العُـــــرف
كمصدر للأحكام في التشريع الإسلامي

د/ سعيد غالب المجيدي

أستاذ أصول الفقه المساعد – كلية التربية – جامعة تعز

خلاصة البحث :

أحمد الله حمداً كثيراً وأصلي وأسلم على نبيه الكريم وعلى آله وصحبه الأبرار ومن دعا بدعوته وسار على طريقته إلى يوم الدين وبعد :

فلقد خلق الله الإنسان وجعله خليفة في أرضه فقال عزّ وجل : (وإذ قال ربك للملائكةِ إني جاعلٌ في الأرض خليفة)(١) وقوله : (وهو الذي جعلكم خلائف الأرض)(٢) وقوله :(هو الذي جعلكم خلائف في الأرض)(٣) ثم وضع له نظاماً عظيماً وقانوناً محكماً لا يتطرق إليه الباطل ولا يتسرب إليه الشك ولا ينال منه المبطلون، وهذا النظام هو شرع الله الذي بعث به الأنبياء وأرسل من أجل تبليغه الرسل فوجب على الإنسان أن يلتزم به وأن يطبق قانون أحكام السماء في جميع المجالات – عبادات ومعاملات – لأنه مكلف بالأحكام الشرعية المأخوذة من الأدلة المتفق عليها عند الجمهور وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس أو من الأدلة المختلف فيها وهي المصالح المرسلة و الاستصلاح والإستحسان وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي وسد الذرائع و الإستصحاب و الاستقراء والأخذ بأقل ما قيل والحديث المرسل ، وهل الأصل في الأشياء الإباحة أو التحريم والعرف والعادة والذي هو موضوع بحوثي الثلاثة التي سأقدمها للترقية من أستاذ مساعد إلى أستاذ مشارك بإذن الله وتوفيقه وسداده

ولما كان لكل شيءٍ سبب كما يقولون فإن من أهم الأسباب التي جعلتني أختار دراسة العرف كمصدر للأحكام في التشريع الإسلامي هي ما يلي :

١- لما للعرف من أهمية وتأثير في المجتمعات المختلفة إذ كل مجتمع له أعرافه وتقاليده وعاداته التي ورّثها الآباء للأبناء نشأ عليها الصغير وشاخ على مزاولاتها الكبير .

٢- العرف مصدر للتشريع في مجال المعاملات ثم يأتي الشرع فيتدخل عندما يجد ظلماً أو غشاً أو خداعاً أو أكلاً للأموال بغير حق فيحرم هذا ويؤكد إباحة ذاك ، أما العبادات فلا مكان للأعراف فيها ولا

مجال لأن يتدخل في تشريعها إذ أنها تعتمد على التوقيف شرعاً ، وهذا ما عناه الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله :(من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)

٣- العمل بالأعراف السليمة يؤكد سماحة ويسر الشريعة الإسلامية ويظهر مرونتها وأنها صالحة لكل زمان ومكان وهذا أمر متفق عليه بالإجماع .

تلكم هي الأسباب التي شجعتني ودفعتني إلى اختيار هذا الموضوع الملامس للواقع وتصرفات المجتمعات غير أني بعد أن شرعت في الموضوع وجدت بأن العرف جزيئاته مبعثرة وفقراته متناثرة في ثنايا كتب الفقه وأصوله وكتب السنة والتفسير وهذا يتطلب مني جهداً كبيراً بمراجعتها والوقوف على مكامنها

علماً بأن بعض الباحثين قد تناوله بطريقةٍ أو بأخرى وسيأتي ذكر ذلك ضمن مراجع هذا البحث .

أرجوا من الله أن أكون قد وفقت بالتوصل إلى نتائج مفيدة حول العرف كمصدر للأحكام في التشريع الإسلامي .

وسأعرض هذه الدراسة في الخطة الآتية والتي جعلتها مكونةً من مقدمة وتمهيد وثلاثة بحوث وتحت كل بحث مطالب .

هذا والله أسأل أن يوفق الجميع إلى ما فيه الخير والصلاح .

وصلى الله وسلم على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه

وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين .

تمهـــــيد :

الأعراف والعادات والتقاليد تعتبر نتاجاً حتمياً لتصرفات الجماعات البشرية وسلوكياتها في جميع معاملاتها لأنها صدرت عن المجتمع بطريقة آلية وتلقائية حيث لم تفرض عليه فرضاً كبقية الشرائع والقوانين التي تفرض في الغالب على الناس فرضاً ويلزمون بها إلزاماً .

بل أثبت المجتمع صلاحيتها لأنها صدرت عنه بعفوية مطلقة نتج عن ذلك قبوله لها ، وميله ونزوعه إليها بل تجعله خاضعاً مستسلماً لأحكامها وقوانينها فهي من خصائص الإنسان منذ أن وُجد على ظهر هذه البسيطة، وسار في طريق الحضارة والتقدم وهي ضرب من التجربة ومظهر من مظاهر سلوكيات المجتمع البشري ونشاطه .

والأعراف لا توجد إلا لمصلحة الجماعة ، والصلاح أمر نسبي إذ لا تخلو من تفاوت وتباين تبعاً لاختلاف المجتمعات والبيئات ، وعليه فلا يمكن أن نجزم بصلاح العرف في الحقيقة والواقع إلا إذا خضع لأحد أمرين هما :

أولاً: الوحي بأن لا يخالف أهدافه ومبادءه وتشريعاته وأحكامه العامة ، ونصوصه الخاصة من باب أولى .

ثانياً : العقل الجمعي السليم الذي هو ناتج عن عفوية مطلقة يحقق مصلحة ما .

وهذا لا يتحقق إلا إذا تركت الجماعات لشأنها دون تدخل عوامل خارجية وقد تكون الأعراف الصادرة عن

جماعة ما مرغمة عليها لتدخل بعض العوامل الخارجية وهي متعددة ، و لعل من أهمها وأخطرها الغزو الخارجي الذي يأتي في الغالب بأعراف جديدة يحاول بثها في المجتمع المغلوب على أمره ليقطع الصلة بينه وبين تقاليده وتراثه وعاداته ، هذا فضلاً عن أن المغلوب ذاته يتعلق بالغالب ويحاول محاكاته وتقليده وهذا ما قاله ابن خلدون في مقدمته، ونصه:(في أن المغلوب مولَع أبداً بالإقتداء بالغالب في شعاره وزيه ونحلته وسائر أحواله وعوائده والسبب في ذلك أن النفس أبداً تعتقد الكمال فيمن غلبها وانقادت إليه .... حتى لقد يستشعر من ذلك الناظر بعين الحكمة أنه من علامات الإستيلاء)(٤) .

وإلى جانب الغزو الخارجي هناك تسلط المتنفذين وأصحاب الحل والعقد في المجتمعات الذين يبتدعون أعرافاً وعادات جديدة أو يتعصبون لأعراف قديمة تحقق لهم مكاسب مادية أو معنوية سيادية ، وينتج عن ذلك أحد أمور ثلاثة : إما أن تبقى الجماعة ترزح تحت أعرافٍ ظالمة وجائرة ، وإما أن يتصدى لها المصلحون محاربة وهدماً ، وإما أن يتدخل الوحي الإلهي لهدم هذه الأعراف .

غير أن هذا الأخير قد انتهى بنزول آخر وحي بعد أن واكب – هذا الوحي – تطور العقل البشري في مسيرته الطويلة مرشداً إلى الخير وهادياً إلى الرقي والتقدم ، حتى إذا بلغ هذا العقل درجةً كبيرةً من النضج أنزل الله على نبيه صلى الله عليه وسلم :(اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً)(٥)

إن وجود هذه الحالات الثلاث إنما تكون من لوازم ظروف ووقائع معينة حيث يتوقف وجود الصورة الأولى على قوة نفوذ القلة المستفيدة من تلك الأعراف وضعف تخاذل الكثرة المغلوبة على أمرها ، وأكثر ما يكون ذلك عند انخفاض مستوى تفكير الجماعة وما ينتج عن ذلك من التفكك والضعف العام .

أما الصورة الثانية فإنها تقع عندما يكون في الجماعة أفراد لا ينطلي عليهم زيف الأعراف الفاسدة ولا أباطيل الداعين لها ويكون لهم مع ذلك من القوة ما يمكنهم من محاربتها ويتوقف نجاحهم على مدى تأثيرهم في الجماعة وتأثر الجماعة بهم ، فإذا استجابة لهم الجماعة وتفاعلت معهم حصل ما يسمى بالعقل الجمعي المتعمد (٦) .

وأخيراً الصورة الثالثة : التي كانت تحصل عندما تعجز الجماعة عن دفع الأعراف الجائرة فيشاء الله أن يكشف عنها هذا الكابوس فيختار من بينها من يكون أكثر قدرةٍ على تحمل أعباء الرسالة وما تتطلبه من صفات الكمال البشري : (الله أعلم حيث يجعل رسالته)(٧).

ومن ثم يتولى ذلك النبيُّ تطهير المجتمع بعرض ما يجده من الأعراف السائدة في المجتمع على شريعته فما وجده منها صالحاً أبقاه وما وجده منها فاسداً ألغاه وزرع فيهم بدلها أعرافاً صالحة وعاداتٍ خيرة (يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) (٨) ، فالدين بهذا الاعتبار إحتواءً للعرف أو للصالح منه على الأصح(٩).

وهذه الحالات التي سبق ذكرها ليست من قبيل الخيال وإنما هي حقائق ووقائع تأريخية لا جدال فيها فكم من مجتمعات قاست وبعضها لازال يقاسي من الظلم نتيجة تقديس الأعراف والحفاظ عليها ؛ وكم تعرض

المصلحون – وما زال بعضهم وسيظل- يتعرض لأذى الجبابرة وويلات المستفيدين من بقاء بعض الأعراف إذ كثير من المصلحين ذاقوا الأمرين بسبب وقوفهم ضد تزييف الحقائق وإضفاء القدسية على بعض العادات والتقاليد والأعراف والأعمال المنافية للصالح العام .

وبناء على ما تقدم فهذا البحث يبين سماحة هذه الشريعة وأنها رحمة مهداة من الله تعالى للناس جميعاً :(وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين). (١٠)

ولقد فهم السلف الصالح مقاصد شريعة ربهم وما فيها من السماحة واليسر وامتثلوا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا)(١١)؛ فانعكس ذلك على سلوكهم فتعودوا من اللحظة الأولى أن يوسعوا أكناف الإسلام لكل ما في هذا العالم لشاسع من عرف وعادة ومن شعائر ومراسم وأصبح العالم الإسلامي مرادفاً عندهم للعالم الإنساني عند النظر إلى اختلاف الظواهر والأشكال .(١٢)

ومجمل القول أنّ السلف الصالح قد ألهموا رشدهم وفهموا مقاصد الشريعة واستنبطوا من مجموع النصوص قواعد عامة جسدت بعض مظاهر التوسعة في هذه الشريعة فأصبحت تلك القواعد أصولاً تحكم فروعاً في كل ما يتعلق بحياة المسلم من أوجه التعاون والمعاملات .

