

## العرف والعادة في الشريعة والقانون

الدكتور سعد العنزي  
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية  
جامعة الكويت

### مقدمة:

الحمد لله الذي هدانا لهذا بفضلِهِ ومنه وكرمه إلى دينه الخاتم، والصلاة والسلام على عبده ورسوله محمد خاتم أنبيائه ورسله الذي حمل الرسالة، وبلغ الأمانة، وعرفَ بالحق، وأثار الدرب، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين... وبعد:

إن العرف مصدر تبعي من مصادر الأحكام، ولا يتحقق وجود العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان غالباً ومطرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، واعتبره كثير من الفقهاء مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية، وقد أقام الفقهاء، وخاصة فقهاء المذهب الحنفي والمالكي كبير وزن للعرف، واعتبروه أصلاً مهماً ومصدراً عظيماً واسعاً تثبت له الأحكام بين الناس في كل ما لا نص فيه، مما لا يصادم نصاً تشريعياً خاصاً يمنعه، ولذلك أثبت الفقهاء قواعد في العرف والعادة، كانت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف. وذكرت مجلة الأحكام العدلية الكثير من تلك القواعد، وعلى أساس هذه القواعد فرّع الفقهاء وقرروا ما لا يحصى من فروع الأحكام في مختلف أبواب الفقه.

فالعرف في نظر الفقهاء وخاصة الحنفية والمالكية دليل شرعي كاف في

ثبوت الأحكام بين الناس، فيما لا دليل سواه، بل إنه يترك به القياس إذا عارضة، لأن القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي إلى الحرج، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس.

أما إذا عارض العرف نصاً تشريعياً فلا اعتبار لهذا العرف.

وهذا البحث يشتمل على المطالب التالية:

**المطلب الأول:** تعريف العرف والعادة لغة وشرعاً وقانوناً، والفرق بين العرف والعادة ونتائج التفرقة بين الفرق والعادة والفرق بين العرف والإجماع.

**المطلب الثاني:** أقسام العرف ومركزه في مصادر الأحكام في الفقه والقانون والفروع المعاصرة المبنية على العرف.

**المطلب الثالث:** العرف، والقواعد الفقهية المستنبطة من العرف وأدلة اعتباره وشروط اعتبار العرف شرعاً، ومخالفة العرف للقياس، وأهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة.

**المطلب الرابع:** في تغيير العرف وأسبابه.

كما قمت بعمل الهوامش والتذييلات في آخر البحث وإعطائها أرقاماً متسلسلة داخل البحث.

أمل أن أكون قد أعطيت هذا الموضوع حقه من البحث والدراسة، وأسأل  
- الله المثوبة وإليه أتوجه بالحمد والثناء والحمد لله رب العالمين.

## المطلب الأول

تعريف العرف والعادة لغة وشرعاً وقانوناً، والفرق بين العرف والعادة ونتائج التفرقة بين العرف والعادة والفرق بين العرف والإجماع.

### ١ - تعريف العرف لغة واصطلاحاً وقانوناً:

#### أ - العرف في اللغة:

بضم العين وراء ساكنه يطلق عادة على معان عدة منها:

أ - الجود واسم ما تبذله وتعطيه، ويطلق على الصبر قال أبو دهب الجمحي

قل لابن تيس أخى الرقيات ما أحسن العرف فى المصيبات

ب - ويطلق على موج البحر وعلى ما تعرفه النفس وتطمئن إليه<sup>(١)</sup>.

وفسر الراغب الأصفهاني العرف: بالمعروف من الإحسان<sup>(٢)</sup> وهذا هو معنى

العرف فى قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين﴾<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن الأثير: المعروف: اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله

والتقرب إليه والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من

المحسنات والمقبحات، وهو من الصفات الغالبة، أي معروف بين الناس إذا

رأوه لا ينكرونه<sup>(٤)</sup>.

#### ب - العرف فى اصطلاح الفقهاء فقد عرفوه بتعريفات متقاربة:

عرفه الجرجاني: بأنه ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته

الطبائع السليمة بالقبول<sup>(٥)</sup>، وقال القرافي: هو غلبة معنى من المعاني على

(١) لسان العرب: ٧٤٧/٢، القاموس المحيط: ١٨٣/٣. (المعجم الوسيط: ٥٩٥/٢).

(٢) المفردات للراغب الأصفهاني، ص: (٣٣٣).

(٣) سورة الأعراف الآية: (١٩٩).

(٤) النهاية لابن الأثير: ٢١٦/٣.

(٥) التعريفات للجرجاني، ص: (١٣٠).

الناس، وقد تكون هذه الغلبة في جميع الأقاليم، كحاجة الغذاء، والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود، والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى<sup>(٦)</sup>.

أو هو «عادة جمهور قوم في قول أو عمل»<sup>(٧)</sup>، ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان مطرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، أو غالباً بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يراعاه ويجري على وفقه، فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور، وهذا لا يكون إلا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل، وإلا كان تصرفاً فردياً لا عرفاً<sup>(٨)</sup>.

أما أبو زهرة فقد عرف العرف بأنه: ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت إليه أمورهم<sup>(٩)</sup>. وقال: هذا يعد أصلاً من أصول الفقه، فقد جاء في الأثر: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله أمر حسن»<sup>(١٠)</sup>، فإن ذلك الأثر يدل بعبارته وممراته على أن الأمر الذي يجري عرف المسلمين على اعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله أمراً حسناً، وأن مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً يكون فيه حرج وضيق، ولقد قال تعالى: ﴿ما جعل الله عليكم في الدين من حرج﴾<sup>(١١)</sup>.

(٦) شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص: (٤٤٨).

(٧) المدخل الفقهي العام. مصطفى الزرقاء - ١/١٤٢.

(٨) المصدر السابق.

(٩) أصول الفقه لأبي زهرة: ٢١٦.

(١٠) نقل هذا الأثر عن ابن مسعود فهو موقوف عليه: ولقد رفعه الإمام أبو زهرة إلى النبي ﷺ وفي رفعه نظر، قال ابن نجيم في القاعدة السادسة عند حديثه عن (العادة محكمة): وأصلها قوله - عليه الصلاة والسلام - : «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» (الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٣).

(١١) سورة الحج الآية: (٧٨).

## والحاصل من هذه التعريفات:

١ - أن العرف ما اطمأنت إليه النفوس وألفته عادة، واستحسنته في طباعها السليمة بالقول.

٢ - ويؤخذ منه أنه من الأمور الشائعة لدى الناس سواء أكان في جميع البلاد أم بعضها وسواء أكان بالقول أم الفعل أم ترك.

٣ - أن يتلقاه الناس بالقبول والرضا على ألا يخالف الطباع السليمة والفطرة التي فطر الله الناس عليها.

## ج - تعريف العرف عند علماء القانون الوضعي:

العرف في أغلب القوانين الحديثة، هو المصدر الرسمي الاحتياطي الذي يلي التشريع في المرتبة، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص، غير أن القانون المصري، قد أفسح المجال لمصدر رسمي احتياطي ثان يلي العرف في المرتبة هو «مبادئ الشريعة الإسلامية».

فالعرف في القانون: هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية<sup>(١٢)</sup>.

أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة.

فالعرف عند علماء القانون أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، فهو مصدر رسمي فطري وضروري يعطي القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل، وخاصة حينما تكون الحياة بدائية؛ والمحافظة على التقاليد شديدة، والسلطة في الجماعة ضعيفة، أو غير مرتكزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها، فإذا تقدمت المدنية وتعددت الحاجات في الجماعة، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للإلزام بالقواعد القانونية. وإن بقي - إلى

(١٢) المدخل إلى القانون، د. حسن كيره: ٣٥١، دار النهضة العربية - بيروت - لبنان.

جنب التشريع - مصدراً تكميلياً يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع<sup>(١٣)</sup>.

فهذا هو دور العرف في معظم الدول الحديثة التي تتخذ القوانين الوضعية منهجاً لها، ولا ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول الغربية كإنجلترا، محتفظاً بمكانه كمصدر للقانون، وإن يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة، مما يطويه تحت راية القضاء، ويجعل الإلزام به على أساس اطراد أحكام المحاكم على الحكم بقواعده، أي يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون، ويكاد يرد القضاء بدوره إلى نوع من العرف يسمى العرف القضائي<sup>(١٤)</sup>.

والحاصل من هذه التعريفات القانونية للعرف يتضح أن العرف في الجانب القانوني يرتكز على ركنين أساسيين:

أ - الركن المادي: وهو الدلالة على أن العرف إنما يكون أولاً من العمل بسنة معينة واطراد العمل بهذه السنة وتواتره.

وهذه الأعمال المطردة التي أصبحت سنة تنشأ عادة في الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو بأمرها، وإنما هي محض اتباع ذاتي يندفعون إليه، إما بدافع الإحساس بضرورة هذه السنة، وإما بدافع الاستحسان لها، وإما بدافع التقليد لغيرهم في اتباعها.

ويرى بعض فقهاء القانون أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة، قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على السواء، أما تحديد هذا الزمن فهو أمر تقديري بحث يتوقف على ظروف عدة، ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها، وذهب آخرون من فقهاء القانون إلى عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستوري<sup>(١٥)</sup>.

(١٣) المصدر السابق،

(١٤) المدخل إلى القانون: ٣٥٢.

(١٥) عبدالحميد متولي - المفصل في القانون الدستوري: ١/ ١٦٥ - ١٦٩ - ط ١٩٥٢.

ب - الركن المعنوي: لا يكفي لتكون القاعدة العرفية وجودها المادي كسنة يطرد اتباعها في العمل، بل ينبغي لها فضلاً عن ذلك وجود معنوي أو نفسي ينحصر في قيام عقيدة - في نفس من يتبعون هذه السنة باطراد، بإلزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية، وبغير هذا الوجود المعنوي أو النفسي لا يوجد العرف، وإنما يظل مجرد سنة غير ملزمة، يملك الأفراد حق مخالفتها كما يشاؤون<sup>(١٦)</sup>.

#### العرف في المذهب الماركسي اللينيني:

إن دور التشريع في القانون السوفييتي سابقاً جعل دور العرف محدوداً، فتحويل المجتمع إلى مجتمع شيوعي وتحويل الإنسان معه إلى مؤمن بالمذهب الماركسي اللينيني يتطلب انقلاباً ثورياً يشمل الأعراف والعادات التي لا يمكن لها أن تستمر في العهد الجديد.

وإذا كان العرف قد احتفظ ببعض أهميته في روسيا السوفييتية آنذاك، فذلك بالقدر الذي يكون فيه مفيداً وضرورياً في تفسير القانون أو في تطبيقه، أو في الحالات النادرة التي ينص القانون على الرجوع إليه، يقول الدكتور عبدالسلام الترماني: لقد ورد تحكيم العرف في القانون السوفييتي في بعض نصوص القانون الزراعي وذلك في المادة (8 و 77) وورد تحكيم العرف في مواد الملاحة التجارية (المواد 89-90) وليس من المستغرب أن يحتل العرف مركزاً ثانوياً في القانون السوفييتي، فهو يعتبر أثراً من آثار الماضي، وقد طرح النظام السوفييتي هذا النظام بكامله، ولا يمكن تشبيه ذلك بحركة التدوين التي سادت في البلاد الرومانية الجرمانية في القرنين التاسع عشر والعشرين حيث استبدلت العادات والأعراف ولم يحلها وإنما صاغها، أما في روسيا فما حدث كان انقلاباً في أساس العادات شمل موضوعها وصياغتها، ولقد أرادت الثورة من المواطن الروسي أن ينقاد في عيشه على صورة أخرى وفقاً لقواعد جديدة هي قواعد الجماعة الاشتراكية<sup>(١٧)</sup>.

(١٦) المدخل إلى القانون، ص: (٣٥٦).

(١٧) القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى والمعاصرة، ص: (٢٥٦)، طبعة جامعة الكويت، ١٩٨٠.

**التعريف المختار للعرف:** «عادة جمهور قوم في قوم أفعل»، فهذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون، بحيث يكشف عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة وبأدق الحدود.

**العادة في اللغة:** الدين يعاد إليه، وسميت بذلك؛ لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى<sup>(١٨)</sup>.

