العرف والعادة وأثرهما
في
بناء الأحكام الشرعية

دكتور

محمد عبد اللطيف محمد قنديل

أستاذ مساعد بقسم الفقه العام

بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

المقدمة

الحمد لله الذى هدانا للإسلام له، وأنعم علينا بنعمة الإيمان به، وأصلى على رسول الله ﷺ وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد،، ،،

فإن الشريعة الإسلامية، قد امتازت عن الشرائع السابقة؛ لكونها أوفى الشرائع بتحقيق مصالح العباد وإسعادهم، وقد جعلها الحق ﷻ خاتمة الشرائع؛ لما اشتملت عليه من مرونة ويسر، وبما تضمنته من قواعد كلية ومبادئ عامة تتفق مع طبائع البشر فى كل بيئة وعصر، فقد رفعت الأغلال عن كاهل العباد، وجعلت منهم أمة سجل التاريخ لها آيات مشرقة وصحائف خالدة، وقضت بتعاليمها السمحة على كل ما يعانيه العالم من ظلم وإرهاق، فأخرجت الناس من ظلمات الجهل، إلى نور المعرفة، وأرشدت العباد إلى طريق الله المستقيم، لذا كان لزاما على علماء الأمة الذين هم ورثة الأنبياء أن يبينوا دقائق هذه الشريعة الغراء وأصولها للناس فى جميع مناحى الحياة.

ومما جاءت به الشريعة الإسلامية أنها غيرت عادات الناس الخاطئة، وأعرافهم الطاغية الظالمة، التى أبعدت العباد عن تحقيق الغاية التى خلقوا من أجلها، وأوقعتهم فى بلاء لا يستطيعون التخلص منه؛ لما كان لها من قيود وأغلال، بحجة أن هذه الأعراف وتلك العادات تراث الآباء والأجداد، الذى يجب الحفاظ عليه مهما كان أثره.

وفى عصرنا الحاضر قدم كثير من المسلمين القوانين الوضعية والأعراف التى تسود مجتمعاتهم على الشريعة الإسلامية فضلوا وأضلوا، مع أن

الشريعة الإسلامية ترفض رفضا قاطعاً أن يتقدم عليها العرف إن تعارض مع نصوصها كما سنرى – إن شاء الله تعالى – فضلاً عن القوانين الوضعية.

هذا: ولقد قمت من خلال هذا البحث ببيان الدور الذى يكون للعرف والعادة فيه أثر فى بناء الحكم الشرعى وضوابط هذا الدور، وقد اقتضت طبيعة البحث أن يشتمل بعد المقدمة على سبعة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: فى التعريف بالعرف والعادة وبيان الفرق بينهما.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فى ماهية العرف.

المطلب الثانى: ماهية العادة.

المطلب الثالث: بيان الفرق بينهما.

المبحث الثانى: فى سلطان العرف على الأمم والشعوب ونظرة الشريعة الإسلامية لهذا السلطان.

المبحث الثانى: فى تقسيم العرف، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فى العرف اللفظى والعملى.

المطلب الثانى: العرف العام والخاص.

المبحث الرابع: حجية العرف، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر العرف والعادة فى بناء الأحكام الشرعية.

المطلب الثانى: مجالات عمل العرف والعادة.

المطلب الثالث: ضوابط عمل العرف والعادة.

المبحث الخامس: فى تعارض العرف، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: فى تعارض العرف مع النص الشرعى.

المطلب الثانى: فى تعارض العرف مع الاجتهاد.

المطلب الثالث: فى تعارض اللفظ بين اللغة وبين العرف.

المطلب الرابع: تعارض العرف العام مع العرف الخاص.

المبحث السادس: فى تغير الفتوى والأحكام بتغير العرف والعادة.

الخاتمة: – نسأل الله تعالى – حسنها.

وتشمل على خلاصة موجزة لما أسفر عنه البحث من نتائج، فإن كنت قد وفقت وأعطيت هذا الموضوع حقه فبفضل الله ﷻ وإن حدث منى نقص أو خلل فمن نفسى والشيطان، والله – أسأل – أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

الباحث

د/ محمد عبد اللطيف محمد قنديل

أستاذ مساعد بقسم الفقه العام

بكلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات

بالإسكندرية

المبحث الأول
فى تعريف العرف والعادة وبيان الفرق بينهما

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول فى ماهية العرف

يقول ابن فارس فى معجمه: "العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر يدل على السكون والطمأنينة".

فالأول: العرف: عرف الفرس، وسمى بذلك لتتابع الشَّعر، ويقال: جاء القطا عُرْفاً عُرْفاً، أى: بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان: تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة، وهذا أمر معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه؛ لأن من أنكر شيئا توخى منه، ونبا عنه، والعُرْف: المعروف سمى بذلك؛ لأن النفوس تسكن إليه(١).

ويقول ابن الأثير: "العرف: اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله، والتقرب إليه، والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات، وهو من الصفات الغالبة، أى: أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه(٢).

وفسر الراغب الأصبهانى "العرف": بالمعروف من الإحسان، وهذا هو معنى العرف فى قوله - تعالى - : ﴿**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**﴾ (الأعراف:١٩٩)(٣).

---

(١) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٧٥، الناشر مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

(٢) انظر: النهاية فى غريب الحديث لمجد الدين أبو السعادات ابن الأثير ٣/٢١٦، الناشر: المكتبة العلمية – بيزوت.

(٣) انظر: المفردات فى غريب القرآن للراغب الأصفهانى، أبو القاسم الحسين بن محمد ص٣٣٣، الناشر: مكتبة مصطفى البابى الحلبى.

ويقول الفيروز آبادى: العرف اسم لكل فعل يعرف بالشرع والعقل حسنه، والعرف: المعروف من الإحسان"[1].

العرف فى اصطلاح الفقهاء:

عرفه الجرجانى الحنفى بقوله: العرف ما استقرت النفوس إليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة – أيضاً – لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة، وهى ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى[2].

ونقل ابن عابدين عن النسفى أنه عرف العرف بقوله: العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[3].

ونوقش هذا التعريف من وجهين:

الأول: بأن التعريف رد العرف إلى قبول الطباع السليمة، واعتمد على شهادة العقول، وفى إطلاق قبول الطبائع لأمر ما ليصبح متعارفاً عليه نظر، إذ ليس كل ما قبلته الطبائع يعد عرفاً.

الثانى: أن فى تحديد السليمة، نظر – أيضاً – وذلك؛ لأنه يحتاج إلى جهة تميز بين السليم فيها وغير السليم، والحسن والقبيح ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع أو العقل عند من يقول بتحسين ما يحسنه، وتقبيح ما يقبحه، والعقول تتفاوت عند الناس، ومدى الإدراك يتأثر بحسب الأزمنة والأمكنة، فتختلف الأعراف عندئذ، فلم يبق إلا تحديد الشرع، وإذا جعلنا

---

(١) انظر: بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ٤٧/٤، الناشر: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٢) انظر: التعريفات للجرجانى، ص١٣٠، الناشر/ مكتبة مصطفى البابى الحلبى.

(٣) انظر: نشر العرف ١٢/٢، للعلامة محمد أمين المعروف بابن عابدين، منشور ضمن رسائل ابن عابدين، ط – دار إحياء التراث العربى – بيروت.

الشرع محدداً، فإنه سيقتصر على العرف الصحيح، ولا يشمل الأعراف الفاسدة؛ لأن الشرع قبحها، ولا تتقبلها الطباع والعقول السليمة[1].

والتعريف الجامع للعرف فى نظرى هو ما عرفه به الشيخ/ عبد الوهاب خلاف؛ حيث قال: "هو ما تعرفه الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك"[2].

✿✿✿

(١) انظر: نظرية العرف ص٢٤ – بتصرف – د/ عبد العزيز خياط، ط مكتبة الأقصى عمان – الأردن .

(٢) انظر: علم أصول الفقه ص٩٩، لعبد الوهاب خلاف، دار القلم – الكويت.

المطلب الثانى
ماهية العادة

العادة فى لغة العرب:

عرفها ابن منظور فى لسان العرب بأنها: "الديدن يعاد إليه، وجمعها عادٌ وعادات وعيدُ، وتعود الشيء وعاده، وعوده، معاودة، واعتاده، واستعاده، وأعاده، أى: صار له عادة[1].

وفى المفردات للراغب الأصفهانى: العادة اسم لتكرير الفعل والأفعال، حتما يصير ذلك سهلا تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية[2].

العادة فى الاصطلاح:

عرفها الجرجانى فى التعريفات بقوله: "العادة ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[3].

وعرفها ابن عابدين فى رسائله: بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية".

ثم شرح هذا التعريف الذى نقله عن شرح التحرير لابن الهمام فقال: العادة مأخوذة من المعاودة، فهى بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية"[4].

وبين الشيخ/ مصطفى الزرقا متى يكون الأمر المتكرر عادة، ومتى لا يكون، فقال: إذا كان التكرر ناشئاً عن علاقة عقلية، وهى التى يحكم فيها العقل بهذا التكرار، لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل هو من قبيل التلازم العقلى، وذلك

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة "عود".