فمن تلك القواعد : رعاية المصلحة ومراعاة الضرورة ورفع الحرج واعتبار العرف والعادة ، وهو المقصود في هذه الأبحاث .

المطلب الأول :

في تعريفه وبيان نشأته وأهميته ودواعيه .

معنى العرف لغة :

للعرف في اللغة معان متعددة تتراوح بين ماهو ظاهر معروف وبين ما تسكن إليه النفس وتأنس به .

قال ابن فارس : ((عرف) العين والراء والفاء أصلان يد ل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض والآخر على السكون والطمأنينة).(١٣)

فمن الأول عرف الفرس : وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه ويقال جاءت القطا عرفاً عرفاً أي بعضها خلف بعض .

ومن الباب العرفة وجمعها عرف ، وهي أرض منقادة مرتفعة بين سهلتين ثنيت كأنها عرف فرس .

ومن ذلك العَرْف بفتح العين وتسكين الراء وهي الرائحة الطيبة لأن النفس تسكن إليها يقال : ما أطيب عرفه قال تعالى :(ويدخلهم الجنة عرفها لهم)(١٤) أي طيبها .

قال الشاعر :

ألا رُبّ يوم قد لهوت وليلة بواضحة أحدين طيبة العرف (١٥)

والعرف هو المعروف سمي بذلك لأن النفس تسكن إليه وترتاح إليه قال الشاعر :

أبى الله إلا عدله ووفاءه فلا النُّكر معروف ولا العرف ضائع (١٦)

وقال ابن منظور :(والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر وهو كل ما تعرفه النفوس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه) (١٧) . وقد يكون بمعنى التتابع ومنه قوله تعالى : (والمرسلات عرفاً)(١٨) ، قيل : هي الملائكة أرسلت متتابعة ، وفي حديث كعب بن عُجرة (جاءوا كأنهم عرف أي يتبع بعضهم بعضاً) .

ثم ربط بين المعنى اللغوي والإصطلاحي بقوله : (وقد تكرر ذكر المعروف في الحديث وهو اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات وهو من الصفات الغالبة أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه) (١٩)

معنى العرف اصطلاحاً :

للعرف تعاريف اصطلاحية متعددة تكاد تكون متقاربة ومتشابهة وسأقتصر هنا على تعريفين له هما :

تعريف السيد الجرجاني بأنه :

(مااستقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول)(٢٠)

وعرفه العلامة النسفي بقوله :

(العرف والعادة مااستقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول)(٢١) ؛

وبالنظر إلى التعريفين نجدهما متقاربين ويختلفان في أن التعريف الأول عرف العرف أولاً ثم ثنى بتعريف العادة وأطلق الطبائع دون تقييد أو وصف لها بينما التعريف الثاني جمع فيه بين العرف والعادة كما أنه قيد الطبائع بالسليمة ولم يطلقها(٢٢) ؛ وهذا القيد قرب العرف من التشريع الإسلامي باعتبار أن الطبيعة السليمة هي : (فطرة الله التي فطر الناس عليها)(٢٣).

لقد جاء لفظ العرف باشتقاقاته المتعددة في القرآن الكريم في أكثر من ثمان وثلاثين(٣٨) آية تقريباً .(٢٤)

والمراد به ما هو معروف من الدين ومالا ينكره الناس من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال التي اتفقت عليها أحكام الشرائع وبهذا المعنى ظهر في التعامل والمعاملات بين المسلمين للنصوص الكثيرة الدالة عليه والمقررة للعمل به بين المسلمين في تعاملهم فيمالا نص فيه .

وقد استقر استعماله بين المتعاملين ورسخت قواعده في أقوال ومؤلفات فقهاء المسلمين .

ومن تلكم القواعد قولهم : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والمشروط عرفاً كالمشروط شرعاً ؛ والثابت بالعرف كالثابت بالنص .

ويستدل على ذلك بالأثر المشهور : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (٢٥)

وبقوله تعالى : (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين)(٢٦)

العرف من الناحية التأريخية (نشأته):

إن من صفات الإنسان الواضحة وخصائصه البارزة تطويره المستمر لأساليب حياته اليومية وما تتطلبه تلك الحياة من أنواع النشاط وأنماط السلوك إن ذلك التطوير إنما هو نتيجة لتجدد تفكير الإنسان المستمر وسعيه الدائم إلى الأفضل والأحسن الأمر الذي جعله يكتشف من وقت لآخر أساليب جديدة ليستعملها في

حياته وعندما تبرهن التجربة على صحة هذه الأساليب المكتشفة وحققت له ما توخاه منها دأب على ممارستها حتى تصير له عادةً وطريقةً ومنهجاً ؛ وعن طريق التقليد تتركز تلك العادة وتنتشر إذ للتقليد دوره في تركيز ونشر العادات والتقاليد والأعراف (٢٧).

فعندما يجد من الظروف ما يجعل الإنسان يشعر بأن جزءا ما من نظام حياته قد أصبح ثقيلاً عليه أو يحول دون ممارسته ما يراه الأنسب ترك هذا الجزء أو حوره وأدخل عليه ما يجعله منسجماً ومتلائماً مع الواقع الجديد ؛ وبالتالي كل عمل يقوم به الإنسان باختياره لابد له من باعث يدعو إليه وذلك الباعث إما أن يكون خارجياً كتنفيذ أمر من يشعر باحترامه ويعتقد أن طاعته واجبة وكظهور مصلحة في شيء أثبتتها التجربة أو البحث العلمي وكالأعمال التي تدعو إليها البيئة الطبيعية أو الاجتماعية .

وإما أن يكون الباعث داخلياً وهو ما يرجع إلى الفاعل نفسه كحب الإنتقام الداعي إلى الأخذ بالثأر وكالحياء الشديد الداعي إلى الحجاب ؛ فهذا الباعث يُوجِد في النفس رغبة في العمل وميلاً إليه ؛ فإذا أتقن الإنسان هذه الرغبة وأتى بما مال إليه وكرره مرة بعد أخرى فقد أصبح عادةً

فالذي يُكوِّن العادة هو تكرار العمل الصادر عن الميل ثم إن هذا العمل إذا صادفته نفوس مستعدة تأثرت به فحاكته وقلدته إذ الجماعة مفطورة على التقليد فيما تهوى وتحب ؛ مطبوعة على الإقتداء بمن تستهديه في شؤونها لاعتقاد الكمال فيه إلا أن هذه المحاكاة قد تكون سريعة وقد تكون بطيئة بحسب شدة الحاجة إلى العمل وقوة محبته أو ضعفها ؛

فإذا تكررت هذه المحاكاة وذلك التقليد صار العمل أمراً شائعاً بينهم ومتعارفاً فيهم وعندئذٍ يتم تكوُّن العرف والعادة ؛ فالأطوار التي يمر بها : هي الميل فالعمل فالتقليد فالتكرار (٢٨).

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء : (إذا مال الإنسان إلى فعل شيء وارتاح له وكرره أصبح بالتكرير عادةً له ، فإذا حاكاه فيه غيره بدافع حب التقليد وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد تكوَّن عندئذٍ بها العرف الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة ؛ وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الأقوال)(٢٩)

ومن الأمثلة على تكوين أو نشوء العرف منذ بدايته إلى استقراره وانتشاره ما نقله الدكتور الغنيمي عن بعض فقهاء القانون ونصه : (شبّه تكوين العرف بالتكوين التدريجي للطريق عبر أرض غير ممهدة ،ذلك أننا نشاهد في البداية آثاراً متفرقة متعددة تكاد علاماتها لا تظهر في الأرض ثم تبدأ بالتجمع عند مسلك تهدي إليه أسباب من المناسبة والمصلحة ويتكرر سلوك ذات الطريق فيظهر درب وحيد يسلكه بعد كل من يريد عبور المكان دون أن نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للعبور ، ولأن عابري الطريق بينهم من تكون آثاره في الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن أو لأن هناك مصلحة تدعوه إلى تكرار سلوك الطريق) (٣٠) .

أهمية العرف ودواعيه :

كان ولايزال وسيظل للعرف أهميته القصوى كمصدر لجميع أنواع النظام في كلا الحقلين – الدولي والوطن الخارجي والداخلي – وبالإضافة إلى ذلك فهو الأساس لجميع أحكام المعاملات التي تحكم المجتمع

بجميع أنشطته وتصرفاته حكومات ومنظمات في الداخل والخارج بما في ذلك الأنشطة الفردية والشخصية .
فالعرف إذاً هو المصدر الذي عن طريقه ينمو النظام ويتطور ليتمشى مع التغييرات الحضارية للمجتمعات في عصورنا الحديثة مما يعني أن العرف هو الذي يأتي في القمة كصانع حديث للنظام القائم في أي بيئة من البيئات وتتضح أهمية العرف في الواقع العملي بأمرين :

الأول : لجوء المحاكم إليه في حالات كثيرة خصوصاً عندما لا تجد قاعدة أو حكماً أو نصاً آخر يمكّنها من اعتماد قرارها عليه ويسمى العرف في هذه الحالة بالمصدر المساعد أو الاحتياطي للقضاء ، ويمكن للعرف أن يساعد المحاكم أيضاً في اتخاذ قرارها بناءً على تفسير النصوص الموجودة .

الثاني: أن العرف يمكن أن يساعد واضع النظام عندما يريد وضع قانون جديد ؛ وفي هذه الحالة يقال : إن العرف مصدر مساعد للنظام ؛ بل قال بعض القانونيين : إن العرف يبقى هو المصدر الأول والأهم للنظام(٣١)

أسباب العرف ودواعيه:

الأعراف والعادات التي تشيع بين الناس – شعوباً وقبائل وعشائر وأفراداً وطوائف وجماعات وأسراً – ليست كلها متحدة الأغراض والدواعي بل لها أسباب متعددة تستوجبها وتدفع إليها يعتمد غالبها على مايأتي :

١. الحاجة وعموم البلوى ، فكثيراً ما يعرض للناس ظرف خاص فيدعوهم إلى القيام بعمل ما ويتكرر ذلك منهم تعاملاً ومزاولة حتى يصبح عرفاً كما هو الحال في بعض البيوع – كبيع الوفاء وبيع السلع بشرط تسليمها في متجر المشتري – ووقف بعض المنقولات ، وهذه الحاجة الداعية لذلك تختلف باختلاف البيئات الطبيعية أي ما يحيط بالجماعة من المناخ الإقليم ومعدن أرضه وموقعه الجغرافي وما فيه من بحار وأنهار وغير ذلك من المرافق والبيئة الاجتماعية وهي النظم الاجتماعية التي تحيط بالجماعة من الأخلاق والقيم والسلوك والمعتقدات والشعائر الدينية ونظام الحكم ومعاهد العلم والصناعات والفنون بأنواعه المتعددة والأفكار بطرقها المتنوعة .

