العرف والعادة ورعايتها فى الاحكام الشرعية

نسيم محمود ☆

ما اثر بليغ فى الأحكام الشريعة الاسلامية كما نرى ان ديننا الاسلام اعطانا احكام الدينية قد راعى العرف والعادة المروجة الوقتية فقبل أن نطالع هذا البحث بالتفصيل علينا ان نصرف معنى العرف والعادة فهو بما يلى:

معنى العرف والعادة

معناهما اللغوى

العرف والعرفان لغةً هوالعلم ومنه الاعتراف ولذايقال رجل معروف و عرفه الأمر و عرّفه بيته وعرّفته زيدًا ويقال اعرف فلان فلاناً وعرفه اذ وقفّه على ذنبه ثم عفاعنه . والتعريف ايضاً انشاء الضالة وعرّف الضالة اى نشدها واعترف لقوم اى سألهم ، وقيل : سالهم عن خبر ليعرفه . وربما وضعوا اعترف موضع عرف كما وضعوا عرف موضع اعترف.

وأماالذى جاء فى حديث اللقطة : فان جاء من يعترفيها فمعناه معرفته اياها بصفتها وان لم ترها فى يدك . يقال عرف فلان الضالة أى ذكرها وطلب من يعرفها فجاء رجل يعترفها أى يصفها بصفة يعلم أنه صاحبها . وفى حديث ابن مسعود رضى الله عنه : فيقال لهم هل تعرفون ربكم ؟ فيقولون : ان اعترف لنا عرفناً اى اذا وصف نفسه بصفة تحققه بها عرفنا ه واستعرف

☆ المحاضر ، كلية علامة اقبال الحكومية بسيالكوت

اليه أى اتنسب له ليعرفه . وتعرّفه المكان وفيه أى تامله به .

ويقال للحازى أعراف وللقناقن عرّاف وللطبيب عرّاف لمعرفة كل منهم بعلمه وأيضاً العرّاف هو الكاهن كما جاء فى الحديث النبوى الشريف : من أتى عرّافاً أو كاهنا فقه كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم . أراد بالعرّاف المنجّم أوالى زى الذى يدّعى علم الغيب الذى استاثر الله بعلمه .

والمعارف الوجوه والمعروف : الوجه لأن الانسان يصرف به . والمعراف واحد . والمعارف : محاسن الوجه وهو من ذالك . وامرأة حسنة المعارف أى الوجه و ما يظهر منهما ' واحد ها معرّف .

والمعروف : كالعرف . وقوله تعالى : (وصاحبهما فى الدنيا معروفاً) أى مصاحبا معروفا . قال الزجاج : المعروف هنا ما يستحسن من الأفعال . والمعروف ضد المنكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن اليه . قال ابن سيدة : قد يكون من المعروف الذى هو ضدّ المنكر ومن المعروف الذى هو الجود . ويقال للرجل اذا ولىّ عنك برده : قد حاجت معارف فلان ' و معارفه : ما كنت تعرفه من صنّه بك و معنى هاجت أى يبست كما بهيع النبات اذا ايبس . والعرف : الرّيح ' طيبّة كانت أو خبيثة . يقال : ما أطيب عرفه ! وفى المثل : لا يعجز مسك السوء عن عرف السوء ' قال ابن سيده : العرف الرائحة الطيبة والمنتنة . (ا)

والعادة لغة مشتق من العود كما ورد فى القرآن العظيم : (هو الذى يبدى

الخلق ثم يعيده) وقال الجوهرى : عاد يعود عودًا وتعوّدا مصناه رجع . كما يقال : رجعتُ عودى علىٰ بدى وفى القرآن الكريم : كما بدأ كم تعودون وقال الجوهرى : العواد هو الطعام الذى أكل منه ثم يو ضع أما الضيف مرّة ثانية . والعواد أيضاً هو السبيل الذى يضرب مرّة ثانية .

والعيد هو الفرحة والهّم الذى يعود بعد العود . والعادى هو الشيئى القديم كما يقال بئرعا دية اى بئر قديم (٢)

الآن قبل أن نرجع الى معنى العرف والعادة الاصطلاحى علينا أن نطالع استعمال العرف وفى مفهومه العادة فى كتاب الله تعالىٰ واقوال نبيه صلى الله تعالىٰ عليه واله وسلم وهو مما يلى :

العرف والعادة فى كتاب الله تعالىٰ

قد استعمل لفظ "المعروف" "والعرف" فى القرآن الكريم فى تسع وثلاثين أماكن فلفظ "المعروف" فى اثنان و ثلاثين أماكن ولفظ "معروف" وردفى ستة أماكن ولفظ "العرف" ورد فى مكان وهو سورة الأعراف : آيت ١٩٩ والتفصيل موجود فى فهارس القرآنى كما ننظر فى "المعجم المفهرس لفؤادعبد الباقى (٣)

والمراد من هذاالفظ فى كل مكان هو المعلوم والحبيب والحسن و عمل البرّ ويشار بلفظ المعروف الى العمل المعروف فى المجتمع الاسلامى حسناً ومرغوباً فيه والعرف ضدّ المنكر كما قلنا والنكر يقال له

فی العبر انی نکهر (٤) ومعناه غیر معلوم و غیر متعارف والمعروف اسم مفعول من "عرف" والمراد منه کلّ برّ اصله الوحی الالهی والنبوة ۔ے فقال ابن الجریر الطبری فی تفسیر آیت ۱۱۰ من سورة آلعمران :

"قوله تأمرون بالمعروف یعنی تامرون بالله ورسوله ما لعمل بما امر بشر ائمه و وتنهو عن المنکر یعنی وتنهون الشرک بالله و تکذیب رسوله وعن العمل بما نهی عنه" (٥)

ثم یقول بعده "أصل المعروف کل ما کان معروفاً ففعله جمیل مستحسن غیر مستقبح فی أهل الایمان بالله وانما سمیت طاعة الله معروفا لانه مما یعرفه اهل الایمان ولا یستنکرون فعله" (٦)

ثم یقول فی تفسیر آیة ۱۹۹ من سورة الاعراف : "وهو المعروف فی کلام العرب مصدر فی معنی المعروف یقال ذالک فمن المعروف صلة رحم من قطع واعطاء من حرم والعفوعمن ظلم وکل ما امر الله به من الاعمال او ندب الیه فهو من العرف" (٧)

ویقول الامام الرازی فی تفسیر "خذالعفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین" والمعروف هو کل امر عرف أنه لا بدّ من الاتیان به وان وجود خیر من عدمه" (٨)

ویقول ابو بکر الجصاص فی تفسیر هذه الآیة "والمعروف هو ما حسن فی العقل فعله ولم یکن منکر اعند ذوی العقول الصحیحة" (٩) ویقول فی تفسییر (وعلی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف) فاذا

شطت المرأة طلبت من النفقة اكثر من المعتاد و المتاعارف لمثلها لم تعط وكذالک اذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها فی العرف و العادة لم يحل له ذالک و اجبر علیٰ نفقة مثلها " (١٠)

ثم يكتب فی مكانتها فی التشريع الاسلامی : "وفی هذه الآية دلالة علیٰ تسويغ اجتهاد الرائے فی احكام الحوادث اذلا وصل الی تقدير النفقة بالمعروف الاّ من جهة غالب الظنّ و اكثر الرامے اذا كان ذالک معتبرا بالعادة وكل ما كان بيناً علی العادة قبيله الاجتهاد و غالب الظنّ " (١١)

