرف اللغوى لا يطلق لفظ اللحم على السمك .

---

(١) سورة النساء آية رقم ١١ تمامها : «فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له أخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعًا فريضة من الله إن الله كان عليمًا حكيمًا» .

(٢) الجامع لأحكام القرآن القرطبى ص٥ ص٤٢ ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(٣) سورة النحل آية ١٤ - تمامها قوله تعالى : «وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون» .

Scanned by TapScanner

الثـــانى : عـــرف عملـــى : وهو كل ما جرى عليه عمل الناس واعتادوا فعله واستقامت عليه أمورهم (١) .

مثال ذلك : تعارف الناس على البيع بالتعاطى فى كثير من الأشياء دون أن يكون هنا صيغة لفظية تفيد التعاقد على هذا البيع . وكذلك تعارفهم على تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة ، وتعارفهم على تقسيم المهر فى الزواج إلى مقدم ومؤخر ، وأن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت بعض المهر .

ولذلك نرى أن بعض العلماء يخص هذا النوع من العرف باسم العادة ، حيث تعود الناس على ذلك وتكرر وقوعه منهم وهذان النوعان من أقسام العرف بحسب سببه ومتعلقه :

الفـــرق بين العـــرف والعـــادة :

اختلفت آراء العلماء فى الفرق بين العرف والعادة :

فهناك فريق من العلماء يرى أن العرف والعادة لفظان مترادفان وعرف هذا الفريق العرف والعادة بتعريف واحد فقال : العرف والعادة ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول .

وفى هذا يقول ابن عابدين : العادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصدق وإن اختلفا فى المفهوم .

---

(١) المصدر السابق .

Scanned by TapScanner

ولذلك يقول ابن عابدين : إن العرف والعادة قرينان لاتفك أحدهما عن الآخر (١) ويقول الشيخ عبد الوهاب خلاف «العرف والعادة فى لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد» (٢) فالعرف هو ماتعارفه الناس وساروا عليه ، من قول أو فعل ، أو ترك ، ويسمى العادة . فى لسان الشرعيين لافرق بين العرف والعادة (٣) .

وذهب فريق آخر من العلماء وعلى رأسهم صاحب التحرير (٤): إلى أن العادة نوع من العرف : فقال : العادة هى العرف العملى - وشرح ذلك صاحب التيسير (٥) فقال : «وهى الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملى (٦) .

وعليه يمكن القول بأنه لا خلاف بين العرف والعادة إلا فى اللفظ المصطلح عليه ، ولا مشاحة فى الاصطلاح ، كما يمكن أن نقول إن العادة تنفرد عن العرف إذا كانت خاصة بفرد أو شخص معين ، أما العرف فهو ما اعتاده جمهور الناس ، فبين العرف والعادة عموم وخصوص مطلق فكل عرف عادة وليس العكس .

---

(١) رسائل ابن عابدين طـ١ ص ١٨٦ .
(٢) مصادر التشريع الإسلامى ص ١٤٥ .
(٣) أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٨٩ .
(٤) هو كمال الدين محمد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الاسكندرى الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ هـ .
(٥) هو محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحسينى الخراسانى البخارى المكى .
(٦) تيسير التحرير طـ١ ص ٣١٧ .

Scanned by TapScanner

"الفـــرق بيـن العـــرف والإجمـــاع"

بعد أن بينا الفرق بين العرف والعادة يجدر بنا أن نبين أيضًا الفرق بين العرف والإجماع . ويتمثل الفرق بينهما فيما يأتـــى :

١- **العـــرف** : عبارة عن سير الناس على اختلاف طبقاتهم عامتهم وخاصتهم على أمر من الأمور قولا كان هذا الأمر أو فعلا .

أما الإجمـــاع : فإنه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة (١) .

٢- الإجماع يشترط فيه اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور بعد عصر النبى صلى الله عليه وسلم .

بخلاف العرف فالمعتبر فيه اتفاق المجتهدين والعوام أو غالبهم .

٣- الحكم الثابت بالإجماع ، لا مجال لتغييره أبدًا ، لأنه يكون كالحكم الثابت بنص من القرآن الكريم أو السنة المطهرة .

بخلاف الحكم الثابت بالعرف فإنه يتغير تبعًا لتغير العرف .

٤- إذا كان العرف مصادمًا للنص فإنه لا يكون معتبرًا فى نظر الشريعة الإسلامية لأنه يكون والحالة هذه عرفًا فاسدًا لا عمل له بخلاف الإجماع فإنه لا ينعقد بادىء ذى بدء إذا كان سيؤدى إلى مخالفة نص .

٥- لكى يتحقق العرف فلا بد فيه من الدوام والاستمرار والتكرار بخلاف الإجماع فإنه يتحقق بمجرد الاتفاق .

٦- إذا تحقق الإجماع وانعقد حسم باب الاجتهاد ، بخلاف العرف فإنه مع تحققه يجوز الاجتهاد (٢) .

---

(١) علم أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب ص ٨٩ .
(٢) الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور الطيب خضرى السيد جـ٢ ص ١٨٥ ـ

Scanned by TapScanner

"مأخـــذ العـــرف"

العرف مأخوذ من الكتاب الكريم ومن السنـــة المطهـــرة :

أما أخذه من الكتاب فيدل عليه قول الحق عز وجل : ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ (١) ، فهذه الآية الكريمة تدل على مراعاة العرف والعادة فى تشريع الأحكام لأنه إذا لم يراع فى تشريع الأحكام ما تعوده الناس وعرفته العقول الناضجة والطباع السليمة ، وقع الناس فى الضيق والحرج ، وهذا أمر مرفوض ومدفوع بهذه الآية الكريمة وبغيرها من آى القرآن الكريم ، فاعتبار العرف راجع إلى أصل رفع الحرج الثابت بالكتاب .

كما يدل على ذلك أيضًا قوله تعالى فى كفارة اليمين ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ (٢) ، حيث لم يقدر الله تعالى الوسط الواجب دفعه بل أطلقه ووكله إلى عرف الناس ، وهم متفاوتون فى طعامهم فى بلدانهم فكل بلد له طعام خاص به ، بل فى البلد الواحد تفوت حسب غناهم وفقرهم ، فما اعتبر هذا فى عرف الناس أنه وسط كان هو الواجب وكل مكان له حكمه .

= والأدلة المختلف فيها وأثرها فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور/ عبد الحميد أبو المكارم اسماعيل ص ٣٩١ .

(١) سورة الحج آية ٧٨ صدرها قوله تعالى : ﴿وجاهدوا فى الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم فى الدين من حرج ملة أبيكم إبراهيم هو سماكم المسلمين من قبل وفى هذا ليكون الرسول شهيداً عليكم وتكونوا شهداء على الناس فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير﴾ .

(٢) سورة المائدة آية ٨٩ صدرها قوله تعالى : ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة =

Scanned by TapScanner

هذا بالنسبة إلى أخذه من الكتاب ، أما أخذه من السنة المطهرة فيدل عليه قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا» (١) ، ووجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر الشروط وجعلها أمرًا لازمًا للناس فى معاملاتهم فإذا كان هناك شروط مسكوت عنها جرى العرف باعتبارها وجب إلزام الناس بمقتضاها عند النزاع ، مثل : إذا كان عادة بلد من البلدان إذا باعوا عقارًا لا يدخل السطح مع البيع ، فإنه إذا باع أحدهم عقارًا أو سكت المتبايعان عن السطح عند العقد فلا يلزم البائع بالسطح عند النزاع .

ومن السنة أيضًا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه) (٢) ، ووجه الدلالة فى هذا الحديث يتمثل فى حسب تفاوت المبيعات ، وحسب تفاوت أعراف الناس وعاداتهم فى قبضها ، بل نراه صلى الله عليه وسلم وكل ذلك لأعراف الناس وعاداتهم

وهذا واضح فى اعتبار الشارع للعرف .

= أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون» .

(١) قال فى المنتقى رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح جـ ٥ ص ٢٨٦ ، نيل الأوطار جـ٥ ص ٢٥٤ والحديث عن عمرو بن عوف .

(٢) اللفظ للجماعة إلا الترمذى ، ولأحمد: (من اشترى طعامًا أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه) ، ولأبى داود والنسائى : (نهى أن يبيع أحد طعامًا اشتراه بكيل حتى يستوفيه) ، والحديث عن ابن عمر - نيل الأوطار جـ٥ ص ١٥٨ .

Scanned by TapScanner

الفصل الثاني

في بيان أقسام الحرف

Scanned by TapScanner

"أقسام العرف"

ينقسم العرف إلى أقسام متعدده باعتبارات مختلفة :

فباعتبار طبيعته : ينقسم إلى قولى وعملى وقد تقدم الحديث عن هذين القسمين أثناء حديثنا عن التعريف لذا اكتفى بما ذكر عنهما .

وباعتبار صدوره : من كل الأشخاص أو من بعضهم ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص .

فالعرف العام : هو ما اتفق عامة الناس على العمل به فى كافة الأمصار فى أى عصر من العصور (١) كتعارف الناس على دخول الحمام بدون تقدير أجر معين أومدة زمنية معينة للمكث فيه ، وتعارفهم على عقد الاستصناع ، وعلى بيع المعاطاة (٢) وتعارفهم على استعمال لفظ الطلاق فى رباط الزوجية .

والعرف الخاص : هو ما اتفق الناس على العمل به فى بلد معين أو إقليم معين أو طائفة معينة (٣) . مثل تعارف بعض الصناع على ضمان ما صنعوا مدة معينة مع عدم استحقاقهم الأجر المتفق عليه إلا بعد ثبوت صلاحيته وكتقديم هدية من البائع إلى المشترى فى بعض البلدان ، وفى بعضها الآخر العكس وهذا فى الزروع والثمار

١- أصول الفقه للبرديسى ص ٣٤ . والاجتهاد فيما لا نص فيه حـ٢ص١٨٨ .

٢- وهو أن يبيع الناس بالتعاطى فى الكثير من الأشياء دون ذكر الصيغة اللفظية التى تدل على البيع مثل أن يشترى سلعة ثمنها معلوم له فيأخذها المشترى من البائع ويعطيه الثمن والمبيع هنا يملك بالقبض ولا فرق بين كونه يسيراً كالخبز والبيض ونحوهما مما جرت العادة الأربعة حـ٤ ص١٥٦ .

٣- المصدر السابق .

Scanned by TapScanner

وهذا القسم ليس له قوة القسم الأول ، لأن القسم الأول نسب إلى الحنفية أنهم يتركون به القياس ، ويخصصون به العام ، والواقع أن مثل هذا ليس مستنده العرف وحده ، بل إقرار الصحابة وإجماعهم عليه ، أو جريانه فى العصر النبوى ، وإقراره صلى الله عليه وسلم ، كل ذلك مما يعتمد عليه فى المسألة لا العرف مجردًا وقال الشاطبى : «وهذا لم يستقل به الحنفية وحدهم بل قال به غيرهم» وإن اختلفوا فى تسمية ما استدلوا به (١) .

ثالثـــاً : أقسام العرف من حيث المشروعية وعدمها :

ينقسم العرف باعتبار كونه مشروعًا أو غير مشروع إلى عرف صحيح وعرف فاسد :

فالعـرف الصحيـــح : هو ماتعارف عليه الناس كلهم أو بعضهم ولم يدل دليل من الشارع على فساده وبطلانه (٢) .

وذلك مثل تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وتعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك ، وتعارف البعض من الناس إطلاق لفظ الدابه على الفرس فقط وغير ذلك من الأعراف الصحيحة والتى لم تتعارض مع شرع الله تبارك وتعالى .

أما العرف الفاســد : فهو ما تعارفه الناس وكان مخالفًا للشرع .

