العرف والعادة فى التشريع الاسلامى

دكتور عبدالحئي المدني*

ABSTARCT

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام علي رسوله الكريم وصحبه ومن تبعه بإحسان إلي يوم الدين....

أما بعد.ان كل من كان لديه إلمام بالفقة الإسلامى يعرف ان العرف والعادة مصدر تشريعي للفقه الإسلامي كالإستحسان والإستصلاح . فللتفقه بالاحكام الشرعية يجدرالمعرفة بالأحكام التي تتعلق بالعرف والعادة ، لأن كثيراً من القضايا الفقهية تبني علي العرف والعادة من المعاملات والعقود والإجتماع والأوقاف والأيمان ، فإن للعرف والعادة دور بارزفي هذه المسائل المذكورة وغيرها ولذلك أجمعت العلماء والفقهاء علي كون العرف العادة مصدراً تشريعياً هاماً بخلاف الإستحسان والإستصلاح الذي إختلف الفقهاء في إعتباره.

ولما كان للعرف والعادة حظاً وافراً في تطورالفقه الإسلامي .فكتبت هذه الأسطر لتوضيح الاعتباربالعرف والعادة فى تشريع أحكام الشرع المتين واخترت المنهج التالي :

المبحث الأول : مفاهيم العادة والعرف

المطلب الأول : تعريف العادة لغة وإصطلاحاً

المطلب الثاني : تعريف العرف لغة وإصطلاحاً

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة مع ذكر أقوال الفقهاء في. ذلك.

المبحث الثاني : أقسام العادة والعرف

المطلب الأول : أقسام العادة والعرف من حيث موضوعها

1- عادة قولية 2- عادة فعلية ، والأمثلة علي ذلك

المطلب الثاني: أقسام العادة من حيث عمن تصدرعنهم

1-عادة عامة 2- عادة خاصة

• أستاذ مساعد بجامعة أين إي دي للهندسة كراتشي

المطلب الثالث : أقسام العادة من حيث الشيوع والإنتشار

1-عادة مطردة 2- عادة غالبة3- عادة مشتركة 4- عادة نادرة

المبحث الثالث : شروط العمل بالعرف والعادة

المبحث الرابع: الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة علي إعتبار العرف والعادة

المبحث الخامس: التعارض بين العرف والشرع و أحواله

المبحث السادس: التعارض بين العرف واللغة

المبحث السابع : ضابطة الفقهاء في الإعتمادعلي العرف وبعض المسائل التي إعتمد فيها الفقهاء علي العرف والعادة

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما

لما كان بحثنا يتعلق بالعرف والعادة فلا بد من تعريفهما والفرق بينهما ونذكر ذلك في ثلاثة مطالب المطلب الأول:تعريف العادة لغة وإصطلاحاً

العادة لغة:الديدن والدأب وهو الإستمرار علي الشئي (1)

أن مادة العادة تقتضي تكرار الشئي وعوده تكراراً كثيراً حتي يخرج عن كونه واقعاً بطريق الإتفاق

العادة إصطلاحاً: إختلف عبارات علماء الأصول في تعريف العادة إصطلاحاً نحن نذكر تعريفات العلماء للعادة ثم نتبعها ما يؤخذ علي كل تعريف وفي الأخير نذكر التعريف الراجح وسبب ترجيحه

1- قال القرافي : العادة " غلبة معني من المعاني علي الناس " (2) هذا التعريف غير مانع إذ يشمل العادة وغيرها فإذا إنتشرت صفة حتي غلبت علي الناس دخلت في التعريف ولو لم تكن عادة إصطلاحا كالجهل والبدع

2- قال ابن أمير الحاج " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية " (3) العلاقة العقلية : هي التلازم العقلي كتكرر تحرك الخاتم بتحرك اليدوتحرك ورق الشجر كلما تحرك الريح ، فهذا لا يسمي عادة مهما تكرر لأنه ناشئي عن تلازم وإرتباط في الوجود بين العلة والمعلول وليس ناشئاً عن ميل الطبع فهو تعريف غير مانع أيضاً إذ يشمل كل أمر متكرر من غير علاقة عقلية كتكرر البدعة من إنسان أو المعصية

3- العادة : " هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية ولم تنكره العقول والفطر السليمة (4) وهذا التعريف هو الراجح

شرح التعريف:

قوله " الأمر المتكرر" هو الذي يحدث مرة بعد أخري ويشمل الأقوال والأفعال فيخرج به الأمر غير المتكرر كالأمر الطارئ.