٢. تأثير أمر صاحب السلطان في الجماعة أو رغبته في شيء ما بالقيام به ومزاولته كما هو الحال في عادة إحياء مولد النبي – صلى الله عليه وسلم – والتي خلفها الحكم الشيعي الفاطمي(٣٢).

٣. العامل الوراثي البحث بمعنى انه ليس للجماعة يد في ابتكاره وتطوره بل تلقوه عن أسلافهم كما هو الحال في عقائد الجاهلية قال تعالى : (قال أولو جئتكم بأهدى مما وجدتم عليه آبائكم)(٣٣)(بل قالوا إنَّا وجدنا آباءنا على أمة وإنَّا على آثارهم مهتدون)(٣٤) .

٤. إقامة بعض الشعائر الدينية القديمة ثم يتناسى الناس هذا السبب ويتعاطوه على أنه عرف لا أكثر ولا أقل كما هو الحال فيما يسمى بعيد (شم النسيم) ، فإن الأصل فيه على ما يقال شعيرة من شعائر الدين المصري القديم ، وبالجملة فإن العرف وإن كان عن الميل من جهة العقل إلا أنه تختلف نوازعه وتتعدد دوافعه وأسبابه وعوامله (٣٥)

المطلب الثاني :

في أركانه وشروطه وتعدد مصادره :

عناصر العرف أو أركانه :

العادة لكي تتحول إلى قاعدة ملزِمة كالنظام يجب أن يتوفر لها عنصران أساسيان هما :

أ- العنصر المادي أو الركن المادي وأعني به الاستعمال أو الممارسة العملية وهو التكرار ، وهذا الركن سهل التمييز لأنه قابل لذلك وهو يعتمد على الاستمرارية مدة طويلة من الزمن ، وهو يختلف باختلاف كل حالة على انفراد ، ولذلك لا يوجد معيار يحدد الزمن اللازم لخلق العرف بالممارسة العملية والتكرار حتى يكون بمثابة النظام ، ولهذا السبب كان هذا الركن أو العنصر أكثر أهمية من العنصر الآخر فهو يعتمد على الاستعمال وهذا يعني أكثر من معنى – فقد يعني معنًى عقائدياً عندما يدل على حدث مختار للتنفيذ برغبة وحرية كما قد يعني أيضاً المعاني اليومية عندما يدل على تكرا ر مثل ذلك الحدث أو بمعنى أوضح عندما يدل على تكرار متماثل لحدث مماثل بحرية وباحترام متماثل – . (٣٦)

وأخيراً قد يدل على مجرد عادة أو استعمال معتاد لأحداث معينة وكنتيجة لاستعمال ثابت أو مستمر لمثل تلك الأحداث .

إن مثل هذا الاستعمال يعتبر كأساس للاعتقاد بوجود العرف أو القاعدة النظامية أو كدليل إثبات على إلزامية تلك القاعدة العرفية وعلى الأخص حينما يكون الحدث مستعملاً بعد التشكك في إلزاميته .

ب- الركن المعنوي : وهو يعني فكرة عقلية معنوية غير محسوسة أو غير مادية ووجوده ضروري للحكم ما إذا كان هناك عُرفٌ ملزم أم لا إذ لات يوجد عرف بغير أن يكون ملزِماً ولا إلزام للعرف بدون تحقق هذا الركن مع السابق ؛ وهذا العنصر المعنوي يعني الرضا والقبول بالعرف كحكم ملزِم معنوياً ودليله قبول الممارسة العملية له مع توافر الشروط الأخرى والتي سوف نتطرق إليها فيما بعد .

ولكي تحكم بوجود عُرف أو عدمه يَلزم أولاً من توافر الأركان أو العناصر وكذلك الشروط في ذلك الحدث أو الفعل أو الواقعة محل البحث ومنها القبول والرضا العام بذلك الفعل أو الحدث كحكم نظامي ملزم (٣٧).

وبرغم ذلك فإن هذا الركن ليس واضحاً كالركن المادي فمن الصعوبة التحقق منه حيث لا يوجد معيار دقيق يمكن الاعتماد عليه في ذلك ، ولهذا فإن بعض الكتاب يرى بأن العرف يقوم على ركنه المادي فقط معللاً ذلك بأن الركن المعنوي ليس عملياً وأنه من المستحيل تقريباً معرفته كما أنه غير منطقي بل ومتعارض مع المنطق وبالتالي يكون مستحيل المعرفة أحياناً وفي حالات معينة .

ومهما يكن فإنه يمكن التحقق من هذا الركن بشيء من الإنتباه ومتابعة الأحداث والنتائج في المجتمعات

والبيئات .

وهنا لابد أن أذكر بأن هذا العنصر أو الركن خاص بالعرف الملزِم بمعنى أن الاستعمال لا يُشترط له هذا الركن إذ سيظل مجرد عادة أو بعبارة أخرى يبقى عادة غير ملزِمة (٣٨)

شروط العرف :

إن الشريعة الإسلامية تفادت ما وقع فيه غيرها من الأنظمة والقوانين الأخرى من القصور أو التقصير تجاه الأعراف حيث لم تشترط في العرف ما اشترطته الشريعة الإسلامية فيه وإنما اكتفت ببعض الشروط ومنها عدم مخالفة العرف للنظام العام أو روح القانون أما في الشريعة الإسلامية فقد استنبط الفقهاء من مجموع النصوص شروطاً للعمل بالعرف إذا توافرت فيه تحقق نفعه وانتفى ضرره وأصبح واجب التطبيق .

وعندما يفقد العرف أحد شروطه فإنه يكون عرفاً فاسداً ولكي يكون عرفاً صحيحاً لابد أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

١- أن يكون العرف مطّرِداً أو غالباً (٣٩)-بمعنى أن يكون دائماً أو غالب التطبيق فيما تُعُورِف فيه ذلك لأن عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فإن تركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر يُنقص هذه الدلالة (٤٠) ؛ ومن ثم فإن لمن يريد الخروج على العرف من أحد المتعاقدين أن يدفع بعدم اطِّراد العرف وربما قال : إن العرف في هذا غير دائم التطبيق وهو إنما دخل على عدم تطبيقه ، وهذا من الناحية العملية أو الواقعية محتمل لأنه ليس هناك ما يستدل به على عكس ما يدعى على وجه الجزم.

وتفادياً لذلك اشترط الفقهاء اطراد العمل بالعرف المراد تحكيمه أو غلبته على الأقل (٤١).

قال ابن نجيم : (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)(٤٢)، وهذا ما يفيده كلام السيوطي (٤٣).

قال عز الدين بن عبد السلام : (واختلف في وجوب الحجر على الناسخ والخيط على الخياط لاضطراب العرف فيه) (٤٤) ، وقد حرص هذا الإمام على ترديد الاطِّراد في العرف والعادة مما يمكن معه بأنه يشترطه .

قال- في جواز التقاط كل مالٍ حقير- :(فإنه يجوز تملكه والاتفاق به لاطراد العادات ببذله)(٤٥) ، وقال في شأن وقت التدريس فإنه : (محمول على البكور لاطراد العرف بذلك)(٤٦).

قال ابن القيم ـ في الأيمان اللازمة-: (ومن لم يعلم مقتضى ذلك ولم يقصده ولم يقيده العرف الغالب الجاري لزمه فيها كفارة ثلاثة أيمان)،

ثم نقل عن الباجي قوله: (ومن شيوخ عصرنا من كان يفتي فيها بالطلاق الثلاث بناءً على أنه العرف المستمر الجاري)(٤٧).

وبهذا يتضح أن العرف إذا لم يكن مطّرداً أو غالباً في التطبيق فإنه لا يجوز الإحتكام إليه ولا يصلح مستنداً للأحكام .

٢- أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف قولاً كان ذلك التصرف أو فعلاً ، هذا الشرط يعتبر ضرورياً جداً لأنه يمنع من تطبيق غير الأعراف المعاصرة والمتعامل بها وقت التصرف ، ولولا هذا الشرط لجاز تطبيق أعراف منقرضة قبل التصرف أو حادثة بعده . قال القرافي:(القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه ....أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضي بها على النطق فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة ونظيره إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد لا تعتبر وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها ....)([٤٨]). وقال السيوطي:(العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو :(المقارن السابق دون المتأخر) ثم نقل عن الرافعي ما يشبه أن يكون تعليلاً لذلك فقال :(قال الرافعي:العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيها ، فيما يروج في النفقة غالباً ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيها)([٤٩]).وفي أشباه ابن نجيم :ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ([٥٠]). ومن نتائج هذا الشرط أنه إذا :(تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً في المبيع أو فيما يدخل في البيع تبعاً للمبيع أو تقسيط أجرة العقارات ،....إلى غير ذلك من الشؤون فإن العرف الحادث لا يسرى على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله)([٥١]) ؛ هذا ما قاله الأستاذ مصطفى الزرقا . ومما تجدر الإشارة إليه – فيما يخص تخفيض قيمة العملة الذي تجريه بعض الدول من وقت لآخر والذي وقع ويقع بسببه خلاف بين التجار والاقتصاديين لما يجره من الضرر على بعضهم وهو أنه مثلاً لو كان لإنسان على آخر دين بمبلغ ألف دينار ثم خفضت العملة بواقع عشرة في المائة(١٠%) فمراعاة للعرف المقارن لوقت الاستدانة فإنه يجب على المدين أن يدفع للدائن ألفاً وتسعين ديناراً تقريباً حتى لا يتضرر الدائن من هذا التخفيض إذ لا ضرر ولا ضرار ، فلو روعي هذا لم يحصل ما يقع الآن من الأضرار والخلافات ([٥٢]).