وذلك مثل تعارف الناس على أن المؤجل من الثمن الذى يبيع به كونه بفائدة متعارفة عندهم ، فإن مثل هذا العرف يعد فاسدًا لأنه «ربًا» حتى ولو لم ينص عليه فى العقد : فإن من القواعد المقررة فى الشريعة الإسلامية «إن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» فتكون هذه الزيادة «ربًا» لأنها صارت بالعرف فى حكم المنصوص عليها . والربا معروف لدينا جميعًا أنه شرعًا «فضل خال عن عوض بعقد» .

١- الموافقات للشاطبى حـ٢ ص٢٢٠ .

Scanned by TapScanner

وهذا القسم ليس له قوة القسم الأول ، لأن القسم الأول نسب إلى الحنفية أنهم يتركون به القياس ، ويخصصون به العام ، والواقع أن مثل هذا ليس مستنده العرف وحده ، بل إقرار الصحابة وإجماعهم عليه ، أو جريانه فى العصر النبوى ، وإقراره صلى الله عليه وسلم ، كل ذلك مما يعتمد عليه فى المسألة لا العرف مجردًا وقال الشاطبى : «وهذا لم يستقل به الحنفية وحدهم بل قال به غيرهم» وإن اختلفوا فى تسمية ما استدلوا به (١) .

ثالثـــًا : أقسام العرف من حيث المشروعية وعدمها :

ينقسم العرف باعتبار كونه مشروعًا أو غير مشروع إلى عرف صحيح وعرف فاسد :

فالعـرف الصحيـــح : هو ماتعارف عليه الناس كلهم أو بعضهم ولم يدل دليل من الشارع على فساده وبطلانه (٢) .

وذلك مثل تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، وتعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك ، وتعارف البعض من الناس إطلاق لفظ الدابه على الفرس فقط وغير ذلك من الأعراف الصحيحة والتى لم تتعارض مع شرع الله تبارك وتعالى .

أما العرف الفاسـد : فهو ما تعارفه الناس وكان مخالفًا للشرع .

وذلك مثل تعارف الناس على أن المؤجل من الثمن الذى يبيع به كونه بفائدة متعارفة عندهم ، فإن مثل هذا العرف يعد فاسدًا لأنه «ربًا» حتى ولو لم ينص عليه فى العقد : فإن من القواعد المقررة فى الشريعة الإسلامية «إن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» فتكون هذه الزيادة «ربًا» لأنها صارت بالعرف فى حكم المنصوص عليها . والربا معروف لدينا جميعًا أنه شرعًا «فضل خال عن عوض بعقد» .

١- الموافقات للشاطبى حـ٢ ص٢٢٠ .

الإسلامية «إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» فتكون هذه الزيادة «ربا» لأنها صارت بالعرف فى حكم المنصوص عليها . والربا معروف لدينا جميعاً أنه شرعاً «فضل خال عن عوض بعقد» .

ومن أمثلة العرف الفاسد أيضاً : ما تعارف عليه الناس من صنع أهل البيت طعاماً للمعزين ، فهذا عرف فاسد لأنه تعارض مع الشرع إذ أن الثابت فى الشرع هو خلاف ذلك فقد روى عن جرير بن عبد الله رضى الله عنه : (كنا نعد الاجتماع إلى أهل الميت ، وصنعهم الطعام من النياحة)(١)

ومنه أيضاً عمل المآتم ، وإحياء يوم الأربعين من موت الميت ، ونقل الطعام إلى القبور فى المواسم والأعياد .. فهذه كلها أعراف فاسدة لأنها تخالف الثابت والمأثور عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «اصنعوا لآل جعفر طعاماً فقد جاءهم مايشغلهم» (٢) .

وما أكثر الأعراف فى مثل هذه المناسبات المتمثلة فى الأفراح والمآتم مما لم يقره الشرع الحكيم وأمر المسلمين بالإقلاع عنها ومحاربتها لمخالفتها لأمر الشارع .

رابعاً : أقسام العرف من حيث ثبوته واستقراه :

ينقسم العرف باعتبار ثبوته واستقراره إلى قسمين وقد أشار الشاطبى إلى ذلك فقال :

---

(١) رواه الإمام أحمد وابن ماجة بإسناد صحيح .

(٢) أخرجه الخمسة إلا النسائى . وهو مروى عبد الله بن جعفر رضى الله ، وحسنة الترمذى وصححه الحاكم ، سبل السلام شرح بلوغ المرام حـ ٢ ص ٥٨٤ .

العوائد المستمرة ضـــــربان :

أحدهمـــا : العوائد الشرعية التى أقرها الدليل الشرعى أو نفاها وهذا يعنى أن يكون الشارع الحكيم قد أمر بها وطلبها طلبًا جازمًا أو غير جازم أو نهى عنها وطلب تركها طلبًا جازمًا كما فى التحريم أو غير جازم كما هو الحال فى الكراهة أو أذن فيها فعلا أو تركًا .

وثانيهـــا : العوائد الجارية بين الخلق بما ليس فى نفيه ولا إثباته دليل شرعى .

ثم قال عن الضرب الأول : «إنه ثابت أبدًا كسائر الأمور الشرعية . كما قالوا فى سلب العبد أهلية الشهادة ، وفى الأمر بإزالة النجاسة وطهارة المتأهب للمناجاة ، وستر العورات ، والطواف بالبيت على العرى ، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية فى الناس .

إما حسنة عند الشارع ، أو قبيحة ، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكامم الشارع ، فلاتبديل لها . وإن إختلفت آراء المكلفين فيها ، لأنها نص عليها الشارع بخصوصها، وأثبت لها حكمًا شرعيا ، فتغير عادة الناس فيها من استقباح إلى استحسان لا يغير حكم الشارع عليها ، فلا يصح أن نقلد الحسن فيها قبيحًا ، ولا القبيح حسنًا ، حتى يقال مثلا : إن قبول شهادة العبد ، لا تأباه محاسن العادات ، فلنجزه .

أو إن كشف العورة الآن ليس بعيد ولا قبيح ، فلنجزه ، أو غير ذلك ، إذ لو صح مثل هذا ، لكان نسخًا للأحكام المتقرة المستقرة المستمرة والنسخ بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم باطل ، فرفع العوائد الشرعية باطل» .

وأما عن الضرب الثانى فقال : «وأما الثانى فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل ، ومع ذلك فهى أسباب لأحكام تترتب عليها» .

فالثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب والواقع والنظر والكلام والبطش والمشى وأشباه ذلك .

وإذا كانت أسبابًا لمسببات حكم بها الشارع فلا إشكال فى اعتبارها ، والبناء عليها ، والحكم على وفقها دائمًا (١) .

وأما المتبـــــدلة فلها صور متعدده منها مايأتى :

١- مايكون متبدلا فى العادة من حسن إلى قبح وبالعكس مثل كشف الرأس . فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع ، فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد المشرقية ، وغير قبيح فى البلاد الغربية فالحكم الشرعى باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحًا فى العدالة ، وعند أهل المغرب غير قادح .

٢ - منها ما يختلف فى التعبير عن المقاصد ، فتنصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى . إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع فى صنائعهم مع اصطلاح الجمهور ، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال فى بعض المعانى حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما ، وقد كان يفهم منه قبل ذلك شىء آخر .

أو كان مشتركًا فاختص به ، وما أشبه ذلك . والحكم أيضًا يتنزل على ماهو معتاد فيه بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده ، وهذا المعنى يجرى كثيرًا فى الإيمان والعقود والطلاق ، كناية وتصريحًا .

---

(١) الموافقات فى أصول الأحكام للشاطبى حـ٢ ص ٢٠٩ ، والاجتهاد فيما لا نص فيه حـ٢ ص ١٩١ .

٣- ومنها ما يختلف فى الأفعال فى المعاملات ونحوها ، كما إذا كانت العادة فى النكاح قبض الصداق قبل الدخول ، أو الفى البيع الفلانى أن يكون بالنقد لا بالنسيئة أو بالعكس (١) . أو إلى أجل كذا دون غيره ، فالحكم أيضًا جار على ذلك حسبما هو مسطور فى كتب الفقه .

٤- ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف كالبلوغ فإنه يعتبر فيه عوائد الناس من الاحتلام أو الحيض أو بلوغ سن من يحتلم أو من تحيض ، وكذلك الحيض يعتبر فيه ، إما عوائد الناس بإطلاق ، أو عوائد لذات المرأة أو قراباتها أو نحو ذلك فيحكم لهم شرعًا بمقتضى العادة فى ذلك الانتقال .

٥- ومنها ما يكون فى أمور خارقة للعادة ، كبعض الناس تصير له خوارق العادات عادة فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة ، بشرط أن تصير العادة الأولى الزائلة لا ترجع إلا بخارقة أخرى ، كالبائل أو المتغوط من جرح حدث له حتى صار المخرج المعتاد فى الناس بالنسبة إليه كالعدم ، فإنه إن يصر كذلك فالحكم للعادة العامة . فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة (٢) .

١- أى بالنسيئة لا بالنقد ، والنسيئة اسم من نسأ الشئ نسئًا أى باعه بتاخير - تقول نسأته البيع وانسأته وبعته ينسأة وبعته بكلأة وبعته بنسيئة أى باخرة . لسان العرب لابن منظور حـ٦ ص ٤٤٠٢ . نسأ ط دار المعارف .

٢- المصدر السابق .

الفصل الثالث

في

الكلام على حجية العرف

"حجية العرف"

يجب أن نعلم أن المقصود بحجية العرف هو : أن النصوص الشرعية وعبارات المتعاملين بها تفسر وفقا للعرف الجارى بينهم دون الوقوف على معانى تلك الألفاظ فى أصل وضع اللغة .

وليس المراد بحجية العرف جعله مصدرا من مصادر التشريع وأدلة الفقه ، كما أن لايقصد بحجيته أنه ينشأ الأحكام الشرعية كالكتاب والسنة والإجماع . ولكنه معتبر فى تفسير النصوص والعبارات فهى تفسر وفقا للعرف الجارى بين الناس (١) .

وعلى هذا المعنى يحمل كلام بعض فقهاء الأصول الذين يعتبرون العرف أصلا من الأصول التى اعتمدوها وأخذوا بها مثل الأحناف والمالكية إذ أنهم يعتبرونه حجة شرعية عندهم .

وبهذا يمكننا أن نقول أن علماء المذاهب الفقهية متفقون على اعتبار العرف فى الجملة دون التفصيل ، حيث يوجد بينها شىء من التفاوت فى بعض المسائل (٢) . وفى هذا يقول الشيخ أبو سنة (اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف وجعلوه أصلا ينبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه (٣) ، ولتوضيح التفاوت فيما بينهم فى بعض المسائل نعرض الآتى :

أولا : إن ما تعارف عليه الناس إذا كان يتفق مع مقتضى الحكم الشرعى الثابت بدليل آخر غير العرف ، بحيث يكون عين الحكم فى أحدهما هو عين

---

(١) الاجتهاد فيما لا نص فيه جـ٢ ص ١٩٢ .

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٣ بتصرف .

(٣) العرف والعادة ص ٢٢ ، ومدخل الفقه العام ص ١٧ .

عين الحكم ، سواء أوجده الشارع ابتداء ، أو كان متعارفاً بين الناس فدعا إليه وأكده ، ففى هذه الحالة يجب التمسك بالدليل الشرعى أمراً كان أو نهياً ، أم العرف فلا ينظر إليه استمر أو تبدل ، وهذا لا خلاف عليه بين العلماء .

ومثال ذلك : التجمل بالملابس الحسنة النظيفة عند العبادة وعند مناجاة الله عز وجل ، والمعروف أن الشريعة الإسلامية قد قررت هذه الأحكام بالأدلة النقلية التى تثبت ذلك وتحث على العمل به .