قوله " من غير علاقة عقلية" أي من غير تلازم عقلي والفرق بين المتكرر لعلاقة عقلية والمتكرر بطريق العادة ، أن المتكرر بالعلاقة العقلية لا يتخلف بل يقع في أي زمان أو مكان أما المتكرر بالعادة فقد يتخلف لأنه يتعلق بميل الطبع.

قوله " ولم تنكره العقول والفطر السليمة " يخرج بذلك ما أنكره العقول والفطر السليمة كمظاهر الإنحلال وقيدت العقول والفطر بالسليمة لأن العقول قد يطرأ عليها ما يفسدها وكذلك الفطر.

فهذا تعريف للعادة جامع ومانع .

المطلب الثاني : العرف لغة وإصطلاحاً

العرف والعادة

العرف لغة : العرف في لغة العرب له عدة معان :

1- تتابع الشئي متصلاً بعضه ببعض (ومنه عرف الفرس) (5)

2 السكون والطمأنينة ومنه المعروف في الشريعة لأن النفس تسكن إليه (6)

3- العلو والظهر والإرتفاع والأوائل (ومن ذلك عرف الديك) (ومنه عرف الجبل أي قمته) (7)

العرف إصطلاحاً : إختلفت عبارات العلماء في تعريفه وأقرب تعريف له تعريف النسفي وهو " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (8)

شرح التعريف :

قوله " ما استقر" أي ما ثبت ويخرج ما لا يثبت كالأمر الطارئ الذي يقع مرة أو مرتين .

وقوله" في النفوس" يخرج ما يثبت في النفس الواحدة فإنّه في الغالب عند الفقهاء لا يسمي عرفاً وإنما عادة

وقوله " من جهة العقول "أي من جهة إستحسان للعقلاء ، ويخرج ما استقر في النفوس من جهة أسباب أخري مثل ما استقر في النفس من جهة الخلقة كعادة النساء في الحيض وهذا في الغالب لا يسمي عرفاً وإنمايسمي عادة

وقوله " وتلقته الطباع السليمة بالقبول " يخرج به ما ردته الطباع السليمة

المطلب الثالث : الفرق بين العادة والعرف والإجماع

إختلف علماء الأصول في الفرق بين العادة والعرف إلي قولين

القول الأول : ذهب جمهور الأصوليين إلي عدم الفرق بينهما فهما من الألفاظ المترادفة (9)

القول الثاني : ذهب بعض الأصوليين إلي التفريق بينهما

فقال البعض : أنّ العرف خاص بالأقوال والعادة خاصة بالأفعال(10)

وقال البعض : العرف عادة جمهور قوم من قول أو فعل (الجمهور كثرة الناس) وأما العادة فهي عادة الفرد وعادة الأقل وعادة مساوية وعادة الأكثر وعادة الكل فعند هؤلاء العادة أعم من العرف فجعلوا العرف نوعاً من أنواع العادة (11)

أما من حيث الأثر الشرعي والأحكام فلا فرق بينهما عند الفقهاء فالتفريق من حيث اللفظ والتسمية أحياناً حيث أن العادة تطلق علي عادات الأفراد وعادات النساء في الحيض بينما لا يسمي ذلك عرفاً في الغالب.

• الفرق بين العرف والإجماع

بعض الناس يخلط بين العرف والإجماع لظنهم أن العرف هو الإجماع وليس الأمر كذلك بل بينهما فرق ومن تلك الفروق ما يلى:

1- إن الإجماع لا يوجدفي زمن النبي صلي الله عليه وسلم وكانت العادات والأعراف موجودة في زمنه كعادة حمل العصا.