عرّف الراغب في مفرداته: العادة: بأنها اسم لتكرير الفعل والانفعال، حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية<sup>(١٩)</sup>.

وفي الاصطلاح: عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة<sup>(٢٠)</sup>.

وفي شرح التحرير: العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية<sup>(٢١)</sup> وشرح ابن عابدين هذا التعريف: فقال: إن 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<sup>(٢٢)</sup>.

وقوله في التعريف: (الأمر المتكرر) يشمل كل حادثة من حيث إن لفظ «الأمر» كلفظ «الشيء» من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً:

- 
- (١٨) لسان العرب: (٢/٤٢٠)، الموسوعة الفقهية: (٥٣/٣٠) مختار الصحاح: (١/٤٦).
- (١٩) المفردات للراغب الأصفهاني، ص: ٣٥٢.
- (٢٠) حاشية الرهاوي على شرح المنار: ٤٣٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٣ ذكره السيوطي عن الهندي في شرح المغنى.
- (٢١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٤/٢ (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف).
- (٢٢) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٤/٢ (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف).

١ - فالعادة تطلق تارة على ما يعتاده الفرد من الناس في شؤونه الخاصة، كعادته في نومه، وأكله ونوع مأكوله، وحديثه، وكثير من أفعاله، وهذه هي العادة الفردية.

٢ - وتطلق تارة أخرى على ما تعتاده الجماعات والجماهير، مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير، حسناً كان أم قبيحاً.

٣ - وتطلق العادة أيضاً بوجه عام على كل حالة متكررة، سواء أكانت ناشئة: أ - عن سبب طبيعي، كإسراع بلوغ الأشخاص ونضج الثمار في الأقاليم الحارة، أو إبطائه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً وفي بعضها شتاءً بحسب الموقع الجغرافي والعوامل الطبيعية.

ب - أم ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، والعس بالضرر والفساد، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل، والفسق والظلم، مما يسميه الفقهاء: فساد الزمان.

ج - أم ناشئة عن حادث خاص، كفضو اللحن الناشيء من اختلاط العرب بالأعاجم.

فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات. وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء، وقرر لها الفقهاء ما يناسبها من أحكام<sup>(٢٣)</sup>.

## ٢- الفرق بين العرف والعادة:

الناظر إلى أقوال العلماء في العرف والعادة يجد أن معظم العلماء لم يفرق بين العرف والعادة، بل اعتبرهما مترادفين، يقول ابن عابدين. فالعادة والعرف بمعنى واحد<sup>(٢٤)</sup>.

وقال خلاّف<sup>(٢٥)</sup>: العرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد.

(٢٣) المدخل الفقهي العام: الأستاذ مصطفى الزرقاء: ٢ / ٨٣٩. ط الثامنة: مطبعة الحياة - دمشق.

(٢٤) مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢ / ١١٤.

(٢٥) مصادر التشريع الإسلامي: ١٤٥، الشيخ عبد الوهاب خلاّف.

كما ورد في عطف أحدهما على الآخر كقول بعض الفقهاء، «هذا الحكم ثابت بدلالة العرف والعادة، وإنما هو من باب تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد، إذ لا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف، وممن ذهب إلى هذا الجرجاني في تعريفاته<sup>(٢٦)</sup>.

وقال النسفي كما نقل عنه ابن عابدين في تعريف العرف: العادة والعرف ما استقر في النفوس...»<sup>(٢٧)</sup>.

وقال الشيخ أبو زهرة: وإذا اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى، وإن اختلف مفهومهما، فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات<sup>(٢٨)</sup>، ويرى فريق من العلماء أن العادة أعم من العرف لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي كحرارة الإقليم أو برودته وهي العادة المتكررة، فتكون النسبة بين العادة والعرف كما يقول الأستاذ - مصطفى الزرقا - هي العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقاً، والعرف أخص، إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية، أو مشتركة<sup>(٢٩)</sup>.

وفريق آخر: يرى أن العرف أعم من العادة. فخص العرف بالقول والعادة بالفعل ونسب هذا الرأي إلى البخاري في كشف الأسرار<sup>(٣٠)</sup>.

### ٣ - العرف والعادة في نظر فقهاء القانون الوضعي:

إن الذي يميز العرف عن العادة في نظر القانون ما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد في إلزامه، نفس إلزام القواعد القانونية، أي من

(٢٦) التعريفات: ١٣٠.

(٢٧) نشر العرف، لابن عابدين: ١١٢/٢.

(٢٨) الإمام مالك: للشيخ أبو زهرة: ٤٢٠.

(٢٩) المدخل إلى الفقه الإسلامي العام للأستاذ مصطفى الزرقا: ٤٨١/١ - (العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة).

(٣٠) أصول مذهب الإمام أحمد، ص: ٥٢٢ نقلاً عن كشف الأسرار.

الاعتقاد في وجود جزاء، أو إجبار عام أو جماعي يكفل احترامه؛ ولهذا يتميز العرف عن مجرد العادة، إذ يجتمع للعرف الوجود (المادي والمعنوي) على السواء، ولا يجتمع للعادة إلا الوجود المادي وحده دون الوجود المعنوي، أي تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد في العمل اتباعاً لا يقوم على عقيدة إلزامية في ضرورة مراعاتها أو احترامها، وإنما هو محض اتباع اختياري من جانبهم<sup>(٣١)</sup>.

والحاصل أنه لا تسري في حق الأفراد سريان العرف في حقهم، فالعرف وهو قاعدة قانونية، يلزم الأفراد بذاته دون توقف على إرادتهم، أما العادة وهي مجرد واقعة مادية، أي مجرد سنة تتبع عادة في العمل دون أن تسند لها عقيدة في إلزامها، فلا تكون لها قدرة على إلزام أي فرد كان، إلا إن كان الفرد يريد الالتزام بها وتظهر إرادته هذه صراحة أو ضمناً، وحينئذ لا يكون إلزام العادة إلزاماً ناشئاً عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة، وإنما هو إلزام ناشئ من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض إرادتهم واتفاقهم، أي أن العادة لا يمكن إلزامها في قوتها لذاتها ككل قاعدة قانونية، وإنما يستمد هذا الالتزام من إرادة المتعاقدين واتفاقهم، لذلك جرى الاصطلاح على تسمية العادة باسم «العادة الاتفاقية».

ومن الأمثلة على العادة في هذا الخصوص ما جرى عليه العمل في بعض البلاد من أن المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه، وما يطرد عليه العمل عكس ذلك في بلاد أخرى من أن المؤجر هو الذي يتكفل بهذا الثمن.

فينبغي للأخذ بحكم العادة إذن: انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد والالتزام بها، انصرافاً صريحاً، أو - كما هو الغالب - انصرافاً ضمناً، يستخلص من مختلف ظروف التعاقد، كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد، ومركز المتعاقدين، ومعاملاتهما السابقة، فإذا لم تنصرف إرادة المتعاقدين - لا صراحة ولا ضمناً - إلى الالتزام بالعادة، فلا إلزام لها

(٣١) المدخل إلى القانون، ص: (٣٥٧).

عليهما، وعلى هذا النحو تفترق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملّة، فتكون العادة ملزمة باتجاه إرادة المتعاقدين إلى اتباعها والالتزام بحكمها، وتكون القاعدة القانونية المفسرة أو المكملّة ملزمة؛ وعلى هذا، فإن القاعدة العرفية ككل القواعد القانونية، إما قواعد أمره<sup>(٣٢)</sup> وإما قواعد مكملّة.

#### ٤ - نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية:

بنى الباحثون في القانون على هذه التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية عدة أمور:

- ١ - يفترض - العرف كقاعدة قانونية - العلم به فلا يقبل - كمبدأ عام - الاعتذار بجهل أحكامه، أما العادة الاتفاقية وهي مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة إلا من إرادة المتعاقدين، فتفترض أن تكون معلومة لدى المتعاقدين، فهي لا تطبق إذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها، إذ في هذه الحالة لا يمكن أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى التقيد بأحكامها.
- ٢ - يكون القاضي - باعتباره مكلفاً بتطبيق القانون - ملزماً من تلقاء نفسه بتطبيق - العرف بوصفه قاعدة قانونية في الدعاوى المرفوعة أمامه، حتى لو لم يطلب الخصوم ذلك، أو تمسكوا به، في حين أنه ينبغي في المقابل التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لإحكام تطبيق القاضي لها في حقهم، إذ هي في مقام الشرط الصريح أو الضمني في العقد.
- ٣ - لما كانت العادة الاتفاقية لا تلزم إلا باتجاه إرادة المتعاقدين إلى التقيد بأحكامها، فينبغي أن يكون لقاضي الموضوع أو الأساس مطلق السلطان فيما يقضي به من وجود العادة أو تطبيقها.
- ٥ - النسبة بين العادة والعرف: يتضح من جميع ما تقدم أن العادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف.

(٣٢) ما يوجد في زمن عرف في بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها، وتمتع بعض الأجانب ببعض الحقوق والامتيازات.

فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص، إذا هو عادة مقيدة.

فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً؛ لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة.

#### ٦ - انتقال العادة إلى العرف في القانون:

مهما يكن من أمر التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية، فالثابت أن العادة تنتهي في كثير من الأحيان إلى أن تصير عرفاً، حينما تحل إرادة جماعية مشتركة محل الإرادات الفردية في اعتقاد ضرورة التقيد بها، فتصبح إلزاماً عاماً يقوم على عقيدة عامة في وجوب احترام السنة التي تجري بها العادة، ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها.

#### ٧ - الفرق بين العرف والإجماع:

إن الإجماع مبناه اتفاق مجتهدى الأمة في عصر من العصور بعد وفاة النبي ﷺ على حكم شرعي، أما العرف: فلا يشترط فيه الاتفاق، وإنما يكفي فيه سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص، فهو لهذا أشبه بالسيرة.

هذا وبين العرف والإجماع فروق نوجزها فيما يلي:

أولاً: العرف يكفي في إثباته توافق غالب الناس على قول أو فعل، بمن فيهم من العامة والخاصة.

أما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ.

ثانياً: إن العرف لا يقدح فيه مخالفة بعض الناس إذا اتفق عليه غالب الناس، خلافاً للإجماع، فإنه لا ينعقد إلا باتفاق جميع مجتهدى الأمة على تلك المسألة؛ وإن وقع خلاف بين بعض المجتهدين فلا ينعقد ذلك الإجماع خلافاً لمن يرى حجية إجماع الكثرة.

ثالثاً: إن الحكم الثابت بالإجماع كالحكم الثابت بالنص، بل أقوى منه،

فلا مجال لتغييره؛ لأن الإجماع إذا انعقد أصبح دليلاً شرعياً، ومصدراً من مصادر التشريع الإسلامي، لا مجال لتغييره بعد ذلك، حتى لو انقضى ذلك العصر؛ أما المستند إلى العرف فيتغير بتغير العرف.

رابعاً: إن العرف قد يكون فاسداً، وذلك إذا خالف نصاً شرعياً أو غير ذلك مما يجعله غير معتبر، بخلاف الإجماع، فإنه لا يكون فاسداً بأي حال من الأحوال، لأن مجتهدي الأمة لا يجتمعون على ضلالة.

خامساً: الإجماع يكون ملزماً للناس جميعاً حين انعقاده؛ خلافاً للعرف، فممنه ما هو عام فيكون ملزماً للعامة؛ ومنه ما هو خاص فلا يكون ملزماً إلا لمن تعارف عليه فقط.

## المطلب الثاني

أقسام العرف ومركزه في مصادر الأحكام في الفقه والقانون. والفروع المعاصرة المبنية على العرف.

### ٨ - أقسام العرف:

يذكر الأصوليون أن العرف ينقسم إلى أقسام عدة:

أولاً: فالشاطبي في الموافقات<sup>(٣٣)</sup> قد قسم العوائد إلى شرعية، وإلى عوائد جارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

١ - أما العوائد الشرعية فيقول: إنها ثابتة أبداً، كسائر الأمور الشرعية، كالأمر في إزالة النجاسة، وستر العورات، والنهي عن الطواف بالبيت على العري، مما كان جارياً على عادة الناس، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً.