ويقول القاضی ابن العربی المالكی مبيّناً آراء الامام مالک و امام الشافعی فی المعروف : "وهو عند مالک والشافعی اصل فی الا رتضاع وفی كل عمل حمل العرف و العادة فی مثل ذالک العمل ولولا أنه معروف ما ادخله الله تعالیٰ فی المعروف " (١٢)

فبالا ختصار كل الأمور المستحسنة المروجة داخلة فی مفهوم العرف الا صطلاحی لأن فی خلاف المعروف المستحسن الضيق والحرج ولذا نقول ; أن العرف هو المصدر الفرعی لأحكام الشريعية الاسلامية والدليل له قوله تعالیٰ ﴿ما جعل الله عليكم فی الدين من حرج﴾ (١٣)

وقوله تعالیٰ ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج﴾ (١٤) فكل امريكون فيه عدم حرج مباح فعله وكل فعل مباح فعله فهو تابع الشريعة الاسلامية

العرف والعادة فى ألاحاديث النبوية ﷺ

اذا نطالع الأحاديث النبوية صلى الله عليه وسلم نجد ان لفظ العرف قد استعمل فى عدة اما كن يتّضح منها معنى العرف والعادة . فرواية عن عائشة رضى الله تعالىٰ عنها : ان هنده بنت عتبة قالت : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابا سفيان رجل شحيع وليس يعطينى ما يكفينى وولدى الاّ ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : خذى ما يكفيک وولدک بالمعروف " (١٥)

فالا مام بخارى رحمه الله تعالٰى يقيم باباً مستقلاً فى صحيحه فى هذا المفهوم وهو "باب من أجرىٰ أمر الأ مصار على ما يتعارفون بينهم فى البيوع والا جارة والمكيال والميزان و سنتهم على نياتهم و مذاهبهم المشهورة " ففى هذاالباب روايتين غير رواية المذكورة وهما :

"عن انس بن مالک قال : حجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ابو طيبة فأمرله رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمروأمر أهله أن يخفوا عنه من خراجه" "وعن عائشة تقول : (ومن كان فليستعفف ومن كان فقيراً فلياكل بالمعروف أنزلت فى والى اليتيم الذى يقيم عليه ويصلح فى ماله ان كان فقيراً ياكل منه بالمعروف " (١٦)

فقبل ذكر هذه الروايات ذكر البخارى بعض الآثار التى أشارت

بـأن قـول الـنبـى صـلـى الـله عليه واله وسلم فى حديث الهند تفسير للآية القرآنية فلياكل بالمعروف وقال ابن المنير : المقصود بهذه الترجمة اثبات الاعتماد على الصرف" (١٧)

وقـال ابـن حجر أيضاً : لا بـأس ان يبيـع مـا اشتراه بمائة دينار مثلاً كـل عشـرة منه بأحد عشر فيكون رأس المال عشرة والربح ديناراً . وعلٰى هذا اثر عن حسن رضى الله عنه بانه لم يعامل سرة ثانية اعتماد اعلى الاولىٰ ولهذا ذكر البخارى هذه الآثار فى هذا الباب وهذا يظهر من هذه الاحاديث بـأن الـنبى صلى الله عليه وسلم اعتمد على العرف ولذالم يعامل ابو طيبة و أيـضـاً لـم يـحـدد النفقات فى واقعة الهند بل جعل مداره على العرف وهذا مـفـهـوم حـديث عائشة رضى الله تعالٰى عنها الذى يفسّر آية "فان كان فقيراً فليأ كل بالعرف " (١٨)

والـمـراد مـنـه هو المقدار الذى يكون عتاداومعروفاً (١٩) وقال رسول الله صـلـى الـلـه عليه وسلم فى تأبير النخل : أنتـم أعـلـم بأمور دنياكم " . وقال سيـدنـاعبد الله بن مسعود رضى الله تعالٰى عنه : مـاراه المسلمون حسن فهو حسن عند الله " (٢٠)

العرف والعادة فى ضوء أقوال العلماء

يتـضـح من بـحثـنـا الـسـابق تعريف اللغوى والا صطلاحى للعرف والعاد ة امـا الآن سـنـنـظـر فـى أسـطرمايلى العرف والعادة فى نظر العلماء

المصاصرين والأقدمين . فقال السيد شريف الجرجانى : "العرف ما استقرت النفوس بشهادة العقول وتلقة الطبائع بالقبول وهو حجة ايضاً لكنه أسرع الى الفهم وكذاالعادة وهى ما استمر الناس على حكم العقول وعادوا اليه مرة بعد أخرى" ويقول الامام غزالى : بأن العرف والعادة هى فعل و طريقة التى استقرت فى النفوس عقلاً أن يقبله العقل السليم و يعتاد المسلمون بشرط انه لم يكن خلاف نص شرعى" (٢١)

ويقول ابن نجيم : أن العادة عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السلمية" (٢٢)

وقال ابن عابدين : أن العادة ماخوذة من المعاودة فهى بتكررها و معاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرضية فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث لما صدق وان اختلفا من حيث المفهوم" .(٢٣)

ويقول الا ستاذ ابو زهرة : العرف ما اعاده الناس من معاملات و استقامت عليه امورهم" (٢٤)

اما عند عبد الوهاب خلاف "أن العرف هو ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالبا من قول أوفعل والعرف والعادة فى لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد" (٢٥)

وقال الدكتور حسين حامد حسان: يطلق العرف على ما تعارف عليه الناس و اعتادوه من قول أو فعل لا يخالف نصّاً من كتاب أو سنة" (٢٦)

فبعد النظر الىٰ مفهوم العرف و العادة و استعمالها فى كتاب الله تعالٰى و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم نجد أن العرف و العادة أساس لقوانين العالم و معه لقوانين الاسلام لأن الاسلام قد رائمهما فى مواقع شتّى . قبل أن نرٰى حجيتهما فى الشريعة الاسلامية علينا أن ننظر عرف العرف قبل الاسلام فبالا ختصانلا حظ بعض الأسطرعلى هذا العنوان .

عرف العرب قبل الاسلام

اذا ننظر عرف العرب قبل الاسلام نجد أن الجاهلين لم تكن لهم احكام فى الحلال و الحرام بالنسبة الٰى المأكول علىٰ ما يظهر بل كان مرجع الحرمة والا باحة عند هم الى عرف القبائل . فلما نزل الامرفى الاسلام بتحريم أكل الميتة عجبت قريش من ذالك و احتجوا قائلين : كيف تعبدون شيئاً لا تأ كلون مما قتل و تأكلون أنتم مما قتلتم ؟ و كانوا يقولون ما الذى يموت و ما الذى تذبحون الآسواء وذكر ''ان ناساً من المشركين دخلوا على رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقالوا : اخبرنا عن الشا ة اذا ماتت من قتلها فقال اللّٰه قتلها . قالوا فتزعم ان ما قتلت انت واصحابك حلال وما قتله الله حرام'' وذكر ان فارس أوحماد الى أوليائها من مشركى قريش ان خاصموا محمدًا لواله : ان ما ذبحت فهوحلال وما ذبح الله بشمشار من ذهب فهو حرام . فوقع فى النفس ناس من المسلمين

من ذالک شیئی . فقد کانت قریش تأکل کل شیئی من میتة ومختنقة ومن نطیحة وما اکل السبع وما اهل للصنم . منزل تحریم ذالک فی الاسلام . وذکر انهم کانوا یقطعون یسیرًا من حلق الشاة ویترکونها حتی تموت وقیل هذه الذبیحة "ذبیحة الشریطه وقد کان رجال الدین وسادات القبائل یحرمون بعض الاشیاء علٰی انفسهم اذا شعر وابوجود ضرر بها فحرم بعض رجال الجاهلیة الخمر علٰی انفسهم .