٣- ألا يعارض العرف تصريح بخلافه : ([٥٣]) فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف لا يتفق مع العرف فإنه يجوز لهما ذلك و عندئذٍ لا يحكم العرف هنا وذلك لأن تحكيم العرف في النوازل إنما يصار إليه بافتراض أن المتصرفين عالمان وراضيان به؛ وهذا من قبيل الدلالة ، فإذا صرّح بخلافه بطلت هذه الدلالة إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه : لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ([٥٤]). وبالإضافة لما تقدم فإن العرف مهما بلغت قوته فإنه لا يقوى على أن يقف حجر عثرة في سبيل حرية المتعاقدين فإذا رأى الطرفان أن الأصلح لهما : تجاوز العرف فلهما أن يتفقا على خلافه . وكمثل على ذلك : نفترض أن أجر العامل خمسة دنانير في اليوم ، والعرف والقانون يحدد مدة العمل بسبع ساعات فإذا رغب صاحب العمل في إنجاز عمله في مدة أقل – كأن يخشى إتلاف زرعه مثلاً – فاتفق مع أحد العمال أو مجموعة منهم على أن يدفع لكل عامل : ثمانية دنانير مثلاً على أن تزيد مدة العمل ما عليه الناس ، فهذا اتفاق

على خلاف العرف من حيث كمية العمل في اليوم وهو جائز شرعاً لتوافر الرضى وسلامة الإرادتين عند التعاقد ، ولو أخضعنا المتعاقدين للعرف لكان في ذلك مصادرة لحرية المتعاقدين (٥٥).

٤- ألا يكون في العمل بالعرف : تعطيل لنص شرعي ثابت صحيح (٥٦)وصريح خال عن المعارضة لعل هذا الشرط هو أهم شروط العرف وهو في الوقت نفسه أقل ما يتطلبه أي تشريع يراد له البقاء ، ذلك لأنه لو سمح بنشوء أعراف تخالف نصوص التشريع من كل وجه فهذا يعني أنه لا معنى لهذا التشريع(٥٧). ورغم ذلك فقد استطاع فقهاء الشريعة الإسلامية بثاقب فكرهم وغزارة فقههم أن يلائموا بين بعض النصوص و بين الأعراف التي تخالفها في بعض مشتملاتها و يتضح ذلك فيما يلي: أدرك الفقهاء أن النص الذي يخالفه العرف لا يخلوا إما أن يكون نصّاً خاصاً في عين المسألة التي جرى فيها العرف بالمخالفة، وإما أن يكون نصاً عامًّا يتناول ما جرى فيه العرف وغيره .

وكذلك ذكر الفقهاء أيضاً أن العرف إما أن يكون عاماً أو خاصّاً و قولياً أو عملياً وفي كلٍّ إما أن يكون العرف مقارناً للنص – وأحرى أن يكون سابقاً له – أو حادثاً بعد ؛ وواضح أنه لا مجال لإعمال العرف الحادث في مقابلة النص فاستبعدوه بجميع صوره وأنواعه إلا في حالة واحدة وهي : ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم أو معلل به فإن النص عندئذٍ يكون عرفياً فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله – على رأي قليلٍ من الفقهاء – (٥٨).

وعلى رأس القائلين بذلك الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى – حيث قال – في مقياس الأموال الربوية - : (إن النص في مقياس تلك الأصناف الستة معلل بالعرف فإنما ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً لأن هذا مقياسها في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فلو كان العرف فيها على مقياس آخر : لورود نص معتبراً فيها ذلك المقياس) (٥٩) .

وقال صاحب الهداية في هذا الصدد : (وما لم يُنص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة ، وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت)(٦٠).

ويؤيد هذا ما نقله ابن المرتضى في البحر عن بعض كبار الأئمة من آل البيت حاكياً عنهم بقوله :(والاعتبار بعادة البلدان في المكيل والموزون إذ ورد تحريم التفاضل فيها مطلقاً فليعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن كاعتبار نقد البلد في الأثمان والرطل ...)(٦١).

والذي يبدو أن ابن المرتضى يميل إلى هذا القول بدليل أنه بعد أن أتى ببعض الأقوال التي تمسك أصحابها بالنص قال: قلت الخبر لا يقتضي بظاهره ما ذكروه ولعله –صلى الله عليه وسلم – أراد أنه يرجع إليها عند اللبس فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما رُجِع إلى قفيز المدينة ورطل مكة إذ هما منشأ ذلك فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر)(٦٢).

أما إذا تعارض العرف مع نص شرعي عام – يكون ما تناوله العرف بعض مشتملات ذلك – فله أحوالٌ بيانها في الآتي :

١- إذا كان العرف عرفاً قولياً عامًّا موجوداً عند صدور النص ولم يلغ ذلك العرف من قِبل الشارع – فإن هذا العرف يجب اعتباره بدون خلاف- يعلم فيقيد مطلق النص ويخصِّص عامّه ويُبين إجماله ، ومثاله على التخصيص للعام قوله تعالى : (وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها)(٦٣) ؛ فلفظ الدابة في أصل اللغة عام يشمل كل من وما يدب على الأرض بذاته سواء كان إنساناً أو غيره مكلفاً او غير مكلف أعني كل ذي روح يمشي على وجه الأرض ، ثم جاء العرف القولي فخصصه بذوات الأربع فقط عند إطلاقه تقديماً للحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية .(٦٤)

٢- إذا كان العرف عرفاً عملياً فإنه يعتبر عند مالك وبعض الأحناف مع توافر الشروط والمحترزات السابق ذكرها (٦٥) ؛ ومثاله : تخصيص مالك للآية الكريمة التي نظّمت إرضاع الأم لولدها وهي قوله تعالى : (والوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة)(٦٦) ، فرأى أن المرأة الشريفة ذات المكانة في قومها لا يجب عليها أن ترضع ولدها بل بالإمكان أن تقوم بإرضاعه غيرها في مقابل أجر تدفعه لها عملاً بما كان متعارفاً عليه بين أهل مكة من إرضاع أبنائها في البادية في مقابل أجر تدفعه ، وبالتالي يكون خصص الآية الكريمة بالعرف المذكور والسائد آنذاك ولم تعد عامة تشمل كل والدة في إيجاب الإرضاع بل يخرج منها ما سبق ذكره (٦٧) .

تـعدد مصـادر الأعـراف :

سبقت الإشارة إلى بعض الأعراف عند الكلام على نُشوئها وقلت هناك قد يصدر العرف عن ذي سلطة كالحاكم و القاضي ومن يشابههما ،وأكثر ما يكون في النواحي الإجرائية والشكلية مما استحدثه كبار القضاة أمثال القاضي شريح وإياس بن معاوية وسحنون وغيرهم .

ويمكن ان يمثل لهذا النوع من الاعراف بما فعله الخليفة الراشد عمر بن الخطاب من إحداث الدواوين وغيرها كثير ؛حتى قال عنه أبو الدرداء :(رُب سنة راشدة مهدية قد سنها عمر في أمة رسول الله)(٦٨) .

كذلك سن في مجال التعليم بناء بيوت المكاتب ونصب رجالاً لتعليم الصبيان وتأديبهم وكانوا يواصلون القراءة في الأسبوع كله دون انقطاع فجعل لهم وقتاً للاستراحة ثم اقتدى به السلف في الاستراحات المشروعة إلى يومنا هذا.

ومن الأعراف التي صدرت في الأصل عن حاكم أو كانت بسببه اعتياد الناس لبس الثياب السوداء كما هو شعار العباسيين قديماً وإقبالهم على اللون الأسود كشعاراً لدولتهم .

وكذلك اعتياد البعض لبس البياض واتخذوه شعاراً لهم كما هوالحال عند العلويين وكان من نتائج ذلك اختلاف بعض الاحكام في بعض القضايا تبعاً لذلك كما سيأتي :

ومن أشهر الأعراف والعادات التي صدرت في الأصل عن حاكم سياسي وكتب لها البقاء هوما أحدثه الفاطميون من الاحتفال بالمولد الشريف الى جانب الأعياد الدينية الأخرى .

فلقد اهتم الفاطميون بالاحتفال بالأعياد الدينية في شيء كثير من الأبهة والعظمة .(٦٩)

قال أبو الحسين النباهي على لسان أحد القضاة :(أن الأمير أبا يحيى استحضره مع الجملة من صدور الفقهاء للمبيت في دار الخلافة والمثول بين يديه ليلة الميلاد النبوي الشريف إذ كان قد أراد إقامة رسمه على العادة الدربية من الاحتفال في الأطعمة وتزيين المحل بحضور الأشراف وتخير القوّالين للأشعار المقرونة بالأصوات المطربة)([٧٠]).

تلكم بعض الأمثلة على الأعراف السياسية أما الأعراف القضائية فهي أكثر من سابقتها خاصة إذا اعتبرنا منها ما كان يصدر عن كبار القضاة في مجال القضاء وتنظيمه وتعدد أنواعه ودرجاته وما يتعلق بذلك من الإجراءات والتنظيم .

فكان سحنون ـ بعد أن تولى منصب قاضي القضاة أول من اتخذ صاحب المظالم ـ وهو ما يعرف بالقضاء المستعجل في الوقت الحاضر أو هو شبيه به وكذلك فعل في الاختصاص القيمي حيث كلف (حبيب بن نصر بن سهل)ليحكم بين الناس في الأسواق فيما لا يتجاوز قيمته عشرين ديناراً.ويبدو ان القضاء المستعجل كان متعدد الدرجات.

ففي الوقت الذي نجد القاضي سحنون يأذن لحبيب بن نصر فيما تقدم ذكره نجد القاضي عيسى بن مسكين يولي سليمان القطان مظالم القيروان ويأذن له في النظر والحكم إلى ما يبلغ مائة دينار.([٧١])

ومما استحدث في الجوانب الإجرائية فيكفي أن نذكر ما أورده الأمام السرخسي حول تزكية الشهود الذي أحدثه شريح القاضي حيث قال :(وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح ـ رحمه الله ـتزكية السر فقيل له :(أحدثت يا أبا أميه فقال: أحدثتم فأحدثنا فجمع شريح بين تزكية السر وتزكية العلانية).([٧٢])

مع ملاحظة انه طرأ على قضية التزكيه بعض التغير إذ قد تطور العرف مرة أخرى وتركوا تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ([٧٣]).

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً ما فعله القاضي عبد الرحمن بن معاوية قاضي مصر في أموال اليتامى ؛ حيث حصرها و شهرها وجعلها على أيدي عرفاء القبائل فجرى الأمر على ذلك من بعده .([٧٤])

ومن هذا القبيل ـ أيضاً ـ ما نقله القاضي وكيع بن حيان من أن عمر بن عامر تُوزع إليه في جارية لا شعر لها فحار ولم يدرِ ما يحكم به ؛ ثم قال يسأل عن ذلك أصحاب الرقيق فإن كان غشا عندهم ردت به . وهذا يعني أن العرف يُحَكم في العيوب .

و نقل عن القاضي سوار قوله : كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به .([٧٥])

وكذلك يعتبر ما أبتكره كبار القضاة من القرائن القضائية وما توصلوا إليه من الحلول عرفاً عاماً يستعين به من جاء بعدهم من القضاة في مجال الترجيح وحسم الخلاف شريطة أن تكون تلك القرائن أو السوابق القضائية ذات طابع تنظيمي مطابقة لتلك النوازل قي الخصائص والظروف .