وكحمل العلماء قوله ﷺ : «من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف»<sup>(٣٤)</sup>.

(٣٣) الموافقات: ٢/ ٢٨٣.

(٣٤) رواه أبو داود من حديث ابن عمر في باب الاستثناء في اليمين.

على أنه مختص باليمين بالله تعالى: لأن اليمين في عادة الشرع، فهي مخصصة لعموماته<sup>(٣٥)</sup>.

٢ - وعوائد جارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، وقد تكون ثابتة وقد تكون متبدلة؛ أما الثابتة فهي كوجود شهوة الطعام، والشراب، والكلام والمشى وأشباه ذلك.

وقد تكون متبدلة وهي ما تكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع، فهو لذوي المروءات قبيح في بعض البلاد دون الأخرى، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك<sup>(٣٦)</sup>.

وقسمها أيضاً باعتبار وقوعها في الوجود إلى عوائد عامة: وهي التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال كالفرح والحزن والنوم واليقظة والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر وتناول الطيبات والمستلذات، واجتناب المؤلمات والخبائث.

والثاني عوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيئات اللباس والمسكن واللين في الشدة، والشدة في اللين، والبطء والسرعة في الأمور.

والظاهر أن هذا التقسيم إلى عوائد لا تختلف وعوائد تختلف، إنما هو للضرب الثاني من التقسيم الأول، وهو العوائد الجارية بين الخلق<sup>(٣٧)</sup>.

وقسم ابن عابدين العرف إلى ثلاثة أقسام<sup>(٣٨)</sup>:

١ - العرفية العامة: كوضع القدم، فإذا قال والله لا أضع قدمي في دار فلان فهو في العرف العام بمعنى الدخول، فيحنت سواء دخلها ماشياً أو راكباً، ولو وضع قدمه في الدار بلا دخول لا يحنت.

(٣٥) الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة: ٢٦٩.

(٣٦) الموافقات: ٢/٢٨٤.

(٣٧) الأدلة المختلف فيها، د. مصطفى البغا: ٢٤٩ - الموافقات: ٢/٢٩٧.

(٣٨) رسالة نشر العرف لابن عابدين في مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢/١١٤.

٢ - العرفية الخاصة: كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة.

٣ - العرفية الشرعية: كالصلاة والزكاة والحج، حيث تركت معانيها اللغوية لمعانيها الشرعية.

والحاصل من هذا التقسيم للعرف لدى الشاطبي وابن نجيم يتضح أن العرف بمفهومه العام ينقسم إلى تقسيمات مختلفة وباعتبارات مختلفة أيضاً.

فينقسم العرف بحسب سببه إلى قولي وعملي:

أ - فالعرف القولي: هو أن يتفق أهل العرف على أن يراد من اللفظ غير معناه الأصلي الذي وضع له اللفظ في اللغة، بحيث يتبادر ذلك المعنى إلى الذهن عند سماعه.

مثال ذلك: تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد في بعض الأقاليم، على الذكر دون الأنثى، مع أنه في اللغة يشتمل على الاثنين؛ قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾<sup>(٣٩)</sup> وتعارفهم على إطلاق لفظ اللحم على غير السمك، مع أنه موضوع لما يشمل السمك أيضاً؛ قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً﴾<sup>(٤٠)</sup>.

ب - العرف العملي: هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، كتعارفهم على البيع بالتعاطي دون صيغة لفظية في عقد البيع؛ وتعارفهم على أن ما يدفعه الرجل لخطيبته يعتبر هدية لا يدخل في نطاق المهر.

وكتعارف بعض الأقاليم على تأجيل بعض الصداق، وتعجيل بعضه؛ وتعارف بعضها على أن المرأة لا تزف إلا إذا قبضت كامل مهرها، وغير ذلك.

وينقسم العرف أيضاً باعتبار انتشاره إلى عام وخاص:

فالعرف العام: هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس

(٣٩) سورة النساء الآية: (١١).

(٤٠) سورة النحل الآية: (١٤).

في أمر من الأمور كإطلاق لفظ (الدابة) على كل ذات حافر؛ فلفظ (دابة) وضع في اللغة لكل ما يدب على الأرض من ذي حافر وغيره؛ ثم هجر الوضع الأول، وصار في العرف حقيقة، في كل ذي حافر.

ومنه أيضاً: ما شاع استعماله في غير موضعه اللغوي، كالغائط؛ فإن حقيقة الغائط المطمئن من الأرض؛ وقد شاع استعماله في المرحاض ونحوه.

وقد قرر فقهاء الحنفية أن العرف العام يترك به القياس، ويسمى: (استحسان العرف)، ويخصص به العام إذا كان ظنياً ولم يكن قطعياً؛ ومن أمثلته: أنه قد ورد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط؛ ولكن قرر جمهور الحنفية والمالكية أنه يجوز في البيع اشتراط ما جرى به العرف، كحمل المبيع إلى محل المشتري، وتقسيط ثمن المبيع<sup>(٤١)</sup>.

**والعرف الخاص:** هو ما تعارف عليه أهل بلد معين أو طائفة معينة من الناس، كتعارف التجار على إثبات الديون في دفاتر خاصة من غير إشهاد عليها، واعتبار هذا حجة فيما بينهم، وهذا النوع من العرف ليس له قوة النوع الأول.

ومن قبيل العرف الخاص، المصطلحات الشرعية، كالصلاة والحج والوصايا؛ وهذا إنما يدخل في العرف الشرعي.

**وينقسم العرف أيضاً باعتبار الشرع له إلى قسمين صحيح وفاسد:**

١ - **فالعرف الصحيح هو:** ما لم يعارض نصوص الشرع، أو ما يشهد به الشرع بالاعتبار في الجملة. قال ابن المشاط في كتابه «الجواهر الثمينة»: إن العوائد معمول بها في الشرع، ما لم تخالف دليلاً شرعياً؛ فإنه حينئذ يجب طرحها، واتباع الدليل الشرعي؛ ومعنى العمل بها، أن يقيد، أو يخصص بها بعض الأحكام الشرعية الفرعية، أي وكل الشرع أمرها للعرف، كتقدير نفقات

(٤١) أصول الفقه أبو زهرة: ٢/٦.

الزوجات والأقارب وكسوتهم، وما يختص به الرجال والنساء من متاع والعكس؛ فما انتقل إليه العرف في هذه المسائل تبعه الحكم<sup>(٤٢)</sup>.

٢ - وأما العرف الفاسد فهو: ما كان مخالفاً لأدلة الشرع، وأحكامه الثابتة التي لا تتغير؛ كتعارف الناس على بعض الأمور المحرمة، كالربا ولعب القمار، حتى لو اختلفت مسمياتها؛ وخروج المرأة من بيتها من دون حاجة وضرورة متعطرة ومتبرجة، فهذه العادة والأعراف التي اعتادتها بعض المجتمعات الإسلامية في هذا العصر، والمكتسبة أصلاً من الحضارة الغربية الزائفة، ما هي إلا أعراف فاسدة، وعادات محرمة، ثبت تحريمها بالنص، فلا يطلق عليها أنها أعراف وعادات معتبرة، وإن كانت معتبرة في نظر مجتمع ما أو بلد معين؛ إلا أنها في نظر الشارع غير معتبرة بل هي باطلة ملغاة، لما يترتب عليها من المفساد الدينية والاجتماعية. فمثل هذا العرف لا يعتبر، ولا تبنى على مثله أحكام الشرع، لأن في اعتباره إهمالاً لنصوص قاطعة؛ وفيه اتباع للهوى، وإبطال للشرائع؛ لأن الشرائع ما جاءت لتقرير المفساد، وإن تكاثر الآخذون بها.

#### ٩ - مركز العرف في مصادر الأحكام في الفقه والقانون:

إن المجتمعات التي تقوم أساساً على عدم وجود الدين أو الشريعة تكون الأعراف والعادات هي المنهج الوحيد الذي تحتكم إليه.

فمن هنا نعلم ما للعرف من حاكمية قديمة بين البشر؛ وبما أن بعض - الأعراف قد تكون في ذاتها حسنة عادلة، أو قبيحة جائرة، كان من أهداف الشرائع أن تُقر العرف الحسن وتُنهي عن القبيح.

ف نجد أن العرف في نظر الحقوقيين مصدر من أهم المصادر للقوانين الوضعية ذاتها، فيستمد منه واضعوها كثيراً من الأحكام المتعارفة، ويبرزونها في صورة نصوص قانونية، يزال بها الغموض والإبهام الذي لا يجليه العرف

(٤٢) الجواهر الثمينة: ٢٧١. [ابن المشاط هو حسن بن محمد بن عباس بن علي بن عبدالواحد المشاط الفقيه الأصولي ولد بمكة في الثالث من شوال سنة سبع عشرة وثلاثمائة بعد الألف من الهجرة - مقدمة الجواهر الثمينة: ١٧].

في بعض الحالات؛ فيعد علماء القانون الوضعي مصادرَ الشرائع - أي القوانين التي تضعها الأمم لأنفسها - خمسة:

١ - العرف.

٢ - الدين.

٣ - آراء الفقهاء وشرح القوانين.

٤ - اجتهاد القضاء، أي أحكام المحاكم.

٥ - قواعد العدل والإنصاف.

فمن هذه المصادر الخمسة تُستمد الأحكام الوضعية التي تُصاغ قوانين يُلزمُ بها الناس، ويجري عليها القضاء بينهم، كما يرجع إليها القضاء فيما لم تتناوله القوانين بالنص.

هذا، ويلاحظ أن للأحكام التي تُستمد من العرف مزيّتين:

**الأولى:** أن الناس يكونون على علم سابق بها في معاملاتهم، فيقل - اختلافهم، لأن جهل الناس بالأحكام مما يولد المشكلات بينهم.

**الثانية:** أن تلك، الأحكام تكون مألوفة مستساغة ومقبولة، لأنهم قد اعتادوها قبل أن تصبح قانوناً<sup>(٤٣)</sup>.

ويعتبر العرف في أغلب القوانين الحديثة هو المصدر الرسمي الاحتياطي الذي يلي التشريع في المرتبة، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص، غير أن القانون المصري قد أفسح المجال لمصدر رسمي احتياطي آخر يلي العرف في المرتبة وهو «مبادئ الشريعة الإسلامية».

#### ١٠ - العرف في مقابل القوانين المكتوبة:

عندما يوازن علماء القانون بين العرف والقوانين، فإن مقارنتهم تتجه إلى العرف الذي كان يشكل قانوناً غير مكتوب يحكم الأوضاع في أمة من

(٤٣) المدخل الفقهي العام: ١٤٤.

الأمم، وهم في هذه الموازنة يرجحون جانب العرف، لأن العرف يتكون مما جرى عليه الناس في معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية؛ فتتميز قواعده بأنها تعبر أصدق تعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم، فتكون حكم نشأتها على هذا النحو الملائم للظروف الاجتماعية، كما تؤدي هذه الطريقة ذاتها في نشء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف في المجتمع، فتظل على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف<sup>(٤٤)</sup>.

أما القوانين المكتوبة فإنه يؤخذ عليها أن قواعدها تأتي غير ملائمة لظروف المجتمع، وإذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها فإن صحتها في نصوص مكتوبة يضافي عليها من الجمود ما يقف عن مسايرة التطور، وقد يقعد عن - تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات هذا التطور<sup>(٤٥)</sup>.

هذه هي الميزة التي يذكرونها للعرف في مقابل القوانين المكتوبة، لكنهم في المقابل يذكرون للقانون ميزات كثيرة متعددة تجعلهم يرجحون أيضاً جانب القانون على العرف؛ ومن هذه المزايا:

١ - أن القوانين يمكن سنها بسهولة وتعديلها كما تسير التطور في الحياة الاجتماعية، أما العرف فهو على خلاف ذلك، لأنه أداة بطيئة لتكوين القاعدة القانونية، بحيث يقصّر عن تزويد الجماعة في العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد قانونية.

٢ - أن القوانين المكتوبة تمتاز بأنها توضع في نصوص مصوغة صياغة محكمة، تساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم؛ أما العرف فإن قواعده تتكون تدريجياً، كما ينقصها الوضوح والتحديد؛ ولذلك قد يصعب التثبت من وجود القاعدة أو التحقق من مضمونها.