2- إن الإجماع لا بدأن يستند عند حصوله علي دليل شرعي أما العرف والعادة فلا يستند إلي دليل شرعي.

3- إن الحكم الثابت بالإجماع ثابت لا يتغير ولا يتبدل أما الحكم الثابت بالعرف فتيغير بتغير الأعراف وبتغير الأمكنة والأزمنة

4- إن الإجماع لا يقع إلا من مجتهدي الأمة أما العرف فيقع من عموم الناس(12)

المبحث الثاني : أقسام العادة وفيه مطالب

المطلب الأول : في تقسيم العادة من حيث موضوعها إلي قسمين

1- عادة قولية : وهي أن يتعارف قوم علي إطلاق بعض الألفاظ أو التراكيب علي معني غيرها وضعت له أصلاً بحيث يصبح هو المتبادر إلي الزهن عند الإطلاق بلا قرينة

ومن أمثلة الألفاظ-أي الكلمة المفردة- لفظ الولد فإنه يطلق علي الذكر عند الإطلاق مع أنه في الأصل كان يطلق علي الذكر والأنثي .

ومن الأمثلة التراكيب- أي الجمل- قول الرجل لآخر " إشتري لي دابة" والمتعارف عندهما أن لفظ الدابة يطلق علي حمار مثلاً.

2- عادة عملية (فعلية) وهي ما جري عليه الناس في معاملاتهم وأفعالهم كإعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل وكتعارف الناس تقديم الأجرة قبل إستيفاء المنفعة في إجارة الأماكن شهريا أو سنوياً (13)

المطلب الثاني : تقسيم العادة من حيث عمن تصدر عنهم إلي قسمين

1- عادة عامة : وهي مااعتاده عامة الناس في كافة الأمصار الأسلامية مثل بيع المعاطاة

2- عادة خاصة : وهي ما اعتاده أهل بلد خاص أو طائفة مخصوصة ، أو إصطلاحاً بطائفة مخصوصة مثل الرفع عند النحاة ، فإنه عندهم إسم لما هو علم الفاعلية(14)

المطلب الثالث: تقسيم العادة من حيث الشيوع والإنتشار إلي أربعة أقسام

1- العادة المطردة : وهو التي يعرفها جميع أهلها ولا تتخلف (أي تقع دائماً)كمن إستأجر خياطاً ليخيط له ثوباً فالعادة أن أدوات الخياطة تكون علي الخياط .

2- العادة الغالبة : وهو التي يكون العمل بها أكثر من تركها - قد تكون الغلبة من حيث عدد المتعاملين وقد تكون الغلبة من حيث الوجود.

3- العادة المشتركة : وهي التي يتساوي فيها العمل والترك كأن يتعامل أهل البلد بنقود متحدة الإسم مختلفة القيمة متساوية الرواج كالدولار الإمريكي والدولار الإسترايلي علي سبيل الفرض.

4- العادة النادرة : وهي التي يكون العمل بها أقل من تركها (القلة قد تكون من ناحية قلة المتعاملين الذين يعملون العادة أو من حيث قلة الوقوع (15)

المبحث الثالث : شروط العمل بالعرف والعادة -

ليس كل عرف أو عادة معتبر في الشريعة الإسلامية بل لإعتبار العرف والعادة شروط وضعها ووضحها الأصوليون منها ما يلى:

1- أن تكون العادة مطردة أو غالبة:

والفقهاء رحمهم الله يعبرون هذه الشرط بالقاعدة " إنما تعتبر العادة إذا إطردت أو غلبت (16) وقاعدة " العبرة للغالب الشائع لا للنادر" (17)

وقد سبق معني المطردة وهي التي يعرفها جميع أهلها المتعاملين بها ولا تتخلف (أي تقع دائماً) ومعني الغالبة أن يكون العمل بها أكثر من تركها.