هذه كلمة موجزة عن مصادر الأعراف من حيث الواقع المُعاش ومنها يظهر أن أكثر العادات والأعراف إنما تنشأ وتختفي في عفوية وسرية تامتين .وباختصار فإن العرف بحيويته لا بأصله .

المطلـــب الثالـــث :

أقسام العرف والعادة والعلاقة بينهما .

أولاً : أقسام العرف

قسم الأصوليين العرف إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة فهو إما أن يكون عرفاً قولياً أو عرفاً عملياً فعلياً وقد يكون عرفاً عاماً أو عرفاً خاصاً ثم قد تكون تلك الأقسام عرفاً صحيحاً أو عرفاً فاسداً ، فعندما يتعلق العرف باستعمال ألفاظ في معانٍ لم تكن تدل عليها في اللغة وغلب هذا الاستعمال العرفي حتى أنه أصبح لا يفهم من تلك الألفاظ عند التخاطب إلا المعنى العرفي الجديد وذلك كلفظ الدابة والحيوان إذ هما في أصل اللغة لكل من يدب على الأرض بذاته ولكل من فيه روح وحياة ثم نقلها العرف والاستعمال إلى ذوات الأربع فقط فهذا يسمى عرفاً قولياً.(٧٦)

أما عندما يتعلق العرف بممارسة أعمال في أي مجال من مجالات المعاملات المختلفة لدى الناس سمي ذلك عرفاً عملياً.

وبالتالي فكل من الأعراف القولية أو فعلية العملية إن كانت تمارس في جميع البلدان وعند كل أو أغلب الناس كان العرف عرفاً عاماً.

أما إذا أقتصر ذلك الاستعمال أو تلك الممارسة على بلاد دون أخرى أو فئة من الناس دون غيرها كان العرف حينئذٍ عرفاً خاصاً ، فإذا ترتبت على كل من هذه الأنواع السابقة الذكر مخالفة للشريعة أو تعطيل لبعض نصوصها فهو عرف فاسد أما إذا لم يكن في العمل بتلك الأعراف شيئاً من ذلك فهي أعراف صحيحة يجب احترامها لأن في احترامها دليلاً على احترام الناس وما يتعارفون عليه على أن هناك من نحا غير هذا النحو حيث قسم العرف إلى قسمين هما :

عرف الشارع وعرف الناس، ثم قسم كل منهما إلى قسمين قولي وفعلي .(٧٧)

ويرى الشيخ أبو سنة أن العرف الشرعي من العرف الخاص إلا أنهم أفردوه باسم مستقل لشرفه والتنويه بمكانته .(٧٨)

علماً بأن العرف الشرعي لا يخضع لبعض تقسيمات العرف ولا لشروطه .

وعليه سوف أنتقل إلى الحديث عن أعراف الناس على النحو الآتي :

١ـ العرف القولي :

يوجد العرف القولي متى شاع في الناس استعمال اللفظ في معنى خاص لا يتبادر إلى الذهن غيره ويختلف عما يدل عليه في اللغة أو كان للفظ عدة معانٍ في اللغة ولكن أعراف الناس خصصه ببعض تلك المعالم وجعلها مقصودة دون غيرها حتى أصبح لا يفهم منه السامع ولا يتبادر إلى ذهن المخاطب إلا ذلك المعنى كما تقدم الإشارة إلى ذلك قبل قليل .

ويصير المعنى الأصلي كالمهجور وهو المسمى عند الفقهاء بالمجاز الراجح وبالحقيقة الشرعية إذا كان الناقل

للفظ عن معناه الأصلي عرف الشرع وبالحقيقة العرفية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلي عرف الناس .

قال القرافي : (..... قاعدة العرف القولي يقضي به على الألفاظ ويخصصها .... وذلك أن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين ولم يكن ذلك لغة وذلك قسمان :

أحدهما: في المفردات نحو الدابة للحمار والغائط للنجوى والراوية للمزادة ونحو ذلك .

وثانيهما : في المركبات وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفطن وضابطها أن يكون شأن الوضع العرفي تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وله :

أحدها : نحو قوله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) (٧٩) .وكقوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) (٨٠).

فإن التحريم والتحليل إنما تحسن إضافتهما للأفعال دون الأعيان فذات الميتة لا يمكن العرفي أن يقول هي حرام بما هي ذات ؛ بل فعل يتعلق بها وهو المناسب لها كالأكل للميتة والدم ولحم الخنزير والشرب للخمر والاستماع للأمهات ومن ذكر معهن.

ومن هذا الباب قوله عليه السلام : (ألا وإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)(٨١) .

والأعراض والأموال لا تحرم بل أفعال تضاف إليها فيكون التقدير : (ألا وإن سفك دمائكم وأكل أموالكم بدون وجه حق وهتك بعضكم لعرض الآخر حرام عليكم .

وعلى هذا المنوال جميع ما يراد من الأحكام كان أصله أن يضاف إلى الأفعال ويركب معها ..... وثانيهما أفعال ليست بأحكام كقولهم في العرف : أكلت رأساً وأكل رأساً، فلا يكادون ينطقون بلفظ الأكل كيفما كان وتصرف إلا مع رؤوس الأنعام دون جميع الرؤوس بخلاف رأيت وما تصرف منه يركبونه مع رؤوس الأنعام وغيرها فإذا قالوا رأينا رأساً احتمل ذلك جميع الرؤوس بخلاف لفظ الأكل (٨٢).

وفي شرح التحرير : (هو أن يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ : إرادة بعض أفراده مثلاً بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى)(٨٣)

وقال أحمد فهمي أبو سنة : العرف القولي : (هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير مدلوله بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة وهذا يشمل الإتفاق على إرادة بعض المدلول)(٨٤) .

وبالإضافة إلى ما تقدم هناك الأعراف القولية الخاصة وهو ما يصطلح عليه أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف والمجموعات الخاصة من الألفاظ والتراكيب التي يضمونها معاني لم تكن تدل عليها في اللغة فتختص عندهم بالدلالة على هذه المعاني الجديدة دون معانيها القديمة .

علماً بأن العرف اللفظي أو القولي أكثر ما يكون في مجال الأيمان والوصايا وصيغ العقود أو المبادلات بصفة عامة .(٨٥)

٢ـ العرف العملي أو الفعلي :

وهو ما تعارف عليه أهل المجتمع أو أغلبهم وساروا عليه في معاملاتهم وتصرفاتهم في زمن من الأزمان.

قال الأستاذ مصطفى الزرقا: (هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية ومثل له باعتياد الناس : (تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل وتعارفهم في بعض الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين وتأجيل الباقي إلى ما بعد الدخلة)(٨٦).

ومن الأمثلة عليه : دخول الحمام بدون تعيين الأجر ومن غير تقدير زمن المكث فيه ولا معرفة كمية الماء المستهلك وكذلك استهجان الأكل في الطرقات في بعض الأزمان والبلدان ، وتعارفهم أن وضع اليد على العين مدة طويلة دليل الملكية .

ومن هذا الباب ما تقوم به المجتمعات المختلفة في مناسبات الأفراح وبعض الأفعال وما يقدمونه للضيوف وما يتبادلونه من الهدايا والأطعمة وغيرها .

ومن ذلك أيضاً ما يشاع في البيئات الرعوية والزراعية والصناعية والتجارية من الأعراف العملية التي يحكمونها في كثير من قضاياهم عند التنازع والإختلاف سواء كان ذلك العرف عرفاً عاماً وهو الذي يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم من قول أوعمل ويكون سائداً في جميع البلدان أو أغلبها ، ومن أمثلته : بيع المعاطاة وعقد الاستصناع ودخول الحمام بدون تعيين زمن المكث وقدر الماء وقد سبق الإشارة إلى ذلك قريباً .

أو كان العرف عرفاً خاصاً وهو مالا يجتمع عليه كل أو أغلب الناس بل يكون خاصاً ببلد من البلدان أو طبقة من الناس دون غيرها أو فئة دون أخرى كأعراف التجار في كيفية القبض حيث ورد في الشرع مطلقاً فرجع فيه إلى أعراف الناس الخاصة وكذلك متى يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً ومقدار الغبن ومعرفة العيوب الموجبة لرد المبيع (٨٧).

ومن هذا القبيل ما قاله الإمام السرخسي في بعض ما يتفق على البضائع حيث قال : (ولو اشترى ببعض الجارية ثياباً ثم قتلها أو قصرها بأجر أو صبغها بأجر فله أن يبيعها مرابحة على الثمن والأجر ، لأن هذا مما جرى الرسم به بين التجار في إلحاقه برأس المال)(٨٨)

ومن الأعراف الخاصة أيضاً أعراف المزارعين وما يشاع بينهم في مدة استغلال الأرض المؤجرة وكيفية ذلك الاستغلال وما يزرع في أرض د ون غيرها وكذلك أعراف أصحاب المهن المختلفة وأرباب الصناعات المتعددة وذلك كتحديد العطل وأوقات العمل أو الراحة أثناء القيام به وكل ما يتعلق بالعمل وظروفه بصفة عامة .(٨٩)

ثانياً: أقسام العادات :

تتعدد العادات – باعتبار مصدرها- إلى ثلاثة أنواع :

١- عادة بشرية : وهي التي يتعودها الناس أفراداً وجماعات والتي سأتناولها هنا هي : العادة الفردية ، لأن العادة الجماعية هي العرف عند الأغلب إذ هما يشتركان في أمور كثيرة كما سيأتي في العلاقة بينهما علماً بأن بعض العادات البشرية الفردية قد توصف بالطبيعية أحياناً وذلك كالعادة الشهرية أو ما يسمى بالحيض بالنسبة للنساء .(٩٠)

قال السيوطي : (اعلم أن اعتبار العادة ... رجع إليه في الفقه في مسائل منها : سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها وضابط القلة والكثرة في الضبة والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفو عن قليلها وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء في وجه والبناء على الصلاة في الجمع والخطبة والجمعة وبين الإيجاب والقبول والسلام ورده والتأخير المانع من الرد بالعيب وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له مقام الإذن اللفظي وتناول الثمار الساقطة و في إحراز المال المسروق وفي المعاطاة على مااختاره النووي وفي عمل الصناع على ما استحسنه الرافعي وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب والجر والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه وفي الاستيلاء في الغصب وفي رد ظرف الهدية وعدمه وفي وزن أو كيل ما جُهل حاله في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن الأصح أنه يراعا فيه عادة بلد البيع وفي إرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً ولو أطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة في الأصح .

وفي صوم يوم الشك لمن له عادة وفي قبول القاضي الهدية ممن له عادة وفي القبض والإقباض ودخول الحمام ودور القضاة والولاة والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ وفي المسابقة والمناضلة إذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل المطلق عليها وفيما إذا طرأت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط وفي ألفاظ الواقف والموصي وفي الأيمان)[٩١].