(٢) انظر: المفردات للراغب الأصفهانى، ٣٥٢.

(٣) انظر: التعريفات ١٢٧.

(٤) انظر: رسائل ابن عابدين ١١٢/٢.

كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر؛ لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط فى الوجود بين العلة والمعلول يقضى به العقل، وليس ناشئا عن ميل أو طبع أو عامل طبيعى"[1].

❁❁❁

(١) انظر: المدخل الفقهى العام للزرقا ٨٣٨/٢، ط دار الفكر – بيروت.

المطلب الثالث
فى الفرق بين العرف والعادة

يتبين لنا من خلال تعريف كل من العادة والعرف: أن العادة فى الاصطلاح مفهومها أوسع شمولاً؛ لأن قولهم فى تعريفها (الأمر المتكرر) يشمل كل حادث يتكرر من حيث إن لفظ)الأمر) كلفظ (الشىء) من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً.

فالعادة قد تكون خاصة كإطلاقها على ما يعتاده فرد من الناس فى شؤونه الخاصة، كعادته فى نومه، وأكله، وحديثه، فهذه تسمى عادة فردية.

وتطلق تارة أخرى على ما يعتاده عامة الناس، وكان ناشئاً فى الأصل عن اتجاه عقلى وتفكير، سواء كان حسنا أم قبيحاً، وهى بهذا المعنى ترادف العرف.

وتطلق العادة – أيضاً – بوجه عام على كل حالة متكررة، سواء أكانت ناشئة عن سبب طبيعى الإسراع بلوغ الأشخاص فى البلاد الحارة، أو إبطائه فى البلاد الباردة.

أو ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق كالفسق والظلم، وتفشى الكذب، مما يسميه الفقهاء: (فساد الزمان) أو ناشئة عن حادث خاص ككثرة اللحن الناشئ عن اختلاط العرب بالأعاجم.

إذن يكون بين العرف والعادة: عموم وخصوص مطلق؛ لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص إذ هو عادة مقيدة فكل عرف عادة، وليس كل عادة عرفاً؛ لأن العادة قد تكون فردية وقد تكون مشتركة[1].

ويرى كثير من الفقهاء أن العرف والعادة معناهما واحد وهذا ما ذكره ابن عابدين فى رسائله؛ حيث قال: العادة والعرف بمعنى واحد حيث الإطلاق وإن اختلفا من حيث المفهوم[2].

---

(١) انظر: المدخل الفقهى العام للزرقا ٨٣٩/٢، ٨٤٠.

(٢) انظر: رسائل ابن عابدين ١١٢/٢.

ولهذا نرى الفقهاء يستعملونهما بمعنى واحد لا يفرقون بينهما، فالمسألة اصطلاحية، ولا مشاحة فى الاصطلاح[1].

❁❁❁

(١) انظر: الأعراف البشرية فى ميزان الشريعة الإسلامية، د/ عمر الأشقر ص١٧ – بتصرف – ط دار النفائس.

المبحث الثانى

سلطان العرف على الأمم والشعوب ونظرة الشريعة الإسلامية لهذا السلطان

إننا إذا نظرنا بعين الاعتبار فى أحوال الأمم السابقة عبر العصور لوجدنا أن للعرف فى حياتها سلطانا كبيراً على الأفراد والجماعات.

وذلك؛ لأن المصطلحات والتقاليد التى تعتادها أمة من الأمم، لها فى نفوس أفرادها احترام عظيم، حتى إنهم يعتبرونها من المفاخر التى يعتزون بها، تصل بقدسيتها عند بعضهم إلى مرتبة الدين التى يلزمون باعتناقها، ويرون الخروج عنها إثماً عظيماً يستجلب الاستياء، ويدعو إلى الثورة.

ولما كان للعرف هذا السلطان وتلك المكانة فإن أعراف الأمم والشعوب كانت هى القوانين الحاكمة للأمم والشعوب لا غيرها.

لذلك كانت هذه الأعراف جداراً منيعاً فى وجه الشرائع السماوية، أدى إلى صراع شديد بين الشرائع السماوية وحملتها من الأنبياء والرسل وأتباعهم، وبين الأعراف والعادات وسدنتها من الزعماء والرؤساء الذين يزعمون أن تراث الآباء والأجداد هو المقدس والمصان، ويرفضون رفضاً تاماً أن يمسه أى تبديل أو تغيير، يرفضون الحق من غير برهان، ولا دليل، وكل ما فى الأمر أن الآباء والأجداد كانوا على هذا المنهج، يخبرنا ربنا ﷻ فى القرآن الكريم عن هذه الأعراف الفاسدة فيقول: ﴿ **وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لا يَعْقِلُونَ شَيْئاً وَلا يَهْتَدُونَ**﴾ (١).

وهذه الأعراف كان يصنعها فى غالب أحيانها الطواغيت والظلمة ورجال الفكر الذين يقولون القول فيصبح طريقة متبعة، فيكونون بذلك مشرعين شرعوا لأقوامهم من الدين ما لم يأذن به الله.

وكان من هؤلاء عمرو بن عامر الخزاعى: الذى كان زعيماً مطاعاً فى قومه وهو أولى من غير دين العرب، فهو أول من سيب السيوب وعبد الأصنام كما فى صحيح البخارى عن أبى هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: "إن أول من

---

(١) من الآية: ١٧٠ من سورة البقرة.

سيب السيوب وعبد الأصنام أبو خزاعة عمرو بن عامر وإنى رأيته يجر أمعاءه فى النار"[1].

وقد أنكر القرآن الكريم ما شرعه هذا الطاغية عرفا يتبع وعادة محكمة فقال – عز من قائل – : ﴿ **مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلا سَائِبَةٍ وَلا وَصِيلَةٍ وَلا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لا يَعْقِلُونَ**﴾ [2].

هذا، وقد أقام نوح عليه السلام فى قومه ألف سنة إلا خمسين عاماً يدعوهم إلى عبادة الله ﷻ فصدهم، اعتادوه وورثوه عن الآباء، عن الإيمان به وإتباعه، وهكذا كان إبراهيم وغيرهما من الأنبياء والرسل.

حتى جاء خاتم الأنبياء والرسل ﷺ بالشريعة الإسلامية السمحة، فوقفت العرب فى وجهه بكل ما أوتيت من قوة حفاظاً عن تراث آبائهم وأجدادهم، ولكنهم بعد جهد جهيد وكفاح مرير أبصروا الحق، واقلعوا عما تعارفوا عليه من عادات جاهلية، واستناروا بنور الحق، بل وجاهدوا الأمم الأخرى حتى أخرجوهم من عاداتهم وأعرافهم الضالة، وهدوهم كما اهتدوا.

وبذلك أقصت الشريعة الإسلامية أعراف تلك الأمم عن الصدارة وحصرتها فى دائرة ضيقة، وهكذا استمرت الشريعة الإسلامية حاكمة للديار الإسلامية أكثر من ألف وثلاثمائة سنة، إلا أن المتأسلمين الذين تربوا على موائد الغرب الحاقد على الإسلام وتعاليمه وأخلاقه، فحلوا القوانين الوضعية مقام الشريعة الإسلامية، ثم جعلوا العرف هو المصدر الأول لقوانينهم فضلوا وأضلوا[3].

---

(١) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه فى كتاب التفسير، تفسير سورة المائدة حديث رقم ٤٦٢٤، الفتح ١٣٣/٨ ط – دار الريان للتراث.

(٢) سورة المائدة آية: ١٠٣.

(٣) انظر: الأعراف البشرية ١٩ –٣٩ بتصرف.

المبحث الثالث
فى تقسيم العرف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
العرف اللفظى والعملى

أولاً: العرف اللفظى: هو أن يتعارف الناس على استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب فى معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم إلى الأذهان عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية.

وذلك كاستعمال لفظ الخبز على الرغيف فى بعض البلدان وفى بعضها بلفظ "العيش".

وهذا النوع من العرف هو فى الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة بأصحابها. فإذا احتاجنا فى فهم المعنى المقصود من اللفظ أو التركيب إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو رأينا إنسانا يضرب آخر بيده وهو يقول له: والله لأقتلنك، فإنه يفهم من هذه القرينة وهى ضربه بيده: أنه يقصد الضرب المؤلم.

ومثال القرينة العقلية: قوله تعالى: ﴿ **وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا** ﴾ [1]، فإن المراد واسأل أهل القرية إذ القرية مكانا والمكان لا يتوجه إليه سؤال. فهذه الأساليب ونحوها هى من صور المجاز فى البيان؛ لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة[2].

---

(١) من الآية : ٨٢ من سورة يوسف.

(٢) المدخل الفقهى العام ٢/٤٥ – بتصرف –.

ثانياً العرف العملى:

العرف العملى: هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية، كاعتيادهم تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، والمراد بالفعال العادية: أفعالهم الشخصية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب واللبس ونحو ذلك.