ومعني هذا الشرط أن العادة إنما تحكم شرعاً ويعتبر إذا كانت مطردة أو غالبة ، ودون ذلك لا تحكم وهي العادة المشتركة والنادرة فالعادة المطردة والغالبة في الحقيقة راجحة والعمل بالراجح متعين شرعاً.

بقي جواب علي سؤال كيف نعرف كون العادة مطردة أو غالبة؟

فأقول : ان ذلك يعرف بالواقع عند التطبيق لابالرجوع إلي كتب الفقهاء فرب عادة مطردة في زمن لا توجد في زمن آخر وبهذا الشرط يخرج عادتان.

الأولي : العادة المشتركة : وهي التي يكون العمل بها مساوياً لتركها ولها صور.

1- أن توجد عادتان في البلد يعمل بهما جميع أهل البلد بالسوية

2- أن يعمل أهل البلد بعادة ويتركها آخرون مساوون لهم وهذه العادة لا تحكم ولا عبرة لها في الشريعة وذلك لوقوع التردد بين العادتين وترجيح إحداهما بلا مرجح لا يجوز، فإن وجد الترجيح لم تبقي العادة مشتركة بل أصبحت غالبة.

الثانية :العادة النادرة : ولا تعمل بها في الشريعة لأنها قليلة الوقوع فهي مرجوحة والعمل بالمرجوح لا يجوز.

تنبيه: هذا فيما يتعلق بالعادة المشتركة والنادرة هو الراجح من أقوال العلماء فهناك إختلاف في جزئيات هاتين العادتين طويل لا يسع المكان هنا ، فيرجع إلي ذلك في مظانه في كتب الأصول والفقه.

2 - ان لا يوجد تصريح بخلافه

ومعني الشرط أن تحكيم العادة إنما يكون إذا سكت عن مخالتها فإن صرح أحدا المتعاملين بمخالفة العادة فإن العادة تسقط وتصبح العبرة بالتصريح لأن تحكيم العادة من باب الدلالة أضعف من التصريح ولهذا قال الفقهاء " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " (18)

تنبيه : أن التصريح يهدم العادة قبل تمام العقد وأما بعد تمام العقد فلا عبرة بالتصريح لأن العقد قد إنعقد علي ما جرت به العادة "

3- أن تكون العادة موجودة وقت إنشاء التصرف

وللعادة في وجود ها ثلاثة إحتمالات

1- أن تكون العادة سابقة منقطعة وهذه يغلب علي الظن أن الإنسان لا يريد ها بل قد لا يعلم بها .

2- أن تكون العادة موجودة وقت التصرف

3- أن تكون العادة لا حقة حادثة وهذه لا يعلم بها الإنسان لأنها غيب ولذلك قال الفقهاء : " حمل الأقوال والأفعال علي الأعراف السابقة المنقطعة أو اللاحقة حمل علي ما لا يريده أصحابها وذلك لا يجوز" (19)

4- أن تكون العادة عامة . وللعادة صفتان إن تجردتا تكون العادة عامة وإن تخلفت إحداهما تكون خاصة والصفتان هما

أ- أن يعتادها عامة الناس

ب- أن تكون في كافة الأمصار الإسلامية

ومن المعلوم أن علماء الأصول إختلفوا في هذا الشرط إختلافاً طويلاً (20) ولا يسع الموضع لذكر الإختلاف وما ذكرناه هو الراجح والله أعلم.

5- أن لا تخالف العادة نصاً شرعياً والمخالفة تكون في شيئين

أ- مخالفة العادة النص في الأحكام

ب- مخالفة العادة النص في الألفاظ

فمخالفة العادة النص في الأحكام أن يأتي الشرع بحكم وتجري العادة بخلاف ذلك الحكم فمثلاً نهي الشرع من نكاح الشغار كما في الحديث الصحيح "نهي النبي عن الشغار" (21) ولكن العادة تجري بهذا النكاح .