وهذا هو الذى عناه الشاطبى عند تقسيمه العوائد إلى شرعية ، وأخرى جارية بين الخلق ، ومثل له يسلب العبد أهلية الشهادة . وفى الأمر بإزالة النجاسات إلى أن قال : فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فلا تبديل لها (١) .

وفى الأشباه والنظائر أشار السيوطى إلى ذلك عندما تحدث عن تعارض العرف مع الشرع ووضح أن ذلك يكون على نوعين : الأول منهما لا شأن لنا به ، والثانى ما قال فيه : (والثانى أن يتعلق به (٢) حكم فيقدم على عرف الاستعمال . ثم مثل لذلك فقال : (فلو حلف لا يصلى ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء) (٣) .

إذن من كلام الشاطبى والسيوطى نستنتج أن العرف الشرعى إذا كان فيه حكم شرعى وجب العمل به ، ولا يمكن أن يغيره شيء بأى حال وفى أى مكان وزمان .

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ٢ ص ٢٠٩ بتصرف .

(٢) الضمير فى قوله (به) قصد به الاستعمال الشرعى .

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٣ .

ثانياً : ما كان من العوائد المتبدلة من حسن إلى قبح ، ومن قبح إلى حسن مثل كشف الرأس فإن الأمر فيه يختلف تبعاً لاختلاف البقاع فهو عند ذوى المروءات فى البلاد المشرقية قبيح ، وعلى العكس من ذلك فى البلاد الغربية ، وعليه فإذا جاء النص بأحكام مطلقة عن البيان والتفصيل ، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتغيرت الأحوال وترك تفصيل هذه الأحكام إلى العلماء الراسخين فى العلم والمتمكنين فيه بالعرف وبما تقتضيه المصلحة ، فلا نعلم خلافاً فى جواز إسناد هؤلاء العلماء إلى العرف حينئذ .

قال الله تعالى فى كتابه الكريم : «وأشهدوا ذوى عدل منكم» (١) ، ففى الآية الكريمة نجد أن النص شرط فى الشهادة واستنبط العلماء أن ما يخل بالمروءة يسقط العدالة ، ومن المعلوم أن ما مما يخل بالمروءة أموراً ثابتة كالبول فى الطريق ، وأموراً متبدلة تتغير تبعاً لتغير العادات والأحوال مثل كشف الرأس فإنه يخل بمروءة الفقية فى بلد لم يعتاد وذلك ، كما هو معروف فى كثير من البلاد العربية ، ولا يخل بمروءة الفقيه فى بلد اعتاد ذلك كما هو معروف فى بلاد أوربا . ففى هذا المثال قد نص الشارع على اشتراط العدالة ، وأحال الناس فى تطبيقها إلى العرف (٢) .

مثال آخر : قال الله تعالى : «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله» (٣) فهذه الآية الكريمة قد أوجبت نفقة

---

(١) سورة الطلاق آية رقم ٢ صدرها قوله تعالى : «فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقهون بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجاً» .

(٢) العرف والعادة للدكتور أحمد فهمى أبو سنة ص ٥٤ وما بعدها .

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٧ تمامها قوله تعالى : «لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً» .

الزوجات بقدر الوسع ، دون أن تبين مقدار تلك النفقة . فرجع الجمهور فى تحديد المقدار إلى العرف ، قال ابن قدامة : الصحيح رد الحقوق المطلقة إلى العرف ، فيما بين الناس فى نفقاتهم ، فى حق الموسر والمعسر ، والمتوسط ، كما رددناه فى الكسوة إلى ذلك (١) .

مثـــال ثالـــث : وهو فى الأرض الميتة التى أصيبت : فقد روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من أحيا أرضاً ميتة فهى له) (٢) فهذا الحديث أفاد أن من عمر أرضاً لم تعمر فهى مملوكة له .

وشبهت عمارتها بإحياء الموتى لما فيها من إحداث منفعة بأمر جائز ، فجعل الحديث عمارة الأرض التى لم تعمر يحصل بها الملك ولكنه لم يبين ما تتحقق به هذه العمارة ، فاعتمد الفقهاء على العرف فى هذا .

قال النـــووى والمحلى فى المنهاج وشرحه : يختلف الإحياء بحسب الغرض منه ، فإن أراد سكناً اشترط لحصوله تحويط البقعة بآجر أو لبن أو نحوهما ، بحسب العادة ، سقف بعضها ، وتعليق باب لأنه العادة فى ذلك ، وإن أراد زريبة دواب اشترط تحويط البقعة لأسقفها ، لأن العادة فيها عدمه ، وإن أراد بستاناً فيشترط جمع التراب حول الأرض إن لم تجر العادة بالتحويط أو التحويط حيث العادة (٣) .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٣١٧ ، والاجتهاد فيما لا نص فيه جـ٢ ص ١٩٤ .

(٢) رواه أحمد والترمذى وصححه - نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار جـ٥ ص ٣٠٢ طـ دار الحديث بمصر .

(٣) المصدر السابق .

ثالثـــا : العرف اللاحق بالنسبة للعرف السابق :

يرى بعض العلماء جواز العدول عن العرف السابق للعرف اللاحق ، مثـال ذلك : اتفق أبو حنيفة وأصحابه على عدم جواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم ، وكذا على الإمامة ، والأذان ؛ وقالوا : لا يجوز أخذ الأجرة على شيء من هذا .

ثم جاء بعض المتأخرين من الفقهاء وجوزوا هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه ، وسندهم أن الزمن قد تغير ، وأصبح للناس عرف حادث ونظام جديد ، انقطع به ما كان مخصصًا لمعلمى القرآن الكريم ، وللأئمة والمؤذنين من العطاء الذى كان لهم فى بيت المال .

فلو اشتغل المعلمون للقرآن الكريم ، والمؤذنون بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم معهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لزم ضياع القرآن والدين ، وتعطلت شعائر المسلمين ، مع أن أدلة الشرع العامة تمنع من تعطيلها .

رابعـــا : إذا وقع العرف القولى الخاص ، فى مقابلة اللفظ العام كان هذا العرف القولى مخصصًا للعام بالإجماع . مثل أن يتعارفوا على إطلاق لفظ الدابة على الحمار خاصة وعلى إطلاق لفظ الدراهم على النقد الغالب . ثم يقول أحدهم : ليس لفلان عندى دابة ولا دراهم فتبعًا لما هو متعارف عندهم يكون المنفى حينئذ هو الحمار والنقود الغالبة فقط .

أما العرف العملى الخاص يقوم ، فإن يكون مخصصًا للعام الواقع فى تخاطبهم ، بالاتفاق ، فوى ذلك يقول الغزالى فى مستصفاه : « وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر فى تعريف مرادهم من ألفاظهم ؛ حتى

الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد لكن لا تؤثر فى تغيير خطاب الشارع إياهم» (١) .

وقال النووى فى المنهاج : من حلف لا يأكل الرؤس ولا نية له ، حنث بأكل رؤوس تباع وحدها ، وهى رؤوس الغنم والبقر والإبل ، لا برؤوس طير وموت ، إلا ببلد تباع فيه مفردة ، فيحنث بأكلها فيه ، وهل يعتبر نفس البلد الذى يثبت فيه العرف أو كون الحالف من أهله ؟ وجهان .

وإذا حلف لا يأكل اللحم ، حمل اللحم على لحم الإبل والبقر والغنم والوحش والطير المأكولين فيحنث بأكل لحمهما ، ولا يحنث بأكل سمك وجراد لأنهما لا يفهمان عرفًا من إطلاق لفظ اللحم (٢) .

وفى هذا قال الشيخ الشرقاوى فى حاشيته على شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى : من حلف لا يأكل رأسًا ، ولا نية له يحنث بأكل رأس الطير والصيد إن اعتيد بيعه منفردًا (٣) .

خامسًا : إذا ورد دليل شرعى عام ، وعارضه العرف فى بعض أفراده فإن كان العرف عامًا صح تخصيص الدليل الشرعى به عند الحنفية والمالكية كالاستصناع الموجود فى البلاد كلها .

وفى ذلك يقول ابن عابدين فى رسائله : تجويز الاستصناع بالعرف العام تخصيص منا للنص الذى ورد فى النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان (٤) لا ترك للنص أصلا ، لأنا عملنا بالنص فى غير الاستصناع .

---

(١) المستصفى فى علم الأصول للإمام الغزالى جـ٢ ص ١١٢ الطبعة الأولى .
(٢) قليوبى وبشيرة على المنهاج جـ٤ ص ٢٧٩ وما بعدها ، الاجتهاد فيما لا نص فيه جـ٢ ص ١٩٦ .
(٣) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير جـ٢ ص ٤٤٦ .
(٤) وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: (يا حكيم لا تبع ما ليس عندك)

وقال : إن كان العرف خاصاً فمشايخنا لم يجوزوا التخصيص به . واستدلوا بأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة ، وتعامل أهل بلدة لا يخصص الأثر ، لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى جواز التخصيص فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص ، فلا يثبت التخصيص بالشك (١) .

وكلام الحنفية هذا يظهر فيه العموم أى يشمل كل عرف قولياً كان العرف أو عملياً ، وخالف الجمهور من الشافعية والحنابلة فى العرف العملى دون القولى . وعلى هذا : لو قال الشارع حرمت على الحاج التعرض للدواب حملت الدواب على ذات الأربع فلا يحرم التعرض للبط والأوز ونحوهما .

وإنما جاز ذلك عند الجمهور فلأن الشريعة نزلت بلسان عربى وقد جرى العرف العربى على تخصيص لفظ الدواب بذوات الأربع وأما عند الحنفية فجوازه إنما كان لأنه المتبادر من إطلاق اللفظ ومن أجل هذا قالوا بعدم الفرق بين العرف العملى والقولى فى جواز التخصيص بكل ، لأن الموجب للتخصيص هو تبادر المعنى الخاص وهو متحقق فى العملى والقولى (٢) .

ولأن الشافعية يمنعون التخصيص بالعرف العملى العام .

قال الغزالى : (إذا قال الجماعة من أمته حرمت عليكم الطعام والشراب) ، مثلا وكان عادتهم تناولهم جنساً من الطعام فلا يقتصر بالنهى على معتادهم بل يدخل فيه لحم السمك والطير وما لايعتاد فى أرضهم) (٣) .

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ٢ ص ١١٦ .

(٢) فواتح الرحموت شرح علم الثبوت جـ١ ص ٣٤٥ .

(٣) المستصفى للغزالى جـ٢ ص١١١ ، ١١٢ .

فهو بهذا يبين أن الناس إذ[1] تعارفوا على تناول طعام معين كالأرز مثلا وعلى تناول شراب معين ، ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم : (حرمت عليكم الطعام والشراب) ، فإن التحريم لا يقتصر على ما اعتادوه ، بل يتناول لحم السمك والطير وما لا يعتادوه فى أرضهم .

واستدل على ذلك بقوله : (لأن الحجة فى لفظه ، أى لفظ الشارع وهو عام ، وألفاظه أى الشارع غير مبنية على عادة الناس فى معاملاتهم، فيدخل فى الطعام والشراب المحرمين أكل التراب وشرب البول ، وابتلاع الحصاة والنواة ، وهذا بخلاف لفظ الدابة فإنها تحمل على ذوات الأربع خاصة لعرف أهل اللسان فى تخصيص اللفظ ، وقصره على ذوات الأربع فقط (١) .

---

(١) نفس المصدر السابق .

الفصل الرابع

في

ذكر الأدلة على حجية العرف

"أدلـــة حجيـــة العـــرف"

لقد اتفق العلماء على اعتبار العرف فى الجملة لا فى التفصيل واستدل العلماء على إثبات حجية العرف بأدلة متعددة أهمها مايأتى :

الدليـل الأول : من القرآن الكريم : قال الله تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ (١) .