٣ - القانون الواحد في الدولة الواحدة أداة لتوحيد نظام الدولة، إذ إن قواعده

(٤٤) أصول القانون، د. عبدالمنعم فرج الصده: ١٢٤.

(٤٥) المصدر السابق.

تنفذ في أقاليم الدولة؛ في حين أن العرف أكثره مَحَلِّي؛ ولذلك فهو يؤدي إلى تعدد النظم في الدولة الواحدة، وذلك يعكر وحدتها، ويعرقل تقدمها.

#### ١١ - نظرة الشريعة في مقابل العرف كمصدر في القانون الوضعي:

إن الشريعة الإسلامية جاءت فأقرت كثيراً من التصرفات والحقوق التي كانت موجودة لدى العرف قبل الإسلام فوازنت بين هذه التصرفات وبين الأعراف والعادات. فهذبت كثيراً، ونهت عن الكثير؛ كما جاءت بأحكام شرعية جديدة تلائم حياة البشرية بأسرها في كل مكان وزمان، على أساس وفاء الحاجة والمصلحة والتوجيه إلى أفضل الحلول والنظم؛ لأن الأحكام الشرعية الإلهية إنما جاءت لمصلحة العباد إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فما أباحه الله لهذه الأمة لا شك في أنه مصلحة حقيقية في وجودها، وما حرمه الله على هذه الأمة فإنه مفسدة حقيقية للمجتمع ولل البشرية جميعاً.

فعلماء الشريعة الإسلامية لا يقارنون بين العرف والقانون الوضعي بعين رضا، حيث إنهما وجهان لعمله واحدة؛ لأن القوانين الوضعية والأعراف البشرية تتصف بالظلم والجهل والقصور الذي يتصف به البشر، لأنها في الحقيقة من عقول البشر وتصرفاتهم، لأنها ناتجة عنهم؛ أما الشريعة السماوية الربانية فإنها تتصف بالعدل والكمال، وأنها صالحة لكل البشر على مر التاريخ، والسبب في ذلك أنها من وضع رب الناس العادل الكامل الحكيم.

#### ١٢ - العرف في الفقه الإسلامي:

إن للعرف في الفقه الإسلامي اعتباراً شرعياً في بناء كثير من الأحكام الشرعية، لأنه أصل من الأصول التي يستند إليها في الأحكام، وفقهاء الشريعة متفقون على اعتبار العرف دليلاً يرجع إليه في معرفة الأحكام الشرعية، إن لم يكن هناك نص شرعي أو إجماع أو قياس على اختلاف مناهجهم. فمنهم من توسع، ومنهم من ضيق دائرة العرف فنجد أن المذهبين الحنفي والمالكي قد اعتبرا العرف دليلاً شرعياً وأصلاً من أصول الاستنباط، ومنزلاً منزلة الشرط. وهذا ما قرره ابن نجيم فقال: «اعلم أن اعتبار العادة

والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً...»<sup>(٤٦)</sup>.  
ويقول القرافي: «أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها  
وجدتهم يصرحون بذلك فيها»<sup>(٤٧)</sup>.

وذكر الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة<sup>(٤٨)</sup> عن سهل بن مزاحم<sup>(٤٩)</sup>  
قوله: «كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة، وفرار من القبح، والنظر في معاملات  
الناس، وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم، يمضي الأمور على القياس،  
فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له، فإذا لم يمض له  
رجع إلى ما يتعامل به المسلمون؛ ثم قال أبو زهرة: في الجملة: إن ذلك النص  
يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدراً من مصادر الاستنباط، وأصلاً من  
الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه».

وقال أبو زهرة أيضاً في كتابه مالك<sup>(٥٠)</sup>: «والفقه المالكي كالفقه الحنفي،  
يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية، فيما لا يكون فيه نص  
قطعي».

#### – الفروع المعاصرة المبنية على العرف:

على الرغم من اتفاق الفقهاء على اعتبار العرف فقد وجدت فروع فقهية  
كثيرة مبنية على العرف، وكان لهم اختلاف فيها، وذلك إما لاختلاف العرف  
نفسه أو لاختلافهم في وجوده وعدمه، وإطراده واضطرابه، وإما لاختلافهم  
في بعض مسأله ومدى سلطانه.

- وعلى أي حال – فإن اعتبار العرف دليلاً شرعياً، ومصدراً من مصادر  
التشريع كان له أثر في الفقه الإسلامي، حيث وجد الكثير من المسائل

(٤٦) الأشباه والنظائر: ٩٣.

(٤٧) الفروق: ٧٦/١.

(٤٨) ص: (٦٦).

(٤٩) سهل بن مزاحم.

(٥٠) ص: (٦٧).

العلمية والفروع الفقهية المختلف فيها بين المذاهب، وكان سبب هذا الاختلاف - في الظاهر - هو اعتبار العرف دليلاً من أدلة الأحكام. وسأعرض - إن شاء الله تعالى - بعض المسائل والفروع التي أنبتت على الخلاف في هذا الدليل على وجه الإجمال.

### المسألة الأولى: بيع الثمار بعد ظهور بعضها:

اختلف الفقهاء في ذلك:

١ - ذهب الشافعي وأحمد - رحمهما الله - إلى أنه لا يجوز ذلك، سواء في الثمار التي لها أصول ثابتة - كالتمر والعنب - وما ليس له أصول ثابتة - كالبطيخ وغيره - وهو ما يسمى بالرطوبة على الأصول. وهذا ظاهر المذهب عند الحنفية.

قال الشافعي في الأم (٥٦/٣): وقت بيع جميع ما يؤكل من ثمر الشجر: أن يؤكل من أول الشيء ويكون آخره، قد قارب أوله، كمقاربة لثمر النخل بعضه لبعض، فإذا كان هكذا حل بيع ثمرته الخارجة فيه مرة واحدة. والشجر منه الثابت الأصل كالنخل لا يخالفه في شيء منه - إلا في شيء سأذكره - يباع إذا طاب أوله: الكمثرى - الأجاص - والسفرجل والأترج - نوع من الحمضيات - والموز وغيره، إذا طاب منه الشيء الواحد فبلغ أن ينضج بيعت ثمرته تلك كلها.

وقال: وإن حل بيع ثمرة من هذا الثمر - نخل أو عنب أو قثاء أو الخربز - البطيخ - لم يحل أن تباع ثمرتها التي تأتي بعدها بحال.

وقال الخرقى [المغني ٧٠/٤]: ولا يجوز بيع القثاء والخيار والبادنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة. قال ابن قدامة: وجملة ذلك: أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول، لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم. وقال: ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق. أ هـ.

وقال في الدر المختار [٥٥٥/٤]: ومن باع ثمرة بارزة - ظهر صلاحها أولاً - صح، ولو برز بعضها دون بعضها لا يصح في ظاهر المذهب.

وقال ابن عابدين: قال في الفتح: ولو اشتراها مطلقاً - أي بلا شرط قطع أو ترك - فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع، لأنه لا يمكن تسليم المبيع، لتعذر التمييز فأشبهه هلاكه قبل التسليم. ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط. والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه، لأنه في يده. وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ. إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا. [فتح القدير: ١٠٤/٥ - ١٠٥].

### وعمدة هذا القول:

إن هذا البيع يدخل في بيوع الغرر المنهي عنها، فهو يدخل في بيع المعدوم، وبيع ما لا يملك الإنسان، وكلاهما منهي عنه، وكذلك يدخل في النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح من باب أولى.

قال الشافعي في كتابه الأم [٤٣/٣]: وقد نهى رسول ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، لئلا تصيبها العاهة، فكيف لا ينهي عن بيع ما لم يخلق قط، وما تأتي العاهة على شجره وعليه في أول خروجه؟ قال: هذا محرم من مواضع: ومن هذا، ومن بيع السنين ومن بيع ما لم يملك وتضمن صاحبه.

وقال - في معرض مناقشته للمخالفين - فكيف لا يحل مبتدأ بيع القثاء والخربز حتى يبدو صلاحها - كما لا يحل بيع الثمر حتى يبدو صلاحه - وقد ظهرا ورثاء؟ ويحل بيع ما لم يرد منهما قط ولا يدري يكون أم لا يكون؟ ولا إن كان كيف يكون؟ ولا كم ينبت؟

قال ابن قدامة [المغنى: ٧٠/٤]: ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، والحاجة تندفع ببيع أصوله. أ هـ.

وقال ابن عابدين نقلاً عن الزيلعي: وقال شمس الأئمة السرخسي:

والأصح لا يجوز، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص، وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) [نشر العرف: ٣٦].

٢ - وذهب مالك - رحمه الله - إلى ما ذهب إليه الجمهور - من القول بعدم الجواز خاصة فيما يمكن تمييز ظهور بعضه عن بعض، وحجته في ذلك هي حجة الجمهور - على ما يظهر من كلام كتب المذهب.

قال ابن رشد [بداية المجتهد: ١٤٨/٢ - ١٥١]: بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق، ومن باب بيع السنين والمعاومة - أي من اليوم -.

وقال أيضاً: وبدو الصلاح - عند مالك في الصنف الواحد من الثمر - هو وجود الإزهاء - أي ظهور الحمرة أو الصفرة بالثمر - وفي بعضه لا في كله، إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه بعض، بل إذا كان متتابعاً، لأن الوقت الذي تنجوا الثمرة فيه - في الغالب - من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداءً متناسقاً غير منقطع. أ هـ.

فهذا الكلام صريح في أنه لا يجوز بيع جميعه إذا كان موجوداً، وصلاح بعضه يتراخى عن صلاح الكل، وعليه - من باب أولى - لا يجوز بيع جميعه إذا كان ظهور بعضه يتراخى ويتميز عن الكل.

قال في الشرح الكبير [١٧٧/٣]: لا يباع بطن ثان - مما يطرح بطنين فأكثر - قبل بدو صلاحه بأول، أي يبدو صلاح بطن أول. فمن باع بطناً ببذو صلاحه، ثم بعد انتهائه أراد يبيع البطن الثاني - بعد وجوده وقبل بدو صلاحه - ببذو صلاح الأول فإن ذلك لا يكفي.

أما ما لا يتميز ظهور بعضه عن بعض - كالثقاء والبطيخ وما أشبهه - فإن مالكا - رحمه الله - خالف فيه الجمهور وقال: إنه يجوز - إذا ظهر البعض وبدا صلاحه - أن يباع جميعه، ويكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره. والظاهر أن عمدته في هذا عمل أهل المدينة والعرف.

وممن قال بهذا ابن القيم - رحمه الله - واعتبره في أعلام الموقعين [٩/٢ - ١٠] قول الجمهور.

قال في الموطأ [٦١٩/٢]: والأمر عندنا - في بيع البطيخ والثقاء، والخربز والجزر - أن يبيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك، وليس في ذلك وقت يوقت. وذلك أن وقته معروف عند الناس. أهـ.

هذا، ولقد ذكر الأستاذ أبو سنة في كتابه [العرف والعادة: ١٢٩] أن مالكا يقول بالجواز مطلقاً، ولم يفصل بين ما يتميز وما لا يتميز، وإن كان كلامه يشير إلى هذا التمييز. وذكر أن حجته في ذلك الضرورة، إذ لا يمكن إلا على هذا الوجه، لأن تمييز الموجود مما يتلاحق وجوده في غاية العسر، لا يكلف الشارع بمثله.

وهذا الذي ذهب إليه مالك أفتى به المتأخرون من الحنفية - منهم الحلواني والفضلي - وعمدتهم في هذا: أنه قد جرى العرف وعادة الناس به، وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرج.

وقال ابن عابدين: وأفتى الحلواني بالجواز، ورغم أنه مروي عن أصحابنا، وكذا حكى عن الإمام الفضلي (أبو بكر بن الفضل) ونقل عنه أنه قال: استحسن فيه لتعامل الناس، وإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرج.

ويميل ابن عابدين إلى هذا القول. ويرى أنه من الضرورة تجويزه، وإلا لزم تحريم أكل الثمار في أكثر البلدان إذ لا تباع إلا كذلك، ويرى أنه يمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة، فالنبي ﷺ إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم، وهنا تحققت الضرورة فيمكن إلحاقه به.