وللمخالفة عند العلماء في الأحكام ثلاثة إحتمالات وهي :

1- أن تكون الحكم الشرعي معللاً بالعادة ، كقصة ناقة البراء بن عازب حيث قضي النبي صلي الله عليه وسلم أن علي أهل الحائط حفظها بالنهار وعلي أهل الماشية حفظها بالليل (22) فلو تغيرت العادة فأصبح أهل البساتين يعملون بالليل وأهل المواشي يمسكونها بالنهار قال الفقهاء يتغير الحكم فيكون علي أهل الحائط حفظها بالليل وعلي أهل الماشية حفظها بالنهار.

2- أن لا يكون الحكم الشرعي معللاً بالعادة ويكون النص عاماً وهو علي قسمين :

أ- أن تكون العادة حادثة بعدز من النبي صلي الله عليه وسلم وهذه العادة باطلة بالإجماع

ب- أن تكون العادةفي زمن النبي صلي الله عليه وسلم فالعادةتخصص النص

3- أن لايكون الحكم الشرعي معللاًبالعادةويكون النص خاصاًفهذه العادةباطلة بالإتفاق.

ومخالفة العادة النص في الألفاظ أن يأتي الشرع في الكلمة بمعني وتخالفه العادة في ذلك مثال ذلك : تسمية الشرع الأرض بساطا وخالفته العادة اليوم في تسمية البساط أنه ما يفرش علي الأرض دون الأرض.

وهو علي نوعين :

أ- أن لا تتعلق بالألفاظ الشرعية أحكام فالمعتبر العادة

ب- أن تتعلق بالألفاظ الشرعية أحكام فالمعتبر المعني الشرعي

وهذه العادة المخالفة يجب محاربتها وإزالتها صيانة للأحكام الشرعيةمن الإندثار.

وأخذوا هذا من نهيه صلي الله عليه وسلم من تسمية العشاء بالعتمة حيث قال : "لا تغلبنكم الأعراب علي صلاتكم" (23)

الخلاصة : أن العادة حجة عند عدم مخالفتها لنص شرعي فإذا حصل المخالفة ففي هذه الصورة يقدم النص الشرعي وكذلك لو شرط أحدالمتعاقدين فهنا يقدم الشرط علي العرف فمثلاً لو استاجر شخص آخر ليعمل له من الظهر إلي العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير بالعمل من الصباح إلي المساء بحجة عرف البلد بل علي حسب المدة المشروطة بينهما

المبحث الرابع : الأدلة علي تحكيم العرف والعادة من الكتاب والسنة

إذا توفرت الشروط المذكورة في العرف والعادة فإنها تحكم وتعتبر شرعاً والأدلة علي ذلك فمن القرآن الكريم:

1- قوله تعالي : وَعَاشِرُوهُنَّ بِالمَعْرُوفِ (24)

وجه الإستشهاد: أن الله جعل العشرة بين الزوجين راجعة إلي ما جرت به العادة من مثله لمثلها

2- وقوله تعالي : خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ (25)

وجه الإستشهاد: أمر الله تعالي نبيه صلي الله عليه وسلم أن يأمر بالعرف وهو ما جرت به العادة وإذا كان كذلك فهو محكم.

3- وقوله تعالي : وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (26)

4- وقوله تعالي : وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (27)

ومن السنة :

5- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ جَاءَتْ هِنْدٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ (28)

وجه الإستشهاد: أن النبي صلي الله عليه وسلم أجاز لها الأخذ بمقدار ما جرت العادة أنه يكفي فضبط الأخذ بمقدار ما جرت به العادة

6- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَجَمَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبُو طَيْبَةَ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ (29)

ذكر الحديث الإمام البخاري تحت الباب " ما جاء فيمن أجر من أمر الأمصار علي ما تعارفوا عليه"

وجه الدلالة : إن النبي صلي الله عليه وسلم لم يشارطه علي الأجرة بل علي ما جرت العادة في مثله أن يعطي شيئاً من الطعام ، فأعطاه صاعاً من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه

7- عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحَيِّصَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْهُ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَهْلِ الْأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَعَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي حِفْظَهَا بِاللَّيْلِ (30)

وجه الدلالة : أن النبي صلي الله عليه وسلم قضي بما جرت به العادة من أن أهل البساتين يمكثون بها في النهار ةأهل الماشية يمسكونها بالليل دفعاً للمشقة.