وذکروا أن أوّل من حرم القمار فی الجاهلیة الأقرع بن حابس التمیمی ثم جاء الاسلام بتقریره وأن أول من رجم فی الزنا فی الجاهلیة ربیعة بن حدّان ثم جاء الاسلام بتقریره فی المحصن وأوّل من حکم ان الولد للفراش اکثم بن صیفی ' حکیم العرب ' ثم جاء الاسلام بتقریره . وان اوّل من قطع فی السرقة فی الجاهلیة الولید بن المغیرة ثم جاء الاسلام بتقریره . وأن أوّل من سنّ الدیة مائة من الابل عبد المطلب جد النبی صلی الله علیه وسلم ثم جاء الاسلام بتقریرها . و أن أوّل من أوقد النار بالمزدلفة قصی بن کلاب وأن اوّل من أظهر التوحید بمکة قیس بن ساعدة الأیادی .

نجد العرب الجاهلی أنهم یتقیدون بعرفهم و عاداتهم تقیدًا شدیدًا والعرف عند هم هو ما استقرّ فی نفوسهم وثبت فی ذهنهم حتی صارفی حکم الدین عند هم . فلا یجوز لأحد الخروج علیه وکسرحکمه . وعرف القبیلة هو الذی یعیّن لها الحرام والحلال واحکام رجال القبیلة من رؤساء وسادة وحکام هی منبع التشریع والافتاء فی أمور الدین والحق فی القبیلة

وما يلائم طبيعة القبائل ويناسب عمليتها وينبع من محيطها يكون ديناً على القبائل اطاعته لأنه فى صالحها . ولأن فى مخالفته ضرراً بالغاً . فصار من ثم فى درجة أحكام الشرع عندها .

ومن قبيل الأعراف التى صارت ملزمة عندهم لكل أحدوفى حكم الأحكام اللزومية وجوب احترام العقود والعهود وما اتفق عليه من عهود مثل مراعاة الاشهر الحرام للنسبة للمحرمين فلا يجوز لأحد القتال فيها ولا الاعتداء على أحد ولو كان قاتلاً مطلوباً بدم . ومثل مراعاة حرمة الأماكن المقدسة كا لمسجد الحرام فلا يجوز لأحد التعريض لحيوان لجأ اليه أو لانسان لأ ذبه ولوكان قاتلاً . وهذا ما حمل البعض على ملازمة البيت الحرام و عدم الخروج منه لأ نه غير آمن على نفسه ولأنه مطلوب بدم. ومثل ما كان يفعله الناس من التمسك بالعهود والمواثيق والا حلاف . وقد عيب رجلان قتلا رجلين كا ناتقلد الحاء شجر الحرام الذى كان أهل الجاهلية يتقلّدونه ليأ منوا به على انفسهم لأ نها قد خالفا بذالك العهود وما اتفق عليه من وجوب مراعات الحرمات (٢٧)

وفى مقدمة شعائرالدين عند أهل الجاهلية : الأصنام و بيوتها والتقرب اليهابالصلاة وبالسجود و بالطواف حولها و بالنذور و بالحبوس و بالقسم بها وذالك لتمنّ على عبد ها الانسان فتمنحه ما يرجوه فى لهذه الحيوة من صحة وعافية ومال و نسل وذكور .

ولا نجد لصلاتهم صورة واضحة الآ صلوات اليهود و النصارى .

فقد كان هؤلاء يصلون فى كنائسهم فى أوقات معينة . وذكر اليعقوبى مبينا حج العرب : أن العرب كانت اذا أرادت حج البيت الحرام وقفت كل قبيلة عند صنمها وصلّوا عنده ثم تلبوا (٢٨)

وهكذا كانت للعرب المعروفات والعادات الدينية التعبدية أجازت الاسلام بعضها ونهت عن بعضها كما نرى فى احكام ديننا الاسلام.

حجية العرف والعادة

فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم و مشاربهم متفقون على اعتبار مراعاة العرف والعادة فى كثير من الأحكام وأن تفرّقوا فى الأخذبهما فتوسع الحنفية والمالكية فى العمل بهااكثر من غير هم و مع اتفاقهم هذا اختلفوا فيما بينهم فى حجيتهما و اعتبار هما دليلاً من ادلة الأحكام على مذهبين . فقبل بيان تفصيل المذاهب وأدلتهم علينا ان نصنع فى أعيننا أن كلمتا العرف والعادة فى معنى واحد وأكثر الفقهاء يستعملون كلمة العرف ولهذا سيستعمل فى بحثنا هذا كلمة العرف ويراد به العادة معاً .

المذهب الاؤل

يرى أصحابه ان العرف دليل من الأدلة وذهب الى هذاالقدماء من علماء المالكية والأحناف والى هذاالرأى أيضاً مال ابن العربى فى احكام القرآن حيث ذكر فى معرض بيانه لمقدار النفقة الواجبة بقول الله تعالىٰ : ﴿لينفق ذوسعة من سعته﴾ (٢٩) أن العرف دليل من أدلة الأحكام يقول فى

احكام القرآن : أنه ـــ يعنى الانفاق ـــ ليس له تقدير شرعى وانما احاله الله تعالى على العادة وهى دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام" (٣٠)

المذهب الثانى

يرى أصحاب المذهب أن العرف ليس بحجة ومال الى هذا جمهور الأصوليين من غير الحنفية وتبعهم بعض الحنفية فلم يذكروه فى مباحث الأدلة وانما تحدثوا عنه فى مباحث التخصيص مؤكدين أنه لا يجوز تحصيص النص بالعرف لانه ليس حجة كما تحدثوا عنه فى مباحث اللغات فنجد الآمدى يشترط فى الاجماع موافقة العامى اذيقول : ذهب الاكثرون الى أنه لا اعتبار بموافقة العامى من أهل الملّة فى انعقاد الاجماع ولا بمخالفته واعتبره الأقلون واليه ميل القاضى ابو بكر وهو المختار" (٣١)

واشتراط العامى يجعل العرف العام والاجماع شيئاً واحداً وان شئت قلت أن العرف العام يعتبر نوعاً من أنواع الاجماع . وجدير بالذكر أن أصحاب هذا الاتجاه الرافضين لحجية العرف يعتبرون ويبنون عليه الأحكام لا على أساس أنه حجة ولكنا على أساس أنه قاعدة من قواعد أصول الفقه ، حيث يتحدّثون عنه . وبالاضافة الى هذا يجعلونه قاعدة من قواعد الفقه الكلية المتفق عليها تحت اسم العادة محكمة ويفرعون عليها جملة من القواعد . (٣٢)

ومن أصحاب هذا الاتجاه من يجعل العرف دليلاً غير مستقل بل دليل تابع لغيره اذيردونه الىٰ النص أوالاجماع أو المصلحة أوالأصل فى الأشياء وممن مال الى هذاالاتجاه الدكتور أحمد فهمى ابو سنة و تبعه كثير من المحدثين (٣٣)

استدلال المذاهب لموقفهم

أدلة مذهب الاوّل

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بحجية العرف بأدلة من القرآن والسنة و المنقول .