## المسألة الثانية عقد الاستصناع:

هو أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده، على وجه خاص، كما إذا طلب شخص من حذاء أن يصنع له حذاء، والجلد وما يلزم من عنده، ويبين له صفته ومقداره، ولا يذكر له أجراً، ويسلم إليه الدراهم أو لا يسلم [كشف الأسرار: ٥/٤].

١ - ذهب الحنفية إلى صحة هذا العقد، وعمدتهم في ذلك العرف، ولذلك قصرُوا الجواز على ما جرى به التعامل، ومضى العرف باستصناعه. واعتبروا القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي.

وقصرُوا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول به عن القياس الذي يقتضي عدم جوازه، لأنه بيع معدوم، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. وهذا ليس بسلم، لأنه لم يضرب له أجل. ولهذا يشترط أن يكون العرف المجوز للاستصناع عرفاً عاماً، لأنه مخصص للنص الشرعي. [العرف والعادة: ١٣٣].

واختلفوا فيما إذا ضرب الأجل في هذا العقد، فقال أبو حنيفة: ينقلب سلباً ويشترط فيه ما يشترط في السلم، لأنه ذكر الأجل فيه يستجمع جميع معاني السلم، والعبرة للمعنى لا للفظ، وخالفه في ذلك صاحبان. هذا هو رأي الحنفية في هذا العقد ودليلهم فيه.

٢ - وأما غيرهم من المذاهب الفقهية المعتمدة: فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد. إلا أن الرجوع إلى كتبهم يبين أنهم يوافقون الحنفية في هذا على وجه الإجمال، وإن خالفوهم في المسلك وبعض الشروط. فهو يصح عندهم من باب السلم لا البيع، فيشترط فيه ما يشترط في السلم، ويفسده ما يفسده.

أ - فعند المالكية: يجوز أن يستصنع السيف أو السرج وما شابهه، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم.

فقد جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي [٢١٧/٣]: أنه يجوز

الشراء من الحداد والنجار، وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم: من تعجيل رأس المال، وضرب الأجل، وعدم تعيين العامل والمعمول منه، وكذلك استصناع السيف والسرّج سلم، كأن تقول لإنسان: اصنع لي سيفاً، أو سرّجاً صفته كذا بدينار، فلا بد أن تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وألا يعين العامل ولا المعمول منه.

ب - وكذلك الأمر عند الحنابلة: بل ويصح عندهم بلفظ البيع والسلم، وحالاً وإلى أجل.

قال ابن قدامة [المغنى: ٢٠٧/٤، ٢٠٩، ٢١٩]: في تعريف السلم: وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، ولفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع.

وقال: ويصح السلم في النشاب والنبل، وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما، لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونعل، فجرى مجرى أخلاط الصيادلة، وأن فيه ريشاً نجساً، لأن ريشه من جوارح الطير.

وقال: ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي يتفاوت الثمن معها غالباً، فصح السلم فيه، كالخشب والقصب، وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ولا يتفاوت كثيراً - فلا يمنع - كالثياب المنسوجة من جنسين. وقد يكون الريش طاهراً، وإن كان نجساً لكن يصح بيعه، فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار.

وقال: إذا ثبت هذا، فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح، ومعناه معنى السلم، وإنما افترقا في اللفظ. أ هـ.

٣ - وأما الشافعي - رحمه الله -: فإنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس، لأنه سلم.

قال الشافعي في الأم [١١٦/٣]: ولا بأس أن يسلفه في: طشت أو تور

- إناء - من نحاس أحمر أو أبيض أو رصاص أو حديد، يشترطه بسعة معروفة ومضروباً أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، ويصفه بالثخانة أو الرقة، ويضرب له أجلاً، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده.

وقال أيضاً: ولا بأس أن يبتاع آجراً بطول وعرض وثخانة، ويشترط من طين معروف وثخانة معروفة، ولو شرط موزوناً كان أحب إلي، وإن تركه فلا بأس إن شاء الله تعالى، وذلك إنه إنما هو بيع صفة، وليس يخلط بالطين غيره مما يكون الطين غير معروف القدر منه، إنما هو يخلطه الماء، والماء مستهلك فيه، والنار شيء ليس منه ولا قائم فيه، إنما لها فيه أثر صلاح، وإنما باعه بصفة.

وإنما صح عند الشافعي، سواء ضرب له أجل أم لم يضرب، لأنه سلم، والسلم لا يشترط فيه الأجل عنده، وإنما يصح حالاً وبأجل.

قال - رحمه الله - في كتابه: [الأم: ٣٢/٢]: ولا بأس بالسلف في كل ما أسلف فيه حالاً أو إلى أجل، إذ حل أن يشتري بصفة إلى أجل حل أن يشتري بصفة نقداً.

وعلى هذا نجد أن عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة - على الصفة التي ذكرناها لدى كل منها - مشروع بمشروعية السلم، وأدلتها أدلة السلم. [العرف والعادة: ١٣١: ١٣٣].

### المسألة الثالثة: ما يحنث به في الإيمان:

أ - ما يحنث به في الحلف على البيت:

اختلفوا فيمن حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتاً، فدخل أو سكن بيت شعر أو حماماً أو مسجداً، هل يحنث أم لا؟

١ - ذهب الإمام أحمد - رحمه الله - : إلى أنه يحنث بالدخول أو السكنى في ذلك كله. وعمدته في هذا: أن كلا منها يسمى بيتاً على الحقيقة، وقد سماها الشارع كذلك، وبعضها - كبيت الشعر - يسمى بيتاً في العرف أيضاً، وهذا

من النوع الذي يحتمل حملة على ما اشتهر به، ويحتمل الحمل على الحقيقة - كما ذكر ابن قدامة.

قال ابن قدامة: وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً فإنه يحنث، نص عليه أحمد، ويحتمل أن لا يحنث - وهو قول أكثر الفقهاء - لأنه لا يسمى بيتاً في العرف.

قال: والأول المذهب، لأنهما بيتان حقيقة، وقد سمي الله المساجد بيوتاً، فقال: ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور: ٣٦].

وقال: وإن دخل بيتاً من شعر أو غيره حنث - سواء كان الحالف حضرياً أو بدوياً - فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفاً قال تعالى: ﴿والله جعل لكل من بيوتكم سكناً وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتاً تستخفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم﴾ [النحل: ٨٠]. [المعنى: ٦٠٨/٩ - ٦١١].

٢ - وبمثل هذا قال المالكية في الحنث بالحمام وبيت الشعر إلا إذا نوى الحالف بيتاً مخصوصاً، أو جرى عرف يحدد المراد باللفظ، وأما المسجد فقالوا لا يحنث فيه، لأنه مطالب بالدخول إليه شرعاً، أو لأنه لا يراد باللفظ عرفاً. [الشرح الكبير: ١٤٥/٢].

قال الشاطبي في كتابه الاعتصام: [١٤١/٢]: إن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف، فإنه رد الإيمان إلى العرف مع أن اللغة تقتضي في - ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتاً، فهو يحنث بدخول كل موضوع يسمى بيتاً في اللغة، والمسجد يسمى بيتاً فيحنث على ذلك، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ، فلا يحنث.

٣ - أما الشافعية والحنفية: فاتفقوا على أنه لا يحنث بالمسجد ولا بالحمام أو ما شابههما. وعمدتهم في ذلك: أنها لا تسمى بيوتاً في العرف، وإطلاق البيت عليها لغة ليس ظاهراً، أو على سبيل المجاز.

قال في مغنى المحتاج: ولا يحنث - على المذهب - بمسجد وكعبة وبيت وكنيسة وغار وجبل، لأنها لا تسمى بيتاً عرفاً.

واختلفوا في بيت الشعر وما شابهه: فذهب الشافعي: إلى أنه يحنث به مطلقاً، سواء أكان حضرياً أم بدوياً، ترجيحاً للحقيقة اللغوية لأنها ظاهرة في ذلك. وفرق الحنفية فقالوا: إن كان من أهل البادية حنث، وإن كان حضرياً لم يحنث عملاً بالعرف على أصلهم في الإيمان.

قال ابن الهمام: ولو حلف لا يدخل بيتاً، فدخل بيت شعر أو فسطاطاً: إن كان من أهل البادية حنث، وإلا لا يحنث. [الهداية وشروحه: ٢٩/٤ - ٣٣].

#### ب - ما يحنث به في الحلف على اللحم:

إذا حلف أن لا يأكل لحماً: فاتفقوا على أنه يحنث إذا أكل لحوم الأنعام أو الطير، واختلفوا فيما إذا أكل سمكاً:

١ - فذهب الحنابلة والمالكية إلى: أنه يحنث بأكل السمك، إذ لم ينو باللحم لحماً معيناً، وكان حلفه مطلقاً.

وعمدتهم في هذا: أنه يصدق عليه اسم اللحم، لأنه من جسم حيوان يصلح للأكل، وقد سماه الله تعالى لحماً، فصار كالطائر.

قال ابن قدامة: ولنا: قول الله تعالى ب: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً﴾ [النحل: ١٤٠].

والظاهر أن متأخري المالكية يرجعون في هذا إلى العرف.

قال الدسوقي: وما ذكره من الحنث بلحم الحوت إذا حلف لا أكل لحماً عرف مضى، وأما عرف زماننا - خصوصاً بمصر - فلا يحنث بأكل لحم الحوت، لأنه لا يسمى لحماً عرفاً، قاله شيخنا [الشرح الكبير: ١٤٣/٢]، [المغنى: ٦٠٨/٩].

٢ - وقال الشافعي: إذا حلف الرجل أن لا يأكل لحماً حنث بلحم الإبل والبقر والغنم والوحوش والطير كله، لأنه كله لحم ليس له اسم دون اللحم، ولا يحنث في الحكم بلحم الحيتان، لأنه اسمه غير اسمه، فالأغلب عليه الحوت، وإن كان يدخل في اللحم ويحنث في الورع منه.

قال في مغنى المحتاج: لأنه لا يسمى لحماً في العرف، وإن سماه الله تعالى لحماً.

٣ - وذهب أبو حنيفة إلى ما ذهب إليه الشافعي: إلى أنه لا يحنث واستدل - رحمه الله تعالى - بأن السمك لا يسمى لحماً في العرف، وإطلاق اللحم عليه في القرآن إنما هو مجرد تسمية.

قال في الهداية: ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنث، والقياس أنه يحنث لأنه يسمى لحماً في القرآن.

وقال ابن الهمام: وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف، لا بما ذكره في وجه الاستحسان: أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية، لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك، لسكونه في الماء، ولذا حل بلا ذكاة... ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم. [الهدية وشروحها: ٤/٤٧].

### المطلب الثالث:

القواعد الفقهية المستنبطة من العرف، وأدلة اعتباره، وشروط اعتبار العرف شرعاً ومخالفة العرف للقياس، وأهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة.

#### ١٣ - القواعد الفقهية المستنبطة من العرف:

استنبط الفقهاء قواعد فقهية من العرف والعادة جعلوها أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف، فمنها: (٥١).

١ - العادة محكمة.

٢ - الحقيقة تترك بدلالة العادة.

٣ - استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

(٥١) المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقاء ١/١٤٨.

٤ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٥ - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

٦ - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

وعلى أساس هذه القواعد فرع الفقهاء وقرروا ما لا يحصى من الفروع الفقهية والأحكام المتعلقة بها في مختلف أبواب الفقه.

وفي المذهب الشافعي، نجد أن الإمام الشافعي استعمل العرف عندما انتقل إلى مصر، وأسس مذهبه الجديد هناك، جاء في شرح مقدمة المجموع للنووي: أن سبب تغيير مذهب الإمام الشافعي بعد انتقاله إلى مصر يرجع إلى اختلاف الأعراف بين العراق ومصر، فخالف بعض آرائه في العراق المبنية على العرف، حين وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق<sup>(٥٢)</sup>.

فهذا تصريح من علماء الشافعية بأن الإمام قد حكم بالعرف في بعض المسائل الفقهية.