والمراد بالمعاملات المدنية: التصرفات التى يقصد منها إنشاء الحقوق أو عدم إنشائها، سواء أكانت تلك التصرفات عقوداً كالنكاح أو البيع، أم غير العقود كالغصب أو الأداء.

مثال ذلك: اعتياد الناس : تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة. وتعارفهم فى الأنكحة تعجيل بعض المهر وتأجيل: بعضه الآخر[1].

❁❁❁

(١) المدخل الفقهى العام ٨٤٧/٢ – بتصرف –.

المطلب الثانى
العرف العام والخاص

ينقسم كل من العرف والعادة من حيث العموم والخصوص إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: عادة عرفية شرعية أو العرف الشرعى، كلفظ الصلاة والصوم مثلاً، فمعنى الصلاة فى اللغة: الدعاء.

وفى الشرع: أقوال مخصوصة وأفعال مخصوصة مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم.

والصوم فى اللغة: مطلق الإمساك، وفى الشرع: الإمساك عن جميع المفطرات من طلوع الفجر إلى غروب الشمس بنية. فإذا ما أطلقت كلمة الصلاة وكذلك الصوم فإنه المتعارف عليه عند الإطلاق هو المعنى الشرعى لا اللغوى.

القسم الثانى: العرف العام أو العادة العرفية العامة، ويقصد بهما الأمر الذى يكون منتشراً بين جميع الناس فى أمر من الأمور كتعارف جميع الناس على أن يكون المهر عند الزواج نصفه عاجلاً ونصفه آجلاً، وكتعارفهم على عقد الاستصناع فى كثير من الاحتياجات واللوازم.

والعموم: قد يكون عموماً زمانيا، فيكون العرف عاماً فى جميع الأزمنة كلها منذ عهد الصحابة – رضى الله عنهم – إلى يومنا هذا، أو فى عصر من العصور.

وقد يكون العموم مكانيا بمعنى أن العرف يعم الأمكنة كلها ويعمل به فى جميع البلدان أو أكثرها.

القسم الثالث: العرف الخاص وهو الأمر الذى يختص به جماعة من الناس دون غيرهم، أو ببلد من البلدان دون غيره.

وهذا العرف كثير ومتجدد ولا يقف عند حد معين؛ لأن مصالح الناس وطرق الحصول عليها متجدد باستمرار.

كتعارف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن فى المبيع، أو لا يعد عيباً[1].

واختلف الفقهاء فى العرف الخاص أو العادة الخاصة إذا كان خاصاً ببلدة واحدة دون غيرها من البلاد، أو بناحية من بلد دون بقية النواحى، هل يعتبر مخصصاً للنص أو القياس أو لا يعتبر؟

الجواب: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية أنه لا يعتبر مخصصا للنص ولا يجوز أن يترك به القياس، ولذلك قالوا: المذهب عدم اعتبار العرف الخاص.

وذلك: لأن تعامل أهل بلده إن اقتضى جواز التخصيص، فترك أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك.

ويرى بعض فقهاء الحنفية والشافعية جواز اعتبار العرف الخاص، ومثلوا له بما لو دفع شخص غزلاً إلى حائك بنسجه بذراع منه أو بجزء شائع كالربع مثلاً[2].

❁❁❁

(١) انظر: الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص٢٢٢، د/ محمد البورنو الناشر: مكتبة التوبة بالرياض، والمدخل الفقهى العام ٨٤٨، ٨٤٩ – بتصرف – .

(٢) انظر شرح المجلة للأتاسى ٨٠/١، نقلا عن رسالة العرف لابن عابدين، والوجيز ٢٢٢، ٢٢٣ – بتصرف –.

المبحث الرابع
فى حجية العرف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
أثر العادة والعرف فى بناء الأحكام الشرعية

يقول الحافظ جلال الدين السيوطى: واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثيرة[1].

ويقول الشيخ/ مصطفى الزرقا: إن العرف فى نظر الشريعة الإسلامية يعد مستنداً عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس فى شىء شعب الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى فى توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقيدها.

فالعرف تولده الحاجات المتعددة المتطورة، ثم يكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، ويكشف عن معانى كلامهم ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات وينير محجة القضاء.

ففى اعتبار العرف تسهيل كبير يغنى عن كثير من النصوص التفصيلية فى الأحكام التشريعية وفى عقود المعاملات اعتماداً على ما هو معروف ومألوف فى شتى الوقائع المحتملة[2].

ويستدل على حجية العادة والعرف بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً ﴾ [3].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٢١/١، تحقيق محمد محمد تامر، وحافظ عاشور حافظ، ط دار السلام بالقاهرة.

(٢) انظر: المدخل الفقهى العام ٨٥٠/٢، ٨٥١.

(٣) الآية ٧٥ من سورة النساء.

ووجه الدلالة: أن السبيل معناه الطريق، وسبيل المؤمنين طريقتهم التى استحسنوها، وقد أوعد الله تعالى بالعقاب كل من اتبع غير سبيلهم، فدل هذا على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب، فتكون العادة والعرف يجب العمل بهما(١).

ومن السنة قوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"(٢).

وجه الدلالة: أن الحديث سواء روى مرفوعاً أم موقوفاً فإنه يدل على أن المراد بالمسلمين الصحابة والتابعين وأئمة السلف والخلف من أهل الحل والعقد العالمين بمقاصد الشريعة، ولا يشمل عوام المسلمين، وهذا ما يفهم من كلام الآمدى، وابن حزم، والشاطبى فى الاعتصام حيث يقول: " إن المسلمين صيغة عموم واللام فيها للاستغراق الذى هو يدل إجماع أهل الحل والعقد، وما رآه أهل الإجماع حسنا فهو عند الله حسن، ويكون بهذا المعنى حجة، وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة فى التشريع(٣).

ويقول ابن عابدين: وللعادات والأعراف سلطان على النفوس، وتحكم فى العقول، فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة؛ لأن العمل كما يقول علماء النفس بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء، ولا سيما إذا اقتضت

---

(١) انظر: الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية ١/١٨٥.

(٢) قال العلائى: لم أجده مرفوعاً فى شىء من كتب الحديث أصلاً ولا سيند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ١/٢٢١.

وأقول: أخرجه أحمد فى مسنده برقم ٣٦٠٠، موقوفا على ابن مسعود، وروى الحاكم فى المستدرك جزءاً منه، وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبى، وقال السخاوى: هو موقوف حسن. أ.هـ.

(٣) انظر: الاعتصام للشاطبى ٣/١٣٨، والإحكام للآمدى ٢/١٣٠، وقواعد الفقه الإسلامى، د. عزام ص٢٤٦.

الحاجة ومن ثم يقولون: إن العادة طبيعة ثانية، ويقول فقهاؤنا: إن فى نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً"[1].

ولتأثير العادة فى النفوس لقى الأنبياء والمصلحون الكثير من المصاعب والأهوال، فأخذوا الناس بالتدريج تارة، وبالعنف أخرى لتحويلهم عن مفاسد عاداتهم وأعرافهم.

ولهذا المعنى تشير أم المؤمنين عائشة – رضى الله عنها – "إنما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال وإكرام، ولو نزل أول شيء لا تشربوا الخمر ولا تزنوا" لقالوا: لا ندع الخمر ولا الزنى أبداً"[2].

وأقول: من خلال ما سبق ذكره نرى أن العادة والعرف لهما تأثير فى بناء الحكم الشرعى كما أن لهما تأثير فى النفوس والطباع وأن منهما الحسن والقبيح، فقد يعتاد الناس عادات موروثة تقوم على الجهل والضلال يشقى بسببها المجتمع كعادة وأد البنات عند العرب فى الجاهلية، وكدفن الزوجة حية مع زوجها إذا مات عند الهنود الوثنيين، فمثل هذه العادات يجب أن تقاوم بالتعليم والتشريع[3].

❁❁❁

(١) انظر: رسالة نشر العرف لابن عابدين فى مجموع رسائله ١١٥/٢.

(٢) أخرجه البخارى فى فضائل القرآن باب رقم (٦).

(٣) انظر: المدخل الفقهى العام ٨٣٦/٢ – بتصرف –.

المطلب الثانى
فى مجالات عمل العرف والعادة

يمكننا أن نحدد الدائرة التى يجوز الرجوع فيها إلى العرف والعادة وأن نعتبرهما حجة وحكماً فيما يأتى:

أولاً: الأحكام التى لم تأمر بها الشريعة ولم تنه عنها، وهذا النوع ليس للشريعة غرض فى فعلها على نحو معين، وإنما المراد فعلها على أى وجه كان هذا الفعل، وهذا أمر يختلف باختلاف عوائد الناس وأعرافهم.

ثانياً: تفسير النصوص التى وردت مطلقة، ولم يرد فى الشرع ولا فى اللغة ما يفسرها.

يقول الزركشى: العادة تحكم فيما لا ضابط له شرعاً[1].