الأدلة من القرآن

(ا) قوله سبحانه و تعالىٰ ﴿خذالعفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ (٣٤)

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة هو : أن الله تعالىٰ امرنبيه صلى الله عليه وسلم أن يامر الناس باتباع العرف ولما كان الأمر مفيدًا للوجوب اذلا صارف فوجب العمل بالعرف وقد استدل الدكتور مصطفىٰ الزرقابهذه الآية على النحوالتالى :

"ولا يخفى أن العرف فى هذه الآية واقع على معناه اللغوى وهو الأمر المستحسن المألوف لا على معناه الا صطلاحى الفقهى . ولكن توجيه هذاالاستدلال هوأن العرف وان لم يكن مراداً به فى الآية المعنى

الاصطلاحى لكنه قد يستانس به فى تائيد اعتبار العرف بمضاه الاصطلاحى لأن عرف لالناس فى أعمالهم و معاملاتهم هو ما استحسنوه و الفته عقولهم والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم الى الأ مرالمتعارف فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة " (٣٥)

(٢) قول الله تبارک و تعالىٰ ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ (٣٦)

لقد بينت هذه الآية أن وجوب النفقه والكسو ة على الوالد لأم ولده بسبب الرضاعة ولكنها أحالت تقدير النفقة والكسوة على ما كان عليهما من شرط أن وجدوا الاّ اتبع ذالک العرف اذا لمعروف قديكون محددًا بشرط وقد يكون غير محدد الاّمن جهة ما تعارف عليه الناس . (٣٧)

وأحالة الآية تقدير النفقة على العرف دليل على صحة العمل به والاّ أحالت الآية الكريمة على العمل به . ولا يقال هنا: أن المعروف فى الآية معناه الاحسان بالجميل اذا النفقة واجبة على الوالد وحق للمرضعة وليست تفضلا منه واحساناً .

(٣) قول الله عزوّجل ﴿ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف﴾ (٣٨)

وهى كسا بقتها قد أحالت على العمل بالمعروف . والعرف هو الذى تقضى به الفطرة السليمة .

(٤) قول الله تبارک و تعالىٰ ﴿لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه

فلينفق ممّااتاه الله ' لا يكلّف الله نفسا الاّ ما اتها﴾ (٣٩)

نرى فى هذه الآية أن الله تعالىٰ ترک تقدير قيمة النفقة حسب وسع الانسان وقدرته وفى ذلک أعمال للعرف .

(٥) قول تبارک و تعالىٰ : ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ (٤٠)

فقد دلت الآية الكريمة على أن الله تعالىٰ قدر رفع الحرج والمشقة عن المسلمين . وعدم مراعاة ما تعارف عليه الناس يسبب لهم الضيق والحرج ولمّا كانا مرفوعين بنص الآية فيجب مراعاة أعرافهم حتى لا يقعوا فى حرج و مشقة .

الأدلة من السنة

(١) ماروى موقوفاعن ابن مسعود رضى الله عنه : مارآه المسلمون حسناً فهوعند الله حسن " فكون هذاالحديث مرفوعاً وقال بين المحدثين ولذايقول العلائى : انما هو قول عبد الله بن مسعود موقو فاً عليه " (٤١)

ووجه الدلالة من هذا الأثران ما يراه المسلمون ويعملون به فقد استحسنوه و تعارفوه . وما استحسنوه و تعارفوه يكون عند الله أمراً مستحسناً .

(٢) قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوج ابى سفيان حينها اشتكت اليه بخل زوجها بالنفقة : "خذى ما يكفيک وولدک بالمعروف " (٤٢)

ومنه يتبين أن المراد بالمعروف القدر الذى عرف بالعادة أنه

الكفاية . (٤٣)

ومن هذا يتبين لنا أن الحديث يدل على اعتبار العرف دليلاً فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصل

الادلة من المعقول

قد استدل أصحاب هذاالراى بأدلة من المعقول منها .

(١) الاستقراء و حاصله أن من يتتبع فروع الشريعة الاسلامية يجد أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التى كانت موجودة قبل الاسلام و كانت صالحة والغيت ما كانت ليس بصالحة .

ولا فرق بين أن يكون العرف فصلاً او تركا و كان هذا العرف يروى غالباً بصيغة كنا نفعل كذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (٤٤)

والأ عراف التى أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم وان كانت التمسك بها على طريق السنة التقريرية الاّ انه من ناحية اخرى فانها تعتبر دليلاً على جواز العمل بالأعراف التى لا تخالف قواعد الشرع ولا تصادم بنصوصه .

(٢) استدل الشاطبى "بأن العوائد التجارية لا بدوان تكون ضرورية الاعتبار لأ نه لا يستقيم التكليف الاّ باعتبارها . وآية ذلك أن العادة قد جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة ولهذا شرعت العقوبات . ألاترى الى قول الله تعالىٰ (ولكم فى القصاص حيوة) وقوله تعالىٰ (السارق

والسارقة فاقطعوا) الى غير ذالک من العقوبات فلولم تعتبر العادة فى هذه الا حکام لما کان لها من فائدة . ولکن الله تعالىٰ قد شرعها. فدل ذلک على اعتبار عادة الانکفاف عن المخالفة بالزجر" (٤٥)

(٣) انه لولا ان اطرادالعادات معلوم لما عرف الدين من أصله فضلاً عن تعرف فروعه . فوجب اعتبار ها فى الأحكام . وبيان ذلک . كما يقول الشاطبى . "ان الدين لا يعرف الاعن طريق النبوة ولا سبيل الى الاعتراف بها الا عن طريق المعجزة ولا معنى للمعجزة الاّ أنها فعل خارق للعادة المطردة ' فلولا اعتبار للعادة لما اعتبرالخارق لها " (٢٦)

(٤) واستدل الشاطبى أيضاً بأن عدم اعتبار العوائد يقردى الى التكليف ' بمالا يطاق وهو غير جائز أو غير واقع . وبيانه أن التكليف لا بدوأن يراعى قدرة المكلف وعلمه والاّ لكان تكليفاً بما لا يطاق .

وعدم اعتبار العوائد فيه تكليف بما لا قدرة للناس لأنه ليس من الهين ترک ما اعتاد عليه الانسان و التكليف بما لا قدرة فيه للمكلف تكليف بما لا يطاق. (٤٧)

وبعد فهذه هى ادلة اصحاب المذهب الأوّل الذى يرى اعتبار العرف دليلاً يحتج به فى استنباط الأحكام فيما لا نص فيه ولا اجماع .

أدلة المذهب الثانى

سبق أن بينا أن أصحاب هذا الاتجاه فريقان : الأول ينفى أن العرف

دليل والثانى يجعله دليلاً تابعاً فخن الآن ننظر الى تفصيل أدلة هذاالمذهب وهو

ادلة القائلين بعدم حجيته

(١) أنه لا يوجد دليل من الأدله الشرعية تدل على اعتباره . وعلى ذلك فهوليس بحجة . يقول ابو سنة : لم تقم من الشرع حجة على اعتباره وهو لا يكون دليلاً على الأحكام الاّ باعتبار الشارع له " (٤٨)

(٢) ان العرف عمل عقلى والعقل لا ينشئ حكماً و عليه فلا يعتبر العرف دليلاً . وبيان ذالك : أن العرف هو ذلك العمل الصادر عن ميل العقل الذى يقلد الناس فيه بعضهم بعضاً حتى يستقر فى نفوسهم و تقبله طباعهم فمصدر العقل ومظهر العمل (٤٩) منخلص من هذا الى أن العرف عمل عقلى .