وفي المذهب الحنبلي نجد أن العرف قد استعمل في كثير من الأحكام الفرعية، يقول الدكتور عبدالله التركي في كتابه (أصول مذهب الإمام أحمد)<sup>(٥٣)</sup>: «الحنابلة كغيرهم من أصحاب المذاهب، يلاحظون العرف في كثير من فتاواهم وأحكامهم، وخاصة في باب المعاملات، لأنهم يتوسعون فيها، ويعتبرون المعاني والمقاصد، ولا يقطعون عند الألفاظ فقط؛ وفي صيغ العقود ينظرون كثيراً إلى ما تعارف عليه الناس، وفي الشروط في المعاملات والأنكحة يعتبرون المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً، لذلك يجرون العرف مجرى النطق».

ويقول ابن القيم في كتابه (إعلام الموقعين عن رب العالمين)<sup>(٥٤)</sup>: «وقد جرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع».

(٥٢) مقدمة شرح المجموع للنووي: (٦٧).

(٥٣) أصول مذهب الإمام أحمد: ٥٣٣.

(٥٤) ٣٩٣/٢ - ٣٩٤.

ومما تقدم يتبين أن الفقهاء قديماً وحديثاً باختلاف مذاهبهم قد أخذوا بالعرف، واعتبروه دليلاً يبنى عليه كثير من الأحكام، ومرجعاً في تفسير النصوص وبيان ما ترمي إليه.

### ١٣ - أدلة اعتبار العرف:

أقر الشارع الحكيم كثيراً من الأعراف التي كانت سائدة قبل الإسلام، بعد أن نظمها وهذبها لهم، كما هي الحال بالنسبة إلى بعض العقود، كالبيع والإجارة والمضاربة؛ وفرض الدية على العاقلة؛ ولم يلغ من ذلك إلا ما هو فاسد في أصله، ولا يصلح للبقاء، كالربا والميسر والتبني، وحرمان النساء من الميراث ووأد البنات.

وقد جاءت النصوص المطلقة من الكتاب والسنة، والآثار الواردة عن صحابة رسول الله ﷺ على اعتبار العرف والعادة منها:

### أولاً: الكتاب:

أ - قال الله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ لا يتم الاستدلال بهذه الآية إلا بناء على القول أن المراد بالعرف في الآية المعنى الاصطلاحي حيث جاء في كتب التفسير أن معناها عام يشمل الإحسان والتقرب إلى الله فهو اسم جامع بكل ما عرف من طاعة الله تعالى، وكل ما ندب إليه الشرع وحسنه وكل ما نهى عنه الشرع وقبحه، وفي الحقيقة أن هذه الآية لا تدل على حجية العرف إلا إذا كان المراد هو العرف الاصطلاحي وهو العادات المستقرة في النفوس التي قبلتها الطباع السليمة بالرضى والقبول الحسن.

وعلى كل حال فإن العرف في معناه الاصطلاحي والعرف العام عند المفسرين لا يختلف كثيراً في المعنى والمضمون لأنه اسم جامع كل ما عرف من طاعة لله، فالعرف المتعارف عليه عند الناس أن كل صالحاً موافقاً لميزان الشرع وتحقيق فيه المصلحة العامة للأمة فهو داخل في المعنى العام للعرف.

ب - قال تعالى: ﴿والوالدات يرفعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.

دلت الآية على وجوب النفقة والكسوة للأب وللأم ولولده بسبب الرضاعة، أما تقدير النفقة فأرجأها الشارع إلى العرف المتعارف فيه بينهما أو الشرط إن وجد أولاً، فتقدير النفقة بحسب حالهما معاً على خلاف بين الفقهاء في تقدير هذه النفقة هل يعتبر حال الزوج أو حالهما<sup>(٥٥)</sup>.

### ثانياً: السنة:

أ - قول النبي ﷺ لهند زوج أبي سفيان، حينما اشتكت إليه بخل زوجها بالنفقة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»<sup>(٥٦)</sup>. فقد أحال النبي ﷺ تقدير نفقتها إلى العرف، فدل ذلك على مشروعيتها.

ب - ما رواه ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: «ما رآه المسلمون (وفي رواية أخرى المؤمنون) حسناً فهو عند الله حسن»<sup>(٥٧)</sup>.

- وعلى كل حال - فقد استدل بهذا الأثر كثير من الفقهاء على حجية العرف كالإمام القرافي والسرخسي والكاساني وابن الهمام والسيوطي وابن نجيم وغيرهم، فإن هذا الأثر يدل بعبارته وممراته على أن الأمر الذي يجري عرف المسلمين على اعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله حسناً.

لأن مخالفة العرف الذي يعده الناس حسناً يكون فيه حرج وضيق وقد قال الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾<sup>(٥٨)</sup>.

### ثالثاً: المعقول:

أ - قال الإمام الشاطبي<sup>(٥٩)</sup>: إن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع، وذلك أن الخطاب: إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العادات المعتمدة في توجه التكليف، أولاً؛ فإن اعتبر فهو ما أردنا؛ 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 لا يطاق. أ هـ.

ب - وقال أيضاً: إن الشارع قد اعتبر العادات، التي هي وقوع المسببات عن أسبابها العادية، ورتب عليها أحكاماً: فشرع القصاص، والنكاح، والتجارة وغيرها، لأنها أسباب للانكفاف عن القتل، ولبقاء النسل، ولنماء المال عادة. فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة، كقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾<sup>(٦٠)</sup>. فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرع، إذ يكون شرعاً لغير فائدة، وذلك مردود بقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾.

فهذا المسلك الذي سلكه الشاطبي يدل على أنه لا تستقيم إقامة التكليف إلا باعتبار العوائد الجارية.

ج - أما ابن القيم - رحمه الله تعالى - فقد استدل - لتغير الفتوى واختلافهما بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد - بأمثلة كثيرة وردت عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم، وعن الأئمة المجتهدين، كلها قد راعت اختلاف الأحوال والأزمان والعادات، ولقد أسهب في بيان ذلك وتفصيله في كتابه إعلام الموقعين<sup>(٦١)</sup>. منها:

١ - أن النبي ﷺ نهى أن تقطع الأيدي في الغزو، فهذا حد من حدود الله تعالى: وقد نهى عن إقامته في الغزو، خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيرته، من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً.

٢ - وقال - رحمه الله - : إن الإلزام بالصدّاق الذي اتفق الزوجان على تأخير المطالبة به وإن لم يسميا أجلاً، لا يستحق إلا بموت أو فرقة، وقال: وهذا هو الصحيح<sup>(٦٢)</sup>.

#### ١٥ - شروط اعتبار العرف شرعاً:

اشترط علماؤنا في العرف المعتبر شرعاً، عدة شروط، وهي:

أولاً: أن يكون العرف غالباً مطرداً:

ومعنى اطراده أن يكون العمل بالعرف مستمراً في جميع الحوادث، لا يختلف في واحدة منها، أو يكون غالباً في أكثر الحوادث.

قال ابن نجيم في «كتابه الأشباه والنظائر ٩٢»: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت». وقال السيوطي أيضاً<sup>(٦٣)</sup>: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلافاً».

وعزا السيوطي إلى إمام الحرمين قوله في باب الأصول والثمار: «كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو محكم»<sup>(٦٤)</sup>.

ولذا، قال ابن نجيم في البيع: «لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرّواج، انصرف البيع إلى الأغلب، لأنه المتعارف عليه، فينصرف المطلق إليه»<sup>(٦٥)</sup>.

ثانياً: ألا يخالف العرف نصاً من نصوص الشرع أو قاعدة من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية:

قال ابن المشاط: «إن العوائد معمول بها في الشرع ما لم تخالف دليلاً شرعياً، فإنه حينئذ يجب طرحها، واتباع الدليل الشرعي». وقال: ومعنى العمل بها: أن يقيد، أو يخصص بها بعض الأحكام الشرعية الفرعية، لا أنه يعمل بها في كل فروع الشريعة، بل إنما يعمل بها في الأحكام الفرعية التي وكل الشرع أمرها للعرف، كتقدير النفقات للزوجات والأقارب وكسوتهم، وما يختص به الرجال والنساء من متاع والعكس، وكألفاظ الناس في الإيمان، والعقود، والفسوخ، فإنها محكمة فيها، تخصصها وتقيدها، ومتى انتقل العرف في هذه المسائل تبعه الحكم<sup>(٦٦)</sup>.

فالمخالفة القادرة في العرف هي ما إذا كان في العمل به إبطال للنص من كل وجه وبالكلية، أما إذا لم يكن كذلك كما إذا كان النص عاماً وكان هناك عرف يخالفه في بعض أفراده، فإنه يعمل بهما معاً، ويكون العرف في هذه الحالة مخصصاً للنص لا مبطلاً له. ولذلك جوز الفقهاء عقد الاستصناع، لتعارف الناس عليه وتعاملهم به، مع أن النص ورد بالنهي في حديث حكيم بن حزام<sup>(٦٧)</sup>. «لا تبع ما ليس عندك» فهذا الحديث يدل على تحريم بيع ما ليس عند الإنسان، والاستصناع يدل عليه، فهو بيع ما ليس عند الإنسان؛

فمنطوق الحديث يدل على تحريم الاستصناع، ولكن لما تعارفه الناس منذ عهد الصحابة حتى الآن، اعتبر وخص به النص.

**ثالثاً: ألا يكون هناك اتفاق صريح بين المتعاقدين على استبعاد العرف:**

فلو صرحاً بخلافه فلا حكم للعرف؛ فلو كان العرف على أن تكون مصاريف تسجيل العقد أو نفقات شحن البضاعة على المشتري، واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع، عمل بهذا الاتفاق بالإجماع، ولا عبرة بالعرف.

يقول العز بن عبد السلام<sup>(٦٨)</sup>: «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، صح».

**رابعاً: أن يكون العرف المراد العمل به موجوداً عند إنشاء التصرف:**

فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارئ على التصرف أو النص:

يقول الإمام الشاطبي: «إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار لا يصح أن يقضي بها على قوم حتى يعرف أنها عادتهم، ويثبت ذلك فلا يقضي على من مضى بعبادة ثبتت متأخرة<sup>(٦٩)</sup>».

ويقول الإمام السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن أو السابق دون المتأخر»<sup>(٧٠)</sup>.

وقال ابن نجيم: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ»<sup>(٧١)</sup>.

وبعد أن عرفنا الشروط التي يجب أن تتوافر في العرف من الناحية الشرعية، بقي أن نعرف أن الحكم المبني على العرف يتغير تبعاً لتغير الأصل الذي بنى عليه.

يقول القرافي في الفروق<sup>(٧٢)</sup>: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت؛ كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في البياعات، ونحو ذلك؛ فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى يحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة

بها دون ما قبلها. إلى أن يقول: وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه».

وتبعاً لذلك فالمجتهد يغير رأيه في المسألة الواحدة لتغير العرف الذي بني عليه الحكم، كما حدث للإمام الشافعي رحمه الله بعد انتقاله من العراق إلى مصر.

## ١٦ - العرف والقواعد الفقهية:

أثبت العلماء القواعد الفقهية في العرف فكانت أصلاً ثابتاً لكثير من الأحكام الفقهية الفرعية القائمة.

وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها العلمية وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التفقيه؛ فإن في هذه القواعد تصوراً بارعاً، وتنويراً رائعاً، للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العلمية بضوابط تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، وجهة الارتباط برابطة تجمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها<sup>(٧٣)</sup>.

فالقواعد الفقهية هي الأساس لمجموعة من الأحكام الفقهية الجزئية، وهي تشتمل على عدة أحكام في مسائل مختلفة، وينتابها جميعاً قاسم مشترك أعظم، مرده إلى الأساس الفقهي، أي القاعدة الفقهية التي تجمع هذه الأحكام<sup>(٧٤)</sup>.

يقول شهاب الدين القرافي - رحمه الله - في كتابه القيم (الفروق): إن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً - اشتملت على أصول، وفروع؛ وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى أصول الفقه، والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع، ولكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يُذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هناك على سبيل الإجمال<sup>(٧٥)</sup>.

فالعرف له أصل في تكوين بعض القواعد الفقهية، ويصلح العرف أيضاً (أن يكون نظرية عامة)، فمجموعة القواعد الفقهية المعروفة المتعلقة بالعرف - بغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها - يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان: «نظرية العرف» فإن العرف هو الطابع العام الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة.