ويقول السيوطى: قال الفقهاء: ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابطاً له فيه، ولا فى الذمة يرجع فيه على العرف[2].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: كل اسم ليس له حد فى اللغة ولا فى الشرع فالمرجع فيه إلى العرف[3].

ويقول فى موضع آخر:الأسماء التى علق الله – تعالى – بها الأحكام فى الكتاب والسنة منها ما يعرف حده ومسماه بالشرع، فقد بينه الله ورسوله كاسم الصلاة والزكاة والصيام والحج والإيمان والإسلام والكفر والنفاق، ومنها ما يعرف حده باللغة كالشمس والقمر والسماء والأرض والبحر والبر، ومنها ما يرجع فى حده إلى عادة الناس وعرفهم فيتنوع بحسب عاداتهم، كاسم البيع والنكاح والقبض والدرهم والدينار، ونحو ذلك من الأسماء التى لم يحدها الشرع

---

(١) انظر: المنثور فى القواعد ٣٥٦ لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشى، الناشر: وزارة الأوقاف بالكويت ١٤٠٠هـ –١٩٨٢م.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى١/٢٣٥.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ٧/٤٠، ط (١) المملكة العربية السعودية.

بحد، ولا لها حد واحد يشترك فيه جميع أهل اللغة، بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس[1].

وذكر البخارى فى صحيحه: فى كتاب البيوع، باب من أجرى الأمصار على ما يتعارضون بينهم فى البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، نقل فيه قول النبى ﷺ لهند زوجة أبى سفيان بن حرب ﷺ "خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف" فأحالها النبى ﷺ على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعى.

ونقل فيه – أيضاً – ما رواه عروة بن الزبير قال سمعت عائشة – رضى الله عنها – تقول: "ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف"

أنها أُنْزِلت فى والى اليتيم الذى يقيم عليه ويصلح من ماله: إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف".

ونقل كذلك قول القاضى شريح للغَزِّالين: "سنتكم بينكم".

وذكر الحافظ ابن حجر – رحمه الله – فى شرحه لهذا الباب أن مقصود الإمام البخارى – يرحمه الله – بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلاً وكل رجلاً فى بيع سلعة فباعها بغير النقد الذى عرف الناس لم يَجُزْ، وكذا لو باع موزوناً أو مكيلاً بغير الكيل أو الوزن المعتاد.

ونقل ابن حجر عن القاضى حسين من فقهاء الشافعية قوله: "إن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمسة التى يبنى عليها الفقه، فمنها الرجوع إلى العرف فى معرفة أسباب الأحكام كصغر ضبة الفضة وكبرها، وغالب الكثافة فى اللحية ونادرها، وقرب منزله وبعده، وكثرة فعل أو كلام وقلته فى

(١) المرجع السابق ١٩/٢٣٥، وانظر: الأعراف البشرية فى ميراث الشريعة الإسلامية ٤٢، ٤٣، بتصرف.

الصلاة، ومقابلا بعوض فى البيع، وعينا وثمن مثل، ومهر مثل، وكفء نكاح، ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى،وما يليق بحال الشخص من ذلك.

ومنها الرجوع إليه فى المقادير: كالحيض والطهر، وأكثر مدة الحمل وسن اليأس.

ومنها الرجوع إليه: فى فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات والإذن فى الضيافة، ودخول بيت قريب، وتبسط مع صديق، وما يعد قبضا وإيداعاً، وهدية وغصباً وحفظ وديعة وانتفاعاً بعارية.

ومنها الرجوع إليه: متى أمر مخصص كألفاظ الأيمان، وفى الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك[1]. أ.هـ.

وأقول: يتضح لنا من خلال ما سبق ذكره أن العرف دليل مستقل فى بناء الأحكام التى لا نص فيها.

واعتبر بعض الفقهاء المحدثين: أن ما أخذ به الفقهاء من مراعاة العرف وجعله مصدراً من مصادر التشريع، وعملهم بقاعدة "العادة محكمة" ليس إلا فرعاً من العمل بمقتضى الفطرة التى هى أساس التشريع فى الإسلام[2].

وذهب الشيخ: عبد الوهاب خلاف – رحمه الله – إلى أن العرف ليس دليلاً مستقلاً، وهو فى الغالب من مراعاة المصلحة، وهو كما يراعى فى تشريع الأحكام يراعى – أيضاً – فى تفسير النصوص[3].

---

(١) انظر: فتح البارى للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ٤/٤٧٣، ٤٧٤، ط دار الريان للتراث، وانظر إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأبى العباس أحمد بن يحيى الونشريسى ص ٣٩٢، تحقيق/ أحمد بوطاهر الخطابى، الناشر: اللجنة المشتركة لإحياء التراث الإسلامى بين حكومتى المغرب ودولة الإمارات العربية، ١٤٠٠هـ –١٩٨٠م.

(٢) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٥٤ للعلامة محمد الطاهر بن عاشور،الناشر: دار السلام بالقاهرة.

(٣) انظر: علم أصول الفقه ص٨٠ للشيخ/ عبد الوهاب خلاف، ط دار الحديث بالقاهرة.

المطلب الثانى
فى ضوابط عمل العرف والعادة

لا يكون العرف أو العادة حكماً إلا بشروط أربعة:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، بمعنى أن يكون العمل به مستمراً فى جميع الحوادث. لا يتخلف فى واحدة منها، أو يكون غالباً فى جميع الحوادث. يقول السيوطى: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت: فلا وإن تعارضت الظنون فى اعتبارها: فخلاف. ثم ذكر السيوطى فروعاً على هذا الشرط.

منها: ما لو باع شخص شيئاً بدراهم وأطلق، نُزِّل النقد على الغالب، فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان وإلا يبطل البيع.

ومنها: ما لو استأجر شخص آخر للخياطة أو النسيج أو الكحّل فعلى من يكون الحبر والخيط والكُحّل؟

خلاف: صرح الرافعى فى الشرح الكبير الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت وجب البيان وإلا بطلت الإجارة[1].

فاشتراط: الاطراد أو الغلبة فى العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه؛ لأجل اعتباره حاكماً فى الحوادث.

فإن العادة تسمى عرفاً متى اعتادها أكثر القوم ولو كانوا لا يجرون عليها إلا فى أقل أعمالهم، وإذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت عرفاً مشتركاً، وهو لا يعتبر فى معاملات الناس ولا يصلح مستنداً ودليلاً للرجوع إليه فى تحديد الحقوق والواجبات المطلقة؛ لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فتركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة.

ومن ثم كان اعتبار العرف بنوعيه اللفظى والعملى أن يكون مطرداً أو غالباً بهذا المعنى.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ١/٢٢٤ – بتصرف –.

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً، فإن عموم العرف غير اطراده[1].

وهنا يتبادر إلى أذهاننا سؤال وهو:هل العادة المطردة فى ناحية تنزل منزلة الشرط أو لا؟

خلاف بين الفقهاء فى ذلك ذكره السيوطى فى الأشباه وأورد عليه صوراً.

منها: لو عم فى الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم.

ومنها: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، فهل ينزل منزلة الشرط، فيحرم إقراضه؟ وجهان، أصحهما لا[2].

الشرط الثانى: أن يكون العرف المراد العمل به موجوداً عند إنشاء التصرف ولهذا يقول السيوطى: العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[3].

ويقول ابن نجيم: العرف الذى تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ[4].

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية فى عصر صدورها؛ لأنها هى مراد الشارع، ولا عبر لتبدل مفاهيم الألفاظ فى الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعى معنى.

فمثلا لفظ فى "سبيل الله" من آية مصارف الزكاة له معنى عرفى وقت نزوله، ألا وهو مصالح الجهاد الشرعى، أو سبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء فى ذلك.

---

(١) انظر: المدخل الفقهى العام ٢/٨٧٥.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٣٠.

(٣) المرجع السابق ٢٣١.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٩، تحقيق سعد، الناشر: المكتبة التوفيقية بالقاهرة.

وأيضاً (ابن السبيل) معناه عرفا: من ينقطع من الناس فى السفر.

فإذا تبدل عرف الناس فى شيء من هذه الألفاظ، فأصبح -مثلاً- معنى "سبيل الله" طلب العلم خاصة، وأصبح معنى "ابن السبيل" الطفل اللقيط الذى لا يعرف له أهل، فإن النص التشريعى يظل محمولاً على معناه العرفى الأول عند صدوره، ومعمولاً به فى حدود ذلك المعنى؛ لأنه هو مراد الشارع، ولا عبرة للمعانى العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد مرود النص[1].

ولذا يقول القرافى: فى تنقيح الفصول: دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة إلا أن العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، فكلما أنعقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة، ولا عبرة فى هذا البيع لتبدل العادات بعده فى النقود، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات[2].

هذا بالنسبة للعرف القولى.

أما بالنسبة للعرف الفعلى، فكذلك لا يؤثر فيه إلا العرف الذى كان موجوداً عند التصرف دون الحادث بعده.