٢-عادة حيوانية : وهي ما تتعوده بعض الحيوانات سواء بطريقة التعليم كجوارح الصيد أو ما تعتاده تلك الحيوانات تلقائياً كما في الكلب العقور .

وفي خبر القصواء ناقة رسول الله- صلى الله عليه وسلم – دلالة على الإعتراف بالعادات الحيوانية وأثرها .

جاء في فتح الباري شرح صحيح البخاري قوله : (.... وسار النبي –صلى الله عليه وسلم – حتى إذا كان بالثنية التي يهبط عليهم منها بركت به راحلته ، فقال الناس : حل حل فألحت فقالوا : خلأت القصواء ، فقال النبي : ما خلأت القصواء وما ذاك لها بخلق ولكن حبسها حابس الفيل ، ثم قال : والذي نفسي بيده لا يسألوني خطة يعظمون فيها حرمات الله إلا أعطيتهم إياها ثم زجرها فوثبت ...)[٩٢].

قوله: (وما ذاك لها بخلق) أي عادة كما قال ابن حجر الحافظ ونقل عن ابن بطال أن مما يستفاد من هذا الحديث : جواز الحكم على الشيء بما عرف من عادته .... فإذا وقع منه هفوة لا يعهد منه مثلها لا ينسب إليها ويرد على من نسبه إليها ...) [٩٣].

ومن العادات الحيوانية التلقائية إعتياد الكلب عض الناس وعقر الحيوان عندما يكون عقوراً وعندئذٍ يلزم صاحبه بالتعويض أو قيمة ما أتلفه قال القرافي : (سُئل الشيخ / عز الدين بن عبد السلام – رحمه الله تعالى – عن قتل الهر المؤذي هل يجوز أم لا ؟

فكتب وأنا حاضر إذا خرجت أذيته عن عادة القطط وتكرر ذلك منه)[٩٤].

أما بالنسبة للعادات الحيوانية التي تكتسبها عن طريق التعليم مثل جوارح الصيد من الكلاب والطيور فإن لهذه العادات آثاراً تترتب عليها أيضاً إذ ينتج عن ثبوت هذه العادات في الجوارح حل أكل الصيد وثبوت ملكيته لصاحب الجارحة (٩٥).

العادة الثنائية : أي العادة المتداولة بين شخصين ورغم أنها أقرب إلى العادة الفردية ، لكن نظراً لأن الفقهاء رتبوا عليها بعض الأحكام منها عادة الإهداء أو التهادي ، فلو كانت بين قاضي أو حاكم وبين شخص آخر عادة التهادي سابقة على تولي القضاء أو الوظيفة بصفة عامة فإنه يجوز لهما أن يستمرا في الإهداء دون حرج أو شبهة الرشوة .(٩٦)

وكذلك المقرض فإنه لا يجوز له قبول الهدية إلا إذا كانت بينه وبين من اقترض منه عادة التهادي .(٩٧)

وتأصيل ذلك ما روي عن أحد عمال عمر بن عبد العزيز الذي أهدى له رجل هدية مقدارها أربعون ألف درهم فكتب إلى عمر يستشيره في قبولها أو رفضها فرد عليه عمر قائلاً : إن كان يهدي إليك وأنت بالجزيرة فاقبلها و إلا احسبها من خراجه.(٩٨)

٣- العادة الطبيعية : كحرارة الأقاليم وتعاقب الفصول ونحو ذلك ، وهذه ليست معنية في بحثنا هذا لعدم علاقتها المباشرة في الجانب التشريعي . وإنما ذكرتها حصراً لتقسيمها وتعدادها فقط .

ثم إن كلاً من العادات البشرية الفردية والعادة الحيوانية تختلف في عدد مرات تكرار الفعل الواجب حصوله لثبوت العادة (٩٩) ، وقد تقدم قبل قليل نقل ما قاله السيوطي في هذا الصدد فليراجع هناك .

وبهذا الحديث الموجز عن العادات وأنواعها وآثارها يتضح أن أغلب العادات منتج لآثاره سواء في ذلك العادة الجماعية أو الثنائية أو الفردية بل وحتى الحيوانية كما رأينا فيما سبق ذكره .

العلاقة بين العرف والعادة :

النسبة بين العرف والعادة تختلف باختلاف تعريفات العلماء لهما فالبعض يرى أن بينهما العموم والخصوص المطلق غير أن العادة تكون أعم من العرف لأنها تشمل العادة الفردية والعادة الناشئة عن عامل طبيعي وعادة الجمهور التي هي العرف فيكون العرف أخص إذ هو عادة مقيده فيكون كل عرف عادة وليس كل عادة عرفا لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة ، ونُسِب هذا القول إلى الإمام القرافي وابن أمير الحاج .

وذهب البعض الآخر إلى أن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق أيضاً إلا أن العرف يكون أعم من العادة وعليه فكل عادة عرف ولا عكس ، ونُسِب هذا إلى ابن الهمام وغيره .

وهناك فريق ثالث يرى بأن النسبة بينهما المساواة ولا فرق بينهما ، ونُسِب هذا القول إلى الإمام الغزالي وغيره .(١٠٠)

ولو نظرنا في التعريفات التي تقدمت للعرف والعادة نجد أنه قد اشترط في العرف الاستقرار وتلقي الطباع السليمة لما يعهد ويجري بين الناس بالقبول وأن يقر الشارع ذلك الذي تعارفه الناس واستمروا عليه كما جاء في تعريف العادة –عند الفقهاء– أنها ما تكررت مرة بعد أخرى لأنها مأخوذة من المعاودة والتكرار وبناءً على ذلك يكون العرف والعادة بمعنى واحد إذا ما تحدث عنهما الفقهاء وبنوا الأحكام عليهما ولا وجه

للتفرقة بينهما ذلك لأن العادة تنشأ بتكررها مرة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقر في النفوس فتسمى عرفاً إذا تلقته الطباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول القويمة وجرى عليه عمل الناس به ، وهذا هو العرف المعتبر أو العادة المعتبرة عند فقهاء التشريع الإسلامي .(١٠١)

المطلب الرابع :

سلطان العرف والعادة وتأثيرهما على النفوس .

الأعراف والعادات والتقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذ منها منهجاً للسير عليها يكون لها في نفوس الأفراد سلطان ذو قوة وتأثير عظيم حتى أنهم ليجعلونها من ضروريات الحياة التي لا يستغنى عنها ويعدونها من المفاخر التي يُعتز بها ، بل قد تُرفع قداستها عند بعض البيئات إلى مرتبة الدين فيرون أنفسهم ملزمين بالحفاظ عليها والجري على سننها ويعدون الخروج عليها إثماً عظيماً يستوجب المقت والاستياء من فاعله ومرتكبه .

وذلك لأن العمل بكثرة تكراره تتكيف به الأعصاب و الأعضاء فيأخذ مكانه من النفوس كالسيل بقوة انحداره يحتفر طريقه في الجبل فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه فكذلك العرف يرسخ في النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه وبخاصة إذا اقتضته الحاجة (١٠٢).

ولذلك يقولون : (العادة طبيعة ثانية) يريدون بذلك أن لها قوة الطبيعة أي ما فطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم : يد تبطش ورجل تمشي وعين تبصر وأذن تسمع فلو حاول الإنسان أن يسمع بعينيه أو يمشي بيديه ما استطاع إلى ذلك سبيلاً ، كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة والأعراف التي تصطلح الأمم عليها هي فيما بعد أسيرة لها مطبوعة على إنتاجها ، ولذلك نرى الأنبياء والداعين إلى الشرائع يقاسون كثيراً من المصاعب ويتحملون شديداً من المتاعب في نشر دعوتهم والإقلاع عن مساوئ العادات ، فنراهم يأخذون الناس بحد السيف تارة وبسياسة التشريع والتدرج في الدعوة طوراً .(١٠٣)

أخرج البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت : (إنما نزل أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام ولو نزل أول شيء لاتشربوا الخمر لقالوا لاندع الخمر أبدا ، ولو نزل لا تزنوا لقالوا لا ندع الزنا أبدا).(١٠٤)

ولذلك نرى دعاة الإصلاح في كل أمة يَلقَون صنوفاً من المقاومات الشديدة وضروباً من الحملات العنيفة ولو كانت أعرافهم خرافات وأباطيل وأكثر ما تكون هذه المقاومة من المسنين فإنهم يرفضون كل جديد ويثورون على كل حديث ولو أيده الشرع وشهد بصلاحيته العلم وذلك لأنهم ألفوا نوعاً خاصاً من التقاليد والعادات فأصبحوا ينقمون من المصلحين كلما عداه .(١٠٥)

وإذا كان العرف له هذه القوة والتأثير على النفوس فيكون لزاماً علينا أن ندقق النظر إليه في بداية نشأته فإن كان صحيحاً تقره قواعد الشرع ثمناه وساعدنا على ذيوعه وإن كان فاسداً يمقته الدين أمتناه وشهرنا كل سلاح لمكافحته شأنه شأن الشجرة التي إذا اعتنينا بها وأحسنا تربيتها بأن غذيناها في أيامها الأولى فسوف تقدم لنا في مستقبلنا أحسن الثمار وأظلتنا بأوفر الظلال فكذلك العرف ،إن عُنينا باختياره بما يوافق الشرع

والخلق الكريم وأبعدنا عنه شوائب الابتداع والافساد سوف يجلب لنا في مستقبلنا ولأجيالنا الراحة والإسعاد ونكون أسسنا قاعدة مجيدة وأرحنا المفتين والقضاة والمرشدين من كثير مما يعانون في تطبيق الأحكام ومكافحة المنكرات وهذا واجب البيت والمدرسة والجامعة والحكومة على حد سواء مع فارق التأثير بينها .(١٠٦)

علماً بأن للعرف في استعمالات الفقهاء أربعة أوجه عُلمت بالاستقراء والتتبع وهي :

الأول : العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً وذلك كمشروعية المضاربة ، فإنه – صلى الله عليه وسلم – بُعث والناس يتعاملون بها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة من بعده (١٠٧) وكالبيوع التي فيها شرط لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر ، فهذا الوجه اعتبره الفقهاء واعتدوا به ، قال القرافي – في تنقيح الفصول – : (إن أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر وعُد منها العوائد) (١٠٨).

الثاني : العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث فهو باب عظيم من أبواب العرف يبتنى عليه شطر كبير من الأحكام ولا يكاد ينكره فقيه وهو كذلك برهان ثابت وحجة دامغة على عظمة الشريعة وجلالها ، وأنها صالحة لكل زمان ومكان .