وخاصة أن النظرية الفقهية العامة تشتمل على مجموعة من الموضوعات الفقهية، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية، أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً؛ كنظرية العقد، ونظرية الملكية، ونظرية الإثبات، وما شاكل ذلك، ومن الممكن جعل العرف نظرية عامة، لأنها تشتمل على مجموعة من القواعد الفقهية التي تختص بالعرف فيصح الجمع بين هذه القواعد تحت إطار نظرية عامة تسمى (نظرية العرف).

#### ١٧ - أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة:

هذا، وقد وضع الفقهاء قواعد في العرف والعادة كانت أساساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف؛ وذكرت المجلة طائفة منها في المواد [٣٦ - ٣٧ - ٣٩ - ٤٠ - ٤٥].

ومن أهم هذه القواعد، القواعد التالية<sup>(٧٦)</sup>

#### ١ - العادة المحكمة:

المراد بالعادة في هذه القاعدة العرف بنوعيه: اللفظي والعملي، فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل.

ومن الآيات الكريمة التي فيها تلميح بليغ إلى اعتبار هذه القاعدة: قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقوله سبحانه: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء: ١٩] فقد أرشد الله تعالى الزوجين في

عشرتهما، وأداء حق كلٍّ منهما إلى الآخر، إلى المعروف المعتاد، الذي يرتضيه العقل، ويطمئن إليه القلب، ولا شك أن ذلك متغير حسب الاختلاف بين المناطق وأحوال الناس<sup>(٧٧)</sup>. ومن الأدلة الواردة في السنة المطهرة على تحكيم العادة في بعض الأحكام قوله ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة»<sup>(٧٨)</sup>. وجه الدلالة من هذا الحديث أن أهل المدينة كانوا أهل نخيل وزرع، فاعتبرت عاداتهم في مقدار الكيل؛ وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عاداتهم في الوزن. والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً: كُنْصَبُ الرِّكَاةِ، ومقدار الدِّيَاتِ، وزكاة الفطر، والكفارات، ونحو ذلك.

وعلى هذا نبّه الإمام العيني في (شرح البخاري) بقوله: «كل شيء لم ينص عليه الشارع أنه كيلي أو وزني، فيعتبر في عادة أهل كل بلدة على ما بينهم من العرف فيه... لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية»<sup>(٧٩)</sup>.

ومن السنة أيضاً: قضاء النبي ﷺ فيما رواه حرام بن محيصة عن أبيه: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته؛ فقاضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل»<sup>(٨٠)</sup>.

وفي رواية أخرى: «فقاضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل»<sup>(٨١)</sup>.

استند الفقهاء إلى هذا الحديث، بأن ما أفسدت الماشية بالنهار من مال الغير فلا ضمان على أهلها، وما أفسدت بالليل ضمنه مالها.

قال الإمام الخطابي: «لأن في العرف: أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار ويؤكلون بها الحفّاط والنواطير»<sup>(٨٢)</sup>. ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار، ويردّوها مع الليل إلى المراح<sup>(٨٣)</sup>. فمن خالف هذه العادة، كان به خارجاً عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع؛ فكان كمن ألقى متاعه في طريق شارع، أو تركه في غير موضع حرز، فلا يكون على آخذه قطع»<sup>(٨٤)</sup>.

وفي الواقع أن النبي ﷺ شرع أصولاً ونَصَبَ ضوابط يُرجع إليها في

كثير من المسائل والقضايا التي يقع فيها اختلاف وإشكال؛ ولا سيما للقاضي عندما يتعذر عليه الحكم في قضية معروضة عليه، لوجود شبهة أو عدم توافر الإمارات والقرائن الكافية في ترجيح جانب على جانب آخر، فمن تلك الأصول: الحكم باتّباع العرف والعادة المسلّمة عند جمهور الناس. ومثال تلك القضية: هذا الحديث الذي نحن بصده؛ فكل واحد منهما - صاحب الناقة وصاحب البستان - كان معذوراً في دَعَوَاهُ؛ فقضى ﷺ بما هو المعروف من عاداتهم من حفظ أهل الحوائط أموالهم بالنهار وحفظ أهل المواشي مواشيهم بالليل<sup>(٨٥)</sup>.

٢ - قاعدة النص أقوى من العرف: فما نص الشارع على كونه كيلياً، كَبُرَّ أو شعير أو تمر، أو ملح؛ أو وزنياً كذهب وفضة فهو كذلك، لا يتغير أبداً؛ فلم يصح بيع حنطة وزناً، كما لو باع ذهباً بذهب أو فضة بفضة كيلاً ولو مع التساوي؛ لأن النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى وما لم ينص عليه حمل على العرف.

٣ - قاعدة إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت<sup>(٨٦)</sup>: ومن فروع هذه القاعدة أنه لو جُهزت عروسٌ بأكثر من العادة لا يعتبر ولا يقاس عليه؛ وكذا لو باع أحد بدراهم أو دنانير في بلد اختلفت فيها النقود مع الاختلاف في المالية، انصرف البيع إلى الأغلب.

٤ - قاعدة العادة معتبرة في تقييد مطلق الكلام<sup>(٨٧)</sup>: جاء في شرح السير الكبير للسرخسي: لو قال الأمير بنفسه - وقد باع بعض الغنائم - : قد أقلتكم البيع، فاطرحوا ما اشتريتم مني، وليبلغ شاهدكم غائبكم؛ فهذا والأول سواء، في الصحة وبرء الثمن؛ لأنه نص على الأمر بالتبليغ، فعبرة كل مبلغ تكون بمنزلة عبارته؛ ولو كان الأمير، كما في حق البائع لنفسه؛ ولكنه استحسن، فقال: هم (براء من الثمن) إذا طرحوا حين بلغهم مقالة الأمير، لأن الكلام مبني على الانتشار والظهور عادة، والعادة معتبرة في تقييد مطلق الكلام.

٥ - قاعدة إطلاق الاسم اعتبار العرف<sup>(٨٨)</sup>: يعتبر بناء على هذه القاعدة كل موضع عرف أهله فيما يطلقون عليه الاسم. وأصله: ما روي أن رجلاً سأل ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: إن صاحباً لنا أوجب بدنه، أفْتَجَزْتُهُ

البقرة؟ فقال: مم صاحبكم؟ فقال: من بني رباح، فقال: ومتى اقتنت بنو رباح البقر؟ إنما وهم صاحبكم الإبل.

٦ - قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً: ومعنى هذه القاعدة: أن ما يتعارف عليه الناس في شؤونهم المالية يكون بمثابة الشروط المنصوص عليها في عقودهم. ومن الأمثلة على هذه القاعدة: «ما لو تعارف أهل السوق على أن نفقات نقل البضاعة تكون على المشتري، فإنه يحكم هذا العرف، ما لم يثبت المشتري أنه اتفق والبائع على خلاف ذلك»<sup>(٨٩)</sup>.

وكذلك لو كان المعروف بين الناس بقاء الثمر إلى نضجه على شجرة لا يلزم المشتري بقطعه قبل ذلك؛ ومما يفرع على أن المعروف كالمشروط، ما لو جهز الأب جهازاً، دفعة لها، ثم ادعى أنه عارية لا هبة - ففيه خلاف في المذهب الحنفي - والمختار للفتوى أن مداره على العرف: فإن كان العرف مستمراً أن الأب يدفع ذلك ملكاً لا عارية يقبل قوله؛ وإن كان العرف مشتركاً فالقول قول الأب<sup>(٩٠)</sup>.

٧ - قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم: ومن أمثلة هذه القاعدة أن المعروف بين التجار من المعاملات يجري بينهم على عرضهم؛ كالوكيل بالبيع المطلق إذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك الساعة جاز.

٨ - قاعدة الكتاب كالخطاب: فيصح البيع والشراء والنكاح والطلاق وغيرها من العقود والفسوخ بالكتابة من غير تلفظ؛ وذلك إذا ثبت أنه كتابه بإقرار أو بالبيئة؛ وعند عدم الثبوت لا يقضي به، لأن الكتاب محتمل، إذ إن الخط يشبه الخط<sup>(٩١)</sup>.

٩ - قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان: معناها أن الأحكام التي تكون مبنية على العرف والعادة تتغير بتغير العرف والعادة اللذين بنيت عليهما. ومن المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية؛ فإن لهذه الأحكام تنظيمًا أوجبته الشرع، يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد. فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة. فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو

أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه، بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد الأخلاق. فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق، لعدلو إلى ما قال المتأخرون<sup>(٩٢)</sup>.

وعلى هذا الأساس أسست هذه القاعدة؛ ومن تطبيقاتها: أنه إذا جرى العرف بدفع الصداق كله كاملاً قبل الدخول، فإنه يعمل به؛ فإذا ما ادعت بعد الدخول أنها لم تقبض صداقها، وادعى الزوج أنه دفع الصداق، فإن القول قول الزوج، عملاً بالعرف، ما لم تكن بينة على خلافه؛ فإذا تغير العرف وأصبح الصداق يدفع بعضه معجلاً وبعضه الآخر مؤجلاً، فيعمل بالعرف الطارئ ويلغى العرف القديم<sup>(٩٣)</sup>.

وفي الفقه المالكي نجد أن الإمام المقري في قواعده نص على العرف بقواعد مختلفة منها:

١ - قاعدة يجب الرجوع إلى العوائد فيما كان خِلْقَةً<sup>(٩٤)</sup>: كالحيض، والبلوغ؛ فإن اختلفت فيرجع إلى الغالب، وقد يختلف الأمر فيه بالبلاد، ثم نص على المعتمد في المذهب المالكي أن المعتبر هو الشمول، أو الغلبة.

٢ - قاعدة من تقررت له عادة عمل عليها، فإن انخرمت رَجَعَ إلى الأقوى<sup>(٩٥)</sup>:  
كمن اعتادت الطهر بإحدى العلامتين، فرأت الأخرى؛ ففي انتظارها للمعتاد ما لم يخرج الوقت قولان في المذهب: الأول: أن ترى القصة<sup>(٩٦)</sup> وهو قول ابن القاسم<sup>(٩٧)</sup>، والثاني: الجفوف<sup>(٩٨)</sup>، وهو قول ابن عبدالحكم<sup>(٩٩)</sup>.

٣ - وأصل القرافي في كتابه (الفروق) على العرف بعض القواعد منها:  
قاعدة: العرف القولي والعرف الفعلي يقضي به على الألفاظ ولا

يخصصها وبين قاعدة العرف الفعلي لا يقضي به على الألفاظ ولا يخصصها<sup>(١٠٠)</sup>.

فقال - رحمه الله - : إن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة، وذلك قسمان: أحدهما: في المفردات نحو الدابة للحمار، والغائط للنجو.

وثانيهما: في المركبات وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفطن، نحو قوله - عليه الصلاة والسلام - : «ألا وإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا» فيقول رحمه الله: - والأعراض والأموال لا تحرّم، بل أفعال تضاف إليها، فيكون تقديره: «ألا وإن سفك دمائكم وأكل أموالكم وثلّب أعراضكم عليكم حرام». [في تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره].

٤ - وقاعدة الفرق بين النقل العرفي وبين قاعدة الاستعمال المتكرر في العرف<sup>(١٠١)</sup>.

فقال رحمه الله: إن الاستعمال قد يتكرر في العرف ولا يكون اللفظ منقولاً؛ كلفظ الأسد، قد تكرر استعماله في الرجل الشجاع، ولم يصّر منقولاً، ولفظ الأسد لا ينصرف عن الحقيقة إلى المجاز الذي هو الرجل الشجاع إلا بقرينة صارفة إليه؛ وكذلك لفظ الغزال في المرأة الجميلة؛ ومع ذلك لم يصّر اللفظ منقولاً؛ فظهر حينئذ أن النقل أخص من التكرّر، وأن التكرّر لا يلزم منه النقل، لأن الأعم لا يستلزم الأخص، وإذا لم يصّر اللفظ منقولاً بمجرد التكرّر لا يجوز حمل اللفظ على شيء تكرر اللفظ فيه ولم يكن اللفظ موضوعاً له إلا بقرينة.