وجـه الاستـــدلال : يتمثل فى أن الله عز وجل قد أمر نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بالعرف وهو ما يتعارفه الناس أو يكون من عاداتهم ، ويتعاملون به فى معاملاتهم فكان هذا الأمر من الله تعالى دليلا على اعتباره فى الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة (٢) .

وقد استدل بها صاحب الفروق على وجوب القضاء بموجب العرف تحقيقاً لصيغة الأمر (٣) كما فعل ذلك الطرابلسى (٤) حيث استدل بها على ما استدل به القرافى .

ويقول الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا معلقاً على هذا ﴿ولا يخفى أن العرف فى هذه الآية الكريمة واقع على معناه اللغوى ، وهو الأمر المستحسن المألوف ، لا على معناه الاصطلاحى الفقهى ، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو : أن العرف وإن لم يكن مراداً به فى الآية الكريمة المعنى الاصطلاحى لكنه قد يستأنس به فى تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحى لأن عرف الناس فى أعمالهم ومعاملاتهم ، هو ما استحسنـــوه

---

(١) سورة الأعراف آية رقم ١٩٩ .

(٢) العرف والعادة ص ٢٣ ـ ط مطبعة الأزهر . للأستاذ الدكتور أحمد فهمى أبو سنة .

(٣) الفروق للقرافى جـ٢ ص ١٤٩ .

(٤) معين الحكام ص ١٦٠ .

وألفته عقولهم ، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة (١) .

وبالنظر إلى ما قاله الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا نجده قائماً على أن هناك فرقاً بين العرف لغة واصطلاحاً ، وفى الحقيقة العرف الاصطلاحى ما هو إلا فرد من أفراد العرف اللغوى ، ومما يؤيد هذا ما وضحه العلماء من العلاقة بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى (٢) .

وحول توجيه الآية الكريمة على حجية العرف قال أستاذنا الدكتور الطيب خضرى السيد «إن الآية الاتصلح للاستدلال» ثم علل ذلك بقوله «لما يلى» فذكر أن أسباب عدم صلاحيتها هـــى :

١- سياق الآية يدل على أن العرف المأمور به فى الآية ، هو ماعرف فى الشرع حسنه ، لا ما استحسنه الناس بعقولهم ، فالآية ليست فى محل الاستدلال .

٢- لو كان المراد من الآية أعراف الناس وعاداتهم ، لكان أمراً بإعتبار عادات الجاهلية ، والرسول صلى الله عليه وسلم جاء لتغييرها .

٣- أن الآية مكية ، والتشريع فى مكة لم يعن بالأحكام الفرعية العملية التى يحكم فيها بالعرف ، وإنما وردت فى الحث على مكارم الأخلاق .

٤- ذكر ابن العربى فى تفسير قوله تعالى «وأمر بالعرف» أربعة أقوال : الأول : المعروف قاله عروة ، الثانى : قول لا إله إلا الله .

الثالـــث : ما يعرف أنه من الدين .

---

(١) المدخل الفقهى العام جـ١ ص ١٠٩ .

(٢) الاجتهاد فيما لا نص فيه جـ٢ ص ١٩٩ .

الرابـــع : ما ينكره الناس من المحاسن التى اتفقت عليها الشرائع (١) . وعلى هذا فالآية تحتمل كل هذه المعانى ، وقد قالوا إذا تطرق إلى الدليل الاحتمال سقط به الاستدلال .

فإن قيل ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم فى بعض المسائل بما وافق عرف الناس . قلنا لعل ذلك كان بطريق الوحى ، وليس بالعرف ، فالاحتمال فى هذا أيضًا قائم وبه يسقط الاستثناء فى إثبات حجية العرف (٢) .

الدليـل الثـانـى : من السنة المطهرة : عن عبد الله بن مسعود : (أن الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالته ثم نظر فى قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن وما رأوا سيئًا فهو عند الله سيء) «٣» .

وقد وردت على هذا الحديث مناقشات أهمها ما قاله العلائى فى هذا الحديث : (لم أجده مرفوعًا فى شىء من كتب الحديث أصلا ولا يسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه موقوفًا عليه (٤) .

---

(١) المصدر نفسه ، وأحكام القرآن الكريم لابن العربى حـ٢ ص ٨١٢ .

(٢) المصدر السابق ينصرف .

(٣) أخرجه الإمام أحمد بن حنبل فى مسنده جـ١ ص ٣٧٩ ـ ط صادر بيروت .

(٤) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان . لابن نجيم ص ٩٣ ـ ط دار الكتب العلمية .

وحول هذا المعنى قال بن حزم فى كتاب الاحكام فى أصول الأحكام : (وهذا (١) لا نعلمه ينسند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجه أصلا ، وأما الذى لا شك فيه فإنه لا يوجد ألبته فى مسند صحيح وإنما نعرفه عن ابن مسعود ، كما حدثنا المهلب التميمى عن محمد بن عيسى بن مناس عن محمد بن مسرور عن يونس بن عبد الأعلى عن ابن وهب أخبرنى عبد الله بن يزيد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة عن عاصم بن بهدلة عن شقيق عن عبد الله بن مسعود فذكر كلاماً فيه ، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن «٢» .

وذكر الآمدى وغيره أن هذا الحديث لا يدل على حجية العرف ، لأن قوله «المسلمون» يتناول جميع المسلمين ، فيكون المراد به إجماعهم لا ماتعارفوا عليه ، والإجماع دليل شرعى (٣) .

وقال السيد تقى الحكيم : (إن العرف لا علاقة له بعوالم الحسن لعدم ابتنائه عليها غالباً وما أكثر الأعراف غير المعللة لدى الناس والمعلل منها الذى يدرك العقل وجه حسنة نادر جداً) (٤) .

الدليل الثالث : هناك نصوص من الكتاب الكريم والسنة المطهرة جاءت مطلقة عن البيان والتفسير ، وأسند بيانها لعرف الناس ، وفى هذا دلالة واضحة على اعتبار العرف من هذه النصوص ما يأتى :

---

(١) اسم الاشارة راجع إلى الحديث المذكور وهو «مارآه المسلمون حسناً الخ) .

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام لأبن حزم حـ٥ ص٧٥٩ .

(٣) الإحكام فى أصول الاحكام للآمدى ص٣ ص٢٠٢ بتصرف - ط محمد على صبيح .

(٤) الإجتهاد فيما لا نص فيه حـ٢ ص ٢٠١ ، ط - مكتبة الحرمين .

أولا : من الكتاب الكريم :

(١) «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» (١) . ففى هذه الآية الكريمة بين الحق سبحانه وتعالى حق المولود فى الرزق والكسوة ولم يقدره بقدر معين ، بل أسند ذلك إلى العرف . وهذا فيه دلالة على اعتباره وثبوته لأنه لو لم يكن كذلك لما أسند البيان إلى العرف ، ولكنه أسند بدليل أنه لم يرد فى القرآن بيان لذلك ، فكان هذا دليلا على اعتبار العرف وثبوته .

(٢) قال الله تعالى فى كفارة اليمين : «من أوسط ما تطعمون أهليكم» (٢) . فهذه الآية الكريمة فيها أيضًا دلالة على اعتبار العرف وثبوته حيث لم يقدر الله سبحانه وتعالى الوسط الواجب دفعه بل أطلقه ووكله إلى عرف الناس ، والناس كما هو معلوم متفاوتون فى طعامهم فى بلدانهم ، فكل بلد له طعام خالص بل البلد الواحد طعامه متفاوت ، وذلك تبعًا لغناهم وفقرهم ، فما اعتبر فى عرف الناس أنه وسط فهو الواجب وكل مكان له حكمه .

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٣ صدرها : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له ـــ» لا تكلف نفس إلا وسعها لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أوتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير» .

(٢) سورة المائدة آية رقم ٨٩ : «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون» .

ثانيـــاً : من السنـــة المطهـــرة :

للسنة المطهرة دور عظيم فى الدلالة على اعتبار العرف وثبوته وفيما يأتى نذكر نماذج من الأحاديث النبوية التى تثبت ذلك :

١- عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) (١) ، ففى هذا الحديث نجد أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لم يعين نوع القبض ، إذ أنه متفاوت تبعاً لتفاوت المبيعات وتفاوت أعراف الناس وعاداتهم فى قبضها ، بل وكل ذلك لأعرافهم وعاداتهم ، وهذا دليل لعتبار الشرع للعرف .

٢- عن عائشة رضى الله عنها أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح (٢) وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : (خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٣) .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث يتمثل فى رد النبى صلى الله عليه وسلم هنداً (٤) إلى المعروف ، وهو القدر الذى عرف عادة أنه الكفاية . وهذا تفويض من الرسول صلى الله عليه وسلم : (للعرف فى بيان قدر الكفاية لها ولولدها ، فتأخذ المقدار الذى يعتبره العرف كافياً لها ولولدها وهذا اعتبار ثان من الشارع للعرف .

---

(١) رواه الجماعة إلا الترمذى - نيل الأوطار جـ٢ ص ١٥٨ - ط دار التراث الحديث .

(٢) معنى شحيح أى : بخيل حريص، وهو أعم من البخل لأن البخل مختص بمنع المال، والشح يعم منع كل شىء فى جميع الأحوال ، فكل بخل شح وليس العكس .

(٣) المصدر السابق جـ٦ ص ٢٢٣ .

(٤) وهى هند بنت عتبة بن ربيعة .

من هذا نجد أن جملة من الأدلة الدالة على اعتبار العرف شرعًا ولو تتبعنا أدلة الشرع لما وسعنا حصرها ، لذا نكتفي بهذا القدر ونقول : حسبنا دليلا أن الإسلام لم يأت بما يوقع الإنسانية في حرج وضيق ، بل جاء بما في وسعهم وميسرًا عليهم فكيف يحرم أو ينهى عن أعراف وعادات تعارفها الناس وألفوها وهي لا تتنافى مع مبادئه ، وهو الذي يعامل الناس بمقاصدهم ونياتهم فلا يكتفي بمجرد الألفاظ ، بل أحيانًا لا يعتبر الألفاظ وأحيانًا يعامل الناس بما تعارفوا عليه في بلادهم من ألفاظ ، ولا يؤاخذهم بألفاظ لم يتعارفوا عليها ولم يعرفوا معانيها .

الشرط المسكوت عنه إذا كان معروفًا بينهم أنه لابد منه .

قال الشاطبي رحمه الله - تعالى - (١) : (العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعًا، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعًا أمرًا أو نهيًا أو إذنًا أم لا أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر ، وأما أمرها فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك ، فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كقوله تعالى : «ولكم في القصاص حياة» (٢) فلو لم تعتبر العادة شرعًا لم يتحتم القصاص ولم يشرع ، إذ يكون شرعًا لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله : «ولكم في القصاص» .

وكذلك البذر سبب لنبات الزرع ، والنكاح سبب النسل ، والتجارة سبب لنماء المال عادة - كقوله تعالى : «وابتغوا ما كتب الله لكم» (٣) ،

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ٢ ص ٢١١ وما بعدها - ط محمد علي صبيح بمصر .

(٢) سورة البقرة آية رقم ١٧٩ تمامها قوله تعالى : «..يا أولي الألباب لعلكم تتقون» .

(٣) سورة البقرة آية ١٨٧ صدرها قوله تعالى : «أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا ولا تسرفوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا=

وقوله تعالى : «وابتغوا من فضل الله» (١)، وقوله تعالى : «ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم» (٢)، وما أشبه ذلك ، مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائماً، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع فى مشروعيته الأسباب لكان خلافاً للدليل القاطع ، فكان ما أدى إليه باطلا .