وأما العقل لا ينشئى حكماً فلا جماع أهل السنة من الحنفية والأشاعرة الذين بنو أجماعهم على أن العقل لو أدرك حكم الله استقلا لاً لأدى ذألك الى أن يثاب الانسان اذا أطاع ويعاقب اذا عصى ولولم يشرع الله ديناً فلم يبعث رسولاً . والله تعالىٰ يقول﴿وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولاً﴾ (٥٠) ويقول ﴿ لئلاّ يكون الناس على الله حجة بعد الرسل﴾ (٥١)

(٣) ان العرف لا يمكن أن يكون دليلاً على الخير المحض ولا على الماصالح التى تبنى عليها الأ حكام . فمن الأعراف ما هو ضار كوأدالبنات والجمع بين المراة و عمتها وما الى ذلك من اعراف فاسدة الغاها الشارع الحكيم الأ مر الذى يد ل على أن العرف لا يمكن أن يجعل مقياساً للخيرو بالتالى فهولا يعتبر

دليلاً تبنى عليه الأحكام ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه (٥٢) فاذا تأيد بأصل فلا يعتبر دليلاً مستقلاً الأ مر الذى سوف نبينه فى الأدلة التالية .

أدلة القائلين بأن العرف دليل تابع

استدل القائلين بان العرف دليل تابع بأن العرف يمكن رده الى الأدلة الشرعية الصحيحة : السنة والا جماع والمصلحة والأصل فى الأشياء ورد العرف الى أحد هذه الأدلة لا يجعله دليلاً مستقلاً بل هو دليل تابع (٥٣)

أما كونه راجعاً الى السنة فالمراد هنا السنة التقريرية وهى سكوته صلى الله عليه وسلم عند علمه بأمرليس مصتقداً لكا فرحيث يدل على الجواز . والصرف الذى كان غالباً فى عهده صلى الله عليه وسلم من هذا القبيل . وهذاالصرف السنى يروى غالباً بصيغة : "كنا نفعل كذافى عهده صلى الله عليه وسلم" (٥٤)

واما كونه راجعاً الى الاجماع فبيانه : ان الأحكام التى بنيت على العرف كجواز بيع أراضى مكة وجواز الشرط الذى لا يقتضيه العقد فى البيع و جواز وقف المنقول والا ستصناع وجواز دخول الحمام و الاكتفاء فى النفقة بأكل الزوجات عند الشافعية مردود كل ذالك الى الاجماع الصملى من المجتهدين . وكذالك الا ستدلال من مالك بعمل أهل المدينة راجع الى الاستدلال با جماع المدينة والصرف الذى استدل به

على استثناء ذوات الأقدار من حكم الاجبار على الا رضاع مردود الى الاجماع المبنى على المصلحة (٥٥)

وكذالك التعامل الواقع فى عصر التقليد فيرد ابى الاجماع . ذالك لأ نا لا نقطع بخلو العصر عن المجتهدين . لا سيما على القول الصحيح بتجزى الاجتهاد و جوازه ولوفى مسألة واحدة . واما كونه راجعاً الى لالمصلحة المرسلة فبيانه أن نزع الناس عن عاداتهم فيه حرج عظيم. فوجب اعماله . ومعنى هذا ان وجوب اعمال العرف معلل بالمصلحة وهى هنارفع الحرج والمشقة .

وأما كونه راجعاً الى أصل المنافع والمضار المدلول عليه بقوله تعالى ﴿وهو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعاً﴾ (٥٦) وقوله عليه الصلوة والسلام : "لا ضرر ولا ضرار" (٥٧) فانه يمكن العمل بهذاالاصل فى أكثر الأعراف الجارية فى المعاملات والعادات الاجتماعية والتقاليد السياسية التى تجلبها حضارة جديدة أو يتوارثها جيل عن جيل من غير أن يؤيدها أو ينفيها دليل خاص (٥٨)

ومن هذا يتبين أن الأمر الذى يتعارف عليه الناس ويكون فيه مصلحة لهم يرد الى أصل الأباحة وما يكون فيه ضرر يرد الى أصل الحظر . ولذا يقول الدكتور : أن العرف يختلف بحسب الأصل الذى يرجع اليه وما هو قاعدة فقهية ثابتة بالدليل تستخرج منها أحكام الأعراف المختلفة على مرّ الزمان واختلاف المكان . فان رجع الى أصل متفق عليه كان عرفاً

معتبراً عند الجميع وان رجع الى أصل مختلف فيه كالمصلحة و عمل أهل المدينة يكون موضع خلاف العلماء وبمعنى أخر فان قوة العرف مستمدة من المصدر الذى يرجع اليه ويكون دليل اعتباره هو دليل اعتبار مصدره الذى رجع اليه (٥٩)

فبالا ختصار حينما ندور نظر التنقيد على هذا البحث نصل الى نتيجة بأن للعرف فى الشرع اعتبار ولذا يدار عليه الحكم . أما الآن فننظر ما هو اثر تغير العرف فى الأحكام الشرعية .

أثر تغير العرف فى الاحكام الشريعة

حينمانلقى نظر البحث على هذا العنوان نجد قاعدة فقهية وهى : "لا ينكر تغيّر الاحكام بتغيرّ الأزمان" . ومعنى هذه القاعدة هوأن الأحكام التى يكون مبناها على العرف تتغير بتغيّر العرف الذى بنيت عليه وذلك تطبيقاً لقاعدة دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً و لهذا يرى الفقهاء أن من شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس و تطبيقاً لهذه القاعدة أنه اذا جرى العرف بدفع الصداق كلّه كاملاً قبل الدخول فانه يعمل به فاذا ما ادعت بعد الدخول انها لم تقبض صداقها وأدعى الزواج انه دفع الصداق فان الزوج يصدّق عملاً بالعرف . فاذا تغيرّ العرف بعد ذلك واصبح الصداق يدفع بعضه معجلاً والبعض الآخر مؤجلاً فيعمل بالعرف الطارىء ويلغى العرف القديم .

وكذاالحال اذا كان هناك نص شرعي مبنى على العرف فانه يراعى فيه كما فى ضوال الابل اذا كانت تترك وشأ نها ايام رسول الله صلى الله عليه وسلم وسار على ذلك أبو بكر و عمر تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لمن سأل عنها : مالك ولها د عها فان معها حذاء ها وسقاء ها تر دالماء و تأكل الشجر حتى يجدهار بها " (٢٠) فمنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقاطها . اذا كان الغالب على الناس الصلاح والتقوى فلا تمتد يد الى ما ليس ملكاً لها ولكن لما جاء عصر عثمان بن عفان رضى الله تعالىٰ عنه أمر بالتقا طها و تعريفها و بيعها ووضع ثمنها فى بيت المال حتى يحضر ربها فيأ خذ ثمنها . وقد افتى بذالك لمّا ر آه من فساد الزمان وامتدا دالايدى الى ما ليس ملكا ً لها . ولا يقال أن عثمان رضى الله عنه قد خالف نص رسول الله صلى الله عليه وسلم بل انما هو قد طبق روح النص مراعياً فى ذالك صلاح الناس وفساد ها اذا ان منع الرسول صلى الله عليه وسلم من التقاطها معلل بأن أيدى الناس لا تمتد اليهم والحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً . فاذا فسد الزمان وامتدت أيدى الناس الها بغير حق فلا بدّ أن يتغيّر الحكم . فيجب بيعها و تعريفها ووضع ثمنها لصاحبها وهو ما فعله سيدنا عثمان رضى الله عنه و قس على ذلك كل حكم ارتبط بالعرف ارتباطاً ما اذلا ينكر تغيّر الاحكام بتغيّر الأعراف .

القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة

قبل النظر الى أمثلة تغيرّ الأحكام بتغيّرا لعرف علينا أن نصرف بعض القوا عد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة . فنبيّن بالا ختصار بعض هذه القواعد فمنها

"العادة محكمة عامة كانت أو خاصة "

وهى من القواعد الأساسية التى يرجع اليها جميع مسائل الفقه باتفاق العلماء (٦١)

ومعنى أن العادة محكمة :أن الشارع الحكيم اعتبر هافى بناء الأحكام عليها وجعلها دليلاً على الاحكام كما حكمها فيمالانص فيه . والسند فيه هو أثر عبد الله بن مسعود رضى الله تعالىٰ عنه : "مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " (٦٢) فنقول أن العادة محكمة اى حكمها الشرع انما يعنى أن العادة تستمدّ قوتها الملزمة من الشرع و كان على رجال القانون أن يعيدوا النظر فيما كتبوه عن القوة الملزمة فى العرف بعد أن وصفت هذه القاعدة كمادة من مواد التقنين المدنى . فالعرف والعادة لفظان مترادفان وحتى لو اعتبرنا أحدهما أعم من الآخر فان كلا منهما له أثره فى بناء الاحكام مع أن رجال القانون الوصعى يفرّقون بين العادة الاتفاقية والعرف ولكن وضع هذه المادة ضمن مواد التشريع يقتضى الا يكون هناك فرق بينهما و على رجال القانون ان يدركواذلك

ويترتب على ذلك ن يكون المراد من لفظ العادة هنا العرف بنوعيه اللفظى و العملى فكل منهما يبين ارادة الناس من ألفاظهم وتصرفاتهم وليس المراد عرف الشرع بل عرف الناس وهو محكم فى اللفظ يخصص عمومه ويقيد مطلقه ويوضح مجمله و كذالك الحال بالنسبة للعرف العملى فهو محكم أيضاً فيما يجرى بين الناس من تصرفات . والقاعدة الأخرى من قواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة هى

"وتعتبر العادة اذا اطردت أوغلبت "

وفى الحقيقة هذه القاعدة شرط من أعمال القاعدة السابقة فقد اشترط علماء الشريعة والقانون فى العرف أن يكون مطرداً أو غالباً . فاذا اشترى شخص شيئاً بدراهم واطلق انصرف الى نقد البلد الذى تم فيه العقد . أما اذا اضطربت العادة فوجب البيان والاّ بطل العقد (٦٣)

اما القاعدة الثالثة من هذه القواعد هى

تترك الحقيقة بدلالة العادة

ومعنى هذه القاعدة ان اللفظ المستعمل فى غير معناه الحقيقى اذا اطلق اريد به المعنى العرفى لا الحقيقى و أكثر استعمال هذه القاعدة فى الأعراف الخاصة بأهل الحرف فلهم اصلاحات خاصة . وكذالك الأعراف الا قليمية فانها معتبرة فى بناء الأحكام فاذا اشترى شخص من اخر خبراً فانه ينصرف الى الخبز المستعمل فى مكان العقد . ففى باكستان ينصرف الى خبز الحنطة وفى بلا د الخليج ينصرف الى الارز .

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة عند ما يستعملون هذه القاعدة فى كتب الفروق أو الأشباه والنظائر انما يستعملونها استعمالاً أعم من المعنى المستعمل فى التقنين المدنى . فانها تشمل عندهم استعمال العرف الشرعى فى مقابلة المعنى اللغوى للفظ ، واستعمال عرف الناس فى مقابلة المعنى اللغوى أيضاً و من هنا كانت هذه كانت هذه القاعدة مستعملة فى باب الايمان (٦٤)

وهناك قاعدة أخرى المتعلقة لهذا العنوان وهى

"استعمال الناس حجة يحب العمل بها"

هذه القاعدة خاصة بالعرف العملى فما جرى عليه تعامل الناس يجب أن يكون حجة ملزمة لهم . فوضع اليد على شيئى والتصرف فيه دليل على الملك ظاهرًا ومعنى ظاهرًا أنه يمكن اثبات عكسه بالأدلة المعارضة له ولو استعان شخص بآخر لشراء شيئى ماثم طلب المستعان به أجرًا فلينظر الى تعامل أهل السوق . ان كان له اجر فليأخذ أجر المثل وان لم يكن لمثله أجر فلأجرله (٤٥)

أما القاعدة الخامسة فهى

"الممتنع عادة الممتنع حقيقة"

وهذه القاعدة تدل على نوع من أنواع العرف وهو العرف السلبى أعنى بهاطراد العدم أو اطراد العمل بترك شيئى و يترتب على هذه القاعدة أن ما استحال عادة وجود لا تسمع فيه الدعوى . فاذا ما ادعى من عرف بالفقر على من عرف بالغنى أنه استدان منه مبلغاً لا تجوز العادة وقوع مثله ولا تسمع فيه الدعوى (٦٦)

والقاعدة السادسة هى

"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"

ومعنى هذه القاعدة أن ما ثبت عن طريق العرف يكون كالشرط فى نص العقد ولهذا يعبر عن هذه القاعدة البعض بأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص والمعروف بين التجارة كالمشروط بينهم . ويمكن التمثيل لهذه القاعدة بالأعيان المؤجرة والمستعارة التى لم يبيّن فى العقد كيفيّة الانتفاع بها فان ذالك يتعين بالعرف .

أما القاعدة الاخيرة هى

"لا ينكر تغير الاحكام بتغيّر الازمان"

وقد لاحظنا هذه القاعدة تحت عنوان "اثر تغيّر العرف فى الأحكام الشريعة" وذلك البحث يكفى لتوضيح مفهوم القاعدة.

الأمثلة لتغيّر الأحكام الشرعية بتغيّر العرف

كما نظرنا في بحثنا السابق ان العرف والعادة لهما اعتبار في الشريعة الاسلامية فالرسول صلى الله عليه وسلم عند ما هاجر الى المدينة وجد التعامل جارياً لدى أهلها في بعض القضايا وفق العرف السائد فأقر قسماً منه والغى بعضه وأجرى التعديلات على بعضه الآخر . وقد اعتبره جمهور الفقهاء مسلكاً يهتدى به الى معرفة أحكام شيئى غير قليل من المسائل عند تو فرشروطه . فنرى أن حكم النص المبنى على واقع بتغير تبغيّر ذلك الواقع . فالرسول صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر صاعاً من تمر أوصاعاً من شعيرأو صاعاً من زبيب أو صاعاً من اقط . فهذا النص مبنى على واقع معين وهو أن هذه الاشياء كانت غالب قوت أهل المدينة لذا اذا تبدلت هذه الأ قوات بأ قوات أخرى فان الزكوة تستخرج منها و ذالك كالذرة والأرز أوأى قوت اخر كالجبن واللحم والسمك . (٤٧)

أما الآن فنرى بعض الأمثلة يتضح بها التغير فى الأحكام بتغير العرف .