فلو تعارف الناس على أن سنة إيجار العقارات قمرية أو شمسية أو تعارفوا على تقسيط المهر فى النكاح إلى معجل ومؤجل، فإن العرف الحادث لا يسرى على التصرفات السابقة، ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة فى ظله[3].

الشرط الثالث: ألا يخالف العرف نصاً شرعياً أو قاعدة من قواعد الشريعة، فالعرف الذى يحل الحرام أو يحرم الحلال فإنه عرف باطل يحرم العمل به، بل هو من المنكر الذى يجب شرعاً محاربته، كالعرف الذى تعارف الناس عليه من حرمان الإناث من الإرث، وأكل الربا، وخروج النساء

---

(١) انظر: المدخل الفقهى العام ٨٧٨/٢.

(٢) تنقيح الفصول للقرافى ص١٩٤.

(٣) المدخل الفقهى العام ٨٧٨/٢، ٨٧٩، بتصرف.

متبرجات سافرات، هذا إذا ترتب على العرف تعطيل النص الشرعى أو القاعدة الشرعية.

أما إذا لم يترتب عليه هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعى عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ يعتبر وله سلطان محترم[1]، على ما سنوضحه فيما يأتى إن شاء الله – تعالى – .

الشرط الرابع: ألا يصرح المتعاقدان بما يخالف المتعارف عليه، فلو صرحا بخلافه فلا حكم للعرف، فإذا كان العرف السائد بين الناس أن يدفع المستأجر أجرة المنزل مقدماً فى أول كل شهر فاتفق عاقدان على دفع الأجرة فى آخر كل شهر جاز. ولذا يقول العز بن عبد السلام:كل ما يثبت فى العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح[2].

❁❁❁

(١) انظر: الأعراف البشرية فى ميزان الشريعة الإسلامية ٥٥ بتصرف، والمدخل الفقهى العام ٢/٨٨٠، ٨٨١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ٢/١٨٦ للعز بن عبد السلام، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة.

المبحث السادس
فى تعارض العرف

وفيه مطالب:

المطلب الأول
تعارض العرف مع النص الشرعى

لا يكون العرف مصدرا من مصادر التشريع إذا خالف نصاً شرعياً، ولذلك كان من شروط اعتباره فى التشريع ألا يخالف نصاً شرعياً.

ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعى، ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها، فإذا كان مخالف فلا اعتبار له، فالناس اليوم تعارفوا على شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء سافرات كاشفات عن بعض أجسادهن، فهذا عرف غير معتبر فيحكم ببطلانه شرعاً؛ لمخالفته للنص الشرعى(١).

وإذا كان العرف بهذا الضعف والنص أقوى منه فلا خلاف فى رد العرف وتركه إذا كان يلزم من العمل به إبطال النص الشرعى أو تعطيله.

وفى ذلك يقول السرخسى من فقهاء الحنفية: وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر(٢).

هذا: إذا كان العرف مبطلاً للنص الشرعى من كل الوجوه فإذا كان العرف يخالف النص فى بعض الوجوه، فيخصص العرف النص إذا كان عاماً، ويقيده إذا كان مطلقا، وليس فى هذا ترك للنص، بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان فيحمل النص على حالة خاصة ويعمل بالعرف فيما عداها وإن خالف العرف القياس؛ لأنه مقدم على القياس.

ولتوضيح ذلك نقول: نهى النبى ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده فقال لحكيم ابن حزام: "لا تبع ما ليس عندك"(٣). فإن هذا النص عام، ومع ذلك قال

---

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامى ٢٦٦، أ.د/ عبد العزيز عزام.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسى ١٠/٢٠٥.

(٣) أخرجه الحافظ: ابن حجر فى التلخيص ٣، ٥ وعزاه إلى الإمام أحمد وأصحاب السنن وابن حبان فى صحيحه، وقال الترمذى: حديث حسن صحيح، تلخيص الحبير لابن حجر، الناشر: مكتبة ابن تيمية – القاهرة.

الفقهاء: يجوز الاستصناع للتعامل الجارى به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير إنكار مع أن النص يشمله إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فيكون منهيا عنه بالنص، ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه، بل عمل بالنص والعرف معاً، فعمل بالعرف فى الاستصناع، وبالنص فيما عداه، فلم يترك النص بالعرف كليا.

فإذا لم يكن العرف متعارض مع النص من كل الوجوه وأمكن العمل بكل منهما فأيهما يقدم؟

أولاً: تعارض العرف مع الشرع ولم يتعلق بالشرع حكم ولا تكليف، ففى هذه الحالة يقدم العرف على الشرع.

مثال ذلك: لو حلف شخص ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً، لم يحنث وإن كان القرآن الكريم قد صرح بتسميته لحماً فى قوله – تعالى – ﴿ **وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً**﴾ (1). ذلك؛ لأن الشرع سمى السمك لحماً، ولكن لم يتعلق بهذه التسمية حكم، فالتسمية هنا عارية عن الحكم، والعرف لا يسمى السمك لحماً، فالعرف حينئذ متعارض مع النص القرآنى فى تسمية السمك لحماً.

ثانياً: تعارض العرف مع الشرع ويتعلق بالنص الشرعى حكم، ففى هذه الحالة يقدم الشرع على العرف.

مثال ذلك: مخالفة العرف للنصوص فيما تعارف الناس عليه من كثير من المحرمات كالمعاملة بالربا وفوائد البنوك وشرب الخمر وتبرج النساء ولبس الرجال للحرير والتختم بالذهب.

ثالثاً: تعارض العرف مع الشرع فى العموم والخصوص. وذلك بأن يكون اللفظ فى العرف القولى يقتضى العموم والنص الشرعى يقتضى الخصوص، ففى هذه الحالة يقدم خصوص الشرع فى الأصح.

مثال ذلك: لو حلف شخص ألا يأكل لحماً، لم يحنث بأكل الميتة إلا أن مدلول "اللحم" عام يتناول كل لحم أكل أم لم يأكل، ولكن الشرع يخصصه

(1) من الآية : ١٤ من سورة النحل.

بالمأكول؛ لأن المذكى يحل أكله بخلاف غير المذكى، فيخصص الشرع عموم اللفظ، ويقدم على العرف اللغوى. والمقابل للأصح: أنه يحنث عملاً بعموم اللفظ المقدم على خصوص الشرع؛ لأن دلالة التخصيص لا يفهمها إلا المتخصصون فيكون الحنث مطلقاً[1].

✿✿✿

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامى ٢٦٧، ٢٦٨، بتصرف.

المطلب الثانى
فى تعارض العرف مع الاجتهاد

الأحكام الاجتهادية التى يستنبطها المجتهدون عند عدم وجود نص شرعى يدل عليها، إما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان عند عدم وجود نص يقاس عليه.

وإما أن تكون ثابتة بطريق القياس؛ لاتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه.

فإذا ما تعارض العرف مع مثل هذه الأحكام الاجتهادية قُدِّم العرف حتى ولو لكان حادثا؛ لأنه فى الغالب دليل الحاجة، فهو أقوى من القياس، ومن ثم يترجح العمل به عند التعارض.

ولذا يقول ابن الهمام من فقهاء الحنفية: "إن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص. أ.هـ.

علماً بأن ترجيح العرف على القياس عند فقهاء الحنفية والمالكية من قبيل الاستحسان الذى تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف.

وإذا كان العرف يترجح على القياس الذى يستند إلى نص تشريعى غير مباشر، فمن باب أولى يترجح – أيضاً – على الاستصلاح الذى لا يستند إلى نص، بل إلى المصلحة الزمنية التى تتبدل دائماً باختلاف الأزمنة وما يطرأ عليها من متغيرات.

ومن الأمثلة الدالة على ذلك:

١- أن الأصل القياسى يقضى بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يحكم للمدعى أو عليه بحسب ما يثبت عنده من أدلة.

ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها، أن زوجها لم يدفع إليها شيئا من معجل مهرها وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا: لا تسمع دعواها هذه، بل يردها القاضى دون أن يسأل عنها الزوج، وعللوا ذلك بالعرف؛ لأن عادة الناس مطردة لا تكاد تختلف فى أن المرأة لا تزف إلى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل

أو كله، فتكون دعواها هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول ومن ثم فلا تسمع دعواها.

٢- أن القواعد القياسية تقضى بأن لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة.

ولكن الفقهاء تركوا القياس فى البنت البكر البالغة إذا قبض أبوها أو جدها عند عدم وجود الأب مهرها من زوجها حين زواجها واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها، وتبرأ بذلك للعرف والعادة ما لم يصدر منها نهى عن دفع المهر إلى سواها[1].

❁❁❁

(١) انظر: المدخل الفقهى العام ٢/٩١٣، ٩١٤، بتصرف نقلاً عن نشر العرف لابن عابدين ٢/١١٦، وشرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/١٥٧، والأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافى ٦٨.

المطلب الثالث
فى تعارض اللفظ بين اللغة وبين العرف

يتضح هذا التعارض فى مسألة الأيْمَان.