ومعنى اعتبار هذا النوع من العرف : هو الرجوع إليه في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزيئات الحوادث فالمجتهد أو المفتي أو القاضي إذا عُرضت له مسألة أو حادثة لم يرد من الشرع إلا حكم كلي يجمعها مع أمثالها كالتعزير وأسبابه والنفقة وأجل السلم رُجع في هذه الحوادث أو المسائل الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة .

فمثلاً : الحكم الكلي المستفاد من قوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)(١٠٩) هو وجوب النفقة على الوالد للوالدة المرضع ، فإذا أراد الحكم لزينب بنفقة إرضاع طفلها عليٌّ رجع في جنس هذه النفقة وتقديرها إلى العرف والعادة بعد معرفة حال الأب .

الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف فهو ذلك العرف الجاري أو العادات الجارية بين الناس مجرى النطق بالألفاظ والعبارات الدالة على مضمونها .

ذلك أنه قد تجري بين الناس في تصرفاتهم عادات دالة على الإذن بالشيء أو المنع منه ، أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد وللقاضي أن يقضي وللمفتي أن يفتي وهذه العادات لها قوة النطق باللفظ في اعتبار الشرع يرتب عليها ما رتبه على الألفاظ من الأحكام ، ومعنى اعتبارها : أن قيامها بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف عاقداً أو حالفاً أو غيرهما بكلام يفيد مضمونه ، فإذا كان العرف في الأسواق أنهم يبيعون بثمن مؤجل إلى أول الشهر كان ذلك اشتراطاً للتأجيل للفعل في العقد فكما أن التصريح باللفظ يرتب عليه الشارع من الأحكام ما يناسبه فكذلك العرف يكون علة جعلية لهذه الأحكام .

ومعنى اعتباره إذا كان قرينه أن يكون كالدليل الصريح المسموع أو المرئي الذي يقوم عند القاضي أو المفتي أو الشاهد أو الشخص في خاصة نفسه فيعتمد عليه كل فيما يعمل ، والأدلة عليه كثيرة .(١١٠)

قال العز بن عبد السلام : (فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما ، وله أمثلة منها : تقديم الطعام إلى الضيفان إذا أكمل وضعه بين أيديهم

ودخل الوقت الذي جرت العادة بأكلهم فيه فإنه يباح الإقدام عليه تنزيلاً للدلالة منزلة اللفظية .

ومنها الإذن في التقاط كل مال حقير جرت العادة أن مالكه لا يُعرِّج عليه ولا يلتفت إليه فإنه يجوز تملكه والارتفاق به لاطراد العادات ببذله .

ومنها اندراج الأبنية والأشجار في بيع الدار ولو لم يصرح البائع بذلك بناء على العرف الغالب فيه واندراجهما في بيع الأراضي .

ومنها حفظ الودائع والأمانات في حرز مثلها فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها .

وكذا إذا وقعت الإجارة على مدة معينة كان عمل الأجر محمولاً على المتوسط في العرف من غير خروج على العادة في التباطئ والإسراع ،وكذا يعمل الأجير في الزمان الذي جرت العادة في العمل فيه دون غيره)[111]

(وكذا كلما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يُرجع فيه إلى العرف)[112]

الرابع : العرف القولي : وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض التراكيب والألفاظ في معنى معين بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية ، وهو معتبر باتفاق الفقهاء إلا من خالف منهم في بعض الفروع وهم قلة .

وبهذا أكون قد أنهيت البحث الأول بجميع مطالبه وفقراته أملي أن أكون قد وفقت ، فإن كان ذلك فمن الله وبتوفيقه وإن كان هناك تقصير أو خلل فمني وهو واقع وحاصل تصديقاً لقوله تعالى : (أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً)[113] .

فأبى الله أن تكون العصمة إلا لكتابه وحده وأما البشر وما يقولونه فمعرض للاختلاف والتناقض والزيادة و النقصان والتقديم والتأخير فلذلك هم محتاجون إلى التقويم والتسديد والتصويب بعضهم لبعض لأن الناقد بصير .

وصلى الله وسلم على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرس المراجع

١- أثر العرف في التشريع الإسلامي / د/ صالح عوض النجار / طبع ونشر دار الكتاب الجامعي بمصر عام / ١٩٨١م .

٢- الأحكام العامه في قانون الأمم (قانون السلام) / د/ محمد الغنيمي /ط / منشأة الاسكندرية / ١٩٧٠م .

٣- أخبار القضاة / لوكيع بن حيان محمد بن خلف / عالم الكتب بيروت .

٤- أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب / للعلامه/ محمد بن السيد درويش / الطبعة الأولى سنة / ١٣٥٥هـ (مطبعة مصطفى محمد) .

٥- الأشباه والنظائر/ للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي / دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
٦-الأشباه والنظائر/ للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم / دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
٧- أصول الفقه الإسلامي/ للدكتور / وهبة الزحيلي / دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق .
٨- أعلام الموقعين عن رب العالمين / للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ، إبن القيم الجوزية / الناشر مكتبة الكليات الأزهرية عام / ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م .
٩- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار/ للإمام أحمد بن يحيى المرتضى / مطبعة مؤسسة الرسالة عام / ١٩٧٥م .
١٠- البهجة في شرح التحفة التسولي / دار الفكر د/ت .
١١- تأريخ قضاة الأندلس لأبي الحسن النباهي / مطبعة المكتب التجاري بيروت .
١٢- تبيين الحقائق للزيلعي / تصوير دار المعرفة عن مطبعة بولاق .
١٣- التعريفات / للشريف علي بن محمد الجرجاني / دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان .
١٤- التقرير والتحبير/ لابن أمير الحاج على التحرير للكمال ابن الهمام / دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان / الطبعة الثانية عام ١٤٠٣هـ ، ١٩٨٣م .
١٥- تنقيح الفصول / للإمام شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي / المطبعة الخيرية بمصر عام / ١٣٠٦هـ .
١٦- تيسير التحرير/ للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه / دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان .
١٧- الجامع الصغير/ للإمام جلال الدين السيوطي بشرح المناوي .
١٨- الدولة الفاطمية بمصر/ للدكتور جمال الدين سرور .
١٩- السنن / للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المشهور بابن ماجة / دار الفكر- بيروت ـ الطبعة الثانية .
٢٠- شرح الكوكب المنير/ للعلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي المعروف بابن النجار / طبع بدار الفكر بدمشق عام / ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠ م .
٢١- شرح تنقيح الفصول / للإمام شهاب الدين القرافي / الناشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر م الطبعة الأولى عام / ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م .
٢٢- صحيح الإمام البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل / مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبد الفتاح عبد الحميد مراد .
٢٣- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القُشيري النيسابوري أبو الحسين / الناشر مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبد الفتاح عبد الحميد مراد .
٢٤- العبقريات الإسلامية / عباس العقاد / مطبعة دار الكتاب اللبناني عام / ١٩٧٤م .
٢٥- العرف وأثره في التشريع الإسلامي / لمصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة / المنشأة العامة للنشر والتوزيع

والإعلان طرابلس الجماهيريه العربية الليبية .
٢٦- العرف والعادة في رأي الفقهاء / لأحمد أبي سنة / مطبعة الأزهر عام/ ١٩٤١م .
٢٧- فتح الباري / للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني / نشر وتوزيع إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية .
٢٨- الفروق / للإمام شهاب الدين أبي العباس القرافي / دار المعرفة بيروت ـ لبنان .
٢٩- القاموس المحيط / للفيروز أبادي / الناشر دار الفكر بيروت .
٣٠- قواعد الأحكام في مصالح الأنام / للإمام المحدث الفقهيه سلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام / الناشر دار الجيل ـ بيروت ـ لبنان / الطبعة الثانية عام / ١٤٠٠هـ ، ١٩٨٠م .
٣١- كتاب الأموال للقاسم بن سلام / طبع عام / ١٩٧٥م .
٣٢- كتاب عمر لعلي الطنطاوي / الناشر مكتبة التراث الإسلامي / حلب .
٣٣- كشف الخفاء ومزيل الألباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس / لإسماعيل بن محمد العجلوني / الناشر مكتبة التراث الإسلامي ـ حلب ـ .
٣٤- كتاب الولاة وكتاب القضاة / لمحمد بن يوسف الكندي / طبع بيروت عام / ١٩٧٥م
٣٥- لسان العرب / لجمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري المعروف بابن منظور / الناشر الدار المصرية للتأليف والترجمة .
٣٦- المبسوط للإمام السر خسي / تصوير دار المعرفة د/ت .
٣٧- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة / السنة الثالثة / العدد الحادي عشر / ١٤١٢هـ .
٣٨- مختار الصحاح / لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي / الطبعة الأولى عام / ١٩٦٧م الناشر دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ لبنان .
٣٩- مختصر خليل بن إسحاق / طبع دار الفكر عام / ١٩٧٢م .
٤٠-المدخل الفقهي العام / لمصطفى الزرقا / طبع في دمشق / ١٩٦٨م .
٤١- مسند الإمام أحمد بن حنبل / الناشر المكتب الإسلامي ـ بيروت ـ / الطبعة الرابعة عام / ١٤٠٢هـ ١٩٨٣م .
٤٢- المسودة في أصول الفقه / لآل تيمية / مطبعة المدني عام / ١٩٦٤م .
٤٣- المصباح المنير/ لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي / الناشر المكتبة العلمية بيروت ـ لبنان .
٤٤- معالم الإيمان / لعبد الرحمن الدباغ / ط / الدجوي عام / ١٣٠٦هـ ١٩٧٢م .
٤٥- معجم مقاييس اللغة / لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا / الناشر شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثانية عام / ١٣٨٩هـ .
٤٦- مفصل آيات القرآن / للدكتور/ عبد الصبور شاهين .

٤٧- المقدمة في علم الاجتماع / لعبد الرحمن بن خلدون / الناشر دار الشعب .
٤٨- الموسوعة العربية الميسرة / لمجموعة من الباحثين / طبع دار الشعب عام / ١٩٧٢م .
٤٩- نظرة العرف كمصدر للأحكام / د/ عبد العزيز الخياط / نشر وزارة الأوقاف الأردن عام / ١٩٧٧م .
٥٠- الهداية على البداية / للمرغيناني / طبع الحلب عام / ١٩٦٥م .