قال الخطابي : هذا الحديث أ دل شيئ علي إعتبار العادة في الأحكام الشرعية (31)

هذه الأدلة وغيرها فيها دلالة واضحة جلية علي أن العرف والعادة معتبرة في الشريعة وحتي العقل يدل علي ذلك لأن في العادات تحقيقاً لمصالح العباد وقد جاء الشرع بتحقيق المصالح فوجب إعتبار العادة.

وأيضاً في تحكيم العادة رفع للحرج عن الناس فوجب إعتبار ذلك شرعاً

المبحث الخامس : تعارض الألفاظ بين العرف والشرع وأحوال ذلك

ومعني ذلك أن يرد لفظ له معني في الشرع ومعني في العرف ويكون معناه في الشرع أعم أو أخص فينظر عند التعارض إلي ما يأتي

أ- إذا كان ذلك اللفظ أُستُعمِلَ في الشرع بلا تعلق حكم ولا تكليف قُدِّمَ العرف وخاصة في الأيمان لأن الأيمان مبناها علي العرف الحالف مثلاً لو حلف الشخص علي أن لا يجلس علي الفراش أو البساط أو لا يستضئي بالسراج لم يحنث بجلوسه علي الأرض وإن سماها الله فراشا وبساطاً ولا يحنث بالإستيضاء بالشمس وإن سماها الله سراجاً

وكذلك لو حلف أن لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء لم يحنث وإن سماها الله سقفاً إذ يقدم في ذلك كله عرف الإستعمال لأنه المتبار حين الحلف.

ب- أن يكون اللفظ في إطلاق الشارع قد تعلق به حكم فيقدم إستعمال الشرع هنا علي إستعمال العرف

مثاله : لو حلف شخص أن لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو حلف أن لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك بغير النية ولو قال لزوجته إن رأيت الهلال فأنت طالق فرأه غيرها وعلمت به طُلقت حملاً له علي الشرع فإن الرؤية فيه بمعني العلم بقوله صلي الله عليه وسلم في الحديث الصحيح " إذا رايتموه فصوموا....." (32)

هذا وهناك إختلاف كبير بين المذاهب والفقهاء في حل تعارض الواقع بين الشرع والعرف وما ذكرته هو الراجح لدي (33)

وللتوسع في المسألة يرجع إلي فطانه في كتب الفقه وأصول الفقه .

الخلاصة :أن للعرف والعادة أمام النصوص الشرعية أحوال :

أ- إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط

ب- إذا خالف العرف الدليل الشرعي وهذه المخالفة علي أوجه

1- أن يخالفه من كل وجه وهو ما يعبر عنه بمصادمة النص ويلزم من إعتبار العرف ترك النص فهذا لا شك في رده وعدم إعتباره كما تعارف الناس كثيراً من المحرمات كالمعاملات الربوية والبنوك الربوية والتبرج ةغيرها من المحرمات

2- أن يخالفه لا من كل وجه وذلك بأن يرد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده فإن العرف يعتبر إذا كان عرفاً عاماً وهو المتعارف في جميع البلاد أو أكثره كجواز بيع السلم.أما إذا كان العرف خاصاً فلا يعتبر به عند الأكثر.

المبحث السادس : في تعارض العرف مع اللغة

إذا تعارض العرف واللغة ففيه إختلاف واضطرب كبير بين الفقهاء وخصوصاً بين المذاهب الأربعة فعند الشافعية أربعة أوجه :

1- تقدم اللغة علي العرف لأنها الأصل

2- تقدم العرف علي اللغة لأن العرف يحكّم في التصرفات سيما في مسائل الإيمان

3- إن عمت اللغة قدمت علي العرف

4- إن كان العرف ليس له وجه في اللغة قدمت اللغة وإن كان له وجه وللمعني اللغوي إستعمال ففيه خلاف في المذهب ، وإن كان له (العرف) وجه وهجرت اللغة تماماً قدم العرف (34)