فإذا ما تعارض اللفظ بين العرف وبين اللغة فأيهما يقدم؟

اختلف الفقهاء فى ذلك:

فعند الحنفية: يقدم العرف قولا واحداً على اللغة فلو حلف شخص ألا يدخل بيتا فدخل المسجد أو المعبد أو الكنيسة لم يحنث؛ لأن العرف لا يعدهما بيتاً.

وقد خرجت عن هذا الأصل مسائل عند بعض الحنفية: قُدِّمَ فيها الإطلاق اللغوى على العرف من هذه المسائل.

١- من حلف أنه لا يأكل لحماً حنث بأكل لحم الخنزير أو الآدمى.

٢- ومن حلف أنه لا يركب حيواناً حنث بالركوب على الإنسان.

ولكن الراجح فى المذهب أنه لا يحنث[١].

أما عند المالكيـــة: فالأيمان مبنية عندهم أولاً على نية الحالف، فإن لم تكن نيـــة فعلى الباعث، فإن لم يكن باعث فعلـــى العـــرف، وإلا فعلـــى الوضـــع اللغوى[٢].

ومن الملاحظ: أن العرف عند المالكية يقدم على الوضع اللغوى كما هو مـــذهب الحنفية.

وأما عند الشافعية: فلقد اختلف فقاؤهم فيرى البغوى تقديم العرف على اللغـــة؛ لأن العرف يُحَكَّمُ فى التصرفات لا سيما فى مـــسألة الأيمـــان، ويـــرى القاضى حسين تقديم اللغة على العرف، وقال الرافعى فى الطـــلاق: إن تطابق العرف والوضع قُدِّم العرف، وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميـــل إلى تقديم اللغة، ويرى إمام الحرمين والغزالى تقديم العرف إلا إذا عمت اللغة فإنها تقدم على العرف.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٥، ١٠٦.

(٢) انظر: الكافى فى فقه أهل المدينة المالكى ٤٥٢/١، وأسهل المدارك ٢٣/٢.

ذكر هذا الخلاف بين فقهاء المذهب السيوطى: فى الأشباه والنظائر، ثم ذكر – أيضاً – سبب الخلاف نقلاً عن الرافعى فقال: قال الرافعى: الشافعى يتبع مقتضى اللغة تارة، وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد. أ.هـ[1].

وأما عند الحنابلة: فلقد ذكر ابن رجب الحنبلى فى كتابه القواعد: أنه إذا غلب استعمال اللفظ العام فى بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية فإنه يقدم فيه العرف، فمن حلف على شواءٍ اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض، وغيره مما يشوى.

وإذا لم يغلب استعمال اللفظ فإنه: يقدم اللغة فيه على العرف وذلك فى صورتين:

إحداهما: ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً به ولا يفرد بحالٍ، مثل جوز الهند لا يدخل فى مطلق الجوز، والتمر الهندى لا يدخل فى مطلق التمر، فمن حلف لا يأكل جوزاً أو تمراً، فإنه لا يحنث بأكل جوز الهند أو التمر الهندى.

الثانية: ما يطلق عليه الاسم العام لكن الأكثر ألا يذكر معه إلا بقرينة، ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه، فهذا فيه خلاف، فلو حلف ألا يأكل الرؤوس فعند بعضهم: أنه يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً من رؤوس الطير أو السمك، وعند البعض الآخر أنه لا يحنث إلا بأكل كل رأس تأكل فى العادة مفردة[2].

❁❁❁

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٢٨، ٢٢٩.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلى، القاعدة الحادية والعشرين بعد المائة، بتصرف.

المطلب الرابع
فى تعارض العرف العام مع العرف الخاص

العرف العام: هو ما تعارف عامة الناس عليه سواء أكان قولياً أم كان فعلياً، وقد يكون ذلك على فعل شيء أو تركه.

وعلى هذا فالعرف العام أو العادة الفعلية العامة معناه غلبة صدور فعل دون غيره من عموم الناس أو من غالبهم، كلفظ الدابة فإنها فى أصل استعمالها اللغوى اسم لكل ما يدب على الأرض، ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع كالفرس والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لا يراد غيرها عند الإطلاق.

أما العرف الخاص: فهو ما تعارف عليه أهل العلوم وأصحاب الحرف والصناعات لبعض الألفاظ بحيث يفهم منها عند الإطلاق.

هذه الاصطلاحية دون المعانى اللغوية لتلك الألفاظ لجريانها فى استعمالهم وتخاطبهم ولا يلتفتون إلا إلى هذه المعانى الاصطلاحية، وأصبح اللفظ حقيقة فى المعنى العرفى، كإطلاق لفظ الدابة على الحمار فى مصر أو على الفرس فى العراق، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره، فهذا من قبيل الحقيقة العرفية الخاصة.

وقد تكون العادة خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى، فإذا تعارض عرفان، وكان أحدهما خاصاً ببلدة من البلاد، والآخر عاماً سائداً فى المنطقة كلها فأيهما يقدم؟

الجواب: يقدم العرف العام على الخاص إذا كان الخاص محصوراً أو يمكن الإحاطة به؛ لأنه حينئذ يعتبر كالمنسى، فلا يؤثر فى الحكم.

كما لو كانت عادة امرأة فى الحيض أقل مما استقر من عادات النساء: فإنها ترد إلى الغالب من عادتهن فى الأصح، وقيل: تعتبر عادتها.

أما إذا كان الخاص غير محصورٍ أو لا يمكن الإحاطة به فإنه يقدم على العرف العام، كما لو جرت عادة قوم حفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهاراً فهل يُنَزَّلُ ذلك منزلة العرف العام فى العكس؟، وجهان، الأصح: نعم[1].

وهذه المسألة يبحثها الفقهاء فى باب ضمان ما تتلفه البهائم: ولها حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون مع البهيمة مالكها، وفى هذه الحالة إذا سرحت تلك البهيمة فى المزارع نهاراً وأتلفت منها شيئاً، فلا ضمان على مالك البهيمة، وإن سرحت ليلا وأتلفت شيئا ضمنه مالكها، وذلك؛ لأن عادة الناس جرت بحفظ دوابهم ليلاً وتركها نهاراً، وجرت عادة أصحاب المزارع بحفظ مزارعهم نهاراً وتركها ليلاً.

ومن ثم قضى رسول الله ﷺ بضمان ما تتلفه البهائم ليلاً.

ففى سنن أبى داود أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجلٍ فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشى حفظها بالليل[2].

والمراد بالأموال هنا الزروع والبساتين، والحائط: يطلق على النخيل.

الحالة الثانية: أن يكون مع البهيمة مالكها: ففى تلك الحالة يضمن ما تتلفه بهيمته.

والمسألة التى يشير إليها الإمام السيوطى: هى إذا انعكست عادة قوم بحفظ مزارعهم ليلاً ودوابهم نهاراً، فهل إذا أتلفت البهيمة شيئاً بالنهار، فهل يضمن مالك البهيمة، الأصح عند الشافعى أنه يضمن؛ لأنه مقصر فى حفظ بهيمته[3].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٢٩.

(٢) أخرجه أبو داود فى سننه فى كتاب الإجارة، باب المواشى تفسد زرع قوم ٢٩١/٢، وابن ماجه فى سننه ٧٨١/٢، حديث رقم ٢٣٣٢، وعبد الرزاق فى مصنفه ٧٢/١٠، كلهم من حديث حزام بن سعد بن محيصة، وصححه الألبانى فى صحيح ابن ماجه ٣٧/٢.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ٢٣٠.

المبحث السابع
فى تغير الفتاوى والأحكام بتغير العرف والعادة

إن المتأمل فى أحكام الشريعة الإسلامية يجد أنها تشتمل على نوعين من الأحكام:

النوع الأول: أحكام أصلية أسستها الشريعة الإسلامية بنصوصها الدالة عليها من الكتاب والسنة كالأحكام العقائدية أو العبادات، ووجوب التراضى فى العقود، ومنع الأذى، وسد كل ما هو ذريعة إلى الفساد، وغير ذلك كثير.

فهذه الأحكام ثابتة لا تتبدل بتبدل الزمان، بل هى الأصول التى جاءت بها الشريعة لإصلاح كل زمان وكل مكان.

النوع الثانى: الأحكام الشرعية الاجتهادية المبنية على المصلحة أو القياس أو العرف أو العادة.

فهذا النوع ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية والأخلاق العامة، وبناءاً على ذلك أسست القاعدة الفقهية."لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"[1].

ونتساءل عن سبب تغير مثل هذه الأحكام؟

الجواب: لتغير مثل هذه الأحكام سببان:

أحدهما: تطور الزمن وتغير المصلحة والعادات والأعراف، ومن أمثلة ذلك:

جواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم ونحوه؛ لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول؛ لأن المعلمين لو اشتغلوا بالتعليم بغير أجرة تسبب ذلك فى ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بحرفة أخرى غير التعليم للتكسب منها، لزم على ذلك ضياع القرآن والعلم، فيأخذ الأجرة؛ لئلا يمنعه الاكتساب عن إقامة هذه الوظيفة الشريفة من تعليم للقران الكريم والعلم وكذلك الأذان والإقامة، وله ثواب هذا العمل

(١) انظر: المدخل الفقهى العام ٢/٩٢٤.