الهوامش

١ - سورة البقرة آية (٣٠)
٢- سورة الأنعام آية (١٦٥)
٣ - سورة فاطر آية (٣٩)
٤ - المقدمة له صـــ١٣٢ـــ
٥ - سورة المائدة آية (٤)
٦ - العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـــ١٨ـــ
٧ - سورة الأنعام آية (١٥٦)
٨ - سورة الأعراف آية (١٢٤)
٩ - العرف وأثره لعجيله صـــ١٤٨ـــ
١٠ - سورة الأنبياء آية (١٠٦)
١١ - الجامع الصغير بشرح المناوي جـ٦ صـ٤٦١ـ
١٢ - العبقريات الإسلامية جـ٥ صـ٤٢٠ـ
١٣ - معجم مقاييس اللغة جـ٤ / ٢٨١ .
١٤ - سورة محمد آية (٦)
١٥ - معجم مقاييس اللغة جـ٤ / ٢٨١ .
١٦ - راجع المرجع السابق جـ ٤ ص / ٢٨١ .
١٧ - لسان العرب جـ١١ صـ١٤٤ .
١٨ - سورة المرسلات آية (١) .
١٩ - لسان العرب جـ١١ صـ ١٤٤ـ ، وانظر تعريف العرف لغة : القاموس المحيط ٣/ ١٧٣ ، ومختار الصحاح صـ ٤٢٦ـ ، والمصباح المنير جـ٢ صـ ٤٠٤ ـ .
٢٠ - التعريفات صـ١٤٩ـ .
٢١ - العرف والعادة لأبي سنة ص/ ٨ .
٢٢ - وهناك تعاريف أخر للعرف منها : بأنه ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك . وقيل هو ما ألفه الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم .
راجع : أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف صـ٥٤ـ والموسوعة العربية الميسرة صـ١٢٠٧ـ والمسودة صـ١٢٣ـ

وشرح الكوكب المنير ٤/٤٤٨ أصول مذهب الإمام أحمد ص/ ٢٩٨ ، وأصول الفقه الإسلامي جـ٢ ص/ ٨٢٨ للزحيلي .

٢٣ – سورة الروم آية (٣٠) .

٢٤ – راجع مفصل آيات القرآن جـ٧ صـ٣٦٦٤ـ ، صـ٣٦٧٤ـ .

٢٥ – رواه أحمد في كتاب السنة عن ابن مسعود بلفظ : (إن الله نظر في قلوب العباد فاختار محمداً صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته ثم نظر في قلوب العباد فاختار له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح) والأصح أنه موقوف على ابن مسعود وقد روي مرفوعاً عن أنس وروي موقوفاً على ابن عباس كما أخرجه البزار و الطيالي والطبراني والبيهقي وأبو نعيم في الحلية قال العلائي عن هذا الحديث لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا يسند ضعيف بعد طول بحث وكثرة الكشف والسؤال) وقال الحافظ بن عبد الهادي (روي مرفوعاً عن أنس بإسناد ساقط ؛ والأصح وقفه على ابن مسعود) وحمله البعض على إجماع أهل العلم لاما رآه واحد من العلماء لأن الواحد يخطئ وإنما يحسن الأمر المجمع عليه . راجع : كشف الخفاء للعجلوني جـ٢ صـ٢٦٣ وأسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب صـ١٩٤ والأشباه والنظائر للسيوطي صـ٨٩ والأشباه والنظائر لإبن نجيم صـ٩٣.

٢٦ – سورة الأعراف آية (٩٩) .

٢٧ – راجع العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـ٤٢ـ .

٢٨ – راجع العرف والعادة لأبي سنة صـ١٣ ، ٢٤ـ .

٢٩ – راجع المدخل الفقهي العام جـ٢ / ٨٣٣ .

٣٠– راجع الأحكام العامة في قانون الأمم / قانون السلام ص/ ٣٧٣– الهامش .

٣١ – راجع نظرية العرف كمصدر للأحكام صـ ١٧– ١٨ ـــــــ .

٣٢ – راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ ١٥ـ .

٣٣ – الزخرف آية(٢٤) .

٣٤ – الزخرف آية(٢٢) .

٣٥ ـ راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ١٦ ـ .

٣٦ – نظرية العرف كمصدر للأحكام صـ ١٩، ٢٠ ـــ .

٣٧ – راجع نفس المرجع السابق صـ ٢٠ ـــ .

٣٨ – المرجع السابق صـ٢١ , ٢٠ـــ .

٣٩ – راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٢ـــ، والأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٩٩ـ .

٤٠ – راجع المدخل الفقهي العام جـ٢ صـ٨٧٥ـــ .

٤١ – راجع العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـ٢٠٥ , ٢٠٤ـــ .

٤٢ – الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٩٤ـــ .

٤٣ – الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٢ـــ .

٤٤ – قواعد الأحكام جـ٢ صـ١٢٨ـ .

٤٥ – نفس المرجع جـ٢ صـ١٣٣ـ .
٤٦ – نفس المرجع جـ٢ صـ١٣٤ـ .
٤٧ – أعلام الموقعين جـ٣ صـ ٧٩ـ .
٤٨ ـتنقيح الفصول صـ٩٤ـ.
٤٩ ـالاشباه والنظائرله صـ٩٦ـ
٥٠ ـراجع الأشباه والنظائر له صـ١٠١ـ .
٥١ – المدخل الفقهي العام جـ٢ صـ٨٧٨ـ .
٥٢ – راجع العرف للدكتور عبد العزيز الخياط صـ٥٦ـ .
٥٣ – راُجع المدخل الفقهي العام جـ٢ صـ٨٧٩ـ .
٥٤ – البهجة للتسولي جـ٢ صـ٦٦ـ .
٥٥ – راجع العرف وأثره في التشريع صـ٢١٠، ٢١١ـ .
٥٦ – راجع المدخل الفقهي العام جـ٢ صـ٨٨٠ـ .
٥٧ – العرف وأثره في التشريع صـ٢١١ـ .
٥٨ – العرف وأثره في التشريع صـ٢١٢ـ .
٥٩ – الهداية وشرحها للمرغيناني جـ ٣ صـ٦٢ـ .
٦٠ – نفس المرجع السابق .
٦١ – البحر الزخار جـ٢ صـ٣٣٥ـ .
٦٢ – نفس المرجع السابق .
٦٣ – سورة هود آية (٦) .
٦٤ – المدخل الفقهي العام جـ ٢ صـ٨٩٤ـ .
٦٥ – نفس المرجع السابق .
٦٦ – سورة البقرة آية (٢٣٣) .
٦٧ – وأضاف بعض العلماء شرطين آخرين هما : كون العرف ملزماً وكونه عامًّا .
وهذان الشرطان لم يقل بهما الجمهور وإن كانا لا تأباهما قواعد الشريعة العامة كما يقول الشيخ أبو سنة .
راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء له صـ٦٧, ٦٦ـ .
٦٨ ـ راجع كتاب الأموال للقاسم بن سلام صـ٣١٥ـ،وانظر كتاب عمر لعلي الطنطاوي صـ٢١٣ـ تجد به أكثر من ثلاثين قضية من القضايا التي
أحدثها عمر رضي الله عنه .
٦٩ ـ تراجع الدولة الفاطمية بمصر صـ١٦٣ـ
٧٠ ـ تارخ قضاة الأندلس صـ١٦٢ـ.
٧١ ـ راجع معالم الإيمان للدباغ جـ٢،صـ٢٠٧ـ.
٧٢ ـ المبسوط جـ١٦ صـ٩١ـ

٧٣ ـ نفس المرجع السابق .

٧٤ ـ راجع كتاب القضاة وكتاب الولاة صـ٣٢٥ـ .

٧٥ ـ راجع : أخبار القضاة له جـ٢ صـ٥٥ـ .

٧٦ ـ راجع : العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ١٧ ـ وما بعدها .

٧٧ ـ راجع العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـ٩٩، ١٠٠ـ .

٧٨ ـ راجع : العرف والعادة في رأي الفقهاء له صـ٢٠ـ

٧٩ ـ سورة النساء آية (٢٣) .

٨٠ ـ سورة المائدة آية (٣) .

٨١ – أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وابن ماجه بلفظ : (إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام) وقد رواه من الصحابة أبو بكرة وأبو سعيد الخدري وابن مسعود وجابر بن عبد اله والحارث بن عمرو وأبو الغادية وغيرهم .
راجع صحيح البخاري جـ١ صـ٣٥، جـ٢ صـ ١٩١ ؛ وصحيح مسلم جـ٢ صـ٨٨٩ وسنن ابن ماجة جـ٢ صـ ١٢٩٧؛ ومسند أحمد جـ٢ صـ٣١٣ .

٨٢ – الفروق للقرافي جـ١ صـ١٧٢, ١٧١ ـ .

٨٣ – تيسير التحرير جـ٢ صـ١٩ .

٨٤ – العرف والعادة له صـ ١٨ .

٨٥ – راجع العرف وأثره صـ١٠٤-١٠٥ـ .

٨٦ – المدخل الفقهي العام جـ٢صـ٨٤٧ .

٨٧ – راجع أخبار القضاة لوكي جـ٢ صـ٥٥ .

٨٨ – المبسوط له جـ٢٢صـ٧٥ .

٨٩ – راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ١٠٠, ٩٩ .

٩٠ – راجع العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـ٧٩ .

٩١ – الأشباه والنظائر له صـ٩٠ .

٩٢ – فتح الباري جـ٥ صـ ٣٢٩ .

٩٣ ـ نفس المرجع جـ٥صـ٣٣٦.

٩٤ – تنقيح الفصول للقرافي صـ٢٠٧ .

٩٥ – راجع البحر الزخار لابن المرتضى جـ٦ صـ٢٧٠ .

٩٦ – العرف وأثره في التشريع صـ٨٥ .

٩٧ – مختصر خليل باب السلم صـ١٩٦ .

٩٨ – العرف وأثره في التشريع صـ٨٦ .

٩٩ – راجع العرف وأثره في التشريع الإسلامي صـ٨٠ .

١٠٠ – راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ١٣ .

١٠١ – راجع أثر العرف في التشريع الإسلامي لصالح عوض صـ٥٢ .

١٠٢ - راجع مقدمة ابن خلدون صـ١٢٨ .

١٠٣ - راجع التقرير شرح التحرير جـ١ صـ٦٨،جـ٢ صـ٢ .

١٠٤ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ١ صـ٤١٤، ٤١٥ـ .

١٠٥ - راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ١٦ .

١٠٦ - راجع العرف والعادة في رأي الفقهاء صـ١٧ .

١٠٧ - راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ٥ صـ٥٢ , ٥١ .

١٠٨ - شرح تنقيح الفصول صـ٤٤٨ , ٤٤٥ .

١٠٩ - سورة البقرة آية(٢٣٣) .

١١٠ - راجع مجلة البحوث الفقهية المعاصرة صـ٢٦ .

١١١ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام له جـ٢ صـ١٣٤ , ١٣٣ , ١٣٠ , ١٢٧ , ١٢٦ .

١١٢ - راجع : العرف والعادة لأبي سنة صـ٥٢ .

١١٣ ـ سورة النساء آية (٨٢) .