(ا) فقهاء الحنفية المتأخرون أمضوا البيع بالوفاء وهو اعادة المبيع الى البائع عند اعادة المشترى بدل البيع على أساس الشرط الحاصل بينهما بهذا الخصوص مع أن المقرر هو عدم جوازالشرط فى البيع لا يلولته الى الخلاف والمنازعة . وأن أوائلهم كانوا يرون فساده ولكن لما انتشروتعارفه الناس أقره المتاخرون لأن انتشاره يد فع التنازع الذى كان

علة الفساد (٢٨)

(٢) كان ابو حنيفة يرى أن الغاصب اذا صبغ المغصوب بلون أسود كان المالك بالخيار ان ارا د ضمن الغاصب قيمة الثوب قبل صبغه وان اراد استرجع الثوب وضمن الغاصب نقصان قيمته بالصبغ و ذلك لان اللون الأسورلم يكن يرغب فيه فى وقته ولكن لما تبدل العرف وأصبح اللون الأسود مرغوباً فيه لا تخاذ العبا سيين هذا اللون شعاراً لهم قرر الصاحبان اعتبار عمل الغاصب موجباً لزيادة السعر لا لنقصانه . لذا رايا تخيير المالك بين ترك الثوب للغاصب وأخذ التعويض عنه وبين استرجاع الثوب علىٰ ان يدفع مازادمن قيمته بسبب الصبغ. (٢٩)

(٣) يرى الامام مالك أن المراة الكريمة غير مكلفة شرعاً بارضاع ولدها ان كان الولد يقبل ثدى غيرها . اذ على الزوج ان يستاجر من تقوم بواجب الارضاع من المرتضعات بعكس المراة التى ليست لها هذه المنزلة لجريان العرف والعادة على عدم قيام الشريفات الناشئات فى بيوت تسودها النعمة والثرا ء بارضاع أولادهن (٧٠)

ورأى الامام مالك هذا لا يتعارض مع قوله تعالىٰ﴿والوالدٰت يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ (٧١) لان قول البارى ليس نصاقاطعاً على لزوم الا رضاع لأنه لو أراد سبحانه و تعالىٰ الالزام لقال . مثلاً . وعلى الوالدات ارضاع أولادهن . وانما هو تقرير للواقع العرفى آنذاك . وكان بجانب هذا العرف عرف أهل السعة والثراء فى عدم قيام نسائهم

بالارضاع.

(٤) كانت العادة جارية سابقاً فى بعض المدن أن يقدّم صاحب البناء للعمال وجبة الغداء فى كل يوم عمل . وكانت للعمال المطالبة بهذه الوجبة على هذا الأساس . ولكن هذه العادة قد انحسرت فى الوقت الحاضر لذالم يعد للعمال الحق فى هذه المطالبة .

(٥) خيارالرؤية حق مقرر شرعاً لمن اشترى شيئاً دون أن يراه . فأبو حنيفة رحمه الله تعالى وبعض تلاميذه قرروا أن من اشترى داراً وكان قد رأى ظاهرها أو غرفة واحدة منها لزمه البيع ولا حق له فى الخيار بحجة عدم رؤيته كل الغرف . أما الذين أتوابعد أبى حنيفة وتلاميذهم من الفقهاء فقرروا أن رؤية غرفة واحدة لا تغنى عن رؤية بقية الغرف . واثبتواله حق الخيار فان شاء أمضى البيع وان شاء فسخه . والسبب فى هذا الخلاف هو الصرف . فالناس كان من عادتهم فى زمن ابى حنيفة بناء كل غرف الدار على نسق واحد . فمن راى غرفة واحدة فيها فكأنما رأى بقية غرفها . ولكن هذه العادة تبدلت بمرور الزمن واختلف هندسة الغرف فى الدارالواحدً فلم يعدرؤية غرفة واحدة بمثابة رؤية كل الدار . وهذاالرأى أى ضرورة رؤية كل مرافق الدار هو ما قرره قبلهم الامام زفر (٧٢)

(٦) مايدخل ضمن المبيع وما لا يدخل فيه امره موكول الى العرف والعادة فقد يكون الشئى دا خلاً ضمن المبيع فى عرف بلد فى وقت معين ولا يدخل ضمنه فى عرف بلا آخر فى الوقت نفسه وقد يدخل ضمنه فى زمان

دون زمان . فالسلم الخشبى أوالحديدى المتحرك كان تابعاًللدار فى السابق لأن ارتقاء الدور كان عن طريقة فى الأغلب الأعم . لذا فانه كالشيئى اللاصق بالدار فيرخل ضمن بيعها عرفاً ولكن بعد ما دخل المرقاة فى اصل البناء لم يعد مثل هذا السلم تابعاً لاصل الدار فلا يدخل ضمنها عند البيع عرفاً الاّ اذا نص على دخوله فيها.

(٧) للامام الشافعى ' كما هو معلوم ' مذهبان فى شيئى غير قليل من المسائل . أحدهما قديم والآخر جديد وهذا منه مبنى فى الحقيقة على تعدد الأعراف وتغيّر الزمان والمكان فمذهبه الجديد يعود للفترة التى عاشها فى مصر بعدأن ترك بغداد و أعراف أهلها . وهذا هو السبب أيضاً فى الغالب عند ما نرى أنه ينسب للامام أحمد قولا ن أو ثلاثة أقوال فى المسئلة الواحدة كل منها يخالف الآخر.

(٨) ذكر ابن القيم ان المالكية قالوا اذا كان الشيئى عيباً فى العادة ردبه المبيع . فان تغيّرت العادة بحيث لم يعد عيبالم يردابه المبيع . وقالوا بهذا تغيرت الأحكام المترتبة على العوائد وهذا مجمع عليه بين العلماء لاحلاف فيه وقالوا وعلى هذا تأتى الفتاوى طول الايام فمهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط فالغة ولا تجمدن على المنقول فى الكتب طول عمر ك . بل اذا جاء ك رجل من غير اقليمك يستفتيك فلا تجبه على عرف بلدك و سله عن عرف بلده فامضه عليه وافته به دون عرف بلد ك و المذكور فى كتبك . وقالوا هذا هو الحق الواضح والجمود على

المنقولات ابداً ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين و السلف الماضيين . وقالوا على هذه القاعدة تخرج ايمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحاً يستغنى عن النية.

وقد عقب ابن القيم على هذه الأقوال بقوله ' وهذا محض الفقه ' ومن افتى الناس بمجرد المقول فى الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم و قرائن أوالهم فقد ضلّ وأضلّ (٧٣)

فهذاالبحث البسط يضع الحقيقة أمام أعيننا بان العادة والعرف أن اختلف الفقهاء فى كونها مصدراً شرعياً ولكن قد اتفق كل منهم على ان لهما الأثر اليقينى فى الأحكام الشرعية كما رأينا فى الامثلة المثبتة الحقيقة فعلينا أن نقول أن الشريعة الاسلامية تراعى عوائد الناس وأعرافهم عند أعطاء الأحكام وطلب موافقتها من المكلفين .