٥ - قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه<sup>(١٠٢)</sup>: فنقل عن صاحب الجواهر وغيره من فقهاء المالكية فروع هذه القاعدة، ومنها: إذا قال: أشركتكم معي في السلعة يحمل على النصف؛ وكذلك بيع الأرض، يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر؛ وذكر مسائل كثيرة في هذا الصدد؛ ثم قال:

فجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد، فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى، وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها؛ بل تتبع الفتاوى هذه العوائد كيفما تقلبت، كما تتبع النقود في كل عصر وحين.

٦ - ونجد في كتاب (قواعد الأحكام) للعز بن عبدالسلام أنه وضع فصلاً مستقلاً لدلالة العادات والقرائن والأحوال فقال: فصل: [في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال، في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما]<sup>(١٠٣)</sup>. وضرب أمثلة، منها:

أ - التوكيل في البيع المطلق، فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع، تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ.

ب - حمل الإذن في النكاح على الكف ومهر المثل، وهو المتبادر إلى الأفهام، بدليل أنه إذا قال من هو أشرف الناس وأفضلهم لوكيله: «وكلتك في تزويج ابنتي»، فزوجه بمن هو أدنى منه منزلة، فإن أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ، لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالكف ومهر المثل.

٧ - وجاء أيضاً في فصل [في حمل الألفاظ على ظنون مستفادة من العادات لمسييس الحاجات إلى ذلك]<sup>(١٠٤)</sup>، وضرب أمثلة منها:

أ - إزفاف العروس إلى زوجها مع كونه لا يعرفها، فإنه يجوز له وطؤها، لأن زفافها شاهد على أنها امرأته، لبعد التدليس في ذلك في العادات.

ب - سكوت الأبكار إذا استؤذن في النكاح، فإنه يدل ظاهراً على الرضا به، إذ لو كرهته لصرحت بالمنع، إذ لا تستحيي من المنع استحياءها من الإذن.

#### ١٨ - العرف مقابل الدليل الشرعي:

إذا خالف العرف بعض الأدلة الشرعية أو المقاصد العامة، فالأصل الذي نستخلصه من أقوال العلماء إجمالاً هو: أن العمل بالعرف في هذه الحالة لاغٍ،

لأن الدليل الوارد من الشارع مقدم على العرف.

أما إذا لم يترتب على العرف مخالفة للدليل الشرعي، بل كان مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه، أو التوفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر.

ونجد أن الإمام الشاطبي عندما تحدث عن العوائد التي أمر بها الشارع من إيجاب أو نهى أو استحباب، وبين أنه لا تبديل لها، وإن اختلفت آراء المكلفين بها؛ فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها إلى قبيح، والقبيح إلى حسن، حتى يقال مثلاً: إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح، فلنجزه أو غير ذلك؛ إذ لو صح مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل<sup>(١٠٥)</sup>.

ويقول ابن نجيم: إن العرف غير معتبر في المنصوص عليه؛ قال في الظهيرية من الصلاة: وكان محمد بن الفضل يقول: السرة إلى موضع نبات الشعر من العانة، ليست من العورة، لتعامل العامل في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار، وفي النزاع عن العادة الظاهرة نوع حرج؛ وهذا ضعيف وبعيد، لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر<sup>(١٠٦)</sup>.

ويقول ابن عابدين - مبيناً عدم اعتبار العرف إذا خالف النص الشرعي من الكتاب والسنة -: ولا اعتبار للعرف المخالف للنص، لأن العرف قد يكون على باطل، بخلاف النص، كما قاله ابن الهمام<sup>(١٠٧)</sup>.

فموقف الشريعة الإسلامية في العرف في هذا الصدد معلوم، فإذا تخطى العرف الحدود الشرعية، وخالف نصاً شرعياً أو المقاصد العامة للشريعة، فلا اعتبار للعرف في هذه الحالة؛ أما إذا خالف العرف أو تعارض مع الآراء والاجتهادات التي قررها الفقهاء بطريق القياس والاستحسان، أو الاستصلاح في المسائل الحادثة التي لم يرد فيها نص صريح في الشريعة الإسلامية، ففيه تفصيل.

## ١٩ - مخالفة العرف للقياس:

إن الاجتهاد الصادر من الفقهاء المجتهدين استنباطاً عند عدم النص

الشرعي، إما أن يكون ثابتاً بطريق القياس النظري على حكم أوجه الشارع بالنص لاتحاد العلة، وإما أن يكون ثابتاً بطريق آخر، كالاستحسان أو الاستصلاح عند عدم وجود حكم مشابه منصوص يقاس عليه.

والمعروف عند المالكية والحنفية أن ترجيح العرف على القياس معتبر ويكون من قبيل الاستحسان الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف؛ وإذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي غير مباشر فهذا يدل على أنه يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة وما يجد فيها من أوضاع ومقتضيات.

ومن الأمثلة على ترك القياس للعرف: أن بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة، لأنه لم يعتبرهما من الأموال، قياساً على سائر ما هو من الأرض كالوزغ والضفادع؛ ولكن نجد أن الإمام محمداً صاحب أبي حنيفة، حكم بماليتهما وصحة بيعهما، لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراءً.

ومن الفروع الفقهية الكثيرة التي ترك الفقهاء فيها حكم القياس للعرف المخالف: أن الأصل أن القياس يقضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه؛ ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس، فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجل مهرها، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا لا تسمع دعاوها هذه، بل يردّها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج، وعللوا ذلك بالعرف، لأن عادة الناس مطردة لا تكاد تختلف في أن المرأة لا تزف إلى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله، فتكون دعاوها، هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع<sup>(١٠٨)</sup>.

ونقل شهاب الدين القرافي في هذا الموضوع في كتابه «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام» عن الإمام مالك: أن الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها، فالقول قول الزوج؛ مع

أن الأصل القياس عدم القبض؛ ونقل بعده عن القاضي اسماعيل أن هذا مبني على ما كان من عادة أهل المدينة في عصر مالك، أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، ثم قال: واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فيصبح القول قول المرأة مع يمينها في عدم القبض، لاختلاف العوائد<sup>(١٠٩)</sup>.

## المطلب الرابع: في تغير العرف وأسبابه

### ٢٠ - أسباب تغير العرف والعادة:

إن أسباب تغير العرف والعادة كثيرة، منها:

- ١ - اختلاف الناس في منازعهم ومشاربهم وأمزجتهم؛ وهذا الاختلاف يحدث حتماً اختلاف الناس في الأحكام والتصرفات؛ ولذا فقد يقبّح بعض الناس فعلاً يراه الآخرون حسناً وجميلاً، وقد يحسّنون فعلاً يراه غيرهم قبيحاً؛ فمن ذلك غطاء الرأس يراه كثير من المسلمين من لوازم المروءة، وتركه يخل بها؛ في حين يرى آخرون كشف الرأس حسناً لا بأس به.
- ٢ - اختلاف طبيعة الأرض والمناخ؛ فالبلاط تختلف وعورة وسهولة، وبرودة وحرارة؛ ولهذا الاختلاف أثر كبير في اختلاف عادات الناس في لباسهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم.
- ٣ - اختلاف خارج عن إرادة المكلفين كاختلاف الناس في سن البلوغ، واختلاف النساء في سن الحيض، ومقدار الحيض والنفاس، ومقدار الطهر بين الحيضتين، واختلافهم في السن الذي يكون فيه اليأس من المحيض.
- ٤ - اختلاط الناس بعضهم ببعض، وتسلب بعضهم على بعض؛ فالناس يؤثر بعضهم على بعض، ويأخذ بعضهم عادات بعض، وخاصة في حالة غلبة قوم على قوم، فإن المغلوب يتشرب عادات الوافد الغالب، ويترك عادته - كما يقول ابن خلدون في مقدمته.
- ٥ - ومن أسباب تغير العرف والعادة فساد الزمان؛ فمن المسائل التي غير

الفقهاء المتأخرون أحكامها - وقد قررها اجتهاد الأئمة الأولين، وعللوا ذلك بفساد الزمان، أي بفساد الأخلاق العامة ما تقرر في المذهب الحنفي: من أن الزوجة إذا قبضت معجل مهرها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء؛ ولكن المتأخرين لاحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد نائية، ليس لهن فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهن، ويجورون عليهن؛ فأفتى المتأخرون بأن المرأة، ولو قبضت معجل مهرها، لا تجبر على متابعة زوجها إلا إذا كان وطناً لها، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما، وذلك لفساد الزمان وأخلاق الناس<sup>(١١٠)</sup>.

## قائمة المصادر والمراجع

- ١ - أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور: السيد صالح عوض، طبعة دار الاتحاد الجامعي - مصر.
- ٢ - أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي الدكتور: مصطفى ديب البغا - دار الإمام البخاري - دمشق.
- ٣ - أحكام الزواج - للمؤلف مكتبة الصحوّة- الكويت.
- ٤ - إحكام الفصول في أحكام الأصول - للإمام أبي الباجي. تحقيق د. عبدالله محمد الجبوي - مؤسسة الرسالة - بيروت. ط الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٥ - الأشباه والنظائر لابن نجيم - دار المكتبة العلمية بيروت - لبنان.
- ٦ - الأشباه والنظائر للسيوطي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م.
- ٧ - إعلام الموقعين لابن القيم، دار الكتب الحديثة - القاهرة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- ٨ - أصول التشريع الإسلامي للدكتور: وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط الأولى ١٤٨٩هـ - ١٩٨٦م.
- ٩ - أصول الفقه محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- ١٠ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: أحمد بن يحيى الونشريسي. تحقيق الصادق عبدالرحمن الغرياني، ط الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٩١م. منشورات كلية الدعوة الإسلامية - طرابلس - ليبيا.
- ١١ - البحر المحيط للزركشي، ط: الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م. دار الصفوة من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.
- ١٢ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

- ١٣ - الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، حسن بن محمد المشاط: -  
الثانية ١٤١١هـ - ١٩٩٠م. دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٤ - العرف والعادة في رأي الفقهاء، لأحمد فهمي أبو سنة. مطبعة الأزهر -  
القاهرة.
- ١٥ - الفروق، لشهاب الدين القرافي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ١٦ - الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية: محمود حمزة، ط الأولى  
١٤٠٦هـ - ١٩٨٦. سوريا - دمشق.
- ١٧ - القانون الدستوري. الدكتور سعد العصفور، دار المعارف، مصر. ط الأولى  
١٩٥٤م.
- ١٨ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام، دار المعرفة.  
بيروت - لبنان.
- ١٩ - القواعد، لأبي عبدالله محمد بن محسن المقرئ - تحقيق أحمد بن عبدالله  
بن حميد. معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - مكة المكرمة.
- ٢٠ - قواعد الفقه، محمد نعيم الإحسان المجدوي البركتي، ط الأولى ١٤٠٧،  
مطبوعات لجنة النقابة والنشر والتأليف - باكستان.
- ٢١ - القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، ط: الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. دار -  
القلم - دمشق - سوريا.
- ٢٢ - كشف الخفا ومزيل الإلباس عما يدور من الأحاديث على السنة الناشر  
للعجلوني - دار إحياء التراث العربي - بيروت. الثالثة ١٣٥٢هـ.
- ٢٣ - المدخل إلى القانون. دكتور حسن كيره. دار النهضة العربية، بيروت -  
لبنان.
- ٢٤ - المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، ط. الثامنة ١٣٨٣هـ -  
١٩٦٤م. مطبعة الحياة - دمشق - سوريا.
- ٢٥ - المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي: علي علي منصور. دار الفتح  
للطباعة والنشر - بيروت - لبنان. ط الثانية ١٣٩١هـ - ١٩٧١م.

- ٢٦ - معجم لغة الفقهاء، أ. د. محمد رواس قلعة جي/ د. حامد صادق قنبيي. ط الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ دار النفائس - بيروت - لبنان.
- ٢٧ - مصادر التشريع الإسلامي، الدكتور حسنين محمود حسنين، ط الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م. دار القلم - الكويت.
- ٢٨ - الموافقات في أصول الشريعة، لأبي اسحق الشاطبي. دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٩ - نشر العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٣٠ - نظرية العرف للدكتور: عبدالعزيز الخياط - مكتبة الأقصى - عمان ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.