الصالح، بل يكون قد جمع بين عبادتين، وهما: الأذان وتعليم القرآن الكريم والعلم وبين السعى على العيال[1].

٢- أن المطلق إذا جمع الثلاث بلفظ واحد قائلا: لزوجته أنت طالق ثلاثاً، وقعت واحدة فى زمن النبى ﷺ وزمن أبى بكر وسنتين من خلافة عمر - رضى الله عنهما- بدليل ما رواه أحمد عن ابن عباس - رضى الله عنهما- قال: طلق ركانة امرأته فى مجلس واحد ثلاثاً فحزن عليها، فقال له الرسول ﷺ فإنما هى واحدة[2].

وعند أبى داود: قال له النبى ﷺ راجع امرأتك، فقال: إنى طلقتها ثلاثاً، قال: قد علمت فراجعها"[3].

ثم أوقعه عمر ﷺ ثلاثاً معللا ذلك بقوله: "إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناه فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم.

ووافقه على ذلك ابن عباس وعائشة والأئمة الأربعة.

وعمر ﷺ لم يخف عليه أن الطلاق بلفظ الثلاث إنما هو طلقة واحدة هو السنة، وأنه توسعة من الله - تعالى - على عباده، وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث بلفظ واحد يكون طلقة واحدة وهذا ما ذهب إليه الظاهرية ومن وافقهم.

ولكن عمر ﷺ عندما رأى الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة فرأى من المصلحة عقوبتهم به بإمضائه عليهم ليعلموا أن الواحد منهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٩٢/١، الناشر المكتبة التجارية بمكة المكرمة.

(٢) أخرجه أحمد فى مسنده وأبو داود والحاكم، وهو معلول بابن إسحاق فهو فى سنده، نيل الأوطار ٢٢٧/٦.

(٣) أخرجه أبو داود فى سننه كتاب الطلاق باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث ٥٥١/٢، الناشر مطبعة مصطفى الحلبى بالقاهرة، وقال أبو داود: حديث حسن صحيح.

وهذا الحكم الذى رآه عمر ﷺ كان الهدف منه أن يكون زاجراً عن الاسترسال فى الطلاق الذى تتابع الناس فيه، وقد تحقق المقصود من ذلك فى زمنه.

يقول العلامة ابن القيم بعد ذكره ذلك: فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان وعلم الصحابة – رضى الله عنهم – حسن سياسة عمر ﷺ وتأديبه لرعيته فى ذلك، فوافقوه على ما ألزم به وصرحوا لمن استفتاهم بذلك؛ لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس من إيقاع الثلاث لا يندفع إلا بإمضائهم عليهم فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مصلحة عدم الوقوع[1].

هذا وقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور تغيرت ولم يعد هذا التقييد فى الطلاق مفيداً، فيجب أن تعود الفتوى على ما كانت عليه فى عهد رسول الله ﷺ وقلدوا فى ذلك أهل الظاهر[2].

السبب الثانى: فساد الزمان وانحراف أهله، ومن أمثلة ذلك:

١- أن المدين تنفذ تصرفاته فى أقواله بالوقف والهبة وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة كل التركة، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته لا بأمواله فتبقى أعيان أمواله حرة فينفذ تصرفه فيها، وهذا مقتضى القواعد القياسية.

ولكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وقل الورع وكثر الطمع وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة فى أحد الوجهين عندهم بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء دينه من أمواله[3].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٥٢/٣، دار الجيل – لبنان.

(٢) انظر: قواعد الفقه الإسلامى ٢٩٨، ٢٩٩.

(٣) انظر: قواعد الفقه الإسلامى ٢٩٤.

٢- جواز إغلاق المساجد فى غير أوقات الصلاة فى زماننا - مع أنه مكان معد للعبادة ينبغى ألا يغلق، وإنما جوز الإغلاق صيانة للمسجد عن السرقة[١].

٣- سئل النبى ﷺ ضالة الإبل: هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردها على صاحبها متى ظهر، كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التى يخشى عليها، فنهى النبى ﷺ عن التقاطها؛ لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع وأمر بتركها ترد الماء وترعى الكلأ حتى يلقاها صاحبها[٢]. وقد ظل هذا الحكم إلى آخر عهد عمر ﷺ فلما كان عهد عثمان ﷺ أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها على خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ ، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها، ذلك؛ لأن عثمان رأى أن الناس قد فسدت أخلاقهم، وامتدت أيديهم إلى الحرام، فأراد بذلك حفظ الأموال على أصحابها خوفاً من أن تمتد إليها يد سارق أو طامع.

وهو بذلك وإن خالف أمر رسول الله ﷺ فى الظاهر، إنما هو موافق لمقصوده، إذ لو بقى العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان، لآل إلى عكس مراد رسول الله ﷺ فى صيانة الأموال[٣].

ومما تجدر الإشارة إليه أن تغيير الأحكام لتغير الزمان، هل هو من قبيل تغير الأعراف والعادات أو هو من قبيل المصالح المرسلة؟

يرى العلامة ابن عابدين - يرحمه الله - أنه من قبيل تغير الأعراف والعادات فقال ما نصه: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله،أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف القواعد الشرعية المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا

---

(١) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ٢٥٧.

(٢) متفق عليه من حديث زيد بن خالد ﷺ انظر: شرح السنة للبغوى كتاب العطايا والهدايا، باب اللقطة ٤٣٨/٤، حديث رقم ٢٢٠١ الناشر – دار الكتب العلمية – بيروت.

(٣) انظر: المدخل الفقهى العام ٩٣٢/٢، ٩٣٣.

ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه، لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه(١). أ.هـ.

وبمثل ذلك قال القرافى فى كتابه الفروق: الجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين(٢).أ.هـ.

وعقد العلامة ابن قيم الجوزية فى كتابه إعلام الموقعين: فصلا بعنوان "تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة، والأحوال والنيات والعوائد" قال فيه: هذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التى فى أعلى رتب المصالح لا تأتى به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد، وهى عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل.

وطالب ابن قيم الجوزية – يرحمه الله – المفتى والعالم بمعرفة العرف دائماً اعتباراً وإسقاطاً، وحذر من الجمود على المنقول فى الكتب ودعا إلى التعرف على عرف السائلين، وعوائد الذين يفتى لهم فى الدين، فيقول: مهما تجدد فى العرف فاعتبره، ومهما سقط فالقه، ولا تجمد على المنقول فى الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف

---

(١) انظر: المدخل الفقهى العام ٩٣٨/٢، نقلا عن ابن عابدين فى رسائله، رسالة نشر العرف ١٢٥/٢.

(٢) انظر: الفروق للعلامة: شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس القرافى ١٧٧/١، الناشر: عالم الكتب – بيروت.

بلدك، وسله عرف بلده فأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمذكور فى كتبك[1]. أ.هـ.

وهذا الذى ذكره هؤلاء الأئمة الأعلام هو ما أراه راجحاً؛ لما صرحوا به فى أقوالهم.

وخالف فى ذلك الشيخ/ مصطفى الزرقا، حيث قال: إن قضية تغير الأحكام لتغير الزمان لا يصح أن تعتبر من صميم نظرية العرف، كما يعتبرها بعض الباحثين، بل هى من نظرية المصالح المرسلة، فإن قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هى انحلال فى الأخلاق يضعف الثقة، أو هى اختلاف فى وسائل التنظيم الزمنى، وكل ذلك يجعل الأحكام التى أسسها الاجتهاد فى ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذى يتناسب مع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلى[2].أ.هـ.

ووافقه على ذلك فضيلة أستاذنا أ.د/ عبد العزيز علام -رحمه الله- فصرح قائلاً: وهذه الأحكام التى تتغير بتغير الزمان والأحوال لابد أن تكون بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار أو تكون بحال لا تشهد عليها بالإبطال إذا لم تشهد لها بالاعتبار بمعنى أن تكون من المصالح المرسلة، وهى التى سكت عنها الشرع ولم يشهد لها بالاعتبار ولا بالإلغاء ولوحظ فيها جهة منفعة فهذه يجوز العمل بها وإن لم يتقدم نظير فى الشرع يشهد لها بالاعتبار، كما وقع لسيدنا أبى بكر الصديق ﷺ فى توليته عهد الخلافة لعمر -رضى الله عنهما- وكتدوين الدواوين، وضرب العملة، واتخاذ السجون، وغير ذلك كثير مما دعا

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٣ وما بعدها، تحقيق: طه عبد الرؤف سعد الناشر، دار الجيل – لبنان.

(٢) انظر: المدخل الفقهى العام ٩٣٨/٢.

إليه سنة تغيير الأحوال والأزمان، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع وليس له نظير يلحق به، ولوحظ فيه جهة المصلحة[1].أ.هـ

والله- تعالى- ولى التوفيق، وصلى اللهم على نبينا محمد -صلى الله عليه وسلم-.