المراجع والمصادر

١۔ ابن منظور :جمال الدين محمد :لسان العرب :ج ٩ : ص ٢٣٦۔ ٢٤٠:
دارصادر :بيروت : لبنان

٢۔ المرجع السابق :ج ٤ : ص ٣٠٩۔ ٣١٨

٣۔ محمد فؤاد : عبد الباقی : المعجم المفهرس لا لفاظ القرآن الكريم : ص ٤٥٨ ٤٥٩ (عرف) : ١٩٨٨م : مطبع النور : لاهور :

٤۔ هاشمی :سيد: دنيائے اسلام المترجم بالاردية : ص ٩٥ : الادارة الثقافية الاسلامية : لاهور

٥۔ الطبری : ابو جعفر محمد بن جرير :جامع البيان فی تفسير القرآن : ج ٤ : ص ٣٠ : ١٩٨٠م : الطبة الثانية : دار المعرفة للطباعة والنشر : بيروت ' لبنان.

٦۔ المرجع السابق

٧۔ المرجع السابق : ج ٩ : ص ١٠٦

٨۔ الرازی : فخر الدين محمد : التفسير الكبير : ج ١٥ : ص ٩٦ : الطبعة الثانية : دارالكتب العلمية : طهران .

٩۔ الجصاص :ابو بكر : احكام القرآن :ج ٣ : ص ٣٨ : سهيل اكادمی : لاهور .

١٠۔ احكام القرآن للجصاص : ج ١ : ص ٤٠٤

١١۔ المرجع السابق

١٢۔ ابن العربی : ابو بكر محمد بن عبد الله : احكام القرآن : ج ١ : ص ٢٠٣ : دار المعرفة للطباعة والنشر : بيروت : لبنان .

١٣۔ المائدة/ ٢

١٤۔ الحج /٨٧

١٥۔ ابن حجر عسقلانی : احمد بن علی : فتح الباری : ج ٤ : ص ٤٠٥، ٤٠٦ : ١٩٨١م : المطبعة العربية باتاركلی : لاهور .

١٦۔ المرجع السابق : ص ٤٠٦

١٧۔ المرجع السابق

١٨۔ المرجع السابق : ص ٤٠٦، ٤٠٧

١٩۔ المرجع السابق : ٩٢ : ٥٠٩

٢٠۔ ابن نجيم : زين العابدين : الأشباه والنظائر : ص ٨٩

٢١۔ الشاذلی : علی حسين : المدخل فی الفقه الاسلامی : ص ٢٢٠.

٢٢۔ الاشباه والنظائر : ص ٩٣

٢٣۔ ابن عابدين : محمد امين : مجموعة رسائل، نشر العرف : ج ٢ : ص ١١٤.

٢٤۔ ابو زهرة : محمد : اصول الفقه : ص ٢٧٣ : ١٩٥٨م :دارالفكر العربی :قاهره : مصر

٢٥۔ خلاّف : عبد الوهاب : مصادر التشريع الاسلامی فيما لا نص فيه : ص ١٤٥ : الطبعة الرابعة : ١٩٧٨م : دارالقلم : عمارة السور : الكويت.

٢٦۔ حسّان : حسين حامد : المدخل لدراسة الفقه الاسلامی : ص ٢١٣

٢٧۔ جواد : علی : المفصل فی تاريخ العرب قبل الاسلام : ج ٦ : ص ٢٢٢، ٢٢٦ : الطبعة الثالثة : ١٩٨٠م : دارالعلم للملايين : بيروت : لبنان .

٢٨۔ المرجع السابق : ص ٣٣٦، ٣٣٧

٢٩۔ الطلاق/ ٧

٣٠. احكام القرآن لا بن العربى : ج ٤ : ص ١٨٤٢

٣١. الآمدى : ابـو الـحسن على بن ابى على : الاحـكام فى اصول الاحكام : ج ٢ : ص ٤٨٦ : ١٩٨٠م : دارالكتب العلمية : بيروت : لبنان.

٣٢. السيوطى : جلال الدين عبد الرحمٰن : الاشباه والنظائر : ص ٨٩ : الطبعة الاولٰى : ١٩٨٣م : دارالكتب العلمية : بيروت : لبنان .

٣٣. فهمى : احمد ابو سنة : العرف والعادة فى راى الفقهاء : ص ٣٩.

٣٤. الاعراف / ١٩٩

٣٥. الزرقا : مصطفىٰ احمد : المدخل الفقهى العام : ج١ : ص ١٣٣ : الطبعة التاسعة : ١٩٦٨م :دارالفكر : دمشق .

٣٦. البقرة / ٢٣٣

٣٧. التفسير الكبير : ج ٢ : ص ١٢٠

٣٨. البقرة ٢٢٨.

٣٩. الطلاق / ٧

٤٠. الحج / ٧٨

٤١. الاشباه والنظائر للسيوطى : ص ٨٩

٤٢. الشوكانى : مـحـمد بن على بن محمد : نيل الاوطار : ج٧ : ص ١٣١ : دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع : بيروت . لبنان .

٤٣. المرجع السابق

٤٤. عوض : سيد صالح : أثر العرف فى التشريع الاسلامى : ص ١٨٤

٤٥. شاطبی : ابو اسحاق ابراهیم بن موسی : الموافقات : ج ٢ : ص ٢١١، ٢١٢ : المكتبة التجارية الكبرى : مصر

٤٦. المرجع السابق : ص ٢٠٦

٤٨. المرجع اسابق : ص ٢١٢

٤٨. العرف والعادة فی رأی الفقهاء : ص ٣٠

٤٩. المرجع السابق : ص ٢٩

٥٠. الاسراء / ١٥

٥١. النساء / ١٦٥

٥٢. العرف والعادة : ص ٣١، ٣٢

٥٣. المرجع السابق : ص ٣٢ وما بعدها

٥٤. المرجع السابق : ص ٤٠

٥٥. المرجع السابق : ص ٣٣

٥٦. سورة البقرة : آيت ٢٩

٥٧. الاشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٨٥

٥٨. العرف والعادة : ص ٣٩

٥٩. المرجع السابق : ص ٣٩، ٤٠

٦٠. نيل الاوطار : ج ٢ : ص ٨٩، ٩٠

٦١. الاشباه والنظائر للسيوطی : ص ٨٩

٦٢. المرجع السابقد .

٦٣. علی : حيدر :شرح المجلة : مادة رقم ٤٢

٦٤. الاشباه والنظائر للسيوطی : ص ٩٣، ٩٤

٦٥. شرح المجلة لعلی حيدر : مادة رقم ٣٧

٦٦. المرجع السابق : مادة ٣٨

٦٧۔ ابن قیم : ابـو عبـد الـله محمد بن ابی بکر : اعـلام الموقعین : ج ٣ ص ١٤ : الطبعة الثانیة : ١٩٩٨م : دار الکتب العربی : بیروت : لبنان .

٦٨۔ ابن همام : کمال الدین محمد بن عبد الواحد : شرح فتح القدیر : ج ٥ : ص ٢١٥ : ١٣١٦ھ : المطبعة الکبریٰ الامیریة : مصر

٦٩۔ المصدر السابق : ج ٧ : ص ٣٨٥

٧٠۔ بدایة المجتهد : ج ٢ : ص ٦٦

٧١۔ البقرة / ٢٣٣

٧٢۔ الـزیلعی : فـخـر الـدین عثمان بن علی : تبیـیـن الحقائق : ج ٤ : ص ٢٧ : المکتبة الامدایة : ملتان

٧٣۔ اعلام الموقعین : ج ٣ : ص ٩٨ .١٠٠.