إلى أن قال ووجـــه ثالـــث : وهو أنه لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لابد من اعتباره العوائد ، لأن إذا كان التشريع على وزان واحد دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع سبب المصالح ، والتشريع دائم كما تقدم ، فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتباره للعادات فى التشريع .

ووجـــه رابـــع : وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لايطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع ، وذلك أن الخطاب إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العاديات المعتبرة فى توجيه التكليف أولا ، فإن اعتبر فهو ما أوردنا ، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر ، وعلى غير العالم والقادر وعلى من له مانع ، ومن لا مانع له ، وذلك عين تكليف ما لايطاق والأدلة على هذا المعنى واضحة كثيرة (٣) .

= الصيام إلى الليل ولاتباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها كذلك يبين الله آياته للناس لعلهم يتقون» .

(١) سورة الجمعة آية رقم ١٠ تمامها قوله تعالى : «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون» .

(٢) سورة البقرة آية رقم ١٩٨ تمامها قوله تعالى : «فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبل لمن الضالين» .

(٣) المصدر السابق .

الفصل الخامس

في الحديث عن

مكانة العرف الشرعية وموقف العلماء منه

مكانة العرف الشرعية وموقف العلماء منه

يتبين لنا مما تقدم أن الإسلام لم يهمل العرف ، بل اعتبره وراعاه وعامل الناس بمقتضاه فى الدنيا حيث حكم فيه بينهم بالعدل وعاملهم بمقتضاه أيضا فى الآخرة فجازاهم على حسبه ، فهو مرجع القاضى والمفتى فى تطبيق الأحكام المطلقة على الوقائع والحوادث مثل تقدير النفقات والكفارات ونوعها ، وما يخل بالمروءة التى يجب تحققها فى الشاهد ليكون عدلا وما لا يخل بها ، وفى تحديد ما يوجب التقرير .

وعن طريقه يعرف مراد الناس بأقوالهم فى العقود والألفاظ والتصرفات ، والشروط التى يشترطونها فيها . ومما تقدم علم أن الفقهاء يعملون بالعرف فى الجملة ، ومن المستبعد أن يتوقف أحد عن العمل بالعرف أو ينكره .

فمثلا لو تعارف أهل بلد فيما بينهم على إطلاق لفظ الدابة على الحمار خاصة واعترف أحد الناس بثبوت دابة فى ذمته لغيره لم تلزمه إلا بحمار دون الفرس أو غيره .

ولو تعارف أهل بلد على إطلاق الدابة على الفرس ، واعترف أحدهم فى ذمته لغيره بدابة ألزمناه بفرس دون الحمار . ولو أن ملكا حلف لايبنى بيتا له فى مكان ما ثم بناه عماله له بعد ذلك لاعتبر حانثا بيمينه عملا بالعرف . ولا أظن أحدا يخالف فى ذلك .

ومن قواعد الفقهاء المعتبرة عندهم : (العادة محكمة)(١) .

---

(١) الأشباه والنظائر - للسيوطى - ص ٨٩ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ .

والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا - وقال السرخسى فى المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص (١) .

وقال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف - مثل الحرز فى السرقة ، والتفرق فى البيع والقبض ، ووقت الحيض وقدره ، وإحياء الموات ونحو ذلك .

وفى ذلك يقول الشيخ طه عبد الله الدسوقى : والعرف الذى لا يخالف دليلا من أدلة الشرع ولا ينافى قاعدة من قواعده الأساسية معتبر مصدرًا من مصادر الأحكام وأساسًا من أسس الاستنباط : بهذا صرح الفقهاء على اختلاف مذاهبهم .

ونقل عن القرافى قوله : أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها ، وقد ذكر القرافى أن أدلة الشرع فى مشروعية التصرفات تسعة عشر وذكر وعد منها العوائد (٣) .

وقال الدكتور وهبة الزحيلى بعد ما ذكر حجية العرف : وعلى أساسه اعتبر الفقهاء وخاصة الحنفية والمالكية العرف دليلا شرعيًا وأصلا من أصول الاستنباط وقالوا : العادة محكمة ، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى (٤) .

---

(١) المبسوط ص ١ ط مطبعة السعادة بمصر .

(٢) شرح تنقيح الفصول فى اختصار المحصول فى الأصول ص ٤٤٥ ، ٤٤٨ ، تحقيق طه عبد الرؤف سعد - ط أولى - شركة الطباعة الفنية بالقاهرة .

(٣) الوسيط فى أصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزميلى ص ٥٢٣ - ط المطبعة العلمية بدمشق - ط الثانية .

وقد بنى الأئمة كثيراً من الأحكام على العرف ، ويدل على ذلك الواقع الذى أثبت اعتبارهم للعرف واعتدادهم به . فالإمام مالك بنى كثيراً من أحكامه على عرف أهل المدينة ، والإمام الشافعى بنى كثيراً من أحكام مذهبه الجديد على عرف أهل مصر ، وترك فيها ما بناه من الأحكام على عرف العراق والحجاز قبل .

وذهب أبو يوسف إلى القول بأن الحكم الشرعى الذى يثبت بالنص بناء على عرف الناس يتأثر بتغيير هذا العرف مثل وجوب المماثلة كيلا فى بيع القمح بالقمح فإنه بنى على ما تعورف عليه من تقدير القمح بالكيل ، فإذا تعورف على تقديره بالوزن كان الواجب هو المماثلة .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى - لا يجوز له أن يفتى فى الإقرار والأيمان والوصايا وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية فمتى لا يفعل ذلك ضل وأضل .

فلفظ الدينار عند طائفة اسم لثمانية دراهم ، وعند طائفة اسم لإثنى عشر درهماً . والدرهم عند غالب البلاد اليوم اسم للمغشوش فإذا أقر شخص لآخر بدراهم أو حلف ليعطينه إياها ، أو أصدقها أمرأة لم يجز للمفتى ولا للحكام أن يلزمه بالخالصة ، فلو كان فى بلد لا يعرفون إلا الخالصة لم يجز له أن يلزم المستحق بالمغشوشة .

وكذلك فى ألفاظ الطلاق والعتاق فلو جرى عرف أهل بلد أو طائفة فى استعمالهم لفظ الحرية فى العفة دون العتق ؛ فإذا قال أحدهم عن مملوكه «أنه حر» أو قال عن جاريته «أنها حرة» وجرت عادته باستعمال ذلك فى العفة لم يخطر بباله غيرها لم يعتق بذلك قطعاً وإن كان اللفظ صريحاً عند من ألف استعماله فى العتق .

وكذلك إذا جرى عرف طائفة فى الطلاق بلفظ التسريح بحيث لا يعرفون لهذا المعنى غيره فإذا قالت إسمح لى ، فقال لها «سمحت لك» فهذا القول منه صريح فى الطلاق عندهم ... إلى أن قال : وإنه لا يسوغ أن يقبل تفسير من قال : (لفلان على مال جليل أو عظيم) بدانق أو درهم ، ونحو ذلك ولا سيما إذا كان المقر من الأغنياء المكثرين أو الملوك ، وكذلك لو أوصى له بقوس فى محلة لا يعرفون إلا أقواس البندق أو الأقواس العربية أو أقواس الرجل أو حلف لايشم الريحان فى محل لايعرفون الريحان إلا هذا الفارسى .

أو حلف لا يركب دابة فى موضع عرفهم بلفظ الدابة الحمار أو الفرس أو حلف لا يأكل ثمرًا فى بلد عرفهم فى الثمار نوع واحد منها لايعرفون غيره ، أو حلف لا يلبس ثوبًا فى بلد عرفهم فى الثياب القمص وحدها دون الأردية والأرز والجباب ونحوها تقيدت يمينه بذلك وحده فى جميع هذه الصور واختصت بعرفه دون موضوع اللفظ لغة أو فى عرف غيره، بل لو قالت المرأة لزوجها الذى لا يعرف التكلم بالعربية ولا يفهما : قل لى : أنت طالق ثلاثًا وهو لا يعلم موضوع هذه الكلمة ، فقال لها : لم يطلق قطعًا فى حكم الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم .

وكذلك لو قال الرجل لآخر : أنا عبدك ومملوكك على جهة الخضوع له كما يقول الناس لم يستبح ملك رقبته بذلك ، ومن لم يراع المقاصد والنيات والعرف فى الكلام فإن يلزمه أن يجوز له بيع هذا القائل وملك رقبته بمجرد هذا اللفظ ، وهذا باب عظيم يقع فيه المفتى الجاهل فيضر الناس ، ويكذب على الله ورسوله ، ويغير دينه ، ويحرم ما لم يحرمه الله ويوجب ما لم يوجبه الله، والله المستعان (١) .

---

(١) أعلام الموقعين جـ١ ص ٢٢٨ وما بعدها - لابن القيم - ط مطبعة النهضة الجديدة بالقاهرة .

ومن هنا نعلم أن للعرف مكانة شرعية عظيمة ، وأن الفقهاء في جميعهم اعتبروه في أحكامهم وراعوه في أزمانهم لما له من أهمية عظيمة في حياة العباد وأخراهم .

"شـــروط اعتبـــار العـــرف"

يجب أن نعلم أن اعتبار العرف والاعتداد به شرعًا ليس أمرًا مطلقًا بدون شرط ولا قيد ، بل هو مشروط بأمور يلزم تحقيقها وتوفرها ، بحيث إذا انعدمت تبع ذلك انعدام اعتبار العرف والاعتداد به شرعًا . وهذه الشروط استفيدت من كلمات متفرقة ذكرها الفقهاء لمناسبات شرعية فبعض الشروط أخذ منها تصريحًا وبعضها الآخر أخذ عن طريق الاستنباط وفيما يلى توضيح لأهم هذه الشـــروط :

الشـــــرط الأول : التكرار والشيوع . أى أن يكون العرف متكرر أو أن يكون شائع الاستعمال بين الناس . وفى هذا يقول القرافى فى فروقه إن العادة لابد من تكرار استعمالها إلى غايه يصير المعنى المنقول إليه مفهومًا بغير قرينة ، ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره (١) .

وذكر ابن نجيم أن الهندى فى شرح المعنى قال : (العادة عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة) ففى هذا دلالة على أنه لابد من التكرار والشيوع ، ويرى ابن نجيم أن التكرار الذى لابد منه فى العادة يختلف من حالة إلى أخرى ، ونقل الخلاف فى ثبوت العادة فى الحيض بمرة أو مرتين وفى تعليم الكلب الصائد يترك أكله للصيد بأن يصير الترك عادة وذلك يترك الأكل ثلاث مرات (٢) .

الشـــــرط الثانـــى : أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا : قال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر : (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (٣) .

---

(١) الفروق للقرافى حـ١ ص ٤٠ والاجتهاد فيما لا نص فيه حـ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤،٩٣ بتصرف . ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٣) المصدر السابق ص ٩٤ .

وفى هذا يقول السيوطى فى أشباهه : (إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا (١)) . وهذا يعنى أن ترتب الحكم على العادة والعرف لايكون إلا بتحقيق الإطراد وهو العموم والانتشار .

أما إذا حدث عكس ذلك بأن إضطربت وتخلفت ولم تعم ولم تغلب فإنه لا اعتبار ولا اعتداد بها شرعًا . وقد يعبر عن الإطراد بالعموم . فيقال : يشرط فى العرف أن يكون عامًا أى شائعًا مستفيضًا بين الناس أو بين أهله بحيث يعرفه الجميع فى كل البلاد أو اقليم خاص من الأقاليم . ومعنى الغلبة أى أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تتخلف كثيرًا (٢) .