❁❁❁

(١) انظر: قواعد الفقه الإسلامى ٢٩٢.

الخاتمة

نسأل الله – تعالى – حسنها

ما أكثر ما ينادى به الباحثون المحدثون فى مناهجهم من ضرورة أمانة الباحث العلمية، وموضوعيته التى تقوده إلى تسجيل آراء غيره منسوبة إلى ذويها بدقة علمية مدعومة بأدلتها فى أمانة، مبرأة عن التعمية والتعتيم، والمغالطة، والتدليس بزيادة أو حذف.

ثم ما أكثر ما يحاول التغريبيون إلصاقه ظلماً وزوراً بتراثنا المشرق النفيس من أنه قد جاء مع كثرته تعوذه الدقة والموضوعية.

ولأن كان من العسير علىَّ أن أتعرض هنا لكل ما أنجزته فى هذا البحث تفصيلاً؛ لكثرة ذلك ولمخافة الوقوع فى التكرار، ولكنى إسعافاً للقارئ رأيت من الواجب علىَّ إبراز أهم النتائج التى تمخض عنها هذا البحث وهى:

١- نفهم من تعريف كل من العرف والعادة أن العادة مفهومها أوسع شمولاً عن العرف لأنها قد تكون خاصة إذا أريد بها ما يعتاده فرد من الناس فى شئونه الخاصة وقد تكون عامة إذا أريد بها ما يعتاده عامة الناس.

٢- إن للعرف سلطان على الأمم والشعوب يصل عند بعضهم إلى قدسية الدين ويرون الخروج عنه إثما عظيماً يستجلب الاستياء ويدعو إلى الثورة ولكن الشريعة الإسلامية وقفت موقفاً حاسماً غيرت فيه الأعراف الخاطئة والعادات الجاهلية السيئة.

٣- ينقسم العرف إلى عرف لفظى وعملى، وعرف عام، وعرف خاص.

٤- العرف حجة شرعية يعتد بها فى بناء الأحكام الشرعية التى لم تأمر بها الشريعة ولم تنه عنها ويختلف باختلاف عوائد الناس وأعرافهم.

هذا بالإضافة إلى أنه مفسر للنصوص التى وردت مطلقة ولم يرد فى الشرع ولا فى اللغة ما يفسرها علماً بأنه ليس دليلاً مستقلاً من أدلة الفقه الإسلامى، ولكنه دليل ظاهر يرد دائماً إلى دليل آخر من الأدلة الصحيحة.

٥- العرف والعادة حكم فى بناء الأحكام الشرعية ليس على الإطلاق بل بضوابط وشروط.

٦- إذا تعارض العرف مع النص الشرعى وكان النص أقوى منه فلا خلاف فى اعتبار النص وعدم اعتبار العرف.

أما إذا كان العرف يخالف النص فى بعض الوجوه فإن العرف يخصص النص إذا كان عاماً ويقيده إذا كان مطلقا، وليس فى هذا ترك للنص بل هو إعمال لهما بقدر الإمكان فيحمل النص على حالة خاصة ويعمل بالعرف فيما عداها.

٧- إذا تعارض العرف مع الأحكام المبنية على القياس قدم العرف حتى ولو كان حادثاً؛ لأنه بمنزلة الإجماع فهو أقوى من القياس.

٨- إذا تعارض اللفظ بين العرف وبين اللغة فعند الحنفية يقدم العرف قولاً واحداً واختلفت أقوال الشافعية والمالكية والحنابلة فى تقديم أيهما على الآخر على النحو الذى سبق بيانه.

٩- إذا تعارض العرف العام مع العرف الخاص قدم العام على الخاص إذا كان الخاص محصوراً أو يمكن الإحاطة به.

١٠- الأصح أن الأحكام الشرعية غير الأساسية والفتاوى تتغير بتغير العرف والعادة ولذلك أسست القاعدة الشرعية: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان".

هذا وبعد هذه المرحلة العلمية التى تعرفنا خلالها على العرف والعادة وأثرهما فى بناء الأحكام الشرعية، لا أزعم أننى قد تناولت جميع الجزئيات التى تتعلق بالموضوع، ولكننى والحمد لله عز وجل وتوفيقه تناولت بالبحث والدراسة أهم الأمور والقضايا التى تتعلق بالموضوع، ثم طويت صحائفى لتكون لبنة صغيرة أضفها فى بناء النهضة الحديثة للفقه الإسلامى، فإن هديت إلى الصواب فذلك بفضل الله عز وجل وتوفيقه، وإن كانت الأخرى فمن نفسى والشيطان، والله المستعان والموفق إلى سواء السبيل.

وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب

د/ محمد عبد اللطيف محمد قنديل

ثبت بأهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المراجع الأخرى مرتبة ترتيباً أبجدياً:

١- إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، ط. دار الجيل - لبنان.

٢- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأبى العباس أحمد بن يحيى الونشريسى، تحقيق/ أحمد بو طاهر الخطابى، الناشر: اللجنة المشتركة لإحياء التراث الإسلامى بين حكومتى المغرب ودولة الإمارات العربية.

٣- الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على بن أبى على الآمدى، ط. - مؤسسة النور - بالقاهرة.

٤- الاعتصام لأبى إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطى الشاطبى، ط. دار الفكر - بيروت.

٥- الأشباه والنظائر للحافظ/ جلال الدين السيوطى، تحقيق/ محمد محمد تامر، وحافظ عاشور حافظ، ط. دار السلام - بالقاهرة.

٦- الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى، تحقيق:عادل سعد، الناشر: المكتبة التوفيقية - بالقاهرة.

٧- الأعراق البشرية فى ميزان الشريعة الإسلامية، د./ عمر الأشقر، ط. دار النفائس.

٨- بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز، للفيروز آبادى، الناشر: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالأزهر.

٩- تلخيص الحبير، للحافظ أحمد بن حجر العسقلانى، الناشر: مكتبة ابن تيمية - بالقاهرة.

١٠- التعريفات للقاضى على بن محمد الجرجانى الحنفى، الناشر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى - بمصر.

١١- حاشية ابن عابدين على رد المحتار، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، الناشر: المكتبة التجارية - بمكة المكرمة.

١٢- سنن أبى داود للحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى، الناشر:مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى - بالقاهرة.
١٣- شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، ط. دار الفكر - بيروت.
١٤- شرح المجلة للآتاسى، ط. عالم الكتب - بيروت.
١٥- شرح السنة للبغوى، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
١٦- علم أصول الفقه للشيخ/ عبد الوهاب خلاف، ط. دار الحديث بالقاهرة.
١٧- فتح البارى شرح صحيح البخارى، للحافظ/ أحمد بن حجر العسقلانى، الناشر: دار الريان للتراث.
١٨- الفروق للعلامة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى، ط. عالم الكتب - بيروت.
١٩- الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية فى الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، لأبى الفيض محمد ياسين المكى، ط. - دار البشائر الإسلامية - بيروت.
٢٠- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام، للعز ابن عبد السلام، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - بالأزهر.
٢١- قواعد الفقه الإسلامى: أ.د/ عبد العزيز علام.
٢٢- القواعد للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى، ط. - دار المعرفة - بيروت - لبنان.
٢٣- لسان العرب لابن منظور، ط. دار الشعب - بالقاهرة.
٢٤- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الناشر: وزارة الأوقاف بالمملكة العربية السعودية.
٢٥- مقاصد الشريعة للعلامة: محمد الطاهر بن عاشور، ط. - دار السلام - بالقاهرة.
٢٦- مقاييس اللغة لابن فارس. الناشر: مطبعة مصطفى البابى الحلبى - بالقاهرة.

٢٧- مصنف عبد الرزاق للحافظ: أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى، الناشر: المكتب الإسلامى – بيروت.
٢٨- المدخل الفقهى العام للشيخ/ مصطفى الزرقا، ط. دار الفكر – بيروت.
٢٩- المستدرك على الصحيحين للحافظ أبى عبد الله الحاكم النيسابورى، ط. دار المعرفة – بيروت.
٣٠- المسند للإمام أحمد بن حنبل، ط. عالم الكتب – بيروت.
٣١- المفردات فى غريب القرآن الكريم، لأبى محمد الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهانى، الناشر: مطبعة مصطفى البابى الحلبى – بمصر.
٣٢- نشر العرف للعلامة: محمد أمين المعروف بابن عابدين، منشور ضمن رسائله، الناشر: دار إحياء التراث العربى – بيروت.
٣٣- نظرية العرف، د/ عبد العزيز الخياط، الناشر: مكتبة الأقصى عمان الأردن.
٣٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للعلامة: محمد بن على الشوكانى الناشر: مكتبة التراث بالقاهرة.
٣٥- النهاية فى غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبو السعادات ابن الأثير، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت.
٣٦- الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية، د/ محمد البورفو، الناشر: مكتبة التوبة بالرياض.

❁❁❁