أما عند الحنفية :

تنبيه (عند أكثر الفقهاء والأصوليين يتفرع علي هذا البحث مسائل الأيمان لذلك نحن نذكر ونتكلم في هذا المبحث مسائل الأيمان) فعند الحنفية الأيمان مبنية علي العرف فلو حلف لا يأكل خبزاً لا يحنث إلا بالخبز الذي توكل في بلده فقط (35)

وهناك إختلاف كبير في الجزئيات يرجع إلي فطانه .

المبحث السابع : في ضابطة الإعتماد علي العرف لدي الفقهاء

قد إعتمد الفقهاء رحمهم الله في مسائل كثيرة جداً ووضعوا لذلك ضابطة وهي :

أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلي العرف كأقل سن الحيض والبلوغ ومدة أقل الحيض وأكثره وأقل النفاس فقط

وحرز المال المسروق وأقل وأكثر مسافة القصر

وإنعقاد ألفاظ البيع والشراء علي القول الراجح لأنه لم يصح في الشرع لفظ معين لإنعقاد للبيع فوجب الرجوع إلي العرف

وضبط مولاة الوضوء أي طول الزمان وقصره في موالاة الوضوء وغيرذلك من المسائل فكل ذلك الرجوع فيه إلي العرف والعادة.

وفي المعاطاة - وهو أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ويأخذ المبيع عن تراض منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظي

والإستبلاء في الغصب

وإرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً فلو أطردت عادة بلد بعكس ذلك إعتبرت العادة

ومقدار المكث في الحمام ومقدار إستعمال الماء علي أجرة معينة وغير ذلك من المسائل فكل ذلك يرجع فيه إلي العرف .

هوامش

* أستاذمساعد بجامعة أين إي دي للهندسة والتكنالوجية كراتشي

(1) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى، ج 1-ص368

(2) الفروق (أنوار الفروق في أنواء الفروق) أبوالعباس أحمد بن إدريس القرافي،الناشر عالم الكتب، بيروت، ج1-ص 76

(3) التقرير والتحبيرشرح التحرير، محمد بن محمد بن محمد إبن أمير الحاج، الطبعة الثانية 1403هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1- ص 282

(4) المدخل الفقهي العام، مصطفي بن أحمد الزرقاء ، الناشردارالفكر، بيروت، ج2- ص 838إلي 840

(5) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار الفكر المعاصر – بيروت،الطبعة الأولى ، 1411، ص 72

(6) لسان العرب، أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري المعروف إبن منظور الإفريقي، دارإحياء التراث العربي، بيروت، ج2- ص747

(7) العباب الزاخر واللباب الفاخر، الحسن بن محمد بن الحسن الصغاني، دار إحياء الكتب ، بيروت 1398هـ،ج1- ص 470

(8) نشرالعرف، إبن عابدين الشامي، في مجموعة رسائله ، ج2- ص 112

(9) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية،محمدصدقى،مكتبة المعارف.الرياض. ص215
العرف وأثره في الشريعة والقانون، الدكتورأحمد بن علي المباركي ، الطبعة الأولي 1412هـ، ص 48

(10) نشر العرف ضمن رسائل إبن عابدين، ج2- ص 114
أصول مذهب الإمام أحمد، الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الثانية 1397هـ، مكتبة الرياض الحديثية، الرياض، ص 523
الموسوعة الفقهية،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الرابعة 1423هـ الموافق 2002م، ص 53و54

(11) المدخل الفقهي العام، مصطفي بن أحمد الزرقاء ص
والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص 48 إلي 50

(12) أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، الدكتور عبدالعزيز العلي النعيم، ص 56 و76

(13) الوجيز في أصول الفقه، الدكتورعبدالكريم الزيدان، الطبعة الأولي ص253

(14) الوجيز في أصول الفقه، الدكتورعبدالكريم الزيدان ص 261