والغلبة والإطراد إنما يعتبران إذا وجدا عند أهل العرف من البلاد أو الطوائف ، أما الشهرة فى كتب الفقه فلا عبرة بها ، حتى لو ورد على المفتى من يستفتيه فى واقعة عرفية ، كان على المفتى أن يضع فى اعتباره عوائد وأعراف بلد المستفتى وينظر فيهما ويبنى حكمه عليها لا على ما اشتهر فى كتب المذاهب .

وفى هذا قال القرافى فى الأحكام : و لايكفى فى الاشتهار كون المفتى يعتقد ذلك . فإن ذلك من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه ، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى (٣) .

ولقد قصر ابن نجيم العرف المعتبر فيما إذا كان غالبًا أو مطردًا وذلك لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه فى نفوسهم إنما يتم بالغلبة أو

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٢ ط مصطفى البابى الحلبى .
(٢) نشر العرف لابن عابدين ص٣٨ .
(٣) الفروق للقرافى حـ١ ص٤٠ .

الفصل السادس

في
شروط اعتبار العرف

الاعراف - وأنهما [١] قرينة إرادة الأمر الذي وجدا فيه من شهرة السكر قوة أو تعاطيا - فإذا تبايعا صلعة بدراهم وكانت الدراهم مختلفة في الرواج والعملية أو أحدهما - حمل الثمن على الغالب الشائع وكانت الغلبة قرينة إرادته وهذا كذلك قرينة الاحتياج إلى الأمر المتعارف - فيشترج له من الأحكام ما بينا لهما [٢] -

فتخرج بهذا الحصر في الأعراض العرف المشترك - وهو ما تعارف فيه الجمهور على العادة والاتفاق عليها - كالتبايع بالدراهم المتساوية الرواج والعملية - فإن العرف المشترك قاصد لا يصح الرجوع إليه - ولا يبنى عليه حكم شرعي بتقرر التزامه في عرف الشرع على هذا العرف أو متابعته -

ولذا قالوا في هذه الحالة لو باع صلعة بدراهم مطلقة ينصرف البيع لجهالة الثمن - ولم يحكموا العرف المشترك فيما إذا اختلف الأب والبنت فيما يعد إليهما من المتاع عند الزفاف أهو تمليك أو عارية [٣] وكذا هو لا يقتضي على الأشهر والأئمة تقييداً أو تخصيصاً وإعمالاً لتعارض العرفين - فإذا كان أحدهما يقتضي التخصيص أو غيره فالعرف الآخر يمنع عنه - والبعض عما يرجح أحد المتعارضين من الغلبة أو الاضطراد -

ومن أجل أن العرف المشترك لا يصلح مقيداً تقرر أن الكون الاشتراك بعيداً متعارضاً - نرى أن الإمام أبا حنيفة رضي الله عنه لم يعتبر العرف في الزواج بالحرائر - لأنه مشترك بينه وبين الزواج بالإماء ولم يعتبر هذا العرف مقيداً للاطلاق - والبعض الصاحبين أن الزواج بالحرائر عرف غالب

---

(١) أي الغلبة والاطراد -

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٢ -

(٣) هذا من محاضرات الفقها عليها أستاذنا الشيخ حامد الزرب رمضان أثناء شرحه لقاعدة العادة محكمة من قواعد الفقه الكلية عام ١٣٧٢هـ -

واعتبروه مخالفاً بتزويج الأمة . قالوا وهو اختلاف عصر وزمان . وهذا شرط معتبر في جميع أنواع العرف .

الشرط الثالث : أن يكون العرف عاماً في جميع بلاد الإسلام قال ابن نجيم في أشباهه : أتنبيه : هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ، ولو كان خاصاً (١) . ثم ذكر بعد ذلك المذاهب اعتبار العرف الخاص وانتهى بعد عرض المذاهب والآراء إلى أن المذهب الصحيح هو عدم اعتبار العرف الخاص في بناء الأحكام فقال : والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص (٢) .

وخالف في هذا الشرط مشايخ بلخ وبخارى وخوارزم وأبو الليث وأبو علي فقالوا باعتبار العرف الخاص دليلاً ومخصصاً . ولذلك أفتوا بجواز كثير من المعاملات التي يمنعها الدليل . فأفتوا بجواز استئجار الحائك في الغزل ببعض ما يخرج من عمله مع أنه ممنوع بدلالة نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز (٣) الطحان .

وأفتى مشايخ بخارى بجواز استئجار المقرض لحفظ مرآة - مع أن الإجازة ثابتة بالتعامل العام ولم يثبت هنا لكن العرف الخاص على رأيهم لا يفيد حكماً عاماً - وإنما يفيد حكماً خاصاً بأهله .

ولقد استدل الذاهبون إلى اعتبار العرف الخاص بأن التعامل ورد في الشرع دليلاً على أحكام كثيرة وخص به الدليل الشرعي كما في الاستصناع

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٢ .

(٢) المصدر السابق ص١٠٣ .

(٣) القفيز : هو مكيال كان يكال به قديماً ، ويختلف مقداره في البلاد ، ويعادل بالتقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراماً . المعجم الوسيط جـ٢ ص ٧٨٠ - الطبعة الثالثة ط مجمع اللغة العربية .

فإنه بيع المعدوم المنهى عنه ومع ذلك أجازوه للتعامل معه وخصوا به حديث :(لا تبع ما ليس عندك)(١) .

قال الجمهور إن التعامل الذى ثبت به الاستصناع وغيره هو التعامل العام لا الخاص ، لأنه ما اعتبر إلا لكونه مردودا إلى الإجماع العملى ، والإجماع العملى لا يثبت إلا بالتعامل العام من غير نكير .

أما الخاص فلا ينعقد به إجماع - وقد كثر كلامهم عن رد العرف الخاص فى مسألة استئجار الحائك ببعض ما يخرج من عمله .

وقال الزيلعى فى رده : (ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى فى كل البلاد وبمثله يترك ويخص الأثر) (٢) .

وقد يقال : كلام الجمهور إنما يفيد اشتراط العموم فى العرف الذى يمكن رده إلى الإجماع فما الدليل على اشتراط العموم فى غيره ، ويجاب عن ذلك بأنه تقدم رد العرف الذى لم يكن أصله الإجماع إلى دلالته لأن ما أجمع عليه معلل بالحاجة غالبا ، أو إلى قاعدة عامة ثابتة بالتأثير على اصطلاح الحنفية أو بالمصلحة المرسلة على اصطلاح المالكية .

فإذا أجرينا على الرد الأول فاشتراط العموم ، لأن الحاجة التى علل بها العرف هى الحاجة العامة من أهل الإسلام ، ولا ريب أنها لا تثبت

---

(١) هذا الحديث عن حكيم بن حزام: قال قلت يا رسول الله: يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تبع ما ليس عندك)، وهذا الحديث رواه الخمسة، وقال الترمذى حسن صحيح - نيل الأوطار جـ٥ ص ١٥٥- الناشر دار الحديث - بمصر.

(٢) رفع الراية لتخريج أحاديث الهداية - الزيلعى - جـ٥ ص ١٢٠ .

إلا بالتعامل العام منهم ، وإن جرينا على الرد الثانى فوجه اشتراط العموم هو أن التأثير الذى تثبت به قاعدة العرف هو تأثير المشقة فى التخفيف - وليست كل مشقة مؤثرة، بل المشقة المؤثرة هى المشقة الزائدة التى تضيق بها الصدور وتلحق بالناس العنت والضيق ، وليست ههنا إلا مشقة الناس عامة وحرجهم الشامل .

ولم أر من علل اشتراط العموم فى العرف الذى لم يكن فى عصر الإجماع ، وإنما حصلت على ذلك مما وصلت إليه فى بحث رد العرف إلى الأدلة الصحيحة ، وبهذا ثبت اشتراط العموم للعرف فى حالتيه .

والجواب عن قول الذاهبين إلى اعتبار العرف الخاص إن التأمل اعتبر دليلا ومخصصًا كما فى الاستصناع ، بأن الذى اعتبر إنما هو التعامل العام فيفرق بين الاستصناع وأثبتوا تجويزه بالعرف كاستئجار الحائل ببعض ما يخرج من عمله . فالحاصل كما فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص - ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتبار (١) .

قال ابن عابدين : إعلم أن كلا من العرف العام والعرف الخاص إنما يعتبر إن كان شائعًا بين أهله (٢) . وقال فى موضع آخر : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص ، فهذا يفيد أن معنى عدم اعتبار العرف : أنه إذا وجد النص بخلافه - لا يصلح أن يكون ناسخًا للنص ولا مقيدًا له ، وإلا فقد اعتبروه فى مواضع كثيرة كمسائل الإيمان وكل عاقد وحالف وواقف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره ابن الهمام .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ .

(٢) نشر العرف لابن عابدين ص ٣ .

(ويعني هذا) يتقرر لدينا أن القاعدة العرفية العامة إنما يكون إذا كان الحكم الوضعي عليها عاماً ، أي أن الحكم الخاص لا يفيد الحكم العام بل يفيد حكماً خاصاً يرتبط بالأقضية الموجودة في الدعاوى دون غيرها مما يقتضيه ذلك من الأحكام .

الشرط الرابع :- أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً :- ومعنى هذا أن يكون العرف المراد تكييف موضوع النزاع في إنشاء التصرف ، أن العرف لا يؤثر إلا فيما يوجد بعده ، أو معه ، ولا يؤثر فيما مضى قبله ، لأن المتأخر لا تحمل عليه الأفعال . قال ابن نجيم : (وإذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ ، فقد اعتبر العرف في المعاملات ، وهو يعتبر في التخصيص فيقدم على عمومه ولا يخصصه العرف)[1] .

(وقال السيوطي :- العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن العاري عن المتأخر)[2] ، ويعني الشاطبي :- أن العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، لا يصح أن يقضى بها على قوم حتى يعرف أنها عامتهم ويثبت ذلك فلا يقضى على من مضى بعادة ثبتت متأخرة)[3] .

الشرط الخامس :- أن يكون العرف مخالفاً لدليل من الأدلة الشرعية أو قاعدة من القواعد الشرعية ، أي أن العرف لا يكون في العمل به تعطيل لحكم ثبت بنص شرعي ، أو أهمل قطعي من أصول الشريعة ، مثل تعارف الناس في بعض البلدان تناول المخدرات ، كالخمر ، وأكل الربا ،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٨ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ .

(٣) الموافقات للشاطبي جـ٢ ص ٢٣٠ هـ ، تحقيق علي صبيح .

وخروج الناس كافة عليها محرمات ، فإذا كان الأمر كذلك فلا اعتبار للعرف ، لأن اعتباره والحالة هذه يعد إهمالا للنصوص الشرعية وإعراضا عنها واتباعا للهوى ، ولهذا لا عبرة بالعرف عند وجود النص الشرعي .

وفي هذا قال ابن نجيم في أشباهه : (وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف في كونه كيليا أو وزنيا . وأما المنصوص على كيله أو وزنه فلا اعتبار بالعرف فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله وفتواه في فتح القدير من باب الربا ولا خصوصية للربا ، وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه) (١) .

الشـــرط الســـادس : أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه - وعليه فلو صرح المتعاقدان بخلافه ، فلا يحكم العرف . قال العز بن عبد السلام : (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح) (٢) . أي إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يدل على خلاف العرف صح ذلك وكان العمل بما صرحا به جزماً ، دون العرف .

فمثلا ، إذا استأجر شخص أخر على أن يعمل من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة ، فليس للمستأجر الحق في أن يلزم الأجير بالعمل من الصباح إلى المساء ، بدعوى أن عرف البلدة كذلك ، لأن العرف والحالة هذه قد خالف ما نص عليه أو شرطه أحد المتعاقدين وعليه فلا يحتج بالعرف بل يتبع المدة المتفق عليها بينهما أما العرف فلا أثر له .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣،٩٤ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام جـ٢ ص ١٨٦ - ط دار الشرق للطباعة .

الفصل السابع

في

بيان أثر العرف في الفروع الفقهية

"أثر العرف في الفروع الفقهية"

سأعرض إن شاء الله عز وجل نماذج من الفروع والمسائل الفقهية التي كان مستندها في الحكم العرف - كي يظهر لنا أثر العرف الصحيح في حياة المجتمعات الإسلامية وارتباطه بها .

من ذلك مايأتي :

١- بيع المعطاه :(١) وهو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما (٢) . وصورته أن يأخذ المشترى المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو أن يدفع البائع المبيع فيدفع له المشترى ثمنه دون تكلم ولا إشارة سواء أكان المبيع حقيراً ، أم نفيساً .

وفي بيان حكم البيع اختلف الفقهاء :

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم إلى صحة هذا البيع متى كان هذا معتاداً دالا على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين ، والبيع يصح بكل مايدل على الرضا .

ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره عن أحد ، فكان ذلك أي عدم الانكار إجماعاً - فالقرينة هنا كافية في الدلالة على الرضا (٣) .

---

(١) وبمعنى آخر بيع المراوضة ، والمعطاة في اللغة مأخوذه من عاطاه الشيء - أي ناولة إياه - معجم مقاييس اللغة حـ٢ ص ٦٣١ .

(٢) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد - للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٥٠ - ط دار الكتاب .

(٣) المغني لابن قدامة حـ٣ ص ٤٨٦ بتصريف - ط - مطبعة العاصمة بالقاهرة .

وذهب الشافعية إلى أن بيع المعطاة لا يصح سواء أكان المبيع نفيساً أو حقيراً لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «إنما البيع عن تراض» (١) والرضا أمر خفى ، فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ ، لاسيما عند إثبات العقد حالة النزاع فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ .

وقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووى والبغوى وغيرهما صحة انعقاد بيع المعطاة فى كل ما يعده الناس بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع إلى العرف كسائر الألفاظ المطلقة (٢) .

وبعض الشافعية كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعطاة بالمحقرات أى الأشياء غير النفيسة : وهى ما جرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز وحزمة بقل ونحو ذلك (٣) .

فمن هذا كله نستنتج أن العرف له دور هام فى أقوال الفقهاء وحكمهم بصحة هذا البيع خاصة وأن ما تعارف عليه الناس واعتادوه فى هذا النوع من البيوع يتوافق تماماً مع المقود العام للشريعة الإسلامية من تشريع الأحكام وهو تحقيق المصلحة للعباد ورفع الحرج والضيق عنهم .

٢- البيع على البرنامج : والمراد به بيع الأعيان الغائبة :

وصول بيان حكم هذا البيع اختلفت أقوال الفقهاء على النحو التالى:

١- ذهب المالكية إلى القول بجواز هذا النوع من البيوع أى أنه يجوز بيع العين الغائبة إذا كانت موصوفة وكانت غيبتها مما يؤمن معها تغير الصفة قبل القبض ، فإذا جاء المبيع ووجده المشترى على الصفة التى ذكرها له

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٣ ص ٤٨٦ بتصريف - ط - مطبعة العاصمة بالقاهرة .

(٢) المجموع للنووى جـ٩ ص ١٧١ - بتصريف .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣ - وما بعدها ، المهذب جـ١ ص ٢٥٧ .

البائع كان البيع لازماً - وهذا ما يسمى عند مالك بالبيع على البرنامج - وأما إذا لم يوصف البيع لم يصح المبيع لم يصح البيع وفى هذا يقول ابن رشد : (وقال مالك وأكثر أهل المدينة : (يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن معها أن تتغير فيه الصفة قبل القبض (١) .

وفى الموطأ قال الإمام مالك - رحمه الله تعالى - : (فى الرجل يقدم له أصناف من البر (٢) ويحضره الشوام (٣) ويقرأ عليهم برنامجه ، ويقول : فى كل عدل (٤) كذا وكذا ملحفة(٥) بصرية ، وكذا وكذا ريطة (٦) سابرية (٧) ، ذرعها كذا وكذا ، ويسمى لهم أصنافاً من البر بأجناسه

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ١٧٧ - ط ونشر مكتبة الكليات الأزهرية - بالقاهرة .

(٢) البز : هو نوع من الثياب - والسلاح ، وقيل البز ضرب من الثياب ، وقيل البز من الثياب أمتعة البزاز ، وقيل البز متاع البيت من الثياب خاصة - انظر - المعجم الوسيط جـ١ ص ٥٦ ، ولسان العرب لابن منظور جـ١ ص ٢٧٤ .

(٣) يقال البائع السلعة سوماً أى عرضها للبيع ، وسامها المشترى واستامها طلب بيعها ، ومنه «لا يسوم أحدكم على سوم أخيه» ، أى : لا يشتر على شراء أخيه ، ويجوز حمله على البائع أيضاً وصورته أن يعرض رجل على المشترى سلعته بثمن فيقول آخر عندى مثلها بأقل من هذا الثمن فيكون النهى عاماً فى البائع والمشترى ، انظر المصباح المنير ص ٢٩٧ .

(٤) عدل الشىء بالكسر مثله من جنسه أو مقداره قال ابن فارس «والعدل» الذى يعادل فى الوزن والقدر - انظر المصدر السابق ص ٣٩٦ .

(٥) الملحفة : بالكسر هى الملاءة التى تلحفت بها المرأة - المصدر السابق ص ٥٥٠ .

(٦) الريطة : بالفتح كل ملاءة ليست لفقين أى قطعتين والجمع رياط - المصدر نفسه ص ٢٤٨ .

(٧) سابرية نسبة إلى «سابور» كورة من كور فارس ومدينتها شهرستان نفس المرجع ص ٦٣ .

بأجناسه ويقول : اشتروا منى على هذه الصفقة فيشترون الأعمال على ما وصف لهم ثم يفتحونها ، فيستقلونها ويندمون ، قال مالك : ذلك لازم لهم ، إذا كان موافقًا للبرنامج الذى باعهم عليه ، قال مالك : وهذا الأمر الذى لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقًا للبرنامج ، ولم يكن مخالفًا له (١) .

والذى ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله تعالى هو ظاهر مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله وهذا الذى ذهب إليه الإمام مالك أفتى به المتأخرون من الحنفية منهم الحلوانى (٢) والفضلى (٣) ، وعمدتهم فى هذا : أنه قد جرى العرف وعادة الناس به ، وفى نزع الناس عن عادتهم حرج .

---

(١) انظر الموطأ للإمام مالك بن أنس ص ٣٦١ .

(٢) وهو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلوانى ، الملقب شمس الأئمة من أهل بخارى إمام أصحاب أبى حنيفة بها فى وقته - حدث عن أبى عبد الله فنجار البخارى تفقه على القاضى أبى على الحسين بن الخضر النسفى روى عنه أصحابه مثل أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى شمس الأئمة ، وبه تفقه وعليه تخرج وانتفع ومن تصانيفه المبسوط توفى سنة ٤٤٨ هـ تقريبًا - يكشن ، وحمل إلى بخارى ودفن فيها - انظر الجواهر المضيئة فى طبقات الحنفية جـ٢ ص ٤٢٩ - ط دار العلوم الرياض - تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو .

(٣) فى بيان مسمى هذا العالم الجليل ذكر صاحب الجواهر المضيئة فى طبقات الحنيفة هذه الترجمة ، فقال : ذكره هكذا بالنسبة الخاصى وغيره من أصحابنا ، نسبة إلى الجد ، جد أبى عمرو عثمان بن ابراهيم بن محمد بن أحمد بن أبى بكر محمد بن الفضل بن جعفر بن رجاء الفضلى البخارى كان عالمًا من أولاد الأئمة سمع القاضى أبا الحسن على بن الحسين بن محمد السعدى وغيره عاش حتى حدث بالكثير عنه وكانت ولادته فى رمضان سنة ٤٢٦ هـ وتوفى فى بخارى سنة ٥٠٨ هـ - كذا ذكر السمعانى فى الفضلى - =

قال ابن عابدين (١) : وأفتى الحلوانى بالجواز ، وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى الإمام الفضلى - ونقل عنه أنه قال : استحسن فيه بتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم فى ذلك مدة ظاهرة ، وفى نزع الناس من عادتهم حرج . اهـ .

وظاهر كلام الفتح - كما قال ابن عابدين - الميل إلى الجواز - حيث قال : لوقد رأيت فى رواية فى نحو عن محمد رحمه الله - وهو بيع الورد على الأشجار - فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع فى محل بهذا الطريق .

ويميل ابن عابدين رحمه الله تعالى إلى هذا القول ، ويرى أنه من الضرورة تجويزه ، والإلزام تحريم أكل القثاء فى أكثر البلدان إذ لا تباع إلا كذلك ويرى أنه يمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فالنبى صلى الله عليه وسلم إنما رخص فى السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم ، وهنا تحققت الضرورة فيمكن إلحاقه به - قال الاستاذ أبو سنة : وكون هذا من بيع المعدوم المنهى عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه، لا يمنع من صحة ما أفتوا به لأن العرف - كما علمنا يخصص الأدلة ويعدل به من ظاهر المذهب (٢) . وبهذا أحتج الحنابلة للقول بعدم صحة بيع مالم يوصف (٣)

« الأنساب جـ ٩ ص ٣١٤ - وذكر فى القنة «فتاوى الفصل» وعلم له - «قض» ثم ذكر بعد منتصف سطر «فتاوى الفضلى» ، وعلم «قل» وأيضا محمد بن محمد بن محمد بن أبراهيم بن محمد بن أحمد بن أبى بكر محمد بن الفضل البخارى الفضلى من بيت العلم - ثم قال فى النهاية : ولا أدرى من هذا المعنى بالفضلى من هؤلاء فإنهم أئمة علماء أهل بيت - الجواهر المضيئة جـ٤ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - لابن عابدين جـ٤ ص ٥٥٥ .

(٢) العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمى أبو سنة ص ٥٥ وما بعدها بتصرف .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٣ ص ٤٩٥ طـ دار الفكر .

وعمدة مالك رحمه الله تعالى فى صحة البيع على الصفة ولزومه حالة تحقق الصفة : أن الصفة تنوب من الرؤية ، وأن مثل هذا البيع ينتفى عنه الغرور لجريان العرف به .

وفى الموطأ قال الإمام مالك : وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج (١) فى جرابه ، والثوب فى طيه ، وما أشبه ذلك . فرق بين ذلك الأجر المعمول به ، ومعرفة ذلك فى صدور الناس ، وما مضى من عمل الماضيين فيه وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة ، والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأسا لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر ، وليس يشبه الملامسة (٢) .

والشافعى ينكر جريان هذا العرف : قال فى الأم: قلت للشافعى إنما نفرق بين ذلك لأن الناس أجازوه . قال الشافعى - رحمه الله تعالى -: أما علمت أحدا يقتدى به فى العلم أجازه فإن قلتم إنما أجزناه على الصفة فبيوع الصفات لا تجوز إلا مضمونة على صاحبها بصفة يكون عليه أن يأتى بها بكل حال وليس هكذا بيع البرنامج أرأيت لو هلك المبيع أيكون على بائعه أن يأتى بصفة مثله فإن قلتم لا فهذا لا بيع عين ولا بيع صفة (٣)

---

(١) الساج ضرب من الملاحف - المعجم الوسيط جـ١ ص ٤٧٨ - سوج - وفى المصباح المنير الساج طيلسان مقور ينسج كذلك وجمعه «سيجان» المصباح المنير ص ٢٩٣ - سوج .

(٢) الموطأ للإمام مالك بن أنس ص ٣٥٩ - ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

(٣) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعى جـ٧ ص ٣١٤ - ط دار الفد العربى - الطليعة الأولى .

وسند هذا القول عند مالك أن العمل عليه فى المدينة - قال فى الموطأ (وهذا الأمر الذى لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقًا للبرنامج وليس مخالفًا له (١) .

وعليه نجد أن عمدة الإمام مالك - رحمه الله تعالى - فى هذه المسألة العرف وعمل أهل المدينة ، وكل منهما حجة عنده فى بناء الأحكام وعمدة الحنابلة فى هذا القول القياس على السلم ، فهو بيع بالصفة فيصح كما يصح السلم ، ولذلك لا يصح عندهم البيع بالصفة فيما لا يصح السلم فيه - وكذلك حجتهم فى لزوم هذا البيع إذا وجد على الصفة - قياسه على المسلم فيه ، فإنه لا خيار فيه إذا أسلمه على الصفة المعقود عليها فكذلك هنا إذا أسلم المعقود عليه بصفاته (٢) .

٣- **فى مسألة تقسيم المهر** : إلى مقدم ومؤخر نجد أن للعرف أثرًا فى ذلك حيث قد تعارفت بعض البلدان على تقسيمه إلى مقدم ومؤخر - وعليه فلو أطلق الأمر فى المهر وحدث نزاع بين الزوجين ، فإنه يرجع فى ذلك إلى العرف الموجود فى البلد والذى عليه جميع الناس فيها .

ومن ذلك أيضًا : جريان عرف بعض البلدان على تسليم المهر قبل الدخول فلو حصل نزاع بين الزوجين فى تسليم المهر ، فالقول قول الزوج عملا بالعرف .

وإذا كان العرف عند أهل بلد ما قائمًا على أن المهر لا يسلم إلا بعد الدخول - وحصل نزاع بين الزوجين فإن القول مع عدم البينة قول الزوجة .

---

(١) الموطأ ص ٣٦١ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٣ ص ٤٩٣ .

٤- ومن الأمور التى يرجع فيها للعرف الهدايا التى يقدمها الخاطب إلى خطيبته من حلى وثياب وهدية - فإذا كان العرف فى ذلك جاريا على أنه لا تعتبر تلك الهدايا من المهر فلا تلتزم الخطيبة برده عند النزاع (١) .

وذكر فضيلة الشيخ أبو زهرة فى ذلك رأيا أرى أن له وجاهته حيث يقول : إذا قدم الخاطب للمخطوبة هدايا فى أثناء الخطبة أو قدم لها مهرا ، ثم عدل أحدهما ، فإن الهدايا تسترد إذا كانت قائمة فى ملك المهدى إليه لم يحصل فيها تغيير ، وإذا خرجت من ملكه أو حصل فيها تغيير لا تسترد ، وأما المهر فيسترد كله بذاته ، أو يسترد مثله إذا حصل تصرف فيه . هذا هو المعمول به الآن بمقتضى القوانين المصرية القائمة وهو مذهب أبى حنيفة (٢) .

٥- ومن الأمور التى يراعى فيها العرف : تحمل المؤجر استهلاك الكهرباء والماء إذا كان العرف جاريا بذلك ، ولم يحصل شرط بين المتعاقدين وكذلك إذا استأجر شخص آخر جميع النهار فإنه لا يدخل فى ذلك أوقات الصلاة وقضاء الحاجة ، وأوقات الغذاء حسب العرف (٣) .

٦- ومن الأمور التى روعى فيها العرف - كشف الرأس ، والأكل فى الأسواق - فهذا غير سائغ فى بعض البلدان لذا فإنه يقدح فى عدالة الشخص الذى يفعل ذلك فترد شهادته تمشيا مع العرف المعمول عليه فى هذا البلد (٤) .

---

(١) أصول الفقه وابن تيميه جـ٢ ص ٥٢٤ - الطبعة الثالثة - ط دار النصر للطباعة الإسلامية .

(٢) تنظيم الإسلام للمجتمع للشيخ الإمام محمد أبى زهرة ص ٧٠ - ط الفكر العربى .

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام جـ٢ ص ١٨٦ - ط دار النشر للطباعة .

(٤) أصول الفقه لأبى زهرة ص ٢٧٥ - ط دار الثقافة العربية للطباعة بالقاهرة .

١٠- ومن ذلك أيضاً عدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهادة . فإن أبا يوسف ومحمد قررا ذلك وأنه من تزكية الشهود للمحافظة على حقوق الناس وعدم ضياعها ، وهذا مخالف لما قرره أبو حنيفة من أنه يكتفى بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص ولم يشترط التزكية بناء على ما كان فى زمنه من غلبة العدالة ، لأنه كان فى الزمن الذى شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية ، فنظراً لتغير الزمان وفشو الكذب أفتى الصاحبان بما يخالف رأى الإمام نزولا تحت وطأة العرف (١) .

٨- أفتى المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم وقراءته والإمامة والأذان وغير ذلك - فهذا حكم خولف فيه ما كان مقرراً عند كثير من العلماء ، ومنهم أئمة الحنفية نظراً لتغير الزمان وانقطاع عطايا المعلمين وأرباب الشعائر الدينية من بيت المال فلو اشتغل هؤلاء بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة للزم ضياع القرآن وإهمال تلك الشعائر (٢) .

٩- وفى الإيمان عند الفقهاء قالوا إنها تبنى أولا على اللغة ثم على العرف فمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لا يحنث بناء على العرف ومن حلف لا يأكل الرؤس لا يحنث برؤس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليه عرفاً .

١٠ - أجاز محمد بن الحسن وقف المنقول مستقلا عن العقار إذا تعارفه الناس مع أنه مناف فى رأى الحنفية لمقتضى الوقف فى كونه مؤبداً .

١١- من الأمور التى روعى فيها العرف اعتبار الكفاءة فى الزواج - فقد روعى فى هذا الأمر عرف العرب مع أن الناس سواء ، وذلك للحفاظ على

---

(١) المصدر السابق ص ٢٧٦ - والوسيط فى أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلى ص ٥٢٧ - ط المطبعة العلمية بدمشق - الطبعة الثانية .

(٢) المصدر السابق .

مستقبل الزوجية واستقرارها ، لأن الناس يزيدون من دونهم - وقد لا يكون ذلك معتبراً فى أكثر البلدان جرياً على أعرافهم .

١٢- جرى عرف الناس من أقدم العصور على جواز الاستصناع .

١٣- أجاز العلماء للإنسان ذبح شاه غيره متى أشرفت على الهلاك حفظاً لماليتها ، إذ أن العرف يأذن له بالتصريف فى مال غيره فى مثل هذه الحالة . ومن ذلك أيضاً إذا رأى إنسان مال غيره معرضاً للتلف ، فباعه وحفظ ثمنه ، لا شىء عليه ، لأن هذا كله مأذون فيه عرفاً من المالك .

ونظير ذلك مريض عجز أصحابه فى السفر أو الحضر عن استئذانه فى إخراج شىء من ماله فى علاجه وخيف عليه ، فإنهم يخرجون من ماله ما هو مضطر إليه بدون استئذانه بناء على العرف فى ذلك (١) .

قال الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى - رحمه الله تعالى : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة فمن ذلك - سن الحيض - البلوغ . الإنزال . أقل الحيض - النفاس - الطهر وغالبها ، وأكثرها ، وضابط القلة ، والكثرة فى الضبة ، والأفعال المنافيه للصلاة والنجاسات المعفو عن قليلها - وطول الزمان وقصره فى موالاة الوضوء فى وجه ، والبناء على الصلاة فى الجمع ، والخطبة ، والجمعة ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ورده ، والتأخير المانع من الرد بالعيب ، وفى الشرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة . إقامة له مقام الإذن اللفظى ، وتناول الثمار الساقطة وفى إحراز المال المسروق ، وفى المعاطاة على ما اختاره النووى . (٢) وفى عمل الضباع على ما استحسنه

---

(١) مدارج السالكين لابن القيم ص٢١٨ - ط مطبعة المنار - بالقاهرة .

(٢) وهو يحيى بن شرف بن مرى بن حسن الشافعى الحافظ الزاهد المكنى بأبى=

وفى وجوب السرج والإكاف فى استئجار دابة للركوب ، والحبر والدواية والكحل على من جرت العادة بكونها عليه وفى الاستيلاء فى الغضب، وفى رد ظرف الهدية وعدمه ، وفى وزن أو كيل ما جهل حاله فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع، وفى إرسال المواشى نهارا وحفظها ليلا ، ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة فى الأصح ، وفى صوم يوم الشك لمن له عادة ، وفى قبول الهدية ممن له عادة ، وفى القبض والإقباض ، ودخول الحمام ووزن القضاء والولادة والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفى المسابقة (٢) والمناضلة (٣) إذا كانت للرماة عادة فى مسافة تنزل المطلق عليها، وفيها إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط، فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ، وفى ألفاظ المواقف والموصى فى الإيمان (٤) .

---

* زكريا الملقب بمحيى الدين النووى المعروف بشيخ الإسلام - المتوفى سنة ٦٧٦ هـ. الفتح المبين حـ٢ ص ٨١ .

(١) وهو شيخ الإسلام إمام الدين أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن الفضل القزوينى الشهير بالإمام الرافعى صاحب شرح الوجيز الذى لم يصف مثله فى المذهب كان إماما فى الفقه والتفسير والحديث والأصول وغيرها - توفى سنة ٦٢٣ هـ . طبقات الشافعية حـ١ ص ٩٧١ .

(٢) سابقة مسابقة وسباقا وسبقك - الذى يسابقك ، وهم سبقى وأسباقى ، وفى التهذيب تقول العرب للذى يسبق من الخيل سابق وسبوق ، وسبقت الخيل ، وسابقت بينها إذا أرسلتها وعليها فرسانها لتنظر أيها يسبق . لسان العرب حـ٣ ص ١٩٢٨ .

(٣) يقال ناضلته مناضلة ونضالا أى راميته فنضلته من باب قتل - غلبته فى الرمى - المصباح المنير ص ٦١٠ .

(٤) الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية - للسيوطى ص٩٠ - ط - مصطفى اليالى الحلبى بمصر .

ومن خلال ما تقدم من أمثلة ونماذج يتضح لنا أن الشارع الحكيم راعى كثيراً من الأعراف فى تشريعه ، واعتبر الأعراف الصحيحة التى لا تصادم مبادئة ولا تتعارض مع أدلته . لما فى ذلك من تحقيق للكثير من مصالح الناس التى تجلب لهم التيسير والتسهيل فيما يحتاجون إليه ، ودفع كثير مما يوقعهم فى الحرج والضيق فلا تكاد تسمع أحد من العلماء يعارض فى العرف فى الجملة مادام أنه لا يعارض شريعتنا السمحة ، أما إذا كان يتعارض معها فهو عرف فاسد وباطل ومردود مثل الأعراف التى توجد فى بعض البلدان من شرب الخمور فى الحفلات وغيرها وبعد الميسر والقمار ، والتعامل بالربا والنياحة على الأموات ونحو ذلك مما جاء الإسلام بمحاربتها .

وبعـــد

فهذا ما وفقنى الله تعالى إليه فى هذا البحث الأصولى وأدعو الله العلى القدير أن يجعله خالصاً لوجهه ، وإن كنت قد وفقت فى معالجته فهذا من فضل ربى وإحسانه ، وإن كنت غير ذلك فكل بنى آدم خطاء ، ويكفينا أن نطمع فى رحمة الله وغفرانه ، وأن يعصمنا وجميع إخواننا المسلمين مما يغضب وجهه ، وأن يجعلنا ممن لزم الفطرة السليمة ومات عليها - وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

د. مصطفـــى فـــرج محمـد فيـــافى